جامعة الجزائر 1

كلية الحقوق

العدالة العقدية في القانون الجزائري

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

إعداد الطالب: زمام جمعة

بإشراف الأستاذة الدكتورة غنيمة لحلو خيار

أعضاء اللجنة

- الأستاذ(ة) الدكتور(ة)..... لمطاعي نور الدين..... رئيسا
- الأستاذ(ة) الدكتور(ة) ..... غنيمة لحلو خيار..... مقررا
- الأستاذ(ة) الدكتور(ة)..... وعراب سليمة..... عضوا
- الأستاذ(ة) الدكتور(ة)..... يسعد حورية ..... عضوا
- الأستاذ(ة) الدكتور(ة)..... معاشو فطة ..... عضوا

السنة الجامعية 2013 – 2014

شكر

كل عبارات الشكر و العرفان توجه للأستاذة الدكتورة لحلو غنيمة، لكل ما تفضلت به لتوجيه و تقويم الرسالة بما تتطلبه من مستلزماتها الشكلية و الموضوعية.

و من أجل ما إتخذه العمل من سداد و تنوير بفضلها و على ضوء خبرتها العلمية و الأكاديمية.

و منا كامل التقدير لشخصها المتواضعة و الفاضلة التي أثرت على الإشراف بالكثير من الروح العلمية المشجعة في البحث.

إهداء

"" إلى روح من حفق الأمان ملاذا، و أسكن الصبر على المتاعب فيتحول إلى متعة و نصرا رغدا، إلى أبي رحمه الله، و ألمه بوصل الدعاء الصالح "".

"" إلى من كان الوجود منها، و لها في حب الحياة، إلى من غرست الرغبة في التطور، و رسخت السعي لتأمين الطموح كثمن للحياة الإنسانية، إلى أمي، تغمدها الله برحمته وأسكنها فسيح جنانه.

Liste des Principales Abréviations

Art	Article
Ass. Plén	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation
Cass. Civ	Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation
Cass. Com	Arrêt d'une chambre commerciale de la Cour de cassation
C. Viv	Code Civil
C. Com	Code de commerce
Chr	Chronique
D	Recueil sirey – Dalloz
DH	Recueil hebdomadaire Dalloz
D.P	Recueil Périodique
Fasc	Fascicule
G.A.Z. pal	Gazette du Palais
J – cl	Juris – classeur
J.C.P	Juris – Classeur périodique
Jur	Juris
L.G.D.J	Librairie générale de droit de jurisprudence
Obs	Observation
P.A	Les petites affiches
Préc	Précité
P.U.A.M	Presse universitaire d'Aix-Marseille
Rép. Civ. Dalloz	Encyclopédie Dalloz
Rép. Défrénois	Répertoire du notariat défrénois
R.R.J	Revue de recherche juridique, droit prospectif
R.T.D. Civ	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. Com	Revue trimestrielle de droit commercial
T.G.I	Tribunal de grande instance

مقدمة

إذا كان الأشخاص غير متساوين في ذواتهم ومختلفين في ظروفهم الاجتماعية والاقتصادية، فهـذا الذي يجسد صورة الفروق الفردية التي تميزهم عن بعضهم البعض مما يفسر تسرب العدالة العقديـة فـي الأوساط القانونية، حيث باتت المقومة لحدودها، والملينة لصرامتها والمجددة لمبادئها.

يكون جوهر العقلانية الاجتماعية في بساطة: (Jus est ars aequi et boni)[1]، تظهر ثلاثية مـن الأبعاد مفادها" أن القانون ينصرف إلى: الخير العام، العدالة والأمن"[2]، وكلها غايات ذات صـفة جوهريـة للقانون، تشكل فيها من طابع أخلاقي أو معنوي وكذلك مادي، الأمر اذي خلق فيه تفاوتا بين ذلك التـساوي النظري لهذه القيم مما خلق معه ترابطا مميزا، وبين ذلك التعارض الذي أنتجته الممارسة، إلى حد القـول بفرضية تضحية الواحدة بالأخرى، كما هو الشأن بالنسبة للأمن مقارنة مع العدالة أو العدالـة مـع الخيـر العام، مما يفسر "بتدرج في أنساق القيم" والذي ينعكس على العلاقات الفردية والإجتماعية.

ولعل العقد قالب من قوالب العلاقات بين الأفراد، التي عرفت بناء مجردا، وفكريا وشـديد الداخليـة (intériorité) في المضمون والشكل، وهذا ما حوله، أي (العقد) إلى أداة ثابتة (immuable)، رسـت - ولزمن طويل- منذ عهد القانون الروماني، بوصفه مصدرا للنظام القانوني الـساري والمـؤثر فـي كـل الأزمنة، كوسيلة قانونية لإقامة المشروعات، وتطورها جاء "بنظرية عامة للعقد" ترى في التصور الإرادي[3] الإتجاه المثالي لتنظيم المبادلات والتصرفات، مما جعل قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الأرضية المهيمنة، لولا أن إطلاقها وإستبداد نتائجها ولا إستقرار تفسير قواعدها، هو ما إستدعى إعادة ترتيبها كـ"قاعـدة" لا "كمبدأ"[4]. وذلك لا لسبب إلا لأنه - أي العقد - بات مفهوما ذا دور أساسي ومعتبر في الحياة القانونية تحت طائلة التأثر الشديد بالأفكار الفلسفية والأخلاقية و الإقتصادية السائدة في المجتمع، ممـا إسـتتبعه ظهـور إتجاهات إجتماعية، تنظر إلى العقد بشكل مختلف عن تلك التي سادت النزعة الفردية، خاصة بداعي إدخال أو بالأحرى إعادة إدماج وإحياء مبادىء لطالما غُيبت أو همشت في النظام القانوني للعقـود، وحتـى وإن إستُعملت ووظفت، لكنها كانت لخدمة الإرادة الفردية، التي هي المعيار، المقياس أو الميزان الوحيد للعدالـة

---

[1] Adage du droit français, cité par Roland (H) et Boyer (L), Adages du droit français. Litec. 4èd. P. 373.

[2] « le droit a un caractère normatif et par conséquent finaliste et (..)les buts particuliers des règles juridiques sont de caractères moral ou matériel, mais il doit aussi être tenu compte du besoin de sécurité et de stabilité juridique», voir Mazeaud (J), HL. Leçon de droit civil, introduction à l'étude du droit Montchrestien .12 éd, par Chabas (F) 2000, p..29.

[3] مع العلم أن القانون الروماني كان يعتبر الإرادة والرضائية عموما إستثناء على المبدإ الأساسي القار في ظل النظام الـذي أرساه وهو " الشكلية".

[4] « l'autonomie de la volonté n'est pas absolue, elle demeure la règle » , voir Ghestin (J), l'utile et le juste dans le contrat .Arch. Ph.dr.1981.T.26.p.39 ;

العقدية، بإعتبار أنه يستحيل تصور شخص قد قبل إلتزاما على نفسه بعقـد لا يرتـضيه ولا يتوافـق مـع مصلحته، ومما يجعل العقد إلتزاما غير عادل.

ثم إن ما دعم هذه الفكرة، هو إنتشار ديناميكية الأفكار والواقع الإقتصادي الذي أصبح يفرض مناخا سليما للحياة التعاقدية[1]، لا تتوفر إلا على ضوء تكريس حرية تعاقدية أهلا لإنشاء (عقد) "متـوازن" يجـسد البعد المتوازن للمصالح والعدالة العقدية في الآن نفسه، مما يؤدي إلى ضرورة تعميم الفائدة علـى طرفـي العقد، وعلى جميع المتعاقدين.

بيد أن نزعة التحول التي ظهرت في البيئة العقدية، جاءت بكثير من "الغائية" وتشديد فـي "الأداتيـة العقدية"، وسعت الهوة في تلك المصالح حيث كانت متنازعة إلى حد ساد فيه التهديد بـ "مـوت العقـد أو تأزمه" لا سيما بحلول "فكرة توزيع الحاجات" بدل "التبادل العقدي" وكذلك تلك القطيعـة بـين أداة قانونيـة كالعقد، قيمة ذات إعتبار هام في الأنظمة والعلاقات وسوء توجيهها كالعدالة العقديـة، حـتم العـودة إلـى "الفضيلة العقدية"، التي وإن ارتبطت بمفهوم يرتمي في أحضان الفلسفة [2] بشكل أولي، إنما "عدالة وعقدية"، فهي ذات بنوة تصوراتية من "علم الإجتماع القانوني"، هو مجال اختصاصها، لأنها تتراوح بـين: "عدالـة عامة" كما يدعوها الفيلسوف "**أرسطو**"، وقوامها المبادىء المهيمنة على سلوك الأفراد كقيمـة أو فـضيلة، والذي يربطها بـ "المشكلات الاجتماعية أكثر"، مما يفسر ظاهرة إسناد العدالة إلى العقد "بظاهرة النظر إلى واقع معاملات الناس والأفراد اليومية، مما يجعلها تتغير من حيث المعنى من شخص لآخر، وهو لا يحقق نسبية في قيمة العدالة، بقدر ما يصوغها في مرونة من جراء تغير العناصر المكونة لجوهر العملية العقدية وبالتالي تغييرا في نتائج تطبيق العدالة دون أن تمس بجوهرها الثابت، والـسؤال بالإستفـسار عـن هـذا المنطق، يكون بجواب أكثر واقعية:

"العدالة العقدية هي عدالة بعدد لا حصر له من تطبيقات العدالة العامة في مجال المعـاملات الماليـة"[3]، أي بمعنى أن الأفراد وهم يتعاملون بموجب عقود على درجات خاصة بكل واحد فيهم، إلـى درجـة أن Kant سلّم مطلقا بتأثير العقد على العدالة فإذا قرر الإنسان في أمر شخص آخر، فمن المحتمل أن يقرر ما يخالف

---

[1] Comme le professeur Jacques Ghestin a relevé sa remarque concrété : « (…) que les individus libres et indépendants, maîtres absolus de leur activités et de leurs biens, mais entre eux (…) de l'ensemble de ces libres conventions, ou chacun ne poursuit que son intérêt propre de ce choc des égoïsmes individuels doivent naître infailliblement, en vertu de lois naturelles, son seulement le maximum de richesses, mais l'ordre, le bonheur et l'harmonie sociale », Traité de droit civil, la formation de contrat, 2000, 3è. Ed, LGDJ..30.

[2] أي فلسفة(أرسطو)، التي بنت أرضية العدالة بأشكالها المختلفة التوزيعية والتبادلية، العامة والخاصة .

[3] أنظر عبد الرحمان بدوي . مدخل جديد إلى الفلسفة. ط3، الكويت، 1979، ص, 142، خاصة بالقول : " إذا نزلناها على جزئيات الشيء، فالفكرة الكلية كالعدالة، تقوم على جزئيات متمثلة في العلاقات الإجتماعية، الصياغات التي تمر بها تلك العلاقات ولا ريب أن نتائج تطبيق مبدأ العدالة على كل حالة ستكون مختلفة مع بقاء مضمون الفكرة واحدا" .

العدالة، بينما من المستحيل أن يقرر غير ما هو عادل إذا تعلق الأمر بشخصه هو"[1]، لولا أنه سرعان مـا يؤاخذ على هذا التصور المبالغة في معقولية ذلك الشخص المتعاقد، لأنه ليس بتلك الكفاءة أو القدرة الذاتيـة التي تضمن - و مطلقا - ، أن ما سيقرره لنفسه سيكون عادلا بالضرورة[2]. ولذلك راح العميد Carbonnier إلى القول أن ثمة قرينة لكون العقد عادل طالما نتج عن إرادة حرة من الأطراف[3].

وهذا هو النطاق الذي يتعين فيه البحث: بأن هناك تنازعا بين (عدم مساواة) أو اللاتوازن الهيكلـي في العقد بين الأطراف إما لإعتبارات شخصية موضوعية أو غائية، إنما القانون عموما، وكل قاعـدة مـن القواعد المشكلة للنظام القانوني للعقود ما يتكفل بتحديدها، وبين قواعد مصدرها إتفاق الإرادات التي تتحـد فيها أو تختلف المصالح، وبالتالي سيصبح المطلوب فحصه البحث عن حقيقة العلاقة بين أطراف العقد، وما إذا كانت عادلة أم لا، وبالذات داخل العقد لا في تصورات وأفكار خارجة عنه، ومن ثـم سـيكون أسـاس تبرير تلك الإتفاقات المقبولة ولو إضطراريا فهم هذا الأخير، ومدى تأثير ذلك على تحقق العدالة العقدية من عدمه.

لما كان القانون المدني المصدر الطبيعي للعقود والإلتزامات، مهما كان إطارها فهي ذات "وظيفـة بعمومية مطلقة"[4]، بدليل انها تتناول العلاقات الطبيعية المفروضة أو الإختيارية الـضرورية أو بالمناسـبة، التي تربط شخصا بشخص أو بعدة أشخاص آخرين"[5] مخاطبين إياهم بصفاتهم لا بذواتهم، وهو بذلك أرضية مشتركة لكل تفكير قانوني مرتبط بالعلاقات المدنية، يساعده في وظيفته دور القاضي بكل رعاية وتقنية.

وعلينا الإشارة مبدئيا أن فكرة العقد وصمت القانون المدني كقانون "توازن"[6] بين المصالح المتعاقدة إبتداءا وكذلك بين الشمولية النصية التي يأتي بها عادة وبين النصوص التي تكمله.

---

[1] Ghestin (J), l'utile et le juste, Art précitée, pp, 36 et ss, et son ouvrage, le contrat, formation (…) op, cit, p.295

[2] Terré (F) , Simler (Ph), et Le Quette (Y), droit civil, les obligations, Dalloz, Delta, Paris, 1994.pp.31.34. et Goldan (Lucien), la philosophie des lumières, « structures mentales et création culturelle, anthropos, Paris, 1970, pp.133.

-وهو ما سيدعمنا في تبني صيغة الفقيه (Fouillée): كل ما هو عقدي فهو عادل التي بقيت آثارها حتى حديثا، والأستاذ (Ghestin) في تحديثها في القانون الوضعي المعاصر

[3] Carbonnier (J); Droit civil, les obligations, T (4), Thémis, P.U.F., Paris 1985, p. 119: "Suivant les postulats du libéralisme, c'est à chacun des contractants de s'assurer que dans la formations du contrat, la justice commutative à été observé à son égard. La présomption est qu'un contrat est juste… s'il a été accepté librement…".

[4] أنظر ما جاء في مشروع (Pierre Catala) لتعديل قانون الإلتزامات والتقادم في القانون الفرنسي، ط.1 .مجد للمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لجامعة (القديس يوسف) 2009، ص 22.

[5] نفس المرجع السابق

[6] Fin langer (L), L'équilibre contractuel LGDJ.n° 3601. Paris.2002.p.3.

ولأنه لا يمكن تصور إطلاقية الحرية الفردية في نطاق القانون المدني، لأن هناك مـنهج التحديـد والتضييق لا يعرف إلا من خلال مؤسسات قانونية ذات صلة بموضوع العقود وغاياتها وكذلك أشخاصـها على قدم المساواة، والأخلاق الحميدة، وقواعد العدل والإنصاف،...وغيرها .

هذا ما يسهل الإنطلاق من مسلمة مفادها: "إذا كانت الضرورة هي التي أسـتدعت التوفيـق بـين القانون والأخلاق، فإنها تصح على التوفيق بين العدالة والحرية (أي العدالة وعقـد إفتـرض فيـه المبـدأ الرضائي المكرس بشكل أساسي في القانون المدني) وبعبارة أخرى، هل يحوز العقد على القـوة القانونيـة بصفته قالبا لإتفاق إرادتين حرتين، أم أنه يستجيب لمستلزمات المنفعة الإجتماعية، المساواة والعدل؟

على حد التعبير أن "كل ما هو تعاقدي، فهو عادل" يعني أن الحالة التي يظهر فيها القانون قد منـع حرية التعاقد أو ضيق منها، فلن يكون الوضع إلا إفتراضا للعدالة في العقد. خاصة وأن هذه الأخيرة ناتجة عن وضعية مواجهة مع حريات متصارعة ومتنازعة قد تهدد بزوال العقد أو استحالة تنفيذه.

ومعرفة أساس المشكلة قبل طرحه تستند على تبيان بعض التفاصيل والعناصـر المفـسرة لظـاهرة العدالة العقدية.

جاء في قول الأستاذ : **John Rawls** إن العدالة هي "أولى الفضائل في المؤسسات الإجتماعية، مثل الحقيقة بالنسبة إلى المنظومات الفكرية، إن أي نظرية، مهما بدت منـسجمة و إقتـصادية يجـب رفـضها أو مراجعتها إذا كانت غير صحيحة، وعليه، فإن القوانين والمؤسـسات، مهمـا كـان المـستوى آدائهـا، وتنظيمها، ينبغي أن تصلح أو تلغى إذا كانت غير عادلة (...) إن الحقيقة والعدالة، بما يشكلانه من أوليات فضائل النشاط الإنساني، لا تسمحان بأي مساومة"[1].

بهذا التصور أمكن فهم المقصود "بالعدالة" إنها الحكم والقيم " يجب " أن تكون ذات أولويـة علـى غيرها من القيم، وهذا يعني تطبيق "أخلاقية الواجب"[2] كجوهر أساسي لطالما نادى به أمثال "John Rawls" وقبله Kant في سياق من النفعية العادلة وإلا ما الذي دعا إلى افتراض عدالة القانون، مع عدالة الإتفاقـات وتبريرها على ضوء إقتراح شرطين هامين: أولهما : بأن لكل شخص نفس القدر من الحريات المتـساوية الممنوحة من طرف نظام متكامل، يكون هو الآخر مطابقا لنظام " الحريات الممنوحـة للجميـع، وثانيهـا تفترض ضرورة معالجة اللامساواة الاقتصادية والاجتماعية على ضوء وظائف ووضعيات مفتوحة علـى

[1]- أنظر ما يكل (ج) سا ندل نقلا ل (جون رولز) ، الليبيرالية وحدود العدالة ترجمة محمد هناد، المنظمة العربية للترجمـة، ط1، بيروت، ديسمبر 2009، ص ص 59 و 60.

Rauls(J) la justice comme equité, une réformulation de théorie de la justice, nouveaux horizons, éd. La découverte, 9 Bis, 2003, traduit par bertrand guillarme, PP.69 et ss

[2] - ibid, pp 20 et ss

شروط المساواة العادلة في الحظوظ، والتي تشترط لاحقا تحقيق أكبر نفع لكل أفراد المجتمع (أي الإختلاف المولد للعدالة التوزيعية)[1].

وبنظرة أكثر "وضعية" (plus positiviste) تظهر " العدالة العقدية " كتلـك " الفكـرة المرشـدة" لنظرية العقد، حيث تقضي بأن تكون " مبادىء العدالة موضوع كل إتفاق أصلي، حيث يتصور بأن كل من إنخرطوا في " عقد" أي في تعاون إجتماعي ، قد إختاروا معا، وفي موقف جماعي، المبادىء تقـوم عليهـا الحقوق والواجبات، وتقاسم المنافع الإجتماعية على حد سواء[2].

فلو إفترضنا أن هناك شخصين قد إتفقا على أمر ما، أمكننا الخروج بتقدير أو تقييم لإتفاقهما علـى ضوء زاويتين:

إما أن نتساءل عن الظروف التي تم فيها الإتفاق، لمعرفة ما إذا كان كل طرف حر أو مكرها، أو أن نبحث في بنود الإتفاق لمعرفة ما إذا كان الإتفاق منصفا لكليهما، وحتى وإن كان هذان الإعتباران متصلين ببعضهما البعض، لكنهما مستقلان في المصدر، ولعله مهما يكن من أمر، فإن طرح مثل هذين التـساؤلين في نظر القانون الخاص، يعبران عن غايتين ذاتي تفسير مباشر لفكرة " أخلاقية العقد" [3] فمن جهـة هنـاك غاية الإستقلالية التي تُلحق بعقد نشأ عن إرادة حققت أخلاقيته في ذلك الطابع الإرادي للاتفاق، وكذلك غاية المعاملة بالمثل، والتي يكون فيها العقد أداة لتحقيق المنفعة المتبادلة القائمة على القاعدة المنصفة للتبادل.

في القانون الوضعي للعقود، تظهر عبارة "العدالة العقدية" وهي تعبر عن الصيغة التقليديـة التـي سادت بعد استقرار فلسفي تصوراتيا لمدة طويلة، منذ القرن 20 " تعادل في الإلتزامـات، أو أكثـر منهـا نظرية الثمن العادل".أما الفقه، فقد جعل منها مصطلحا تركيبيا يختلف عن ذلـك التقـسيم المتجـانس بـين مضمون العقد وبين إعتباره وضعية اللاستقرار النسبي.

---

[1] يميز Aristote بين العدالة التوزيعية والعدالة التصحيحية وذكـر ذلـك فـي مؤلفـه الموسـوم بعنـوان "Ethique à Nicomaque":

"… Donc deux sorte de justice particulière, la justice corrective et la justice distributive. La justice distributive vise à établir l'égalité entre les membres de la cité (la communauté politique) dans la distributions des biens de l'état (honneurs, richesses, et autre avantages). La justice corrective est celle qui réalise la rectitude dans les transactions privées". Voir Loïc Cadiet, une justice contractuelle, l'autre, mélanges, Ghestin, L.G.D.J., Paris, 2001, p 184.

[2] - Biziou (michäel) la place de la justice morale de david hume, et dang (Ai-Thu), les conceptions de la justice sociale ; quelques developpements récents en économie, in, la justice, philo (sous la dir) guy samama. Ellipses, PP.152-155 ainsi que 205-209.

[3] - قارن ما يكل ساندل، مرجع سابق، ص ص 186 و 187، وكذلك أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، 2002، ص ص (16-19)

بيد أن الموضوع لا ينحصر في ذلك الإهتمام الفلسفي والقانوني بـ"العدالة العقدية"، بقدر ما شـكل فكرة غير متغيرة في الجوهر، وعوضا عن ذلك، كان المضمون، والموضوع يتغيران تبعا للشكل المفـرغ فيه، فكل مبادلة تتم بين الأشخاص، تدفع المجتمع ككل للإهتمام بالكيفية التي تطبق بهـا هـذه المبـادلات، خاصة بالنسبة لـ"عقد معاصر" متقدم.

عندما يتم إستدراج الفكر اليونـاني للتنقيـب عـن مـصادر "العدالـة العقديـة" تظهـر العدالـة الأرسطوطاليسية على قمة العبقرية القانونية في الجمع بين ما هو: "وضعي" و "طبيعي" ولعل إيجادها كـان بالإعتراف بتأثير " تلك القوة الموجهة جنبا إلى جنب إلى قانون ضيق وصارم من أجل دعم الضعف وقلب الجور، وهذا يبدو واضحا من منهج أسلوب سد الفراغات، والتخفيف من النتائج الضارة[1].

وهذا التصور طبعه تعريف أرسطو للعدالة " هناك عدالة أحسن عندما يتم تصحيح عدالة قانونيـة، وهي عدالة تنطبق على حالات خاصة، بسبب نتائج غير عادلة تولدت عن تطبيق قانون مصاغ بعبـارات عامة غير متوقع لكل شيء"[2].

وبسبب الفكر الفلسفي والمعرفي لليونانيين في موضوع العدالة، كان الفكر الروماني أول المتـأثرين به، ولكنه عرف تطور لمفهوم القانون أكثر، خاصة بمناسبة البحث عن عائلة "الرومانو-جرمـانو" حيـث ظهر لأول مرحلة "قانون" نفعي، شكلي يبحث عن الأمن القانوني[3] وبالتالي يوصـف القـانون "بالنـاقص، الجامد والصارم" والمسيطر عليه بإجرائية (legisactionis)، والشكلية المفرطة...الأمر الذي إنطبق علـى العقود ولو لأبسط خطأ في الإجراءات.من جهة أخرى فإن الأخلاق المسيحية استطاعت تخرج بحـل فـي

---

[1] - Aristot proclame la nécessité d'un juste prix dans les échanges, c'est-à-dire, d'après la définition qu'il ordonne, l'équivalence entre l'objet reçu et l'objet donnel cité par fin langer (L), l'équilibre contractuel, op cit, P10.

وكذلك العدل عند اليونان (...)

[2] - Annick jaulin: Aristot, les deux formes de la justice, in « la justice » (sous la dir) guy samama. Ellipses, pp 55-63. Voir aussi, Karine (dela-A.P), la réfaction du contrat, préf Yves Picot, ed Alpha, L.G.D.J, 2009 N°696, PP 421 à 424

[3] -وهي التي جاء بها أرسطو، وهذا الأخير يعتبر أن العدل إستثناء عن الأخلاق فكل فضيلة ذات درجة وسطى من الرذيلتين إلى العدل، لأنها تمثل فضيلة الدولة الأكثر والأسبق من فضيلة الفرد، وبسبب التناقض وعدم التساوي يتدخل القانون للتغلب على ذلك الفارق. المساواة الحقة وهو العدل، هي ما تحقق توازنا بين أفراد ووحدات المجتمع،و بالتالي يتوافق مع التوازن الذي يحياه كل الكون، وكل مماليكه النباتية والحيوانية وأفلاكه وأزمنته " والعدالة التوزيعية هي الناتجة في عدم المساواة إجتماعيا، وبسبب التفاوت في القدرات والميزات والاحتياجات، فتطبيق المساواة الحسابية ظلم لذلك يتم إنشاء علاقات تناسلية وهنا يتم إحتساب النصيب العادل، لمزيد من التفصيل أنظر زكي نجيب محمود، وأحمد أمين ، قصة الفلسفة اليونانية الطبعة الثامنة النهضة العربية، القاهرة ، 1982، ص 177 وما يليها، و 207.

نظرية "الثمن العادل" كمفهوم وليدعن العدالة التبادلية، ولعل الأرضية التـي وضـعها القـديس Thomas d'Aquin كفكرة موضوعية للقيمة، وإعتبار الثمن عادلا بمجرد تلاقي إلتزامات متساوية.

في حين أن القانونيين في هذه المرة، أتخذوا من مسألة العدالة طابعا حـصريا مـن الموضـوعية، والتي لا تخرج عن تقدير حسابي، في شكل مساواة مطلقة في المبادلات، ولا وجود لإلتـزام صـحيح دون آداء، مقابل ذات قيمة مساوية.

وبالنتيجة، كان لفقهاء القانون في العصور الوسطى شبه إجماع بأن العدالة، الإنصاف، التعادل فـي الأداءات هي المبادىء الأولية في قانون العقود[1].

بيد أن القانون الإسلامي، فهو من القوانين التي لم تهجر أبدا فكرة "العدالة" أو "الإنصاف"، حيث أن دور "الإجتهاد" كمساعد عند سكوت أكبر النصوص يقينية (قرآن، سنة)، هي التي أنقذت بالفعل دعـم هـذا المفهوم، خاصة عندما يعبر عنه بـ"العدالة تعرف مصدرها ومرجعيتها في إنصاف القاضي" وهذا لسببين:

الأول: لأن القرآن يحيل للقضاة الرجوع إلى العدالة في أحكامهم "فأحكموا بالعدل" والثـاني، يرجـع إلـى تشكيلة القانون الإسلامي ذاتها والتي لم تتجاهل هذه القيمة الروحية، بل يوصف بقانون مختص بعلـم حـل مشاكل الضمير (casuistique) يتألف من الفتوى، والإستشارة، والتي تكون أقرب بكثيـر إلـى العدالـة وعلى حد تعبير الأستاذ فاضل نعومي: "لولا أن القانون الإسلامي قد كون نظرية عامة (...) فلم يكن ليتقبل بوضوح بحلول لمشاكل حالة بحالة، ولم يكن ليعترف بحلول عملية، منصفة وعادلة مؤسسة قانونا"[2]، الأمر الذي يجعل منه قانونا للمبادىء العدالة والانصاف ذات الدور التوجيهي، لأنها بذاتها نموذج لدليل (guide) وأبسط مثال يعود لتكريس "الوفاء بالعهود والعقود"، والجزاء على التعسف في العقد، والإضـرار بـالغير، وحظر القرض بفائدة (ربا)، وخاصة حماية المتعاقد الأكثر ضعفا وهو الذي ظهر تأثيره في مختلف القوانين الوضعية المنبثقة عن مصدر مادي كالتشريع الاسلامي.

عندما إعتبر البعض بأن تقسيم أرسطو للعدالة الى توزيعية وتبادلية قد ظهـر تـأثيره فـي تقـسيم القوانين خاصة المنتمية إلى مدرسة القانون اللاتيني، وبالفعل بناء نظم هذه الأخيرة جاء يفرز عـن داخلـه فكرة العدالة وفقا لذلك التصور الأرسطو طاليسي، ولكن هذه المرة بعد إجراء عملية توفيقية وتركيبية بـين هذا التصور (أي العدالة) وبين فكرة المنفعة الغالبة في القانون الروماني وهذا ما أصبح يسبغ عليه طـابع القوانين المدنية الحديثة.

---

[1] - Voir dans ce sens: Loïc (C); une justice contractuelle, l'autre, Art précitée: p 180: "... Sans doute le code civil de 1804, "le droit classique" selon l'expression du doyen carbonnier n'est pas complétement insensible aux considértations de justice contractuelle; ne porter de tort à personne, "neminem lae-dere", c'est comme un "asciomé, venu du droit romain, si un contractant est lésé par le contrat, il devrait pourvoir réclamer justice".

[2] - voir dans ce sens, terrè (F), simler (ph), et Le Quette (y), op.cit, PP. 31-34.

ولو أنكره البعض أو قلل من قيمته، حيث نجم عنه نشأة مجموعتين ذات السمة المميزة في القوانين اللاتينية: أولى: وتهدف إلى تحقيق العدالة التوزيعية أو العدالة الإجتماعية[1]. بيد أن المجموعة الثانية ونتيجة وقوع الأولى في حالة من الإختلال، أنشئت قواعد تهدف إلى تحقيق عدالة تبادلية بل إنها تلعب الدور الأهم في حياة العقد، لأنها تبرر حق الدائن في إلزام المدين بالقيام بأدائها، إستنادا إلى العدالة المتبادلة في العقـد وهي عدالة تصحيحية[2]، ترسخ في القوانين الوضعية حفظ العلاقات الودية بين الأطراف.

إن القوانين الأوروبية خصوصا، عرفت نظرية صلبة وثرية لبناء نظرية العقد على أسـاس القـيم والفضائل، وبالذات "العدالة"، وإذا كان القانون الروماني أول الأرضيات في إعطاء عجلـة تكـوين "العقـد النافع" فالقانون الفرنسي وهو على تأثر جزئي به، وبالدرجة الأولى يرجع فـي تـرك مـوروث مـشترك "كالشريعة العامة" والذي إعتبره الفقهاء "روح العصور" كونه شكل النموذج الأمثل للتشريع المدني"[3]، لأنـه وضع الحقوق والإلتزامات على صورة من التجانس[4]، ولعل تطور نظرية " سلطان الإرادة " بسبب الفـشل في توجيه الحلول العلاجية نحو التوازن في الإلتزامات العقدية أسهم مع " الثمن العادل، "الأجرة العادلـة"، أسس فكرة الغبن، ومختلف تطبيقات المبادىء العدالة العليا والأخلاقية، في إنشاء قانون أوروبي للعقود قوام أهدافه، الحفاظ الأركان الجوهرية لضمان حركية تلك الحريات الأساسية في العقد (حرية التعاقـد، البيـع، التجارة، القرض بفائدة، رفض البطلان في عقد وقع فيه غبن....وغيرها)، وفي نفس الوقت تركيز كيفيات ومناهج لوضع حدود على تلك الحريات رغبة لتحقيق العدالة التعاقدية.

في ظل غياب أي تعريف لهذه الفكرة في القانون المدني يستوجب التـساؤل عـن الفائـدة منهـا وأهميتها؟ خاصة إذا ما أخذنا بعين الإعتبار ذلك الفارق الفكري بين ما هو معنوي، أخلاقـي، ومـا هـو وضعي، وبالتالي، أليس من المنطقي التسليم بأن مفهوما كمفهوم العدالة العقديـة اليـوم بـصدد الإنبعـاث والإحياء من جديد؟ هذا ما يندرج في إطاره بحثنا، وخاصة على ضوء تبيان الأهميـة والفائـدة القانونيـة

---

[1]- العدالة التبادلية هي عدالة التسوية والمنظمة.

(Justice commutative, corrective, égalisatrice, régulatrice)

التي تتطلب تصحيح أوضاع غير عادلة تنشأ عن المعاملات بين الأفراد والتي تعتمد على واقع العبور والظلم الناجم عن عدم مراعاة المصلحة العاة.

-voir ghestin (J) l'utile et le juste dans le contrat, Art précitée. PP.51- et 53-ss. Voir aussi, Karine(dela-A-PP), la réfaction du contrat, op.cit.PP 422 et 423.

- voir aussi: Carbonnier (J), Droit civil – les obligations, T (4). Thémis. P.U.F., Paris, 1985, PP 136-137. et Chazal (J.P), justice contractuelle, J.C.P, 2007, P 743.

[2] - أنظر ما جاء في مشروع (Pierre Catala) ، مرجع سابق، ص 22، في عرض عام

[3] - Malaurie (ph) aynes (L) et stoffel munek (Ph), Droit civil les obligtions, Paris, 2004, P.21.

[4]- أنظر ما لاحظه الأستاذ محمد الزين، قانون مدني، النظرية العامة للإلتزامات، العقد، ط 2- 1997، ص 276

لمؤسسة " العدالة " ، والإقتصادية، وكذلك العملية، لأننا وفي الوقت الحالي لن ندافع كما سبقنا إليه ولمدة طويلة المفكرون، الفقهاء والقانونيين، عن مفهوم كهذا بشكل مجرد.

ونظرا لواقعية ودواعي " الوضعية " لمفهوم مجرد، تستند الفائدة من الدراسة لـ :

حيث يتعين معرفة كيف حلّت المشكلة في القانون المدني الجزائري، على ضوء الأساس التقليدي الذي يهيمن عليه مصدر يستوحي منه ماديته أي الشريعة الإسلامية، وبدرجة أولى وبإمتياز القانون الفرنسي، الأمر الذي أسهم في وضعية توفيقية لمختلف النصوص بما فيها مراعاة الطابع والخاص منها، مما أسهم في تحقيق مفهوم أصيل، في إطار خاص، أحسن ما أتبعه حتى لا يوصم النظام القانوني للعقود لدينا بالجهل وعدم التدبر لمواءمة مفهوم العدالة في القانون المدني الكلاسيكي والمعاصر، وحتى ما ينتظره من آفاق، وبذلك سيكون من قبيل الإنصاف الفكري إعطاء تلك القراءة الداخلية للنظام القانوني الساري، ويفتح المجال نحو "الإعتراف القانوني بالعدالة". وفي هذا المعنى يرى الفقيه Saleilles "أن القانون يتجه شيئا فشيئا لتأسيس العقد على العدالة لا العدالةعلى العقد"[1].

من المعلوم عموما أن مضمون أي إلتزام منوط بالوظيفة الاقتصادية التي يضطلع بها، وإذا كان من المستقر أن الإلتزامات، هي إنعكاس للمبادلات بين الأفراد، أو كذلك عناصر محركة للعلاقات الإقتصادية، الناشئة بينهم، فمن المنطقي أن تكون تعبيرا عن التجارة القانونية، وعلى درايـة بالظاهرة القانونية، فهي تدرس الوقائع الإقتصادية، مما يلحق القانون بالاقتصاد نظرا لإرتباط سلوكياتهما، وأصبحت الثقافة العقدية الجديدة تشير إلى التشبع بكل ما هو أخلاقي: تضامن، أخوة، تعاون، نزاهة، وغيرها، ولم يعد يرى في المبادلات والعلاقات الإقتصادية وعاء للمنفعة، إنما هي وسيلة للعدالة والأخلاق العقدية.

وبهذا سيكون تنظيم " مفهوم " العدالة " على أرضية هذا الإرتباط القانوني والإقتصادي، قابلا لتسهيل المبادلات التجارية أو على العكس مرتبا لصعوبتها، والسبب يعود إلى إقتحام حوادث هامة على المستوى التجاري: كأن يتعلق الأمر بمهاجمة ونقد عقد غير متوازن وتسبب بالفعل في إختلال العلاقات العقدية وبالتالي أنعكس أثره على إستقرار وتوازن حياة الأعمال "stabilité de la vie des affaires" مما يفسر في كل مرة ويجيب نص قانوني أو أي مصدر وضعي: هل حققت درجة التوازن، العدالة أو أي إعتبار من الإعتبارات القيمية ؟، وعلينا الإعتراف، أن الجزائر أول قانون مدني مجزأر جعلت المشرع في مواجهة حتمية مع معطيات من الأعمال والتجارة في الدولة، لم يلتفت فيه حتى إلى الهدف الما وراء نصي أو قضائي في سبب اللجوء إلى تحديد أسباب إنحلال العقد، كل ما هنالك أن البنية الاجتماعية والاقتصادية التي غلفت العلاقات التعاقدية، والتي لم تبق على نفس الوتيرة نظرا للتطور الذي سادها من وإلى المصلحة العامة والخاصة لتنظيم المعاملات التجارية والاقتصادية.

[1] Loïc Cadiet, une justice contractuelle, l'autre, Art précitée, p. 178 et s.

إذا لم تكن المسألة تتعلق بقياس ومقارنة محددة للقيم المتبادلة في العقد، فإن القـانون يتواجـد ويتمركز على برهان ذو حدين، وغير قابل للحل، فمن جهة فإن اللاتوازن الظاهر على العقد يترجم غالبـا باللاعادل، بذلك الإستغلال الذي يوجهه الإنصاف وتصححه العدالة، ومن جهة أخرى، لا وجود لأي معيار من أجل تحديد هذا اللاتعادل وبشكل يقيني، فسواء وجد نص تشريعي يوجه نحـو غايـة تحقيـق العدالـة العقدية، أم لم يوجد، فلن نخرج عن مطالبة القاضي مراعاة هذا الوضع، بالرجوع إلى تـصوره الخـالص للقيمة المادية والمعنوية للعقد، وهذا بالطبع ما سيخلق مرونة جد متنوعة، مجردة، وخطرة، ممـا لا يمكـن معه حل الصعوبات الناجمة عن محاولة تصحيح اللاتوازن في الأداءات[1].

وهنا سيكون من المفيد، والمهم، فحص وبحث تلك التقنيات القانونية التي كرست وجـسدت بعـدها بـشكل مباشر، وغير مباشر لهذه الغاية.وبالطبع يعتبر "العقد" بشكله مبادلة بين ذمتين أو آداءين المرجع المناسـب لفحص تلك التقنيات.

صيغة الجدة والأصالة في " العدالة العقدية في القانون المدني" ذات مظهر واضح في البحث وذلك للأسباب التالية:

أ- فيما يتعلق بالأصالة: يعوزنا واجب عدم نكران المرجعية النظرية التي إنطلقنا بها لتبرير البحث، والأمر يتعلق بإتخاذ مفهوم مميز ترقى من مجرد " مبدأ " إلى " قاعدة" فنظرية" بكاملها، أصلها فلسفي، وموضوعها في نظرية العقد، فكري[2]، إنما ما يجب الإنتباه إليه، أن تركيزها القانوني فهو (قـستيني)[3]، لأن أرضـية " بالعدل، بالمنفعة (de l'utile, de juste)، هي الخاصية الأساسية للقانون الوضـعي للعقـود المعاصـر والحديث، حتى أن الكتابات والمناقشات بصدد هذه الخاصية انتشرت وكثرت، بل أنعكست علـى مختلـف الأنظمة القانونية، الأمر الذي لم يخلق الصعوبة المطلقة، أو عراقيل على هـذا المـستوى فـي الإحتكـاك بالموضوع ما عدا في ظل فحص النموذج الجزائري لفكرة العدالة العقدية، هو الذي أستحق التنظير، والذي ينوه فيه إلى غزارة النصوص القانونية في هذا المجال وهو أمر طبيعي باعتبارها المصدر الأول للقـانون المدني، لولا أن إفتقار أو الإحتشام أو الشح في الإجتهاد القضائي واضح بجلاء[4]، رغم أن القاضي هو أول المعنيين بإعمال العدالة وتحقيقها، فما البال إذا تعلق بالبحث عنها وهي مهيأة له مسبقا كغاية وكآليـة فـي مختلف النصوص، مما يجعلنا نستفسر هنا عن ستاتيكية وجمود الأداة القضائية في مواجهة مرونة وتطـور آلية العدالة العقدية، والتقنيات القانونية التي تسعى لتحقيقها ؟

---

[1]- ونقصد بذلك فقه Fouillée :" لمن يقول تعاقدي، يقول عادل "

[2]- ما عدا أن القضاء الذي لجأنا إلى قراراته يتعلق بتطبيقات عامة، أو غير المباشر عما إعتيد الآتية في النظرية للعامة مـن قرارات

[3] نسبة إلى الفقيه الفرنسي "Ghestin".

[4]- ونحن بذلك لا ننكر إلى تلك، المناقشات بالمناسبة أو الاشارات التي تطرق إليها القانونيون من الأساتذة في الجزائر

ب-تبدو الجدة في محاولة إيجاد ما حقق في القانون المدني الجزائري ككل وليس كجزء، أو كشريعة عامة وليس فرعا من فروع القانون الخاص، كنظام قانوني، وليس مجرد تقنين وضع منذ (1975) لـم يعـرف التطور والتعديل، كمنظومة متكاملة لا شكل نصوص عامة أو خاصة، وبالتالي، أسـلوب التحقيـق بقـدر المستطاع مما أكتشف وأستقرىء هو الذي دفع فكرة العدالة العقدية في موضوعنا مـن مجـرد " فـضيلة أخلاقية ذات نسبية إلى "قاعدة مرجعية"، في حل مشكلات الحياة العقدية، والكل معنـي بهـا (المتعاقـدون والقضاء والقانون).

ونظرا للطبيعة الخاصة للموضوع، حيث تنبىء فكرة " العدالة العقدية " بكل مفهوم فلسفي للتصور، فيه الكثير من التنظير الفكري، وحتى التـاريخي، لكـن هـذه المـرة إقـتحم مجـالا يتـسم بالوضـعية (Positivisme)، وليست كأي وضعية، إنها قانونية، وبالتالي، كان لزاما التخلي عما يشكل وصفا، وتأريخا للفكرة، بقدر ما استدعى بالمقابل قراءة تحليلية لها على ضوء القانون الوضعي للعقود يكـون الـنص (أي التشريع) الأرضية الأولى والأخيرة لتفسير ظاهرة العدالة العقدية، وفي كل شرط من البحث سيظهر منطق واحد ألا وهو:

هل تجد فكرة العدالة مكانا لها في هذا الجزء المنتمي إلى نظرية العقود والإلتزامات في القـانون المـدني؟ وتبعا لذلك إجابتنا في كل مرة، ان تكون بنعم أولا، إلا على أساس الحجة القانونية، وهذا ما يوصـلنا إليـه الفحص، التحليل وكذلك المقارنة والإستقراء نظرا لذلك الإرتباط الموضوعي بين النظرية القانونية والواقع العملي المشبع بكثير من الديناميكية، المرونة التطور.

إنه منهج الجمع بين تقنية المناقشة، وفق المنهج المدرسي (la méthode scolastique) والطـرح القستيني شكليا والذي يعتمد على مختلف المصادر القانونية التي أوصت بها المادة الأولـى مـن القـانون المدني وبين المنطق القانوني للحجة والبرهنة لإضفاء التماسك في الموضوع، وبالتالي ابتعدنا عن البحـث عن وضع وصفي يقتصر على تبيان مظاهر العدالة العقدية في القانون المدني وبين إرساء قناعـة بحتميـة عدالة في الحياة العقدية لطالما بحث في مـصدريتها، وخاصـة بتأسيـسها القـانوني (son fondement juridique)، في النظام القانوني للعقود، وبين الأمل والتمني في تحقيق هذه الغاية، وديمومة التواصل إليها، هي التي دفعتنا إلى التساؤل والإستفسار:

ولعل الموضوع رغم اشتماله على تبيان أوجه القصور في كل مسألة لها صلة بالنظـام القـانوني للعقود، وما شكل عدم كفاية، لكن تطور إلى مستوى معين بعدها، لأنه يتعلق ب "عدالة متطورة ومرنة " فقد كان دافعنا في الإنتهاء بالتفاؤل للقانون الذي (يجب أن يكون) (lexlata) بعدما قطعنـا أشـواطا بالرضـا القانون الذي كان (lexferenda).

إنطلاقا من فرضية عدم جمود العلاقة العقدية هل يعتبر إدماج فكرة العدالة العقدية من قبيل الآليات التي تكفل ضمان بقاء هذه العلاقة أم أنها غاية في حد ذاتها يخاطب بها لتحقيقها أطراف هذه العلاقـة (أي المتعاقدين) أو بفضل القاضي ؟ وبموجب القانون ؟.

هل يمكن تقرير نطاق إلمام القانون المدني الجزائري بتحقيق العدالة العقدية ؟ وهل هو يحقق عدالـة فـي العقد على حكم كل ما هو تعاقدي، فهو عادل" ؟ أم أنها عدالة تكمن ضرورتها في نشأتها من أجل العقد في حد ذاته ؟.

رغم شساعة الموضوع وإقترابه من التنظير الفلسفي أكثر من القانوني، إنما حاولنا طرحـه علـى مستويين:

الأول: قراءة مفهوماتية (lecture conceptuelle) للقانون المدني في مسألة العدالة العقدية.

الثاني: قراءة نصية تطبيقية (lecture textuelle) لإبراز مظهر تكريس العدالـة كمبـدأ (principe) أو كقاعدة (règle). من خلال عرض أطروحات الفقه المدني مدعما بالتطبيق للكشف عن الإعتراف بـالفكرة (وهو ما جاء في الباب الأول)، حيث يظهر مبدئيا نوع من التنازع والتنافس بين (عقد بالعدالة أو دونهـا)، لكن سرعان ما يعاد الإعتبار لها على مستوى " المبادىء المنظمة للنظام القانوني للعقود، معلومة المـصدر ومكشوفة على القانون، لكنها في الحقيقة تساعد في تبرير الإعتراف بالعدالة.

أما عمق الموضوع فيستند إلى الدفاع عن العقـد: كقيمـة (le contrat comme valeur) فـي مكامنها شقين: قيمة موضوعية وهي المنفعة، وقيمة أخلاقية ومعنوية وهي العدل، ومعهما معـا، سـنحتج بصيغة العدالة العقدية من خلال كونها أداة تشريعية، ظهرت صعوبة في الكشف عنها في إطـار الأحكـام التقليدية للقانون المدني، بسبب جمود النظرة القانونية في مواجهة سلطان الأخلاق العقدية، ولكـن الواقـع يتحرك، والقانون معه يتطور، وهو ما ظهر في الميزة الخاصة التي أصبغها تداخل فـي النـصوص ذات الطابع العام والخاص على عصرنة العقد ومفهومه، لكن خصيصا ما يتعلق بإحياء أو تجديد المبادىء والقيم الأخلاقية والاجتماعية المكملة أو المساعدة لتدعيم العدالة داخل العقود.

بيد أن الطابع المحدد لنطاق العدالة يكشف عنه جعل هذه الأخيرة أيضا آلية قضائية، أو محور سلطة قضائية قلبت دور القاضي من الكشف " عما هو عادل " في العقد، إلى الكشف عن العدل فيما هو قار أصلا.

تم تقسيم البحث إلى بابين:

أولهما يتعلق بذلك المظهر الحديث الذي تظهر به العدالة العقدية على العقد حيث تتجاوز الصيغة التقليدية التي وضعها لها القانون المدني، وهو بذلك يستند على تلك القيم الأخلاقية التي أصبح يتبناها قانون العقود

(الفصل الأول)، سواء بالنسبة لما رتبه من أزمة ملاءمة مع ظاهرة تطور البيئة العقدية**(المبحث الأول)** أو بالنسبة للجانب الايجابي الذي يظهر به العقد كأداة المنفعة **(المبحث الثاني)** أما فعالية العدالة على مستوى ثان فهو قد برز في تكريسه في القانون المدني على ضوء المبادىء المنظمة للقانون المدني، فهي منبثقة عن مجموع الأخلاق التي تولدت فعلا عن العدالة **(المبحث الأول)**، أو تلك الأخلاق التي تظهر بمظهر المساعد في تحقيق هذه العدالة **(المبحث الثاني)**.

وثانيهما في الباب الآخر، تعين فحص الآليات التي تكرس بها العدالة العقدية في قانون العقود ككل (قانون مدني وقوانين خاصة)، حيث ينقسم على مظهرين: فإما أن تكرس كآلية تشريعية خصت بـالتطور سـواء بالنسبة لـ: فئة الأحكام التقليدية التي تمنح حلولا تقليدية لكن بمحتوى عادل **(المبحث الأول)**، أوفئة الأحكام الخاصة وبمنهج صريح **(المبحث الثاني)**، لولا أن فكرة حسن النية هي التي تكشف عن المضمون العـادل فعلا للعقد **(المبحث الثالث)**. أما المظهر الثاني فتكرس به كآلية قضائية ولكن نسبيا، وهذا يرجع إلى الطابع المرن الذي يكتسي به مفهوم العدالة العقدية مقابل تطوير العقد **(المبحث الثاني)**، الأمر الذي سـاعد علـى ممارسة القضاء لهذه المرونة **(المبحث الأول)**.

الباب الأول: تحديث العدالة العقدية في القانون المدني في تجاوز الصيغة التقليدية للعقد

إذا كان "العقد" القالب الأول والرئيسي لتبادل الثروة بين الأفـراد ،وبالتـالي خاضـعا للبيئـة الإرادية، إمتد به حتى جعله وسيلة لإقامة المشروعات الكبرى،مما صاغه في نظرية عامة محكمـة مـن حيث العناصر،الأركان،الأشخاص المشاركون في العقد وبصفتهم أطرافا متعاقدين أو من الغيـر، أو حتـى أشخاص معنيين بالعقد لسبب أو لآخر)، وحتى الإطار الموضوعي أو الشكلي المنظم له ،كـل ذلـك كـان القانون المدني الجزائري معمما إياه على منهج من التطويق ،إلى درجة أن إزدهار "الظاهرة العقدية" علـى غرار التأثر أو الإنسجام أو القياس أو حتى الإنفراد بالأحكام القانونية المختلفة التي سادت القوانين المقارنة السارية على نظرية العقد لدى مختلف الدول إنعكس على منظومته النصية في مختلف الجوانب ، لكن أيضا عندما بقيت(أي الظاهرة العقدية) بسبب جمودها تعوق و تُعاق على ضوء تطور بيئتها ، كان مـن الـلازم النهوض بالعلاج المناسب- حتى لا نقول بديلا مناسبا- لم تكن فيه العدالـة العقديـة إلا الأداة الملائمـة للإرتقاء بالعقد إلى المستوى القانوني الأفضل في صيغة من الإعتراف بمستلزمات أخلاقية لتهذيب بيئتـه، صحيح أنه إصطدم بواقع متأزم وسط سلطان الإرادية ، ولكن عمق الظروف المؤثرة فيه أظهرت الحاجة إلى التنفيس عن العقد في جو من التجديد و التطور، الأمر الذي برر معه أخلاقية العقود و العلاقـات فـي مستوى أرقى من "قانونية العقد " وهو في مستواه الجامد (**الفصل الأول**)، وطبعا هـذا يعنـي الإعتـراف الحكمي بالعدالة في العقود طبقا لما يجب ان يكون في القانون المدني تقويما لما هو كائن ، لكن حتى يجـد الوضع تأسيسا في النظام القانوني سيكون لزاما الإستناد إلى بنوة العدالة في هذا القـانون علـى ضـوء مجموع المبادئ التي لطالما حكمت العقد، و أصبحت سندا هاما لما هو عادل في العقد نظريا و عمليا على حد سواء (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول: أبعاد تبني القيم الأخلاقية على تطور قانون العقود

أصبحت مسألة مقبولية العدالة من الجهود التي وضعت العلاقات الإرادية في مواجهة نظام عقدي عرف أزمة ذاتية من جراء وضع قانون العقود أو الإلتزامات أو القانون المدني في مواجهة تطور و تنامي في ظروف وعناصر خارجة عن العالم الإرادي المحدود على التغيير والمنفتح بإطلاق داخليا على المنطق الإنساني للعقد دونما إعتباره إلى الجوهر و القيمة المطلوبة (**المبحث الأول**)، ولعل ما ساعد على تجسيد هذا التغيير من الداخل إلى الخارج تحقق إعادة قولبة العقد على الصيغة التركيبية للعدالة العقدية ، والتي جمعت بين ماديتها، و هي المنفعة كما كان لقيمة العقد الأخلاقية ظهور فسر الحداثة في التوجه لإعادة تنظيم العلاقات العقدية (**المبحث الثاني**) .

المبحث الأول: أزمة العقد على ضوء تطور البيئة العقدية

عندما كان مبدأ سلطان الإرادة هو القاعدة المهيمنة في القانون العصري فقد ضمنت معه حرية إرادة الأطراف بالالتزام، كما كرست حماية إرادة الأطراف ضد تسلط القاضي؛ فإن هذا الوضع أثرت فيه العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بتعدد القوانين الآمرة أوقعه في تعارض بين قانون وضعي لا يصادق على نجاعة العقد إلا إذا كان قائما على المصلحة الاجتماعية وأن يكون عادلا،(**المطلب الأول**)، إضطر معه تراجع دور الإرادة التعاقدية بواسطة نظام جديد تغيرت معه أولويات الأشخاص المتعاقدة وأهدافها؛ مما إستتبعه غاية جديدة في محاولة تسخير كل من المشرع والقاضي والمتعاقدين لتأمين تطابق العقد مع المصلحة العامة أو النظام العام، وبالأخص جدد نظرية العقد بواسطة تنظيم المناهج الجديدة لتكوين العقد وتطور نحو المرونة والتساهل مع الأطراف (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: هيمنة الإرادية في القانون المدني على حساب العدالة العقدية

من الطبيعي القول بمركزية منظومة عقدية قائمة على التصور الإرادي في القانون المدني الجزائري على غرار القوانين الأخرى، ومظاهر التكريس ظاهرة باتت واضحة بالشكل الذي فاق الإطار الفقهي المعتدل إلى حد رسم نظام قانوني للعقود يوصف بالمتميز (**الفرع 1**)، لكن التطور الجديد للبيئة العقدية، مثلما أثر على مختلف الأنظمة المقارنة ساد بأثره على تغيير التصورات المرتبطة بالعلاقات العقدية، وبالخصوص عندما دخل مفهوم المعاملات تدريجيا ليحل محل العقود يحيي فيها الأخلاق والقيم المعنوية (**الفرع2**).

الفرع الأول: أسس صرامة أحكام العقود في القانون المدني

لطالما ساد النظام القانوني للعقود مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تكوينها وترتيب آثارها وكان مركزه من الثبات في قانون العقود هاما (**ثانيا**) ، ولعل تفسيره يعود إلى ظاهرة الأمن القانوني كضمان أو تأمين للحرية العقدية التي صاحبت القوانين الخاصة، وحققت للعقود إستقرارها (**أولا**).

أولا: الأمن القانوني تجسيد لحماية الإرادة العقدية

تنص المادة **59** من القانون المدني:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبيـر عـن إرادتيهمـا المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" وتلحقها المادة **60** بالنص أن: "التعبير عـن الإرادة يكـون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه". ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو ينطق الطرفان على أن يكـون صريحا.

إن النصين يعبران عن التصور الليبرالي للعقد [1] يحملان القاعدة المزدوجة التي تحكـم العلاقـات العقدية ألا وهي: مبدأ الرضائية (consensualisme) ومبدأ سلطان الإرادة، وبدقة أكثر فيها سـمو الإرادة التعاقدية [2].

"إن العنصر الزمني يكتسي أهمية بالغة في الميدان التعاقدي" حسبما يؤكده الأستاذ **Farjat**، مضيفا أن" حاجة الأفراد المتزايدة للأمن هي التي تعطي لعنصر الزمن أهمية كبرى، ويعتبر العقـد أهـم وسـيلة لتحقيق الأمن والإستقرار في المعاملات خاصة لذلك، فإن العديد من الفقهاء يرفضون رفضا باتا التدخل في العقد وتعديله، إذا لم تتجه إرادة الأطراف إلى ذلك ، فإذا كان إحساسنا بالعدالة يمكن أن يميل بنا إلى قبـول هذا التدخل فإن الحاجة للأمن والاستقرار تتعارض بصفة باتة مع أي تدخل في العقد، لذلك يعتبر ثبات العقد من مقومات الاستقرار.

وتأمين ثبات وعدم تغيير هذه المبادئ يكفلها قدسية قانونية تعرف "بأمن العقود القانوني" أو "الأمـن القانوني"، الذي شكل أساسا حقيقيا للحرية الفردية، طالما يحقق إمكانية التحديد الدقيق للأفعـال المرتبطـة بنشأة وتغيير ونهاية كل العلاقات والتصرفات القانونية [3]، وبعبارة أخرى يعتبر الأمن القـانوني ضـرورة

---

[1] وهما نصان مستوردان من النسخة الفرنسية لقانون نابليون (المادتين (1101) و (1102)، وهما نصان بقي تكريسهما قارا منذ (1975) ودونما تعديل لولا أنه سيطرح الإشكال واضحا بالنسبة لنطاق إعمال دور الفرد الذي تغير بقوة القانون وبقـوة الظروف الإقتصادية و الإجتماعية .

[2] وذلك بدل الإبقاء على وصف "سلطان الإرادة" الذي لن نبالغ بالقول فيه عن إلغاء دور الإرادة في التعاقـد، وإنمـا علينـا الاعتراف بكفاية بالإحالة إلى التضييق منها في حالات وتقرير سموها في حالات أخرى.

- لمزيد من التفصيل: أنظر خليفاتي عبد الرحمان إعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقـد وتنفيـذه، ماجستير الجزائر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1977، ص 1 و 4 ، و في رأي خاص للأستاذة محمدي فريدة : لا يمكـن للتطور القانوني مهما وصلت ذروته إلغاء دور الإرادة تماما في التعاقد" ، مبدأ نسبية العقـد " . رسـالة دكتـوراه. جامعـة الجزائر. 1992، ص 1.

[3] - Voir dans ce sens Terré (F), Simler(Ph) et Le Quette (Y), op.cit, pp, 551 et ss, et, voir aussi: Larefre Labordaire (A.S), «La pérennité contractuelle », L.G.D.J, Coll. Bibliothèque de droit privé, T.447, 2005, p190.

يقتضي أن تسبق كل نظام قانوني، كما لو أن الأمر يتعلق بتوفر وسائل فنية محددة كي يكفل إستمرار فعالية القانون أو العقد فمثلا عندما يستند الأمر على ضرورة إتخاذ القاعدة القانونية أو التصرف شـكلا خارجيـا معينا، لأنه يراد به ضمان أمن النتائج بنفس الأسلوب الذي يستطيع كل شـخص أن يتنبـأ دون أن يـؤدي الخلاف بشأنها إلى إضطراب داخلي للقانون أو العقد، ومنها مثلا عندما يتجنب القانون إستخدام عبـارة " ثمن عادل أو معقول" يجعلها ذا طابع نسبي عند التطبيق في شأن عقد يشكل فيه الثمن ركنا أساسيا ويصبح خاضعا لسلطة تقديرية مرنة مما يهدد بأمن العقد ومصيره، ونفس الأمر إذا تعلق بإسناد القاعـدة لتطبيـق جزاء ملائم عن مخالفة قواعد القانون المدني والتجاري، كما يمكن أن يستند إلى جزاء عيني بإجبار المدين على تنفيذ الإلتزام الذي تعهد به ما دام ذلك ممكنا (مثل إلزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع)، أو إلى جزاء تعويضي في حالة إستحالة التنفيذ العيني ومن أجل ضرر لحـق بالـدائن نتيجـة لعـدم التنفيـذ (المـواد **164**ق.م.ج وما يليها وكذلك المادة **176 وما بعدها**) [1]، و كذلك إقرار مبدأ عدم رجعية القوانين الجديـدة على التصرفات القديمة - ولو أنها قاعدة عامة فقط طبقا للمواد 6 إلى 8 من القانون المدني [2].

ولعل في تفضيل مبدأ الأمن القانوني للتصرفات القانونية تمجيد للإتجاه الشكلي في الفكر القـانوني، ففي نظام التقادم تثبيت للمراكز القانونية على أساس الوضع الظاهر من خلال النصوص المتعلقـة بالتقـادم المواد **308** إلى **322** على مختلف فئاتها [3]، وفي هذا حفاظ على المراكز وعدم زعزعتها بآجـال غيـر مسماة، على الرغم من عدم عدالتها والتي تفترض حصول كل ذي حق على حقه، وبنفس الإتجاه شـرعن التقادم المكسب لتثبيت ملكية شيء لكل من حاز عقارا أو منقولا دون أن يكون مالكا له، متى كانت حيازته هادئة مستمرة لمدة معينة من الزمن[4].

كما أن من منهج المشرع عادة يكمن في ضمان حماية الأوضاع الظاهرة، والتي تعتبر مـن قبيـل حماية الإستقرار في التعامل، مثلما يتعلق الأمر بحكم المادة **404** ق.م.ج، "من باع تركة دون أن يفـصل مشتملاتها لا يضمن إلا صفته كوارث ما لم يقع إتفاق يخالف ذلك"، ثم هناك المادة **408** ق.م.ج الخاصـة بحكم البيع في مرض الموت، وكيف أنه لم يجعل البيع فيها نافذا إلا بإقرار باقي الورثة، مع أنه إذا تعلـق

= أنظر في هذا الشأن، محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، المجلة القانونية والاقتـصادية،الكلية الزقازيق , 1995,ص ص 232-239، وكذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ص ص 690 وما يليها، ومحمد محسوب. أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة، 2000، ص ص، 151 وما يليها.

[1] أنظر المادة 364 ق م ج:" يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي عليها وقت البيع"، أنظر كذلك لمزيـد من التفاصيل علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، موفر للنشر، الجزائر، ص 25.

[2] هذا في إشارة إلى ما سيتم تفصيله من إستثناء وارد على مبدأ عدم الرجعية بشأن المراكز الجارية ومستمرة الأثر.

[3] كالذي يتعلق بإنقضاء الإلتزام ب 15 سنة و 5 سنوات للحقوق الدورية (الأجور – المرتبات) وسنتين لحقوق المهنيين، و 4 سنوات للحقوق العامة للدولة، وسنة للمهن الحرة،...وغيرها.

[4] أنظر للمركز الذي ألحق به موضوع التقادم المكسب ، حيث ترك لمنهج إجرائي كي ينظمه في إطار قـانون الإجـراءات المدنية والإدارية بموجب المادة ( ) ق إ م و إ ج ,

الأمر بغير حسن النية لا يمتد إليه حكم المادة **408**، وذلك بموجب ما جاء في **المادة 400**، وهي أحكـام قبل أن يكون لها أساس قانوني وضعي، تعتبر من قواعد المعاملات في الشريعة الإسلامية.

ويجدر التنويه هنا ، بأن جانبا مهما من أحكام القانون المدني مع ما سبق ذكره –على سبيل المثال- أخرجت لنا ذلك التناسق بين الأمن القانوني والتقدم أو التطور الاجتمـاعي، خاصـة مـن وراء الـسياسة القانونية لحماية مصالح الأفراد، وقد ظهر واضحا بالنسبة للأحكام التقليدية الخاصة بعيوب الرضا، حيـث تنطلق أرضية المادة **59** الرضائية لتكرس هدفها بأسبقية وتفضيل الحرية العقدية والتركيز علـى ضـوء نظرية عيوب الرضا المفضية لإبطال العقود وبأضيق الحدود في الحفاظ على الثقة اللازمـة فـي العقـود وأكثر من ذلك الإبقاء على صورة الرضا بنوعية سليمة ومستنيرة مما يدل على عـدم إسـتهداف تـوازن الالتزامات العقدية[1].

وفي سياق إحدى مظاهر الأمن القانوني للعقود، وإستقرار الأوضاع تعتبر آلية عدم المبالغـة فـي تعديل التشريعات[2]، أو بالعكس اللجوء إلى التعديل مع عدم المساس بالأحوال الجارية من التـصرفات إحدى أهم مظاهر القانون المدني الجزائري، على الأرجح حتى لا يقع التعارض بين ما هو قـار وما يجب أن يستقر إثر التقدم الإجتماعي والإقتصادي، وتحت طائلة التحفظ بعدم ضـرورة الإفـراط في هذه المسألة، لأنه لم يتم تعميمها، ويتعلق الأمر بالمادة **507 مكرر** المعدلة بموجب تعديل **13 ماي 2007**: "تبقى الإيجارات المبرمة في ظل التشريع السابق خاضعة له لمدة 10 سنوات ، إبتداء مـن تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، غير أن الأشخاص الطبيعيين ذوي ستين سنة 60 كاملة عنـد نشر هذا القانون والذين لهم الحق في البقاء في الأمكنة المعدة للسكن وفقا للتشريع السابق حيـث يتمتعـون بهذا الحق حتى وفاتهم...".

وتنص المادة 296 من ق.م.ج: "يكون إلتزام المناب تجاه المناب لديه صحيحا ولو كان إلتزامه تجاه المنيب باطلا أو كان خاضعا لدفع من الدفوع، ما لم يرجع المناب على المنيب، وما لم ينشأ إتفاق يقـضي بغير ذلك" ويبدو أن المرع على هذا النص كرس فيما يصطلح على تسميته بالتصرف المجرد الذي ينفصل

---

[1] وهذا على غرار القاعدة التي ظهرت في نظرية الغبن و التي لا تشكل عيبا للرضا بذاته، لأنها ذات حكـم خـاص يمـس المساواة بين الالتزامات، والحلول التي جاء بها المشرع في هذه المسألة تتعلق بالإنتقاص من الالتزامات وحل دعوى تكملـة الثمن، ... وغيرها.

- Voir dans ce sens Bencheneb (Ali), le droit Algérien des contrats (Données fondamentales), Ed, AJED,2011, pp, 90-91, n° 114, et Lahlou-Khiar (ghenima), Réflexions sur le droit des obligations, in Mélanges en l'honneur du professeur Mohand Issad, (l'exigence et le droit), AJED, èd, 2011, p, 346.

- أنظر كذلك ريما فرح مكي، تصحيح العقد دراسة مقارنة , المؤسسة الحديثة للكتاب, لبنان, ط1، (2011)، ص ص 318-326. وكذلك جاك غيستان، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسات الجامعية للدراسـات والنـشر والتوزيع، 2000، ص ص, 31 وما يليها.

[2] أنظر جمال عطية عيسى، مرجع سابق، ص ص (241-242).

عن سببه ولا تتوقف صحية على وجود هذا العنصر وما يتميز به التصرف المجرد أنه إذا غاب السبب أو تعيب فإن ذلك لا يبطل التصرف مباشرة بل يمكن الحصول على نتائج قانونية رغم عدم توفر السبب، على أن يقوم من تضرر من جراء ذلك على أساس الإثراء بدون سبب[1].

ولعل التصرف المجرد الذي تم تكريسه في المادة 296 من ق.م. يساهم بقدر كبير في تحقيق الأمن والإستقرار في المعاملات مما دعا البعض[2] إلى القول بأن غاية هذا التصرف هو إرساء "الأمـن الحركـي تلاءمت مع الحركية التي أصبحت تميز الإلتزام"

ولتأكيد أثر صرامة إستقرار القانون على استقرار الحقوق بما يحفظ الأمن القانوني يتعين الرجوع إلى تفسير السياسة التشريعية القانونية للعقود، حيث يعبر اللإستقرار في القانون عن إحـساس بـاللأمن[3]، وذلك بسبب ذلك التنافس بين التطور والإستقرار، بين الأوضاع القانونية القائمة ومساوئ الحالات التي يقع فيها الأفراد، ومثل هذا اللأمن القانوني يولد خطرا شخصيا على العلاقات التعاقدية للأفراد[4]، بيـد أنـه إذا تعلق الأمر باضطراب الحقوق والأوضاع الفردية فهو خطر حقيقي للأمـن القـانوني، والـذي يفتـرض بالضرورة توجيه سلوكيات الأشخاص للحفاظ على حقوقهم بواسطة تحديد شروط التصرفات الخاصة بهـم على وجه الدقة، وهو مناط الإرادة الفعالة، ويصبح عندئذ لدينا صورتان من الأمن، كان العميد **Cornu** قد فرق بينهما (أمان قانوني، وأمن معاملات)[5]، حيث يتشكل الأول على نحو (جماعي) قوامه "الثقة المشروعة" التي يظهرها المتعاقدان والغير أصحاب المصلحة بسبب خاصية (التوقع) فـي إطـار المحـيط القـانوني والواقعي للعقد أو الإتفاق[6] والثقة بهذا المفهوم (أي المشروعية)هي ثقة معقولة يتمتع بها الفرد ذي المعرفة

---

[1] أنظر د/ محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، - دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مـصر، 2012، ص283.

[2] يرى البعض ان ثمة فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا عن طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب. أنظر د/ محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص283.

[3] Capitant (H), et Cornu (G) . Vocabulaire juridique, quadrige, P.U.F, 2000, V, sécurité, voir aussi, l'idée de Doyen Carbonnier, en parlant de l'inquiétude, d'anxiété juridique , « et (…) la part du droit dans l'angoisse contemporaine », Carbonnier (J) obligations, op.cit, p187, aussi réclamé par Péllas (J,R), « Le principe de sécurit é juridique en droit fiscale », in Etudes en honneur de George Dupuis, Droit public, LGDJ, 1997 , p .261 et s, spèc, p 262, l'auteur estime que « (…) l'instabilité doit être rapproché de l'inflation du droit qui participe également d'insécurité des sujets de droit.

[4] « les nouveaux devoirs des contractants, est on allé trop loin ? », in la nouvelle crise du contrat, Dalloz, coll, thèmes et commentaires, 2003, pp, 99 et ss, et notamment pp, 123 et 124.

[5] Capitant (H), et Cornu (G), Vocabulaire juridique, op, cit, Et dans ce contexte l'usage de ces termes est répétés dans les réflexions juridiques du professeur Bencheneb (Ali), op.cit introduction, pp, 6 et ss, et professeur Lahlou-Khiar (Ghenima) op.cit, 336 et ss.

[6] والمحيط الواقعي يقصد به الشروط السياسية والإجتماعية ، أما المحيط القانوني يتألف من الأنظمة، القواعد فوق الوطنيـة والداخلية وإجتهاد المحاكم وأيضا التي تهم المتعاقدين.

المتوسطة، كما أنها عادية، يمكن لفرد حسن النية أن يثبتها كي لا يترك هناك مجالا للتعسف أو الخداع، وبالطبع هذا ما يجعل مثلا مبدأ عدم رجعية القوانين حماية فعالة للعقود والتصرفات، أما **الثاني** فهو أمن منبثق عن الأول[1]، ينطبق على العلاقات التعاقدية حيث يتعلق بأشخاص محددين.

وأحسن ضماناتها العقد عملا توقعيا (**prévisible**) للمستقبل يقتضي أن يطمئن المتعاقدين إلى ما إتفقا عليه بأنه سينفذ، وهو ما يلزم القاضي بالتقيد به، مما يؤتى بفكرة ثبات العقد وضمان إحترام الالتزامات.

ليتبين أن تعديل القانون (الموضوعي) ليس الخطر الوحيد الذي يمكن أن يهدد أمن الحقوق والمعاملات، بل هناك القاضي الذي يجب أن يتقيد بالعقد الذي إرتضاه كل من الدائن والمدين بإرادتيهما الحرة، وهو تعبير عن إحترام رابط منشإ إراديا ،وهذا يظهر في القانون المدني من خلال تكريس العقد شريعة المتعاقدين بالنص : "لا يجوز نقضه أو تعديله(...)" **م 106 ق م ج**، المعبرة بالضرورة عن مبدأ القوة الملزمة للعقد , وبمفهوم أكثر دقة تتطلب " الصرامة العقدية" إلتزام المتعاقد بتنفيذ جميع ما إشتمل عليه ما دام العقد صحيحا، وما على القاضي إلا أن يطبقه كما لو كان قانونا، " فهو يقوم مقام القانون بالنسبة لمن أبرمه[2]، والذي لن يخرج نطاقه عن أساس مبدأ سلطان الإرادة كتبرير لهذه الصرامة".

وفضلا عن ذلك فإن تبرير القوة الملزمة يقوم على "مفهوم منفعة العقد الاجتماعية، لأنه بحسب هذا الطرح يشكل العقد عملا منظما للمستقبل[3]، وفعاليته بهذا المضمون تقتضي إحترامه وفق نص المادة 106 ق م، إنه بالفعل ضمان الأمن التعاقدي الحامي للمبادلات العقدية. وقد إعتبر في هذا الشأن الأستاذ **P. Roubier** "من وراء مبدأ القوة الملزمة وسريانها على المتعاقدين والقاضي حاجة إلى أمن يتعين

---

[1] أنظر ربما فرج مكي، تصحيح العقد، مرجع سابق، ص 320.

[2] لمزيد من التفصيل السنهوري (عبد الرزاق) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، م1، ط3، ص ص 697وما يليها.

و كذلك جاك غيستان، المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص ص 45 وما يليها، حيث يصفها الأستاذ في كتابه – باللغة الفرنسية :" في النظام الفرداني توجد حرية من أجل التدخل في العقد لا الخروج منه، وإذا لم يكن الإنسان ملزما عن طريق إرادة الآخرين فهو ملزم من ذاته، وأي إكراه خارجي يحل محلها إكراه داخلي، وسلطان الإرادة، أي تبعية الإرادة تجاه ذاتها ما إن يتم التعبير عنها".

- Ghestin (J) Traité, op.cit, n° 49.

- aussi, Fin Langer (L), op.cit, p, 141 et terré (F) et Simler (Ph), et Le Quette (Y), droit civil, les obligations, op.cit, pp 344 et ss, et notamment, 551 et ss.

[3] والقول بالعقد شريعة المتعاقدين، يؤكد ذلك الطرح التقليدي من الفقه الإرادي البحت، و من أمثاله الأستاذ (Planiol) ، "إذ يعتبر أن إرادة المتعاقدين في العقد هي التي تنشئ الإلتزام: تحدد موضوعه ،أشكاله، ونطاقه ..." ، ونظرا للفكرة التاريخية التي تنبني على " منع الحنث باليمين التي سادت النظام الفرنسي لمدة طويلة.

أن يحكم كل نظام إجتماعي"[1]، وإلا ما الداعي إلى وسم العلاقات التعاقدية بمبدأ "عدم المساس بـالعقود (L'intangibilité des contrats)، وإعمال هذا الأخير يكون بتفعيل الآثار المطلقة للإرادة: الأولى: وهـو إقتصار دور القاضي على فرض تنفيذ العقد دون إجراء تعديل في الشروط التعاقدية أي التقيد بما إلتزم به المتعاقدون، وحتى إن حدثت مبالغة في تقدير الإلتزامات فسيكون من أجل حث المتعاقدين على إبرام عقود متوازنة ومشروعة تفاديا للتعديل أو المراجعة، بل سيلجأ إلى إعمال جزاء على التصرفات غيـر المستقيمة أو غير المشروعة أو الباطلة لأحد المتعاقدين, وهو ما جاء من أحكام فـي إطـار نظريـات البطلان والإبطال المواد 99 – 105 ق م، وكذلك إنحلال العقد بالفسخ و الإنفساخ المواد 119 – 123 من ق م والدفع بعدم التنفيذ.

وحظر أي نقص أو تعديل دون إتفاق، مبدأ يخاطب به المتعاقدان أو القاضي على حد سواء، "فـلا وجود لأي شيء يعلو العقد (...) هناك قانون لأن هناك عقدا" [2]، ثم إن القاضي "كاتب ضبط (...) يـضع العقود والإتفاقات في صيغتها التنفيذية "، وإذا خرجت حالات التعديل أو النقض من الإتفاق أحكمها القانون بإمكانية التعديل لكن بترخيص صريح ومقيد، لأن الأمر يتعلق بما يمكن أن يمس أساس العقـد وأمنـه[3]. ولأن إقتصادية العقد تفترض الحفاظ على الأمن العقدي وبذل ما يجب من حرص لتنفيذ الإلتزامات فهي لا تستند على التوازن لولا أن القانون قد يسمح بتدخل القاضي بالتعديل لصالح هذا التوازن[4].

أما فيما يخص بنطاق الحماية التي يكفلها الأمن القانوني للإرادة العقدية فهي ترتبط بالزوايا التالية:

- قاعدة إحترام التوقعات المنظمة مسبقا (وهي صورة أو شكل العقد)

حيث نجد العقد عملا توقعيا يظهر بمفهوم أكثر تقنية من غيره، ولعل مجال المسؤولية العقدية إطار مناسب للتدليل على ذلك، حيث جاء في نص المادة **182 من القانون المدني في فقرتها الثانية** تنص: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدر العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الـذي

---

[1] ويشار إلى أن الفقه المؤيد للتيار الإرادي جعل من مبدأ إستقلالية الإرادة أساسا للقوة الملزمة للعقد، وذلك بعد تطور مبـدأ إستقلالية الإرادة منذ العقود الرضائية في القانون الروماني وبتأثير أفكار مختلفة: دينية وفلـسفية، بفعـل عوامـل عديـدة: إقتصادية، إجتماعية، وسياسية كان تطوره يمر في مراحل تؤثر في مداه فيضيق عندما تغلب النزاعات الدينية و الإجتماعية، و يتسع عندما تغلب الأفكار الفلسفية الفردية الاقتصادية الحرة ، حتى إذا إستقر هذا المبدأ في القانون الحديث وأصبح أساسا تبنى عليه نظرية العقد، ذهب أبعد من ذلك و راح يتماشى والأسس التي يبنى عليها المجتمع الـسياسي والاقتـصادي لدولـة القانون، لمزيد من التفصيل أنظر سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبنـاني، 1987، ص ص 94-95، وعلي فيلالي الالتزامات – العقد، مرجع سابق، ص ص 359 – 360.

[2] نقلا للأستاذ علي فيلالي، عن Gomaa (M.M .K). ص ص 360-361

- Voir aussi, Terré (F), Simler (Ph), Le Quette (Y), Droit civil, op.cit, P. 569.

[3] راجع في هذا الشأن ما جاء تفصيله من طرف الأستاذ علي فيلالي، الإلتزامات، مرجع سابق، ص ص ، 362-363.

[4] أنظر بالمقارنة المواد 107 و110 و184 من القانون المدني.

كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"[1]، وهذا تكريس لفكرة ضرورة الإعتداد والإعتبار لتوقعـات الأطـراف وقت إبرام العقد ، وهذا ما ستآخذ عليه نظرية الظروف الطارئة التي عندما ستدخل عامل تغير الظـروف خارج التوقعات[2]، بينما إلحاق العناصر الأساسية للقوة القاهرة، (عدم التوقع، عدم الدفع، والخارجية) والتي تلحق بالسبب الأجنبي هي حالة من الحالات التقنية التي قد تطرأ على العقد ومع ذلـك يمكـن للمتعاقـدين الإتفاق على مواجهتها مسبقا.

وأما عند استناد الأمر على رؤية موضوعية (إضافة إلى التقنية)، فإن مظاهر تعريف العقد كظاهرة أو "كواقعة توقعية"، تجسيدا لصيغة العميد **Hauriou**: بأن (العقد مؤسسة من أكثر المؤسسات صلابة تثبت هيمنة الإرادة الإنسانية على الوقائع وذلك بإدماجها مسبقا ضمن عمـل تـوقعي (acte de prévision)"[3]، وإذا تعلق الأمر بالمحل والسبب كركنين للعقد فأسلوب القانون في تنظيمهما، وهدف المتعاقدين في الإتفـاق عليهما وتحقيقهما هو ما يحفظ للعلاقة أمنها ما دامت تقوم على توقعهما على نحو معين .

ولعل **النظرية المزدوجة في ركن السبب** من حيث صورتي سبب الإلتزام وسـبب العقـد[4] فكفايـة المنافع المادية المنتظرة التي يبحث عنها المتعاقدون، تبرير لضمان القانون لإحترام الهدف القانوني الفوري أو المزمع إتباعه في العلاقات التعاقدية، فأما سبب الإلتزام (أو السبب الموضوعي والفوري) فهو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله الإلتزام، الذي يكون في العقود الملزمـة للجـانبين سبب إلتزام المتعاقد للآخر (الأداء المقابل)، كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع الذي يكون فيه سـبب إلتـزام البائع هو إلتزام المشتري بدفع الثمن، وسبب إلتزام المشتري هو إلتزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه[5] ،

---

[1] أنظر النص المقابل في القانون الفرنسي.

Art 1150 : Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir, lorsque ce n'est point par son dol, que l'obligation n'est point exécutée,

راجع في هذا الشأن علي علي سليمان نظرات قانونية مختلفة ديوان المطبوعات الجامعيـة، 1994، ص ص 192 – 194، وكذلك علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، موفر للنشر، الجزائر، 2007، ص 82 و 83..

[2] أنظر ما سيأتي في تفصيله لاحقا في هذا الشأن والذي يجعلها من بين الأفكار التي زعزعت الثقة في الأمن القانوني.

- voir Terre (F), simler (Ph), op.cit, p, 569.

= وكذلك ما جاء تحليله ومقارنته من طرف الأستاذ: علي علي سليمان، نظرات ....، مرجع سـابق، ص ص 102، ومـا يليها....

[3] Ibid .

[4] - في هذا الشأن راجع، علي فيلالي، الإلتزامات مرجع سابق، ص 243، 264، وكذلك محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دار الهدى، ط 4، الجزائر، ص ص 218-222،وكـذلك محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات، العقد ، مرجع سابق، ص ص 183-187.

[5] راجع المواد، 351 م ج كذلك 364 و367 ق م ج، وقارن أيضا مع العقود العينية، أين يكمن السبب في واقعة التـسليم (كالقرض والوديعة والعارية)، فسبب التزام المقترض بدفع مبلغ القرض هو سبب تسلمه مبلغ القرض، أمـا عقـود التبـرع فتكون فها نية التبرع سبب الإلتزام (نية الهبة).

وهنا لا يجب خلط سبب الإلتزام بمحله، لأن الثاني يتعلق بإلتزام المدين بإعطائه، أو عمله أو الإمتناع عـن عمله، بيد أن الأول ينصرف إلى توقع آثار القانون (prévoir des effets de droits)، بـصفتها نتـائج قانونية مجردة ناجمة عن العملية العقدية، وعلى مستوى آخر هناك سبب العقد (المرادف للسبب الـذاتي أو السبب البعيد أو الباعث)[1]، الذي تتعدد فيه التوقعات وتتنوع بـسبب كونهـا ملموسـة (concrètes) ، و داخلية هي التي دفعت إلى التعاقد أو غالبا ما لا يأخذ بها القانون في النطاق العقدي، لأن نطـاق الحمايـة وإحترام الأمن القانوني يشمل غاية قانونية، بدليل أن المشرع في المواد **97 و 98** ربط وجـود الإلتـزام بمشروعيته ، الأمر الذي جاءت على تأكيد تنظيمه صياغة في تعديل 2005 بعد أن قـام بإلغـاء المـادة (**96**)[2]، كما لو تعلق الأمر بتوقع الفائدة من وراء الإيجار الفرعي أو التنازل عن الإيجار (المـادتين **505 و507** من **ق م**). والمشرع بذلك لم يؤكد على ضرورة الإعتبار إلى توقع ناجم عن العقد يتميز بالإنفرادية والواقعية غير الثابتة، لأننا لا نبحث عن مدى إستفادته من المزايا الضريبية أو تلك الفائدة الشخصية بينـه وبين المستأجر الأصلي بل إكتفى بفرض إفراغ الإتفاق بالتنازل بالكتابة حفاظا للأمن القانوني لعقد الإيجار.

ولكن الواقع العقدي ومن خلال تطور الفقه، خاصة الفرنسي، أثبت عدم بقاء القوة الملزمـة للعقـد منتجة للآثار المنسوبة إليها، لأن البحث عن الإرادة وإحترامها لم يعد يظهر كأولوية مطلقة في نظام العقد، بل إنه طلب يخضع لإحترام القيم الذاتية العليا، مما جعل لتطور العقد إطارا لتحويل مفهوم قوته الملزمة ولم يعد مبدأ سلطان الإرادة هو أساسها الوحيد، وقد أكده الأستاذ **Rouchette** بأن "المتعاقد يلتزم لـيس لأنـه أراد ذلك إنما لأن التزامه يرتكز على أساس يخرج ويعلو الإرادة، فالإرادة برأيـه لا تـستطيع أن تكـون مستقلة لأنها ترتبط بالعالم الخارجي، ما يعني أن إستقلالية الإرادة لم تعد اليوم تقبل بعصر يأتى فيه خلـل في التوازن من طبيعة العلاقة التعاقدية"[3] .

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع، علي فيلالي، مرجع سابق، ص ص، 255 وما يليها، ومحمد الزين، مرجـع سـابق، ص ص 185 وما يليها.

[2] وذلك بإلغاء المادة 96 بموجب قانون (05-10) المؤرخ في 2005/07/20، ج ر 84، وإلحاق مضمونها بالمـادة (97)، طبعا سيكون مثل هذا التعديل بالإضافة من قبيل التنظيم الجمالي، الذي له أثر قانوني،

" « Organisation esthétique à effet juridique) comp. Dans le même sens que (la cause visée par l'art 1131 du code civile comme élement indispensable pour la validité des conventions est la cause abstraite importe la cause du contrat, mais pour autant qu'elle sont intégrées au contrat et deviennent alors juridiques ; toutes les prévisions des parties doivent être respectées au nom de la sécurité juridique bien comprise ». Lécuyer (Hervé), Le contrat, acte de prévision, in. Mélange en hommage à Terré (F), ed. du Juris-classeur, P/U/F/, Dalloz, Paris, 1999.P.644.

[3] نقلا الأستاذة ريما فرج مكي، تصحيح العقد، مرجع سابق، ص ،372، أنظر كذلك، جاك غيستان، المطول، مرجع سابق، ص ص 60-65.

- Voir « le futur contractuel » , in « le droit et le futur », Travaux et recherches de l'université de droit ; d'économie et de sciences sociales de Paris. Centre de philosophie du droit PUF.1985. PP.77 et ss.

والأمن القانوني بدأ يوقع العقود في أزمة اللاإستقرار الواقعي، ولعل نظريـة الظـروف الطارئـة أوجدت ذلك التنافس بين البحث عن إستقرار العقد أو إستمرار الرابطة العقدية وديمومتها، حيث تفضل فـي الأخير الحل الأول، وبالذات عندما يستند إلى إستقرار المعاملة، التي أقر لها الفقه المعاصر مبـدأ "الأمـن البلاستيكي"(sécurité plastique) على حد تعبير الأستاذ **M.Chazal**،إذ تتزاوج في الحل مع مختلـف التغيرات التي تطرأ على الوضعية العقدية[1]، هذا إذا ما أريد الإبقاء على الإعتراف بعدم المـساس بالعقـد، وهذا النوع يأخذ بالأمن المادي للمدين الذي يصادف صعوبات في إنفـاذ إلتزاماتـه، ويزمـع إسـتكمال الإستفادة من فوائد الوضعية القانونية الناتجة عن رابطه العقدي، ولم لا، ونظرية الظروف الطارئة تجعـل من أحد الأطراف يستفيد من "إمتياز الأمن"، وليس أمنا قانونيا بل هو إمتياز أمني إقتـصادي ومـالي، ذو طابع مادي، وبهذا سيكون هناك أصلا مفاضلة لإستمرار الرابط العقدي لفائدة المدين المتضرر على حساب أمن المعاملات، وبالتالي الأمن القانوني، لأن هناك مبدأ صرامة حقوق تولدت عن العقد **المادة 3/107** من **القانون المدني**.

وحتى تلك الوضعيات التي إعتبرت سابقا من قبيل مظاهرحماية الأمن القانوني (كنظرية الـبطلان والإبطال- المسؤولية العقدية والابطال بسبب عيب من عيوب التراضي[2]، عندما يربطها بمـسألة المـدة أو أجل تقادم المطالبة بالحقوق فيها (5-10 سنوات أو سنة) فمثل هذه المدد تشكل في حقيقة الأمر رسم حـد زمني للأمن القانوني للمعاملات والعقود، تتميز فيه الحقوق بالإستقرار، فإذا ما ضيعها صاحب المـصلحة ضاعت معه فرصته في المحافظة عليه، (المواد **101 و 102**) ق م.

ثانيا: ثبات مبدأ "سمو" الإرادة في قانون العقود

يرتكز الإلتزام العقدي حاضرا سواء في نشأته أو بيان مضمونه على الإرادة، نظرا لحريـة الفـرد وحقه الطبيعي في التعاقد مع أي شخص، وعلى أي محل؟ !.

والقول بسلطان الإرادة هو بسبب النفوذ الكلي لها، خاصة وأنه إرتبط بالتخلص من النظام الـشكلي للعلاقات التعاقدية، وتدعيم حرية الفرد إلى درجة دمجه بأسس العقد الإجتماعي[3]، مما أدى إلى إطلاق دور

« A la seule idée de prescription il semble que l'équité doive s'alarmer », estime Bigot- préamenu alors des travaux préparatoires du code civil.

[1] « La théorie de l'imprévision peut, tout à la fois, être justifiée ou rejetée sur le fondement de la sécurité juridique, (…), Il apparaît ainsi que dans certaines situations la sécurité des uns fait l'insécurité des autres, ce qui peut priver de pertinence le secours à cette notion »,

- وبالفعل تعد النظرية مساسا بالأمن القانوني بأسم الأمن المادي للمدين.

-Voir Cristant (A), l'exigence de sécurité juridique..D, 2002, PP.2814 et ss, ainsi que, les nouveaux devoirs des contractants… », op.cit. p.126.

[2] - Ghestin (J) et Goubeaux (G), et Fabre Magnan (M). Traité de droit civil, Introduction générale, Paris, p.146.

[3] إشارة لنظرية العقد الإجتماعي التي جاء بها (ج ج) روسو بالقول أن "الفرد هو أساس القانون وغايته، وقد ولد الفرد حـرا وسيدا على نفسه، فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته، وليس القانون في نهاية الأمر إلا صدى لإرادة الأفراد، التي تكـون مـا

مبدأ سلطان الإرادة و جعله مصدرا لجميع الحقوق والواجبات[1] على أساس إرتكاز فكرة الفرد كغاية، يـتم تسخير المجتمع له إستكمالا لشخصيته، ولكن إطلاق النظرة الفردية لم يعد له جدوى قانونية أو فعلية، الأمر الذي أدى إلى انحساره أمام التطورات الاجتماعية والاقتصادية وأصبح لمنطـق إعتبـار الإرادة كأسـاس للإلتزام العقدي غير كاف، بل إندفع النظر إليها كأساس للبناء القانوني جميعه، فقد بات التشريع تعبيرا عن مجموع إرادة الأفراد، كما أن النظام التعاقدي يميل إلى تجسيد القانون المدني بأجمعه[2]، وإلا لما كان المبدأ بأن العقد يقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافه[3]، فسلطانه مستمد من إرادات هؤلاء، إلى حد إمكـان مخالفـة النص القانوني تحت طائلة تحفظ النظام العام، أي بعبارة أخرى "العقد أقوى من القـانون"، والمـادة **106** ق.م، على شاكلة مثيلتها في النصوص المقارنة (كالمادة **134**1 ق م ف)، تندرج تحـت هـذه الأرضـية الإرادية[4]، وهذا يعني حرية الإرادة في تحديد وتعيين للآثار المترتبة على العقد.

كما أن تبني القاعدة الرضائية ظاهرة في التصرفات، لأن حرية التعاقد، هي حرية في إرادة التعاقد وفقا لما ينفع مصلحة كل فرد، وهي حرية تحديد مجال العقد ونطاقه وآثاره، وحتى بالنـسبة لتلـك الإرادة التشريعية التي تتدخل لتنظيم بعض العقود، فهي لن تخرج عن إطار القواعد المفـسرة أو المكملـة لإرادة الأطراف مما أثر حتى على نطاق القواعد الآمرة،[5] ثم إن المادة (**60**) من القانون المدني فيما يخص التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنا، تابعا لأصل المادة (**59**) يدلان على وضوح الرضائية كمبدأ أساسـي فـي نظرية العقد[6]،حتى ولو نقصتها قليل من الدقة[7].

يسمى بالإرادة العامة، أنظر محمد الزين، الالتزامات، مرجع سابق ، ص ص 44-46، وخليفاتي محمـد، ص ص 5 ومـا يليها.

[1] راجع، علي فيلالي الإلتزامات، مرجع سابق، ص ص 92 وما يليها، ومحمد صبري السعدي، الإلتزامـات، ص ص 39- وما يليها.

[2] « Le droit contractuel tend à ce confondre avec le droit civil tout entier » - Fouillé, cité par Ghestin (J), traité, op cit, pp.30 et ss ;

[3] « L'autonomie de la volonté est cette propriété qu'à la volonté d'être elle-même sa loi » , voir Chazal – (Jean- Pascal), les nouveaux devoirs des contractants, est – on allé trop loin ?, op.cit. pp.99-104.

[4] Bencheneb (Ali), le droit algérien …., op.cit. pp.59-64.

[5] أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح للقانون المدني، مرجع سابق، ص ص 44 و 45.

[6] نفس المرجع السابق، ص ص 79-81.

[7] وهذا راجع لذلك المنهج غير المتجانس في أحكام القانون الجزائري حيث قام بتعريف العقد رغم عيب هذا الأسلوب لأنـه نفس التعريف الوارد في القانون المدني الفرنسي (م 54 ق م ج وتقابله م 1101)، والنص يساوي بين العقد والإتفاق أي العقد الذي يقتصر على فعل إرادي وهو الإتفاق أو توافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني،مهما كان الأثر (إنشاء حق (البيـع) أو نقله (حوالة الحق والدين) أو تعديله، مع أن لعقد هو توافق إرادتين على إنشاء الحق فقط دون باقي الآثـار (فتبـدو العلاقـة أخص وأضيق بالنسبة للأول (العقد من الثاني) ، لولا أن الإتجاه العام والحاضر هو تلافي التفرقة بينهما، وكـان بالإمكـان تلافيها تماشيا مع القوانين الحديثة.

وعلى ضوء ذلك التنافس الفقهي بين نظريتي الإرادة (الباطنة والظاهرة)[1]، فإنـه بمـنهج القـانون الجزائري مثل بقية القوانين، من الصعب القول بأن نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإعلان ومعها نظريـة (الثقة)[2]، بأنها نظريات مستقلة قائمة بذاتها، كما هو الحال بالنسبة لمذهب الإرادة المؤسس للإلتزام العقدي، بدليل أن لكل منهما صورة موحدة، خاصة من الناحية العملية، و بالذات في النظريتين الأخيرتين (الإعلان والثقة) اللتان تعبران عن حلول أنجع جاء بها القانون الألماني، والسويسري لإنقاذ الإرادية من مساوئها[3].

فإذا كانت الإرادة الباطنة من الناحية النظرية إرادة كامنة[4]، تنطوي على كثير من الذاتية والواقعية، فهو أمر يصعب معه التعرف عليها من غير المتعاقد ذاته، بل خفاؤها مانع لنشأة الإلتزام، ومع ذلك كانـت القاعدة الأساسية تثبيت مبدأ سلطان الإرادة بصفة مطلقة، الأمر الذي لم يمنع المشرع الجزائري في تبنيها[5]، والبداية الأولى كانت في **المادة 59** من القانون المدني التي يستلزم فيها النص تطابق الإرادتين وليس مجرد التعبير عنها، ثم الإعتداد بالإرادة الحرة السليمة من العيوب والمجيزة للإبطال **أحكام المواد 81 إلى 91** من القانون المدني تركيزا للعقد على الإرادة التي يشوبها داخليا أي عيب، كما أن تقريب بطلان العقـد لـسبب غير موجود وهو السبب الحقيقي المادة **98** ق.م، إضافة إلى تقرير شرط المشروعية م **97 ق.م** مـن وراء فحص الدافع للتعاقد، والأكثر من ذلك إعتماد معيار" النية المشتركة بموجب المادة **111 ق.م** فـي مـنهج التفسير كلها أحوال تعطي تبريرا منطقيا في الأخذ بها .

---

[1]- والنظرية الباطنة، تعتد بالإرادة الحقيقية، وهي النظرية التقليدية التي أخذ بها القانون الفرنسي ومعظم القـوانين اللاتينيـة ذات النزعة الذاتية أو الشخصية، وتطبيقاتها واضحة في : نظرية التراضي – وعيوب الإرادة، ومشروعية السبب، في حـين أن النظرية الظاهرة، و أنصارها الفقه والقانون الألماني، الذين أرادوا إصباغ الظاهرة الإجتماعية على الإرادة، وجعل القـوة الملزمة للعقد مناطا في التعبير عن الإرادة، خاصة لما لها من أثر قانوني واضح بدليل أن القوانين تشترط إشارات ومعـايير موضوعية للتصريح بها، ولمزيد من التفصيل راجع، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ص 224-230، وعلي علي سليمان، نظرا،ت ... مرجع سابق، ومحمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص 88 و ما يليها. وكذلك، عبـد الرحمـان عباد، أساس الإلتزام التعاقدي، دكتوراه كلية الحقوق، القاهرة، ص ص 60 وما يليها.

[2] وتسمى كذلك بنظرية " الإرادة الممكن التعرف عليها " (Reconnaissable) ، والتي ظهرت في النظام السويسري للعقود والتي عن طريقها تمنح للقاضي سلطة واسعة في الحكم بما يراه مناسبا في شـأن تلبيـة حلـول لمـشاكل العقـد والأخـذ بالإعتبار"التعبير" كعنصر خارجي وبالإرادة كعنصر نفسي، وقوامها: ثلاثة دعائم (إستقرار المعاملات، ومبدأ السببية،وحـسن النية) . والمزيد من التفصيل، أنظر عبد الرحمان عياد، مرجع سابق، ص ص 98-111.

[3] أنظر عبد الرحمان عياد، مرجع سابق، ص 47.

[4] أنظر كذلك، محمد الزين، مرجع سابق، ص ص 48 و 49. وعلي فيلالي،مرجع سابق.ص ص . 89 وما يليها ، وكذلك، محمد حسنين. الوجيز في نظرية الإلتزام ، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1983، ص 27.

[5] أنظر علي فيلالي الالتزامات، مرجع سابق، ص 92،

- Bendedouche (J), « Déclaration de volonté et formation du contrat, en Algérie », Rev, de science juridique, 1981, 1, pp. 10 et ss,

- Voir aussi, Bencheneb (Ali), op.cit, pp.59-61.

لكن ومع هذا ليس هناك إنكار لذلك الأسلوب التركيبي المميـز الـذي راح يغلـب فيـه المـشرع الجزائري العمل بالإرادة الظاهرة إنطلاقا من ترتيب الإرادة لأثرها القانوني وقت إتصال الإيجاب بالقبول المادة **61 ق.م**، ولو عدل بعد ذلك الموجب إليه قبل أن يصل إلى علم الموجب، حتى توقيف ترتيب آثـار على التعبير عن الإرادة من الشخص فاقد الأهلية أو بسبب وفاته **المادة 62 ق.م** أو كذلك إشتراط " العلـم بالعيب تدليسا أو إكراها من أجل إعمال جزاء الإبطال، المادتين **87 و 89 ق.م** تعزز النظرة الموضـوعية للإرادة منذ تكوين العقد، كما أن الأخذ بمعيار حسن النية في التمسك بصورية العقد مـن طـرف دائنـي المتعاقدين وخلفه الخاص **المادة 198 ق.م** تعبير عن عناصر خارجية تخرج الإرادة من جمودها، وحتـى التفسير ذاته يعتمد على العبارة الواضحة م111 من **ق.م**.

وهذا يعبر عن مواكبة المشرع لذلك التطور الذي آل إليه التعريف الجديد للإرادة، والقائم على "ما تم التعبير عنه وظهرت عليه في مظهرها الخارجي[1]، طبعا سيكون من المفيد الإعتراف بالفائدة العملية التـي يصورها وجود حقيقي للإرادة بشكل يعتبر دليلا على إثباتها، فتصبح " إرادة قانونية "[2]، وسيكون من السهل الإعتراف بفعالية ما تبعه القانون المدني بإضفائه الصيغة الإجتماعية للعلاقات التعاقديـة مـن وراء البعـد الإرادي القانوني الذي ظهر في القانون الجزائري.

بيد أن الظهور بصورة الأخذ بالنظريتين منهج منطقي تأخذ به معظم التشريعات، لكنه ليس سـهلا من حيث تحديد طبيعة هذا التزاوج: هل يشبه علاقة القاعدة بالإستثناء؟ أم الأصل الجامـد الـذي يتطلـب تخفيفه بفرع أكثر مرونة؟

وعلى حد رأي البعض " فقد أخذ المشرع بالإرادة الباطنة كأصل والإرادة الظاهرة كإستثناء"[3]، فـي حين يرى البعض الآخر أن "المشرع أخذ بنظرية الإرادة الباطنة أساسا وأكملها بنظرية الإرادة الظاهرة في بعض الحالات"[4].

ويطالعنا إتجاه إلى التأكيد أنه في القانون المدني الجزائري "تغليب الإرادة الظاهرة في حالات معينة ضمانا لإستقرار المعاملات (...) مع أنه سبق له وأخذ بالإرادة الباطنة أساسا (...) وهذا لأنه كـان أمينـا عليها، إلا أنه خفف من الأخذ بنتائجها المطلقة حيث تقاسمها مع الإرادة الظاهرة[5]. وحسب بعـض الأراء[1]

---

[1] مع أن الأستاذ بن شنب يرى في فكرة التعبير الواردة في المادة تعني إرادة ظاهرة (م 59) ، وذلك تجاوز للمعنى الـوارد بالنص الفرنسي، والذي يقصد به الإرادة الباطنة.

- Voir Bencheneb (A), Contrat, op cit . p.59.

[2] أنظر عبد الرحمان عياد، مرجع سابق، ص ص 80 وما يليها، أنظر كذلك، حليس لخضر، الإرادة بين الحريـة والتقييـد. ماجستير كلية الحقوق، الجزائر 1، 2011، ص ص 9 وما يليها.

[3] أنظر علي علي سليمان، مرجع سابق ، ص 33

[4] أنظر لبني مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 19.

[5] - أنظر محمد الصبري السعدي، شرح القانون المدني... مرجع سابق، ص ص 97 و 98.

أن "العبرة بالتعبير عن الإرادة وليس بالإرادة الباطنة إذ تعد الإرادة ظاهرة اجتماعية، ولا يأخذ بنية الفـرد بل بالمظهر الخارجي لإرادته"

ويبدو أن القانون المدني أوقع النظريتين في الجمع (cumul) المتكامل بينهما،وذلك بين البعد الذاتي للإرادة المصرح بها، والتي تعبر في كل الأحوال بنية حقيقية عن طريق بعـدها الموضـوعي، (عناصـر خارجية) مما حفظ للإرادة المعبر عنها سموها، وفي حال التعارض بينهما يتعين اللجوء إلـى تلـك الإرادة التي صرحت بشكل مشروع للوثوق بما صدر عن المتعاقد الآخر، وهي نظرية " الثقة"، وعلى أن إعتمـاد المشرع على إستقرار المعاملات وحمايـة الأمـن القـانوني فـي ممارسـة الأعمـال (pratique des affaires)،[2] يحتم أن يكون التعبير هو المعول عليه كقاعدة عامة، بل يتطلب حماية ذلك الـشخص الـذي يعتقد إعتقادا مبررا أنه كسب حقا، فلا يمكن أن ينهار حقه لأمر كان خافيا ولم يكن في إستطاعته معرفتـه، كما لا يمكن ولا يجوز إهدار مصلحة التعامل بسبب خلاف بين المضمون العادي للإيجاب والنية الباطنـة للموجب.

كما أن الإعتداد بالمضمون الذي فهمه المخاطب من التعبير ولو كان مختلفا مع الإرادة الباطنة دون إشتراط وقوع تقصير من صاحب التعبير[3]، وذلك لما من ثقة مشروعة تحركت في ذهن المخاطب، في حين أن مبدأ حسن النية متجذرا في سلوك الثقة، يفترض عدم علم المخاطب بخلاف بين التعبير الموجـه إليـه[4] وبين الإرادة الحقيقية، مما يعزز الجمع في مفهوم العقد كواقعة إجتماعية[5]، بمعايير موضوعية (كـالعرف، العدالة، والثقة) تخفيفا من المشاكل العملية الناتجة عن الأخذ الحصري للإرادة الظاهرة أو الباطنـة، وهـو نموذج لعلاقة ثنائية بين الأشخاص المتعاقدة .

وفي مثل هذه الوضعية سيكون تطور النظرية الإرادية في القانون المدني قفزة نوعية نحو التخفيف من إطلاق الإرادة وقيمتها الحرة، تغيرت معه الأوصاف إلى جعل التعبير مظهرا خارجيا حولها إلى وسيلة إعلام مع الإبقاء على الإرادة بجوهرها الأصيل، كل ذلك تطلبته حقائق موضوعية غيرت بالضرورة مـن

- أما الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، فيرى أنه ما دام القاضي ملزم بالتسبيب فهو لا يأخذ بالإرادة الواضحة إلا على أسـاس أن هذه الإرادة هي ذات الإرادة الباطنة، فإذا قام الدليل على أن هناك تغايرا ما بين الإرادتين،وجب عليه أن يأخـذ بـالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل في أساب الحكم، وعليه ، فهو لا يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا باعتبارها الإرادة الباطنة القائمة بذاتها، مرجع سابق، ص ، 675.

[1] أنظر الأستاذة لحلو غنيمة خيار، محاضرات في مادة الإلتزامات: تكوين العقد، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015-2016، ص 20.

[2] Bencheneb (Ali), Contra, op, cit, P.60

[3] فإذا تعلق الأمر بالغلط، يظهر أن إشتراط المشرع الصفة الجوهرية في الغلط تنبثق عن نظرة مـشتركة لا إرادة أحـدهما دون الآخر، ونفس الأمر بالنسبة للمادة 2/111 بالنسبة للتفسير المعتمد فيه القاضي على النية المشتركة.

[4] ثم إنه في أخذ المشرع بالباعث أصبح يشترط علم المتعاقد الثاني بعدم مشروعية الباعث حتى يتم إبطال العقد.

[5] أنظر عبد الرحمان عياد، مرجع سابق، ص ص 99-102 .

واقع مبدأ سلطان الإرادة[1]، صحيح أن الحرية الإرادية والرضائية لا زالت تشكل قوام العقد التقليدية لكنهـا شهدت تخفيفا وتعديلا كان من اللازم أن يحدث بسبب تغيير المجتمع التعاقدي وأطرافه وظروفه، أما ظاهرة إنحسار التوجه أو التصور الإرادي فهو الأصل في أي نظام قانوني تعرضت العلاقات والمعـاملات فيـه لأزمة. وفي هذا المعنى راح البعض[2] إلى القول أنه تم تهميش الرضائية في إطار قـانون العقـود وذلـك بواسطة الشكلية التي يفرضها التوجيه الاقتصادي (le dirigisme économique)، فمبدأ سـلطان الإرادة هو الآخر قد تم تعديله لأن الدولة هي التي باتت تتدخل في المجال العقدي وذلك باخضاع المبادلات لشروط مقيدة إلى درجة المساس بمرونة حرية التعاقد.

إن هذا التحليل يبرر صورة تراجع النزعة الإرادية لصالح محدوديته ومساوئه، الأمر الذي يفـرز تصور حرية تعاقدية قائمة على أساس صلب كالإرادة ولكنها ليست إرادة مطلقة بل هي نـسبية " تـصطدم بالحقائق الخارجية وضرورات التنظيم الإجتماعية[3].

الفرع الثاني: إنحسار التصور الإرادي لصالح التصور الأخلاقي للعقد (عدالة التراضي)

من المعلوم أن قانون الإلتزامات ليس بقانون ثابت، فهو يرتبط بتطور منظومة مـن القواعـد ذات التأثير السريع بالتقلبات الإقتصادية، والإجتماعية، وكان من السهل إكتشاف ذلك المخطط الجديد الـذي آل إليه هذا القانون بثنائية تصوراتية conception bipolaire ou dualisme conceptuel أحدهما يتعلق بالمستوى الخارجي الذي أصبحت عليه نظرية الإلتزام عموما والعقد خصوصا، حيث أصبحت تشهد علـى تراجع مبدأ سلطان الإرادة والرضائية لصالح الشكلية دون إلغائها، لأن الثانية وجدت على تنوع في الفئـات والغايات أما الأولى، وكأنها جعلت في قالب معين يحقق للعقد الهدف الذي جاء من أجله بالوجه المعاصـر **(أولا)**، طبعا هذا كان له أثر هام على مستوى منهجية " توجيه العقد Dirigisme contractuel، بحيـث حول التصور الإرادي للعقد إلى أداة عادلة بدل الإبقاء على تجريدية العلاقـات التعاقديـة (abstraction des contrats).(**ثانيا**) .

أولا: الإتجاه إلى إعادة ضبط مبدأي الرضائية والشكلية في العقود

إذا كان المبدأ السائد إستتباعا لمبدأ سلطان الإرادة يتعلق بالرضائية، فهذا كان للدفاع عـن الحريـة الفردية، وأن الإرادة مصدر للحقوق والواجبات، والأمر كان واضحا في نصوص قوانين العقود في مختلف الدول ذات التوجه الإرادي والرضائي المادة **59 ق م**، وهذا ما تسبب نظريا بالتخلي عن الشكلية وأهدر كل

---

[1] وهذا ما يبرز إتجاهنا إلى إتخاذ تسمية " سمو الارادة " بدلا من سلطانها، لأن هذه الأخيرة لم تعد ثابتة مستقرة والأسـاس الوحيد في الإلتزامات، أما السمو فقد أدخلت في النظام القانوني للعقود تراتيبية جديدة.

[2] - Lahlou Ghenima Khiar, le droit civil algérien, cinquante ans après l'indépendance: un droit qui reste à construire. La part du droit T (1), ouvrage collectif, ed Ajed 2013, pp 235 et 236.

[3] - Voir Chazal (F), l'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique, R D C, 2004, p.62 et ss, et son article, « tout n'est (..) il pas contractuel dans le contrat ? ».RDC, 2004-chron-pp.1 et 2, et Aynes (L), obs, in RTD . Civ .2003 P.323, et Ghestin (J), traité, op.cit, N°59, et N° 167

أهمية لها[1]، والإكتفاء بتبادل الرضى كافيا من أجل تكوين العقد، بدليل أن الإستناد إلى الوظيفة الإعلاميـة للإرادة عند التعبير عنها بواسطة إشارة متداولة، لفظ، أو كتابة، وغيرها، أو حتى بواسطة سلوكات معينة " مثلما هو الشأن في البيع بالتجزئة **م355** ق م، أو بالعينة **م353 ق.م**، أوبشرط المذاق **354 ق.م** وغيرهـا، كلها مظاهر لم تمنع إختيار المتعاقدين لشكل معين بإرادتهما، غير أنه بسبب دواعي تجسيد وإفراغ الإرادة في شكل معين، ولو على سبيل العرف، أو الإضافة الشكلية لملاحق، أو التزامات كتابية، دونما تغيير لطابع العقود الرضائية[2]، كما هو الحال مثلا بالنسبة لعقد الوكالة الذي يعتبر فيها عقدا رضائيا من خـلال علاقـة الوكيل بالموكل إليه، ويبقى الشكل من أجل التدقيق ورسم الحدود والسلطات المادة **575** ق م.

بيد أن المسألة عندما تتعلق بدواعي الإجحاف الذي ترتب بالنسبة للمصالح الخاصة للأفـراد مـن ناحية بسبب غياب عنصر الإئتمان وتجاهل الحقوق أو نسيانها، ثم مستلزمات حماية الصالح العام للجماعـة من ناحية أخرى، فهي إنشغالات ذات أهمية للنهوض بالشكلية لإفراغ العقود فيها.ولعل الصورة الكلاسيكية التي رسمت للشكلية جعلتها تنحصر في دورين أساسيين[3]، أحدهما تنظيمي والثاني أداتي للإثبات.

أما **الأول**: فهو يخص الأرضية التي وضعها المشرع للشكلية، خصت من أجل غايات صحة العقد، والأمـر يتعلق بمنهج:

أ- **فرض الرسمية في العقود**: مثلما جاء النص عليها في المادة **324 مكرر** بالنسبة للعقود الواردة على نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية[4]، على أن المشرع الجزائري جعل من نص المادة 324 مكرر[5]، قاعدة لفرض الرسمية على سبيل المثال، وترك النصوص الأخـرى

---

[1]- وحسب منطق الفقه " تربط الثيران من قرونها والرجال بأقوالها" إن تلك المرونة والبساطة والسرعة، وكذلك قلة التكاليف في إبرام العقود هو ما برر إستبعاد الشكلية.

أنظر خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 67 وعبد الحي الحجازي، النظرية العامة للإلتزام – المـصادر الإراديـة – (العقد والإرادة المنفردة)، ج (1)، الكويت 1982، ص ص 271 وما بعدها، وكذلك علي فيلالي نظرية العقد. مرجع سـابق، ص ص 291 وما يليها.

[2] -Azzenou (M), le formalisme contractuel en droit-civil, Magister, Oran, 1983 .pp.6 et ss.

-أنظر حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقييد المرجع سابق، ص ص 57 و 58، وكذلك خليفاتي عبد الرحمان، ص 67.

[3] - Bencheneb (A), Contrat, op cit . pp.66 et ss.

[4] وعلينا في هذا الصدد التفرقة بين الشكلية التي تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونيـة للأفراد، بوسائل خارجية كالمواعيد والإجراءات وهناك التصرف الشكلي، حينما يكون الشكل فيه ركنا جوهريا، لمزيـد مـن التفصيل، زواوي محمود. الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسـالة ماجـستير 1987- ص 15، وخاصة 23 وما يليها.

[5]والكتابة الرسمية هي التي أضافها المشرع الجزائري منذ تعديل 1988 للقانون المدني تحت تأثير القانون الخـاص بمهنـة التوثيق، وكيف أنه حقق تطورا بأشتراط العقد الرسمي وفصل في إشكالات الكتابة العرفية وغيرها.

لمزيد من التفصيل راجع، علي فيلالي العقد مرجع سابق، ص ص 297 وما يليها، وزواوي محمود، مرجع سابق ص65.

في ظل العقود المتنوعة كي يشترط فيها صراحة هذا الركن، مثلما جاء في الوعد بالتعاقد تحت طائلة الرسمية **المادة 71 ق م**، وكذلك، عقد الشركة (**م418**)، و عقد الوكالة (**م572**)، وكذلك الرهن الرسمي (**م883**)، وحتى في إطار القانون التجاري بالنسبة للعقود المتصلة بالمحل التجاري (م **120 ق تجاري**)، وكذا في مجال القوانين الخاصة، كالتي تقع على البيوع على التصاميم في مجال الترقية العقارية (**م 10 من المرسوم** التشريعي لسنة(1993).

ولعل هذه الأهمية التي أصبح يحصر بها شكل العقود كركن لها، تنبثق من الأهمية القانونية التي تجعل من موظفين كالموثقين وهم مساعدون قانونيون، مكلفون بالإلتزام بالنصيحة للمتعاقدين بشأن التصرفات التي يجرونها، إضافة على إحاطة هؤلاء بالعلم الكافي بالإلتزامات والحقوق المتقابلة، بل " تأكيد الإرادة لا قيدا عليها"[1]، مما يستتبعه التنبيه لخطورة تصرف ما أو إعلام الغير، وفي كل ذلك هناك الفائدة التي ترجع للدولة (مقابل رسوم وضرائب....) ، كما أنه يسهل إعمال إحترام النصوص ذات الطابع الآمر.

ب- **إخضاع العقود لضرورة الكتابة**: يتعلق الأمر بمفهوم متنوع ومتطور، خاصة عندما يتعلق بالأهمية التي أولاها المشرع لحجية العقود العرفية التي تدخل في نطاق التصرفات الخارجية عن إشتراط الشكلية الرسمية، وتعديل المشرع في 2005 للمادة **327 ق.م** بشأن التوقيع على الكتابة أو التوقيع بالبصمة[2]، دل على إحتفاظ المشرع بحرية الأشكال في مثل هذه الأوضاع.

ج- ثم إنه أحيانا قد يلجأ المشرع إلى فرض الكتابة خارج نطاق العقود الرسمية المعلومة، ولكن يربطها بجزاء البطلان، كما هو الشأن بالنسبة لعقد الإيجار (**المادة 467 مكرر**) والمعدلة بموجب القانون (07-05 الصادر في13 ماي 2007[3])، وكذلك عقد الرهن م **883 ق م**، أو عقد المقاولة القائم على أجر جزافي المادة **561 ق م**، ولم يخرج المشرع بواسطة نصوص خاصة عن هذا الإطار، مثلما هو الوضع بالنسبة للترخيص بإستخدام العلامة التجارية[4]، وعقد النشر[5] وغيرها.

=أنظر: خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 67

- Voir Ghestin (J), traité, op cit N° 54-60.

[2] على أنه ثار نقاش بشأن الصياغة التي وردت في المادة 327 حيث أظهرت أنواع الشكلية هنا على (3) فئات: الكتابة من جهة والتوقيع من جهة ثانية والبصمة ثالثا، بيد أن النص الفرنسي نظم التعداد على أن هناك كتابة مع التوقيع أوكتابة مع البصمة، حتى لا يظن بأن المشرع قد لجأ للإعتراف بالكتابة بمفردها وجعل لها قيمة مستقلة ، لمزيد من التفصيل راجع، خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 67.

[3] ولعل أنه سبقه في ذلك أن إشترك المشرع نموذجا معينا بموجب المرسوم التنفيذي (1994)، تنفيذا للمرسوم التشريعي (93-03).

[4] أنظر للمادتين 14 و 17 من الأمر المتعلق بالعلامات الصادر في19 جويلية 2003، وكذلك الأمر المتعلق ببراءات الإختراع.

[5] أنظر المادة 84 من أمر 19 جويلية 2003 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

د- كما أنه يمكن تصور فرض الشكلية عن طريق فرض " عبارات إلزامية" ، عندما يلجـأ المـشرع إلى فرض نموذج معين في تحرير العقود، مثلما هو الحال بالنسبة لعقد البيع على التصاميم **المـادة 9** من المرسوم التشريعي 01 مارس 1993) المتعلق بالنشاط العقاري، أو عقد التنازل الوارد على المحل التجاري (المادة **79** من القانون التجاري) ، أو التنازل عن حقوق النشر والإستغلال (المادة **87** من الأمر 2003) ، وفي ذلك تعتبر هذه التقنية ذات آثار قانونية لأنها قد ترتب الإبطال، ولكن بالخصوص تعد من وسائل الرقابة على العقود على الأرجح من جانبها المالي، كما أن تطور الأمر حاضرا في إطار ضمانّ إلتماس شفافية في العلاقات التجارية المتعلقة بالمنتوجـات والخـدمات، و التي أصبح فيها إعلام الزبائن من المتعاملين الإقتصاديين بالأسعار والمعلومات الأساسية بـالمنتوج أو الخدمة (في مرحلة الإيجاب أو العرض)، من مقومات المعاملات التعاقدية التي تجرى مع طرف المستهلك في عقود إستهلاك تتميز في حد ذاتها بالتنوع والتعدد (المادة **3 إلى 8**) من قـانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية.

أما **الوظيفة الثانية** للشكلية فقد خصها المشرع بدور الإثبات، حيث شكلت غاية كلاسيكية بأهميـة عملية[1]، خاصة بالنسبة للنزاعات التي تقام أمام دور يوصف بالسلبية للقاضي فيما يتعلق بأسـلوب تسيير وسائل الإثبات، والأمر واضح بالنسبة للقواعد التـي نـص عليهـا فـي القـانون المـدني والتجاري[2]، فيما يتعلق بالإقرار والقرائن واليمين وما يلحق كذلك إجراءات يعتبرها المـشرع مـن قبيل الشكلية المكملة ذات الأثر الممتد إلى الغير، مثلما هو الحال بالنسبة لنظام الـشهر العقـاري[3]، والقيد في السجل التجاري[4] أو النشر القانوني[5]، أو كذلك إجراءات الترخيص الإداري السابق علـى بعض التصرفات أو حتى إجراء التصريح الإجباري ببعض المعاملات[6]، ولعلها تشترك في أدائيـة الإثبات ولكنها ذات أغراض متنوعة ومختلفة تتفرع بين الرقابة على صحة التصرف، أو نفـاذه أو فعاليته وغيرها.

---

[1] انظر بالمقارنة، عبدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ماجستير، الجزائر، 2003.
- Cf. Ghestin (J), traité, op cit N° 63 et ss.

[2] راجع المادة 333 ق م المعدلة بموجب قانون 05-10.

[3] راجع م 1 و 14 من الأمر 75-74 المؤرخ في 22-11-1975 والمتعلق بالشهر العقاري، ج ر 92، تطبيقا لـنص 93 ق.م.

[4] أنظر المادة 19 من القانون التجاري.

[5] أنظر المادة 83 ق تجاري، وكذلك م 548 ق تجاري مثلما يقصد به النشر في صحيفة الإعلانات القانونية.

[6] كما هو الشأن بالنسبة للمادة 7 من المرسوم رقم 64-65 المؤرخ في 20 جانفي 1964 المتعلق بحرية المعاملات والـذي تم إلغاؤه لاحقا، وكذلك هناك النظام القانوني للعمل الذي يشترط في علاقات العمل في القطاع الخاص التي تخضع للتـصريح باليد العاملة الأجنبية أمام وزارة العمل، وكذلك عقود التمهين مع مؤسسات التكوين المهني التي يجب أن تسجل أمام المجلـس الشعبي البلدي.

بمجرد أن قرر في سمو القانون المكتوب ضمان هرم القانون الوضعي، كان من السهل تثبيت مسألة "حضارة الكتابة" في الأنظمة القانونية، وميزتها التقنية[1]، حتى أنه جعل من التصرفات المكتوبة (Actes écrits)، تصرفات ذات مصدر، منبثقة عن القانون الوضعي وبالخصوص مصدر للحقوق الخاصة ،الأمر الذي جعلها حجر زاوية في أي نظام قانوني[2].

ولعل "سمو الكتابة يعبر عن وظيفتها ضمن كيفيات الإثبات التي توفر أكبر نطاق للأمن"[3]، وهذا بالفعل ما إستطاع أن يرسمه المشرع الجزائري في القانون المدني منذ 1975، ولولا ذلك، لما أمكن فحص التطور الذي أدخله على الكتابة من حيث تبني الحركة المعلوماتية التي تسربت في العلاقات التعاقدية والمعاملات، وبما أضافه منذ 2005، عند الإقرار بسلامة الإثبات بالشكل الالكتروني **المادة 323 مكرر** 1، وكررها مع التأكيد بمناسبة قانون 04-02 **المادة 2** المتعلق بالممارسات التجارية[4]، لولا أنه بهذا المنطق يكون قد أضاف إلى دائرة الكتابة تجريدا وعمومية أكثر بسبب ما تضيفه خصوصية العقد الإلكتروني، لأنه نظام قانوني قائم بذاته[5]، مع العلم أنه "من أجل أي مواجهة مع نظام قانوني بواسطة حقيقة جديدة، هناك صنفان من ردود الفعل قد نتوقعهما، وهما متعارضتان: **الأولى:** أن يمتص القانون الجدة بواسطة القواعد الموجودة تلقائيا، وأما **الثانية**، فعدم الملاءمة القانونية التي ستظهر واضحة (...) تستلزم التحرك التشريعي"[6]، وهو بالفعل ما حدث بالنسبة لتطوير نظام الإثبات بالكتابة الإلكترونية[7].

---

[1] (…) notre système juridique relève de la civilisation de l'écriture,, et ses fondations tiennent essentiellement à la prééminence de l'écrit qui gouverne sa science et ses techniques, Voir Kamel Charefdine (Mohamed), l'écrit une preuve à l'épreuve . in Mélanges offerts au Jacques Ghestin, L G DJ, op, cit, p.218 .

[2] - Cornu (G), linguistique juridique, précis, Domat, Paris – 1990, p .254.

[3] Ghestin (J), traité, op cit, n° 659, et H.L et Mazeaud (J), leçon de droit civil, introduction à l'étude du droit .Montchestien , 12 éd. 2000 par Chabas (F), pp.20 et ss , (2ème partie), et p.30..

[4] فقد نصت المادة 2 من القانون : " يطبق هذا القانون على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها أي عون إقتصادي مهما كانت طبيعيته القانونية" وكذلك م 3 فقرتيها 3 و4.

[5] - Cf, Savatier (R), « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, structures matérielles et structures juridiques », in, études offertes à George Ripert, le droit privé français au milieu du XXe siècle, tome (I), p.75. et ss, l'auteur a bien précisé ce postulat : Aussitôt ? Rares sont ceux qui ne souhaitent pas une réforme, immédiate, tenant compte de l'évolution informatique, pour une telle opinion », aussi, voir dans un autre contexte, Robert (J), les réponses juridiques, in internet et les libertés, les petites affiches du 10 novembre 1999, pp.54 et ss.

[6] ونحن نقصد بذلك التوصية التي جاء بها،القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي بدورة 21، بين 28 ماي، و 14 جوان 1996، من بين ما جاء فيها ما يتعلق بتنظيم التجارة الإلكترونية تطلب إعادة النظر في النصوص القانونية لتقنيين الإلتزامات والعقود، بدأت بأوربا (مثل فرنسا في 2000)، وبعدها تبعته الكثير من الدول,

[7] لمزيد من التفصيل، أنظر محمد بودالي، التوقيع الالكتروني، مجلة إدارة , م 13، ع 2003/02/26، ص ص 55 وما يليها.

-Voir Kamel Charefdine (M), « l'écrit, une preuve à l'épreuve.. », op cit p.219 et 220.

إن الشكلية بهذا التصور تحقق ذلك الأمن القانوني المطلوب بصفته داع تقني وليس مجـرد غايـة قانونية[1]، بل هي تعد دوما من الوسائل الضرورية من أجل تقنية قانونية جيدة " une bonne technique juridique".

و لعل تأطير الظاهرة العقدية بما يتواءم وتطور الظروف الاجتماعيـة والاقتـصادية والـسياسية المستجدة، أنعكس على البنية الداخلية للعقد، فقد أصبح للقواعد الإجرائية الظهور الأكثر في قانون العقود، موازاة مع تراجع تركيز القواعد الجوهرية، مما أفرز عنه بالفعل نظام "إجرائية عقدية"[2]، تعبر عن عـودة تفوق الشكل على الموضوع ،من خلالها نتج تعدد في الحقوق إستتبعه إنحسار لصالح إعادة رسم المنظومة القانونية بواسطة "العولمة، والاجرائية"[3] طور وجدد معه قانون العقود.

فلم يعد هناك إحتكار للإجراءات والأشكال في مجال التنظيم العمومي للعقود أو ما يعرف "بـالعقود القاعدية"، بل تعداه إلى نطاق عقود التبادل في السوق، أي العلاقات الخاصة سواء بصفتها عقود معـاملات كلاسيكية أو عقود علاقات تعاقدية، وذلك من جراء تحويلها إلى أداة تبادل للقيم على أسـاس تـوازن فـي الالتزامات، وما دام الأمر يتعلق بتبادل القيم فقد أصبحت هذه الأخيرة أداة للرقابة على العقد مـن الدرجـة الثانية، وتقدمت عملية تبادل المعلومات والإرادات الساحة القانونية، "ساعدها المنهج الإجرائي في إسترجاع التقدير الذاتي للعقد مع الحفاظ على مركز الإرادة العقدية"[4].

---

[1] Lebreton (M), « Y a t-il un progrès du droit ?, D.1991, Chron ,pp.99 et 100.

ويبدو أن لتطور مفهوم الإلتزام دور إيجابي في تغيير نظرة الفقه للشكلية، فالفقيه "josserand" بعد أن كان يعتبر أن التخلي عن الشكلية يمثل الخاصية الرئيسية للقانوني الحديث والمعاصر وأن تاريخ الشكل في التصرفات القانونية هو تـاريخ ظلـم وإستبداد، أقر بعد ذلك بأن صحوة الشكلية تمثل علامة لتطور القانون.

Voir: Josserand (L)? "Aperçue générale des tendances actuelles de la théorie générale du contrat", R.T.D, 1937, P1 et 5.

[2] Voir Ghestin (J) . « la formation du contrat . op .cit.pp.259.dont il est la source du développement de l' idée d'une acceptation procédurales de la justice au sein du contrat … » ;voir aussi Fin Linger (L) .l'équilibre contractuel…op.cit .pp112 et ss .

[3] Chazal (J-P).de la puissance économique en droit des obligations. Th.Grenoble .Dactyl. 1996. pp.514 et ss , et Fin Linger(L), op. cit .p .52

- و أنظر ما سيأتي تفصيله في هذه الظاهرة في إطار المبحث الأخير من بحثنا ,

[4]Cf. Fin linger(L) .op.cit. pp.112 et s .l'auteur releve sa conviction que « c'est en encadrant la liberté des hommes que la justice intervient pour s'assurer du bon usage qui en est fait ».aussi ce qui a été soulignée par Revet (Th) ; « l'objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ?. in « la nouvelle crise du contrat » .op.cit.pp83-96 ; « (..)c'est au voie de l' émergence récente d'une (néo- subjectivation ..passant par la recherche de l'intention des parties qui de situe dans la volonté pure des contractants ; mais dans 'l'idée ,somme toute élémentaire que le comportement des parties peut être aussi éloquent et révélateur de leur intention réelle que les textes duquel elle sont censées avoir adhéré sans les avoir jamais vraiment discutés ;ce renouveau de la subjectivation de manifeste par une prise en considération croissante du comportement des parties (bonne foi-abus-économie du contrat) … »

ولعل عدم كفاية حماية العقد والرقابة عليه جوهريا وموضوعيا (خاصة في نطاق مبدأ التراضي)[1]، كان يستدعي تدعيمه- عوضا عن إلغائه – واستكماله برقابة على سلامة العقد وصحته إجرائيا، أي على المتعاقدين إبرام عقد في شكل قانوني مقبول "[2]، مما صهر معه تلك الحدود المختلفة الفاصلة بين مراحل حياة العقد (إبرامه- تنفيذه وسلامته أو صحته) .

وما يعتبر رقابة إجرائية للعقد ميزه منهجان متكاملان، أحدهما يمثل حماية وقائية للرضى، والثانية حماية علاجية، وكلاهما أعاد ضبط مبدأ الرضائية وترشيدها **(أ)** أما في مستوى ثان، فقد إستوعبت الشكلية مظاهر متقدمة حولت العقد إلى أداة تنظيم خاصة (régulation privée) **(ب)** .

أ- الحماية الوقائية والعلاجية للرضى بواسطة الأشكال القانونية:

ولعل الشكلية الإعلامية (formalisme informatif) التي تم تكريسها بشكل عام أو خاص حددت الإطار القانوني للإلتزام بالإعلام والإستعلام، وهو ما بدا واضحا، بالنسبة لقاعدة العلم الكافي في عقد البيع، وضرورة إشتمال العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية[3]، وكذلك الإعلام بأجر العامل في عقد العمل[4]، ثم إن إعلام المستهلك بواسطة الوسم ووضع العلامات أداة إجرائية تتوقف عليها المعاملة مع المحترف[5] ، وكذلك تكريس الإلتزام بالإعلام بالأسعار استكمالا لمبدأ حرية الأسعار وضبطها[6]، وكلها مظاهر لإرساء الشفافية في المعاملات، التي تعتبر إحدى طرق إعمال مبدأ الإخلاص التعاقدي[7].

---

[1] ghestin(J) . Formation du contrat, op.cit.pp .333.

[2] Atias(C) .Restaurer le droit des contrats .D.1998 .chron.137.et Térré (F) et Simler (Ph) ; et Le Quette (Y). droit civil.le obligations .op.cit .n°. 413 .

[4] أنظر للمادة 352 ق م ج :"يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ، و يعتبر العلم كافيا إذا إشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية ، بحيث يمكن التعرف عليه "

[5] أنظر المادة 85 من القانون 90-11 المؤرخ في 25 /04 /1990 ,ج,ر(17)."تحدد الأجور بعبارات نقدية محضة و تدفع بطريق وسائل نقدية محضة "،و كذلك م(86):"يدرج مبلغ الأجر و جميع عناصره بالتسمية في قسيمة الأجور الدوري التي يعدها المستخدم ..." .

[1] تنص م17 من قانون (09-03) المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للإستهلاك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم، ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة ..." ، و تكملة م(18) في التفصيل .

[2] أنظر إلى المواد (4) من القانون (03-03) قانون المنافسة والمادة (5) من نفس القانون المعدل و المتمم بقانون (08-12)، وكذلك م(6)، و المادة 12.

[3] Aubert (J-l).le formalisme ;rapporty de synthése .Défrénois. 2000 .pp.931-943 .et Goutier (G).les finalités et les sanctions du formalisme .Défrenois.2000. pp.886-896; et Lagarde (X) ,observations critiques sur la renaissance du formalisme .JCP.1990.I.p.170 .

لولا أنه ظهر نتيجة لهذا الوضع النقاش بشأن تحويل الشكل إلى "توأم الحرية"و" قرينة سوء النية" ، لأنه في غالب تلك النصوص لا يرتب المشرع بطلانا تلقائيا في حال عدم إحترام الأشكال المقررة و المشترطة في القانون ،

أن مقتضيات هذا الإخلاص ميزته المعاملات التي يكون محلها خدمة أو منتوجا ، والتي أصبحت تشترط نظام الفوترة (la facturation) في شكل إلتزام ثنائي الطرف[1]، على سبيل الأصل أو بحلول وثائق ومستندات بدلا عنها وفي مستوى قيمتها أيضا[2].

من جانب آخر، ونتيجة لتطور نظام عيوب الرضا في شقه الحمائي العلاجي[3]، جاء إتيان الحلول الناجعة في الإستغلال، والإكراه والتدليس، وكان من الضروري التأكيد على تلك الأهمية التي حظيت بها الأشكال والإجراءات في العقود والمعاملات خاصة ذات البعد الجزائي عند التخلف، كما هو الشأن بالنسبة لمسألة إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية، (**المادة 6** من قانون المنافسة (03-03)، وكذلك، " حظر كل تعسف ناجم عن وضعية هيمنة على السوق (...) قصد: (...) تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات (...) وإخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ...."، (**المادة 7** من نفس القانون).

ب – **الشكلية و ضبطها من أجل تحويل العقد أداة تنظيم خاصة**:

أن اللاتوازن المفرط بين الإلتزامات واللامساواة الظاهرة في العلاقات، أوقع المتعاقد في وضع لا يسمح له بالدفاع عن مصالحه، لاسيما مع قصور الأحكام الأصلية للقانون المدني عن الإتيان بالحلول ذات النجاعة المستمرة، خاصة بسبب تعدد وتنوع العقود التي أنشئت له قوانين ونصوص جديدة للإستجابة إلى حاجات نوعية، وبنفس المواضيع التي حققت الرقابة الإجرائية للعقود[4]، تولد نوع من التصنيف والفئوية

ثم إنه مثلا يوجد في قانون المستهلك (09-03) إلزامية إحترام قواعد –أمن المنتوجات –و مطابقتها) ، و كذلك الإلتزام القانوني بالضمان ، في إطار تطبيق القواعد العامة التي تدخل ضمن أجل التفكير ,و المفاوضات ، و العدول القانوني عن التعامل,(أنظر للمواد 10-11 و13 من نفس القانون) ,راجع كذلك المادة 4 و 5 من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات عن طريق وضع علامات او وسم أو معلقات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة ,," .

déjà la formule utilisée par Ihring (ennemie jureé de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté) .

[1] تنص المادة 10 من القانون 04-02 "يجب أن يكون كل بيع سلع ،أو تأدية خدمات بين الأعوان الإقتصاديين مصحوبا بفاتورة، يلزم البائع بتسليمها ويلزم المشتري بطلبها منه، وتسلم عند البيع أو عند تأدية الخدمة، وأنظر كذلك المرسوم التنفيذي 05-468 المؤرخ في 2005/12/10 المحدد لشروط تحرير الفاتورة، وسند التحويل ووصل التسليم، والفاتورة الإجمالية ، و كيفيات ذلك .

[2] أنظر المادة 11 من نفس القانون المذكور أعلاه , و المادة 12 أيضا .

[3] أنذر ما سيأتي تفصيله في هذا الشأن في الباب الثاني من بحثنا .

[4] و هذا ما جاء في الفقرة السابقة .

المعاصرة ظهرت على شاكلة منهج "توحيد نمط العقود"[1]، حيث تأتي في شكل: **عقود منظمة**، وهي أسلوب المشرع في تبسيط الإعتراف بضرورات اللجوء إلى عقود الإذعان، لكنه لغاية قيمية يمثل إحاطـة العقـد بتنظيم معين، يتعلق بسن "الضوابط"[2] التي تحقق شروط ومعايير تقنية ذات أبعاد قانونية ومالية، مثلما هـو الوضع بالنسبة لأشكال عقود الإذعان في عقود الخدمة (السفر – النقل...)، كما أنها تتعلق بعقود يتم تنظيم مواضيعها، ففي عقد العمل، يتم إبرام عقد بين العامل والمؤسسة المستخدمة إنطلاقا من الإتفاق الجماعي[3]، أو فيما يخص الدور الذي كفله المشرع لجمعيات حماية المستهلكين[4]، وأحسن ما وفره أيـضا فـي نفـس السياق آليات اللجان كهيئات مكلفة بالوقاية والحماية، مثلما هو الحال بالنسبة **للجنة الشروط التعسفية التـي أنشئت بموجب مرسوم 06-306 سنة 2006**[5].

كذلك أصبحت العلاقات التعاقدية تتميز بصورة عدالة الرضى بدلا مـن الرضـى الـسيد والمطلق، والتي فرضتها التفاوتات الإقتصادية والاجتماعية، وتبعها إشتراط رضى حقيقي ومتبـصر عـن طريق ضرورة حصول أحد أطراف العقد على صفة معينة أو معلومات مناسبة، ولعـل هـذا مـا تحققـه أنظمـة[6]، كـ ـ "مهلـة التفكيـر (un délai de réflexion)، أو الحـق فـي التراجـع عـن العقـد[7] (le droit de rétractation).

---

[1] Ghestin (J) .Traité.op.cit.pp.130-135.n° 130 .

[2] ويتم تعريف الضوابط بـ "مجموعة قواعد تقنية ناجمة عن إتفاق المنتجين و المستعملين تهدف إلى تخصيص مجـالات النشاط البشري جميعا و توحيدها و إختصارها " ,

[3] مع أننا لا نعلم لم ركز المشرع الجزائري في قانون (90-11) على تسمية (التفاوض الجماعي)، وهو يتحدث عـن الإتفاق أو الإتفاقية الجماعية ، و في إطار القانون المدني يختلف التفاوض الذي يعتبر مرحلـة مـا قبـل التعاقـد والإتفاق هو بذاته عقد .

[4] أنظر ما جاء في المواد 21 إلى 24 من قانون 09-03 المتعلق بقانون المستهلك وقمـع الغـش ،(الفـصل 7 مـن القانون).

[5] لاأنظر ما سيأتي تفصيله في المباحث اللاحقة من هذا الفصل .

[6] أنظر تفصيل ذلك في الباب الثاني من بحثنا بشأن الأحكام المستحدثة في قانون العقود.

[7] أنظر المادة 4 من المرسوم التنفيذي (06-306) المؤرخ في 2006/09/11 ,ج,ر (56)، "يتعين على العون الإقتـصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة و الخاصة ببيع السلع أو تأدية الخدمات، ومـنحهم مـدة كافيـة لفحص العقد و إبرامه".

[8] أنظر المادة 25 مرسوم رقم 07-390 المؤرخ في 12 ديسمبر 2007 يحدد شروط وكيفيـات ممارسـة نـشاط تـسويق السيارات الجديدة (ج.ر) رقم78. وانظر قانون 04/06 المتعلق بالتأمينات والمؤرخ 20 فبراير 2006 حيث نص على "حـق التراجع". وانظر أيضا المرسوم التنفيذي 114/15 المؤرخ في 2015/05/12 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجـال القرض الاستهلاكي حيث نص على "أجل العدول".

كما أن المنافسة كانت عاملا مهما في إعادة تنظيم قانون العرض والطلب، ومحاولة مواكبة نظـام عام تحرري عن طريق عقد مكتوب أو شفوي[1]، لكن المشرع أضاف إليه ولضرورات إعادة التوازن فـي علاقة العمل، ذلك الطابع التنظيمي في عدة جوانب (تشغيل الأجانب – تقييد عمل الأطفال والنساء ...إلخ)[2]، هذا من ناحية، لكنه استحدث قاعدة الإنفراد الأحادي في تحرير مضمون العلاقة العقدية في مسألة النظـام الداخلي[3]، لكنه عاد مرة أخرى، وصاغ نموذجا من إعادة التوازن الموضوعي عن طريـق عقـد العمـل الجماعي، حيث جاء في نص المادة **114 من قانون 11/90**: " الإتفاقية الجماعية إتفـاق مـدون يتـضمن مجموع شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهني....)[4]، كذلك بالنسبة لعقد الإيجار الـذي أصبح يخضع لنموذج معين طبقا لإشتراط الكتابة **المادة 467 مكرر ق م معدلة** [5]، وكذلك بالنسبة لعقد البيع بناء على التصاميم، الذي يعتبر نموذجيا يخضع للأشكال[6].

كما أن إلزام البائع في العلاقات بين الأعوان الإقتصاديين باعلام الزبون بالأسـعار والتعريفـات، بواسطة جداول الأسعار أو النشرات البيانية، أو دليل الأسعار يدل على منهج توفيق بـين ضـبط التحديـد المتحكم بالأسعار في قانون الإستهلاك، وحرية الأسعار ضمن قانون المنافسة[7].

1-**أما العقود ذات الطابع الإجباري أو العقود المفروضة**[8]:

فرغم صورة الإكراه القانوني في تكوين العلاقة العقدية، إلا أنها نتيجة طبيعية للـسياسة التدخليـة للدولة بالوجه المعاصر.

---

[1] وهذا في إطار تعريف علاقة العمل، الواردة في المادة 08 من قانون 90-11 حول علاقات العمل الفردية .

[2] أنظر في هذا الشأن المواد :17-21-27-28-29-39-62-80-87 ...إلخ .و كذلك المادة 28 وما يليها من القانون 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر، وإقامتهم بها وتنقلهم فيها والمؤرخ في 25 جوان 2008 , ج ر.36 .

[3] أنظر في هذا الشأن ،بن أحمد عبد المنعم، علاقة العمل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري . ماجيستر، كليـة الحقوق، الجزائر.2004 .ص ص.25-28 وأنظر كذلك المادة 136 من القانون 90-11 . وقبلها المادة 75.

[4] أنظر حليس لخضر. الإرادة بين الحرية والتقييد. مرجع سابق. ص،61 . راجع كذلك المادتين 120 و121 .

[5] أنظر المرسوم التنفيذي 94- 69 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المـادة 21 مـن المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 .

[6] أنظر للمواد 10 "يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدد نموذجه عن طريق التنظيم ،تحـت طائلـة البطلان على ما يأتي ، زيادة على الصيغ المعتادة ..." والمادة 12 -15 و17 من المرسوم التشريعي 93-03 المـؤرخ في مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري .

[7] أنظر المواد 4 و 5 إلى غاية م 7 من قانون 09-03 ، و كذلك المادتين 4 و 5 من قانون 03-03 .

[8] العقود المفروضة هي تلك العقود التي لا تترك الخيار للمتعاقد، وتظهر فيه الإرادة المنفردة التـي يـذعن لهـا الطرف الآخر، و حتى تعتبر ضمن عقود الإذعان ، إنما يميزها تحديد مضمون الإلتزامات التعاقدية .
pour plus details , voir Ghestin (J) .traité ,op ,cit .nµ° 159-169 .

و لعل عقد التأمين، من العقود التي تعتبر فيها الشكلية القانونية شرطا لنفاذه، فبموجب المـواد **619 إلى 622** ق م، ومعه المادة **7** من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تنص: " يحرر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا، زيادة على التوقيع، البيانات...."، حتى أنه جرى العمل لدى شركات التأمين تحديد ثلاثة نماذج لعقد التأمين: وثيقة التأمين (police d'assurance) [1]، عقـد التـأمين الاضافي[2] وعقد التأمين المؤقت أو مذكرة التغطية المؤقتة[3]، كماأن النظام القانوني للتأمينات قد تطور إلـى حد إصباغه بالطابع الآمر، وهو الذي يظهر بالنسبة لإلزامية التأمين بالنسبة لمستعملي السيارات[4]، وكـذلك التأمين من الكوارث الطبيعية[5] وكذلك البناء[6].

2- **وفيما يخص العقود المراقبة (contrats contrôlés):**

جاءت التشريعات المعاصرة تتوخى تقوية دور السلطات الإدارية بفرض إجراءات في بعض العقود فنظرا للإتجاه نحو الرقابة الوقائية، ولتخفيف عبء الرقابة القضائية على العلاقات التعاقدية[7]، كما هو الشأن بالنسبة لحماية المستهلك، وإلحاق حق الضمان القانوني كآلية أساسية لضبط تصرفات المحترفين، و هو مـا جاء في نص المادة **13** من القانون 09-03، "يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلـة

---

[1] هي وثيقة تأمين تحتوي على أطراف العقد ،و يهتم (عناوين ,تاريخ الميلاد,الأخطار المغطاة , و الاخطار المـستثناة من التأمين , تحديد القسط و مبلغ الضمان ، و تارخ إنعقاد التأمين و مدة سريانه ، و تاريخ إنقضائه, راجع جديدي معراج, مدخل قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص,62 .

[2] هو توظيف عقد تأمين في حوالة تعديل عقد التأمين الأصلي ، بالزيادة أو النقصان ، كإجراء التعديل في القسط ، و مبلغ الضمان كإجراء التعديل في القسط ، و مبلغ الضمان و الشيء المؤمن عليه .

[3] و هي إتفاق على توقيع عقد أولي وقتي لتغطية المخاطر بصفة مؤقتة ، و هذا إلى حـين تطـابق الإيجـاب و القبول بينهما بعد دراسة كل منهما للشروط التي يوردها الطرف المقابل في العقد .(و يحتوي على بيانـات معينـة كالقسط المؤقت ,و مبلغ الضمان المؤقت ، ومدة سريان هذا العقد .راجع كذلك المادة 1/183 من الأمر 95-07 .

[4] أنظر للمادة 190 من الأمر95-07 المتعلق بالتأمينات :"كل شخص خاضع لإلزامية التأمين المنصوص عليها فـي المادة 1 من الأمر 74-15 " ... يعاقب بالحبس من 8 أيام إلى 3 أشهر ، و بغرامة مالية من 500 إلـى 4000 دج أو بإحداهما فقط ، إذا لم يمتثل لهذه الإلزامية ."

[5] أنظر للمادة الأولى و 2 من الأر 03-12 الصادر بتاريخ 27 أوت 2003 .ج.ر. 52 .و تبعه المرسـوم التنفيـذي 04-268 الصادر في 29 أوت 2004 المتضمن تشخيص الحوادث المغطـاة بإلزاميـة التـأمين علـى الكـوارث الطبيعية، و يحدد لكيفيات إعلان حالة الكارثة الطبيعية . ج55 ، مع العلم أن التأمين من الكوارث الطبيعيـة عـرف تطورا من مرحلة ألحاقه بالتأمين على الحريق .أنظر المادة 41 من الأمر 95-07 و المعدل بالقـانون 06-04 ، و ثم =خصصت له قواعده الخاصة ،لمزيد من التفاصيل أنظر عبد الرزاق بن خروف ، محاضرات في قانون التامينات ، كلية الحقوق .2011 . ص ص,60-63 .

[6] أنظر المادة 175 من الأمر 95-07 إلى غاية 188 ،ضف إلى ذلك المرسوم التنفيذي 96-49 ،ج.ر.(5) حول قائمـة المباني العمومية المعفاة من إلزامية التأمين من المسؤولية المهنية و العشرية .

[7] أنظر جاك غيستان . المطول ،مرجع سابق.ص ص .156-160 ,

أو عتادا أو مركبة أو أي ماد تجهيزية من الضمان بقوة القانون، ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات..."، وتستتبعه أيضا مسؤولية ضمان خدمة ما بعد البيع م**14** من نفس القانون وكذلك المادة **16**.

فضلا عن منهج الرقابة هذا، يفضل المشرع التدخل **لتوجيه العقد**، إما عن طريق فرض الحـصول على إذن مسبق من السلطات العامة قبل التعاقد ، ففي قانون المنافسة مثلا: تخضع الإتفاقات التـي يكـون الغرض منها تطور إقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو مـن شـأنها الـسماح للمؤسـسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، لترخيص من مجلس المنافسة[1]، كذلك يمكن أن تخضع المؤسسات الاقتصادية في حالة تجميع [2] إلى المراقبة الناتجة عن قانون العقود، متى كـان الأمـر يتعلق بحقوق الملكية وحقوق الانتفاع، أو حقوق وعقود المؤسسة محل نفوذ أكيد علـى أجهـزة مؤسـسة أخرى[3] .

كذلك عندما يشترط المشرع "**دفتر شروط نموذجي**" يجمع بين الصيغة العقدية، والضبطية الإدارية ، فهو بذلك يفرض رقابة سابقة على المعاملات التجارية، كما هو الشأن بالنسبة لإطار تنظيم تسيير أسـواق الجملة كفضاء قانوني وتجاري يخضع لترخيص الجماعات المحلية المادة **13** من المرسوم التنفيـذي 09-182[4]، وعمليات الإستيراد والتصدير للمنتوجات، التي تخضع لنظام التراخيص[5]، وكذلك مراقبة الصرف، كل هذا بغرض تنظيمها بدفتر شروط نموذجي. فضلا عن عمليات البيع الترويجي التي تستند على تقـديم تصريح يخضع لشكليات معينة يستلزم توفره لاستحقاق لحصة مقابلة[6].

---

[1] أنظر المادة 9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة .

[1] يقصد بالتجميع بمفهوم المادة 15 من القانون المذكور أعلاه"إندماج مؤسستان أو أكثر ،أو في حالة حصول أشـخاص (طبيعية) لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، وكذلك بإنشاء مؤسسة مشتركة تؤسس جميـع وظـائف مؤسـسة إقتـصادية مستقلة.

[3] أنظر للمادتين 16 و 17 من الأمر 03-03 المذكور أعلاه .

[4] المرسوم الصادر في 12 ماي 2009 المحدد لشروط و كيفيات إنشاء و تهيئة الفضاءات التجارية ، وممارسة بعض الأنشطة التجارية ,ج .ر.30 . وكذلك الملحق المذكور في المرسوم المتعلق بدفتر الشروط النموذجي الي ينظم أسواق الجملة للخضر و الفواكه

[5] أنظر لأمر 03-04 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات إستيراد البضائع و تصديرها. خاصة المواد 6 و 7 من نفس الأمر . و كذك المرسوم لتنفيذي 09-296 المتعلق بتحديد شروط ممارسة أنشطة إستيراد المواد الاولية و المنتوجات و البضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها من طرف الشركات التجارية التي يكون فيها الشركاء أو المساهمون الأجانب .(الصادر في2009/09/02) ، و كذلك المرسوم التنفيذي 09-429 المتضمن إنشاء لجنة المتابعة للتجارة الخارجية ، و تحديد تشكيلتها و مهامها و تنظيمها(2009/12/30 .ج .ر.77) .

[5] أنظر للمادة 8 و 9 من المرسوم التنفيذي 06-215 المؤرخ في 18 جوان 2006 ، المحدد لشروط و كيفيات ممارسة البيع ،بالتخفيض الترويجي ، و البيع في حالة تصفية المخزونات .ج.ر(41) .

في نطاق آخر، يمكن الأخذ بإعادة ضبط مبدأ الرضائية إضافة لمجالها الحيوي في القانون المدني، فهناك، ضبط للأشخاص المتعاقدة، كما لو تعلق **بفرض صفة معينة للأطراف**، مثلما يعرف إتجـاه إحتكـار الدولة لبعض الأنشطة وخاصة تلك المتعلقة بعقود **البحث المنجمية المتعلقة بالأنـشطة البترولية حيـث يشترط إبرام عقود مع وكالة حكومية**[1]، أو عقود شراكة للبحث والإستغلال البترولي مع **مؤسسة وطنية**[2].

كما أن العقود ذات الصفة الإجبارية لا تمس بشكل المعاملة، بل قاعدة التبادل فيها هي ما تفـرض التعاقد عليها، كما هو الشأن بالنسبة لإلزامية التأمين على المسؤولية المدنية بالنسبة لمؤسسات القطاعـات الإقتصادية، والمؤسسات الصحية وأعضاء الـسلك الطبـي وشـبه الطبـي والـصيدلاني والمـستوردون والموزعون للمواد الاستهلاكية، وغيرها[3].

فضلا عن ذلك هناك أسلوب **المنع من التعاقد**، وهذا يعد تدخلا فـي الإرادة التعاقديـة، ولكنـه ذو أهمية إجتماعية و إقتصادية، كون السلطات عندما تتدخل هنا ليس لعرقلة المبادلات وإنما لعلـة أو هـدف أخلاقي، وذات مشروعية، لأنها بالفعل إشتراطات أخلاقية للقوانين المعاصرة، فعندما يحظر المـشرع كـل عقد غايته إستئثار مؤسسة ما بممارسة نشاط معين، فهذا لأنه إخلال وعرقلة لحريـة المنافـسة[4]، كمـا أن إجراء بيوع منخفضة السعر مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل و التسويق[5] فهذا ضـرب بمبـدأ المنافـسة المشروعة، وكذلك إبرام عقود عمل بما يخالف تشريعات العمل بالنسبة لحقوق العمال من أجرة -سـاعات عمل – عطل- أمن أو نظافة وغيرها، تعد باطلة، لأنه لا يجوز التعاقد فيها[6].

إن صنف العقود الممنوعة بمثل هذه التقنية، كانت ولا زالت سمة القواعد العامة في القانون المدني، بدليل أن الجزاء على المنع إعتياديا يكون بـ " البطلان" أو ربما يؤدي إلى تعديل العقد بقدر جزئـي عـن

---

[1] Voir à titre d'exemple ce qui a été relevé du guide d'investir en Algérie .éd .2011 .

كما يمكن أن يخضع الإلزام على التعاقد ،بالنسبة لعلاقات الخواص دون فكرة الإحتكار ،مثلما هو الأمر فـي تعاقـد الطبيب مع المريض قبل إجرائه فحوصات ذات نوعية أو عمليات تستلزم منه التوقيع عليها تحت مسؤوليته، و كـذلك لعلاقة مراكز التكوين المهني ، و التعليم بالممتهنين ، كلها تحت طائلة إنفاذ النصوص التنظيمية .

[2] مثلا بالنسبة لنوعية العقود التي تبرمها مؤسسة سوناطراك .

[3] راجع المواد 163 إلى 173 من قانون التأمينات. و كذلك المواد 199 و ما يليها من نفس القانون .

[4] Ghestin (J).Traité .Op.cit .n° 147 et ss.

أنظر للمادة 10 من قانون 08-11 المعدل للقانون 03-03 .

[5] أنظر المادة 12 من نفس القانون المذكور أعلاه.

[6] أنظر للمواد 15-28-80 و غيرها ، و خاصة المواد،135-136 و 137 من قانون 90-11 من قانون العمل .

طريق إستبعاد الشرط غير المشروع[1]، لكن سيطرة الطابع الحمائي على النصوص أفضت إلـى شـمولية الإبطال في نصوص خاصة، وتوخت إستكماله بعقوبات جزائية[2].

إن تنامي كل من الرضائية والشكلية في التشريعات الحالية والمعاصرة بعد حركة ذهاب وإياب في تثمين دورهما بشكل مرحلي، زمن تقديس الشكلية إلى سيادة سلطان الرضائية، وبعـدها إعـادة صـياغة الإجراءات والأشكال، ومعها تهذيب الإرادية أدخل المتعاقدين مهما كانت صفتهم في عملية إعادة تـصنيع العقود لصالح حماية أطراف معينة، ولعله المؤشر الأول في أسباب تغيير التصور العقدي إلـى مـضمون أخلاقي.

ثانيا: تنامي المنظومة القانونية للعقود عن طريق تحويل الإرادة إلى أداة عدالة

إن ما ذهب إليه الأستاذان **Weill et Terré** حول ظاهرة تجاوز إرادة الأطراف العادلة، للمقاربـة التقليدية للعقد " يدخل ضمن إرادة التخلي عن هيمنة مبدأ سلطان الإرادة بواسطة القـانون الموضـوعي"[3]، الذي أصبح يتميز بـ " تنفيذ تعاون ومساعدة متبادلة، وتنفيذ للصداقة والأخوة العقديـة"[4]، كلهـا عوامـل إستطاعت أن تمس بكينونة العقد إذ لم تنكر عنه مفهومه الإرادي البحت، وإنما أدى إلى تحويله إلى غايات أكثر واقعية.

وبظاهرتي "جمعية العقد" أو " أخلقنته "socialisation et moralisation des contrats". ظهر منذ البداية إتجاه في الفقه الموضوعي[5]- وهو قديم- يدعو إلى التقليص من حدة وإطلاقية الإرادية كمصدر غير مقيد ووحيد للإلتزامات العقدية، وبدلا عنه يتم تحقيق قدر أكبر مـن العدالـة الإجتماعيـة وحمايـة الضعيف [6]. وبهذا يكون العقد واقعة موضوعية (fait objectif) يرتب عليه القانون آثارا معينة ليجعل منه خاصية قاعدية (لا إرادية).

ولعل فكرة دخول " العقد في أزمة" أخرج أمام التشريعات طريقتين لإصلاح هذا الخلل في تكـوين العقد وإعادة التوازن بين طرفي العلاقة العقدية، **أولهما** تدعيم الإطار الجبري الذي تعمـل فيـه الحريـة

---

[1] هذا ما جاء في قوانين المنافسة ،الممارسات التجارية ، و كذلك الإستهلاك .

[2] أنظر للأحكام الجزائية الواردة في قانون المستهلك، و قانون العمل، التأمينات، و قانون المنافسة، و غيرها.

[3] Terré(F) et Weill (A), droit civil, les obligations, 4ed, Dalloz, 1986, p.363.

[4] Chazel qui a repris sa remarque de fond : « (…)un procédé de forçage qui est la négation même de la règle de l'autonomie de la volonté contractuelle :les contractants ne sont plus maitres chez eux (…)ensuite (…) la fraternité contractuelle est certainement le produit d'une exaltation abusive ;mais il faut se garder de conclure à l'inimité du devoir de loyauté ,de l'obligation de collaboration ,… ». les nouveaux devoirs des contractants .op.cit. p.101.et particuliérement.pp.122 et 123 .

[3] مثله الإتجاه القديم للفقه الموضوعي مع كل من الفقهاء (ساليي، تارد، و ديموج) ,

Comp dans ce contexte, Ranouil(Véronique).l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept,Préf de Lévy (J.ph).PUF.Paris II .1980.pp.136 et ss.

[6] Voir Ghestin (J).Traité .op.cit.n°277 et 278.

العقدية[1]، **وثانيهما** تهيئة الظروف وتوفير العوامل المناسبة لقيام مفاوضات حقيقية معتدلة ومتوازنة بين الطرفين، بحيث تصبح الحرية العقدية أداة فعالة لخدمة القيم العليا، وهي العدالة والمنفعة الإجتماعية. والجانب الأول يحققه مفهوم النظام العام[2]، أما الثاني: فقد تطلب توفير الوسائل الكفيلة التي لا يتم فيها تجاهل مصلحة الجماعة ولا مصلحة أحد الطرفين، وهي عدة وسائل، منها اللجوء إلى أسلوب التنظيمات الجماعية التي تجمع الأشخاص الأكثر ضعفا، كالنقابات والجمعيات، ومراكز الشراء، فهي تمنحهم ثقلا مماثلا لثقل مخاطبيهم، فنجاح قانون العمل على إنشاء هذا الإطار التعاقدي[3]، قد ظهر بشكل واضح، كما أن إنتشار مراكز الشراء في علاقات التجارة الداخلية قد أدى إلى قلب علاقة القوة مع المنتجين، وإمتد حتى إلى المطالبة بتسوية العلاقة بين أصحاب المهن وعملائهم، ولعل قانون الإستهلاك، والقانون المتعلق بشفافية الممارسات التجارية[4]، أظهر ذلك التمازج بين العلاقات التعاقدية الفردية مع العلاقات الجماعية، كما جاء في قانون العمل 90-11 باب بكامله مكرس للتفاوض الجماعي، الذي أصبح يشكل مناطا لنظام عام ليبرالي جديد[5] (Ordre public néolibéral) ، وكل هذه العوامل كانت كافية لتكريس فكرة نسبية مبدأ سلطان الارادة[6]، خاصة وأن الخطر أصبح ينحصر في الإصطدام مع العدالة وحماية الضعيف الضروريين للمجتمع، وهو وضع تبرره **ثلاث اعتبارات:** اعتبارات فلسفية وقانونية واعتبارات العدالة[7]، والتي تتطلب فهم الواقع العملي الذي أفرزه تنافي التصور الليبيرالي للعقد مع العدل الاجتماعي في الميدان العقدي.

وأما من جهة **ثانية**: فتكلف القانون الموضوعي وعدم مرونته إنعكس بالسلب على مجالات تستدعي المحافظة على المصالح الإجتماعية بدل الخاصة والحفاظ على الطرف الضعيف بدل القوي، وإستحقاق واقعية المعاملات بدل تجريدها وعموميتها، ثم إنه من جهة **ثالثة** يستند الأمر على مبرر الإستقرار القانوني

---

[1] Ibid, n° 227, p.

[2] Pour plus de détails ; voir Mestre (J).l'ordre public dans les relations économiques.in « l'ordre public à la fin du (XX) siècle L.G. Dj, Paris. 1996 .p.33.

وأنظر كذلك ,جاك غيستان ,المطول.مرجع سابق .ص ص.260 و ما يليها.و كذلك أيمن إبراهيم العشماوي.مفهوم العقد و تطوره.مرجع .ص ص.138-140 .

[3] Ghestin(J) .op.cit. p.20 .

[2] أنظر لطاش نجية.مبدأ الشفافية في قانون المنافسة بالجزائر .مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر .2004 .ص ص .16 و ما يليها، و العيد حداد .الحماية القانونية للمستهلك في ظل إقتصاد السوق.دكتوراه.2003 .

[3] أنظر أيمن إبراهيم العشماوي ,مرجع سابق,ص.153، ويبرز إتجاه فقهي أن عقد العمل ليس له من دور سوى منح أحد الطرفين (العامل) بطاقة دخول إلى المؤسسة أما ما تبقى، فهو خارج عن الإرادة التعاقدية للطرفين ويخضع للإرادة التنظيمية للمشرع.

- راجع: د/ محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل "أزمة عقد العمل، مجلة الشريعة، جامعة دمشق، يوليو 2011، ص21.

Voir aussi Malaurie (M) .droit de la concurrence et droit des contrats .D.1995.p.51.

[6] Ghestin(J).contrat .formation .op.cit. p.205 .

[7] Ibid .ainsi que Chazel(J-P).les nouveaux devoirs …op.cit.pp.123 et 124 .

للعقود والمعاملات، إذ لا ينازع الموضوعيون في جدوى أهميته، خاصة بالنسبة لمواجهة هوى الأطـراف وتحكم القاضي، لكنهم في نفس الوقت يركزون على منح البعد الموضوعي للعقد، المكانة التـي يـستحقها إعتمادا على الإستقرار العقدي[1]، لولا أن هذه المرة يتعين أن يكون الإتيان بمفهوم جديد للإستقرار صـيغته التوفيق بين " قواعد المنفعة (les règle de l'utile) وقواعد العدالة (règle de justice)[2]، فلا يتم تغليب الأولى حتى لا يقع الإفراط في الأمن القانوني للعقود، وإنما يتعين مطابقتهـا بالثانيـة، لـضمان الجانـب المعنوي في المعاملات، إنها الصيغة القستينية[3] للتصور الموضوعي الجديد في نظرية العقد، و الذي تطور على إثره قانون العقود[4]، وأصبح يخضع لإحترام القيم الذاتية العليا، فكانت النتيجة " نحن لا نتحـدث عـن الثورة بل عن التغيير"[5]، على حد تعبير الأستاذ Paisant، لأن التغيير تجديد لصالح تليين وتنظيم مضمون العقد من أجل تنفيذ أحسن.

والأستاذ Ghestin، أحل كل من (المنفعة والعدالة) أساسا للقوة الملزمة للعقد[6]، بدل مبـدأ سـلطان الإرادة، أي بعبارة أخرى يجرد العقد من قوته إذا لم يكن أداة للمنفعة الإجتماعية وإذا لم تحترم فيه العدالـة التعاقدية، فالعقد يكون نافعا إجتماعيا لأنه يمثل أداة توقع (Un instrument de prévision) ، بما يسمح بتواصل المبادلات الإقتصادية، ويعتبر عادلا إذا كان ينظم توزيعا تبادليا للقيم بين المتعاقـدين[7]، فالمـسألة تتعلق بفرضيات إختلال التوازن الاقتصادي لظرف ما، أي الزمن الفاصل بين تكوين العقد الذي تظهر فيه الإرادة أكثر - وهو ما يبرر عدم نكرانها نهائيا- وبين مرحلة تنفيذه التي تخضع للظروف، فيـتم إختبـار

---

[1] و إستقرار وهمي و مجرد و خيالي ، يؤول إلى الإضراربالحركية الإقتصادية أكثر من نفعها ، و حتى تؤدي بإزدهار المعاملات يتعين البحث عن مفهوم جديد و حقيقي للإستقرار .أنظر غويل آمال .الظروف الطارئة .مذكرة ماجيستير.,كلية الحقوق ,تونس .1990.ص ص.37 و 38 .

[2] أنظر جاك غيستان. المطول.مرجع سابق.ص ص. 279 و ما يليها.

[3] نسبة إلى الفقيه الفرنسي "Ghestin"

[4] و سيأتي تفصيله أكثر في المبحث الثاني من هذا الفصل.

-Voir Ghestin(J).Traité. Op.cit.p.205. et le méme auteur dans son article ; « l'utile et le juste dans les contrats ».D.1982.chr1. et « la notion du contrat ».D.1990 .p.14

[5] Paisant (G).introduction ,intervention dans un colloque tenu à Chambéry .le 28 avril 1997.sur le théme :que reste t-il de l'intangibilité du contrat ? .rev ,dr et patr.n°58 .mars 1998.p.44.

[6] Ghestin(J).traité.op.cit.pp.206 et 207 ,et Terré(F) et Simler(PH) et Le Quette(Y) .droit civil. Les obligation.op.cit.n° 413 et ss.

[7] « (…)pour Roubier ,la sécurité juridique est (la valeur la plus essentielle pour l'harmonie des rapports humains (…) et avant cet argument, « selon que l'on donne au droit pour finalité .la sécurité ou la justice ,la conception du contrat qui en découle restreint ou favorise l'intervention du juge ,sacralise ou relativise le rôle de la volonté des parties ,rigidifie ou assouplit la loi contractuelle ».Chazel(J –P).op.cit. p.123.

الثقة المتبادلة أكثر مما يستدعي تدخل إعتبارات ما هو نافع وعادل[1]، وهو ما تبرره إعتبـارات إقتـصادية العقد، وإجتماعيته التي تقوم عليها الأخلاق العقدية والتي تحقق هذه المرة " تجانسا بين العقد ومحيطـه "[2]، وإلا ما الذي أجاز للقاضي التدخل بهدف إعادة التوازن المطلوب إلى العقد؟[3]، إن العقد قد خرج عن جموده وأصبح يعكس رابطة حية"[4] (un lien vivant) قابلة للتطور والإنفصال، وأكثر مرونة، وسـيبرر بـذلك قانون عقود معاصر، أظهرته الكثير من الأمثلة التشريعية والقضائية[5] بصورة التجديد الواضح، وعلى حـد تعبير الأستاذ بن شنب" يشكل المظهر الجديد للمنظومة القانونية بقاء الإرادة منوطة بالعوامل الاجتماعيـة والاقتصادية"[6].

المطلب الثاني : مظاهر تجديد وتطوير العقد

تراجع الحرية التعاقدية وتنامي القواعد الخارجة عن الإطار الإرادي، كانت سببا في تغيير العقـد، بل أوقعته في أزمة حقيقية، حتى وصل بالبعض من الفقه بالتنبؤ بنهاية العقـد (la mort du contrat) [7]، بسبب حلول التوزيع محل التبادل الإقتصادي حسب الحاجات والضرورات، ولكن الدولة وأمام عجزها عن تنظيم إقتصادي وإجتماعي للعقد من أعلى حسب رؤيتها ومفاهيمها الخاصة[8]، إستدلت بنظام آخر من أدنى، عن طريق توافق المصالح الخاصة مع بعضها، فكان الوضع أن تطور قانون العقود بصورة الموازنة بـين

---

[1] Ghestin(J).la notion du contrat .D.1990.chron.p.147. et Caillé(A).de l'idée de contrat ;le contrat ,le contrat don à l'envers (et réciproquement) in. La nouvelle crise du contrat acte de coll. Dalloz, 2003, PP 28-31 et Terré (F), Simler, op.cit, P. 25.

[2] Ibid. .

[3] Ghestin(J).op.cit.n° 190 et ss.et Lecuyer(H). Redéfinir la force obligatoire du contrat.les petites affiches.1998 .p.44 .

[4] و قد يكون من الأحسن الرجوع إلى الجذور الدينية و الأخلاقية السابقة للقانون الوضعي ، و التي تقـضي بالوفـاء بالعقود و الإلتزام و التعهدات ، إذ جاء في الآية الكريمة قوله تعالى :"يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" ,(المائدة) , كما جـاء في سورة البقرة قول الله تعالى:"يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بالباطل ،إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم" ، و في حديث الرسول صلى الله عليه و سلم " المسلمون على شروطهم "، و من ثم ينزل الإلتزام في إطار من الثقة و الامانـة ، بل إن القانون الإسلامي كان سباقا في التوفيق بين صيغة التراضي (العقد)، و الجانب الأخلاقي للمعاملات ، أكـده المستشرق الإيطالي (صانتيلانا) بأن " القانون الإسلامي الذي سوى بين الناس جميعا يرتكز على حسن النية ".

[5] و المظاهر التي رسمها هذا التجديد هي التي ميزت أصلا أحكام القانون المدني منذ 1975 إلى غاية اليوم ، وأكملته التشريعات الخاصة ، و لعل تطور هذه الأخيرة بأهداف وغايات أكثر أخلاقية هو الذي إنعكس على النصوص العامـة، و تطلب تطوير إتجاهها.

[6] Bencheneb (A).le droit algérien ….op.cit. pp .6 et ss.

[7] Voir ce qui a été cité par Ghestin(J).les obligations .op.cit.p.161.et sa communication dans l'avant-propos à l'occasion du colloque de Lille sur « la nouvelle crise du contrat ». Dalloz. 2003. pp.1 et 2.et les réfléxions relevées du Christophe Jamin dans le méme colloque : »quelle nouvelle crise du contrat ?quelques mots en guise d'introduction.op.cit.9-12.

[8] Hayek (F). le mirage de la justice sociale.T.3.PUF.1981.et Frison Rochet(M-A).le modèle du marché.Arch.phil.T.40.1996.pp.287 et ss.

سياسة التدخل أو التوجيه وبين الإفراط في الحرية (**الفرع 1**)، وهذا ما جعل العقد مفهوما يعبر عن إتحـاد بين المصالح المتوازنة، وأداة للتعاون الصادق، ونتاج للثقة المتبادلة بين الطرفين"، وقد أثرت هذه النظـرة الخاصة والجديدة للعقد بالفعل على القانون الوضعي الجزائري حيث تغيرت تدريجيا أبعاده بالنسبة للنظرية ككل (**الفرع 2**)

الفرع الأول: تطوير مفاهيم العقد

عندما كتب الفقيه (**Demogue**) منذ وقت عن العقود بأنها "تشكل عالما أو مجتمعا صغيرا يجـب على كل فرد فيه أن يعمل من أجل هدف واحد ألا وهو مجموع الأهداف الفردية التي يـسعى إليهـا كـل شخص، كما هو الحال تماما في الشركات المدنية أو التجارية، وبذلك يحل محل التعارض بين حق الـدائن ومصلحة المدين في شكل إتحاد بين هذه المصالح المتعارضة، بحيث يصبح العقد في النهاية أداة للتعـاون الصادق بين الطرفين"[1]. هذا لأن من أول مظاهر تطوير قانون العقود، أن أصبح هناك تنظيم لـ "علاقـة" بدلا من "عقد"، إستدعى إعادة النظر في أصل هذا الأخير (**أولا**)، مما إنبثق عنه إعـادة ترتيـب الأنظمـة العقدية فيما بينها (**ثانيا**).

أولا : الطابع المتجدد في أصل العقد (نظرية الإلتزام)

عندما إعتاد المشرع النظر في تنظيم العقد من الداخل، أي من وجهة نظر الأشخاص الذين أبرموه وإلتزموا بتنفيذه، فهذا لأنه إنحصر في عقد لا يخرج عن نطاق إتفاق بين إرادتين تتمتع كل منهما بالحرية، والمادة (**54**) حجر الزاوية تدل على ذلك، إذ يتم تنظيم العقد من خلال الإلتزامات التي تقع علـى عـاتق طرفيه فقط، والمشرع الجزائري خصص لهذا الموضوع القسم الثالث بعنوان "آثار العقـد"[2]، غيـر متبـع المنهج الذي إتخذه المشرع الفرنسي عندما إتخذ فكرة " أثر الإلتزامات" بدل " أثر العقد".

ولعل هذه النظرة ركزت عموما -مهما إختلفت الأوصاف لأن العبـرة بأصـل المفهـوم- علـى إلتزامات الطرفين المتبادلة، مما إستتبع أفكارا أدت إلى ضبط العقد بشكل مستقل عنها منظور إليها من هذه الزاوية الفردية[3]، فكانت أحكام المحل والسبب والدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ، تبدو كجزاء مقرر لصالح الدائن المتأثرة حقوقه ومصالحه نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته بدل أن تكون عوامل لوقف أو زوال العقـد، غير أنه وتحت تأثير الظروف تغيرت النظرة التقليدية للعقد تدريجيا، فلم يعد يرتبط أو يكتف بـه كظـاهرة حصرية بالقانون المدني (un outil contractuel) ، وإنما أداة لتسيير حيـاة الأعمـال (instrument

---

[1] Mestre (Jacque).l'évolution contemporaine du droit des contrat.Journée. Savatier. PUF. 1985 .p.51. et Jamin (Ch). la nouvelle crise du contrat… op.cit.p.12 .et p.51.

[2] و لا نعلم لم إستخدمت بصيغة الجمع"آثار" ، و هي تعني التعدد و التنوع، في حين أن التقنين المدني الفرنسي من خـلال أحادية "الأثر" يريد حصره بالمفرد في مركزية واضحة لأرضيته الإرادية "العقد شريعة المتعاقدين"، والقوة الملزمة للعقد.

[3] أنظر محمد صبري السعدي .الواضح في شرح القانون المدني . مرجع سابق .ص ص .27-36 .و كذلك علي فيلالي . الإلتزامات .العقد.مرجع سابق.

(pour gestion de la vie des affaires، كالإنتاج، التوريد، التوزيع، والخدمات ...إلخ، وبهذه الـصفة المزدوجة، تدعم تأصيل " إسناد العقد لمفهوم الإلتزام أكثر"، وظهر هذا الأخير أكثر إرتباطا وإنسجاما مـع التنظيم الاقتصادي والاجتماعي للعلاقات، باعتباره العنصر الجوهري في أي مجتمع للعلاقات.

إن ميزة النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري في مجال تنظيم المعاملات المالية، هي بعدها عن الأحوال الشخصية[1]، لاسيما عندما يراعي ذلك التنوع الذي تمتاز به مصادر الإلتـزام فـي قانوننا، والتي كانت معروفة منذ وضع القانون المدني، مع أنه سبق وأخذ على منهج تقسيم غيـر منـسجم موضوعيا، صحيح أن هناك إحتفاظا ملائما بالمصادر الأربعة[2] (العقد، الإرادة المنفردة، الفعـل المـستحق للتعويض، وشبه العقود)، و لكنه أصاب عند فصل الإرادة المنفردة بشكل مستقل ، وكذلك القسم المخصص للإثراء بلا سبب، لولا أنه يعاب عليه إستخدام فكرة" شبه العقد" لأنه لا وجود لفئة وسط بين ما هـو إرادي ولا إرادي"[3].

إلا أن ما يظهر أكثر في تنظيم مصادر الإلتزام ذلك الإثراء الذي إنتهـى إليـه بالنـسبة لـلإرادة المنفردة" ، حيث جعل منها إبتداء من قانون 20 جوان 2005 نظاما قانونيا قائما بذاته، ومصدرا مستقلا من مصادر الالتزام وضمن العقد، خاصة بالحاق" **الوعد بجائزة موجه إلى الجمهور**[4] في المادتين **123 مكـرر و 123 مكرر 1**، وهذا يدل على التأكيد على منهج إسترجاع الفاصل بين ما هو تعاقدي وغير تعاقدي طبقا للمبدأ العام الوارد في المادة **59** ق م "بأن العقد تلاقي إرادتين على إحداث أثر قانوني" .

أما على مستوى نوع الإلتزام الذي قد ينصرف إلى فعـل أو واقعـة قانونيـة (fait juridique)، وتصرف قانوني (acte juridique) ، فإنه من الملاحظ أن هناك مستويين من الملاحظات التي تثار فـي هذا الشأن، حتى وإن كان من حيث المنطلق، القول بحفاظ المشرع الجزائري على تلك الثنائية التقليدية، إلا

---

[1] لأن الأحوال الشخصية منظمة في إطار قانون الأسرة، و هو المصدر الشكلي و الأساسي إضافة للـشريعة الإسـلامية كمصدر مادي .

[2] مثلما ذهب إليه المشرع الفرنسي بالتقسيم الرباعي المعروف (العقد-شبه العقد- الجريمة و شبه الجريمة)، أما المشرع المصري فيجعلها في مصادر إرادية (العقد و الإرادة المنفردة) و غير إرادية (العمل غير المشروع –الإثراء بـلا سـبب والقانون) .لمزيد من التفصيل . أنظر عبد الرزاق السنهوري ,مرجع سابق ,ص,163 وما يليها. ومحمد الصبري السعدي . مرجع سابق .ص ص. 34 و ما يليها ,

-Voir Ghestin(J).Traité .op.cit.p.17.

[3] لمزيد من التفصيل، أنظر السنهوري,مرجع سابق,ص.151 . و للملاحظة لا يعرف لماذا أدمج عنوان الإثراء بلا سـبب بالإضافة إلى الدفع غير المستحق و الفضالة، مع أنهما الصورتان الظاهرتان في الإثراء بلا سبب ككـل، و بالتـالي يصبح هذا الأخير أصلا , و الباقي فروعا له .

Weill(A) et Terré (F) .op.cit .pp.22 et ss .

[4] لأن الوعد بالجائزة "كان منظما في إطار المادة 115,ق م ج القديمة ، و هي إحدى صـور الإرادة المنفـردة ، لكنـه كلاسيكيا، لم يحسن تنظيمها المشرع ضمن الباب المتعلق بالعقد ، و هو لا يستقيم مع المنطق القانوني ، و حسنا مـا فعل عندما إستدركها في 2005 .

أنه وجد على منهج تجديدي في **مجالهما**، على الأقل بدا شكليا وسطحيا بالنسبة لموضوع الوقائع القانونية[1]، لكن المسألة عندما تتعلق بالتصرف القانوني، نلمح فيها ذلك الإتساع من حيث النطاق، والذي كانت له أثار قانونية خاصة من الناحية العملية، ولعل هذا ما تم إعلانه إدماج "الوعد بالجائزة" بموجب **المادة 123 مكرر 1** ضمن التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة، والتي جددت فعلا من فكـرة العمـل الإنفـرادي كمـصدر للإلتزام، مع العلم أنه فقهيا شكك كثيرا في قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء آثار قانونية[2]، إلا أن المـشرع الجزائري إعتبرها مصدرا عاما للإلتزام مما أضفى عليها نظاما قانونيا مميزا في الوقت الذي إعترف لـه بالقيمة القانونية للإيجاب بالتعاقد (وكأنه عقد لم يستكمل)[3].

علينا الإستناد على مرجعية هامة في الإلتزامات، " ليس هناك تصرف ولو كان منفـردا، لا ينـتج أثرا،لأنه في النهاية يحتوي على إلتزام ما " ، فمقتضيات الثقة المشروعة المهيمنة على العلاقات والمبادلات هي التي تفرض نفسها، وإلا ما الذي يبرر ترتيب جزاء بالتنفيذ العيني أو بمقابل أو التعويض مثلـه مثـل العقد عند الإخلال بمثل هذا التصرف؟، فالمادة **123 مكرر** في شطرها الأخير تنص: (...) ويسري علـى التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام..."[4].

والقراءة الداخلية لفحوى التصرفات المنفردة يمكن أن تؤكد على هذا الإتجاه، كما هو الحال بالنسبة: لحالة إنشاء حق عيني كالوصية[5]، أو إنقضاء لها، كالنزول عن حق الإرتفاق[6] أو الإنتفاع أو عن الـرهن، كما يمكن أن تكون وسيلة لإنقضاء حق شخصي، عن طريق الإبراء[7]، أو أنها تأتي بسبب عيب في العقـد، وهذه هي الإجازة[8]، التي ترفع عن العقد القابل الإبطال ما يتهدده، ثم إنها يمكن أن تكون وسيلة لإضافة آثار عقد أبرمه الغير إلى من أصدر هذه الإرادة، مثل الإقرار في العقود، أو الإقرار مـن طـرف المـستفيد مـن

---

[1] هذا ما جاء في قانون 20 جوان 2005 ، و صاغ عنوان الفصل (3) , "العمل المستحق للتعويض" بدلا مـن "الفعـل المستحق للتعويض" السابقة التي لا تطابق النسخة الفرنسية acte dommageable ، و المرادف "للتصرف" ، و كـان عليه أن يحافظ على تطابق المفهومين بمرجعيته بالعربية.

[4] أنظر عبد الرزاق السنهوري. مصادر الإلتزام.م 2. مرجع سابق .ص ص.1777 و 1778.و عبـد الحـي الحجـازي. مصادر الإلتزام. مرجع سابق. ومحمد صبري السعدي. مرجع سابق . ص.368 .

[5] أنظر محمد الصبري السعدي.مرجع سابق. ص ص.34-37.

« il a un statut juridique comparable à celui de l'offre de contracter ».Voir.Bencheneb(A). contrat, op .cit.p.18.

[1] ما يسري على العقد، حتى في إطار إعمال مبدإ حسن النية القوام الأساسي في تنفيذ الإلتزامات العقدية ، مما يـسهل تقبل إنطباق الأخلاق العقدية في إلتزام منفرد .

[5] أنظر المواد 93 وما يليها من قانون الأسرة،و كذلك المواد (775) إلى(777) ق م ج.

[6] راجع المواد (2/844) ق م ج، و (869) ق م ج ، وحتى م (884) .

[7] انظر المادة (305) ق م ج ، قارن أيضا ما يمكن أن يترتب عن المادة (239) بشأن حوالة الحق، الذي قد تتم دون حاجة إلى رضا المدين، وهذا في حالة ما إذا فرضت طبيعة الإلتزام ذلك.

[8] أنظر المادة (100) ق م ج .

الإشتراط الذي أبرم لمصلحته، وأخيرا قد تؤدي الإرادة المنفردة إلى إنهاء الرابطة العقدية ، مثل عزل الوكيل أو تنحيته، أو إنهاء عقد العمل غير محدد المدة[1]،و هذا كله يكون بالنسبة لإرادة منفردة مرتبة للإلتزامات، أما ما يمكن أن ترتبه من آثارا لا ترتقي إلى إلتزامات، فعادة ما يتعلق الأمر مثلا، بالإعذار الذي يوجهه المؤجر للمستأجر[2]، أو الإنذار الموجه من المقاول ليتسلم المشروع رب العمل[3]، وهكذا تظهر الأهمية الإجرائية لمثل تلك الأشكال القانونية.

وإذا كان هناك ما يلاحظ في مضمون التعبير عن الإرادة تلك الخصوصيات المتنوعة التي تترتب عن مظاهر ما قبل أو أثناء أو بعد تعاقدية، فإنه يلفت إلى وضعية تلاقي الإرادتين (إيجابا وقبولا) من أجل إحداث الأثر القانوني المطلوب في العقد.

ولعل التصور المعقول الذي جاء به القانون المدني من خلال المادتين **59 و61 من ق.م**، يظهر سهولة في التعاقد، فتلاقي الإيجاب والقبول كفيل بترتيب الآثار القانونية، بينما عندما يتعلق الأمر بواقعية العقد، فإن نطاق الإلتزام[4] عموما يضيق أو يتسع، خاصة مع صنف إتفاقات تشهد تعقيدا بحكم ما يتطلبه قيامها من الوقت والمفاوضات، وقد تنتهي بإبرام إتفاقات تمهيدية، خاصة بالنسبة لفئة العقود الثقيلة نقيضا للعقود الخفيفة[5].

أما أولى المظاهر فتتجه إلى **مدى الإعتداد بشخصية الموجب**[6]، والمبدأ أن شخصية الموجب ليست عنصرا في قيام الإيجاب لأنه قد يكون معينا أو غير معين، بدليل أن هناك إعترافا بقيمة الإيجاب المقدم للجمهور[7]، (في شكل عروض في كتيبات و جرائد، والإعلانات التي تخص المنتوجات، خدمات السفر والتأمين وغيرها) ، وذلك لأنه لا يفقد تكييف الإيجاب طالما ينعقد لمجرد صدور قبول من أي شخص كان[8]، هذا عكس ما سيكون عليه الحال بالنسبة لتقديم وثائق أو مستندات فردية إلى شخص معين[9]، لولا أن

---

[1] أنظر المادتين 341 ة 342 ق م ج ، وكذلك م (587) ق م ج ، راجع كذلك المواد 11 وما يليها من قانون (90-11) المتعلق بقانون العمل.

[2] أنظر للمادة 469 مكرر 1 فقرة ثانية (2) ق م ج ، مع العلم أنه يتعلق بحق المستأجر في إنهاء الإيجار لسبب عائلي أو مهني، في حين أن التمسك بحق البقاء قد ألغي كحق، وأعفي المؤجر من الإخطار (م 469 مكرر 1) .

[3] أنظر للمادة 558 ق م ج .

[4] حتى لا ننساق وراء الظاهرة الشخصية للعقد.

[5] وهي تصنيف فقهي جديد.

[6] وذلك فيما يخص العقود المبرمة لإعتبارات شخصية (les contrats conclus intiututs persond)

[7] بدليل أن النظام القانوني الفرنسي يقوم على الإعتراف به،

Voir pour plus de détails : Viallard (A) .l'offre publique de contrat, RTD, 1971, p.750.

[8] Ghestin (J), Traité , op. cit, n° 297.

[9] حتى أن إتفاقية فيينا لـ(1) نوفمبر 1988 المتعلق بالبيع الدولي للسلع تنص في المادة 2/14: " يعتبر الإقتراح الموجه إلى أشخاص معينين كدعوة إلى الإيجاب، إلا إذا كان الشخص الذي قدم هذا الإقتراح قد أظهر خلاف ذلك بوضوح" . وقد قضي بأن قيام أحد النوادي الرياضية بإعلان في الجرائد لقبول منخرطين جدد في النادي هو دعوة إلى التفاوض لا إيجابا.

الممارسة تطرح إشكال عدم تناسب الإيجاب العام بهذا الشكل مع محل الإيجاب ذاته من حيـث الكميـة أو النوعية، **كأن تكون السلع غير كافية مقارنة مع الجمهور**، فقد طرحت **محكمة النقض الفرنسية** حلا فـي هذا الشأن، حيث يكون المبدأ "أن الإيجاب الموجه إلى الجمهور يربط موجهه إزاء أول قابل ضمن الشروط الواردة في الإيجاب الموجه إلى شخص محدد"[1]، فمن طبيعة الأشياء أن يكون الإيجاب الموجه للجمهـور مخصصا للقابلين الأوائل في حدود الكمية المطروحة، وأكثر من ذلك يقترح **القضاء الفرنسي** حلا إضـافيا يتجه "نحو منح إمكانية للموجب في إختيار الأشخاص الذين يبدون قبولهم" ، وذلك في حالتين: إمـا بحكـم إحتفاظه بهذه الإمكانية لنفسه[2]، أو عندما يكون العقد قد أبرم بالنظر إلى الشخص[3]، كما هو الشأن بالنـسبة لعقود العمل أو القرض، ففي هذه الأخيرة يتم اللجوء إلى أسلوب الإيجاب الموجه للجمهور بـالنظر إلـى الشخص الذي إرتكز في مواجهته شعور " بالثقة "، كإحدى أركان الإئتمان الذي تقوم عليه هـذه العقـود[4]، ولعل أنه عادة ما نجد بعض المؤسسات المستخدمة، أو المالية ما ترفق عروضها بما يعرف بـ "شـرط الموافقة " (Reserve d'agrement)[5]، أو شرط الأجل[6]، تفاديا لتعقيدات إنفاذ أثـر القبـول إذا مـا إقتـرن بالإيجاب، حتى أن الفقه أعطاها **طابع إلتزامات شرطية**، يتوقف قيامها على شرط أو أكثر مستقلا عن إرادة أطرافه.

- Cass. Civ .1re, 1 Avril, 1987. Bull, 1987, n°119, et et Mzid (N) . « Essai sur la négociation du contrat en droit civil », AJL.9/1999, et RTD. 2000, PP.313 et ss.

[1] Voir la note de Groslière, et Jestaz, Paris, 5/3/1983, Rev-droi. Fon-1984 .p . 199 .

[2] وكأنه إيجاب معلق على شرط إحتكار الموجب للخيار مع العلم أنه يستثنى منها حالة قبول وصف جديد للإيجاب بـدعوى عادية إلى الدخول في المفاوضة.

- Ghestin (J), traité op.cit, n° 297 et 312.

[3] Ghestin (J), formation du contrat, op.cit, N° 537, P. 500.

انظر أيضا: عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، الاقهرة، ص 39.

[4] ففي عقد العمل مثلا، يتم تقديم عروض العمل بالجرائد اليومية أو غيرها من وسائل الإعلام، فـإذا نجـح فـي مـسابقة التوظيف، والتربص الذي تم تنظيمها بقصد ذلك، فإنه ليس للمؤسسة أن تنقض إلتزامها بعد نجاح الـشخص فـي المنـاظرة وإحرازه على شهادة ختم التربص، ونظرا لما تحويه من عنصر الثقة في الإئتمان، راح الفقه يعترف بطابعها المطلق، لمزيد من التفصيل، أنظر على فيلالي، الإلتزامات، مرجع سابق، ص ص 107 و108، ومحمد الزين، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، من 111 الفقرتين 126 و127.

-Voir aussi Ghestin (J), Traité, op cit. n ° 252.

[5] - Carbonnier (J), op cit .p .61 et Ghestin (J), Traité, op.cit. P.161.

- أنظر علي فيلالي مرجع سابق، ص 106، وعبد الحي حجازي مرجع سابق ، ص 603.

- ويعرف كذلك على أنه "عرض بواسطة التعهد" لأنه يجعل الإيجاب إلزاميا في حدود التحفظ.

[6] كما أنه يمكن أن يقترن بتحديد أجل الإيجاب، وفي هذه الحالة سيكون هناك إرادتان موجبتان، الأولى رئيسية حول العقـد المراد إبرامه، أما الثانية فهي تتعلق بالأجل الذي يشترطه بموجب على موجب له ليتفحص موقفه النهائي .

وإن أهمية معرفة هذه الأحوال تكمن خاصة بالنسبة لأثر الرجوع عن الإيجاب الموجه للجمهـور، لا سيما في تلك الحالة التي يزداد فيها عدد المرسل إليهم، الذين يفقدون الثقة في إبرام العقد، "لأن الثقة هنا تكون في أعلى درجاتها[1] ، مثلما لو ان الأمر يتعلق بمنتوج ذي كمية كبيرة والمعروض لمدة زمنية معينة[2]، خاصة وأنه عندما يتعلق الأمر بمجال التشريعات الخاصة، فإن المشرع يتدخل لوضع حد مسبقا، مثلما نص في المادة **15** من قانون 04-02: على أنه "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور للبيـع، ويمنـع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع وكانـت الخدمـة متوفرة[3] ويرى في هذا الشأن الأستاذ السنهوري بأنه "لا يجوز لصاحب المتجر أن يرفض القبول بعـد أن دعا إلى شراء سلعته، إلا إذا إستند في ذلك على أسباب مشروعة[4]، كمـا أن إعـادة التـوازن فـي عقـد الإستهلاك قد يكون سببا لتقييد حرية التجار، مثلما هو الحال بالنسبة لحظر رفض التاجر للبيـع أو تأديـة الخدمة غير المبرر، خاصة بالنسبة لوضعية ندرة بعض السلع ذات الإستهلاك الواسع مقابل وفرة أخـرى محدودة الإستهلاك التي تفتح المجال لاستغلال الوضع، فسره البعض ، من أساس القواعد العامة المكرسـة لإلزامية الإيجاب الموجه للجمهور[5] وأدخلها ضمن حكم خاص بالممارسات غير النزيهة للمعاملات.

وفي سياق آخر، يعتبر الموجب ويعرف قانونا بالشخص الذي تحددت لديه كافة العناصر التي يقوم عليها الإيجاب بإعتباره الذي أخذ مبادرة التعاقد أو الذي إنتقلت إليه[6]، وهذا ما يعـرف بـالنظرة الجدليـة للإيجاب[7]، إلا أنه اليوم وتزاحما للنظرة الجامدة[8]، أصبح الموجب كذلك ممن يصبغ عليه هذه الصفة ، فـي إطار يعتقد منه، أن في التحديد المسبق لشخص الموجب حماية لبعض الأطراف الضعيفة، وهذا ما يبدو في عقود الإذعان، وبالخصوص بالنسبة لتعريفها والخصائص التي يقوم عليها، أنه "عقد يتعلق بسلعة أو خدمة

---

[1] وقد راح الفقه يميز بين نظام الإيجاب الموجه إلى شخص محدد حيث يكون مفعوله ملزما، خاصة في حال إقترانه بمهلـة ما وإيجاب موجه إلى الجمهور الذي يمكن مصدره من الرجوع بحرية، دون تحمل أي تبعه، ولكن مع العلـم أنـه يـصعب التمييز تجاه تنوع المرسل إليهم المحتملين وتنوع مواضيع الإيجاب.

[2] - Bencheneb (Ali), op. Cit. p. 73.

[3] وهو النص المعدل للمادة 59 من الأمر (95-06) المتعلق بالمنافسة (ج ر 09 .1995. وأنظر كذلك إلى المـادة (16) من قانون (04-02) .

[4] أنظر السنهوري الوسيط، المرجع السابق . ص ص. 47 وما يليها.

[5] أنظر زبيري بن قويدر. حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، ماجستير ، تلمسان، 2005. ص. 73.

[6] ويقصد بهذا الأخير إنتقال صفة الموجب أثناء التفاوض من طرف لآخر.

[7] - conception dialectique de l’offre

[8] - conception statique de l’offre

ضرورية للجمهور، يكون أحد العاقدين (وهو الموجب) محتكر السلعة أو الخدمة بفعل إحتكـار قـانوني أو فعلي..."[1].

كما أن مسألة "الأجل" أو "المهلة" في مجال الإيجاب تعتبر ذات أهمية خاصة مقارنة بالقيمة القانونية التي يحظى بها ، والإلزامية المحددة بحالاته في النصوص القانونية[2]، و التي تتراوح بين القوة والحجيـة[3]، وبين الأثر المعفى من الإلتزام[4]، إلا أنه يسلط الضوء على ذلك التميز المنبثق من منح فكرة "المهلة المحددة" في بعض العقود صفة الإلزامية لهدف معين، كأن يكون وسيلة لحماية الموجب إليه، بإعتبـاره مـستهلكا، أوأنه يتعلق بوسيلة لمراقبة وضع العقد ووقايته، ففي الحالة الأولى يولي المشرع أهمية للبقاء على الإيجاب خلال أجل محدد، مثلما هو الحال في عقود القرض العقاري وتقنيات الإئتمان فيه، التي تتميز بتعقيد آلياتها وضخامة المبالغ المعتمدة فيها، والتي تقل عن باقي عمليات القروض الأخرى[5].

---

[1] جاء تعريف الأستاذ السنهوري مضيفا لصفة الإحتكار التي تلحق ببعض الشركات التي تصدر خدمات ضرورية (الغـاز، النقل، كالمرافق العامة للدولة، البريد ، الهاتف، وغيرها) , يكون العرض في عقود مطبوعة مسبقا- وكذلك التأمين.

[2] وهذا من خلال المواد (61) إلى (65)، بشأن إيجاب يقترن بأجل، وإيجاب صادر في مجلـس العقـد، وحـالات سـقوط الإيجاب...وغيرها.

[3] وهذا بالنسبة لما ورد في المادة (63) ق م ج : " إذا عين أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هـذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

- أنظر بالمقارنة، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 40 وما يليها. وكذلك محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص. 104 و 105 رقم 87 و 88 وخاصة 89.

[4] حيث جاء في المادة 64: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإنه يتحلـل مـن إيجابه، إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر عن طريق الهاتف أو بأي طريـق مماثـل، غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجاب في الفتـرة مـا بـين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".

[5] وهذا تفرقة عن القرض الإستهلاكي، الذي يؤكد فيه المشرع عادة على تأسيس عروض هذا القرض للرغبات المـشروعة المستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق (المقابل للإيجاب)، وطبيعة ومضمون ومدة الإلتزام، وهنا إشارة لمختلف عـدد الإلتزامات المتنوعة، والتي تكون ما قبل تعاقدية وكذلك آجال تسديده...و غير ذلك، أنظر المادة 20 من قانون (03/09).

- كما أن المشرع الفرنسي، في شأن فكرة المهلة في القرض واضحة،والمادة : 1/5 من القانون 10 جانفي 1978 تنص: " وصول الإيجاب يلزم المقرض بالحفاظ على الشروط التي يبينها خلال مهلة دنيا لـ(14) يوم من تاريخ إصداره" ، وهونص يخص إعلام المستهلكين وحمايتهم في مجال بعض عمليات، وهناك المادة (7) من قانون 13 مارس (1979) حول القـرض العقاري، " يلزم وصول الإيجاب المقترض بالحفاظ على الشروط التي يبينها خلال مهلة (30)يوم إعتبارا من تسلمه من قبل المقترض".

- لمزيد من التفصيل أنظر، محمد بودالي، حماية المستهلك . دار الكتاب الحديث، 2006. ص ص. 602 وما يليها.

ولم يعد هذا يرتبط بالصورة التقليدية لعقد الإذعان، وإنما أصبحت هناك نماذج حديثة تحكمت فيها السياسة الاقتصادية الجديدة خارج إطار تدخل الدولة، وتماشيا مع تنامي[1] فكرة اقتراح العقد (forçage contractuel)، وبهذا يظهر للمشرع ضرورة إشتراط صفة " المحترف" لتمكين طرف آخر وهو المستهلك من إستحقاق حماية خاصة، لأنه يتصف بالضعف إقتصاديا[2]، ولعل الأمر يزداد صعوبة في المبادلات الإلكترونية.

على مستوى ثان هناك التفاوض، والذي وإن لم يكن موضوع حكم خاص في إطار القانون المدني، فهذا لا يلغي عنه نظامه القانوني، وكذلك أهميته الخاصة بالنسبة للعقود الثقيلة وحتى المركبة[3]، بإعتبارها تتطلب -على نحو متفاوت- عقود مفاوضات، وهي عقود تبنى خصيصا على **قاعدتين**: فمن جهة هناك سند تعاقدي للتعامل، ويستند على مبدأ حسن النية[4]، والحفاظ على ما يتوصل إليه كل واحد فيها من أسرار خلال تلك الفترة حيث يسعى الطرف الآخر إلى إبقائها خفية عن العموم، بصورة تعسفية أو التقصير في إتمامها على أساس المسؤولية على المخاطر الإلتزامية [5](risques obligationnels)، لأن التطور الذي آل إليه

---

[1] راجع ما تم تفصيله سابقا بشأن أنواع العقود، المفروضة، المراقبة، وغيرها (المطلب السابق) .

[2] أنظر مثلا في تخصيص المشرع في المادة (1/3) من قانون (04-02) حول تعريف (العون الإقتصادي بأنه كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية ، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

[3] ويقصد بها تلك العقود التي تتألف من عدة عقود أو عمليات خاصة تترابط فيما بينها وتتكامل لتحقيق عملية واحدة (contrats complexes)، عكس العقود البسيطة، أنظر ما سيأتي تفصيله لاحقا في المبحث الأخير من هذا البحث.
Ainsi pour plus de détaisl , Voir Ghestin (J), Traite, Op, cit, p.47, et Terré (F), Simler (Ph),op,cit, pp. 65 et ss .

[4] أنظر جاك غيستان المطول، مرجع سابق. رقم ، 330 وما يليها. ص ص .332 وما يليها، ولعل ما يفسر إدماج مبدأ حسن النية، محاولة إسناد المسؤولية عن قطع المفاوضات على إستعمال الحق الذي يستدعي نية الضرر وإنما سوء النية، وبالتالي قبول فكرة الخطأ العادي، وسوء النية يرتكز على الدخول في المفاوضات دون أن تكون هناك نية جدية للتعاقد أو تمديدها مع أنه ليست هناك نية التعاقد، أو قطعها دون سبب مشروع وفجأة ومن جانب واحد، وعموما كل إنهاء للمفاوضات في ظروف مضرة،

- أنظر مثلا ما جاء في نقض حكم محكمة إستئناف (Rein) التي حكمت بإدانة من العطل والضرر، بدون أن تشير من قبل المدعى عليه، إلى إرادة الضرر بمتابعة المفاوضات للطرف الآخر، أو أن المدعى عليه تصرف عن حسن نية خلال مجرى هذه المفاوضة.

- Bultt. Civ (I) n °22. p.98 .Défrénois . 1977. Art (31343). P .389.n °5 en note de Laubert (J).
-Voir. Arr. ch. Com. Dec. Cass .20/02/1972. juris classeur, 1973 (II), 17543. Notes. Schmidt (J).

[5] لأن المسألة ترتبط بالقاعدة العامة التي أصبغت الطابع التقصيري على هذه المسؤولية، وهذا طبيعي ما دامت المفاوضات مرحلة غير تعاقدية، لكننا حاولنا التأكيد على الطابع الخاص الذي يتميز به التفاوض خاصة مع الممارسة، والذي أظهر فيه مسؤولية ما قبل تعاقدية.

التفاوض مع تنوع العقود، أظهره من مجرد مرحلة ما قبل تعاقدية إلى نظام قائم بذاته ومستقل له قواعـده وآثاره.

ولعل الأهمية ترجع على نحو متفاوت إلى المركز الذي يحتله التفاوض[1]، ففي الصفقات العموميـة، بوصفها عقودا[2] أو العقود الثقيلة ذات الإعتبارات الماليـة (financieres)، أو التقنيـة أوالتكنولوجيـة أو الاقتصادية، من حيث نطاقها المركب والمعقد، فلولا أهمية عقود ترتكز على رؤوس أموال ووسائل إنتـاج ضخمين، لما تطلب الأمر عادة تحديد إطار موضوعي في المفاوضات، كما هو الحال بالنـسبة لعـروض الإيجاب التي تتوقف على شكليات معينة (دفتر الـشروط) (cahier de charges)، وآجـال وأشـخاص معينين للتوجه إليهم بها , كما أن عقودا ذات عمليات متنوعة، كعقود المقاولة من الباطن لأعمال الإنتاج أو الخدمات[3] أو عقود الإمتياز التجاري[4]، أو عقد الرخصة[5]، من العقـود المتطـورة التـي تتطلـب بـشأنها مفاوضات مكثفة تتأثرغالبا بعاملي الدقة والوقت، ولهذا يتم إحاطتها بأنظمة خاصة، كأن يتم إشـتراط عقـد

---

[1] إذ أن المبدأ العام يقضي بأن التفاوض مسألة مختارة في عقد ثنائي من جراء تصرف إرادي، حيث يقوم علـى التبـادل والأخذ والعطاء، وبسبب النتيجة الإحتمالية كان مبدأ الحرية التعاقدية الذي يسود يدخل الأطراف في وضع غير مريح لوزن مصالحهما في إبرام العقد وتحديد مضمونه، لكن كما ضاقت هذه الحرية دخلت في مجال عقود الإذعان والعقـود النموذجيـة التي لا تتطلب التفاوض، لمزيد من التفصيل، أنظر رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، كلية الحقـوق , القاهرة، دكتوراه، 2000، ص ص ,177 وما يليها ، جاك غيستان، المطول، مرجع سابق، ص ص , 330-332، وكـذلك أيمن سعد سليم، العقود النموذجية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص ص.22-23 .

[2] مثلما جاء في هذا السياق النص في المرسوم الرئاسي (02-250) المتضمن تنظيم الصفقات في المادة (111) : " إذا تبين أنه يترتب على منح المشروع هيمنة المتعامل المقبول على السوق أو يتسبب ذلك في إختلال المنافسة في القطاع المعني، بأي طريقة كانت، ويجب أن يتبين في هذا الحالة حق رفض عرض من هذا النوع حسب الأصول، في دفتر شـروط المناقـصة، وذلك رفضا للعرض المقبول من طرف لجنة العروض في حالات معينة، كما أن المادة 3/111 تنص: " إذا تبين أن العرض الأقل ثمنا، المقبول مؤقتا، منخفض إلى درجة تبدو غير عادية، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن ترفض العرض بمقرر معلل بعد أن تطلب كتابيا التوضيحات التي تراها مفيدة وتدقق في المبررات المقدمة، وتضيف المادة 02 مكرر من المرسوم الرئاسي (08-338): " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي الصفقات العموميـة الخاضـعة لأحكام هذا المرسوم ومبادىء حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات.

[3] هو العقد الذي يقوم بمقتضاه مقاول بإسناد مهمة تنفيذ كل أو جزء من أعمال الإنتاج أو الخدمات إلى مقاول آخر، ويظـل مسؤولا عن التنفيذ أمام رب العمل، وقد نص عليه المشرع الجزائري من المواد (564-565) ق م ج .

[4] هو عقد يمنح فيه صاحب علامة تجارية تعهدا بعدم بيع منتوج ما في إقليم معين إلا للمتعاقد الآخر، وفي المقابـل يلتـزم الأخير بتوزيع المنتوجات الأول مع إحترام السياسية التجارية المحددة بواسطة مانح الإمتياز

[5] هو عقد يسمح أو يجيز فيه أحد المنتجين أو أحد التجار إلى تاجر آخر، حق إستخدام طرق البيع ووسائل الخدمة المقدمـة بواسطة مانع الإذن أو المجيز.

تفاوض[1]، أو عقد فيه دعوة للتعاقد، أو إشتراط وثائق ومستندات سرية ومهنية[2]، أو تنظيم التفـاوض عـن طريق عقد إطار[3]، أو "الإتفاقات المبدئية[4]، أو عقود الشرف"[5]، أو رسـائل النوايـا"[6]، أو حتـى الإتفاقـات المؤقتة[7]، وكلها مظاهر قاعدية أخرجت إلى الواقع النظام القانوني للمفاوضات أثر على عقد قانون متفاوض عليه إلى قانون مفروض[8].

وإذا أردنا معرفته تعين التمييز بين وضعيتين للمفاوضات، **إحداهما** تطرح مسائل خلال التفـاوض تنتهي إلى إبرام العقد وتتحدد فيها العناصر الأساسية للعقد، و**الأخرى** تبدأ بطرح وعرض ولا تـؤدي إلـى عقد، وهي وضعية ذات حساسية بالنظر للآثار الإستثنائية المترتبة عنها، لأنه إنبثق عنهـا قاعـدة حكميـة جديدة مفادها "أن مجرد الدخول في مفاوضات ينشئ وضعا خاصا بين الأطراف، إذ لا يعتبر أحدهما مـن الغير بالنسبة للآخر، لأنه يحمِله إلتزامات خاصة[9]، وهي إلتزامات فرضت بحسن نية، و أي إخـلال بهـا يوقع أصحابها في تبعة مسؤولية ما قبل تعاقدية، يكون سببها ثلاثة (3) أسس ذات طابع أخلاقـي أو فنـي أوعملي . فقد يتعلق الأمر بخطأ لإغفال تقديم المعلومات omission d'information[10] يرتب عنه إخلالا

---

[1] هي عقود سابقة للتعاقد، بعضها يتناول تعهدا مؤقتا مثل مذكرة تغطية سابقة لتحرير وثيقة التأمين، أو عمل تحت التجربـة أو مفاوضة خلال إتفاقات صناعية.

[2] وتخصها إتفاقيات حول كشف السر أو الحفاظ عليه بالنسبة إلى إيصال المهارة (Savoir faire) – (Know-how) وعادة ما نجدها في عقود نقل التكنولوجيا، التي يكون موضوعها، نقل المعرفة الفنية التي يحوزها إلى آخر على أن يدفع مقابل لذلك مع بقاء المورد على إلتزامه بتقديم المساعدة الفنية إلى الملتقى، وأن يقدم إليه المشورة عند الإقتضاء، وخطورة التفاوض هنا، هو إمكان إفشاء هذه الأسرار أو إستغلالها عند فشل التفاوض .

[3] هو عقد يعد ويهيء لقيام عقود التنفيذ محلها يمتد إلى تحديد الطرق أو المواصفات المادية لإبرام عقـود التنفيـذ، خاصـة بالنسبة لعقود مساعدة وتوريد طويلة الأجل.

[4] عقد الإتفاق بحسن نية لإبرام عقد ثان لم تحدد بعد شروطه الأساسية أو الثانوية من أجل إمكان إستئنافها.

[5] عقد الشرف، هو إتفاق لإظهار إرادة جدية في المفاوضات في إطار العقود الكبرى، (التوريد، الإنشاء وتجميع المؤسسات).

[6] وهي مستندات تتضمن إلتزامات الأطراف، ودورهما، والآجال وغيرها للتحضير لعقود مستقبلية .

[7] الإتفاق المؤقت، هي محدود بفترة إجراء المحادثات لإنشاء إلتزامات خلال المفاوضات، كذلك إيقاف على مـنح مكافـأة دراسات أولية، أو التزام بكلمات السر أو إفشائه....إلخ .

[8] - Gérard (Ph) Fost et M. Van de kerihove (Dir). droit négocié, droit imposé ?. Pub des facultés universitaires, Saint Louis. Bruxelles, 1996.

[9] - Mazeaud (J) : traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle, éd, Montchrestien, Paris, 1965, pp.11 et 12-voir aussi ghestin (J), (Traité, op, cit, n° 331 ;

وكذلك رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص ص 198 وما يليها

ونحن نؤكد على غياب أي أثر قانوني على قطع المفاوضات كأصل عام، ولكل من الطرفين العدول عن إتمام الصفقة بغيـر مسؤولية،

[10] أنظر نصيرة بوجمعة السعدي . عقود نقـل التكنولوجيـا فـي مجـال التبـادل الـدولي، دكتـوراه، كليـة الحقـوق الإسكندرية.1987، ص ص 122- 126.

بالإلتزام بالنصيحة، أو الإعلام ما قبل التعاقدي المكرسين بنص خاص، وقد يكون نتيجـة إسـتخدام غيـر مشروع للمعرفة الفنية[1]، بسبب الإعتماد على إتفاق تبادل المعلومات السرية"، والذي يعد إتفاقا صريحا، أو يقوم على التعسف في قطع المباحثات التعاقدية (Rupture abusive des pourparlers)، التي تـستند إلى أسباب تحكمية وشخصية[2]، و الذي يعد من العوامل المرتبة للمسؤولية، خاصـة وأن مـصدرها هـذه المرة سلوكات- وإن كانت ما قبل تعاقدية- فهي ذات مضمون إلتزامي تقوم على القيم الأخلاقية وضرورة الوفاء بالعهد، وسيكون من الممكن في نظرنا فرض جزاء على أساس الإلتزام بحسن نية كمبدأ عـام فـي المعاملات وليس العقود بالضرورة، وحتى لو برر الأمر بالجانب التقصيري لأعمال التعسف في إسـتعمال الحق في هذا السياق، أمكننا الإعتراف بالأثر الممتد لهذه النظرية خارج حكم **المادة 124 مكـرر** بواسـطة مخرج المبدأ العام للقانون[3].

يمكننا عندئذ القول بأن عناصر كتلك التالي أصبح يحتكرها محـل المعـاملات التعاقديـة (سـلع- خدمات-تكنولوجيا...وغيرها) ودافعا للمعاملة يتميز بالتنوع إلى حد المطالبة بمعرفة سبب الإسـتفادة مـن الخدمة أو السلعة؟، وتعقد المصالح بين الفاعلين الإقتصاديين الذين تجاوزوا صفة دائن ومدين، ساعد علـى توجيهه في الكثير من الأحيان إدماج دور الدولة وأخرج العلاقة من مجرد عقـد إلـى علاقـة إلتزاميـة (rapport obligataire) لتنظيم السوق على نحو معين، حتى بتلك الأدوات الكلاسيكية في القانون المدني، ولعل هذا يفسره التطور إلى سلوكات ما قبل تعاقدية أو أثناء تعاقدية ذات آثارا إلزامية.

ثانيا: تجديد التراتبية القانونية في قانون العقود

عندما أصبح الفقه المعاصر يبحث في إشكالية "مستقبل العقد؟[4] فهذا لم يكن بغير دافـع ولا بغيـر جدوى، فالمسألة بدأت "بأزمة" عقدية لا يمكن لأي قانوني إنكارها، خاصة ونحـن نـصادف وضـعيات نتساءل فيها مرة: على أي علاقة يطبق قانون العقود؟ وعلى أيها لا يطبق؟، هل هذه المعاملة تشكل عقدا أم لا ؟، هل يرتب إلتزاما تعاقديا؟ أم أن هناك إلتزاما خارج العقد؟.

---

[1] Burst (J.J). Les problèmes juridiques posés par la garantie de resultat et la communication du (kow-how) indépendamment de l'équipement, in « garanties de resultat et tansfert de technique ». Faculté de Montpellier, 1971

[2] لأنه إذا كان لأسباب إقتصادية، فلن يحدث أي إشكال في قطع المفاوضات، أنظر كذلك، خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة، دون سنة، ص ص 148-152.

[3] هذا وسيتم معرفة تفصيله لاحقا في الباب 2

قارن مع ما ورد في رسالة، رجب كريم عبد الاله ، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص ص (46-254)

-Voir Guido (Alpa).les nouveaux frontières du droit des contrats. in « mélanges, de (J) Ghestin ». L.G.D.J. Paris, 2001, PP 13 et 14. et (Jean -Louis), nouvelle moralité contractuelle en droit civil. Québéques .in Mélanges de Ghestin (J), L.G.D.J. Paris 2001, p. 34-35.

[4] Comp. Ce qui a été discuter au sein du colloque établi au profit du débat et qui a été consacré pour la crise du contrat, (Christoph .Jamin).

وإذا كان العقد وما زال لمدة طويلة مؤسسة قانونية، فقد إندمج معه وصف "الصيغة" المتعددة الأوجه للبنية الإجتماعية القائمة، بسبب غزو العقد للمتغيرات الإجتماعية والإقتصادية للجماعات والأفراد، الأمر الذي جدد معه بنيته الهيكلية على مختلف الأصعدة، ولعل البداية ستكون على مستوى تنامي الحركة التعاقدية نوع معه آليات وتقنيات تنظيم العقود، وطرح معه دور تدخل الدولة في "التنظيم الخاص للعلاقات التعاقدية، وما إذا كان المتعاقد اليوم سيصبح خاضعا للإرادة العامة للقانون أم يبقى منضما لمجال العلاقات الخاصة؟، فإذا تعلق الأمر بالعقود العامة فهي مظهر مفضل لدى السلطات العمومية لإنفاذ سياستها العامة، وهو ما تبرزه علاقات الدولة مع الجماعات المحلية والإقليمية (عقود تسيير الأسواق[1]، عقود التصاميم[2]، عقود تأجير الأمن أو مع المؤسسات التعليمية أو الإقتصادية، وكذلك إتفاقات التأطير والإشراف على الرسائل الأكاديمية[3])، أو مثلما يتم من تعاقد بين الدولة وكيانات خاصة في إطار مساعدات أو إعانات تعاقدية[4]، وكذلك عقود إستغلال أو بحوث علمية في مجال الطاقة[5]، أو حتى إتفاقات نموذجية في مجال تأمينات المرض ونقابات مهنية (الأطباء-الصحافيين....)[6]، وميزتها أنها تشكل مجالا خلق صورة هجينة

---

[1] أنظر على سبيل المثال، المرسوم التنفيذي (09-182) المؤرخ في12 ماي 2009 المحدد لشروط وكيفيات إنشاء وتهيئة الفضاءات التجارية، وممارسة بعض الأنشطة التجارية .ج ر. 30 لـ 2009/05/30)، خاصة فيما يتعلق بالمواد، 13-14 و15 من نفس المرسوم.

[2] أنظر للمادتين 10 من المرسوم التشريعي (03/93) والمادة (3 و7) من المرسوم (94-58)، ومن خلالها وعلى شاكلة القانون الفرنسي، يظهر في إتفاقات التصميم والمقايسات الوصفية للعقارات أنها تعتبر وثائق ومستندات ذات صبغة تعاقدية من شأنها أن تحقق الإلتزام بالإعلام القانوني والخاص، حتى أن القانون الفرنسي يصفها بالوثائق المرجعية وكذلك الملاحق الإجبارية.

[3] Voir Magnin (François). La sécurité financière de l'acquéreur de logement sous forme de vente d'immeuble. Petit. aff. 1997. p.3.

[4] وهذا ما توفره على سبيل المثال مكاتب الإستشارات القانونية بالتعاقد مع المؤسسات الوطنية (في مجال الطاقة-البناء) وهي ذات وظيفة حصرية بكفاءات خاصة.

أنظر للمادة (25) من المرسوم التشريعي 94- 09، المؤرخ في 20 ماي 1994 المتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأجزاء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية (ج. ر 34) (1994/06/01) في إطار سياسة الحفاظ على الشغل ولجوء المستخدمين إلى طلب المساعدات العمومية لتجنب تخفيض عدد العمال وإعانة التمويل والتكوين، وترقية الشغل التمويل الإستثمارات وإنشاء نشاطات جديدة.

[5] Voir le guide d'investir en Algerie. Ed. 2011.

[6] أنظر في هذا الشأن كذلك، المادة (5) فقرة (5) من المرسوم التنفيذي رقم 08-140 المؤرخ في 10 ماي 2008، المحدد للنظام النوعي لعلاقات العمل المتعلقة بالصحافيين، وكذلك المواد، 1 5 ، 6، 7، 8 و 11 من المرسوم التشريعي رقم 94-11 المؤرخ في 26 ماي 1994 والمعدل والمتمم بقانون (98-07) المؤرخ في 2 أوت 1998 (ج.ر.57 لـ 1998/05/05) الذي يحدث التأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب إقتصادية، وكيف أن المشرع إستحدث إتفاقات إضافية في نظام تأمينات العمال.

(image hybride) بين العقد والتنظيم، من خلال خضوعها لمبدأ التفاوض تـارة، وأشـكالا قانونيـة أو إجراءات معينة تارة أخرى.

ينطبق ذلك على العقود الخاصة، وعوضا عن الحديث عن تكييف يعود دوره إلى الإرادة الفرديـة، فإن دور كل من القاضي والمشرع في هذه العملية مهم، خاصة بالنظر لما هو داخل الفئات التعاقدية، فقـد كان للمشرع أن إعتاد على تعداد عقود مسماة وتقرير أحكامها حتى بالنسبة لتلك العقود الجديدة، كما هـو الشأن بالنسبة لعقد التسيير[1]، وعقد تحويل الفاتورة[2]، وعقد البيع بالتصاميم[3].

فإننا نجد بعض المعاملات التي يلجأ فيها القاضي بالضرورة إلى تبيان طبيعة التعامل على ضـوء التمسك بالأوصاف القانونية المقررة لكل صنف، لولا أنه في نفس الوقت يمكن أن يشكل تداخل أوضاع أو شروط أو صفات معينة في عقود معروفة سببا في تغيير وصف العقد ذاته، كما لو أبرم عقد إيجـار لكـن يستند إلى شرط رخصة أو إمتياز يغير من وصفه[4]، أو نقل مجاني يستفيد منه مستخدمون بمناسـبة عقـد عمل، وهو إتفاق بلا عوض، مما يثير بشأنه مدى تبعيته للعقد الأصلي، و كذلك إثـارة المـسؤولية عـن الإخلال بالإلتزام بالسلامة[5]، أو ترتيب المسؤولية العقدية بمناسبة إستخدام بطاقـات الإعتمـاد (Carte de credit) [6]، التي يستشكل فيها تحديد طبيعة عمليتها لأن المتعامل بصدد ثلاثة عقود: بين البنك والتاجر من

---

[1] وقد إستحدث عقد التسيير بموجب قانون (89-01) المؤرخ في 1989/02/07 في الفصل الأول مكرر، حتى عرفته المادة (1)، بأنه العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها، يسمى مسيرا، إزاء مؤسسة عمومية إقتصادية أو شركة مختلطة الإقتصادية، بتسيير كل أملاكها أو بعضها، بإسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليهـا علامتـه حـسب مقاييـسه ومعاييره، ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع.

[2] نص عليه القانون التجاري في المادة (543) مكرر (14): العقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى "وسيط" محل زبونها المسمى المنتمي" عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج في عقد، وتتكفل بتبعة عدم التسديد، وذلك مقابل أجر. و لمزيد من التفصيل، أنظر، محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة ماجستير ، كلية الحقوق، الجزائر. 2001

[3] أنظر فيما تقرر عرضه في كل من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري والمؤرخ فـي (1993/03/01)، وكذلك المرسوم 94-58، المؤرخ في 1994/07، المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

وراجع المادة (8 و 9) من المرسوم التشريعي المذكور أعلاه والتي لم يقم فيها المشرع بتعريف العقد، أكثـر ممـا أعطـى أركانه ومضمونه، ولمزيد من التفصيل راجع النظام القانوني، في بيع العقار بناء على التصاميم فـي القـانون الجزائـري، ماجستير - كلية الحقوق- الجزائر. 2006

[4] أنظر مثلا قرار المحكمة العليا، غ، التجارية والبحريـة (2008/08/28) قـضية 275486 م، ق، 1/2002، ص 229، (أبطل فيه قرار مجلس القضاء البويرة): " حيث أن تكييف قضاة الموضوع لعقد الإيجار الذي يتضمن شرط إمتيـاز يخـول الطاعن حق الفسخ لعدم دفع الإيجار عادي يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون لأن مثل هذا الشرط يخرج العقد من نطـاق تطبيق مقتضيات القانون التجاري عليه"

[5] راجع، بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن ، مرجع سابق، ص ص.393 وما يليها.

[6] وهي آلية حتى ولو التفت إليها النظام الصرفي في الجزائر، إنما سيادة مبدأ التعامل النقدي ومحدودية التقنيات والآليـات المستعملة هي التي لم تسمح بتطوره، لمزيد من التفصيل، راجع بودالي محمد، مرجع سابق، ص ص .566-570.

جهة، ثم البنك وعميله من جهة ثانية، وكذلك أداء الخدمة ثالثا، وكيف أنها أداة وفاء يتدخل معهـا إسـتثناء الأجل أو المهلة في الوقت نفسه.

كما للقضاء دور آخر، قد يغير من تراتيبة العقد إزاء الإرادة التعاقدية، كما هو الشأن بالنسبة: للوعد بالتعاقد[1] المادة **71** ق م، أو العقد المقترن والقائم على عربون[2]، (المادة 72 مكـرر مـن ق.م) أو كـذلك (عقود-إطار)، والعقود التمهيدية أو التحضيرية في عقود معينة[3]، فهو يحقق الصورة التي وصفها الفقه بـ "العقود المبرمة قضائيا (contrats juridictionalisables)، وهي العقود التي تمثل معاملات[4] مـصادق عليها (homologuées) بواسطة إجراءات قضائية أو حتى تحكيمية، وبهذا تكون مثـل هـذه الأطـراف المعنية قد تدخلت في تجديد أساس العقود على نحو ذاب معه الفاصل بين ما هو عام وخاص، فهل بقي من فاصل بين عقد إرادي وعقد قانوني؟.

---

[1] فالوعد بالتعاقد، طبقا لنص م (71) " إتفاق مستقبلي على إبرام عقد لا يكون له أثر إلا بتعيين جميع المـسائل الجوهريـة للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها" ، تأتي المادة (72) في مسألة أثر التراجع أو العدول عن الوعـد المقتـرن بشكل معين (يقصد به الوعد بالتعاقد على عقار أو كل وعد يشترط فيه الرسمية) لتقرر قيام الحكم مقام العقد وهذا بالذات ما يقصد به العقد المبرم قضائيا، وكأن إرادة القاضي أكملته، وفي هذا الصدد جاء قرار المجلس الأعلـى فـي 1982/07/07 (قرار 25699) وكذلك قرار (1993/12/22) (قرار 106776)، وقرار (1996/04/17) (1996)، ع 1. ص.99-100-101 و 102: "ومتى ثبت في قضية الحال إنعدام وجود وعد رسمي لبيع الفيلا، ورفض البائع التوجه أمام الموثـق لتوثيـق البيع العرفي، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض، كأثر قانوني لعدم تنفيذ، إلتزام قانوني، لا تتوفر فيه الشكلية القانونية وإن إستجابة القضاة لمطلبها وإصار حكم يقوم مقام العقد العرفي يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون ، (وفهم إجتهادات المحكمة العليا) " ، لمزيد من التفصيل، محمد صبري السعدي مرجع سابق، ص ص 136 وما يليها.

[2] قارن في هذا الشأن، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني العقود المسماة، 1990، ص ص 77 ومـا يليهـا، ورمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص 104.

[3] على حد تعبير الأستاذ (Ghestin)." يشكل هذا العقد في الحقيقة وعدا حاسما ومقبولا بالبيع من مكتسب الملكيـة، وفـي قرار محكمة النقض الفرنسية لغرفتها المدنية (3) في 1978. إذا كان الأمر يتعلق " بعقد على نوع خاص، فهـو فـي كـل الأحوال ملزم للطرفين بشكل أساسي يتضمن إلتزامات متبادلة يتعهد فيه البائع مقابل إيداع ضـمان بـأن يحفـظ للمـشتري المحتمل عقار او قسما منه..." .

Cour.cass (3ème ch.civ-27/11/1975. D.1975.P97.note Franck.

[4] ننعته بالمعاملات لأن الأصل في العقود إبرامها بإرادة المتعاقدين وكل ما يخرج عنها يعتبر معاملة (معاملة بيع- معاملـة إيجار) وهذا بالنسبة لنا ما يقوم به القضاء في هذه الحالة، " يقوم مقام العقد" .

-Cf Ghestin(J). Traité .op.cit.n°339 et ss. Et Dutilleul (F.C) « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique? "La nouvelle crise du contrat" acte du coll. Lille (2), Dalloz. Paris. 2003, P 230, et Desdevises (Y), les transactions homologuèes, vers les contrats juridicionalisables ? .D.2000. Chron. p.284. voir à titre d'exemple, loi n°99-957, du 22/11/1999 sur les transactions à titre exécutoires, ainsi que l'une des applications des juridictions : arr, C.cass du 1er (civ), 3/05/2000, Bull. av- (F). n° 130.

ولعل ما زاد في تعميق فهم هذا الأساس، مركز العقد بين إزدواجية داخلية يتأثر بها، وأخرجه من التأصيل التقليدي إلى طبيعة مزدوجة الأرضية، تتقاسمها كل من النظرة الشخصية (الذاتية) والموضوعية للعقد، فلا الإرادة يمكن تجاهلها كسلطة منشئة في النظام القانوني الوضعي[1]، ولا الظروف والعناصر الخارجية يمكن إستبعادها كوضعية جديدة للعقود المعاصرة، فكان من اللزوم الإعتراف بنوعية دورهما ومعا، ولعل إحياء فكرة "**المصلحة**"، وكيف أن العقد كأداة لتحقيق مصالح الأطراف فيه قاعدة من الموضوعية لولا أن منطلقه شخصي لأنه يتعلق بالأطراف[2]، كما أن إعتبارات وأركان عقد الإذعان تبدأ بتبرير موضوعي ولكن تنفيذه وإشكالاته تخضع لتقدير ذاتي، مثلما هو الشأن بالنسبة لآلية تفسير الشك لصالح المدين[3]، وكذلك مفهوم النظام العام الحمائي الذي وجد أساسه، وأهدافه وأحكامه من التقدير الذاتي[4].

فضلا عن ذلك، فخضوع العلاقة التعاقدية لقانون متعدد السلوكات (multidisciplinaire)[5]، إنبثق عنه تصفية واضحة بين مراكز "المبدأ"، "القيمة" و "المصدر" وغيرها، حيث لم يعد مثلا " مبدأ " حسن النية حكرا على قانون العقود، بقدرما إمتد إلى القانون الضريبي، القوانين الإجتماعية، وغيرها، كما أن العلاقة بين المتعاقدين في إطار قانون المنافسة، لا تتعلق فقط بـ "الحرية التعاقدية" كقاعدة في القانون المدني، وإنما أصل يرتكز على أول تطبيق لها، وهو حرية الصناعة والتجارة"[6]، التي ساعدت على تقديم مرجعية لقواعد التفاوض وإرادة الأطراف[7]، وحظر كل تجاوز في تخفيض أو رفع الأسعار[8].

---

[1] rapport. Ancel (P), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat. RTD. Civ. 1999. PP. L771 et ss . et Terre (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), les obligations, op.cit. p.25.

[2] أنظر ما سيأتي تفصيله في موضوع " المصلحة " في إطار المحور المتعلق بالتوازن في المبحث اللاحق من الفصل اللاحق.

[3] أنظر المادة (1/112) من ق م ج .

[4] Cf. Terre (F), rapport introductif, « ordre public à la fin du (XX°) siècle », Dalloz, « thèmes et commentaires.., 1994. p.4.dans ce sens l'auteur rendais à l'ordre public sous rôle à remplisser, mais principalement afin d'assurer le plein exercice de la liberté contractuelle ».

- أنظر المزيد من المقارنة مع عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الإلتزامات، ماجستير ...كلية الحقوق . الجزائر 2005.

[5] Comp. Savaux (Eric), la théorie générale du contrat, myth ou réalité ? , (Préf) Lambert (J-L) .L.G.D.J 1997.

[6] المنصوص عليه في المادة 37 من الدستور الجزائري المعدل في 1996/11/22.

[7] راجع المادة 4 قانون المنافسة . 2003 والمعدل في 2008.

[8] راجع المادة 12 من نفس القانون المذكور أعلاه، والمواد من 5 وما يليها من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

كما أن إعادة إرساء مبدأ "المساواة التعاقدية بين الأطراف"، أظهرها التأكيد القانوني على ضـرورة شفافية الممارسات[1]، وحظر التعسف في الهيمنة الإقتصادية[2]، أو إستغلال التبعية[3]، أو الأكثر عموما، تحويل السوق مجالا متجانسا للتعاقد، رفع العقد إلى مستوى قانونية وأخلاقية حياة الأعمال ليتساوى أو على الأقـل يتناسب والأحكام العامة، المشتركة أو الخاصة للعقود.

وأخيرا من الأهمية بمكان الإستناد إلى مرجعية أساسية تقوم عليها فكرة تجديد التراتبية القانونية في نظرية العقد"، والتي تتعلق بفكرة إستقلالية قانون العقود كأثر ناتج عن إستقلال الإرادة وسلطانها[4]، والتـي راحت تمسها في البداية ظاهرة "إدخال القواعد الآمرة"، لولا أن تنامي العقود وتطورها لـم يعـد يتناسـب والمغالاة في تقديس الإرادة، الأمر الذي أثر على مصادر العقود وأولوياتها وأهدافها، فالتحديـد الإنفـرادي للسعر، أصبح إطارا جد ثري للعديد من الحلول والإلتزامات، كما هو الشأن بالنسبة لقاعدة "تقدير الثمن في عقد البيع"، المنبثقة عن قانون العقود، وتقدير حرية التعاقد إزاءها بشأن الإتفاق عليه (المـادة **356** ق م ج)، وإلا يتم تجنب خطر البطلان عن طريق اللجوء إلى السعر المتداول والمتعامل بـه (المـادة **357** ق م ج)، ولكن الأمر لم يبق على حاله، لأنهـا إقتحمـت إطـار العلاقـات غيـر المتكافئـة أو علاقـة التبعيـة الإقتصادية....وغيرها، لتخرج قواعد أخرى تتعلق بحرية الأسعار[5]، وتلتها مباشرة ، حماية أحد المتعاقدين من أي تعسف إرادي في إطار الممارسات غير النزيهة للتجارة[6]، أو الإلمام بحالة من الحالات الإسـتثنائية التي تؤثر على التوازن الاقتصادي[7]، كما هو الحال في مسألة إعادة التفاوض على السعر، و لـو بالنـسبة للعقود العامة في (مجال الصفقات).

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن التغيير في المفاهيم المرتبطة بالعقد

لما درست وضعية العقد المعاصرة، وتبين ذلك التغير المنهجي والموضوعي والشكلي، فهذا لم يكن تغييرا للإلغاء والإنقلاب على الأوضاع القائمة، بقدر ما كان تجديدا لروح العلاقات التعاقدية، حتى أن أثرها إمتد إلى الأحكام الكلاسيكية وأدخلها في تنافس قاعدي أبرز مكنة الخيار لدى المتعاقدين والغير، (**أولا**)، لكن على تعدد مصادر هذا التنافس ومرجعياته، أصبح ينظر للعقد في نطاقه الشخـصي (ration personae)

---

[1] لقد خصص باب بأكمله لأحكام وقواعد شفافية الممارسات التجارية، في إطار القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقـة على الممارسات التجارية.

[2] راجع المادة 7 من قانون 03-03 والمعدل بقانون 08-12 المتعلق بالمنافسة.

[3] وكذلك المادة 11 من نفس القانون المذكور أعلاه.

[4] أنظر ما سيأتي تفصيله في المبحث الأخير من بحثنا.

[5] راجع المادة 04 من قانون 03-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم (08-12) المتعلق بالمنافسة.

[6] راجع المواد 6 و 12 من القانون المذكور أعلاه.

[7] راجع المادة 5 من قانون المنافسة في فقرتها الثانية و 13.

من منطلق قيام علاقة بين أطراف معينة بالعقد (les parties concernées par le contrat): متعاقدين أصلا، مشرع، وقاضي، بدلا من إحتكار حصري للمتعاقدين بالدرجة الأولى وترك الباقي في المستوى الثاني ولمخطط آخر، أصبح هؤلاء في وصل ممتد، تتجانس فيه أدوار كل واحد منها لهدف واحد، حتى ولو إختلفت المعايير والوسائل أو الآليات (**ثانيا**).

أولا: إنشاء جو تنافسي في الأنظمة القانونية

بالاستناد إلى البعد المؤسساتي للأمن القانوني للعقود، تظهر فكرة إستقرار قانون العقود، وكيف أنه يساعده في ذلك، ظهور ككل متكامل بين قانون وضعي قائم بذاته ومعه الأنظمة القانونية المنشأة بشكل شمولي وعام، وما دام الأمر كذلك فإنه يفترض في تنظيم العلاقات التعاقدية قيام نوع من التجانس في الأنظمة، وهذا لا يتحقق إلا بإحترام مبدأ الفصل بين السلطات وتدرج القواعد القانونية، إلا أن إتجاه السلطة التنظيمية للتغطية على السلطة التشريعية بفعل الممارسة وتطور المعاملات أدخل القواعد القانونية في تزاحم نصي أعقبه تنافس في المواضيع والحلول.

سيعترف بذلك التنافس القائم بين الأحكام العامة للعقود، حيث تفسر هنا بعدم التجانس، بالاستناد لحكم تصرفات مبرمة من طرف شخص غير مؤهل قانونا خاصة بالنسبة للصبي غير المميز، نجد أن القانون المدني (في **المادة 79**) قد أحال أحكامها إلى قانون الأسرة، وبالفعل جاء في المادتين (**82 و83**) تسرد الأحوال الثلاثة الأساسية[1]، وهي جواز إبرام التصرفات النافعة نفعا محضيا وبطلان الضارة ضررا محضا، ووقفها على إجازة الولي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، لولا أنها طرحت إشكال عدم التنسيق الشكلي والموضوعي، فمن جهة هناك ربط واضح بين المادة **79**، قانون مدني و **82 و83** قانون أسرة، وهي من إعتبارات الشريعة الإسلامية (كمصدر مادي)، بيد أنه في أحوال أخرى سرعان ما يعود المشرع إلى قاعدة المصدر الشكلي للقانون المدني، وهو القانون المدني الفرنسي خاصة بالنسبة للعقود الخاصة، والأمر واضح في المادتين **649 و664/2 ق.م** المتعلقة بكفالة إلتزام ناقص الأهلية، والتي تتراوح بين وجوب تنفيذ الإلتزام وإستثناء عدم الإحتجاج في حالة العلم بنقص الأهلية،[2] مما سيلقي أهمية تلك الإحالة الواردة في المادة **79** من **ق.م**، ولا جرم أن القاضي لن يجد أسهل من إعمال البطلان النسبي الوارد في المادة **101 ق.م**.

---

[1] راجع هذا السياق، علي فيلالي، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ص 84-86 وشوقي بناسي، نظرية الحق، في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، ط (1)، الجزائر 2010، ص 333 وما يليها.

[2] تنص المادة 649: " من كفل إلتزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الإلتزام، إذا لم ينفذه المدين المكفول، بإستثناء الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (654)" ، أما المادة 654 فتنص: " (...) غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه" .

فضلا عن كذلك، نلتمس التفطن التشريعي لإستدراك مراجعة سن التمييز بـ(13) سنة بـدل (16)، المبالغ فيها سابقا، خاصة مع منطق إجازة قانون الأسرة للقاضي ترشيد المميز[1] (المادة **84** ق أ) وترشـيده للتجارة أيضا، وهو ما جاء في المادة **42** ق مدني المعدلة[2] بعدما كان غير متسق في النصوص السابقة.

ولعل قيام نظامي المسؤولية العقدية والتقصيرية على إزدواجية قانونية، خاصة بوضـوح الـشروط المطلوبة توافرها في كل منهما[3]، أظهر تنافسا كذلك في مواجهة الدائن عند منحه المكنة فـي الإختيـار بينهما (نظرية الخيرة بين المسؤوليتين)، وفي هذا الشأن تظهر أحوال يسهل فيها الإختيار، مـا دام الـنص القانوني يقر ذلك، مثل الإتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته العقدية أو التخفيف منها[4]، أو الإتفاق علـى إعفاء المدين من مسؤوليته عن الشرط الجزائي عند تجاوز قيمة الضرر قيمة التعويض[5]، أو حالة مسؤولية المدين عن الضرر غير المتوقع عند التعاقد[6]، إنما إذا تعلق الأمر بعقود الإذعان فالأمر لـم يعـد واضـح التصور، فمن جهة تعتبر المادة **110** ق.م آلية بحد ذاتها في مواجهة وضع شروط الإعفـاء أو التخفيـف، حيث خرجت عن قاعدة الخيرة بين المسؤوليتين، ما دامت قد إستبدلتها بوسيلتي طلب التعـديل أو الإعفـاء لدى القاضي ذاته، وهو أحسن الحلول مقارنة بالتشريعات الأخرى[7]، لكن المسألة أدخلت كل من الأطـراف التعاقدية والقاضي في حيرة الخيارات والإمكانات لمواجهة الشروط التعسفية، لا سيما وأنـه يتعـين البـدء بخصوصية نوعية وغائية أصبح يتميز بها عقد الإذعان في مجال قانون الإستهلاك تختلف عن تلـك التـي يتسم بها في إطار الشريعة العامة (القانون المدني)، وحتى في هذه الأخيرة نجد المسألة تتعلق بتحريك آلية

---

[1] لأنه سبق وعيب على مشرعنا مبالغته في تقرير سن 16 الذي يتفق حتى مع المساءلة الجنائية بالنسبة للذي تقل سنه عـن 16سنة، وفي نفس الوقت النزول من 21 إلى 19 سنة وكيف أن المفارقة في تقدير النضج ب 3 سنوات بـين 16 و 19 أي ين التمييز والرشد.

[2] تنص المادة 42 /02 يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشر 13 سنة.

[3] فالمسؤولية العقدية تتطلب وجود عقد سابق على الضرر، وأن هناك إخلالا بالإلتزام وقع أثناء قيام عقد صحيح، كما أنـه إخلال بالتزام ناشىء عن العقد (عدم تنفيذ تأخر....) ترتب عنه إصابة أحد المتعاقدين أو خلفه العام بضرر، فـي حـين أن المسؤولية التقصيرية تقوم على الفعل الضار، العلاقة السببية، لمزيد من التفصيل راجع ، علي علي سليمان – نظرات قانونية مختلفة، مرجع سابق، ص ص – 100 وما يليها، وعلي فيلالي الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، ط (2)، 2007، ص 24 إلى 26.

[4] أنظر المادة 178 ق م ج .

[5] أنظر المادة 183 إلى 185 ق م ج.

[6] أنظر المادة (182).

[7] لأن المشرع الفرنسي لم ينص عليها في نص خاص في القانون المدني وأخضعها لما يجري مـن أحكـام علـى العقـود الأخرى، وسنتصور منطق إلحاق البطلان بهذه الشروط كقاعدة عامة، وتطور الأمر لاحقا، بالنص عليه صراحة في المـادة (132-6/1) و 8 من قانون الإستهلاك، حيث إعتبرت شروطا غير مكتوبة أي باطلة وأضاف عليها في قانون 1988، آلية أخرى وهي دعوى حذف وإزالة الشروط التعسفية (المادة 421-6) .

لحماية المدين من تلك الشروط بمناسبة التفسير القضائي م **110** ق.م[1]، بيد أن الأمر إذا خرج عـن آليـة التفسير فهو يضع المدين المتضرر في مواجهة اللجوء التنافسي- ولو على سبيل الإستئناس- إلى قواعـد، الغبن والإستغلال المادي وإختلال التوازن في الإلتزامات[2]، أو السبب في شق المشروعية فيه، أو العـودة إلى الحكم العام في قاعدة "حسن النية"[3]، كل هذه الآليات في جانب مادي لا تصمد مقارنة مع فعاليـة آليـة حماية "شخص المستهلك" ووقايته من البنود التعسفية بواسطة إجراءات عملية (توصف بالردعية والزجرية) والتي خصها المشرع الجزائري في القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسـات التجاريـة، وهـي نصوص تلهي صاحب المصلحة في وضعية تلك الشروط، هل يعمد إلى إبطالها ؟ أم أن القانون ضمنا يقرر ببطلانها وكأنها غيرمكتوبة[4]، أم أنه للطبيعة الخاصة لعقود الإستهلاك تتطلب منه الإحتكاك المباشر بآثـار الشروط التعسفية المباشرة طبقا لما جاءت به أحكام المواد **29** و**30** و**38** من قانون 04-02.

كما أن إعمال قواعد قانون الإستهلاك أيضا أدخلت مجال المسؤولية في تفاوت بين ما هو عقـدي، وتقصيري وقانوني، ولعل الموضوع الذي أستحدثه المشرع الجزائري في المادة **140 مكرر** حول **مسؤولية المنتج** الذي يثير عدة إستفسارات وأولاها، خروج المشرع في هذه المادة عن قاعدة عدم جواز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية القائمة على غش أو خطأ جسيم، وجوازها بالنسبة للمسؤولية العقدية، ليخـصها فـي المادة 140 مكرر بتوحيد عدم جواز الإتفاق على الإعفاء بالنسبة للمسؤوليتين، وهو ما يعد سببا في طـرح تساؤل هام:

"ما هو مصير أحكام الإلتزام بضمان العيوب الخفية الواردة في المادة **379** ق.م ؟ ، وما كفلـه المـشرع وبشكل أدق وأوضح في الإلتزام بالضمان في إطار المـادة **13** مـن قـانون 09-03 المتعلـق بقـانون الإستهلاك؟، خاصة عندما كرس له نصا بتنفيذ الضمان القانوني، وقرر بطلان كل شرط مخالف للـضمان، وألحقه بالجزاء الجنائي بالمقابل[5]، إن مسؤولية المنتج مسؤولية خاصة تتجاوز الإطار التقليدي، إبتداءا مـن "**المنتج**" كمفهوم ينافس أي مدين (بمناسبة عقد) أو المتسبب في الضرر (خارج العقد)، ومرورا بالـضحية

---

[1] وهذا سيعفي المدين أو الدائن الإنتقال بين المسؤوليتين.

[2] أنظر المادة 90 ق م ج، وقارنها بالمواد 1118 و1134 ق م ف. وبالمقارنة مع المادة 5/3 من قانون (04-02) القـانون المتعلق بالأنشطة التجارية.

[3] راجع محمد بودالي، حماية المستهلك، مرجع سابق ، ص ص 252 و 253.

[4] من خلال منهج الحظر والمنع المعتمد في المادة 29 و 30 من قانون (09-03) ، ويصبح عندئذ ما ذهب إليـه المـشرع الفرنسي وأصلا المشرع الجزائري منطقيا حينما كان يصنفها ضمن قانون الإستهلاك سابقا (ق 89-19) ضمن المـسؤولية التقصيرية للمهنيين، رغم ما تحويه من إعمال الإلتزامات المترتبة لصالح المستهلكين .

راجع كذلك، بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط1، 2005 ومساعد زيد عبـد الله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في ق المصري والكويتي، كلية الحقوق عين شمس، القاهرة، 2007.

[5] حيث تنص المادة 75 من قانون (09-03): " يعاقب بغرامة (100.00 دج ، إلى (500.000 دج):" كـل مـن يخـالف إلزامية الضمان أو تنفيذ ضمان المنتوج المنصوص عليه في المادة 13 من هذا القانون".

وهو (المستهلك)، وفي كل الأحوال كان من اللزوم مركزة فعالية الآليات الممنوحة أكثر بسبب إتساع نطاقها ومضمونها بدل موقعة نص 140 مكرر في باب المسؤولية عن الأشياء لا لسبب إلا لأن قوامها "الـشيء" و"المنتوج شيء"، لهذا يستحق إدخاله ضمن المسؤولية التقصيرية، مما يدل على طابع القـوانين الخاصـة، والقوانين المتخصصة ووزنها مع القوانين العامة، التي إنبثق عنها خروج علاقات تعاقدية ذات (3) ثـلاث مستويات من الإلتزامات، أو الواجبات، أو البنود والشروط، كانت هي الأخرى على نحـو تنافـسي فـي أنظمتها القانونية.

الأصل أن كل ما يبرم عليه العقد ذو طابع إلزامي وإلتزامي في العقد بالمفهوم الضيق، وهـو مـا تفرضه قاعدة المادة **106 ق.م**، ويبقى كذلك-وبهذا المضمون- بالنسبة للإلتزامات المترتبة عن أي علاقـة بين طرفين، فعقد البيع، يربط المشتري بالبائع في إطارهما، بالقواعد العامة، وبالقواعـد المنطبقـة علـى علاقتهما في عقد نقل الملكية، ولكن طبقا للمواد **361** من **ق.م** وما يليها يتم تقرير إلتزامات أساسية إضافة لتلك القاعدة (كنقل الملكية وتسليم الثمن التي تتطلب التسليم بمكان أو زمان معين، الدفع عاجلا أم بالتقسيط، وغيرها)، فهي إلتزامات ذات طابع إلزامي رغم أنها ليست إلتزامية (أي غير منبثقة عن العقد ووجـوده)، مثلما هو الحال بالنسبة لبنود تحويل العقد التبعي إلى عقد أصلي، أو شرط الإخطار، أو البنـد المحـدد أو المعفي من المسؤولية، أو الشرط الجزائي فهي تشكل عموما سلطات إنفرادية منبثقة عن العقـد، سـاعدها تطور القوانين على إنشاء صنف من المضامين العقدية "توصف بالسلطات العقدية"، كسلطة فرض التنفيـذ أو التعويض أو فسخ العقد، أو التحال منه، أو تعليل قرار إنفردي في علاقة عقديـة[1] أو واجـب إحتـرام الأجل، وهي سلطات أمكن إكتشاف طبيعتها أكثر على مرجعية المادة (132-1) مـن قـانون الإسـتهلاك الفرنسي والمقابلة للمادة 29 قانون 04-02 على حد تعبير الأستاذ **Dutilleul**، وما يهم فيها أنهـا محـل تركيز تشريعي، وذي أثر قانوني خاص ومعتبر على العلاقات التعاقدية (في مجال الاسـتهلاك- المنافـسة وغيرها).

في جانب ثان، يمكن تصور ذلك الإتساع الموضوعي والمنهجي الذي آل إليه حكم المادة **106** ق.م على ضوء تدخل عوامل جديدة، فالعقد ليس قانونا إراديا فقط، جاء بشكل مشروع قانونـا، وإنمـا إقحـام الإرادة (القانونية) التشريعية أكثر فأكثر هو ما راح يفرض نفسه بشكل تجاوز" فئة الإلتزامـات الأساسـية، لأنه يتعلق هذه المرة بإلتزامات مرتضاة بشكل "خاص"، وهو مانجده في الإلتزام بالضمان (خـارج إطـار القانون المدني)، والإلتزام بالسرية، والإلتزام بالتوريد، وغيرها.

[1] Dutilleul (F.C), quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique, op , cit, p.231. Et pour plus de détail, « force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », op.cit. 1999. p.771. Voir Fabre – Magnan (M), L'obligation de motivation en droit des contrats, in « études offertes à Jacque Ghestin, LGDJ, 2001. p.301.

أخيرا وعلى إثر تنامي مصادر الإلتزامات، يذكرنا الفقيه **Kelsen** بما تنبأ من وضعيته الحاليـة بقوله:" لم تعد الإرادة السلطة المستقلة الوحيدة والمنشئة للحق"[1]، فعندما تفرض إلتزامات جديدة خارج إطار الإلتزامات التقليدية (مثل الإلتزام بالسلامة، والنصيحة والتحذير... وغيرها)[2] فهي إلتزامات خارج الرضى التعاقدي، وعندما تفرض إلتزامات عامة على متعاقد ما يمكن أن يلحقها رقابة ذاتية وسابقة علـى تـدخل القاضي ليفرض تنفيذها، فهذا دليل على الإتجاه نحو تنظيم معاملات وعلاقات تعاقدية ذا مردودية، ولنر ما جاء في المرسوم التنفيذي (05-458) المؤرخ في (2005/11/30) المحدد لكيفيـات ممارسـة نـشاطات إستيراد المواد الأولية والمنتوجات الموجهة لإعادة البيع على حالتها، من خلال إعمال الإلتزام بالتأكد مـن مدى مطابقة المنتوجات المستوردة للمقاييس المعتمدة وإستجابتها للتنظيمات السارية، بما فيها النظام القانوني النافذ في ظلها وهو قانون 02/89 المتعلق بالإستهلاك قبل إلغائه[3]، كما أن إتساع مجال الأنـشطة المقننـة (activités codifiées)، كان له الأثر في تخصيص أنظمة قانونية لا توصف بالمكملة بقـدر مـا هـي إنفرادية (individualisé)، والأمر يتعلق بمجال الإستيراد والتعامل بمواد التجميـل والتنظيـف البـدني[4]، والإلتزامات في إطار المنتوجات الصيدلانية[5]، وغيرها.

وأخيرا يشار إلى منهج التداخل بين الأحكام القانونية الذي خلق تنافـسا علـى مـستوى الغايـات والأهداف، لأن الأمرلم يعد يتعلق بطابع خاص من العقود، كالذي يخص عقد العمل الذي لم يعـد مجـرد علاقة بين رب العمل والمستخدم ضمن إطار من الإلتزامات أو الواجبات المتقابلة، بل ظهر فيها هذا الأخير كمتعاقد من فئة معينة كفيلة بالحماية، وتدخلت البيئة الأخلاقية والتضامنية مع فئة -هي ضعيفة في الأصل- زاد ضعفها بسبب مؤشرات وعوامل تطور حياة الأعمال، بالأخص عنصر المنافسة التي أصـبحت تـدمج ضمن بنود وشروط عقد العمل كشرط يؤثر بالفعل على العلاقات التعاقدية، "فشرط عدم المنافـسة" يعتبـر ضمن الشروط الجديدة لصحة العقد بالنسبة للفائدة المشروعة- التناسب، والمقابل المالي في عقـد العمـل،

---

[1] Cité par Dutilleul (F-C) .op. cit.p.233.

[2] أنظر لعبد الرحمان عياد .أساس الإلتزام العقدي، مرجع سابق، وجاك غيستان، المطول، مرجع سابق، وأنظر، حبيبة كالم، حماية المستهلك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر. 2005، ص ص. 54 و ما يليها.

[3] ذلك حسبما جاء في المادة (10) من القانون (02/89) .

[4] راجع المرسوم التنفيذي (97 -37) المحدد لشروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبها وإستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية.

[5] أنظر القانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/16. المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر(8) ، راجع لمزيد من التفصيل إعادة تنظيم المجال الصيدلاني، إبتداء من المرسوم التنفيـذي (92-284)(1992/06/06) المتعلـق بتـسجيل المنتوجـات الصيدلانية المتسعملة في الطب البشري، والمرسوم التنفيـذي (92-285) (1992/07/06) المحـدد لـشروط التـرخيص لإستغلال مؤسسة إنتاج المواد الصيدلانية وتوزيعها (ج ر 53)، والقرار (06 جوان 2005، المحدد لدفتر الـشروط التقنيـة الخاصة بإستيراد المنتوجات الصيدلانية الموجهة للطب البشري، و الأمر (2006/07/06) المعدل والمتمم للقانون (05/85) (ج ر 47).

وحتى لا ينقلب طرف العامل إلى طرف ضعيف ساخط من جراء تسريح تعسفي بفسخ العقـد إنفراديـا أو إبطاله حيث يسعى المشرع لإجازة هذا النوع لحماية طرف ثالث وهم زبائن المؤسسة المستخدمة وتطويـق عملها[1]، كما أنه بالمقابل تحظر كل الممارسات والإتفاقات التي يكون الغرض منها الحد مـن المنافـسة أو التقييد منها، كأن تلجأ المؤسسة إلى التسريح الإقتصادي لهذا الغرض[2].

ثانيا: إقامة رابط تجانسي بين الأطراف المعنية بالعقد

عندما كنا نتعامل مع قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، فلأن الإرادة وحدهاهي مصدر قانون العقود، وأن لا أطراف في العقد إلا الأطراف المتعاقدة، أما الخلف العام أو الخاص فهما اللذان يرتبطـان بـالقوة الإلزامية، ومع ذلك يسمح للقاضي أو المشرع بالتدخل-وبرخصة على سبيل الإستثناء- للدفاع عـن عقـد صورته المعاصرة أداة للمنفعة والعدالة، بفضل ما أصبح يحققه التنوع في البيئة العقدية والتأثير والتأثر من الأنظمة المالية، الإقتصادية، الإجتماعية، وحتى التشريعية لرسم مفهوم "التبادلية" (commutativité) فـي العقد على إمتداد مع العدالة التبادلية التي يعود أمجادها إلى الأرضية الأرسطوطاليسية[3]، وبالتالي لـم يعـد ينظر إلى المشرع أو القاضي تلك النظرة السلبية في مسألة التدخل الذي يتم منهما في العلاقات التعاقديـة، لأنه تم تغيير الصبغة الشخصية للعقد، وبدل الحديث عن الأطراف المتعاقدة، كان من الـلازم الإعتـراف بمركز الأطراف المعنية بالعقد (les parties concernées par le contrat).

كان للمشرع دور تقليدي إنحصر في إضفاء الطابع الآمر للنصوص والأحكام المنطبقة على العقد، وكان محوره النظام العام ومشروعية التصرفات، على أن الصبغة الإستقلالية للقوانين المشكلة للمعـاملات بين القانون المدني، التجاري وقوانين أخرى أظهرت عدم نجاعة الحلـول وافتقارهـا للواقعيـة ومواكبـة المتغيرات. مما دفع لاتخاذ تقنيات أخرى أكثر فعالية، ولعل الأثر الذي ظهر مع معالجة عقود الإذعان منذ أن كرس له حكم ضيق في إطار المادتين **70 و110** ق.م، تقدم مع ما حدده النظام الخاص لهـذه العقـود خارج القانون المدني وذلك في إطار قانون الإستهلاك، وقانون المنافسة[4].

فضلا عن أن المشرع حاليا أصبح مقتنعا أكثر بدواعي عدم إنكار إجتماعية وأخلاقية العقود، بدليل أن هذه المرحلة تشهد "إنفراجا في قانون العقود والإلتزامات"، بل حتى في "تقنية التقنين ذاتها"، مما إنبثـق عنه **نظامين**: **نظام قانوني عام** تميز بإرادة تشريعية عليا تسمو أي إرادة، **ونظام خاص**، خلق فيه المـشرع الكثير من القواعد ذات الطابع التداخلي وغير منفصلة عن بعضها البعض، مثل ما هـو الوضـع بالنـسبة

---

[1] Comp. Gavalda (N), les critères de validité des clauses de non concurrence en droit du travail, dr. Soc, 1999 p..586 , et Gomy (marc), l'autonomie de la clause de non concurrence post – contractuelle en droit du travail, in « mélanges offertes, d'Yves Serra » , Dalloz, 2006. pp.199 et ss.

[2] راجع في هذا الشأن المواد 6-7-8 من قانون 03-03، المعدل والمتمم بالقانون (08-12).

[3] Ghestin (J).Traité.op.cit.pp .186 et ss.

[4] أنظر ما سيأتي تفصيله في الفصل الثاني من هذا الباب بشأن الشروط التعسفية.

لمفهوم "التعسف" الذي أصبح يرتبط بعقد الإذعان أكثر فأكثر بفضل قانون 04- 02، حتى أن المشرع يصفها بـ"الممارسات التعسفية"[1] لا مجرد "شروط تعسفية" وهو دليل على تأثره بالبيئة السلوكية للمتعاقدين، وكذلك مجال " الإستغلال الإقتصادي[2]، كما أن مفهوم "حسن النية" لم يعد مقتصرا على مجرد مبدأ قانوني قار بموجب المادة **107** ق.م، وإنما أصبح "إلتزاما بحسن النية" في إطار علاقات العمل، والمحترفين مع المستهلكين، وكذا عقود الإيجار، النقل وحتى بين المتعاملين الإقتصاديين في مجال قانون المنافسة.

أما بالنسبة للقاضي، صحيح أن القانون المدني كفل له آليات التدخل، بمناسبة التفسير، التعديل، والنظر في أوضاع خاصة كالظروف الطارئة، عيوب الارادة، وغيرها، إلا أن الدفع الذي وجد من وراء إعمال قواعد الإنصاف والعدالة، والواقعية في العقد كانت عاملا مهما في إيجاد السند لإعطاء الكثير من العقود فحوى أعمق وأوثق لصالح الكل المعني بالعقد، والبداية مع الرقابة على المصلحة العقدية (interet contractuel) لقواعد تسريح العمال، وحماية المستهلك، وحل الروابط العقدية المختلفة، أو الرقابة على التوازن العقدي، من خلال إثراء المعاملات بالتزامات جديدة (الإلتزام بالأمن ،الالتزام بالإعلام، والتعاون، حتى بالنسبة لتلك التي تسبق العقد (الإلتزام بالتفاوض)، كما أن القاضي لم يعد المناصر والمدافع الوحيد لصالح الدائن وإستحقاق حقوقه من لدى المدين، بل -وعلى حد سواء- أصبح أداة ربط وتوفيق بين المصالح، فجو الأخوة العقدية الذي ساعد العلاقات الثنائية خرج عن إطاره ليشارك بدوره المعاصر في تحقيق عناصر هذه الأخوة، لأنه إذا أريد رد فضل نجاعة " التضامن" ،"النزاهة"، "التوازن"، و"المساواة"، وحتى"الإنصاف"، فلن يكون إلا للقاضي باعتباره مصدر ذلك كله، فضلا عن كونه الضامن لتحقيق أعلى مستويات العدالة في المعاملات العقدية.

ولأن المسألة لا تتعلق فقط بعلاقة القاضي أو المشرع على حد سواء بعلاقة قانونية بحتة، وإنما هناك النظام الإجتماعي، المالي، والأخلاقي المكمل في كل الأحوال للعقود، الذي يؤثر بالتغيير والتجديد في موازين العلاقة في إطار ترشيد المعاملات وسنجد فعلا، أن الوضع الحالي للعقد هو وضع تجانس وتنسيق لا تنازع أو تناحر للأهداف والمصالح على حد سواء.

---

[1] أنظر عنوان الفصل (5) من قانون (04-02) .

[2] و المقصود به التعسف في وضعية الهيمنة المنصوص عليه في قانون المنافسة ،و لم تعد فكرة مربوطة بسوء الجوار تقليديا .

المبحث الثاني: العقد أداة منفعة وعدالة (الجمع بين مادية العقد وقيمته)

تعددت تعاريف العدالة، فقد جاء في فقه (**أولبيانوس**): "أنها إرادة دائمة دائبة لإيتـاء كـل ذي حـق حقه"[1]، و"**Justinien**" في تقنينه: "إعطاء كل شخص ما يستحقه"[2]، و"**Ceceron**": "أنها إعطاء كل شخص حقه"[3]، أما "**Thomas d'Aquin**"، فيصفها: "بالعادة التي يعطي المرء بمقتضاها كل واحد ما يستحق لـه بإرادة دائبة ومستمرة"[4]، وحتى الفقه المعاصر قد عرف نفس الحركة مـن التنـوع، فالفقيـه (**F.Geny**)، يعرفها بذلك: "التناسب الذي يجب أن يكون بين المصالح المتعارضة بهدف تحقيق النظـام الـلازم لبقـاء الجماعة الإنسانية والنهوض بها"[5]. وراح يسترجع الأستاذ (**David Hume**) نفس التعريف القديم: "الإرادة الدائمة والدائبة على منح كل ذي حق حقه"[6].

ولم يكن (**Leibnniz**) قد بالغ متأثرا بتعريف (**Hanovre**) بأن "العدالة تقـوى الحكمـاء (...)، والحكمة تتطلب التصرف وفقا لتدابير العقل وإستحصال أكثر قدر من السعادة، ودرجة من الكمـال"[7]، أمـا الأستاذ **محمود السقا**، فيعتبره: "شعورا كامنا في النفس يكشف عنه العقل الـسليم ويـوحي لـه الـضمير المستنير، ويهدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه دون الجور على حقوق الآخرين"[8]. ولعل مثل هذه التعريفات أعلنت عن ذلك الجوهر الأخلاقي المتمثل في حصول كل إنسان على حقه لأنه وسيلة لتحقيق التوازن بـين المصالح المتعارضة.

ولعل فهم العدالة يأتي بتصورين: **الأول:** وهو يحمل معنى أخلاقيا مباشرا، يجعل العدالة قيمة ليـست كسائر القيم لأنها تمثل أسمى الفضائل الإجتماعية، أما **الثاني:** فهو معنى تأسيسي أو تكويني بين مـستويين أو مبدأين يمثلان مسألة أولوية بين الغايات، وهذا ينوع فيها الأشكال والمظاهر[9]. وإذا كانت فكرة العدالـة ذات تأثير فعال في أي نظام قانوني أو مؤسسة قانونية[10].

---

[1] أنظر علي حافظ، أساس العدالة في القانون الروماني، البيان العربي، 1951، ص.1. ومحمود سـلامة الزنـاتي، طبيعـة القانون ووظائفه، ج 1. ط(1). المكتبة القانونية، 1993، ص. 32.

[2] Jaulin (Annick), Aristote: Les deux formes de la justice, in « La justice », op.cit. pp.59 et ss.

[3] Ibid

[4] أنظر محمد جمال عطية عيسى، مرجع سابق، ص 189، وكذلك أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبـات اليقـين وإعتبارات العدالة، المجلة القانونية والإقتصادية، جامعة الزقازيق، ع 1، 1986، ص 116.

[5] أنظر نفس المرجع السابق.

[6] Bizion (Michaël), La place de la justice dans la théorie morale de David Hume, op.cit. p.151.

[7] Sullerot (Vincent). « Leibnniz, la charité du sage, ou la justice…fondé en raison », philisophe – la justice – ed ellips – 2001, PP 140 et 141.

[8] أنظر محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، 1991، ص. 158.

[9] أنظر مايكل (ج) ساندل، الليبيرالية وحدود العدالة، ترجمة محمود هناد، المنظمة العربيـة للترجمـة، 1998، ص ص 36 و37.

[10] أنظر سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، القاهرة، 1973، ص ص 141 وما يليها.

على حد تعبير "**أرسطو**": "هي عدالة داخل المجتمع، ولأنه مرادف للقانون الطبيعي، يجب أن توضع القوانين الصادرة عن إرادة المشرع على أساسها، فإن هذه القيمة ذات أثر ممتد إلى العلاقات التعاقدية تتميز بمعادلة أو هو تطبيق حكمة قانونية هامة، يمكن نسبتها إلى أفلاطون في جمهوريته، وهو يعرف العدالـة: " أن يرد الإنسان ماله والرد ما للغير إليه، وأن العدالة تكمن في نفع الأصـحاب، ومـضرة الأعـداء..." [1]، والذي استطاعت بنية العلم القانوني أن تصيغه في شكل "بالمنفعة، بالعدل"، قالبا جديدا للإرهاصات الأولـى للعدالة العقدية (**المطلب الأول**)، ولكن تحليله وتفكيكه على ضوء المختبر القانوني الكلاسـيكي والمعاصـر أخرج لنا تركيبته العجيبة على ضوء الإحتكاك بداخلية العقد، وتحليل مضمونه بـدل الإرتبـاط بعناصـره الخارجية (**المطلب الثاني**) وكأن البداية يجب أن تتأسس على العدالة، ويجب أن تنتهي إليها .

المطلب الأول: الحفاظ على مادية العقد بواسطة المنفعة العقدية ("بالمنفعة، بالعدل"، تركيبة لعصرنة العلاقات التعاقدية)

لم يعد التصور المعاصر للعقد مرتبطا بخارجيته، بل إنه بناء قانوني لداخليته، التي تبدأ بصيغة مثالية منسوبة إلى الفقه الكلاسيكي الذي وقع على إتفاقية العدالة العقدية: "من يقول تعاقدي، يقول عادل، أسـستها الآراء التقليدية للفقهاء (**الفرع الأول**)، أما من وجهة نظر متحررة، أمكن إكتشاف الأصالة التي تنبـع مـن جمع شبه المتناقضات، إحداها تنم عن طبيعة إنسانية أنانية لأنه يرتبط بالمسلمات التحررية التي يجـب أن يقوم العقد على أساسها، فيجب أن يتحقق من ورائه مستوى من الفائدة والنفع، وهو أقصى العقـد وغايتـه العقلانية (**الفرع الثاني**). وأخرى عليها أن تحضر في الصورة المعاصرة للعقد، لتكون قرينة بأن يكون هذا الأخير عادلا، إذا قُبل بكل حرية، وإلا لما بررت كهدف للسياسة القانونية، وإختصاصها خـصبا للقاضـي بسلطاته التنظيمية (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول:الإستفادة من مضمون في جوهره كلاسيكي: "من يقول تعاقدي، يقول عادل"

المقصود بالجوهر الكلاسيكي لمبدأ "بين النافع والعادل"، أنها صيغة توفيقية أخرجها الفقه التقليدي من جراء تفسير القانون الوضعي للعقود، وإختيار التوفيق بين النافع والعادل، لا تنم بمنآى عن الدور الخـاص بالإرادة في تكوين العقد، لأن الأستاذ **Ghestin** -وهو يؤكد إستقلالية الإرادة- يعتبرها كخاصيات حاليـة للعلاقة التعاقدية التي مازالت تؤمن بآثار الحرية التامة والمساواة الكاملة بين الأطراف والتي تـدعم مبـدأ إحترام الإرادات الفردية (برعاية مدرسة الشرح على المتون)، والتصور الإجتماعي للقانون (مدرسة البحث العلمي الحر)، بديلا عن الإستقلالية بينهما (**أولا**)، ولعل السبب الأساسي الذي يبرر هذه الصيغة التوفيقيـة غير العادية راجع إلى فكرة إقحام قيمة معنوية في مجال علاقات ذات مضمون مادي كالعقد أو المبـادلات

[1] نقلا عن جمال مولود ذيبيان، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، دراسة قانونية مقارنة، دار الـشؤون الثقافيـة العامة، ص. 26.

عموما، هو الذي يحافظ على روح القانون المدني، والذي يشخص الفكرة ذاتها عند الأستاذ **Ghestin**[1]، العقد تعاقدي (أي تبادل إرادات) لأنه نافع، وعادل (**ثانيا**).

أولا: جوهرية فقه (Fouillée) في قاعدة "عدالة العقد"

من وجهة نظر متطورة للفقه المدني الفرنسي، كانت المرجعية ضرورية لذلك الفرد الذي يشكل أساس البناء الإجتماعي والقانوني، فهو فرد ذو إرادة حرة، والكرامة الإنسانية حافظة لهذه الحرية، وبحسب هذا الفقه مبدأ سلطان الإرادة هو تفسير سلبي شامل لكل المؤسسات الإجتماعية، الحقوق والإلتزامات، وحتى لفكرة العدالة ذاتها، "(...) إنها الحجر الأساس لكل بناء قانوني"[2]، والأبعد من ذلك تعتبر "غاية أي قانون وضعي يشكل في مظهره أداة للإنتفاع والحماية"[3]، تحت طائلة شرط الإحترام المتبادل من الإرادتين معا لحريتهما، فكل عقد عادل، لهذا ليس على القانون التخوف من القيمة الأخلاقية للغاية المنشودة من قبلها، أو من التحول الإجتماعي لتصرفهم"[4]، وعلى تعدد السلوكات التفسيرية لهذا المنطق، كان على أمثال الأستاذ (**Fouillée**)، (**Tain**)، و(**Rousseau**)، و(**Kant**)، تكوين النظرية القانونية التي تنبني على مسلمتين أساسيتين:

الأولى: وهي "أنه لا يمكن إلزام أي أحد ما لم يرد ذلك"[5]، **والثانية** أن "كل إلتزام حر، عادل"[6]، والتي أمكن للأستاذ **Fouillée**، أن يقدمها في صيغتين قانونيتين: "كل عدالة يجب أن تكون تعاقدية (...)"[7]، "ومن يقول تعاقدي، يقول أنه عادل"[8].

أصبح هذا المبدأ على نحو منهجي المكون للقانون العقدي ومرجعية للفقيه **Demogue** "بإعتبار مبدأ سلطان الإرادة أحد المبادئ الرئيسية في القانون المدني[9]، أكدت على الكفاية الملحقة بالمصالح الخاصة للأفراد، ولكن تم إعادة توجيهها -(أي الإرادة)- إلى مجال المصلحة العامة، وأصبحنا أمام نظرة إرادية

---

[1] Ghestin (J), L'utile et le juste dans les contrats,op.cit., P.1.

[2] Tancelin (Maurice), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, Paris, P.U.F. 1980.

[3] أنظر محمود محسوب، أزمة العدالة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 2000، ص 19.

[4] Dang (Ai-thu), « Les conceptions de la justice sociale: quelques développements récents en économie, in (Justices) », (sous la dir): Guy Sa mama, ellipes, 2001, PP.205 et s.

[5] Gounot (Emmanuel), Le principe d'autonomie de volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Paris. Arthur Rousseau, éd, 1912 - cité par Ghestin (J).

[6] أنظر جاك غيستان، تكوين العقد المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، مرجع سابق، ص 229.

[7] Ghestin (J), L'utile et le juste…, op.cit. P.14.

[8] Gounot (E), op.cit. P.28.

[9] أنظر أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص ص 13 وما يليها.

متزاوجة مع نظرة تنظيمية للمجتمع، بين الحرية الفردية والتضامن الإجتماعي، كمحرك تنظيمـاتي، أنـشأ قانونا عموديا وآخر أفقيا يشكلان معا عاملا أساسيا في تسيير النظام"[1].

ولعل الرؤية التوفيقية التي جاء بها الفقيه **Alfred Fouillée**، في شأن صيغة العدالـة - المنفعـة والعقد شكلت فعلا تلك "الأرضية الديمقراطية في المجال العقدي"[2].

كما أنه توافق آراء حول المبادئ المنظمة للعقود، بين ما جاءت به المـدارس المثاليـة والطبيعيـة، فالأولـى تقترح نموذجا مثاليا للمجتمع، تجعل فيه المبدأ المنظم لهذا المجتمع بأنه "العقد الحر"[3]، أما الثانيـة فهي تصور النموذج التسلطي على الحقيقة الإجتماعية، بحيث يمثل المجتمع عملا من نتاج الطبيعـة بـدل الإرادة، فهو ليس وليد العقد وإنما التنظيم المتطور مع الزمن[4].

ونظرا لعدم توافق الطرفين بسبب صعوبة التقريب بينهمـا راح **Fouillée**، تحـت تـأثير مـنهج إستنباطي من مختلف السلوكات الإنسانية، الفلسفية، الإجتماعية والأخلاقيـة... وغيرهـا، ورجوعـا إلـى المدرسة المثالية، يسند التنظيم الإجتماعي على العقد والمجتمع كتركيبة من الأفراد الذين إختـاروا العـيش معا، أما مبادئ الحرية والمساواة فهي تعبير عن الإرادات الفردية، في حـين أن قـيم المبادلـة والتوافـق جوهرية لضمان التوازن العقدي بواسطة السلطة القسرية الموجودة في العقد[5].

وصورة هذا التنظيم تستند إلى فكرة عدم جواز أن يقرر الشخص من أجل المجموعة دون رضى كل واحد فيها، وما للدولة إلا دور لضمان أو لتأمين ممارسة الحرية بشكل كامل مع منح ما يلزم مـن توجيـه تربوي للدفاع عن المصالح الفردية والجماعية، طبعا سيكون البحث عن العدالة الإجتماعية، إنعكاسا لعلاقة المساواة الحسابية في المبادلات[6]. أما بالنسبة للطبيعيين[1]، فالفرد يولد في مجتمع معين يمنحه هويته ويفرض

---

[1] Chambe (D), Justice et droit dans la pensée, de (J) Rawls, R.R.J. 2003, l'auteur a voulu montrer, "Le conflit entre égalité et liberté est un problème, récurrent des sociétés modernes, et tout particulièrement aux (…) la liberté voisine avec de grande inégalité, préoccupé par ce conflit…".

[2] أنظر جاك غيستان، مرجع سابق، ص ص 255 وما يليها.

[3] أنظر أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، مرجع سابق، ص ص 14 وما يليها.

- Terrè (F), et Fornacciari (D),"L'autonomie de la volonté, Rev, sc, morales et politiques, 1995, pp. 255 et 264.

[4]« (IL) ne semble pas impossible d'opérer un rapprochement entre les doctrines adverse, l'idéalisme et le naturalisme, ni de même de les réconcilier dans le domaine de la pratique, en montrant par quelle force l'idéal, présent à notre pensée, se réalise dans la nature même, loin de nous paraitre opposées, les théorie du contrat volontaire et de l'évolution organique nous paraissant inséparables, : la vraie société humaine doit en montrer l'unité », voir aussi, pécharman (Nartine), La justice selon pascale, philosophie, - la justice – ed ellipses, 2001. pp.115 et ss.

[5] Stark (Boris), Droit civil, obligations, 2 éd, Litec, Paris, 1986 – pp.4 et ss, et Terrè (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), droit civil, les obligations, 6 éd, Dalloz, 1996, P.23.

[6] Pécharma (Martin), op.cit. pp.113 et notamment, 116 et 117.

نفسه عليه، لأن سير هذا الكيان الإجتماعي يتوقف عليه حسب طبيعته وغايته ومصالحه الخاصة، بل يمتـد تأثر المجتمعات الإنسانية إلى الإستجابة للخصائص الفيزيائية لكل كائن حي، مما يظهر أجزاءها في تلاحم وتنافس من أجل الحفاظ على الكل، ولعل روابط التداخل قد نشأت بفضل منهج "تقسيم العمل"، والتخـصص في الوظائف المحتملة من كل واحد، من أجل ضمان البقاء، والمساهمة في التطور[2].

ولأن غاية كل فرد تبقى محصورة في هذا التداخل الضيق النطاق، يكون دور الدولـة فـي توجيـه الأفراد نحو تجزئة عادلة للموارد، وراء تخييم عدالة المبادلات الفردية.

إنها نظرة تحليلية وصل الفقيه Fouilleé إليها على ضوء نظريات العقـد والتنظـيم الاجتمـاعيين، بإضافة كيان ثالث بين العقد ومجتمعه، وهو التنظيم[3].

أما الكيان الاجتماعي، فهو تنظيم يتميز بالحيوية، مضافا إليه بعض الميزات والخصائص التكميليـة، كإدراك أعضائه، فالفرد فيه يعي أي يدرك، ويريد[4]، وعوضا عن السير الآلي للجماعة يـسود...العلاقـات تضامن إرادي ، "قوامه" الأخوة، كمناط مثالي يذوب في فكرة العدالة، والعدالة تجد أحسن تعبير لهـا، فـي الحرية والمساواة المهيمنين على التنظيم العقدي[5].

إنها تلك الفكرة التوفيقية التي تستطيع حل النزاع[6]، بين الإدراك الفردي والجمـاعي، بـين الحقـوق الذاتية والقانون الموضوعي، بين العدالة التوزيعية والتصحيحية.

يؤسس **Fouilleé** بقاعدة فقهية كهذه تقوم على: "تنظيم عقدي ممثل في أخوة منظمة بواسطة العدالة تحقق مستوى [[أن من يقول تنظيم، يقول أخوة، وأيضا من يقول تعاقدي، يقول عادل[7]]]، ولنر الآن الأبعـاد الواقعية لمثل هذه الصيغة، فعندما شهدت تلك المرحلة من تطـور الـصناعة والتجـارة وتقـسيم العمـل والتخصص فيه من التبادل الاقتصادي، إعتبرت المذاهب الإقتصادية، "عقد التبادل الفردي" ظـاهرة عامـة للنظام الإجتماعي بأكمله، مما سهل على مبدأ سلطان الإرادة تبريره للفوائد الإجتماعية المعتبرة التي يحققها من ورائها، وأصبح القانون الإقتصادي يستجيب بالضرورة للمصلحة العامة.

---

[1] أنظر حمد محسوب، العدالة وأثرها في الشرائع القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتـصادية، جامعـة المنوفيـة، جـوان 2006، ص ص 188 و 189.

[2] أنظر محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، مرجع سابق، ص 232.

- Ghestin (J), « L'utile et le juste… », op.cit. P.53.

[3] قارن، محمد محسوب، نفس المقال، ص 25.

[4] Gounot (E), op.cit, et Goldman (Lucien), La philosophie, des lumières « In structures mentales et création culturelle, Anthropos. Paris, 1970. PP. 1-23.

[5] Terré (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), op.cit, P.31, et Danchy (Pierre): une conception objective du lien d'obligation. Les apports de structuralisme à la théorie du contrat, Arch. Ph, dr. T.26, p.273.

[6] Ghestin (J), L'utile et le juste, op.cit. P.36.

[7] Ripert (Georges), La règle morale dans les obligations civiles, 4ème éd. L.G.D.J. Paris, 1949, n°22.

ولعل إزالة العراقيل من وجه الحرية التعاقدية[1]، بـ"دعه يعمل، دعه يمر"، مجالاه التجارة والعمـل، أكمله ضمنيا: "دعه يتعاقد"، مما إنعكس على العدالة العقدية التي إنتقلت بالمعاملات من البحث عـن الـثمن العادل (Juste prix) [2] إلى البحث عن حرية المنافسة (أي العرض والطلب)، لأن الضرورة تتطلب الإبتعاد عن المثالية في التصرفات وكثرة اللجوء إلى تصحيح العقود بحجة الإنصاف.

ولأن العقد مصدر ضروري وهام للقانون، مادام يقوم على إحترام الحرية الفردية، فإنه يسمح بإقامة علاقات فردية أكثر عدالة وأخرى إجتماعية أكثر نفعا، فالشق الأول من المعادلة يتحقق طالما مكّن الفـرد من الدفاع عن مصالحه الخاصة، واحترامها يكون عن طريق الإلتزامات المختارة إراديـا، أمـا الإجبـار والفرض فهو سبب في الإلتزام غير العادل[3]، في حين أن الثاني:يتعلق بقانون السوق الذي يسمح بمطابقـة العرض مع الطلب (أي الإنتاج مع الحاجات)، وهو أمر منوط بالعمل الحر للإرادة الفرديـة التـي تبتغـي حماية التوازن الإقتصادي.

وإذا كانت إرادية العقد هي التي تحقق العدالة[4]، لأن المدين لا يمكن أن يتذمر مـن الإلتـزام الـذي إرتضاه بنفسه، ولا يمكنه أن يتصرف ضد مصالحه، وهذا هو التوازن العقدي، ويكـون عندئـذ التـسليم بالمساواة بين الحريات المتقابلة ضروريا.

وقبول معادلة **Fouillée** على ضوء الإفتراض المسبق بالمساواة الإقتصادية (مساواة بـين القـدرة والحاجة) يفترض معه تفاوت الدرجات الخاصة بالعدالة عند صياغة العقود من طرف الأفـراد، فالعدالـة المطلوبة في عقد البيع يمكن أن تصل إلى حد السماح للمشتري بالحصول على مبيع بالجودة التي يرغبهـا وبسعر (ثمن) مناسب، وهناك عدالة تسمح بمراقبة رب العمل للمقاول في تنفيذ عمله، علـى أنـه يـسمح للمقاول في نيل ربح يتناسب مع ما قدم من عمل.

وفي هذا النطاق بالذات يمكننا التراجع عن أفكار **Kant** الذي يؤمن بإمكانية أن يقرر الـشخص مـا يخالف العدالة بمناسبة تقريره في أمر شخص آخر، عكس ما إذا كان الأمر يتعلق بشخصه الذي لا يمكـن أن يضر نفسه، وهو أمر غير سديد، لأن عدم القدرة على إختيار ما هو عادل لنفسه، أو سبب سوء تقـديره أو خطأ فيه كاف لأن يقرر الإنسان في أمر هو غير عادل له، ولعل أن القواعد المتفق عليها من أطـراف

---

[1] Weil (Alex) et Terré (F). Droit civil, les obligations, op.cit. P.55.

[2] Ghestin (J), L'utile et le juste, op.cit. PP.36 et ss.

[3] Terré (F), Formacciari (D), L'autonomie de la volonté, op.cit. PP.225-264.

[4] ومن المعلوم أن النتائج المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة هامة، منها: الحرية العقدية، القوة الملزمة للعقد، والأثـر النـسبي للعقد، العقد هو المصدر الرئيسي للإلتزامات، وكذلك الطابع التكميلي للقوانين في المسائل التعاقدية وكذلك تبطل العقود بسبب عيوب الرضى.

- لمزيد من التفصيل، راجع – الفصل 2 من هذا الباب، أنظر كذلك، أيمن إبراهيم العشماوي، مرجع سـابق، ص ص 23-47، ومحمود جمال الدين زكي، دروس في النظرية العامة للإلتزامات، دار المطابع، دون سنة، ص 37.

- Terré (F), Simler (Ph) et Le Quette (Yves), droit civil, op.cit. P.23.

العقد، وبالذات داخل هذا الأخير، تسهل البحث عن حقيقة العلاقة بين أطراف العقد، وما إذا كانت عادلة أو غير عادلة، وإلا لما أكد الأستاذ **Lucien Goldman**: "بأن المرء يجد نفسه ملزما بإنشاء سلسلة من القواعد السلوكية غير المبررة يضطر الأفراد إلى قبولها عند التعاقد"[1].

أخيرا يمكن إعتبار الموازنة التي تمت بين المدرسة المثالية والطبيعية على يد الأستاذ **Fouillée**، أضاف عليها بصمته في مفهومه عن (التبادل، والمعاوضة)، والتي أخرجت لنا القيم الجماعية المتداخلة مع التضامن الإجتماعي، وراحت تتقاسم العقد مع غايات الفائدة الاجتماعية، المصلحة العامة والمال المشترك[2]، بفضل منهجه التعديلي والتحويري للعقد الإجتماعي، وهو بالفعل ما يبرز الإستزادة في صيغة "من يقول تنظيم، يقول أخوة" بأكثر ما هو دقيق: "من يقول تعاقدي، يقول عادل"، وهو بذلك يعبر عن تجانس هيمنة الحرية الفردية مقارنة مع توجيه المؤسسات العامة، وهو فعلا تطور ملحوظ لمبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يبرر إستعادة الأساتذة **Terré Simler**, و**Lequette** لعصارة الفكر القانوني للأستاذ Fouilleé: بأنه "بين القوي والضعيف، تسترق الحرية، ولكن القانون هو ما يحرر"[3].

ثانيا: تكريس قاعدة العدالة في التبادل حفاظا على أسس القانون المدني

إن المفهوم الواقعي للعقد جعل إستقرار المعاملات متوقفا على نتيجة منطقية لثبات هذا العقد، حتى ولو كان هذا لا يستجيب لداعي الإحترام المطلق لسلطان الإرادة المنشئة له[4]، بل يستند إلى مستلزمات إحترام توقعات الأفراد في الربح والخسارة الناجمة عن مشاريعها ومعاملاتها، لأن من وراء هذه الدعوة تثبت النظرة الواقعية التي تحافظ على الوظيفة الأساسية للعقد، والإبقاء على الثقة الواجبة في العقود حتى ولو ترتب عنه إضرار أحد المتعاقدين، السبب لماذا؟ لأن العقد ليس سوى أداة إجتماعية هامة لتحقيق حاجات الأشخاص، أو هو آلية للتبادل ضمن عدد آخر من الآليات[5]، يحتوي على درجة كبيرة من المرونة والبساطة، لكنها ذات أهمية خاصة بسبب الدور الإقتصادي الذي يؤديه هذا العقد، ولعل فكرة فقدان شخص معين لشيء معين (سيارة مثلا)، لا تثير لبسا في موضوع السرقة في حد ذاتها، بقدر ما تنتقص له حالة فقد

---

[1] Goldman (Lucien), op.cit. PP.12 et ss.

[2] Flour (J), Aubert (J.L), Savaux (E), les obligations, l'acte juridique, T (1), 10e edi, Delta, 2002, n° 120, P82..

[3] Terré (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), op.cit. P.8.

[4] وهو عكس التصور الذي جاء به (Kant) في مسألة دور العدالة في العقد، والذي أسندها إلى إرادة المتعاقدين، مصدرا للإلتزام، حتى أن الأستاذ (Danchy Pierre)، يضرب مثلا في هذه الصيغة الجديدة بأن فقدان شخص لسيارته بسرقتها أو بيعها يعني أن قيمة مقابلة لهذا العقد يجب أن تدخل إلى ذمة هذا الشخص لا لوجود عقد بين هذا الشخص ومشتري السيارة أو سارقها، لكن لأن فقدان ذمة هذا الشخص لجزء مما تحوز مدون تعويض مكافئ، أبعد أمر غير عادل من وجهة نظر المجتمع البشري.

- Dauchy (P), une conception objective du lien d'obligation. op.cit. P.273.

[5] Ibid.

حيازة بسبب تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الحيازة، وذلك الأثر المترتب عن إنتقال الحق، وهو نقصان في ذمة الشخص لحساب شخص زادت ذمته إزاءه[1].

والمبادلات كانت سهلة الإنشاء، وأسهل منها في التنفيذ لأنها كانت حينيـة (كالمقايـضة)، وبعدئـذ تطورت إلى البيع بثمن مؤجل، لمدد طويلة بسبب الحاجة لتلبية مستلزمات الحياة الإقتصادية، ومـع ذلـك كانت أشكال الإتفاقات تنتج آثارها في نفس الوقت الذي تتكون فيه.

غير أن تطور العلاقات الإجتماعية وحركة "تقسيم العمل"، إنعكس على هذا الشكل البدائي للمبـادلات التي تكون فيه العمليات الإقتصادية والقانونية مقيدة بقيود ما هو حاضر، حيث جعله غير ملائم وطموحات الأفراد الذين بحاجة إلى المستقبل وضماناته، وتلك حاجة مستمدة من الأمل في إشراك القانون في التجارة، نظرا لخلق أشياء لا يملكونها حاضرا، لكنها سترتب لهم مستقبلا، ولعل العقد بقوته الإلزامية هو بالتحديـد تلك الأداة القانونية المثلى التي تحقق تلك النتائج[2].

والعقد على حد تعبير الأستاذ **Carbonnier**: "بإحترام مبدأ الإلزاميـة فيـه، فإنـه مـن الناحيـة الإقتصادية مجال للثقة والإستقرار[3]"، وإذ أنه -حسب الأستاذ- "جسر ممتد نحو المستقبل"[4]، وللعقـد بـذلك نوع من الضمان المتبادل بين طرفين لا ضد المتغيرات التي قد تطرأ على إرادتهم أو مزاجهم فقط، بل ضد التغيرات الخارجية التي تكتنفها تقلبات تؤثر على إلتزامات الأطراف، والمنطق أو المعقول العقدي، يقـول: "أنه لا يمكن للعقد أن يقع تنفيذه في نفس الظروف التي أبرم فيها، والدائن يريد أن يؤمن وضعه ضد هـذه الصعوبات المستقبلية بالتحديد، ويكون ذلك عن طريق العقد الذي إذا حاول الشخص تعديلـه بـسبب تلـك الظروف، وهذا يخرجه من حقيقته الخالصة، فالمنفعة الإقتصادية للعقد هي تأمين الدائن من التقلبات غيـر المتوقعة، لأن العقد على حد وصف الأستاذ **Ripert**: "التعاقد هو التنبؤ"[5]. وبهـذا يكـون الفقـه الـداعي

---

[1] dans ce sens Virally (M), La pensée juridique, L.G.D.J. Paris. 1960. P.20.

- ولعل تبرير الأستاذ (Harutia Munir Watt)، في مسألة إعادة أمجاد الفعالية الإقتصادية هي التي أصبح يفـسر بهـا المبادئ القاعدية، أمثال: العدالة العقدية وغيرها.

- Pour plus de détails, voir Harutia (Munir Watt), analyse économique et perspective solidariste, in mélanges offertes a Jacque Ghestin, op.cit. P.183.

[2] أنظر أيمن إبراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص 35.

- Et voir aussi, Weill (Alex) et Terré (François) droit civil, Les obligations, op.cit. n°58. P.55.

[3] Voir Carbonnier (J), les obligations, op.cit, P. 187 et s.

[4] Ibid.

- Et voir dans ce sens, Verkindt (P-Y), Le contrat de travail, model ou anti-model du droit civil des contrats ?" in, " la nouvelle crise du contrat" colloque, univ de Lille (2), Dalloz – Paris, 2003. P.214.

[5] Cité par Terré (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), droit civil, Les obligations, op.cit. PP.31 et ss.

- كما أن الأستاذ (Louise Hjehshe) يرى في العقد قيامه على عناصر واقعية وإجتماعية لا قانونية أو فلسفية، لأنه تعبير عن عناصر واقعية وإجتماعية بين أطرافه في لحظة إبرامه، وهو بمثابة المبدأ الكلي الذي تتمثل أجزاؤه في أطرافه، ورابطة الإلتزام التي تربطهم.

للمحافظة على ثبات العلاقة العقدية يستند إلى بعث إستقرار العلاقات التجارية في حياة الأعمال (Vie des affaires)، وتحديد القيمة الإقتصادية للعقد تتوقف على عدم الإلمام بمخاطر الثقة الواجبة في المبـادلات: "لأنه إذا أصبح الأفراد لا يستطيعون الإعتماد على إلتزامات معينة، فإنهم يترددون على أي أمر يستندون أو يعتمدون في أعمالهم، بل سيكونون أشبه بالذين يسكن بيتا تفر فيه الأشياء، كلما أرادوا لمسها، وفـي ذلـك نهاية للمبادرات التي يلزمها حد أدنى من الأمن كي تتطور[1].

والفعالية الإقتصادية هي بالفعل المرآة العاكسة للتبادل العادل طالما أن هناك توازنا موضـوعيا فـي العلاقات التعاقدية، والذي لا ينظر إليه نظرة متجزئة، والأستاذ **Ghestin** بواسطة نظريته التأليفية (العـدل والمنفعة)، ينطلق من مسلمة ضرورة تأمين العقد من السلوك التسلطي أو التحكمـي (Arbitraire) الـذي يمكن أن يصدر عن الأطراف أو القاضي بالخصوص عندما يتعلق الأمر ببعض "الخانات الفارغة"[2]، والتي تنبئ " بمشاكل تنسيق في الحلول"[3]، لأن المعاملات محل التعاقد ترتب الكثير من اللاتناسب بين حل تـارة يقضي بالتعويض، وتارة أخرى يقضي من الكسب المنتظر.

ولعل التنسيق والجمع بين منفعة عقد تسمح فعلا بتنسيق فعال في هذا العقد، يمكن أن يقر بمساواة في الحظوظ، وهي مساواة بين الأطراف المتعاقدة، وهي العدالة[4].

ولعل هذا يذكرنا بالأهمية التي أولاها الفقه الوضعي للعدالة، عدالة توجه الشخص في علاقته بغيره، "فهي فضيلة عامة يتولى القانون تسييرها نحو الخير المشترك، وبواسطة قيمة واقعية أخرى هـي النفعيـة، أمكن التبرير بعدالة تبادلية تعترف للعقد كعلاقة مبادلات بين الأفراد، وهي مبادلات نـشأت بـشكل إرادي تخلله معيار وسطي عادل يكرس المساواة في الذمم[5]، ومن ثم كان من السهل الحكم على القـانون المـدني بحافظ القيم على أشكالها، فكل المبادلات التي نستقبلها، يجب أن تكون عادلة، ما دامت تتبع مقاسا متناسـبا مع ما يمنح في المقابل، والنقود وجدت لهذه الغاية، أما التبادل فهو المبدأ الـدقيق لتكـوين فكـرة العدالـة (التوزيعية)[6]، والعقد مثلا شكل بنية أساسية في تركيبة السوق[7]"، لأنه علينا البقاء على تقليد غيستيني أصبح

---

[1] Bonssellé, « Le contrat et l'intervention du juge et du législateur dans son exécution », non publier.

[2] Voir Ghestin (J), Traité, op.cit. PP.140 et ss.

- أنظر كذلك غيستان (جاك)، ترجمة القاضي منصور، مرجع سابق. ص ص 63 وما يليها.

[3] Ménard (Claude) .Imprévision et contrat de longue durée : Un économiste à l'écoute du juriste. Etude offertes à ghestin (J), L.G.D.J. Paris, 2001, P.664.

[4] Ghestin (J), Essai sur le droit, la morale et la religion, étude offerts à Jacques Duplichot, Bruylant, Bruxelle, 2004, P.165.

[5] Brousseau (Eric), l'économiste, le juriste, et le contrat, études offertes à ghestin (J), L.G.D.J. Paris, 2001. P.154.

[6] Ghestin (J), Essai sur le droit, la morale, et la religion, op.cit. P.165 et 166.

[7] Brousseau (Eric), « L'économiste, le juriste, et le contrat… », Op.cit. PP.153 et ss.

مبدأ عاما من المبادئ القانونية: "إذا كان علينا أن نتذكر أمرا (...) فهذا يسمح لنا بالتفكير في أن "المنفعة" و"العدل"، مبادئ جوهرية (Fondamentaux)، في النظرية العامة للعقد"[1].

ولعل شرح الظاهرة العقدية عند **Ghestin**، أخرجت طرحا من التزاوج بين قانونية العقد وإقتصاديته لأنه إذا كان –أي العقد– إتفاق إرادات متوافقة في المصلحة والغاية، فهذا لأنه يضمن: "التعبير عن الإرادة الحقيقية والفعالة للأطراف المتعاقدة"[2]. فإنه أيضا يصور- ويفترض كذلك– إحترام قاعدة العدالة في التبادل والتوازن في العقد، أي بمعنى ضمان عدم ترتيب اللامساواة بين الطرفين نتائج تؤدي إلى القبول بشروط تبادل مناقضة لمصالحهما[3].

مما سيجزئ فكرة العدالة العقدية على نتيجتين: **الأولى:** أن أي عقد –وهو إتفاق مبرم بكل حرية– يكون مطابقا لشكل لأدنى درجات العدالة، **والثانية:** حتى ولو لم يكن مفهوم العدالة معترفا به في المجال الإقتصادي إلا أن معيار الفعالية الذي يراعي مصالح الأطراف ومساواتها من عدمه، أدخلت لنظرية "الثمن العادل"[4]، مفهوما مرنا في شروط المبادلات وفكرة الأداء المقابل[5].

والعدالة تستخدم عادة في صيغة فردية: "إذا كان الأشخاص متساوين، فالحصص المترتبة عن علاقاتهم فيما بينهم تكون كذلك، وإذا كانوا غير متساوين، فالحصص تكون كذلك، والعدالة تعالج العوامل غير العادلة التي أفضت إلى هذه النتيجة"[6].

الفرع الثاني: مبدأ المنفعة أساسي لتوجيه العقد

هناك فكرة سلوكية في مجال العقود يعرفها الفقه- بمناسبة تحليل بواطن العلاقات- "بأن التصرفات الجادة الصادرة من إنسان سوي لا تقع مجردة من المنفعة، فالمنفعة غاية فطرية لا تتجلى النزعة الفطرية لدى الإنسان في شيء كما تتجلى في سعيه إلى تحصيل المنفعة من وراء تصرفاته[7]، وتستوي في ذلك أن تكون عامة أو خاصة، مادية أو معنوية.

---

[1] Ghestin (J), droit civil, op.cit. P.132.

[2] Brousseau (E), op.cit. P.161.

[3] Ghestin (J), droit civil,. Op.cit. P 132.

[4] Danchy (P), une conception objective, op.cit. P.275.

[5] ولعل أن تطور مضمون رابطة الإلتزام، أظهر الإعتبار لذلك التوافق بين الأداء المقابل (Contre prestation)، مع العدالة الإجتماعية، وإلا سيضطر القاضي التدخل لإعادة التوازن المتبادل، ورؤية قانونية كانت سباقة إلى وصف تلك العدالة، التي تحقق التوازن بين الواجبات والحقوق، أو توازن الآداءات المتبادلة.

- Voir dans ce sens, Villey. (Michel), questions de Saint Thomas sur le droit et la politique, Paris, P.U.F. 1987. P.147.

[6] Terré (François), l'inutile et l'injuste, étude offertes à ghestin (J) – Mélanges – L.G.D.J. Paris, 2001, P.866.

- Et aussi Ghestin (J), Traité. Op.cit. P.31, n°43.

[7] أنظر محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، ج02، ق02، ط02، مطبوعات محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1979، ص 218.

- وقد جاء إستعمال كلمة "المنفعة" في اللغة، عن ذكر الله الحكيم: "والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون" النحل. "ولكم فيها منافع كثيرة ومنها تأكلون" المؤمنون" (21). "ولكم فيها منافع ولتبلغوا عليها حاجة في صدوركم"، غافر (80).

وتعرف المنفعة بكل ما يعبر عن التحصيل بجلب المنفعة وعن الإبقاء بدفع المـضرة[1]، وآخـرون لا يرتكزون على مالية المنفعة وماديتها، في حين أن الرأي الغالب[2] يرى بعدم مالية المنافع وأنها لا تقوم إلا بالعقد أو شبه العقد[3].

ولعل لفكرة المنفعة جذورا في الفلـسفة المـسماة "النفعيـة"، (Utilitarisme)، والمنـسوبة إلـى، "**Germy Bentham**"، والتي يقرر فيها مبدأ توجيهيا مفاده: "أن كل التصرفات والأفعال يجب أن تحكم، وتقرر من خلال: "أكبر قدر من السعادة لأكبر عدد من الأفراد"[4]، وبذلك تكون المنفعة عند "**Bentham**"، ذلك المبدأ الذي يقرر بموجبه قبول أو رفض أي فعل بإعتبار ما يزيد أو ينقص من سعادة الجماعة، مع أن (جون ستيوارت) رأى في المنفعة ما يجب أن يتمثل في اللذة وحدها[5].

ولعل المعنى الإقتصادي للمنفعة، كما جاء على ضوء ما قدمه الفيلسوف "**Bentham**"، وكان لـه الأثر في توجيه الغايات الإجتماعية للبحث عما هو أحسن وأفيد من قبل الأفراد، وكون العقد قالبا للعلاقـات النافعة يستخدمها الأشخاص أداة ترخص لما هو نافع (طبعا في إطار المشروعية) (**أولا**)، كان لزاما تحديد النتائج الإيجابية لهذه الأفكار وتكريس صورة المنفعة العقدية (**ثانيا**).

أولا: العقد كأداة نافعة إجتماعيا وإقتصاديا

ولما كانت المنفعة ذات معنى يتطابق مع ما هو مقبول إقتصاديا - حـسب صـيغة "Bentham" - لأنها تعرف بقابلية الشيء –سلعة أو خدمة– على إشباع حاجة معينة، حيث تنتفي المنفعة إذا لم تكن هنـاك حاجة إلى سلعة أو خدمة ما، يمكن أن ترتب أضرار صحية أو إجتماعية[6].

---

[1] الرازي، المرجع السابق، ص 319.

[2] والذي جاء به المذهب الحنفي.

[3] نقلا عن ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط(2)، لبنان 2011، ص 23.

[4] ولعل الفقيه "Bentham" صاحب فلسفة المنفعة، قد عرفها بأنها "لفظ لمعنى معقول، وهو خاصية في الشيء، ويكون بهـا مجلبة لخير أو مبعدة عن الشر والألم أو سبب الألم، والخير هو اللذة أو سببها، والشيء الموافق لمنفعته شخص أو لفائدته هو الذي يؤدي إلى زيادة راحته وسعادته، كما أن الذي يوافق منفعة أمة بتمامها هو ما يـؤدي إلـى زيـادة راحـة أفرادهـا، وسعادتهم"، وذهب إلى "أن تحقق معنى المنفعة يأتي من مقابلة اللذائذ، والآلام في جميع الأعمال الفكرية".

- أنظر جيرمي بنتام، أصول الشرائع، ط(1)، ترجمة أحمد فتحي زغلول، المطبعة الأميرية، دون سنة، ص 18.

- Goyard – Fabre (s). La philosophie anglo-saxone, « La philosophie morale et politique : entre le contractualisme et l'utilitarisme, (sous la dir). De Meyer (M), P.U.F. 1994. Sect(3).

- Cf. Terré (F). L'inutile et le juste, op.cit. P.867 et ss, et Chamb (David), justice et droit dans la pensée de Rawls, op.cit. n°13.

[5] أنظر الموسوعة الفلسفية المختصرة، ترجمة فؤاد كامل وغيره، منشورات مكتبية، النهضة، بغـداد، 1983، ص ص 131، وخاصة 421-442.

[6] أنظر جيرمي بنتام، مرجع سابق، ص 18. وكذلك مجيد حميد العنبكي، أثر المصلحة في التشريعات، الكتاب الأول، جامعة صدام، العراق، 2001، ص ص 20-22، والموسوعة الفلسفية المختصرة، المرجع السابق، ص ص 421-442.

ولكن علينا التأكيد من فكرة عدم التوافق بين معنى المنفعة إقتصاديا، وقانونيا، حيث نعلم أن القـانون لا يكتفي بأن تكون المنفعة قابلية إشباع حاجة ما، بل يجب أن تكون ذات صفة مشروعة، وهو ما يخـالف فعلا المنفعة ذات الفحوى الإقتصادي، فالمخدرات توفر منفعة يعتد بها إقتصاديا، ومع ذلـك لا يعتـد بهـا القانون في المعاملات فلا يرخصها[1]، بمعنى آخر عندما لا يقر القانون المنافع غير المشروعة، فهو لا يأخذ معناها الإقتصادي، ولكنه يجعلها تندرج من مستوى الرخصة[2]، إلى الميزة والمنفعة الإقتصادية المشروعة[3] إلى مستوى ثالث وهو سلطتي الإستعمال والإستغلال[4]، وأخيرا إلى درجة المنفعة كحق عيني[5].

ولأن المفاهيم التي جاءت في مسألة المنفعة غير دقيقة، لأنها لم تربطها بنتيجتها أو وسائلها، فعلينـا تقرير صحة تلك الفكرة التي تستلزم الملاءمة بين المنفعة وهدف الساعي إليها[6]. أي "بـين قابليـة الـشيء الكامنة فيه إشباع الحاجة وحدها، وبين الغاية المراد تحقيقها من وراء الإنتفاع، فمثلا إذا إتخذ منزل معـين محلا للعقد (شراء، أو إيجار، أو عارية...الخ) فلأنه يحقق قدرة على إشباع الحاجـة للـسكن (الإسـتعمال والإنتفاع)، مع الرغبة من وراء هذا العقد، مما يستلزم الملاءمة، مع هذه المنفعة، وإذا تعمقنا في مفهومها، لوجدناه يتخذ صورتين تحدد أن علاقته بفعالية[7] العقد: **أولاها**: ويتعلق بالإنتفاع بالإمكان (أو بالقوة) والذي يحقق إمكانية الإنتفاع دون إنتظار وقوعه خارجا (أي الإكتفاء بما هو لذة داخلية)، **وثانيها**: الإنتفاع الفعلـي أو الواقعي، والذي تنبنى عليه طرق الحصول عليها أو تسليمها والذي يكون فيها التسليم ماديـا أو معنويـا حكميا، فالمستأجر الذي يخلي العين المؤجرة يلتزم ببدل الإيجار المسمى أو بدل المثل، حتى ولو لم يستعمل العين، فهو من فوت المنافع على نفسه، ولو عند غياب المانع من إستيفائه.

وبعيدا عن الإفراط الإقتصادي في مفهوم المنفعة على يد الفلسفة النفعية البنتامية، أمكن تصور "العقد كما يقره القانون كمنفعة إجتماعية وإقتصادية"[8]. فإتفاق الإرادتين هو أداة لعمليات نافعة فعلا، نظرا لتحقق

---

[1] أنظر محمد بن عمر بن الحسين الرازي، مرجع سابق، ص ص 319 وما يليها.

[2] أنظر محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون تـاريخ، ص 23، وكذلك الرازي، مرجع سابق، ص 218.

[3] أنظر راشد البرادي، الموسوعة الإقتصادية، ط 01، دار النهضة العربية، دون مكان النشر، 1971، ص 460.

[4] أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ج (8)، منشورات الحلبـي الحقوقيـة، بيروت، لبنان، 1998، ص 496 وما بعدها.

[5] المرجع نفسه.

[6] Chambe (David), op.cit. n°13, et Ghestin (J), Traité, op.cit. PP.20 et ss. Et Ménard (Claud), Imprévision et contrats (…), op.cit. P.664, et le même auteur dans son article intitulé: « Le pilotage des formes organisationnelles hybrides », Rev. écon, 1997. PP.741-751.

[7] أنظر ضمير حسين ناصر المعموري، مرجع سابق، ص ص 29 و30.

[8] أنظر جرمي بنتام، مرجع سابق، ص ص 19 وما يليها.

- Chambe (David). Justice et droit dans la pensée de (J) Rawls, R.R.J. 2003, N° 93.

التوازن في العناصر الواقعية والمادية للعقد[1]، وهو ما يعبر عنه بالمفهوم الواقعي للعلاقات التعاقدية التي راحت تميز النماذج الأساسية من العقود الخاصة (كالبيع، القرض، والوكالة)، وتحولت إلى نماذج فعلا رئيسية: "ما دامت تحقق حاجات أساسية للأفراد وحياتهم الإجتماعية"[2].

وأي إقصاء لهذه الفائدة يفضي إلى سلوك تسلطي من أحد الأطراف، فهل يمكن تصور إبرام عقد قرض دون أن يرتبط ببعض المنافع والفوائد، كما هو الحال بالنسبة للفائدة أو النسبة المئوية المرجوة وراءه؟، أو فكرة التسليم الفعلي في عقد العارية أو الوديعة التي تعبر عن أهمية "نقل القيمة" (Déplacement de valeur)، أو ما يتعلق بنقل القيمة من ذمة مالية إلى أخرى، مثلما هو الحال بالنسبة للبيع، وحتى هذا الأخير قد عرف تطورا ملحوظا فيما يعرف "بالأشكال الهجينة للعقود"، "الإمتياز – الفرانشيز" (Franchise)، وغيرها من العقود التي تتميز بتنسيق في الإجراءات أو تتطلب خصائص خاصة في المنتوجات محل التعامل فيها، أو تتوقف على زمن معين، فهذا يعني تنوعا في الكيفيات الممكنة في تحديد الثمن عند الأستاذ "**Ghestin**"، لكنه في الحقيقة يدل على تنوع في أهمية القيمة والتبادل، والتي كانت أساسا مركز الصورة قاصرة في العقد، كون القانون لا يهتم بعملية التبادل، الملبي لحاجات ملموسة، ومرضية في العقد[3].

ولعل التبادل مفهوم -لما ساقه من مضمون واسع -يتعلق بعملية أحادية الجانب تكون غايتها إقتصادية، فهو يعبر خاصة بالنسبة للقانونيين القدامى[4]، مظهرا للعقود التبادلية (Synallagmatiques) بمضمونيها الإقتصادي والقانوني، بيد أن التبادل أيضا منظورا إليه بمنطق "أسلمك شيئا ما من أجل أن

---

[1] Ghestin (J), Traité, op.cit. P.205. n°231 et ss. Et Ghestin (J), L'utile et le juste, dans le contrat, op.cit. PP.36 et 37.

أنظر كذلك الدكتور محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، مرجع سابق، ص,214، وكذلك كان منطق الفلسفة النفعية التي أرجعت الفضل في إدماج الفلسفة النفعية في القانون والإقتصاد السياسي، بحيث أصبحت غاية القانون والإقتصاد السياسي هو تحقيق أكبر قدر من السعادة لأكبر قدر من الناس مع أقل قدر ممكن من الألم، والسعادة تقصد به هي السعادة المادية بمعنى الإشباع المادي لحاجات الإنسان، ولا يدخل ضمنها النواحي الروحية على رأي فلسفة أبيقور.

- أنظر الموسوعة الفلسفية المختصرة، ترجمة، مرجع سابق، ص ص 131 وما يليها.

وحتى الموسوعة العلمية جاءت بالتعريف المادي لفكرة المنفعة التي تفيد معاني الربح والحصول على المميزات المادية، وفكرتين كهذه تعبر عن إقتصادية المنفعة، ولكنها عندما ترتبط بالربح (Profit)، فهو الحصول على ميزة مادية والكسب والإفادة سواء من تجارة أو شراء أو مبادلات.

- Diderot et d'Alembert : encyclopédie en dictionnaire raisonné des sciences des arts et des métiers, Genève, 1979, Villey. PP.261 et 262.

[2] Villey (Daniel), petite histoire des grandes doctrines économique, Paris, 1958. P.115. et Ghestin (J) et goubeaux (Gilles). Op.cit. n° 24.

[3] Ghestin (J), L'utile et le juste dans les contrats, op.cit. P.42 et Ghestin (J), et Goubeaux (Gilles), op.cit. n°24.

[4] Cité par Ghestin (J), Traité, op.cit. P.206. n°231, et revenant à la thèse élaborée par Ponchon (J-M), histoire doctrinal d'échange et le contrat. L.G.D.J. 1985. N°25 et ss.

تسلمني شيئا آخر"[1]، والآخر يضيق من مفهومه الذي يقتصر على تحقيق نقل حقيقي لقيمـة التبـادل، ممـا استتبعه التمييز بين فئة العقود المسماة، وغير المسماة، حيث تكون هذه الأخيرة محـلا للتبـادل بـالمفهوم الضيق.

أما التطور اللاحق فقد أدخل بعض العقلنة على هذا التصنيف وإستبدل بتـصنيف العقـود بعـوض (نموذجا للتبادل بمفهوم أرسطو)، والعقود المجانية من ناحية أخرى، وبذلك سيكون العقد بعوض تبادل للقيم والمنافع أكثر من كونه تبادلا للرضا[2]، وبهذا يتأكد لنا المبرر الذي جاء به الأسـتاذ "**François Terré**" لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ يرى "أن هذه الخاصية" لا تتأتى من التعهد (أي الإلتزام)، ولكن من القيمـة أو الأهمية التي يمنحها القانون لهذا التعهد، وهي قيمة ذات قاعدة خارجية[3].

ولعل صحة هذا التبرير يعود بنا إلى الطرح التقليدي بمثاله الذي عرضه **Grotius**: "هناك تقـسيم للعقود، يكمن في التمييز بين الأعمال المجانية والنافعة من الجانبين"[4]، والمنفعة يدل عليها بـالتعبير عمـا يحقق التبادل.

ولأن التبادل هو ما يحقق مضمون المنفعة قانونا، حيث يظهر فيها هجران للمنفعـة الإقتـصادية،مما أدى بواضعي القانون المدني وأولهم القانون الفرنسي، للتخلي عن التبادل كعملية، بدليل أنه بقـي الإهتمـام بالبيع باعتباره شكلا له، مما دفع مرة أخرى بالإقتصاديين"لإعادة الإعتبار لمضمون التبادل، بالخـصوص لطابعه "الواقعي"[5]، لأن الشخص الذي يقوم بالتبادل هو شخص له رغباته وحاجاته، أكثر مما له إرادتـه[6]. وبحثا عما هو ضروري لأنه، أي التبادل، تبادل قيم لا تبادل حاجات، مما أدخل مفهوما واسعا للتبادل أثـر على القانون الوضعي للعقود، أصبح يضرب به المثل بما جاء في القانون العام "الدولة وهي منتجة للخدمات والمنافع تقوم بمبادلتها بالضرائب التي تطلب من المكلفين بدفعها"[7].

ولعل أثر التحليل الإقتصادي على الفقه والإجتهاد القانوني، ولم لا النص التشريعي في حد ذاته فـي مسألة "المنفعة"، بل "التبادل"، يظهر من خلال ذلك التخصيص لوصف العقد بالمبادلة الإقتصادية، وكيف أن

---

[1] وهذا ما يعرف "بتبادل الوظائف" (Permatatio) الذي يفترض عدم تولد عقد إلا بعد تنفيـذ الطـرف الآخـر إلتزامـه، وبالعكس صحيح، ويرتب هذا المفهوم الضيق للتبادل، عقدا نوعيا يترجم بالتسليم المتبادل لحاجات يقينية.

- Ponchon (J-M), op.cit. PP.30 et ss.

[2] ربما هذا ما ساد القرن (15)، وتأثر به القانون الطبيعي حين حاول الجمع بين فكرة العقد كتبادل للرضا الموجود منذ إتفاق طرفين.

- Ponchon (J-M). Op.cit. PP.80-84, et aussi les remarques faites par Ghestin (J), en question, Traité, op.cit. P.27. n°232.

[3] Terré (F), Les obligations. Droit civil, éd, Dalloz, 1996. P.25.

[4] Cité par Ponchon (J-M), op.cit. PP.142 et 144.

[5] Ponchon (J-M), op.cit. P.236.

[6] Oppetit (B), Droit et économie. Arch de Ph. dr. 1992. dr. écon. PP.17 et ss. Voir Ghestin (J), L'utile et le juste. PP.42 et ss.

[7] Cité par Ghestin (J), Traité. Op.cit. P.208.

المشرع أصلا وفي نطاق القانون المدني يعترف بالعقد التبادلي (Contrat synallagmatique)، فـنص المادة **55** من القانون المدني، تقرر بأنه "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الإلتزام ببعضهما البعض"[1]، وهذا بالفعل وجه من الأوجه التي أكدها الأستاذ "**Ghestin**" لما ربط القوة الملزمة بمـصدرها التبادلي أي المنفعة المتبادلة، وهو كذلك يعبر عن وظيفة إقتصادية للعقد[2]، وكذلك ما هناك من دلالة أيـضا في المادة **58** من القانون المدني، بشأن تعريف العقد بعوض: "عقد يلزم كل واحد من الطرفين إعطـاء أو فعل شيء ما"، ورغم الإختلاف الجوهري في عمق كل من الصنفين، لكن التركيز يجب أن يتجـه لمعيـار تحقيق تبادل إقتـصادي يكـون العقـد أداتـه الأساسـية[3]، وهـذا مـا فـسره الأسـتاذين "**Maury**" و"**Demolombe**"، بمناسبة تعريف العقد "كعملية إقتصادية مبنية على التوازن الموضوعي أو الذاتي للقيم المتبادلة[4]، ثم إن العقد تبادل قيم.

ثم إنه كذلك، يمكن الرجوع إلى تحليل المفهوم المبهم الغامض لنظرية السبب وفقا لمعيـار التبـادل، وكيف أن الفقه التقليدي ربط مفهوم السبب "بدافع المتعاقدين"[5]، وهو الدافع الذي يدفع الشخص لإجراء عمل أو عقد ما حتى ولو كان تحت طائلة تغير الظروف وبالنسبة لكل طرف، مع أنه ظهرت مفاهيم مجاورة له، كالسبب القصدي أو المباشر الذي يتعلق بالمبرر الإقتصادي للتعاقد.[6](Raison économique)، أو كـذلك السبب الإنشائي المرتبط بمصدر خارجي، وهو لا مجال للكلام عنه في مسألة المنفعة، إلا أن غياب الفهـم الدقيق في القانون الفرنسي، دعى ببعض الفقه خاصة الفقيه "**Planiol**"، إلى التشكيك بمنفعته، لأنـه فـي

---

[1] « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les parties s'engagent réciproquement les unes envers les autres, en vertu de l'accord intervenu entre elle », voir Seriaux (A), la notion de contrat synallagmantique, Mélange de ghestin (J), L.G.D.J. 2001. P.777.

وينافضه العقد غير التبادلي أو الملزم لجانب واحد، المادة (56) ق م ج، وهو الذي يلزم شخصا أو عـدة أشـخاص دون أن يكون ثمة تبادل في الإلتزام من هذا الشخص.

- Civ. 3e. 8 Mai 1974. D.1975. 305 note. Larroumet.

[2] Ghestin (J), Traité. Op.cit. P.234.

- أنظر هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، ج02، منشورات الحلبي الحقوقيـة، 2008، لبنـان، ص ص 27 و28.

[3] أنظر محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية، مرجع سابق، ص ص 216 وما يليها.

[4] Ponchon (J-M), op.cit. PP.235-236 et 832.

[5] Ghestin (J), Traité, op.cit. P.210 et son ouvrage, intitulé, Cause de l'engagement et validité du contrat, Delta, L.G.D.J, P.90.

- أنظر جاك غيستان، مرجع سابق، 236، وسياتي تفصيل ذلك لاحقا.

[6] أنظر محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقيـة، ط01، 2004، ص 37 وما يليها، وكذلك هدى عبد الله، مرجع سابق، ص ص 38 و39.

- Ghestin (J), cause de l'engagement, op.cit. PP.154-160.

نظره لا وجود لإلتزام يمثل سببا لإلتزام آخر في الوقت الذي ينشأ كولادة التوأم في آن واحد[1]، لولا أن كلا من "**Lucas**" و"**Colin**" أعاد أمجاده بأكثر واقعية، لأنه يشكل – أي السبب - قيمة أو فائدة.

والأستاذ[2]"**Gaudet**"، يراه قيمة إقتصادية تتعلق بالعقود بعوض فقط[3]، ولولا تطور قانون إقتصادي أو قانون أعمال الذي أعاد أمجاد إقتصادية التبادل، وأوضح حدود المنفعة في العقود.

وأخيرا، تشكل المبادلات أيضا منفعة إجتماعية تضاف إلى شقيقتها السابقة في المقصد (الغاية الإقتصادية)، إذ أنها هي التي تبقي للعقد عنصره النوعي، إلا أنه على هذا الصعيد، هناك القليل من السمات المشتركة بين عقد العمل مثلا، والبيوع الواردة على العقار، أو بين البيع الفوري، والبيع المؤجل[4]، في حين أن هناك، عدة عقود أخرى لها تماثل أكبر فيما بينها، كما لو كان الأمر يتعلق بوضع المستفيد من حق البقاء بموجب القانون المدني، والمستأجر أو البائع والمؤجر في البيع بالإيجار، ... وغيره، ولولا ضابط المنفعة الإجتماعية التي تتجه لاحقا إلى مبدأ "الخير العام" لما أمكن ملاءمة العقد بوظيفته الإقتصادية التي خلفت له بيئة غير يقينية إلى بيئة نظامية يتم فيها تقسيم "الوظائف والأشياء بشكل متوازن"[5].

ثانيا: تنوع مظاهر المنفعة العقدية

إن ذلك الإختلاف في فهم حقيقة المنفعة أدى إلى الإختلاف في تحديد المعيار المناسب- وعلى رأي "**Bentham**" - "لأن الناس إختلفوا كثيرا في فهم المنفعة، وتقديرها حق قدرها، لذلك تشعبت مقدماتهم، وتباعدت نتائجهم"[6]، وإن كان الأمر يتعلق بالمنفعة الخاصة، أو الفردية، التي قوامها الخير الدائم في اللذة[7]، فهي صالحة في مجال نظرية: "العقد الحديث"، والذي يؤكد رائدها الأستاذ "**Guillaume d'occon**"، "أن الأفكار والعلاقات بين الأفراد ليس لها وجود موضوعي خارج ذاتية الفرد، فالفرد هو الذي يخلق هذه العلاقات، ويمنحها الأسماء والتناسق الذي هي عليه (...) فالجماعة الإنسانية مجموعة من الأفراد، والذين يمثلون وحدات منعزلة أو أرخبيلات متباعدة (...) هي شكل من "ركام التراب"، وإجتماع عدد منهم لا يعني

---

[1] أنظر محمد علي عبده، مرجع سابق، ص ص 38 و39.

- Ghestin (J), cause de l'engagement, op.cit. PP.154-160.

[2] Ghestin (J), Ibid, PP.108-145. Et Ghestin (J), Traité, op.cit. P.208.

[3] Ibid. Aussi, dans ce sens, Mazeand (D), « La cause » in 1804-2004. Le code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004. P.459.

[4] Ghestin (J), Traité…Op.cit. PP.211 et 213.

- أنظر ضمير حسين ناصر المعموري، مرجع سابق، ص ص 33-40، وعبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 06، م 01، الإيجار والعارية، منشورات ىالحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 13.

[5] Ménard (claude), op.cit. P.66, et Chambe (D), op.cit.

- أنظر محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية، مرجع سابق، ص 232.

[6] أنظر بنتام جيرمي، مرجع سابق، ص 17.

[7] الموسوعة الفلسفية المختصرة، مرجع سابق، ص ص 430-441.

خلق كيان عضوي جديد[1]. وبذلك يكون العقد شكلا للعلاقة بين الأفراد[2]، حتى أنه لا يسمح بتدخل أحد ولـو كان القاضي نفسه، لأن إعادة تنظيم تلك العلاقة بدعاوى خيالية بمبررات غير عادلة للفرد، مثل المـصلحة الإجتماعية غير لازمة، في حين أن المصلحة الإجتماعية هي مصلحة أفراد ويترتب على انتفائهـا انهيـار المصلحة الاجتماعية، ولعل هذا ما وصفه رأي "**Rawls**" بشأن النتيجة المترتبة عن نفعية العقـد، وهـو الإنتهاء إلى تنوع في النفعية إلى حد أنها تفرض قيودا وضوابطا على الشخصانية[3]، والـذي تتخلـف فيـه المصلحة المبررة للإدعاء أمام القضاء، فكما لو كان الأمر يتعلق بطلب تنفيذ حق مرور إلى الطريق العام، كان هناك تعاقد عليه بين مالكي العقارين المتجاورين، عندما يشق الطريق العام بمحاذاة عقار المـدعي، إذ يصبح مثل هذا الإدعاء، دون فائدة، وما الإصرار عليه إلا إساءة إستعمال الحق الناتج عن العقد.

وبعبارة أخرى، إذا كان العقد وسيلة لتبادل المنافع، فإن ما يبرره هو تلك الفائدة المادية التي يجنيهـا كلا طرفيه، ونحن نعلم أن مالك عقار قد يرضى ببيعه، لأنه يرغب في قبض ثمنه، بينما المشتري يرغـب في إمتلاكه، ويوافق على نقل قيمته النقدية من ذمته المالية لتدخل في ذمة البائع المالية.

ومما يلاحظ عليه أنه إضافة إلى الفائدة الشخصية من العقد لكلا طرفيه، يعتبر العقد كذلك ذا منفعـة عامة كوسيلة تبادل في العلاقات المالية، والذي يدفع بالمشرع إلى الحرص على توفير الثقة به من خـلال إلزاميته، والحرص على سلامة التعامل بين الأشخاص، وهو الذي يؤكد مرة أخرى حرص المشرع المدني على تتبع كل عقد مخالف للنظام العام، والآداب العامة أو مضر بالمتعاقد الآخر.

ثم إن هناك موضوعا بهذا الصدد يطرح ويتعلق بما إذا كان القانون يكفل الحمايـة لجميـع صـور المنافع؟ أي المنافع ما يصلح أن يكون محلا للإلتزام العقدي ؟، وبالرجوع إلى أصل هذه المـسألة، فالفقـه الإسلامي كان سباقا إلى إشتراط أمور في المنفعة معلومة[4]، حيث يستلزم علما نافيا للجهالة المفضية للنزاع بأوصاف هذه المنفعة ومحلها ومكانها ومدتها وغرضها، فعقد الإيجار وارد في الإنتفـاع بالـشيء، ممـا يستوجب معه العلم بنوع الإنتفاع للسكنى أو الزراعة أو الإستغلال المهني، ... وغيرها. كما يجب أن يكون إستيفاء المنفعة مقدورا عليه[5] دون مانع شرعي أو مادي، إذ لا يجوز أن يرد البيع على محل غير ممـلـوك للبائع، أو شغل الأمكنة المستأجرة للغير بغير وجه حق. ثم إنه يتعين أن تكون مقصودة، حيث إعتاد الناس

---

[1] Delivaux. (Paul), L'utile et le juste dans les droits de l'homme révolutionnaire, Arch. ph. dr. T.26. 1981. PP.223-252. Notamment P.250.

[2] Cf, Terré (F). L'inutile et l'injuste. Op.cit. P.867.

[3] Cité par Chambe (David). Op.cit.

[4] أنظر ضمير حسين ناصر المعموري، ص 33، راجع في هذا الشأن المواد: 470، 471، 474، 476 و478.

[5] نفس المرجع السابق، ص 34، والمواد: 327، 400، 505 و514.

على التعامل بها[1]، وهناك ما يخصص أكثر في ضرورة ملكية هذه المنفعة، نظرا لإمكانية إنفصال ملكيـة الشيء أو العين عن ملكية المنفعة[2].

غير أن إتفاق الإرادتين على منفعة معينة هي التي تبرر عموما وصف العقد وفائدته، لتتـدرج مـن التعبير عن المستوى النفسي للمتعاقدين إلى المظهر القانوني ثم إلى درجة واقعية، إعتيد فيـه النظـر إلـى الوجه العام للعقود بمنفعة محددة، حتى وإن اختلفت مضامينه حسب طبيعة كل عقد، وعلى الأرجح يرجـع هذا الإشتراك العام أو التوحيد بين طبائع المنفعة إلى مصدر، وهي المفاوضات "التي تعـد تنظيمـا أوليـا للعلاقات الإجتماعية[3]، أو نوعا من "التسوية الإجتماعية"[4] التي ينادي بها منذ وقت طويل **Rocard**، مـن أجل إبرام عقود حقيقية.

وهذا الإتجاه تعبير عما جاء من الأستاذ "**Cohen Tanugi**" في تشديده على المفاوضة حقـا مـن أسهل الطرق نحو المجتمع العقدي[5].

وإذا كان هو هذا المبدأ المستقر، إلا أننا نعلم أن تنامي السياسة العقدية والإقتصاد النمطي والتنظيمي، جاء بصنف عقود يكثر فيه النقاش، وحتى التشكيك في مدى البقاء على فكرة المنفعة، والأمر هنـا يتعلـق بعقود الإذعان، التي يصفها البعض "بالعقد المزعوم"[6]، كونه ينجز بإرادة أحادية (فرديـة)، بـسبب غيـاب المفاوضة فيه، وهذا يراد به تغييب فرصة المتعاقد الآخر في نظر وتقدير معرفته بالمنفعة الخاصـة بـه[7]، وهو صورة للعقود النظامية التي ينتظر لها القبول بها، بيد أن السائد في فقه القانون المدني يقـر ببديهيـة فرضها على الواقع العقدي، بأن"أن الرضا المتميز يصنع العقود المتميزة"[8].

---

[1] أنظر المواد 356 ق م ج، و365، 471.

[2] أنظر ضمير حسين ناصر المعموري، مرجع سابق، ص 38، راجع في هذا الشأن الحالة تتعلق بتصرفات الفضولي (المواد 154 وإلى 157)، أو تصرف المريض مرض الموت (م 408)، وبيوع الشركة (404 إلى 407)، بيع ملـك الغيـر (397 و398)، وغيرها.

- أنظر ضمير حسين ناصر المعموري، مرجع سابق، ص 38.

[3] أنظر جاك غيستان، مرجع سابق، ص 242، رقم (240).

[4] Cité par Ghestin (J), Traité, op.cit. P.213, n°240.

[5] Ibid, P.214. n°242.

[6] Ibid.

- وهو الوصف الذي جاء به الفقيه (Salleiles).

[7] Ghestin (J), « L'utile et le juste… », Op.cit. PP.24 et ss.

- أنظر كذلك محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، 1998، ص ص 30-34، وكذلك سعيد سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة، 1998، ص ص 26 وما يليها.

[8] Carbonnier (J), obligations, op.cit. n°33.

كما أن عقد الإذعان حتى ولو فقد صفته أو طبيعته العقدية، لكنه عقد يحترم في كل الأحـوال[1]، وإلا ما الداعي بالمشرع إلى أن يتتبع حالات التعسف الناجمة عن اللامساواة الطبيعية بين المتعاقـدين، وتـدخل الطرف القوي بشروط تجعل من العقد غير متوازن في سبيل مصلحته، الأمر الذي يستدعي تدخل السلطات العامة، كما هو الحال بالنسبة لحماية فئة المستهلكين، أو القاضي لإعادة إرساء التوازن من جديـد، الأمـر الذي يؤكد من جديد فكرة ملاءمة المنفعة مع بيئتها، ولأنه في الأخير عودة ورجوع إلى إعتبارات المنفعـة الإجتماعية والعامة.

تجدر الإشارة إلى نسبية صلاحية العقد في الشأن الإقتصادي كأداة قانونية للتنظيم المهني بسبب تدخل الدولة لتحقيق أهدافها الإقتصادية، وهو كثيرا ما يرفع عن تلك العقود وصف العقود الحقيقية[2].

ونحن نفضل الإبقاء على تسميتها بـ "اللامتساوية" التي لا تحتاج إلى وصاية لفرض إرادتها عليهـا، في ظل مسلمة لا يمكن نكرانها مهما تغيرت أدواتها ووسائلها إلى "أن من قال عقدا، قال حرية ومـساواة"، وهو ما يبرر لدى الأستاذ "**Ghestin**" نظرته المرنة، في أنه لا المفاوضة معيار أساسي للعقد، ولا للعقود المنظمة معيار لإقصاء العقد عنها[3].

الفرع الثالث: محاولة التوفيق بين "النافع" و"العادل"

إذا كان مبدأ العدالة يقتضي وجود توازن بين الإلتزامات المنبثقة عن العقد، بحيث لا تسمو مـصلحة عن أخرى، ولا يغتني طرف على حساب طرف آخر، فإنه من الأصل التعادل في المنـافع التـي يجنيهـا أطراف العقد.

إذا تعاقد طرفان على موضوع معين، فإن كلا منهما يصبو إلى تحقيق المنفعة التـي يرغـب فيهـا، وبالتالي إذا حصل خلل في تعادل المنافع وكان سببه عامل الخداع أو الغلط، إعتبرت الإرادة المنشئة للعقـد معيبة، ويصبح الإختلال وضعا يحي فيه ذلك التلازم بين الفائدة من العقد والصفة العادلة، ونحن لا نـرى من الصيغة التي جاء بها الأستاذ "**Ghestin**" إلا تسوية توفيقية بين مفهومين، مادي وأخلاقي أكثر منـه (**ثالثا**)، لكن نتساءل في بعض الحالات عن مستوى التنافس الذي يحدث بينهما إلى حد أن يـصل التجـاوز بينهما، مما يؤثر على آثار العقد (**ثانيا**)، ولكن يجب أن تفسر هذه العلاقة على ضوء تفسير أسـاس العقـد بواسطة مبدأين أساسيين كالمنفعة والعدالة (**أولا**).

---

[1] Berlioz (G), Le contrat d'adhésion, th. Paris. 1976. L.G.D.J. et Cornu (G). obs. Rev. Trim. dr. civ. du 1977. P.341.

[2] « Il n'ya pas de contrat dès l'instant, que le contenu de celui-ci, n'est pas l'œuvre comme des deux parties, cet auteur considère que la volonté doit être l'élément décisif du contrat et surtout, que cet contrat est défini par un accord de volonté entre deux parties égales », Carbonnier (J), op.cit. P.69. n°49. Voir aussi, Testu (François Xavier), « Le juge, et le contrat d'adhésion, J.C.P. 1991. n°18. 3673, PP.197 et 198.

[3] Ghestin (J), Traité, op.cit. P.215. ainsi que Ménard Claude, op.cit. P.668.

أولا: الطبيعة التأسيسية للمنفعة والعدل لصالح القوة الملزمة للعقد

لما كان العقد وسيلة للبحث عن السعادة المادية للمتعاقد وعدالته، فهذا يقاس بمدى ما جناه كل متعاقد من نفع مادي، وما تجنيه من ألم من منظور فردي بغض النظر عن المحيط الإجتماعي، أو ما يسميه الأستاذ "**Lalande**" بـ"المنفعة الإجتماعية للعقد"[1]، والتي يمكن السعي إلى مطابقتها مع مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، تكون العدالة العقدية وسيطتها، وإعطاء هذه الأخيرة مدلولا إجتماعيا هو ما يؤسس العقد على أرضية واقعية.

وتعني العدالة العقدية أيضا" إشتراط تحقق منفعة مالية للمتعاقد"[2]، لأنها بهذا الوجود تعبر –أي العدالة– عن التوازن الإقتصادي بين الآداءات العقدية، بغض النظر عن إمكانية عدم التكافؤ الإقتصادي خارج نطاق العقد، لأن جوهر العدالة العقدية، تحقيق لمنفعة مادية للمتعاقد الآخرحينما تتناسب مع الأداء المطلوب منه القيام به.

بالاستناد على أرضية قانونية للعقد في نظرية "**Kelsen**" بأن العقد يستمد قوته الإلزامية من إرادة المشرع في فرضها الجزاء على الإخلال به[3]، فإن هذا ما دفع بالأستاذ "**Ghestin**" إلى ربط تحقق القوة الملزمة بشرطي المنفعة والعدل[4]، فالعقد ملزم لأنه نافع ولأنه عادل على حد سواء.

فمثل الوضع الذي يفرض فيه تحقق فعالية العقد، يتعلق الأمر بحماية الأشخاص القصر أو ناقصي الأهلية أو عديميها في التصرفات الواردة عليهم، أو منهم، والأخذ بعين الإعتبار ثروتهم، وحسن أو سوء نية المتعاملين معهم، وخاصة منفعته العملية أو عدم منفعتها بالنسبة لهم، فالمواد **87 و88 و89** من قانون الأسرة الجزائري[5]، وهي تفرض الإذن بالتصرف في أموال القصر أمام الجهات القضائية المختصة، تكريس ومراعاة لمصلحة القاصر، ولو كان ذلك على حساب قوة الرابطة الدموية بين القاصر ووليه (أبا أو أما)[6]، حيث أن المشرع يعزز تلك المنفعة، بما جاء في المادة **90** من قانون الأسرة، عندما يذكر بأن مصلحة القاصر فوق كل إعتبار يترتب عليها تعيين متصرف خاص قضائيا في حال ثبوت تعارض هذه المصلحة مع مصالح الولي، فالمسألة تتعلق ببيع عقار وقسمته ورهنه وإبرام المصالحة، أو بيع المنقولات

---

[1] Lalande (André), Vocabulaire Technique et critique de la philosophie. Paris. P.U.F. 1975. V. Utilitarismes et utile.

[2] Ghestin (J). Traité, op.cit. P.202.

=أنظر كذلك محمد محسوب، أزمة العدالة، مرجع سابق، ص 223، يذكرنا المؤلف هنا بالعقد الروماني، والذي يشترط تضمنه منفعة مالية (Intérêt pécuniaire) والتي لا تكفيها منفعة أدبية فقط.

[3] Ibid. P.203. n°226.

[4] Ibid.

[5] وقد نظم المشرع النيابة الشرعية في قانون (05-09) في الكتاب الثاني من قانون الأسرة والمؤرخ في (2005/05/04).

[6] Pour plus de détail, voir Ben melha, Le droit algérien de la famille. éd. O.P.U. Alger, 1993, P.142-243.

- أنظر كذلك عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، تالة، الجزائر، 2007، ص ص 250 وما يليها.

ذات الأهمية الخاصة، وكذلك إستثمار أمواله بالإقراض والإقتراض، أو كذلك إيجار عقار القاصر لما يزيد عن ثلاث سنوات.

بيد أن كثيرا من العوامل الموضوعية حثت على تبني المنفعة العامة أو الجماعية، وقبولها كمعيار للمنفعة العقدية، بدءا بالفلسفة النفعية المقدمة (**بنتام، جيمس مل، وجون ستيوارت مل**)، والتي تقول بضرورة تعميم اللذة، وتحقيقها لأكبر عدد من الناس، "وبواسطة هذا المستوى فقط يتم قياس قيمة كل نظام أو تشريع أو مؤسسة ما، بما فيها العقد"[1].

وبمعنى آخر، تكون المبادلات نافعة إجتماعيا، طالما كانت متوافقة مع المنفعة العامة أو المصلحة العامة، وهي فكرة يسهل تقبلها، والدليل على ذلك فكرة "النظام العام"، كقالب للمنفعة العامة تمثل إرادة الطرفين من العقد لها، وذلك تطبيقا وإعمالا لشرعية "مبدأ تبعية العقد"[2]، حتى مبدأ الحرية العقدية لا يجوز له المنازعة فيها أو تفسيرها حصريا[3].

ولعل الفائدة من وراء تكريس المنفعة الإجتماعية، هو أن يمنع الحصول على نتيجة معاكسة للمقاصد الإجتماعية بسبب إستعمال الحق داخل حدوده القانونية[4]، كما لو تعلق الأمر بمقاطعة المفاوضات عن سوء نية، أو إساءة الإستعمال عند تنفيذ العقد، بطلب التنفيذ الصارم، والدقيق له، أو إدراج شرط عدم المنافسة ... أو غيره.

وفي هذا السياق، عندما ينص القانون على أن الإستعمال التعسفي للحق يتضمن فعلا أو تصرفا بقصد الإضرار بالغير، ولكن بالخصوص أيضا، عندما يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، وكذلك إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة[5]، حيث تنتفي من العقد، والأمر ينطبق على مسألة مراعاة المنفعة التي أعطى لها المشرع وصف "المصلحة" في قانون الأسرة، بالنسبة لباقي صور النيابة (كالوصاية)، التقديم وغيرها، والرجوع إلى الأحكام العامة في القانون المدني، أيضا يعاين فيه الإستناد إلى فكرة المنفعة، فالمادة **2/103** ق.م، عندما تقضي بآثار البطلان كحكم عام وهو إعادة

---

[1] أنظر ضمير حسين ناصر المعموري، مرجع سابق، ص ص 30 و31. ومحمد محسوب، أزمة العدالة.,,، مرجع سابق، ص 217.

[2] Ghestin (J), Traité. Op.cit. P.211.

[3] أنظر غيستان، المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص 239، رقم 236. أنظر السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 492.

[4] Ghestin (J), L'abus dans les contrats, Rev. pal. gaz. 1981. 2. P.384.

[5] راجع المادة 124 مكرر، قانون مدني، بموجب قانون رقم (05-10) المؤرخ في 2005/06/20.

- أنظر في هذا الشأن ضمير حسين ناصر المعموري، مرجع سابق، ص ص 72 و73.

- أنظر في هذا الشأن، شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري، وإجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية، الجزائر، ط 01، 2010، ص 734.

الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فهي تقصي ناقص الأهلية بعدم إلزامية رد هذا الشخص إلا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.. وغيرها[1].

ومعاينة النظرية العامة للتصرفات الواردة من الأشخاص ناقـصي الأهليـة تتبـين تلـك التجزئـة الموضوعية، والإجرائية التي إتسم بها الحكم مثل تلك التصرفات مع أنهما متكـاملان، فالمـادة **43** مـن القانون المدني إعتبرت الشخص ناقص الأهلية، لسنه، أو سفهه، أو غفلته، ثم فسرت حكم التـصرف منـه بموجب المادة **83** ق أ: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة **43** ق م ، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء. وإذا كان القانون واضحا بالنسبة للحالة الأولـى، مثل قبول الهبات، أما الثانية فكل تصرف يخرج أو ينقص من ذمته المالية، كإصدار الهبات، لكـن الثالثـة مثل البيوع فتحدد ما بين منفعته وضرره بطبيعة التصرف حيث جاء في حكم المـادة **101** ق.م، قابليـة للإبطال، الأمر هنا مسألة مراعاة لمعيار المنفعة، والضرر في التصرفات حتى ولو كان الحكم بشأنها شديد التعقيد بين الفقه الوضعي والنص المقارن، النص العام والخاص[2].

كما أنه وطبقا لنص المادة **2/467** ق.م: "وفي حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين من يمكنه أن ينتفع بحق الإيجار بإعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة"، مما يعني أن ربط قيام عقد الإيجار ينطبق على وضع مدة الحضانة، والحضانة وفقا لأسس قـانون الأسـرة المتعلـق بـشق الأولاد، تراعي فيه المصلحة المرادفة في القانون المدني للمنفعة[3]، مما يؤكد إلزامية العقد بالنسبة للزوج في مواجهة بقاء مركز الحضانة قائما، ولعل **قرار المحكمة العليا**، في **1990/12/23** وهو يقضي: "بأنه مـن المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي في حالة الطلاق أن يعين من الزوجين من يمكنه الإنتفاع بحـق الإيجـار

---

[1] وقد سبقه الحكم العام في المادة 101 ق م ج،" يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خـلال (05) سـنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط، أو التدليس الذي يكـشف فيه، وفي حالة نقص الإكراه من يوم إنقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكـراه إذا إنقـضت (10) عشر سنوات من وقت تمام العقد. أنظر علي علي سليمان رحمه الله، مرجع سابق، ص 271.

[2] لأن الحكم بالنسبة للتصرفات النافعة نفعا محضا صحيحة من قبل المميز، أما الضارة ضررا محضا، فهي باطلـة بطلانـا مطلقا، وأما الدائرة بينهما، فهي قابلة للإبطال في حين أن قانون الأسرة، ربطها في هذه الحالة الأخيرة بالإجازة، وهو شـرط واقف، مما يشكل تناقضا في الجمع بين الحالتين، وكان على المشرع الجزائري تدارك هذا على الأقل فـي مناسـبتين مـن التعديل، الأولى قانون الأسرة، والثانية القانون المدني، ومنذ 2005، ولمزيد من التفصيل راجع محمد سعيد جعفور، نظـرات في بعض أوجه التناقض المدني وتقنين الأسرة. المجلة الجزائرية، وكذلك مرجعه، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، 2002، ص ص 29 و31. وفريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية، نظريـة الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، حميد بن شنيتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج 02، نظريـة الحق، 2008.

[3] راجع في مسألة المصلحة والمنفعة، ضمير حسن، مرجع سابق.

لأجل حضانة الأولاد، على أن يتسنى من القرار مسكن الزوجية إن كان وحيدا. ولا يكتسب حـق الـسكن الممنوح للمطلقة بإعتبارها حضانة الصيغة النهائية، بل ينتهي بمدة الحضانة، لأنه هذا الحق مقصور علـى الإنتفاع وليس سندا للملكية[1].

ثم إن إلزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وتعويضه عن التعهـدات التـي إلتزم بها ورده للنفقات الضرورية، أو النافعة التي سوغتها الظروف[2]، لها ما تسند فيه الفوائد المترتبة عـن الفضالة كمنفعة للعقد بالنسبة للشخص المعني، وهي التي تنشىء للإلتزام ولو بغير رضاه.

كذلك يمكن تصور الوجود اللاحق للمنفعة في العقد من جراء إنتقاصه لسبب ما، وذلك بإلزام قانوني أو قضائي، مما يعدل فيها الإلتزام لصالح الحفاظ على الغاية من العقد وحينئذ تضيق المنفعة وتتسع الغايـة العقدية، كما هو الحال بالنسبة لحالة بيع العقار بغبن[3]، فإنه يفترض من البائع أنه قد حقق منفعة مادية مـن وراء بيع العقار إلا أنه لسبب ما إكتشف وقوعه في الغبن. إن القانون يحمي البائع بدعوى تكملـة الـثمن بشرط إنعقادها في آجالها، وهذا ما يحافظ على العقد، لكن يمثل تحديدا للمنفعة المرجوة في هذا التـصرف، وكذلك هلاك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، فالحل الذي منحه المشرع من جراء هذا التلف، إمـا الفسخ أو الإبقاء على البيع مع إنقاص الثمن، هو مراعاة للمنفعة خاصة وبالذات بالنسبة لإنقاص الثمن كحل للوضع[4].

ثانيا: حالة تجاوز المنفعة العدالة

جاء على وصف الأستاذين **"Diderot وD'Alembert"** في موسوعتهما العلمية للمنافع التي تتحقـق بين الأشخاص: حيث يكون كل البشر ملتقين في رغبة أن يكونوا سعداء، فالطبيعة خلقت لتحقيق تلك الرغبة وجميع البشر متفقون على أن جوهر السعادة هو أن يسعى كل فرد "لتحقيق الذات، أو على الأقل أن يتمتـع بكل ما هو مثير ولذيذ، وتمثل حيازة الإستئثار بالأموال أساس سعادتنا"[5].

---

[1] قرار مؤرخ في 1990/12/23، رقم القرار (81197)، م ق، 1996، ص 85.

[2] أنظر المادة (157) ق م ج.

[3] أنظر المادتين: 358 و359 ق م ج.

[4] أنظر المادتين: 368 و369 ق م ج.

- أنظر بالتفصيل: كميح حورية، تبعة هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعـة الجزائر – 1 -، 2011-2012، ص2 وما يليها.

[5] Diderot et D'Alembert : Encyclopédie en dictionnaire raisonné des sciences des arts et des métiers, Genève, 1979, T. (V). PP.261 et 262, et que Goyard- Falire(S), dans son ouvrage : « la philosophie anglo-saxonne », (sous la dir), Meyer (M). P.U.F. 1994.sec(3). « La philosophie morale et politique: entre le contractualisme et l'utilitarisme,(….) De Bentham à Sidgwick. Les doctrines utilitaristes, le plus grand bonheur pour le plus grand nombre », dans une perspective utilitariste, la juste d'une action s'évalue à l'aune de son efficacité, sans considération aucune de la rationalité des fins autre que l'augmentation du bien-être collectif, dès lors, seule compte la responsabilité des moyens qui permettent la maximisation du bien pour le plus grand nombre.

- راجع أيضا، كالموسوعة الفلسفية المختصرة، المرجع السابق ص 419-430

ولأن للمنفعة - كما لاحظنا - مضمونا إقتصاديا ، كونها تفيد معاني الربح والحصول على المزايـا المادية، والكسب والفائدة من جراء تجارة أو شراء أو مبادلة ما، فإن الأفكار الإقتصادية الحرة "دعه يعمل، دعه يمر"، كانت قد شكلت تاريخا حاسما بين "التصور العادل للعقد"، والتصور الأنـاني لـه، والمـرادف للمنفعة، فإننا وجدنا فلسفة "Adam Smith" فلسفة للأنانية، تم فيها تغليب، الإيثار والتمتع بما هو مكـسب وأحسن على حساب التوازن النفسي، مما شيع الحياة القانونية والإقتصادية بالمفاهيم النفعية، وأصبحنا على ظاهرة "هيمنة على العصر الذي نحياه[1]"، وقد عمد -من تجاوزهـا لقـيم العدالـة- الأسـتاذ **"Andre Lalande"** قائلا: "تتناقض المذاهب النفعية الحديثة، تماما مع الأغراض الروحية المتمثلـة فـي التنـوع والجمال، والعدالة (...) غير أن هذه النفعية وللأسف أصبحت أساس القيم في منظومة المعرفة كمـا فـي منظومة الأعمال[2].

وإن كانت العلاقة النافعة هي التي تضمن فعلا أمن الفرد نظرا لهيمنة الفردانية، فهـو مـا تـشجعه الليبيرالية، وبالأخص عندما تشهد آثارها في تطور فكرة العقد (الحديث) على هدى التطورات الإقتـصادية وإلا ما الذي شجع فعلا مبدأ الحرية التعاقدية المطلقة، على منحى ساهم وساعد في تبرير تلك الفائدة الذاتية إلى تحقيق التوازن العقدي الذي هو في حقيقته توازن طبيعي.

على مستوى آخر أكثر قانونية، يحسن فيه إستعارة مفهوم أوجد المقبولية في النظام القانوني للعقـود خاصة، والقانون المدني عامة لا سيما بمرجعتيه الفقهية الإسلامية، والتي تأثرت بها الكثير من التشريعات، والأمر يتعلق بفوات الكسب أو المنفعة.

ولعل فكرة تعني "عملية إختلال ذاتي ومباشر لمنافع المعقود عليه بتخلفها أو إنتقاصها لسبب موجـب لذلك، كهلاكه كليا أو جزئيا، ولتحقق عيب أو تخلف وصف مما تتخلف معه المنفعة المقصودة كلا أو جزءا أو نتيجة لتنفيذ جزئي أو معيب أو متأخر الإلتزام، مما يترتب معه فقدان المتعاقد المزايـا والفوائـد التـي ينتجها ذات المعقود عليه بصورة غير مباشرة".[3]

---

[1] Lalande (André), Vocabulaire technique et critique de la philosophie. P.U.F. 1975 V. Utilitarisme, et utile.

[2] Ibid.

[3] نظرا لضرورة الإختلاف بين الفوات، كعملية ذاتية تتعلق بالمنافع، وليس تفويتا للمنفعة، والتي تعنـي تخلـف المنفعـة أو إنتقاصها على صاحبها لسبب لا علاقة له بذات المعقود عليه ولا بإلتزام المدين بتقديم المعقود عليه، وإنما يتحقق لعـدم قيـام المتعاقد الدائن بالإنتفاع وترك المنفعة تفلت منه لعدم قيام المتعاقد الدائن بالإنتفاع دون إستغلال أو قيام غير المدين في تفويتها على صاحبها، أي أنها بعد تحقق المنفعة خارجها يمكن أن تتخلف أو تنتقص. لمزيد من التفاصـيل، أنظـر عبـد الـرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج (6)، منشورات محمد الداية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 194 ومـا يليها، وكذلك مرجعه الوسيط، مرجع سابق، ج (1) ص 903.

ولأن فوات المنفعة متعدد الصور، كأن يمثل فواتا للكسب أو تفويتا للفرصة، فهذا لإرتباطها بفكـرة (الضرر). والضرر أذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له سواء كانت تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو حريته أو شرفه[1].

وبالأخص إذا تعلق الأمر بالضرر المادي الذي هو إخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية[2]. فـإن تعويض الضرر هنا يكتمل بعنصرين: تعويض المضرور عما أصاب الدائن من خسارة ومافاته من كسب، وهو ما تنص عليه المادة **182** ق م: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعيـة لعـدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به..."

ثم إن فوات الكسب هنا مقصود بـ "ضياع الربح اليقيني لدى الدائن، عند تخلف المدين أو تأخره في تنفيذه لإلتزامه العقدي عندما تسير الظروف من التعاقد إلى ثبوت قيام الدائن بإلتزاماته في حالة تنفيذ المدين لإلتزاماته[3]، لولا أنه عمليا وكثيرا ما يصعب إثبات فوات الكسب مقارنة بالإصابة بالخسارة[4].

ولعل الكسب الفائت كمحل للتعويض يستلزم أن يكون الضرر المترتب عنه مباشرة[5]، وهـو الـذي قصده المشرع بالنتيجة الطبيعية لعدم التنفيذ، بدليل أنه يربطه بمعيار موضوعي، مجـرد، وهـو التوقـع العادي المنطوي على معيار الرجل العادي[6]، وأيضا يترتب عن ضرر محقق قد وقع فعلا[7].

ولعل المنطلق العام من نظرية "فوات المنفعة" تدعونا إلى ربط صورتها عندما تتعلق بفوات ما هـو عقدي من المنفعة، ولولا المرجعية الفقهية الإسلامية لما أمكن فهم شرائطها في القانون الوضعي المدني.

والأمر يتطلب تخلفها أو الإنتقاص منها إبتداءا وذلك من جراء عدة أسباب وعدة صور، فقد تتحقـق هذه النتيجة بسبب نقص المبيع في عقد البيع والإلتزام بتسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيـع

---

[1] أنظر عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ص 539 وما يليه، وكذلك عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج (3)، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971، ص 142.

[2] أنظر ضمير حسين ناصر المعموري، مرجع سابق، ص 87.

[3] لكن هذه الصعوبة لا ترقى إلى درجة تبرر الإعفاء منه لأنه يلزم الدائن بإثباته.

[4] نفس المرجع السابق، ص ص 90 و81.

[5] وهو ما جاء في نص المادة (182): "(...) ويكون نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كـان يمكن أن يتوقعه عادة وقت التعاقد"، ونفس التوجه الذي عبر عادة عنه في المادة (221) المقابلة في القانون المدني المصري.

[6] وإن كانت القوانين قد إختلفت في الإعتداد بالضرر الإحتمالي أو المستقبلي، كالقـانون اللبنـاني، علـى غـرار القـانون الجزائري، المصري والعراقي لولا أن الفقه رجع بفكرة المصلحة المحتملة من أضرار مستقبلية في قانون الإجراءات المدنية على ضوء شرط المصلحة المدعى بها وتفسيرها.

[7] أنظر فيلالي علي، الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 295 و 296.

والمادة **364** ق م ، والمشرع إزاء ذلك يرتب الآثار القانونية الملائمة ولكنه يقيدها لما فيـه مـن مـساس بكينونة العقد[1].

كما أنه يمكن أن تظهر في تحقق عيب خفي أو فوات وصف مرغوب فيه أو هلاك جزئـي يترتـب عليه إعمال نظام قانوني ملائم له فالمواد **366** إلى **370** ق.م دليل على أهمية هذا الإخلال، والتي يجب أن يؤخذ فيها بعين الإعتبار في تقدير المسؤولية على ذلك، كذلك، يعد إخلال المؤجر بإلتزامه قبل التسليم، كأن يحدث تغييرا في العين المؤجرة بفعله، فهو إخلال بإلتزامه بتسليم العين على الحالة التي كان عليها وقـت العقد، والصورة التي يصلح معها إستيفاء تلك المنفعة المقصودة بحسب ماهيته المادة **476** ق.م[2]، بما يمثله الإلتزام بمضمون سلبي، وهو تمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين كما هي، ولكنه بإضافة المادة 477 ق.م. عند التطرق إلى الحالة التي تمس فيها العين، حيث يجعلها غير صالحة للإنتفاع، مع خيار المـستأجر فـي الحل المناسب لها (فسخا أو إنقاصا من الأجرة)، فهو إلتزام إيجابي للمؤجر خاصة بالنسبة لحـل الإنقـاص منطلقه الدوام، في إستمرارية المنفعة العقدية[3].

كما أن إلزام المشرع المؤجر بالحرص على صيانة العين المؤجرة بعد التسليم-طالما كانت الغاية من الإيجار تمكين المستأجر من الإنتفاع- هو تفادي لما يحدث من خلل يؤدي إلى إنتقاص المنفعة المقصودة أو فواتها.[4]

حيث أنه إذا تعلق الأمر بنص المادة **479** ق.م، وكيف أن المؤجر يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم، ويجب عليه أن يقـوم بجميـع الترميمـات الـضرورية، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر[5] ..."، وما هو ضروري من ترميم، لأنه أمر لازم لإنتفاع المستأجر بـالعين المؤجرة والإمتناع عن القيام بالإصلاحات، هو فوات أو إنتقاص للمنفعة ، يقع تحـت طائلـة المـادة **480** ق.م[6].

بالاستناد على نظرية التعسف في إستعمال الحق، فإن نص المادة **124 مكرر مـن ق.م**، مـن وراء حالات التعسف، خاصة الإضرار بالغير-وهي مصلحة منظور إليها في الإضـرار بـالغير- وذلـك لأن

---

[1] تنص المادة (364) ق م ج، "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

[2] وتنص المادة (476): "يلتزم المؤجر أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة، وملحقاتها في حالة تصلح الإنتفاع المعد لهـا تعبـا للإتفاق الوارد بين الطرفين أو حسب طبيعة العين".

[3] وهو ما نصت عليه المادة (477): "إذ سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للإنتفاع الذي أجرت في أجله أو طرأ على هذا الإنتفاع نقص كبير جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، بقدر ما نقص من الإنتفـاع مـع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال...".

[4] أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الإيجار، ج (4)، مرجع سابق. ص 210.

[5] وهذا ما تنعته التشريعات الأخرى، بدل "الخاصة"، هي ترميمات بسيطة أو طفيفة (القانون المدني المـصري، العراقـي... وغيره، والتي تلقى على عاتق المستأجر لتتحقق الغاية من الإيجار.

[6] Bencheneb (Ali), Le droit algeriens des contrats, op.cit, N° 370, P. 293.

المصلحة المنظور إليها من إستعمال الحق لا تتناسب مع الضرر الذي ترتب بأن يكون التفاوت بينهما كبيرا والتوازن بعيدا، فيصبح الإستعمال غير جائز وإن كان في هذا المنع ضرر لصاحب الحق في مواجهته، لأن الضرر الأشد يدفع بتحمل الضرر الأخف[1].

ولعل الإتفاق بين المتعاقدين هو تنفيذ لإلتزام عقدي على توفر المنفعة الفائتة وعدم إستبعادها بما يتماشى وحسن النية، بل يتعداه إلى ما هو من مستلزمات من: عرف، قانون وعدالة... من خلال وجود تحديد موضوع العقد حتى يتبين مدى الإلتزام ونطاقه، وخاصة بإحترام عدم تعارضه مع النظام العام، فهذا فعلا ما يبرر لجوء المشرع إلى تأمين وضمان عدم إستبعاد المنفعة، والسهر على توفرها مثلما جاء في المواد **355، 356** وخاصة **379، 380** و**381** من ق.م بالنسبة لعقد البيع، وكذلك المادتين: **489** و**490** من ق.م بالنسبة لعقد الإيجار.

ثالثا: حالة التوازن بين المنفعة والعدل

لقد كان لأثر هيمنة النفعية أن حاول الأستاذ **"Rawls"** إعادة بناء العقد الاجتماعي[2] ليتماشى مع الإنسان الحديث، فالتأكيد لم يعد على الجوانب السياسية لهذا العقد، بل على متطلبات الإنسان الاقتصادي، لأن إنسان القرن الحالي هو إنسان إقتصادي.

والعقد هو وسيلة للبحث عن السعادة المادية للمتعاقد وعدالته، من ثم تقاس بمدى ما جناه كل متعاقد من نفع مادي وما تجنبه من ألم، وإذا إنتقلنا إلى الوجه الإقتصادي للعدالة العقدية بإعتبارها توازنا إقتصاديا بين الآداءات العقدية، فإن جوهر العدالة العقدية "سيكون في التحليل النهائي تحقيق لمنفعة مادية للملتزم تتناسب مع الآداء المطلوب منه القيام به"[3]. وإن عدم التوازن الإقتصادي بين طرفي العقد يجب أن يأخذ في الإعتبار لتحقيق العدالة العقدية، وهذه الأخيرة يمكن أن تختل وتفقد بسبب عدم مساندة طرف ضعيف مثلا، وتكون العقود المبرمة معه عقودا معتلة.[4]

ومن ثم يكون من المنطقي تكريس صورة العدالة العقدية الغائية، إضافة إلى الشكلية والموضوعية، وهي تتكون من عنصرين: **الأول:** وهو عنصر "المنفعة" التي تتطلب توافر أركان العقد كي تتحقق بما تمثله التبادلية. أما **الثانية:** فهو يكمن في العدالة التبادلية، والتي تقتضي أن يدخل ذمة الشخص قدر ما خرج منها، كل بقدر ما يستحقه، كل بحسب قدرته، كل متى أعطى ومنح، وهكذا دواليك، وأي خروج عن هذه

---

[1] أنظر ضمير حسين ناصر المعموري، مرجع سابق، ص 121.

[2] أنظر مايكل (ج. ساندل)، الليبرالية وحدود العدالة كترجمة، محمد هناد، مرجع سابق، ص ص 38 و36.

- ولعل (ج). س. مل. عندها وصف مقتضيات العدالة التي تحتل أعلى درجات سلم المنفعة الإجتماعية، مما يجعلها أكثر الواجبات قيمة.

- Chambe (David). Justice et droit dans la pensée de (J) Rawls. R.R.J. 2003. N° 93. Et Ghestin (J). L'utile et le juste. Op.cit. PP. 53 et 53.

[3] أنظر محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، مرجع سابق، ص 223.

[4] Ghestin (J), l'utile et le juste (…) op.cit. PP. 55 et 56

الغاية يكون ظلما، وبهذا يكون عدم تحقق المنفعة والعدالة هو غياب للعدالة العقدية، تلك هي النظرة التـي عمق جذورها الأستاذ **"Ghestin"** في الإلتزامات العقدية من أجل عقلنتها.

ولكن علينا التذكير بالمرجعية العامة والأساسية في العقود، وهي القانون الموضوعي بإعتباره المرشد في البحث عن الحل العادل، وهذا القانون هو الذي يجـسد إحتـرام غايـات العقـد ونطاقـه الشخـصي والموضوعي[1]، وإذا لم إستشهد القديس **"Thomas d'Aquin"** به على "أن القانون البشري بالنسبة إليـه يجب أن يكون عادلا أي موجها نحو الخير العام للشعب المخاطب به"[2].

ولعل التلاؤم مع الخير العام والمصلحة العامة[3]، هو ما يقرب بشكل خاص العادل من النـافع عبـر المنفعة العامة. وطبعا هذا الإتجاه يعيد لعدالة **أرسطو** أمجادها[4]، ولكنه يجدد لـدى **"Ghestin"**، عدالتـه العقدية، إذ أن تقسيم العدالة بين التوزيعية والتبادلية على نمط التقسيم بين القانون العام والخاص، ومن وراء تصور **أرسطو** لهذه الفكرة إحتضانا للأنظمة القانونية للعقد على شاكلة التوفيق بينها وبـين المنفعـة التـي ظهرت غلبتها على العدالة في القانون الروماني، لولا أن القانون الوضعي الحديث، إقتنـع أخيـرا بعـدم تعارض العدالة على الإطلاق مع المنفعة الإجتماعية، وما فكرة النظام العام، والتابعـة لـه مـن المبـادئ الأخلاقية، ومع تنامي العلاقات الإقتصادية سوى مظهر من مظاهر إرساء وسائل للحفاظ على التوازن فـي الحقوق والذمم المالية[5].

وعلى رأي الأستاذ **"Ghestin"** "بهذا المعنى يترجم حق الدائن المفهوم القديم للعدالة التبادلية[6]، وأن ما ظهر على مستوى نظم لحماية العقد، **نموذجين**: **أحدهما** يمثل نظاما عاما للحماية[7]، قوامه المساواة بـين أفراد المجتمع، وحيث يكون الأفراد غير متساويين يكون هناك لا عدل، أما هدفـه فهـو تحقيـق العدالـة التوزيعية (أي المساواة بين أصحاب المراكز المتساوية)، وفقا للتصور الأرسطو طاليسي، وبمعنـى آخـر العدالة الإجتماعية، وإلا ما الذي يبرر تقدير حق الأفضلية إزاء حق الملكية مثلا (عقد الرهن)، أو ما يتعلق بقوانين العمل (سن التقاعد، العطل، تحديد ساعات العمل)... وغيرها، والآخر نظام عام توجيهي[8]، تبـرر

---

[1] Weil et Terré, obligations, op.cit. n°247.

[2] Ghestin (J). Traité. Op.cit. P. 226. n°252.

[3] أنظر مايكل ساندل، الليبرالية وحدود العدالة، مرجع سابق، ص ص 139 وما يليها.

[4] Lalande (André), Vocabulaire technique et critique de la philosophie. Op.cit. Et Terré (F). L'inutile et l'injuste, op.cit. P.867.

[5] أنظر مايكل مايكل (ج) ساندل، مرجع سابق، ص ص 344 و345.

- Ghestin (J). Traité. Op.cit. PP. 242 et 243.

[6] Ghestin (J). Traite. Op.cit. PP. 242 et 243, ainsi que Mazeand (D), solidarisme contractuel, étude juridique (sous la dir), Luc Gryban et (Marc Nicod), Economica, 2004, PP. 58 et ss.

[7] Mekki (Mustapha), l'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé. Prèf (Jacque Ghestin). L.G.D.J. Delta, 2004. PP. 240-250.

[8] Mekki (M), op.cit., pp. 240-250.

قواعده حق الدائن في إلزام المدين بالقيام بأداء ما يكون الهدف منه تحقيق عدالة تبادلية جوهرها تحقيق المنفعة الشخصية مثلما يتعلق الأمر بتحديد الحد الأدنى للأجور[1].

ومن جانب آخر نجد أن نتائج ذلك التمييز بين النظامين العامين مهمة بقدر يكفي لإلغاء التصور الإستقلالي والتفردي لمفهومي المنفعة والعدالة[2]، ومن الواضح أن مخالفة النظام العام الحمائي يرتب البطلان النسبي (الإبطال)، بسبب تجرأ الشخص على التخلي عن حماية القانون له، وخاصة أنه تنازل عن الحد الأدنى المضمون قانونا، في حين أن الإخلال بالنظام العام التوجيهي- ولأنه يتعلق بمخالفة الشخص للمصلحة العامة- فهو يترتب عن تخلف الثمن في عقود البيع بطلان مطلق، لأن وجود مقابل المبيع يمثل منفعة أي نظاما عاما توجيهيا عكس ما إذا كان يخص عيوب الإرادة والتي تدخل ضمن النظام الحمائي[3]، ولكن هذا يصطدم فعلا بالإقتصاد الذي يسانده أغلبيتنا في الفقه الوضعي "أن العدالة هي غاية القانون وجوهره[4]".

الإجابة ببساطة ترجع إلى ضرورة القبول بتكامل "ما هو نافع مع ما هو عادل"[5]، أي بمعنى إن كان ركني الثمن والمحل في عقد البيع يجعلان في صورة تكاملهما العقد "عادلا" بغض النظر عن تفاوت الآداءات بين طرفيه، فإن المنفعة هي التي تنقذه بإحداث هذا التوازن[6]. وفي أي حال ليس المقصود هنا تخصيص منافع تبعا للأسباب المرتبة لعدم المساواة (أي العدالة التوزيعية)، وإنما الحفاظ على حالة الأشياء الموجودة سابقا، أو إقامتها كقيمة، بين الدائن والمدين على أساس المساواة[7].

---

[1] لمزيد من التفصيل راجع مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، دار هومة، (2010)، ص ص 180-187. راجع المواد 81، 82 و83 من القانون (90-11). وأنظر أحمية سليمان، النظام القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 1994، ص ص 13 وما يليها، وكذلك بن أحمد عبد المنعم، علاقة العمل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2004.

[2] جون رولز، العدالة كانصاف، ترجمة حيدر حاج إسماعيل، المنظمة العربية للترجمة، ط (1)، بيروت، 2009، ص ص 223-230.

[3] BenCheneb (Ali), Le droit Algérien des contrats, op.cit. PP. 183-194, et dans ce sens, Carbonnier (J). Droit civil. la Formation du contrat, op.cit. PP. 136-141.

[4] Ghestin (J). Traité. Op.cit. PP. 242 et ss.

- وكذلك جون رولز، العدالة كإنصاف، مرجع سابق، ص ص 77 وما يليها، أنظر كذلك محمد محسوب، العدالة وأثرها في الشرائع القديمة، مرجع سابق، ص ص 150 و151، وأزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، مرجع سابق، ص 220.

[5] Cf. Rawls (J), « Justice comme équité », Le conflit entre égalité et liberté, est un problème récurrent des sociétés modernes, et tout particulièrement, au Etats-Unis, pays où la liberté, voisines avec de grandes inégalités. Op.cit. PP. 33 et ss. Et Chambe (David), op.cit, « C'est la priorité du juste et les conception du bien », P. 311.

[6] Ghestin (J). PP. 242-244.

[7] أنظر محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية، مرجع سابق، ص ص 217.

ولنرى الجانب الإيجابي في الوقت الراهن لتأمين عدالة عقدية بشكل ملائم، حـ ـديها منفعـ ـة متبادلـ ـة وعدالة متكاملة، وإلا ما الذي أحدثه البناء الإجتهادي والمتجدد في عيوب الرضا الجديدة، وما حققه النظـ ـام العام الحمائي من حلول عملية، إذ بسبب اللاتوازن الإقتصادي المستقر قبل إبرام العقود، تفرض مستلزمات إحترام العدالة العقدية من وراء المركز الضعيف للمستهلكين، وإلا كانت عقودا معدلة لا تحقق العدالة لأنها فقدت التوازن الإقتصادي[1].

وبناء على ذلك، نجد الإلتزام بالإستعلام أو الإفصاح[2] (obligation de renseignement) الـ ـذي يعبر عن تنوير للرضا هو ما يتطلب الإفصاح السابق على التعاقد، ومثله لاحقا له بموجب ما يفرضه مبـ ـدأ حسن النية، إلا أنه نزعة متجددة تخرج بمماثلة واقعة إساءة إستعمال وضع قوة في المفاوضة بعيـ ـب مـ ـن عيوب الرضا[3]، حيث يطال حتى عقود الإذعان التي يغيب فيها التفاوض الحقيقي.

ومن وراء حماية المتعاقد الضعيف المركز، تشكل السيطرة والإخفاء الجاريين في عقود إسـ ـتهلاكية وبالخصوص عقود نقل التكنولوجيا مساسا بالمصلحة الإجتماعية القاضية بالإفصاح وضـ ـرورة أن يتحقـ ـق تعبير عن رضا حر ومستنير ومتبصر[4].

ويمكننا النظر إلى إزدواجية مبدأي النافع والعادل كتوفيق ضروري بينهما في الهدف، أنشأت تفرقـ ـة واضحة في الشأن الإقتصادي والإجتماعي، كان النظام العام فيها الحصيلة، ولولا أن تدخل النافع والعـ ـادل لتحديد مضمون العقد من خلال إستنتاج المنفعة الإقتصادية والإجتماعية للعقد التي تحقـ ـق التـ ـوازن[5] فـ ـي العلاقات لما أمكن الحديث في سياسة تشريعية تآلفية تساعد القاضي على الرقابة، ولولا أن النافع والعـ ـادل يتخذان بأهمية في العقود التي ترتكز على العنصر الزمني، لما أمكن الحديث عن إنقاذ العلاقات العقدية من المخاطر غير المتوقعة، إنه في الواقع أمر لا يبتعد عن حيوية وتعقيدات العلاقات العقدية والتـ ـي أعـ ـادت

---

[1] ولعل الأستاذ (Loïc Cadiet)، يذكرنا بالتطور الذي توصف به العدالة العقدية، أنها إستطاعت تلقي قفزة نوعية من الفردية إلى الجماعية تساهم في إعادة التوازن للعلاقات الإقتصادية التي تضمنها إلتزامات لأطراف ضعيفة بالنسبة للجهـ ـة الأعلـ ـى منها.

- Cadiet (L). Une justice contractuelle, l'autre, Melange offertes à ghestin (J), L.G.D.J. 2001, PP. 192 et 193.

[2] أنظر في هذا الشأن رضا متولي وهدان، الخداع الإعلاني وأثره في معيار التدليس، دراسة مقارنة فـ ـي القـ ـانون المـ ـدني وقانون حماية المستهلك والفقه الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية. ع. 43. أفريل 2008، كلية المنـ ـصورة، ص ص 203 وما يليها.

[3] Malaurie (Ph), Aynès (Laurent), cours de droit civil T. (II), èd. CUJAS. Ed. 11. 1997. PP. 240 et ss.

- أنظر كذلك أحمد محمد ديب جمال، القواسم المشتركة لعيوب الرضى، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقيـ ـة، 2006، ص ص 114 وخاصة 300 وما يليها.

[4] أنظر معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص ص 70 وما يليها.

[5] نفس المرجع السابق.

تصنيف القواعد الأساسية للعقد من جهة[1] ولكن الإستناد إلى هذين المفهومين يعني لنا جليا ذلك التحول الذي آل إليه مبدأ سلطان الإرادة بعجزه عن تقديم تحليل وضعي وموضوعي للعقد، إلى إعمال توفيق داخلي في العقد.

هذا كان إجابة عن التساؤل الذي جاء به الأستاذ **"Pierre Arnaud"** "هل من الممكن أن نحقـق العدالة العقدية" بطريق توازن المنافع الإقتصادية في العقد، وذلك دون السقوط في شرك المثالية؟[2].

المطلب الثاني: تأثير تحليل العقد على تحديد نطاق ومضمون العدالة فيه

على ضوء نظرية العقد التي يرجع تأسيسها لفقهاء أمثال: **"Pothier"**، يتعين الإعتراف بأنه عمـل تأسيسي مر بـه القانون المدني، وأصبحنا عندئذ نتراوح في تفسير الظاهرة العقدية بين وجود "نظرية عامة للعقود والإتفاقات"[3]، وبين القانون المشترك "أي القانون المدني"[4] (droit commun)، وكان من السهل فهم النصوص الواردة فيه والتي عبرت فعلا عن قواعد قانونية لأفكار فلسفية وأخلاقية كانت صـالحة لتكـوين النظرية العامة للالتزامات[5] .

وما وضعية العقود وقانونيتها سوى قالب عملي للتحليل **(الفـرع 1)**، رسم حدود جديدة للعقد مع السوق، أما الفرد وهو طرف أساسي في العقد، لا تتحقق فعاليته إلا بواسطة مراعاة الجماعة وتحقيق مستوى أدنـى أو متوسط من العدالة الإجتماعية (**الفرع 2**) .

الفرع الأول: تكريس التحليل الوضعي للعقد (وضعية وقانونية العقد)

من المهم معرفة الموقف التشريعي من مفهوم العدل: هل هو مبدأ فيستنتج أم قاعدة صريحة (ثالثـا)، لولا أن القانون المعاصر للالتزامات تطلب الكثير من الدواعي الاجتماعية والاقتصادية لتنظيم المبـادلات، لما أمكن الاعتراف بميزة نصوص وقواعد قانونية أصبحت تكرس خصيصا لتطبيع العدالة العقدية، لأنهـا مسألة إعادة الاستفادة لفائدة هذه الصفة[6] (ثانيا)، ولكن هذا يعود فضله للأرضية الوضـعية التـي أرسـاها الفقهاء المعروفون فيها بمناسبة تحليل العقد (أولا).

---

[1] Claude (Ménard), Imprévision et contrat de longue durée (…), op.cit. P. 664 et Tancelin (M), "La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec, R.I.D.C, 3ème année n° 4, Octobre – Décembre 1978, PP. 1010-1012.

- أنظر كذلك هدى عبد الله، دروس في القانون المدني. العقد، مرجع سابق، ص ص 24 و25.

[2] Ménard (P). Juste et utile, « Deux attributs de l'ordre réel, qui n'en font qu'un » Arch. ph. dr, T.26. 1981. PP.167-182 et particulièrement P. 167.

[3] Savaux (Eric), La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? op.cit. 1997. P. 3.

[4] Ghestin (J), op.cit., P. 32.

[5] Savaux (Eric), op.cit. PP. 5 et 6.

[6] Cité par Tancelin (Maurice), La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec, op.cit. P. 1009.

أولا: منافع تكريس التحليل الوضعي للعقد.

عندما كان مبدأ سلطان الإرادة ممارسة لتلك السلطة السيدة (الإرادة) والمنافسة في آن واحد لـسلطة القانون، فإنه ولسبب قد يتعلق بتطور العلاقات التعاقدية، أو سبب أهم يخـص الـدور المعاصـر للقـانون الوضعي لأنه هوالذي همشها ، ولكن عوضا عنها سمح هذا الـدور بـالرجوع إلـى المبـادئ التقليديـة والجوهرية و راح يؤكد مرة أخرى على القانون كأساس هام للقوة الملزمة للعقد المعترف بها للعقـد مـن طرف هذا القانون، وإذا كان هناك توفيق بين العدالة وهذه المنفعة فهذا لأن قانون العقود سمح بذلك.

لعل الأزمات الإقتصادية والإجتماعية التي سادت العلاقات التعاقدية في فترة الأزمة العالمية، هو الذي دعا إلى التفكير في تأصيل التدخل التشريعي كمنهج لتحليل الظاهرة العقدية، وتفعيل الحلول الكفيلة بصناعة إلتزامات تكون بالضرورة عادلة وتتغلب على أزمات التنفيذ، وتتلاءم مع الثقة المرتقبة في العقـود وأمـان المعاملات. فكثر التفسير على أساس وضعي (positif) حسب ما قال به الفقهاء، "**Duguit**"، "**Kelsen**" "**Rouchette**"، بحيث يرون مصدر العقد في القانون الذي يهدف إلى إقرار تعاون بين المتعاقدين لغرض تحقيق المنافع المرتقبة للعقد، بواسطة إملاء ه القاعدة الإتفاقية، وعرف عنها الفقه الوضعي مساهمة معتبرة في تغيير النظرة للحقوق بما فيها حق التعاقد، ومنها ظهر أساسان وضعيان بالفعل دعما قيمة ما هو نـافع وما هو عادل[1] ، مركبان معا من أجل عصرنة العقد، **الأول**: التحليل الوضعي القاعـدي الخـالص (....) والذي يؤخذ من معاينة أبعاد السياسة والفلسفة التشريعية المأخوذة من قراءة النصوص خاصة تلـك التـي تلاحقت أواخر القرن (19)[2]، والتي تضمنت في أغلبها قواعد حمائية آمرة تحد بمستويات متفاوتة من نفوذ الإرادة الفردية في العقد. وإن الإفراط في مبدأ سلطان الإرادة، وأثر مناهضته لصالح تفعيل دور القاضـي في إنقاذ العقد من أزمات تختلف فحواها، أظهر نزعة إرادية إجتماعية أو بالأحرى منهجـا مـن "التحليـل الوضعي الغائي" يحاول فيه ترميم هذا المبدأ وإدخاله في شراكة وتركيب بين فحوى الإلتزامـات التعاقديـة ومآلها على المدى القريب لتنفيذ العقد[3]، وهو ما كان واضحا في مفهوم الأستاذ "**Ghestin**" عـن العقـد بإعتباره "أداة أو آلية قانونية تكرس تحقيق المنفعة والعدل معا"[4].

أول ما ينسب من تصور وضعي للعقد يظهر في إسهامات الفقيه النمساوي "**Kelsen**"، التي أفضت إلى تطوير نظرية الاتفاقات القانونية[5]، أي بمعنى دراسة تحليلية لمشكلات العقـد مـن الوجهـة النظريـة

---

[1] Siri (A), « L'évolution des interprétations de la force obligatoire du contrat de 1804 à 2004 », R.R.J 2008/3. PP 1339 et ss.

[2] Ibid.

[3] Starck (B), Roland (H), et Boyer (L), Droits civil, les obligations .Contrat, 6ème éd. Paris. 1998. N°38, P.12.

[4] Ghestin (J), Traité. La formation du contrat, op.cit. PP. 200 et ss.

[5] لا ننسى أن الفقيه كلسن ينضم إلى مدرسة الشرح على المتون (L'école de l'exégèse)، التي أظهـرت غـداة وضـع التقنين المدني الفرنسي (1804)، وهو صاحب تيار دفع بالتفسير القاعدي إلى أقصى درجات التجريد الـشكلي، والوضـعية الصارمة ومن السهل فهم نظرية لا ترى القوانين سوى نمط عاكس للعلاقات الإنسانية، أي العلاقات القانونية التـي تكونـت

الخالصة للقانون بعيدا عن أي تصور إجتماعي، وهذا ما دعا إلى ترتيب العقد ضمن التـصرفات المنـشئة للقواعد"[1]. وهو على شاكلة عرضه المناقض للفقه التقليدي، تجاوز تكريس هذا الأخير للمفهـوم الـوظيفي للعقد[2]، إذ في نظره لم يعد العقد مقتصرا على إنشاء القواعد القانونية المنطبقة على أطرافه، ويستمد قوتـه الملزمة بموجب تفويض من القواعد المدرجة في المنظومة القانونية، وذات الدرجة الأعلى[3].

وإذا كان الفقه التقليدي يجهل دور العقد الإنشائي للقانون، فهذا لأنه صور القانون الموضوعي بشكل خاطئ وعارضه مع الحق[4]، وحسب **"Kelsen"** "لا يكون هناك حق لولا وجود إلتزام مقابل لـه"[5] وهـو إلتزام تفرضه قاعدة قانونية، ومنها يكون من الضروري تصوير العقد كإجراء إتفاق من أجل تلاقي إرادتين أو أكثر حيث يتم التعبير عنها فعلا، ويتم توجيهها نحو الهدف والمحل نفسه[6].

كما أن العقد قاعدة (Une norme) منشأة لترتيب آثار معينة، وهي بهذا الشكل الثاني، تعرض **ثلاثة مسائل ركنية**: طابعا عاما أو فرديا[7]، حسبما تنشئه الإتفاقية، وكذلك سبب هذه القاعدة التعاقديـة، وأخيـرا

على ضوء تنظيم السلوك ووضعيتها (نظرا لاستبعاد كل العوامل الخارجية عنها)، والفصل المطلق بـين القـانون والعدالـة والقانون الطبيعي، تم إنشاء هرمية ذات هيكل خاص، كان رواج مظهرها خاصة منذ (1921) بمساعدة الأستاذ (H.L. Hart) من أكسفورد حول مفهوم القانون إذ يوجد نوعان من القواعد أولية (التنظيم السلوكي للفرد في المجتمـع، جـاءت لتفـرض واجبات) مثل الضرائب – منع الجرائم – وكذلك ثانوية، وتنقسم إلى قاعدة تعريفية بالقاعدة الأولية، وقاعدة التغييـر أو هـي التي ينشئها الأفراد في إنشاء قواعد قانونية تعاقدية (عقود – وصايا) تتميز بالحيوية والتطور، وأخيرا قاعدة التقاضي.

Pour plus de détails, voir : Amselek (P), "Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen", in, le rôle de la volonté dans les actes juridiques, études de la mémoires du professeur Alfred Rieg: Bruylant. 2001, P 49 et ss.

أنظر كذلك سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ص 17 وما يليها.

[1] Ghestin (J), Traité, op.cit. P. 169.

وقد عرف كلسن بوصفه لهذه القاعدة بإعتبارها موضوعية أكثر من قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، - ومن المنطقي حـسب رأيه أن يعرف كل طرف ما إتفق عليه الطرف الآخر.

« La convention qui vaut, après la conclusion, après l'achèvement de la procédure conventionnel créé par cette procédure, norme en ordre auxquels ils sont liés de même manière, par exemple à la loi », cité par Ghestin (J). Ibid.

[2] Savaux (Eric), La théorie générale du contrat …, op.cit., PP. 225 – 228.

[3] أنظر جاك غيستان، المطول، مرجع سابق، ص ص 194 و 195.

[4] نفس المرجع.

[5] « Il est nécessaire que chacune des parties connaisse l'accord de l'autre ou tout au moins qu'il existe des faits extérieurs permettant de considérer que chaque sujet à connaissance de cet accord », cité par Ghestin (J), Traité, op.cit. PP. 168 et ss.

[6] Savaux (Eric), op.cit. P. 226.

[7] Ancel (P), La force obligatoire jusqu'où faut-il la défendre? Coll université de Lille (2) Dalloz 2003, p .164: "… Affirmer que le contrat à un effet normateur qui fonctionne, pour l'essentiel comme celui de la loi, ne revient nullement à "hausser" le contrat au niveau de la loi dans la hiérarchie".

مجال هذه الصلاحية[1]، وعلى هذا النوع يتبين أن **"Kelsen"**، قد ميز الإتفاقية بين نمطها كتكوين لإجراء ما، وبين نمطها نتيجة لهذا الإجراء، كقاعدة إتفاقية بحيث ترتفع إلى مستوى قانون ذي طابع فردي أو عام؛ مثلما يتعلق الأمر بإتفاقات جماعية للعمل، حتى نتعرف على الغاية من صحة العقد نكـون أمـام منطقـين أحدهما: منطق **نظري** يتم الإعتراف فيه بالمنظومة القانونية (الإتفاقية) كعمل منشئ القانون[2]، و**آخر** يمثلـه منطق السياسة القانونية، والتي يعترف فيه بمبدأ سلطان الإرادة للأشخاص، كتعبيـر لخـضوعهم لتـصور ليبرالي في الحياة يستحيل معها الإعتراف العلمي بهذا المبدأ[3]. أخيرا، يتعين النظر إلى أن العقد في تصور القانون الخاص ذو مقبولية لإنشائه كقاعدة بواسطة مبدأ سلطان الإرادة في إطار المنهج الفردي، فضلا عن كون سلطان الغير يمثل الجو الإجتماعي العام[4]، ويصل **"Kelsen"** بذلك إلى صيغة تقريبية من التحليـل التقليدي عندما يعرف من جديد أن مبدأ الحرية لا يعني فقط هوية المتعاقدين الأفـراد الملـزمين بالقاعـدة التعاقدية، وإنما حرية الأفراد ومساواتهم في إجراء العقد"[5]، كما أنه لا شيء يمنع نظاما قانونيا من إشـتراط أن يكون لقاعدة إتفاقية آثار قانونية بالنسبة للغير، أي إلى الأفراد غير المتعاقدين[6]، لتصبح المسألة عندئـذ مسألة هوية منشئة لهذه القاعدة، وبذلك سيكون من المنطقي التريث في الإستناد إلى سلطان تام للفـرد، لأن القاعدة التعاقدية لا تنشأ في ظله بل بتنافس مع إرادة فرد آخر، والإتفاقية تسلم به إتفاقهما معا، وبذلك يكون **"Kelsen"** من بين هؤلاء الذين يعترفون للعقد بطابع قاعدي لا يمكن لسنه سـوى تعـاون متعاقـدين لا متعاقد دون آخر[7]، خاصة في ظل الإعتراف بالأثر النسبي لمبدأ سلطان الإرادة التي تنشئ قواعـد إتفاقيـة

---

[1] حيث يقبل كلسن على أن المسألة لا يمكن أن يكون لها معنى آخر، ويمكن التساؤل بالفعل عن الأسباب التي قادت المـشرع إلى إنشاء الإتفاقية كحادثة واقعية تنشئ القانون، يتعلق الأمر ههنا في معرفته (...) بمسألة سياسية قانونية من الواجب الإجابة عنها، ذلك بأن المشرع يريد أن يترك للأفراد حق العناية بأن يسووا بأنفسهم مصالحهم الإقتصادية، وغيرها، ولأنه يـرى أن تنظيما مستقلا عن هذه المصالح هو الحل الأفضل والأعدل.

[2] وهذا من أجل الرجوع إلى آخر الأحكام ذات القيمة أو إلى نظام أحكام ذات قيمة كالفردية الليبرالية، والجماعية الإشتراكية، ويقتضي في نهاية المطاف الملاحظة أن المبدأ السياسي الإستقلالية في مواجهة العقد يرتكز على مفهوم فـردي أو ليبرالـي للحياة من غير الممكن (تحويله) أو تغييره عن طريق موضوعي وتقليدي للمعرفة العلمية. أنظر فايز محمد حـسين، فلـسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص ص 196-198.

[3] Savaux (E), op.cit. P. 227.

[4] أنظر غيستان (جاك)، المطول، مرجع سابق، ص 197، ويعود الأستاذ (Ghestin) إلى نفس ملاحظة الفقيـه (Kelsen)، من خلال الملاحظة بتقريب صورة الإتفاقية التي تطال المهنة من قانون يصدر عن برلمان مؤلف من نموذج طائفي مهني في دستوره، وكذلك من ممثلين منتخبين، من أرباب العمل والعمال، وتبدو الملاحظة مطابقة تماما للأنظمة التـي تـشكل محـل تفاوض في المجال الإقتصادي المتفق عليه، وكذلك السياسة العقدية المعاصرة، وعلى العقود التي يكـون مـضمونها محـدد بكامله عن طريق تنظيم النظام العام له أو من قبل أحد المتعاقدية.

[5] Savaux (E), op.cit. P. 227.

[6] Carbonnier (J), op.cit., PP. 116 et ss.

[7] أنظر د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد، مرجع سابق، ص ص 352 – 359.

"يسمى ذلك بالتصور المطابق للقانون المعاصر للعقود، وهي في صيغة" كل تصرف هـو تكـوين وتنفيـذ للقانون في آن واحد وبمعنى آخر شبهت بـ"الدرجات الوسيطة"[1] التي تعتبر مضافة إلى التحليل الإقتصادي.

ورغم أهمية نظرية العقد إلا أن **"Kelsen"** جاء بمفهوم ضيق طرح لصالح القانون الوضعي لـولا أن التحليل المعمق حتى لأعمال **"Kelsen"** -على ضوء الدراسة النقدية- وإعطاء مفهوم خـاص للعقـد بشكل أكثر واقعية، هو ما ميز التصور الذي جاء به الأستاذ **Rouchette**، والذي إنطلق من فكـرة عـدم وجود مفهوم موحد للعقد، فالإرادة بالنسبة له ليست جوهر العقد في القانون الوضعي[2]، وهذا الأخير يتكون من حلول معالجة للمشاكل العملية على ضوء ما يحتو به كيان من القواعد المؤسسة لقانون العقود.

وإن كان **"Rouchette"**، يستوحي الروح القاعدية (esprit normatif) من تحليل **"Kelsen"**، وخاصة عند تمييزه بين إجراء تكوين العقد، والقاعدة التعاقدية الناتجة عنه (أي هذا الإجراء) يتفرد بتحليـل العقد كإتفاق في شكل تركيـب إرادات مدموجـة بطريقـة نفـسية مـا ورائيـة لحقيقـة تلـك الإرادات (métaphysique)[3]، وهذه الإرادة لا آثار لها خارج المجـال القـانوني، وإن الإرادة القانونيـة المعدلـة بالقواعد المتعلقة بالأهلية، الإنابة والشكلية، وعيوب الرضى، هي الوحيدة التي يمكن لها أن تكون ذات أثـر قانوني[4].

يستدل **"Rouchette"** أيضا بمعارضته لأساس القوة الملزمة للعقد من وجهة نظرها الإرادية، من خلال عدم منطقيته إشتراط القبول بالنسبة لوعود أحادية الجانب أو بالنسبة لأي إلتزام ذاتي أو أخلاقي، مع العلم أن الإرادة هنا لم ترتق إلى المستوى القانوني، بل ظلت مجرد مضمون معنوي.

---

[1] أكد كلسن أن إستقلالية الإرادة لا يمكن أن تُشرح بشكل كاف مبدأ القوة الملزمة للعقد، وإنما هي نظام أعلى سـمح بإنـشاء القواعد بأسلوب تعاقدي، فما يقتضي تمييزه هو أسلوب إنشاء العقد، وفيه تبرز الإرادة، والنظام التعاقدي الذي ينتج عنه وفيه تبرز فكرة النظام القانوني الأعلى الذي يفرضه إلزاميته. والإتفاق يلزم في الحدود التي يعتبرها النظام القانوني نظـام أعلـى كالقانون أو العرف الأفراد أن ينشئوا نظاما من درجة أدنى. أنظر سامي منصور، عنصر الثبات، وعامل التغيير فـي العقـد المدني. مرجع سابق، ص 112.

[2] « L'autonomie de la volonté n'est pas en droit positif, l'essence du contrat (…) n'est pas la pierre angulaire sur laquelle repose l'entier édifice du droit contractuel, le principe cardinal qui donne au droit positif son existence et sa raison d'être en même temps que la clé du système. »
- Savaux (Eric), op.cit. P. 228.

[3] Cf. weill (A), Terrè (F), op.cit. PP. 61 et ss et Carbonnier (Y). PP. 9 et ss.

[4] Rouchette a montré le modèle qui a fait parler de système du contrat (…) et il déclare qu'il y aurait sans doute avantage à exclure la volonté de la terminologie comme elle est en dehors de la réalité du droit des contrats pour désigner simplement le phénomène auquel on se réfère du terme, consentement, selon un usage du reste assez répendu, cité par Savaux (E), op.cit. PP. 237 – 238.
- « La volonté créatrice qui peut donner au contrat sa valeur moral, en tant qu'expression de la liberté humaine, est la volonté empèrique, faculté psychologique – dont il faudrait et d'ailleurs que, dans son exercice concret, elle, respectable de l'obligation, ce que l'expérience dément quotidiennement, … ».

وبهذا يكون منطلق نفي دور الإرادة من خلال أخذ القانون مصالح الأفراد بعين الإعتبار، لأن هـذه المصالح، حسب الأستاذ **"Rouchette"** أساس العقد، وما دامت كذلك فهي تختلف بـإختلاف المـصالح، الأمر الذي ينتفي معه حسب هذه النظرية المفهوم العام، لعقد خاضع لنظام موحد، ولا يوجد سـوى عقـود خاصة متنوعة ومختلفة بإختلاف المصالح، فالأمر يتعلق بـ"التعبير عن مصالح شخص قانوني[1]".

بالنسبة للأستاذ **"Rouchette"** ليس هناك ملاءمة بين النظرية التقليدية من أجـل شـرح القـانون الوضعي، ودواعي تعريف جديد للعقد، ذلك أن الرجوع إلى تصور (معياري) قاعدي للتصرف القـانوني[2]، من أجل تعريف العقد هو الذي يساعد على التعريف بالعقد فعلا "كتصرف منتج للقواعد الثنائية" أي الـذي يربط مركزين من المصالح[3].

ولعل الدليل الذي يتخذ به الأستاذ **"Rouchette"** في مجال رؤيته الخاصة بشأن الإرادة، فنظريـة عيوب الإرادة كفيلة بتفسير موقف القضاء والقانون من فرضيات القبول ترتيب العقد لآثار صحيحة رغـم الإنتقاص من الإرادة المعبرة عنها بسبب غلط أو تدليس أو إكراه... وإستبعاد جزاء البطلان، وهذا ما يجعل المشكلة العملية للعقد "مشكلة عقدية[4]، أي الشروط التي يجب توافرها في تصرف ما.

ورغم الإعتراض الذي طال تصور الأستاذ **"Rouchette"** وما سبقه إليـه الفقيـه **"Kelsen"**، بشأن الإفراط في تبرير العقد بأوضاع موضوعية مستقلة تماما تابعة للقانون الوضعي، إلا أن تأثير المفهوم الوضعي على مذاهب القانون المدني، من خلال التأكيد على أن "مبدأ سلطان الإرادة خيال وهـم قـديم"[5]، ومنتهى الصلاحية[6]، لذلك لا يستحق أن يكون أساسا للعقد، وحتى إن كان من الـلازم الإعتـراف بـإرادة

---

[1] Ghestin (J), Traité. Op.cit. P. 174.

= أنظر محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص ص 48 و 49. وأنظر كذلك جاك غيـستان، المطـول، مرجع سابق، ص ص 200 و201، ولعل الأستاذ غيستان في ملاحظته في تمسك الأستاذ (Rouchette) بوجـود نظريـة عامة للعقد، وعلى أساس ذلك هناك علاقة أساسية تربط النظرية العامة للعقد بمختلف العقود الخاصة.

[2] Ghestin (J), L'utile et le juste, op.cit. PP. 2 et ss.

[3] Savaux (E), op.cit, PP. 240 et ss.

[4] « Le seule problème pratique que pose la force obligatoire est celui des conditions dans les quelles le créancier peut contraindre un débiteur récalcitrant à s'exécuter… », cité par Savaux (Eric), op.cit. P. 241.

- تحليل الدور الحقيقي للعقد، يكون بتحريك تبادل القيم بين الأشخاص وفي توزيع المصالح المتبادلة بيـنهم ليـستنتج أن القوى الملزمة لا تجد ما يبررها في الإرادة وإنما في القانون الذي يمنح تلك الإرادة سلطة إنشاء الإلتزامات، ويمنع كل تراجع من قبل المدين في وفائه بإلتزاماته، كلما كانت متخذة بطريقة حرة وجائزة قانونا. كما يحتفظ لنفسه بسلطة فرض إختياراتـه لتوجيه السلوك التعاقدي إما عن طريق القواعد الآمرة أو بتفويضه للتدخل القضائي، ومن ثم فإن محتوى العقد كيفما ضـبطه الأطراف، وقد لا يتطابق مع محتواه الذي يضبطه القاضي.

[5] Starck (B), Roland (H) et Boyer (L), Les obligation, les obligations, op.cit., n° 22.

- أنظر غيستان جاك، المطول، مرجع سابق، ص 202.

[6] Ibid.

عقدية، فيجب أن تكون وتبقى حرة بقدر ما يمكن ذلك (...)، طبعا لأنها حرية لاحقة لـ دواعي إجتماعيـة تسبقها[1]، فالأفراد الذين يعيشون في مجتمع تحكمه علاقات ترابطية ضرورية، يتعين أن يكـون دور الإرادة فيه في إطار ما يسمح به القانون، وأي قلب لتلك القاعدة هو بمثابة تجاهل لتراتبية القواعد القانونية[2].

وإن الفقيه **"Duguit"** على مستوى آخر -حتى ولو كانت له رؤيته داخل فكرة التصرف القـانوني عموما- إلا أنه وفي سياق نقده لنظرية سلطان الإرادة، يرى الإعتراف بالحرية المطلقـة التـي تفترضـها الإرادة العقدية يعني بالضرورة تفوق الحق الشخصي على القانون[3]، وهذا الأخير وبحكم إهتمامـه بتنظـيم الحياة في المجتمع، يعتبر أعلى مرتبة من الحقوق الشخصية، مما لا يحق للفرد معه مخالفتـه أو محاولـة تغليب حقوقه عليه.

كما أن **"Duguit"** من المعترفين بسلطة **القانون**[4]، من حيث كونه ملزما لجميـع الأفـراد دونمـا إعتبار لإرادته، مثل قواعد الأهلية أو أحكام المسؤولية التقصيرية، في حين لا ينطبق الجزء الآخر عليه إلا بحكم إرادته، وذلك هو شأن الأحكام المنظمة للعقود، وبذلك يصل إلى نتيجة مفادها أن الإرادة العقدية غير قادرة على إنشاء الحقوق، الأمر الذي يجعل العقد في صورة توافق بين شخصين أو أكثر بهـدف تطبيـق أحكام قانونية معينة ما كان لها أن تطبق لولاه، إلا أنه وسط الإفراط في إبراز دور الإرادة في العقد أو في تقديس القاعدة الوضعية في العقد، أفرزت عن رؤية موضوعية للعقد، جسدت وضعية غائية مثلما ظهر ذلك واضحا بفضل الأستاذ **"Ghestin"**، الذي جاء تعاقبا على نفس التوجه السابق لدى الوضعيين، حيث كان إنتقالا من النظرة الخالصة للعقد إلى الوضعية الغائية، إذ أن الأستاذ **"Ghestin"** يرى ما يثار بخصوص أزمة العقد عدم تعلقه بوظائفه، بل بالنظرة التي حددتها به نظرية سلطان الإرادة، فالمعيار المميـز للعقـد يكمن في طريقة تكوينه بموجب توافق الإرادتين، لكن أثره يتمثل في إنشاء قواعد قانونية تحظى بمرتبة دنيا بالمقارنة مع القواعد التي ينشئها التشريع، وتهدف إلى تحقيق العادل والنافع، وقد تتجـسد فـي إلتزامـات

---

[1] Savaux (Eric), op.cit. PP. 244, 246.

[2] « Ce qui a causé le déclin de l'autonomie de la volonté, c'est d'une part, la méconnaissance de la règle élémentaire selon laquelle la loi, donc l'état se trouve à l'origine de tous nos droits subjectifs, y compris celui de contracter dans un contexte socio-économique permettant aux forts d'exploiter les faibles, enfin, et surtout, la necéssite d'une économie planifiée », Ibid. n°35.

- وأخيرا رغم أن الحرية التعاقدية روح العقد، فهي تشكل مبدأ أساسيا في قانون العقود، فهي غير مضمنة صـراحة فـي النصوص التشريعية ويمكن إستنتاجها من أحكام المادة (112) من القانون المدني الفرنسي والمادة (6) منها.

[3] Weill (A), et Terré (F), op.cit. n°64.

[4] يعتبر تيار العميد ليون ديجي، من التيارات التي ظهرت من أجل رفض كل تفسير شكلي للقانون، ورأى أن القانون يـرتبط وجودا وعدما مع حياة الجماعة، وليس إرادة المشرع.

- أنظر في هذا الشأن تجديد النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ص 288 وما يليها.

- « Il faut qu'il y ait contrat que les parties aient des intérêts opposés et poursuivent des buts différents, en revanche il y a union quand elles s'accordent pour créer une institution ou pour établir un statut comparable à un réglement », Ghestin (J). Traité. Op.cit. P. 219. N° 24.

لإقرار حقوق شخصية كيفما وقع الإتفاق عليها، كما تتعداها لتستغرق محتوى موضوعي غير عادي لتوافق الإرادتين[1]، مثلما هو الحال بالنسبة لقواعد التفسير الموضوعي للعقد. وبعبارة أخرى يـدعو **"Ghestin"** إلى تأسيس نظرة معتدلة تحال أحكامه إنطلاقا من الغايات التي دفعت المشرع إلى إقـراره وشـحنه بقـوة إلزامية، حيث يرى في الإرادة إجراءا لازما لتكوينه عن طريق تبادل الرضى بين الطرفين، وتنقلب الصيغة حيث تكون وسيلة لا غاية، جاءت لتحقيق الهدف المنشود من العقد، والمألوف تاريخيا والمتمثل في تبـادل القيم من ذمة إلى أخرى أو "معاوضة"[2]. وتستقل القوة الملزمة للعقد عندئذ عن كل بعد إرادي لتجد أساسـها في القانون الذي يسعى لتحقيق النفع والعدل من خلال تقنية العقد، وبذلك يكون العقد ملزما ما دام يعبر عن قيم النفع والعدل التي يؤمنها القانون، فإذا وقع أن إختلف الطرفان في تحديد مسار النافع والعـادل توجـب على القاضي التدخل من أجل الكشف في مضمونهما على ضوء سلطته التقديرية الكاشفة أو المنشئة لحـل الناجع والعادل، وتصبح مطابقة العقد مع العدالة أكثر منها مطابقة للقانون الوضعي[3].

وبالطبع لا يظنن أحد أن موضوعية **"Ghestin"** قد وجهت لخدمة الفردانية المطلقة بقدر ما تقـرر تعادلا بين المنافع العامة والخاصة[4]. ثم إن الأستاذ **"Ghestin"** ينطلق أيضا مـن فكـرة أن القـانون لا يصادق على نجاعة العقد إلا إذا كان قائما على المصلحة الإجتماعية، وتوفر المصلحة تشترط فيه العدالـة، وإنفاذ المصلحة الإجتماعية يتوقف على مطابقة العقد مع مقتضيات النظام الإقتصادي والإجتماعي التوجيهي والحمائي.

ولعل الإتجاه المعاصر للعقد على هدى الأرضية التي كرسها **Ghestin** ساعد على تحليـل تبـادل الإلتزامات من زاوية إقتصادية أكثر منها إرادية[5]، وعنصر العدالة مكمل أساسي للعقد، وهذا في رأينـا لا يبرز رؤية خاصة ووصفية لتكوين العقد، شأن تلك التي كرسها فقه **Ghestin**، بقدر ما أظهر طرحا معمقا (approche approfondie) للمفهوم الحديث للعقود، وموضوعية العقد قبل كل شيء تحرير لذاتية الإرادة

---

[1] Ghestin (J), La formation du contrat, op.cit. PP. 200 et ss, et son article « L'utile et le juste dans les contrats », op.cit. PP. 13 et ss.

[2] Ghestin (J), L'utile et le juste dans les contrats, op.cit., P. 11.

[3] Ghestin (J), Traité, op.cit. PP. 228 et ss, et Dion (N), Le juge et le désir du juste – D. 1999, PP. 4 et ss, Cf. Siri (A), L'évolution des interprétations de la force obligatoire du contrat du 1804 à 2004, op.cit. P. 78, Le contrat tient sa légitime de ce qu'il est un instrument d'harmonie sociale. Demogue. Récité par Siri.

[4] Ghestin (J), Traité, op.cit. PP. 240 et ss.

[5] Ibid., P. 190.

- ولعل إفراطها رغم النجاح والنجاعة التي عرفتها نظرية Ghestin إلا أن أساتذة آخرين استبقوا معاكستها بأحكام واقعية، على فرض لإفراطها في تأسيس القوة الملزمة للعقود على قيمتي العدل والمنفعة، وهما قيمتان صالحتان لتنظيم كل العلاقـات الإجتماعية، وهو من قبيل الإنتقاص حصرهما في مجال التعاقدي، وبالغ آخرون في صورة تفوق الحـق الشخـصي علـى القانون الذي تقوم عليه هذه النظرية، وغيرها من التصورات.

- Flour (J), Aubert (J-L) et Savaux (E), Droit civil – les obligations, l'acte juridique, (T1) 10ed, Delta, Paris, 2002. P. 78.

العقدية تقومها أسباب تمليها المصلحة الإجتماعية والإقتصادية، أو لأغراض حمائية للطرف الضعيف في العقد، 'وسمو القانون الوضعي في هذا المجال، ليس إهمالا للحق الشخصي، ولا إنكارا لكرامة الشخص الإنساني"[1]، لأن المشرع "يسعى وعليه أن يسعى إلى الإلمام بتطلعات القانون "[2].

ثانيا: تزايد التشريعات لتكريس عدالة عقدية أكثر

عندما يضطلع المشرع بمقاربة العقد من جوهر القانون، فهو كما لو أنه "تم مناشدة القاعدة القانونية لتحقيق قيمة العدل"[3].

ولما كان من أهداف القانون تحقيق مثالية يناشدها ضرورة كل مشرع في توطيد هذه القيمة، وبذلك يجمع بين خصائص القانون، ومنها الإلزام وكذلك أهدافه، ومنها تحقيق العدل ويصبح إذا هناك تواز مكمل لبعضه البعض من وراء إقرار المشرع لقوة عادلة في العقد إضافة إلى قوة ملزمة.

ولما كان هناك مقبولية لمطابقة العقد للقانون كان من الممكن في ذات السياق الإعتراف بثنائية مصدرية لهذه المطابقة[4]، **الأولى**: وتكمن في تمثيل مصدر إرادي يحاكي طريقة إبرام العقد مثلما تمت بموجب توافق الإرادتين، فإن تعديله لا يتم إلا بنفس الطريقة، الأمر الذي يوحي للقاضي بعدم إمكانية التدخل في تعديل هذا العقد دون رغبة من أطرافه لكن يمكنه بالمقابل التدخل في هذا التعديل الإرادي من قبل الأطراف لإثبات مدى مطابقة التعديل للقانون، في حين أن **المصدر الثاني**، يتعلق بالتعديل بموجب ما يقرره القانون، على أنه يستند من وراء إستقراء تطور التشريعات عموما والقانون الوضعي للعقود خصوصا على **ثلاث** حالات يمكن فيها للمشرع تعديل العقد دون ضرورة للحصول على توافق الإرادتين.

1- كما لو أن المشرع مكّن أحد المتعاقدين من التحلل من إلتزامه التعاقدي من غير ضرورة موافقة المتعاقد الآخر[5].

---

[1] Voir dans ce sens ce qui a été observer dans le traité de Starck (B), par Roland (H), Boyer (L), « La liberté de travailler, de se nourrir, convenablement, de se loyer décement, de s'instruire, sont plus importantes que la liberté de contracter, en conséquence, (…), si au prix, d'un certain abondant de la liberté contractuelle, on augmente, l'efficacité des autres droits et libertés, le bilant sera encore positif et bénéfique (…) », cité par Savaux (E), op.cit. n°395.

[2] Ghestin (J), op.cit. P.226.

[3] Voir dans ce sens, Terré (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), op.cit. PP. 36 et 37, et Ghestin (J), Traité, op.cit. PP. 200 et ss.

[4] Ghestin (J), op.cit. PP. 149 et ss.

[5] أنظر في هذا الشأن، إلى المواد: (441) ق م ج: "التي يجوز أن تحل (فيه) الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك بما تعهده، أو بأي سبب آخر ..."، والمادة (9) من قانون (89-01): "ينتهي عقد التسيير بإنقضاء المدة التي أبرم من أجلها (...)، ويمكن فسخه لعدم إحترامه الإلتزامات المتبادلة، وذلك إعمالا للمبدأ العام الوارد في المادة (119): " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه ...".

2- أو أن المشرع تدخل مباشرة بموجب القواعد الآمرة يعدل فيها بعض البنود أو الـشروط العقديـة حماية للأطراف المعنية أو حماية لبعض المصالح لخصوصيتها[1].

3- كما يمكن للمشرع أن يتدخل بطريقة غير مباشرة لفرض تعديل الإلتزامات عن طريق إتمام القاضي لهذه المهمة[2].

ومن الواضح أن تدخل المشرع في العقد على ضوء ما تفرزه نجاعة وضعيته وموضوعيته يظهـر دوره في تثبيت العدل في جوهر العقد، إما مثلما تحسسته إرادة الأطراف أو على الأقل ما تتوقعه نوايـاهم، وحتى في الحالة التي تتجاوز النظرتان التشريعية الإرادية للأطراف يعود المشرع مرة أخرى إلى تـرميم العدل في العقد الاسهام في صياغته على ضوء ما تعدل من نظرته إلى مصدر التوازن بين الأطـراف أو إلى صنف العقد، ويصبح الهدف عندئذ بناء فرضية قانونية مبنية إما على تأمين مصالح إقتصادية متوازنـة مع الحرية التعاقدية، أو على حقائق خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة، لكنها لن تنفصل عن المحيطـين الإقتصادي والإجتماعي.

وإن كان الأمر عند الأستاذ **"Ghestin"** له ما يستند إليه وهو واقع التضخم التشريعي الذي أثقـل كاهل الحرية التعاقدية[3]، إلا أنه وبنظرة تفاؤلية للقانون الوضعي، وبكثير من الموضوعية العقديـة أمكـن الإعتراف بالمجال الخالص للتشريع يأتي خصيصا من أجل تكريس العدالة العقدية، وهو الذي يضاف على إعترافنا السابق في أن آثار المدرسة الوضعية قائمة ولو أنكرها الكثيرون، ولعل الإعتراف "بتنظيم آثار عقد ما على ضوء القانون الساري عند إنشائه وإنعقاده" والذي يعني إمتداد أجل القانون القديم (Survie de la loi ancienne) بما يضمن سمو العقد على القانون.

ويؤكد الدور الإستثنائي عند تدخل القانون في المجال العقدي، وطبعا هو منطق يطابق ذلك التـصور الليبرالي في التشريعات والمؤسس على مبدأ سلطان الإرادة[4]، خاصة وأنه يتعلق الأمر بقاعدة قانونية مكملة (supplétive). مع العلم أن نص المادة (2) من القانون المدني يدل على أنه "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي..."[5].

ولعل هذا الإستثناء يظهر في صنف وضعيات جارية ومستمرة تقع على العقود ذات التنفيذ المتتابع أو المتراخي، والذي يتطلب تنفيذها فترة زمنية تطول أو تقصر بحسب الحالات فإذا إتفق أطراف العقـد فـي

---

[1] أنظر للمادة (110) ق م ج، الخاصة بتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

[2] أنظر في هذا السياق (المادة 90) ق م ج، خاصة فيما يتعلق بسلطة الإنقاص لرفع الغبن، وكذلك، المادة (358).

[3] Cf. Savaux (E), op.cit. n° 403 et Ghestin (J), Traité, po.cit. P. 147.

- أنظر في هذا السياق، علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر – الجزائر، 2005، ص ص 266 – 270. وكـذلك، سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ص 650 وما يليها.

[4] Ghestin (J), Traité, op.cit. P. 149.

[5] ويقابلها أيضا المادة (02) من القانون المدني الفرنسي:

« La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ».

عملية بيع بالأقساط أو إيجار على المبلغ حسب عناصر مختلفة، ثم بدأ في التعامل بينهم، لكن صدر قـانون جديد يحدد ثمنا أقصى أو بدل إيجار أقصى شكل هذا التعديل خللا في ذلك العقد إذا طبق الـنص الجديـد عليه، لكن جاء القبول بالإستثناء المتصل بمواصلة العمل بالقانون القديم في العقود الجارية، كإستثناء علـى الأثر الفوري للقانون الجديد حيث تهم فيه المبررات التي تستند إليه في هذا الشأن، والأمر يتعلق بـ"الحفاظ على إستقرار المعاملات وأمن العلاقات التعاقدية لما له من فائدة صيانة التوقعات الإرادية للأفراد، وطبعـا سيكون من العدل ألا ينصرف القانون إلى الوقائع السابقة عن تاريخ نفاذه"[1].

فالتوازن الذي يتوصل إليه أطراف العقد يتأسس على علمهم بالقانون الجاري بـه العمـل وسـيكون إخلالا بهذا التوازن إذا تم العمل بالقانون الجديد.

لعله يلاحظ على نفس المنحى الذي ذهب إليه الفقهاء من أنه لو قرر تطبيق الأثر الفـوري للقـوانين الجديدة، فسيكون بتصريح مباشر من المشرع، وهذا ما ميز فقه محكمة النقض الفرنسية[2]، وأثـار النقـاش بعدئذ فيما يتعلق **بالقانون الإنتقالي** بواسطة النصوص التشريعية الخاصة، وكيف أن لها أثرا مهما ومباشرا على العقود الجارية الأثر، ولعل ما يبدو واضحا على سبيل المثال: المادة (**20**) من المرسوم التشريعي رقم 93-03 لـ(1993/03/01) المتعلق بالنشاط العقاري: "يظل تجديد عقود الإيجار المبرمـة قبـل تـاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي خاضعا للتشريع السابق المطبق على هذه العقود"، وكذلك المادة **157** مـن قانون (90-11) المتعلق بعلاقات العمل: "(...) غير أنه مع مراعاة أحكام المادة (03) أعلاه، تظل علاقات العمل المبرمة عند تاريخ صدور هذا القانون تحدث أثرها الكامل، ما عـدا أحكامهـا المخالفـة، وتكـون تعديلاتها طبقا لأحكام هذا القانون" وكذلك المادة 2/40 من قـانون 90-40 المـؤرخ فـي 1990/11/06 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل غير أنه وبصفة إنتقالية، تبقى أحكـام هـذا الأمـر المتعلقـة بإختصاص مفتشية العمل في مجال المصالحة، وكذلك الأحكام المتعلقة بتشكيلة المحاكم التي تفـصل فـي المسائل الإجتماعية سارية المفعول إلى أجل أقصاه 31 ديسمبر 1991[3]، وإلا سيكون من المفيد تحديد أثـر هذا الإستثناء على حالات أكثر موضوعية[1].

---

[1] أنظر على فيلالي، مقدمة في القانون، مرجع سابق، ص 271. وكذلك سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ص 689 وما يليها. وعوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، الأردن، ط (2)، 2002، ص ص 277 و278. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 229. وتوفيق حسن فرج، المـدخل إلـى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1991، ص ص 341.

[2] Voir arret de cass. Soci du 05/05/1961. Bult. Civ (IV), P. 376, cass. Civ du 21/01/1971. Jcp. 1971 (II). 167 76, notament la note de Level (p), cité par Ghestin (J) Cf,Goubeaux (G), op.cit. P. 280. « Les lois nouvelles sont assez fréquemment déclarées par le législateur, applicables aux contracts en cours » Voir Ghestin (J), Traité, op.cit. P. 148.

[3] ولعل الفقه التقليدي تمسك بنظرية الحق المكتسب المستمدة من الفكر الليبرالي وإعتنقها الفقه والقضاء الفرنسيين، بحيث تسلم بعدم مساس القانون الجديد بالحقوق المكتسبة، سواء بسبب أنها حقوق دخلت في ذمة مالية لشخص ما أو تضمنه سند قـانوني

وفي سبيل تفادي ظهور سياسة تشريعية موازية، يتميز القانون المدني الوضعي بنوعية من التركيب في الوظائف، فبواسطة تقنية الإستبدال أحيانا والتطويق أحيانا أخرى، يمكنه أن يعدل مضمون عقود جارية، وهذا ما يبدو واضحا في التمييز بين عقود نظامية[2]، وعقود تعاقدية[3]، حيث تتقوى فيها قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد، والذي يدعمه فكرة حماية المصلحة العامة المرتبطة بدواعي إقتصادية وإجتماعيـة جديـدة والتي تتسم بالتطور والإتساع المستمر، فنص مثلما ورد في المادة **20** من المرسـوم التـشريعي 03/93، الذي يلغي فيه حق البقاء في الأماكن يستجيب إلى دواعي حماية حق الملكية[4]، و في إعمال القانون الجديـد إعتبار للنظام العام، بيد أنه في نفس الوقت قرر إستمرار حماية الطرف الضعيف بالنسبة للعلاقات العقديـة المنبرمة في ظل القانون السابق، ويصبح عندئذ إنشغال المشرع عند التدخل إزاء وقـائع إجتماعيـة مـن محض العدالة العقدية[5]، وهذا ما يذكر أيضا في شأن المادة **94** "تلغى أحكام القانون رقم 89-02 المـؤرخ

(وهي ما ترتب عنها بعدها فكرة التمييز بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية)، راجع في هذا الشأن، حسن كيـرة، مرجع سابق، ص 355.

- Ghestin (J), et Goubeaux (G), op.cit P. 251 et Carbonnier (J), op.cit. P. 106.

وطبعا تجب مراعاة القيد الوارد على قضاء القانون بتطبيق القوانين الجديدة بأثر رجعي، عندما يخص تحقيق المصلحة العامة (كما جاء في الأمر (73-29)، وإلغاء العمل بالتشريعات الفرنسية إبتداءا من (1975/05/05)، وكذلك حظر ترتيـب أثـر رجعي في مسائل الضرائب أو الجباية أو الرسم أو غيره.

[1] « Il faut alors apprécier, dans chaque cas si, le souci d'uniformité doit l'emporter, sur les prévisions des parties (…) on l'admettra d'autant plus facilement qu'il s'agirat d'un contrat type et a fortiori d'un contrat type ayant fait l'objet d'une simple adhésion », Ghestin (J), Traité, op.cit. P. 150 n° 172.

[2] ولعل الفرق واضح بين العقود النظامية التي تمثل القانون فيها محل إعتبار لأنه ما يتولى تنظيمها، وتحديد مضمونها، مثلمـا يتعلق الأمر بعقود العمل محل إنقاذ للإتفاقات الجماعية للعمل، أو عقود الإيجار أو عقود الإذعان على أشكالها، أمـا العقـود ذات النظام التعاقدي فيعتمد على دور الإرادة فيها. وهي أكثر تفتحا على التبرير بإستبعاد الأثر المباشر للقـوانين الجديـدة، لمزيد من التفصيل راجع توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص ص 355 – 360.

[3] نفس المرجع.

- Ghestin (J) : Le contrat apparait comme un acte condition déclenchent l'application d'un régime statuaire entièrement soumis à la loi ».

[4] Ibid.

[5] أنظر المادة (40) من قانون (90-04) الذي يمدد الأجل المحدد من المـادة (2/40) مـن قـانون (90-04) إلـى غايـة (1990/06/30)، وكذلك المادة 23 من المرسوم التنفيذي (08-140) لـ (2008/05/10) المحدد للنظام النوعي للعلاقـات العمل المتعلقة بالصحافيين، ج. ر (24) المؤرخة في (2008/08/11) وكذلك المادة 03 من المرسوم الرئاسـي (09-419) الصادر في (2009/12/16) المحدد للأجر الوطني المضمون – ج. ر 83 (المؤرخ في 2009/12/26)، وكذلك المـادة 28 من قانون (04-19) الصادر في 2004/12/25 – المتعلق بتصيب العمال ومراقبة التشغيل، ومن جهة أخرى المادة (4) من الأمر (04-01) المؤرخ في 2004/07/21، المعدل للقانون التجاري، ج. ر (46) 2004.

- راجع في هذا الشأن، حدوم ليلى، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، ماجستير، 2001، كلية الحقوق الجزائر، ص ص 21 وما يليها.

في 1989/02/07 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، وتبقى نصوصه التطبيقية سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التطبيقية لهذا القانون التي تحل محلها[1].

وأخيرا يمكن التأكيد على أن التدخل الحيوي الوضعي والإيجابي للمشرع أصبح يحمل تحت طائلة الحماية أو النظام العام بالمفهوم المعاصر، توجيها نحو تعديل العقد رغما عن إرادة الأطراف، لكن بالدرجة الأولى، محاولة إرساء تدخل نمطي أو توجيهي، ولعل هذا يظهر خصيصا في مسألة الشروط التعسفية، حيث يكثر التدخل على مستوى تكوين العقد، مثلما جاء وروده في المادة **29** من قانون (04-02) التي تكرس حظرا لها، لكن من باب أولى سردا غير حصري للنماذج أو الشروط ذات الصبغة التعسفية، وتأتي النصوص التطبيقية لتشجع من تفعيل دور لجنة الشروط التعسفية على نحو يحافظ به على الصيغ العقدية المعتدلة[2].

ولعل في رأينا هذا يعبرعن خيار تشريعي خاضع للتطور وفق ما ينادي به بعض الفقه كأساس "لتحقيق التوازن والتنوع في العقود"[3]، لأن العقد أداة الإختلاف والتنوع في المصالح بين الأفراد، حيث تدرج في كل عقد بنود حسب المصالح الخاصة للأطراف المتعاقدة الذين يرون في ذلك نوعا من تحقيق التوازن فيما بينهم، والفائدة هنا نجدها تبرر بأنه بما أن هؤلاء الأفراد يبرمون عقودا تربط بين مصالحهم، فإنهم يتجهون إليها وهم على علم مسبق بالنتائج التي تنتظرهم من تلك العقود حسب التشريع الجاري به العمل، ولما لا، وظاهرة معيارية العقود تنزح إلى النظام القانوني للعقود أكثر فأكثر[4].

---

[1] قارن أيضا ما ورد في المادة 66 من قانون (04-02) المؤرخ في 2004/06/23 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر (41) المؤرخة في 2004/06/27: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون لا سيما الأحكام الواردة في الأبواب الرابع والخامس من الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25/ جانفي 1995 والمتعلق بالمنافسة: غير أن القضايا الجاري فيها التحقيق قبل تاريخ بداية العمل بهذا القانون تبقى خاضعة لأحكام الأبواب السالفة الذكر من الأمر 95-06 المؤرخ في 1995/01/25 والمذكور أعلاه. ويبقى العمل جاريا بصفة إنتقالية بالنصوص التنظيمية الجديدة التي تلغيها ما عدا المرسوم التنفيذي رقم 95-335 المؤرخ في 1990/08/18، المتعلق بالسجل التجاري ..." راجع كذلك المادة (73) من قانون (03-03) المعدل والمتمم بالقانون (08-12) المتعلق بقانون المنافسة.

[2] راجع حدوم ليلى، مرجع سابق، ص ص 41 – 43.

[3] Ghestin (J), Goubeaux (G), op.cit. PP. 325 et ss, ensuite, professeur (Alpa), référé au valeur doublé de ce contrat, « (…) Il vise à rendre sans effets juridiques les pactes contraire à la circulation des biens, des services, des capitaux, ils visent à contenir le pouvoir de négociation de la partie plus forte qui peut l'abuser de pouvoir au déterminent de la partie plus faible … », les nouveaux frontières du droit des contrats, in mélanges Ghestin, op.cit. PP. 11 et ss, voir aussi Carbonnier (J), obligations, op.cit. PP. 53 et ss – Terrè (F), Simler (P) et Le Quette (J), op.cit. PP. 965 – 981 et Houser (J), les contrats, que sais-je ? P.U.F. Paris. 1992 – 129 PP. 7 et 8.

[4] لقد أصبحنا أمام ظاهرة تطور العقود على نحو تعاقدي، تنظيمي ومختلف مما خلق أزمة توحيد النظام القانوني للعلاقات التعاقدية وراح البعض إلى درجة التشكيك في مدى صلاحية التعريف الكلاسيكي والتقليدي، لكن سرعان ما إستدرك الأستاذ (Ghestin) حلا جوهريا ظهرت فعاليته على المدى البعيد، وهو المصالحة بين القانون الموضوعي وقيمتي العدل والمنفعة.
- Ghestin (J), Traité, op.cit. P. 162, notamment pp.163 et 16 .

ثالثا: طبيعة العدل على ضوء التحليل الوضعي

عادة ما يشكل الإعتماد على كفاية القاعدة القانونية من أهم الوسائل الضرورية لضمان حقوق الأفراد وحماية مصالحهم، خاصة وهي تعني تلك الأداة الفعالة لضمان الإلتزامات وسط مجتمع سـريع التطـور، والعوامل التي تسهم في تكوين القانون وتطويره هي التي تظهر فعاليتها في تحقيق توازن العقد، وضـمان استمراره على ضوء مقتضيات المصلحة الإجتماعية والإقتصادية، لكن خصيصا الإعتبارات الأخلاقية هي التي تحدث أثرها في تكوين القانون، ويكون العدل العنصر المنشئ لما سيكون قانونا أو ما سـيكون عقـدا يضمن إستمرار نفاذه بقدر الإمكان[1]، وبقدر كبير وصفه بعض الفقـه "بالإحـساس القـانوني أو الـضمير القانوني، أو العقيدة القانونية"[2]، رغم ما تظهره من نسبية واضحة، فقد يتغير الزمن ويظهر ما كان ظالمـا من نظام أصبح طبيعيا ومشروع، ومن تم يتغير العدل ويتبدل القانون، ويتوازن العقد، فلـيس ثمـة عـدل مطلق، ولا قانون أبدي ولا عقد خالد.

عند تطبيق فكرة العدل على قاعدة قانونية معينة أو عقد معين يصبح من السهل القول بـأن قاعـدة وضعية ما عادلة، وذلك عندما تكون مطابقة لقاعدة العدل، كما أن القاعدة أو العقد ظالمين إذا قضيا بنقيض ما تقضي به قاعدة العدل، وهو بالفعل ما يبرر وصف الأستاذ **Kelsen** للعدل "كنجم قطبي لكـل تكـوين قانوني"[3].

وعلى هذا الأساس أيضا يمكن القول عن القانون بأنه عادل طالما كان يحقق فكرة "فصل الأوضـاع عن بعضها البعض لبلوغ نتيجة مرضية"[4]، وخاصة عندما يقصد به "إعطاء كل ذي حق ما يـستحق وفقـا لمبدأي المساواة والتناسب"[5].

ولعل إرتباط العدل بالتشريعات أحدث التصورالمنطوي على عدل تـشريعي[1]، يقـوم علـى أسـاس التناسب بين الأفراد والأموال التي يستحقونها، ومما يبرر فعلا أن القانون لا يجد مضمونه الصحيح إلا في

---

[1] أنظر محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق ، ص ص 189 وما يليهـا، وكـذلك محمود سلامة زناتي، طبيعة القانون ووظائفه، ج 1، ط 1، 1993، ص 32 – أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقـد بـين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، المجلة الإقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، الزقازيق، ع 1، 1986 ص 116.

[2] CF. Lefebre (R), justice et utilité: de Bentham à Platon, philisophie – la justice – ed ellipes 2001, PP 41 et ss, et l'auteur a pris l'illusion à l'écrit de Bentham en 1829, "(…) en entend par amour de la justice", "la considération pour le bonheur humain perçu comme le résultat à des régle posées par l'autorité du gouvernement", et aussi voir Pécharman (M), La justice selon Pascale, op.cit., PP 118 et 119.

[3] سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص ص 161 و162.

[4] أنظر أحمد عبد الحميد عشوش، المقال السابق، ص 25.

[5] كثيرا ما ارتبطت هذه الفكرة مع تعريف أرسطو بإعتباره خاصية من خواص المشرع قوامهـا توزيـع المغـارم (العـدل التوزيعي) وكذلك العدل التصحيحي كتعادل الأول المتبادلة، ثم فلاسفةالإغريق ككل هم الذين عرفوا العدل من خلال المساواة والتناسب بين الأداء الذي قدمه أحد الطرفين ومقابل المقدم من الطرف الآخر.

فكرة العدل، بدليل أنها تتحقق في عدم الإضرار بالغير أو إعطاء كل ذي حق حقه، أو كذلك في التناسب الذي يجب أن يكون بين المصالح المتعارضة، حيث جاء على حد تعبير الفقيه **"Tourtoulon"** "أنه لباب القانون"[2].

ومن هذا المنطلق، يتم فحص ما إن كان العدل سيشكل معيارا أم قاعدة؟، وبالفعل ذهب قسم من الفقه إلى وصفه بالمعيار لأنه ينظر إليه كميزان يزن ويقدر النتائج القانونية التي تترتب على تصرفات الأشخاص[3]، أما رأي آخر فيرى بضرورة الرجوع إلى الوظيفة الأساسية للعدل التي تخرج منه فكرة ترتيب نتائج تتراوح بين الضارة والنافعة، وعلى أساس الموازنة بينهما بعض الأشخاص ما يستحق، مما يجعل العدل كمعيار وقاعدة في آن واحد[4].

ولعل فكرة أن يستلهم المشرع العدل في سنه للقوانين، إلى درجة تجذر ثقة الناس في عدم فصلهم لما هو عادل عما هو قانوني[5]، إلى الحد الذي تطور إلى غاية المرونة، حيث أنيط بإعتبارات ذات طابع شخصي يعتمد على تحديد ما هو مستحق، والموازنة والمساواة، ومناسبة للآثار وفقا لقيمة العمل، فينشأ ميزان العدل لأول وهلة من ضمير الفرد –صاحب التصرف– وحتى لا يترك له التحكم، فيصبح معيارا سائدا عاما له قوته التي تفضي إلى تغيير النظام القانوني الوضعي.

وإذا إتبعنا رأي الأستاذ **سمير تناغو**، كان من السهل الوصول إلى أهمية صورة "العدل في الحياة اليومية للأفراد، فكثيرا ما تحمل صياغة القواعد القانونية قدرا من المرونة، ورغم عيوب الصياغة المرنة للقواعد القانونية، فإنها وحدها هي التي يمكن عن طريقها تحقيق أفضل درجات العدل في الحالات الخاصة المتنوعة"[6].

ولعل أهمية "طبيعة العدل" بالنسبة للقانون الوضعي للعقود تفسره ظاهرة الفقه التقليدي في مجال إسناد عقد من العقود إلى نظام قانوني داخلي معمول به في دولة من الدول، وحتى وإن إختلفت الآراء بالنسبة

---

[1] وهذا ما عبر عن النظريات الحديثة ورغم إختلاف تصوراتها لكنها تكاد تتفق في إقامة العدل على أساس فكرة المساواة أو فكرة التناسب، حيث لقيت الفكرة تطبيقات جديدة مثلما يتعلق الأمر بالضرائب العادلة التي تفرض على الأشخاص بحسب قدرتهم.

[2] أنظر أحمد عبد الحميد عشوش، المقال السابق ، ص 29.

[3] لأنه لا ينظر فيما إذا كان العمل غير المشروع قد حوسب عليه صاحبه أم لا، وفيما إذا كان العمل الجيد قد كوفئ عليه صاحبه من الناحية الإجتماعية أو لا، أما الإعتبارات الأخلاقية أو القانونية فهي التي يتدخل فيها العدل، لمزيد من التفصيل، أنظر محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ص 190 وما يليها.

[4] Voir dans ce sens Ghestin (J), Traité, op.cit. PP. 4 et ss.

[5] أنظر عبد الحميد عشوش، المقال السابق، ص 35. ولعل جانبا من الفقه استغل فرصة التفرقة بين مجال القانون الذي يساوي كيان الجماعة وحمايتها لدواعي المصلحة الإجتماعية وبين العدل الذي يبقى مجرد شعور داخلي يخضع لتقدير ذاتي حسب مراعاة الظروف .

[6] أنظر سمير تناغو، مرجع سابق، ص 45.

لمدى حرية أطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، لكن يمكن لأي قانون أن يكون لـه الأفضلية في التطبيق على باقي القوانين[1] وفي نص المادة **2/18** ق.م توجه عام لإعمال هـذه الـصياغة[2]. ولعل أنه كثير ما تكون "العدالة" مضمون الإشتراطات في النصوص التي تحدد إختيار القـانون الواجـب التطبيق، ليشار ويحال إليها حكم العقد.

وينحو إسناد الإتفاق أو العقد إلى تطبيق القانون الوطني في دولة معينة، فقد نلجـأ فـي كثيـر مـن الحالات إلى تطبيق قواعد العدالة كمصدر إحتياطي في مصادر القانون الوطني، وبهدف تتحقق فيه صورة العدل كقاعدة أساسية في النظم القانونية[3]، وليس صورة يتجه إليها القاضي[4]، لأن الحالات التي يرخص فيها إليه معروف مجالها، كما جاء نص المادة (**1**) من ق.م، حيث يرخص المشرع فعلا للقاضي بالأخذ بأسباب العدالة.[5]

وفي هذا يطرح الأستاذ **سمير تناغو**: "أن القانون المطبق في أي دولة هو عمل إرادي مـن صـنع إرادة السلطة الحاكمة في هذه الدولة، وهو يستند -أي وجوده- إلى فكرة العدل، كما أنه يستوفي أو يجـب أن يستوفي أحكامه من مبادئ العدل، ولكنه يظل عدلا مصنوعا لا يرقى أبدا ولا يختلط أبدا بالعدل في ذاته الذي يجب أن يظل هو حده معيار الحكم على كل تصرف إرادي سواء كان تـشريعا أو حكمـا أو عقـدا أو غير ذلك من التصرفات الإرادية[6].

ودور العدالة عندئذ يختلف بحسب ما يبلغه النظام القانوني من تقدم وحـسبما يحتـاج إليـه تحقيـق الإستقرار والثبات. وعلى الأرجح سيمنحها – العدل- تلك الطبيعة الخاصة التي لا توجد أو تقوم بوظيفتهـا

---

[1] وهناك ما يعرف بحالة الإختيار العام للقانون عند إتفاق الأطراف، الذي يحكم عقدهم غير المحـدود، وقـد يكـون هنـاك الإختيار المحدود للقانون بإتفاق أطراف العقد على تضييق مجال التطبيق، وقد يتفق الأطراف على غير ذلك مـن الأنمـاط المتباينة من النصوص التي تحدد الأنماط المتباينة من النصوص المحددة لطريقة إختيار القانون الواجب التطبيق، إضافة إلى صور الإختيار السلبي أي عدم تطبيق قانون معين أو جزء منه. وكذلك الإختيار المتعدد للقوانين والإختيار الجماعي.

[2] تنص المادة 2/18: "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد ما لم يبتفق المتعاقدان على تطبيـق قانون آخر ...".

[3] لأنه بالفعل توجه إرادة المتعاقدين لإختيار قانون معين هو من قبيل النظرة وتقدير عدالة تطبيق قانون على حساب آخر.

[4] وهي تلك الحالة التي تنص فيها مختلف نصوص القانون المدني على جوازية الحكم بموجب مستلزمات الثلاثـة: القـانون، العرف والعدالة (أو الإنصاف) إضافة إلى الإرادة العقدية، لمزيد من التفصيل راجع ما سيأتي عرضه لاحقا في الباب الثاني.

[5] لأن نص المادة واضح: "(...) على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيق حكم القاضي بمقتـضى العـرف فـإذا لـم يوجد.... فبمقتضى المبادئ للقانون الطبيعي وقواعد العدالة".

[6] أنظر سمير تناغو، مرجع سابق، ص 229.

إلا حيث يوجد نظام قانوني تستخدم لتخفيفه عند شدته[1]، مما يضفي عليه نظاما قائما بذاته يجوز أن يكـون أساسا لحلول قابلة للتعميم[2].

الفرع الثاني: تكريس إجتماعية العقد

أصبح التحدي واضحا في السياسة المتبعة في رسم الخصائص الحالية للعلاقات التعاقدية من جراء التطور الاقتصادي، الاجتماعي والسياسي، وهي نفسها خصائص القانون الوضعي للعقود، مما أثـر فعـلا على دور الإرادة الفردية على النحو الذي لم تعد تمثل فيه سلطة خالصة منشئة لأوضاع قانونيـة كالعقـد، ويصبح تصورا مقبولا طالما أن هناك سموا لما هو إجتماعي من الآن فصاعدا[3] على حـد تعبيـر عـالم الاجتماع **Durkheim**، لأنه ليست الإرادة ما يعول عليها لتأسيس القوة الملزمة للعقد، وإنما تنظيم العقد ذي الأصل الإجتماعي[4]، وهي طبيعة ليست بالجديدة (**ثانيا**)، وربما لأن المجتمع لا تسمح قواعده إلا بـصياغة علاقات عقدية في قالب عادل من منظور إجتماعي (**أولا**) هو الذي يفسر إظهارها رأي العقود في تنوع من الأشكال ذات تصور جديد لها تقنياتها، ولها مبادئها، لكنها تتفق في وحدة الغاية الإجتماعيـة، وهـي فـي جوهرها لا تتنافى والعدالة الاجتماعية التي يجب أن تنطبق على العقود.

أولا: متطلبات العدالة الإجتماعية في المجال العقدي

بمنطق قلب صياغة العقد الإجتماعي من لدى J.J.Rousseau من الفرد إلـى المجتمـع "أصـبح التصور القار في المعاملات ينطلق من فكرة وجود عقد مبرم بين أفراد في مجتمع معين يكون مسبقا يجسد إرادتهم في العيش معا وييسر لهم سبل الحياة مما يجعل العقد واقعة إجتماعية تنبثق في كيان المجتمع لكنها لا تهدر دور الفرد الذي أعلن إذعانه له ضمنيا. ولعل هذا المبدأ يظهر قبل أي عقد في فكرة " **شبه العقـد**" (**quasi-contrat**)، التي يعتبر فيها تحديد سلطة الدولة من ولادة إتفاق ضمني مع الأفراد[5]، إلا أن الـذي

---

[1] أنظر سمير تناغو، نفس المرجع.

[2] Sullerot Leibniz, La charité du sage ou la justice fondée en raison, op.cit. PP. 140 et 141.

[3] - « Le développement autonome des mouvements syndical, socialiste, mutualiste, coopératif et solidarité laisse espérer la reconnaissance de fonctions nouvelles assumées par l'Etat au bénéfice des plus défavorisés (…), les républicains de progrès, de bourgeois à mille rend, cherchent la voie d'un nouveau contrat social fondé sur la législation » , cité par Jamin(Christophe). Plaidoyer .pour le solidarisme contractuel » étude offertes à Jacques ghestin, L.G.D.J., Paris, 2001, P.447.

[4] - « En résumé donc, le contrat ne se suffit pas à soie même, mais il n'est possible que grâce a une réglementation du contrat qu'est d'origine sociale. » Ibid.

[5] لمزيد من التفصيل، أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، م1، مصادر الالتـزام، مرجع سابق، ص ص ، 31-142، وعلي علي سليمان (رحمه الله) ،نظرات قانونية مختلفة، مرجـع سـابق، ص ص 219، وما يليها.

Voir aussi Jamin (Christophe). Plaidoyer pour le solidarisme, op cit P.446.

سهل القبول بما وصفه العميد "Leon Bourgeois" في مصطلح "الدين الإجتماعي، وكيف أنه في كل مجتمع، وبصفتنا كشخص ينتمى إليه، كل فرد فينا هو بالضرورة مدين للكل[1]، وهو الذي ينقل تقاسم الحقوق والواجبات فيما بين هؤلاء الأفراد، حتى ولو لم يكونوا متساوين"، وكما وصفها الأستاذ "Christophe Jamin" "بأنها فرصة جديدة لقلب المنطق الليبيرالي"[2]، بدليل أنه لم يعد القانون أداة لتحديد سلطة الدولة لصالح الحفاظ على حرية الأفراد، بل هو وسيلة للتنسيق بين الطرفين، الدولة، والفرد، حيث يشكل هذا الأخير عضوا لا يتجزأ في المجتمع، وفكرة العدالة لا يمكن أن تتحقق بالفصل بينهما، بل علاجها لتبادل الخدمات تحت طائلة التعارض الواضح بين المصالح هو يصبح محل إعتبار.

ولعل هذا التطور منسوب إلى الفلسفة التضامنية وأثرها على قانون العقود[3]، وفيما أرساه الفقيه **"Saleilles"** من أرضية إجتماعية يفسر بها العدالة العقدية حيث برر منهجا جديدا للتفسير، خاصة عندما "أكد بأن كل تصرف قانوني مترتب عن رضى متبادل بين الأطراف أخرج إلى الواقع مجموعة شروط تم تحديدها من سلطة أعلى سلطة المجتمع، مما يفسر عدم إنشاء عقود مضادة للمطالب الإجتماعية"[4]، وإن كانت البداية مع عقد الإذعان التي شكلت أسباب رفضها كنموذج عقدي نفسها أسباب إستدراجها ضمن الأنظمة العقدية[5].

وفيما يبدو أن الفقيه **Saleilles** قد أعمل مثل هذا التصور ليظهر "كل ما هو إجتماعي محتويا لما هو عقدي"، ولعل هذا يذكرنا بالوضعية العادلة في إدراج "شرط الأسد في عقد ما"، أو أن شركة تأمين تلجأ إلى إشتراطات تسمح بالمساس بأقساط التأمين تحت طائلة بنود غامضة تتعارض مع الآثار المترتبة عن حدوث الكارثة مثلا، أو أصعب من ذلك، تلك الحالة التي يتراجع فيها رب العمل عن الأجرة الموعود بها أحد عماله تحت طائلة إدراج بنود جزائية إما بإنقاص منتظم إلى نصفها أو ربعها مع أن العامل قد ارتكب أخطاء محدودة[6].

---

[1] Voir: Chanial (Phi), Renouer les fils de l'alliance, Bourgeois, Durkheim et l'incompétude du contrat, acte de colloque, université de Lille (2), Paris, 2003, PP 53 et 54.

[2] Ibid.

[3] ولعل أن الفقه التضامني يذكرنا بنظرية المخاطر التي لم يعد القانون يتطلب فيها ضررا ملموسا، بل يكفي أن يكون هناك عمل مصدر لوقوع الضرر، مما يحول المسؤول على التعويض مسؤولا من وجهة نظر إجتماعية، ولعل التأمينات عن حوادث العمل التي طالما كان لها هذا التوجه (الاجتماعي) أبرزت المبدأ التضامني في عقود العمل.

[4] Christophe Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme .op.cit.P 447.

[5] وقد أوضح الفقيه (saleilles) الإتجاه القائل بخيالية الفكرة العقدية في عقود الإذعان، استعارة من الرأي القائل في القانون الروماني الذي كان يرفض تكييف تصرفات قريبة من شكل عقود الإذعان كتصرفات إرادية، لأنها تعد تصرفات قانون (acte de lex)

[6] أنظر ما جاء في المادة 622 ق م ج ، حول بطلان طائفة من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين، وكذلك المادة29 من قانون (02/04) حول قائمة الشروط التعسفية...وغيرها.

Salleilles أيضا إعتبر الغاية من فكرة ثورية كالتي قام عليها قـانون العقـود المعاصـر، وهـي "جميعة القانون" (socialisation du droit)[1]، والذي إنعكس على الظاهرة العقدية، حيـث شـكل تـأثير عوامل إجتماعية وإقتصادية، كأول مرحلة التعامل مع العقد كأداة نافعة لتبادل الثروات والخـدمات، ولكـن حتى لا تتحول إلى أداة إستغلال وتعسف، كان من اللازم جعل العقد كواقعة إجتماعية تجمع النفـع العـام، والنفع الخاص، على حد سواء.

وفي صورة جمعية العقد (socialisation du contrat) القائمة على تغليب النزعـة الجماعيـة، ترويض للإرادة الفردية وتطويع لها، حيث "يتوقف ترتيبها للآثار على مـا يتفـق والبيئـة الإجتماعيـة، وقوانينها"[2]، لا لغاية إلا تحقيقها لتطورات هذا المجتمع وحفاظا على إستقرار محاولات كثر فيهـا حمايـة الأطراف الضعيفة. ولأن الواقع أصبح يعبر عن منطق "أن ما قد يعطي الأفراد من مزايا أو قدرات لـيس سوى وظائف إجتماعية يغلب فيها إعتبار الواجب على إعتبار الحق"[3] .

كان من السهل القبول بتطوير نظريتي التعسف في إستعمال الحقوق وكذلك نظرية المخاطر وهـي منبثقة عن إلتزامات عقدية مثلا، كرسها الفقيه **saleilles**[4]، وهما وجهان لمساءلة الأطراف الأقـوى فـي العقود، أما **الأولى** فقد جاءت بفضل النزعة الثورية التي عرفها القانون الألماني، ثم لحقه القانون الفرنـسي وغيره، حيث اتخذت نظرية التعسف في إستعمال الحق كآلية لأخلقة العقود في مرحلـة تكـوين العلاقـات العقدية، وحتى تنفيذها.

ولعل إستعارة ممارسة الإضرار بالغير في المجال العقدي، بررتها وضـعيات لطالمـا عرضـها المشرع في النصوص المختلفة، كما هو الحال بالنسبة لعقود العمل، ومسألة الإنهـاء القـسري (التعـسفي) لعلاقة العمل، أو العقود الإستهلاكية ذات الطبيعة المتغيرة بسبب تدخل عوامل ذاتيـة أو شخـصية (عـدم الخبرة...) والتي جعلت الفقيه **Saleilles** يعدل ويمرن من جمود التقدير الذاتي لنظرية التعسف في المجال العقدي، بدليل أنه انتقد كل معيار ذاتي منحصر في نية الاضرار بالغير من أجل تقدير التعسف، وراح يدافع "على مادية الجريمة المدنية"[5] بالقول أن الممارسة غير العادية للحق هي تلك الممارسة المناهـضة للغايـة الإقتصادية والإجتماعية للحق، متجاوزة مضمون هذا الأخير، ومعارضة للضمير العام"[1].

---

[1] Catala (P), Faut-il réformer le titre III du Code civil? R.D.C. 2004/4. L.G.D.J. PP1148-1149.
وكذلك Salleiles، الإعلان على الارادة، ترجمة التعريف، لمحفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القـانون الجزائـري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990 ص ص 23 و ما يليها.

[2] أنظر عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام مرجع سابق، ص 280.

[3] تساخ فاطمة، مفهوم الإذعان، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، ص 4.

[4] أنظر عبد الحي الحجازي، مرجع سابق، ص ص 291 وما بعدها.

[5] وذلك لكثرة اعتماده على تطبيق نظرية التعسف في إطار عقود الإذعان كل خصب لكثير من الممارسات التعسفية خصيصا في عقود تأجير والتي يظهر منها إستغلال الطبقة العاملة في مجال تكثر فيه المنافسة وتغيب فيه الأخـلاق = العقديـة ،

وبنظريته "**saleilles**" حول "إجتماعية القانون"، وبالأخص إجتماعية العقد، أصبح من الضروري الإكتفـاء بالإعتراف بحقوق شخصية للأفراد من الآن فصاعدا كوظائف إجتماعية[2]، مما يترتب عليه بأن أي إنحراف لصاحب الحق عن هدفه، هو تعسف يرفع عنه إمتياز الحماية، ويتم تقريد الجزاء فـي مواجهتـه بـسبب إستعمال حقه لغايات غير إجتماعية.

إن مثل هذا التصور الموضوعي للتعسف في إستعمال الحق يسهل أكثر عملية الإثبات[3]، وإنهاء لهذه النظرية راح على إثره الفقيه **"Saleilles"** يقرر بضرورة الإعتراف بالتـصور الموضـوعي والعقـدي للمسؤولية، خاصة في مجال حوادث العمل، بسبب عدم كفاية المعيار الذاتي، ولقد عبر فـي تعليقـه علـى التقنين المدني بالقول: "(...) نحن نفهم بعض تلك الفرضيات المكرسة في النـصوص، حـول المـسؤولية القانونية لرب العمل، ولكن مالا نفهمه كونه يشكل إستثناء عن هذه القاعدة (...) ونقصد بذلك، أنه خـارج إطار الحالات المحددة يتم الرجوع إلى الفكر المشترك والقول بأن رب العمل غير مسؤول إلا إذا كان فعله الضار ناتجا عن عدم تنفيذه للعقد، أو أنه فعل ضار بالطبيعة"، وهذا الفعل بالذات يتطلب الإثبات (...) بيـد أننا نعلم أنه لا يوجد هناك بند أو شرط للتأمين على المخاطر المهنية، فنحرك التفـسير عندئـذ بامكانيـة إدراجها ضمنيا(...) لكن هل يملك العامل إتيـــان بإثبات ما هو ضمني؟، ليتطلب منا الأمر مـرة أخـرى إفتراضها على ضوء ما يتفق ومبادىء القانون، بما فيها العدالة (...) وبالأخص بضرورة إحترام مـا هـو حرية"[4] .

هذا هو السبب الذي دفع بالتراجع عن الدفاع عن النظرية الذاتية، خاصـة وأن شـروط الـصناعة المعاصرة -خاصة الصناعات الضخمة- خلقت أوضاعا من حوادث العمل، لأن الآلـة تحولـت إلـى أداة مستعبدة للوظائف الآلية للأشخاص[5]، وثمة فإن صعوبة الإتيان بإثبات الخطأ من جهة، ثم الإصطدام بعوائق

وبسبب ظروف المعيشة من ألمانيا آنذاك (الجوع، البطالة، القهر والإضطهاد، يضطر كثيرا الأشخاص الإذعان الإتفاقات التي تقترح عليهم دون مناقشتها.

[1] Cité par Mobsit (Hassna), La volonté et le contrat, M.D.E.A. Univ. De Lille (2) 2001, PP 11-19, et ghestin (J), Traité, op.cit., PP 131 et ss.

[2] Cité par Mobsit (Hassna), op.cit., p. 11-19.

[3] وهذا بسب سهولة اللجوء إلى عناصر خارجية من أجل تقرير مسؤولية أفكاره متعاقدة عن طريق التعسف والتراجع عـن البحث المعقد للنية السيئة في أعماق الإرادة الداخلية، وأبرز ما كان يطبعه الفقيه Saleille في مسؤولية أرباب العمـل عن حوادث العمل في مصانعهم فواقع تزايدت فيه تلك الأوضاع في ألمانيا.

[4] - Saleilles (R). « le risque professionnel dans le code civil », la réforme sociale cité par Mobsit (Hassna), op,cit, P.88.

[5] أنظرالسيد العربي حسن، القانون والمجتمع، مدخل إلى علم الإجتماع القانوني عند "ماكس فيبر" , دار النهـضة ، 1995، ص ص (19-23)، وكذلك أحليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقيد, مرجع سابق , ص ص 47 و 48.

- ويصفها عبد الحي حجازي على لسان أنصار المذهب الإجتماعي اللاذين يشبهون الدور الذي يتقوم بـه قطعـة النقـود عندما يلقي بها في الآلة الأوتوماتيكية للحصول على البضاعة التي يريدها من ألقى بقطعة النقود. فليست قطعة النقود، التي تتولى إنزال البضاعة أي الآلة، ويقتصر دور قطعة النقود على إعمال هذه الآلة، كذلك دور الإرادة اليوم في تكوين العقـد

مسؤولية تقصيرية (خارج تعاقدية) من جهة أخرى، ونظرا للطبيعة العقدية لتلك العلاقات، أصبح اللجوء إلى الإعفاء من المسؤولية سلاحا جديدا بيد أرباب العمل[1]، مما تطلب حماية الطرف الأضعف، وبالذات تحسين وضعية الضحايا في مجال العقود"، لأنه مشكل جديد لا يتكيف والصيغ التقليدية[2]، وهو ما إستدعى إقتراح نظرية "المخاطر المهنية"، حيث يكون الخطر "محل إعتبار بالنسبة لأي نشاط إقتصادي[3]، وسيكون من المنطقي الرجوع لأبسط نص يتضمنه القانون المدني، كالمادة **138** من ق.م المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الأشياء مثلا"، وفي تطبيق هذا التصور على مختلف الأوضاع إستيقاف للمبادرة الفردية (...) وإن كان يمثل من قبيل العدالة الرجوع إلى هذه المبادىء"[4].

ولعل إرهاصات أفكار المذهب الإجتماعي هي التي عمقت الإعتراف بدور الإرادة في إرتباطها مع الغير، ليأتي القانون ويحدد مداها[5]، وهو ما يعرف بـ"الوظيفة الاجتماعية للعقد[6]، بل ويرى أنصار هذا المذهب، ضرورة إرساء العدالة بتصور جديد يراعي الجدة في العلاقات الاجتماعية، فقد أصبح هناك، عمال وأرباب عمل، منتجون وموزعون، منتجون ومستهلكون... وغيرها.

فهي لا تنشأ العقد، وإنما يقتصر دورها على إعمال النظام الذي أنشأه المشرع لهذا الغرض، عبد الحي الحجازي، مرجع سابق ، ص 26.

[1] أنظر عباس مبروك الغزيري مدرسة الفقه القانوني الإجتماعي في الو م أ، جامعة المنوفية، 1996، ص ص. 258-272.

- Voir dans ce contexte l'analyse de Lahlou-Khiar (Ghenima), « réflexion sur le droit des obligations » in « l'exigence et le droit ». Mélanges en l'honneur du professeur Mohand Issad, A J E P. ed. 2011. p. 352.

[2] Voir Ghestin (J) traité. op cit PP.131 es ss

[3] Cf. Chanial(Philippe), « Renouer les fils de l'alliance, Bourgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat ». in la nouvelle crise du contrat .op cit. pp.63-65.

[4] Dans ce sens saleilles a proposé d'établir qu'il n'était pas en faute et qu'il n'a rien à se rapprocher sinon l'ouvrier l'emporte et a droit à une identité », « (…) en effets toute activité économique qui fonctionne pour autrui fonctionne au risque d'atrui (…) c'est à celui qui en a la direction qui doit payer les risques que cette activité soit le faite d'une machine ou d'un ouvrier, peut importe… ». Moubsit.(Hassna), op. cit. pp. 90 ensuite 92 et 94., « De toue justice de running aux principes de l'article 1382, sur l'obligation pour la victime et établir la responsabilisé du propriétaire », Ibid.

[5] وإن الذي ساد أن العقود عندهم لا تكون لها قيمة قانونية إلا إذا وضعت في خدمة الجماعة، و الإرادة وحدها لا تكفي لإنشاء الإلتزامات ، وحرية الفرد تمكن في إطار الجماعة فهي حرية ذات وظيفة، أنظر، عبد الرحمن خليفاتي مرجع سابق، ص 16.

[6] أنظر: فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1)، 2012 – 21013، ص 10 و 16. حيث ترى: "إمكانية تدخل المشرع في العقد تحت لواء الوظيفة الاجتماعية للعقد من شأنه تكريس العدالة العقدية". وأنظر أيضا: عبد الرحمان خليفاتي، المرجع السابق، ص ص 20 و 21.

- Voir notamment Ghestin (J), traité , op cit .PP.28 et 45 . SS,

وقد إنعكس هذا التصور على صورة المساواة كمعيار للعلاقات التعاقدية، بحيـث يعتـد بالمـساواة الحقيقية[1]، وهي مساواة تعتد في كل الأحوال بالتفاوت الاقتصادي والإجتماعي للأفراد، ويتبـين مـن رأي الفقيه **Josserand** (**J**) تبريره لضرورة تجديد المفاهيم نظرا للتحولات السياسة والإقتصادية والإجتماعيـة، ويجب إستبدال المساواة المجردة بالمساواة الحقيقية، وذلك بتدخل المشرع في تنظيم العلاقة العقدية حمايـة للطرف الضعيف[2]، مما أظهر سياسة قانونية في تنظيم العقود **قاعدتيها**:[3] التنظيم، الذي ينبثق عنه ما يعرف بظاهرة "عيممة العقد"[4]، حيث زاحمت الإرادة العامة للدولة إرادة الفرد، وقد تحل الأولى محل الثانية كليا أو جزئيا.

ولعل فكرة (العيممة العقدية) تأثرت بالمهام الجديدة للدولة والتي يتدخل فيها القانون بشكل واضـح، حيث كان تقييس المنتوجات محل العقود مظهرا من مظاهر الممارسة التجارية وسببا هاما في اللجوء إلـى منهج توحيد أنماط العقود ومنها تبرير (لبنود النماذج)، وعقود الإذعان، بعـد أن تمـسك الـرأي الـسابق برفضها لعدم عقديتها.

---

[1] - Ghestin (J), traité, op cit P.45 ,et Savatier (René) .la théorie des obligations en droit privé. Dalloz (quatrième) 4ème ed, 1979- P.147.

- وذلك عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 266.

- Josserand, l'aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats Art précité, P1.

- نقلا عن الاستاذ علي فيلالي في النظرية العامة للعقد، ص 43. كما أنه يضاف إليه (...) إن المفـاهيم القانونيـة تنـشأ وتتطور وتنجز في مناخ فردي، ومناخ إجتماعي، والإتجاه الحالي أن المناخ الإجتماعي يطغى علـى المنـاخ الفـردي، لأن الحرية العقدية أصبحت دون معنى بين الأقوياء والضعفاء ولا تخدم إلا مصالح الأقوياء، ولعل الإستناد إلى الظاهر وإستقرار المعاملات وعدم الإخلال بالثقة العقدية هو ما يضم اللاعدل العقدي والحاجة إلى وسائل أخرى، انظر عبد الحي حجازي، ص ص 283 و 284.

[2] فسره أنصار المذهب الاجتماعي بحق ذي تصور حديث معتمد على الأبعاد التالية- حسب وصف الأسـتاذ (Ghestin) - هناك مراعاة لذلك التفاوت الاقتصادي والاجتماعي الأفراد، والحقوق الفردية التي لم تعد مطلقة بل يتعدى تقييدها تحت طائلة المصلحة العامة الاجتماعية ج. لذلك سيكون المجتمع هو مصدر هذه الحقوق يستخدم فيها القانون وسيلة لرسمها وأخيرا حتى يحافظ على استقرار المعاملات يكونه هناك أولوية لمصلحة العامة على المصلحة الخاصة. أنظر عبد الحي حجازي، مرجـع سابق، ص ص 283 و 284.

- voir aussiGhestin (J), Traité, op cit , pp et notamment 100 -102 et 131

[3] راجع في هذا الشأن علي فيلالي. الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص ص 52-54، وكـذلك عبـد الحـي الحجازي مرجع سابق، ص 267 وما يليها.

-Voir aussi ce qui a été qualifiée par Donouni Benchikh Alhocien, quelques aspects de législation algerienne. Rev. des sciences juridiques, économique et politiques, 1992. Tom (1) – PP 79 et ss.

- أنظر كذلك مانوقش من طرف، فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان. ماجستير ، ص ص 3-5 ، وكذلك حليس لخـضر،الإرادة بين الحرية والتقييد، ص ص 47-49.

[4] Publicisation du contrat .

أما القاعدة **الثانية** فهي "**الحماية**" (Protection)، فقد ظهرت بسبب نشوء علاقات تعاقدية بين أصحاب الدخل العالي، وأصحاب الدخل المحدود، طبعا بقدر ما ظهرت التحولات الإقتصادية والإجتماعية، بقدر ما إستدعى مناهج جديدة، وفي ظل قانون الاستهلاك تأتي الجدة في التقنيات المستعملة لتمارس دور المحسن لرضى المستهلك (الإلتزام بالإعلام والحق في أجل التفكير) مما يستبعد أي فرض للاتوازن مثلما هو في مكافحة الشروط التعسفية، وكذلك دعم إلتزامات المحترفين الإلتزام بالمطابقة، الضمان والأمن، وهي لاشك أنها تمثل كعوامل لتطور القانون المدني[1].

تعبر مجموعة الأفراد الذين يكرسون آليات الحماية الفردية للمستهلك عن منطق وغاية مجاورة لما هو قار في القانون المدني، وهو ما يرسم "مستوى التكامل المفروض بين قانون الإلتزامات وقانون المستهلك"[2] ولكن بمنهج التنظيم الاجتماعي والجماعي لعلاقات الإستهلاك الذي يطبق منطقا مختلفا عما هو مكرس في القانون المدني، لكنه يقترب كثيرا لقانون السوق الذي يجمع قواعد من قانون المستهلك، وقانون المنافسة، وفي حرية المنافسة وحرية المبادلات أيضا كإحدى خصائص قانون سلوكي كذلك، وعندئذ "يصبح التكامل بين قانون الالتزامات والمستهلك محل تهديد"[3]. إنه بلا شك ما أدى إلى تغيير ملامح العقد، حيث قل طابعه الفردي، وتقلص طابعه التعاقدي لحماية غايات أخلاقية بمضمون إجتماعي[4].

ثانيا: التفعيل الفقهي للمفهوم الإجتماعي للعقد.

تذكرنا مدرسة الفقه القانوني الإجتماعي بزعامة **روسكو باوند** بالتصور التركيبي بين المدرسة النفعية l'utilitarisme ومدرسة النشوء والإرتقاء l'évolutionisme[5] الذي أخرج من خلاله إلى الحياة القانونية نظرة تهتم بالبحث عن الحلول العادلة التي تعكسها مصالح إجتماعية متنافسة، ومن وراء نظرية

---

[1] Calais(Auloy). L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats. R T D, Com .1998. pp. 115 et ss, notamment. p.239, ainsi que Aniel-Domat (J) contrat de consommation, formation, Juris- Classeur. Concur. Conson et contrat. 1989. P.3, et Mazeaud (D), droit commun des contras et droit de la consommation, nouvelles formations, in « études de droit de la consommation libérer amicorum. Jean Calais Auloy.Dalloz 2005 n° 16.p.709, et le même auteur dans « l'attraction du droit de la consommation. R.T.D Com.1998.n°6, et Ferrier (D), la protection du consommateur.éd. Dalloz. 1996. P.13, et Sauphanor.(N), l'influence du droit de la consommation sur le système juridique. L G DJ 2000, Préf. Ghestin (J).

[2] Calais (A), L'infuence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, art précité, P 115 et s.

[3] voir ce qui a été analysé par professeur Lahlou Khiar(Ghenima) dans la question de l'influence de la doctrine socialiste sur la théorie des obligations(…) s'inscrivant toujours dans une doctrine sociale, le droit des contrats se caractérise par une volonté affirmée de défendre le contractant faible et veiller à ce que les droits et obligations des parties soient équilibres.

[4] أنظرعبد الحي الحجازي ، مرجع سابق ، ص 275.

[5] أنظر عباس مبروك الغزيري. مدرسة الفقه القانوني الاجتماعية في الولايات المتحدة الأمريكية. 1996، ص ص 263 وما يليها وكذلك/ السيد العربي حسن، مرجع سابق ص ص 50 و51، 75، 77.

المصالح الإجتماعية (**لروسكو باوند**)، أظهر الفائدة التي أصبح يتبعها المشرع الأمريكـي فـي صـياغته للتشريعات، وللقاضي الأمريكي في تنبيهه إلى ضرورة البحث عن السياسة العامة والمـصالح الاجتماعيـة التي تهدف القواعد القانونية إلى حمايتها،[1] والأهم من ذلك، هناك ضمانة من وجود قانون يتطـور متـأثرا بعوامل خارجية تتعلق بالمفاهيم الأخلاقية كالحق والإنصاف، ويصبح عندئذ من الـسهل وصـفه تقـديرا للمصالح[2]، وسيكون من السهل تفسير الظاهرة العقدية وتبيان تلك الصلة التي آلت بالعقود المعاصرة إلـى إحياء غاية القانون ككل والتي تعتبر غاية إجتماعية.

ونظرا لإعتبار العقد "مؤسسة جوهرية في القانون المدني منذ العصر الروماني"[3]، وبـسبب الآثـار الليبرالية اللاحقة التي جعلت منه قالبا للمبادلات بين الأفراد، إفترض فيها العدالة لأنها إختيرت برضـاهم، ولكن بسبب المصلحة التي يحددها المجتمع في تسييره لوظائفه، فإنه يجد في العقد الأداة المناسبة للحركـة المتجانسة للمبادلات الفردية، والتي يجب أن تتطابق والمصلحة العامة، وإذا فرضنا ترك المبادرة بالمبادلات للأفراد، حتى يتعاقدوا أم لا. فالقانون ما عليه إلا أن ينظم أثار هذه العقود، دون أن يصل إلى إلغائها[4]، وإن ذوبان المصلحة العامة في الغايات الخاصة، هو ما دفع عالم الاجتماع **Durkheim** بتأكيد "أن كل ما هو في العقد غير عقدي" في الأصل[5]. ولأن الجميعة القانونية إنطلقت كرد فعل إبتداء مـن مبـادرات إسـترجعت الإحساس بالعدالةعلى "صرخة الألم"[6]، والتي أصبحت تغير الأنظمة أكثر فأكثر على حـد وصـف الفقيـه **.Durkheim**

والأستاذ "**Emmanuel levy**" من جهته هو الذي إعتنى بالقول صراحة: "أنـه إذا كـان الإحـساس بالجمعوية قويا لهذه الدرجة، فيتعين أن يظهر في الوسط الاجتماعي الحالي عناصر واضحة تشكله، وتنبثق

---

[1] Malaurie(Ph) .Conclusion dans le contrat : questions d'actualité, les petites .affich.n°90 .5/05/2000.pp.74 et ss. Et Jamin (Christoph).plaidoyer pour le solidarisme. op.cit.pp. 480-450.

- أنظر عباس مبروك الغزيري, مرجع سابق, ص, 265.

[2] Voir dans ce sens Mazeaud (D), les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, la nouvelle crise du contrat, acte colloque, univ de Lille (2), Dalloz, Paris 2003, PP. 136-137. Terré(F).Simler(Ph) et Le Quette ((Y).droit civil.op.cit .pp.40.et ss .et Revet (T). « L'éthique des contrats en droit interne. ».in «(J-Y ». Naudet(Dir), Ethique des affaires .Librairie de l'Université d'Aix en provence .1997.p.207.

[3] Ghestin(J).op.cit .pp.44.et ss.

أنظر السيد العربي حسن، مرجع سابق ,ص ص,21 و ما يليها,

[4] Callé (A), De l'idée de contrat – le contrat comme don à l'envers – la nouvelle crise de contrat, acte de colloque, univ de Lille (2), Dalloz 2003, P 28.

[5] Cité par Chanial (Ph) .renouer les fils de l'alliance .op.cit.p.52. et dans ce sens l'auteur ajoute : « Max Weber dans sa sociologie du droit ,soulignait combien la particularité du droit moderne repose sur l'importance croisssante du droit du droit des transformations juridiques ;au point de caractériser moderne de « societé contractuelle . » .Ibid .

[6] Voir dans ce contexte: Nior (Jean-François): le code civil dans la mêlée politique et sociale, R.T.D. civ, n° 2, avril/ juin 2005. P 277 et s.

عنه، وتبرره"[1] والمنهجية التي يجب أن تتبع في نظره هو إعادة إنبعاث أداة العقد بدل ترك المسالة بيد القوانين وهو ما يعبر عنه" بأولوية الجمعوية القانونية على الفردية الليبرالية"[2].

وبشكل أكثر وضعية، برر الأستاذ **"Friedrich kessler"** في سياق عرضه لمسألة تطوير الأسس النظرية لقانون العقود- ضرورة تكملة الديموقراطية السياسية بديموقراطية إقتصادية وإجتماعية لإرساء مجتمع من الأشخاص الأحرار[3] وهي ديموقراطية ذات سلطة معيارية للحفاظ على ذلك الرابط بين الأخلاق والقانون .

وتأكيدا على سمو العدالة، يؤكد "Durkheim" ويشير إلى انه لا يكفي أن يكون العقد رضائيا، بل يجب أن يكون عادلا، والعقد مكرها عليه يعني عقد غير منصف[4]، وفرض الإرادة لا يعني تهميش إرادة المتعاقد الآخر، وتهميش مصالحه المشروعة، والتسبب له بضرر وبمعاناة، والعقد الرضائي، عقد غير مكتمل لأنه بالضرورة يستدعي تجاوزا ضروريا لعقد منصف مؤسس على تعادل الخدمات والمبادلات.

و "Durkheim" وهو يعلق ثم يجذر من النظرية الاجتماعية للعقد فيقتاد إلى "نظرية لطيفة للعقد"[5]، وفي تساؤل عن إنفرادية – العقد المعاصر – فهو يذكرنا بأنه ذلك العقد الرضائي والذي يكون كذلك عينيا

---

[1] Cité par Jamin(Ch). Et Jestaz.(Ph).l'entité doctrinale française .Dalloz.1997. chron.pp.167 et ss.

[2] A l'instar de kessler ; si le contrat ne constitue pas un instrument de coercition permettant à l'une des parties :de légiferer de maniére substanciellement autoritaire (…) à l' égard de l'autre ,c'est-à-dire de se demander si le contrat n'établi pas entre les parties un lien présent alors méme que sa définition suppose nécéssairement qu'il fasse naitre un lien consenti. » .

- Dohonte (A), le contrat dans la pensée Américaine de Friederik Kessler (sous la dir), prof. Jamin (ch), D.E.A., univ de Lille (2), P 2001, pp. 18 et 19.

[3] « Toqueville montre que l'état social démocratique est peu propice aux révolutions ,par suite de tissu très serré des micro-interéts conservateurs qu'il ne cesse de créer et d'entretenir .c'est au contraire ,l'inégalité qui porte à la révolution , et c'est pour déruire l'état social artistique ,et l'idiologie de l'inégalité que les français l'on faire ,mais ils en gardé des passions et un état d'ésprit peu propices à la stabilité des institutions ».Dohonte (Alice).op.cit p .19.

[4] Charnial (Ph), Renouer les fils de l'alliance, Burgeois, Durkheim et l'incomplétude du contrat, Art précitée, P 64.

[5] أنظر عكس ما يراه الأستاذ "Chanial" من ان الرعب العقدي ذلك الكابوس الذي يواجه المجتمع المجرد وغير المسمى – متجردا عن كل لياقة اجتماعية، مؤسسا على إنشاء رابط بنوعية آلية وميكانيكية. – إن مجتمعا تعاقديا كهذا ليس اكثر من مجتمع يمثله أن كل "شخص هو تاجر بطبيعته"

Voir son article, P 53.

أما Max Weber من جهته يعلن عن تأثير الرعب أكثر من بروز الحرية التعاقدية في إنشاء تلك العلاقات- وأن حرية تعاقدية موسعة كهذه، تترجم بنقص القسر – وأنها لا تعير فائدة إلا بالنظطر لوضعية اقتصادية على نحو تعبر فيه بالحقوق الجديدة والتي تؤول إلى شكل جديد من الإكراه – تحت شكل (غير شخصي) مجرد الطابع، قد يتعدى حتى عن تلك القوانين الاقتصادية – هذا الرأي مأخوذ من المقال السابق للأستاذ Charnial.

وشكليا،المهم أن انفراديته ترتكز على الرضى، وعلى التصريح بالإرادة، وإذا طرحنا التساؤل بوجهة نظـر إجتماعية، هل يشكل الرضى شرطا ضروريا وكافيا للالتزامات العقدية؟

ولماذا مثلا علينا رفض القوة الملزمة للعقود وهي مفروضة تحت الإكراه؟ هل لأنها ناتجة عن رضى معيب بإرادة غير مستقلة؟ بالنسبة لـ: "Durkheim" سيكون خضوع العقد لمسألة فوق طبيعيـة[1]. لأنـه يتعلـق بالإنسان من حيث كونه كائنا حرا هو كائن؟

بل يستذكر حقيقة أن الإنسان دوما كونه أكثر حرية، فهذا يؤدي إلى كون إرادته أكثر أو أقل تحديـدا دوما، وبالمقابل فإن الأخلاق المشتركة تكمن بشكل مطلق في معيار تقدير القوة الملزمة للعقد المؤسسة فقط على إرادته[2].

راحت التقاليد الاجتماعية الفرنسية تطور نقدا آخر بشأن "الوهم التعاقـدي" L'illusion contractuelle"، فمن وراء "عدم اكتمال العقد" نجد الصيغة المشهورة لـ: "Durkheim": "ليس كل شيء تعاقدي في العقد[3]، وهذا يستدعي إضفاء الأهمية الخاصة على تلك العناصر الأقل أو الأكثر تعاقدية والتي تسهم فـي تـأطير العقود الخاصة (القانون – العادة – المبادئ الأخلاقية وخاصة الانصاف). فقـد راح "Durkheim"[4] ينتقـد الأسبقية المنطقية للعقد بما فيها معناها المعاصر، كاتفاقية حرة ناتجة عن سلطان الإرادة، وهو يبـين بـأن المصلحة لوحدها لا يمكن أن تبقى الأشخاص متحدين معا، ودون تلك العناصر الخاصـة للعقـد لا يمكـن ضمان مستوى من العدل وبالتالي ضمان نظام اجتماعي مستقر ولعل "Durkheim" [5] راح يشكك بقابلية أن يسهم العقد في تكوين مجتمع أحسن، بل حتى تكوين المجتمع برمته.

وبهذا المعنى، لا تشكل الحرية العقدية، الضمانة الوحيدة للعدالة، حيث تقع حالة اللاكتمال العقد بمجرد عدم تحديده إلا بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة – لتكون تلك العقود الخاصة عادلة، فإن التضامن يفترض عدم التجمد في مصدريته غير المباشرة فهو لا يتعلق بتحديد تشريع خاص للعقود، ولكن ضمان الشروط ما قبل التعاقدية للعدالة مسبقا – ليس إلا إذا كان هناك تبادلية بين المتعاقدين بشكل يومي كي تنشأ في سـياق مـن المساواة (أو حتى العدالة) حتى يتمكن من ممارسة الحرية دون ظلم وجور.

فإذا أنكرنا أي شكل مضاد للنفعية وشككنا في فكرة عدالة موضوعية، فإن النظريات المعاصرة خاصة لـ: "J. Rawls" أو "D. Gautier" – اللذان يتأسفان، كم من خسارة تكلف التضامن فـي حـسابية أخلاقيـة

---

[1] " Ce serait pour Durkheim soumettre le contrat à une question metaphysique; l'homme est – il libre?" Voir Charnial (Ph), op.cit., P 64.

[2] راجع: "الطابع الأخلاقي لفكرة سلطان الإرادة للأستاذ محمد حسين عبد العال، الإتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدسكتورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية 1998، ص 12 وما بعدها.

[3] Charnial (Ph), Art précitée, P 53.

[4] Ibid., P 54.

[5] Ibid, P 54

ضيقة، مثلما كان لحجة "Durkheim" عندما استدعى موقعة الأخلاق العقدية فوق كل الحسابات والتعادلات "لإعادة إحياء اللياقة، وأولاد التحالف العقدي"[1].

ومن أجل هذا السبب، علينا الإعتراف بأن كون العقد حرا لا يكفي بذاته، بل يفترض تنظيما إجتماعيا معقدا، خالصا لخضوع للقوى الخارجية، موجه لتصحيح اللامساواة المتعددة، والتي تنحرف بأسباب طبيعية. وبهذا المعنى، يشير "Durkheim" "بأن مهمة المجتمعات الأكثر تطورا تكمن في إعمال العدالة، لأن اللاعدل هو إنكار لحريتها"[2]. يؤكد الأستاذ "Bencheneb" [3] إلى كون العقد مثلما يقرأ، مثلما يعـاش وهـو يكـرس النظرة النصية والإرادية والواقعية الاجتماعية على حد سواء.

[1] Ibid, P 59.

[2] Charnial (Ph)., Op.cit., P 63.

[3] Bencheneb (A), Le contrat en droit algérien : entre texte (s) et contexte (s), Algérie cinquante ans après la part du droit, ouvrage collectif sous la directions de Walid Laggoune; Tome (1) ed Ajed 2013. pp 276 à 294. Le professeur Bencheneb, affirmer que le "contrat donne, à se lire mérite une double investigation. Elle sera menée ici à travers une lecture volontariste que doit prolonger une lecture nuancée du droit. La lecture des textes et singulièrement celle du code civil ne mettent pas en évidence avec netteté deux caractéristiques de l'instrument cntractuel. Or ce dernier constitue le support d'une opération, économique en même temps qu'un outil de coopération pragmatique".

الفصل الثاني: تكريس العدالة العقدية على ضوء المبادئ المنظمة للقانون المدني

لما كانت الأخلاق العقدية هي التي تتدخل لتقويم السلوكات والتصرفات العقدية بين الأفـراد، فهـذا لأنها ضرورية لتحقيق ما هو احسن للعلاقات الإنسانية، ولأن هذه الأخلاق ليست على قدم المـساواة مـن حيث قيمتها ومركزها بالنسبة للعدالة العقدية، فهذا لأنها تسهم بقدر معين في منحها المكانة الأسمى، ويتعلق الأمر بما يشكل مبادئ سامية في القانون المدني (**المبحث الأول**)، في حين أن هناك معايير قيميـة تلحـق بالعدالة لتساعدها في آداء دورها المعنوي والمادي على حد سواء (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: أخلاق عقدية منبثقة عن العدالة

لو كان الأمر يتعلق بتكفل القانون بعلاقات تفرضها العدالة العقدية وبين تسرب الحرية العقدية لكـان من السهل اللجوء إلى الخيار في الحلول الممنوحة بشكل واسع في ظل السياسة القانونيـة، لكـن الأهميـة الممنوحة لمبادئ تشكل أرضية قاعدية للقانون العقدي[1]، هي التي تبقى الملجـأ الأول ثـم الأخيـر لإنقـاذ العلاقات العقدية لا لسبب إلا من أجل تلك المبادئ المنبثقة من روح العدالة العقدية، توصـف بالأخلاقيـة وسط المبادلات والمعاملات.

ولعل قيمة و أهمية كل مبدأ تختلف عن المبادئ الأخرى في نطاق الحماية التي يمنحها العقد ذاتـه، لأن المساواة العقدية مسألة مرجعية لتحقيق العدالة (**المطلب الأول**)، أما التوازن ونظرا للعلاقة المباشرة مع العدالة، فهو في وضع ممتاز يضمن للعقد إستقراره وحسابيته، وحتى ثقته (**المطلـب الثـاني**)، حيـث أن الإنصاف، صنو روح العدالة العقدية (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول: تكريس المساواة العقدية كمرجعية للعدالة

إن الدور الذي يؤديه مبدأ سلطان الإرادة في جميع أدوار العقد بعدم المنع أو عدم الإجبـار، أطلـق العنان لحرية التعاقد، وتسلسل من خلاله، تجاوز العدالة، لا سيما بعد أن صارت الحرية والمساواة خياليـة بفعل تغير العوامل الإقتصادية والإجتماعية، إلا أنه لم يفرغها من محتواها (**الفرع 2**) كحق لصيق بـروح العقد ولو كانت شكلية، لكنها حقيقية يبدأ بها كل عقد، (**الفرع 1**).

الفرع الأول: المفهوم المركب للمساواة العقدية.

عندما كانت المساواة مفهوما يصعب تحديده في مواجهة الإجابة عن تساؤل هام: ما هو الـصنف أو الطبيعة المطلوبة في المساواة، حتى تستحق دور تحقيق العدالة العقدية؟ فكان يكفي هنا التمثيل بمـا يغلـب وجوده في مختلف مظاهر هذه العدالة، وهذا التركيب عوض المفاضلة بين المفهوم النظري الذي بـدأ فيـه معرفة المساواة (أولا)، وما آل إليه من تطور واكبه التغير في المحيط العقدي لتصبح أكثر واقعية (ثانيا).

[1] El Gharbi (M) . justice contractuelle et liberté de la volonté, un rapport problématique, R.R.J. 2005-1. P 167.

أولا: المفهوم المجرد للمساواة كمفهوم قاعدي لأي عقد

إن المفهوم المجرد أو الشكلي للمساواة يستند إلى تقدير مجرد للحقوق والإلتزامات بشكل مستقل عـن أي وضعية ملموسة تخص أطراف العقد[1]، حتى أنه بالنسبة للفقه الإرادي يستحيل -مع مبدأ العقد شـريعة المتعاقدين- إسقاطهما في وضعية ظلم وجور، فالعقد والعدل والإرادة البشرية هـي التـي تـضع لنفـسها قانونها، في مجال تحافظ فيه على التعادل بين أطرافها، فكم لا تعوضه المـساواة المجـردة ضـمانا لهـذا التعادل[2]. إن المساواة المجردة هي شكلية بين المتعاقدين لدرجة أنها توصف بالسابقة فـي الوجـود عـن الإلتزام المقابل[3]، فلا يمكن تصور تعاقد الطرفين لولا أن كلا منهما يبتغي منفعة من الآخر في ظل تحمـل حقوق وإلتزامات متبادلة على قدم المساواة، وبهذه الصفة تغيب خصوصية الأشخاص الحقيقية أمام خاصية قانونية خالصة ومجردة[4] تنطبق على المساواة .

والمساواة بهذا التسلسل من الأخلاق تشبه فيما يكون أداة ضمان أحسن للدفاع عن المصالح، لوجودها قبل إبرام العقد وأثناء ذلك، ومبرر الفقه في ذلك **عنصرين**، هما في ظاهرهما متناقضان ولكنهما يصبان في بوتقة واحدة وهما مضادان للإعتراض بأثر العدالة العامة أو التبادلية، أما **الأول**: فيستند إلى مساواة في بنية العقد ذاته[5]، وهي التي تحدد الشكل القانوني له، أما **الثاني** فيستقر معه فكرة التعادل النفسي المترتـب فـي التصرف القانوني للمتعاقدين"[6] في شكل إرتياح داخلي متبادل، فما الذي يدعو المتعاقدين للحماية ؟ " .

ويرى الأستاذ **El Gharbi** مثنيا على الفقه الإرادي في إطار عقلانية قانونية، بأن الحقوق متساوية للجميع، وكل حق ذو طابع حسابي قابل للحساب (...) ووحدة القانون من خلال تطبيقه العام والمجرد هـي

---

[1] El Gharbi (M), Art précitée, P.167, aussi Amdelet, (P). « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », in, Le Rôle de la volonté dans les actes juridique ». Etudes de la mémoire du professeur Alfred Rieg : Bruylant. Bruxelles. 2000. PP. 49-60.

[2] أنظر خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص ص 8 وما بعدها. كذلك محمود عبد الرحمان محمد، الإستغلال والغبن فـي العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دار النهضة – القاهرة، 1995، ص ص 3 وما يليها.

- Voir aussi Cadiet (Loïc), justice contractuelle, Art pricitée, P. 177.

[3] أنظر عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري، والقانون المقارن منـشأة المعـارف، ط 1985، ص ص 150 وما يليها، وكذالك محمود عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص 4.

[4] Merabti (A) "Contrubution à l'étude critique de la notion de lésion", Vol (2), O.P.U., Alger, 1993. PP.125.

- وهذا السبب بسيط كون المساواة التي تبتعد عن الوضعيات القانونية والإقتصادية، وحتى نفسية هي التي يمكن أن تتعامـل في مضمون العقد.

[5] Cadiet (Loïc).justice contractuelle, Art pricitée, P. 182

[6] Ibid

- وهو نفسه ما يجعل المساواة أساسا كمبدأ حرية الإتفاقات. أنظر عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص ص 318 و319.

ما تحفظ مستوى الأمن القانوني[1]، تمكن سلطة القاضي من التدخل وتحضه على تحقيق معاملة موحدة، وغير مختلفة بين المتعاقدين[2].

وأمام مثالية العقد يذكرنا دوما الأستاذ العميد **Carbonnier** بأصالة وجذور الأرسطوطالسية للعدالة العقدية، عندما تدفعها فكرة الحفاظ أو إعادة الحفاظ وإرساء حالة الأشياء الموجودة مسبقا بين الدائن والمدين على القاعدة من المساواة[3]. وما يدعم المنطق من التعريف بالعدالة العقدية على ضوء مرجعية أرسطو حقيقة "أنه في كل تبادل [عقدي]، يتعين على كل متعاقد الحصول على ما يعادل ما قدمه"[4] وكأنه بهذه الصورة يؤكد الضرورة الملحة والمشروعة والمبررة في تدخل القاضي لإعادة إرساء المساواة إذا ما إختلفت وغُيبت وهذا ما سيمنحه شرف التلقيب بحافظ توازن الذمم[5].

ثم إن الأستاذ "**Ghestin**" في سياق المطالبة بإعمال العدالة التبادلية في المبادلات الثنائية، يعتبر أن في العقد يستقبل الدائن شيئا من مدين أو يستفيد من دين مقابل في مواجهة هذا الأخير أو حتى أنه يتخلص من تعهد لفائدة نظام أخلاقي مهم[6].

وبالقليل من التدقيق، تشكل العدالة العقدية حلقة وصل للربط بين فكرتي المساواة والعدالة التبادلية، فتارة تعبر العدالة عن علاقتها بالقانون وتارة أخرى لعلاقتها بالمساواة، أما **الأولى** فتدخل ضمن قواعد العدل القانوني،[7] وأما **الثانية** فهو العدل المساوي[8] ليصبح لا عدلا في كل مرة يأخذ فيها الشخص أكثر من حصته من الأشياء أو الأموال أو المنافع، ومراعاة للطرف الآخر يعني هنا مساواة بنموذج (تناسبي وجيومتري)[9] على حد تعبير الفيلسوف **Platon** أو أنها تعادل خالص وبسيط. ولكن الشكل المجرد للمساواة وقع محل إحتجاج ونقد، لأنه تركيز على منطق الشكل للعلاقة دونما إعتبار لأي واقع إقتصادي.

---

[1] Voir dans ce contexte, Piazzon (Thomas). « La sécurité juridique » Prèf. Laurant(Levenur), doctorat et notariat. Coll. de thèses. T.35 .éd. Alpha et défrènois. PP. 158-160. Et comme c'est cité par Piazzon: « (…) Mme Salvat constate et conclut que (…) seule est éternelle la tension entre l'objectif de sécurité et la finalité de justice » n°96. Aussi ce qui a été cite par Habermas (J), en revenant sur la doctrine de Max Weber, « (…) Aujourd'hui, les auteurs libéraux portent le même diagnostic, en termes différents et ils suggèrent les mêmes remèdes, tout en accentuant, peut être la gravité du péril, retour à la liberté contractuelle ». Habermas (J) « droit et morale », première conférence, traduit par Boucindthomme (Ch), Seuil-traces-écrites.1986. P. 52.

[2] El Gharbi (M). Op.cit. P. 167.

[3] Carbonnier (J). Op.cit. P. 80.

[4] Ghestin (J) Goubeaux (g) et Fabre Magnan (M). Op.cit. P. 66. n° 192.

[5] Ibid. n° 252.

[6] Ghestin (J), op.cit.N° 252.

[7] Velly (M) « La formation de la pensée juridique moderne ». Les cours de droit, Dalloz, Paris, 1975, PP. 36-68 ainsi que Loïc (Cadiet) op.cit. PP. 183 et 184, et Carbonnier (J), op.cit. n° 80.

[8] (Cadiet) Loïc, « Découvrir la justice » Dalloz. 1997. PP. 15 et ss.

[9] en ce sens, Ghazal (J-P) .Les Nouveaux devoirs des contractants est on allé trop loin ? » in (La nouvelle crise du contrat », (sous la dir) – Jamin (Ch), et Mazeaud (D), Dalloz. 2003. P. 99 et ss.et Cadiet (Loïc), « Une justice contractuelle », op.cit. P. 184.

ثانيا: المفهوم الواقعي للمساواة عقلنة للعدالة

"إن دفع العدالة لأقصاها يقلبها إلى لاعدالة"[1]، وهذا ما يشجع المظهر الواقعي أكثر، حيث يعرض طرحا حقيقيا ملموسا للظاهرة العقدية، مما يتعين معه تحديد مبدأ المساواة، أما القانون فيظهر وقوع أي جور عقدي مصدره الأموال العينية والمادية، لأن المساواة الشكلية غير متناسبة ومتطلبات الواقع وعاجزة عن تقديم الحلول الكافية. أما نجاح العدالة في ذاتها فلا يكفيها بطابع لا شخصي، وإنما يتعين فهمها على أنها تظهر مساواة داخل القانون وليس مجرد مساواة أمام القانون لأنها تستمد وجودها من المساواة الإجتماعية[2].

ولأن العقد إتفاق إرادات مستقلة، فهي نموذج لعلاقة إجتماعية أكثر منها إقتصادية، وهو ما يبرر فيها تفسيرها لعلاقات قوى غير متساوية في الأصل، وتعدل الفوائد والمنافع المجزأة على الأطراف حسب مستوى أو درجة هذه القوى"[3] ، إلى غاية أن تطفو على السطح حالة تفضيل هيمنة القوي على الضعيف"[4].

وهذا يشكل عدم كفاية في الإستناد على مركز أطراف العقد في اللجوء إلى مقتضيات الوظائف الإقتصادية والإجتماعية للعقد على أشكالها المتنوعة، ولعل الأستاذ **Cristophe Jamin** قد سبق و أن أكد على الفائدة المرجوة من وراء هذا التصور، والتي بفضلها تجعل أبعادا كالتي تتعلق بتنازع المصالح، وبالخصوص والمبادلة وكذلك تداخل المصالح في قلب علاقات العقد ليحوله إلى مركز استقطاب مجموعة من المصالح الحقيقية[5].

=أنظر كذلك أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد، بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، بدون مصدر. ص ص 26 و27 ، وكذلك (إدجار بودنهيمر) (Edgar Bonderkader)، القانون، طبيعته ووظائفه. ترجمة لمحمود سلام زناتي، دار الجمهورية للصحافة، مصر-2001، ص ص 64- 69.

[1] أنظر بومدين بوزيد، فلسفة العدالة في عصر العولمة، الدار العربية للعلوم ناشرون، منشورات الاختلاف، ط(1)، بيروت، 2009، ص 49 وما بعدها.

[2] أنظر حسين عبد الحميد رشوان، القانون والمجتمع، المكتب الجامعي الحديث، إسكندرية، 2003 ص ص 20- 31 وكذلك أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص ص 30-35.

[3] Chazal (J-P). « La théorie de la cause et la justice contractuelle », à propos de l'arrêt chronopost, J.C.P. 1998, chm, P 32. Christophe Jamin a suscité déjà comment le contrat n'a pas pour seule fonction d'échanges des biens et services et qu'il est créateur d'indépendances d'intérêts et d'organisations durables. « La formation du contrat », petites aff.1998. n° 54.

[4] أنظر إدجار بودنهيمر. بترجمة محمود سلام زناتي، مرجع سابق، ص ص، 81 وما يليها.

[5] Jamin (Ch), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, le contrat… », PP. 441 et ss.

لعل ما يحقق لواقعية المساواة فعاليتها، تلك التعددية[1] والديناميكية التي تدافع عن توازن بين مختلف ظروف العقد، ويعني ذلك إمكانية التدخل لإرساء ذلك التوازن بواسطة القانون، وهو توازن إبتدائي يتطلب إرساؤه منذ تكوين العقد، ونظرا لأهمية الأدبيات الإقتصادية على العلاقات العقدية، فمن الـسهل توقـع أي توازن محتمل مستقبلا، مادامت مسألة المصالح المتبادلة محل إحترام، ولأن العدالـة التـي تحققهـا هـذه المساواة هي التي تسمح بإرساء التعادل بين قيمتي الأشياء والحاجة المرجوة، وهي مساواة فـي الحقـوق وليس بين الأشخاص، لأنه يتعين التركيز على العقد على العدالة وليس العدالة على العقد"[2] وهو مما يتعـين فهمه من وراء المادة **107 ق.م**، من تكريس جذور فلسفة "التضامن العقدي" التي تطرح الكثير من الأبعـاد الإجتماعوية والمدنية والعقدية[3]، لولا أن هناك مراعاة للتعادل في الظروف والأوضاع بين المتعاقدين.

الفرع الثاني: مناط المساواة الأكثر تناسبا للعدالة

برؤية داخلية للقانون المدني وبواسطة روح النظرية العامة للعقود يكتشف فضل محرري التقنين في إرساء عدالة عقدية، لن يبتعد مفهوم هذه الأخيرة عن فرضية أن يكون أطراف العقد علـى مـستوى مـن الحرية والمساواة، وهي أدنى المبادئ الأساسية التي يتعين على الأشخاص إحترامها في علاقتهم على أنهـا بالفعل مستمدة من القانون الطبيعي. إنه يتطلب عدم الإضرار بالغير، عدم المساس بأشياء الغير بشكل غير مشروع، وهذا ما تحققه المساواة بين أطراف العلاقة العقدية (**أولا**)، لكن أيضا من مقتضيات المـساواة أن يحترم مبدؤها في إطار عدم التصرف ضد المصلحة المشتركة للمتعاقدين، وعدم التصرف خلافـا للنظـام العام، بل يجب أن يكون التصرف وفقا لما يحقق مضمونا متساوي الحقوق والإلتزامات (**ثانيا**).

أولا: تحديد المساواة بين الأطراف

يستند تنظيم المجتمع على بنية عقدية[4] حسب المدرسة المثالية، يتكون المجتمع مـن الأفـراد الـذين إختاروا العيش معا في ظل قواعد تضبطها معايير الحرية والمساواة، كمظهر أساسي للتعبير عن إرادتهـم والبحث عن العدالة الإجتماعية.

---

[1] وهذا عكس ما رأيناه في المساواة الشكلية ذات التصور المجرد التي تقوم على مفهوم موحد وجامع (ستاتيكي)، يمنع فيه أي تدخل في مضمون العقد بعد أن يكون تنفيذ العقد في تنام، ولا يسمح للقاضي بالتعديل ويلزم عليه المتعاقدين بتنفيذ تعهـداتهم. أنظر محمد محسوب، العدالة وأثرها في الشرائع القديمة، المقال السابق، ص ص 226 و278-284.

- Voir dans ce contexte Jamin (Ch), « Quelle nouvelle crise du contrat ? » op.cit. et Loïc (Cadiet), op.cit., P. 183.

[2] Ghestin (J) op.cit. P. 251.

[3] Mazeand (D), « Loyauté, solidarité, fraternité », la nouvelle devise contractuelle. In Mélanges en hommage à Terré (F). ed juri-class, P.U.F., 1999, PP 4 et ss

- Cf. Cadiet (L), « Découvrir la justice », op.cit., P. 15. « La forme du juste qui doit régner entre des gens associés en une existence qui se suffise, à elle-même, associés supposés libres arithmétique ».

[4] Pour plus de détail, voir Rolland (Louise) : « Qui dit contractuelle, dit juste », in communication faite au IX^{ème} congré de l'association international de méthodologie. Tunis, Novembre 2005.

ولعل ما يشجع فعلا على البحث عن العدالة الإجتماعية كونها تستوجب الإنعكاس على علاقة مساواة حسابية في المبادلات، حتى أن الأستاذ **Fouillée** توصل إلى أهمية إحياء: "التنظيم العقدي" منبثقـا عـن "التنظيم الإجتماعي"[1] وتابعا له، والذي يفسر في الكثير من الأحيان بظاهرة "الأخوة "[2] حيـث تـشكل هـذه الأخيرة قوام العدالة، التي لا تجد تعبيرها إلا في مسألة الحرية والمساواة المنظمة لأي تنظيم تعاقدي[3].

وإعمال مرجعية "كل ما هو تعاقدي، فهو عادل[4]، تستند إلى مسلمات ليبرالية تفترض قرينـة عدالـة العقد على مدى حرية القبول به[5]، وهذا ما يتطلب سلوكا متساويا من الأطـراف المتعاقـدة، إلا أن تطـور المجتمع أظهر اللامساواة بين المتعاقدين كما لو كانت لامساواة في قواهم الإقتـصادية، أو لامـساواة فـي المعارف التقنية، مما يهدد فعلا إنسجام المصالح المنبثقة عن العقد[6].

وتغييب المساواة هو ما يجعل العقد محل تدخل متداول من المشرع لحماية الطرف الضعيف بواسطة نصوص آمرة[7]، وآخر من القاضي لتصحيح تلك اللامساواة، ومنح الطرف المتعاقد فرصة الـتخلص مـن اللامـساواة أو الاكتفـاء بإعادتـه لنـصابه[8]، وكـأن العقـد أيـضا تحـول إلـى مـسألة إجرائيـة[9] (Processualisation)، وبهذا يعتبر الأستاذ **Ghestin** العدالة العقدية منصبة لمبـدأ المـساواة كإحـدى السياسات القانونية التي توزع إختصاص القاضي بدور تنظيمي[10].

والمطالبة بالعدالة العقدية منذ تكوين العقد حديثة المظهر رغم كلاسيكية روح القانون المـدني فيهـا، وعلى حد تعبير العميد Carbonnier: "(...) لا يمكن تغليط أي شخص، بأنه كما لو كان الأمـر يتعلـق بحكمة ما مستمدة من القانون الروماني -لو أن متعاقدا ضرر بواسطة العقـد- فعليـه أن يمتلـك الـسلطة للتصريح بالعدالة والمطالبة بها"[11]. وذلك لا لشيء إلا لأن هذا الغبن التعاقـدي صـورة عـن اللامـساواة المفرطة في القيمة بين الإلتزامات المادة **358** ق.م[12].

---

[1] Cite par Rolland (Louise). Op.cit. P. 15.

[2] dans ce contexte: Jamin (Ch), Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie, droit et patrimoine, n° 58 – Mars 1998, PP 46 et ss.

[3] Cite par Carbonnier (J). Les obligations, op.cit. P. 51.

[4] قلبا للقاعدة الفقهية التي جاء بها الأستاذ (Fouillée)

[5] « (...) par ce qu'il est raisonnable de penser qu'un individu capable est sensible à ses intérêts et en a une suffisante intelligence », Carbonnier. J. op.cit. P. 78.

[6] Ghestin (J). Op.cit. P. 40.

[7] كما هو الحال بالنسبة لقواعد قانون الإستهلاك، قانون العمل، قانون التأمين وغيرها.

[8] Carbonnier (J). op.cit .P. 78.

[9] Pour plus de détail, voir Cadiet (L). « Les jeux du contrat et du procès », mélanges offerts à Gérard Farjat. Éd. Frison Roche. 1999. PP. 23 et ss. Aussi, prémodialement. Ghestin (J). Traité du droit civil. Op.cit. n°289. 360.

[10] Jestaz (Ph), l'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in l'évolution contemporaine du droit des contrats, P.U.F. 1986. PP. 117 et ss.

[11] Carbonnier (J). Op.cit. P. 78.

[12] فيما يخص الغبن في العقارات.

وفي ظل الشريعة العامة والقانون المدني، تعد المساواة بين المتعاقدين "معطى قاعدي"[1]، أو "أرضـية معيارية"[2]، وفي ظل مبدأ المساواة يفترض عدم التمييز بين الأطراف المتعاقدة[3]، غير أن هذه المـساواة لا تصمد في أوضاع إستثنائية، خاصة عندما يطفو على السطح ذلك الإختلاف بين التوازن العقدي والمـساواة العقدية، ففي عقد العمل تظهر اللامساواة طبيعية أصلية من حيث أنها تشكل أداة مؤسسة لهذا العقد وكـذلك نتيجة له[4]. ولعل السبب يرجع إلى النظام القانوني الذي يحكم عقود العمل يخدم نموذجا أو مـصدرا ينبثـق عن تلك العقود ذات العلاقات التبعية (Contrats de dépendances) والتي تولد فيها اللامـساواة منـذ نشأتها، وكأنه تحوير للمفاهيم الموروثة من التصور الفردي وخصائص الليبرالية الإقتصادية المهيمنة.

وبعبارة أخرى يمكن تصور كيف أن لقانون العمل أن يسمح بميلاد تبعية أحد المتعاقدين للآخر فـي شكل "علاقة إطار سلوكية"[5] بينهما، لدرجة أن البعض وصفها "بغياب التعاقدية في مثل هذا العقد[6]".

وإن الكثير من الأحكام القضائية تحول العقد إلى أرضية إجرائية، وهي تفحص صـورة اللامـساواة العقدية بين الأطراف هنا، خاصة تلك التي تزداد فيها فرص اللاعدل كالعقود الواقعة على الإنتفاع[7]، أو مـا يمكن أن يطبق من مبادئ حسن النية أو النزاهة[8]، كمصادر متنوعة للرقابة القضائية على العدالة العقدية[9].

ما دامت المقبولية القانونية للعقد تتطلب إحترام قاعدة أو معيار العدالة في المبادلات[10] فهذا يضمن في الوقت نفسه تحقيق العقد كمظاهر لإتفاق إرادات الأطراف على نحو يؤمن فعلا عدم القبول بشروط مخالفة لمصالحها بسبب اللامساواة بينها[1].

---

[1] Verkindt (Pierre –Yves) « Le contrat de travail : model ou anti-model du droit civil des contrats ? ». In « La nouvelle crise du contrat », op.cit. P. 212.

[2] aussi Mrabti (Abdelkader), « contribution à l'étude critique de la notion de lesion, Vol. 2. op.cit. PP. 125 et ss.

- [3] « Le primat de la volonté se justifie parce que les hommes sont de manière abstraité, libre et égaux et en ce que: tout contrat libre est un contrat juste quel qu'en soit par ailleurs le contenu , parce que l'homme ne peut agir contre ses intérêts, ses obligations volontaairement consenties ne peuvent être que justes", voir. Siri (A), Art, Précitée, P. 1367.

- وفي ظل المساواة المجردة أو النظرية تظل المساواة موجودة قبل وأثناء إبرام العقد، وبالرجوع إلى أحكام القانون المـدني نجد صور المساواة في مراكز المتعاقدين.

[4] والتي تختلف عن المساواة في المعاملة التي يحظر فيها التمييز.

- وحتى أنه لا يمكن فصل إنشاء العقد عن تنفيذه.

[5] Voir dans ce sens, Berthiau (Denis). Le principe d'égalité et le droit civil des contrats. L.G.D.J. Paris. 1999. PP. 68-75.

[6] Verkindt (Pierre –Yves). Art précitée. P. 12.

[7] أنظر المواد (844) إلى (855) ق م ج.

[8] Ibid.

[9] Stoffel – Munk. L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie .Thèse. Aix-Marseille. 1999.

[10] Jamin (Ch). Op.cit.

ولعل إشباع مبدأ سلطان الإرادة بمبدأ الحرية الفردية هو ما يؤكـد دور إرادة الأطـراف المتعاقـدة وجعلها محل إعتبار لأنه يقر لها بالمساواة رغم نظريتها، ولكنها تقر للعدالة التعاقدية نموذجا خاصة لأنـه ينتج كمرحلة ثانية تكافؤا بين الإلتزامات[2]. وبعبـارة أخـرى يمكـن الإعتـراف -علـى يـد الإراديـين volontariste- بالحرية كأداة مثلى لحماية المصالح بين المتعاقدين، والتي تعد كافيـة لإقـرار التـوازن الإجتماعي والمساواة بين الأطراف المتعاقدة[3].

وبالنظر إلى الآليات التي يوفرها النظام القانوني للعمل التي تكفل أحسن طرق الدفاع عن المـصالح وفرض إحترام العلاقات التعاقدية أو الإختيار بينها وبين إنقاذ ثقة الطرف الضعيف –كالعامل- في القانون.

وبذلك يكون عقد العمل، نموذجا تقنيا لإحتواء اللامساواة للتبعية، وهو أمر منطقي فـي مثـل هـذه العقود. لكن أيضا تعبير لظاهرة أكثر شمولية خرج بمفهوم النظام العام ذاته عن مجرد قيد علـى الحريـة التعاقدية أو دواعي النزاهة[4]، فبأطروحة إقتصادية نفعية مجددة للظاهرة التعاقدية يظهر "العقد متطلبا لتنظيم ذا "أصل إجتماعي" وليس فقط مجرد ربط علاقاتي بين الطرفين[5].

وفي هذا التوجه يدعم الفقيه **Durkheim** نظرته المتجددة في أخلاقيات العقد غيـر المنفـصل عـن الأسس الإجتماعية بالقول، أن "القانون الصناعي يسمح بانتقاص مستوى اللاعدل في عقد العمل"[6].

كما أن مسألة تخفيض الشرط الجزائي[7]، تتعلق بكسر ذلك التعادل الذي رسمه المتعاقـدان لبعـضهما البعض سلفا في العقد وإرتضياه بإرادتهما، فنص المادة **185** ق.م، التي تغـاير مثيلاتهـا فـي القـوانين

---

[1] وهذا طبعا لا يستجيب لأي رؤية إقتصادية للعقد، كما لو كان التحليل الإقتصادي لا يعترف بمسألة كيفية تكوين العقد. لمزيد من التفصيل.

- Pour plus de détails voir Brousseau (Eric). L'économiste, le juriste et le contrat. op.cit. PP. 160-163.

[2] Flour (J) Aubert (J-L) et Savaux (E) op.cit. P. 72.

[3] Ghazal (Jean – Pascal), justice contractuelle, Art précitée, PP 743 et 744.

- كذلك الأستاذة عسالي عرعار، نظرية الإستغلال. رسالة ماجستير كلية الحقوق، بن عكنون – الجزائر - 1997، ص01.

[4] Terrè (F), Simler (ph), Le Quette. Droit civil, les obligations. Dalloz, 7éd, 1999, n° 40.

[5] « C'est pour cette raison que le contrat libre ne se suffit pas à lui-même, qu'il suppose une organisation social complexe propre à subordonner les forces extérieures à corriger les inégalités multiples qui dérivent de causes naturelles », voir canial (Ph), Renouer les fils de l'alliance", op.cit. P 63.

[6] Müller (H.P) Morale sociale et conduite de vie de l'individu : les points de vue de Durkheim et de weber », in, Durkheim, weber, vers la fin des malentendus, L'Harmattan, 1994, P. 163.

[7] "الشرط الجزائي هو إتفاق مسبق على تقدير التعويض المستحق لصالح الدائن في حالة إخلال المدين بإلتزامه سـواء كـان إخلالا لعدم التنفيذ، أو التأخير فيه ...." ونص عليها المشرع الجزائري في المواد 183 إلى 185. ويسمى كـذلك تعويـضا إتفاقيا.

الأخرى[1]، قررت الخروج عن مبدأ المساواة بطريق لا تخفف فيه المسؤولية، وهو أمر جائز قانونا[2]. وهـذا إن برر التوجه نحو إرساء التوازن على حساب المساواة، فقد ظهر ذلك واضحا عندما قيد مسألة الزيـادة، ولو كانت بيد القاضي[3]، بدليل أن هذا الأخير لا يقوم بالتخفيض ليجعله -أي التعويض- مساويا للضرر، بل لإزالة ما فيه من مبالغة[4].

ثم إن حق المقاول الفرعي (والعمال) في المطالبة من رب العمل مباشرة دعوى مباشرة بما يجـاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى[5]، لدليل على الخروج عـن مبـدأ المـساواة التعاقدية، لأن عدم التكافؤ بين المقاول الأصلي والفرعي تجاه رب العمل، وبما يكمله من حكم عدم سريان الحوالة التي يجريها المقاول الأصلي على حقه قبل رب العمل في مواجهة عمال هذا المقـاول أو المقـاول الفرعي حتى ولو إستوفت شروط سريانها قبل رفع الدعوى[6].

إن الأوضاع الآنفة الذكر[7]، تدلل على أن القانون المدني بقدر ما تمكن من الإلمام بمراكز المتعاقدين والحفاظ على المساواة إلا أنه ولمقتضيات عقدية يكفل حماية المتعاقد دون الآخر، ولعل التطـور الـذي آل

---

[1] فالمادة 1152 من القانون الفرنسي تنص : "إذا وجب الإتفاق على من لم يقم بتنفيذه، دفع مبلغ معين على سبيل التعـويض، فلا يجوز أن يعطي الطرف الآخر مبلغا أكثر أو أقل".

- « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommager- intérêts, il ne peut être à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

[2] وهذا هو الفرق الموجود بين الشرط الجزائي عند تخفيضه حيث يكون في حالتين: الأولى: هو ثبوت المبالغة إلى درجـة كبيرة (عكس القانون الفرنسي الذي ينص على عدم جواز الحكم بأكثر من الشرط)، والثانية ثبوت الوفاء بجزاء من التزامـه الاصلي (المادة 184)، والزيادة التي تنص بسلطة القاضي.

[3] تنص المادة 185 ق م ج. "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هـذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأ جسيما، فالدائن لا يمكنه المطالبة إلا بقيمة الشرط الجزائي الـذي يعـد بمثابة تخفيف من المسؤولية، أما إذا لحق بالدائن ضرر نتيجة غش للمدين أو خطئه الجسيم، كما لو تعمد عدم تنفيذه لإلتزامه (وذلك بالإحالة إلى المادة 2/178).

[4] راجع نص المادة (184) ق م ج – وأنظر في هذا الصدد السنهوري عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ص 871 وما يليها.

[5] تنص المادة 565 ق م ج: "يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حـق مطالبـة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعـي، مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي رب العمل..."

- لمزيد من التفصيل راجع، مذكرتنا للماجستير "الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون الجزائري"، كلية الحقوق، جامعـة الجزائر. 1996، ص ص (59-64).

[6] أنظر زمام (جمعة)، مرجع سابق، ص 63.

[7] أنظر كذلك رأي الأستاذ محمدي سليمان في شأن تفصيله لمسألة تعارض قواعد الغبن مع مبدأ المساواة، "من أجـل إبقـاء الغبن في بيع العقار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية. ع (01)، 2008، كلية الحقوق، الجزائر، ص ص 188 -191. وكذلك محمود عبد الرحمان محمد، الإستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بـين الآداءات العقدية، مرجع سابق، ص 10.

إليه مبدأ المساواة حال دون البقاء على صورة المضمون التقليدي المتعلق بالأشـخاص، بمـضمون العقـد أيضا.

ثانيا: المساواة العقدية كتحديد لمحتوى العقد

إذا كانت العدالة بقوامها المستند إلى المساواة الحسابية لا يعترف بالمناخ الاقتصادي، إلا أن بحث هذا عن مدى مطابقة شروط المبادلات (أي العقود بالمفهوم القانوني) مع مصالح أطرافها ليتمكن الحكم عليهـا باللاعدالة والبحث عن عدالة بقوامها المستند إلى مساواة متجددة واقعية "يضبطها معيار التـوازن العقـدي ويتجه فيها إلى مراعاة السعر العادل"[1].

ومن قبيل ما يعتبره عادلا المفهوم الاقتصادي، تبعية السعر -بشكل تراوحي- لخصوصيات الوضعية الثنائية للأطراف المتعاقدة في ظل تبادل المعلومات، والتداخل بين المصالح، بحيث تكـون مـسألة عدالـة السعر غير ثابتة، ولهذا تكون لا عدالة العقد قائمة متى أمكن لأحد المتعاقدين فرض شروط علـى الآخـر بفضل سلطة السوق، و"لكن وسائل مكافحة هذه السلطة لها طابع ما فوق تعاقـدي، محمـول علـى بنيـة موضوعية للطلب والعرض محلا العقد[2]، وبعبارة أخرى يعتبر العقد بالجوهر نتيجة توافق مصالح تنبثق من الجو الاقتصادي المواكب لها، والتي يتعين ضبطها متى ظهر ذلك اللاتوازن بين الأطراف.

إن الإستثناءات التي دخلت على مبدأ المساواة وجعلتها في تعارض مع عدالة العقد الحسابية، فتحـت المجال بفضل جو طبيعي يسود نماذجا من (عقود – الإطار)، أو عقود ذات العلاقات التبعية، حيث تظهـر فيها اللامساواة بنيوية، "ولكن الأخلاق العقدية، ما تلبث أن تعيد للعقود استقرارها"[3].

فمحتوى العقد يجد تركيبته المتجانسة والمنسجمة فيما بينها، وحتى ولو لم يتوصل إلى تعادل مطلـق في الحقوق والإلتزامات، إلا أنه بحكم طبيعة بعض العقود، يتمكن من تنظيم البنود التعسفية على نحو يعيـد للعقد نصابه من العدالة، ومثلها عقود الإذعان التي يمكن أن تضمن شروطا تعسفية، وكيف أن القانون يجيز للقاضي في إطار تعديل العقد من تعديلها أو الإعفاء منها طبقا لما تقتضيه العدالة[4]. وبهذا عليه أن يراعـي مصالح الأطراف[5].

---

[1] Brousseau (Eric), « l'économiste, le juriste et le contrat » in, Mélanges offert à Ghestin (J), op.cit. P. 16.

[2] Ibid.

[3] Savaux (Eric), solidarisme contractuel et formation du contrat, « in Le solidarisme contractuel », (sous la dir), de Luc Grynbaum Marc Nicod, études juridique, 18, économica, 2004, P. 63, aussi, El Gharbi (Mustapha), justice contractuelle, et liberté de la volonté, un rapport problématique, R.R.J 2005-1. P. 168.

[4] تنص المادة (110) ق م ج، "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعـدل هـذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضيه به العدالة، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

[5] وكأنه محاولة رفع ثقل غبن الشروط المضرة بالمتعاقد الآخر ليتم نقل عبء تعديلها على الطرف الأقل تضررا، وهو تسوية للمساواة الغائبة بوجه تضامني.

إن الرقابة في ظل القانون المدني، وبتداخل مع القوانين والنصوص المتبعثرة هنا وهنـاك، نجـدها تحقق بعدين: **الأول**: وهو الإبتعاد من أن يصبح العقد أداة إستغلال بحماية الطرف الضعيف ضد الطـرف القوي[1]. أما **الثاني** فهو الإبتعاد عن تحديد الثمن بطريقة تحكمية قائمة على قانون العرض والطلب في إطار تدخل الدولة في مجال تحديد الأسعار[2].

وهذا دلالة على القاعدة الأصلية في العقد التي تسلم بعدم تدخل القاضي في تحديد الثمن فـي العقـد (خاصة البيع) إحتراما للحرية العقدية القائمة على المساواة، ولكن متى دب الإنحراف عنها إسترجع القاضي سلطته الإحتياطية بحالة من الحالات الثلاث: (**أ**) حالة إتفاق الأطراف على جعل تحديـد الـثمن أصـلا أو إحتياطا للقاضي[3] -(**ب**) الإعتداد بالنية المشتركة للأطراف والمتفقة مع طريقة تحديد معينة متـى إختفـى

Voir dans ce sens: Hassen Gemei, l'équilibre contractuel en droit égyptien, étude offertes à ghestin(J) – mélanges, L.G.D.J., Paris, 2001, P 385.

- أنظر كذلك في هذا الشأن.

[1] Brousseau (Eric)- op.cit. P. 161.

- راجع في هذا الصدد، المواد (6) و(7) من قانون (03-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم (08-12)، وتعليـق الأسـتاذة موالك بختة أيضا لنص الأمر (03-03)، الصادر في 19 جويلية 2003 - المجلة الجزائرية للعلوم القانونيـة والإقتـصادية والسياسية، ج 41- ع 1 س 2004، ص 18 وما يليها. أنظر كذلك نص الأمر (74-37) المـؤرخ فـي (1974/04/29) المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار، ح .ر - 38 المؤرخة في 13 ماي 1975.

[2] ولأن عقد البيع هو ما تكثر فيه نزاعات تحديد الثمن أو قابلية تحديده، فقد يذكر هذا بالتطور الذي آل إليه القضاء الفرنسي، ففي مرحلة إبتدائية، إعتبر البيع باطلا بسبب تحديد الثمن والرجوع إلى قائمة الأسعار المعمول بها بواسطة الصانع أو المنتج في يوم تسليم المبيع بدون تفرقة بين العقود، إما لشبهة الإستغلال، أو منافاة سلطان الإرادة.

- Voir Com du 11/02/1974. D-1974 – K – 414. Note – etarr. com du 25/02/1986. B. Civ IV. no. 35.

- ويقصد هنا بالتمييز بين عقود التوزيع التي تشتمل على الحصر (Clause d'exclusivité)، حيث تعتبر باطلة إذا حدد الصانع أو الموزع الثمن، وذلك تجاوز الإلتزامات القائمة فيما بين البائعين فيما بينهم، وبين عقود البناء التي تستثنى من بيوع المباني حسب القانون الفرنسي حيث يسمح للبائع تحديد ثمن في حدود نسبة مئوية لا تتجـاوز قيمـة نفقـات مـواد البنـاء والأشغال... وغير ذلك. حين انتهى إلى تكريس (4) مبادئ (01 ديسمبر 1995)، تصلح أن تكون أساسا لتقدير الثمن تفيـد كلها بإعمال سياسة الثمن العادل.

- Dans ce contexte, voir: Molfessis (Nicolas), les exigences relatives au prix en droit des contrats, Petite affiches, Mai, 2000, n° 90. P 41 et s.

[3] Coiret (Nicole), « l'indétermination du prix dans les contrats », Thèse, université de Bordeaux (I). Fevrier, 1989, PP. 6-8. Le juge peut alors être considéré comme le gardien de cet équilibre.

- نقلا عن الأستاذ أحمد الرفاعي، تحديد الثمن وأثره على رضاء المشتري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص ص 80-82. كما أن الأستاذ يجد في هذه الفكرة مصدرا لنقد أساسي مفاده نقد النظام القضائي للرقابة على تحديد الـثمن بـسبب راديكالية الجزاء، أي هدم العلاقة التعاقدية تماما.

العنصر أو العناصر الموضوعية لتحديد الثمن[1] -(ج) وأخيرا، كما كرسته محكمة النقض الفرنسية بإحالـة سلطة المراقبة من قاضي الموضوع على الثمن متى إحتج أحد المتعاقدين بغلط جسيم، أو حالة غبن[2].

إن العقد بهذا المفهوم أداة لإرساء التوازن داخل العقد وهذا هو مركز إهتمام قانون المنافسة، بـل إن محاربة عدم التوازن العقدي، وإعادة المساواة وبعثها إليه، هو مهمة القاضي التي لا يستغنى عنها.

وفي نظر ذلك تأتي المادة **2/356** ق.م لتكرس أحد المبادئ التي استقر عليها القضاء الفرنسي بتقييد عدم التعسف في تقدير الثمن، حيث تجيز الإتفاق على أن يكون الثمن هو سعر السوق، وفي حال الشك فقط تجيز الإتفاق على أن يكون الثمن هو سعر السوق.

لأن المشرع لا ينتظر وقوع الخلاف –عند الرجوع إلى مقتضيات حسن النية فـي التقـدير، وعـدم إستغلال ضعف الطرف الآخر- من أجل التوسع نحو سعر السوق عنـد التـسليم فـي الزمـان والمكـان المعلومين أو ما يقضي به العرف والتجارة[3] .

إن المساواة الواقعية وليدة فحوى عقدي تطورت فيه آلياته وضوابطه المستمدة مـن تنـامي الجـو الإقتصادي المحيط بأطراف العقد في وقت لم يعد لها يد في المحافظة على ركازتها الكافية.

كما أن النظرية المعاصرة للعقود في ظل هذا الإتجاه جاءت لتقلب النظرية التقليدية للأسـعار، ممـا رتب نوعا من التمييز بين ما إذا كان على المتعاقدين النظر إلى مسألة تحديد الأسعار كركن مـن أركـان

---

[1] أنظر المرجع السابق نفسه.

[2] Arr. Cass. Com. 9/04/1991.Bul. Civ. (IV), N°139, RTD, Civ-1992, 133, Obs., de Cautier (Pierre-Yves), voir Tancelin (Maurice). « La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec. Art précitée, PP. 1012 et 1016.

[3] وقد عرف القضاء الفرنسي حالة تضمين العقود اللاحقة في المستقبل على أساس عقد أصلي، كما هو الحال بالنسبة لعقـود التوزيع، عندما لا يحدد الثمن، مما لا يرتب عنه البطلان، بل يصح إتباع إرادة البائع، أو الحالة التي تصلح في عقود الإمتياز الخاصة (Franchise)، الرجوع إلى قائمة الأسعار، لمزيد من التفصيل راجع، د.أحمد السعيد الزقرد، أسس تقدير الثمن وفقا لنص المادة 459 من ق م الكويتي، المعدلة بالقانون رقم 1996/15، دراسة نقدية مقارنة - مجلة الحقوق، الكويت. 1996- ص (...).

- وأنظر كذلك، عيساوي عز الدين- العقد كوسيلة لضبط السوق، مجلة الفكـر، فيفـري 2008، الجزائـر، ص ص 213 و214.

العقد، وفي حال تخلفه تنطبق عليه أحكام البطلان أو إستمرارية لعقد تحت طائلة قابليـة التحديـد[1]، وبـين وصفها عنصرا مهما لحماية طرف في مواجهة تحكم طرف آخر[2].

ولأن السعر أداة قانونية وإقتصادية[3]، وفي آن الوقت تعبرعن المؤشر الأساسـي فـي الوضـعيات والعلاقات القانونية بين المتعاقدين، فهو أيضا يعبر عن توازن المبادلات في ظل طـابع تنافـسي[4]. ثـم إن إفتراض التكافؤ في الإلتزامات المتبادلة أي المساواة المسبقة، مسألة يزيد الإهتمام بها بمناسبة تدخل القاضي في الثمن عندما يقوم بالرقابة عليه.

والبداية تكون في تحديد طبيعة هذه الرقابة: هل هي رقابة على عدالة الثمن (juste prix) ؟ أم هـي رقابة كاشفة لتحديد الثمن ؟ .

المطلب الثاني: تحقيق العدالة من خلال إعادة التوازن التعاقدي

عندما كان التوازن يعبر عن علاقة توصف بالعادلة والجيدة بـين الأشـياء المتعارضـة، لأن الإختلاف طبيعة في الأشياء، وعندما كان التوازن العقلي والنفسي يستند إلى حالة الانسجام بـين مختلـف الخيارات الداخلية، حيث قدرة تدمير الآخر ليست هي المهيمنة دوما في الواقع، ما دام التوازن الاقتـصادي يشكل مجموعا من العلاقات المتجانسة والمستقرة بين العناصر المكونة للحياة الاقتصادية، لأن السير الحسن والفعال لها يفرض نفسه من أجل حياة أفضل، وعندما كان التوازن الغذائي يحمـل حـصة مـن التـوازن النوعي من فيتامينات وأملاح ضرورية للجسم تنسجم مع الكمي من تجانس بين السكريات والدسـم، ممـا يعني أن التوازن ضروري في قيام أي بنية أو نظام أيا كان طابعه.

---

[1] تنص المادة (357) ق م ج : "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع فلا يترتب على ذلك البطلان البيع، متى تبين أن المتعاقـدين قد نويا الإعتماد على السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما" ثم إن نص المادة (04) من قانون المنافسة طبقا لأمر (03-03)، المعدل والمتمم بالقانون (08-13) جاء فيها : "تحدد بصفة حرة أسـعار الـسلع والخـدمات إعتمادا على قواعد المنافسة، غير أنه يمكن أن تقيد الدولة المبدأ العام لحرية الأسعار وفقا للشروط المحددة في المادة (05)" – أنظر أحمد محمد الرفاعي، تحديد الثمن،وأثره على رضاء المشتري، مرجع سابق، ص ص 79 وما يليها.

[2] وهذا رأي الأستاذ Ghestin في التمييز بين تحديد الثمن على أنه عنصر منشئ للعقد، ضرورة هيكلية، أم أن الأمر يتعلـق بحماية طرف تحكم الطرف الآخر

- Ghestin (J). Traité de droit civil. op.cit. P. 565.

[3] أنظر لمزيد من التفصيل، أكرور مريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائـر، 2005، ص ص 1 – 9.

[4] Vincent (Jimenez), Le prix dans les contrats internationaux, thèse de doctorat. U.N.S.A. Nice. 2000. P. 13.

ولكن بمستوى نظري أكثر دقة، عندما كان التوازن ينصرف إلى فكرة الميزان، فهذا لأنه يفترض المقارنة بين عنصرين، أو ثقلين أو جبهتين -أنظر فقط لتركيبته المعجمية باللاتينية[1]- وتضم: (libra) وتعني الميزان، و(aequis) وتعني التساوي، وفي مجموعهما هو البحث عن التعادل.

هذا المفهوم أصبح معيارا للقياس وأحسن من ذلك إرتقى إلى رمز للعدالة وليس عدالة موضوعية فقط يتسابق إليها المتقاضون لاستخلاص حقوقهم، ولكن عدالة في القانون وإنصاف طبيعي[2]، ومثل هذا الميزان، يسعى "القانون لوزن العلاقات الإنسانية، ويعيد إرساء العدالة"[3]، وحتى يقوم بهذه الوظيفة، فهو -أي القانون– منظم للعلاقات من بدايتها، وذلك بتقسيم الحقوق والإلتزامات ولكنه أيضا، يتكفل بإعادة التعادل تبعا لأي تبادل أو ضرر أيا كان طابعه.

والعلاقات العقدية، هي الأخرى مثلها مثل العلاقات الإنسانية الأخرى دخلت في ثقافتها الجديدة وبسبب التراجع، والقطيعة مع الحرية والمساواة العقدية التي تستند إليها نظرية العقد والقانون العقدي ككل، وأصبح فرض التوازن العقدي من المسائل التي لا يتخلى عنها أي عقد، مما حوله إلى "انعكاس ظاهر للتحولات التي أصبحت تميزه في القانون الوضعي"[4]، ولكن هل هذا يعني على شاكلة مفهوم التوازن السابق ذكره يمكن القول بفكرة التوازن الذي يعتبر رمزا للعدالة العقدية (**الفرع الثاني**)، خاصة وأنه يصطدم في ظل مؤسسة العقود ويختلط بالأخلاق العقدية بضبابية واضحة (**الفرع الأول**).

الفرع الأول: التوازن مع ضبابية المضمون وصورة العدل فيه

إن الوضعية التي آل إليها القانون الوضعي للعقود، بسبب اللامساواة المفرطة والحرية الفردية، ودخول العقد في جو أخلاقي أبعده عن التصورات الحسابية، ولكنه بقي يستند إليها لضمان الإستقرار. بيد أنه أوقعه (أي التوازن) في بوتقة المفاهيم المتنوعة، (**أولا**)، ولكن القوة الملزمة للعقد وصرامته، أدخله مع الأمن العقدي في تنافس غائي وتصوراتي (**ثانيا**).

أولا: الإستناد إلى معياري التبادل والتعادل

يتدخل مفهوم التوازن العقدي غالبا للتعريف بوضعية قانونية معينة، فإما أن يكون هناك لاتوازن، أو يكون هناك توازن عقدي، واللاتوازن غياب أو تعارض مع التوازن. وهذا لا يكفي لمعرفة أرضية وجوده، وكذلك إعماله كمضمون في مختلف القواعد القانونية والأعمال القضائية. وعرض أي مفهوم يستند

---

[1] أنظر إلى المصطلح بالرومانية الذي يشير إلى كفتي الميزان عكس اللاتينية التي تصور الميزان كرمز له ككل
-Pour plus de détail, voir Robert (Ch). Naissance d'une image. La balance de l'équité, Justices (janvier- mars), 1998, PP. 54 et 55 et. Dictionnaire de la justice.

[2] Fin Langer (Laurence), op.cit. P. 3, et Brunet (A), et Ohlmann (Jean –Claude), Restauration de la libre volonté contractuelle, in « Rôle de la volonté dans les actes juridiques », Etude à la mémoire du prof. Alfred (Rieg), Bruylant, Bruxelle, 2000, pp. 147- 150.

[3] Robert (Ch) op.cit. P. 56.

[4] Mazeaud (Denis). Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel : ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? .Op.cit. P.136.

إلى إعطاء تعريف له، والتعريف الممنهج يضع تحديد المعيار المناسب لـه فـي مقـدمات شـروط هـذا التعريف[1].

وبالرجوع إلى تعريف التوازن، فقد عرف نقاشا فقهيا ثريا (riche) لم يسبق له وأن إختلط فيه عرض المعايير مع مقارنة بين المفاهيم، وطرح تطبيقاته، فقط من أجل الإلمام بفكرة مبهمة.

فبالإستناد إلى المنهج الكلاسيكي للتعريف بالمفاهيم القانونية، يعلم منـه تلـك الـصرامة والدقـة المعتبرين في قياسها حتى يبتعد عن أي تفسير تحكمي، مفرط أو متناقض[2]، وهذا ما يبرره وجـود معيـار موحد.

ولعل الفقه وهو يقترح معيارين غير متحدين، ومختلفين من حيـث الطبيعـة بـسبب إسـتعمالات تشريعية متنوعة أدخلت غمارهما في تنافس، أما **الأول**: فيتعلق بـ"**معيار التعادل في الالتزامـات**"[3]، حيـث يجعل الفحوى الإصطلاحي للتوازن (Aequis Libru) من التساوي والتعادل أصلا متجذرا فـي مفهـوم التوازن، وبالخصوص عندما يرتبط الأمر بالميزان كافل الدقة والتعادل، ثم إن "فكرة المساواة في القيم هي التي تمنح الأشياء قيمة هويتها"[4]، وبتمييز بين العدالة التوزيعية والتبادلية التي جاء بها **أرسطو**[5] أمكن تحديد النطاق الذي يندرج فيه مفهوم التوازن وبالذات عندما يتعلق الأمر بالعدالة التبادلية التي تخـص علاقـات الأفراد فيما بينهم. وبالتالي تلك التي تقوم على أساس التعادل والمساواة، والتي بفضل هذه العلاقة الطرديـة آثر البعض من الباحثين. القول بأن "العدالة التبادلية هي عدالة يحققها توازن في المبادلات، فكـل طـرف يستقبل المقابل من الطرف الآخر، ومهما كان المعادل الذي سيمنحه"[6].

وبما أن العدالة العقدية ما هي إلا إعمال للعدالة التبادلية، سيبرر فعلا واجب كل طرف في الحـصول على مقابل معادل لما سيمنحه، والتوازن العقدي بواسطة التعادل في الإلتزامات يستمد وجوده من نظريـة "الثمن العادل"[7]. والتطبيق واضح في القانون من حيث أنه يتطلب ثمنا عادلا في عقد البيع[8]، ومفاده سـواء

---

[1] ودور المعايير هو جعلها عنصر إسناد لوضعية معينة، لمفهوم ما.

[2] Delmas- Marty (M). Vers un droit commun de l'humanité, Textuel. 1996. P. 12 et P. 53.

[3] Jestaz (Ph), Rapport de synthèse. Quel contrat pour demain. Acte de coll. Univ de Lille (2), Dalloz, 2003, PP 256 et 257.

[4] Fin Langer (L) op.cit. P. 201.

[5] Gridel (J.P) Introduction au droit et en droit Français .2ème ed. 1994. p. 69.

[6] Ghestin (J) La justice contractuelle, in «exigences chrétiennes et le droit de l'entreprise. Actes du 7ème colloque national des juristes catholiques. Paris 13 et 14 décembre 1986. PP. 34-40. et Béguin (J), « Une tentative d'équilibrage contractuel : La convention d'Ottawa sur le crédit bail mobilier international » in mélanges de Ghestin (J) op.cit. PP. 66 et 67 et Belleil (Ingrid) L'esprit du code civil… ». Mémoire DEA Nante. 2003. p. 54.

[7] Lartigolle (J) justice commutative et droit positif .th Bordeaux. 1957. PP. 45-47 et Chazal (I.P) de la puissance économique en droit des obligations. th Grenoble II 1996. n° 671 et Ghestin (J) Traité de droit civil. La formation. Op.cit. n° 251 et 11

[8] أنظر للمواد 356 إلى 357 ق م ج

كان ثمنا قائما على التناسب أو التعادل والتساوي مع الأسس المحددة إتفاقا أو في حـال المخالفـة يكـون الإستناد على سعر السوق أو المتداول، لأنه يدخل ضمن الإلتزامات المتعادلة، وكذلك عقد العمـل[1] الـذي يفترض وجود أجر عادل، وهو الأجر الذي يتناسب ونتائج العمل، كما أن عقد العارية يمنع توجيه العـين المعارة للإنتفاع من وراء التنازل عنها للغير لكي لا ينفي عنه قيمة المبادلات المتوازنة[2].

ثم إنه لمزيد من الدقة ولأن التوازن العقدي معرف بواسطة تعادل الإلتزامات أو تعادل بين محـل الإلتزام والإلتزام المنفذ، يخرج من منطقيته معيارا موضوعيا جد فعال، ولكنه في نفـس الوقـت يرتـب ويستنجد بعنصر (القيمة)[3] (la valeur) كمفهوم ضروري لمراقبة هذا التعادل، وتأصيلا لنظريـة الـثمن العادل يمكن التذكير بطبيعة مفهوم القيمة تجاوزا لتعدد تعاريفها، والتي تظهر تارة موضوعية وتارة أخرى ذاتية، حيث تتبع عوامل متنوعة أينما تبعتها، "المنفعة والفائدة"، أو رغبات المستهلك، أو أسعار المنتوجـات أو ندرتها، أو مستوى الأجور أو نسب الأرباح والفوائد، أو أسعار السلع الأخرى"[4].

وفي تقدير العوامل الاقتصادية والإعتبارات الشخصية تقع الكثير من الأخطاء أو حتـى التعقيـدات بسبب تغير الظروف، وخطر التحكم الظرفي للبحث عما هو متعادل ومتوازن، وهل سيكون عادلا حتما؟ .

وعلى صعيد آخر يمكن الإستعانة بالتحليل الإقتصادي للتوازن، وكيف يمكن لمسألة "تكوين الثـروة ومضاعفتها" أداة هامة لتحقيق التوازن، فعلى حد وصف الأستاذ "**Grybaum**": "إنه مـن قبيـل التـوازن الموضوعي، أن يسعى كل طرف في العقد إلى زيادة ثروته دون أن يضطر إلى المساس سـلبا بوضـعية الآخر(...) وبعبارة أخرى، يمكننا تقدير عقد بالمتوازن، حتى كنا أمام عقد حقق لنا التفاؤل بتكوين ثروة في أي مبادلة معينة، والتفاؤل باق حتى ولو فقد هذا الطرف فرصة الإغتناء، ولكنه يعلم أنه لن يفتقر، لا لسبب إلا لأن هناك ثروة شاملة لكل المتعاقدين تتزايد دون أن تمس وضعية واحد عن آخر"[5].

ولعل مصدر هذه الثقة بتنامي الثروة في ظل التحليل الإقتصادي هو منطق قانون المنافـسة وروح العقلانية لدى المتعاملين الإقتصاديين "بأنهم قادرون على الدفاع عن مصالحهم"[6]، وهـي مـصالح متبادلـة

---

[1] أنظر للمادة 80 ق. العمل الجزائري

[2] ومثلما كان للمشتري تقديم الثمن المناسب لقيمة المبيع (المادة 356 ق م ج) فإن " قدر" أي قيمة المبيع لا ينبغـي أن تزيـد عما ذكر بالعقد، فإن وقع نقص فيه أو زيادة يحق للمشتري طلب الإنقاص أو الفسخ أو تكملة الثمن تبعا للحالـة (م 365 ق م ج)، وهذا دليل على تتبع المشرع لمستوى التعادل.

[3] Chazal (J.P) op.cit n° 679-685.

[4] أنظر كذلك د.حسن عبد الباسط جميعي. أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد. دار النهضة العربية بالقـاهرة. 1991. ص ص 87، 98 و 104.

[5] Grybaum (L) « Le contact contingent l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur. Th Paris II 1998. N° 56 en plus l'auteur a précisé qu'on ne peut pas dissimuler que le critère de paroto n'est pas d'une grande précision. En effet, il est certainement délicat d'apprécier l'accroissement de bien être d'un contractant. C'est pourquoi la seule mesure de l'accroissement de sa richesse parait plus facile à opérer », n° 57.

[6] Ibid. n° 58 .

ويفترض أنها متعادلة، لكن ماذا عن مجابهة فئة ضعيفة عرضة لضياع مصالحها ؟، مرة أخرى إن التحليل الإقتصادي قادر على عرض تعريف عملياتي للتوازن العقدي، ومنح العقد تصورا حيويا يـتلاءم وبيئتـه، حتى ولو بدا واضحا، وكأنه لاتوازن، لكن طرح المتعاقدين أمام خيارات تفضيلية[1]، كالتي تستشف في تقدير إلتزامات الإعلام، النصيحة والتحذير، في إطار إلتزامات جديدة منبثقة من المادة **2/107** ق.م: وهو حفـاظ على التوازن العادل المطلوب في عدم التكافؤ الجديد بين المستهلكين وباقي الفئـات المتدنيـة اقتـصاديا، وأصحاب رؤوس الأموال[2].

وبسبب المفاهيم الغامضة الأكثر قبولا في الأنظمة القانونية، ونظرا للمرونة والملائمة التي تكتسيها لحل العديد من الأوضاع القانونية، فإنه مرة أخرى وتطويرا للمعايير التي بموجبها يتحكم في مفهوم التوازن العقدي، جاء الإتجاه الحديث ليقر بطبيعة تعددية وتنوعية لتلك المعايير، منها لأنها تـشكل تقنيـة أحـسن لمواجهة تعريفات المفاهيم المضببة[3]، وكذلك منهجا عمليا يتلاءم وتعقيد، تطور، شمولية وتنـوع التـوازن العقدي كوضعية[4].

من جهة أولى هناك معيار **للتبادل**، والذي يفترض وجود التزام يبادل به الطرف الآخر ليـستخلص حقه في مواجهة هذا الأخير ولعل جانبا من الفقه يستند إلى جزئية التبادل من مفهوم العدالة التبادليـة إلـى جانب التعادل[5]، وهو معيار أكثر حداثة من غيره، حيث يعتبر تنظيم الشروط التعسفية[6] أصل التجديـد فـي هذا المعيار، فهي محل مكافحة تشريعية وقضائية الهدف من ورائها وضع حد لعدم التوازن الملازم لشروط

---

[1] أنظر عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 98 .

[2] Voir dans ce sens Ingrid (Belleil) op.cit. P. 54. n° 2.

- راجع المواد (09) من قانون (09-03) المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغـش الـصادر فـي 2009/02/25 ج.ر.15 (2009/03/08)، وكذلك م 13 و17 من نفس القانون، وغيرها.

- Voir aussi Mazeaud (Denis), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? ». in Mélange en hommage à François terre (l'avenir du droit). Dalloz .P.U.F, op.cit. PP. 610 et 611 et Collart Dutilleul (François), « quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique » La nouvelle crise du contrat , acte du colloque, univ. De Lille (2), Dalloz 2003, PP. 226 et 232.

[3] Delmas - Marty (M) « vers une autre logique: à propos de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme .D, 1988. Chr. 223 ainsi que Brunet (A) et Ohlman (Jean Claude), Restauration de la liberté de volonté contractuelle », op.cit. PP. 147-149

[4] Voir Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale (sous la dir) de Monique – Canto –Sperber, vol (2) 4ème éd. quadrige P.U.F.

[5] أنظر حسن عبد الباسط جميعي، "أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص 150. أنظر ما سـيتم عرضه لاحقا في الباب الثاني من تفصيل في الشروط التعسفية.

[6] أنظر محمد شريف عبد الرحمن، عقود الإذعان. دار النهضة العربية. 2006. ص ص 123 و126 و127.

- Calais Auloy (J) et Steimnetz (F) ,Droit de la consommation, 5ème éd, Dalloz. 2000 P.171 et Fin-Langer (L) op.cit. P. 217.

العقد بعيدا عن ضمان التساوي الكلي بين الآداءات المتقابلة[1]. وقد إستند الأستاذ Lartigolle إلى هذا المنطق بسبب كون هذه البنود مصدرا "للاتوازن الناتج عن غياب التبادل في الاشتراطات"[2].

و"السبب" كذلك يتأسس على البحث عن وجود المقابل مهما كانت قيمته، لأنه يتمحور حول التوازن الإقتصادي للعقد[3]، ومن أجل ذلك إعتمد القضاء الفرنسي[4] على وجود سبب (cause) في الإلتزام من أجل إبطال الشروط المخالفة لإلتزام أساسي في العقد[5]، وهي النظرية التقليدية للسبب كان الهدف منها إعادة التوازن العقدي، في حين أن المشرع الجزائري تبنى النظرية الحديثة، والقائمة على شروط المشروعية في فكرة الباعث الدافع إلى التعاقد بغض النظر عن البحث في إعادة التوازن[6].

وقبل كل هذه الأوضاع، يشار إلى تعريف المشرع الجزائري للعقد التبادلي في المادة **(57)** من ق.م: "(....) متى إلتزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له، إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق، فإن العقد يعتبر عقد غرر".

يتبين ذلك التفاوت الطبيعي وليد العقد ذاته والمستند إلى إمكانية إبرام عقد متراوح بين الربح والخسارة تبعا لما يترتب عن حادث غير محقق الحدوث أو غير معروف.

وقد جسدت تطبيقاته في القانون المدني من خلال المواد (612 إلى 625)[7]، لولا ما يثيره من تساؤل حول المنطق والغاية ومدى صحتهما في مسألة إباحة مثل هذه العقود –خاصة وأننا إعتدنا من

---

[1] أنظر د. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، 2007، ص 26.

[2] Lartigolle (J), Thèse précité, P. 157.

[3] Gueguen (J-C), le renouveau de la cause en tant que instrument de justice contractuelle. D. 1999. Chr. P. 352.

[4] infra. PP. 133 et ss.

- وهو القضاء الذي ظهر في السنوات التسعينات بمناسبة قضية (Chronopost)، والأستاذ (Carbonnier) فصل في هذه النقطة بالقول:

« Mais en main des hypothèses, la jurisprudence préfère s'appuyer sur le défaut de cause, par ce que tout de même, il semble y avoir un objet pour faire rééquilibrer à l'obligation litigeuse, on trouve bien en apparence une contreprestation, mais qu'il n'est pas sérieux, qui est illusoire, de sorte qu'il est sans intérêts pour le débiteur de s'engager », op.cit. P. 109.

[5] Voir plus de détail: Baudin-Maurin (M-P), pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat, R.R.J. année 27, 2004-4, n° 4

[6] ولعله الأمر الذي يذهب إليه المشرع الجزائري مخالفا للمشرع الفرنسي بتبنيه النظرية الحديثة في السبب (قارن بين المادتين 1131 ق م فرنسي و(م 97 و98) ق م ج ولمزيد من التفصيل أنظر علي علي سليمان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص ص. 88 و89 وكذلك محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 238.

[7] بعنوان عقود للغرر – في بابه العاشر- كعقود الرهان المرتب مدى الحياة والتأمين. راجع، فيلالي علي، العقد، مرجع سابق، ص 62.

المشرع تقريره للمساواة المجردة بين أطراف العقد- سيكون التبرير عندئذ مرتبط بمـسلمة عـدم تجاهـل المشرع لغاية القانون وهي العدالة وروح العقد بإرتضاء عدالة التراضي على ما يتفق عليه.

في عقود الغرر، اللاتوازن بين الآداءات غير موجود وقت إبرام العقد ولكنه ينشأ بعد ذلك أي وقـت تنفيذه، لكون إرادة أطراف العقد هي التي تبرر تبعة اللاتوازن[1] (Risque de déséquilibre) .

وعليه فإنه وبسبب الاعتداد بالتفاوت الذاتي بين المتعاقدين حيث تكون العقود في هذه الحالة مبنية على أساس التساوي في الاحتمال[2] من النتيجة المرجوة من العقد، أرتضت الإرادة تحمل فرضية الخـسارة فقـد ضمت معه فرضية الربح.[3]

ولعل وجود معيار الاحتمال (Le critère de l'aléa) الذي يفترض قبول الأطراف المتعاقـدة تبعـة اللاتوازن مع إمكانية التدخل على مستوى تنفيذ العقد.

ثانيا: خصوصية معياري المعاوضة والتناسب

ومعيار "**المعاوضة**" الذي يفترض إلتزام كل طرف بتقديم شيء أو عمل كمقابل لما سيحصل عليه، يؤكد على أهمية وجود المقابل المتبادل فيما بين المتعاقدين وبعبارة أخرى، "عقد"، يعرف فيه كـل طـرف ومنذ إبرام العقد بأهمية الالتزامات المتبادلة، والمتعهد بها على سبيل التعادل[4]، ويكفيها مجرد تقدير ذاتـي لقيمة المقابل (أي بأهميته)[5]، وتذكر هذه الصورة أن يشكل العقد التبادلي أحد أنواع عقود المعاوضة، فقـط يميزه خاصية الإشتراك في مجموع معين، أي عقد شراكة معينة يتم التبادل فيه أكثر من التقابل[6].

وهذا المفهوم بلا شك، وبخاصية كهذه تنطبق على وضع الشروط التعسفية بواسطة هـذا المعيـار أكثر من غيره فالمادة **5/2** من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تنص على

---

[1] Benabent (A), Droit civil les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestiens, ed (3) 1997, p 321: c'est la volonté des parties qui justifié le risque de déséquilibre des prestations inhérent au contrat aléatoire. Voir le même auteur, p 527.

[2] يرى الأستاذ فيلالي: "أن الاحتمال أو الغرر المتمثل في حظ الربح أو الخسارة عنصر من عناصر العقد الاحتمالي بحيث يعني حتما ودائما كلا المتعاقدين"، أنظر مؤلفه: الالتزامات، ص 72.

[3] لمزيد من التفصيل أنظر، دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2012، ص ص 44 وما يليها.

[4] أنظر فحوى المادة 57 من ق م ج وكذلك م 58

- Ghestin (J). Traité du droit civil. Op.cit. n°25.

[5] لأنه لا داعي لذلك التقدير الموضوعي لقيمة المقابل في العقد حتى يحكم بوجوده، والذي يعتمد على عناصر وعوامل مادية و موضوعية.

Voir dans ce sens, Ghestin (J) Ibid et Flour (J) et Aubert (J-L) droit civil. Les obligations. L'acte juridique, op.cit., n° 87.

[6] يعرف المشرع الجزائري عقد المعاوضة في المادة (58): "وهو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما". لمزيد من التفصيل، أنظر د.فيلالي (علي). النظرية العامة للإلتزام. مرجع سابق، ص ص 63 و 64.

- Ghestin (J). Traité (…), op.cit. n° 26 et ss.

"معيار الشرط التعسفي"، والمتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والإلتزامات بين طرفي العقـد (déséquilibre significatif)[1]، متأثرا ونقلا له من قانون الإستهلاك الفرنسي لـسنة 1978 والتعليمـة الأوروبية لسنة 1993[2].

وبقراءة شاملة للنص أمكن تقدير إشتراط عدم وجود التوازن العقدي في الإلتزامات المتقابلـة مـن أجل إعتبار الشرط تعسفيا، أي، وكأنه يستعير النظرية المادية للغبن ويسلم بشرط عدم التكافؤ بين الآداءات المتقابلة[3].

ولكن بالرجوع إلى النص في القانون الفرنسي الذي يضع آداءات تبادلية لا تقابلية بمناسبة الـتفطن الذي وقع في شأن الجزاء المترتب في البنود التعسفية -وهو ذو طابع مدني- مادام يتعلق بالبطلان الممنوح للمستهلك في مواجهة البائع الذي يملك حق تعديل الثمن بالزيادة عندما تقتضي الظروف الجديدة ذلك[4]. طبعا الأمر الذي لم ينص عليه المشرع في القانون 04-02، وبقي منوطا بسلطة القاضـي التقديريـة بموجـب النظرية العامة للتعديل المادة **110** ق.م.

---

[1] تنص المادة 5/2 من قانون (04-02) المؤرخ في 2004/06/23 والمحدد تحت عنوان شرط تعسفي : " (..) كل بنـد أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبـات أطراف العقد".

[2] وقد نقلها المشرع الجزائري بشكل جزئي آخذا بمعيار عدم التوازن الظاهر من مجموع من المعايير تتمثـل فـي معيـار: استعمال القوة الاقتصادية والميزة المفرطة اللتان ضمنهما القانون الفرنسي، وهو يبدلهما بالمعيار الأول والوحيد، فهـل هـذا يعني استغناءه عنهما. إن البعض قد إعتبر قراءة م (5/2) نظرة كلية للعقد، والشروط المتضمنة له على مختلف أنواعها بيـد أن البعض الآخر يفنّد موقف المشرع الجزائري من حيث عدم إعتبار الشرط تعسفيا لمجرد منح أحد الأطراف العقـد مزايـا معينة يمكن أن يمنح وفي إطار شرط آخر للمتعاقد الآخر الثاني مزايا من شأنها إعادة التوازن في العقد. وهذا يكون في حالة وحدة طبيعية المزايا في الآداءات المتقابلة، لكن الأمر غير موفق إذا كانت آداءات مختلفة (مثل منح المستهلك حق فسخ العقد إنفراديا في مواجهة تحديد مسؤولية (المحترف).

- Art 132 -1 du C. Consom. Fr. et le même par l'art (3-1) de la directive (CEE) (93/13) du 05/04/1993. « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foie elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties déroulant du contrat ».

[3] ومع أن الغبن يتطلب التحديد التكافؤ برقم معين، ويقتصر على عدم التعادل في الثمن ولا يمتد لمختلف شروط العقـد لأنـه يقتصر على المزايا المالية، فهذا لا محالة يجعله يختلف عن مبدأ عدم التوازن كمعيار للشروط التعسفية، ثم إن الأسعار مسألة مفصول فيها ومتروكة بموجب قانون المنافسة للمنافسة الحرة وكذا آليات السوق.

- Cf - Calais – Auloy (J) et Steinmetz (F) op.cit. PP. 92 et ss, et paisant (G). Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives. D. 1988. (I) chron. P. 253.

[4] Voir en comparaison par qualini (F) La révision des clauses abusives. Defrénois. 1995. P. 760 et, Teyssie (B) « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat. D.1976. chron. P. 281.

ومن جهة أخرى، رجع الفقه إلى المعيار التقليدي الذي لطالما ميز مفهوم التوازن العقـدي، حيـث يكمن في **التعادل،** وهو مضاف ومدعم لمعيار المعاوضة، أي التعادل بين الأداء الذي يقدمه أحد الأطـراف مع مقابل الأداء المقدم من الطرف الآخر، وهو كما يعرفها الأسـتاذ **Maury**: "(...) التعـادل لـيس إلا مساواة في قيم التبادل بين إلتزامين متقابلين (...) وإذا تبين أن هذه القيمة ظاهرة موضوعية، تفرض علـى الأفراد، وهي قيمة تتبع ظواهر ذاتية، مؤسسة هي الأخرى على قيم إستعمال الأفراد (...) مما يعني أنهـا قيمة محددة ودقيقة (...)"[1]. ولعل أن أهمية هذا التعادل تظهر في "البعد الكيفي والصنف الذي تمثله"[2]، لأنه لا يكفي للمتعاقدين الإتفاق على إلتزامات وحقوق متبادلة، وإنما يتطلب فيها " قيمتها المميزة" والتي تعتبـر ضرورية لتقدير التوازن العقدي. فعقد القرض يستند إلى التعادل بين محل القرض (نقودا أو أشـياء) ومـا سيرد: "يرد إلى المقترض (...) نظيره في النوع، والقدر، والصفة"[3]، هذا ما جاء في نص المادة **450**ق.م.

وحتى في عقد التأمين عادة ما تكون قيمة مبلغ التأمين محددة وفقا لأهمية الخطر المؤمن[4]، وحتـى الغبن نفسه يستند إلى تقدير "قيم"، وهذا ليس لأمر إلا لأن "العدالة، والتعادل مبدآن تقوم عليهما كل العقود"[5] على حد تعبير الأستاذ Pothier.

وأخيرا كان **معيار التناسب**، ذلك المعيار الذي شكل نقاشا حديثا في قانون العقود، إضافة لوجـوده الذاتي المستقل في عدالة العقود، ولعل مسألة تحديد نسبة الفوائد في عقود القرض تستند إلى التناسب بـين هذه النسبة مع قيمة القرض ومدته على نحو حسابي، فالتناسب وهو يتعلق بالملائمة بين العلاقات والـذمم، أو العناصر المكونة للعقد[6] يرتبط بمكونين أساسيين، وهما: ضرورة إحلال البند محل العقد ولكن ألا يقـدر هذا الشرط بوظيفته ؟، أي بمعنى يتعين قياس المصالح والمنافع الناجمة عن إنفاذ العقد بين الطرفين، وهـو الذي يحفظ توازن العقد، ولعل أهمية هذا المعيار تظهر في فكرة التعسف في إستعمال الحـق[7] وكيـف أن الإنحراف عن الغاية من العقد هي التي تصعب الوقوع في اللاتوازن بسبب غياب التناسب بين غاية طرف مقابل غاية الطرف الآخر، حتى أنه يمكن الذهاب إلى أبعد من ذلك، حيث يمكن أن يشكل التناسب إضـافة لوظيفته الأداتية لقياس التوازن، فهو يمثل جزاء للتوازن عندما يتم إدراج شرط فاسخ لعدم التنفيذ[8].

---

[1] Cité par: Fin-Langer (L), L'équilibre contractuel, op.cit., n° 331. P 220 et 221.

[2] Fin Langer (L) op.cit. P. 221.

[3] أنظر المواد كذلك 538 ق.م.ج بشأن عقد العارية.

[4] أنظر المواد 12 و13 من أمر (95-07) المؤرخ في 1995/01/25 المعدل والمتمم بالقانون رقم (06-04) المؤرخ فـي 2006/02/20 المتعلق بالتأمينات.

[5] Cité par Fin Langer (L) op.cit. P. 223. n° 334.

[6] Pour plus de détail, voir infra P. 160 et ss ,

[7] أنظر ما جاء في نص المادة 124 مكرر.

[8] أنظر كذلك للمادة 207 ق.م.ج.

الفرع الثاني: مظاهر التوازن الحافظ لعدالة العقد

لقد ساد الثقافة العقدية الجديدة نظام تعاقدي جديد مترجم بكثير من الواجبات الإلتزاميـة (devoirs obligationaires) والعقدية (contractuels)، ثم هذّبته عقلية من التعاون والتضامن بـين المتعاقـدين، ولكنه " نظام يعرف فقط بمكافحة اللاتوازن العقدي المنبوذ من أي طرف"[1]. ولعـل مكافحـة اللاتوازنـات العقدية يتجه لا محالة وبالدرجة الأولى إلى مصادرة العقد في (**مصلحة حصرية**) تخـص متعاقـدا مـا أو يقصي من العقد كل مصلحة من قبيل الفائدة المزمعة التحقيق لمتعاقد ما. وهذه المهمـة تـستدعي فـرض أدوات مناسبة للحفاظ على توازنات الحقوق والإلتزامات الناشئة بينهما، لأنه الجو الوحيد الـذي يجـب أن يرى فيه العقد ويستمر (**أولا**)، في حين أن البحث المبكر عن أدوات التوازن في العقد قد أكفلـت أسـباب وأهمية بقاءها طيلة مراحل العقد، مما لا يكفي عليه البقاء على التوازن، وإنما تتنافس معايير الفقه، القانون والقضاء لتنفيذ العقد من عوامل إنهياره. ويصحح اللاتوازن الذي يكون في غالب الأمر في مرحلـة تنفيـذ العقد مفرطا ومعتبرا يتطلب في الأفق آليات جديدة أو على الأقل فرض رقابة عملياتية لمكافحة اللاتـوازن (**ثانيا**)، والمسألة تصبح إما أن هناك توازنا (وهذه مسلمة متقدمة في العقد)، وإما هناك لاتوازنا (وهذا خطر محدق طيلة العقد).

أولا: التوازن توازن بين مصالح الأطراف المختلفة

عادة عندما يتم القول بأن العقد يفرض "إلتزاما متبادلا"[2] ، فهذا لأنه يفرض عـددا مـن الـشروط المتعلقة بأطراف هذا العقد وإحترام هذه الشروط، هو ما يحدد "صلاحية العقد"[3]، وهذه الـصلاحية منوطـة بإدماج الصلاحية الإجتماعية[4] المحركة بمفهوم "المنفعة"[5]، مما يكسبها صفة العدالة[6] المؤسسة علـى أبعـاد

---

[1] أنظر في هذا الشأن سلامة فارس عرب. وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات التعاقدية فـي قـانون التجـارة الدوليـة. دكتوراة. جامعة القاهرة. 1998. ص ص. 155 -157.

- Mazeaud (D). Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. op.cit. PP. 137- 140

[2] supra. P.133.

[3] Camto-Sperber (Monique), (Sous la dir) , « Dictionnaire d'éthique … » op.cit. , et Savaux (Eric) qui a précisé la porte de l'analyse proposée par le professeur Ghestin (J), que dans son ouvrage. La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? Op.cit. n° 248 et ss.

[4] « l'utilité sociale du contrat commande qu'un déséquilibre excessif des prestations, constitutifs d'une trop grapve unjustice soit désormais pris en considération par le droit positive », ghestin (J), "Les effets du contrat", avec le concours de Jamin (ch) et Billiau (M), 2ed, L.G.D.J., Paris, 1996, P. 365, n° 317.

[5] Ghestin (J) « Traité de droit civil », op.cit. n° 251 et 252.

[6] Ménard (Claude) .Imprevision et contrats de longue durée: un économiste à l'écoute de juriste, in étude offerts à Ghestin. op.cit. P 664 et s.

متبادلة ومفيدة لمصالح الطرفين، وهو الأمر الذي يحققه البحث عن التوازن[1]، فكيف يمكن ضـمان قاعـدة التوازن في مؤسسة عقدية ليست مجرد إتفاق مجرد ونظري، وإنما أيضا عملية مـستندة علـى تحـولات خارجية خاصة منها تلك التي تتعلق بظروف ومستجدات المعاملات والتي لا تؤثر في تكـوين العقـد، ولا تتدخل في تحديد صلاحيته إلا منذ الوقت ، وبالكيفية التي إستدعاها "الخيار الحر والمؤهل لأحد المتعاقـدين بما يخدم منافعه ومصالحه"[2]. وطبعا يفترض من كل عقد أو معاملة تحترم شروطها على النحو الذي يقبـل هذه "الشروط على أنها فوائد ومنافع متبادلة[3]، ولكن لماذا نجد شعارا أو بالأحرى معيارا لم ينادِ بـه الفقـه فقط، وإنما كرسته نصوص من أعلى مستوى تقضي بأهمية أن يضمن العقد "التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة في العملية[4] وهل هو هنا إختلاف أطراف أي إرادات أو مراكز؟ أم إختلاف مصالح؟ وكيف يمكن ضمان ذلك في جو تتنافس فيه الحرية العقدية والإلتزامات المفروضة على أحد المتعاقدين؟ . إن الأمر يتعلق بـ "الرقابة على مصلحة العقد"[5] الذي يمكنه من فرض التوازن كما يجب، وبعبارة أخرى أخـذ مـصلحة المتعاقد بعين الإعتبار هو الدواء المناسب ضد اللاتوازن، والتي تسمح لذلك العقد الـذي يكـون متوازنـا موضوعيا مع أنه يظهر غير متوازن ذاتيا أو العكس يكون متوازنا ذاتيا رغم كونه غير متوازن موضوعيا.
أما **الأول من الحالات:** فقد غابت فيها المصلحة بسبب غياب بند معين أو إقصاء العقـد مـن أي مـصلحة للمتعاقد الآخر أو مجرد الإفراط في الإستناد على مصلحة متعارضة مع ما هو قائم، أو حتى بسبب وجـود عقد لا يشكل أي مصلحة ملموسة للمتعاقد الآخر. ولعل أحسن أداة كرست لهذه الرقابة (أي الرقابـة علـى المصلحة) مفهوم" السبب"، حيث شكل موقف محكمة النقض الفرنسية بصمة واضـحة فـي هـذا الـشأن؛ وخاصة من وراء تقديرها لشرط تحديد مسؤولية شركة البريد (Chronopost) عن التأخير كـشرط غيـر مكتوب لتناقضه مع الإلتزام الأساسي بإيصال الطرود وبسرعة كبيرة، وهو ما يبرر كيفية إسـتبعاد عقـد كذلك لكل مصلحة كان من المفروض أن يسعى إليها المرسل من وراء تعاقده لسلامة نقل الطرود وبأسرع

---

[1] Voir terre (François), « l'inutile et l'injust » .in études offerts au Jacques Ghestin, op.cit. PP. 865 -880, et Mazeaud (D), « les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel (…) », op.cit. PP. 142 et 143.

[2] Ménard (Claude), « Imprévision… » Op.cit. P. 662.

[3] Albiges (Christophe) « de l'équité en droit privé (…) droit privé. T. 329. .L.G.D.J. 2000. PP. 204 et 205. Cf. Thibierge – guelfucci. Libres propos sur la transformation du droit des contrats » R.T.D.1997. PP. 381 et 328 n° 30.

[4] وهذا ما نصت عليه اتفاقية أوتاوا (Ottawa) الموقعة في (1988/05/28) والسارية النفاذ منذ (1995/05/01) الموجـه مباشرة نحو غاية التوازن العقدي، وذلك في الديباجية.

« (…) Les Etats signataires se donne essentiellement pour but de fournir au opérateurs (…) un droit matériel du crédit-bail mobilier international visant à assurer, l'équilibre entre les intérêts des différentes parties à l'opération », pour plus de détail : La convention d'Unidroit sur le crédit bail international du (28/05/1988) a été ratifiée par la France.

[5] Ménard (Claude) op.cit. P. 662.

وقت[1] ، ونفس الأمر تكرر مع عقد الإعتماد الإيجاري (crédit bail) من جراء تنفيذ المؤجر في التمويـل عندما إعتبر- كما قدرته كذلك محكمة النقض – غير مجزأ ومنفصل عن العقد الأصلي إقتـصاديا، وذلـك يعني إستبعاد أي فائدة أو أي مصلحة للمدين والمرتبطة بالسبب الحقيقي والملموس المتمثل فـي عقـد أداء الصورة، مما يستتبعه إعتبار العقد الأصلي مفسوخا[2].

كما أن اللجوء إلى أداة جديدة للرقابة على التوازن العقدي كمفهوم "إقتصادية العقد" [3]، من شأنه أن يضمن توازنا مبدئيا كما قرره أطراف العقد، وفقدانه، يعني عدم إستجابة العقد للأهـداف المرجـوة مـن الأطراف أو المصلحة المنشودة، و"سياسة الإنغلاق الصارم على العقود [4]، هو ما يبرر التوجه البراغمـاتي لتقدير وجود السبب أو إقتصادية العقد الضروريين لتبرير التداخل الإقتصادي بين عناصر العقد في مجموع واحد غير متجزئ. وإذا كان (مفهوم السبب) يضمن ويحافظ على مصلحة العقد ويرسي توازنه، فإن مفهوم إقتصاد العقد، و من وراء (إستقلالية القانون) يحافظ على تجانس العقـد المفـضي إلـى توطيـد الـصلة بالمصلحة.

على مستوى ثان يمكن عن طريق "الرقابة على المصلحة"، تصحيح اللاتوازن العقدي الموضـوعي" الناتج عن تغير الظروف مستقلة عن إرادة الأطراف، تحول العقد إلى وسيلة غير عادلة، وصارمة التنفيذ ، ولعل مسألة القواعد المنظمة للثمن لها ما يؤثر في تحقيق أو عدم كفاية تحقيق التوازن العقدي، خاصة فـي ظل ظاهرة الأسعار التنافسية[5]، وعلاقات المحترفين بالمستهلكين، لأن الخطر قائم في كل الأحوال، من جهة يمكن لشرط إستعجال الثمن قبل تسليم المبيع أو أداء الخدمة[6] أن يحرم المشتري – المستهلك– من حقه فـي

---

[1] أنظر محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، دراسة مقارنة، منـشورات الحلبـي الحقوقيـة، 2004، ص ص 222. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 54.

- Ghestin (J), Cause de l'engagement et validité du contrat. DELTA. L.G.D.J. 2006, P.498.
- cass. Com du 22/10/1996. Jcp 1997 – 1.4002
- Mazeaud (D), La nouvelle crise du contrat, op.cit. P.143 et cass.com, 15/02/2000 D.2000. RTD cit 2000, 325, Fin Langer (L) op.cit. P.252.

[2] Ibid.

[3] Zeloevic. (Duhamel) A. La notion d'économie du contrat en droit privé. J.C.P. 2001. I. P.300 et Mazeaud (D) Le solidarisme contractuel et réalisation du contrat. Op.cit. P.60 et Une embarrassante notion l'économie du contrat, D.2000, Chr. P.382 dans ce contexte, voir, arret. cass.cir du 1 et 23/02/1994. D.1995. 214 et cass. cir – 1 et 2 décembre 1997. D.1998. 200.

[4] Mazeaud. (D). La nouvelle crise du contract op.cit, P.145.

[5] إرجع للمادة (04) من أمر (03-03) المؤرخة في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة ج.ر 43 (2003/07/20).

[6] وهذا ما نصت عليه المادة (388) ق م ج /1: " ... ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لـم يوجـد إتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك" وتتبعه المادة (390) ق م ج/1 : "إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فـي الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة هذا ما لم يمنحـه البـائع أجلا بعد إنعقاد البيع".

الدفع بعدم التنفيذ [1]، كما أن شرط التحديد الإنفرادي للثمن أو تعليقه على شرط مستقبلي خارج عـن إرادة المستهلك، هو مواجهة لخطر إرتفاع الأسعار وتغير رغبات المشتري ذاته وفقا لتغير الظروف. وبالرجوع إلى المادة **(1/356)** ق م ج. تنص على أنه "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحـدد بمقتضاها فيما بعد (...) "، فهذا يتحقق مثلا إذا إتفق المتعاقدان أن يكون الثمن مساويا للذي إشترى به البائع أو الذي سبق أن باع به لشخص آخر[2]، وحتى وإن ترك الأمر للتحديد الفردي لأحد المتعاقدين، فهي مهمـة تندرج في إطار "المعقول"[3]، لكن هذا الأخير يبقى وضعا إحتج به الفقه على إمكانية هذا التحديد الإنفرادي، لأن في البيع –وبقراءة نصية لمواد أحكام عقد البيع– نستوضح ذلك التوجه العام نحو رفض تحديد الـثمن بالإرادة المنفردة[4]، فلا الثمن المعقول يحافظ على الأسس المطلوب إتباعها من المتعاقدين معـا، ولا تلـك الأسس كافية لتحقيق الثمن العادل المانع لوقوع النزاع[5].

ولعل إرجاع الطرفين كسببين وحيدين للقضاء على محتوى العقد، وبالتالي على التوازن العقدي بين إلتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة، يسود الإستناد إلى مفهوم "الإنفراد" أو "جانب واحد"[6]، ودحـض أي ثنائيـة رضائية يعني فقد التوازن العقدي، لهذا يكون فرض الإتفاق على الأسس أو العناصر الأساسية للعقـد مـن قبيل إجراءات الوقاية من اللاتوازن، مثلما ورد حكمه في المادة **65** ق.م: "إذا إتفق الطرفان علـى جميـع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد (...) إعتبر العقد منبرما ..."[7]،

---

[1] أنظر المادة 119 ق م ج في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقدين بعد إعذاره للمدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض، في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ..."

[2] أنظر حسن الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 31.

[3] نفس المرجع.

[4] أنظر حسن الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 31.

[5] قارن مع الأستاذ بن أنور سلطان وجلال العدوي، الوجيز في العقود المسماة، ج. 1، البيع، دار المعارف، 1963. ص ص 85 و86: " إذا كان تفويض شخص في تحديد الثمن لا يعد تحكيما لأن التحكيم يفترض وجود نزاع، فـإن ذلـك التفـويض يقترب من التحكيم إلى حد يسوغ تطبيق حكمه من حيث أنه لا يصح أن يكون للحكم طرف في النزاع ".

[6] Gemei(H). L'équilibre contractuelle, Art précitée, PP. 38 et 381.

- وقد جاء في فرنسا قضاء محكمة النقض برفض الطعن المقدم من البائع في قرار الإستئناف بإبطال عقد البيع المتـضمن شرطا بتقدير الثمن يوم تسليم البضاعة، في حين أنه تم تقدم أحد المزارعين للبائع لشراء بعض المعدات الزراعية من خـلال نموذج أعده البائع ليقدم من خلاله المشتري طلبات المعدات يحتوي شرطا يقضي بأن القيمة المقدرة لهذه المعدات ليـست إلا تقديرا مبدئيا للثمن، بينما يتحدد الثمن الحقيقي بواسطة البائع يوم التسليم.

-com du 15/2/1964. Bull.civ (III) N° 558 P.495.

[7] وتم تطبيقها في العقود المسماة الأخرى كل حسب شاكلته. راجع المواد: 356 ق م ج و (590) و319.

وأول ما يمثل مظهرا مباشرا للعناصر الأساسية مسألة "الثمن" الذي لطالما إعتبر في نظر القضاء مـصدرا للجزاء بسبب المغالاة فيه وإيقاع العقد في لا توازن ظاهر[1].

وفي الرجوع للرأي القائل بتبعية مسألة "اللاتوازن العقدي" لنظام عيوب الإرادة[2]، يتعـين التـذكير بأهمية الرضى المعيب "كروح للعقد" والتي لا تخرج عن منطقين: **الأول**: "بإعتباره مظهرا فرديا لـلإرادة، **والثاني** يستند إلى تعارض وتلاقي الإرادات، ومثل ذلك يفترض تحقيق غاية أساسية تكمن في حماية هـذه الإرادة بواسطة ما يفرضه القانون من حماية للتوازن العقدي وعن طريق حماية الرضى للأطراف، يحتاط القانون لظهور أي لا توازن عقدي.

وفي سبيل ذلك تجدر الإشارة إلى أن مفهوم الإكراه نطاق مناسب لمكافحة اللاتوازن، كما لو مارس محام ضغطه المعنوي على وكيله عشية النطق بحكم مصيري بسبب التعديل في أتعابه أو دفـع المـشتري لإقتناء شيء تحت وطأة التهديد، وهذا لما يتضمنه عيب الإكراه من صورة اللامساواة بين المتعاقدين[3]، مما يجعله مصدر اللاتوازن.

ثم إن التفسير الموسع للإكراه، والذي يتضمن إمكانية إبطال معاملة على أساس إكراه إقتصادي ينشأ فيه من تفاوت بين المتعاقدين، نظرا لإختلاف مصالح طرف يتمتع بميزة أو هيمنة إقتصادية معينـة علـى حساب متعاقد آخر[4]، ولكن القانون الوضعي اقتضى الحاجة إلى إرساء آلية جديدة للوقاية من اللاتـوازن[5]. كما أن التدليس أيضا إطار هام لإعادة إرساء التوازن في العقود، وإضافة إلى ما يقرره القانون المدني من حق في إبطال العقد المدلس المادة **86 و87** ق.م، فإنه يمكن للقاضي على غرار العيوب الأخرى أن يلحق بهذا الحق، تقريره للتعويض عن الضرر اللاحق بأحد المتعاقدين، وهو ضحية التدليس[6]، ولعل هذا التزاوج

---

[1] Lin Finger (F) op.cit P.354. JCP. 1993 (III) 22 164 .obs du Virassamy (G), RTD, cir 1993. 124 .obs du Mestre (J).

- ولعل أن الإعلام بالأسعار والتعريفات الخاصة بالسلع والمادة (4) من قانون المنافسة، الذي يدخل ضمن تحديد الـثمن أو محل العقد الوارد في الأحكام العامة للعقود هو الذي يفرز عنه التحرر من المسؤولية في حالة عدم المطابقة بين المنتوجـات أو الخدمات والأسعار المطلوب التوافق معها.

[2] Que Shimdler –Vigne (S) « qu'il souhaite notamment une extension de la violence. Il considère que la théorie des vices du consentement est l'instrument privilège de la justice contractuelle ». La notion du juste prix en droit positif français th. Paris 2 (II). 1993 PP. 389 et 475 et ss.

[3] أنظر المادة 88 ق م ج: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق..." راجع في هذا السياق – دون مؤلف – التوازن في العقد، مجلة البحوث القانونية والإقتـصادية ع 20. س 10. أكتوبر 2001. المنوفية ص ص 13 و 14.

- Bechir (El Abed). Le contrôle de l'abus de puissance économique. M. Tunis. 2007. PP. 7-10.

[4] لمزيد من التفصيل أنظر ما سيأتي ذكره لاحقا في الفصل الثاني من هذا الباب في الأطروحة.

[5] Lin Finger(L) . Op.cit P.264.

[6] « Il s'agira de remettre la contractante victime dans la situation qui aurai été la sienne si la faute dans la conclusion du contrat n'avait pas été commise : il faudra donc lui octoyer l'équivalent de l'intérêt qu'il aurait eu à la conclusion d'un acte non vicie en l'absence de faute

بين النظامين -وإن غلبت عليه دواعي الممارسة- فضحية التدليس غالبا ما تستند على تحقق حالـة إبـرام عقد غير نافع، وذلك بسبب اللاتوازن الإقتصادي في الإلتزامات، مما يمثل بعدا تقصيريا في عيب التدليس يجيز التعويض نظرا لتميز تأثيره في شروط التصرف ولولا ذلك الغش لما تم إبرام العقـد، "ممـا يـشكل حماية للتوازن العقدي نتيجة مباشرة لحماية الرضى"[1]، وبهذا يستند التعويض المسموح به على اللاتـوازن باعتباره سببا وجيها.

بيد أن الأمر عندما يتعلق بالغلط، فإنه عادة ما يبحث عن التوازن العقدي المنبثق عن مفهوم الغلـط في القيمة أكثر من الغلط الجوهري الذي خصه المشرع بالنص عليه[2]، خاصة منها ما يعتمد وإعمالا للمادة **82** ق.م في تقدير الوقوع في عيب غلط على إحدى الصفات الجوهرية، كما لو تعلق الأمر بتقدير الثمن أو الغاية الإجتماعية أو الإقتصادية للعقد، و هذا ما أسهم في تطوير القضاء الفرنسي.

ولقد عرض الأستاذ **Ghestin** تعريفا للغلط في القيمة بأنه تقدير إقتصادي مغلـوط مـستند علـى معطيات محددة[3] ، واللاتوازن هنا يقع بمناسبة هذا الغلط كنتيجة غير مباشرة لنوعية الرضى.

وأهمية كل هذه الأحوال تظهر في الوصف الذي جاء به الأستاذ **Bessone**: "بأن العدالـة تـضمن تماما عندما تضمن الحرية"[4]، مما يعني أن دواعي حماية هذه الحرية مستمدة من دواعـي حمايـة الإرادة، وإستتباعا لها حفاظا للتوازن العقدي[5].

---

précontractuelle, voir thibierge CC, Nullité restitutions et responsabilité. L.G.D.J. 1992 T.218. P.143.

[1] Pour plus de détail, voir Goubeaux (Gilles), « A propos de l'erreur sur la valeur », in Etudes offertes à Ghestin, « le contrat du début du XX^{ème} siècle », L.G.D.J. 2001 PP 293-399

[2] Duparc (Regis Fongues), in Les Vices du consentement dans le contrat, (sous la dir), Rodière (R), Ed.A. Pedone. 1977. PP.58 et 59

[3] Ghestin (J), Traité, op.cit., p 474 et s.

[4] Bessone (M) .Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de CEE. Italie .RIDC 1982 P.817

[5] ولعل الرأي المناقض يرى في تلك الحالات السابقة في معالجة تقليدية للاتوازن العقدي على ضوء المبـادئ الكلاسـيكية، لجوءا إلى أحكام عيوب الإرادة تمنح حق الإبطال العقدي في حال تحقق غلط في نوعية محل العقد أو قيمته أو تكون مختلفة عما كان يستند أو ينشد منها التعاقد، فالمادة 1/82 تنص: " يكون الغبط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معـه المتعاقد في إبرام العقد، ولو لم يقع في هذا الغلط ..." وكذلك المادة (1/86) ق م ج: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانـت الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ..." وعبارة "لو لم" أو " لولا" التي تفيد بالدافع تعني أن غياب المصلحة هو السبب في معالجة اللاتوازن الذي أصبح عليه المتعاقدين بواسطة حل الإبطال، لولا أن تطور المعاملات في الواقع، وظهور فئة المستهلكين في مواجهة المحترفين هي ما أخرت نجاعة مثل هـذا الحل وجعلته مجرد وسيلة ضعيفة لتخفيف الآثار السلبية للظاهرة.

- أنظر في هذا الشأن: حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ص 32 و 33.

في حين أن جزاء الإبطال الذي تستند إليه عيوب الإرادة لا يسمح لشخص كالمستهلك إلا الخيار بينه وبين إبقاء السلعة أو الخدمة رغما عنه، وهو في الواقع غالبا ما يفضل الثاني نظرا للحاجة إليه[1]، حتى في وجود الحلول التي يمنحها قانون المستهلك، من حق الإستبدال أو التصليح أو استرجاع الثمن تنفيذا للضمان[2]، وربما هذا يرجع لسبب انخفاض سعر المنتوج أو الخدمة مقارنة مع ما هو متداول[3].

ولكن رغما عن مثل هذا القصور أو الغموض في شأن صمود توازن العقد كمبدأ عام أو لا، فهي إطار لعيوب الإرادة، إلا أنه لا يفوتنا التنويه بالتقنيات التي وفرها القانون المدني في إطار غرض مباشر يكمن في مكافحة عدم التوازن العقدي، مثلما يتعلق بالإستغلال، صحيح أن المشرع الجزائري إستمد النظرية المادية عن مثيله الفرنسي في تقدير الغبن، والذي يتحقق بسبب عدم التعادل أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد[4]، لكنه أضاف إستتباعها بالنظرية الشخصية المستمدة من القانون الألماني والسويسري التي يعتد فيها بظروف المتعاقد منها ما يظهر في حالة العوز أو عدم خبرة الطرف الآخر. وإعتراف القاضي بالسلطة التقديرية بين الإبطال والإنقاص من الإلتزامات[5] كما لو أريد به تعميم الحماية على جميع المتعاقدين بما فيها محدودي الدخل (كالمستهلكين)[6] وهذا ما إتبعه الفقه المصري تفسيرا منه للإتجاه بالتعميم في عيب الإستغلال تأثرا منه بمثيله الفرنسي[7].

ولا شك أن شروط إعمال نظرية الإستغلال سواء بطابعها المادي أو الشخصي، تضييق لسهولتها كلما إقتربنا من فئة المستهلكين والمحترفين، مما أوقعها في عدم الجدوى بسبب "عدم تلازم الإذعان لضعف إقتصادي وعدم توازن الأداء[8] أي بمعنى تجاوز ذلك اللاتوازن الطبيعي بين المستهلك والمحترف عن صورة الحالة النفسية والداخلية لأحد المتعاقدين غير العادية والتي تخلق لاتوازنا بعد ذلك[9]. يبدو أن الطابع

---

[1] أنظر بودالي محمد،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 46 - 56.

[2] Fin Linger (L), op.cit , P.364

- راجع المادة (13) من قانون (09-03) المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[3] Ripert (G) La règle morale dans les obligations existe-t-il ? D.1997 chron 26, P.260 et Savatier (R) Les contrats de conseil professionnels en droit privé, D.1972. chron – 137 et 138.

[4] أي بمعنى وصول درجة الإختلال في التعادل إلى رقم معين.

[5] أنظر المادة 138 ق م ألماني، "العمل القانوني المخالف للآداب يعتبر باطلا، ويعتبر باطلا بوجه خاص العمل القانوني الذي يشتغل فيه الشخص حاجة الغير أو طيشه أو عدم خبرته ليحصل على نفسه أو لغيره على منافع مالية تزيد على قيمة المنافع التي يقدمها بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا في التعادل بين قيمة تلك المنافع.

[6] Rippert (G), la règle morale dans les obligations civiles, op.cit. P.96.

[7] Gemei (H) op.cit P.384.

[8] أنظر بودالي محمد، مرجع سابق، ص 50.

[9] وذلك لأن الإستغلال يفترض طابعه الشخصي حالات محددة على سبيل الحصر خاصة لضعف شخصي، وهو يختلف عن المستهلك المراد حمايته لأنه شخص عادي ذو ضعف خارجي عن شخصيته لأنها راجعة عن إختلاف معرفته التقنية أو هيمنة إقتصادية للمحترف.

التقديري للتوازن بمناسبة إعمال نظرية عيوب الرضى والإرادة له علاقة بحماية التوازن من حيث الكيـف لا الكم، وهي مسألة متروك أمر إثرائها وتعميقها للفقه في حد ذاته.

وفي عقود التبرعات حيث يكون آداء دون مقابل أو منفعة ومع ذلك يتطلب اقتران إرادتـين معـا[1] (إيجابا وقبولا) كما هو الشأن بالنسبة لعقد الهبة[2]، فالأمر هنا يتعلق بإثراء الموهـوب لـه مقابـل افتقـار الواهب، وعدم التوازن المادي هو جوهر عقود التبرع بسبب أن افتقار المتبرع (أو الواهب) مترتبا عن نية التبرع (intention libéral) التي تعتبر محل اعتبار[3].

وتقوم العقود ذات الصبغة التبرعية على صحة تراضي الأطراف لانعقادها دون الحاجة إلى البحث في التوازن المادي، خاصة بالرجوع إلى الغاية المرجوة منها من حيث الأخلاق العقدية[4].

ثانيا: التوازن توازن في تنفيذ العقد

قد نجد من الشروط ما هو جائز وفقا للقانون المدني ما دام يحقق المرونة في العقد، ويذلل الصرامة فيه ويكسبه التوازن، لكنها لسبب أو لآخر قد تكون مصدرا للاتوازن وإضعافا لأحد المتعاقـدين، خاصـة بالنسبة لصفة شخص المتعاقد كالمستهلك، وهذا هو التلازم بين الإبقاء على إستقرار المعـاملات والـتحفظ على تجاوزات علاقات هي في الأصل غير متكافئة. فبالرجوع إلى المادة **2/178** ق.م: "يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي..."[5] مقصيا بذلك أي إتفـاق –تحـت طائلة البطلان– لعمل تقصيري، إن شرط الإعفاء من المسؤولية إتفاق يشترط فيه أحـد الأطـراف نفـي لمسؤوليته كليا أمام الطرف الآخر نتيجة الضرر المحتمل إحداثه له، والذي بدونه يكون ملزما بالتعويض[6]،

- لمزيد من التفصيل راجع عسالي عرعار، نظرية الاستغلال، مرجع سابق. ص ص 58 – 61.

[1] أنظر، فيلالي علي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص 75.

[2] أنظر المواد: من 101 إلى 108 من ق. الأسرة وراجع أيضا المادتين 202 و 211 من نفس القانون.

[3] Flour (J) et Aubert (J.L), Droit civil, les obligations, V (1), l'acte juridique, op.cit;, p 54.

أنظر الأستاذة لحلو خيار غنيمة، محاضرات في مادة الإلتزامات: تكوين العقد، المرجع السابق، ص 56.

[4] لأن الغاية هنا تستند إلى المودة والإحسان لا العدالة، وحتى ولو ارتبط بإنجاز شرط فإنه لا يؤثر في طبيعة العقـد الهبـة، لمزيد من التفصيل أنظر: دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مؤرجع سابق، ص 53.

[5] يذهب أغلبية الفقه إلى صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وأهم مبدأ قانوني إرتكز عليه هو مبدأ الحرية التعاقديـة، فإلتزامات المتعاقدين تتولد عن العقد، وبنفس تلك الحرية هي التي تسمح بالإستبعاد أو الإستبدال أو التخفيف، وذلك يستمد من م 147 ق م مصري و(1134) ق م ف – وم 106 ق م ج. والطرف الآخر المعارض لهذه الصورة يرى على عكس ذلك، أن الإعتبار للحرية التعاقدية لتأسيس شرط الإعفاء، إن كان يصلح بالنسبة لبعض العقود، فهو "لا يصلح لتلك العقـود التـي يساوي فيها المتعاقدان، كعقد النقل، العمل، وعقد التوريد ... وغيرها. لمزيد من التفصيل – راجع محمود جمال الدين زكي. مشكلات المسؤولية المدنية، ج (2)، 1990، جامعة القاهرة، ص 10.

[6] Mazeaud (H) Let J.Chabas (F). traité théorique et pratique de la responsabilité civile. T3. 6 èd. Montchrestien, 1983. PP. 249 et ss.

أنظر كذلك أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، ماجستر، كلية الحقوق، الجزائر، 1984. ص3.

وبهذا سيكفل ذلك التساوي بين وضع غير المتعاقد والمتعاقد في إمكان المطالبة بالتعويض عـن الأضـرار التي تصيبه نتيجة إستعمال سلعة إشتراها شخص آخر على أساس من المسؤولية التقصيرية في الوقت الذي لن يتمكن من جبر أضرار مماثلة يمكن لغير المتعاقد خلافا له من المطالبة بها.

إن المشرع الجزائري وعلى وتيرة ما جاء في النصوص المقارنة إعتمد منطق ما يعمل على الكل، فالأولى إعماله على الجزء، وبذلك جاءت المادة **2/178** عامة تشمل إجازة أو صحة الإتفاق على الإعفـاء من المسؤولية (ككل)، وهي تمتد إليه ضمنيا بإجازة (شروط) الإتفاق على التخفيف، مع العلم أنهما يسمحان بالحكم بإبطالهما إذا وقع بسبب غش أو خطأ جسيم، وعلى نفس المنحى ما لا يصدق على الكل يصدق على الجزء، لأنه لا يجوز الإتفاق لا على التخفيف ولا على الإعفاء فيما يتعلق بحالة المسؤولية التقصيرية. كما لو تعلق الأمر بالإنقاص من قيمة الضرر أو أن يشمل بعض أجزاء الضرر دون غيره، أو الإتفاق على مدة تسقط بعدها دعوى المطالبة بالتعويض تكون أقل من المدة المقررة قانونا.

ولعل إتجاه إرادة طرفي العقد إلى إحداث تغيير في حكم من أحكام المسؤولية المدنية من شـأنه أن يشكل "مظهرا من مظاهر الصراع بين مبدأ سلطان الإرادة «العقد شريعة المتعاقدين» وبين النظام القانوني للمسؤولية المدنية"[1]، ويصبح التساؤل حينئذ، هل يصح إقحام أو بالأحرى الترخيص لإرادة طرفي العقد في بيان الجزاء المترتب عن الإخلال بالإلتزام؟، وهل يصح شرط الإعفاء بالنسبة لكل الإلتزامات الواردة فـي العقد؟، وهل مثل هذه الإتفاقات أو الشروط في مواجهة مع توازن العقد أم أنه تحقيق للفعالية الغائية للعقد؟.

يرى جانب من الفقه الرافض لمثل هذه الإتفاقات أنها "تؤدي إلى نتائج غير عادلة"[2]، لأن الطـرف القابل لها لم يكن ليستسيغ مثل هذا الوضع لو لم يكن فعلا مذعنا للمستفيد من تلك الشروط أو هو ما يخلـق "صورة إنعدام التوازن بين الدائن والمدين"[3]. وقد جاء في رأي الأسـتاذ (**Paul Esmein**): "أن شـروط الإعفاء من المسؤولية تؤدي إلى تعارض في المصالح بين المدينين والدائنين"، فهنـاك مـدينون أصـحاب المصلحة في التخلص من قيود المسؤولية المفروضة بموجب القواعد العامة، ويستفيدون من مبادئ الحرية العقدية خاصة تحت لواء مقتضيات النظام العام، ثم إن إعطاء المدين سلطة مطلقة في تنفيذ الإلتزام إختياريا يشكل خطرا في وضع وجود مدين مهمل يتعسف ويإطمئنان في حقه ذلك"[4]، حتى أنه ينفي السبب المراعى

---

[1] أنظر في هذا الشأن فوزية عبد العزيز طه الشامري، إتفاقات المسؤولية المدنية، دكتوراه، كلية الحقوق، القـاهرة، 2000، ص ص 39 و ما يليها .

[2] أنظر: فوزية عبد العزيز طه الشامري، الرسالة السابقة، ص 39.

[3] نفس الرسالة السابقة.

[4] أنظرنفس المرجع. ص ص 44 و45 وأعراب قاسم المرجع السابق، ص 19، محمد عبد الظـاهر حـسين، المـسؤولية التقـصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، 2004، ص ص 59 - 75.
- Delebecque (Philipe), « pour ou contre les clauses limitatives de réparations ? RDC, 2008/3 L.G.D.J. PP. 979 et 987 - 988 et 991.

وراءه ذلك المتعاقد[1]، وعلى حد تعبير الأستاذ **Mazeaud** غالبا ما يعتبر الضعيف تحـت رحمـة القـوي بإنصياعه لشرط إذعان، فصاحب السلعة الذي يريد نقلها من مكان لآخر يكون مجبرا على قبول الإعفاء من المسؤولية الذي يضعه الناقل بسبب عدم إيجاده لناقل آخر بسبب إحتكار كل وسائل النقل[2].

ومن الناحية القانونية، إذا كان مثلما قرره المشرع الجزائري وغيره، جواز الإعفاء من المـسؤولية العقدية وبطلانه بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، كيف يمكن مواجهة لجوء الـدائن إلـى أحكـام المـسؤولية التقصيرية للتخلص من هذا الشرط بفضل إجتماع شروط المسؤوليتين معا في العمل الواحد؟[3]، ربمـا هـذا يظل مبهما في ظل سكوت المشرع الجزائري وحتى القضاء لأنه يؤدي لا محالة إلى تقـدير لعـدم جـواز الخيار بينهما، فالشخص يكون إما متعاقدا أو من الغير[4].

ولكن المشرع الجزائري في المادة **2/178** وحتى المشرع المصري في المادة **2/217** على شـاكلة الخلاف مع القانون الفرنسي، وهما يقران بإتفاقات أو بنود الإعفاء من المسؤولية العقدية كمبدأ عام يكـرس

- وإن التسليم حسب الأستاذ (Grand Moulin) بهذا الشرط يؤدي إلى جوازه في حالة الغش، مما يشجع على سوء النيـة، الأمر الذي يعد مساسا بالنظام العام وهو ما لا يجيزه المشرع في أحكام أخرى كالمادة 25 ق م التي تنص: "لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم" وتقابله فيها المادة 1174 ق م فرنسي.

[1] Robino « Clauses de non responsabilité », Revue trimestriel le droit civil. 1951. P. 1 et Jestaz (Ph) « l'obligation et la sanction à la recherche de l'obligation fondamentale », in Mélange offerts à Rymand (P), Dalloz. Sirey. 1985. P. 273.

- أنظر كذلك حسن الباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء في ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي وقانون دولة الإمارات، 1993، ص 47. وعز الدين الديناصوري، وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، 1988، القاهرة الحديثة للطباعة. ص 1588.

[2] Mazeaud (H) et Func (André). Traité théorique de responsabilité civil contractuelle et délictuelle. Op.cit. n° 2518.

- أنظر أعراب بالقاسم، مرجع سابق، ص 27، وبودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجـع سابق، ص ص 72 - 74.

[3] فنص المادة 3/172 تنص صراحة على إبطال كل شرط بإعفاء من المسؤولية (التقصيرية) الناجمة عن العمل الإجرامـي ولكن القضاء المصري ينتهي في أحكامه إلى جواز الخيار بين المسؤوليتين غير آبه إلى دقة تأسيس التعويض علـى أسـاس أحدهما. لمزيد من النقاش، راجع علي فيلالي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط (2)، موفم للنـشر، 2007، ص ص 27 – 33. وكذلك محمد عبد الحق الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية، مرجع سـابق، ص ص 28 – 29. وقارن كذلك مع رأي آخر: " إذا أردنا معرفة تدخل النظام التقصيري في النطاق العقدي، وإستعمال الـدائن للمواد (1382)، وما بعدها، فإن ذلك يوجد في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشا أو تدليسا، إذ لا يكون مـن حقـه، هنـا، المطالبة بالحماية خارج النظام وضع نفسه بإدارته فيه".

- Josserand. note sous, cass. Cir. (14/12/1926. P. 1927. 105.et Larroumet CC). L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels. J.c.p. 1988. 1. Doc. 3357.

[4] أنظر أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 25.

فيه مظهرا من مظاهر الجزاء العقدي في حال عدم تنفيذ الإلتزام، لدليل على منطق تطبيق قاعـدة لطالمـا كانت ثابتة.

كما أنه من المعلوم أنه "إذا تم الإتفاق فكل ما إتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد"[1]، بل هـي لا تشكل مخالفة للنظام العام[2]، بل إعمالا للحرية التعاقدية، وهناك مجال يجوز فيه لأطراف العقد الإتفاق عليه، ولولا أن الحجج تلك كانت جد دقيقة، فكيف يفسر إذا ذلك الفصل بين إجازة الإتفاق علـى الإعفـاء مـن المسؤولية عن خطأ بسيط، وبطلانها بالنسبة للخطأ الجسيم أو الغش الصادر من المدين بسبب تلازمه مـع حكم المادة **205 ق.م**، فيما يخص بطلان الإلتزام المتوقف على الإرادة المحضة ؟[3]

وهذا الوضع يمثل إحدى مظاهر تطور الفقه الحديث[4]، وحتى أنه يعد تأثرا واضحا وبارزا بالنواحي الإيجابية التي يمكن أن تتضمنها مثل هذه الإتفاقات مواكبة للتطور الإجتماعي والتكنولوجي الذي يفضي إلى توسيع نطاق المسؤولية، ويشجع الدخول في مشروعات جريئة تعود بالنفع العام[5]، وعلى درايـة بمـصالح بعضهم، مما يمكن الدائن أن يرى في إعفاء المدين فائدة أكثر مقارنة بالضرر الذي يبقى مجرد إحتمال في أن يصيبه[6].

وقد نلتمس بغض النظر عن إختلاف التشريعات[7] في شأن صحة شروط الإعفاء معالجة مزدوجـة ومحورية للحالات التي يجوز فيها والتي يبطل، ففي عقد البيع "يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خـاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقـع

---

[1] « Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de la loi à ceux qui les ont faites. ».

[2] Cf. Mazeaud (H), Traité théorique de responsabilité civile (…) op.cit. n° 2514. Esmein (p), clauses de non-responsabilité, Rev, Trim, 1926. P. 336.

[3] أنظر فوزية عبد العزيز طه الشامري، مرجع سابق، ص 48.

[4] أنظر فوزية عبد العزيز طه الشامري، نفس المرجع، ص ص 52 و53، وحسن عبد الباسط جميعي، مرجـع سـابق، ص 103.

[5] أنظر حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام، 1992، ص 316، وأنظر بالمقارنة، محمـود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 43.

[6] أنظر محمود جمال الدين زكي: إتفاقات المسؤولية، دراسة مقارنة، مجلة القانون والإقتصاد، ع 3، س 30، سبتمبر 1960، ص ص 553 و554.

[7] Larroumet (Ch), Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, Recueil Dalloz, 19e cahier chronique 1997, P 145.

- وهذا بسبب ذلك الجدل في الإعتراف أو عدم الإعتراف بصحة شروط الإعفاء من المسؤولية (الذي رأيناه وسنراه واضـحا بين التشريعات اللاتينية والأنجلوساكسونية.

باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه"[1]. وإذ نجده عمليا في بيوع الأشياء المستعملة (السيارات)، أو السلع المعتمدة على التكنولوجيا (أجهزة الكمبيوتر أو برامجه...).
وكما تبينا أن الأصل هو ضمان العيوب الخفية، وإستثناء هو إدراج بنود الإعفاء بل وإمتد في ذلك إلى تقييده[2].

كذلك نجد المشرع مرة أخرى في عقد الإيجار يجيز-بمفهوم مخالف لنص المادة **490** ق.م- الإتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عن العيوب الخفية بشرط وضوحها، وعدم التصرف بذلك عن غش، هذا وتذكرنا هذه بما ورد في قضاء محكمة النقض الفرنسية: "بإمكانية أن يعفي المؤجر نفسه من ضمان بعض الأفعال التي يحدثها المستأجرون الآخرون، كما يمكنه مقاضاتهم مباشرة[3].

ثم أنه في إطار الأحكام العامة أيضا وفي منهج التقييد والتحديد، نجد المشرع الجزائري يسمح بالإتفاق على إعفاء المهندس المعماري، المقاول من الضمان العام، المتعلق بعيوب في الصنعة أو مخالفة قوانين.[4]

فقد جاء في نص المادة **557** من القانون المدني: "تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو إكتشاف العيب"، طبعا وبالنظر إلى الحظر الوارد في المادة **557** بشأن الإعفاء من الضمان الخاص، يتبين مبرر تقييد الإتفاق على الإعفاء في حدود الأخطاء الشخصية اليسيرة

---

[1] أنظر المادة 384 ق م ج، ويلاحظ أن أثر شرط عدم ضمان العيوب الخفية مطلق بسبب أنه إعفاء من الضمان كله سواء بالتعويض أو إسترداد قيمة المبيع، ومع أنه نفس الحكم ينطبق على شرط عدم التعرض الوارد في المادة 378 و377 ق م ج، لأنه يعفي على الإعفاء من المسؤولية في عقد البيع، منشأة المعارف، 1973، ف 73، وأنظر كذلك محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل، شرح أحكام عقد البيع، 1968، ص 150.

[2] هذا من خلال شرط النية السيئة، أي الإخفاء والغش، أنظر حسن جميعي، مرجع سابق، ص 45.
- قارن حسن جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دار النهضة العربية، 1993، ص 43- و52- 70.

[3] Voir C.Cass, du 16/07/1951. DH, P. 587.
- عادة ما يتعلق الضمان الخاص بما يصيب ما أقامه المقاول أو المهندس المعماري من مباني أو منشآت ثابتة من تهدم كلي أو جزئي، ويمتد عما يشمل التهدم الناشئ عن عيب في الأرض، وما يوجد في المباني من عيوب تهدد متانتها وسلامتها، جاء النص عليها في المادة 1/554 ق م ج، وهو محدد بالضمان العشري (نسبة لمدة 10 سنوات، ليقصي مسؤولية المهندس المعماري عندما يقتصر عمله على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، أما الضمان بوجه عام دون أن يكلف المقاول أن يضمنه فيما عدا الحالات المترتبة عن التهدم الكلي وغيرها (...)، لأنه بالفعل تتضمن هذه الحالات معا بعيوب الصنعة والحرفة. وأنظر، احمد السعيد الزقرد دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني، والإنشاءات في مواجهة المقاول أو المهندس، مجلة الحقوق، ف.18 وما يليها.

[4] أنظر أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 152. والمادة 18، تنص: "كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها... باطلا...".

كما جاء في القواعد العامة[1]، وبالذات ما جاء في المادة **18** من المرسوم التشريعي (93-03) التي تقـرر بعدم جواز هذه الإتفاقات.

يبقى الآن المجال العملي متطورا بالنسبة لإتفاقات الإعفاء، خاصة تلك التي تتعلـق بمجـال النقـل البري والبحري للبضائع، فالقاعدة العامة تنص على بطلان كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل إعفاءا كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها مثلما جاء في نص المادة **3/52** من القانون التجاري.[2]

إلا أن المشرع خرج إستثناءا على ذلك الحكم، وأقر بصحة شرط الإعفـاء مـن المـسؤولية عـن الإخلال بالإلتزام بتوصيل المسافر إلى الأماكن المتفق عليها في الوقت، المادة **66** ق.ت، وكـذلك بالنـسبة للمسؤولية المترتبة عن التأخير في حدود الأخطاء اليسيرة المادة **77** من القانون التجاري[3]. ولكن هـذا (أي في مجال النقل البري) يجب ألا يمس بالإلتزام (بضمان سلامة المسافرين لأنه يتعلق بحيـاة الأشـخاص[4]، ويمتد الأمر بالنسبة لشروط إعفاء الناقل من مسؤوليته عن الشحن بسبب الأضرار الناجمـة عـن طبيعـة الأشياء المنقولة أو عيب خاص بالأشياء المادة **78** المتعلقة بالقانون الخاص بالمصالح الجوية)[5]، أما فيمـا يخص النقل البحري، فقد حصرها في حالتين يجوز فيهما إدراج الإعفاء من المسؤولية، وهما: "العمليـات السابقة على بدء شحن البضائع على السفينة والعمليات اللاحقة حتى تفريغها، فتسليمها للمرسل إليه، وكذلك

---

[1] أنظر نفس المرجع.

[2] والتي تعد إعمالا للمبدأ المقرر في المادة 47 ق ت التي تكرس مسؤولية الناقل عن الأشياء المراد نقلها، وعن فقدها الكلـي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسليمها، وهي نفس الصيغة التي وردت في المادة (103)/3 ق تجاري فرنـسي = تحـت تأثير مباشر لقانون (Rabier)- (1905/03/17) كرد فعل عن سلوكات شركات النقل للسكك الحديدية مـن إدراج شـروط الإعفاء من المسؤولية، كما أن المادة 2/77 ق تجاري جزائري، أكدت على "أنه تكون باطلة وعديمة الأثر جميع الإشتراطات المخالفة بصفة مسبقة لأحكام المادة 47.

[3] أنظر بودالي محمد، الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 70.

[4] أنظر أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 121.

[5] تنص المادة (78) "بإستثناء الشروط المتعلقة بالخسائر التي يمكن أن تنتج عن طبيعة الأشياء المنقولة أو عن عيب خـاص بها يعد شرط يرمي إلى إبرام ذمة الناقل من المسؤولية أو إلى إقامة حد أدنى من الحدود...".

- ثم إن المادة 2/75 قبله أكدت: "وفي حالة نقل الشحن المرسلة أو الأمتعة لا يسأل الناقل إذا أقام الدليل عن الخـسارة التـي تحدث عن خطأ يعني إرشاد أو قيادة الطائرة أو الملاحة أو لعيب خاص بالبضاعة، وأنه قد إتخذ هو ومستخدموه فيما يتعلـق بجميع الاعتبارات الأخرى كل الوسائل الضرورية لتجنب وقوع الخسارة.

نقل الحيوانات والبضائع على سطح السفينة (المادة **812** قانون بحري)، ويضاف إليها حالات أخرى لم ترد في القانون البحري[1].

وحيث جاء في قرار المحكمة العليا ما يجيز للناقل: "إشتراط إعفائه من المسؤولية طبقا لنص المادة **812** من القانون البحري خلال المدة من إستلامه للبضاعة إلى غاية تحميلها ومن نهاية تفريغها إلى غايـة تسليمها إليه، كما يجوز له إشتراط إعفائه من المسؤولية عن الخسائر في حالة نقل الحيوانـات والبـضائع على سطح السفينة[2].

وفي سياق جوازية البنود المعفية أو المخففة من المسؤولية تحققنا فيما سبق من الأسباب القانونيـة التي تؤدي إلى الإعفاء أو التخفيف، والتي تعتبر من قبيل العوامل الفعالة المستهدفة لتخفيف عملية تـوازن العقد "نظرا لإرتباطها الوثيق بمبدأ القوة الملزمة"[3]، فكما يلزم المدين بتنفيذ إلتزامه منذ البداية، يصبح الدائن ملزما ببذل قصارى جهده لتلقي هذا الأداء.

علينا الرجوع من أن يبتدئ البطلان بالنسبة لإتفاقات المسؤولية ؟، وأين يمكن أن تنتهـي إليـه إذا خرجت عن حدودها المسموحة إلى غاية وصف التعسف، هذا ما تحققه، فرضية المواجهـة مـع الإلتـزام الجوهري والأساسي، وأخرى تتعلق بفرضية إنقلاب الشرط إلى تعسفي بالطبيعة أو بإنحراف الغاية، فمنـذ وضع النواة المركزية في قضاء (**chronopost**)[4]، والذي حمل معه حجر الأساس للنظـام الحـالي للبنـود المحددة للمسؤولية، وكيف أن القضاء كرس فكرة الرقابة على "موضوع العقد"[5]، وبالتالي حدد تعريفه لهـذا

---

[1] راجع المواد (770-773-802-803 و804 قانون بحري جزائري، وذلك عكس ما ورد مـن موقـف غـامض، شـابه السكوت وعدم النقص في القانون البحري المصري التي بقيت خاضعة للقانون المدني، وعكس ما جاء في القانون الفرنـسي الذي تميز بالعمومية.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/04/08 تحت رقم (149627)، وقارن أيضا مع ما جاء في قراراتهـا بـشأن القاعدة العامة المتعلقة بالإعفاء القانوني المقرر إضافة إلى إمكانية إدراج إعفاء إتفاقي، قرار المحكمة العليا، الغرفة التجاريـة والبحريـة، الـصادر فـي 1997/12/16، ملـف رقـم (162697) – قـرار 1996/12/17، رقـم 145015، وقـرار 1994/12/26، وقرار 1993/12/20، ملف رقم 103365. راجع هذا في هذا الشأن، حسان بوعروج، مـسؤولية الناقـل البحري، بحوث ودراسات، مجلة الإجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، 1999، خاصـة، ص ص 59-63.

[3] أنظر ديدن بوعزة "شرط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية"، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، تلمـسان- ع 1، ديسمبر 2004، ص ص 10 و11.

[4] Pour plus de détail voir Mazeaud (D), « clauses limitatives de réparation, Les quatre saisons », D. 2008, P. 1776 et chr, D.aff. 1997, 235. En plus Jestaz (ph), L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentales, in mélanges offerts à Raymond (P). Dalloz-Sirey, 1985, PP. 270-273 et Larroumet (Christian). Obligation et clause limitative de responsabilité, Rec, Dalloz, 1997, 19ème cahier chronique, PP. 145 et 146.

[5] Mazeaud (D), op.cit. n°8, et Starck (B), observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives, D. 1974. P.157 et delebeque (ph), pour ou contre les clauses limitatives… », Op.cit. PP. 987-989.

المفهوم، وكيف كان من الممكن تفعيله أكثر لولا ذلك أنه كثرت "التفسيرات خارج القانونية"[1] في مواقف الفقه والقضاء، وعلى نحو أبقاه مجرد شعار فضفاض يصعب التحكم فيه.

وإنطلاقا من أن العقد وليد الإرادة الفردية، وكذلك النظام القانوني الموضوع من المشرع، حيث أصبح وسيلة لإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، فإنه لا يمكن وفقا لذلك للأطراف الإخلال بإلتزامات العقد إلى حد الإخلال الجوهري الذي يمكن أن يتسبب فيه الإعفاء من العناصر الأساسية والجوهرية للعقد[2]، لأنه يوقع العقد في حالة عدم تنفيذ بسبب هذا الشرط مما يقرر ببطلانها، لأنه يعتبر بمثابة خطأ جسيم[3].

ولتحديد ما إذا كان الإلتزام جوهريا أو أساسيا من عدمه يستوجب من القاضي تقرير مدى الأهمية التي تكتنف البند بالنسبة للأطراف، وبالرجوع إلى مراحل تطور القضاء الفرنسي، فتارة راح يرتبط بأولوية الشرط وأساسيته بالنسبة للعقد، لأنه يبعد عن الطرفان في مقصدهما، والذي ساد قرارات محكمة النقض الفرنسية لمدة طويلة[4]، وتارة أخرى يربطه بالنتيجة ووزنها[5]. الأمر الذي أثر على الرقابة القضائية على شرط الإعفاء من المسؤولية عن عدم تنفيذ إلتزام أساسي أم لا، من رقابة على عدم تنفيذ إلى رقابة على تكوين العقد.

ولعل قرار الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية المعروف بقرار (EDF) على شاكلة تطور جد ملحوظ منذ قرار (**Chronopost**) في 2007/12/18، والذي قررت فيه بـ"صحة الشرط المحدد للتعويض في مواجهة شركة (EDF) والمدرج في عقودها المتعلقة بتوريد الكهرباء، وذلك بسبب الإنقطاع غير المتوقع والوحيد للتيار، إلا في حالة ما إذا كان قد نتج عنه خطأ جسيم للمورد، لأن مثل هذا الشرط غير ذي أثر في إفراغ الإلتزام الأساسي لتوريد الكهرباء من جوهريته وقوامه[6].

---

[1] Que dans ce sens Jestaz a pu la qualifier en « logomachie si on ne lui trouve une explication juridique », op.cit., P. 273.

[2] وربما هذا نتيجة لما نحى عليه من تطور في السوابق القضائية الإنجليزية الذي طور فكرة الإخلال الجوهري، في سياق إتخاذ موقف مضاد إزاء شروط الإعفاء التعسفية (Fundamental Breach). أنظر لمزيد من التفصيل، نادية محمد عوض، شرط الإعفاء في العقود التجارية، وعقود المستهلكين، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص ص 51 وما يليها.

[3] Larroumet (ch) « obligation essentielle… », Op.cit., P. 146 et Letourneau (ph), pour une refonte du droit de la responsabilité civil, in coll de l'association tunisienne de droit privé, actualité, n°17 spécial, 2004, PP. 196-199.

[4] Delebeque (ph), op.cit. P. 984.

[5] Jestaz (ph) « L'obligation et la sanction a la recherche …», Op.cit., PP. 247 et ss.

[6] « La chambre commerciale a décidé : qu'ayant relève que la clause litigieuse limitait l'indemnisation pour la seule coupure inopinée de courant, sauf en cas de faute lourde du fournisseur, la cour d'appel a pu retenir que cette stipulation n'aunait pas pour effet de vider de toute sa substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité, caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit, cass, com du 18/12/2007. (EDF) pour voir n° 04-06. 069.

وهذا ما يشكل قراءة لنطاق تأثير الشرط على العقد بذاته، بيد أن تعدد القرارات في هـذا المجـال أدخل القضاء الفرنسي في متاهة التداخل في المواقف مما حضر أرضية عملية متعددة التفـسير[1]. وعلـى ضوء الإجتهاد القضائي الفرنسي، تبين تبني منهج الرقابة المتنوع في التغيير بشرط ربطه بالتوازن الشامل لمضمون العقد، عكس ما كان متبعا في القضاء الكلاسيكي المستند على الخطأ الجسيم وكيفية الرقابة علـى نطاق وطبيعة حالة عدم التنفيذ، وكذلك الآثار المترتبة بالنسبة للدائن، وبهذا نستشف لعبة الشرط بمشروعيته من عدمها تحظر على مضمون العقد أي طرح ظرفي، ولهذا أصبحت التغطية في تحديد الطابع المؤثر في شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية تكمن في عدم توازن العقد آليا، بسبب تكييفها كـشرط أساسـي تستتبعه عدم نفاذها وبطلانها، لأنها ستدخل في الإشتراطات التعسفية، وهذا ما وصفه الأسـتاذ **Mazeaud** "بإتيان الصدفة في تأسيس قاعدة الحماية ونطاق تطبيقها مع مناسبة تطور نظرية السبب"[2].

---

[1] « En présence de rechercher si la faute, par eux retenue a l'encontre du débiteur présente un caractère de gravité tel que ladite faute ne peut être couverte par la convention des parties », cass, soc. Du 15/07/1949. RTD. civ 1950. P. 60, obser. Mazeand.

- وهذا ما جاء في قرار الغرفة المدنية بالمحكمة النقض في 2007/09/08، عندما تقرر بأن "الطـابع المـستمر أو وصـل الإنترنيت جزء هام في الإلتزام الأساسي، ويمكن وصفه بالإلتزام بنتيجة".

Cass. Civ. Du 1e – 24 septembre 2002. Pour voir n°99-13 – 537.

- وهذا عكس ما جاء في قرار (EDF)، ثم إنه سبقه قرار في سنة 1945- بأن "إلتزام المـستأجر بالمحافظـة علـى العـين المؤجرة (...) بسبب إنتفاعه الحسن بها (...) خلال مدة الإيجار، لا يعد جوهر عقد الإيجار عكس ما كان سابقا وصفه منـذ 1863، وعادت مرة أخرى لموقفها الأول في (1955) وهكذا دواليك.

- Voir cass. Civ. 28/05/1945, cass. Civ 2e, du 17/02/1955, JCP. 1955, Voir Rodière, sur les fluctuations de ces arrêts. Jestaz (ph). Op.cit. PP. 285 et 286.

[2] Mazeaud (D) Op.cit. Sous Cass. Com, Du 18/12/2007.

- تعتبر الأستاذة نادية محمد معوض، أن تطبيق شرط الإعفاء فيما يتعلق بالإخلال الأساسي دراسة للعقد ككل، ولـيس بحثـا لشرط الإعفاء فحسب، وقد عرف القضاء الإنجليزي، إتخاذ فكرة الإخلال الجوهري بمناسبة بنود الإعفاء كقاعدة لتفسير العقد، مثلما اعتمدتها محاكم الإستئناف، ففي قضية (Karraples (Harraw V Wills) إستندت إلى أنه: " من المقرر الآن أن شرط الإعفاء، يقيد أحد الأطراف فقط عندما ينفذ الشروط الأساسية للعقد، وأنه لا يسمح له أن يتخذ من هـذه الـشروط ذريعـة أو غطاء لسوء سلوكه أو لا مبالاته بتنفيذ العقد، أو لكي يحول هذا الشرط بينه وبين تنفيذ إلتزاماته الأساسية في العقد،

- كما أن القانون المدني للكيبك (C.C Québécois) والقانون المدني الهولندي على عكس القانون الأنجلوأمريكي يجهـلان فكرة الخطأ الجسيم، فقد جاء في قضية: (Ceres Stevedoring (V) Eismen Und Metal) 1985 الأخذ بالشرط التعاقدي المتعلق بالإعفاء من المسؤولية عن الإهمال غير المؤثر فيما يتعلق بالإهمال الجسيم أو الخطأ الجسيم إستنادا إلى أنه مخـالف للنظام العام.

- لمزيد من التفصيل، أنظر محمود جمال الدين زكي: إتفاقات المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مجلة القانون والإقتصاد، ع (3). س 30. سبتمبر 1960. ص ص 553 و554.

وبمعنى آخر يتعين على القضاة معاينة وفحص عدم إقصاء البند المعفـي أو المحـدد للمـسؤولية، وكذلك التوازن العام للعقد من أي سبب للوجود مقارنة: "بضرورة وضع الحد الواضح مع تقـدير سـقفي للتعويضات المترتبة في حالة إختيار الجزاء العقدي للمدين"[1]، وكأن الأمر حاليا يتعلق بإعادة الإحتكام إلـى قيمة الإلتزام.

والأبعد من ذلك، هناك أداء دور وثيق الصلة بالعقد، حيث أنه كثيرا ما يتم إدراج شـروط بقـصد الإعفاء في إطار منح مزايا غير متكافئة على نحو بالغ الأهمية، وهذا ما يدعو إلى الإحتكام إلـى العدالـة[2] حتى يتم تقييمها، أو على الأقل محاولة وضع الحدود الفنية لشروط الإعفاء علـى نحـو مـن المعقوليـة[3] (Raisonnable)، الأمر الذي يفند فصل العقد عن شروطه، ويحافظ على وحدته[4].

أما الفرضية الثانية: **فتتعلق بالطابع التعسفي للشروط أو البنود المدرجة في العقد**، وكيف أنه يمكنهـا أن تتسبب في إختلال التوازن العقدي. صحيح منذ البداية هناك حالة الإتفاق على شروط تكيـف علـى أنهـا تعسفية بطبيعتها، في إطار إدراجها في عقد إذعان[5] دون إرتباطها بظرف آخر، ومنها جاء في سياق المادة **110** ق.م، وقد وضع لها المشرع حلا معقولا يتناسب والغاية منها. ومن المعلوم أن البند حتى يعتبر تعسفيا قيده المشرع بثلاثة قيود، بأن يكون مفروضا، من ذي مهنة على غير ذي المهنة، أي المستهلك، وأن يـسئ ذي المهنة لسلطة الإقتصادية، وأن يمنح المهني ميزة مبالغا فيها.[6]

---

[1] راجع لما سيأتي في تفصيله بالتدقيق في الفصل الثاني من الباب الثاني في شأن نظرية السبب، والعدالة العقدية.

[2] هذا الرأي كان سائدا بالنسبة للنقاشات الفقهية التي ركزت على الجانب السلبي للإتفاقات، وكيف إنعكست علـى توازنـات العقد مما يجعله مجرد طرح منقوص.

[3] En voie d'exemple, Ghestin (J). La renonciation à un droit ne se présumant pas, les clauses relatives à la garantie d'éviction ne peuvent recevoir application, ce qui exclut leur mise en œuvre lorsqu'elles n'apparaissent que comme de simples clauses de style, Ghestin (J), vente, P. 887.

[4] Selon Durant (p). « (…) qu'il agit d'une acceptation formelle ou tacite des risque l'exonération de responsabilité en ce cas s'effectue sans convention du moins apparente : elle résulte, d'une simple situation de fait …», Durand (p) des conventions d'irresponsabilité .th. Paris. 1931. PP. 60 et 61.

- Delebecque (Ph), Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Brèves remarques. R.D.C. 2007/2/2 LGDJ. PP. 552 et ss.

- أنظر تفصيل ذلك بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص ص 78-93.

[5] أنظر محمد بودالي، الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص ص 74-75. حمد الله محمد حمـد الله، حمايـة المـستهلك، دار الفكر، القاهرة، 1997، ص ص 98 وما يليها.

- Calais Auloy, Jet Steimetz (F). Op.cit. P. 207.

[6] أنظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص ص 112 وما يليهـا وكذلك محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 66.

- Calais (Auloy) op.cit. PP. 206 et ss.

بهذا المفهوم، جاء ورود التعريف في المادة **05** من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، من خلال معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، والتي تعد إنعكاسا بل أساسا لإعمال حماية المستهلك من مثل هذه الشروط الوارد في عقود الإستهلاك المختلفة، وهو ما يقتضي تحديد العدالة والتوازن العقدي داخل إطار العقد[2].

صحيح أن النظرة التقليدية للشروط التعسفية تربطها بعقود الإذعان[3]، بدليل أن المادة **29** من القانون المتعلق بالممارسات التجارية تضع سردا لتلك البنود، منها على الخصوص: "(...) **[1]** أخذ حقوق و/أو إمتيازات لا تقابلها حقوق أو إمتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، **[2]** فرض إلتزامات فورية ونهائية على المستهلك، **[3]** إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، **[4]** التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في إتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، **[5]** إلزام المستهلك **بتنفيذ** إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها، **[6]** رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو عدة إلتزامات في ذمته، **[7]** التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة، **[8]** تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة"، وبهذا أمكن القول أن المشرع وإن عرض مثل هذه البنود على شاكلة ما يتعلق أغلبها بتنفيذ العقد، أو بعد تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، فهو تعميم لها لا حصر **مطلق أو نهائي**[4].

---

[1] تنص المادة 5/3 من قانون (04- 02) المؤرخ في 2004/06/23 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج.ر 41، (2004/06/27): "(...) شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

[2] أنظر محمدي سليمان، " حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية. ع 2010/02 ص 62.

[3] أنظر محمد بودالي، الشروط التعسفية، مرجع السابق، ص 73. ومحمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص ص 98 وما يليها، وعاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، 1996، ص ص 103 وما يليها.

- أنظر محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، عقود الإذعان، دار النهضة، 2006، ص ص 29 و57-80.

- Calais Auloy (J) et Steimetz (F) Op.cit. P. 257.

[4] وهذا يظهر من الصياغة التي جاءت بها المادة (05) من المرسوم التنفيذي رقم (06-306) المؤرخ في (2006/09/10)، والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مقارنة مع المادة (29) من قانون (04-02)، وقد جاء نص المادة يضم (12) حالة : "(...) تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و 03 أعلاه، الإحتفاظ بحق التعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك. عدم السماح للمستهلك في حالة التخلي عن اللجوء إلى أية وسيلة، (...) فرض بنود دون علم المستهلك بها، الإحتفاظ بالمبالغ المدفوعة في حالة إمتناع المستهلك عن تنفيذ العقد، أو القيام بفسخه، (...) تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم

لأن المسالة تتعلق بحرية التعاقد، والتي تفتح المجال نحو المزيد من التحايل طالما أنها جاءت في إطار علاقة غير متكافئة بالطبيعة، وحلها بالضرورة تحت طائلة المادة 110 ق.م التي تجيز للقاضي التدخل للتعديل بشرط ورودها ضمن عقد إذعان، (خدمة أو سلعة).

كما يتعلق بعقود التأمين أو التوريد، أو غيرها، وإلا أمكن الإستناد إلى آلية إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية بسبب الغش أو الخطأ الجسيم كما ورد في المادة **2/178** ق.م، ليتحول الأمر هنا إلى صعوبة حماية مستهلك بواسطة هذا النص من مخاطر شرط تعسفي يلقي بعبء الإثبات على المستهلك[1]، وهو أمر ليس باليسير، لينتظر هذا المتعاقد المشرع حتى يدعمه بالحماية من خلال سرد الأوضاع التي تشكل له بندا تعسفيا في ظل عدم تكافؤ لم يعد حكرا على علاقة المستهلك بالمحترف في ظل عقد إذعان، بل بسبب تعدد المتعاملين أو الأعوان الإقتصاديين[2] أصبح بالإمكان تصور شروط تعسفية خارجها، كما هو الحال بالنسبة للعقود الإطار أو العقود النموذجية المحددة، خاصة بواسطة المشرع[3]. والتي تقرر نماذج معينة كالتالي تتعلق بالإيجار، بيع التصاميم - شهادة التأمين في مجال الترقية العقارية....

بتنفيذ واجباته، فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك (...) الإحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف (...) إعفاء من ممارسة الواجبات (...) وتحميل المستهلك واجبات المحترف (...)".

[1] لأن هناك حالة قلب عبء الإثبات، بعد أن كان المدين هو الذي يقع عليه عبء الإثبات لعدم تنفيذ كونه راجعا إلى سبب لا يد له فيه، إنتقل عبء الإثبات على عاتق الدائن نتيجة إعمال شرط الإعفاء من المسؤولية أما في مجال قانون الإستهلاك، يكون المستهلك التمسك بالطابع التعسفي للشرط بصفة أصلية أو إثبات صدور غش أو خطأ جسيم من المحترف بصفة إحتياطية.

[2] راجع أيضا المادة 1/(03) من القانون (04-02) المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية: "(...) العون الإقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطا في إطار مهني عادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها...".

[3] يلاحظ أن التنظيم القانوني الذي اقتحم إرادة الأفراد أصبح يشكل أفضل وسيلة لحكم العلاقات التعاقدية، وإن كان يثير تساؤلا عن جدوى إهدار مبدأ سلطان الإرادة من هذه المعاملات، فإنه يمكن الإعتراف بضرورة تراجعية هذا المبدأ للحاجة من التنظيم المسبق للشروط، بسبب المتغيرات الإقتصادية والسياسية والإجتماعية، على الأقل في وضع تطلب تغيير النظام القانوني لتكوين العقد من الناحية الموضوعية، فشروط صحة الرضى ينظر إليها نظرة مختلفة عما إذا كان الوضع عليه، لأن الطرف الأقل خبرة منه، ويقع عليه أيضا الإلتزام بتوفير العلم الكافي للمتعاقد عديم الخبرة أو قليل الكفاءة.

- أنظر كذلك، حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ص 107 - 120.

- أنظر مثلا للقواعد العامة المقررة ببطلان الشروط المخالفة للأحكام الآمرة في عقود التامين (المادة 625 ق م)، تقرر بطلان كل شرط يخالف أحكام النصوص الواردة في الفصل (5) الخاص بعقد التأمين، إلا إذا كان لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد. وكذلك المادة (21) من المرسوم (93-03) المؤرخ في 1993/03/01، الذي يحدد علاقات إيجارية طبقا لنموذج عقد إيجار أوضحه المرسوم 94-69 (1994/03/19) وقرر عقوبة للمؤجر في حالة عدم كتابة العقد، مع منح شاغل الأمكنة صفة المستأجر لمدة سنة من معاينة المخالفة إذا كان حائزا لوصل إيجار.

يبقى الآن التساؤل عن تلك المفارقة بين الحكم العام الوارد في المادة **2/178** ق.م، المقررة بمقبولية بند الإعفاء، والمادة **29** من قانون 04-02 التي عرفت تطبيقا بموجب م (**5**) من المرسوم التنفيـذي 06-306 وكيف أنها **تحظر** أي تمنع أي لجوء للبنود التي تشكل طابعا تعسفيا نظرا لكونها تتعلق -فـي خـضم قائمة تم اعدادها- بتلك الحالات الخاصة، بـ "(...) تقليص العناصر الأساسية للعقود الإستهلاكية، التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة " بدون تعويض، أو الإحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من المستهلك في حال إمتنـاع هذا الأخير عن تنفيذ العقد (...) وغيرها"، وصفة عدم الجواز تفترض إبطال البند الموصـوف بالتعـسفية، على الأقل، مثلما جاء النص عليها صراحة في القانون الفرنسي[1]، ولم يبق أمـام المـشرع الجزائـري إلا النص على بطلانها صراحة، ولا نعلم لماذا تردد في ذلك مع أنه قطع شوطا هامـا فـي تطـوير قـانون الإستهلاك والنصوص المطبقة لها ؟، على الأقل لو أستفاد من دور لجنة البنود التعسفية التي أنشأها بموجب المرسوم[2]، وفعلها كما يجب لصالح الرقابة القضائية على هذه البنود، كما فعل ذلك المشرع الفرنسي، وليس مجرد هيئة إستشارية ذات صلة إدارية بالسلطات المختصة؟[3]، وكأن تعويله على الشق الجزائي فقط [1] كاف

---

[1] جاء في نص المادة 1/35 في قانون 1978/01/10، "في العقود المبرمة بين المهنيين أو المـستهلكين، يمكـن أن تمنـع تضييق أو تنظيم، بمقتضى مرسوم، بعد أخذ رأي لجنة البنود التعسفية"، البنود التي تتعلق بالصفة المعنية، أو القابلة للتعيـين: الثمن، والوفاء به، ومتانة الشيء وتسليمه، وتحمل التبعية، وتبعة المسؤولية والضمان، وشروط تنفيذ العقد، وتجديده ، وإنهائه أو فسخه، إذ ظهر أن هذه البنود مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بإساءة إستخدام القوة الإقتصادية للطرف الآخر، وتوفر لهذا الأخير ميزة مبالغا فيها، فهذه البنود التعسفية المشترطة خلافا للنصوص السابقة، تعتبر غير مكتوبة. ثم المادة (2) من المرسوم (24 مارس 1978)، "في عقود البيع المبرمة بين المهنيين من ناحية، وغير المهنيين أو المستهلكين من ناحيـة أخرى، يحرم بإعتباره تعسفيا في معنى م 1/35، البند الذي يكون موضوعه، أو من أثره إسقاط أو إنقاص، حق غير المهني، أو المستهلك في التعويض، حال إخلال المهني بأي من إلتزامه".

[2] راجع المادة 6 من المرسوم (06-306) المؤرخ في 2006/09/10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر. 56 (2006/09/11) وكذلك المواد اللاحقة،

- خاصة وأن لا شيء يمنع من ذلك، ما دامت المادة 65 من ق (04-02) منحت جمعيات حماية المستهلك أو كذا كل شخص طبيعي أو معنوي، فضلا عن النيابة العامة، والجمعيات المهنية، الحق في رفع دعاوى أمام القضاء ضـد المحتـرف الـذي يضمن عقوده شروط تعسفية.

[3] لأنه يختلف عن الدور المعتبر الذي يمنح لجنة البنود التعسفية المنشأة بموجب القانون الفرنسي والتي تصدر آراء إستشارية (ليس للوزارة المعنية بالتجارة فقط)، إلى السلطة الإدارية المختصة بمرسوم مصادق عليه من مجلس الدولة للتدخل من أجـل منع أو تحديد أو تنظيم البنود إذا رأتها تعسفية وبالتالي يمكن تدخل القضاء للرقابة بشكل ردعي، أما في التنظيم الجزائري فلا نعرف مصير هذه البنود عندما تصل إلى السلطة المعنية، قارن أيضا سلطة القاضي الإداري الفرنسي فـي تقـدير الطـابع التعسفي.

Voir Saufphener (N). L'influence du droit de la consommation sur le système juridique. Thèse. Paris. (I) .Prèf. Ghestin (J). LGDJ. 2000, N° 219.

للإلمام بحماية المستهلك رغم طابعه الوقائي يغنيه عن دعم العلاقات التعاقدية ومعالجة مـشكلات إخـتلال التوازن العقدي التي تسببت فيها نظرتنا التقليدية، وتمسكنا العتيق بمبدأ سلطان الإرادة، وإذا كـان الـبعض يظن في هذا التأثر حفظا نادرا لمبدإ التوازن العقدي طبقا للقواعد العامة، فنحن نرى على خـلاف الأسـتاذ محمدي سليمان[2] بأن الإشكال يكمن في التمييز بين الطابع الغائي لمبدأ التوازن والذي يسهل البحـث عنـه على ضوء القانون المدني[3]، وبين الدواعي العملية والقانونية لتطوير نظرية التعاقد في قانوننا على شـاكلة القوانين السائدة في العالم التي أوقعتنا في مشاكل عدم التوازن ليتحول الأمر إلى البحث في إعادة التـوازن (Rééquilibrage) العقدي، لولا أن التوازن قد إختل أو غاب، وسواء أكان الأمر يتعلق بالتوازن تـصورا غائيا أو مفهوما أدائيا كمعيار لتطبيق حلول تشريعية أو قضائية للحفاظ على التكوين الموحـد (Unique) للعقد، مهما تنوعت العلاقات التعاقدية[4].

وإستتباعا لذلك النجاح أو على الأقل الفعالية التي شهدها مجال حماية أحد الأطراف المتعاقدة الأقل خبرة، نجد أن القضاة لا يملكون تعطيل تطبيق أي من شروط العقد بحجة تحقيق العدالة أو الـسعي نحـو إعادة التوازن بين الإلتزامات إلا في الحالات المسموح بها كما هو الشأن بالنسبة للشروط الجزائية، التـي تكون مجالا خصبا للكثير من التعسف، وهذا بسبب كثرة لجوء المهنيين والمحترفين للحصول على مزايـا فاحشة إضافة إلى عدم المساواة الإقتصادية مع المستهلك.

إن الشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة **183** ق.م "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقـدما قيمـة التعويض بالنص في العقد، أو في أي اتفاق لاحق"، يحمل صورة الإتفاق على تعديل المـسؤولية العقديـة وبالذات التخفيف منها"[5]، والصبغة الإتفاقية في التعويض من جراء مفهوم الشرط الجزائي تتطلـب تحققـه

---

[1] راجع المادة 38 من قانون (04-02) المؤرخ في (2004/06/26) ج.ر. (41) - (2004/06/27)، "تعتبـر ممارسـات تجارية غير نزيهة، وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 27/26 و28 و29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50000 – 500000 د.ج)

[2] أنظر محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشرط التعسفية المدرجة في عقد البيع العقار على التصاميم، مقال سـابق، ص 62.

[3] أنظر محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار... نفس المقال.

[4] راجع تحليلنا فيما سبق في الفرع (1) من هذا المطلب، ثم إنه من خلال أثر التمسك بمختلف نظريات العقـد فـي عيـوب الإرادة (التدليس – الإكراه) أو النظام الرضاءوي، وكذلك في مراحل تنفيذ العقد، لتفضيل الدفاع عن عدالة العقد بغض النظر عما تتطلب نظرية سلطان الإرادة، ونحن حتى في الحالة التي لا تلبي حاجة التوازن وبالتالي العدالة لم نصل إلى درجة الحكم بتغييبها بل وصفناها بعدم الكفاية والتطور الفني للقانون المدني بمضمونه الشامل لدليل على ذلك.

[5] أنظر إبراهيم دسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية - مـصر- 1982، ص 11.

Voir plus de détails: Mezeaud (D) – La réduction des obligations contractuelles, Droit et Patrimoins, n° 58, Mars, 1998, P 58 et s . 1975 et pasqualini (F). La révision des clauses pénales

على ضوء قيود قانونية، لكونه مرتبطا بخطأ من المدين[1]، وضرر يصيب الدائن، تربطهما علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وهذا لأن مطالبة الدائن لا تكون إلا بتنفيذ الإلتزام الأصلي[2]، ونظرا لـصبغته التهديديـة، يسمح الشرط الجزائي في الكثير من الأحيان بالحيلولة دون الوقوع في النزاع، وهذا مـا يـصنفه ضـمن الجزاءات العقدية ذات المصدر الإرادي[3].

ومع أن هذين الوصفين يدعمان القوة الملزمة للعقد في إطار "حصانة الشرط الجزائـي[4]، إلا أنـه أحدث حالات مغالاة وتعسف حتى بات "عقوبة حقيقية[5]، لهذا سمح بتدخل القاضي في إطار يوصف بالتحديد والضبط، ففي القانون الفرنسي جاء التعديل في قانون 1975/07/9، الذي يسمح بالتعديل أو الزيادة إذا كان مبالغا فيه أو تافها[6]، حتى ولو لم يطلبه الخصوم، ويمتد إلى غاية تخفيضه دون إبطاله كليا، هذا وقد وصفت مثل تلك الإصلاحات بالمحتشمة، لأنها جاءت محدودة ومشروطة[7]، بدليل أنها شبهت بالتدخل فـي نطـاق

---

défrémois. 1995. ar, n° 36106. P. 769 et Hugon (Chr), Le sorte de clause pénale en cas d'extinction du contrat. JCP.1994. éd G. Doct. P. 3790.

[1] راجع لمزيد من التفصيل، فوزية عبد العزيز السامري، مرجع سابق، ص 170. وكذلك علي علـي سـليمان، التعـويض الإتفاقي في القانون المدني الفرنسي والقوانين العربية. نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 179 (بدون سنة). وكذلك حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، كلية الحقـوق، جامعـة الجزائـر، 1995، ص76. وكذلك منذر الشارني، التحديد الإتفاقي للمسؤولية العقدية، مذكرة كلية الحقوق، تونس، 1992 ص ص 111 ومايليها.

- Mazeaud (D). op.cit. PP. 22 et ss.

[2] يتضمن الشرط الجزائي مجال الحياة اليومية في إطار إتفاقات أو ملحقات، مثلما نجده في عقود المقاولة، بتضمينها شـرط دفع مبلغ من النقود في حالة عدم تنفيذ إلتزامه بالبناء، أو عقود البيع بالإئتمان، وعقود البيع الإيجاري، لمزيد من التفـصيل، أنظر فوزية عبد العزيز طه الشامري، مرجع سابق، ص ص 170 و ما يليه، وكذلك أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنيـة للمستهلك إزاء المضمون العقدي، النهضة العربية، 1994، ص ص278 وما يليها.

[3] أنظر أحمد محمد الرفاعي، نفس المرجع ومنذر الشارني، ص 111.

- El Hayek (Elias) « De la crise de la notion de Clause pénale dans les contrats, Thèse, Nice, 2001, PP. 10 et ss Et Mazeaud (D). Op.cit.

[4] أنظر فوزية عبد العزيز طه الشامري، مرجع سابق، ص ص 168 و169، وحسن الباسط جميعي، مرجع سابق ص237. وأحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 274.

[5] « (….) Il faut que la peine soit manifestement excessive ou dérisoire, et le jugement qui la révise dans un sens ou dans l'autre peut et doit la maintenir au- delà, on eu de ça du préjudice… », Carbonnier (J) op.cit. P. 292.

- ونص المادة 2/184 ق م ج قابلته المادة 1131 ق م فرنسي: " إذا ذكر في الاتفاق أن المتعاقد الذي يقصر في تنفيذه يـدفع مبلغا معينا من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يمنح التعويض الطرف الآخر مبلغا أكثر أو أقل.

[6] أنظر ما سبق ذكره في الفرق بين هذا الشأن في المطلب السابق.

- ولمزيد من التفصيل، أنظر أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق ، ص ص 275 وما يليها.

Paris, 20/09/1991 – 1991- JCP. 1992 (II), n° 21866, P. 192. Note de Am, Sinay – Guterman, op.cit. et Kraft (O) Clauses pénales : à quel niveau les réduire ou les augmenter ?, Gaz. Pal. 1994. (I) doc. P. 396 et com du 16/07/1991. Dp. 365. Note. Mazeand. D.

[7] Al Hayek (Elias), Op.Cit. PP. 121 et 123.

إنصاف القاضي عن طريق إدراج بند معادل للشرط الجزائي أو عوضا عنه ذو مضمون جزائـي حقيقـي عادل[1]، الأمر الذي تحققه سلطة القاضي، مما أوقع الشرط الجزائي وسط أزمة منهج تفـسير مـسؤولياتي محض بدل البقاء على طابعه التعويضي.

بمعنى آخر الإتجاه نحو مماثلة الشرط الجزائي بالبند التعسفي، هو إحدى الآفاق الجديدة التي يجـب أن يتخذها تكييف من هذا الشرط وبالتالي يحتاج إلى حلول جديدة، مدعمة للعدالة العقدية الجزائيـة علـى غرار الإستناد على "لاعدالة الطابع التعسفي في الشرط الجزائي بدل الجزاء على عدم التنفيذ"، علـى حـد تعبير الأستاذ **Gilles Paisant**، وهو ما يشكل دعما للعقد في حدود مقبولة إجتماعيا[2].

ولعل هذا الطابع الجديد في الشرط الجزائي، الذي ينطوي على مفهوم متناسب ومعيار "اللاتـوازن الظاهر في الإلتزامات والحقوق (المادة **05** قانون 04-02)، والذي يكتنفه حصول أحد المتعاقـدين علـى ميزة **مفرطة** مما يمثل تعسفا في حقوقه[3].

لعله يتعين الإعتراف في ظل تطور العلاقات التعاقدية، وخاصة بما يمس أطرافا توصف بالضعيفة، لاسيما في مجال قانون الإستهلاك، بأهمية ظهور الصفة التعسفية في الشرط الجزائي حتى ولو لم يتـضمن مبالغة في تقدير التعويض الإتفاقي، لأن عدم التعادل بين طرفي العقد يؤدي إلـى إخـتلال واضـح فـي إقتصادياته، ويضيف من خلال الشرط مزايا غير مباشرة في يد الطرف الأقوى، وكأن المشرع الفرنـسي من وراء المادة **1152**، من قانون 1985/10/11، ويؤسسه على نص المادة **1-132** من قانون الإستهلاك [4] يمنح وسيلة كافية لمحو آثار التعسف في الشروط الجزائية من خلال حـق المراجعـة بـصفة تلقائيـة،

---

[1] Sinay (Guterman) (Anne), « Clauses pénales et clauses abusives : Vers un rapprochement », in actes de la table ronde du 12/12/1990, les clauses abusives dans les = contrat types en France et en Europe, (Sous la dir), Ghestin, Centre de droit des obligations de l'université de Paris (I), éd. LGDJ 1991. PP. 167 et ss, et Gerard (Cornu), « Jurisprudence en matière de droit civil, de l'économie des peines stipulées en cas d'exécutions partielle du contrat de crédit bail, Rev.trim du droit. Civ. 1971 PP. 167 et ss, Paisant (Gilles), « Clauses pénales et clauses abusives, après la loi (1er /02/1995, 1995, Chron, 233.

[2] Paisant (Gilles), op.cit. P. 233, Al Hayek (Alias), a montré comment la loi sur les nouvelles économique adoptée le 15/05/2001, est même apporter de nouveaux éléments à ce débat, l'art. 442-6 du code de commerce semble étendre la théorie de la clause abusive aux rapports de la production de plus, elle ouvre la possibilité d'agir en justice à toute personne présentant un intérêt, au ministre public, au ministère chargé de l'économie, et au président du conseil de la concurrence, lorsque une pratique mentionnée dans cet article (Un abus), est constaté (..) selon laquelle l'individualiser exacerbé du code civil. Cède péna peu, du terrain au profit d'autres approches. « Socialisées », voir Al Hayek (Ilias), op.cit. P. 123 voir code du commerce Litec, 2001. PP. 429 et ss. Anc, ord. n, 86-1243 aussi du 1er/12/1996 - art 36.

[3] راجع بودالي محمد، مرجع سابق، ص ص 92-96.

[4] Al Hayek (J), op.cit. PP. 134 et ss. Comp : la loi 78-2 du 10/01/1978. Berloz (George). « Droit de la consommation et droit des contrats » JCP. 1979, éd, CI 1979 (II). N°13019. PP. 245 et ss.

وتقديرها على أنها غير أي باطلة، مضافا إليها حق المستهلك في إطار الحماية الجماعية بإزالتها من نماذج الاتفاقات[1]، الأمر الذي إكتفى فيه المشرع على شاكلة التعامل الوقائي مع البنود التعسفية المذكورة في المادة **29** من قانون 04-02، والمطبقة بموجب المادة **5**من المرسوم التنفيذي 06-306: "(...) تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي...:

(08)- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي..."، أو "الإحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري لعقد دون أن يمنحه نفس الحق..."، مكرسا بذلك الطرح الإجتماعوي لقانون العقود، وتسوية جميع الشروط، الأمر الذي يفسر رجوعا إلى مفاهيم العدالة الموضوعية[2]، عوض الإبقاء على الطابع التهديدي (Comminatoire)، الذي لا يحقق للطرف المتضرر سوى حماية ناقصة، بدليل أن المادة **184** تتطلب رفع دعوى مع ما سيكلفه من مصاريف وأتعاب وتنسيه المطالبة بمراجعة الشرط الجزائي أمام القضاء.

ولعل الأمر الذي يؤاخذ عليه المشرع الجزائري رغم إيجابيات المعالجة التشريعية والتنظيمية عدم إتجاهه إلى بسط الحماية في مواجهة الشروط التعسفية إلى المحترفين (أي الأعوان الإقتصاديين)، وقصرها في علاقة المستهلك بالبائع المادة **29/** من قانون 04-02، مما يحدد السلطة التقديرية للقاضي مقارنة مع تلك التي منحت له بموجب المادة **110** ق.م. لولا أن هذه الأخيرة قيدتها بعقود الإذعان، في حين أن الوصف التعسفي الذي يتطلب مده في مختلف العلاقات غير المتوازنة كان ينقصه حكم بالبطلان صراحة.

في الأخير يمكن الوصول إلى أن جوهر المشكلة في المجال العقدي في وجود إرتباط عكسي بين مفهوم إختلال التوازن في تنفيذ العقد، ومحتوى الفكرة المثالية عن التوازن العقدي، وهذا الذي أثار التساؤل: هل يكفي الإنحراف عن التوازن ؟ أم هو مجرد الصعوبة العملية في الوصول إلى مثالية فكرة التوازن التعاقدي ؟ مما يعني تبرير الحاجة إلى التمسك بمقومات العدالة العقدية تكون مرآتها الحفاظ على تكافؤ مضمون العقد بغض النظر عن التكافؤ بين الأطراف.

- Selon Sinay (Guterman) « (…) c'est également parce que les clauses pénales exécessives sont des clauses abusives, que le législateur, par la loi du 11/10/1985 a permis au juge d'exercer d'office son pouvoir de révision. En effet, le contractant faible, par ignorance ou par crainte d'un procès ne pense pas toujours à demander en justice la réduction de la pénalité excessives », Op.cit. P. 200.

[1] أنظر إلى ما جاء في المادة 65، من قانون (04-02) المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2] Thierry (Revet), Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique? Acte de Coll. Univ de Lille (2). Dalloz 2003, P 93.

المطلب الثالث: وظيفة الإنصاف العادل في العقد

هكذا وصف الأستاذ **Pollock** الإنصاف، الذي راح يتداول بين مختلف المستويات، قضاة، مشرعين، أساتذة، فقهاء، وحتى الناس العاديين، و بالنظرا لمفهومه العالمي ولكثرة اللاجئين إليه، دب في قواعد التفسير والشرح بواسطته مما أكثر عليه المعاني، وبدل التركيز على دوره في القانون الوضعي خاصة المدني كان لزاما الوقوف على تعريفه. (un magie impénetrable)

مما حدا بالفقه للإهتمام بدراسته عن طريق مصادره وأغراضه، لأن ذلك يعتبر عن الإسهامات المؤصلة لتعريفه من عمق الفكر الفلسفي في العصور القديمة وللقانون الكنسي ثم القانون الوضعي، فالإنصاف لا طالما عبر عن الفضيلة الطبيعية أو الدينية التي تحكم علاقات الأفراد وتقومها، إما من أجل التصدي لقاعدة جائرة ظالمة لتأتي قواعد الإنصاف لتحل محلها، وإما لإكمال قاعدة لم يتوقعها المشرع عند إصداره لها أو محاولة تليين أو تلطيف قاعدته أخذ كل حالة على حدى[1]، مما حولها من المفاهيم المرنة غير القابلة للحصر أو من الصعب حصرها. وإذا كان الإنصاف على طريقة **النبي سليمان عليه السلام** حجر أساس للإعتراف به في مختلف الأنظمة القانونية، وأصبح يعبر عن مسلمة هامة مفادها دون إنصاف، لا يمكن للقانون أن يكون قانونا[2]، ولعل الإرهاصات النظرية أظهرته في تنوع، ففي الفلسفة **اليونانية**[3]، يعترف بالإنصاف كقوة أو سلطة موجهة إلى جانب القانون الصارم تأتي لدعم الضعفاء، لتكمله الفراغات، وكذلك التخفيف من النتائج القاسية (أرسطو). أما القانون **الروماني**، فالإنصاف مسلمة موجهة للمشرع كي يفسرالقانون، لأنها تتضمن فكرة المساواة الملموسة بالنسبة للمجتمع والمساواة التناسبية في مواجهة المجموعة الاجتماعية[4]. وإن كان **Thomas d'Aquin** قديسا في مرجعيته الفقهية إزاء الإنصاف، فلأنه أكد وإسترجع أمجاده على ضوء بيان المصلحة من وراء تطبيق القانون بواسطة مبدأ الإنصاف، وذلك لا لسبب إلا بإتخاذ منهج "يرسي فيه علاقة بين النص القانوني وظروف تلك الحالة" [5]، وذلك من أجل تبرير هدفين

---

[1] Albiges (Ch), De l'équité en droit privé, droit privé, T 329, L.G.D.J. Paris 2000, P 331 et s.

[2] Albiges (Ch).De l'équité en droit privé.L .G.D. J.Paris .2000.pp.3 et 11.Mellouli(S).le juge et l'équité; réfléxions sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne.RTD.1983.p.510.

[3] Jestaz(Ph).Equité.Rép.civ.Dalloz.1972.p1.

[4] فقد ثبت عن أبي هريرة رضي الله عنه قال،قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: بينما إمرأتان معهما إبناهما، إذ عاد الذئب وأخذ في إحداهما، فتنازعتا في الآخر، فقالت الكبرى إنما ذهب بإبنك، وقالت الصغرى، بل إنما ذهب بإبنك، فتحاكمتا إلى داوود فكحكم به للكبرى ، فخرجتا على سليمان ، فقال إأتوني بالسكين أشقه نصفين، لكل واحدة منكما نصفه، فقالت الصغرى لا تفعل يرحمك الله، هو إبنها فقضى به لها"، أنظر بن أحمد كنعان، قصص الأنبياء وأخبار الماضي خلاصة التاريخ , إبن كثير، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان 1996، ص 373.

« Justice est constante est la volonté que chacun soit attribué son droit »

[5] Voir Donnier (Jean Baptiste).le droit naturel dans l'œuvre de Valin.RRJ. et droit prospectif. 2002-2.Aix-Marseille .n°93 .et Seriaux (A).Droit et loi dans la penseé d'Aristote et de Thomas d'Aquin.la philosophie à l'épreuve du phénoméne juridique.droit et loi.Actes du 5éme colloques

أساسين: ويتمثل في ضمان العدالة منفردة، وكذلك البحث في تـوازن المـصالح المختلفـة علـى أسـاس خصوصيات ترتبط مباشرة بالأشخاص المعنية[1]، وذلك يعني فكرة المصالحة بين المتضادات[2]، على حـد تعبير الأستاذ **Newmen**.

أخيرا وأهم ما في الأمر من صورة جمالية ودقيقة لمفهوم الإنصاف لدى القانون الإنجليزي [3]، بـل من فرط التصلب في تطبيق القانون المشترك (Common law) بإعتباره سببا في الجور والظلم أستند الملك الإنجليزي منبعا للعدالة، يسعف فيه المتقاضي فيما يحتاجه من قواعد الرحمة والإحسان، من جراء تكـوين جهات قضائية تطبقه شكلت معه قواعد قانونية موازية لقواعد القانون المشترك، ذات عمومية وموضوعية، وطبعا إعتبر ذلك إنعكاسا للحاجة الإجتماعية، وقد وصفها الأستاذ **Selden** بقوله "إن الإنصاف متنوع إلـى حد يتجاوز طول قدم المستشار الملكي (...)، وفي القانون نملك القياس، وكذلك نعلم ما نحن ملزمون بـه، وهذا ما يجعل الإنصاف متنوعا وفقا لإدراك المستشار"[4]، والقانون الاسلامي أيضا لم يغب عنه مثـل هـذا المفهوم فوق الطبيعي، فمن خلال مصادر الشريعة" عرفت الدعوة السباقة إلى تجنب الجور وإعتناق مبادىء الإنصاف على أوجهها، لقوله تعالى " ولا يجرمنكُم شَنَآن قَومٍ علَى ألا تَعدِلُوا اعدِلُوا هـو أَقْـرب لِلتقْـوى " (**المائدة آية8**)[5].

ونظرا للمراحل التاريخية التي مر بها الإنصاف، والتي كانت ضرورية لمعرفة المفهوم عن قـرب في مجال القانون الوضعي (خاصة المدني)، أصبح الإشكال يطرح من منطلق التعقيدات التي يوسـم بهـا كلما إقترب من العدالة مما إنعكس على علاقته بالعدالة العقدية منها وإليها (**الفرع1**)، ولكن على إزدواجيـة

---

de (AFPD) du (22-23) mai 1985.Aix en Povence.(PU) d'Aix Marseille.1987.n°22.p89.pour plus de détails voir Albiges (Ch). De l'équité en droit privé.LGDJ.2000 .10-16.

[1] Albiges (Ch).op.cit.11- et 12.

[2] Ibid, P 141 et s. Selon la formule du doyen "Carbonnier", le recours à l'équité justice une appréciation qui doit être morale plutôt que mathématique. L'équité constitue, en droit privé en particulier, un outil au service du juge pour apprécier, selon les circonstances particulières, les interêts divergente, afin de "retablir l'équilibre", sans nécéssairement garantir une parfaits égalité. Cité par le professeur Albiges (Ch), op.cit., PP 147 et 150.

[3] Warrington (Mark).l'Equité et le systéme juridique anglais, vers un nouveau paradigme dialictique ?.R.I.E.J. 1997-38.PP.182-190.

-أنظر بالمقارنة جون رولز, العدالة كإنصاف ,إعادة صياغة ترجمة حيدر حاج إسماعيل ,مركز دراسات الوحـدة العربيـة ,ص ص,105 و ما يليها.

[4] Albiges(Ch).op.cit.29-34.

[5] وكذلك قوله تعالى :" إن الله يأْمركُم أَن تُؤَدوا الأَمانَاتِ إِلَى أَهلِها وإِذَا حكَمتُم بين الناسِ أَن تَحكُموا بِالْعـدل إِن اللـه نِعِمـا يعِظُكُم بِهِ إِن الله كَان سمِيعاً بصِيراً", (النساء آية (58) ،" إِن الله يأْمر بِالْعدل والإِحسان وإِيتَاءِ ذِي الْقُربـى وينْهـى عـن الْفَحشَاءِ والْمنكَرِ والْبغْيِ يعِظُكُم لَعلكُم تَذَكَرون",(النحل 90) ." يا داوود إِنا جعلْنَاك خَلِيفَةً فِي الأَرضِ فَاحكُم بين الناسِ بِالْحق ولا تَتبِعِ الْهوى فَيضِلك عن سبِيلِ اللهِ إِن الذِين يضِلون عن سبِيلِ اللهِ لَهم عذَاب شَدِيد بِما نَسوا يوم الْحِـسابِ ",(سـورة ص الآية 26),

الطرح بالنسبة للإنصاف ذاتيا وموضوعي إرتأينا التركيز على الأول بصفته المتأصلة في القانون العقـدي الإرادي أو الوضعي بما له من قيمة هامة (**فرع 2**).

الفرع الأول:تعقيد مفاهيم الإنصاف

يبدو أن الإنصاف، مفهوم مضبب مما يعكس حساسية تعريفه، بل ويدخله في خلط مع مفاهيم العدل، العدالة، والمساواة، الإحساس والفقه المعاصر ما كان سببا في هذا التنوع، خصوصا في ظل غياب أي نص أو قرار يكرس تصورا واضحا ودقيقا، والعدالة وسط ذلك تارة يستقل عنها ويشكل مؤسسة معنويـة تعلـو عليها أو تدنو دونها، لأنه مفهوم مثالي (**أولا**)، ولكنه عندما يتحول إلى مفهوم ضمني في العدالة، أدخله في مساعي وصفت بين الصعوبة، والمحاولة، للتعريف به (**ثانيا**).

أولا: اعتبار الإنصاف أسمى من العدالة أو أدنى منه

تساءل الأستاذ **Pascal** مرة عما إن كانت العدالة أساس تنظيم الدول بالنسبة للإنسان كانت الإجابة بلا شك نفيا...إنها العدالة ؟، بالطبع يجهلها إنه "جهل بالإنصاف"، فهل هذا يعني أنه يجهل حقيقية الطبيعـة بأنه ولد عادلا (...)، علينا أن نفهم جيدا أن الجهل بالعدالة أكثر غموضا من نفي المعرفة بها"[1]. والأسـتاذ **Leibniz** يشرح منهج الفصل بين الأوضاع الطبيعية والمثالية من جهة، ثم الأحاسيس المخفية في القلب من جهة أخرى بقوله" يتعين تصور عدالة الإنسان بشكل كامل وهي مشتقة من العدالة الالهية مـصدرا لهـا"[2]، فيكون من اللازم الوقوف على تراتبية الأخلاق والقانون، ومـن ثـم إعمالهـا علـى العلاقـات الفرديـة والاجتماعية (وحتى العقدية كفئة من فئاتها)، بواسطة مرسوم عليوي" ونظرا لأهمية تعريف الإنصاف الذي يستند إلى ما يحيطهم مختلف العناصر المشابهة به، كان التمييز بينه وبين العدالة قارا على مرتبة كل منهما بالنسبة للآخر.

فالإنصاف ذو مفهوم أسمى من العدالة: وهذا يظهر من خلال قراءات **Ciceron Voighet** اللـذان يجدان في الإنصاف مفهوما شاملا للعدالة (justicia)، وقد ساندها بالخصوص هذا الأخير عندما إعتبـر أن "القانون، هو كل ما يمكن أن يجمل الحياة وعلى الناس أن تبحث عنه من هذا المنطلق (...) لأن الكل يحب الإنصاف من الإنصاف، والقانون من أجل القانون، مما يستدعي البحث عن القانون والتمسك به فـي حـد ذاته، وما ينطبق عليه فهو ينطبق على العدالة"[3]، وهذا ما دعمه الفقه –تأثرا بالقانون الرومـاني- عنـدما

[1] Pécharma(Martine).justice selon Pascal .in .la justice.op.cit .p.118.et il a cité « Dieu a créer le premier homme, et alui toute la nature humaine.il a crée juste … ».

[2] Sullerot (Vincent).Leibniz :la Charité du sage ou la justice fondée en raison ».in .la justice . op.cit .p .131 .

[3] Ibid.p.135 .et Chambe (David).justice et droit dans la pensée de (J) Rawls.RRJ .2003-3. n°93.

إعتبر الانصاف قيمة مثالية عليا (تتضمن به حق العدالة) نابعة من القانون الطبيعي قادرة على خلق إطـار عام لخلق الحلول العادلة"[1].

وفي هذا التصور المعمق للإنصاف صور لنا الأستاذ **Berthiau**، تلك الوظائف الثلاثة الأساسية التي كان يعمل بها القانون الروماني، منها: أنه إنصاف يصلح أداة استلهام للقاضي في دعاوى التعـويض فـي المسؤولية التقصيرية التي لا تمنح المتضرر إلا المبلغ المنصف له[2]، وكذلك يجوز للبريتور تطبيق قواعـد الإنصاف للحلول محل قواعد القانون المدني متى ظهرت هذه الأخيرة شديدة منافية للعدالة، بينمـا يـضيف الفقيه **Ciceron** وظيفة التفسير الملهم للمشرع[3].

وعلى ضوء قاعدة "القانون فن لإستحقاق الجيد والمنـصف"[4] (Jus esi arsboni et aequi) راح الفقيه **Ulpien** يعرف العدالة بـ"الإرادة الدائمة الأبدية لمنح كل ذي حق حقه[5]، وضوابط القـانون هـي: "عش بشرف، لا تضرن أي شخص، ورد لكل ما يستحقه "، ولعل هذا ما يـشكل "أداة للقيـاس"[6]، رمـزه الميزان، ومعياره التناسب، ويشكل حالة خالصة في العدالة.

---

[1] أنظر في هذا المعنى: سامي الجربي، تفسير العقد، مركز النشر الجامعي 1999، ص 422 وما بعدها. في هـذا المعنـى يرى الفقيه Portalis:

"L'équité est le retour à la loi naturelle dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives", cité par: Michèle Boumechère, Introduction au droit, éditions Casbah, Alger 1999, P 63.

[2] Albiges(Ch).op.cit.p.7. et Bellet(P). le juge. et l'équité.études offertes à Rodiére (R) . paris.Dalloz.1981.p.10.

[3] Berthiau.(D).le principe de l'égalité etle droit civil de contrats .op.cit. pp.264et 265. Et par la suite pp.279 et ss.

في العصور الوسطى قام الفقهاء القانون الكنسي بإحياء بعض الأفكار المتعلقة بنظرة القانون الروماني للإنصاف، وخاصـة مقولات سيشرون، التي من بينها تم إسناد وظيفة تأويلية للإنصاف حتى يصلح كأداة لتفضيل مقصد المشرع علـى الألفـاظ المدرجة في صياغة النص لإستخلاص المعنى الأكثر إنسانية، فالإنصاف الكنسي المستمد من مقتضيات القـانون الإلاهـي يفرض على القانون المدني الوضعي، ويعتبر اهم مصادره، وهو أداة للبحث عن مقاصد المشرع لإستنباط الأسباب المعفيـة والاعذار تجسيما لقيم الرحمة والتسامح والشفقة أخذا بعين الإعتبار لمواطن الضعف لدى الإنسان بصفة عامة، والمتعاقـد بصفة خاصة.

[4] Albiges(C) .op.cit .p.8-11.

أنظر العربي السيد حسن, العدل و الإنصاف. دار النهضة ,مصر .2000.ص ص.33 و ما يليها.

[5] نقلا للعربي السيد حسن, مرجع سابق, ص 21.

[6] Terré(F). introduction généraldu droit.Dalloz.1996.p.15.et Perdiau.le juge doit se méfier de la simplicité comme de l'équité ?. Gaz.Pal.1996.p.1389.et Berthiau(D).op.cit.pp.311 et ss.

ولعل حفاظ الإنصاف على وظائفه في العصور الوسطى[1] ساعدته تلك الصبغة الدينية المسيحية على أحكامه من قبل الكنسيين، والتي يتمسك بعضهم بالصيغة البحتة لقواعده. وتـشهد العديـد مـن المراحـل التاريخية على إدراك الفكر القانوني لمعاني الانصاف وهو يسمو العدالة، خاصة منذ الأرضية التي كرسها القانون الروماني[2]. و نظرا للتوسع الجغرافي الذي تم بفضل **البريتور**، حيث أنشأ شخصا مكلفا بالنزاعـات مع الأجانب كثرت المظالم عليهم بسبب جهلهم لحقوقهم، وهو الأمر الذي تستنبطه الحلـول مـن قواعـد الأخلاق والمبادىء المثالية، و مع الوقت إندمجت وجمعت بشكل متواتر لتكون منظومـة قانونيـة موحـدة بفضل حلولها المنصفة، كالأحكام المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ، والمقاصة....وغيرها، لقـد أحـسن **Victor Hugo** بصيغته "هل يوجد شيء أعلى من العدالة، طبعا هو الإنصاف"[3] .

الإنصاف من جهة أخرى: يمكن أن يكون مفهوما أدنى من العدالة: وهذا على ضوء رأي آخر من الفقه حيث تعلوه العدالة في صورة رسخها تعريف **أرسطو**: (...) الإنصاف أحسن عدالـة، حيـث يقـوم بتصحيح العدالة القانونية عندما تندرج ضمن حالة خاصة تلك النتائج غير العادلة، أو نتيجة نصوص عامة لقانون لم يقرر ما يكفي"[4]، وبعبارة أخرى: يصف أرسطو الإنصاف" بالتاج الذي قد تبنى به العدالة، فهـي أقصى النهاية، بتصور مساحتي، فما هو منصف، يعني أن يكون أعلى من العدالة، وهو نفسه مـا يكـون عادلا، والإنصاف أحسن من العدالة (...) عندما تكون عمومية القانون مصدر اللاعدالة، مما يخلـط بـين الشرعية والمساواة، فيأتي الإنصاف ليضفي الشرعية العادلة بفائدة المساواة العادلة، وهذه الصورة هي ما تظهره (أي الإنصاف) شكلا خاصا للعدالة"[5].

---

[4] إن تعريف الإنصاف كيفما ورد من قاموس القانون يستدل إلى مظاهر عدة، الأول ، وهـو عدالـة مؤسـسة علـى المساواة، وإعطاء كل واحد حقه، والثاني عدالة خاصة ، وهو يقوم على مساواة تعالج بشكل غير متساو، الثالث، وهـو تخفيف أو تعديل القانون القانون أو النص بمراعاة ظروف خاصة تخفيفا معقولا لتطبيق القـانون ،الرابـع، ويخـص طريقة كل النزاعات خارج قواعد القانون وفقا لمعايير العقل والمنفعة وحب السلام والأخلاق، وأخيرا عدالة أسـمى من القانون الوضعي، عدالة مثالية ،أنظر جيرار كورنو. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ,لبنان ,1998,ص 309,

[2] لمزيد من التفصيل , السيد حسن العربي السيد . مرجع سابق, ص ص.

[3] Cité par Albiges (Ch).op.cit.p.2.

[4] Kayser (P), L'équilibre modératrice et créatrice de régles juridiques en droit privé français, R.R.J. droit prospectif, 1999-1 .p.15.

[5] « l'équilibre ,tout en tant supérieur à une certaine justice , est lui méme juste , et ce n'est pas comme appartenant à un genre different qu'il est supérieur juste .il y a donc bien identité du juste et de l'équitable .et tous deux sont bons et bien que l'équitable soit le meilleurdes deux .Ce qui fait la difficulté ,c'est que l'équitable tout en étant juste ,n'est pas le juste selon la loi mais un correctif de la justice légale ». Cité par Cadiet (Loiic).unejustice contractuelle, l'autre ; op.cit.p.193.

أنظر كذلك السيد العربي حسن.مرجع سابق.ص ص.210-212 .

وهناك فكرة "الإقتناع الذاتي" التي جاء بها **Paul Ricoeur** والتي يتم بموجبها حفظ التوازن بين مصالح كل طرف، والتي تكمل نقائص العدالة عندما يكتنفها الأمل في العيش في ظل نظم عادلة، موثقة بقاعدة عدالة واضحة هي الأخرى[1]. وتصبح عندئذ المسألة قضية قيمة (...) لأنه لطالما كان القانون يتكلم عن مبادىء العدالة و ليس مبادىء إنصاف، بدليل أن الحلول المنصفة تأتي دوما لاحقة a posteriori[2].

ولعل صعوبة الفصل بين المفهومين جاءت في ظل الفائدة العملية التي تمثلها العدالة كقاعدة عليا أو سفلى بالنسبة للإنصاف[3]، خاصة عندما أظهر هذا الأخير في ترابط مهم مع "الأخلاق" وهما بالفعل علاقة جزء بكل، إذ يندرج الإنصاف ضمن الأخلاق الإجتماعية[4].

وعلى حد رأي الأستاذ **Ripert (G)**، فإن الإنصاف ذو دور غائي يمثل ضمانة لسيادة العدالة حيث تسيره الأخلاق الاجتماعية، ولم لا يكون العدل فكرة أخلاقية"[5].

فإذا كانت نظريات التعسف في إستعمال الحق، والإثراء بلا سبب تخفي فعلا مبادىء أخلاق إجتماعية، فمن السهل تصور البعد الأخلاقي في الإنصاف، وربما يرجع السبب في فكرة القانون الطبيعي التي ترادف الأخلاق، وهي العدالة، مما يدعم تغذية القانون الوضعي من هذه المفاهيم[6]. "وإذا الأخلاق بوصلة للإنصاف، توجهه وسط القانون الطبيعي وتبقى هي دوما تعلوه"[7].

من جهة أخرى هناك حسن النية الذي يتطلب الأمر ربطه وفصله عن الإنصاف نظرا لإتحاد جذورهما، بل إن الأستاذ **Voin** راح يصفها بالمفهومين المختلطين والمبهمين، فعند البعض من الفقه يتماثل حسن النية بالإنصاف، بل أكثر من ذلك، عندما يفصل القاضي في مسألة ما على أساس حسن النية، فهو ينطق بها بموجب الإنصاف[8].

---

[1] راجع: بومدين بوزيد، فلسفة العدالة في عصر العولمة، مرجع سابق، ص ص 49 وما بعدها.

[3] Terré(F). Introduction générale au droit .op.cit.p.256. Et Dion (N).le juge et le désir du juste .D.chr.1999.p.195 ;

[4] أنظر نعيم عطية , القانون و القيم الإجتماعية, دراسة في الفلسفة القانونية .الهيئة المصرية العامة للتأليف و النشر .1971.ص ص.89-90. و عبد السلام الرمانيني .مفهوم العدل و العدالة في الشريعة الإسلامية.مجلة الحقوق و الشريعة .جامعة الكويت .س8,ع.1. 1978. ص ص 264 و 265.و أيضا جمال عطية عيسى.أهداف القانون بين النظرية و التطبيق .المجلة القانونية الإقتصادية.ع.7 .1995.

Albiges (Ch).op.cit. P60. voir aussi Sullerot (Vincent). Leibniz, la Charité du sage ou la justice fondée en raison ».op.cit.p.141.

[4] Karine (de la A-P), la réfaction du contrat, op.cit. n° 381, P 237.

[5] انظر السيد العربي حسن ، مرجع سابق ,ص ص, 33 و ما يليها .

[6] أنظر المرجع السابق,ص ص 217 و ما يليها.

[7] Albiges (ch), op.cit. P 59.

[8] Voir dans ce sens, Mellouli(S).le juge et l'équité, réfléxions sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne.RTD .1983.p.510 .

بيد أن غالبية الفقه، كرس ذلك الإختلاف الواضح بينهما حتى وإن تقاربا، حيث تظهر حسن النيـة أداة لتحقيق الإنصاف، بل نوعا من التصحيح الضروري لفكرة العدالة، وبعبارة أخرى "يمثل التنفيذ بحـسن النية إنشاء للإنصاف الذي إنبثق عن القانون"[1]. وهذا ما وصفه الأستاذ **Dereux** بأنه "يتعين التصحيح بإسم حسن النية والتكملة بإسم الإنصاف[2]. في حين أن الأسـتاذ "**Lagrende**" يـصف حـسن النيـة كمـساعد (Auxiliaire) تاريخي للإنصاف[3].

ثانيا: بين صعوبات ومحاولات إيجاد تعريف الإنصاف

على شاكلة إنصاف **سيدنا سليمان عليه السلام**، كان البحث جاريا على وصف القاضـي العـادل، وهذا يتطلب مربطه بالظروف التي توضحه، إلا أن مهمة القانون هنا تشبه دور البحار فـي البحـث عـن الشمال" على حد تعبير العميد **Cornu**[4]، لأنه ليس في العالم ما هو جميل أكثر من الإنصاف، وبدونه يندثر عن الوجود أي كلام عن القيمة، القوة، الجودة، وكل القيم الهامة، وتصبح مجرد لمعان مزيف، أو قطع من الزجاج"[5]، وهذا ما صعب المهمة بين محاولة تعريف الإنصاف على إختلاف السلوكات (من فيلـسوف، أو كاتب، أو إقتصادي أو قانوني)، وهو الذي ينطبق فعلا على المجال القانوني خاصة، عندما ظهـر كـأداة للإثبات"[6]، خاصة عندما تداخل مع مفاهيم ذات تصورات مطاطة ككل، مثل، المصلحة العامة، النظام العام، الضرورة، والتي تعتبر مهمة في القانون، ولكنها سرعان ما تزاوجت مع مرونة الحياة وإستندت إلى وجود مفاهيم واسعة.

---

[1] Albiges(Ch). Op. Cit .pp.28 et ss.

[2] أنظر محمد جمال عطية عيسى .مرجع سابق . ص ص 218 و ما يليها .

[3] فالقاضي يؤسس قراره على إعتقاده الخاص بالإنصاف، ودون أن يعتمد على القانون نفسه ,ومبـادىء حـسن النيـة أو الإنصاف تستطيع أن تؤثر على الإلتزامات المتقابلة، وعلى سبيل إضافة او توسيع في نطاق الإلتزامات ، وتقييد ممارسة الحقوق (التعسف في إستعمال الحق) إنشاء معالجة غير تقليدية بالنسبة للظروف الطارئة ,لمزيد من التفاصيل ,أنظر محمد جمال عطية عيسى ,ص.218.

[4] Cornu(G). Introduction .les personnes, les biens .droit civil . Paris. Montchrestien. Domat . Domat. 9 éme. 1999, p .637.

[5] Cité par Albiges (Ch).op.cit.p.2 .note 6.ainsi que le profeesur Fitoussi a déterminé l'intérêt du recours à la notion d'équité afin de lutter contre « le probléme le plus grave qu'une démocratie ait à affronter en temps de paix , le chomage de masse ,la solution ne se trouve pas ,dans la résignation à une croissance formidable des inégalité ,et au démantelement de notre systéme de protection .au contraire ,elle est dans d'avantage de cohérent et ce ,non pas seulement pour des raisons morales , mais d'éfficacité,j'ai en tout cas essayé de montrer que l'équité ne devais pas étre creér les circonstances de l'éfficacité ,mais qu'elle était la condition méne de l'éfficacité » , cité par Tunc(A).op.cit.282 , .

[6] Et dans ce sens voir Jan Helevitch qui a précisé que « les lois écrites légiférent en général ,mais elles sauraient prévoir tous les cas particulières (…).il y a donc un point à partir duquel le législateur ne peut plus détérminer exactement la diversité individuelle .en ce point commence l'équité ».plus de détails voir: Kayser (P), Art precité, P 30..

إن الأمر إذا يتعلق بالصعوبات التي واجهت تعريف فكرة الإنصاف والتي توصف بـ (مساعد الساحر)، ومراجعة المحاولات اللغوية في منحها مفهوما دقيقا قد أخفق، نظرا لإسناد معاني عامة تشترك مع العديد من الدلالات، حال دون الوصول إلى تحليل مقنع، حيث إعتبر مرادفا للمساواة والعدل ،القسط والعدالة[1]، والأهم من ذلك أنه يتعين وفقا لإستنتاج معنى معين أن يرجع إلى تفسير لغوي يحال على الإنصاف، لترتفع درجة عسر فهم اللفظ، لأن ألفاظا كالمساواة أو العدالة أو العدل تقل غموضا عن الانصاف حتى العديد من فقهاء القانون إتجهوا إلى وجوب الربط بين هذه المعاني (العدل والإنصاف، أو العدالة والإنصاف[2]). ومثل هذه النتيجة غير مشجعة لتنوير درب القاضي بمناسبة إستنتاجه للمعاني التي تتراوح بين القانونيين والأخلاقيين.

فبالنسبة لمفهوم المعجم (**Larousse**)، "الحكم بالإنصاف يعني الفصل في نزاع بالإستناد على الإقتناع الخاص بالعدالة الطبيعية على حساب نص القانون"[3]، وكذلك (Lexiques) معجم المصطلحات: يعتبره تحقيقا لأقصى العدالة والذهاب إلى أبعد ما يقرره القانون[4].

أما بالنسبة لفقهاء القانون، فقد جاؤوا بتعريف إصطلاحين، من أمثال **Augustine**: الذي يعتبر الإنصاف قيمة تهدف إلى إنسانية العمل القانوني بتكملة أو تعديل ما يترتب عن التطبيق الصارم أوالضيق لقواعد القانون، إنها تكرس نوعا من تدخل القانون الطبيعي في القانون الوضعي"[5].

وكذلك بالنسبة "**Geny**"، "يشكل الإنصاف شكلا من مخارج إحدى الحلول، بغض النظر عن إستناده للمعقول"[6]، وكذلك **Dessens** "يمثل الإنصاف فنا للعدالة الإجتماعية يختص به كل واحد في هذه

---

[2] فقد جاء على لسان العرب لإبن منظور.شرح الإنصاف.و المقصود به غالبا ، إعطاء الحق ، و قد إنتصف منه ، و أنصف الرجل صاحبه إنصافا ، و قد أعطاه النصفة :إسم الإنصاف و تفسيره أن تعطيه من نفسك النصف ، أي تعطيه من الحق كالذي تستحق لنفسك، و يقال إنتصفت من فلان ، أي أخذت حقي كاملا حتى صرت أنا و هو على النصف سواء و تنصفت السلطان لأي سألته أن ينصفني ,المجلد 9، دار صادر،بيروت .لبنان ,1994, ص,332.

[3] أنظر سمير تناغو. المدخل إلى القانون ,مرجع سابق ,ص ص,241 و 242.

[3] Petit Larousse.Lib.2010.

[4] Lexique de termes juridiques .D.Paris .1999.Voir le vocabulaire fondamentale du droit .1990.p.87.

[5] Cité par Albiges(Ch).op.cit.pp.29 et 30.

[6] أنظر سامي الجربي، تفسير العقد، مرجع سابق، ص 435 وما بعدها. حيث يرى المؤلف: أم المعقول يجمع بين الإنصاف واحترام الرجل العادي (أو الأب العاقل).

Voir aussi: Bencheneb (Ali), une introduction générale à la régle de droit en Algérie, ed. Ajed, 2013, P 82. le professeur dit "juger ou apprécier en équité, c'est en effet estimer, mais avec la subjectivité de la personne qui statue, que la solution donnée est justé et raisonnable … l'équité est yun correctif qui s'impose au nom de la nationalité de la personne qui la met en œuvre de la façon à atténuer la rigueur d'une inégalité ou des effets…"

البيئة تحت شكل مساواة تناسبية، بحسب ما تقدره الظروف الخاصة بكل فرد والتي تهيمن عليهـا مبـادىء القانون الطبيعي وما على القاضي أو المشرع الجيد إلا أن يكتشفها[1].

طبعا مثل هذه التعاريف تدمج المعنى الإصطلاحي في فكرة الإنصاف ضمن أدوار متنوعة، فيمكن الإستناد إليها للتخفيف من تصلب القاعدة القانونية أو إتمامها عند عدم كفايتها، لتحل محلها قواعـد الـشفقة والإحسان للطرف الضعيف في الرابطة القانونية، بواسطة تفريد الحلول القانونية على ظروفهـا، ثـم مـن ناحية أخرى يأتي الإنصاف لإستنباط قواعد سلوكية عامة موازية للقواعد القانونية للأخوة العقديـة، ممـا يظهر على القاعدة الصبغة الأخلاقية المثالية. ولعل الصورة التي أصبغها الفقه القـانوني الفرنـسي علـى الإنصاف كانت قاتمة إلى حد زرع التردد في الإعتراف به خاصة كمفهوم منافس للقواعد القانونية الأخرى.

فالإنصاف معروف لدى الفرنسيين بما يسبق الثورة[2]، وكيف أن القضاء كان يسمح بالإجتهاد حسب الحالة الخاصة المعروضة وإستبعاد القانون، مما أدخل المرونة على الإجراءات والأحكام، وإنقلب بالـسوء والظلم بدلا من الإنصاف الحقيقي، نظرا لإختلاف التصورات حول العدالة والانصاف، وأصبح يصنف هذا الأخير بمثابة الشر الذي يتعين تفاديه في شكل شعارمثالي يتضرع إليه "اللهم يحميكم من إنصاف البرلمانيين Que Dieu vous garde de l'équité des parlements[3].

وهو موقف متحفظ من الإنصاف بلوره العديد من الفقهاء، أمثـال الأسـتاذ **Perrot** الـذي دعـى "القضاة إلى ضرورة العدول في التعبير عن الإحساس بالعدل من أجل تفضيل الإحساس بالقانون بواسـطة منطقه العقلاني (...) وبعبارة أخرى أهم، لم تترك لنا الثورة الفرنسية سوى أمن عادل على أساس العقـل أكثر من عدالة منصفة على أساس الشعور (أو الإحساس)[4].

وأعلنها الأستاذ **Albiges** أكثر صراحة ودقة بشرحه الوضع: "أنه عندما يتعلق بالإختلاف الأساسي بين اللجوء إلى الإنصاف وتطبيق النصوص، فإنه يعني أن القانون شُرع على شكل ضمان أو تأمين للتوقع، بينما الإنصاف مفهوم جد موضوعي، يمكن لأي واحد عرض تصوره بشأنه، وهذه هي المخاطر التي ترتب لاأمنا قانونيا خاصا بالمفهوم، بل وتبرر إقصاءه كمبدأ"[5].

وكما سبق فحصه إنحصرت أغلب التبريرات حول صعوبة التعريف الدقيق بالإنصاف إلـى عـدم كفاية مضمونه أو الإلمام به، إما لإتساعه[6] أو "سحره"[7]، خاصة في مواجهة التحدي لضمان الأمن القانوني،

---

[1] Kayser (P), Art précitée, n° 18 et 19.

أنظر كذلك أحمد عطية عيسى. مرجع سابق.ص ص.218 و 219.

[2] Berthiau(D).op.cit.pp.291 et ss.

[3] Albiges (ch), op.cit. P 96 n° 158.

[4] Perrot(R) .le role du juge dans la société moderne.Gaz.Pal.1977.n°1. p.92.

[5] Albiges (ch), de l'équité en droit privé, op.cit. P 94.

[6] Bergel(J-L). Théorie générale du droit, "méthode du droit", 3ed, Dalloz, coll. 1998.p.200 .

[7] Tunc (André).op.cit.p.281.

وبالفعل هذه هي الملاحظة التي أبداها الأستاذ **Jean Louis Bergel** "حيث أنه من أجـل ضـمان الأمـن القانوني، يتعين الإتيان بمفهوم قانوني قابل للتعريف المؤسس على العناصر المكونة له وكذلك العلاقة فيمـا بين تلك العناصر"[1]. بينما الأمر متعذر صعب بالنسبة للإنصاف، يصعب فيه تحقيق طـرح مفهـوم دقيـق للفكرة حيث تعتبر فيه معايير التطبيق غير محددة.

وطبعا هذا ما دعمه الأساتذة، فتارة حكموا عليه بالميتافيزيقية التي جعلته غير قابـل للتعريـف"[2]، وتارة أخرى "يصعب تعريفه"[3]، وهذا ما سيقلب الوضع إلى حساسية أية محاولة للإتيان به.

ولعل هذه المبادرة (أي المحاولة) لم يغلق بابها في الوقت الذي بقي القانون الخاص يشهد تطورا في هذا المجال، وجاء هذا في معرض رأي الأستاذ **Phlippe Remy** وهو يصف فقه المصادر "ضمن أكثـر المجالات القانونية إتساعا مما نتصور في القرن 19 و20"[4]، ومهمة القاضي في فحص ذلك المستوى مـن العدالة والإنصاف من خلال شعوره المشهود له بالتطوير والحداثة [5]، حيث يتعين علـى القاضـي إسـناد قراره إلى شعور يحركه للعدل وللاعدل، ونحن نتطور دون أي نفاق وشك، ولو بواسطة كثـرة التبريـر، لكننا نشهد له -أي القاضي- إستعانته بحقيقة الانصاف وواقعيته[6].

ولعل رجوع مدارس تفسير القانون (الشرح على المتون والتفسير العلمي الحر)[7]، كان لها الفـضل في تركيز هذه الإرادة، وهو ما يبرر توفيق المفاهيم التي جاء بها بعض الفقهـاء **(Aristot)** **(Dessens)** على أمل تطويرها منذ ذلك الوقت، والتي تعتبر الأكثر إقترابا من روح المفهوم والذي تعتـرف لـه بفـن العدالة الإجتماعية التي تمنح لكل ما يستحقه تحت طائلة المساواة التناسبية وتحت لـواء تقـدير الظـروف الخاصة بكل حالة، طالما هيمنت عليها مبادىء القانون الطبيعي، وهي عدالة طبيعية تصحح العدالة القانونية التي تحققت في حالة معينة، كانت نتائج غير عادلة بسبب عمومية عباراتها، و هذا هو تزاوج المفاهيم بين الفقهاء الذي وصف بالمقاربة الصائبة[8].

---

[1] dans ce sens: Albiges (ch), op.cit., P 2..
Voir l'analyse de Philippe Malaurie "l'équité est difficile à définir",Malaurie(Ph) et Aynés (L).Introduction générale .droit civil.Cujas.2éme éd .1994.p.35.

[2] Ibid.

[3] Le professeur Bencheneb décrire: "Il n'y a donc pas de détermination préalable de l'équité ce qui en fait une notion "fuyante voir son ouvrage: "une introductions générale à la régle de droit en Algérie. Editions Ajed 2013, P82.

[4] Remy (Ph). A propos de l'activité doctrinal civiliste, R.T.F. civ, octobre – décembre 2006, P713.

[5] « … L'équité n'est rien d'autre qu'un sentiment de justice propre à celui qui se prononce sur ce fondement", voir dans ce sens: Bencheneb (Ali), introduction… op.cit., P 82. n° 76.

[6] Albiges (Ch).op.cit.pp.5 et 6.n°7.

[1] وهي الحركة التي تنادي بتحرير القاضي من قيود النصوص التشريعية والحكم بمقتضى قواعد العدل والإنـصاف حسب إحساسه الشخصي بالنسبة لكل نزاع ،و حجتها، في ذلك ان النصوص التشريعية بالنسبة لكل نزاع، وحجتهـا في ذلك أن النصوص التشريعية مصاغة في صيغة ألفاظ و مصطلحات .

[8] لقد جاء في مؤلف Aristot الموسوم بعنوان: "Ethique Nicomaque" في التمييز بين العدل والانصاف مايلي:

إن اللجوء إلى الإنصاف منوط بالخشية من مخاطر السلطة التقديرية للقاضي، خاصة وأنه موسـوم بنطاق متنوع ومتعدد الأشكال، بالنظر إلى قيام القانون المدني أو القانون الخاص عموما على مبـدأ سـمو القانون الذي تتراوح ركازته حسب إنخفاض مستوى التجاوز فيه، والذي يمثله الأمن القانوني. لهذا لا يتعين نكران الإنصاف لأنه "الحارس الأمين للعلاقات بين الأفراد"[1]، ولأنه في مجال إدارة العدالة وتسييرها يتعين الأخذ بالإنصاف، فهذا الأخير ليس إلا شعورا متنوعا مثل كل الأحاسيس الأخرى، وبالطبع يجب أن يكـون مختلفا تبعا للأفراد[2].

الفرع الثاني: إقرار الإنصاف الذاتي كآلية لإقرار العدالة التناسبية

يندرج الإنصاف ضمن فئات المفاهيم الراقية التي تتدخل في المجال القانوني، ومنـه مفهـوم لـم يتحصل على مقبولية فردية حددت مضمونه بدقة، وإنما برر بأسس نظرية خاصة، جعل من السهل تقـدير خصوصيتها وظهرت في تكييف ثنائي (ذاتي) و(موضوعي)، وذلك لتعميم الحلول المنبثقة عنه وجعله نظاما موازيا للقانون الوضعي الساري، وإن كان التصور الذاتي[3] أكثر حضورا في النظام القاعدي لكونه مرجعية دائمة، فهو قيمة ثابتة في العدالة العقدية (**أولا**)، في حين التطور الذي وسمه به الفقه جعلـه مـع إعمـال الإنصاف لا في مواجهته سواء صراحة أو بواسطة روح النصوص القانونية التي ينبثق منها (**ثانيا**).

أولا: تكريس الإنصاف كقيمة للعدالة العقدية

أصبح الفقه المعاصر في حاجة إلى تكريس "الوجه المزدوج"[4] على غرار أي قرار قضائي، أو نص قانوني جاء في هذا الصدد، وبعيدا عن هذا الاختلاف، أمكن إلقاء تلك الإزدواجية على إثر تحليـل بـسيط دون الدخول في عمقه.

في البداية، يظهر التمييز بين ما هو موضوعي وماهو ذاتي في الإنصاف، من حيث كونه يفرض على دور المنشىء له، مما لا يفتح المجال نحو الكلام عن خلق قاعدة موازية للنص القانوني لأنـه يناشـد خلق القواعد القانونية من منابع مثالية وسامية تصحيحا وإتماما لسائر القواعد الموجودة[5].

"Ce qui fait la difficulté c'est que l'équitable tout en tant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légal".

[1] أنظر في هذا المعنى: سامي الجربي، تفسير العقد، مرجع سابق، ص 428.

[2] Albiges (Ch) .op.it.p .6.n°8. « et l'une des définitions de Lalande du vocabulaire (…) un sentiment sur et spontané (…) en tant surtout qu'il se manifeste dans l'appréciation d'un cas concret et particuleir. ».p.213.

[4] هذا لأنه سيتم الإقتصار على المظهر الذاتي في هذا الجزء من الفصل ليترك المظهر الموضوعي بمناسبة دراسـة مستلزمات العقد في الفصل الأول من الباب الثاني من بحثنا ، و هو الذي يتعلق بالإنصاف التكميلي .

[4] Terré (F). introduction général au droit civil .op.cit p.256 et Carbonnier.(J).op.cit.p.286.

[5] Voir Berthiau (D) .op.cit.pp.311 et ss , et Carbonnier (J). op.cit.p. 289 ainssi que Albiges (Ch). op.cit. pp.14 et ss.

ولدى بعض الفقه يكمن التمييز في "صفة الموجه إليه تطبيق الإنصاف"، فالموضوعية مفهوم نـاتج عن التقدير الضروري لحقيقة الأشياء، أي تقدير مادي للتوازن[1]، في حين أن الطابع الذاتي يفترض البحـث عن التوازن بين الأشخاص، عندما يرتبط بالطبيعة الشعورية[2] الحريصة على فرض دور هام للإدراك، إنه المفهوم الرومانسي لفن القاضي في إستلهام قراراته التي يعبر عنها بـ"الإحساس بالعدالة"[3]. فهو شعور يقوم على تفريد الحل القانوني بحسب الظروف الخاصة بالشخص المعني، وربما هذا ما عاكس الرؤية الثنائيـة إلى أحادية قدس فيها هذا الشعور المنبني على إملاء مبادىء الرحمة والشفقة والإحـسان علـى الطـرف الضعيف على حساب تصلب القواعد القانونية السارية.

وهذا ما يحقق عدالة مثالية على حالات واقعية خاصة أو معينة لم تستطع عدالة القاعـدة القانونيـة منح الحل الأنسب لها بسبب طابعها التجريدي، فالعدالة التي تتغير حلولها وفقا للوضع المعـروض أمامهـا بواسطة تفريد قضائي يحقق له إنصاف الوقائع[4] الحماية الكافية، حتى أنه بسبب تزكية هذه الرؤية الأحادية والتي أفادت نظام تفسير القواعد بعد ذلك، وصفت دور القاضي" **بـالتفويضي**" الذي يسعى للبحث عن توازن خاص بالمصالح المتضاربة محل النزاع والإعتبار للخاصيات المرتبطة بالأشخاص تأسيسا على ما يـسمى "بالتوفيق الواقعي الملموس"[5].

ولعله من قبيل شرح وظائف الإنصاف في الفقه مما منحه ذلك الدور الذي يسهم فيه فـي تهـذيب قواعد القانون والتصدي لها كلما وقع التفطن إلى أنها ستؤدي إلى نتائج غير عادلة. ثـم إن فكـرة إقـرار الإنصاف كداعم للإقرار " بعدل تناسبي بديل عن العدل التبادلي المتضمن في القواعـد القانونيـة الـسائدة أصبحت ذلك الوصف المرتبط بقيمة العلاقات بين الأفراد[6]. فالإنصاف لا يحقق المساواة المطلقة إلى حـد

---

[1] Berthiau (D), op. cit. p.292, Albiges(Ch), op.cit. pp. 35 et 36. et Warrington (M), l'équité et le systéme juridique anglais … vers un nouveau paradigme dialectique. R.I.E.J 1997. p.193.

[2] Warrington(M). Art precité. p.178 .

[3] Frison-Roche. (Marie-Anne). Le juge et le sentiment de justice .in Mélanges en hommage Pierre Bezara » le juge et le droit de l'économie ».Montchrestien. 2002. pp.42 et 43.

[4] Terré (F).introduction générale au droit .op .cit.p.15. Et Perdriau. « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de l'équité ? ». Art précité .p.1389.

[5] Albiges(Ch).op.cit.p.37.

[1] يذكرنا بالفقه الإسلامي الذي عرف فعلا المضمون الذاتي للإنصاف ، كما جاء واردا في الإلتزامات، ولأدل على ذلك موافقة الرسول (ص) على ما كان معاذ بن جبل قد إختارها في قضائه، ومن بينها إعمال الرأي، والإجتهاد غالبا مـا كان مستمدا من القواعد المنصفة ، و ترتفع نسبة حجية هذه الأخيرة، وتكون أقوى كلما وقع اللجـوء إلـى الأدلـة العقلية للفقه,فالقياس، المصالح المرسلة و الإستحسان تبرر إقامة المساواة والعدالة بين الناس كلما تعذر الحصول علـى حكم من دليل نقلي، وفي رأي (إبن القيم الجوزية) "ومن له ذوق في الشريعة وإطلاع علـى كمالاتهـا تـضمنها لغايـة مصالح العباد في المعاش والمعاد، ومجيئها بغاية العدل، وانه لا عدل فوق عدلها، ولا مصلحة فوق ما تـضمنته مـن المصالح, تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها، وفرع من فروعها ,,,فإن الله سبحانه وتعالى أرسل رسله وأنزل

تعبير البعض[1] بكونه يتسم بالتناسب والنسبية فهو بمثابة تطبيق جزئي للعـدل، أي العـدل فـي الحـالات الواقعية.

ومبادىء الإنصاف لكونها ذات مفهوم أخلاقي تحدث عدم الثبات في مفهومها، بما يصعب صمودها كمبادىء قانونية، وهذا المفهوم غير قابل لتحديد مجرد كما يفترض أن يكون، نظرا لمراعاتـه لأوضـاع إنسانية تملي المساواة كما تملي وجوب الإحساس بحالة الناس إلى الشعور بالعدالة، وبـأن هنـاك تقويمـا أخلاقيا ومعنويا لأفعالهم مقابل مراعاة ظروفهم الشخصية في مواجهة المطالبين به أو الملزمين به، وتصبح مهمة القاضي هنا البحث عن الإنصاف من خلال إدخال القاعدة الأخلاقية على العقد"[2]. وبقدر مـا أدخلـت الإعتبارات الأخلاقية بترخيص تشريعي، بقدر ما تحررت فيه سـلطة القاضـي مـن الـضوابط والقيـود التوجيهية في تقديمه للحلول.

ولعل تقدير دور الإنصاف كمصدر تنبثق منه القواعد القانونية وبالأخص الإعتراف له بالفائدة عند تكوين مبدأ عام للقانون بفضل مفهومه الذاتي وذلك من خلال القبول بمرجعيته في تفادي الكثير من المظالم والإجحاف التي تترتب عن إعمال النصوص كما هي، حتى "أن القانون الفرنسي يعترف بـضرورة هـذا التصور نظرا لعدم وجوده في مجال القانون الخاص"[3]، وفي إطار قـانون العقـود الدوليـة خاصـة lex mercatoria، هناك نظرية تقضي: بأن تحول أي قاعدة قانونية من منطلق ممارسة عقدية يعتبـر مبـدأ إنصاف"[4].

لولا أن هناك رأيين فسرا الإنصاف في تكوين هذه المبادىء، أما **الأول**، فيسند للإنـصاف مهمـة أساسية في هذا الشأن، لأن هذا المفهوم يستند إلى "دليل guide" مساعد للقضاء في البحث عن المبـادىء، وعلى حد تعبير الأستاذ (**P**) **Morvan** "فإن تأثير الإنصاف في تكوينها حقيقي حتى ولو لم يظهر بعدها"[5]. وتبرير هذا الفقه يعود إلى حضور أهداف مشتركة، وظاهرة بين الانصاف والمبادىء العامة للقانون، لأنها

كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض و السماوات..."، محمد كمال الـدين إمـام , نظريـة الفقـه المؤسسة الجامعية للنشر,بيروت, 1980 .ص ص.178 و 189.

[1] Zaki. M.S, Défini l'équité, in Archives de philosophie du droit, T35, Vocabulaire fondamental du droit public, avec le concours du C.N.R.S Sirey 1990, N°3, P88.

[2] Voir Albiges(Ch).op.cit.p.304.

[3] « la catégorie des principes généraux n'existe pas en droit privé,on abrite sous ces mots des régles de droit qu'exprimait les lois ou que la coutume commande... » .Rodiére(R).les principes généraux du droit privéfrançais .RJDC.1986.p.317.

[4] Albiges (Ch).op.cit.p.38. Note .85.

[5] أنظر في هذا المعنى، سامي الجربي، تفسير العقد، مرجع سابق، ص 433.

مبادىء تنظيم للتقنية التي تكمل هذه المبادىء وهي ذات قيمة عالمية، لأنها تتعلق بالمعقول أو الإنـصاف[1]، أو هي قيم أخلاق هامة[2].

أما الإتجاه الثاني، فهو رغم إعترافه بدور الإنصاف، فهناك تحسين بين هـذا الأخيـر والمبـادىء العامة للقانون، لأنه يعتبر (أي الإنصاف) مصدرا لها، وذلك بدعوى تجنب مخاطر التعسفات التي تنجر عن هذا المفهوم[3]، لما يمكن أن تحدثه من خلل شامل في القانون الوضعي[4].

وربما ذهب البعض إلى أبعد من ذلك، من خلال إقصاء التماثل بين الصنفين[5]، في إطار نوع مـن التطبيق في نطاق الإنصاف خاص بالنسبة لخصائص كل منهما، فالطابع العام والمجرد الـذي تتميـز بـه المبادىء العامة تتعارض مع البعد الملموس والواقعي الذي يهيمن على الإنصاف، بيد أن التطور الحاصـل في مفهوم الإنصاف[6] أخرج نوعا من التوفيق الداخلي في طبيعة الإنصاف، من خلال الإعتراف له بمبـدأ تكون تدريجيا و إنطلاقا من أوضاع إجتماعية محددة، وهي حلول تطرح بعد ذلك تحت تـأثير إعتبـارات أخلاقية وإجتماعية للنظام العام، والتي لم يبق لها سوى صياغة المبدأ حتى يفعل.

ثانيا: الإنصاف، مبدأ ضمني، نص تشريعي، أو مجرد ممارسة قضائية ؟

جاء تطوير التشريع المعاصر الكندي على غرار التشريعات الأخرى مهما وغير مسبوق، وإلا مـا الذي جعله ينص في آخر فصل من قانون العقود على عنوان "**الإنصاف في بعض العقـود**" (مـن المـواد **1040 أ) إلى 1040** (د))، ويتعلق الأمر خاصة بعقود قرض النقود بأشكالها، البيع بفائدة، البيـع بأجـل، بالقسط أو تحت شرط معين، وكذلك الوعد بالبيع[7]، ومثل هذا النموذج كان ذات قابلية مخففة للمشككين فـي مفهوم العدالة العقدية، بدليل أن نصوص حماية المستهلك جاء تكملة لمفهوم الإنصاف.

---

[1] وقد تساؤل البعض: "عن العلاقة بيم هذه المبادئ والموقف المعقول، تكشف أن المفهوم المترهـل للإنـصاف وعموميـة مصطلحه، المتسببة في التحكم القضائي لم يكن سوى محطة زمنية عبارة في تاريخ قانون فرنسا. فكيف لها أن تأتي على ما كان للإنصاف مجسما في المبادئ العامة من أحكام متزنة ومواقف لا تقوم على الهوى بل على معادلـة الظـاهرة الطبيعيـة والاجتماعية تحقيقا للعدل؟ راجع الأستاذ سامي الجربي، ص 435.

[2] Voir ce qui a été révélé par le professeur François Terré , « (…)ces principes généraux du droit prennent se rattacher ,en particulier ,à des valeurs de morale et d'équité ».introduction générale au droit . op. cit.p.269.

[3] Albiges.(Ch).op.cit.p.39.n°90.

[4] Carbonnier(J).les obligations .droit civil .Paris .PUF .1998.p.592 .

[5] « La difference essentielle des deux notions ,équité et principes généraux , réside précisément en ceci, les principes généraux constituent la plus haute abstraction existe dans tout le plus complexe juridique positif,l'équité ,au contraire en est la partie la plus concréte». Rotondi(M).Equité et principes généraux du droit… ». Cité par Albiges (Ch). op.cit. p.46 et 47. Et Sullerot (Vincent). « Leibniz : la charité … » .op. cit.pp.132-134.

[6] Cf Biziou (M).la place de la justice dans la théorie morale de David Hume .in La justice op.cit. pp.162 et 163 ensuite 167 .

[7] Voir dans les differentes formes manifestant la conception de l'équité: Kayser (P), Art precité, P 16 et s.

ويصبح عندئذ التساؤل حول ما إذا كان هذا النموذج الأول من نوعه أم أن تكريس الإنصاف واقـع سبق قانون العقود بجميع أبعاده ؟

في البداية علينا الإرتكاز على المعنى المقصود بالإنصاف في النصوص، خاصة وإن كان يعنى به العدالة (Justice)، المؤسس على المساواة في مفاهيم أخرى، فالمادة **2/107** ق.م عندما نـصت" (...) ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقـا للقـانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام". مع أنه لم ينصرف إلى نفس الصيغة في النص الفرنـسي[1] التـي أخذت بفكرة (équité).

والإنصاف بموجب المادة 107 من ق.م. ذو طابع ضمني، لأنه بحكم هذه المادة لا يمكن أن يخضع تنفيذ العقد لطرح أدبي حصريا لما ورد فيه، والتحرير قد يكون معيبا بل سيئا، أو يتضمن معـه فراغـات معيبة[2] Lacuné وهذا لا يتناسب مع "التنفيذ" المؤسس على مبدأ حسن النية التعاقدية ويلتمس في طياته قدرا من الانصاف.

وكذلك ما تكرر بالنسبة للمادة **110**، إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعـسفية، جاز للقاضي أن يعدل "...الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة..."[3]، وإن كنا سنرجع هنا إلى تسوية لفظية بين النصين على محض الصدفة، إذ سـرعان مـا سـيناهض ذلـك الإستخدام القصدي منذ بداية القانون المدني الجزائري، فالمادة **2/1** (...) فإذا لم يوجد بمقتـضى القـانون الطبيعي وقواعد العدالة " ويقابلها أيضا (équité)، وكذلك في نظرية العقد المادة **65** من ق.م، "إذا إتفـق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وإحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد (....)، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة" أي (équité)، وغيرها من النصوص في هذا السياق. إن التجاوز بين تطبيق النصين (بالعربية والفرنسية) يثير تجـاوزا فـي تفـسير سلوكات القاضي عند التطبيق، حيث أن العديد من الإلتزامات التي يفرضها على ضوء النص خاصة المادة **2/107**، سيضطر القاضي إلى إعمال العدالة التناسبية لتحقيق مساواة حقيقية بين المتعاقدين ممـا لا يكفـي وصفها بمجرد "مبادىء عدالة"، وكان على المشرع الجزائري تحري الدقة المطلوبة لتتماشى وروح الـنص المطلوب الوقوف عليه، بل التي يجب على القاضي إعمالها، لأنه في نهاية المطاف قاض يعاين في غالب

---

[1] Art 107 /2 qui dispose « il oblige le contractant non seulement à ce qui y est exprimé ,mais encores à tout ce que la loi ,l'usage et l'équité considérent comme une suite nécéssaire de ce contractant d'après la nature de l'obligation ». en revanche le méme sens a été pris par l'article 1135, du code civil français « les conventions obligent non seulement à ce qui est éxprimé, mais encore à toute les suites que l'équité ,l'usage ou la loi donnent à l' obligation d'après sa nature ».

2 Bencheneb (A), introduction, op.cit., P 81.

[3] Art (110) : « lorsque le contrat se forme par adhésion …le juge peut si le contrat contient des clauses léonines modifier ces clauses en en dispenser la partie adhérent …conformément aux régles de l' équité … ».

الحالات ما يريده الأطراف، بل يضطر (تبعا للظروف)، إلى إستخلاص-وليس بمحض المـصادفة- مـا يقدره بنفسه عدلا[1].

ولعل المكانة التي يحتلها الإنصاف ترجع أساسا، إلى الدور المسند للقاضي بمناسبة تطبيق القانون، على صورة المنطق الفرنسي في تفسير الإنصاف كما يذكر به الأستاذ **Benoit Jeaneau** بأن "القاضـي في المواد المدنية وعند غياب القانون المكتوب هو وزيرا للعدالة (أي الإنصاف)، وأن هذا الأخير تعبير عن العودة إلى القانون الطبيعي والعادات المستخدمة في القانون الوضعي"[2]، وحتى تكون الرؤية واضحة علينـا أخذ المنهج الفرنسي في تصنيف نوع الإنصاف الذي يكرس في شكل قواعد قانونية وهي على نوعان:

أ- إنصاف عام: (l'équité générale)، وهي مجموعة القواعد المنبثقة عن عدالة مثالية سواء تلـك التي تستمد من القانون الطبيعي، أو قيم تم تخصيصها بنصوص خاصة، ولعل هـذا النـوع مـن الإنصاف وليد عن الإحساس بالعدالة[3] (sentiement de justice)، ولعل فكرة الإثراء بلا سبب وإن كانت تتعلق بشبه العقد quasi contrat، التي ينص عليها القانون المدني في المـادتين **141** و**142** ق.م أي لا علاقة لها بالنظام العقدي، إلا أن تطور النظرية على ضوء مدرسة الشرح علـى المتون، أسندت هذه الآلية نظرا لتطورها إلى قواعد الفضالة، وهـو مجـال خـصب للفـضولي gerant d'affaires، حيث يمكنه أن ينفع الغير ولو دون رضى هذا الأخير، ومرجعية المـادتين 150 و**154** ق.م جعلت منها أساسا قانونيا مهما كونها تقرر صفة القانون كمصدر لها الأمر الـذي يفسر لجوء المشرع إلى خلق إلتزامات من غير مصدرها التعاقدي أو أي تراض مـن الأشـخاص المعنيين، مما يعني بالضرورة تبرير مثل هذه الإلتزامات على ضوء مبرر أو باعث الانـصاف، وإلا ما الذي يفسر إحتكار القانون للتعويض كجزاء هو المصدر الوحيد والمؤهل لتكريـسه المـادة **142** ق.م، بل إن رأيا فقهيا آخر فسر الإنصاف كمصدر هام لإلتزام مستقل منبثق عنه يعود إلـى "قاعدة أخلاقية تحظر إثبات منفعة للغيردون مبرر، وهي القاعدة نفسها التي تلزم بتعويض الشخص المثري"، هذه الصبغة الأخلاقية لا يمكن نعتها إلا بكونها انصافا[4].

ب- الإنصاف الخاص[5]: وهو الذي يحققه القاضي بواسطة تعديل قاعدة قانونية عامة في حالة معينة إذا كان التطبيق الدقيق الجامد سيؤدي إلى الإجحاف، وبهذا سيستبعد الطابع العام لمفهـوم الإنـصاف،

---

[1] Dans ce sens voir Flour(J). et Aubert (J-l).les obligations .Vol.(I). l'acte juridique.op.cit, P 305.

[2] منقولا عن الأستاذ محمد جمال عطية عيسى , مرجع سابق, ص,216.

[3] Warrigton (Mark). Op.cit.pp.184 et ss. Et Pécharman (M) .op.cit.pp.118-121. « selon le sentiment de justice, on a perçoit la véritable justice ,c'est à dire l'équité » .

[4] أنظر محمد جمال عطية عيسى.مرجع سابق ,ص , 220.

Albiges (Ch).op.cit.pp.44 et 45.

[5] Kayser (P), l'équité modératrice et créatrice de régle juridique… op.cit., P 14 et s.

لتصوره فكرة تقويم للقواعد السارية، وهذا بالفعل ما يعبر عنه بالإنصاف التقـويمي أو التهـذيبي (moderatrice).

ولعل القانون المدني في إطار سياسة دعم دور القاضي، كثيرا ما أحال لهذا الأخير الإسـتناد إلـى العدالة، خاصة تلك التي تكون في سياق صريح. وأحوالها كثيرة، فإما أن يسمح القانون للقاضـي بـاللجوء إلى الإنصاف لتليين النصوص وجعلها أكثر ملائمة مع الظروف الخاصة، كما هو الحال بالنـسبة **لنظريـة الميسرة** فالمادة **281** ق.م، وخروجا عن مبدأ إجبارية التنفيذ الفوري وعدم قابلية الوفاء للتجزئـة أجـاز للقضاء -نظرا للمركز المدين ومراعاة للحالة الإقتصادية- أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف "(...) دون أن تتجاوز هذه مدة سنة (...)".

وكان قد وضع أساسه في المادة **2/119 مـن ق.م**: "ويجـوز للقاضـي أن يمـنح أجـلا حـسب الظروف..."[1] كحل إستثنائي مرة ثانية على العجز عن التنفيذ حفاظا على إستمرارية حيـاة العقـد، ولعـل الانتقال من مجال الانصاف الفردي الموضوعي إلى مجال الإنصاف الشخصي أو إنصاف الذمم[2] هـو مـا ظهر جليا في الإجراءات المدنية حيث يستعين به المتقاضي في تسهيل تدابير الميسرة وأصبحنا أمام قـاض عليه أن يتعامل مع "متعاقدين جيدين يستوجب منهم أن يكونوا كذلك، ومتقاضين جيدين علـيهم أن يكونـوا كذلك"[3].

إن تدابير الميسرة تعريف مباشرة للإنصاف[4]، وأساس هذا الأخيـر فيهـا مـأخوذ مـن معطيـات الإنصاف ذاتها، وليس كونها مرادفة للعدالة، لأنها لا محالة ستناقضها والتي تفتـرض الإحتـرام الـدقيق للإلتزامات[5]، أما الإنصاف وهو يستند إلى الظروف الخاصة " كحاجة المدين، أو حاجات الدائن، فهـذا مـا يبرر تليين لمبدأ الإلزام الفوري للعقد، والذي يمكن للقاضي إكتشافه عن طريق معيار حسن النية المـستفيد من "تدابير الميسرة"، والمأخوذة من مفهوم أخلاقي عميق (**Grâce**)، وحتى هذه التدابير غير مطلقـة، فقـد قيدها المشرع بشرط الأجل (سنة)[6]، ولكن تبقى إمكانيات اللجوء إلى تخفيض المقابل المالي مـن العقـد أو إستصدار ضمان إضافي (كفالة) من الحلول المستمدة من إستمرارية مبدأ إنصاف الخصم في هذا المجال.

كما أنه يمكن للقانون أن يمنح وسائل لتحقيق الإنصاف، وكأنها صنف من النصوص التي توصـف بالمرونة في مضمونها، كما هو الشأن بالنسبة للبطلان المطلق المنـوط بإتفاقـات تتعـارض مـع الآداب والأخلاق العامة في إطار عدم مشروعية السبب أو المحل المادتين **93**، و**97** ق.م، وهذا يمـنح القاضـي

---

[1] أنظر بلعيور عبد الكريم. نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن. الجزائر.2001.ص.164 .

[2] Kayser (P).l'équité modératrice et créatricede régle juridique …op.cit.note.11 et 14.

[3] Kayser (P) Art precité, P 21.

[4] Ibid.

[5] أنظر محمد نور فرحات .محاضرات عن العدالة ,عين شمس. مصر .1992.غير منشور.

[6] للمشرع الفرنسي الذي يربطها في المادة 1244-1 بمدة سنتين خلافا للقانون الجزائري الذي قيدها بسنة واحدة.

قدرة لتحديد حدود مجال النظام العام، وكذلك تمييز التطبيق إلى حد البحث عن الغاية المقصودة من أطراف العقد[1].

ويعتبر مجال العقود أو التصريحات –عموما– الواردة على يد عديمي الأهلية أو ناقصيها، ذا دلالة خاصة في مطالبة القاضي بشدة للتخفيف من صرامة النص القانوني، حيث جاء في نص المادة **103** في فقرتيه **2** و**3** على "أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، يحرم من الإسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به"، وهو حالة جاء فيها تخفيف الإلتزامات المفرطة المفروضة على القاصر المأذون له بإدارة أمواله، تدعو فيه القاضي إلى الأخذ بعين الإعتبار ظروف القاصر أو الفائدة من المصاريف المادة **2/103**، ولكن أيضا حسن النية أو سوئها بالنسبة للمنتفعين، وهذا هو الوضع العكسي في فقد ميزة الحماية القانونية بعد أن كان في نفس المادة في **فقرتها الأولى** يلزم بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد وإبطاله، فإذا إستحال جاز الحكم بتعويض عادل.

كما أن تبني المشرع مفاهيم مرنة يحال تفسيرها وتقديرها للقاضي لإجابة صريحة مكنت هذا الأخير من إستدعاء إعتبارات العدالة والإنصاف، كما هو الحال بالنسبة لفكرة "**المعقول**" التي فسر غايتها الكثير من الفقهاء، كونها تجسد إضفاء لمبادىء الإنصاف التقويمي على تنفيذ العقد[2]، وحتى إخراج المدين من ورطة معينة أو لسبب من الأسباب تفعيلا للصبغة الذاتية للإنصاف، فللقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول بسبب ظروف طارئة **المادة 3/107 ق.م**، كما أن للقاضي أن يتدخل "تبعا للظروف في عدة مواقف ينقذ بها المدين، مثل حالات البيع المؤجل المادة **363**ق.م، وطلب إخراج الشريك المادة **448** من ق.م، وحقوق الأجنبي على العين المؤجرة المادة **484** من ق.م ... وغيرها.

وإنه من خلال معنى "المعقول" ما يقنع العقل بجدواه وإعتماده[3] يتبين عدم تركيز مهمة القاضي في تقليب النص على ضوء الظروف الخارجية بل بمدلولها ومدى إستساغتها، وإلا لما كان المشرع يلزم في حالة العبارة الواضحة للعقد عدم الإنحراف عنها " المادة **1/111** ق.م، حيث تكون الفائدة هنا ضمان النفع من العقد[4].

---

[1] لمزيد من التفصيل أنظر عبد الكريم حسني.نظرية السبب .ماجيستير .كلية الحقوق ,بن عكنون. الجزائر.1977.ص ص. و14 وما يليها.

[2] Ghestin(J).cause de l'engageemnt et validité du contrat .LGDJ.2006.

[3] Berthiau(D).op.cit.pp.291 et ss.

Le professeur Bencheneb décrire: « juger ou apprecier une situation en équité, c'est en effet estimer, mais avec la subjectivité de la personne qui statue, que la solution donnée est juste et raisonnable… » Voir son ouvrage "introduction", op.cit., P 82.

[4] سيأتي تفصيل هذا في الباب الثاني في الفصل الأول بشأن التفسير و العدالة العقدية.

ويمكن تكريس الإنصاف خارج النص القانوني عن طريق التأويل الواسع حتى لا يظـل القاضـي حبيسا فيه، بالإستناد على روح النص مثلما هو الحال في قاعدة الشك الذي يفسر لمصلحة المدين بموجـب المادة 112 من ق.م.

وأخيرا هناك العديد من النصوص الأخرى ما تحيل ضمنيا للقاضـي اللجـوء للإنـصاف، وذلـك بالإكتفاء بالعبارات العامة، ومع عموميتها ضمن حق المساواة بينه وبين العدالة، ليعبـر عنهـا بالـصيغة الأرسطوطاليسية "الإنصاف أحسن من عدالة قانونية"، وذلك عندما يتعلق الأمر بعبارات كالتي تستخدم فـي النصوص القانونية: "طبقا أو تبعا للعرف السائد" أو "الشخص الحريص" أو "الرجل العـادي" (bon père de la famille)، الواردة في (م **111** ق.م، **432** و**495** ق.م).

وفي ظل التنافس اللفظي (**مع**) أو (**بين**) الإنصاف والعدالة، نتساءل عن الموقف الحقيقي للمـشرع الجزائري الذي يتوقف في هذه المرة عند عدم بقائه على التجاوز اللفظي والنصي بين المفهومين (العربيـة والفرنسية) بل راح يرفعهما إلى الإختلاف تماما مثلما ورد نصه في المادة **677** ق.م عندما يتحـدث عـن "مقابل تعويض منصف وعادل"[1] من جراء نزع الملكية العقارية للمنفعة العامة، وكأنه يريد التأكيـد علـى إستقراره ومنذ البداية على عدم التسوية بينهما، حتى ولو خلط بينهما في النصوص المترجمـة ؟، أو أنـه يفرق بين الإستخدامين، فلو تعلق الأمر بالإنصاف كقيمة ذاتية كان عليه أن يظهرها دقيقة وصريحة خلافـا لما يتعلق بالمدلول المادي المرادف للعدالة.

يبقى أن المشرع ونظرا لعمومية النصوص التي يأتي بها فهو قد نجح في تفعيـل دور النظريـات الفقهية التي تطلبت بإعمال الإنصاف وإعتبارات العدالة المثالية، والتعسف في إستعمال الحق الـذي يعتبـر نظريا مجالا لمقاومة الصفة المطلقة للحقوق الشخصية إلا أنها تنتهي عمليا إلى إرضاء مطالب الإنـصاف والعدالة حتى ولو لم تكن كافية، فنص المادة **124مكرر** من القانون المدني التي تسائل عن الأضرار التـي تصيب الغير نتيجة الإستعمال المتعسف للحق خارج إطار حدوده المادية (الحصول على فائدة قليلة أو فائدة غير مشروعة) أو غير المادية (لمجرد قصد أو نية الإضرار) أصبح لهـا داع أكثـر مـن أجـل إقحـام مستلزمات العدالة والإنصاف في مجالات ذات بعد أخلاقي بحت كوسيلة لتنظيم المنازعات الناشـئة عـن علاقات الجوار، وكذلك الملكية المشتركة في البنايات، والخدمات عديمة الفائدة[2] من جراء مفاهيم الجـوار، والتعاون والتضامن وغيرها من المفاهيم التي أصبحت ضرورية لتصحيح شدة النصوص والتي تعتبر جزءا من الأخلاق العقدية.

---

[1] وهذا دليل على أنه يفرق بين فكرة الإنصاف و العدالة بمفهومها المادي و غير المادي.

Claud(Ménard).Imprévision et contrat de longue durée.op.cit.p.664.

[3] أنظر محمد جمال عطية عيسى,مرجع سابق .ص.223.كما أننا سنؤكد لاحقا عن الطبيعة القانونية للتعسف في إسـتعمال الحق في الباب الثاني من بحثنا.

ولعل علينا التذكير بمنهج القانون المدني وهو يدعو إلى الاعتبار بأقل إكراه وقسر ممكن وذلك في سياق الاعتداد بمبدأ الانصاف، حيث يمكن القول بأهمية ما يلعبه الانصاف في المجال العقدي عندما يكون المراد منه إعادة التوازن الناجم عن اختلال اقتصادي، والمادة 3/107 من ق.م. عندما تنص مراعاة "مصالح الأطراف" على وجوب العمل بهذا المبدأ (أي الانصاف)[1].

إن الإنصاف لما له من تأثير أخلاقي مباشر على الأوضاع القانونية، يلزم القاضي والمشرع على تبني تصور يوفق بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي، ولو على سبيل الإستثناء.

[1] Bencheneb (A), introduction… op.cit., P 81.
- Voir aussi: Lahlou (K.G), La protection du contratant faible, art, precitée, p 37.

المبحث الثاني: الأخلاق العقدية المساعدة في تحقيق العدالة

عندما تتضمن إتفاقية ما إلتزام شخص أو عدة أشخاص بمنح عمل أو عدم عمل شـيء مـا تجـاه شخص أو عدة أشخاص[1]، فان العقد يتضمن من البنود المختلفة التي تربط أطراف العقد ببعـضها الـبعض والتي تلزمها بالتنفيذ المتبادل، غير أنه يحدث أن تنشب نزاعات بينهما، تبدأ بغياب التوازن، ممـا يتطلـب بالمقابل مكافحته من خلال محاولة إرساء العدالة في العقد,أي إرادة دائمة وأبدية لإعطاء كل ذي حق حقه، و يكون من المنطقي النداء "عش بشرف، لا تضرن أحدا، وأعط لكل ما يستحقه"[2].

هذا ما يستتبع أهمية فكرة التوازن في نظرية العقود، بل إنه يتعلق بتلك اللامساواة التي تظهر أكثر فأكثر بين الأطراف[3]، تدعم فيها وضعية الأقوى على حساب الأكثر ضعفا، مما يجعل اللجوء إلـى إعـادة إرساء التوازن مسألة ضرورية، وهذا ما حقق للترابط الاجتماعي والتضامن مكانته من أجل تجاوز التعسف الذي أصبح يخيم على العلاقات العقدية، (**المطلب الأول**)، وهو تكريس لأفكـار الإسـتقامة التـي تطـابق المصلحة الحقة للمتعاقدين والضرورية لحياة العقد، ثم إن التناسب مبدأ آخر ينشط لضمان نوع التوازن في العقد، حيث يشكل "أداة لخدمة التوازن العقدي"[4] (**المطلب الثاني**).

ويصبح الإقرار بهذين المبدأين يرمز للإستقامة والأخوة في عالم عقدي جديد يسوده إحترام الآداب والأخلاق العقدية على أفضل نحو ممكن.

المطلب الأول: إدماج التضامن في مؤسسة العقد

العقود نوع من الميكروكوزم، خلية مجتمع صغير يعمل لهدف مشترك لمجموع أهداف خاصة، لكل فرد في هذا المجتمع مثلها مثل المجتمع المدني أو التجاري تماما، وبالتالي فإن التعارض القائم بـين حـق الدائن ومصلحة المدين هو ما يستدعي فيه البحث عن نوع الوحدة[5].

إن العقد "مخطط للتشارك وتجميع المخاطر، الفوائد، والمضار الناتجة عن العقد[6]، ولهـذا تتطلـب مقتضيات المواطنة العقدية[7] فرض إحترام متبادل للمصالح الخاصة للأطراف مع مراعاة خاصة للمـصلحة المشتركة للمتعاقد معا في مواجهة الصعوبات التي تعترض أيا منهما، مما يتيح يسمح تأسيس آداب عقديـة

---

[1] انظر المادة (59) ق.م.

[2] Cadiet (L). Une justice contractuelle, p 186: "Les racines philisophiques du "Solidarisme contractuel", fait de "Sociabilité" et de "civisme" contractuels seraient aristotéliciennes!.

[3] Conp.Durant (P). "La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel " R.T.D.civ..p.73

[4] le Gac -Pech (S) .la proportionnalité en droit prive .LGDJ.2000.p . 6.

Mazeaud (D) .Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle. in mélanges en hommage à Français Terré (L'avenir du droit) , Dalloz .PUF .JCP .1999 .pp. 606-611 .Cité par l'auteur sur L'illustration de René Demogue.

[6] Alpha (G).les nouvelles frontiéres du droit des contrats .in Mélanges offertes à (J) Ghestin.le contrat du début du (XXI)e siécle.LGDJ.2001.p .18.

[7] Mazeaud (D).Loyauté, solidarité et fratérnité… op.cit.p.610.

أساسها التضامن من أجل تحقيق أخوة أخلاقية مع العدالة العقدية، وهو أمر ممكن ما دام اللجوء إلى فكـرة التضامن من قبيل الوسائل الناجعة لإعادة التوازن العقدي بسبب تقييد اللاتـوازن القـانوني والإقتـصادي، والملاءمة مع روح العدل والعدالة (**الفرع 1**)، لولا أن إنسياب شبح عقد بدون ثقة[1]، بسبب قلة قابلية التقدير المشترك للمصالح أو التوقع هي التي أرست مسلمات الفكر التضامني بجعل العقد مجالا إجتماعيا قاعدتـه الشفافية والإستقامة (**الفرع 2**).

الفرع الأول: دواعي تكريس التضامن في البيئة العقدية

لعل الليبيرالية ضربت الفقه التضامني من حيث تأصيل الطابع الإنفرادي والذاتي للعقد، حيث يكون من الطبيعي التنافس في المصالح المتعاقدين، ولن يكون لازما الأخذ بالأخلاق والمثالية.

شجع إزدهار النظرة الأخلاقية والأدبية في قانون العقود على التوجه الفقهي في قالبـه الكلاسـيكي والمعاصر إلى فرض التضامن المصور للعقد الاجتماعي أو العقد التـضامني **(أولا)**، و قـد إسـتطاع أن ينعكس على القانون الوضعي المؤطر للنظام العقدي، حيث أصبح من الضروري البحث عن نموذج للسلوك العقدي يسمح "بالتعولم العقدي"[2]، بسبب إخفاق الفقه لوحده في إعتماد قانون عقدي معاصـر اختلفـت فيـه اتجاهات الفقه التضامني بين الليبيرالية الوحشية الحرة، والإشتراكية (**ثانيا**).

أولا: أهمية الإعتراف بأرضية الفقه التضامني في العقد

عند القول بـ"تضامن" و"عقدي" فهذا يعكس تلك الإشكالية التي وصل إليها قانون العقود من خـلال الجمع بين الفعل الإجتماعي السابق على الإلتزام الإتفاقي وكذلك العقد الاجتماعي القائم على الفكر الإرادي الحر، وقد ظهر فعلا ذلك التأثير الممارس من الفكر التضامني على العلاقات العقدية، وذلك بتطبيق مسلمة" أن العقد متوقف على فعالية التضامن الإنساني"[3] التي جاء بها الأستاذ **Leon Bourgeois** منذ وقت طويل. ولعل الفقه التضامني ذو مرجعية دوركهايمية أبرز ذلك التصور المقترح في إختيار الطريق الإجتماعي في تفسير علاقات المجتمع والدولة، أي الإعتراف بالتضامن الإجتماعي الضروري للإستقرار والأمن[4]. وعلى

---

[1] Mazeaud (D), Loyauté, solidarité et fraternité, op.cit., p. 610.

[4] Ibid.

[3] Jamin (Ch) , plaidoyer pour le solidarisme contractuel .in mélanges offert, Jacques ghestin, le contrat au début du (xxi) siècle ",op ,cit, p,442.

[4] أنظر في هذا الشأن ..محمد السيد إسماعيل حسانين بركات ,مقارنة بين بعض فلاسفة الإسلام والوضعية القانونية في الفكر الاوروبي, دكتوراه , القاهرة مصر ,2005 ,ص ص21 و (34-35) ,حسين عبد الحميد احمد رشوان .القـاهرة ,القـانون والمجتمع ,المكتب الجامعي الحديث ,الإسكندرية ,مصر ,2003 , ص ص .131 و 132 .

-Jamin (Ch) .quelle nouvelle crise du contrat ? Quelles mots en guise d'introduction .Dalloz, 2003, p. 8.

أساس ذلك التمييز الذي عرف به **Durkheim** بين التضامن الآلي والتضامن العضوي ظهرت ثمرة فكرة تقسيم العمل[1]. فإن فقهية موضوع التضامن تسربت إلى القانون المدني بحيث أسندوا إليها معنى "الربط الإجتماعي" أو"التداخل" والتقارب بين الأفراد في الحياة الاجتماعية[2].

ولعل إسناد القانون العقدي إلى تلك العلاقة الضيقة لتقسيم العمل -أي التضامن العضوي- هي ما جعلت **Durkheim** يعتبر العقد تعبيرا قانونيا عن التعاون بإمتياز"[3]، والتعاون وسيلة لتقسيم العمل، لأنه ينقسم على غاية واحدة[4]، ومسلمة التضامن التعاقدي ظاهرة بوضوح بواسطة التيار الفقهي المستمد من أفكار التعاون، النزاهة أو التنسيق العقدي، بدليل أن فقهاءا بعد **Durkheim** راحوا يحيون فقه هذا الأخير، وبكثير من الايجابية بنوا مفهوم العلاقات العقدية على أساس مفهوم التضامن، ومثلهم "**Duguit**" الذي يرى أن الحدث الإجتماعي لمراكز قانونية موضوعية أو ذاتية، تنشأ في مجتمع ينبع من فكرة التضامن الاجتماعي أو الإحساس بالعدالة أو التكافل[5].

ومهما يكن من صورة العقد فهو في النهاية عقد إجتماعي يحقق لهم الحصول على حقوق ثلاثة: الملكية–الحرية–والمساواة[6]، بيد أن التمييز الذي جاء به العميد "**Duguit**" بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الذاتية وضح فعلا كيفية إبرام العقود على أمل تحقيق هدف مشترك وتلبية حاجة

- انظر محمد السيد إسماعيل حسانين بركات .مرجع سابق .ص ص .34. وما يليها. وكذلك محمد جمال عطية عبد المقصود عيسى .الشكلية القانونية. دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية ,دكتورا , الزقازيق ,مصر , 1993 , ص ص,18و 19.

[1] Chanial (Ph), Renouer les fils de l'alliance bourgeois, Durkheim… Art précit&, P 60.

[2] أنظر في هذا الشأن محمد إسماعيل حسانين بركات . مرجع سابق ,ص ص (29- 31), وكذلك حسين عبد الحميد أحمد رشوان .مرجع سابق .ص ص 29- 31 .وكذلك حسن عبد الحميد أحمد رشوان ,مرجع سابق ,ص ص 132-134 –حيث ذكر بأن العميد ديجي ,هو من حدد العوامل التي تودي الى التضامن الاجتماعي ,وأسماه أولا بـ (التضامن بالتشابه) ,الناتج عن تشابه حاجات الناس و اشتراكهم في حاجات مماثلة أما العامل الثاني ,فهو تضامن في تقسيم عمل ناتج عن إختلاف الناس بعضهم عن بعض في تحقيق هذه الحاجات ,وهكذا يتبين لنا كيف إستوحى فعلا ديجي أفكاره من التضامن الاجتماعي .

[3] انظر نعيم عطية, مرجع سابق, ص ص 156 و ما يليها.

[4] Jamin (Ch) .Plaidoyer pour le solidarisme contractuel .op ,cit, pp,446-448

[5] انظر محمد جمال عبد المقصود عيسى ,مرجع سابق .ص ص 18 و 19 ,ومحمد السيد اسماعيل حسانين بركات ص ص 28و29

- Dang (A.T), les conceptions de la juctice sociale, quelques développements récents en économie, in « socialisation juridique et conscience du droit et attitude individuelles, models culturels et changement social » .droit et société. (Recherche et travaux). LGDJ, sans cité l'année, pp, 214-218.

[6] وذلك في إطار إنتقاد العميد (Duguit) لنظرية القانون الطبيعي , أنظر.نعيم عطية ,مرجع سابق,ص ص . 170-171. ومحمد السيد إسماعيل حسانين بركات. ص.27.

مشتركة[1]، وحتى المفهوم الذي جاء به الأستاذ "**Hauriou**" حول "العقد الموسساتي"[2] مـن خـلال "مدرسـة السلطة العامة" أسهمت بوصف الإتفاق طويل الأجل كمؤسسة منشئة لوضعية يتحد فيها الأطراف في إطار مصالح متناسقة[3]

وإستطاع الأستاذ "**Hauriou**"[4] أن يقدم ذلك التجديد المطلوب في العقد ينبني ومفهومـه عـن روح تضامنية، غير أن التيار الاجتماعي أدلى بدلوه في الأفكار بالقانون الخاص إلى حد إعتبار العقـد مـصدر نزاعات إجتماعية تستتبع تدخل القاضي للحد من تعسفاته وتبني منطق يسمح بإنقاذ الهدف المـشترك فـي العقد.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأستاذ "**Demogue**" عن طريق التأثر بهذا التيار، تمكن من فتح المجال لتطوير فقهه حول آثار الإلتزامات[1]، فالإلتزام بالتعاون يتطلب تحقيق الإلتزام بتنفيذ العقـد بحـسن نيـة[5]، تأسيسا على واجب الأطراف في التدعيم والتنسيق بينهما من منطلق حظر التعسف في إستعمال الحق مـن أي متعاقد، ولم لا الأخذ بمنطق أن يسهل المدين تنفيذ التصرفات من منطلق التضامن بينه وبين الدائن ، كما أنه يستتبع إمكانية أن يعدل العقد تبعا للظروف التي تطرأ عليه بحكم طول أمد آثار العقد خاصة. كمـا أن الأستاذ "**Immanuel** " فقد ذهب إلى أبعد من ذلك عندما إستدعى التصور الاجتماعي للعقد بدعمـه لفكـرة تأسيس العقد على علاقة ثقة[6] لا يجب على المدين أن يخيبها.

---

[1] ويقصد بالمراكز القانونية الموضوعية ,هي المراكز التي تنشأ من واقعة التضامن الإجتماعي بين الأفراد الموجـودين فـي المجتمع، و العميد (Duguit) يعتبرها قاعدة قانونية موضوعية , و هي تتطلب توفر شروط معينة ، في حـين أن المراكـز القانونية الذاتية أو الفردية ,فهي تنشأ من خلال القاعدة الإجتماعية ليتم سريانها على الواقع الإجتماعي ,فلا تتصف بالعمومية و الدوام .بل هي مرتبطة من الناحية الزمنية بأداء الالتزام القانوني النابع من المراكز الفردية ,وحيث يرى العميد(Duguit) أن تلك المراكز تنشئ الواجبات أو الإلتزامات عند إبرام العقود,و ذلك ما يجعل المركز التعاقدي راجعا إلى الإطار العـام أو الهيكل العام القانوني الذي رسمته القاعدة الاجتماعية في شروط معينة لا إلى إرادة الأطراف.

[2] Cité par Broderick(J.A) la notion d'institution de Maurice Hauriou, dans ses rapports avec le contrat en droit positif français .A.D.P.1968.T 13.P.144.

[3] وهذا ما دعمه الأستاذ (Gounot).

- Malaurie (Ph), Aynés(L), et Stoffel –Munck(P). les obligation. Défrénois .2003. n° 1256 et ss

[4] Cité par Broderick (J.A), Art, précitée, P. 144 et s.

[5] أنظر في هذا المعنى، سامي الجربي، مرجع سابق، ص ص 415 و 416.

[6] لأن ما يؤسس الرابط العقدي هو تلك الثقة التي يستمدها الدائن وعد المدين ,وهذا ما يؤكد هدف احترام المشارطات المبدئية بين الأطراف ,وقد اخذ فقهاء و أساتذة آخرون بفكرة " الثقة" التي يعتبرها الأستاذ (M.Gorla) -دعامة للرضا– ولا كفايـة لهذا الأخير بمفرده لوجود العقد .إذ يتعلق الأمر بمدى سلطة الإرادة في إنشاء الالتزامات العقدية .

« L'existence du contrat repose non seulement sur la présences des consentements mais également sur la confiance expectative du créancier, et cette confiance pourrait constituer une cause que le juge reconnaitre pour donner force obligatoire à la promesse ,et il ajoute qu' une partie est engagée non parce qu'elle l'a voulu mais par ce que son engagement repose sur un

ثانيا: الإعتراف بالنطاق القانوني للتضامن العقدي

مقارنة مع مبدأ حسن النية الذي يترجم بسلوك قانوني ونزيه[1] فإن التضامن العقدي لا يتخذ بتعريف دقيق ومحدد في إطار قانون العقود إلا على النحو الذي يرتبط بشكل الإلتزام الـضمني المـدرج بواسـطة القضاء عموما في كل عقد[2]، وعلى أن هذا الإلتزام لم يفترض تحميـل المتعاقـدين مـسؤولية المـساعدة والتعاضد فيما بينهما من أجل تحقيق غاية العقد أو الوصول إلى الهدف والعملية من التعاقـد، أي بمعنـى سبب العقد[3]. وهذا يفتح المجال نحو التأسيس القانوني للتضامن العقدي على مبدأ حسن النية المـذكور فـي المادة **1/107** ق.م في إطار الإلتزام بتنفيذ العقود بحسن النية. وذلك يعني أن الإلتزام بالتعاضد غير قابـل للفرض والإلزام إلا إذا دخل في الإطار العقدي أثناء التفاوض أو أنه ترتب مباشرة من طبيعة العقد. فعـدم التنفيذ يتضمن بالنسبة للمتعاقد عدم تنفيذ لإلتزامه، وكذلك خصيصا رفض التعاضد والتعـاون فـي تنفيـذ الإلتزام الملقى على عاتق الطرف الأخر، في حين أن المتعاقدين يتحملان واجب التحقيق في محـل العقـد وسببه بصورة تضامنية[4].

وفرض التضامن على المتعاقدين، هو ضمان مستوى من الأخلاق على القانون العقدي، بـدليل أن الأستاذ **Salleiles** في (1904)، راح يعتبر في معنى القانون "تلك المجموعة من النصوص التـي تحكـم تنظيما من التجمعات"[5] على أساس الصيغة "التي تضمن إحترام حرية الآخرين[6] (...) وهذا يعنـي عدالـة إجتماعية"[7]. وإذا ضربنا مثالا على تأسيس التضامن في مسألة ما يعرف بـ "شـبه العقـد "[8] (quasi

---

fondement extérieure et supérieure à sa volonté » ,Terré (F) . sur la sociologie juridique du contrat art A.D.p .1968, p,75 ,et repris par le Hugah (P.S).

[1] Mazeaud (D), Loyauté, solidarité, fraternité. la nouvelle devise contractuelle, op, cit, pp ,617 et 618 et Jamin (Ch) .quelle nouvelle crise du contrat ?quelques notes en guise d'introduction, op, cit, p, 9.

[2] Mazeaud (D), Loyauté, solidarité, fraternité. La nouvelle devise contractuelle, op.cit.,p, 618

[3] ولعل أنه بسبب عدم الإكتمال الطبيعي للعقود، فإن القاضي ,حسب تفسير الأستاذ (salleilles) وهو مـدعوا إلـى تحديـد مضمون إلتزامات كل طرف لا يجد أي نية مشتركة مادام الطرفان غير متفقان , لولا أنه يحاول إيجـاد تفـسير تـضامني للتصرف القانوني ,وحسن النية , هو أحد المبادئ التضامنية و المناسبة لإدراج العدالة الاجتماعية.

[4] dans ce sens (Niort-(J-F), la naissance du contrat de droit social en France . une problématique de la liberté et de solidarité, RRJ .1994,pp,771et ss ,et Aynés (L) l'obligation de loyauté, in l'obligation,ADP,T ,44-2000 .p.195.

[5] Voir Jamin (Ch). Plaidoyer pour le solidarisme conrtactuel.op, cit, p, 445.

[6] Mekki (M), op.cit., P 166.

[7] Jamin (Ch), plaidoyer pour le solidarisme contractuel, op.cit., P 454.

[8] فمجال المسؤولية المدنية يعرف هذا التكريس ,خاصة من خلال إعمال (نظرية المخاطر) , وجعل تطبيقها ممكنـا لأنـه يكفي صدور فعل مرتب للضرر حتى يحمل المسؤولية عنه نتيجته ، كما أن مجال قانون العمل يعرف أخذا مهمـا بمبـادئ التضامن المدمجة في العقد الاجتماعي للعمال من جهة و بين العمال ونقابتهم ذات الحركة التعاونية و التبادلية.

dans ce sens .Mazeaud,(Denis), la politique contractuelle de la cour de cassation, Mélanges en l'honneur de Phlillippe Jestaz ,op,cit,pp ,386 et 387.

(contrat فإن هناك شخص المدين للغير (وهو المجتمع) بدين إجتماعي، وهذا ما يستلزم إجـراء تجزئـة الحقوق والإلتزامات على نحو تضامني بين أفراد هذا المجتمع بواسطة هذا الإتفاق الضمني، بل أن أسـاس فرض الضريبة على الدخل لم يكن إلا على ميراثا تضامنيا.

أما الإلتزام بالتضامن (obligation in solidum) فقد خصص لها المشرع في القـانون المـدني على غرار القوانين الأخرى ما يلزم بنص، وحدد لها فيها إطارها، فقد جـاء فـي المـادة **217** ق.م "إن التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على إتفاق أو على نص فـي القـانون" والتضامن بهذا المعنى يتعلق بكل مسؤولية، سواء مدنية أو عقدية.

ويطرح التساؤل، عما كان قانون المنافسة والقوانين الإقتصادية تفرض مستوى من التضامن وهـو مجال يضبط العلاقة بين المحترفين، والأعوان الإقتصاديين في حياة الأعمال.

لأول وهلة يبتعد مثل هذا القانون كثيرا عن مبدأ التضامن[1]، خاصـة وأنـه لا تنـشغل بالوضـعية الخاصة بالمتعاقد ولا بالدفاع عن الطرف الأكثر فقرا أو ضعفا في العلاقات العقدية، فمثلا لا يعتـد قـانون المنافسة بفكرة إنقاذ أو دعم مؤسسة ذات صعوبات إقتصادية[2] لأن هذه الوضـعية مـن صـورة المنـافع التنافسية، أي بمعنى عام، منطق السوق ليس بمنطق تضامني، غيرأنه وفي ظل تعدد الفاعلين الاقتـصاديين أظهرت حياة الأعمال أن السوق الحقيقية ليس السوق الأكثر قوة لأنه ومع تطور هذا الأخير، أصبح قـانون المنافسة يسعى إلى مراقبة بنيات وسلوكيات المؤسسات المسيطرة، ولعل حظر ممارسات تـشكل إسـتغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى، وإعتبارها مقيدة للمنافسة وإستتباعه بجزاءات على وضعية لاتوازن عقدي، كما ورد في المادة **11** من قانون 03-03 المعدل والمتمم بالقانون 08-12 المتعلق بالمنافـسة، كمـا أن حظر تلك الممارسات والإتفاقات المضادة للمنافسة يدخل ضمن تلك المظاهر، كما هو الشأن بالنسبة لفرض شروط غير متكافئة المادة **6** من نفس القانون، في حين أنه يمكن أن يرخص بالإتفاقات أو الممارسات التي تؤدي إلى تطور إقتصادي أو تساهم في تحسين التشغيل[3] المادة **9** من قانون المنافسة، مثل هـذه الأمثلـة السابقة تظهر مفاهيم في المصلحة العامة أو الإندماج الاجتماعي والإقتصادي وكذلك التعاون مما لا يجعلها غريبة عن قانون المنافسة.

---

[1] - Mazeand (denis) , loyanté , solidarité ,et fraternité , op, cit, pp,626-629.

[2] - Biirge (A) ,le code civil et son évolution vers un droit inprégne d' individualisme liberal, R.T.D. Civ 2000 ,pp,1-24.

[3] وإذا ما ذكرنا بعقد التوزيع لوجدناه أداة ممتازة للتعاون ,فكل متعاقد فيه يتصرف من أجل مصلحته و مصلحة الآخر ، بـل ويظهر فيه أن التضامن غير إنفرادي , و إنما متبادل , فكلاهما ملتزم بإعلام المتعاقد الآخر بكل الظـروف المـؤثرة علـى موضوع العقد , وقانون المنافسة مع القانون التجاري كثيرا ما يقرران في علاقة العون التجاري مع وكيله فـي إطـار مـن الإلتزام بالنزاهة وواجب متبادل في التعاون ، فالممون ملزم بإعلام الموزع بتعديل نظامه أو مركزه ,كما انـه يلـزم علـى الموزع بإعلام شريكه بمتغيرات مساهمته في الرأسمال الاجتماعي , راجع أيضا المادة (11) من قانون المنافسة ,و كـذلك م (7) من قانون (04-02) للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

وإذا تعلق الأمر بقانون المستهلك لأمكن القول بأن الطابع العام لشروط صحة العقـد هـو الإطـار الوحيد لحماية المستهلك في ظل القانون المدني وبعض النصوص الخاصة بتطبيق العقـود، (كعقـد البيـع مثلا). ومع ذلك لا يمكن إنكار تلك الحماية المباشرة للمستهلكين التي يضيفها القانون المـدني ولا يوفرهـا نص آخر، مثلما هو الشأن في الأحكام المتضمة ضمان العيوب الخفية [1] في عقد البيع وحالة إبقاء المستهلك مستفيدا من الحماية العامة في مواجهة البائع المتجول.

بيد أن قانون المستهلك أستعار مبادئ التضامن العقدي، فلا هو قانون يفاضل فيـه بـين مـصلحة وأخرى، نظرا للامساواة الطبيعية بين محترف مطلع ومستهلك غير مطلع، ولا هو بقانون سـلطان إرادة، أنه وسيلة لإعادة العلاقات الاقتصادية لتوازنها فالمؤسسة إبتداء هي ما تسعى إلى منتجة أو موزعـة إلـى حفظ مصلحة مشتركة تقوم على توفير أحسن علاقة مع المستهلك نوعية وسعرا من أجل الوفاء للزبائن.

من الناحية القانونية يظهر تأثير الضمان العقدي على عقود الإستهلاك وذلك من خلال مسألة حظر البنود التعسفية التي من شأنها خلق لا توازن معتبر في العقود بين المستهلك والمحترفين[2]، وتأطيرها مـن طرف المشرع يعني بإعادة العقد لتوازنه المختل بحكم الممارسة من طرف سلطة تعسفية للمهني، وذلك عن طريق تدخل القاضي بتعديلها أو الإعفاء منها[3]، كل ذلك وهو تكريس واضح لما وصفه الأستاذ "**Gounot** " "بوضع عقد على أساس مبدأ من الإتحاد والتضامن"[4]، وهي أيضا مناط إنتقادات الأستاذ "**saleilles** " الـذي ركز على تنفيس العقد بطابع إجتماعي"[5]، وأعتبر عقد الإذعان رغم طبيعته الإحتكارية أو اللامساوتية على أنه مقيد في مجال تدخل القاضي نحو البحث عن الإرادة المشتركة للوصول إلى أقربها حقيقة [6]، وما تسبب فيه فرض شروط الأسد أو شروط غير عادلة، كأن يتراجع رب العمل عن الأجر المرغوب بـه بواسـطة نظام الشروط الجزائية الموضوع مسبقا حتى ينتقص من الأجر إلى ربعه أو نصفه مقابل إرتكاب العامـل أخطاء لم ترتق إلى حد الجسامة والتأثير، كل ذلك يترك مجالا لنوع من الوصاية القضائية على العقد لتجنب التعسفات، وهذا ما جعل الأستاذ "**Saleilles**" يقترح تحميل الأطراف القوية في العقد المسؤولية على نتائج

---

[1] انظر المادة 379 ق م ج.

Voir colloque de Poitiers ,17et 18 ,/10/ 2001 ,contrat de consommation, à paraitre in travaux de la faculté de Poitier ,p, 45. 2002.

[2] Calais -Auloy (J) et Stemineiz (P), droit de la consommation, op.cit, p,173.

-أنظر المادة (29) من قانون (04-02) المتعلق بالقواعد المطبقة عل الممارسات التجارية.

2 أنظر المادة 110 ق م ج.

[4] Gounot disent: "… de faire du contrat individuel au lieu du choc désordonné de deux égoisme, un principe d'union et de solidarité", cité par Jamin (Ch), Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, op.cit., P 448.

[5] Garello (P), Les economiste et le contrat, mélanges, offertes à Mouly christian, litec, Paris 1998, P 37.

[6] Ibid.

سلطتهم الناشئة عن أصل الوضعية غير المناسبة للأطراف الضعيفة أو بسبب التعسف في إستعمال السلطة[1].

وبقليل من التعمق في أحكام قانون المستهلك سنلاحظ تأثير التضامن بشكل واضح على مستوى الجزاءات التي أقرها المشرع على غرار أحكام عقود الإستهلاك[2]، فالأمرلا يتعلق بالبطلان كجزاء كلاسيكي، بل بالمفاهيم التضامنية التي تم إدراجها في قانون الإستهلاك، فالطبيعة الآمرة لقواعد هذا الأخير، وتكييفها بالنظام العام ملحقة بنص خاص يرتب عن إخلال بهذه القواعد جزاءا جنائيا وإداريا، وهذا مندرج في العديد من نصوص قانون 09-03: منه حظر وضع مواد غذائية للإستهلاك بكمية غير مقبولة وإلزامية، توفير الأمن في المنتجات، وكذلك الضمان والخدمة والعقوبات المقررة في حالة الخداع والغش[3]. كما أن تكريس مبدأ المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام بالأمن من المنتوجات المضرة والخطيرة هو إنبثاق مباشر عن مبادئ التضامن العقدي[4].

لأنه في مواجهة مجموعة من المستهلكين لابد من منظومة قانونية التي يحتكم إليها من المنتجين والموزعين مما ألحق الضرر بالأشخاص أو الأموال في نظر قانون الإستهلاك، فيه ما يمس بشفافية العقد الإستهلاكي مهما كان (كنظرية العيوب الخفية)، وهو أيضا إبعاد المستهلكين عن اللاتوازن الذي أحدثه

---

[1] Garello (P), op.cit, P 37.

[2] كما هو الشأن بالنسبة لعقود القرض الاستهلاكي التي لا تعرف تطبيق أحكام القانون المدني إلا عموما ونادراً ، في حين أن اللاتوازن بين توجيهات المحترف ,وتأثيره المباشر وضيق الوقت لدى المستهلك في إتخاذ قرار حر مدبر فيه ,غير أن المشرع أحسن الفعل في هذا النوع من العقود عندما فرض مرحلتين لإبرام العقد أحداهما للعرض و الإيجاب و أخرى للقبول ,وذلك فقط لتحسين تعادل العلاقة العقدية اللامتساوية، أما قانون حماية المستهلك ,فقد جاء في سياق عام في المادة (20) ليعبر عن روح تضامنية، و إضفاء حسن النية على مثل هذه الممارسة ، طبعا في إطارها الخاص "دون الإخلال بالأحكام التشريعية السارية المفعول يجب أن تستجيب عروض القرض للإستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق و طبيعته، و مضمون، و مدة الإلتزام، و كذا آجال التسديد، و يحرر عقدا بذلك ، تحدد شروط ، و كيفيات العروض في مجال قروض الإستهلاك عن طريق التنظيم",قانون 09-03 الموافق لـ 2009/02/25. والمتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

[3] انظر المواد (4) الى (5).

[4] ولعل القضاء الفرنسي هو ما دعم الطابع الإجتماعي للإلتزام بالامن و كرسه صراحة مقارنة مع التنظير الفقهي الضمني القائم .

« Que le professeur Veng (G) a écrit : « depuis l'arrêt du 17/01/1995 ,la cour de cassation a rendu d'autres décisions, par les quelles elle a maintenu ses positions antérieurs ,en soumettre la victime d'un dommage corporel, causé à l'occasion de l'exécution du contrat ,assorti d'une obligation de sécurité de moyens ,à allusion « au fait de la chose » ,que pourtant avait pu être invoqué dans ces différentes , espaces on peut donc se demander si-sur ce point l'arrêt du 17/01/1995,a bien la porté qu' on lui a prêter … »,Viney (G) rapport de synthèse du colloque de Chambéry ,Gaz de pall 21/09/1997 p,43,voir dans ce sens Mazeaud (D). le régime de l'obligation de sécurité ,G.P. 1997-2. doct. p,29.

سوق ليبرالي يتميز بهيمنة المحترفين، ومع ذلك تبلور قانون المستهلك مثله مثل قانون العمل فرعا مستقلا من القانون مما يعبر عن "إرساء هيمنة إجتماعية على إقتصاد السوق وليس على هامشه"[1].

وهذه دلالة واضحة على الصفة الأخلاقية للأعمال[2]، فرض فيه قانون الاستهلاك على الجميع حيث تمارس الدولة توجهها الإقتصادي لفائدة الصالح العام للمستهلكين ، وتأثير المبادئ التضامنية على العقد كما رأينا ساعدها فقه سياسي بأخلاق عقدية ثم إنتشار ظاهرة "إجتماعية القانون" وتزايد الصنعة القانونية نحو تشريع صناعي أو إقتصادي عموما تجاوزا لمنطق القانون المدني هو الذي تطلب التفرع المباشر في التيار التضامني[3]، ولم تعد كلاسيكية التضامن العقدي ما يفرج عن أزمة العقد بل تضامنية العلاقات العقدية في العالم الإجتماعي هي التي أسهمت في إحياء وإعادة تجديد روح التضامن العقدي[4].

الفرع الثاني: صور خدمة التضامن للعدالة العقدية

صححت فكرتا اللامساواة والتبعية اللتين خيمتا على مفهوم العقد وعوضتا بالحتمية الأخلاقية التي تتضمن الحفاظ على قدر من العدالة العقدية، والتي تكتمل بدون تنميق للسياسة التشريعية للحماية الفردية للعقد، وفحص القانون الوضعي يظهر في مختلف مظاهر تدخلات ووظائف التضامن العقدي، لأنه بالدرجة الأولى مبدأ لمعالجة أوضاع لا متوازنة يراعي فيها مصلحة المتعاقدين، ومعه تطوير الإطار العلاقاتي فيما بينهما لتذويب اللامساواة الطبيعية أو الداخلة على إبرام العقد (**أولا**) تجنبا لأي منهج سلطوي عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه (**ثانيا**).

أولا: التضامن معالجة للاتوازن العقدي

إن اللاتوازن القائم بين المتعاقدين[5]، هو ما يدفع إلى إستخدام الرقابة على مصالح المتعاقد، نظرا لإمكان تغييبها لسبب داخلي أو خارجي عن العقد، وهذا ما يجعل – التضامن نفسه- وسيلة ناجعة تفتح

---

[1] Jamin (Ch). Plaidoyer pour le solidarisme ..."op.cit., p ,71.

[2] oppetit (B), Ethique et vie des affaires, mélanges offerts à André colomer, litec, Paris 1997, P 109 et s, l'auteur décrit que: "lors de la formation du contrat, la loi jurisprudance assurent le respect de ce principe éthique de deux manière: d'une part en sanctionnant, au besoin penalement les tromperie manœuvres et autres procédés qui altérent l'intégrité du consentement d'un contrat, confirmant ainsi la célébre analyse de ripert sur le caractère ùmorale de la théorie des vices du consentent, d'autre part, en veillabt au respect de la parole donnée et en attachant une efficacité juridique à des engagements non tenu que les parties avaient pourtant déclaré placer en dohors du droit , tels des accords", souscrits "sur l'honneur" ou sur le seul plan moral…"

[3] Jamin (Ch), Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Art précitée, P 445 et 446. voir aussi Chaniel (Ph), Renouer les fils de l'alliance, Art précité, P 51 et s.

[4] Radé (Christophe),le solidarisme contractuel en droit du travail : mythe ou réalité ?. in solidarisme contractuel myth ou réalité, op ,cit , pp , 75et 76.

[5] الأصل الإجتماعي للعقد، هو ما يفسر العودة إلى الإرادية التي أسست عليه التوازن العقدي،

Terre (F), Simler (PB), Le Quette (Y), Droit civil, les obligations, Op-cit, P30.

المجال لصيانة العقد من الفسخ[1]، بحيث يراعي إعتبارات الحفاظ على إقتصادية العقد في غالب الأحيـان[2]. كما أن التضامن العقدي يتيح بتصحيح أوضاع لا متوازنة راجعة إلى تغير الظروف التي تتدخل عند تنفيـذ العقد وتهدد مستقبلا إرادة الأطراف، حيث يفرض المتعاقد المهيمن عقدا فيه بنود تتعلق بإعادة التفـاوض، رغم كونه متوازنا مبدئيا إلا أن تنفيذه هو الذي يصبح ضارما وغير عادل بالنسبة للمتعاقد التابع له بشرط من الشروط أو وضع من الأوضاع.

وقد عرف تطبيق التضامن العقدي بشكل واضح بمناسبة **قـرار** (03 نـوفمبر 1992) للغرفـة التجارية الفرنسية حول مسؤولية شركة بترولية عن الوضع الناتج عن تعديل أسعار المواد البتروليـة مـن جانب السلطات العمومية عن وسائل مواجهة المنافسة والصمود في السوق[3]، مما نجم عنه رفـضها إعـادة التفاوض في بنود العقد، وبالتالي إقصاء المتعاقد الآخر في حق العمل بأسعار تنافسية، مما جعل محكمـة النقض الفرنسية تقرر عدم تنفيذ العقد بحسن نية [4].

وفي هذا الإطار يمكن التأكيد على معيارية التضامن العقدي، في مـسألة تنفيـذ الإلتـزام بإعـادة التفاوض، بإعتبارها تطبيقا لها، والتي تفرض عادة على المتعاقد عندما تمس مصلحته المشروعة أو صموده في السوق بسبب الصرامة العقدية التي تصبح غير ملائمة نتيجة طرإ ظروف اقتصادية جديدة وغير واردة منذ إبرام العقد، وتفسير ذلك يرجع إلى عدم جدوى مبدإ القوة الملزمة التي تعيق أي فرصة للتعديل القضائي مما يفتح المجال نحو دواعي التضامن التي تستدعي تعمد إلى إنقاذ المتعاقد من كارثة إقتصادية بإسم حسن النية "مدعما بالتضامن"، الأمر الذي يفرض فعلا مراعاة مصلحة المتعاقد وبالتالي إعادة التفاوض[5].

---

[5] arrét cass ,com,du 22.10.1996,rev ,contrats ,conc,conson , et commer . n° 24 et dans les observ du Leveneur (D) ,1997,Cohen (D).RTD.civ .notre ,418, et R .T.D , civ ,2001,p,475.

[2] هذا و يذكر في قضية (Chronopost) عندما قررت محكمة النقض بعدم كتابية الشرط المحدد للمسؤولية في العقد بالنسبة لشركة (Chronopost) ، لأن تطبيقه يقصي عن الموزع أي مصلحة أو فائدة في العقد ,وذلك بإلغاء محل الإلتزام الأساسي للناقل.

-[3] قرر بهذه المناسبة قرار محكمة النقض في 2000/02/15 حول عدم الإقرار ببند التجزئة في عقد التمويل الايجاري الذي يكره المستأجر في التمويل على تنفيذ القرض دون الحصول على فائدة من وراء فسخ العقد المبني على فائدة اقتصادية غيـر متجزئة و قانونية غير قابلة للقيمة .

- arret, cass, com, du 15/02/2000.n°364.et les observations Delebeque(Ph) .Défrénois. 2000 ; 1118. Mazeaud. (D). RTD. civ. 2000 .325 .

[4] Voir rev-cont ,conc ,conson,1999,comm ,n°56 et les observation du Malaurie –Vignal (M) Déferions ,1999,n°371,Mazeaud,(D). JCP .1999,(I) ,143. "la chambre commercial de la cour de cassation dans son arrêt du 24/11/1998 à adressé à un mandant qui informé des difficultés recontrées par son agent commercial en proie à la concurrence de distributeur, parralléles, n'avait pas pris de mesures pour lui permettre de pratiquer des prix concurrentiel. »

[5] Voir l'art (6-111) du code européen du contrat, « les partie ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adaptation leur contrat (...) si son exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances » .

إن تأسيس القواعد القانونية على فكرة التضامن تعبر عن التوفيق والجمع بين الإحساس بالتـضامن والإحساس بالعدالة[1].

ارتبط امتياز واجب التضامن – بالجانب العملي – وبواجب الأخوة بين المتعاقدين بتلك القيمة التي دافع عنها الفقه وإعتبرها من مستلزمات قانون العقود المعاصر على شاكلة "تأشير عقدي جديد"[2] أصـبحت تتطلبها فكرة العدالة العقدية[3].

صحيح أن التضامن من ضرب المساس الواضح بقوام الأمن القانوني للعقد[4]، ولكنه ارتقاء إلى عالم عقدي أحسن[5] بواسطة طموح مناسب لضمان إستقرار العقود. وإن في إستدعاء الأخلاق العقدية والعدالة هو ما يؤدي إلى "فضيلة تضامنية"[6]، بل إن مفهوما "كحسن النية" غاية مناسبة لتحويل سبب الإلتـزام إلـى أداة ممتازة في الرقابة على توازن الالتزامات[7]، والقول بغير ذلك إنكار لروح الأخلاق العقديـة، ومثلـه إنمـا رفض للتضامن العقدي في القرن (21)، مما سيذكرنا برفض تعويض ضحايا حوادث العمل آنـذاك فـي القرن (19) تحت منطق المساواة في الحريات بين العامل ورئيسه في العمل[8]. وقد لاحظ الأسـتاذ **Diuex (X)** بأن تأسيس القوة الملزمة للعقد على فكرة إحترام المساهمة المشروعة للغير في المنفعة الإتفاقية هـو ما يشكل إحدى فوائد تفسير الآليات الفعالة في قانون الإلتزامات[9]، ولا يوجد عندئذ مجال لطرح مزدوج عن

---

[1] انظر لما جاء في تفسير العميد (Duguit) في نظريته للوضعية الاجتماعية ,سليمان مرقس محاضرات فلـسفة القـانون، المرجع سابق ص ص221 ,و ماييليها .

- Ai-thu-Dang, « les conceptions de la justice sociale, quelques développements en économie ». In. Socialisation juridique et conscience du droit….."op,cit , pp,212,et,pp,217-220.

[2] Mazeaud (D), Loyanté, solidarité, fratérnité. la nouvelle devise contractuelle , op.cit ,pp ,603 et ss. et cette « nouvelle devise» de tendre bientôt vers un nouvel ordre ", voir dans ce sens , Mazeaud (D) ,dans son article , « nouvel ordre contractuel »,Rev.des contrat ,2003,pp,295 et ss ,

[3] « C'est l'avènement d'un monde contractuel meilleur », Terré (F) Simler (Ph), et Le Quette(Y). droit civil , les obligation, op.cit, pp,41et Ss , et aussi , Chazal(J-D),les nouveaux devoirs des contractant ,est on-allé-trop loin ? . in "la nouvel crise de contrat " ,op ,cit , p ,99.

[4] Mazeaud (D) ,"loyanté ,solidarité ,fratérnité …" op ,cit,p,603 ,et Thiberge –Guelfucci(C) " libre propos sur la transformation du droit des contrat " RTD ,civ 1997 ,pp,357 et ss, comme aussi Ghazal (J-P) " théorie de la Cause et justice contractuelle",JCP.1998.(I) 152.

[5] Mazeaud (D) ,"loyanté ,solidarité ,fratérnité …" Art précitée,p, 609 .

[5] و بميراث فقهي يشجع بالإلتزام العقدي على مراعاة الأخوة مع المتعاقد الأخر ، أي الدائن, (Demogue)

[7] أنظر ما سيتم تحليله في الفصل (الأول) من الباب من الأطروحة .

[8] Jamin (Ch)" plaidoyer pour le solidarisme ….."op ,cit, et "le procés du solidarisme contractuel". Bréve répliqué.in « le solidarisme contractuel »,(Sous la dir) Grynbaum (L) ,et Nicolod (M) .économica ,coll. ,études juridiques .T .18.2004.p.159.

[9] Ibid, déjà Ripert a considèré « que la croyance en notre droit peut être simplement l'expression de notre désir de domination ou notre besoin de jouissance , la croyance au droit d'autrui peut étre le résulta d'une absurde soumission . Croire n'est rien si l'objet de la créance ,n'est pas vérité (…) la confiance est injustifée si –elle n'est pas légitime(….) ,à la régularité d'un acte et la croyance(…) à la moralité d'une activité », Ripert (G) la règle morale dans les obligation civiles , LGDJ ,4é Ed ,1949,p,290.

أمن تعاقدي (ذاتي أو موضوعي) بمعارضة دواعي العدالة العقدية، وإنما هناك مجرد تعارض جوهري بين الأمن العقدي والعدالة عندما يتم إعتبارها غاية للقانون بسبب ما تعرضه فكرة التوازن الوسيطة بينهما.

يعتبر مبدأ التضامن العقدي بذلك من أهم الحلول التشريعية والقضائية لقانون الإلتزامات المعاصر وتطويرا لفكرة العدالة العقدية في مواجهة إحترام الكلمة والإرادة المحضة ساعده في ذلك طموح في الفقه التضامني، وشكله برنامج ومخطط عام صوره الأستاذ **M.Seriaux** بأنه "سبب للتوازن" ومرجعيته لن تخرج عن حسن النية الواردة في المادة **1134** والتي تقابلها م 107 ق.م.

ولأن التضامن هو ملائمة الإلتزامات العقدية مع البيئة الإقتصادية، وهو تصور يتعارض مع الفلسفة الليبيرالية التي تستند إلى إحتواء المتعاقدين للإلتزامات العقدية على حساب الإعتبارات الأخلاقية، وتدخل القاضي، والبحث ما وراء الإلتزامات.

ثانيا: التضامن بين تكوين العقد و تنفيذه مواجهة مساعدة على اللامساواة العقدية

التضامن في مرحلة تكوين العقد مسألة تتعلق بـ"المصالح"، مما يدفع إلى التساؤل عما إذا كان الوقت المناسب يرجع إلى المتفاوضين للدفاع فرديا كل عن مصالحه الخاصة أو أنه يترك لتقدير كل طرف لمصالحه ؟.

في الحقيقة يشكل التضامن بعدا آخر، حيث يعبر عنه بـ"مستدعيات التعاون الإجتماعي التي تنبثق عنها "طاقة خلاقة" لروح فردية وإجتماعية" على حد تعبير الأستاذ "Demogue"[1].

ولعل التمييز بين إبرام العقد وتنفيذه يستند إلى فكرة إعادة التوازن العقدي على ضوء قصور القانون المدني في إنفاذها بشكل مستمر ودائم، مما يبرر تدخل القاضي عن طريق الإستعانة بمبدأ التضامن لما يمكن أن يسهم به من إثراء وتغذية لعناصر تكوين العقد بعناصر مستعارة من تنفيذه.

ولعل إثراء تكوين العقد ما هو إلا ثمرة عمل قضائي جد معروف، فقرار "Chronopost" الذي أخرج نظرية السبب من صورتها المعهودة بمجرد القضاء بجزاء على بند محدد للمسؤولية، والذي لم يكن كذلك إلا بواسطة التمييز بين ما هو معروف كإلتزام لا تعهد، وبين محل الإلتزام لا نطاقه، بيد أن هذا الأخير ليس مجرد مفهوم مثغَر، فهو يكشف حقيقة تكوين وتنفيذ العقد بتقدير حقيقة الإلتزام العقدي، في حين أن محل الإلتزام هو ما يتعهد به المدين شكليا وقت تنفيذ العقد فقط، مما يمكن إخراجه من جوهره، ويصبح التنفيذ عندئذ محتويا للتكوين لا لأمر "إلا لأنه لا وجود لإلتزام حقيقي دون خطر". ومثال ذلك، أن محكمة النقض الفرنسية غالبا ما راحت تفحص بإسم "نظرية السبب" في شرط عدم المنافسة، وإعتباره متناسبا مع محل العقد أو المصالح المشروعة الواجب حمايتها[2]. وفكرة السبب هي ما تفسر هنا التطور المعاصر

[1] Demogue, qui n'hésitait pas à écrire des 1907 que "le contrat est respectable en fonctions de la solidarité humain" cité par: Jamin (Ch), Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Art précitée, P 442.

[2] l'arret de c.cass, com ,du 04/01/1994 ,note de Serra(Y). et du c.cass, civ, du 15/05/1999 bull, civ,n°1 rep, Défrinois 1999 ,art 37041 .N° du Mazeaud (D).

لمفهوم التضامن الإجتماعي، فلولا دورها كأداة للعدالة العقدية لما أصبغ عليها الطابع الذاتي أكثـر فـأكثر، ومن هذا المنطلق يستلزم ترسيخ ضرورة إحترام مصالح المتعاقد الأخر، بحيث لا يجب إقصاؤها بالطرق غير المشروعة ولا بغاية المنفعة، وإنما يتعين القبول بلجوء القضاء إلى فحص صحة العقد علـى ضـوء إعتبارات منبثقة من تنفيذه متى إستلزمتها الدواعي المنبثقة من عقد يمثل للأطراف عملا مشتركا.

يفسر عدم إقتصار القضاء على جزاء تقليدي كبطلان العقد، ولكن هناك البطلان الجزئي أو تقريـر البند شفويا الذي يكفي لتأسيس حالة عدم التوازن العقدي[1].

مما يجعل مسألة تكوين العقد محل إثراء بمجرد تحديد مضمون الإتفاقية بواسطة نظريـة الـسبب المجددة جزئيا مثلا، والمندرجة ضمن تنفيذ المصالح المشتركة للأطراف[2] حيث يمكن تبرير إسناد تكـوين العقد على "تضامنية تنفيذه" إلى حالة تحديد الثمن المثراة قضائيا.

والوضع هنا يشار فيه إلى قرارات الغرف المجتمعة في 01/ 12/ 1995 بشأن عدم تحديد السعر في (عقود الإطار) وعدم إعتباره سببا في عدم صحة هذه العقود، وأن التعسف في تحديده يرتب فقط فسخا أو تعويضا عن الضرر الناتج". وعلى إثر ذلك، راح القضاء يربط هذا التعسف بالتضامن العقدي كأسـاس للجزاء على خرق وإنتهاك حق التحديد الإنفرادي للسعر بموجب ما تتطلبه الوظيفة الإجتماعية[3] وما تـسمح به الظروف للمتعاقد الأخر من مواجهة فوائد المنافسة.

ولعل الأمر يجعل فعلا من مفهوم "تكوين العقد" ذاته محل تغيير منظورا إليه كمظهر من مظـاهر التضامن الإجتماعي.

ولأن المتعاقد يسعى على سبيل التنافس للدفاع عن مصالحه[4]، فإن التضامن العقدي مؤسسة تحفـظ عدم خروج هذا التنافس والإنفرادية عن إطارها[5].

المطلب الثاني: تكريس مبدأ التناسب في خدمة العدالة العقدية

لا يشكل تعريف مبدأ التناسبية أمرا صعبا، فالعقد تناسبي متى كان الطرف المتعاقد متلقيـا لمقابـل معادل لما منحه في الشروط العقدية، مما يستنتج منه معنى مزدوجا حسب الإصطلاح القانوني[6]. فمن جهة

---

[1] Jamin (Ch). "plaidoyer pour le solidarisme contractuel «, op, cit,.pp.420 et ss.

[2] dans ce sens Jamin (Ch) ,Capitant (H) et Demogue (R) ,in « l'avenir du droit » . Mélanges en hommages à François Terré.Dalloz .PUF.éd . (De) Juris Classeur, 1999, p,125 et ss .

[3] Jamin (Ch),"plaidoyer pour le solidarisme contractuel " op, cit.pp.442.

[4] وهذا على خلاف ما يراه العميد Carbonnier أنه لا يمكن أن يتحول العقد على زواج، فالعقد ليس مظهرا من مظاهر التدين ولكنه وسيلة لتحقيق أغراض ذاتية وخاصة تختلف مع مصلحة المتعاقد معه.

Carbonnier (J), les obligations, T4, op-cit, N°113.

[5] Mazeaud (D), loyauté, Solidarité, Fraternité la nouvelle devise contractuelle ?, Art precitée, P603.

[6] Voir le vocabulaire juridique, Capitant (H), par le Doyen Cornu (G), PUF. 2000.

يعبر عن "علاقة رياضية (حسابية) قائمة"، ليتسع في معنى آخر إلى"قياس عادل أو مبدإ للملائمة أو الإعتدال".

ونظرا لأهمية تكريس هذا المفهوم في قانون العقود كقانون الإستهلاك الذي تظهر فيه أوضاع اللاتوازن القائمة بين المحترف والمستهلك، يصبح هدف مبدأ التناسبية إعادة للتوازن العقدي الذي يمثل جهدا مضافا للمشرع في توفير تناسبية حمائية للطرف الأضعف في عقد يفترض فيه هذا الوضع، أو قانون الشركات الذي يكرس فيه المشرع تلك القاعدة في إطار قسمة الأرباح وتوزيع الخسائر بإلغاء البنود التي تمنح قسمة أعلى من الحصة الموجودة، وقبل كل شيء نجد القانون المدني يعتمد في نصوص عديدة مبدأ التناسبية، مثلما يتعلق الأمر بفرض تعويض متناسب مع الخسارة الحقيقية التي تلحق الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه العقدي. كما يعبر عن ضرورة حماية كل من العدالة والمساواة العقديتين بواسطة قيم تتبادل فيها الأطراف فيما بينها المنافع على أساس متعادل[1].

وترتب الآثار المنتظرة من الأطراف ما تقوم على مبدأ التناسب ذي الطابع المزدوج من حيث كونه أداة لضمان التوازن في العقد **(الفرع 1)** والذي يفضي الغوص في مفهومه ووظيفته إلى توسيعه كمعيار مساعد لتحقيق العدالة العقدية (**الفرع 2**).

الفرع الأول: التناسبية كتقنية لإعادة التوازن العادل

معرفة تقنية لمبدأ التناسبية المعتمد تكريسه لإعادة التوازن في العقد، مقترنة بالنجاح الذي حققه إدماج المفهوم الموضوعي لمعناه (**أولا**)، ونظرا للعناصر التي قد تحيط بتعريف هذا المبدأ إستدعى الأمر من جهة أخرى إرساء العلاقات التي تربطه مع مفاهيم مجاورة تجعل منه مفهوما تابعا يسهم معها في الكثير من أجل العلاقات التعاقدية في حال إختلالها (**ثانيا**).

أولا: التناسب الموضوعي طرح عصري لتوازن العقد

عند الحديث عن النظرية العامة للعقود أول وآخر ما يلفت فيه النظر ذلك الفشل الذي ساد النظرية في التخفيف من صرامة القوة الملزمة للعقود غير المتوازنة، والذي غيب فيه على الأرجح مبدأ عام للقانون، خاصة بسبب ثبات وعدم تغير المؤسسات الكلاسيكية للعقود (كالسبب، التعسف في إستعمال الحق، حسن النية وغيرها...)، والتي تفضل حماية أمن نقل الحقوق على التوازن العقدي، أو السعي إلى الحفاظ على التناسب الذاتي المراد من أطراف العقد، حتى ولو تسبب في لا توازن فاضح في الحقوق والإلتزامات[2]، أي بمعنى خيِّم على الطرح الكلاسيكي لنظرية العقد عدم الإعتبار لتناسب مساو ومتوازن، مما تطلب تدخلا من المشرع المعاصر والقاضي لدعم التناسب الموضوعي[1].

---

[1] Ghestin (J), la formation du contrat, op.cit. p.170.

[2] وذلك راجع لهيمنة الحرية على مرحلة تكوين العقد، والتي تترك للأفراد حرية تحديد مضمون العقد من ناحية، أو التمسك بمبدإ الأمن القانوني في مواجهة حرية إلغاء العقد من الأطراف، أو طلب ذلك من القاضي من ناحية أخرى، راجع في هذا

والتناسب الموضوعي يتضمن في قوامه "تلك العلاقة الرياضية الدائمة"، والتـي تـسمح بإسـتخدام التناسب كغاية لتبرير هذه القاعدة، ويصبح الحل عندئذ: سهلا: "كل عقد متوازن في البداية، سيكون كـذلك في النهاية"[2]، ولهذا نجد المشرع يتدخل لغرض رقابته السابقة (a priori) على التناسب، أما القاضي فيسعى لفرض إحترام التوازن الموضوعي.

أما من جهة ثانية، فيمكن إدراج "القياس العادل أو مبدأ الملاءمة والإعتدال" في مضمون ملمـوس للتناسب، حيث يسمح بتحقيق فكرة المقياس العادل تحت طائلة ملاءمة الوسائل المـستعملة مـع الأهـداف المتبعة، وهذا سيسمح للقاضي في هذه المرة بممارسة رقابته على إرادة الأطراف تحت سـياق الإسـتعانة "بحسن النية، الإنصاف، ولما لا الرقابة على التعسف في إستعمال الحق"، بحيث يتمكن من التدخل للتعـديل أو مراجعة العقد...إلخ، وتصبح هناك رقابة لاحقـة (a posteriori)، علـى التناسـب، ومـع الـوجهين المنفصلين عن إرادة الأطراف، يتأسس التناسب الموضوعي الذي أصبح مفيدا لعصرنة التوازن العقدي.

ولقد دفع تنظيم العقود من حيث التكوين أكثر من المضمون على التخلي عن دور التناسب الـذاتي المؤسس على إرادة الأطراف لصالح التناسب الموضوعي الذي يمليه القانون[3]، ولعل الإعتبار هذه المـرة لإرادة المشرع كان له ما يبرره في ضرورة التخفيف من اللامساواة بين المتعاقدين والتي عبر عنها العميد (**Carbonnier**) "كخاصية من خصائص العقد في حياته المعاصرة، والتي تسمح بتمييز كهذا أين لم يعـد القانون المتعصب (التقليدي)، يرى سوى شخصين من نفس الطبيعة، بل هناك طـرف قـوي إقتـصاديا، وطرف ضعيف إقتصاديا"[4]. ولأن المساواة حقيقة إجتماعية لا يمكن إنكارها في غياب تدخل تشريعي يؤدي بالضرورة إلى توازن عقدي.

وإذا لاحظنا الكثير من النصوص القانونية ذات الطبيعة اللامساواتية، لوجدنا أن المـشرع يفـرض تناسبا موجها لضمان توازن غير قابل لتهيئة العقد، وذلك بالنسبة لإلتزامات الأطراف التي يفتـرض فيهـا التعادل منذ قيامها وهي مطابقة للقانون، بيد أن المناسبة هنا هي التي تسمح بـ "التفتح على مبدأ التناسـب

الشأن، محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات العقد، تونس، مطبعة الوفاء 1997، ص 67 وسامي الجربي، تفسير العقـد، مركز النشر الجامعي، 1999، ع 339 ، ص422.

[1] Mazeaud (D), « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat » .petites affiches, 30 Septembre, 1998. N° 117. P.12.

[2] Behar (Touchais)(M) , Rapport introductif, (in) – existe –t-il un prinicpe de proportionnalité en droit privé ? – Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de Paris V. Coll. Du 20/30/1998. Publié aux petites affiches, 30/09/1998.

[3] Pour plus de détail, voir Molfessis (N), le principe de proportionnalité et l'exécution de contrat, petites affiches du 30/09/1998. N° 117. P. 21.

[4] Carbonnier (J). Flexible droit, L G D J. 1992, P.209.

الموضوعي غير المستفيد من الشرعية التي يمنحها التناسب الذاتي، بل إنه تناسب منفصل عن الإرادات ومخصص للتوقع العقدي"[1].

ولعل مركزة مستلزمات الأمن العقدي جنبا إلى جنب مع تطور إبرام العقد، هو الذي يغير من طبيعتها من: موضوعية، ومصدرها حماية طرف معين-أحيانا يعد الأكثر قوة- إلى ذاتية تسمح بحماية الطرف الأضعف، مما يضيق من حرية الأول من أجل مساواة عقدية أكثر[2]. وهذا ما يجعل حركة التغير بين دواعي الحرية والأمن متدرجة تحت هدف آخر، ألا وهو العدالة العقدية للإنقاص من اللاتوازن ومواجهة اللامساواة بين المتعاقدين، حيث يكون المشرع الفاعل الأول لإنجاح فرض التناسب على مفاهيم العقد الكلاسيكية، فيستطيع السيطرة عليها وتوجيهها طيلة حياة العقد، وتصبح السيرورة العادية للعقد في توجيه حياة هذا الأخير بواسطة العدالة والتناسب الموضوعي إتجاها أكثر عصرية للعلاقات العقدية.

وقد عبر في هذا السياق الأستاذ "**Molfessis**" عن "إمكان تصور إنفصال ذلك المستوى الذي آل إليه تطور الرقابة على التناسب العقدي بشكل موضوعي في سمو سلطان الإرادة في نظام قانوني متميز برقي وهيمنة الحرية العقدية، مع الإشارة إلى ضرورة أن يتم البحث في التوازن العقدي وهو يتعارض مع إرادة الأطراف، ويجعله مركبا وغريبا.

بيد أن مبدأ الرقابة على التناسب يعمد إلى ربط الوصل مع هذه الإرادة على شاكلة الربط بين الظروف المتبادلة في العناصر الذاتية والموضوعية المكونة للتصرف القانوني.

ولعل إهتمام الفقه المقارن، وبالخصوص القانون الفرنسي[3] بمبدأ التناسب يجد تكريسه بشكل معتبر في مختلف المؤلفات[4] حيث ساعده على إظهاره كأداة وتقنية لإعادة التوازن في وضعية غير متوازنة، وكأنها إستعارة للمهمة المسندة إلى مبدأ الإنصاف[5] ،والتي تجعل منه أداة في خدمة القاضي للرقابة على ميزان مصالح الأطراف المتعاقدة[6].

وهذا ما يستتبع فكرة تكريس المشرع لهذا المبدأ صراحة أو ضمنا، كلما كان في اللجوء إليه إمكانية محبذة لحفظ أو ضمان العدالة في العقد، وإلا ما الذي يفسر إدماج الحل التناسبي في العديد من نصوص

---

[1] - Lécuyer (H), le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, petites affiches 30 Septemebre 1998. N° 117. P.37.

[2] Thibierge- Gueflucci(C), libres propos sur la transformation du droit des contrats, Art précitée. P.376.

[3] Mazeaud (D), le principe de proportionnalité et la formation du contrat », op cit. . 13 et Gac-Pech. (D). « La proportionnalité en droit privé des contrats ». op. cit .

[4] la note d'exemple, colloque organisé, en France à ce propos « existet-il un principe de proportionnalité en droit Privé, petites affiches, 30/09/1998. n° 117.

[5] Rebai (A), le principe de proportionnalité et le droit de consommation », in Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Hlima. Tunis. OPU.2005.PP.969 et ss.

[6] Albiges (Ch), de l'équité en droit privé, L G D J , 2000. n° 246-P.189. Selon « lui le principe est apprehendée comme un guide, un outil au service du juge qui procédé à une pèsee des intérêts ».

القانون المدني، كما جاء من أمثلته: في المادة **477** ق.م بشأن تسليم العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للإنتفاع، حيث يمنح المستأجر حق الخيار في "طلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، بقدرما ينقص من الإنتفاع مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال" ونفس الأمر بالنسبة للمادة **481** ق.م في حالة هلاك العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار –جزئيا-" أن يطلب –أي المستأجر- حسب الظروف إما بإنقاص بدل الإيجار أو فسخ العقد ..." وكذلك المادة **489** ق.م، عند مسألة وجود عيب يتحقق معه الضمان، "بأنه يجوز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الثمن...." وحتى ولو قام بإصلاحه على نفقة المؤجر "لا تكون نفقة باهضة عليه".

من خلال النصوص الواردة في عقد الإيجار يكتفي المشرع الجزائري بعبارة "**حسب الظروف**" أو "**بقدر ما**" للدلالة على مبدأ التناسب الموضوعي، وهو على نفس المنوال الذي سبقه إليه المشرع الفرنسي[1]، لولا أن المشرع التونسي على سبيل المثال راح ينص صراحة على هذا المبدأ في نفس السياق بعبارة "متناسب"[2].

في حين أن النصوص المتعلقة بعقد البيع لم تنص حتى بعبارات دالة على مبدأ التناسب، مكتفية بالإشارة إلى المعايير التي يستند إليها هذا الأخير، مثلما يتعلق الأمر بمعياري التوازن أو التعادل[3] في غالب الأحيان[4]. وذلك بالإستناد إلى علاقة المواءمة بين الوسيلة المستعملة والهدف المقصود[5].

على أن تحقيق التناسب من القواعد التي تم تكريسها من خلال تمكين المؤمن الإبقاء على العقد في مقابل قسط أعلى يقبله المؤمن له متى تحقق المؤمن قبل وقوع الحادث أن المؤمن له أغفل شيئا أو صرح تصريحا غير صحيح المادة 1/19 من الأمر 95-07، كما يمكن للمؤمن أن يخفض التعويض في حدود الأقساط المدفوعة فعلا مع تعديل العقد متى تكشف له أن المؤمن له صرح تصريحا كاذبا عند وقوع الحادث المادة 2/19 من الأمر 95-07[6].

وإذا ما إرتبط مبدأ التناسب بمبدإ أوسع منه نطاقا كالإنصاف، لاحظنا إرتباطهما تباعا (ذاتيا وموضوعيا)، عندما يعتمد على مبدإ التعويض الدقيق عن الأضرار التعاقدية، حيث يطبق معها المساواة ويرتقي نظام التناسب في هذا السياق إلى مستوى أداة للقياس[7] في خدمة الإنصاف، يحوز فيها مضمونه

---

[1] أنظر بالمقارنة للمواد (1722) و (1729) و (1736) على سبيل المثال من القانون المدني الفرنسي.

[2] أنظر بالمقارنة المواد 749 و 764 من قانون الإلتزامات والعقود التونسي.

[3] أنظر المواد 366-370، 375 وغيرها من القانون المدني الجزائري، ومثله القانون المدني الفرنسي (م 1638) وما يليها.

[4] أنظر بالمقارنة المادة 363 و365، ق م ج.

[5] dans ce sens Behar – Touchais (M), Rapport introductif op,cit. P.9.

[6] من أمر 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 معدل ومتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالتأمينات.

[7] Le Gac- Pech (S), la proportionalité en droit privé des contrats, op cit. P.45.

على"مفهوم يسمح بتقدير وضعية ما لتحديد وضعية أكثر مطابقة لضرورات حالة خاصة[1]، مما يضعهما في مجال أضيق[2].

ومثل هذه النظرة العصرية تحتد أكثر عند إعتبار مبدأ التناسب تقنية لتبيان النوعية المعقولة للعلاقة التعاقدية حسب خياراتها، والقيمة المالية لتلك العلاقة[3]. كما هو الحال بالنسبة لحظر الممارسـات التعاقديـة التعسفية من طرف قانون الإستهلاك، والتي من بين صورها أخذ حقوق و/ أو إمتيازات لا تقابلهـا حقـوق و/أو إمتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، "رفض حق المستهلك في فسخ العقد" أو تهديد المستهلك بقطـع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة أو غيرها فـي هـذا المجال (المادة 29) من قانون (04-02)[4].

كما أن النص المتعلق بالتمويل الإيجاري يفرض على: "المؤسسة المقرضة المصرف عـدم قبـول تعهد (كفالة) من شخص طبيعي إلا بعد التحقق من تناسبها وأمواله أو عائداته[5]"، في حين أن الوضع يبـدو أكثر تعقيدا لكنه منطقي بالنسبة لعقد التوزيع الحصري الذي يحظر فيه كقاعدة عامة "إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي ..."[6]، لكنه يعود ويستثني من هذا الحكم "(...) السلع التي تم التموين منها أو يمكن التموين منها من جديد بسعر أقل، وفي هذه الحالة يكون السعر الحقيقي لإعادة البيع يـساوي سـعر إعادة التموين الجديد...."[7]. وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن التناسب المأخوذ به هو تناسـب فـي الإلتزامات المتبادلة بين الأطراف كما يتطلبها التوازن العقدي، وإحترام القيمة المعادلة بدقة"[8].

ثانيا: التناسب طرح تبعي للمساواة والتوازن العقديين

عندما يرتبط الوضع التعاقدي باللامساواة واللاتوازن، فهي أخطار بالنسبة للمتعاقدين تؤرق إستقرار عقدهما، بل هي أخطار بالنسبة للمشرع المعاصر، الأمر الذي يستدعي هذا الأخير إستخدام كافة الوسـائل،

---

[1]Comp. Albiges (Ch), De l'équité en droit privé, op, cit, P.61.

[2] على عكس ما يظهر فيه التناسب والإنصاف في أحوال أخرى كمعيار وسيبرز طابعا آخر كما سيتم عرضه وتحليلـه فـي الفرع2.

[3] Benabent (A), rapport de synthèse, non publie, colloque, existe-t-il un principe de proportionalité en droit privé, cité par Fin-langer laurance « , l'équilibre contractuel, LGDJ, 2002. P.223.Note 337.

[4] قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (ج ر)، 41 المؤرخة في 2004/06/27.

[5] وذلك تطبيقا للنص العام الوارد في القانون المدني المادة (646) ق.م التي تشترط دوما مع بقية النصوص كفاية التأمين مع الدين، أنظر المادة (652) ق م وقارن أيضا م 313-10 من القانون الإستهلاك الفرنسي

[6] أنظر المادة 19/ 1 من قانون 04-02، المؤرخ في 23 جوان 2004 و المادة (7) من قانون المنافسة المعدل الأمـر 03-03، المعدل والمتمم بالقانون 08-13 المؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر (36) – المؤرخة في 2008/07/02.

[7] المادة (19) فقرة (4) من نفس القانون المذكور أعلاه في هذا الهامش.

[8] Fin langer (L), « l'équilibre contractuels », op cit. n° 336, P 223.

وحتى وإن كرست راحت تتمحور حول نقطة مركزية ألا وهي ضمان ملاءمة أو تناسـب بـين الوسـائل المزمع إستعمالها والهدف المرجو من ورائه إعادة إرساء المساواة بين المتعاقدين وتحقيق التوازن في العقد، ولهذا قد تفسر علاقة التناسب على نحو "تبعي"، لكل من المساواة والتوازن العقديين وإن لم نقـل مندرجـة تحتها.

أ- إندراج التناسب تحت مبدإ المساواة

تقنية كالتناسب قد تستخدم ككيفية لإعادة التوازن نحو وسط تعاقدي عادل يـسمح بعـدم خـسارة المساواة كقاعدة وهدف في نفس الوقت، لأنها كيفية تعمل فعلا على الملاءمة –وبشكل موضوعي- في تقييم اللامساواة الإقتصادية أو المالية أو حتى التقنية التي قد تقوم بين المتعاقدين، وهذا ما يبرر تلـك العلاقة الإستثنائية على نحو من القياس للتفاوتات في السلطة الإقتصادية بين المتعاقدين وكأن التناسـب يتحول إلى أداة تحقيق فعالة عن وضعية الضعف لدى أحد الأطراف، تحت غطاء الكشف عن مـساواة مغلوطة (خاطئة)"، ولأن المبدأ القار "هو ضمان المساواة في الإلتزامات" فهـذا مـا يـدعم تكـريس الأوضاع المتناسبة اليوم"[1].

وإذا ما تفحصنا مختلف مظاهر التناسب في العلاقات التعاقدية لوجدنا المسألة تتراوح بين المرونـة والتعقيد، من بينها لجوء المشرع إلى فرض التناسب حماية من اللامساواة في نوعية الرضى المعبـر عنه، وحسب مسلمة تنص أن القانون يفرض التبادل بين إرادات حرة مستنيرة أثناء إبرام العقد"[2]، فقـد ينبثق عن وضع كهذا لامساواة في القوة الإقتصادية والتقنية التي تحـول دون تحقيـق العدالـة بـين المتعاقدين، الأمر الذي يستدعي في كثير من الأحيان تدخل المشرع بواسطة فرض **الكتابة فـي العقـد** على سبيل **الإعلام المتعاقد**، كما ينص عليه في القانون المـدني فـي المـواد (**323**) و(**323 مكـرر**) و(**324**) كقاعدة عامة، يتم تفصيلها في كثير من الأحيان أو تطويرها في النصوص الخاصـة ليتحـول إلى شرط صحة، كما هو الحال بالنسبة لعقود" الوعد بالبيع على التصاميم، وعقد البيع بالتقسيط"، أما إذا وجد بيع أو أي عقد آخر بطريق الشكل الإلكتروني، فلا يمكن التعويل على إرسال الفـاتورة أو سـند الطلب بل يستتبع الشكل بذاته إفتراضيا، ويعتبر كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط ملاءمة وتناسـب الرضى والمضمون مع ما يضمن إعداده وحفظه في ظروف تضمن السلامة[3].

كل هذه الوسائل تفرض تحت طائلة بطلان التصرف كوضع عام، وإلحاقه بجزاءات تكميليـة ذات طابع إقتصادي أو إداري بسبب حضور طرفين ذا طبيعة خاصة "كالمحترف والمـستهلك" فـي إطـار إلتزامي بتوفير أمن المنتوجات مثلا المادتين **9** و**10** من قانون الإستهلاك، أو إعلام المستهلك بالمادتين

---

[1] Behar Touchais (M), Rapport introductif. Op, cit, P.10

[2] Thiberge- Guelfucci (C), libre propos sur la transformation du droit des contrats, Art précitée, P 337.

[3] أنظر المادة 323 مكرر (1) من ق م ج

17 و18[1]، إبتعادا عن أي لبس أو محاولة لإيقاع المستهلك في وضع تـسعفي أو تدليـسي، يفـرض المشرع من أجل ذلك وضوح بنود العقود، كما هو الحال بالنسبة لعقود التأمين و تقنيات البيع، الإشهار أو الإعلان التجاري، وإلا سيضطر القاضي إلى إستخدام سلطته في التفسير على نحو تلاؤمي وتناسبي، ومرة ثانية[2] في سبيل المعنى الأكثر ملاءمة للإلتزام "وبما ينبغي أن يتـوافر مـن أمانـة وثقـة بـين المتعاقدين..."[3].

ولعل إدراج معلومات إضافية لكن بطبيعة إلزامية في إطار مضمون العقد يمكن أن يحـل مـسألة تحقيق ذلك التناسب في رضى الأطراف المتعاقدة، كما هو الشأن بالنسبة لخصائص المنتوج أو والخدمـة ضمن الإلتزام بالإعلام، أين " يتعين على كل متدخل بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بـالمنتوج و/ أو الخدمة...."[4]، وكذلك" عرض المنتوج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة بإستعماله وإتلافه وكذلك كل الإرشادات أو المعلومات المرتبطة بالمنتوج" [5].

وعادة ما يدعم هذا الإعلام من أجل ضمان شفافية الممارسات التجارية بإلتزامات أخرى من أهمها: وضع العلامات أو الوسم أو المعلقات، وكذلك تبيان الأسعار وكيفيات الدفع[6]، حتى ولو تـم اللجـوء إلـى الحسوم أو التخفيضات، أو المسترجعات مضافا إليها ضرورة إحتسابها مقارنة بالسعر المرجعي[7]، وكـذلك إلزام تضمين شروط البيع في العلاقات بين الأطراف المتعاقدة (الأعوان الإقتـصاديين) كتـاريخ التـسليم، والضمانات ....وغيرها).

إن الكثير مما يستخرج في الإلتزامات السابقة هو تكريس للإلتزام بالإعلام والإستعلام الموجهـان بواسطة مبدأ التناسب، هما ما حولاه أداة لتحقيق النزاهة، مما يسمح بوقاية ممتازة فـي مواجهـة عيـوب الرضى، وخاصة التدليس[8]، لا لسبب إلا لأن عصرنة مبادىء العقد جعلت التناسب هذه المرة في محتـوى

---

[1] من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المـؤرخ فـي 2009/02/25، (ج، ر) (15)، المؤرخـة فـي 2009/03/08، وأنظر بالمقارنة للمادة 04 و05 من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2] لأنه في المرة الأولى تم فرض التناسب بالطرق الأولى العادية (الكتابة والإثبات).

[3] أنظر المادة (2/111، ق.م.ج .

[4] أنظر م 17، ق 09-03 و م 5 ق 04-02.

[5] أنظر المادة 10 ق 09-03.

[6] أنظر (م) 5 من القانون 04-02، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[7] أنظر المادة 07 من نفس القانون.

[8] راجع المادتين 86 و 87 من القانون المدني.

- Calais Auloy (J) .et Stemetz (F), droit de la consommation précisop.cit., p.242 et Calais Auloy (J) dans son article « l'effluence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats». Art précitée. p.239.selon l'auteur « (…) pour le consommateur ne pas être trompé est une exigence minimale, elle ne saurait suffrire, l'amélioration du consentent suppose aussi que le consommateur soit informé », ainsi que Thiberge Guelfucci (C), qui observe que « L'ancêtre du consommateur ainsi un son sort s'améliorer peu à peu, la règle s'est inversé : « De l'acheteur

ملاءمة الوسائل لضمان نوعية تجاب رضا أحسن الطرف الأضعف، ضمان الجزاء عن الإخـلال بـروح المساواة بين الأطراف المستهدفة من المشرع.

التناسب أيضا مسألة تستند إلى التعويض عن اللامساواة في تقدير العملية القانونيـة، لأن الطـرف المتعاقد قد يتردد في إبرام العقد لأسباب ذاتية أو موضوعية، ولذلك يمنحه المشرع إمكانية أخذ وقته لتقدير المعلومات التي تعرض عليه بشأن العقد ومحله، (كما هو الحال بالنسبة للمستهلك) عن طريق أجل التفكيـر الذي قد يكون سابقا أو لاحقا على إيجابه.

ولهذا نجد "**أجل التفكير**" ذا أهمية تقنية قانونية على حد سواء، أما **الأولى**: فمرتبطـة بمـدة سـابقة لقبول الإيجاب[1]، حيث أن المتعاقد المستقبلي يملك إمكانية الإستعلام والتفكير في ملاءمة خياره مع العقـود المزمع إبرامها، حيث يمكنه التراجع عن فكرة التعاقد، كما أنه عادة ما يشترط المشرع الرد علـى القبـول بالعقد (البيع مثلا)، في حالة ما إذا إشترط أجل التفكير بأسلوب ما[2] كأن يكون في الأجل المحدد بعقد الإتفاق أو العرف[3].

وإذا إستفسرنا عن المساواة في مواجهة القانون التعاقدي[4]، و الذي يفترض غياب تمييز بين أطرافه، فإن الأوضاع الأخرى التي تفرض بنفسها مراكز مساواة بالضرورة ولأسباب مقبولة في حد ذاتها هي التي تجعل المشرع ما يتدخل لإعادة إرساء المساواة، ويستعين بالتناسب لصالح الطرف المتـضرر أو الطـرف الأضعف، حيث يتم فرض مساواة بالقانون لا بالعقد[5].

ب-التناسب أداة مفيدة في مواجهة اللاتوازن العقدي

يمكن أن يرتبط التناسب كآلية يستفيد منها التوازن العقدي وبشكل تقني، فمن جهة هنـاك إنتهـاك لمبدأي الحرية العقدية والقوة الملزمة العقدية بواسطة مبدإ التوازن، عندما يلجأ القاضي إلى التعامـل مـع آليات التعديل أو الإكتفاء بتغطيتها بامتياز القواعد الآمرة والحد من الحرية العقدية، كل ذلك شريطة الوقوف

---

curieux : qui lui l'initiative de se renseigner et de questionner, elle est devenu « le vendeur doit être loyal », op cit .p.333.

[1] Calais -Auloy (J), op cit .p. 244.

[2] Jestaz (M.Ph) .l'unilateralisme et le droit des obligations (sous la dir). de Christoph Jamin et Mazeaud (D), Economica, colloque, études juridiques, Tome 9 .1999 ; p .90.

[3] Ibid.

[4] تطبيقا لمبدأ المقرر في المادة (106) من القانون المدني.

[5] Berthiau (D) le principe d'égalité et le droit civil des contrats, op.cit. p.57. Mazeaud (D), la politique contractuelle de la cour de cassation, in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. « (…) libre propos sur les sources du droit. Dalloz. 2006. pp.384 et 385.

على إنتهاكات متناسبة، فمثلا لا يجب أن يمارس القاضي تدخله بالتعديل إلا في الحدود الضرورية لإعـادة التوازن المفقود"[1].

كما أنه يمكن تطبيق التناسب في الرقابة على إنتهاكات مبدأ التوازن العقدي بواسطة مبدإ الأخـوة العقدية، كما يمكن للمساواة أن تقف هذا الموقف بسبب معاناة مبدإ الأخوة العقدية، فنتساءل عندئذ عمـا إذا كان من الممكن فرض التضحية بمصلحة من طرف متعاقد ما للمحافظة على مـصالح الطـرف الآخـر بواسطة القانون ؟، يبدو أن هذا لا يتوافق مع حياة الأعمال والعلاقات الاقتصادية، لأن هناك الكثيـر مـن العقود ما يقوم على أساس محافظة كل طرف لمصالحه دون الإعتبار لمـصالح الغيـر، وعنـدما يتـدخل القاضي هنا بإسم التضامن العقدي ليعدل من العقد، فهو في الكثير من الأحيان يقصي أي وجود موضوعي للتوازن مع أنه قائم.

لهذا نجد القانون الوضعي يعتمد على الحد من إنتهاك مبدإ التوازن العقدي، ولو على حساب الحرية العقدية على نحو ما يضمن نتائج فعالية مشروعة، "وإذا يسمح التناسب في هـذا المجـال بـالتوفيق بـين المبادىء الموجهة للعقد على نحو تبعي بالقدر الذي يلبي حاجيات العدالة والقياس الموفـق بـين مبـادىء متعارضة أصلا"[2]، ويساعده في ذلك تكريس مبدأ معياري للتوازن العقدي دون أي عـائق لتكملـة فـراغ القانون العقدي ويمنحه أداة تحالفه بإستمرار وبشكل متنوع، يحقق له طابعي العمومية والسمو[3].

ولعل المشرع قد يضطر أحيانا لجعل مبدأ التناسب شرطا عاما لصحة العقد، وبالضبط صحة "شرط عدم المنافسة"، تطبيقا لهدف المحافظة على كل ما هو ضروري لإقتصادية العقد، فقد جاء نص المادة 9 من قانون 08-12 المعدل والمتمم للأمر 03-03 في فقرته (2)[4]: "يرخص بالإتفاقات أو الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور إقتصادي أو تقني أو تسهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق..."، فمن المعروف أن مثل هذه البنود

---

[1] Behar Touchais (M), rapport introductif, op cit .pp 9 et ss, et pour plus de detail . Fin-langer (L); l'équilibre contractuel .op.cit. p.565, l'auteur pour ce but affirme « qu'un principe régulateur de proportionalité pour accorder ces deux opposés et limiter les atteintes recipropes ».

[2] Ibid.

[3] Mekki (Mustapha) .L'interet général et le contrat. Contribution à une étude de la hierarchie des interets en droit privé. Bibliothèque de droit privé. Tome 411.Delta- L G D J . 2004- pp.427-429,(…) le contrôle de proportionnalité s'impose comme le moyen ideal de concilier les droits et des liberés entre eux . le juge est de façon croissante, aussi à procéder a la conciliation de droits…. ». Cf Xynopoulos (G), « le controle de proprotionalité dans le contentieux… » .Thése cité par MEKKI (M), op.cit.p.28.note.342.« le contrôle de proportionalité permet de façon conrête de sacrifier dés interets au profit d'autres interêts (ce que nous appelons « hierarhie »), mais que de façon abstraite les normes ne sont pas hierarchisées.. ».

[4] أنظر بالمقارنة مع ما صدر في هذا الشأن من نصوص في القانون الفرنسي ودعمته القرارات القضائية.

تحد من حرية الصناعة والتجارة كمبدأ عام لولا أنه إشترط فيها –ضمنيا[1]- التناسب بين مـضمون العقـد وإقتصاديته مع الهدف والآفاق المشروعة له.

بيد أن الممارسة هي التي أصبحت تصور لاعدالة خطيـرة بـين المتعاقـدين، لا لـسبب إلا لأن اللاتوازن بينهما أصبح ذا قيمة حيث يبحث في وسائل مساعدة تخفـف منـه أو تقـصيه، ومـا للتناسـب الموضوعي الموازن إلا الدور الهام في تحقيق ذلك، وبالفعل، أمكن تحديد المركز القانوني لبعض العقـود على ضوء بسط الوضوح في مضمون العقد، وبالتالي إستدراج الإرادة التشريعية إلى التصرف في مواجهة ذلك اللاتوازن، الأمر الذي تشهده وضعية "عقود الإذعان"، والتي تستند علـى جمـود بنـود هـذا العقـد وإلتزاماته مقابل السلطة التشريعية في فرض التناسب مع الحقوق المترتبة عنه والتـي تتميـز بالـضعف الإقتصادي والتقني للطرف الضعيف.

فالطابع النهائي والإلزامي للسعر[2] يحمِّل المتعاقد الضعيف نتائج إرتفاعات الـسعر الناجمـة عـن التعديلات التي يلجأ إليها وقت تنفيذ العقد وبإرادة منفردة، مما يحول العقد إلى طابع إحتمالي، وهو مـسألة محظورة شكليا في القانون[3]، في حين أن فرض التناسب يهدف هنا إلى إعادة إرساء التوازن المفقود وقـت إبرام العقد ودعم مبدإ العدالة العقدية[4].

وإذا ما لاحظنا تلك الخيارات التي يمنحها المشرع للمـستهلك مـثلا بالنـسبة لإلزاميـة مطابقـة المنتوجات، ثم إلحاقه بالضمانات الإتفاقية أو القانونية وبعدها خدمة ما بعد البيع[5]، فهـي شـروط يعملهـا المشرع لممارسة رقابة سابقة للتناسب المتجنب به إنحلال الإتفاق مع الطرف الآخر "المحتـرف"، وذلـك دعما للرابط العقدي[6].

لعل ما يدعم هذا المنطق ذلك الجانب الإيجابي الذي إتخـذه المـشرع إزاء الـضعف الإقتـصادي للمتعاقد أحيانا، بدليل أن المسألة أصبحت حسابية "كمية" لا "كيفية" في موضوع الحقوق التي يستحقها تنفيذا للعقد مع الطرف القوي إقتصاديا، فنفس شروط مطابقة المنتوجات أو الضمان وغيرها هي التـي تكـرس حماية متناسبة للمستهلك مع مركز المحترف، وكذلك منحه الخيارعلى مستوى الإلتـزام بالـضمان بـين

---

[1] Cass 1ère civ ch 1/ mai 1999- P.D. 28 Mars 2000. Et avant ça, cass.Com. 4 Janvier 1994 .Cass, soc. 11/07/2000. Voir les observations de Maingiuy (D), Defrénois .1999.n° 37041 pp.992-994, et Mazeaud (Denis), op.cit, le juge du fond auraient dû rechereber si « cette clause était proportionnée aux interêts légitimes à proteger , compte tenu de la duré du contrat et le bien d'exercice de la profession ».

[2] Calais – Auloy (J), op cit . pp.245 et ss.

[3] انظر المادة 29 من قانون (04-05) المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

[4] Rebai (Abdelwahab), op, cit, pp.988-989-N° 53.

[5] أنظر المواد : 11 إلى (16) من قانون (09-03) المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش.

[6] Rebai (A), op .cit.p.988, n°53. La constatation est surprenante presque l'injustice et l'inéquité qui peuvent résulter à admettre le réequilibrage Du contrat par le juge, visiblement dans notre cas ».

إستبداله أو إرجاع الثمن أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقة المحترف[1]، و هو يحقق إعادة توازن عقدي مدعم بحماية النظام العام المشمول بهذه الضمانات.

غير أن تكريس حظر البنود التعسفية[2] من جهة أخرى، والتي من بينها" أخذ حقوق و/ أو إمتيازات لا تقابلها حقوق أو إمتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك أو إلزام المستهلك بإلتزامات فورية نهائية دون أن يتعاقد المحترف بها، أو غيرها، يحقق على الصعيدين الإقتصادي والتعاقدي فائدة لصالح التوازن المتماشي والمؤسسات القانونية المعاصرة.

وكما يبدو أن إدراج التناسب ضمن التوازن والمساواة العقديتين لدعمهما أو حفظهما، يكون لصالح تحقيق عدالة أحسن، والإعتبار للعدالة يعني " ترقب اللاتناسب العقدي القائم بواسطة إختلاف بين الثمن والإلتزام المقابل (خدمة أو مال معين)[3]، فيتحول مبدأ التناسب إلى حجة للفعالية الإقتصادية للعقد يهدف من خلاله إلى تجاوز المساواة بين الأطراف المتعاقدة نحو تحقيق مرونة الحقوق والإلتزامات[4].

الفرع الثاني: التناسب كمعيار للعدالة العقدية

لتقدير التوازن العقدي تتدخل مبادىء كالمساواة بين المتعاقدين، الإنصاف في العقد والتناسب، وهو ما يشكل طابعا مفيدا للتوازن في العقد، مما يضفي عليه قيمة في هذا المجال، ويظهر من خلال فرض تناسب يبحث عنه لذاته، ويشكل غاية في ذاته تحقق فكرة القياس العادل"[5].

هذه هي الفكرة التي تكرس إستقلالية مبدأ التناسب (**أولا**)، في حين أن معيارية التناسب بالنسبة للعدالة العقدية تستند أيضا وبالخصوص لفائدة إستمرار التوازن أو نجاعة إعادة إرسائه نحو وسط تعاقدي عادل إلى تكملة ومساندة النظام الأخلاقي لعقد (**ثانيا**).

أولا: بحكم الإستقلالية في المفهوم

يشكل التناسب أحيانا مبدأ مستقلا[6] يمارس وظيفته مثل المساواة، وتغيير كهذا في القيم، وكذلك مزاحمة ومنافسة المساواة كقاعدة وكغاية لصالحه، هو ما يجعل هذا التناسب وسيلة لضمان مستوى من التوازن وكذلك " ضبط النظام الأخلاقي للعقد[7].

---

[1] أنظر م 13 من قانون 09-03 المذكور أعلاه.

[2] والتي أطلق عليها المشرع تمسية الممارسات التعاقدية التعسفية في القانون (09-03) المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
- dans ce contexte se qui a été noté par Mazeaud (D), la politique contractuelle de la cour de cassation, op cit,p.385.

[3] Ouerdane (C) et Devincelles (A), Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Dalloz, 2002, N° 476. P.369.

[4] Arret com, 17, Juin 1997, JCP. E 1997. (1L), 1007. Voir Mazeaud (D), la politique contractuelle de la cour de cassations, op cit .p.385.

[5] Behar Touchais (M), Op .cit, p.7.

[6] Ibid .p.10.

[7] Darmaisin (S), le contrat moral, Paris, L G D J .p.155 « lidée de collaboration est mise en évidence, le contrat est une suite d'échanges, chacune des parties devant faire son possible pour pemettre à l'autre d'éxécuter correctement ses obligations »,

كما أن الأخوة العقدية تطرح على مستوى اللامساواة لكونها أكثر من لا عدل بين المتعاقدين، حيث يجد تفسيره في عدم تبادل الحقوق والإلتزامات بشكل حقيقي بين الأطراف، مما يؤكد دور التناسـب فـي المجال العقدي كقاعدة تأسيسية فيه المبدأ "الموجه والمعدل"[1] حيث لا يمكن إنكار هدفا كهذا إذا إرتبط مناطه بضمان بقاء العقد وإستقراره وتقدير الطابع المستقل لمبدأ التناسب إلى المعايير المعتمدة في تحديد مفهومه[2].

كما نجد للتناسب صنفين من المعايير، فإما أن تكون على سبيل الدقة والوحدة أوعلى نحو متعـدد، فالأولى ترجع إلى المشرع تحديده صراحة أو الفقه والقضاء للبحث عنه تجنبا لأي تجاوز، ولعـل أن هـذا التحديد من شأنه إحقاق إستقرار في التطبيق وضمان وحدة في الشروط، كانت لتضم:

أ- معيار التعادل (critére de l'équivalence)

صحيح أن المشرع لم يعرف "التعادل"، ولكنه يستخرجه في مختلف الحالات ضمنيا، **فالبيع**: "عقـد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري في ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي"[3]، فـإلتزام البـائع بنقل ملكية الشيء المعين هو المعادل لإلتزام المشتري بدفع الثمن المحدد، كما أن عقد المقايضة "عقد يلتزم به كل المتعاقدين بنقل ملكية مال على سبيل التبادل"[4].

وتدخل كهذا من طرف المشرع يدل فعلا على إرادته في حماية التناسب في العقد عن طريق حماية "المقابل"[5]، بل إن ما يجعل العقد متناسبا توفره على ذلك التعادل بين الإلتزامات المستحقة والمنافع المترتبة على عاتق الأطراف، والتي على أساسها تمنح "القاعدة القانونية القاضي الأساس التناسبي في أحكامـه" [6]. والتعادل كمعيار للتناسب هو ما يستدرج فكرة "الثمن العادل"[7] فيماثلها، وهو ما يظهر تطبيقه بوضوح فـي كل من "الثمن العادل في عقد البيع أو عقد العمل وغيره". ولهذا تجدر الإشارة إلى أن الأطراف يلجـأون إلى "تقنية الثمن المناسب والملاءم حتى يتم تحديد هذا الثمن، لأنه تناسب يستهدف لدعم التـوازن المـراد

---

[1] Behar – Touchais (M), Op .cit . p. 9.

[2] « La précision des critères des régles de droit, des catégories juridiques apparaît (indisponsables pour permettre une bonne application de la règle de droit, selon Fin Langer(L). L'équilibre contractuel, op.cit. p.199.

[3] أنظر المادة 351 ق م.

[4] أنظر المادة 413 ق م.

[5] Fin Langer(L).op.cit. pp.199 et ss .

- وهو مثلا ما تعبر عن روحه نص المادتين 369 و370 (ق م)، "إذ هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع وإسترداد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيـع"- "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري، إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيمان بحيث لو طرأ قبل أن يتم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن"، ونفس الحكم جاء في القانون الفرنسي"- م 1601.

[6] Fin Linger, (L), op. cit.p 203

[7] Behar, Touchais (M), op.cit, p .80, « Dailleurs le droit de la concurrence, a bien compris, qui sanctionne sous certaines conditions les prix du disproportionnés, qu'il soient abusivement bas.

تحقيقه بين كل طرف من الأطراف طيلة فترة العقد[1]". كما أن هذا المعيار، ليس هو المعيار الوحيد لتعريف التناسب، وهو ما يوفره معيار "التبادل".

ب- معيار التبادل (Critère de la réciprocité)

لم يشهد أن أهمل القانون المدني الإستناد إلى التبادل في سـلوكات المتعاقـدين، لأن روح بعـض المؤسسات القانونية تعتمد عليه، مثلما هو الحال بالنسبة لنص المادة **119** ق.م، حول الدفع بعدم التنفيذ فـي العقود الملزمة للجانبين (Nom adimpleti contractus)، إذ لم يف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلـك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يف بـه قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".

فما يحمله الدفع بعدم التنفيذ، من وصف الطريق القانوني المشروع والناتج عن الإرادة المـشتركة للأطراف بسبب تعنت أحدهما أو كلاهما[2] لا تعالجه إلا هذه الآلية، كما إعتبرها الأسـتاذ **Ghestin** "مـن أسس آليات تنفيذ العقود الملزمة للجانبين بواسطة ظاهرة الإرتباط"[3]، وهو ما أكدته **محكمة النقض الفرنسية** في قرار مبدئي لها في سنة 1938، حين إعتبرت أن "إرتباط الإلتزامات المتبادلة الناتجة عن عقد تبـادلي والذي يعطي لأحد المتعاقدين حق الإمتناع عن تنفيذ إلتزامه عندما يخل إلتزامه من طرف المتعاقد الآخـر، يفترض أساسا أن هذه الإلتزامات ناتجة عن نفس العقد"[4].

كما أن هناك **حق الحبس** (Droit de rétention) المقرر بنص المادة **200 ق.م** التي جاء فيها "لكل من إلتزم بآداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بإلتزام ترتب عليه ولـه سـببية وإرتباط بإلتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بإلتزام كهذا ..."، فهو صلاحية يتيح للدائن التصرف بشكل مبادل لما بدر من سلوك عن المدين. ومعيار كهذا له من الأهمية ما يعتـرف بهـا

---

[1] أنظر محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات، العقد تونس، ط(2) – 1997، ص 186- 187، (فقـرة 228). ومحمـد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، 2004، ص ص 286 و 287، فقرة (284) و يشير الأستاذ محفوظ إلـى أهمية الإعتماد على معيار التناسب (النسبية) الذي يسمح ويسهل عملية التكييف. كما أن كان للفقهاء السببين، دور في تعزيز مؤسسة "السبب" عن طريق مفهوم "المقابل المقصود" (l'équivalent voulu) وهو مقابل مايلي أو إقتصادي يتحدد بالإرادة والإرادة وحدها، حتى أنه إذا إنعدم هذا المقابل، إنعدم السبب، (مثلما جاء في قـرار) (Chronopost) وشـرح الأسـتاذين (Jacque Maury) و (Henri Capitant). أنظر لشرح الأستاذ محفوظ محمد، مرجع سابق،ص, 202-203.

[2] أنظر الأستاذ بناسي شوقي، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الجزائـري، ماجـستير, الجزائـر، 2002، ص ص 10 ومايليها.

[3] Ghestin (J), Traite, op. cit, n ° 64, et ss.

[4]« L'interdependance des obligations réciproques résultant d'un contrat, synallagmatique qui donne le droit à l'une des parties de ne pas exécuter son obligation quand l'autre n'exécute pas la sienne, suppose essentiellement des obligations dérivant d'un même contrat, Cass, Rep, 17.05.1983, DH, 1938, 419.

لتعريف التناسب، خاصة وأن عدم التناسب نتيجة تترتب عن غياب التبادل سواء في مضمون العقد أو في تنفيذه، لينقلب أساس العلاقة التعاقدية إلى صالح "تبادل الإرادات الفورية، وتلاقي المصالح على حساب الإلتزام في حد ذاته"[1] .

وهذا دلالة على ذلك التكوين الجديد في علاقة مناسبة وملائمة، والمؤسسة على تبادل الإلتزامات، أي بمعنى على ضرورة توازن في الأعباء والواجبات المتولدة عن العقد، وإذ ظهر أي طابع تعسفي فهو يفسر بعدم التبادل في الإلتزامات وحتى الحقوق بين المتعاقدين[2].

غير أنه في الحقيقة يمكن للتناسب -بإعتماده على معيار واحد- أن يعقد من المفهوم المعياري لهذا المبدأ، مما يتطلب اللجوء إلى وسيلة المعايير المتعددة الأكثر فعالية، لأن تطبيق فكرة "فرض التناسب يكسبه طابع الديمومة"[3].

وبالنظر لقيمة التناسب من جهة وكذلك عدم كفاية المعايير السابقة من جهة أخرى، تتدخل معايير أخرى لتعزز وجوده، مثلما هو الشأن بالنسبة لمعيار "**التبادلية**" التي تبناها **القانون** في **المادة** 1/57 بالنص "يكون العقد تبادليا متى إلتزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له"، حيث يصور هذا العقد ترتيب إلتزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين[4]، كما قد يستند إلى معيار آخر، **كالعدالة في العقد** سواء كان عدالة تبادلية "تفرض إلتزامات متبادلة على الأطراف على نحو متساوي القيم"[5] أو عدالة عقدية عموما تتضمن الأساس الهام لضمان التوازن العقدي[6].

كما أن معيار "**المعقول**"[7] في العقد يمكن أن يؤسس لميزان عقدي بين الأطراف المتعاقدة ومصالحها المتعارضة، على أن الأستاذ **Peche** راح ينظر في هذا المعيار على أساس طرح ثلاثة[8] أسئلة توضح

---

[1] Carbonnier (J) Droit civil , Les obligations , op.cit, p. 62, L'auteur affirme que « échanger, vendre, acheter contracter, cela, n'est possible que lorsque l'enl'individu peut assurer, le rôle des autres, lors Lorsque l'attitude de vendre évoque en lui celle d'acheter et que les deux se contrôler réciproquement. "

[2] Le Gac- Pech(S), La proportionnalité en droit prive des contrats, Op, cit, p 96.

[3] Mestre (J), Obligation et contrat spéciaux RTD.civ, 1998. p 100.

[4] Voir Fin Langer (L), L'équilibre contractuelle, op.cit, pp 218- 220.

[5] Voir Fin langer (L), op cit pp 229- 230.

[6] Voir Ben Slima (H), La Théorie de la cause et la justice contractuelle, RJL, Février, 2005, p 9.

[7] أنظر في هذا الشأن سامي الجربي، مصدر سابق، ص 550. وانظر أيضا: أحمد بلحاج جراد، القاضي وتنفيذ العقد، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2009، ص ص 112 إلى 121.

" En cela, la notion du "raisonnable" est plus sociologique que la théorie de l'utile et du juste que la doctrine contemporaine avance au soutien du positivisme juridique, voir aussi Ghestin (J), l'utile et le justice dans les contrats, Art precitée, p 35.

[8] Mekki, (Mustapha), op cit pp 457- 459 et 234- 236. « par ailleurs, il ya deux étapes du raisonnement a deux difficultés rencontrées par la doctrime pour refuser de faire de l'équilibre contractuel, un critère efficace des clauses abusives (….) dans un premier temps, il s'agit de mesurer les clauses qui doivent s'équilibrer, dans un second temps , il s'agit de les mettre en

علاقته بالتناسب: "أي أداة ؟ أي قياس ؟ وأي عناصر ؟، فإذا تصورنا ذلك الميزان الذي سـيحمل علاقـة عقدية ما، فإن السؤال **الأول** يعتمد على إختيار عقرب الميزان، أما **الثاني** فهو يتعلق بنوعية التوازن الـذي يصل إليه الميزان في مجمله، في حين أن الثالث، فمرتبط بمادية المكونات العقدية المتنوعة التـي يمثلهـا كفتي الميزان"[1].

ويبدو أن البحث عن معايير مرنة بكفاية هو الهدف الهام لتحقيق الملاءمة مع طبيعة التوازن العقدي مع ضمان المستوى الضروري من الأمن القانوني، وأما المرونة فهي مستمدة من التداخل الذي يمكـن أن يكون لازما، فهي مستمدة من التداخل الضروري لتعريف التناسب، ويصبح تفسير نقـص التناسـب فـي العلاقة العقدية، ناتجا إما لغياب التبادل أو بسبب غياب التعادل، العدالة أو المعقول أو لوجود لاتـوازن أو فائدة مفرطة لصالح طرف أقوى في العقد. وإستخدام هذه مناهج يساعد على توضيح وتحديد التناسب بكيانه القائم في حد ذاته، مما يتيح إستخدام مفهوم التوازن العقدي كما هو مطلوب في العلاقة العقدية.

ثانيا: تبعية التناسب بحكم طبيعته التكميلية مع مقومات العدالة العقدية

مع أن مبدأ التناسب قد حصل على حصته من المعالجة التشريعية بشكل صريح أو ضـمني، إلا أن الفقه أو القضاء لم يستوعبها بالصورة المطلوبة فيماعدا محاولة إضفاء طابع المبدإ العام للقـانون، و هـي رؤية تصح أن تكون كهذه، لأن من شأنها أن تكون ذات فائدة لقانون العقود.

إن الرجوع إلى التناسب بشكل مستقل[2] "يبحث فيه عن عدالة تصحيحية و تبادلية مثلى"[3]، هو ما أكد مساهمته في تأسيس التوازن العقدي وتفادي أي مظهر من مظاهر التمييز بين المتعاقدين، وبين الإلتزامات التي يجب أن تكون متبادلة أو متعادلة، أي أنه حقق فيه صورة المبدأ المكمل لأسس العدالة العقديـة، فـإذا كانت المساواة ناتجة عن عملية مقارنة بين جانبين وبين مصلحتين[4]، فإن التناسب نتيجة مهمة "لعملية بسط المرونة على هذه المقارنة[5]"، ويتم اللجوء إليها حسب حاجة العقد جزئيا أو كليا.

يبدو أن الرابط التكميلي للتناسب مع مقومات العدالة العقدية، قد ينتج إشكالا على مستوى الوظيفـة أحيانا، وذلك عندما يفرض كل من التناسب والمساواة عدم قضاء العقد على التوازن الموجود مـسبقا بـين الأطراف، وبالتالي يكمن دور المساواة فقط في إرجاع نفس الحصة لأصحابها مثلمـا وجـدت فـي نفـس الوضعية[6].

---

balance, c'est-à-dire de les comparer pour voir les plateaux de la balance sont égaux ». Cité par Mekki (M), op cit, p . 234.

[1] Le Gac- Pech (S), op cit, p 32.

[2] Le Gac- Pech (S), op cit, p 32.

[3] Ibid, p 20.

[4] Berthiau, (D), op.cit., p .4.

[5] Ibid.

[6] Ghestin (J), L'utile et le juste dans le contrat, Art précitée, chron, 1, p. 5.

ويكون التناسب هنا، مبدأ لتقدير الأوضاع الملموسة المؤسسة على الإحساس بالمساواة لدى القاضي بمناسبة تحديده للثغرات الناجمة عن اللامساواة واللاتوازن العقدي، وبالتالي يشكل تكملة ضرورية للمساواة أثناء سيرورة وتطور العملية العقدية، بل إعتبره الأستاذ **Ghestin** "أحد أبعاد مبدإ المساواة"[1]، حتى أنه يمكننا تقدير "عدم المساواة بين الإلتزامين منطقيا من قبيل حالات اللاتناسب"[2]. وإنتهاك المساواة يقع عندما يغيب المعقول والمتناسب بين الحقوق والإلتزامات بين الأطراف المتعاقدة[3]، وتبرير ذلك يرجع إلى أن التناسب قطعة أساسية من التوازن العقدي، ونقصها يفسر كالإساءة إلى عقد معاوضة الذي يقوم على التبادل بين إلتزامات ذات قيمة متساوية"[4].

وبحث القاضي في مستوى المساواة والتناسب يعني البحث فيما إذا حقق توازنا عادلا بين مصالح أحد الأطراف وحقوقه، وفي هذا الصدد لا يكون هناك عدل إلا إذا حافظ هذا الطرف على ماله ومنع من إثراء ذمم الغير بقوة فردية"[5].

إن التناسب يحقق حماية للمتعاقدين بواسطة خدمة مبادىء أخرى، كالتوازن والمساواة الضرورية في بناء نظام الأمن المستهدف في المؤسسات القانونية للعقود، مما يكرس لدى المتعاقدين ما يعرف "بالعدالة التناسبية"[6] في أوضاع غير متساوية وغير عادلة، مثلما يفيدها كتقنية هامة في هذا المجال، وحتى يدلل على معيارية التناسب يجب المرور من المجرد إلى الملموس في الممارسة القانونية.

لأن المشرع إن تدخل لدعم مختلف العقود(كالبيع والشراء)، فهذا لا يكون ممكنا إلا إذا تحمل الفرد دور الآخرين، فلا وجود لتصرف البيع دون تصرف الشراء، وإلا سينتقلان لمستوى رقابة كل منهما للآخر"[7]، وتأثر المشرع بالتناسب واللجوء إلى تثبيته كلما ساءت علاقات التوازن والمساواة، مثلما هو بالنسبة لعقد البيع والكفالة، وحتى عقد الإذعان، التي يتدخل فيها المشرع لتعميق تطبيق التناسب لا لأمر إلا لإعادة التوازن المفقود هنا جاء بسبب وقوع الأطراف في لاعدل خطير، أعقبه تدخل يكم "Quantifier" الإلتزامات ويضمها على المبدأ الذي يجعلها متعادلة[8].

---

[1] « Le principe de proportionnalité analysé comme un des aspect du principe d'égalité » Voir Ghestin (J), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, LGDJ, 1995, n° 96 p .335.

[2] Ouerdane (C), et Devincelles (A), op.cit, p .969.

[3] Ibid, p .413.

[4] Gumyn (M), La Validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité, LGDJ , 2002, n° 315, p 222.

[5] Ghestin (J), L'utile et le juste dans les contrats, op cit, pp. 5 et ss.

[6] dans ce sens Behar Touchais (M), op. cit, p 100 Rebai (A), Le principe de proportionnalité et le droit de la consommation, op cit, n° 34, p 993, Leferbre, (R), Juste et utilité de Bentham à Platon. in, « la justice.. », Ellipses, 2001, pp. 59- 62.

[7] Carbonnier (I) op cit, N ° 21 ? P 62.

[8] Gruybawm, (L), cite par Behar- Touchais, (M), op cit, p 11.

ولأن المشرع يريد فرض "عقود هامة يمكن أن تصحح بمناسبتها اللاتوازن الموجود[1]"، فإن قانونا كقانون المستهلك، أو قانون المنافسة أو المحدد للممارسات التجارية يعتبر من التنظيمات القانونية الخاصة التي لا ينكر معها دور المشرع في الإستعانة بالتناسب، حتى وسم في القانون الفرنسي بالمبدأ الـذي غـزا جزءا مهما من القانون الخاص"[2].

ولهذا عندما يلجأ القضاء إلى "التناسب" رافعا إياه إلى المستوى المطلوب، فهو لا يبحث عن المثالية في التوازن بقدر ما يبحث عن أدنى درجة في هذا الأخير"[3]، مما ساعد في ترقية الكثيـر مـن المفـاهيم، والوسط التعاقدي أنسب ما يكون لتطبيق التناسب بصفته تركيبة متجانسة في العقد، فهي تـستطيع تحديـد الرابط العادل بين عناصره[4]، لأن الإلتزامات المتبادلة والمتداخلة بين الأطراف هي التي تـشكل جـوهره أساسا[5].

وربما تكمن الدقة التي يحققها معيار تقدير التجانس في مضمون العقد فيما يمكن أن يـوفره قيـاس التناسب من عدمه في هذا المضمون، فالمسألة لا تتعلق فقط بـ"تناسبية مشترطة في العقود"، بل بمعرفة ما إذا كان هناك مصطلح متناسب مع آخر، حتى أنه يمكن لهذا المبدأ أن يستخدم كمعيار لضمان قيمة المـال محل العقد والمستقل في المقابل، مثلما هو الحال بالنسبة لفرض أعباء إضافية على الأطـراف **كـالإلتزام بالمطابقة**، وهو ما نص عليه في المادة **353** ق.م: "إذا إنعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ، كان على هذا المتعاقد بائعا أو مـشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة"[6]. ولهذا السبب يمثـل "التناسـب" فعـلا ذلـك الـدعم **Le support**، والأساس **Fondement** للمقبولية به في الوسط العقدي[7].

ونخلص إلى أن مبدأ التناسب من المبادئ التي أعترف بها في إطار القانون المـدني، وهـذا أمـر منطقي حيث أن التطبيق العقلاني والعادل للأحكام يتطلب تأطير والتدقيق فيه، وبالتالي سيكون من المفيـد جدا التفكير في قيمة هذا المبدأ وفعاليته، حتى ولو أنه ولإعتبارات موضوعية يصعب الإشادة بفائدتـه فـي

---

[1] Rebai, (A), op cit,p 989.

[2] Behar Touchais, (M), op cit, p 11.

[3] Thiberge Guelfucci, (C), op cit, p .386.Mazeaud (D), La politique contractuelle, op .cit, p 386.

[4] Fin Langer (L), op cit, p 156.

[5] Terré (F), Simler (Ph), et Le Quette (M), Droit civil, les obligations, op.cit, p.61.

[6] أنظر كذلك المادتين 476 و 477 ق م ج، ولعل الإلتزام بالمطابقة من أهم المظاهر الهامة لتنظيم مضمون العقـد بـشكل تناسبي.

[7] Comp, Lecuyer (H), Le principe de proportionalité de l'extinction du contrat, comp. Lecuyer (H), Le principe de proportionnalité de l'éxecution du contrat, Art précitée, p.31. Ainsi que le professeur Denis Mazeaud, dans son article, « Le Principe de proportionalité et la formation du contra ». Op. cit .selon lui « le législateur devrait peut étre , avant de réclamer la création d'un principe supplémentaire, cherche si les instruments dont dispose notre droit positif ne suffisent pas à lutter contre le disproportionalité contractuelle, p .13 .

ظل نظام قانوني كلاسيكي يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه وبسبب تراجع هذا الأخير، وكون الرضا لم يعد العنصر الوحيد المتحكم في العقد، فإنه أصبح من اللزوم إضافة وتكملة بأفكار ومبادئ أخرى تكـون وظيفتها الأساسية ضمان، بل تأمين التوازن في العقد، بحماية المصالح بين المتعاقدين، سواء لتبرير سـلطة التعديل بإسم التوازن، وفي أي مناسبة تسمح بذلك، هذا لأن التناسب من بين المبادئ ذات القابلية للتدخل في كل مراحل العقد، وعلى حد تعبير الأستاذ "D. Mazeaud"[1] مبدئيا من يقول تعاقدي، فهو عادل، فإن مـن يقول تناسب فهو عادل، إن التناسب بهذا التصور يؤدي دوره في مكافحة اللاتوازن المختلف المظاهر الذي نلاحظه في قانون التأمين وقانون الإستهلاك على وجه الخصوص.

[1] D. Mazeaud, le principe de proportionnalité et la formation du contrat, Art précitée, N°117.

خلاصة الباب الأول:

طرحنا الذي أردنا الدفاع عنه ينبني على محاولة إظهار عناصر التوفيق بـين الحريـة التعاقديـة ومستلزمات العدالة، صحيح أنه يقترب من أصل وجوهر فلسفيين ولكن توظيفه على مسار أكثر "وضـعية" "positiviste" الذي سيمنحه فكرة "الترشيد" للعلاقة التي تقوم بين الأشخاص، كما أن الهدف هـو تقيـيم درجة التغير في تلك العلاقة تبعا للمنفعة المرتضاة منهم، وهذا الذي قفز بـ "العقد" إلى مفهوم معاصر وإلا لم بات الحديث عن الأخلاق العقدية مجالا لنظامها الجديد.

كون القانون الروماني أولى إرهاصات مؤسسة العقد النافع، فالقانون الفرنسي تأثر جزئيا بها بسبب "مبدأ سلطان الإرادة".

أما في الوقت المعاصر، فإن هناك إتجاها لتجديد وإحياء هذا المفهوم على النحو الذي يحقق فائـدة في القانون الوضعي للعقود، الأمر الذي استدعى فتح المجال لمناقشة "مدى الاعتراف القانوني بالعدالة" في ظل القانون المدني الجزائري، خاصة وأن هذا الأخير قد اقتحم أو تأثر أو استفاد مـن البيئـة الاجتماعيـة والاقتصادية التي تغلّف حياة الأعمال "La vie des affaires"، وبات تقييم العلاقات التعاقدية على ضـوء ماهو نافع ومتوازن وعلى اساس ماهو تضامن ونزاهة وتعاون من مقتضيات النظـام العقـدي بمفهومـه الحديث، والعدالة على هذا النحو قد يصنعها المشرع كما قد يفرضها القاضي وفـي هـذا المعنـى يـرى "Aristot" "أن القاضي هو الآلية الطبيعية للعدالة" ولأنهما (أي المشرع والقاضـي) الموجهـان لإرسـاء توازن وتصحيح اللاتوازن – فتصبح لدينا الفائدة من فحص أرضيتها – تأثرا بالطرح القستني (نسبة إلـى الفقيه Ghestin) – على مجموع قانوني متكامل (Corpus juridique).

والذي يظهر الفائدة القانونية من تبنينا لفقه "Ghestin" ومحاولة الدفاع عنه بالنص والفقه ليـست صيغته التركيبية فقط من حيث "العدل والمنفعة"، بل الآثار المترتبة عن هذه الصيغة والتي أعطتنا التصور التالي:

- المنفعة تساوي تصورا ماديا للعقد.
- العدل يساوي تصورا معنويا أخلاقيا للعقد.

وتكريس فكرة العدالة نجحت بواسطة المبادئ المحيطة بأي علاقة عقدية وهي ذات طابع ومضمون أخلاقي وتتضمن مجموعتان من المبادئ تظهر مفيدة للعدالة العقدية، الأولى وميزتها أن المساواة والتوازن وحتى الانصاف من مبادئ وليدة عن العدالة العقدية، ولهذا لم يكن هناك إشكال في ملاءمة وتكيف العقد مع البيئة الجديدة وهي تشكل أخلاقا عقدية (بيئة الأخلاق)، أما الثانية فهي أفكار ومعاني المساعدة أو المكملة أو الخادمة لفكرة العدالة العقدية وهو يتعلق بالتضامن العقدي والتناسب، وهو ما يشكل في تعبيرنا أخوة العدالة العقدية.

الباب الثاني: تنوع آليات تكريس العدالة العقدية في قانون العقود

من المغالطة بمكان إعتبار العدالة عندما إرتبطت بالعقـد والبيئـة العقديـة علـى نحـو دخيـل، إضطراري، أو جبري حتى يتم إنقاذ الوضع الذي آل إليه تأزم العلاقات العقدية، بدليل أنه ومنـذ البدايـة، ظهر مفهوم وليد من الطبيعة الداخلية للمتعاقدين، بل من كل من يعتبر معنيا بهذه البيئـة، بـصفته طرفـا أصيلا فيها، أو بإعتباره إرادة تشرع وتوجه في هذه البيئة، أو أنها منطق وعقل ينفرد بخصوصية إنفـاذ وترسيخ المبادئ العادلة في مواجهة كل أنانية وإرادية متسلطة في العقود، وهذه هي الفعالية التي ظهـرت بها العدالة العقدية في القانون المدني،إجابة عن تساؤلنا الأساسي والمتعلق: هل وجدت العدالة قالبا لها فـي النظام القانوني للعقود ؟، سيكون من التعسف الجواب بسرعة عن ذلك، وبدلا عن هذا تكمن الحجـة فـي الصيغة التي جاءت بها، الأولى، وتكمن في الأداة التشريعية التي إنبثقت منها فكـرة العدالـة ،و كيـف أن المرونة التي تحركها في الجوهر أسهمت في تطورالقانون المدني في أحكامه من مجرد نصوص جامدة من روح أخلاقية إلى مرجع هام تطور هو الآخر وذاتيا منها، ولصالحها، وإليها(**الفصل الأول**)، بيد أن الرجوع إلى مرجعية ومصدر كان السباق إلى تكريسها بين البحث عن مبادئها والرقابة على إنفاذها، وحتى النهوض بترقيتها ومنحها الإمتياز في إنقاذ العقود والمحافظة عليها لضرورات خارجية خاصة تلك المرتبطة بإتساع ظاهرة اللاتوازن بين المتعاقدين، أو العسف والجور والظلم من وبين هؤلاء، أو لمجـرد عـدم صـلاحية العلاقة العقدية وفعاليتها في الهدف المسطر لها **(الفصل الثاني).** و كل ذلك كان إثراء و تنوعا في مضمون هذه الفكرة.

الفصل الأول: العدالة العقدية آلية تشريعية قابلة للتطوير

أخلاقية العقود مسألة إنتقلت في الأحكام المتعلقة بالنظام القانوني بالعدالـة مـن مـستوى المبـدإ أو القاعدة الواجب إكتشافها في النصوص، بسبب هيمنة الطابع التقليدي في حماية العقد، وهي تقليدية مـن حيث الوظيفة المقررة لها (أي العقد بصفته أداة قانونية بحتة)، والأرضية الإرادية هي التي حصرت العدالة هنا، مما جعل أحكام تكريسها غير كافية (**المبحـث الأول**)، إنما التطور حتمية، والملاءمة أكفأ فـي جعـل العدالة في مستوى الحداثة في المنهج من التكريس، شكلا ساعدت القانون المدني تقنية النصوص الخاصة ، أما موضوعيا فالعدالة باتت قاعدة قانونية حقيقية لها من الفعالية ما يحقق بالفعل ما هو عادل و ما هونافع (**المبحث الثاني**) .

المبحث الأول: الأحكام التقليدية للقانون المدني بين كلاسيكية الحلول و ضمنية العدالة

عند الحديث عن الأحكام التقليدية في القانون المدني ينصرف مباشـرة بـشكل أساسـي (و لـيس حصريا) إلى تلك القواعد التي تنبثق عن الارضية الإرادية للعقود، و المتعلقة بما إعتاد المـشرع تقـديره كحماية للرضى، مع أنه و مع خصوصية هذه القواعد و تخصصها الأولي في السهر على الرقابـة علـى سلامة الرضى ، مما إستتبعه قصور في التماشي مع مقتضيات ما هو عادل لصالح ما هـو إرادي وعلـى ماذا يراد العقد و حوله نحو ما هو حماية لنوع الرضى**(المطلب الأول)**، رغم أنه سرعان ما يستشف ذلـك التضمين غير المباشر و توظيف الأخلاق في العلاقات سواء لأن الغاية إنحرفت لصالح هذه الأخيـرة ،أو لأن مقتضى طبيعة الأحكام القانونية السارية على العقد،لأنه عرف مواجهة ما هو مادي مع ما هو أخلاقـي (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: توظيف حماية الرضا لتحقيق العدالة العقدية

يعتبر الغلط أول القواعد المنظمة لعيوب الإرادة في شق داخلي من العقد، و إن كـان الظـاهر عـدم إنصراف قوامه إلى تحقيق ما هو عادل إنما حقيقة إرتباطه بالتوازن الإرادي للعقد حاولت الأحكام من أجله توظيفه لصالح الأول، نظرا لطبيعته الخاصة (**الفرع الأول**) ، بيد أنه حتى مع فكـرة التـدليس ظهـرت محدودية نظامه هي التي إنعكست بقصور إظهار العدالة فيها أو السماح بتسربها إليه لولا أن المرونة التـي يتميز بها من حيث طابعه الموضوعي ومن حيث الأثر(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: إقرار الغلط عيبا مخلا بالتوازن الاقتصادي والاجتماعي للرضا

عندما يتعلق الأمر بالطابع الجوهري للغلط فهو من حيث شكله يجعل منه عيبـا مهـددا بـالإخلال بالتوازن الإقتصادي والإجتماعي للعقد، أما من حيث تقديره فهو يحقق إزدواجية مفادها تلك الأهمية اليقينية في محله وهو الطابع الجوهري ، لأنه عنصر ثابت مرتبط بإستقرار الإلتزامات العقدية من حيث النتيجـة (**أولا**)، في حين أن الطابع غير المعذور في الغلط يحقق شرطا أخلاقيا عند تأسيسه لنظرية عيـب الرضـا (**ثانيا**) .

أولا: إشتراط "الطابع الجوهري" في الغلط تقدير لمدى إستقرار الإلتزامات

على فرض أن الرضا كاف لرفع الظلم، سيكون من السهل أن نحكم على كل العقود بأنها عادلـة[1]، لذلك ذهب الفقيه **Ghestin** [2] إلى التأكيد بأن حماية رضى المتعاقد يعد آلية لتجسيد العدالة التبادلية.

والغلط الذي يؤثر في مسألة عدالة العقد ليست ما تتعلق بمادية الغلط فحـسب "[3] Matérialité de » l'erreur « لأن الصفة الجوهرية تتحقق أكثر بمناسبة نظرة المتعاقدين لها لا أحدهما، وإلا ما الذي سـيبرر إمكانية الإستناد على مبدإ حسن النية، و الذي يفترض ومنذ مرحلة ما قبل التعاقد (أي التفاوض) أن يكون أحد المتعاقدين قد وقع في غلط في صفات جوهرية لم يكونا قد تفاوضا عليها معا[4].

وطبقا للتصور التقليدي فإن مفهوم الغلط يكرس قبل كل شيء حماية فردية، بإعتباره عيبا يؤدي إلى إبطال العقد متوخيا حماية "الأنانية العقدية[5] l'égoïsme contractuel" من وجهة نظر أخلاقية.

ويجب التذكير أن **المادة 2/82** ق م تبرز تناقضا حينما تنص على أنه: "يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدين جوهرية...." ، بينما تشير إلى "المتعاقـد" فـي الفقـرة **الأولى** عند النص "على الواقع في الغلط"، و إن إشتراط هذه المادة وقوع المتعاقدين في غلط بـشأن تقـدير

---

[1] El Gharbi(M), justice contractuelle et liberté de la volonté un rapport problématique, Art précité, p177.

[2] Ghestin (J), la formation du contrat, op.cit, p. 443, voir dans ce sens : Carbonnier(J), les obligations,p.136 .« suivant les postulats du libéralisme, c'est à chacun des contractants de s'assurer que dans la formation du contrat, la justice commutative à été observée à son égard ».

[3] يبدو أن تطور مفهوم الغلط في القانون الفرنسي، مر، منذ مدونة نابليون 1804م، بمرحلة أولى موضوعية تقدس إلى حـد بعيد فكرة العقد، ولا تفسح المجال للقضاء من أجل التدخل فيه ومراقبة أخلاقياته إلا في الحالات القصوى (الغلـط المـادي الموضوعي)، ثم تمكّن القضاء من مراقبة أدق لأخلاقيات التصرف القانوني من خلال الغلط في صفة الشيء الموجبة للتعاقد بالنسبة للجميع" أي أنه يتم تقدير أهمية هذه الصفة بالنسبة للرأي العام، وأخيرا إقتحم القضاء دائرة العقد =بصفة كلية عنـدما أخذ بمفهوم الغلط الجوهري بالنسبة لصاحبه فقط وتمكن نتيجة لهذا التطور، القضاء الفرنسي من إقتحام ميدان العقد والحـد من حرية الأطراف ومن مبدأ سلطان الإرادة من خلال مفهوم الغلط بتعويض المفهوم المادي للغلط بمفهوم الغلط الجوهري.

أنظر في هذا الموضوع:

Ghestin(J), le contrat, formation, op.cit, n° 377.

أنظر محمد بقيق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للكتـاب المخـتص 2009، ص 104. أنظـر محمد محفوظ، دروس في العقد، المرجع السابق، ص 153 و154. و محمد الزين، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 132.

هذه النتيجة التي انتهى إليها القانون الفرنسي بعد مخاض طويل كرسها منذ البداية المشرع الجزائري من المواد 81 إلـى 85 من ق.م، أي الصفة التي لولاها لما أقدم المتعاقد على إبرام عقده، وأن مقتضيات القانون المدني بشأن عيب الغلط الجـوهري يختلف عن ما جاءت به المادة 1110 من ق.م.ف =والتي كرست مادتها (أي م 1110) في بادئ الأمر مفهوما ماديا محضا للغلط، وما إنتهى لمفهوم الغلط الجوهري إلا لاحقا، في حين كرس منذ البداية القانون المدني مفهوم الغلط الجوهري.

[4] Bencheneb(Ali), contrat, op.cit, p. 94 et 95.

[5] Saidi Mustapha, mémoire de Magister précipité, p 114.

الصفة الجوهرية يؤدي إلى التفكير عن وجود عدم التجانس في البنية القانونيـة للـنص مـا دام التـصور الرضائي قائم دوما على الإعتداد "بعيب الإرادة لا عيب الإرادات" ، وهو ما يفسر بعدا موضوعيا للغلط[1].

ويبدو أن تقييد الصفة الجوهرية **بالنظرة المشتركة للمتعاقدين** على ضوء المادة **82 ق م** يعد قرينة على أن الطرف الآخر كان على علم بجوهرية الصفة في العقد، مما يضعه في موقف شخص سيء النيـة، يبرر قانونا تحقق العيب المفضي للتمسك بإبطال العقد[2].

وبالمقابل، إذا لم تكن هناك صفة جوهرية، ولم يكن للمتعاقد معه يد فيها[3]، فإنه يكون من التعسف أن يطلب الواقع في الغلط إبطال العقد، لأن هذا الأخير قد يتحجج بأن الصفة كانت جوهرية بالنسبة له مـن أجل التنصل من التنفيذ، لهذا كان شرط" علم المتعاقد الآخر بالغلط" بموجب المـادة **82** تكريـسا للعدالـة التبادلية على حد تعبير الأستاذ « Ghestin »[4] ، وفي هذا المعنى إتجه البعض إلى القول بأن "تقييد الصفة الجوهرية بالنظرة المشتركة للمتعاقدين مخرج هام لضمان إستقرار المعاملات ومنع تعسف المتعاقد الواقع في الغلط"[5].

إن هذا النوع من الغلط الجوهري يقع بالضرورة على "خصائص الشيء" (و هو محـل العقـد) ، بالنظر إلى إستعمالاته التي حددت في إطار العقد، أو بحكم عادة متعارف عليها[6] على أنها خصائص الشيء التي إنصرفت الإرادة إلى التعاقد بشأن وظائفها المحددة[7].

---

[1] ويرى الأستاذ فيلالي: "أن أحكام المادة 82 يتضح فيها من الفقرة الأولى أن العبرة بنفسية المتعاقد الذي وقع فـي الغلـط وحده، بينما الفقرة الثانية تعتد بإرادة المتعاقدين، ثم إن الفقرة 1 انصرفت إلى مقدار آثار الإعتقادات الخاطئة الواجب بلوغها حتى تعيب رضاء المتعاقد في حين أن الفقرة (2) إنصرفت إلى تحديد المقصود بالصفة الجوهرية. انظر كتابه، الالتزامـات، المرجع السابق، ص 163.

[2] انظرحسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة، دبلوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1974، ص 26.

[3] انظر مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقـوق، جامعـة القاهرة، 2000، ص 24، حيث يرى: "أن هناك من الأغلاط تعيب الإرادة من الناحية النفسية، ولكنها لا تؤثر في صحة العقد من الناحية القانونية".

[4] Ghestin (J)., la formation du contrat, op.cit, p. 443.
Voir aussi Carbonnier(J), contrat, op.cit, p .137 qui dit : « la justice commutative devient ainsi, exceptionnellement une condition de validité du contrat ».

[5] انظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 164.

[6] Benchneb (Ali), Contrat, op.cit., p 95.

[7] "تظل الصعوبة في التحقق من "جوهرية الصفة" ويمكن القول بشكل عام بأن إثبات هذا الأمر لا يثير أية مشكلة في الأحوال التي تكون فيها الظروف المحيطة أو طبيعة العقد أو الأعراف المتعبة تكشف بوضوح عن هذه الصفة كانت محل اعتبار مـن جانب مدعي الغلط، أي أنها كانت جوهرية بالنسبة له وقت التعاقد. وعلى العكس من ذلك يبدو أن هذا الإثبات أمرا طبيعيا إذا كانت الصفة تعد جوهرية من وجهة نظر المتعاقد الغالط وحده أي عندما يكون مصدرها إرادته الباطنة....."، أنظر مصطفى أبو مندور موسى، الرسالة السابقة، ص 26 و 26.

ويرى بعض الباحثين[1]" أن الصفات الجوهرية للشيء و المقبولة كشرط في الغلط، هي تلك الصفات المتوفرة في الطرفين معا لا أحدهما، بمعنى ليست بنظرة وإرادة أحد المتعاقدين دون الآخر، وإنما بنظرتهما المشتركة التي يتم الإتفاق عليها[2]. وفي حالة عدم الإتفاق بشأن الصفة الجوهرية وإستحال معها الوصول إلى النظرة المشتركة للمتعاقدين لتحديد هذه الصفة يكون المرجع هو "شروط العقد و مبدأ حسن النية" حسب ما ورد في المادة **2/82** ق م[3].

ويبدو أن المشرع قد جعل حسن النية آلية لتحديد الصفة الجوهرية المؤدية إلى الغلط، مثلما كررها في المادة **85** ق م حينما قرر" واجب حسن النية" بوصفه معيارا في التمسك بالغلط، من أجل الحفاظ على العقد " . وفي هذا المعنى ذهبت الأستاذة **Bendeddouche** [4]، " إلى القول بأن المشرع يبحث عن مجازاة الطرف المسؤول عن إنتهاك الأخلاق العقدية بدل حماية سلامة الرضى ، بل يؤكد البعض بأنه "لا يكفي وقوع المتعاقد في غلط جوهري، و إنما يجب أن يكون حسن النية بما يجعله بالفعل جديرا بالحماية، وهو لا يكون كذلك إلا إذا أظهر في العقد الأهمية التي يسبغها على جوهر الشيء أو صفة من صفاته بحيث يؤدي تخلفها إلى وقوعه في غلط جوهري"[5].

ولكن "إذا تعلق الأمر بغلط ينصب على صفة لا تدخل في إعتبار "الرجل العادي" أو" بصفة ليس من شأنها أن تدفعه نحو التعاقد"، فإن الغلط بشأنها لا يقام له وزن إلا إذا ثبت أن الطرف الآخر - من يحتج عليه بالغلط- كان على علم فعلا بهذه الصفة ، وبمدى تأثيره على رضائه وقت تكوين العقد".[6]

---

[1] Benchneb (Ali), Contrat, op.cit, p. 94.

[2] انظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 94.

[3] ويرى الأستاذ علي فيلالي "أن المشرع إعتمد هذا الحل الاحتياطي المعيار الموضوعي ولا يقصد بالمعيار الموضوعي ولا يقصد بالمعيار الموضوعي في هذا السياق المادة التي يتكون منها الشيء كما هو الشأن بالنسبة للنظرية التقليدية للغلط، بل يتم تقدير الصفة الجوهرية في ضوء العوامل الموضوعية خلوا من الاعتبارات الشخصية ومن ثمة المقصود بشروط العقد هي الظروف المحيطة به والتي تم في ظلها إبرامه والتي من شأنها أن تدلنا على إرادة المتعاقدين حيث أن هذه الظروف التي يتم فيها العقد هي التي تحدد ما يجب اعتباره صفة جوهرية استنادا على مبدأ حسن النية"

انظر كتابه الالتزامات، المرجع السابق، ص 164.

[4] Bendeddouche (J), « Déclarations de volonté formation du contrat en droit algérien, Art précitée, p.,15.

[5] أنظر نزيه المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام" نحو معيار مشترك يحكم دور الإرادة في تكوين الالتزام وتنفيذ آثاره "دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، سبتمبر – ديسمبر 1979، مطبعة جامعة القاهرة، 1981، ص 395.

[6] أنظر مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2000، ص 30. أنظر أيضا الأستاذ Bencheneb:

« D'une part, l'erreur doit être admise avec sécurité pour ne pas constituer un prétexte à remise en cause de la stabilité des engagements contractuels et donc, à des manœuvres de la part de celui qui se prévaut d'une prétendue erreur, une simple erreur ne suffit pas ».

وإنتهى آخرون "إلى وجوب إستبعاد "النظرة الذاتية والإرادة الباطنة التي ينفرد بها أحـد المتعاقـدين لكون المشرع قد أخذ بالغلط بمفهومه الجديد" [1].

ولكن الصفة الجوهرية تصبح "صفة عقدية سواء إتفقت أو إختلفت مع تقـدير مجمـوع النـاس أو الشخص الواقع في الغلط، فالعبرة لا تتعلق بمجرد علم الطرف الآخر بأن من تعاقد معـه يراهـا صـفة جوهرية ، بل يجب أن تكون جوهرية بالنسبة لهما معا، وهو ما لا يتحقق إلا إذا كانت ذات طابع عقـدي، مما يجعل عبارة "المتعاقدين" لا تعني إطلاقا الأخذ بالمعيار الشخصي بل هـي تُفيـد العكـس"[2]، فإعتمـاد المشرع بموجب **المادة 82** على " موقف الطرف الآخر" يدل على التضييق في المعيار الموضوعي.

بيد أن المشرع في المادة **81 ق م،** لم يشترط أن يكون الغلط معلوما لدى الطرف الآخر، بمعنى لم يأخذ بالغلط المشترك[3]، و إنما إكتفى بالغلط الفردي مستعينا في ذات الوقت بعناصـر موضـوعية لتحديـد الصفة الجوهرية وبالخصوص فكرة حسن النية المادة **2/82** من ق.م، وهو يدل على وجوب أن يتجـاوز المشرع النزعة الذاتية ويشترط إشتراك المتعاقدين في الغلط أو ما يعرف بالغلط التبادلي[4] الـذي يجعـل المتعاقد الآخر جديرا بالحماية، و بمنأى عن خطر إبطال العقد الذي لطالما إطمأن إليـه ، فـضلا عـن تكريسه لمبدأ ثبات المعاملات وضمان العدالة العقدية، رغم أن العميد **Carbonnier** يرى " أن ضرورة في أن لا ينعت الغلط "بصفة المشترك" بين المتعاقدين مادام كلاهما قد إعتبر بجوهرية الصفة التـي وقـع فيها أحدهما فيها "[5].

لذلك يرى البعض[6] أن "العدالة العقدية تستوجب أن يكون الغلط المبطـل للعقـد مـشتركا بـين المتعاقدين، وإلا كيف نبرر حماية المتعاقد الذي وقع في الغلط على حساب المتعاقد الثاني الذي لا ذنب لـه فيما وقع وأطمأن إليه في العقد، وربما يكون قد قام ببعض الإلتزامات نحو الغير تنفيذا لهذا العقد" ، و هذا

- Ghestin(J). Le droit des contrats, op.cit, p 93.

[1] انظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 94 و 95.

[2] أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضى، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان 2006، ص 488. وأنظر أيضا علي نجيدة، الغلط ومعياره بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلـة القـانون والاقتـصاد، جامعة القاهرة، السنة 58، العدد 58، 1988، ص 121. أنظر محمد سعد خليفة، الغلط في القانون كعيب من عيوب الإرادة، مجلة الدراسات القانونية تصدرها كلية الحقوق بجامعة أسيوط، العدد (18) السنة 1996، ص 79 وما يليها.

[3] بخلاف المشرع المصري الذي أخذ بالغلط المشترك في المادة 120 من ق م م.

[4] هذا الشرط يستوجبه مبدأ حسن النية في المعاملات، وقواعد العدالة في نفس الوقت. فالعدل يقتضي عدم قبول دعوى إبطال العقد، متى كانت إرادة أحد الطرفين –فقط- هي معيبة، في حين كان الطرف الآخر حسن النية لا يعلم شيئا عن هذه المسألة" أنظر مساعد زيد عبد الله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، الرسالة السابقة، ص 105.

[5] Carbonnier(J), les obligations, op.cit, p.349.

[6] انظر علي فيلالي, العقد، المرجع السابق، ص 172.

ما إستقر عليه الفقه التقليدي[1]. إلى التأكيد بوجوب إشتراك كلا الطرفين في الوقوع في الغلط يعتبـر آليـة لضمان إستقرار المعاملات وتحقيق العدالة العقدية.

ويعتبر الغلط في الصفات الجوهرية مرجعا هاما للكشف عن وجود هذا العيب، لأنه يتعلق بالمساس بالرغبة المشروعة للضحية « l'attente légitime ».

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم "الرغبة المشروعة" يجد فحواه أصلا في نصوص القانون الأوربـي بمناسبة ضمان حماية المستهلك، وهو بالفعل ما جاء في القانون الجزائري بتكريسه له في إطار قانون 09-03، حيث يعتبر من ضمن أوجه تطور "الإلتزام بمطابقة المنتوجات" الذي يشكل مركز ثقل ذا أهميـة فـي حركة المنتوجات وتسويقها.

وبهذا سيقع المستهلك في موقع الشخص الذي خانته الرغبة المشروعة بواسطة الغلط، وهو مـا يشرعن إمكانية التصرف ببطلان العقد في مواجهة المتعاقد الآخر، أو حتى تحريك مسؤولية عن كل تدخل في عملية بيع بواسطة إنتهاك الإلتزام بالمطابقة[2]، ولعل هذا يفسر توجها نحـو أخلاقيـة سـلوك المتعاقـد (المحترف) في سبيل حماية المستهلك.

و لعل مسألة الغلط والتوازن العقدي قد طرحت في الفقه [3] من حيث أن الأول هو مصدر لعـدم التوازن[4]، وبموجب النظرية الكلاسيكية إذا أصاب العقد خلل في التوازن، فهذا يعزى إلى عيب في رضى أحد المتعاقدين[5]، فيغدو هذا الخلل تعبيرا عن إرادة معيبة[6] "لأن المتعاقد، حين يقدم على إلـزام نفـسه فـي العقود المتبادلة ذات العوض، إنما يضع في إعتباره حصوله على ما يقابل إلتزامه، فإذا ما أُخـل بـذلك التقابل بين الإلتزامات العقدية، كان ذلك سببا جديا لتعديل العقد و هو مؤسس على الغلط الحاصل..."، كما أن للقاضي أن يستند إلى الغلط في القيمة تحت غطاء الغلط الجوهري لكي يتمكّن من الرقابة علـى القيمـة الاقتصادية للأداءات[7].

---

[1] انظر مصطفى أبو مندور موسى، الرسالة السابقة، ص 345.

[2] المادة 11 من قانون 09- 03.

[3] انظر عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 68: ويطرح هذا الباحث تساؤل عن مدى كفاية الغلط لتحقيـق التـوازن العقدي.

[4] Ghestin(J), formation du contrat, op.cit, p. 475.

و انظر أيضا محمدي سليمان، من أجل الإبقاء الغبن في بيع العقار المجلة الجزائرية، المقال السابق، ص 191.

وترى ريما فرج مكي انه: بموجب النظرية الكلاسيكية أن المتعاقدين متساوون وأحرار في إبرام العقد، ويترتب عن هـذا أن يكون كل متعاقد باستطاعته الدفاع عن مصالحه الشخصية، ومن ثمة إذا كانت الإرادة حرة وسليمة، فلا يستوجب أي إجراء لحماية التوازن في العقد" انظر كتابه, تصحيح العقد، المرجع السابق، ص 270.

[5] انظر ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص 270.

[6] انظر سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، المرجع السابق، ص 457.

[7] أنظر ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص 271.

وعلى إعتبار أن النصوص المتعلقة بنظرية عيوب الرضى تأخذ بمبدأ أسبقية الحرية العقدية، فهي لا تبحث عن توازن الإلتزامات التعاقدية ولا تحقيق الإنصاف، وإنما ضمان رضا مستنير وسليم لدى المتعاقدين[1] ، و هو إتجاه القانون الفرنسي نفسه في أسلوب معالجته لهذه العيوب. لولا أنه لا يمكن التعويل كثيرا على ذلك التوازن المؤسس على "سلطة الإرادة" لأنه لا يعالج في حقيقة الأمر مشكلات اللاتوازن العقدي إلا جزئيا وعلى نحو منقوص.

في حين أن الأستاذ **Ghestin** تبنى طريقا مخالفا - ظهرت على إثره رؤية تفاؤلية اتجاه تقدير قيمة الإرادة- بأنه " بمجرد أن يكون هدف العقد كفاية الحاجات التي تسمح بتحقيق العدالة التبادلية والمطابقة معها(...) أمكن الإفتراض عندئذ بأن إتفاق الإرادات هو ما سمح بكفاية حاجات الأطراف طبقا للعدالة العقدية، وعندئذ لا تكون وظيفة حماية الرضا إلا وسيلة لفرض إحترام هذه العدالة [2] .

لقد أظهرت الإعتبارات الخارجية - وهي منبثقة من معطيات عملية وأخرى مستمدة من دواعي الأمن القانوني للتجارة - ظاهرة تأليفية بين ذاتية الإرادة الباطنية Subjectivisme de la volonté interne ، و التي تعتبر معيارا أساسيا للنظام الرضائي المهيمن على مبدأ سلطان الإرادة، وبين موضوعية التعبير عن الإرادة Objectivisme de la volonté ، الأمر الذي أخرج صيغة موضوعية رضائية مناسبة للحد من صرامة مبدأ سلطان الإرادة في بعده الكلاسيكي[3].

وفي مواجهة نظرية الغلط في القانون المدني يتأسس نظام قانوني موحد ومتجانس يسمح بتكييف ما هو موضوعي بما هو رضائي في نفسه الوقت.

ولعل الإستناد إلى فكرة الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي التي تُدلل على هذه الموضوعية. حيث أنه لا يترك المجال خالصا للإرادة الداخلية كي تختلف عن الإرادة المشتركة، وفي نفس الوقت يعترف هذا

---

[1] Ghenima Lahlou-khiar, Réflexion sur le droit des obligations, précité, p.346- 347.
- Voir son article, p20. "La protection du contractant faible: "… la théorie des vices du consentement a été bâtie autour de la liberté contractuelle. On ne cherche pas à équilibrer les prestations contractuelles, ni a réaliser l'équité, on doit s'assurer que le consentement émanant de chaque contractant est sain et éclairé".

[2] Ghestin(J).Traité.op.cit.p.445 et ss.

[3] Valcke (Catherine), objectivisme et consensualisme dans le droit français de l'erreur dans les conventions.Revue de la recherche juridique .droit prospectif, 2005-2, p.666.
قارن ما قاله الأستاذ الدكتور فيلالي: "لن يتم تحقيق العدالة العقدية الجديدة التي يرغب فيها المشرع (...) عن طريق وضع قواعد وأحكم استثنائية - لمعالجة مساوئ نظرية الإرادة الظاهرة، أو الإرادة الباطنة- وإنما بوضع تصور جديد للإرادة يكون أكثر خدمة وانسجاما مع هذا الهدف فلا تكون العبرة بالإرادة الباطنة كما يريدها صاحبها، ولكن بالإرادة =الباطنة كما يفهمها الغير، وهذا يتطلب ثقة متبادلة بين المتعاقدين والنية الحسنة لكل منهما. فالإرادة التي يعتد بها هي إذن الإرادة الباطنة الخالية من كل غش والتي تتفق مع العرف، وظروف المعاملات، والثقة التي يرجوها كل متعاقد".
الإلتزامات، ص 95 و 96.

النظام[1] على نحو رضائي بأولوية الإعتبار للإرادة الحقيقية للأطراف على حساب التعبير المغلوط للإرادة، و هذا يعتبر من قبيل إخراج مبدأ سلطان الإرادة من جمودها وعدم نفعيتها.

حيث لا يكفي الإعتراف بحرية التعاقد شكلا وموضوعا ثم الإنتهاء إلى ترتيب أو تصنيف مـصدر الإرادة فردية كانت أوذاتية، بل يتطلب -على ضوء تقدير العقد كآلية في السوق- تكييفهـا علـى نحـو متجانس بالرضا وهو في صورته التي ترتبط بزواياه الموضوعية، الأمر الذي "يحول نظرية الغلط إلـى نظرية أكثر واقعية" [2]، عوض قصرها على إعتبارات خارجية أو داخليةعلى حده تبتعد تماما عـن مـنهج المفاضلة في تفسير الإتفاقات.

ثانيا: الطابع غير المعذور في الغلط شرط أخلاقي في عيب الرضا

عندما كان يؤسس مفهوم "الغلط غير المعذور"على إستبعاد بطلان العقد لغلط في الصفة الجوهرية أو غلط في الشخص، فقد كان من الصعب الإلمام به، نظرا لعدم مصدريته القاعديـة، إذ لا يوجـد نـص صريح بذلك[3] ممايستدعى الفقه والقضاء لإثراء أحكامه بكثير من الواقعية والموضوعية[4].

ولعل الحل المطروح في ظل مفهوم "الغلط غير المعذور" هو الحفاظ على العقد رغم تحقق حالـة الغلط فيه، والسبب ببساطة يعود إلى طابع أو صفة اللامعذورية، التي نشأت لدى أحد المتعاقدين على أساس الإخلال "بواجب عدم مغالطة القانون غير القابل للخرق"[5]، أي واجب عدم إرتكاب غلط غير معذور.

ولعل أهم ما يطرح في هذا الشأن أن "الغلط غير المعذور لا يرتب "عقوبة خاصة" في حق الشخص الغالط، بل يفرز عن جهد لإعادة التوازن بين المصالح المشروعة لمرتكب الغلط والموجه إليه التعبير عـن الإرادة، بإعتبار أن هناك حالة تنازعية بين سلطان الإرادة ومبدأ حسن النية اللذان ينظمـان معـا تكـوين العقد[6]، ومن ثمة فهو يستند إلى هدفين: **الأول** يتعلق بحماية الإرادة الحقيقية للمتعاقد، **والثاني** يـستند إلـى

---

[1] Valcke (Catherine), Art précité, p.684.

[2] وفي هذا المعنى ذكر الأستاذ فيلالي "يكون المشرع أخذ بالغلط ولكن بمفهومه الجديد" , الالتزامات، مرجع سـابق. ص 94 و 95.

[3] وحتى إن كان المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط فإنه مستفاد ضمنا من القواعد العامة التي تقضي بأنـه لـيس لشخص أن يستفيد من إهماله وتقصيره من أجل التخلص من التزاماته المنبثقة عن التصرف الذي أجراه.

[4] Limbach (Francis), le consentement contractuel à l'preuve des conditions générales, Bibliothèque de droit privé, T .412 , 2004, p .219.

[5] Ibid., p 220.

[6] Ibid. Voir aussi dans ce sens Valcke(Catherine), op.cit, p.672 : « Le caractère inexecusable de l'erreur et l'ignorance du défendeur sont deux bonnes raisons morales de maintenir la convention en depit du fait que la volonté interne du demandeur était viciée au niveau psychologique.Par conséquent, les conditions d'execusabilité et de connaissance seraient effectivement injustifiables sur une base subjectiviste(…) A tout le moins en ce qui concerne la condition d'execusabilité des lors, il est possible de scinder le processus d'annulations en deux analyses indépendantes : l'un ; contractuelle « psychologique », l'autre ; extracontractuelle 'morale' ».

حماية الثقة التي تعهد إلى الموجه إليه التعبير بالتصريح بها بكلمته. والسبب هنا أن التـصريح المختلـف للإرادة كاف لخلق نزاع بين المصالح الواجب حمايتها، وبالطبع إن كان هناك إعمال لهما فيعنـي الخيـار بينهما بمنهج غائي، وليس علينا أن نخيرهما على سبيل أن يلغى أحدهما الآخر، بل يجب أن يتم التقريـب بينهما في عملية تقدير المصالح القائمة، والكفة هنا يجب أن ترجح لصالح الثقة على التـصريح بـالإرادة، ما دام قائما على تجنيب تغليط الضحية، وهذا ما يشجع القبول بالحلول التي تطبعها نظرية الغلـط غيـر المعذور قضائيا[1].

ويصف الفقيه **Ghestin** "بأن الغلط غير المعذورعنصر مكون لنظرية الغلط، وهـو لـيس فقـط عنصرا من عناصر الإثبات، وإنما يتعين إعتباره شرطا موضوعيا لقبول دعوى الإبطال[2].

ومن أجل تقدير الطابع المعذور أو غير المعذور للغلط يجب التأكيد على أن السلوك والمواصفات المهنية للطرف المتعاقد، هي العناصر الجوهرية التي يستعين بها القاضي[3]، مع أنه لا يجب إقصاء مستوى ونوعية المعلومات المنقولة من المتعاقد الآخر، لأن جعلها محل إعتبار يسهل التقدير[4].

وفي الحقيقة، يجب تحليل آلية الغلط غير المعذور وفقا منظور آخر[5]، فـالغلط مـن جهـة أحـد المتعاقدين و أثناء إبرام العقد يجعل القانون يتساهل في منح المتعاقد الواقع في الغلط "حق" الإختيـار بـين حلين: **أولهما**: طلب إبطال العقد بإعتبار إرادته معينة، **وثانيهما** :إجازة للعقد، بيد أن طبيعة الغلـط غيـر المعذور يحرم الغالط من هذا الحق، لأن هذا الأخير قد تنازل عنه بسبب إهماله وتقصيره، ذلك أن "سهولة تجنب الغلط الذي وقع فيه المتعاقد تجعل سلوكه أو تصرفه غير معذور وغير مغتفر، ومن ثمة وجب عليه تحمل مسؤولية طيشه وإهماله"[6].

وبإعتبار أن الغلط غير المعذور يعتمد على "فلسفة حمائية" ، فهو يستوجب بالضرورة إسـتحقاق الحماية القانونية، لأن الغلط الواقع إذا نتج عن طيش أو إهمال لا تُستحق فيه الحماية، ومن ثمة "لا يمكـن المطالبة إزاءه بإبطال العقد"[7]، لأن "مقتضى الحماية" في حق من يريد التمسك بها غائبة. ومفهوم الحماية بموجب" نظرية الغلط" يعني تعيب إرادة من وقع في الغلط بغير إهمال أو تقصير من جانبـه بغلـط دافـع

---

[1] نقلا عن مصطفى أبو مندور موسى، الرسالة السابقة، ص 54، هامش 90.

[2] مصطفى أبو مندور موسى، الرسالة السابقة، ص 54.

[3] Limbach (Francis), op.cit,p.236 :« Le caractère inexcusable de l'erreur est une question de fait soumise à l'appréciations souveraine des juges du fond ».

[4] Bencheneb (Ali), contrat, op.cit, p 97.

- وفي هذا المعنى يرى الدكتور علي فيلالي: "وكثيرا ما يتعلق مثل الغلط غير المعذور بالحرفيين وأهل الخبرة والمعرفـة بكونهم يملكون من المؤهلات ما يسمح لهم تجنب الوقوع في الغلط بكل سهولة، وعليه فإذا وقع المتعاقد في هذا الغلـط كان رضاه هيبا، غير انه لا يستفيد من الحماية القانونية"، انظر كتابه، العقد، ص 172.

[5] Limbach (Francis). Op.cit, p 220.

[6] انظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 171.

[7] أنظر المرجع نفسه، ص 171.

وداخل نطاق العقد[1]. ويبدو أن إستعلام المتعاقد الواقع في الغلط يجنبه الوقوع فيه، لأنه يستند على" وهـم" لا يمكن تفاديه عن طريق العلم"[2] لمجرد إبرام العقد بجميع الصفات المتعلقة بالمحل أو شـخص المتعاقـد الآخر، والتأكد من مطابقتها مع الصفات التي دفعت الشخص إلى التعاقد، إذ يتوجب على كل متعاقـد أن يستعلم ويتحرى عن كافة المعلومات التي تحول دون وقوعه في غلط.

وفي هذا السياق نجد **المحكمة العليا** في قرار لها صدر في 1988/11/14[3] قد أشارت عند تقديرها للغلط الجوهري بأن" صفة المهندس -التي تعتبر السبب الرئيسي الدافع للتعاقد- تظهر من خـلال حـرص المتعاقد الواقع في الغلط على التأكد من وجود هذه الصفة بطلبه الملح على إستظهار الشهادة، باعتباره أهلا للحماية القانونية" .

إن الجهل الواقع على المميزات العملية العقدية لا ينحصر في كونه نفسيا فقط، كما تنظر إليه النظرية الحالية لعيوب الإرادة، بل هناك ما يستشف من نظرية التحليل الاقتصادي التي تكشف عـن عيـب الغلـط كإعلام غير كاف[4]. وتأسيسا لما تقدم ليس من العدالة أن يتقاعس المتعاقد الذي وقع في الغلط فـي حقـه نفسه، ثم بعدئذ يطلب إبطال العقد بدعوى الغلط دون أية مبالاة بالمـصالح المـشروعة للطـرف الآخـر ولإستقرار المعاملات. ولكيلا يتعارض مع مبدأ حسن النية لا مجال لإتاحة الفرصة للشخص مـن أجـل الإستفادة من خطئه وإهماله ، و بالتالي التنصل من إلتزاماته العقدية، إذ يستوجب عليه الاهتمام بمـصالحه ومن ثمة التصرف بشكل إيجابي ومسؤول لأنه بإمكانه الإستعلام عن كل المعلومات المتعلقة بمحل العقد و تلقائيا أثناء إبرام العقد.

إن إصطباغ صفة الإحتراف في الدائن، ترفع عنه فرصة الإستفادة من الغلط، لأنه مع فكرة التفطن والتخصص اللذين يميزانه لا تعذر عنه أي غلط، ويفترض حسن النية لإقدام على سلوكات علـى أسـاس التعاون في الإلتزامات، يبذل فيها الجهد اللازم.

ويتعين فهم واجب الإعلام والإستعلام، كوجهين لعملة واحدة، وإذا برز أحدهما كان الآخر غائبـا، ولكن أيضا إذا كان أحدهما قائما فالآخر ممكن.

---

[1] انظر مصطفى أبو مندور موسى، الرسالة السابقة ص56، انظر د/ محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 144.

[2] انظر مصطفى أبو مندور موسى، الرسالة السابقة، ص 34.

[3] الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 49339 قرار بتاريخ 1988/11/14، المجلة القضائية، العدد (4) 1990، ص 147.
= انظر تعليق لبان فريدة: حيث اعتبرت أن هذا الموقف التي اتخذته المحكمة العليا يعد تطبيقا للالتزام بالاستعلام وأن وقـوع المتعاقد في غلط يعود أحيانا إلى عدم استعلامه في موضوع العقد مما يؤدي إلى كون غلطه غير مغتفر". انظر، حسن النيـة أثناء إبرام العقد، ماجستير، ص 42 و 43.

[4] Rouvière (Frédéric), l'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique. R.R.J. 2008-5, p 2489 : « d'après une analyse économique, la définition incomplète sur l'objet du contrat, c'est-a-dire sur l'opération projetée(…) ». Ibid, p 2488.
-إذن هناك من يطرح إعادة النظر في تعريف الغلط انطلاقا من مفهوم اقتصادي للالتزام بالإعلام.

وإذا كان هذا هو المنطق فمن وجهة نظر أخلاقية عقدية سيكون مـن غيـر العـادل الـسماح لا للمحترف بالتعسف بعدم الإعلام ولا للمستهلك بعدم الإستعلام على حد سواء[1].

الفرع الثاني: إدماج التدليس كطابع مرن في حماية الرضا

يتعلق الكتمان بالتدليس بسلوك غير سوي في علاقة عقدية، ويستمد المجتمع منفعته وفائدتـه مـن التبادل "echange"، وهذا ما يبرر تدخل النظام القانوني، خاصة عن طريق الرقابة علـى هـذا التبـادل، لاسيما بواسطة المعلومات المتبادلة بين الأطراف، بما فيها تلك المعلومات المنقولة بشكل خاطئ " Fausses informations" والمؤثر على صحة العقد.

ويعتبر التدليس ثاني عيوب الرضى المنصوص عليه بالمادة 86 من ق.م، وثمة إجماع في الفقـه[2] على تعريفه بكونه "غلط مستثار أو مستحدث يتكون من جملة الحيل أو الخدع التي، يقـوم بهـا المتعاقـد للإيقاع بالطرف المقابل في غلط يحمله على التعاقد".

وفي السياق يرى الفقيه Goudemet أنه: "عندما يتم تقبل فكرة التضليل كعنصر ضـروري فـي تحديد مفهوم التدليس فهذا يعني أنه قد يشكل مفهوما جد ضيق، فمن يرتكب التدليس فهو يوقع في الغلـط، وأيضا يتعسف بشكل فاضح في وضعية تفرض على المتعاقد الآخر عقد مناقضا للإنصاف[3].

بالإضافة إلى المظهر التقليدي للتدليس[4]، وذلك بفعل ما يجب تركه من كذب وحيـل وخـدع، فقـد تضمنت الفقرة الثانية من المادة 86 من ق.م مظهر آخر يكون التدليس فيها سلبيا وذلك بترك ما يجب تركه مثل سكوت، كتمان، وهذا ما يعرف بالكتمان التدليسي[5].

ولما كانت المادة 2/86 تكرس طابعا مرنا في حماية الرضا فإن في داخله تكريسا للإلتزام الضمني النابع عن حسن النية (ثانيا)، يفيد بالإلتزام التقليدي بالإعلام (أولا)، مما يؤدي إلى التأكيد إلـى أن المـادة 2/86 قد عمدت على إسناد وإلحاق الالتزام القانوني بالإعلام بالفعل التدليسي، وكلاسيكية هذا الحكم تظهر في إطار نصوص العقود الخاصة مثل ضمان عيوب الخفية وعدم الإدلاء بالبيانات الحقيقية في عقد التأمين.

---

[1] فعلى البائع أن يكون نزيها، وعلى المشتري أن يكون فضوليا.

[2] أنظر د/ محمد حسن قاسم، مصادر التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعـة الجديـدة للنـشر، الإسكندرية، 2002، ص80.

[3] Goudemet (E), Théorie général des oblégations, ed (2), 1965, p. 70.

[4] ويلاحظ في هذا السياق أنه رغم عدم تضمن القانون المدني الفرنسي، نصا مماثلا لما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 86 حيث أقتصر نص المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي على ذكر التدليس في صورته التقليدية أي التدليس الإيجابي.

[5] وقد ذكر إبن منظور ثلاثة وعشرين دلالة لفعل دلس، أربعة منها فقط تتعلق بالبيع، أولها، دالس، مدالسة، ودلس في البيـع وفي كل شيء إذا لم يبين عيبه، وثانيها، التدليس في البيع هو كتمان عيب السلعة على المشتري، وثالثها أنـدلس الـشيء أو العيب أي خفي ورابعها: التدليس هو إخفاء العيب.

أنظر إبن منظور لسان العرب، المجلد (6)، بيروت، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1994، ص86 و87.

أولا: محدودية الإلتزام القانوني التقليدي بالإعلام (طبقا لأحكام القانون المدني)

يبدو أن الإلتزام بالإعلام يقرر **هدفين** في العقد، **أولهما** تكريس مفهوم حمائي يحقق به سلامة الإرادة، **وثانيهما** إعتماد مفهوم مقوم يتمثل في إرجاع ما إختل من توازن في العقد، ومن هنا تبدو أهمية هذا الإلتزام فيما أسند له من دور في حماية الإرادة من جهة، وفي الحفاظ على توازن العقد من جهة أخرى، ويشير **الفقه**[1] إلى "الدور الأساسي الذي يلعبه الإلتزام بالإعلام في تحقيق التوازن العقدي مستطردا أن العدالة العقدية تكون مهددة في الحالات التي يقوم فيها عدم التكافؤ في المعلومات حول عناصر العقد، لذلك يلتزم الطرف الذي يعلم ، بإعلام الطرف الذي لا يعلم" , ويعتقد الفقيه **Ghestin**[2] ، "أنه بالنظر لوجود الإلتزام بحسن النية في العقد فإن ذلك يتوجب مواجهة عدم التوازن بين طرفيه، من حيث العلم بظروف العقد، وذلك بفرض إلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد". كما عزز جانب كبير من الفقه[3] "روح التعاون بين المتعاقدين إلى درجة إعتبار هذا الإلتزام من الإلتزامات الضمنية التي يحتويها كل عقد، وأن "المبادئ الأخلاقية التي تتمثل في الإلتزام بالتعاون هي التي ستمكّن من وضعه ضمن القواعد العامة، و التي تلقى على عاتق الطرف الذي يعرف المعلومات وأهميتها بالنسبة للطرف الثاني الجاهل بها جهلا مشروعا"[4].

ولا يكون العقد عادلا إذا كان أحد المتعاقدين جاهلا ببيانات معينة من مصلحته الإطلاع عليها، حيث يتدخل الإلتزام بالتعاون لتأسيس الإلتزام بالإعلام محققا بذلك التوازن الإقتصادي المطلوب في العقد ومكرسا لمبدأ حسن النية بمعناه الواسع[5] .

وبإعتبار أن الإلتزام بالإعلام يسود جميع مراحل العقد، فإنه من المنطقي أن تتسرب إليه مختلف النظريات القانونية منذ بدء تكوين العقد حتى تنفيذه ، حيث يكون حضور نظرية عيوب الرضا، ونظرية الضمان... و غيرها . ويتحدد الإلتزام بالإعلام **بشكلين** :**الأول** و يتعلق بإلتزام سلبي يفرض على المتعاقد إجتناب الكذب، ويتمثل **الثاني** في إلتزام إيجابي يرسي واجب المساعدة والتعاون بين المتعاقدين ، وقد سبق الإشارة أن الكتمان التدليسي الوارد في المادة (**2/86** من ق م) جعله ضمن المظاهر السلبية التي يقوم عليها التدليس، حيث يؤدي إلى إرساء واجب الإعلام السابق للتعاقد.

---

[1] انظر محمد إبراهيم دسوقي، الالتزام قبل التعاقد، ط1985، دار إيهاب للنشر والتوزيع، ص 100. وعلى خلاف ما يراه العميد « Carbonnier » من معارضته لفكرة الالتزام قبل التعاقد باعتبار أن العقد يعد أداة للتوفيق بين مصالح متعارضة يتوخى من خلالها كل طرف في العقد إلى تحقيق مصالحه الخاصة ولو على حسابه المتعاقد الآخر مؤسسا رأيه على مبادئ حسن النية والثقة المشروعة بين أطراف العقد.

[2] Ghestin(J), les obligations, le contrat, op.cit p. 505. Voir Carbonnier (J), les obligations, op.cit, p. 448.

[3] خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص 127.

[4] ذهبية حامق، الإلتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2009، ص 6 و7.

[5] Thiebierge-Guelfuchcci(C). La transformation du contrat .op.cit, p.384.

وانظر أيضا ذهبية حامق، الرسالة السابقة، ص 21.

إن المقاربة بين التدليس بالكتمان والإلتزام بالإعلام لا يعني بأي حال من الأحوال التوافق بينهمـا، بحكم أن العلاقة بينهما هي علاقة تجاوزللمفهوم الضيق للتدليس، "وكشف النقائص"، لذلك إحتـدم النقـاش الفقهي بمدى تأسيس الالتزام بالإعلام إستنادا إلى الركن المادي للتدليس.

ونظرا لتأسيس الإلتزام بالإعلام التقليدي على الإستغناء عن العنصر المعنوي- وهي نية التـضليل حيث يكون فيها التدليس مرتبا للبطلان- ، وبإعتبار أن المتعاقد مع المدين قد أخل بالتزامه بمجرد تكتم في البيانات والمعلومات، مما يمكن له المطالبة بإبطال العقد أو التعويض دونما حاجة إلى إثبات نية التضليل[1].

وتأكيدا لهذا المعنى يرى **Ghestin**[2] " أن التدليس يفترض خطأ عمديا (نية التـضليل)، بينمـا فـي الإلتزام بالإعلام يمكن توقيع الجزاء على المخالفة عن طريق التعويض بواسطة إثبات الإهمال البسيط فـي جانب المدين"، وتنص المادة **1/352** من ق م: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبـر العلم كافيا إذا إشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه"، وإذا ذكر فـي عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم بـه إلا إذا أثبت غش البائع".

يبدو على ضوء هذا النص أن نظام العلم الكافي في القانون المدني يتوخى تكـريس حمايـة رضـاء المشتري، إضافة إلى تحقيق التوازن في المراكز العقدية ، من خلال المساواة في العلـم والمعرفـة بـين المتعاقدين، حيث يمكّن المشتري من الحصول على كافة المعلومات الضرورية عن الـشيء المبيـع،والتي تمثل أدوات لرضاء حر ومستنير.

وحق المشتري في العلم الكافي بالمبيع، وإلزام البائع بإعلام المشتري وتزويده بالمعلومات الكافيـة هو تحقيق للعدالة العقدية[3]. إن نص المادة **352 ق م** يعد تطبيقا مثاليا للإلتزام بـالإعلام، حيـث طبقـه القانون المدني على عقد البيع، فألزم البائع بالإدلاء للمشتري بكافة الأوصاف الأساسية للمبيع عنـد إبـرام العقد. ويوضح **بعض الفقه** " أن علم المتعاقد بأوصاف المبيع " يعني أن يتم وصف المبيع للمشتري قبل أو عند التعاقد وصفا يساعده على العلم به علما كافيا كما يتطلب القانون"[4].

---

[1] حسن عبد الباسط جميعي: حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك)، دار النهضة العربية، 1996، ص 26.

[2] Ghestin (J), op.cit, p.396.

[3] انظر ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة. دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دكتوراه جامعة القاهرة، 1998، ص 89.

انظر أيضا، خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص 259 و 260.

[4] جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية – البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، 1982، ص 33.

ويسهم نظام العلم الكافي بالمبيع في معالجة قصور نظرية عيوب الإرادة[1]، رغبة من المـشرع فـي "تحقيق الإستقرار العقدي، لأنها تكشف ضعف فعالية هذه النظرية في تكريس حماية للمشتري، ويبرز ذلـك في إشتراط المشرع لإبطال العقد نتيجة لعيب الغلط توافر شروط معينة لإعتبار الغلط جوهريا".

وإعتبرت نظرية ضمان العيوب الخفية مجالا حيويا لتكريس الإلتزام بالإعلام[2]، حيث يمكن إستخلاص الإلتزام بالإعلام على ضوء المادة **379** ق م، والتي تضع على عاتق البائع قرينة العلم بهذه العيوب، كـي يترتب عنه توقيع الجزاء كلما أُخلّ بإعلام المشتري بوجود هذه العيوب[3].

يعتبر الالتزام بالإعلام هو إلتزاما تعاقديا تارة يمس بالرضا المستنير والحقيقي، وتارة يمس بمحـل الرضا. وهذه العناصر لا تظهر إلا في فترة تكوين العقد وتنفيذه، بدليل أن المتعاقد المتضرر تُحرك حمايته بدعوى من الدعاوى التي كفلها له المشرع بدعوى، الإبطال ودعوى الضمان.

وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني لاسيما المنظمة للعقود الخاصة، إذ نلاحظ أن المشرع كـرس الالتزام بالإعلام في العديد من هذه العقود الخاصة، وخصوصا في العقود المسماة، مثل عقد البيـع، عقـد الوكالة، عقد التأمين، وعقد الإيجار. ففي عقد البيع يتضح مدى إستناد المشرع على الإلتزام بـالإعلام فـي علاقة البائع بالمشتري بموجب المادتين 352 و 359 ق م.

ويعد عقد الإيجار أحد مظاهر التكريس أيضا ، حيث توجد العديد من النصوص في هـذا الـشأن ، حيث تنص المادة **484** من القانون المدني المعدل والمتمم على أنه" يتعين على المستأجر إخطار المـؤجر بالدعوى المرفوعة من الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المـستأجر ومطالبتـه بالضمان..."، كما تشير المادة **497** من نفس القانون : "يجب على المستأجر أن يخبر فورا المؤجر بكـل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض أو الإضرار بها" ، أما تنص المادة **2/469 مكرر**" من نفس القانون علـى

---

[1] انظر محمدي سليمان، محاضرات ي عقد البيع، جامعة الجزائر- كلية الحقوق، 2003- ص 42. حيث يرى: "إن مجـرد عدم العلم يعطيه الحق في طلب الإبطال حتى ولو لم يقع في غلط إذ يكون له طلب الإبطال حتى لو لم تتوافر شروط الغلط".

[2] De Juglart (M) ; l'obligation de renseignement dans les contrats, R.T.D.civ, 1945, p.10. « les solutions acquises en matière de garanties des vices cachés.. Constituent en effet, certains des cas les plus importants ou la violation négative de l'obligation de renseignements est prise en considérations par notre droit pour entrainer parfois l'annulation du contrat ».

[3] انظر ذهبية حامق، الرسالة السابقة، ص4. راجع المادة 488 من القانون المدني المعدل والمتمم حيث تنص على ما يلـي: "يضمن المؤجر للمستأجر، باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المؤجرة مـن عيـوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا..."

وترى الأستاذة ذهبية حامق تعليقا على هذه المادة:"وبمفهوم المخالفة، فإذا وجد عيبا في العين المؤجرة، فهذا يعني أن المؤجر أخل بالتزامه بإعلام المستأجر بهذا العيب الذي ينقص من استعمالها نقصا محسوسا...." انظر مرجع سابق ، ص 39.وانظر أيضا جواد كاظم جواد، التوازن القانوني في العلاقة الإيجارية، دراسة تحليلية مقارنة، ط (1)، منشورات زيـن الحقوقيـة، بيروت، لبنان، 2011، ص 171.

انه" .... يجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعارا لمدة شـهرين" ، وتـنص المادة **505** على أنه : "لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابا..." , ويظهر على ضوء النصوص السالفة الذكر تكريس واضح للإلتزام بالإعلام فـي علاقة المؤجر بالمستأجر أي إعلام أحدهما للآخر، بما من شأنه أن يجنبه الضرر في حالة الإخـلال بهـذا الإلتزام، خاصة عندما يتضح بأن هذا للإلتزام دورا إضافيا إلى جانب حفاظه على سلامة الإرادة وإستقرار العقد ، فهو أيضا يتوخى الإنفراد بالرأي وإعلام الطرف المتعاقد معه ، كل ذلك من أجل تكريس التـوازن العقدي على مستوى المعلومات محل الإلتزام[1]. وقد عبر المشرع أيضا في عقد التأمين عن تبنيه الإلتـزام بالإعلام صراحة ، وبين أهميته من خلال الإلتزام بسلامة تنفيذ العقد في عقد قوامه الثقة، بـل هـو عقـد يؤسس على منتهى حسن النية[2] ، وفي هذا المعنى تنص المادة **1/15** من قانون التأمينات رقـم **07/95**[3] " 1- بالتصريح عن إكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها..." ، كما تشير المادة 15 من نفس القانون: " 3- بالتصريح الدقيق بتغيـر الخطر أو تفاقمه إذا كان خارجي عن إرادة المؤمن له، خلال سبعة (7) أيام ابتداء من تاريخ اطلاعه عليه إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة " . " وبالتصريح المسبق للمؤمن بتغير الخطر أو تفاقمه بفعل المؤمن له....."

يبدو على ضوء هذه المادة بفقراتها السالفة الذكر أنه يستوجب على طالب التأمين إعلام المؤمن عند إبرام العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ، فضلا على أن المؤمن له يلتزم بالتـصريح وتقـديم المعلومات عن تغير الخطر أو الزيادة فيها، وبما أن هذا العقد قائم على الثقة المتبادلة فإن المؤمن له يكون لزاما عليه الإدلاء بجميع البيانات والمعلومات الخاصة بالخطر المؤمن منه، لكون عقد التأمين هو عقـد حسن النية[4].

ولكن رغم إعمال مفهوم الإلتزام بالإعلام على مستوى النصوص التي نظمت مختلف العقود، إلا أنها لم تصل إلى الحد المطلوب الذي يمكّنها من تجسيده كإلتزام عقدي عام، وفي هذا لا نتفق مع الرأي[5] الـذي يرى بوجود إلتزام عام للإعلام تأسيسا على الكتمان بالتدليس، إذ نلاحظ غياب نص عام ينظم إلتزاما عاما بالإعلام في العقد، لأن المشرع إقتصر على تنظيمه في إطار نصوص متفرقة.

---

[1] انظر ذهبية حامق، الرسالة السابقة، ص 40.

[2] الرسالة نفسها، ص 30.

[3] وهو قانون صادر في 1995/01/15 (رقم 13) والمعدل والمتمم بقانون 06-04 الصادر في 20 فيفري 2006 (رقم 5).

[4] انظر نوري حمد خاطر، و عدنان إبراهيم سرحان: الأساس القانوني الالتزام المؤمن له تقديم المعلومات، مجلة الحقـوق- مجلة فصلية- العدد (1)، السنة 31 مارس 2007، ص 259.

[5] Lahlou (K.G), la protection du contractant faible, art precitée, p 39.

ورغم أن القانون المدني نظم مفهومه ، ولكنّه ظلّ مفهوما محايدا[1]، حيث تعامل مع مختلف العقود دون أن يأخذ بعين الإعتبار ذلك التفاوت في المراكز العقدية، وإمكانية إختلال التوازن العقدي ، لأن القانون المدني يقوم أساسا على المساواة العقدية.

عندما ثبت عجز القانون المدني عن تكريس الحماية اللازمة للإلتزام بالإعلام لأنه بقي مرتبطا بتنفيذ العقد[2] وراح يكتفي بترتيب جزاءات تقليدية مثل الإبطال، جاء التوجه الحديث لفرض آليات قانونية جديدة تخرج الإلتزام بالإعلام من المجال المحدود[3].

يبرز الإلتزام بالإعلام عن طريق آلية تفسير النصوص، على ضوء العلاقة الجدلية القائمة بين المادة **107** من ق م وقواعد تفسير المادة **2/111** ق م، حيث يتبين على ضوء هذه النصوص إتجاه المشرع نحو تجسيد مبادئ حسن النية والإنصاف والعرف، وبالتالي يمكن إعتبار المادة **107** الأساس القانوني لعدة التزامات لم تصرح بها إرادة الأطراف عند إبرام العقد، رغم أن المادة في ظاهرها تنبئ بوجود هذا الإلتزام، ولكن بإعتماد منهج التفسير الذي يمكن من الكشف عن إلتزامات ضمنية متفرعة عن الإلتزامات المدرجة صراحة بالعقد.

وفي هذا المعنى ذهب البعض[4] إلى القول بإعتماد "مفهوم الإنصاف ودورها في إقرار التوازن العقدي حيث ينشأ مبدأ الإثراء بلا سبب ومبدأ منع التعسف في إستعمال الحق كمبادئ عامة تبين مضمون الإنصاف وترسخ علاقته بالإلتزام بالإعلام" , الامر الذي يبرر للقاضي إضافة الإلتزام بالإعلام في عقد البيع على أساس المادة **107** من ق م، باعتبار أنه من مستلزماته المنبثقة عن العرف والعدالة والقانون[5].

وتدعيما لذلك ونظرا لعدم وجود نص يكرس الإلتزام بالإعلام في القانون المدني، سيضطر القاضي إلى فرض هذا الالتزام على أحد المتعاقدين على أساس مبدأ حسن النية"[6]. إن فرض الإلتزام بالإعلام على

---

[1] إذ نلاحظ أن أحكام العقد جاءت بعبارات عامة لا تخص أحد أطراف العقد بصفة معينة، وهي تشير إلى البائع دون بيان أن المقصود بعبارة البائع المهني أو غير المهني، وكذلك بالنسبة لمشتري جاءت مطلقة فهي لم تميز بين المشتري مستهلكا كان أو مهنيا، ونفس الأمر بشأن عقد الوكالة وعقد الإيجار وغيرها من العقود الأخرى. فطبقا لهذه المواد لا يمكن التمييز حيث لم يميز القانون. ولمزيد من التفصيل انظر خليفة الخروبي، العقود المسماة الوكالة –البيع- الكراء، مركز النشر الجامعي 2007، ص 9 وما يليها.

[2] انظر سامي الجربي المرجع السابق، ص 613:ويرى بأن تكريس الالتزام بالإعلام لا ينعدم بغياب عبارته لفظا بل يمكن أن يستخلص وجوده ولاسيما على ضوء آلية تفسير عبارات النص وألفاظه.

[3] انظر الأحكام التي نظّمت نظرية الضمان في القانون المدني وخاصة ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي.

[4] أنظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص 435 و ما بعدها.

[5] انظر بوعزة ديدن، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء4، رقم 1 ـ السنة 2004 ـ كلية الحقوق، ص 114.انظر أيضا أمازوز لطيفة، التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية العدد66، رقم 1، السنة 2010، ص 85.

[6] انظر ذهبية حامق، الرسالة السابقة، ص 143.

أساس التعاون ناجم عن كونه "يساهم في حماية رضاء الطرف الضعيف و الحفاظ على سلامتها بما يؤديه من دور وقائي في مجال العقد، فضلا عن تجسيده للتوازن العقدي"[1] ، كما كانت هناك محاولة للبحث عن سند قانوني لإلتزام المهندس المعماري بالإعلام في مواجهة رب العمل، استنادا على قواعد العدالة المنصوص عليها في المادة **2/107** من ق م[2].

ثانيا: الكتمان التدليسي كمظهر لسوء النية المخلة بالتوازن العقدي

عرف العميد Carbonnier[3] التدليس على أنه يجسد فكرة سوء النية وعدم النزاهة العقدية، ومن ضمن الوسائل التي يقوم عليها التدليس، هي الطرق الإحتيالية ذات المظهر الإيجابي، أو تلك التي تتحقق بصورتها السلبية، ونعني بذلك الكتمان بالتدليس، وهو ما صرحت به المادة 2/86 ق.م: "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" حيث يشكل "صورة مادية تقليدية" للكتمان[4].

ويبدو على ضوء هذا النص أن الكتمان كاف في القانون المدني لقيام عنصر التدليس متى تبين أنه قد أثر على إرادة المتعاقد بحيث لو علم بها لما تعاقد، كما أن المشرع قد فرض على المتعاقد في بعض الحالات إلتزاما بالإفضاء بحيث يغدو الإخلال به أي الكتمان تدليسا[5]، بشرط ألا يقترن هذا الكتمان بظروف أخرى[6]، إذن لا يمكن الحديث عن التدليس إذا ما كان عدم الإفضاء بالمعلومات المؤثرة في العقد نتيجة

---

[1] الرسالة نفسها، ص 143.

[2] انظر شهيدة قادة، التزام المهندس المعماري والمقاول بالإعلام والتوجيه في عقد المقاولة، مجلة دراسات قانونية جامعة تلمسان، كلية الحقوق، العدد 03، 2006، ص 78. حيث ترى أنه: يمكن الاستناد على نص المادة 147 من ق.م والناصة على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم ليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه التزامه".

[3] Carbonnier (J), Les obligations, op.cit., n° 115: "Le dol c'est la mauvaise foi contractuelle, c'est la malhonnêteté, du débiteur essayant de propos délibéré de se soustraire à ses engagements"

[4] مع الملاحظة أن القضاء الفرنسي مر بمرحلتين كان عام 1958 الحد الفاصل بينهما، فقبل عام 1958 لم يتدخل القضاء لمجازاة المتكتمين إلا إذا كان الكتمان قد ادى إلى غلط جوهري يبرر تطبيق المادة 1110 من ق.م.ف المتعلقة بالغلط على صفات الشيء الجوهرية وإستقرت على مبدأ من لا يتكلم لا يغش "qui ne parlé pas ne trompe pas" ولكن بعد عام 1958 أقر القضاء مبدأ مفاده أن الكتمان يمكن أن يشكل تدليسا أنظر في هذا الموضوع تفصيلا، بيار إميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص، الإطار العقدي والإطار التقصيري، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، 2009، طرابلس، لبنان، من ص67-72، وتجوى أبو هيبة، الكتمان التدليسي، دار النهضة العربية، 2003، القاهرة، ص139.

[5] أنظر على فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص180.

[6] Voir Duparc (R.F), Les vices du consentement dans le contrat, op.cit., P 20. "les réticences sans autres circonstances ne suffit en principe pour établir une manoéuvre constitutive de dol, Seuf: 1- lorsque, l'une des parties a l'obligation légale de renseigner l'autre, 2- lorsque, en raison de la nature du contrat ou des circonstances particuliers, l'une des parties est en droit de se fier à l'entier bonne foi de son concentration".

إهمال من المتعاقد ولو ترتب على ذلك إيقاعه في غلط يعيب رضاه[1] وفي هذا المعنى يرى العميد Carbonnier[2] على أن "الكتمان هو بالضرورة إخفاء عمدي، أي غش، فإن الإمتناع عن الإفضاء بالمعلومات قد يكون ناتجا عن مجرد إهمال، ولا يتضمن أي قدر من نية الإضرار على نحو يجعل التدليس في مثل هذه الحالة إعمالا له خارج إطار وظيفته التاريخية أي كجزاء للغش والخداع".

ويضع قانون حماية المستهلك (09-03) مبدأ التوازن العقدي وتكريس الشفافية كبديل عن الإستقرار العقدي، بإعتباره أكثر فعالية مع التطور الإقتصادي والإجتماعي الحالي، ويظهر من خلال "الوضوح المميز للعلاقات العقدية، بسبب ما يرتبه إنعدام التوازن العقدي من غموض"[3]، فكل إخفاء لواقعة لها أهميتها في العقد بطريق الكتمان يعتبر تدليسا معيبا للرضى[4]، ويرتب حقا في إبطال العقد بشكل قانوني تحت دواعي ومتطلبات "حسن النية والنزاهة العقدية"[5]. وفي هذا المعنى يرى البعض[6] أنه: "إذا كانت المعلومات المصرح بها كاذبة أو ناقصة، للمستهلك الحق في رفع دعوى على أساس التدليس".

وقد طرح تساؤل في الفقه[7]، مفاده متى يكون الكتمان تدليسا ؟ وكانت الإجابة بوجوب "إتخاذ الإلتزام ما قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات معيارا لتحديد موقف المتكتم عنها أيا كان مصدر هذا الإلتزام نصا قانونيا أو عرفيا أو إتفاقيا أ و بموجب مبدأ حسن النية والتعاون بين المتعاقدين"[8].

وقد كرس المشرع فكرة الكتمان التدليسي من خلال نصه في المادة 21 من الأمر 95-07 المتعلق بقانون التأمين على أن: "كل كتمان أو تصريح كاذب متعمد من المؤمن له، قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر، ينجر عنه إبطال العقد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 75 من هذا الأمر".

---

[1] أنظر د. محمد حسن قاسم، مصادر التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص87.

[2] هذا الرأي مشار إليه لدى د/ محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص88.

[3] أنظر حمودة محمد، المقال السابق، ص1078-1079.

[4] وبالمقابل، يعد التدليس مساسا بالرضى، من خلال إستغلال الضعف وعدم خبرة الضحية أو سذاجة منه: أنظر أيضا إسماعيل محمد المحافري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الكويتية، ص267.

Bencheneb (Ali), contrat, op.cit, P98.

[5] أنظر أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضى، مرجع سابق، ص140.

[6] أنظر الأستاذة لحلو خيار غنيمة، محاضرات في مادة الإلتزامات، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 43. وتؤكد الأستاذة لحلو في سياق آخر أنه: يستوجب مبدأ حسن النية والنزاهة في التعاقد أن يلتزم كل متعاقد اتجاه المتعاقد الآخر بتقديم كل المعلومات الضرورية التي تسمح لهذا الآخر بإبرام العقد بكل حرية وشفافية"، أنظر مؤلفها في مادة الإلتزامات، ص 34.

[7] أنظرد/ نجوى أبو هيبة، المرجع السابق، ص63.

[8] أنظر د/ علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص179 و180 حيث يرى: "أن المذهب الفردي الذي تمحض عنه مبدأ سلطان الإرادة عن نفسه وحماية مصالحه، ومن ثم فلا يمكن إعتبار السكوت العمدي تدليسا، فعلى المتعاقد أن يحتاط لنفسه عند إقدامه على إبرام العقد، وأن يتحمل تهاونه ...".

ويقصد بالكتمان، الاغفال المتعمد من المؤمن له للتصريح بأي فعل من شأنه أن يغير رأي المـؤمن في الخطر ...".

ولأن الكتمان التدليسي يعد إخلالا بمبدأ حسن النية، كون المشرع قد أستوجبه أثنـاء تنفيـذ العقـد بموجب المادة 1/107 ق.م فقد أنتهى إلى وجوب توافره حتى في مرحلة إبرام العقد أيضا، وهو ما يوصف بمبدأ حسن النية قبل التعاقدي "le bonne foi precontractuelle"[1] ونعته بالإستقامة أو الإخلاص التعاقديين[2]، والفقه عندما يشترط وجوب توافر حسن النية بين المتعاقدين عند إبرام العقد[3]، فهذا لما يفرضـه التعـاون والأمانة من ضرورة الإلتزام بالإفضاء بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد والتي تهم المتعاقد الآخـر، حتـى يصدر رضاه عن إرادة حرة ومستنيرة.

ولعل فرض وجود أفعال يمارسها المتعاقدان هو الذي سيجعل منها نطاقا جد موسع تشتمل فيه على كل السلوكات المفرطة في العقد.

أما تبني للإلتزام بالإعلام فهو يسهل عملية إثبات الكتمان التدليسي، أي يجعل من الغلط المـستثار أمرا معذورا خاصة إذا تم تأسيسه على حسن النية بمعنى أنه يعتبر تطبيق غير مباشر للإلتـزام بالتعاقـد بحسن النية.

والإخلال بالإلتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام ليس كافيا لقيام عيب السكوت التدليـسي إلا إذا أرتـبط بعنصر قصدي مفاده أن هذا الإخلال ناتج عن خطأ محدد متسبب فيه من طـرف المتعاقـد[4]، مـن ثمـة فالسكوت التدليسي ليس قائما على الإنتقاص من الإلتزام بإعلام فقط بل لأنه منبثق عـن عنـصر قـصدي مشبوه النوايا.

ولأن عدم الإدلاء بالمعلومات اللازمة هو تجسيد لسوء النية، مما يمس بنزاهة المتعاقدين ويـضعها تحت طائلة السلوك التدليسي من الناحية القانونية.

وفي الحقيقة لا يمكن الإنبهار بالطبيعة المزدوجة للتدليس، بوصفه عيب للرضا وجنحة مدنية، بحكم تركيبته الثنائية المتمثلة في ركنيه المادي والمعنوي اللذان يظهران في شكل سلوكات تدليـسية، أمـا عـن التدليس عندما يكون عنصره المادي سكوت واضح، فإنه يتعلق بتراجع عن الإلتزام بالإعلام وأما عنـصره المعنوي فهو إخلال بحسن النية ما قبل التعاقدي[5].

---

[1] أنظر د/ نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص85.

[2] أنظر أيضا بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، ص20.

[3] أنظر د/ نجوى أبو هيبة، المرجع السابق، ص27.

[4] Dimitri Houtcieff, vice du concentment et Aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive Droit et économie des contrats, ed Alpha, L.G.D.J, N°99, P49.

[5] Voir dans ce cens: Melle la professeur: Lahlou (K.G), la protection du contractant faible, art précitée, p32. "Il en est de même en matière de dol et violence, vice du consentement définis par la mauvaise foi de l'une des parties au contrat".

إن إعادة التوازن في وضعية الأطراف من خلال مبدأ حسن النية يظهر أكثر على ساحة الإثبـات وتثبيت الإلتزام بالتعاقد بحسن النية يستهدف تسهيل إظهار سوء النية لدى المدين بالإلتزام بالإعلام وإلى أي حد يتحقق وجود العنصر المعنوي للتدليس[1].

وفي هذا المعنى يرى البعض[2] " مدى تأثير الإخلال بالإعلام على سلامة العقد وخاصة على نفسية الطرف المتعاقد لدى المتضرر من عدم إعلامه" وقد أستندت المحكمة العليا على المادة 2/86 من انبـوب الغاز يشكل تدليسا.

ويعتبر الكتمان نطاقا موسعا لتجسيد القانوني للإلتزام ما قبل التعاقدي للإعلام فهـو يمثـل إرسـاء للتضامن العقدي وإعادة إرساء الوقائع على أرضية من التوازن بين المتعاقدين وقت إنفاذ الإلتزام بـالإعلام مما يشكل دعما له[3]، وبذلك فهو يشغل مركزا مهما في قانون المعاصر للعقود وكذا الاجتهاد القضائي بسبب ما عرفه التطبيق القانوني لنظام التدليس من نقائص[4].

المطلب الثاني: أحكام تقليدية من القانون المدني في تقرير المنفعة العقدية

لما كانت هناك أحكام من القانون المدني لا تستند على رضى المتعاقد فقط، حيث نجـد مـا كثـر النقاش عن مادية الحماية فيه ،غلّب فيه مظهر اللاتوازن العقدي و بالتالي ساعده في ذلك القرب الحكمـي والغائي مع مقتضيات العدالة العقدية (**الفرع (1)**)، في حين أن الوضع الذي يظهرعلى تقرير المشرع في المادة (1/106) ق.م على إلزامية العقد بين أطرافه على نحو لا يجوز لهؤلاء الخروج عنه،خاصـة أنـه تفترض فيه المساواة بينهم ، لكنها لا تظهر كذلك بسبب هيمنة طرف على آخر بالطبيعة ، مما يجعل الصفة المقررة عموما لأحدهما هي الدافع لإستثنائيتها بالنسبة لمبدأ العدالة، لكن أيضا الأحكام التقليديـة المتعلقـة بالمحل ، و خاصة عندما يتخذ وصف "السعر" فهو بالضرورة هدف لطالما عمد المشرع إلى شموله بأحكام التوازن العقدي (**الفرع (2)**).

الفرع الأول: دور أحكام الغبن والإستغلال في رفع اللاتوازن الإقتصادي للعقد

يعتبر الغبن مساسا بمضمون العقد لإرضاء المتعلق به، لأنه يستند على تفاوت الإلتزامات وإختلالها إقتصاديا، والدليل على ذلك أنه يفترض وبالرجوع إلى أهمية ودور مرحلة التفاوض ألا يكون هناك مجـال

---

[1] وهذا على خلاف ما يراه البعض من أن أصالة الإلتزام بالإعلام يعني ببساطة الإستغناء عن العنصر المعنوي في نظريـة التدليس وبإعتبار أن المتعاقد مع المدين بالإلتزام بالإعلام قد أخل بإلتزامه بمجرد تكتم البيانـات والمعلومـات ممـا يمكـن المستهلك من المطالبة بإبطال العقد أو المطالبة بالتعويض بدون أي حاجة إلى إثبات نية التضليل، أنظر د/ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2007، بيروت، ص376.

[2] Dimtri Houtcieff, Art précité, P67.

[3] Mistretta (P), l'obligations d'informations dans la théorie contractuelle, applications, et implications d'une jurisprudence évolutive, petites affiches juin 1998, p 4 et s

[4] Mazeaud (D), Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle? Art précitée, p 603 et s.

لإختلال الرضا بسبب الإستغلال، فالمصالح منذ البداية تعتبر متعارضة، ومن السهل تصور أن يقع تفـاوت في الإلتزامات بسبب عوامل ذاتية ونفسية ترتب عنها مساس بالأمن القانوني أكثر من القوة الملزمة للعقـد (**أولا**)، كما تظهر أن سلطة تعديل العقد من طرف القاضي في مجال الغبن المادي بإعتبار أن القانون حدده تحديدا حسابيا بخلاف الوضع في الغبن الناتج عن الإستغلال، فالمشرع منح القاضي سلطة واسعة في هـذه الحالة (**ثانيا**) .

أولا: مظاهر إخلال اللاتوازن بالغبن والإستغلال

والغبن تعبير عن اللاتوازن بين الآداءات العقدية، فهو عيب في التعادل بين الإلتزامات المنبثقة من العقد[1]، وبموجب مبدأ سلطان الإرادة لا تثار فكرة الغبن بحكم عدم تأثيرها على العقود، وطالمـا أن الإرادة إتجهت إتجاها صحيحا وسليما، فإنه لا يمكن قبول تعديل الإلتزامات غير المتكافئة ولو تحت غطاء العدالة[2]. لذلك تكون الإرادة حسب هذا المبدأ أساس الإلتزام العقدي و العدالة العقدية، وهذا ما دعـى إليـه الأسـتاذ "**Ghestin**"[3] بالقول بوجوب إعادة صياغة مبدأ سلطان الإرادة كأداة لصالح العدالة العقدية بسبب التحـول من مبدأ سلطان الإرادة إلى سلطان الأخلاق العقدية، رغم أن الحرية العقدية لم تعد تكرس العدالـة بـصفة تلقائية، إلا أنه في إطار فكرة الغبن يجب تأطير الحرية العقدية تحت لواء مفهوم الإنصاف[4] .

وتأسيسا على ذلك، راح البعض[5] إلى وجوب البحث عن "مبادئ أخرى غير مبادئ سـلطان الإرادة في تبرير الفلسفة التشريعية و إعادة تفسير النصوص على ضوء مبادئ حسن النية والعدالة".

ومن ضمن أسس العقد: الحرية، المساواة، والعدالة، وهي ثلاثية أساسية فـي العلاقـات العقديـة لتعزيز الترابط العضوي بين حقوق العقد، وما تستوجبه تلك المبادئ المذكورة تكريسا للعدالة العقدية.

وترتبط العدالة أيضا بمبدأ التوازن بين المصالح المتعارضة الذي يتخـذ فـي صـورة وظيفـة إجتماعية للعقد[6]، وهذا المعنى يؤكده البعض عند الحديث عن الغبن كترجمة لفكرة "المفاوضة" التي تعبـر عن علاقات القوى "Rapport de Forces " بين المصالح المتعارضة [7].

---

[1] Bencheneb (Ali).contrat, op. cit .p.143.

[2] أنظر هائل حزام ميهوب العامري، الغبن الناتج عن الإستغلال. دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، كليـة الحقـوق، جامعـة أسيوط فبراير 2008، ص 05، ويرى المؤلف في ص 81: أن هذه النظرية تقوم على الفلسفة الفردية التي سادت في القرنين السابع عشر والثامن عشر والتي تنادي بأن الفرد لذاته، وبمقتضى ذلك أن الفرد بإرادته الحرة سبيد مصيره، حتى قيـل بـأن الإنسان هو العنصر الأساسي....".وانظر أيضا عبد الباسط جميعي، أثر إنعدام التكافؤ بين المتعاقدين علـى شـروط العقـد، المرجع السابق، ص 10، وأنظر عبد الرحمن عياد، أساس الإلتزام العقدي، المرجع السابق، ص 129.

[3] Ghestin (J) .Contrat, op cit, pp.220 et ss .

[4] Bencheneb (Ali), op. cit, p 144.

[5] أنظر محمدي سليمان، من أجل الإبقاء الغبن في بيع العقار، المقال السابق، ص 186.

[6] أنظر هاكل حزام ميهوب العامري، الرسالة السابقة، ص 10.

[7] Bencheneb (Ali), contrat, op .cit, p .144.

واعتبر المشرع الغبن حالة استثنائية تخص بعض العقود وقد أقره لصالح بائع العقار دون المشتري رغم أن هذا الأخير أصبح الطرف الأضعف عقديا في "عقد البيع العقارات"[1] وهذا ما دعا البعض إلى القول "بوجوب تعميم فكرة الغبن على جميع العقود دلالة على أن المشرع شعر بهذه الضرورة من خلال اعتماده عيب الاستغلال"[2].

والغبن بمفهومه المادي هو الضرر المالي الناتج عن العقد لعدم التوازن في الإلتزامـات باعتبـاره عيب فيه ويتميز هذا الغبن كون المشرع حدده تحديدا حسابيا[3]، ولذلك يكون من السهل على القاضي التأكـد من توفر نصاب الغبن، وهو ما يسوغ اتجاه من الحد من سلطة القاضي تقدير الغبن، بحيث لو بلـغ نـسبة معينة كان الغبن فاحشا.

إن فعالية الغبن قد لا تثار إلا عن طريق عيوب الإرادة[4]، لذلك قد يطرح تساؤل مفاده إلى أي مدى يمكن اعتبار الغبن ناجما عن هذه العيوب؟

---

[1] أنظر علي فيلالي، الإلتزامات، المرجع السابق، ص 229، ويرى هذا المؤلف: "يكون المشرع الذي بقـي متمـسكا بهـذا الموقف حتى بعد مراجعة القانون المدني – في إطار برنامج إصلاح العدالة – قد تجاهل المـستجدات التـي طـرأت علـى المجتمع، لا سيما ما تعلق بالأزمة الحادة في مجال العقار في عدة جوانب، ومن العوامل الجديدة التي تتعارض مع إبقاء الغبن كحالة استثنائية لحماية البائع وأن المشتري هو الذي أصبح طرفا ضعيفا في عقد بيع العقارات وليس البائع، (راجع فيلالـي، ص 229-230).

Voir aussi: Bencheneb (A), le droit algérien des contracts, op.cit., p 148. n° 188: "Les ventes immobilières qui n'ont pas lieu aux enchères publiques peuvent conduire à une lésion du vendeurs, seul personne que la loi entend protéger dans le cadre de cette dispositions spéciale. L'acheteur ne pourrait, eneffet, que se prévaloir de l'article 90 du Code Civil".

أنظر في هذا المعنى الأستاذ فيلالي حيث يرى: "أن إستحالة الدفع بالغبن في عقد الغرر، لا يمنع المتعاقـد التمـسك بعيـب الاستغلال طبقا للمادة 90 ق.م..."، (أنظر مؤلفه، العقد، ص 73 هامش (2)).

[2] أنظر علي فيلالي المرجع السابق، ص 230 وأيضا محمدي سليمان، من أجل الإبقاء على الغبن في بيع العقـار، المقـال السابق، ص 185.. وأنظر أيضا: الباحثة نساخ فاطمة، حيث ترى: "ضرورة تمديد العمل بنظرية الغبن في مظهره المادي"، راجع رسالتها دكتوراه، ص 73 و ص 75.

Voir aussi dans ce sens: Flour (J), Aubert (J-L), Savaux (E), les obligations, Tome (1), op.cit., p 178: "l'extension du domaine de la lésion".

[3] Bencheneb (A), le droit algérien des contrats, op.cit., p 148. n° 187.

وقد نص المشرع على حالتين من الغبن: أحدهما تتعلق بالغبن في البيع والقسمة العقارية (أنظر المادتين 358 و 1/732 من ق.م)، وثانيهما بالغبن المتعلق بحقوق المؤلف والملكية الفكريـة (راجـع المـادة 66 مـن الأمـر 03-05 المـؤرخ فـي 2003/07/23. ج. (44)).

ولمزيد من التفصيل: أنظر حميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 27، والأستاذة: دكار فائزة، الغبن فـي العقـود المدنيـة، ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 60 وما بعدها.

[4] أنظر هائل حزام ميهوب العامري، الرسالة السابقة، ص 134.

يرى الأستاذ Bencheneb [1] أن الغلط في القيمة أو في الحساب الاقتصادي لا يجد أساسه من الناحية العملية في عيوب الإرادة ولكن أكثر في نطاق التوازن في الأداءات بمعنى على اساس الغبن، وقد استند القضاء الفرنسي على "فكرة الغلط لتبرير وجود غبن إذا وقع في صفة جوهرية للشيء"[2]، "فالغلط في شيء يخفي غالبا غلطا في القيمة"[3]، وفي هذا المعنى راح العميد Carbonnier [4] إلى التأكيد أن: "الغبن المجرد والذي لا يقترن بالتدليس هو في الواقع غلط في القيمة ولا يؤثر في صحة الرضا على أساس أن أغلاط الحساب الاقتصادي يتحملها بالضرورة من وقع فيها لكونها مخاطر للأعمال وللائتمان"، بينما تتجه بعض الأراء الفقهية[5]"، أن عدم التوازن العقدي لا يمكن تأسيسه على الغلط في القيمة في ظل وجود أحكام عيب الاستغلال الوارد في المادة 90 من ق.م".

ولكن الغبن أيضا قد يقترن بالتدليس كما هو الشأن بالنسبة لبعض القوانين المقارنة[6]، حيث لا يبطل الغبن إلا إذا ترتب عن تدليس المتعاقد الآخر[7] ويتحدث الفقه[8] في هذا المعنى عن "مثلية عيب التدليس بمعنى اعتماده عوضا عن عيوب أخرى" (Fongibilité des vices du consentement).

---

[1] Bencheneb (A), le droit algerien des contrats, op.cit., p 97. n° 122: "c'est d'ailleurs la raison pour laquelle une erreur sur la valeur de la chose ou de calcul économique ne peut trouver de fondement sur le terrain du vice de consentement mais tout au plus sur celui de l'équilibre des prestations et donc de la lésions".

[2] أنظر محمدي سليمان، من أجل الإبقاء الغبن في بيع العقار، المقال السابق، ص 191.

[3] أنظر المقال نفسه.

[4] Carbonnier (J), droit civil T (4), op.cit., p 72.

[5] أنظر على فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 170.

ويرى الاستاذ محمدي سليمان: "أن آليتي الغلط والعلم الكافي بإمكان المشتري أن يستعملها لتحقيق التوازن العقدي على الإبقاء على شروطها المقررة قانونا، أنظر مقالة: من أجل الإبقاء الغبن في بيع العقار، ص 191".

[6] أنظر المادة 60 من مجلة الإلتزامات والعقود الخاصة التونسي في مادتها 60: "الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عنه تغرير العاقد الآخر أو نائبه أو من نابه في العقد عدا ما استثنى بالفصل الآتي".

[7] وهذا الإتجاه متأثر بالفقه الإسلامي ممثلا بالمذهب المالكي والحنبلي الذي أن العقد مع الغبن الفاحش يجب أن يتوافر على شرطين: 1-أن يكون المغبون مظلوما، والظلم يجب رفعه ما أمكن وقد أمكن هنا رفعه، وذلك بجعل العقد غير لازم وإعطاء المغبون حق الخيار. 2-يكون المغبون جذورا بتغرير العاقد الآخر وخداعه....." . أنظر محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة؛ 1998، ص 177.

و عمر السيد مؤمن، التغرير والغبن كعيبين في الرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي – دراسة مقارنة- بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية 1997، ص 158.

[8] أنظر محمد محفوظ، العقد، المرجع السابق، ص 157-158.

Vois aussi: Carbonnier (J), les obligations, T (4), op.cit., p89 et 90: "… il est naturel de supposer que la lésion, dans l'esprit de la loi, est un vice du censentement, soit qu'elle constitue un vice distrinct, soit qu'elle fasse seulement présumer l'existence de l'un des trois autres vices: le contractant lésé a dû commettre une erreur sur des prestations, ou bien son appréciations des valeurs à dû être obnubilée par le dol. Ou biens encore il a dû se laisser exploiter par crainte…".

إذا كان سوء النية أو التعسف يرتب جزاءا فإن تمرير علاقة تعاقدية تحت كتمـان (Réticence) ينقص من القيمة (Valeur) التي ارتضاها المتعاقد للآخر، فالغلط في القيمة لا يؤخذ به إلا إذا كان ناتجـا عن الخطأ في التقدير وذلك أساسه لا توازنا في الالتزامات المقابلة لثمن غير متناسب راحت تدفعه ضـحية هذا الغلط، وهو الأمر الذي يحلّ به نظام الغلط في القيمة محل عيب التدليس عند استحالة هذا الأخير، مما دعا البعض[1] إلى القول بأن: "يشكل الأخذ بالكتمان تحول التدليس من غلط اسـتغلالي (Erreur exploité) أكثر منه غلطا مستثار (Erreur provoquée).

وبالنظر إلى تبعية الغبن لعيب التدليس ثار بشأنها نقاشا فقهيا، حيث تعتبر أن اشتراط ثبوت التدليس لقبول دعوى الغبن فيه استثناء من قاعدة عدم تأثير التدليس العرضي على صحة العقد[2]، وثمة إجماع فـي الفقه أن التدليس العارض هو الذي يلحق توابع العقد دون شروطه الجوهرية، بحيث وجود الإلتزام التـابع من عدمه لا تأثير له على صحة العقد[3] (مثل شرط عدم المنافسة، الشرط الجزائي...).

ويبدو أن الغبن ليس باعتباره عيب مستقل، بل بوصفه عيب تابع لبقية العيوب التقليديـة الأخـرى كالغلط والتدليس والإكراه[4] يشترك معه في هدف واحد هو تكريس التوازن العقدي، ولا يعني بأي حال من الأحوال حلول عيوب الإرادة محل الغبن أو العكس.

ويعد نظام الاستغلال آلية فعالة لضمان سلامة ونزاهة المعاملات وتحقيق الأخلاق العقدية، وتأسيسا على ذلك يمكن اعتبار عيب الاستغلال بديلا عن عيوب الإرادة لكونه يحمي الطرف الأضعف عقديا الـذي غبن في العقد بسبب طيشه أو هواه أو قلة خبراته أو ضعف إدراكه مع مراعاة الاستقرار العقدي، وهو مـا

---

[1] Ferré (F), Simler (Ph), et Le Quette (Y), Droit Civil, les obligations, op.cit;, p 187: "La prise en compte de la réticence, montre que le dol devient moins un erreur provoquée mais une erreur exoploitée".

[2] أنظر محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 139. وأنظر أيضا، أنظر محمد محفوظ، دروس في العقد، المرجع السابق، ص 82.

[3] أنظر في هذا المعنى الأستاذ فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 183.، حيث يرى: "عدم الجدوى في تصنيف التدليس إلى دافع وعارض: بحكم استطاعة المتعاقد المدلس عليه في طلب إبطال العقد وتعويض الضرر الذي لحقه، أو الاكتفاء بالمطالبة بالتعويض دون الإبطال. وينتقد الأستاذ محمدي سليمان هذا الرأي على أساس أنه الأمر يتعلـق بمرحلـة العقـد والمطالبـة بالتعويض فقط دون الإبطال أمر صعب في ظل نصوص القانون الجزائري الحالية. أنظر مقاله, من أجل الإبقاء الغبن فـي بيع العقار، المقال السابق، ص 196.

[4] أنظر عمر السيد مؤمن، الإكراه المفسد للرضا في القانون المعاملات المدنية الإماراتي- دراسة مقارنة بالقـانون المـدني المصري والفقه الإسلامي 1998، دار النهضة العربية، ص 61. وأنظر أيضا محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 82. حيث يرى : أن الرهبة التي بعثها الإكراه في نفس المكره هي السبب المباشر الذي حمله على التعاقد، بمعنـى أنـه لولاهـا لامتنع عن إبرام العقد.

Voir aussi Bencheneb (A): le droit algerien des contrats, op.cit., p 101: "L'attention doit donc se centrer sur la crainte qui aux termes des articles 88 et 89 du Code Civil doit être illégitime, provoquée en principe par le cocontractant et déterminante".

يعرف بالنظرية النفسية للغبن، الذي جاء بها المشرع الجزائري في المادة 90 ولا سيما بعد فشل النظريـة التقليدية لعيوب الإرادة في تحقيق التوازن[1].

وتأسيسا من أن "العقد العادل" هو عقد تتساوى فيه الإلتزامات كأساس للعدالة العقدية "فكل واحد يقدم مثلما يأخذ[2]، والمساواة في التبادل[3] هي أساس هذه العدالة"، ولهذا يكون لزاما علينا معالجة شـروط الغـبن الاستغلالي في مظهرين: أولهما مادي وثانيهما نفسي.

أ- المظهر المادي للإستغلال:

بإستقراء نص المادة **90 من ق م**، فإن[4] "المقصود بالمظهر المادي هو التفاوت بـين مـا يعطيـه المتعاقد تنفيذا لإلتزاماته وما يأخذه من عوض في مقابل ذلك" [5]، "وهو أيضا عدم التعادل أو التفاوت الفاحش أو غير العادي الذي يخرج عن المألوف في المعاملات"[6]، إذا يعتبر **عدم التناسب** قـوام المظهـر المـادي للإستغلال، وهو يكون في المعاوضات "التي يبدو فيها التفاوت بين ما يرتبه العقد على كل من طرفيه مـن إلتزامات وما يمنحه من حقوق"[7]، "أي بين آداء المتعاقد والآداء المقابل الذي قام به المتعاقد الثـاني علـى سبيل العوض"[8].

وحسب المادة **90** من **ق م**، فالتفاوت شكلان: قد يكون ما بين إلتزامات المغبون وما حصل عليـه هذا المتعاقد من فائدة Avantage بموجب العقد، أو بين إلتزامات المغبون وإلتزامات المستغل[9].

وثار تساؤل في الفقه فيما إذا كان تصور عيب الإستغلال ممكنا في عقود التبـرع، حيـث يـذهب الأستاذ **Bencheneb** إلى وجوب "تطبيق نظام الإستغلال (الغبن)، على عقود المعاوضات وعقود التبـرع

---

[1] Lahlou (K.G), "La protection du contractant faible", p 20: "… le législateur de 1975 à adjoint dans l'article 90 du Code Civil, in autre vice… qui est … l'exploitations lésionnaire contrairement aux autres vices du consentement met l'accent sur la justice sociale et l'équilibre contractuel".

[2] Loïc (C), une justice contractuelle, l'autre, Art précitée, p 183: "… dans l'échange (contractuel), chacune des parties doit recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne"

[3] أنظر، سامي الجربي، المرجع السابق، ص 388، حيث يرى: "أن طريقة الفلاسفة الطبيعيين في التعـرف علـى العدالـة الحسابية في التبادل تقوم على تفحص آثار التعامل أكثر من التعلق بالتصور النظري، وهي طريقة واقعية وليـست مثاليـة، رغما عن حشر هذه المدرسة في صف المدارس المثالية".

[4] أنظر عرعار عسالي، مذكرة ماجستير، ص 37.

[5] أنظر على فيلالي، العقد المرجع السابق، ص 204.

[6] أنظر حميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 31.

[7] أنظر هائل ميهوب العامري، الرسالة السابقة، ص 202.

[8] أنظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 204.

[9] ويرى الأستاذ فيلالي أن المشرع أكتفى بوصف التفاوت دون تعيين مقدار حسابي له كما هو الأمر في حالات الغبن سـواء في بيع العقار، أو عملية القسمة، ويعزى هذا حسب رأيه إلى طبيعة العيب، إذ أن العبرة بالدرجة الأولى هن بنفسية المتعاقد، وبالقيمة الشخصية للآداءات وليس قيمتها الإقتصادية "أنظر كتابه، العقد، المرجع السابق، ص 205".

على حد سواء" [1]، و راح إتجاه آخر في نفس المنحى" بأن المادة **90 ق.م** تنصرف إلى عقود المعاوضة والتي تعني التفاوت بين الآداءات، و كذلك عقود التبرع التي يكون فيها آداء وتقابله فائدة"[2].

ولكن هناك من يرى" عدم تصور نظام الإستغلال في عقود التبرع مبررا، من حيث أن شروط الإستغلال تقوم على وجود تفاوت بين الأداءات المتبادلة بين المتعاقدين، و هذا غير متصور في عقود التبرع. وأخيرا إنتهى البعض[3] إلى التأكيد بأن المادة **90 ق. م** "لم تستبعد عقود التبرع من مجال تطبيقها على أساس الفقرة الثالثة من نفس المادة والتي نصت "... ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

ولا نتفق مع هذا الرأي، لأنه فيما يتعلق بالتبرعات لا يمكن القول بأنه يقصد الغبن، لعدم وجود "عوضين"، إذ أن أحد الطرفين يأخذ ولا يعطي، والآخر يعطي ولا يأخذ، فطالما أن نية التبرع قد توافرت عند المتبرع، فلا غبن في التبرع، لأن المتبرع قد قبل أن يعطي شيئا من دون مقابل، فلا يتصور إختلال التعادل بين إلتزامات الطرفين، ولذلك نرى وجوب صياغة المادة **90** بشكل آخر، ذلك أن صدر هذه المادة يوحي بأن الإستغلال المقصود به وارد على عقود المعاوضات ، حيث توجد إلتزامات ومنافع متبادلة، ومن ثمة وجوب وضع حكم خاص بالإستغلال في التبرعات[4].

ب- المظهر النفسي للغبن:

وقد ورد في نص المادة **90** ق م العبارة التالية: "... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد أستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا..."، مما تستوجبه هذه المادة فضلا عن المظهر المادي، تفاوت معنوي يتجسد في وجود الطيش البين[5] والهوى الجامح[6]، وهو ما يصطلح على تسميته بالمظهر النفسي للغبن. على ضوء هذا التحليل النفسي للغبن انتقلت فكرة الغبن من نظرية مادية إلى نظرية نفسية أساسها حماية الطرف الضعيف الذي غبن في التعاقد بسبب طيشه أو هواه.

---

[1] Voir Bencheneb(Ali),contrat, op.cit, p 144 et 145 "De Surcroit, si l'un des points de comparaison porte sur l'avantage retiré par l'un des contractants cela revient à considérer que la lésion concerne d'avantage les contrats à titre onéreux que les contrats à titre gratuit....."

[2] أنظر حميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 32.

[3] انظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 207.

[4] أنظر الأستاذ لحلو عنيمة، محاضرات في مادة الالتزامات، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 38 و39، حيث طرحت تساؤل كيف يمكن للقاضي أن يقدر التفاوت في عقد التبرع؟.

[5] عرف الطيش البين الخفة والتسرع في إتخاذ القرارات وعدم المبالاة بنتائجها. لمزيد من التفاصيل أنظر في هذا الموضوع: عرعار عسالي، مذكرة ماجستير، ص 58. و كذاك حلو عبد الرحمن مسلم أبو حلو: نظرية الإستغلال في الشريعة والقانون، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1974، ص 76.

[6] الهوى الجامح فهو الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبين ما هو لصالحه سواءا أنصرفت هذه إلى شخص أولي شيء، أنظر حميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 33. و أنظر أيضا علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 210.
- Voir aussi: Lahlou (K.G), La protection du contractant faible, art précitée, p.32.

وفي القضاء المقارن "يعد تبذير الأموال قرينة على حالة الغبن التي يسببها الطيش[1]. وأن السفيه لا يستفيد من الحماية إلا بعد صدور الحكم بالحجر عليه، لكونه يتمتع بكامل الأهلية فتكون تصرفاته صحيحة"[2]، بل أن هناك إمكانية إستفادة السفيه من أحكام المادة **90 ق م**، على ضوء إدعائه الطيش البين. "وحماية تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل توقيع الحجر ضرورية، بالإعتماد على قواعد الإستغلال ولو أن نص المادة 90 يستوجب علم المتعاقد الآخر واستغلاله لحالة الطيش..."[3].

ونلاحظ أن إستغلال أحد المتعاقدين للضعف الذي وجد لدى المتعاقد الآخر لا يعيب الإرادة ولا يؤثر في صحة العقد إذا كان هذا العقد ليس فيه غبن، كما نرى أن نص **المادة 90** أورد حالتين فقط من حالات الضعف النفسي وهما الطيش البين والهوى الجامح، إضافة إلى وصف الأول بالبين والثاني بالجامح[4] تضييقا من نطاق نظرية الإستغلال، ولذلك أراد المشرع عدم توسيع في الإستغلال لصالح إستقرار المعاملات[5]. ولكن غاية المشرع من تكريس نظام الإستغلال لم تتجسد بشكل إيجابي وفعال بحكم التضييق من نطاق إعمال النص، وحصره في **حالتين**: الطيش البين والهوى الجامح، وكان عليه أن ينص على الحالات الأخرى التي أغفلها كعدم الخبرة وضعف الإدراك والحاجة[6] حتى تكون صياغته مرنة تشمل كل حالات الضعف الإنساني التي كان المتعاقد يفتقر فيها إلى العدالة والإنصاف.

ثانيا: خصوصية الجزاءات المترتبة عن الغبن والإستغلال

يبدو أن سلطة القاضي في نظرية الإستغلال أوسع نطاقا من سلطته في مجال الغبن المادي، بحيث في حالة الغبن غير الناتج عن إستغلال، فسلطة القاضي مقيدة سواء من حيث الحالات التي يعتد فيها بالغبن أو من حيث تقديره بشكل حسابي. ومن ثمة يستبعد الغبن المجرد من مجال سلطة القاضي في تعديل العقد[7]،

---

[1] أنظر علي فيلالي، نظرية العقد ، المرجع السابق، ص 209 و 210.

[2] أنظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 210.

[3] أنظر محمدي سليمان، من أجل الإبقاء الغبن في البيع العقار، المقال السابق، ص 200.

[4] بعد تعديل القانون المدني في 2005.

[5] ويرى الدكتور بن شنيتي: "أن القاضي بموجب المادة 90 ق.م مقيد في ممارسة سلطته في حماية من وقع عليه الإستغلال بهاتين الحالتين من الضعف..." أنظر رسالته السابقة، ص 34.

[6] أنظر تفصيلا في هذا الموضوع: عصمت عبد الحكيم بكر، اختلال التوازن العقدي، رسالة مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، 1978، ص 53 .

وحميد بن شنيتي الرسالة السابقة، ص 34. وفي هذا المعنى ترى الأستاذة عسالي عرعار: "أنه تم تكريس في القوانين المقارنة جاءت عديدة لحماية الضعيف في العلاقة العقدية....وحماية الضعف الإقتصادي في بعض القوانين وهو ما يصطلح على تسميتها بالحاجة أو الضيق وهو تمس الحالة الإقتصادية وأضحت الحماية الإقتصادية في ظل نظام الإستغلال كشكل مسألة حيوية". أنظر رسالتها. الإستغلال، ص 58. وإسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، المقال السابق، ص 239.

[7] أنظر حميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 29.

لكون المشرع حدد حالات إستثنائية وردت في القانون المدني على سبيل الحصر[1]، ومن ضمنها الغبن في بيع العقار فهو سبب لتكملة الثمن إلى 5/4 من قيمة العقد، وذلك متى توافرت شروط الطعن في الغبن.

فحسب المادة **1/358** من ق.م "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن 5/1 فللبائع الحق في تكملة الثمن الى 5/4 ثمن المثل. "كما يجب أن ترفع دعوى تكملة الثمن خلال ثلاث سنوات من يوم إنعقاد البيع (المادة 1/359 ق.م).

في هذا السياق يشير الأستاذ Carbonnier إلى الغبن الحسابي".[2] وأضاف إليه البعض الغبن الحسابي[3]، بطريقة آلية حيث يكتفي القاضي بالتأكد من عدم التعادل الذي مس النسبة المحددة "Faux fixe" لكي يجازي الغبن.

أما بشأن عيب الإستغلال فالقاضي له سلطة تقديرية لمعرفة ما يعتبرإلتزامات غير متوازية، كما أن العنصر المعنوي الطيش البين والهوى الجامح، يخضع هو الآخر لسلطة القاضي التقديرية.

ويجوز للمتعاقد المغبون إقامة دعوى إبطال العقد أثناء مدة سنة واحدة من تاريخ إنعقاده ، طبقا للمادة **2/90** من **ق م،** ويجوز للقاضي أن يجيبه الى طلبه إذا تبين أن عناصر الإستغلال قد توفرت[4]، أي أن إرادته كانت معيبة، وأنه ما كان ليتعاقد لولا حالة الضعف لديه، وأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه هذا الضعف وألحق به غبنا فاحشا.

ويلعب القاضي دورا هاما في تقرير إبطال العقد وذلك إذا رأى أن الإستغلال قد عاب رضاء المتعاقد المغبون إلى حد إفساده، (الإستغلال الدافع إلى التعاقد كشرط)، و إلا فللقاضي أن يرفض إبطال العقد ، و بهذا المعنى يرى البعض[5] " أن الإختيار بين إبطال العقد وإنقاص إلتزامات المتعاقد المغبون هو أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي (....) فقد يحكم هذا الأخير بإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن، أو يكتفي بإنقاص إلتزامات المغبون وإبقاء العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن".

كما أن المادة **90 ق م** منحت للمتعاقد الآخر- في عقود المعاوضات- الحق في أن يتوقى دعوى الإبطال بعرض زيادة في إلتزاماته أو زيادة في الثمن بحيث تكون هذه الزيادة كافية لرفع الغبن.

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- عقد البيع والمقايضة- دراسة مقارنة في القوانين العربية، 2008، دار الهدى، ص 67، أنظر . علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 213.

[2] هذا الرأي مشار إليه لدى:

Nadir(Mesli), la lesion en droit Algérien, Mémoire pour le diplôme d'études supérieures en droit prive .Université d'Alger, Fac de droit 1971, p 52.

[3] Nadir (Mesli), op cit, p 52, « on a Parfois souligné le caractère artificiel du Faux fixé et parle "d'arbitraire du législateur", En effet pourquoi retenir le taux de un cinquième plutôt que celui du tiers ***du siscieme ?

[4] حيث نصت المادة 90 من ق.م: "...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد...".

[5] أنظر علي فيلالي، العقد ، المرجع السابق، ص 214 و 215.

- أنظر أيضا حميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 36- 37.

ويمكن إعادة التوازن العقدي عن طريق الإبطال بموجب القانون المـدني، تأسيـسا علـى إعـادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرام العقد.... ولكن "إذ طلب المتعاقد المغبون إنقاص إلتزاماتـه، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد،... وعليه أن يحقق إعادة التوازن بقـدر الإمكـان بـين آداءات المتعاقدين، وذلك على أساس أحكام العدالة العقدية[1].

وللتخفيف من صرامة الإبطال، أجاز المشرع طبقا للمادة **90** من **ق م** للمتعاقد المغبون رفع دعوى الإنقاص، حيث يلزم القاضي بها ولا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد[2]، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة بشأن المقدار الذي يجب إنقاصه من الإلتزامات لرفع الغبن مقيدا بإعتبارات العدالة العقدية[3].

وبالنتيجة يمكن القول بفرضين الأولى تتعلق بانقاص الالتزامات على أسـاس الانـصاف والثانيـة ملاءمة العقد التي تضمن بقائه عوضا معاقبة الأطراف.

ولعل لجوء القانون لتفضيل تنفيذ الالتزامات على إبطال العقد يبرر اعتماد حالـة الغـبن والحـل المتعلق بإعادة التوازن للعقد[4].

الفرع الثاني: الأبعاد النفعية في "قاعدة العقد شريعة المتعاقدين"

عندما تنص المادة **106 مـن ق م** "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا بإتفـاق الطرفين: أو الأسباب التي يقررها القانون"، فهذا التبرير أصل الإلتزامات والحقوق بين طرفي العقـد، أي أساس القانون العقدي، وفهم هذا المضمون يبنى جوهريا على " مفهوم" مصلحة العقد" وهي تقـوم علـى تنفيذه، حيث تُتوخى الحيطة ويفترض معها ذلك إحترام الشروط المتفق عليها منذ تكوينه.

والأبعد من ذلك عندما نتأكد من حقيقة خطاب المادة **106** ق.م، وكيف أنها ذات إعتبـار خـاص بإقتصادية العقد وحسن تسييرها وسط تنوع وتعدد العلاقات الإجتماعية، أي بعبارة أخرى، تظهـر قاعـدة القوة الملزمة أساسا ذات نطاق هام في تحقيق إعتبارات السير الحسن للعلاقات الاقتصادية لأنها توفر أهـم أرضية عقدية ونظامية" بأن العقد مناط للتوقع"[5]. ولعل هذا يحدث تجانسا في المـضمون الإلتزامـي تـارة يتعلق بصورة تحديد الإلتزامات المنبثقة عن القانون العقدي، وتارة أخرى تفتح المجال الـشرعي لمـصادر أخرى، تارة، تستند إلى توضيح كيفيات تنفيذ الإلتزام الأساسي وتارة أخرى يتوجه إلى تخفيف صرامة هذا الأخير.

---

[1] أنظر الأستاذة لحلو غنيمة خيار، محاضرات في مادة الإلتزامات: تكوين العقد، المرجع السابق، ص 40.

[2] لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر من طلبات الخصوم.

- Voir aussi: Lahlou (K.G), La protection du contractant faible, art précitée, p.46.

[3] أنظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 216.

[4] Bencheneb (A), le droit algérien des contract, op.cit., n° 186, p 147.

[5] راجع ما جاء تفصيله بشان " التوقع في العقود بمناسبة تحليل قدرة الأمن العقدي.

ولعل القانون المدني، وإن كان في نطاق إعمال مبدإ القوة الملزمة، فهو لا يتعمق للإعتبار بصفة أو شخصية الأطراف المتعاقدة، (دائنا ومدينا) ما دام يتعلق بإلزام داخلي بالتنفيذ، لولا أن الأمر تظهر أهميتـه عندما تتعدد تلك الوسائل والكيفيات التي خصت لطرف الدائن فقط نتيجة العلاقة الطبيعية بينه وبين المدين، والذي لن يبالغ بالقول عنه أنه ينظر إليه نظرة سلبية، بسبب كونه مصدرا لعدم التنفيذ، أو ضـرر عقـدي بخطأ منه، وأن الدائن له هيمنة تحت طائلة القانون العقدي تكسبه حق المطالبة بماله، وهذا طبعا فـي تلـك الأحوال غير التي تخص مصالحهما مع المدين (**أولا**)، وهذا أظهره إتجاه تشريعي في تحديث تلك العلاقة، أبرزتها فلسفة حماية "طرف ضعيف" التي غيبت فيها صفة الدائن والمدين والتمييـز بينهمـا، ويبقـى أن صرامة العقد لم تعد تطال الأطراف فقط بل محل العقد والإلتزامات الواردة عليه، ووسط ملاءمة العقد مـع ضرورة الحفاظ على المصالح المرجوة منه في إطـار مـن الإسـتقرار الإقتـصادي، فإننـا نجـد فـي عنصر"التوقع" الذي لطالما ساد البيئة العقدية سرعان ما يتضاءل فائدته بسبب موضـوع "الـسعر" (Prix) الذي يطرح وضعا من اللاتوازن مع الإلتزامات المنبثقة عن العقد والتي تضطر إلى القبول بفرضية هامـة تحل إشكال وتهديد فقدان العقد لأبعاده النفعية(**ثانيا**).

أولا: هيمنة حماية الدائن في العلاقات التعاقدية

لما كانت حماية الدائن في مواجهة مدينه الذي يمتنع عن الوفاء لسبب ما أمـرا لـيس بالمعقـد، أو المستحدث، لأنها مظهر لصيق بفكرة الإلتزام ذاتها، وخاصة عندما يشار إلى تلك الثنائية التي ظهرت فيهـا فكرة " الإلتزام" من حيث كون "البعد الذاتي القائم على شخصي الدائن والمدين قد حقق بالفعل ضمانا للدائن في ذمة المدين عند إخلاله بإلتزامه"، وهذا يظهر في التقنيات التشريعية التي وفرها القـانون المـدني فـي إنتقال الحق وإحالته، مثلما هو الشأن بالنسبة **لحوالة الحق** التي قررت بموجب المـادة **239** ق.م "يجـوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون أو إتفاق المتعاقدين".

ولعل أهمية مسؤولية المدين إزاء الدائن، تطبيق لتلك الصيغة التي وصـفها الأسـتاذ **الـسنهوري** بأن"تجعل المطالبة[1] من خصائص الدين (...) والذمة أصل الدين، والمطالبة تتبع الأصل فإذا كان المـدين ملتزما بالإعطاء أو الفعل أو الإمتناع، فإن مرحلته الثانية المحتملة، تعذُّر تحقيق ذلك، كان للدائن تحريـك مسؤولية المدين تجاهه، وهي تتعلق بحقه في الدعوى[2] وإلا في التنفيذ الجبري"[3]، وفي ذلك إعمال لنظام قائم بذاته، تارة يعتمد فيه المشرع على طبيعة آثار الإلتزام"[4]، كما هو الحال بالنسبة، لإلـزام المـدين المـادة

---

[1] أنظر محمد شكري سرور، موجز في الأحكام العامة للإلتزام، دار النهضة العربية، ط(2)، 2008 من ص 26 إلى 36.

[2] أنظر عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص 117.

[3] وعادة يفرق بين التنفيذ المباشر، هو الطريق المتبع لإقتضاء الإلتزامات غير المتعلقة بالنقود، أما غير المباشر فهو إستحقاق الديون المتعلقة بمبالغ مالية سواء أصلا أم مالا لعدم إمكان تنفيذ الإلتزام مباشرة، ولمزيد التفصيل راجع، نبيـل إبـراهيم سعد التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1982، ص .1.

[4] وهذا ما جاء في الباب (2) من القانون المدني، من المواد (160 إلى 175) ق م ج

160ق.م بتنفيذ ما تعهد به، وكفالة ذلك بطريق التنفيذ العيني،[1] أو التعويض، وهو يؤكد على المضمون المالي لإلتزامه، وكأنه يطبق عليه عبارة أن كل "التزام مرادف لـ" الدفع (Paiement). ولعل تخصيص جزء مهم لاحق لسلطة الدائن على مدينه بواسطة أحكام القانون المدني واضحة من خلال فكرة " ضمان حقوق الدائنين[2] في القانون المدني، وأول دعامتها أن " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه[3] أو "طبيعة الإلتزام"، "وتتحول دون حاجة إلى رضا المدين"، وفكرة "عدم الحصول على موافقة المدين"، تكفل التنفيس عن الدائن وعدم ربط شخصه بالمدين[4].

ومرة أخرى، حتى عندما أقر بإمكانية اللجوء إلى حوالة الدين من طرف المدين تحت طائلة إقرار الدائن لها بموجب المادة **251** ق.م، فهذا واضح منه تلك المساواة المجردة[5] بين المتعاقدين، والتي وإن توافقت ومنطق الحرية التعاقدية، إلا أنها تعتبر أساسا لكفالة حماية الدائن تحت لواء الشريعة العامة. ويبد أن النظرة أو النزعة الموضوعية للإلتزام[6]، والتي تفرز عن تصوير العقد كعلاقة قانونية مركبة قوامها: **المديونية**: والتي تلقي على عاتق المدين واجب أداء ما، إلتزم به مقابل ذلك الأمل الذي يحمله الدائن في الحصول على هذا الأداء، وكذلك عنصر **المسؤولية** الذي يحقق أكثر الصفات الإيجابية لدى الدائن، وهي سلطته في إجبار المدين على الوفاء بدينه عند إمتناعه عن ذلك[7].

وأيضا التنازل عن الإلتزام أو العقد، قد برر بنفس الأساس في إطار الأحكام الخاصة الواردة في العقود المختلفة التي نظمها المشرع في القانون المدني، مثلما هو الشأن بالنسبة للتنازل عن الإيجار الذي يتحقق نفاذه على موافقة المؤجر[8]، وكذلك بالنسبة للمقاولة الفرعية التي ترتبط دوما بالعقد، وطبيعة العمل تحت طائلة مسؤولية المقاول (الأصلي) تجاه رب العمل[9]، كما أن إنابة الوكيل لغيره(تنازلا عن الوكالة) في تنفيذ الوكالة تستدعي ترخيص النائب وإلا ترتبت مسؤوليته[10].

---

[1] راجع المزيد من التفصيل، محمد صبري السعدي النظرية العامة للإلتزامات – أحكام الإلتزام – دار الهدى، الجزائر 2010، ص ص 20 وما يليها.

[2] نصت عليها المادة 188 ق م ج

[3] لأن عنوان الفصل (3) من القانون المدني، ضمان حقوق الدائنين.

[4] أنظر، عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص ص 81 و 82.

[5] Cf.Montels (B), la violence économique illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTD, 2002, P.418, et Ghestin (J), Traité, op cit . n° 239.

[6] Terré (F) simler (Ph), Le Quette (Yves), droit civil les obligations, op cit . P .8.n°7. ainsi que Bencheneb (A), (le droit algerien des contrats, op cit . pp.216 et 217

[7] ولعل الإتجاه العام، وحتى بما يتماشى مع الفقه الإسلامي هو الإعتدال بين النظريتين.

[8] أنظر المادة 505 ق م

[9] أنظر المادة 564 ق م

[10] أنظر المادة 580 ق م

ولعل الإلتزام بالتصريح بالبيانات الحقيقية على عاتق المؤمن له في مواجهة شركة التـأمين تحـت طائلة مسؤولية عقدية جد مضبوطة [1]، قد تصل إلى الجزاء تدل على التحكم في طبيعة الإلتزام، لأن حتـى المؤمن يكون أيضا مدينا عند تغطية الخطر المحقق.وبذلك نجد أن صفة " الـدائن" فـي العقـود الملزمـة لجانبين، قاعدية في الحماية، لا يمكن أن تخرج إلى إستخلاص قضائي موسع في إطار القـانون المـدني. ولعل جعل من آلية عدم نفاذ التصرف"[2]، والتمسك بالعقد الصوري" [3] من التقنيات التي تحقق للدائن مركزه في العلاقات العقدية ليس بشخصه وإنما الأوضاع المضار التي قد ألحقه من المدين.

ولعل هذا الوضع العام الذي ظهر في القانون المدني، جعل من الدائن يصنف طبقا لأحقيته ضـمن تراتبية معينة، كانت تتعلق مرجعيتها تارة بزيادة أو نقصان المقدار المالي المغطي لحقه، فيظهر هنا فكـرة "الدائن العادي"[4] الخاضع للضمان العام في ترتيب تفضيلي وإمتيازي مع دائنين أعلى منه مرتبـة لكونهـا إرتبطت إلتزاماتهم بتأمينات مالية، أضافت قيمة أخرى على الدين[5]. كما أنه تارة أخرى قـد ترجـع هـذه التراتبية إلى فكرة المركز الإقتصادي للمتعاقد، وهو الأمر الذي لم يغطه جيدا القـانون المـدني، وتطـور المعاملات والمجال المهني، هما ما ساعدا على شموله بالحماية، أو التأطير اللازم، كما هو الشأن بالنـسبة، لعلاقة المهنيين فيما بينهم والتي تترجم لا مساواة هامة، لأن تركيز رؤوس الأموال ووسائل الإنتـاج إلـى التباين المتسارع في القوى الإقتصادية، وخاصة عندما ظهرت المنافسة معيار التركيـز العقـدي، أعقبتهـا صور من علاقات التبعية واجهتها، فرض في مواجهتها تيار وضبط من الهيمنة والتبعيـة[6]، ولـولا ذلـك الإبتعاد عن الإستغلال بأمور المتعاقد للدائن في علاقاته، لما برر تدخل قانون المنافسة بأخلاقية الممارسات العقدية والتجارية، وهذا واضح بالنسبة لقانون 03-03 الذي ضـبط الـسلوكات العقديـة، منهـا، حظـر الممارسات المقيدة للمنافسة خاصة تلك التي تتعلق، بعرقلة تحديد (الأسعار طبقا لقانون السوق، أو تطبيـق شروط غير متكافئة بين الشركاء التجاريين[7]، وكذلك القاعدة الإقتصادية والقانونية التي أظهرهـا المـشرع

---

[1] راجع في هذا الشأن المواد، 624 ق م وكذلك المادتين 19 و 21 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمين وإذا رجعنـا إلـى القاعدة المكرسة في المادة 62 ق م، من حيث أنها نصت على أن كل مصلحة إقتصادية مشروعة هي محل للتأمين، تعود على الشخص دون وقوع خطر معين، وهذا بالفعل ضمن مبررات تأطير الحماية لأطراف العقد دائنا أو مدينا.

[2] نصت عليه المادة 191 ق م وما يليها.

[3] أنظر المادة 198 و199 من ق.م.

[4] Comp. Carbonnier (J), les obligations, op.cit., pp. 30.

[5] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية، ط (3)، ج10، منشورات الحلبي، بيـروت، 1998، ص ص5و6، والقانون المدني الجزائري يستنتج إلى التأمينات (suretes) ، في القسم الثاني من المواد 644 إلى 673 ومـن المواد 882-1003

[6] راجع في هذا الشأن المواد (6) إلى 9 من قانون (03-03) المتعلق بالمنافسة، وكذلك المـواد، (4) ومـن (7) إلـى 10 وكذلك من المادة (10) إلى (13) وغيرها من القانون (04-02).

[7] ونصت عليها المواد (15 إلى 22)

بالنسبة للتجميعات الاقتصادية، بين الترخيص لصالح منافع الاقتصادية لكن بضبط عقدي يخضع لمستلزمات إعادة التوازن والتكافؤ.

إن الهيمنة التي حاز عليها الدائن في إطار القانون المدني قد إنطلقت من فكرة المساواة المجردة بين طرفي العقد، دون أن تلم بواقعية هذه الوضعية، وكان من المتصور أن تخلق هذه الأخيرة إنقلابا من الأعلى إلى الأدنى، مما يفترض معه إلتفاتة العقد إلى مناصرة المدين هذه المرة. ذلك لأن واقعية العقد (بمضمونها الإجتماعي والإقتصادي) هي التي تظهر صفة الطرف الضعيف وما إذا حل محل ما هو دائن أو مدين، مما يعني العودة إلى مرحلة كان فيها الإلتزام يقوم على تقابل أو تبادل الذمم لا الأشخاص وهو ما يجعلها هـ ـدفا لفرض ما هو أخلاقي بدل من كونها مجرد وسائل لإفراغ التصرفات.

فإن تساءلنا عن المستهلك ؟ فهو متعاقد مدين بدفع مقابل الخدمة أو المنتوج الذي يقتنيه كما أنه دائن بالحصول عليه (عليهما)، وهنا بالذات، لن نعتبر تقوية مركزه في ظل القوانين الخاصة خلافا أو تطويرا لما كان يمكن القانون المدني أن يوفره في حماية الدائن عموما، هو تدعيم وتعميق لهذه الحماية بالذات، بقدر ما إنتقلنا من مرحلة حماية صاحب حق ذمة إلى شخص يلحقه وصف "الضعيف" في جميع العقود مهما كـ ـان نوعها لن يكفيه فكرة "دائن" فقط، ولعل الإرهاصة الأولى التي تقررت منذ طرح حماية الطرف المذعن" في عقود الإذعان بموجب القانون المدني كانت قد أرست هذه الفلسفة القانونية للنظرية "الأطراف المتعاقدة".

ثانيا: ترخيص لمراجعة السعر بسبب اللاتوازن العقدي

عندما كانت القوة الملزمة تقوم على قاعدة الصرامة العقدية، بعدم جواز تعديل العقد وحتى نقـ ـضه، طبقا للمادة **106** ق.م، إلا أنه سرعان ما إستدرك الإستثناءات القاعدية التي سمحت بتدخل **مصدرين**: حرية عقدية وإتفاقية، وهما إحالة إلى القواعد المكملة، وقاعدة قانونية لدواعي معينة، وبذلك تخفف تلك الصرامة لصالح توازن العقد وإستقراره، وإن كان الأمر لا يتعلق بصعوبة في مجال العقود الفورية أو آنية التنفيـ ـذ، إنما يعتمد على حالة عقود ذات الأثر المستمر أين تحتمل وتفترض تغير الظروف، وبالتالي عدم ملاءمـ ـة مقابل الإلتزام مع الإلتزامات الأخرى[1]، وهذا هو الحال بالنسبة لوضعية "فكرة السعر" أو بمفهـ ـوم القـ ـانون المدني "الثمن"، لأن هذا الموضوع محل لا توازن أو لاتلاؤم مع الإلتزامات في حالات تـ ـصطدم ويكـ ـون سببها إعسار المدين أو إفلاسه أو تغير العقلية العقدية باندراج مخاوف من عدم عدالة العقـ ـد مـ ـع الوقـ ـت. وعلينا الإعتراف بتلك الأهمية نظرا لتطور قانون العقود بسبب أن عقدا مستمر التنفيذ تحت تأثير مـ ـستمر

[1] Ghestin(J).Traité.op.cit.n°.689.et Lagarde(Xvier).prix et Salaire.in.Mélange offert en l'hommage de (J) ghestin, op.cit.pp.530-532 ;

بعوامل مرتبطة بالمحافظة على إقتصادية العقد[1]، وبحث المتعاقدين على تغطية أمنية للعقد[2]، وحسن سـير تنفيذها هذا الأخير[3].

ولعل طرحنا لهذا الموضوع جاء من منطلق معرفة التعامل القانوني طبقا للـشريعة العامـة بـشأن "الثمن" وإلى أي حد حلت إشكالاته طبقا لقاعدة تغير الظروف" ؟

الأكيد في الأمر أن القانون المدني كان سباقا في تكريس النسبية على "صـرامة العقـد"، بمناسـبة الحديث عن "السعر" في العقود طويلة الأجل أو المستمرة التنفيذ، لأنه حقق بالفعل صيغة ملاءمة العقد مـع فائدته ومنفعته الإقتصادية[4]، ولعل مفهوم "المحل" في النظرية العامة للعقد[5] عرف إستقرار نـصيا معتبـرا حتى عرف عنه بندرة إشكالاته، لولا أن القضاء بالفعل ونظرا للتطور الذي لحقه، أدخل عليه مـستلزمات التغيير الممكن إدخاله فيه[6].

ولعل الرجوع إلى الأساس الذي قرره المشرع بموجب المادة **95 ق م** بشأن "أنه إذا كـان محـل الإلتزام نقودا ألتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لإرتفاع قيمـة هـذه النقـود، أو لإنخفاضها وقت الوفاء أي تأثير"، جعلت من مصدر تحديد الثمن مرتبطا بالإرادة العقدية، البحتة، كما هـو الشأن بالنسبة لعقد البيع[7] وعقود الإيجار[8]، ولن يكون له مناط في التأثر بصعود أو نزول قيمة النقـد فـي المنظومة المالية السارية المفعول من طرف الدولة، في حين أن خصوصية ذلك اللاتوازن الظاهر والمعتبر الذي يظهر في "عقود متتابعة التنفيذ" و"ذات أبعاد إقتصادية هامة" ، خرجت عن الإطار العـادي، وفتحـت المجال نحو تحيين أو تعديل الثمن أو السعر تحت وطأة تغير الظروف، لهذا يظهر من خلال الإستثناء الذي خرج به عقد الإيجار التجاري على خلاف الإيجار العادي قبل التعديل الذي جرى في القانون المدني منـذ 2005 مع وضعية تكريس حق تجديد الإيجار، أين يعتبر ترخيص اللجوء إلى تعديل مراجعة بدل الإيجـار بعدم مرور ثلاث 3 سنوات منذ إبرام العقد حقا لصالح المؤجر[9]، كمـا أن خـصوصية إمكانيـة مراجعـة الأسعار في العقود الإدارية ذات صيغة " الصفات العمومية تحت وطأة إرتفاعها ، وبحسب قيمـة الـصفقة

---

[1] Brunet (André)et Ghozi(Alain). La jurisprudence de l'assembleé sur le prix du point de vue de la théorie du contrat .Rec.Dalloz.1998.Cahier Chronique.pp.5-8.

[2] Ibid.p.2.n°3 et 4.

[3] Michel (Jeol), La fixation du prix dans les contrats affaires, in, Melanges en l'honneur de Pierre Bezard, Monchrestien, Paris, 2002, p.20 .

[4] أنظر جاك غيستان, المطول . مرجع سابق.ص ص .757 و 758.

[5] أنظر محمد صبري السعدي.نظرية الإلتزامات . مرجع سابق.و علي فيلالي, نظرية العقد. مرجع سابق.

[1] قارن أحمد محمد الرفاعي .تحديد الثمن و أثره على رضاء المشتري.كلية الحقوق .الزقازيق .1999. ص ص.49-52.

[7] أنظر المواد 362 و 363 .

[8] قارن مع أحمد محمد الرفاعي .تحديد الثمن.مرجع سابق. ص ص.46-48 .

[4] قارن مع المادة 190 من القانون التجاري،و المادة 187 مكـرر المعدلـة بموجـب تعـديل القـانون التجـاري فـي 2005/02/05 .

وثقلها، وبإجراءات معينة[1]، كلها دليل على مراعاة ذلك اللاتناسب الناتج بين السعر المحدد إراديا، والإلتزامات الحقيقية أو قيمة محل الإلتزام.

إن الأساس الذي كرسته **المادة 106** ق.م في إستثنائية تعديل القاضي للعقد هامة بالنسبة لأهمية مسألة "السعر أو الثمن" في النظام العقدي، ولعل آليات مثل "إنقاص الثمن" أو إستبداله "بالتعويض" في إطار ما قرره القانون المدني، بقدر ما يشكل منهج إعادة توازن للعقد إلى الحد المطلوب إراديا، ومحاولة الحفاظ عليه بدل السعي إلى زواله، بقدر ما يجعله ممكنا في مسألة "هلاك الشيء المبيع" قبل تنفيذ الإلتزام بالتسليم من البائع" بموجب المادة **370 ق م**، أو ضمان العيوب الخفية المادة **379** ق م، وكذلك حالة النقص التي تشوب العين المؤجرة، والتي تمنح المستأجر إمكانية إنقاص بدل الإيجار المادة **477** ق م.

وبذلك يتبين أن إعتراف المشرع بهذه السلطة للقاضي تدخل في إطار الخروج عن قاعدة **المادة 106** ق.م، ليس من أجل ملاءمة العقد بقدرما هو إعادة التوازن بين قيمة الإلتزامات بإعتبارها شرطا من الشروط العامة لصحة العقد، وهو مناط القواعد التقليدية لقانون العقود[2].

المبحث الثاني: فعالية أحكام القوانين الخاصة في تكريس صريح للعدالة العقدية

إذا كان جمود النصوص والأحكام الكلاسيكية في القانون المدني، وتداخله مع قواعد أخرى في إطار تسويات ناجمة عن أثر الإصلاح في مختلف المجالات، هو الذي لم يسمح بالظهور الواضح للمبادئ الأخلاقية في العلاقات التعاقدية، ولم يكن سوى مستوى من الإحتشام والحذر في تكريس العدالة في العقود، فإن القانون الوضعي الذي ينظم هذه العقود رغم "قدسية" ودوام التقنين المدني، لم يبق مستقرا على حاله، لأن تطور الإجتهاد وما أضافته النصوص والقوانين الخاصة كان ذا أثر خاصة بالنسبة لعوامل عجز ترجمة بعض الحقائق المتعلقة بتطور التقنيات والعقود المعقدة والمتداخلة التي إصطدمت بمعضلة تهديد وضع أطراف معروفة "بالضعف التعاقدي"، وليس أي ضعف كالذي ساد لزمن طويل قبل تطور العلاقات التعاقدية وتنامي المنظومة القانونية معها بما دعم فعلا الصفة الآمرة في تلك العقود **(المطلب 1)**، وإذا ما كان هناك عدالة مستحدثة في هذا الشأن، فهي التي خلقتها العقود بذاتها من خلال مجموعة من الإلتزامات النوعية ذات أثر تخفيفي وتهذيبي (**المطلب 2).**

---

[5] أنظر ميريام أكرور. السعر في الصفقات العمومية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2008، ص 10 وما يليها. وكذلك: محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية والمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2010/02، ص 73 وما يليها.

[1] ولعل هذا ما ظهر من خلال المادة 581 ق م التي تجعل الوكالة تبرعية كأصل عام، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو ضمنا، فإذا إتفق على أجر للوكالة، كان هذا الاجر خاضعا لتقدير القاضي، إلا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة.
-Voir la note de professeur Bencheneb, contrat, op.cit.p.246.

المطلب الأول: تعميق الطابع الآمر في النظام العقدي

جاء الحرص عل الحد من مساوئ المذهب الفردي، والإفراط في مبدأ سلطان الإرادة من خلال إعتبارات إضطرت المشرع للتدخل بحماية قانونية خاصة، لأن الأمر يتعلق بشخص ذي مركز خاص، وهو "الطرف الضعيف"، والذي لم ينحصر في مجرد "عامل" في مواجهة المستخدم أو رب العمل، أو "مذعن" في مواجهة طرف قويا إقتصاديا، بل أصبح يمتد إلى عقود أخرى و لفئات متنوعة أخرى من المتعاقدين جرى إعتبارهم في مركز ضعيف في الروابط العقدية (**الفرع 1**)، ولعل أن حماية هذا الطرف أصبحت هدفا رئيسيا في مجال يوصف بالطابع الآمر؛ وهو النظام العام، ومن الهدف الذي إستمد منه حماية الطرف الضعيف في مسألة إحقاق عدالة العقد، فإن فكرة النظام العام هي الأخرى تأثرت بإعتبارات العدالة (**الفرع2**).

الفرع الأول: إدماج الطرف الضعيف أسلوب لعدالة العقد

عندما قام منطق القانون المدني على مبدأ المساواة القانونية بين المتعاقدين في المراكز والحقوق، فلأنه تم التأكيد على البحث في تحقيق مصالح كل منهما والدفاع عنها في مواجهة الآخرين، إلا أن هذا لم يسمح إلا بتدخل قانوني محدود بسبب السعي وراء حماية إرادات حرة، فماذا عن مجال زاد فيه سلطان ذوي النفوذ والمركز الإقتصادي الأقوى ؟، خاصة بالنسبة للأثر الذي تتركه عوامل إجتماعية وإقتصادية في مسألة المركز القانوني للطرف الضعيف في المعاملات العقدية، على النحو الذي أصبح محل إعتبار (**أولا**)، وإذا كان الأمر يتعلق بأن أصبحت أوصاف الطرف الضعيف على تنوعها تؤثر على تلك العلاقات، فهذا لأن القوانين المطورة لقانون العقود هي التي أسهمت في ذلك (**ثانيا**).

أولا: عوامل تدخل الطرف الضعيف في النظام العقدي

على إعتبار أن مسلمة أية علاقة تعاقدية تفترض قيامها على مبدأ التوازن العقدي، أو نوع من المساواة بين أطراف العقد إبتداء من الحقوق والإلتزامات ومسؤولية الأطراف ذاتها، فإذا إختل أي عنصر منها، ظهر إختلاف المراكز القانونية بين أطرافه، حيث يطال المتعاقد الآخر كطرف مغلوب على إرادته إما ضعفا أو إنعداما ويؤثر فيه بقدر متفاوت من حيث جسامته من قبل طرف قوي، وفي هذا تتعدد مظاهر الضعف التعاقدي وفق العوامل التي ينبع منها، فقد يكون مرتبطا وملازما لشخص المتعاقد[1]، كأن يتعلق الأمر بإنعدام أو نقص الأهلية كعارض من العوارض التي تشوبها.

[1] (La faiblesse inhérente), comp, Aubert (J-L). « les relations entre bailleurs et locataires en droit Français ». in «la protection de la partie faible dans les rapports contractuels :comparaisons , Franco-Belge ». LGDJ, 1996, p165, etc, n° 7 et 9. et Delavaux (Ph), Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit Belge, in «la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison, Franco-Belges », L.G .D.J. 1996, P73 etc, N° 10.

ولعل القانون المدني إعتبر لهذه الأوضاع حسبما نص عليه من المواد **40 ، 42 ، 43 و44ق.م**[1] من حيث تصنيفها، أما فيما يتعلق بحكم التعاقد الصادر منها فالنظرية العامة للعقد شملتها طبقـا للقـانون المدني المواد **78 إلى 80**[2]، ولكن القاعدة الثانية في ضعف منسوب لشخص المتعاقد، تتعلق بأوضاع تعيب إرادته، وتصبح حالة ضعف مؤقتة مثلما يتعلق بالغلط، الإكراه، والتدليس والإستغلال، وفي الحالة الأخيـرة نظام من أحسن الأنظمة القانونية التي تعبر عن فكرة الضعف كونها تجعل المتعاقدين في تفاوت فادح بـين الإلتزامات والحقوق (أي الآداءات المتقابلة)، وبغض النظر عن التلازم المادي والشكلي مع نظرية الغبن[3]، فإن مظاهر الضعف لا يمكن أن تصور معيار التفاوت إلا بما يرتبط بعوامل نفسية[4] قد ضيق مـن نطـاق حكم الإستغلال، خاصة وهذا بسبب عدم إدماج إستغلال الحاجة وعدم الخبرة من نطاقه، وفي غالب الأحيان مستمدة من جهل بالعادات المحلية أو الجارية، ولعل المرونة التي يتسم بها نظام الإسـتغلال مـن حيـث المعايير المعتمدة في الكشف عنه[5]، وحتى الجزاء الخاص المترتب عنه هي فعلا ما ستضيف دعما للحماية في مجالات أخرى.

ولكن قد يظهر مستوى ثان من الضعف مرتبط بأسباب موضوعية، فرضه مركز إقتصادي خـاص لأحد المتعاقدين أصبحت له السلطة في فرض الشروط على المتعاقد الآخر وما عليه إلا الإنصياع والقبـول إما لحاجته الملحة إلى سلعة ما أو خدمة معينة التي دفعته إلى المتعاقدين، وبهـاتين الـصورتين تتـأرجح

---

[1] ويتعلق الأمر بصغر السن، السفه، والغفلة، والجنون، وهي حالات ملازمة للشخص تكون بصفة دائمة، لمزيد من التفصيل راجع علي فيلالي، الإلتزامات، مرجع سابق، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح لقانون المدني، مرجع سابق.

[2] والتي تجعل حكم تنظيمها بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة.

[3] راجع ما تفصيله في المبحث (1) من هذا الفصل في تحليلنا لنظرية الإستغلال، ولمزيد من التفصيل توفيق حـسن فـرج: نظرية الاستغلال في القانون المدني والمصري، الرسالة السابقة ص58، وكذلك محمد صبري السعدي، الواضح فـي شـرح القانون المدني، و محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهـضة العربية، 2007، ص ص 17، وما يليها.

[4] Aubert, (J-L), Les relations entre bailleurs et locataires en droit Français, in la protection, de la partie faible dans les rapports contractuels…. Op, cit, p.165.

= وراجع كذلك علي فيلالي،الإلتزامات، مرجع سابق، ص ص 208- 212، وعلى ضوء ما أخذ بـه القـانون الألمـاني: محالات واسعة: كالحاجة، الخفة، أو الطيش، وعدم الخبرة، ومقارنة مع النص الكويتي، فقد نص فـي م 159 ق م ك، :" إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة ، أو طيشا بينا، أو ضعفا ظاهرا أو هوى جامحا أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه....". أنظر المادة 90 ق م ج.

[5] Bencheneb (ALI), Op, cit, p 53,et Fontaine (M), rapport des synthèses, in « protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison Franco-Belges », ed, L.G.D.J. p . 615.

- راجع كذلك علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 67، ومحمد محمد الصبري، مرجع سابق، ص 23. كذلك جاك غيستان، المطول، مرجع سابق، ص ص 108 وما يليها ، وكذلك بودالي (محمد)، حماية المستهلك في القانون المقـارن، دار الكتـاب الحديث، مرجع سابق، ص ص 30-40.

درجات الضعف النسبي[1]، فقد يتحقق بسبب علاقة "عقد الإذعان" يملي فيها أحد المتعاقدين شروطه وما على الطرف المذعن إلا التسليم بها[2]، وتتعلق عموما بسلعة ضرورية أو مرفق لا غنى عنه وفي مواجهة التعسف الذي ينطوي عليه حيث تنبثق فكرة الضعف التي تستدعي الحماية، ولعلها ذات مصدر قضائي في الحماية، لولا أن دخلها التطور الذي ساق إليه موضوعها في تنظيم مفهوم ونظام تشريعات خاصة.

كما أن الضعف قد يتحقق بسبب قوة مركز المتفاوض في مرحلة ما قبل التعاقدية، وينقلب الوضع عند تنفيذ العقد كما هو الشأن في عقود نقل التكنولوجيا والمعارف التقنية أو كذلك فئة البحارة التي تشترط زيادة الأجور لإستكمال نشاطهم في الرحلة البحرية،... وغيرها.

كما أن الضعف قد يتحقق بحكم العلاقة الطبيعية للمتعاقدين التي إنكبت القوانين توفر حماية ملائمة لها وبأكبر الدرجات، كما هو الحال بالنسبة لفئة العمال التي تتفاوت فيها حالات الضعف لديهم لتنظم تشغيل القصر[3] والمرأة والأم العاملة[4] وغيرهم.

في حين أنه يتعين أيضا التنويه إلى أوضاع لا تقوم أصلا على ذلك التفاوت في المركز بين المتعاقدين، ومع ذلك طبيعة العقد ذاتها أو الإلتزامات هي التي طبعتها[5]، فإذا تعلق الأمر بعلاقة المؤجر والمستأجر، فإن فكرة المنتفع والنتائج المترتبة على الإنتفاع تجعل الضعف يظهر لديها بالتفاوت، وكذلك يتوجب عدم حصر هذه الصفة بطرف المدين في مواجهة طرف قوي كالدائن، لأنه قول غير سديد، كما أن العبرة مثلا في عقد ملزم للجانبين قائم على وصف طرف "دائن ومدين" في آن واحد، فالدائن عندما يجبر المدين على تنفيذ إلتزامه ليصبح طرفا ضعيفا ، فهو يحاول الإفلات من إلتزامه، وهذا أمر مضر بالدائن، بل إن تكريس قواعد حمائية في هذا الشأن تدل على ذلك، و المادة **191 ق م** تنص" لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في إلتزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافرت أحد الشروط المنصوص عليها في **المادة التالية**". وهو في ذلك يظهر عنصر الضرر كمعيار للضعف لدى

---

[1] Aubert, (J-L), op, cit, p8.

[2] لمزيد من التفصيل راجع ما جاء سابقا في شأن عقد الاذعان في الباب الأول، وأيضا: فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان.
مرجع سابق وبودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 12، والحرية الاقتصادية هي التي أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية، فكان من بين نتائجها عقد الإذعان.

[3] راجع المادة 28 من قانون (90-11) المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 21 أفريل 1990، ج ر (17).

[4] راجع كذلك المواد 29، 54 و 58 وغيرها من القانون المذكور أعلاه.

[5] Fontaine, et Aubert, op. cit, pp. 6-7.

الدائن، وكذلك بالنسبة لنظام وحكم العقد الصوري الذي جاء في المادة **198 ق م** "إذا أبرم عقـد صـوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري"[1].

بيد أن الظهور القانوني المعتاد للطرف الضعيف في النظام التعاقدي لم يكتف بهذه الأوضاع العامة، لأن هناك ممارسة عقدية فرضتها إعتبارات من نوع خاص، كان من اللازم أن تؤثر على هذا النظام بالقدر الذي غير في مفهوم الضعف، وأدخل عليه مرونة بسبب الضرورة والحاجة إلى تفعيـل حمايـة خاصـة بشخص له صفة "مستهلك"؛ وأرجع فكرة الضعف المعرفي أو الخبراتي[2] قيمتها القانونية بسبب قـصورها في الأحكام التقليدية ولسبب واقعي لا نظري[3].

إن قلة الخبرة والمعرفة أو حتى الجهل بخفايا النشاط أو المنتوج أو الخدمة محل العقد تبدو متفاوتة مقارنة مع شخص (المحترف أو المهني) الذي يفوقه خبرة ودراية وحنكة مهنية؛ وهذا شكل دافعا مهما في تجديد وإستحداث حماية الطرف الضعيف، خاصة لآلية تشديد إلتزاماته ومسؤولية الأول، فالضعف العقـدي لسبب معرفي كالذي أصبح يميز المستهلك، عمق المركز القانوني لهذا الأخير، ولعـل الميـزة فـي هـذا الضعف إرتباطه بشكل متلازم وقاعدي (normatif) بمدى الإلمام بمفهوم المستهلك، لأن معيار الإسـتفادة من الحماية القانونية الخاصة متعلق بإخراج كل من لا يصح فيه وصف مستهلك ليكون إما محترفا أقـوى منه أو شخصا آخر[4].

---

[1] وأيضا المادة (190) تنص :" يعتبر الدائن في إستعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن إسـتعمال هـذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضمانا لجميع دائنيه" وكذلك المادة 184 ق م ج ، لمزيـد مـن التفاصـيل مـذكرتنا للماجستير, الدعوى المباشرة.

[2] وتسمى (inferiorité-ignorence)، أنظر في هذا الشأن أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، حسني عبـد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ص 99 وما يليها. و كذلك معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، مرجـع سابق، ص ص 30 وما يليها.

- Aussi Terré (F), Simler (P) et Le Quette (Y) ; Droit civil, op.cit, p. 83.

[3] أنظر حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة برضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، مرجـع سـابق، ص. 11.

- Picod (y), et Davo (H), droit de consommation, op.cit, p, 148.

- وذلك بسبب نقص ما تحققه أحكام عامة في القانون المدني مثلما هو الحال بالنسبة إلى استحالة العلم بالبيانات العقدية تطبيقا للالتزام بالاستعلام في مجال " العلم الكافي" الوارد في عقد البيع (المادة 352 ق م ج), صحيح أن الضعف المعرفي معروف في القواعد العامة لعقد البيع والإيجار، وغيرها فقد ترتبط عموما باستحالة موضوعية وشخصية لمعرفة المتعاقـد ومركـزه القانوني.

[4] نقلا أيضا عن حسني عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 7. وتعبر في هذا الصدد أن فكرة الإستهلاك تـضع بحـسب الأصل المستهلك في مواجهة من يطلق عليه في القانون (المحترف) سواء كان المنتج أو الموزع للـشيء أو الخدمـة محـل الإستهلاك، حيث تفهم طبيعة هذا التركيز على صفة الإحتراف من قبل بعض الفقهاء في ظل عدم ضرورة تنظـيم الحمايـة

صحيح أن المشرع الجزائري راح يستدرج تعريف المستهلك في القانون 09-03 المتعلق بحمايـة المستهلك وقمع الغش في **المادة 3** منه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتضي بمقابل أو مجانـا سـلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"، وهذا جاء متأخرا مقارنة مع محاولة إستحراكه للفراغ الذي ساد القانون السابق له (89-02)، وقصره في نصوص تطبيقية جاءت في خضم نقاش فقهي واسع بين تضييق مفهومه وتوسيعها[1].

ولعل فكرة قلة الخبرة وعدم الدراية هي أصل تحريك آلية الحماية الخاصة بالمستهلك، فقد جـاءت لتحليل سلوكه المنبثق عن مدى تلبية حاجاته أو حاجات عائلته" (أي ليس لأسباب مهنية)[2]. إلا أن التطـور الذي وصل إليه إجتهاد القضاء الفرنسي فيما يتعلق بتوسيع نطاق الحماية لتشمل المحترفين بـسبب وضـع وقوعهم في تعسف عند إبرامهم العقود مع محترفين آخرين، وهو مجال ما يعرف بـ "المهنـي خـارج إختصاصه"[3]. وإذ يصبح في وضع المستهلك حتى ولو إعتبر هـذا الـشخص ذا خبـرة ودرايـة مقارنـة

للبائع عرضيا. راجع محمد بودالي، حماية المستهلك، مرجع سابق وكذلك محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الـضعيف، مرجع سابق، ص ص 41-45.

[1] فالمعنى القانوني ارتبط بأفعال استهلاك مادية أما المعنى الموسع فقد أصبح يرتبط بمن يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو المهنية، ومعه ظهر االمهني غير المتخصص. لمزيد من التفصيل، حـسني عبـد الباسط جميعي، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ص 10 وما يليها.

Voir aussi, Luc (Bihl). La protection des consommations particulièrement fragiles, JCP, éd, N. 1985, n° 9397.

- وفي حين أن المحترف هو كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص أو العام الذي يمارس باسمه أو لحسابه الغيـر نشاطا يتمثل بتواريخ أو بيع أو تأجير السلع، أو تقديم الخدمات ومن يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها وذلك في إطار ممارسته لنشاطه، عرضة في هذا الشأن المرسوم التنفيذي (339-28) المتعلق بمطابقة المنتوجات، أما المادة (3) من القانون (09-03) فقد أسمته المتدخل (Intervenant): كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل فـي عمليـة عـرض المنتوجات للإستهلاك.

[2] Memento de droit des affaires. ,et aussi, Calais Auloy et Steinmetz. Droit de la consommation, op.cit, n° (10), et Rondey (C), Le consommateur est une personne physique. D. 2002, Juris, 90.

[3] Bourgeais (D,N), Les contrats entre professionnels et consommateurs et la partie de l'ordre public dans les lois Scrinver. du 10/01/1978 et 09/07/1979,D.1984, chron, p p, 91 et so.

- أنظر كذلك محمد بودالي، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ص 29 وما يليها، وربما فرج مكي، تصحيح العقد، مرجـع سابق، ص ص (55-69).

- وفي هذا الشأن قرارات محكمة النقض الفرنسية المختلفة:

6 Arr, cass, civ, 21/02/1995, JCPG, 1995,II,22502note, de Paisant (G), cass,civ,1ère, 03/01/1996, Bull,civ,(F).n° (9), p, 6, D, 1996, IR, P, 47, GCPG, 1996, IV, N° 428, cass, (F), n° 9 et cass, 1ère, civ, 22/05/2002, Gaz, pal, 2002.somm, Juris, 1995, CA,Digon,ch, et Ghestin (J), Economica, 1998, p p 1 et 13.

- Voir Ghestin (J). Rapport introductif. op.cit, p,13, et le même auteur, Traité, op.cit.n° 105 et 11.

بالمستهلك، إلا أن خاصيته تكمن في عدم اختصاصه الذي قلل من تلك الخبرة وأثر على منفعته العقدية في علاقته مع المحترف الآخر[1]، وبهذا يكون مفهوم الطرف الضعيف قد إمتد من مجرد" شخص عادي" إلـى شخص خارج إختصاصه، فرض فيه تداخل بين الضعف الإقتصادي والتجاري والمهني، ولعل هذا سيكون له تأثير في النظام الحمائي للعلاقات التعاقدية التي تجمع بين هؤلاء الأشخاص.

وإن في القاعدية المتطورة التي جاء بها في مسؤولية المنتج بموجب المادة **140 مكرر**، تدليل على ذلك القصور وعدم الفعالية التي ظهرت سابقا سواء بسبب الحكم العام الوارد في المواد **379** و**386 ق م** في إطار إلتزامين بضمان العيوب الخفية وضمان صلاحية المبيع، أو قانون 89–02 والمرسوم التنفيـذي اللاحق، والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات 90-266، حيث ظهر ذلك التطويع التشريعي فـي إقامـة مسؤولية مدنية متكاملة ومتداخلة موضوعية ذات التقدير التقصيري والعقدي على نحو متلازم[2]، إن مثل هذا المنهج يوفر الطمأنينة للمستهلك على الأقل مراعاة لضعفه القانوني[3].

ثانيا: تأثير حماية الطرف الضعيف على تحقيق العدالة

عندما جاء المذهب الإرادي الفردي بسلطة الأطراف المتعاقدة لا العقد أو غايته، سمح بسيطرة قوى الإنتاج على السوق وإستغلالها لأطراف ضعيفة، وهذا ما دعا إلى التدخل التشريعي للحماية فـي الرابطـة العقدية، خاصة من منطلق أنه تدخل يستند إلى إعتبارات أخلاقية المعاملات وتكريس العدل التبـادلي بـين الأطراف.

وما يدل على ذلك أن الإستفادة من عدم خبرة شخص مستهلك أو شـخص ضـعيف تعاقـديا هـو إضرار بمصالحه، وبالتالي ضرب بأخلاق عقدية، بل إن ما يعوق تحقيق العدل التبادلي هو التمسك بحقوق مقابل فرض شروط تفرغ الإلتزامات من مضمونها[4]، فعندما ينص المشرع في قانون 04 – 02 المتعلـق

قارن العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2003، ص ص 41-46.

[1] نفس المرجع السابق

[2] تنص المادة (140) مكرر:" يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتـوج الـصناعي وتربيـة الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية". و أنظر في هذا الشأن بودالي محمـد، مـسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة، دراسة مقارنة – دار الفجر للنشر والتوزيع، 2005، وكذلك زاهيـة حوريـة سـي يوسـف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، 2009.

Voir aussi Ghemina Lahlou-Khiar, Reflextion sur le droit des obligations, op.cit, p . 357.

[3] أنظر سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص ص 366- 371.

[4] Aubert (J-L), Les relations entre bailleurs et locataires en droit français, op,cit, p p , 165 et 11.

- أنظر العيد حداد، مرجع سابق، ص ص 20 وما يليها، وقارن مع مساعد زيد عبد الله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك، مرجع سابق، 2007، ص ص 12- 16.

بالقواعد المنظمة للممارسات التجارية على"الإلتزام بالإعلام بالأسعاروالتعريف بشروط البيع" [1]، فهذا يدخل ضمن شفافية الممارسات التجارية، وأي مخالفة لها مساس بأخلاق المتعاقد في حياة الأعمال لا لـسبب إلا لأن المعاملة غير عادلة مع طرف ضعيف تجاريا، ونفس الأمر بالنسبة لمبدإ حظر الممارسـات التجاريـة غير الشرعية[2] أو الأسعار المزيفة[3] أو الممارسات التجارية التدليسية[4] وكذلك التكريس التشريعي الخـاص بنظام الممارسات التعاقدية التعسفية، كما جاء في قانون 04 -02[5] على خلاف ما قصر فيه النظر بموجب القانون المدني بشأن عقود الإذعان أبرز مسألة توضيح أن هذه الممارسات هي إحدى أهـم أسـباب عـدم التوازن العقدي التي لم تعد مرتبطة بالقوة الاقتصادية فقط[6]، بل بتوفر بعض الأدوات القانونية التي تسهم في تكريس عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، إضافة لما تسبب فيه مبدأ سلطان الإرادة مـن عـدم تكـافؤ طبيعي، كلها أثرت على غاية العقد أكثر من مضمونه، ومن جهة أخرى و بالمقابل لم تعد مسألة مكافحـة الشروط التعسفية قائمة على حماية مستهلك وفقط بل كل متدخل في العجلة الاقتصادية بمناسـبة علاقاتـه التعاقدية، وأن تعديل صيغة الحماية من قضائية علاجية بحتة إلى صيغة ثلاثية متلازمة هي التـي تـصور الفرق الواضح في منهج حماية الطرف الضعيف، فيسبقه آلية تشريعية تنتهج أسلوب تعـداد قائمـة "بنـود تعسفية" ثم حظرها[7]، وتتبعه آلية قضائية تستند إلى سلطة تقديرية للقاضي[8] للبحث عـن الـصفة التعـسفية

[1] أنظر المواد 4، 5، 6، 7، 8، و 9 من قانون (04-02).

[2] نصت عليه في الفصل (1) من الباب (3):" نزاهة الممارسات التجارية، في المواد (14 إلى 21).

[3] أنظر المواد 22و 23.

[4] أنظر المواد 24 إلى 25 أما الممارسات غير النزيهة المواد 26 إلى 28.

[5] أنظر المادة 29 من قانون (04-02) من القانون المذكور أعلاه.

[6] أنظر في هذا الشأن بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجـع سـابق، ص ص 15 – 29 وأحمد يحياوي سليمة آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي مذكرة ماجستير، 2011، جامعة الجزائر (I)، ص ص 65 وما يليها.

[7] وقد أكدها نظام محاربة الشروط التعسفية في سياق المرسوم التنفيذي 36/06 المؤرخ في 2006/09/10 المحدد للعناصـر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. ع 56.

[8] وهذا سيكون تطويرا ملموسا للدور التقليدي الذي كان يلعبه القاضي بمناسبة مراقبة عقود الإذعان لفحص الطابع التعـسفي، وبالأخص عندما أصبحت المسألة جد ناقصة. ولمزيد من التفصيل، قارن مساعد زيد عبد الله المطيري، ص ص 370 ومـا يليها، وكذلك أحمد يحياوي سليمة، مرجع سابق ص ص 10 وما يليها.

ودوره هنا سيكون وقائيا إستباقيا أكثر من علاجي[1]، يلحقها آلية تنظيمية إدارية تحقق التقدير العملي لكل شرط تعسفي، كما أن تقرير الجزاءات الإدارية وحتى المهنية جاء في طابع خاص[2].

وما يستتبع منهج القواعد التي تحمي الطرف الضعيف إمتداد الأثر الحمائي إلى الإلتزام التعاقدي بشكل عرضي أو تبعي، لا يكون بالضرورة متعلقا بالغاية العقدية، كما هو الشأن بالنسبة لتقدير قواعد أخلاقية ذات شفافية على الممارسات التجارية[3] لأن هذا ما تستند إليه أحكام ضمان المنافسة الحرة بين التجار وكذلك حماية التاجر ضد المنافسة غير المشروعة في إطار ما كرس في تشريعنا من حظر للممارسات المقيدة للمنافسة[4] أو ما يتعلق بأحكام الإشهار أو الإعلان المقارن[5]، الذي يرتبط بـ: حماية المستهلك[6] وحماية المتعاملين الاقتصاديين[7]، وحماية أخلاقيات المهن المختلفة[8]، وبمجرد اللجوء إليها يصبح الطرف ضعيفا بحكم تقنية وخصوصية نشاط الإشهار مع بقية الأشخاص.

---

[1] لأن الدور التقليدي كان مجرد سلطة مألوفة لا توفر الحماية الفعالة، وإنما منح القاضي سلطة تقييد مبدأ حرية الإرادة متى اقتضت العدالة ذلك وحتى أن البعض راح يقيسه على حسن النية وشرف التعامل.

[2] ويثيرنا الاهتمام لمنهج الحماية في هذا الشأن في سياق استدان هيئة إدارية جديدة بموجب المرسوم التنفيذي (306/06) تسمى بلجنة البنود التعسفية، كما أن تفعيل دور الهيئات شبه القضائية وجمعيات حماية المستهلك لها ما أضافته في هذا السياق.

[3] وهذا ما يتبعه قانون المنافسة والمكرس بموجب أمر (03-03) والمعدل والمتمم بالقانون (08-12) ،حتى أن مجلس المنافسة يعتبر آلية قانونية ذات الوظيفة الحصرية الشاملة في هذا المجال أنظر المواد 34 وما يليها من القانون المذكور أعلاه.

[4] أنظر المواد 6 إلى 14 من القانون المذكور أعلاه.

[5] الإعلان المقارن هو الإعلان الذي لا يتضمن قدحا لمنافس أو لمنتجاته أو علامته، بحيث لا يضرب بعدم صلاحية منتجات المنافس الآخر، وهو عمل واقعي صادق وليس تغليطا للمستهلك، وسابقا نُظم بموجب المرسوم التنفيذي (39/90) المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش: بأنه جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو لمنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية" وكذلك المرسوم التنفيذي (91 – 101) و (91- 103) المتعلقان على التوالي بمنح إمتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون ومنح امتياز عن الأملاك الوطنية العقدية والمنقول والصلاحيات المرتبطة بالبث الإذاعي السمعي إلى المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة، راجع في هذا الشأن محمد بودالي، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ص (186- 195)، ومحمد حسن عبد العال، حماية الطرف الضعيف، مرجع سابق، ص 43.

[6] لأن المستهلك محمي، في مواجهة الإعلانات الكاذبة والخادعة و في النشاطات العامة والنشاطات المقننة (المنتوجات الخطيرة – المواد الصيدلانية، ومواد التجميل .... إلخ). ويدعمه مجال إعمال التزامات أساسية، كالالتزام بالأمن – المطابقة، والسلامة والضمان وغيرها، كما هو منصوص عليه في قانون (09-03) المتعلق بقانون الاستهلاك.

[7] وذلك واضح من مختلف الممارسات المحظورة أو الممنوعة الواردة في القانون المتعلق بقواعد الممارسات التجارية (04-02).

[8] كما جاء في خصم المرسوم التنفيذي (91-103) تحت عنوان "أخلاقيات المهنة" بمناسبة مقدار الإلتزامات المتعلقة بالإشهار.

كما أنه قد يرجع تأثير هذه الحماية على النظام العقدي بالرجوع لقاعدة" فرض إحترام القيم الإنسانية والحقوق الأساسية للمتعاقد بإعتباره فردا"، فتقرير حماية للعامل من منطلق كرامته وسلامته الإنسانية (الحق في الوقاية، الراحة في عدم التمييز والسلامة المادية والمعنوية...وغيرها)[1]، وكذلك إحترام الإعتبارات الشخصية والعائلية[2]، ومراعاة الفئوية في نظام التشغيل بين (قاصر،إمرأة، أم و معوق...)[3] هي الحماية والضمان في مواجهة رب العمل في الآن نفسه[4].

وكذلك مسألة كفالة حقوق الأفراد في الحصول على بعض المزايا بحكم مركزهم الضعيف (الحاجة الإجتماعية والإقتصادية) هي أيضا إطار لتأثير مفهوم الحماية وتطوير للأنظمة العقدية، مثلما هو الشأن بالنسبة لتطور قانون العقود في مسألة عقود الإيجار، فنجد المشرع الجزائري على منهج التمييز بين الإيجار لغرض السكنى وإيجارات المحال التجارية، وكذلك الإيجار لأغراض مهنية، ورغم إشتراكها في عنصر "التهيئة للانتفاع بالعقار" إلا أن تحويل العقار إلى وسيلة أساسية لمباشرة نشاط مهني وإقتصادي أو إنتفاع شخصي أظهر منهج المزج بين الحرية الإرادية والتوجيه الاقتصادي، على رأسها "أثر أزمة السكن وتحرير الأنشطة التجارية"، هي ما ميزت تنامي المنظومة القانونية من خلال إعادة التوازن في المنافع والفوائد المرجوة من عقود الإيجار، والتي كان على المشرع الجزائري منذ إصدار القانون المدني في 1975 متابعتها، حيث كان فيه إمتياز المستأجرين على حساب إنصياع المؤجرين للواقع الاجتماعي ظاهرا إلى حد التصور بعدم التكافؤ بين الطرفين طبيعيا، ولعل "حق البقاء" أدل نظام على هذا[5]، بيد أنه مع التعديلات التي تمت في 2007، أعادت إرساء نظام الإيجار خاصة بالنظر لطبيعته الشخصية كحق، وبالفعل إعادة التوازن لتلك الإلتزامات المتبادلة إستطاع بها المشرع أن يحافظ على الغاية التي يسعى إليها المستأجر وهو الإنتفاع المعقول طيلة المدة المحددة مقابل صيانة حق المؤجر في ملكيته الكاملة والتامة دونما إنتقاص منها ، وهذا ما ورد في المادة **467** المعدلة وكذلك المواد **469، 469 مكرر و 469 مكرر (1)**[6]، وفي نظرنا يتعلق الأمر **بمنطقين قانونيين** بغض النظر عن التساؤل عن أهمية ما أضافه أم لا[7]:

---

[1] أنظر المادتين (5) و (6) من قانون (90- 11) المتعلق بقانون العمل.

[2] أنظر المادة (13) من القانون المذكور أعلاه.

[3] أنظر المواد 15-16 و 29 من القانون المذكور أعلاه.

[4] أنظر في هذا الشأن، مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، دار هومة، مرجع سابق، والطيب بلولة جمال، انقطاع علاقة العمل، منشورات (Berti).

[5] هذا ما كانت تنص عليه المادة (20) من المرسوم التشريعي (93-03) المتعلق بالنشاط العقاري.

[6] تنص المادة (467):" الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم" – المادة 467 مكرر:" ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا"، " أما المادة 469:" ينتهي بقوة القانون الإيجار الصادر من المنتفع بانقضاء الانتفاع".

[7] Comp. Lahlou (G,Kh), « Reflexion sur … », op.cit, pp, 389 et 360 ; et Bencheneb (A), « droit algérien… », op.cit, pp, 23-24.

الأول، منطق عقدي خالص مستند إلى إعادة تنظيم الإلتزامات خاصة بالنسبة للمؤجر، **والثـاني**، إخـضاع قانون العقود لمعطيات تركيبية مع تغطية تشريعية متنوعة، وهنا يستند إلى واقعية السوق العقارية التـي أظهرها المشرع في قانون 13 ماي 2007 من جهة، ثم تسوية وضعية نظام عقود الإيجار فـي مختلـف وسائلها وأبعادها من جهة أخرى، على ضوء ثراء مجال النشاط العقاري[1]، والبيع بالإيجار[2] وحتى بالنـسبة لإعادة تنظيم الحقوق والالتزامات على ضوء كيفيات نقل الملكية ونقل الحقوق بين الورثة[3] كلها نـصوص خاصة تعد مظهر لها وعلى مستوى آخر واكب هذا التكريس الخاص، تنامي مظـاهر الإيجـار التجاريـة بموجب تعديل 2005، أسهم في تنفيس عن المؤجرين بشأن هاجس "القاعدة التجارية" التي فـوت سـلوك المستأجرين في مواجهة المؤجرين[4]، كما يتم التنويه هنا إلى الصورة الخاصة التي ينطوي عليهـا إعـادة تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في ظل التطور التشريعي في القانون الجزائري، وهي صورة المتعاقد المستهلك، صحيح أنها مسألة في مجال قانون الاستهلاك تظهر جد شاملة وعامة، لأن عقد الإيجـار هـو الآخر عقد استهلاكي، إنما مع التنظيم الخاص لهذه المسألة على اجتماعية واقتصادية وقانونيـة المعالجـة التشريعية المستحدثة توضحت مراسم الحماية الأكثر وأصبحت العدالة الاجتماعية مرة أخرى غاية النظـام القانوني في المؤسسة العقدية الحديثة.

الفرع الثاني: إمكانية تحقيق نجاعة العقد على أساس عدالة النظام العام

القانون ظاهرة غير بريئة لهذا يتعين معرفة الغاية التي يستهدفها في مواجهتنـا، ولهـذا كـان تعـدد السلوكات المقررة لحدود التصرفات الفردية للأشخاص، ومنها وجدت فكرة النظام العام مبـررا لوجودهـا لأنها إرتبطت بقاعدة "ما يجب أن يكون عليه" تصرف شخص ما في طابع آمر محدد وتهذيبي، لهذا كـان من المقبول تصور النظام العام "كتعبير عن حسن سير عمل المؤسسات الضرورية التـي لا غنـى عنهـا للجماعة"[5] لولا أنه إستدرك بموضوعية وغائية قانونية أكثر مرونة مفادها أن النظام العام مـستوحى مـن إعتبارات المنفعة العامة عندما تكون في خطر بسبب إمتناع الأفراد الأحرار عن تطبيق القانون[6]، ونظـرا

---

[1] وهذا عمد إلى تنظيمه سابقا، المرسوم التشريعي لـ 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، والملحـق بـه المرسـوم التنفيذي لـ 19 مارس 1994، المتعلق بنموذج عقد الإيجار المرسوم (69/94)، المؤرخ في 19 مارس 1994.

[2] وقارن مع المرسوم التنفيذي 58/94 المتضمن نموذج عقد البيع بالتصاميم فـي مجـال الترقيـة العقاريـة (07/مـارس 1994).ولمزيد من التفصيل، أنظر محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد البيع العقار على التصاميم، مقال سابق، ونوي عقيلة، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مرجع سابق.

[3] أنظر مثلا قانون (90-25) المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر (95-26) – والمرسوم التنفيذي (96-119) المحدد لكيفيات تطبيق الأمر (95-26)، وغيرها.

[4] أنظر المواد (180) ق تجاري المعدل في جويلية 2005.

[5] Coutrier (G), l'ordre public de protection, heurs et meilleurs d'une vieille notion neuve, in études offertes à (J) Floiur. Ed. Défrénois, sans date, PP 95 et s.

[6] Voir dans ce sens; Bencheneb (Ali), contrat, op.cit., N° 173, 177, 179, 235 et 290.

لشمولية فكرة المنفعة العامة في القانون الوضعي شكل مفهوم النظام العام أحـد المفـاهيم ذات المـضمون المتغير (diversifié)[1] عبر النطاق الشخصي، الزمني والموضوعي وحتـى الـشكلي، حتـى أن الأسـتاذ **Julliot de la Morandière** إعتبره" في حقيقة الأمر ضمن المفاهيم غير المحددة التي تحرك سلسلة من المشاعر يصعب الإنغلاق بها ضمن تعاريف صارمة أو جامدة"[2]. ومبدئيا يظهر على النظام العام على حـد تعبير الأستاذ **Ghestin** ذلك "المفهوم الموحد (notion unique) بمضمون متغير ومتنوع[3] (à contenu variable)"، ومن هذا المنطلق تتأسس وظيفة النظام العام، وفي هذا تتنازع علاقة هذا الأخير بالعقـد مـن الناحية الداخلية والخارجية إلى حد الإعتراف بتطور النظام العام عموديا وأفقيا في القانون الوضعي الحالي (**أولا**)، وطور معه حتى منهج مراقبة مشروعية العقد، على أساس الاعتياد على جعله معيـارا كلاسـيكيا لتحقيق هذه الغاية **(ثانيا)**.

أولا: النظام العام أداة تكريس المنفعة والعدل.

التنوع الذي ساد مفهوم النظام العام خرج بطرحين هامين؛ **أولهما**: عندما يرتبط بخارجية العقد فهو يتدخل للحد من الحرية العقدية، وهو طرح مستمد من مبدأ سلطان الإرادة، حيث فرضته حتمية عدم التمادي والإفراط في الإلتزامات الإرادية يتعين تدخل الدولة بواسطة قوانينها لتحديدها، وخاصة من أجـل ضـمان التنظيم الإجتماعي، وحتى وإن تم إعمالها –أي القوانين– تعين تفسيرها وفق نطاق ضـيق[4]، أمـا **الثـاني**، فيجعل من النظام العام إطارا عاديا تمارس الحرية العقدية من خلاله وظيفتها، وتتحقق من خـلال مفهـوم موضوعي للعقد وبأثر إيجابي، ومن هذا المنطلق يبرر ذلك التمييز بين تلك القاعدة القانونية التـي تتـدخل لحماية المصلحة العامة فيعتبر بها النظام العام توجيها للعقود[5]، أما إذا كـان لحمايـة المـصالح الخاصـة

---

[1] Couturier (G), Art precitée, P 101 et s.

[2] Cité par Flour (J), Aubert (J-L), Savour (E), l'acte juridique, op.cit, PP 199 et s.

- كما أن أن الأستاذ عبد الرزاق السنهوري اعتبر أنه لا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة أخرى، فهو شيء متغيـر يضيق ويتسع حسب ما يعدي الناس في حضارة معينة "مصلحة عامة" – الوسيط في شرح القانون المدني الجديـد، نظريـة الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الجزء (1)، ص 399-228.

[3] Ghestin (J), la formation du contrat, op.cit, p, 27.

[4] Cf. Ghestin (J), Goubeaux (G) avec le concours de Fabre-Magnan(M), Introduction générale, traité de droit civil (sous la dir) de Ghestin (J), LGDJ. Dalta. Beyrouth, 1996. p.135, cité pour (M) Weber, sociologie du droit ; PUF.1986. « seul est légitime le droit dont le contenu n'est pas en contraction avec la conception d'un ordre raisonable fondé sur des accords libres ; les éléments essentiels d'un tel droit naturel sont « les droits à la liberté et avant tout la liberté contractuelle la propriété légitime acquise par un libre contrat avec tous (contrat originaire) on avec un particulier et la liberté d'en disposer donc des limites formelles que dans la mesure ou les contrats et l'activité commentaire en général me violent pas le droit naturel qui les légitime donc dans la mesure ou il ne portent pas atteinte aux droit imprescriptibles à la liberté ».

[5] Flour (J) et Aubert (J-L), Les obligations, l'acte juridique, op.cit,. n° 290, et Plantey (A), définition et principes de l'ordre public. L'ordre public, (Sous la dir) de Polin (R). Actes du colloque, PUF, Paris, 22 et 23 mars, 1995, p. 29.

للمتعاقدين فهذا هو المسعى للحماية[1]، وبهذين المنطقين أمكن فهم العقد كحقيقة لا تهـيمن عليهـا الأفكـار الفردية، وإنما قيمتي العدالة والتضامن هي ما ترخصان لتلك الإرادة أو القانون أو القاضي التعامـل مـع الحقيقة العقدية (vérité contractuelle) وفق إطار معين.

ولعل المضمون الخاص الذي وصل إليه النظام العام[2]، أحدثه تعدد قواعده المـستمدة مـن تنـوع مصادره وكذلك مقاصده، والسبب يعود إلى التدخل المتزايد للنظام العام في المجال التعاقدي، والـذي أدى إلى تغيير السمات الأساسية للعقد التي تصورها واضعو قانون العقود، خاصة على ضوء مـنهج مجابهـة "الأزمة العقدية" حيث أصبحت دواعي تحديث العقد، إحترامه لجملة من الضوابط التي وضـعها المـشرع مهما كانت صبغتها[3]، فإنه يتعين الإعتراف بالطبيعة التوجيهية النافعة للعقود والحمائية في سبيل إسـتحقاق عدل في المعاملات، ذا مستويين، **الأول** نظري، والمتعلق بأهمية القانون والبعد الموضـوعي للعقـود فـي تأسيس القوة الملزمة، وأما **الثاني**: فهو عملي نجم عنه تسلسل في إستجابة القـانون المـدني خـصوصا، وقانون العقود عموما لمستجدات القوانين الخاصة التي أصبحت تفرض مراعاة ظروف سياسية، وإقتصادية وأخرى إجتماعية، وإلا ما الذي فسر ذلك التنوع الظاهر في القواعد.

صحيح أن النظام العام الأخلاقي السائد كلاسيكيا قام على حماية المصالح العليا للمجتمـع، خاصـة بالبدء بالدفاع في المؤسسات الضرورية في المجتمع ضد تجاوزات الأطراف المتعاقدة[4]، ومنها أجيز منـع

- وجاك غيستان،المطول، مرجع سابق، ص ص (100-115).

[1] Brahmi-Zouaoui (N), l'ordre public économique de protection dans le nouveau droit des consommateurs, RJL, mai 2001, p p , 9 et ss, et comp, Boudouin (J-L) justice, et équilibre, la nouvelle moralité contractuelle du droit civil quebecois . in études offertes à Jacqes Ghestin, LGDJ, 2001, p29.

- ولعل أنه يشار إلى ذلك التمييز بين النظام العام في مفهوم القانون الداخلي، حيث يرادبه الحد من الحرية التعاقدية، أما فـي مجال القانون الدولي الخاص فينطبق بعدإبرام العقد ، حيث تتدخل السلطة التراتيبية لوضع القواعد الضرورية للحفـاظ علـى حسن سير المجموعة. كما أنه في إطار التساؤل عن دور القضاء في خلق قواعد تهم النظام العام، راح البحث عن نظام عام (virtuel) بسبب تعلقها بالأخلاق الحميدة كمناط للنظام العام. ولن نبالغ إذا قلنا أن الدور المتنامي للنظام العام في حياة العقـد بسط نفوذ على جميع فروع القانون إلى حد الحديث في تخصص النظام العام، فهناك نظام عام اجتماعي اقتـصادي إجرائـي مصرفي جزائي، الأموال الأشخاص ومتنافسي ، ... وغيره.

comp. Thibierge-Guelfucci(C), Libres propos sur la transformation du droit des contrats, Art précité, P

[3] - قارن مع عليان بوزيان، دور فكرة النظام العام الاقتصادي في حماية المستهلك – دراسة مقارنة بمبادئ الفقه الإسـلامي، مجلة العلوم الإنسانية الاجتماعية، الخلدونية – جامعة ابن خلدون – تيارت- ماي – 2009 – ع (03)، ص ص (49-52).

- Cf.Ghestin (J), traité, op.cit, n°107.

[4] Terré (F), et Simler (Ph), Le Quette (Y), op.cit, p.349.

[4] - Flour (J) et Aubert (J-L) : Les obligations l'acte juridique, op.cit, n°, 290.

مثلما هو الشأن بالنسبة للدستور عندما يمنح الحق القانوني على الملكية (المادة.....) من دسـتور 1996. وأنـه لا يجـوز المساس بهالأهميتها الاقتصادية والاجتماعية ما عدا ما ورد بقيد وضع حفاظا علـى المـصلحة العامـة، ودون الإضـرار

وإبطال كل إتفاق من شأنه أن يعرقل سير تلك المؤسسات. كما أن النظام العام قد يتعلق بحمايـة الـشخص بذاته، وإلا ما يبرر نص عدم الجواز أي إتفاق بالتنازل عن أهليته أو التغيير من أحكامها بموجـب المـادة **45** ق م، وكذلك بالنسبة لأحكام تصرفات الأشخاص ناقصي أو عديمي الأهلية[1] أو المقيدين بعارض مـن العوارض كالإفلاس والحجر من التصرف[2]، ومع ذلك تشكل الأسرة عاملا ذي أهمية في تقييـد الإتفاقـات والعقود التي تبرم في إطارها خاصة بالنسبة لواجبات ذوي المسؤولية الأسرية، وحماية القصر أو المجنون، وقواعد التصرف بأموال القصر[3] أو غيرها من الضوابط الآمرة.

ولأن النظام العام لا يقدم على فكرة الملاءمة السياسية والاجتماعية فقط، وإنما أيضا على جملة من المبادئ الأخلاقية وهي ذات أهمية بمكان، لأنها تتأسس على بعدين جوهريين[4] : **نظام عام تقنـي** ينطـوي على توفير التدابير الأساسية المفروضة على الأفراد في علاقاتهم بالدولة، ومنها تحقيق المصلحة العامـة، **والثاني** نظام جوهري في المضمون ينبني على المبادئ الضرورية التي يتأسس عليهـا النظـام القـانوني للعقود، وهو تكريس الطابع الأخلاقي للمعاملات حتى ولو كانت علـى نطـاق واسـع[5]، ولعـل المـشرع الجزائري في إطار القانون المدني له من الإلمام العام بمفهوم النظام العام إلـى حـد إظهـاره بالمرونـة والمطاطية[6]، بدليل أنه غالبا ما **يجمع " النظام العام والآداب العامـة**" فـي النـصوص المتعلقـة بفحـص

بالمصلحة الخاصة، أنظر في هذا الشأن القانون (91-11) المؤرخ في 1991/04/27 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكيـة من أجل المنفعة العمومية (ج ر 1ح (1991/05/08) والمتمم بالمادة (59) من قانون (04-21) المتضمن قانون المالية سنة 2005, ج ر . 85 (2004/12/30) والمتمم بالمادة (59) من قانون (07-02) المتضمن قانون المالية لـسنة 2008 (ج ر 82 (2007/12/31). كما أن إخراج مجموعة الأملاك العقارية خاصة من مجال اتفاقات الأطراف بعدد من قبيل المحافظة على كيان الدولة أنظر في هذا الشأن قانون (90-30) المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بقانون الأملاك الوطنية ج ر (52) والمعدل والمتمم بقانون (08-12) (2008/01/20 ج ر 44).

كما أن منع القانون الإجراءات المدنية العقود التي ترمي إلى استغلال الوظيفة بشراء عقارات أو غيرها بأثمان زهيدة، يـدل على المحافظة على ضوابط المعاملات، أنظر المواد (400 إلى 403) ق م ج حول البيوع المتنازع عليها، أو اتفاقيات يكون موضوعها استغلال النفوذ كما أن القوانين الضريبية لا تسمح بالتهرب منها والتقاعس فيها بسبب منع تطبيقها أو تغييرها.

[1] راجع المادتين 78-79 ق م ج.

[2] راجع المادة 79/ف الثانية.

[3] راجع ما جاء تفصيله في الباب الأول.

[4] Ghestin (J), traité, n°124 et 125.

[5] لأن هذا المضمون الأخلاقي مرتبط بتنظيم الآداب العامة والأخلاق العامة التي تعد معيارا للحفاظ على تماسـك المجتمـع وفيها تحقيق للسلامة الاجتماعية (intégrité sociale) بسبب خضوعه لرقابة القاضي والمشرع الجزائري من خلال مظهر فرض الرقابة على المشروعية في مجال أركان العقد (المحل – والسبب)، راجع المادتين 93، و 97 ق م ج.

[6] أنظر محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سـابق – ص ص ,107 ومـا يليهـا، وكذلك عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 341.

المشروعية، وهو تكريس لقاعدة موضوعية مجالها نظام عام بمختلف أوجهه وأنظمته وتكملته بآداب عامة[1] ذات الطابع الأخلاقي البحت، مع أنه يشكل جزءا منها، وفي ذلك إختلاف في الحالات التي يفردها للنظـام العام فقط [2]. إنه في هذا الشأن وحسب رأينا يتعلق بتمييز بين ذينك البعدين الجوهريين اللذان يؤسسان هـذا النظام العام، فنظام ذو تطبيق موحد يترتب أدناه نظام في نفس الهيكل بترجمة العلاقات الأفقية بين الأفراد، وفي ذلك إعتراف بتطور المعطيات الداخلية والخارجية للعقود على النحو الذي يحقق نسبية مفهوم النظـام العام، وعدم إستشكاله في عملية الرقابة.

بيد أن النظام العام الاقتصادي والاجتماعي كان المجال المهيمن والمسيطر على التصرفات القانونية لأنه يتدخل بواسطة مجموعة القواعد الإلزامية التي تنظم العلاقات التعاقدية الخاصة بالنظـام الاقتـصادي والعلاقات الإجتماعية والتوازن الداخلي للعقد[3] وهذا هو التصور الحديث للنظام العام وفق ما يعكس واقعـا تشريعيا مدفوعا بتعارض قوى إجتماعية ذات مصالح متباينة وخاصة بسبب ما ترتب عن إستعمال الحريـة العقدية تعسفيا وما تطلبته ضرورات تحقيق ما هو تعاقدي هو بالضرورة عادل ونافع".

ومبدئيا يظهر تفاوت منهجي ومرحلي بين النظام العام الإقتصادي التوجيهي والحمائي، حيث يرمي **الأول** إلى تقنية تعتمدها الدولة لتحقيق أهداف الإقتصاد الوطني بتنظيم عقود لا يجب أن تتعارض مع تلـك الأهداف[4]، وبهذا سيقترب من المفهوم الكلاسيكي للنظام العام، لأنه يقوم على المصلحة العامة، ويختلف عنه "لأنه يطبق مباشرة على أولويات الإنتاج والمبادرات[5]، ولهذا سيكون الهدف تقنيـا[6] مـادام الأمـر يتعلـق بالمصلحة الإقتصادية العامة.

---

[1] قارن ما جاء في رأي الأستاذ صبري محمد السعدي، مرجع سابق، ص (208) ، وعلي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص ص 208-270.

[2] مثلما جاء في المواد: 161 يقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي وعلى أي حال فإنه لا يجـوز أن يخالف الإلتزام الطبيعي للنظام العام" و (1/344) " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام".

[3] Flour (J), et Aubert, droit civil, les obligations, (I), droit civil, acte juridique, Armond, Colin, Paris, 1975, p, 220.

- أنظر كذلك محمد تيورسي، فترة النظام العام الاقتصادي كنقطة التقاء بين قواعد المنافسة والحرية التجارية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان ، كلية الحقوق، ع4، 2007، ص 173، وأحمد عيسى الدولة بين الفـرد والجماعـة فـي المجـال التعاقدي، دراسات قانونية – ع 4، 2007، ص ص 51 وما يليها، وعلي فيلالي – مرجع سابق، ص ص 222- 224.

[4] أنظر جاك غيستان، المطول، مرجع سابق، ص ص – 131 و 132 .

[5] أنظر غوثي بن ملحة، محاضرات في النظام العام وتأثيره على العلاقات التعاقدية ألقيت على طلبة ماجستير فـرع العقـود والمسؤولية.

[6] Comp Gérard (Farjat), droit privé de l’économie. T.2 .la théorie des obligations, Paris. et Ghestin (J), op.cit, p,127.

- وكذلك علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، مرجع سابق ، وذلك لسبب بسيط لأن المفهوم الكلاسيكي يقوم على سند إنساني.

ولأن النظام العام الإقتصادي التوجيهي يتأسس على عدم التعارض الإرادي المنشئ للعقود مع السياسة الإقتصادية للدولة، فقد أصبح ضروريا إرساء تنظيم متكامل لمختلف النشاطات العقدية في مختلف القطاعات، خاصة بإنتهاج منهج الإصلاح الهيكلي للإقتصاد الذي ساهم في تحديد الأولويات الإقتصادية للدولة، لأنه يتعلق بتنظيم الوحدات الإنتاجية في السوق مع قدرات التوزيع مع الإطار القانوني للعلاقات التعاقدية[1]، فأصبح توجيه الحرية التعاقدية بتقييدها أو تهذيبها أو تحديدها من خصائص تدخل الدولة الحديث[2]، ولولا هذا التطور لما برر خاصة الاضطلاع بالنظام العام التشريعي في المجال الإقتصادي على شاكلة تكريس منظومة لعقود الإذعان، وتطوير أوجه العقود المنظمة والمفروضة والمراقبة .... وغيرها.

أ- فبالنسبة لمنهج توجيه المضمون العقدي:

فإن الأمر يتعلق بعقد الإذعان الذي إرتبط ظهوره بالملاءمة مع كل ما هو لامساواة إقتصادية، وبسبب سلطة التحرير الأحادي للعقود، تجسدت مختلف أوجه إستغلال الأقوياء إقتصاديا للضعفاء أدى إلى إعادة تنظيم العلاقات بين الأفراد أو بين المنتجين والموزعين للخدمات والسلع الإستهلاكية، أو المنتجين والمستهلكين والموزعين، وإلا ما الذي عزز ما تنظمه الأحكام العامة في القانون المدني **المادة 110 ق م**، وتلك الشمولية في معالجة الآثار الممكن ترتيبها في حالة إنحراف عقد الإذعان عن نطاقه، لولا أن تدخل النصوص الخاصة على رأسها القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[3] بشأن الشروط التعسفية، وكيف أن الأمر بقدر ما يحافظ على إقتصادية العقد "وفكرة المتعامل أو العون الإقتصادي" لا زال لها ثقلها، بقدر ما كان التدخل التشريعي ذا مقاصد أخلاقية وتدخلية، أو حتى بالنسبة "للفوترة"[4] وما صاحبها الطابع الآمر في المعاملات الإقتصادية عمق المنهج الإقتصادي التوجيهي أكثر من السابق. ثم إن التدخل التشريعي الذي أنتج صنفا من عقود قانون خاص بتنظيم عمومي (Contrat de droit privé à régulation publique)، أفرز عن تدخل الدولة بشكل إيجابي دون المساس بكينونة العقد.

صحيح أن المادة **96 ق م**، تقرر ضرورة مطابقة العقد للنظام العام والآداب العامة تحت طائلة البطلان، إلا أن سياسة قولبة العلاقات التعاقدية وفقا للمعطيات الإقتصادية والإجتماعية، فسابقا مثلا كان القانون 02/78 المؤرخ في 1978/02/11 المتعلق بإحتكار الدولة للتجارة الخارجية وضع في الحسبان

---

[1] Larroumet (Christian), droit civil, les obligations du contrat,Paris, T (3), 3e èd, 1998, p, 116, et Ghestin (J), op.cit, p 131 et Ben Mrad (Hedi), La liberté du commerce et de l'industrie, thèse, faculté de scènce politiques de Tunis, 1998, p p, 33 et ss.

[2] أنظر حنان ميرني، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2004، ص ص 10 و 11.

[3] القانون (04-02) المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وخاصة م (29) منه،

[4] راجع المواد 10 إلى 13 من القانون المذكور أعلاه.

مهمة الدولة في سد حاجيات الإقتصاد الوطني مع كفة التوزيع العادل في مجال الإستهلاك[1]، من خلال منع عقود معينة، منها ما يتعلق بالإستيراد والتصدير مع المؤسسات الأجنبية، فهذا دعمه فكر إشتراكي وهـدف تخطيطي مسبق، إلا أن المشرع الجزائري حافظ على الجوهر رغم تغير جذري في التوجـه الإقتـصادي، وإستدرك لقواعد تتعلق بتنظيم ممارسات تجارية على نحو إلزامي وآمر، مثلما يستند إليه منع الكثيـر مـن المعاملات التي تقوم على بيوع السلع والخدمات المشروطة، بكمية مفروضة بمقابل خدمة وسلعة مقابلـة[2]، أو البيوع التمييزية[3]، أو البيوع بسعر أدنى من ثمن التكلفة الحقيقية[4]، أو إعادة بيع المواد الأولية على حالتها الأصلية[5]، أو ممارسة نشاطات بأسعار مزيفة[6] أو القيام بمعاملات تمس بنظام السوق وحرية التجارة[7].

كما أن القانون الجزائري رغم إنتقاله النوعي من تأمين الإقتصاد الموجه سـابقا، علـى مـستوى الإهتمام بالجانب الزراعي تطلب منه إدماج الفلاحين ومشاركتهم إلى جانب الدولة، وإنشاء وحدات إنتاجيـة قابلة للتطور، والتنمية خاصة بالنسبة لتدعيم التعاونيات وتقديم السند المالي والوسائل التقنية اللازمة لخدمـة الأرض[8] إلى مرحلة تطور فيها نظام الإنتاج والقطاع الفلاحي بواسطة منهج الإستثمار الزراعي على نحو

---

[1] فقد نصت المادة (1) وفقا لما ورد في الميثاق الوطني وطبقا لأحكام م (14) من الدستور فإن استيراد وتـصدير البـضائع والسلع والخدمات بجميع أنواعها من اختصاص الدولة وحدها" – وكذلك المادتان (6) و (9) من نفس القانون.

[2] أنظر المادة (6) من أمر (03-03) المعدل والمتمم بالقانون (08-12) المتعلق بقانون المنافسة، والمادة (17) من قـانون (04-02).

[3] أنظر المادة (11)/4 من القانون المذكور أعلاه، أنظر المادة 18 (ق 04-02).

[4] أنظر للمادتين 7/11 والمادة 12 من نفس القانون والمادة 19 ق (04-02).

[5] أنظر م 20 من قانون (04-02).

[6] أنظر المادة 22 و 23 ق (04-02).

[7] أنظر المواد (24 إلى 28) من ق (04- 02).

[8] وهذا يظهر من الأمر (73/71) المؤرخ في 1971/11/08، المتضمن للثورة الزراعية، فعلى سبيل المثال تـنص المـادة 126 منه: أنه يتطلب تحت طائلة العقوبات الانضمام إلى الهيئـات ومجموعـات الاسـتثمار والتعاونيـات التحـضيرية أو التعاونيات المحدثة قصد تحسين شروط الاستغلال وتقسيم الأراضي الممنوحة" وأكد النظام الإلزامي في هذا المجال، المرسوم 109/72) المؤرخ في 1972/06/07) المتضمن نماذج عقود المنح الخاص بـالثورة الزراعيـة (1972/07/27)، (ج، ر) (51))، وقارن 03-18 (13 أوت 1983) المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، ج ر (34) المؤرخة في (1983/8/16) والقانون رقم 87-19 (1987/12/8)، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنيـة وتحديـد حقوق المنتجين وواجباتهم (ج، ر 50، (09-12-1978)، والمرسوم التنفيذي 97-483. (1997/12/15)، المحدد لكيفيات منح حق امتياز، قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، وأعبائـه وشـروطه, (ج.ر، 83. (1997/12/17). المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي، 98-372 المؤرخ في 1998/11/23 (ج، ر)، 88 – في 1998/11/25)، والمرسوم التنفيذي (03-313)، المؤرخ في (16/ 2003/09)، المحـدد لـشروط وكيفيـات اسـترجاع الأراضي التابعة للأملاك الوطنية المدمجة في قطاع عمراني, (ج، ر)، 57، المؤرخة في (2003/09/21).

شجع فيه حيازة الملكية بإستصلاح الأراضي ونقل الملكية الفلاحية وغيرها[1]، إلا أنه كان عليه تحقيق إكراه قانوني في العلاقات التعاقدية[2]، وذلك لكون مقتضيات النظام العام الإقتصادي في المرحلتين يفترض فيهـا تأمين العدالة الإجتماعية والتنمية على حد سواء.

كما أن فرض الرقابة على المعاملات مراعاة لملاءمة العقـد لمقتـضيات إقتـصادية وإجتماعيـة مطلوبة، خاصة عندما نجد تلك السياسة العمرانية والإسكان التي إنتهجتها عبر فترة طويلة ومنذ التغير الذي أحدثته أزمة السكن والإنفتاح العقدي على إقتصاد السوق، فالأمر أصبح ذا أهمية في إعادة تنظيم الأمـلاك الوطنية والخاصة[3]، وتنشيط السوق العقارية التي أصبح فيها شخص المتعاقـد يحمـل وصـف المـستهلك العقاري" والذي يعد محور النظام العقاري المتعين مراعاة مصلحته إضافة للمصلحة العامة.

ب- تطور الطابع التقني للنظام العام الإقتصادي التوجيهي على ضوء نظام عام تنافسي وصرفي:

إدراكا من المشرع بالدور الكبير الذي تقوم به المنافسة والأسعار في تنمية الإقتصاد، عمـد إلـى ضبط الحرية الفردية والاقتصادية، مما قد يجعلنا نتساءل عن هذا المنطق مقابل الإعتراف بحرية الأسـعار والمنافسة ألا يعد ذلك من منطلق التناقض؟، إن المسألة تتعلق بفرض مبدأ شامل تخرج عنه إسـتثناءات ، تعد مثلما وصفها الأستاذ **J.Hèmard** المدخل الرئيسي للتـوازن الإقتـصادي[4] La clé de voûte de l'équilibre économique.

ولعل المشرع من خلال قانون المنافسة 03-03 والمعدل والمتمم بقانون 08-12، وإنطلاقا مـن المادة **(1)** منه وضع هدف القانون " في تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل الممارسـات المقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الإقتصادية قصد زيادة الفعالية الإقتصادية وتحـسين ظـروف معيـشة المستهلكين"، ولضبط هذه الغاية أطُر الإلتزامات المقررة على عاتق المنتجين والتجار، والقائمين بالخدمات وغيرهم من الأعوان الإقتصاديين[5]، ولعل الملازمة الغائية والتقنية لمثل هذا القانون مـع قـانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وخاصة من خلال (مادته **الأولى،** التي تنص على هـذا الإعتبار الهادف إلى" تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقـوم بـين الأعـوان الإقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه"، وهذا هو المنظـور النظـري لمـا

---

[1] هذا ما نص عليه قانون (83-18) المؤرخ في 13 أوت 1983، المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحيـة، (ج،ر) (34) المواد (4 إلى 18).

[2] Flour (J), Aubert (J-L), Savour (E), l'acte juridique, op.cit, P 212.

[3] راجع القانون (90-30) المتضمن قانون الأملاك العقارية و المعدل بالقانون (08-14)، و كذلك المرسوم التنفيذي (91-465).

[4] Cité par Mercadel (B), de l'exception d'ordre public, Mélange en hommage à Breton (A), et Derida (F), èd, Dalloz. 1991, pp.243 et 244.

[5] و المادة (3) من قانون (04-02) تعرف العون الاقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صـفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي، أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها.

يعرف بـ"**النظام التنافسي العام** "، والذي يعد من الأشكال الجديدة للنظـام الاقتـصادي العـام[1]. المتيمـز بخصوصية تجعله مختلفا عنه، فهو يقتضي رفع كل العراقيل، ويشجع على حرية المنافسة، ويهـدف إلـى حماية المنافسة النزيهة، وحماية المستهلك، "فهو نظام يحرر المنافسة من القيود مع إحترام الحـد الوسـط والأدنى للقواعد التي يفرضها"، لهذا فهو نظام عام فريد من نوعه.

وبهذا المعنى يبرز قانون المنافسة والقانون المنظم للقواعد المتعلقة بالممارسات التجاريـة الإطـار القانوني المدمج لتدخل الدولة للحد من الممارسات المخلة بالمنافسة كالإتفاقات[2] والتعـسف فـي إسـتغلال وضعية الهيمنة الإقتصادية[3] والتجميعات الإقتصادية[4] عبر آليات المنع والرقابة[5]، كما أن مجلس المنافسة هو الإطار المؤسساتي المحوري المعني بمهمة "حراسة حرية المنافسة" من كل الإنتهاكات[6].

كما أن تأمين الإجراءات المساندة للنظام العام التنافسي منها ما هو تكريس لخيـار الخوصـصة[7]، وتقليص الإجراءات المسبقة المعرقلة للمنافسة[8]، ومحاولة تحويل الأسعار إلى وظيفة إقتـصادية[9] بواسـطة مسؤولية أكبر للأعوان الاقتصاديين.

---

[1]- Cf, Benmrad (Hèd), la liberté du commerce et « industrie », op.cit, pp, 357 et 358.

- وكذلك العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، مرجع سابق، ص ص 60 وما يليهـا. ولعـل هـذا الاختلاف انبثق من الصعوبة التي لحقت تحديد تعريف للمنافسة أصلا، إذ لطالما ربطت بالمؤسسة والسوق، وكذلك بالأسعار المنخفضة وغيرها وعموما ربط أكثر فأكثر بالمنهج الليبرالي واقتصاد السوق، ثم إن التلازم بين اقتـصاد الـسوق وحريـة المنافسة كإحدى الحريات الاقتصادية إضافة إلى الحرية التعاقدية والصناعة والتجارة، الأمر الذي عقد معه طبيعـة الحريـة التعاقدية معا، وعوضا من اعتبارها حالة طبيعية وعفوية، أصبحت تفرض كشكل تنظيمي وهذا هـو أسـاس النظـام العـام التنافسي، واختلافه عن النظام العام الاقتصادي لأنه ليس لهذا الأخير واقع على حد تعبير (Gérard Courtier).

[2] أنظر المادتين 09 و10 من قانون (03-03).

[3] أنظر المادة 10 من نفس القانون ولمزيد من التفصيل راجع التعسف في وضعية الهيمنـة، ماجـستير – كليـة الحقـوق، الجزائر، وكما سيأتي التفصيل لاحقا.

[4] أنظر الفصل (3) من قانون (03-03)، من المواد (15-22) وكـذلك المرسـوم التنفيـذي (05-219 (2005/06/22) المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع ج ر (43).

[5] ويعنى به تلك الإجراءات المعنية بالتحقيق والعقوبات المقررة نتيجة الممارسات المقيدة للمنافسة والتجمعات.

[6] وقد نص عليه قانون (03-03) المعدل والمتمم في 2005 في المواد 34 إلى 49 مكرر، فيما يتعلق بالصلاحيات المقررة لهذه الهيئة الاستشارية والقضائية.

[7] أنظر الأمر الصادر في 2001 المعدل لقانون (95-26) المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية الذي نظم هذه المـسألة بالتفصيل.

[8] ومنها الإعفاء من بعض الإجراءات الخاصة بالترخيصات الإدارية المسبقة في بعض النشاطات وحتى في المجال الجمركي والضريبي.

[9] لأن السعر لم يعد يرتبط فقط بمبادئ المنافسة فقط، بل حتى في إطار التزامات المهنيين مع المستهلكين، كمجال الالتـزام بالإعلام. ويمكننا المقارنة مع ما كان سائدا في هذا المجال منذ 1975 ففي الأمر 37/75 (1975/04/29) المتعلق بالأسعار

وقد يثير الإنتباه أن المشرع قد أولى حماية حرية المنافسة وتوجيه قواعدها نحو فعالية أكثـر فـي مجال الصفقات العمومية، وكان من السهل عليه الربط بين نظام أصبح يخضع لقواعد الـشفافية والنزاهـة والمعايير الموضوعية، ومجال يخضع لمعايير الإستعمال العقلاني والرشيد للمال العام والموارد العموميـة وحمايته من مظاهر الفساد وعراقيل الإدارة العامة، وكيف أنه إبتداء من قانون الصفقات العمومية المعـدل في 2008، جعل مهمة مراقبة مدى إحترام قواعد المنافسة مهمة المتعاقد العمومي عندما يكون عموميـا[1]، فالمادة **2 مكرر** منه تنص: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العـام، يجـب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات"، وجاء المشرع في حكم قانون المنافسة 10-05 في المادة 02: "الصفقات العمومية بدءا بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غايـة المـنح النهـائي للـصفقة" دون أن يمتـد إختصاص مجلس المنافسة إليها، وهذا يدل على ترشيد عام للمنافسة.

كما أن متطلبات ملاءمة العقد مع **قواعد الصرف** لطالما كانـت تهـدف إلـى توجيـه الاقتـصاد والمحافظة على قيمة العملة الوطنية، ولعل خصائص هذا النظام تستند إلى أهمية التطور التـشريعي الـذي وصل إليه تشجيع نشاط التصدير للبضائع والمنتوجات خارج مجال المحروقات لتحقيق التوازن الإقتصادي في ميزان المدفوعات[2]، في مقابل تضييق حجم السلع المستوردة من خلال رفع الضريبة على المـستوردين أو الرسوم الجمركية على المصدرين من الخارج[3]، كما أن هناك فرض قيود على كمية الـسلع المـسموح

وقمع المخالفات الخاصة بيتظيم الأسعار، حيث يمنح السلطة العامة صلاحية التسعير، (المادة(01) و(3) منه، وحتى المرسوم التنفيذي 91/37 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية في المادة (06) منه نصت: " تكون المنتوجات الأساسية الواسعة الاستهلاك موضوع جهاز تضبطه إدارة التجار للسهر على انتظام المخزونات ومراقبـة توزيـع وتطـور أسـعار المنتوجات المذكورة"- وتقارن مع م (5) من قانون (08-12) المعدل لـ ـ ـ ق (03-03)، "... يمكن تقنين أسعار الـسلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي عن طريق التنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة".

=إضافة للمرجع رقم (6) (هامش): الأمر (01-04) المؤرخ في 2001/08/20 المتعلـق بتنظـيم المؤسـسات العموميـة الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها. ج. ر. ع (47)- (2008/08/22) وأيضا قانون (01-18) المؤرخ في 2001/12/12. المتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج ر 77 (2001/12/15).

[1] مع أن المرسوم الرئاسي رقم (02-250) المتضمن تنظيم الصفقات، كان يعتبر رفض العرض المقبول من طرف لجنـة العروض إذ تبين على منح المشروع هيمنة للمتعامل المقبول على السوق أو ما يتسبب ذلك في اختلال المنافسة.

وراجع أيضا قانون (06- 01) المؤرخ في (2006/02/02) المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر (14).

[2] راجع المادة راجع المادة (17) من الأمر 03- 04 المؤرخ في (09-2003/07 المتضمن القواعد العامة المطبقـة علـى استمرار البضائع وتصديرها ج ر (43).

[3] أنظر المادة 11 من الأمر (03-04) المذكور أعلاه وكذلك م 20 و 21 من قانون 98-10 المتعلق بقانون الجمارك، ج ر، ع (61).

بإستيرادها من خلال نظام الحصص على الواردات بسبب نقص الإحتياطات من العملة الصعبة[1] كإستثناء على حرية المبادلات، ضف إلى ذلك تعتبر الرقابة على عمليات التهريب الصرف لأجل تبييض الأموال وعموما على حرية رؤوس الأموال من وإلى الخارج[2] وتدعيم منظومة الصرف بمجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية منذ التسعينيات كان مهما على النظام العام المصرفي.

وإذا كان لإصلاح السياسة المالية أثر هام في الإنتقال من تنظيم الحركة النقدية وتوجيهها ومراقبة القرض، خاصة من خلال توجيه المعاملة بين المؤسسات العامة والخاصة للحصول على الإئتمان وإعادة التمويل[3] إلى الملاءمة مع تحسين أدوات السياسة النقدية بإدخال نظام الإحتياط القانوني الإجباري لتطوير الرقابة غير المباشرة على نظام الصرف[4].

فإن التجارة الخارجية التي تتمحور حول نشاط الإستيراد والتصدير عبر قناة المؤسسات المالية والبنكية وجدت الإطار الذي حقق لنظام العام المصرفي فعاليته ووظيفته الإيجابية، ولعل جعل وسائل الدفع في هذه التجارة حجر الزاوية من خلال **الأمر 11/03** المتعلق بالنقد والقرض[5]، وكذلك **النظام 01/07** المؤرخ في 2007/02/03 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات التجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة وطوره معها، فلم يعد الأمر يتعلق بالشيك، السفتجة أو السند لأمر والتحويل الدولي التقليدي[6]، بل أصبحت من مقتضيات الإئتمان المصرفي الداخلي وأمن التبادل التجاري وإعتمادها على وسيلتي التحصيل المستندي[7]، والاعتماد المستندي[1] إلى درجة أن نظامية هذا المجال باتت تفرض على

---

[1] المادة 10 من الأمر (03-04) المذكور أعلاه.

[2] وهذا ما نظمته المواد من 125 إلى 130 من الأمر (03-11) المؤرخ في (2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض. ج. ر 52 (2003/08/27 وهو القانون الذي عدل الأمر 96-22 المؤرخ في 1997/07/09 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج. ج ر . 43، والأمر الأول قد ألغى قانون (90-11) المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد والصرف، ج ر 16.

[3] راجع ناصر مراد، الاصلاحات الاقتصادية في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ع 2 / 2010 ص ص 133 وما يليها).

[4] بطاهر علي، سياسات التحرير والإصلاح الاقتصادي في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، ع 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص ص 182-184.

[5] وهو الأمر (03-11) المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج. ر، 52 (27 أوت 2003).

[6] وهو النظام (01/07) المؤرخ في 2007/02/03 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية في الخارج والحسابات بالعملة الصعبة . ج ر 31 (13 ماي 2007)، ولعل هذا جاء بفضل تعديل القانون التجاري بموجب قانون (05-02) المؤرخ في 2005/02/06، ج ر ، 44 (2005/02/9) .

[7] وهو :(L'encaissement documentaire) سند سحب يكون مرفقا بوثائق لاحقة على تبادل تجاري، فواتير، شهادات إدارية.... لازمة للاستيراد والتصدير والبنك ما يتولى التعامل مع المورد أو المشتري بحيث لا يتولى تسليمها إلا بعد التأكد من الدفع أو التوقيع. أنظر ماهر شكري العمليات المصرفية الخارجية، دار الجامعة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 89. (Crédit documentaire) خاضع للأعراف التجارية.

المتعامل الإقتصادي المقيم في الجزائر اللجوء إجباريا إلى الإعتماد المستندي في عملية الاستيراد، حسب ما جاء في قانون **المالية التكميلي 2009**[2] ودعمه تعليمة **بنك الجزائـر فـي 2010/01/20** إلـى البنـوك والمؤسسات المالية حرصا للجمع بين سياسة التقليل من فواتير الإستيراد والتسهيل على أعمال المؤسـسات المتوسطة والصغيرة على ضوء الرقابة على الموطن المالي للمتعامل الإقتصادي[3]، أمـا الخلفيـة الهامـة والرئيسية فلن تخرج عن المراقبة المصرفية لعمليات التجارة الخارجية.

إن قيام نظام إقتصادي توجيهي تجاوز الجذور الإشتراكية الجامدة تطور إلى عقلنة وترشيد إقتصاد السوق فعلا، لأنه ساعده في ذلك تطور منظومة قانونية هي الحامي للعقود والمرشد إليها، ولكن بمـضمون يحقق الفعالية والمنفعة، فلا يلغي بذلك غايتها نظرا لإرتباطها بواقعية إقتصاد سـريع التـأثر بالمعطيـات وتنوعها، وهذا ما يختلف به في مجال النظام الإقتصادي الحمائي الذي ومن هدفه الحمـائي تراجـع فيـه الإعتبار للمعاملة ذاتها، وأصبح الطرف المتعاقد المتميز بالضعف أو المركز الخاص محل إعتبـار وبـدل نظام عام يحقق المنفعة فهناك غايات العدالة الذي تستند عليه العقود.

ولما كان العقد عملا إجتماعيا (fait social) دخل في العلاقات الإقتصادية والإجتماعيـة للأفـراد راح المشرع يسعى لتأطير الحرية الفردية وإحكام الرقابة على العقود منذ مرحلـة تكوينهـا، وإذ سـتكون المبالغة في وصف" حالة العقد المعاصرة" على حد تعبير الأستاذ **Boris Stark** "بأن أصبح المتعاقد يحمي نفسه إراديا في مجال قانوني مضبوط ليسيره" ، بحيث لا يملك إلا إتباع شكلياته[4]. ولعل أنه فـي صـورة النظام العام الاقتصادي الحمائي صورة "حمائية أحد أطراف العقـد ضـمانا للعدالـة العقديـة[5]، وبـسبب خصوصية قواعد هذا النظام وتطوره أصبح يتعذر أحيانا ترتيبها في مواجهة ماهو نظام تـوجيهي بـسبب إزدواجية الأحكام، ومع ذلك سيؤدي دورا حمائيا بالتبعية"[6].

---

[1] وهو التعهد الخاص الصادر عن بنك (الصدر) إلى البائع (المستفيد) بناء على طلب وفقا لتعليمات المشتري وهو طالب فتح الاعتماد يتعهد بدفع مبلغ محدد أو قبول سحوبات زمنية بقيمة محددة مقابل استلام البنك لمستندات محددة.

أنظر هاهر شكري- مرجع سابق، ص ص 137 وما يليها.

[2] ويتعلق بالأمر (09-01) المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، المؤرخ في 2009/07/22. ج. ر (44)، خاصـة المادة ، (69) و (70).

[3] أنظر بوخيرة حسين، استخدام البنوك الجزائرية لوسائل الدفع في التجارة الخارجية. ع 2010/02، ص ص (175-180).

[4] Boris (Stark). Droit civil, obligations, op.cit., P 20.

[5] أنظر محمد الزين، النظرية العامة الالتزامات العقد، مرجع سابق، ص ص 53 و 54.

[6] نفس المرجع.

ولعل تحقيق ما هو "عادل" يعني بالدرجة الأولى "التوافق مع القانون"[1]، ولما كانت المساواة هي الشكل الأكثر بداهة للعدالة[2]، على غرار العدالة التبادلية المؤسس عليها نظام العقد لكونه أداة تبادل للأموال والخدمات، وليس مجرد قالب شكلي للإلتزامات المتبادلة، لأن التوازن القائم مسبقا يستوجب المحافظة عليه. لكون الحرية التعاقدية تختفي معها المساواة بين المتعاقدين مما يهدد توازن العقد فيدفع هذا بالمشرع إلى منح فئة إجتماعية معينة نظاما من الحماية، وخاصة عندما نجد بأن تدخل المشرع يأتي مستكملا لدور القاضي المؤطر لإحقاق العدالة وذلك بسبب: "عدم ولوجه إلى الإنسياق وراء الشعور الغامض بالإنصاف[3]، فكان من اللازم أن يستنير بإسم المنفعة العامة والعدالة لتحويل شروطه كيفيا ووسيلته تطوير القوانين الخاصة، أما هدفه فحماية الطرف الضعيف.

ولعل تعدد مظاهر اللامساواة وجدت طبيعيا في علاقات العمل محور النظام العام الاجتماعي أي المستخدمين والأجراء، والذي يحظى بإحاطة تشريعية هامة، ثم إن المادة **2 من قانون 90-11،** حتى وإن لم تعرف عقد العمل لكنها عرفت العامل وهذا يدل على مركزه محل اعتبار (intiutu personae): بالنص: "يعتبر عمالا أجراء في مفهوم هذا القانون كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص، يدعى "المستخدم" ثم إن تضمن قانون العمل العديد من الأحكام التي تهدف إلى تأمين حماية للعمال[4]، جاء عبر تنظيم آمر للعلاقات التعاقدية المتعددة المصادر، حتى أن المادة **3/8** دعم مرجعية الحقوق والإلتزامات من خلال جعل "التشريع- التنظيم والإتفاقيات أو الإتفاقيات الجماعية وعقود العمل " أساسا للحماية.

ولعل التنظيم المتعلق بشروط و قواعد علاقة العمل كما ينص عليها قانون العمل والضمان الإجتماعي قد تجاوز فكرة توفير الحد الأدنى للحماية وتحسين وضعية الأجير "كما كان سائدا في بداية

---

[1] وهذا متأتى من خلال رؤية توما الإكويني:" بأن القانون البشري يجب أن يكون عادلا أي موجها نحو الخير العام للشعب المنذور له، حيث فرق الفلاسفة الإغريق قديما بين العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية، فالعدالة التوزيعية في رأيهم ترمي إلى إعطاء كل واحد الحصة التي تعود إليه حسب الضرورات الاجتماعية والاقتصادية أو إدارة الدولة، وعليه يمكن أن تقود العدالة التوزيعية إلى إعطاء أعضاء الهيئة الاجتماعية جميعا حصة متساوية، فالمساواة هي الشكل الأكثر بداهة للعدالة – أنظر في هذا الشأن، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون الاسكندرية، منشأة المعارف، ص ص 141 و 142.

[2] أنظر جاك غيستان، مرجع سابق، ص 256.

[3] Ghestin (J), le contrat, op.cit, n° 137.

[4] Mohamed Mahmoud Mohamed Salah, Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulatoire, in mélanges en hommage à Roland Drago, « L'unité du droit » économica, Paris, 1997, pp, 281 et 285.

- أنظر أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري علاقة العمل الفردية "الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1998، ص 127، ومصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، دار هومة، ص ص ، 22 وما يليها، وكذلك الطيب بلومة وجمال بلومة، انقطاع علاقة العمل، مرجع سابق، ص ص 23-26.

تأطير هذا المجال"[1]، بل لأن تميزه بالتجاوب المستمر بين الواقع- بتغيرات إقتـصادية وحركـة تطوريـة متنوعة- والقانون، بل أصبح أساسه "حماية العامل بقصد تحقيق ما هو أنفع له"[2]، مما حول معـه مفهـوم النظام الاجتماعي إلى آلية تنسيق ذات خصوصية بين مختلف مصادره القانونية والمرجعيـة، والأمـر لا يتعلق فقط بمجموعة الحقوق ذات الصبغة الأساسية[3] المضمونة دستوريا وقانونيا، بل تحـول إلـى نظـام مؤسساتي[4] (ordre institutionnel)، متبادل الإطار، ورأي مجلس الدولة الفرنسي في 22 مارس 1973، جاء ليكرس الصيغة التالية:" طبقا للمبادئ العامة لقانون العمل، فإن النصوص التشريعية أو التنظيمية التـي تدخل في نطاق هذا القانون توصف بكونها من النظام العام بإعتبار أنها تضمن حماية دنيا للعمال لا يمكـن حذفها أو الإنقاص منها، لكن يمكن تحسين هذه الحماية أو التنصيص على ضمانات ومنافع لم تنص عليهـا النصوص التشريعية أو التنظيمية عن طريق التفاوض[5] هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتعلق الأمر بموازنة أساس النظام الإجتماعي، وذلك بسبب إدخال المرونة على الدور المانع الذي إكتساه لمدة طويلة على ضوء المزايا الإجتماعية الممنوحة وذلك لصالح إحترام مصلحة المؤسسة المستخدمة ومراعاتها مع عدم المـساس بضروريات حماية العامل، وفي سبيل تحقيق ذلك تدخلت قاعدة "ما هو أنفع" كآلية جديدة ومعيارية تحمـي مركز العامل وسط قواعد المنافسة ودواعي ضبط السوق، حتى لا يحافظ على خصوصية "عقد العمل" التي إختلفت منذ مدة طويلة عن المفهوم المدني للنظام العام الواجب إعماله فيه.

---

[1] لأن مرحلة الرأسمالية الصناعية التي سادت أوروبا جعلت العامل في موضع إجحاف وجور واستغلال حركـت النقابـات العمالية الاهتمام بالمسائل القاعدية للعامل، وابتداء من مسألة الأجور الاتفاقيات الجماعيـة، الراحـة، والعطـل، والـضمان الاجتماعي.

- Voir en comparaison ; Thibierge-Guelfucci (C) ; Libres propos sur la transformation du droit des contrats .RTD, 1997.

[2] أنظر مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، مرجع سابق، والمسألة تتعلق خاصة، بإضفاء الطابع التعاقدي على علاقة العمل.

- Voir aussi, Geraldine Goffanx, Le contrat comme instrument d'organisation et d'entreprise en droit français, Revue Algerienne des sciences juridiques économiques et politiques, 2000, n° 4, p, 307.

[3] ولمدة طويلة عد مجال العمل مركز المرونة في الفضاء الاجتماعي، خاصة عندما أصبحت مصالح العمال تتعـارض مـع المصالح الأخرى ذات الأهمية والتي تتعلق بالعناية بالمؤسسات الموخرة لمناصب الشغل، وتجنب المنافسة غير المـشروعة وتقليص فرص الاستثمار، ومكافحة تهريب رؤوس الأموال، وهو الذي دعم الإطار المؤسساتي لعلاقات العمل.

[4] Cf, Ghestin (J), Traité, op.cit, n°111 et 134.

[5] Gaudin (F), l'ordre public en droit du travail, études offertes à ghestin (J). L.G.D.J. Paris, 2001, PP 363 et s.

مستوى آخر، فإن التوجه الحمائي ساد مجال النقل والتأمين، على نحو أصبحت فيـه عقـود هـذا الأخير مثلا لا تستهدف تجاوز إختلال التوازن بين الطرفين في العقد إنطلاقا من تحديد محتـوى وشـروط وجوبية[1].

كما أن أبرز أوجه النظام العام الحمائي في **قانون حماية المستهلك** من خلال تنوع نصوصه التـي أظهرت بالفعل أن المجتمع الإستهلاكي طرف لوحده يستحق إحاطته بالأمن والحماية، فما البـال إذا تعلـق بشخص من أشخاصه، ولن تكون المبالغة قائمة بأن تفعيل نظام عام لحماية المستهلك مؤسس على "عولمـة الحقوق الإجتماعية والإقتصادية"[2] التي غلّبت في العقد وظيفته الإجتماعية، بل وإن المستهلك "محل إعتبار" في أي مقام، فالقول أن القانون المدني الحديث هو إشارة إلى "محورية هـذا الـشخص"، فـي العلاقـات التعاقدية، وتقدير المعاملات والمبادلات الإقتصادية هو مراعاة لمصالح "هذا الشخص"، وتأصيل المنظومـة الإجتماعية هو ضرورة لمراعاة وحماية الكيان السياسي، والأخلاقي للمجتمع.

صحيح أن حقبات النظام العام الزمنية أظهرت تعاقب الأهداف من حيث البدء بحماية الطرف فـي الطبقات الاجتماعية الضعيفة والفقيرة (أي النظام الحمائي)، وخاصة عندما رادفه حماية في مجـال عقـود الإذعان بحكم ما للقاضي من سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، وعقبها مرحلـة تمكين الدولة من إتباع سياسة معينة تقييدا للحرية التعاقدية (توجيهي)، إنما مع التداخل الذي شهدته علاقـة المستهلك بالمحترف[3]، أصبح هذين الأخيرين معنيان بالحماية. فالنظام العام هو مـصدر لقواعـد حمايـة المستهلك، ولعل هذا الإطار ظهر جليا من خلال السياسة التشريعية التي تبناها المشرع الجزائـري بـشأن تجديد، تحسين، وإعادة تنظيم أحكام حماية المستهلك، وفقا لحجم التطور الذي شـهدته البيئـة الإقتـصادية عموما، والتجارية، التكنولوجية والإجتماعية وسط تنوع وتزايد السلع والخدمات إلى حد صيرورتها خطـرا أو ضررا على المستهلك في حد ذاته.

ويلاحظ في هذا الشأن ذلك الإختلاف القاعدي بين ما كان ينتهجه قانون **02/89** المتعلق بـضمان المنتوجات[4]، والذي كرس مجرد حماية عامة للمستهلك بمناسبة الضمان، بقيت فعاليتـه منوطـة بإضـافة وإحاطة حماية متميزة لهذا الشخص مقارنة بالحماية التي دأب القانون المدني على توطيدها، والتي لم تكـن بالمستوى المهم، في حين أن تدخل **قانون 09-03** المؤرخ في 2009/12/25، وإلغاؤه لقانون (**89-02**) ،

راجع ما سبق ذكره في عقد التأمين والمنظومة العقدية، وأيضا ما جاء في المادة (622) ق م ج، والتي من خلالهـا تحظـر قائمة من الشروط تحت طائلة البطلان، أنظر، محمد بودالي، الشروط التعسفية. مرجع سابق، ص ص 75و 76.

[2] أنظر عليان بوزيان، دور فكرة النظام العام الإقتصادي في حماية المستهلك المقال السابق، ص ص 56 و 61.

[3] لأن المسألة لا تتعلق بالمركز السلبي للمستهلك، ولكن أيضا بتأثره بحياة الأعمال والمنافسة، ولمزيد من التفـصيل، أنظـر صبايحي ربيعة، حد وتدخل الدولة في المجال الإقتصادي في ظل إقتصاد السوق، وناصر مراد، الإصلاحات الإقتصادية فـي الجزائر، المقال السابق، ص ص 103-156.

[4] وذلك بإلغاء القانون (89-02) بموجب المادة (64) من قانون (09-03)

دليل على عدم تفاعل وهشاشة الهدف الذي قام عليه هذا الأخير، بدليل أن قانون **09-03** إتخـذ التـسمية المطلوبة والمنتظرة لوقت طويل" المجتمع الاستهلاكي في بيئة الإستهلاك والأعمال الجزائرية "، وأول مـا يلفت الإنتباه، ذلك الطابع الآمر الذي خصه المشرع منذ **الفصل (2)** منه بعنوان "حماية المستهلك".

ولوحظ فيه أن المشرع حدد إطار هذه الحماية في سبعة (7) أنظمة، كل واحد منها يعـد محـورا مركزيا ذا أبعاد متعددة المظاهر خلال (7) سبعة فصول، **الأول**: كان لإلزامية النظافة والنظافـة الـصحية للمواد الغذائية وسلامتها"[1]، **والثاني** :إلزامية أمن المنتوجات[2]، **الثالث** :إلزامية مطابقة المنتوجات[3]، **الرابـع**، ويخص "إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع[4]، **الخامس** ويتعلق بـ "إلزامية إعلام المستهلك[5]، **والسادس**، ويتأسس على المصالح المادية والمعنوية للمستهلكين[6]، أما **الأخير** فهو توسيع تدعيم وتركيز لمهام جمعيـات حماية المستهلكين[7]، وهي أنظمة ظهرت بصيغة " الإلزامية" التي تعني الإجبار والطابع الآمر، أكثـر مـن كونها مجرد "إلتزام"[8]، ولعل تعزيزها وإلحاقها بنظام الجزاءات الخاصة المنوطة للسلطة الضبطية مترتبـة عن مخالفات وجرائم مخلة بتلك الأحكام السابقة[9]، طبعا في إطار تكميلي لما جاء في قانون العقوبات، وبهذا سيكون من السهل الإقتناع بطبيعة قانون الإستهلاك، ذي الطابع الآمر[10].

فضلا عن ذلك، فإن ربط" المنافسة" بالمستهلك، دلالة على مقصد المشرع فـي تفعيـل المـستوى الإقتصادي، وكذلك تحسين معيشة المستهلكين، ومع أن **قانون 03-03** المتعلق بالمنافسة الذي عدل الأمـر

---

[1] وذلك من خلال المواد (4) إلى (8) من قانون (09-03)

[2] المادتين 9 و 10

[3] المادتين 11 و 12

[4] المواد 13 إلى 16

[5] المادتين 17 و 18

[6] المادتين 19 و 20

[7] المواد 21 إلى 24

[8] - بالصيغة العربية هناك إصطلاح "إلزامية" ، والمقابل لها بالفرنسية (obligation)، التي تنصرف إلى " إلتزام" ، ولعـل التعريف بها (de l'obligation) يذكرنا بالطابع الإجباري لا طالما وجدناه ينصوص أخرى كقانون التـأمين والتأمينـات الالزامية.

[9] ونصت عليه المواد25 على 93 تحت عنوان الباب الثالث من قانون 9-03، المتعلق ب (البحث ومعاينة المخالفات.

[10] قارن، مع بولحية بن بوخميس، القواعد العامة للمستهلك، والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائـري، دار الهـدى الجزائر. وكذلك حماية المستهلك الناتجة عن عروض المتدخل في ظل أحكام القانون الجزائري، بوسماحة الشيخ، الخلدونيـة مجلة العلوم الإنسانية، ع 3، ماي 2009، ص ص (72-83).

95-06[1]، جاء لتحقيق الضبط التشريعي المستهدف لتنظيم حرية التجارة والصناعة، فإن تعديلـه بقـانون **08-12**، فقد تدعم به منهج أخلقة معاملات المنافسة، ومن بينها فرض التسعير الإجباري قيدا على حريـة المنافسة، ومواجهة للأزمات التي قد تضر المتعاملين الإقتصاديين (بصفتهم مستهلكين أو مهنيين)، وكـذلك حظر العديد من السلوكات كالإحتكار التجاري للمنتوجات والسلع، أو الإستئثار بالأعمال والعقود وغيرهـا من المظاهر التي تمس بمبدأ شفافية ونزاهة المعاملات[2].

ومنه أصبح للنظام العام الإقتصاي طابع إيجابي يهدف لحماية بعض الأفـراد وضـمان التـوازن العقدي من ناحية الموضوعية، على أثر التطور المضموناتي على نتائج المساس به والتي لابد أن يقع فيهـا خصوصية تجاوزت بها تلك النظرية التقليدية الواردة في القانون المدني من جراء البحث فـي مـشروعية العقود، وعدم مشروعيتها المرتبة للبطلان على النوعية، ولا شك أنه بحث عن توازن مبدئي من أجل عدل نهائي، وإلا ما الذي يفسر به نهج المشرع لضمان المحافظة على العلاقات العقدية.

ثانيا: تبني وظيفة التعديل والإصلاح في النظام العام الحديث

لطالما مثل النظام العام هدفا لتحقيق "المصلحة العامة"، و أي مخالفة لذلك رتب بطلانا مطلقا، فـي حين أنه توجد قواعد آمرة وليدة عنه أكثر إلتصاقا بالمصالح الفردية والخاصة، وأي مساس بهـا يقـر لـه بطلان نسبي، إنها الوظيفة التقليدية والكلاسيكية التي لم تخرج عن نظرية العلاقـات العقديـة، بـدليل أن القانون المدني وبسبب فكرة الملاءمة بين الحرية العقدية والأخلاق العامة في العقد إنحصرت فيه المراقبـة على مسألة " المشروعية "في ركني المحل" و "السبب"[3]، ثم إمتدت تلك التفرقة بين النظام العام الإقتـصادي التوجيهي والحمائي المرتبان للبطلان المطلق والنسبي على التوالي[4]، إلا أن التوسـع فـي الحفـاظ علـى المصلحة العامة على ضوء التطورات الضرورية لتنظيم الدولة وظروف التكامل بين حرية المنافسة وحرية الأسعار أظهر قصور القانون المدني في مواجهة النظام العام لولا أنه كثف بـ"العقوبـات المترتبـة علـى إخلال العقود بالمصلحة العامة إلى جانب إثارة بطلان "مطلق" من كل شخص له مـصلحة، فـي حـين أن

---

[1] والأمر (95-06) المؤرخ في 1995/02/25، ج ر (09) تم عقبه الأمر (03-03) المـؤرخ فـي 19 جويليـة 2003 المتعلق بالمنافسة (ج ر 43 المؤرخ في 2003/07/20) والمعدل والمتمم بالقانون (08-120) المـؤرخ فـي (25 جـوان 2008) ج ر 36، المؤرخ (2007/07/02).

[2] Cf Bennadji (Cherif), la mise en place d'un droit de la concurrence en Algérie communication coll. Nice. Novembre 1998, PP.3 et ss.

أنظر كذلك بودالي محمد.الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري.مرجـع سـابق.(78-92)، و ناصـر مـراد . الإصلاحات الإقتصادية في الجزائر.ص ص.133. و ما يليها.

[3] أنظر لمزيد من راجع، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق، ص ص 242 وما يليها وتوفيق فرج ، مرجع سابق، ص 233.

وأوسع من ذلك، عبدالرزاق السنهوري الوسيط، العقد، مرجع سابق، ص ، 618، وعلي فيلالي ، نظرية العقد، مرجع سابق،

- Bencheneb.(Ali).Droit Algérien des contrats, op. cit, pp.185-197.

[4] Ghestin (J), contrat. op.cit, p.90.

التدخل الذي حصل في مجال النظام العام الإقتصادي الحمائي جاء لصالح "متعاقد محمي" تحقيقا للعدالة العقدية المعاصرة وتركيزا للغاية بدل الوسيلة.

بيد أن التداخل الذي ظهر بين النظاميين التوجيهي والحمائي من الناحية العملية، عذّر معه معرفة الغاية الأساسية وما إذا كان القصد منها الدفاع عن المصلحة العامة ، أو تحقيق النجاعة الإقتصادية أو إرادة الطرف الضعيف، مما أرجعنا على الحقيقة التي دافع عنها الفقيه **Geny** " إن القواعد المنبثقة عن المصلحة العامة لا تتكون من جملة المصالح المستقلة والمنفصلة في المصالح الخاصة[1].

ولعل "حماية المستهلك" هي الإطار الهام الذي أظهر غاية مزدوجة حققت وبتميز قاعدة "أن ما هو نافع" فيتعلق النظام العام التوجيهي، وما هو "عادل" فيخص النظام العام الحمائي، والتي يعتبر فيها حماية الرضى لدى المستهلك إحدى دعائم مواجهة " التجاوزات المحتملة من المهني، ومساهمة في توازن أفضل لإقتصاد السوق وإستخدام أدنى للموارد[2]، أما من الناحية القانونية البحتة، فإن تراوح النظام العام من تأطير وتحديد الحرية العقدية إلى الرقابة عليها، عدد ونوع ووسع مصادره، خاصة بمساعدة تدخل السلطات والضبط الإداريين ، وأصبح هناك مفهوم إيجابي بالأساس[3]. يرمي إلى إرساء نظام تدور فيه أنشطة إقتصادية مع أشخاص أو بواسطتهم[4]، وهي محل إعتبار، والأهم من ذلك تكريس إيجابية لا ترمي إلى إنهاء العقد كليا، وإنما تتطلب إنقاذه والمحافظة على ديمومته عبر معاقبة كل إخلال به بمسؤولية مدنية عقدية خاصة، جزائية، وحتى إدارية[5].

وإذا أردنا معرفة مصير فحص مشروعية العقد على ضوء مفهوم حديث للنظام العام، كان علينا البدء بما توصل إليه الأستاذ Farjat، وهو أنه خلافا للنظام العام التقليدي الذي يرتب جزاء البطلان الكلي للعقد في صورة الإخلال بقواعده، فإن **النظام العام الحديث** يسعى بالأساس إلى التعديل والإصلاح"[6]، وتدعيما لنفس الإطار، يرى البعض" بأنه لضمان المحافظة على العلاقة التعاقدية ولتحقيق نجاعة الجزاء لا يجب حصر البطلان في الشرط غير المشروع، بل لابد من إصلاحه وجعله مطابقا للنصوص التشريعية[7]، ويكون ذلك عبر اللجوء إلى نظرية البطلان الجزئي وقاعدة ملاءمة العقد، ولعل القاضي بإعتباره الحارس

---

[1] Cité par Ghestin (J), l'utile et le juste dans le contrat, op.cit. Et dans ouvrage, le contrat, op .cit. p.268.

[2] أنظر لما نقل به سامي الجربي، تفسير العقد، مرجع سابق ، ص ص 488 وما يليها.

[3] Ghestin (J), contrat, op cit, n° 136 et 137.

[4] أنظر كذلك، محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات مرجع سابق، ص ص 244 و 245.

[5] أنظر نفس المرجع السابق، ص 245- رقم -309.

نقلا من محمد الزين مرجع سابق

[6] أنظر محمد الزين ، نفس المرجع، وسامي الجربي، تفسير العقد مرجع سابق، ص ص 490 و 491.

[7] Ghestin (J), le contrat, op .cit . n° 178 et ss, et Terré (F), simler et Le Quette, op .cit. p.237.

الساهر على العدالة العقدية، فهو يبرر له أكثر مهمة إعادة توجيه العقد نحو إلتزامات أكثر توازنا وتعـادلا من أجل حماية الطرف الضعيف [1].

وتكريس الفقه الحديث لنظرية "البطلان الجزئي" بواسطة صيغة إنقـاص العقـد، لهـا إعتبـاران مترابطان، كان لقوانين حماية المستهلك محور التداخل بين النظام العام التوجيهي والحمـائي الـدور فـي تحقيقهما، **الأول**، وهو أن الإستقرار العقدي يتطلب تضييق جزاء البطلان وتحديـد نطاقـه علـى ضـوء إقتصادية العقد وعمليته[2]، **والثـاني**، إعتماد تقنية جزاء البطلان ذاتها التي تعتمد على بطلان الشرط أو البند المخالف[3] لأحكامه حماية لطرف معين وحفاظا على الأثر النافع لتكون هـذه الحمايـة حمايـة فئـة مـن المستهلكين والمهنيين صورتها تعادل وتوازن نسبي[4]، قائم على فكرة تغليب المصلحة الإجتماعية.

وإذا كانت مسألة تدخل القاضي في مراقبة العقد مع النظام العام لا تقوم إلا علـى أسـاس إعمـال وتطبيق القانون، فالمادة **104** في هذا الشأن تنص"إذا كان العقد باطلا أو قابلا الإبطال فهذا الشق هو الـذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان[5] ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا الإبطال فيبطل العقـد كلـه"[6]. جاءت لتتعامل مع قواعد قانون في غاية الجمود، لا يمكنها أن تتلاءم والتحولات أو المتغيرات الإجتماعية، السياسية والإقتصادية، لهذا كان من اللازم أن يقع هناك دعم تشريعي لتدخل القاضي في العقـد المخـالف للنظام العام، وبدل البحث في مشروعية لصيقة بالعقد وركن فيها، أصبحت دواعي "الثقة المشروعة"[7] فـي النظام العقدي، تفترض "فحص مشروعية تشريعية"[8]، وهذا ما ظهر فيها واضحا في صيغة أحكـام قـانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حتى أصبحنا أمام ظاهرة قانونية تعرف بـ "نظـام عـام

---

[1] راجع، محمد صبري السعيد، مرجع سابق، ص ص 252-255. ومحمد الزين، مرجع سابق، ص ص 244-246.
Voir Karine (De la A-P), La réfaction du contrat, op.cit, n° 672, P 405.
- أنظر سامي الجربي، مرجع سابق ص ص 248 و 249، وقد نعته ب إنعاش العقد وإخراجه من البطلان إلى النجاعة.

[2] أنظر ربما خرج مكي تصحيح العقد، مرجع سابق، ص ص ، 4 وما يليها.

[3] وهنا تجدر الإشارة إلى أن آلية البطلان تتميز عن آلية تقدير الشرط غير مكتوب، حيث أن هذا الأخير ينفي وجود الشرط، ويكون الهدف منه إستبعاده (غير الظاهر)، وبالتالي كأن رضى المتعاقدين لم ينصرف إليه ولم تكن لديهما نية فيه، أما هنا هو باطل، فهو ليس إنكار لوجوده، وإنما هو جزاء محدد له ، وما إتفقا عليه المتعاقدين حدث نزاع بشأنه
- pour plus de détail – voir Cottereau (V), la clause réputée non écrite. J C P. 1993. Doct. 3691, et Kullmann, (J), Remarques sur les clauses réputées non écrites, D.1993, Chron, P.59 et 62.

[4] قارن مع نص المادة (L 132-1) من القانون الفرنسي للاستهلاك والتوجيه الأوروبي CE /93/13 الصادر في 15 مارس 1993.

[5] - Cf. Roubaix (c), 15/04/2009. Gaz pal 2004. 25.91.Note, J.Ph Tricoit : Ti Bourganeuf 8/12/2004. AJT 277,Obs. Roberbet (A),

[6] وهناك آلية تابعة أخرى كبديل ثان على إنقاص العقد، المادة 19 إذا كان العقد باطلا، أو قابلا الإبطال وتوفرت أركانـه إذا تبين أن المعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد.

[7] أنظر عبد الرحمان عياد. أساس الإلتزام العقدي. النظرية والتطبيقات. مرجع سابق. ص ص.222 و ما يليها.

[2] قارن مع حسين بن سليمة. حسن النية وتنفيذ العقود. تونس 1993. ص. 30.

للتنظيم والمنهج النظامي"[1]، ولعل هذا ما يتساءل بشأنه موضوع مدى إعمال البطلان المطلق في أهم شـق يمس المستهلك،وهو البنود التعسفية؟، وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي، الذي لحقه إختلاف فقهـي واضـح، حيث إعتبر في **شق منـه**، أن مخالفة قواعد حماية المستهلك مساس بالمصالح الخاصة والفرديـة، وعلـى إثرها لا يمكن إثارتها إلا من أصحاب المصلحة والحماية. في حين أن **إتجاها آخر** إعتبـر أن إدمـاج دور أساسي لجمعيات حماية المستهلكين في الدفاع عن مصلحة جماعية لا فردية للمستهلك، وخاصـة بمناسـبة عقود نموذجية تتضمن بنود تعسفية، تسمح للقضاء بإثارة الطابع التعسفي تلقائيا وبالتالي إبطاله[2]، فضلا عن ذلك أن القاعدة الآمرة التي تلغي حق المستهلك في التنازل عن الحماية المقررة له قانونا، وهو الذي كرسه لاحقا القضاء الفرنسي وحتى النصوص الشاملة لحماية المستهلك في التوجيه الأوروبي[3]، خاصة من خلال آخر الأسس القانونية التي أصبحت تتبنى، وهي أن "عقود الإستهلاك عندما تقرر فيها الحماية، فهذا لأنهـا حماية ترد على توازن موضوعي، أي على مركز المستهلك في العقد أو كمـا يعـرف بالخلـل النظـامي (normatif) وليس مجرد توازن ذاتي يبحث فيه عن معالجة الضعف الفكري مثلما كان سابقا".

ومن الغرابة أن يتجه الفقه إلى البحث عن مقاربة بين القانون المدني، ونص قانون الإستهلاك فـي مسألة الجزاء المترتب عن هذا الإخلال، يتبعه "عدم جدوى البحث عما إذا كان المشرع يعمد إلى تكـريس نظام عام توجيهي أو حمائي"[4]، لسبب بسيط يكمن في ظاهرة نظام عام للنظامية" جلب معه تقنية المرونـة في الجزاءات المترتبة في يد سلطة القاضي التقديرية عند فحصه المـشروعية (assouplissement des sanctions).

علينا أن نقتنع أن قانون الإستهلاك إذا صح أنه نسخة مطابقة لأحكام القانون المدني لما وجد مشرع الإستهلاك جدوى وفعالية في الإتيان بنصوص من نوع خاص وفتح المجال -الذي هو من قبيل المرونـة– للبحث في حلول ناجعة ،وهذه هي المهمة المستحدثة للقضاء، حتى أن هذا الأخير في الجزائر تنـدر فيـه النزاعات الخالصة في مجال قانون الإستهلاك، لولا أن الإحتكام إلى القواعد التقليدية ما زال سائدا، مثلمـا هو الحال بالنسبة للإخلال بالإلتزام بالضمان في القانون المدني على ضوء ضمان العيوب الخفية.

في حين أنه عندما يتعلق بقانون الإستهلاك، فهو لا يبحث عن حل وضع نهائي للعقد الإسـتهلاكي بقدرما يستوجد (ويخلق) ما هو أنفع وأنجع، فإذا أخذنا مثال قاعدة " التصليح الإستبدال والتعويض العينـي"

---

[1] Mohamed Mahmoud Mohamed Salah.les transformations de l'ordre public économique. op.cit pp. 260 et ss.notamment, 286. « on parle déjà sur un ordre public régulatoire ».

[2] Cité par Mohamed Mahmoud Mohamed Salah.op.cit.pp.270-274. Sur l'analyse de Farjat (G). ordre public économique .n°163.

[3] Cass. 1ére .civ. 1/2/2005 . Bull. Civ(I). n°63.RTD. civ.2005. p.825.obs.B Bouloc, CJCE.. 27/06/2000 .JCP. 2001. 2d.G(II). 10513. Voir aussi les articles .234. CE. du 15/03/1993. Comp.Civ.1ér . du 23/11/2004. D.2005. Juris.p. 443. et la note de (J.Ph).Tricoit.

[4] Lagarde(X). « office du juge peut relever d'office méconnaissance des dispositions d'ordres publics du code de consommation .JCP.Mohamed Mahmoud Mohamed Salah .op.cit.p.287.

كخيارات مترتبة عن الإخلال بالضمان لدل هذا على إعمال " توجيه العقد" بدلا من وضع حد لحياته، والمشرع الجزائري في مجال حماية المستهلك لا يستند إلى حماية رضى المتعاقدين عند فحص المشروعية، وهذا لأنه لا ينص في أغلب نصوصه على جزاء الإخلال بالإلتزامات المترتبة عن عقود الإستهلاك والسبب ببساطة لأنه يتعلق بتبنيه للمعايير الموضوعية التي تكفل له الحفاظ على مبدإ ديمومة العقد وبقائه (pérennité contractuelle)، والذي يعتبر فيه التوازن غاية يرجي إليها، ولأن المسألة هنا لا تتعلق بأطراف متعاقدة مجردة ، بل بمجموعة فاعلين إقتصاديين (acteurs économiques) جعلوا من العقد أداة لضبط السوق، وبالتالي حتى لا يهدم المبدأ التكاملي والترابطي بين مجال الحماية العامة التي يكفلها القانون المدني أصلا، وهو مؤسس على مبدأ سلطان الإرادة، وبين مجال الحماية الخاصة التي تكفله قواعد قانون الإستهلاك على أنماطها,

وبهذا نحن لا نحاول إلغاء دور القضاء في المحافظة على العقود، خاصة بالنسبة للرقابة على الشروط التعسفية الواردة في المادة **29 من قانون 04-02**، بل على العكس،هناك تشجيع توسيع صلاحيات القضاء بشأن تصحيح العقود بما يراعى فيه التكامل بين المصلحتين العامة والخاصة للمستهلك، فلو أن مستهلكا يعرف فعلا بأن حقه في اللجوء إلى القضاء ينطوي على واجب أخلاقي، لأمكن معرفة أنه في أحيان كثيرة هناك حالات حتى لو لم يقع عليه ضرر من جراء عقود إستهلاكية متعددة ومتغيرة، فإنه لا يمكن أن يقدر مدى الخطورة التي تنطوي عليه سلعة ما أو خدمة ما تستوجب بالمقابل الوعي في تحريك الحماية، طبعا هذا يحتاج فيه تعديل النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك في شقها المتعلق بدور القضاء في مراقبة المشروعية، على الأقل هذا ما ظهر في مشروع تعديل القانون الفرنسي، ومع ذلك يتعين أن نثمن جهود تفعيل المنظومة القانونية الحالية في جانبها العملي، إذ يتبين أنه بالفعل قد حقق المشرع الجزائري مستوى مقبولا في مواكبة " ظاهرة تليين الجزاءات وسط تعدد الجزاءات القضائية المتعلقة بالبطلان، فلو أخذنا فكرة إعادة التكييف القانوني "لعقد محدد المدة "تخلف فيه الشكل في علاقات العمل فطبقا، للمادة **11 من قانون 90-11 في فقرتها الثانية 2** تجعله صحيحا وتفترض فيه قيامه كعلاقة عمل لمدة غير محددة[1]، والأبرز من ذلك، ما يفرضه مجال قانون الأعمال ككل (منافسة- الأنشطة التجارية، وحماية المستهلك)، من دواعي إجتماعية متكاملة لاعتبارات حماية المتعاقدين، وضرورة حماية العقد وقيمته الإقتصادية كلها تنفتح نحو تطوير مهمة القاضي في الإنقاص من الإلتزامات، أوالتخفيف من المغالاة في رفع السعر مثلا[2].

[1] أنظر أحمية سليمان. عقد العمل. مرجع سابق,و نفس الأمر بالنسبة إلى الحلول التي وضعت بشأن الإخلال بنظام التسريح من العمل ،و كيفيات إنحلال العقود،راجع في هذا الشأن , بن رحال آمال , حماية العامل عند إنتهاء علاقة العمل في القانون الجزائري ,ماجيستير,كلية الحقوق ,الجزائر,2008,

[2] راجع مثلا المادة (5) من قانون (03-03), والمعدل بقانون(08-12),

وأخيرا يمكن الإشارة إلى الأهمية النوعية التي أصبحت تحظى بها الجزاءات الإدارية، خاصة في مجال قانون المنافسة والقانون الإقتصادي ككل[1]، وكيف أن المشرع أصبح يطرحها كأرضية خصبة قد تحرك فيها مكانة جزاء البطلان تحت طائلة النظام العام، فالعون الإقتصادي عوضا أن ينتظر وقوع جزاء عن مخالفة تصدر عنه، أصبح يفكر مرارا في عواقب إنتهاكاته وأسلوب عقوده التي يهددها ضبط إداري وغرامات، وجزاءات أخرى من نفس الطبيعة، وبالتالي يعمد إلى حماية مصالحه إستباقيا، بواسطة آليات ضبط السوق، أما في حالة وقوع المخالفة فعلا، فالمرونة دوما مطلوبة بما يحقق التجانس بين الآليات القانونية والقضائية.

كما نشير هنا إلى الدور الذي لعبه مجلس المنافسة منذ تأسيسه بموجب قانون **03-03** بإعتباره هيئة أو سلطة إدارية مستقلة[2]، لكن صلاحياته ذات الصبغة القضائية[3]، منحت له تقدير الممارسات المقيدة للمنافسة، التحقيق فيها، وبالخصوص إما لعب دور المساعد للقضاء بشأن النزاعات التي تخص هذه المسائل، أو الأركز من ذلك عندما ترفع أمامه دعاوى بشأنها، فيصدر قرارات تتقرر فيها عقوبات مالية[4] أو تدابير مؤقتة ، وهذا إن دل على شيء فهو يدل على التحول من منهج " نزاهة المنافسة" إلى " نزاهة الإجراءات الملحقة بالرقابة على نزاهة المنافسة[5].

المطلب الثاني: تطور الإلتزامات العقدية بإثراء قانوني لصالح عدالة المعاملات

لم يعد "العقد" مجرد "كرة مضرب" تتبادل بين الأطراف في منطقة حرة مقيدة فقط بواسطة أحكام آمرة، وهذا هو الوسط التعاقدي المألوف لأنه لا يمكن للإرادة أن تلم "بمجموع عقدي (l'ensemble contractuel) كما يجب، لأنه بالرجوع إلى القانون المدني، ورغم تنوع وتعدد الأحكام والنصوص فهو لم يخرج عن تأطير "إلتزامات قانونية" (Obligations légales)، إلا أنه يظهر من خلال تطور البيئة العقدية، والتعامل التقني مع البنية الداخلية للعقد ذاته إنفتاح هذا الأخير على هوية جديدة لا تناقضه، ولا تعارض الهوية الإرادية والقانونية القائمة تقليديا (identité volontariste et légale)، وإنما تكملها بواسطة مجموع إلتزامات غير عقدية المنشأ، أي ليس بالضرورة ما إرتضاها أطراف العقد، وأصلا هنا

---

[1] Guinchard (Serge) . « de la loyauté de la concurrence à la loyauté de la procédure « ou les dangers de la proclamation d'un principe conçu exclusivement comme l'instrument d'une politique de gestion des flux judiciaires ». in études et Mélanges offert en l' honneur d'Yves Serra .Dalloz.2006.pp.229-408 .

[4] أنظر للمادة (23) من قانون (03-03) المعدل بـ (08-12),

[5] وبذلك بالرجوع إلى نصوص تتعلق بإصدار قرار، او تدابير، و كذلك عندما ترفع امامها دعاوى (المواد 34، 38،44، 45و 46.

[4] راجع نص المادة 2/45 من قانون 03-03.

[5] Guichard (Serge), " De la loyauté de la concurrence à la loyauté de la procédure", art précitée, PP 229 et s.

تظهر فئتين هامتين: **الأولـى،** يمكن تأسيسها وتبريرها بقاعدة قانونية قائمة وهي حسن النية، إنمـا تطـور المضمون المعاملات أفرز عن خصوصية "أن الإلتزام بالإعلام بما يترجم عن واقع إقتصادي وإجتمـاعي واضح المعالم، ساعده تأسيس تشريعي في القانون الجزائري نهض به عما كان قاصرا في القانون المـدني (**الفرع 1**)، في حين أن تنامي المنظومة القانونية كان فريد من نوعه لما أتى بقواعد إستثنائية مـن حيـث المضمون والهدف، كان لنشأتها تبعية واضحة للإلتزام بالإعلام، وروحا أخلاقية منبثقة عن فكرة التعـاون العقدي، وكيف أنها رسخت مبدأ التضامن ترسيخا (**الفرع 2**)، ولن نبالغ إذا أكدنا حقيقة أن هذه الإلتزامات تجعل من العلاقة العقدية علاقة إنسانية[1]، كونه يوجه المتعاقدين إلى الحوار والمشاركة والتعاون والمساعدة المتبادلة التي تعني قيام الشخص بمساعدة الغير دون أن يبحث عن تحقيق مصلحة لنفسه وبالتالي "ينـشىء على عاتق الدائن إلتزام تسهيل تنفيذ العقد في الحدود التي يمليها العرف وحسن النية[2].

الفرع الأول: التكريس القاعدي للإلتزام بالإعلام بموجب المادة 17 من قانون الإستهلاك

يبدو أن المستهلك في النظام القانوني الجزائري كان ينتظره ذلك القراغ الذي وقع فيه قانون 89-02 الساري المفعول سابقا وكذلك القصور وعدم الكفاية التي ظهر عليها القانون المدني في تنظيم الإلتـزام بالإعلام حتى يعدل بشكل أحدث نوعية في حماية شخص المستهلك، لكن هذه المرة بتوطيد علاقـة بيئيـة المنافسة الحرة (**ثانيا**)، ثم إن الجهل التعاقدي[3] وميزة تعاقدية غير مبررة[4] هما فكرتان من شأنهما أن تجعلا أحد طرفي العقد الأقل إطلاعا على المعلومات المتعلقة بمحل العقد ومضمونه (**أولا**).

أولا: تجديد الإلتزام بالإعلام إرساء للتعاون العقدي

تنص المادة **17** من قانون **09-03**: "يجب على كل متدخل أن يعلم المـستهلك بكـل المعلومـات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.
تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم".

يبدو على ضوء هذا النص من خلال تقنيته في الإحالة إلى المرجعية القانونية والتنظيمية، يكون قد حقق صورة النظام العام الإقتصادي بوجهيه الحمائي والتوجيهي، فالإلتزام بالإعلام بـات إلتزامـا قانونيـا يستمد قوته الإلزامية (أكثر من العقدية)، من الشخص المعنى بالحماية والوقاية في مجال هذا الإلتزام وهـو المستهلك، وكذلك أنه إلتزام يقع على مضمون محدد ألا وهو "تقديم المعلومات وتفصيلها وتوضيحها"، وإن محله لا يقل أهمية عن المتعاقد عليه، وهو المنتوج (م**1/17**)، والأهم من ذلك، أنه قطع الشك باليقين عندما

---

[1] - Voir El gharbi (m), op.cit.P.742.

- أنظر كذلك، ذهبية حامق، الإلتزام بالإعلام، رسالة دكتوراه- كلية الحقوق بن عكنون – الجزائـر – 2009، ص ص 21 و22.

[2] وسيأتي تفصيل هذه المواضيع في المبحث (3) من هذا الفصل ، أنظر ذهبية حامق، نفس الرسالة السابقة.
El gharbi (M .op.cit p.743. et Thibierge Gulfucci (C) , op.cit. p.382.

[3] "l'ignorance Contractuelle"

[4] "Avantage contractuelle injustifie".

ضبط فيه الآليات التي يتم بها تحقيق هذا الإلتزام، حيث أظهر هذا الإلتزام بفكرة "الإلتزامـات الإجباريـة الخاصة بالإعلام" يعتمد على تنوعه وخصوصية إقترانه بجزاءات عقابية، وبذلك يضفي الطابع الإجبـاري على الإعلام التقليدي قبل التعاقد وأثناءه سوى محدوديته "كالتزام عام"[1].

إن تقدير هذا الإلتزام[2]، بموجب المادة **17** هو الآلية المتاحة لإعادة المساواة في العلم بين المتعاقدين وإعادة التوازن إلى العقد، لأن عدم المساواة في مستوى العلم والدراية شأنها شأن عدم المساواة الإقتصادية والتي تؤثر على المساواة العقدية[3] مما يترتب عليه مركز ما يمكن نعته بمركز "عدم التـوازن مـن حيـث المعلومات"[4] فيكون الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي نتيجة طبيعية حمايـة المـستهلك بوصـفه الطـرف الأضعف عقديا[5].

إن صحة النظرة التقليدية للإلتزام بالإعلام في إطار القانون المدني، يسبب عدم تناسقه مع التطـور القانوني، ورغم إجتهادات الفقه المعاصر في تأثير هذا الإلتزام على نظام عيوب الرضى والعيوب الخفية[6]، حيث يكشف هذا القصور على تنظيم مراكز قانونية معينة تجاوزها التطور الإجتماعي والإقتصادي مما نجم عنه بروز وضعيات قانونية جديدة لم يخصها المشرع المدني بالتنظيم وتأسيسا على ذلك يمر تكريس نظـام

---

[1] Jourdain (P), le devoir de renseigner, D, 1983, Chron, P139.

[2] يرى الأستاذ محمد محفوظ بشأن التفرقة بين الإلتزامين: يختلف إلتزام بالإعلام في التعاقد وإلتزام بالإعلام السابق للتعاقد، فالأول من الإلتزامات التعاقدية التي تتضمنها بعض العقود، إذ يكون أساس الإلتزام فيها العقد، ولئن كان القانون هو الذي ينص عليه ضمن ضبطه للنظام المعين له، وهو كذلك من الإلتزام التي تهم تنفيذ الإتفاق، بخلاف إلتزام بالإعلام السابق للتعاقد، حيث أنه يهتم الفترة السابقة لقيام العقد، ويستمد أساسه من القانون بمفهومه الواسع، إرادة الأطراف المتعاقدة وما يفرق بين الإلتزامين كذلك، هو أن الأول غايته التنفيذ الحسن للعقد والثاني غايته الرضاء السليم وغير المشوب.
أنظر كتابه، دروس في العقد، المرجع السابق، ص165-166، أنظر أيضا في هذا الموضوع عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص16، أنظر زهية حورية (سي يوسف)، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص139.

[3] Terré (F) , Ph(Simler, (Y) Le Quette, droit civil, les obligations, Op-cit, P204.

[4] Situation d'asymétrie informationnelle.
وقد أشار إلى هذه العبارة الأستاذ Thiery Kirat, l'allocation des risques dans les contrat, de l'économie des contrats "un complets" à la pratique des contarts administratifs, Revue internationale de droit économique, T XVII, 200, 3/1 P19.

[5] وقد صدر مرسوم تنفيذي تحت رقم 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر سنة 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك. أنظر. ج.ر. الصادرة في 18 نوفمبر 2013، العدد 58 حيث تنص في المادة الأولى منه: "تطبيقا لأحكام المادة 17 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 والمذكور أعلاه، يهدف هذا المرسوم إلى تحديد الشروط والكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك"

[6] Boudouin (Jean Louis), Justice et équilibre, la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québecois, Op-cit, P35, "l'obligation de renseigner le contractant par qui a une connaissance supérieure et ce dans tous les contrats, vivre sa raison d'étre et sa source dans l'obligation de bonne foi", Voir aussi chung-wu chen, la publicité trompeuse et le droit taiwanais des contrats, Mélange offert à (J), Ghestin, P239.

خاص بالإلتزام بالإعلام على مستوى القوانين الخاصة، مثل قانون **09-03**، المتعلـق بحمايـة المـستهلك يختلف عن النظام الذي تضمنه القانون المدني.

فبالنظر إلى القانون المقارن كانت **المادة 1135 م.ف** بإعتبارها الأساس الذي يـستند إليـه الفقـه والقضاء لأعمال هذا الإلتزام بموجب حسن النية والنزاهة، وخاصة في العقود التي تعكس مصالح متضاربة لأطراف العقد[1].

وفي ميدان الإلتزام بالإعلام، تطبيق القانون المدني بإعتباره شريعة عامـة مـن جهـة والقـوانين الخاصة من جهة أخرى الذي يعد بمثابة توجيه نحو بعث وإحياء الحرية العقدية الفعليـة إزاء المـستهلك[2]، وفي هذا المعنى يرى البعض[3] أن "مجال الحرية العقدية أخذ في الإنحصار أمام الرغبة في حماية الأطراف الضعيفة في العلاقات العقدية من حيث كونه إلتزام تفرضه العدالة العقدية".

ولذلك يتعين التأكيد على وجوب إحترام الإلتزام بالإعلام بإعتباره تجـسيد للأخلاقيـات المتعلقـة بالتعاقد قبل القيام بإجراءاته[4].

ورغم أن المادة 59 من ق.م تجعل من الرضا ركنا جوهريا في العقد، إلا أن الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد الذي يلزم المهني بتقديم المعلومات الكافية والموضـوعية " Des informations complétes et objectives" للمستهلك ليتسنى له سلوك تصرفات إستهلاكية صحيحة ومعقولة، فإن هذا ما يـسهل عليـه التعبير عن رضائه بإرادة واعية ومستنيرة بشأن العقد[5].

إن التطور الحديث لنظرية الإلتزامات مكن من تعزيز الإلتزام بالإعلام إذا كانت الرابطة تجمع بين شخصين أحدهما مختص أو مهني والآخر شخص عادي[6]، ونظرا لعدم التساوي في القدرة التقنيـة لهـذين المتعاقدين أصبح من الضروري تقرير هذا الإلتزام على عاتق المهني للتخفيف من حدة الفوارق بينهمـا[7]،

---

[1] أنظر لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الإنعقاد، ماجيستر "إن المشرع لم يكن يرمي وراء فرض نظرية عيوب الرضا سوى ضمان إعلام المتعاقد بكل ما يتعلق بالعقد خاصة من خلال ما جاء في أحكام ... عن الدور الوقائي الذي يلعبه هذا الإلتزام".

[2] Mazeaud (D), Mystére et paradoxes de la période précontractuelles, Mélange, (J), Ghestin Op-cit, P639-640.

وفي هذا على خلاف ما تراه الأستاذة ذهبية حامق: "أن المشرع يستبعد القاعدة العامة في الحرية العقدية السائدة في القواعد العامة، وإلزام المهنيين الذين يحتلون مركز تفوق بأن يعلموا المستهلكين بسبب مرتبتهم الدونية"، أنظر رسالتها السابقة، ص151.

[3] د/ إبراهيم الدسوقي، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي، مكتبة ايهاب للنشر والتوزيع، مصر، ط3، 1988، ص02.

[4] Mazeaud (D), Art précite, P642.

[5] مع الملاحظة، وبالنظر إلى المفهوم الوظيفي للإلتزام بالإعلام فإنه يمكن معالجته في مسألتين: الأولى في دوره في حماية الإرادة، والثانية في الحفاظ على توازن العقد.

[6] أنظر خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص122، أنظر حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود، المرجع السابق، ص89.

[7] أنظر معتز محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، المرجع السابق، ص24.

والتطور الحالي للإلتزام بالإعلام هدفه تقليص "الدونية" لبعض المتعاقدين، ذلك أن هذا الإلتزام يجد منبعـه في عدم المساواة بين المتعاقدين[1]، لذلك فإن إلزام المهني بتقديم المعلومات المتصلة بمضمون العقد من شأنه أن يحقق العدالة العقدية، لذلك يمكن أن يكون العقد غير عادل إذا كان أطرافه غير متساوين لاسيما إذا كان أحد الأطراف يجهل بعض المعلومات.

والإلتزام بالإعلام تكريس للعدالة العقدية، ولاسيما عندما يكون كل طرف ملما بماله وما عليه مـن الواجبات فإنه يحرص على أن تكون إلتزاماته "معادلة" لما يبذله المتعاقد الآخر من الإلتزامـات ويبـدو أن رغبة القانون الوضعي في تجسيده هو مراعاة عدم المساواة بين طرفي العقد، لأنه يتعلق بعلاقـة المهنـي والمستهلك[2]، مما يسهل القبول بغاية المشرع في تحقيق التوازن العقدي[3].

ولكن رغم هذا الهدف، جاء قانون حماية المستهلك ببديل لمبدأ الإستقرار العقدي بمبدأ أكثر ملائمة مع الوضع الإقتصادي والإجتماعي الحالي وهو التوازن العقدي[4]، ولعل أن تكريس واجب الشفافية يتجلـى من خلال الوضوح "الذي يجب أن يميز العلاقات العقدية".

وإذا كانت الغاية المتوخاة من الإلتزام بالإعلام السابقة للتعاقد هو تحقيق العدالة العقدية بإنارة إرادة المتعاقد وحماية رضاه، فإن الغاية من الإلتزام التعاقدي بالإعلام هو تحقيق النزاهة العقدية لـضمان حـسن تنفيذ العقد[5]، إن الإلتزام بالتعاون حسب رأي الفقه الحديث هو "المبدأ القوي الذي يصلح أن يكـون أساسـا للإلتزام بالإعلام بهدف تحقيق التوازن العقدي وهو أكثر فعالية من مبـدأ حـسن النيـة، بمعنـى الأمانـة والنزاهة، وعلى حد تعبير الفقيه Mestre أن فكرة التعاون تعتبر مرحلة جديدة في تطور قانون العقود"[6].

---

[1] أنظر د/ ذهبية حامق، الرسالة السابقة، ص07. أنظر بوعزة ديدن، الإلتزام بالإعلام في عقد البيع، المقال السابق، ص133.

[2] أنظر محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص70.

[3] أنظر محمد بودالي، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، المرجع السابق، ص12.

[4] أنظر د/ عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص23.

[5] وقد اثير تساؤل بشأن طبيعة الإلتزام، هل هو إلتزام أصل يأم إلتزام تبعي ؟ هناك قاعدة تعرف بالفرع الذي يتبع الأصل "l'accessoire suit le principale"، حيث تكرس في المجال القانوني بصفة متداولة وآلية، لذلك يرى كل من الأستاذين "Mazeaud et Tunc" أن الإلتزام بالإعلام هو إلتزام تبعي يتطلبه ضمان حسن تنفيذ العقد، ويريان أن الإلتزام بالإرشاد ما هو إلا إلتزام تبعي يرصد لضمان حسن تنفيذ الإلتزام الأصلي في العقد بينما يذهب "" أيضا بأن الإلتزام بالإعلام هو الإلتزام تبعي مستمد من واجب التعاون.

Voir Mazeaud et Tunc, op.cit, P704, voir aussi (B) Starck, les obligations, Op-cit, P562.

وأنظرا أيضا مازوز لطيفة ترى: "كون إلتزام البائع بتقديم المعلومات هو إلتزام تبعي للإلتزام بالتسليم وإنتهت في الأخير إلى التأكيد أن الإلأتزام بالإعلام أضحى إلتزاما مستقلا يرصد لضمان التوازن العقدي، أنظر مقالها السابق، المجلة الجزائرية ص85 وما يليها."

[6] أنظر د/ ذهبية حامق، الرسالة السابقة، ص21، خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص128.

ويرى الفقيه Ghestin[1]، بالنظر لوجود الإلتزام بحسن النية في العقد، فإنه يستوجب مواجهة عـدم التكافؤ بين طرفي العقد من حيث العلم بظروف العقد، بفرض الإلتزام بالإعلام قبل التعاقـد (...)، وهـذا الإلتزام وسيلة فعالة في تحقيق التوازن العقدي بين المهنيين والمستهلكين، ويؤكد الفقيه "Ripert"[2] في هـذا المعنى وجوب تبني النظرة الإجتماعية للعقد التي تستلزم النظر إلى العقد في كليته وإلى المتعاقدين على حد سواء وراح البعض الآخر[3]، إلى التأكيد "أن العدالة العقدية تكون مهددة في الحالات التي تقوم فيهـا عـدم التكافؤ في المعلومات حول عناصر العقد، ولذلك يقوم الإلتزام بالإعلام عند التعاقد كوسـيلة لإعـادة هـذا التكافؤ المفقود، فيلتزم الطرف الذي يعلم بإعلام الطرف الذي لا يعلم".

ولعل الإلتزامات الخاصة بإعلام المستهلك تستند ولو أختلف تصنيفها[4] إلى الأهمية التي يحظى بهـا عناصر العقد الإستهلاكي أو عقد بين المتعاقد المحترف وغير المحترف، من حيـث أنهـا تتعلـق بمحـل الإستهلاك (منتوجا أو خدمة) والمعلومات المتعلقة بها والتي تعد ضرورية، كان للمرسوم التنفيذي **90-39** المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش أن فصلها، وكذلك المرسوم التنفيذي **90/266** المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، والأمر يزداد تدقيقا لنطاق نوعي معين، كما هو الحال بالنسبة للمنتوجات الغذائية[5]، المنتوجـات

أنظر الأستاذة لحلو غنيمة، محاضرات في مادة التزامات: تكوين العقد، المرجع السابق، ص 42 حيث ترى المؤلفة: "أن الالتزام بالإعلام يعد أساسا لحماية رضا المستهلك".

[1] Ghestin (J), le contrat, Op-cit P395.

[2] Ibid, P493.

وأنظر في هذا المعنى حيث يرى الأستاذ Ghestin أن العقد أخذ يبتعد عن مبدأ سلطان الإرادة للإقتراب من مبدأ المنفعة الإجتماعية والعدالة التبادلية "Principe d'utilité sociale et de justice commutative" أنظر مقال الأستاذ Ghestin: l'utile et le juste, Art Précitée, P1 et 5.

[3] أنظر إبراهيم الدسوقي، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص100، أنظر أيضا خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد المرجع السابق، ص126.

[4] فالبعض يصنفها إلى 4 محاور إعلامهم بعناصر وخصائص المنتوجات والخدمات وأخرى السعر وشروط البيع ومضمون العقد، وأخيرا عن طريق إستعمال اللغة العربية أما آخرون فيجعلها تستند إلى الإعلام بالأسعار، وشروط البيع، وأخيرا حدود المسؤولية.

[5] أنظر المرسوم التنفيذي (90-367) (1410) 1990 المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية الغذائية وعرضها، أنظر ج.ر (عدد 50) الصادر 1990.

المنزلية[1]، ومواد التجميل[2] وحتى المواد الصيدلانية والتي أرتبطت بآلية وسم المنتوجات التي ركزت عليها المادة 18 من قانون 09-03 لما تحققه من مضمون أخلاقي والمتمثل في واجب النزاهة مع المستهلك[3].

ولعل أهمية هذا التصور أو المعيار الحديث للإلتزام بالإعلام وجود مظاهر هامة جسد فيها كأن للمادة 8 من قانون 04-08 صورت هذا المفهوم وربطته بالحدود المتوقعة للمسؤولية، "يلزم البائع قبل إختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

وقد ربط المشرع الإلتزام بالإعلام بمجال أمن المنتوجات "Sécurité des produits" حيث نص في المادة 1/10 من المرسوم رقم 12-203[4] على أنه: "يجب على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات تزويد المستهلك بكل المعلومات الضرورية التي تسمح له بتفادي الأخطار المحتملة والمرتبطة بإستهلاك و/ أو بإستعمال السلعة أو الخدمة المقدمة طيلة حياته العادية أو مدة حياته المتوقعة بصفة معقولة".

ويبدو أن فرض الإلتزام بالإعلام على المهني بشكل مطلق[5] دون أدنى واجب على المستهلك من شأنه أن يدفعه للتهاون والإلتزام في إبرام العقود، لذلك يتعين التأكيد على إلزام المهني بإعلام المستهلك إنما

---

[1] المرسوم 37/97 لـ 1997/04/14 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات صناعات مواد التجميل والتنظيف.

[2] المرسوم 86/92 لـ 6 جويلية 1992.

[3] في هذا المعنى تنص المادة 4/03 من قانون 09-03 على أن: الوسم كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتوج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها.
ويرى البعض أن: "الهدف من الوسم هو إيصال أكبر قدر ممكن من المعلومات الضرورية لقيام المستهلك، بالإختيار الصحيح، بفضل عدد من المعلومات المتعلقة بالمنتوج، نوعيته، سعره، شروط إستخدامه، التاريخه المحدد لإستهلاكه، وبعض إجراءات الأمن الواجب إحترامها، فالوسم له وظيفة إعلامية وظيفة حفظ وحماية نوعية المنتوج، وظيفة أمنية" أنظر زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ص129.
راجع أيضا نص المادة 4 من مرسوم تنفيذي 06-03 والناصة على ما يلي: "يتعين على العون الإقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/ أو تأدية الخدمات ...".

[4] راجع مرسوم تنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 6 ماي 2012 يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات.

[5] "يرى البعض الفقه في الجزائر أن هذا الإلتزام لا يعتبر إلتزام بالإعلام مطلقا، وأن طبيعة الإلتزام بالإعلام (هل هو إلتزام بتحقيق نتيجة أم إلتزام ببذل العناية) يختلف بلإختلاف الهدف الذي تسعى إليه القواعد القانونية التي وضعت من أجل ذلك، فنجد أن الإلتزام بالإعلام في القانون المدني يختلف عن الإلتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك ..." أنظر زوبير أرزقي، الرسالة السابقة، ص121.

يعزى "للجهل المبرر" لهذا الأخير ببعض المعلومات المتعلقة بالعقد، وفي هذا المعنى يرى البعض[1] "...أنه بسبب الطبيعة الآمرة لنصوص قانون حماية المستهلك التي تفرض هذا الإلتزام فإن المهني لا يلتزم إلا بالإدلاء بالبيانات المدرجة في هذا القانون فقط سواء علم بها المستهلك أم لا".

لذلك فإن تشريع قواعد حمائية لصالح المستهلك لا يعني السلبية الكاملة، فمن غير المعقول أن يتهاون المستهلك ويظل منتظرا لما سيعطي به المهني من بيانات كان بإمكانه العلم بها لو بذل العناية اللازمة[2]، ويتفق هذا المسعى مع السياسة التشريعية الحمائية التي جاء بها قانون 09-03.

نخلص أن تقنية النصوص الخاصة جاءت بتأسيس قانوني للإلتزام بالإعلام، وفق معيار حديث ومتجدد من حيث المضمون، وهو يتعلق بنظرة جديدة للعلاقات العقدية لم يعد فيها التفكير في المساواة المفترضة ضروريا، لأن الممارسات والمعاملات كشفت عن تفاوت أطرافه[3]، خاصة بالنسبة لمتعاقد ضعيف وهو "شخص غير محترف" أو "المستهلك"، وشخص (المحترف، أو المهني)، يقع عليه واجب مفروض بموجب القانون، فيه "توضيح لما يجب أن يعلم به، وعلى ماذا يعلم ؟"، والآليات المناسبة التي يتم بها أو الكيفية التي تتحقق بها[4]، فصفة المستهلك تحقق منهجا قانونيا في البحث عن الحماية والمسؤولية العقدية في مواجهة المهني.

ثانيا: فعالية الدمج بين مجالي المنافسة والإستهلاك لتدعيم الإلتزام بالإعلام

إن اللجوء إلى القوانين الخاصة وتفعيل أحكامها من أجل تحديد الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام، حظي بعناية تشريعية هامة، خاصة بالنسبة لمركزته وتجسيده كمؤسسة قانونية قائمة بذاتها في العلاقات العقدية، خاصة عندما ظهر ذلك الإمتداد الموضوعي لهذا الإلتزام في مختلف العقود التقليدية كالبيع والإيجار، الوكالة وحتى التأمين[5]، حيث كرس فيها هذا الإلتزام ذلك الإنسجام والتبادل بين المنافع فيما يتعامل به المتعاقدون. ومن جهة أخرى فإن النصوص الخاصة قد انتقلت للتعامل مع أخلاق العقد من مجرد مبادئ وقيم إلى سلوك عملي وملموس، لأنه من وراء إشاعة روح التعاون العقدية أسس الإلتزام بالإعلام

---

[1] راجع د/ مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، الرسالة السابقة، ص322.

[2] راجع د/ مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص82.

[3] Calais Auloy, Stenmetw (F), Droit de consomation, Op-cit, P339.

[4] Cf Le Tourneau (Ph), quelques aspects des responsabilité professionnelles, gaz, Pal, 1986, 2, Doct, P617, et son article, les professionnels ont-ils du cœur ? D.S 1990, Chron, PP21-25.

[5] فعقد التأمين قد تجاوز حتى ذلك التقسيم التقليدي لمراحل العقد، والإلتزام بالإعلام فيه يبدأ منذ الإنخراط في العقد إلى مرحلة تنفيذه، لأن هناك تصريحات بوضعية المؤمن له، والخطر كما يجب أن يتوقع، لكن هناك حالات مضاعفة الخطر، حتى أن قاعدة الإعلام هيسس مسألة نزاعة وتعاون عقدين.

في إطار تركيبة بين قانون الإستهلاك والمنافسة على تحقيق التوزيع العادل والمتعادل للأخطـار العقديـة، ومحاولة إضفاء توازن في الإلتزامات[1].

ولكن إذا كانت "القواعد العامة للعقد تحمي المستهلك بوصفه طرفا في العقد، فإن قواعـد المنافـسة تمتد إلى مجال أوسع يوفر الوقاية، أي حتى في غياب شروط المسؤولية للعقدية الممتدة إلى المتعاقد وغيـر المتعاقد على حد سواء"[2].

كما أن الإلتزام بالإعلام من شأنه التأثير على شفافية السوق ونزاهته، فضلا على تكـريس قواعـد المنافسة ولعل المادة 17 من قانون 09-03، وبمعية نصوص جاءت في قانون 04-02 المتعلـق بتحديـد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، خاصة المادة 4 منه التي تنص: "يتولى البـائع وجوبـا إعـلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع"[3]، وكذلك المادة 7 "يلزم الزبون في العلاقات بين الأعوان الإقتصاديين بإعلام الزبون بالأسعار والتعريفات عند طلبها ...".

أما المادة 2 من مرسوم تنفيذي 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمـة بـين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية "تعتبر عناصر أساسية، يجب إدراجهـا فـي العقود المبرمة بين العون الإقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمـستهلك والتـي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة الـسلع و/ أو الخـدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع"[4].

وتستوجب شفافية الممارسات التجارية ونزاهتها إعطاء المعلومات الضرورية للمستهلك من حيـث الأسعار والتعريفات الواجبة والمتعلقة بنوعية السلع والخدمات والتي يرغب المستهلك بمعرفتهـا، لأن فـي حالة غياب المعلومات من شانه إحداث خلل في التوازن على مستوى السوق[5].

كما أن موضوع الإعلام بالأسعار، من أهم نقاط الوصل بين مجال المنافسة (المادة 12 من قـانون 03-03) وقانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية ولاسيما المواد 4-5-6-7-8-9 منـه، خاصـة عندما دعمه بآلية الفوترة التي تعتبر قرينة بدل التأكيد على الطابع العقدي الخاص للإستهلاك (المـواد 10 إلى 12 من قانون 04-02)، ثم إنه من خلال المسؤولية العقدية المزكاة بالطابع الجزائـي عنـد الإخـلال بالإلتزام بالإعلام ومخالفته (المادة 8 من قانون 04-02)، إحتواء لمعاملة بين المحترف وغير المحتـرف

---

[1] أنظر د/ سامي الجربي، تفسير العقد، مرجع سابق، ص409.

[2] أنظر د/ هجيرة دنوني، قانون المنافسة وحماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ج39، رقم 2002/01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص08.

[3] كملته في المضمون، المادة 5 من قانون 04-02، بكثير من التفصيل.

[4] ولعل المادة 03 فسرت تلك العناصر التي تعتبر من شروط البيع والتي يجب أن يعلم بها المستهلك، منها ما يتعلق بـ "خصوصيات السلع والخدمات، الأسعار، كيفيات الدفع عقوبات التأطير، شروط تعديل البنود التعاقدية وغيرها ...".

[5] أنظر زوبير أرزقي، الرسالة السابقة، ص58.

وتجاوز الحدود الطبيعية لو أنه بقي النص القانوني يعالج هذه العلاقة بصفتها عقدا[1]، وذلـك لا لـسبب إلا لموضعه التوازن العقدي على حساب اللاتكافؤ الإقتصادي موضوع التأسيس القانوني.

الفرع الثاني: قواعد إستثنائية لتدعيم الإلتزامات

إذا كانت الإلتزامات الناشئة في العقد واضحة المعالم ومحددة، إلا أن النقائص التي شملتها في إطار أحكام القانون المدني حتى وإن لم تصل إلى حد رداءة العقد، إلا أن الهدف الإيجابي هو تدعيم الإلتزامـات التعاقدية، وهذا لا يتحقق إلا من خلال تدخل المشرع الذي أصبح ضروريا، فلم يعد دوره البحث عن حماية نوعية الرضى فقط، بل إرساء رضى بمنهج الوضوح والتنوير، الأمر الذي يعتبر فيـه وقايـة النقـائص الإلتزامات **(أولا)**، ولم يكتف بذلك، بل تقرير ضوابط لضمان نوعية الإلتزام أو محله لحد إستيفاء سـلامته **(ثانيا).**

أولا: أهمية تقرير إلتزامات لتنوير الرضى

بات النظام العام لحماية المستهلك محل تأثير إيجابي كيـف لا، وهـو يخـضع عقـد الإسـتهلاك لمستلزمات آمرة[2]، قلبت معه هدف العقد من مجرد القضاء عليه إلى تأمين وضـمان مطابقتـه مـع تلـك المستلزمات، وبالتالي لم يعد النظام العام قالبا لتحديد نشاط الأطراف بواسطة محظورات متنوعة، وإنما آلية للوقاية من إبرام عقد غير متوازن، وتستعمل في وظيفتها أداة التوجيه لا المنع.

ولعل إيجابية النظام العام هي التي أظهرها تدخل المشرع لتنظيم العلاقات العقدية بـين المحتـرف والمستهلك منذ بداية تكوين العقد بتوجيه إرادة هذا الأخير حيث يجب توجيه العقد ذاته.

عندما كان القانون المدني لا يهتم بالمراحل المؤدية إلى تكوين العقد، بقدر إلمامه بإبرام هذه العلاقة في إطار تقرير البطلان لوجود عيب مس الرضى، فإن النظام العام هو الذي تـدخل لتحـسين الرضـى، للمستهلك في المرحلة التي تسبق تكوين العقد، بل إنه يعارض عمليا سير عقود الأذعان، التي يغيـب فيهـا التفاوض بشكل واضح.

وفي هذا التوجيه القانوني للإرادة، تقرير شخص المستهلك كشريك إقتصادي في إنـشاء مبـادلات متوازنة فهو صاحب قرار حقيقي يستحق توفير الوسائل اللازمة لإحقاق إرادته الحقيقيـة، وبـذلك يمـنح إمكانية إبرام العقد على أرضية متعادلة مع المحترف ومعها أهلية الصمود أمام مختلـف التحـولات التـي تواجهه بسبب غياب المناقشة قبل إبرام التعاقد.

---

[1] قارن بودالي محمد، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص86 وما يليها.

[2] Rabih Chedeb, le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative, préface de Hervé Lécuyer, ed Alpha, L.G.D.J, Paris 2010, P137.

والهدف من توجيه إرادة المستهلك هو ترقية العدالة العقدية بواسطة تدابير تتواءم وتكوين العلاقات العادلة ولعل الأدوات التي يوفرها النظام العام لحماية المستهلك بحيث يتخذ قراره في التعاقـد وهـو فـي مأمن، حيث تعتبر إستراتيجية الإعلام والتفكير مجاله الطبيعي[1].

وتدعيم النظام العام لحماية الرضا أدخل معه عنصر المدة لتقرير إبرام العقد أم لا، وذلك لا لأمـر إلا من أجل تحويل رضا المستهلك إلى رضا سليم مستنير وحقيقي[2]، لأن أجل التفكير يقضي على الرضـا المعيب ويجعل في ثاني المستهلك سلامة له.

وتتوخى آلية أجل التفكير في حماية الرضا المتعاقد، ليس أي نـوع مـن الرضـا، لأنـه يتعلـق بالمستهلك، فضلا على أنها تكرس التوازن في العقد، وإن كان البعض[3] يعتبرها مساسا للأمن العقدي.

هذه الآلية تمنح المستهلك فرصة للتفكير والتروي فيما يتعاقد بشأنه فإما أن يقدم فيغدو رضاه تامـا وباتا وإما أن يتراجع عما أبداه من رضاه، في الحالتين يكون المستهلك قد مارس حقه في التفكير وعبر عن إرادته الحقيقية[4] وفي هذا المعنى يرى الأستاذ Calais Auloy[5]: أن توقيع العقد ليس قبولا، ولكنه رغبة آنية غير كاف للإلتزام، بل يتعين أن يمتد لمدة من الوقت.

وتستوجب السياسة العقدية الراهنة في مجال التعامل مع الإرادة ضمان الفعالية الإقتصادية تبعا لمـا يتماشى مع وظيفة العقد ذاتها مع مراعاة مستوى من الإنـسانية فـي العلاقـات العقديـة[6]، ولأن تطـور الممارسات العقدية دفعت المشرع بوجوب التعجيل بتنظيمها حتى لا يكون ذلك الإخـلال بـالتوازن بـين مصلحة المهني والمستهلك على حد سواء وسط منهج وضع حد للتجاوزات الناجمة عن مختلف الممارسات التجارية ووصولا لتكريس شفافية المعاملات[7].

---

[1] Le délai de réflexion consiste à offrir contractant aprés la signature du contrat un délai pendant lequel im pourra revenir sur son engagement. Voir François (Dommat Naert) les relations entre professionnels et consommateurs en droit Belge, in la protection de la partie faible dans les rapports contrractuels, comparaison Franco-Belge, Jacques Ghestin et Marcel Fontaine, L.G.D.J, 1996, P227.

[2] Rabih Chedeb, Op-cit, P137.

[3] أنظر د/ محمد بودالي، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص152-156.

[4] أنظر المرجع نفسه ص152-155، وكذلك عبد الباسط جميعي، حماية المستهلكين، المرجع السابق، ص44.

[5] Calais(A), Droit de la consommation, op.cit., n° 356.

وقد أعتبر الأستاذ "Auloy": بأن أفضل تفسير، يمكن تقديمه لتبرير أجل التفكير، هو ذلك الذي يستجيب أكثر للحقيقة النفسية للمستهلك، فهذا الأخير يكون في حاجة إلى إنضاج رضائه أنظر كذلك، محمد بودالي، مرجع سابق، ص151-152.

[6] Mazeaud (D) la politique contractuelle de la cour de cassations, mélanges offert en l'honneur de Jestaz (Ph), Dalloz 2006, P 372.

[7] (Yvan) Auguet, l'équilibre, finalité du droit de la concurrence, in études sur le droit de la concurrence et quelques thémes fondamentaux in mélanges en l'honneur d'yves-serva, 2006. Dalloz, P37-41, et guinchard (Serge), de la loyauté de la concurrence à la loyauté de procédure, Mélange (Yves) Serra, P242 et 243.

بيد أن أجل التفكير لا يعد آلية حماية إلا إذا لازمه دعم إجباري لعرض المهني طيلة تلك المدة، لأنه يمكن لهذه التقنية أن تنقلب على الطرف المحمي في حالة ما إذا صادفها وجود مشتر منافس أكثـر حريـة للتصرف فورا ونهائيا إزاء العرض.

ومن أجل إحتواء فعالية أجل التفكير بعض التشريعات المقارنة يلحقه بتقنية أخـرى وهـي "حـق العدول"[1] بسبب مرجعيته القانونية وأساسه غير الإتفاقي، في التعبير عن إرادة مخالفة وهي تتراجـع عـن موقفها السابق، وهذا تعريف يتماشى أكثر مع خيار الشرط المكرس في الفقه الإسلامي وهو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لأجنبي حق فسخ العقد أو إجازته خلال مدة معلومة[2].

وممارسة حق العدول في القانون المدني غير موجود، بإعتبار العقد قد تم بمجرد إلتقـاء الإيجـاب والقبول وتطابقهما، ويغدو الإتفاق ملزما لهما[3] وفي هذا المعنى تنص المادة 396 من ق.م: "يكـون البيـع باطلا إذا أحتفظ البائع يوم البيع بحق إسترداد الشيء المبيع في أجل معين".

ولكن بالرجوع إلى مرسوم تنفيذي رقم 07-390 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة[4] كرست مبدأ حق التراجع أو حرية العدول في المادة 25 منه والناصة على ما يلي: "يلزم الوكيل في حالة عدم إحترام شروط الطلبية أو أجل التسليم، في أجل ثمانية أيام، وذلك إبتداء مـن تـاريخ نهاية مدة التسليم، بناء على إختيار من الزبون، إما إستبدال السيارة، وإما إعادة دفع التـسبيق للزبـون أو المبلغ الإجمالي المدفوع وهذا بغض النظر عن التعويضات التي يلزم بها الوكيل والمنصوص عليهـا فـي دفتر الشروط في حالة عدم تنفيذ إلتزاماته".

---

[1] والفقه يعطي تسميات مختلفة لأجل التفكير ولاسيما في القانون المقارن منها، أجل التأمل، وأجل العدول وحق العدول، ومهلة التدبر، وغيرها وهو ما نلاحظه أيضا بشأن النسخة الفرنسية لتلك القوانين وكذلك بشأن المشرع الفرنسي الذي أعتمد تسميات متعددة نذكر منها:

"Délai de reflexion, délai de rétractation, droit de repentir, droit de renanciation".

الأمر الذي جعل الفقيه Brun (Ph) يضيف أجل التفكير وحق العدول وجهين لعملة واحدة.

Voir sur ce sujet Brun (Ph) le droit de revenir sur son engagement, droit et patrimoine, N°60, Mai 1998, P81.

[2] أنظر د/ محمدي سليمان، ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 2009/01، ص499.

وأنظر أيضا بالتفصيل، د/ جعفور محمد سعيد، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 1996/04، ص757 و758.

[3] أنظر د/ محمدي سليمان، ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام، المقال السابق، ص500.

[4] أنظر ج.ر الصادرة في 12 ديسمبر 2007، العدد 78.

وقد نص المشرع على حق التراجع في المادة 4/119 مكرر1 من الأمـر رقـم 10-04 المعـدل والمتمم لأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والناصة على مايلي: "يمكن أي شخص أكتتب تعهـدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد"[1].

كما أن حق العدول قد يخلق صعوبة تتعلق بتحديد آليته بالنسبة لسير العلاقة العقدية، مقارنـة مـع تكوين العقد، فهو يخص إما عقد أبرم أو في طريق التكوين، مما يفسر عدم إتفاق الفقه أو التشريعات حول نظامه القانوني.

فبالنسبة للبعض[2] يعتبر حق العدول إنتهاكا لمبدأ القوة الملزمة إذا إرتبطت بعقد قائم وبالـذات فـي مرحلة تنفيذ العقد، وذلك بممارسة حق كامل بشكل إنفرادي ومانع للتنفيذ إلى غاية إنقضاء مدة العدول.

في حين أن فقهاء آخرين[3] يجدونه إنتهاكا لمبدأ الرضائية، في سياق جعـل تبـادل الإرادات غيـر مؤهل لتكوين العقد قبل إنقضاء ذلك الأجل، بل إنه التخلي عن العقد في طريق التكوين والعقد غير مكـون بمجرد تلاقي الإيجاب بالقبول لأن طابع فورية العقد محل شك، والتكوين الفوري للعقد مقيد بتكوين متـأخر موقوف على إنقضاء مدة العدول والتي يظهر فيها الرضا حقيقيا ومستنيرا.

ولقد جاءت المادة 4 من مرسوم تنفيذي 06-306 لتحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمـة بـين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وللمستهلك مدة للتروي قبل إبداء قبوله بعد أن يلتزم المحترف بإعلامه بكل الشروط العامة والخاصة للبيع، أو الخدمة وتنص المادة 4 من المرسوم هنـا على: "يتعين على العون الإقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".

ومن خلال العلاقة التي تربط العون الإقتصادي وهو المهني بالمستهلك تبرر لـدى أجـل التفكيـر حدوده الإستثنائية وعدم قابليته للتعميم، فهو من جهة مرتبط بصنف معين من العقود، حيث لا وجود لأجـل التفكير في العقود التي تربط المهنيين ببعضهم البعض[4]، ومن ثم يجب أن تتوفر في أحد المتعاقـدين صـفة المهني، وتتوفر في المتعاقد الآخر صفة المستهلك، فالقانون لا يحمي المستهلك، إلا في علاقتـه بـالمهني وعلى هذا الأساس يظل أجل التفكير مجرد إستثناء للنظرية العامة للإلتزامات، وتدعيما لحمايـة المـستهلك الطرف الضعيف في العقد[5].

---

[1] أنظر الجريدة الرسمية 2010، عدد 50، ص 15.

[2] Rabih Chendeb, Op-cit, P138.

[3] Ibid P138 et 139.

[4] ولعل هذا ما يميز أجل التفكير عن بيع الخيار الذي يوفره للأشخاص العاديين من حق العدول.

[5] من التطبيقات النصية المتعلقة "بحق التراجع" ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 90 مكـرر مـن قـانون 04/06 المتعلق بالتأمينات على إمكانية المكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (02) كحد أدنى، أن يتراجـع عـن العقـد "برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال ثلاثين (30) يوما".

ثانيا: تقرير إلتزامات لصالح سلامة المحل:

يشكل "حسن النية" البيئة الطبيعية للمعاملات العقدية فهي التي تضمن سير معالمها، ولعل في تكـريس الإلتزام بالإعلام وتعميق أهميته العملية تبرير لسبب مراعاة أطراف عقدية تتميز بضعفها اقتـصاديا ومـن أجل ذلك نجح تفعيله كمؤسسة قانونية ذات بعد موضوعي في الشكل وآخر أخلاقي في الجوهر.

فبشأن **الإلتزام بتقديم النصيحة والإستشارة** (obligation de conseil)، فهو لا يتوقف عند تقديم المتعاقد المحترف صاحب الخبرة المعلومات محددة وإعلامه بها، بل يتعين فيه تقديم الحل الأنسب والأكثر ملاءمة لمصالح المتعاقد الآخر[1]، وهو في ذلك يبذل عناية أكثر في تحقيق التعاون من أجل التعاقـد، ممـا سيكرس تدخل الأخلاق في التعامل.

ولعل فرض واجب التعاون بهذا المفهوم وفي هذا المجال برره إعتباران:**الأول**، وهو مـا يفرضـه أحيانا تعقيد الأشياء محل التعامل والتي تتميز بدقتها وطابعها التكنولوجي ، كما هو الحال بالنـسبة لمجـال الإعلام الآلي، والذي يتطلب من الزبون إلمامه وعلى بينة، في إختيار النظام الأكثر ملاءمة[2]، وكذلك بيـان وظائفه وفاعلياته من سلبياته، ولولا أهميتها لما نعتت بوصف إلتزام بمساعدة الزبون[3]، وكذلك فـي مجـال الهندسة المعمارية والبناء[4].أما **الثاني**: فيستند على طبيعة المهن التي يتعامل معها هـذا المـستهلك. ولعـل الإتجاه العام للقضاء حديثا، وإبتداء من فرنسا قد إعترف بهذا الإلتزام لأول مرة مع الموثقين[5].

إذ أنه في واقع الأمر يقع عليه واجب التوضيح لأطراف العقد المضمون العقدي حقوقا وإلتزامات[6]، وكذلك فحص ومعاينة العقود على ضوء الشروط المطلوبة[7]، وحتى ضرورة تنبيه المتعاقد بنجاعـة العقـد

أنظر ما نص عليه المشرع في مادة القرض الاستهلاكي ولا سيما في المادة 11 من المرسوم التنفيذي 114/15 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على "أجل العدول" بـ ثمانية (08) أيام... "كما تم تكريس "أجل العدول" بـ سبعة أيام (07) في المادة 11 من المرسوم التنفيذي 114/15 خاصة "عنـدمات يـتم بيـع المنتوج على مستوى المنزل...".

[1] عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، مرجع سباق، ص (17)

[2] وهذا ما صرح به في قرار محكمة النقض الفرنسية. - arr. av.1er ch. 18 Mars 1981, Bull .civ. IV.N° 205, P.162.

[3] أنظر محمد عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ص (16 و 17)

[4] Cité par Ghestin (J), Traité, op cit, en ce qui concerne, l'arr, Civ. 1er 14/10/1997.

[5] كما لو تعلق الأمر بضرورة إعلام المتعاقدين بأن عقد القرض عندما يكف بتأمين لزوجين، فإن الضمان يمنح لأحدهما لا كلاهما.

[6] كأن يعمد إلى التأكد من محل العقد (محل أو شقة أو سكن) أو عدم منازعة الحقوق في محل العقد.

[7] وعادة ما تكون لواجب النصيحة، إزدواجية في المضمون: الأول، ويتعلق بالسهر على تحقيق الفعاليـة التقنيـة والفعاليـة المعلية، ثانيا: وهذا يتطلب الإلمام القانوني الجيد والذي يسهل تقديم نصائح هادفة وكذلك التحقـق مـن مـشتملات العمليـة التعاقدية، بشأن الأشخاص المتعاقدة والإجراءات والمخاطر أو النتائج المترتبة.

وفعاليته[1]، وفي ذلك يشار إلى المادتين **12 و13** من القانون المـنظم لمهنـة الموثـق تكـرس الإلتـزام بالنصيحة[2].

كما أن الإلتزام بالنصيحة من مهام **المحامي**، بإعتباره وكيلا بالخصومة ومستشارا، لهـذا يعتبـر مدينا بإلتزام ببذل عناية[3]، على نفس شاكلة الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب مع مريضه، وهـو بهـذا الوضع يلتزم بإحاطة وكيله بالإجراءات، والحلول والإمكانات القانونية المشتملة عليـه معاملـة أو مـسألة معينة[4].

ولعل القضاء الفرنسي، له تفسيره الموسع "للمؤمن" جرى تحديده لما يعرف "بوسطاء التأمين"، وهم على صنفين: محترفي التأمين (الوكيل العام، السمسار وشركة التأمين)[5]، وكذلك غير محتـرف التـأمين[6] (مؤسسات الإئتمان والأجراء، المكتتب لعقد تأمين جماعي، الموثق، ووكالات الأسفار وغيرهم). وهـؤلاء على تنوع مراكزهم، يفرض عليهم القانون واجب النصيحة لما يتضمنه من ضرورة إلتفات إنتباه المتعاقـد المعني، وملاءمة الضمان مع حاجات المؤمن له، وهي ما تكرسه المادة **70 مكـرر** مـن **الأمـر 95-07 المتعلق بالتأمين** من حماية مستهلك التأمين في مجال التأمين على الأشخاص، والرسملة، كمـا أن المـادة **(253)** منه تنص على أنه "يضع الوكيل العام بصفته وكيلا، كفاءته التقنية تحت تصرف الجمهـور قـصد البحث في عقد التأمين وإكتتابه لحساب موكله (...) وهذا هو تنفيذ الإلتزام بالنصيحة". فالوكيل العام يلتـزم

---

[1] وهو القانون (06-02) المؤرخ في فيفري 2006 (ج ر،14) المتضمن تنظيم مهنة الموثق ومثالها أنه فـي قـرض بنـك مضمون برهن عقاري، يقع على الموثق واجب نصح المقترضين بالإنخراط في تأمين جماعي يضمن تسديد القرض في حالة وقاء أو فقدان أهلية المقترض، وذلك أيضا بالرجوع أيضا للمادة 70 مكرر من الأمر (95-07) المتعلق بالتأمينـات حـول وجود نص خاص يلزم مكتب التأمين الجماعي بإعلام المنخرط.

[2]- أنظر لمزيد من التفصيل أحمد عبد التواب محمد بهجت الإلتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، رسالة الـدكتوراة، جامعـة الزقازيق، بدون سنة، وكذلك، حسني حسين حسن البراوي، عقد تقديم المشورة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 1998.

[3] وهو ما تنظمه مهنة المحاماة في الجزائر، القانون 91-09 المؤرخ في 08 جانفي 1991، والـذي ألغـى الأمـر 01/75 المؤرخ في 1995/09/26.

[4] قارن ما جاء في المرسوم التنفيذي (92-276) المؤرخ في 06 جوان 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطـب، والتـي نصت في المادة (43) منها مثلا، يجب على الطبيب، أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي، كما أن ذلك إمتد إلى مجال حماية الصحة وترقيتها، ملما جاء ذلك، في القانون 90-17 المؤرخ في (31) جوان 1990، المعدل والمتمم رقم 88-15 المؤرخ في 1985/02/16).

[5] نصت على هذه المهن، المرسوم التنفيذي 95-440 المؤرخ في 1995/0/30 المحدد لـشروط منـع وسـطاء التـأمين، الإعتماد والأهلية المهنية وسحبه منهم، ومكافأتهم ومراقبتهم، وكذلك المرسوم التنفيذي 95-341 المؤرخ في 1995/10/30 المتضمن القانون الأساسي للوكيل العام للتأمين، ج (65)، خاصة المادة (28). أنظر المادة 70 مكرر من الأمر (95-07) و 203-205 و (215)، مضيفا في 2006، البنوك، وكذلك المواد 258-259 و 260 منه.

[6] أنظر: محمد بودالي، الإلتزام بالنصيحة في مجال الخدمات، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2005- ص ص 42-44.

بحكم خبرته المهنية و يقوم بتوجيه طالب التأمين لإبرام عقد التأمين الـذي يناسـبه، خاصـة عنـدما راح المشرع يستعمل عبارة " قصد البحث عن عقد التأمين" وهو ما يدل على بذل الوكيل العام للتأمين ما بوسعه ويبحث عن العقد الملائم لمصلحة طالب التأمين.

وأخيرا يمكن تصور أن التطور قد لحق المؤسسات المالية ومؤسسات الإئتمـان، خاصـة بالنـسبة لعمليات الإئتمان أو القرض، أو إكتتاب التأمين الجماعي، وتسيير المحافظ المالية والتي غالبـا مـا تـشكل علاقات تعاقدية مثقلة لكاهل الزبائن قد لا يتعرفون على أسبابها، حتى أن الأمر أصبح كواجب منـع وردع ضمن مسؤوليات البنك[1].

"يبقى أن المتعاقد المحترف يقع عليه واجب أكثر مسؤولية، ويتعلق الأمر بالإلتزام بالتحـذير فـي مجال البيع"[2] من "المخاطر المحتملة التي قد تنشأ إما عن طبيعة الشيء محل البيـع[3]، بحكـم أنـه يتعلـق بعناصرها الذاتية مثل (المواد المتفجرة، والأسلحة، مواد التنظيف السلعة، والعقاقير الطبية)[4]، وكذلك تلـك

---

[1] أنظر: المواد (82)، وما يليها من الأمر (03-11) المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض في الجزائر، وقبله، القانون 84-564) المتعلق بنشاط ومراقبة مؤسسات الإئتمان (1984/01/24).

= وأنظر كذلك، المرسوم التنفيذي، 07-153 المحدد لكيفيات وشروط توزيع منتوجات التأمين عن طريق البنوك والمؤسسات المالية، وما شابهها وشبكات التوزيع الأخرى.

وكذلك قرار (2007/08/06)، المحدد لمنتوجات التأمين الممكن توزيعها بواسطة البنوك والمؤسسات المالية وما شابهها وكذا النسب القسوى لعمولة التوزيع.

كما أن إستحداث آلية مركزية الأخطار centralisation des risques أصبحت ضمن شروط القروض البنكية.

[2] فهذا الواجب هو نصيحة بإتباع سيرة سلبية، بإنذار الدين بألا يخالف التصرف السليم، ووصف النتائج الوخيمة المترتبة على ذلك، فنكر طبيعة المادة المحرقة في بيع المواد المتعلقة بالتنظيف، هو إعلام، أما تفصيل خصائصها عند الإسـتعمال بأنهـا تسبب حروقا في البشرة فهو التحذير، ويختلف عن واجب النصيحة الذي يحمل نصائح مفصلة فبالنسبة للمادة الملتهبة يـوفي بواجب النصيحة البائع الذي يذكر الإسعافات الأولية الواجب أخذها عند الإصابة، والأدوية التي يجب تجنبها. . وأنظر ميرفت ربيع عبد العال، الإلتزام بالتحذير في مجال عقد البيع دار النهضة العربية، 2004، محمد بودالي محمد، حمايـة المـستهلك، مرجع سابق، ص (69)و (70). وكذلك عليان عدة، الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة ماجـستير، جامعـة الجزائر 2009.

[3] مثلما يتعلق بالمواد الغذائية والمشروبات.

[4] تنص المادة (70) من قانون حماية الصحة وترقمتها على تعريف الدواء: كل مادة أو تركيبة يعرض لكونه يحتوي علـى خاصية علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية المواد التي يمكن تقديمها الإنسان، أو الحيـوان، قـصد القيـام بالتشخيص الطبي أو إستعادة وظائفه العضوية أو تصحيحها أو تعديلها" قانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلـق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، ج ر 08)، ثم إن المادة 181 تنص لا يسلم أي دواء إلا بتقديم وصفة طبية ماعـدا بعض المواد الصيدلانية التي تضبط قائمها عن طريق التنظيم، كما أن هناك المرسوم التنفيذي (90-240) المحـدد لـشروط صناعة الأدوية (1990/08/04) (ج ر 30)

التي يتعلق الخطر فيها بالظروف والمؤثرات الخارجية[1]، أو تلك التي يفضي إستعمالها على الخطورة نظرا لتعقيد، تكنولوجيتها وتقدمها العلمي، كالأجهزة والأدوات الكهربائية أو أجهزة المعلوماتية على أصنافها".

ونظر لخصوصية هذا الواجب من حيث نطاقه، فقد راح **الفقه والقضاء** يرون في تحميل المسؤولية عن هذا الإلتزام بالنسبة للصانع أو المنتج أو الموزع وليس معيد البيع[2]، لأن **الفئة الأولى** هي التي يتعين عليها إيراد المعلومات اللازمة عن المخاطر المحتملة الناشئة عن إستعمالها، وكذلك الإحتياطات الضرورية لإستعمالها العادي، الأمر الذي نجده يتوفر في وسائل معينة كالوسم[3] (étiquetage) ودليل الإستعمال (notice ou catalogue) ، وحتى بالوسائل السمعية- البصرية أو بالتحذير الإلكتروني، وغلبت فيه مسألة المسؤولية المهنية تدعيما للإلتزام بالضمان. [4]

يؤكد أهمية هذا الالتزام قانون الاستهلاك والقانون المتعلق بالممارسات التجارية، حيث أن تطور أحكام المسؤولية المدنية ألغى كل إلتباس عن مسؤولية المنتج بموجب المادة **140 مكرر ق م**، حتى لا يتعسف في مواجهته و بالنظر لصعوبة فهم الطبيعة العقدية التي تربط الصانع بالمستهلك النهائي-وهو في الحقيقة لا وجود لأي علاقة- جعل تدعيم نظام هذا الإلتزام مبررا بآلية التأمين من المسؤولية، ومعه لمخاطر المنتوجات بواسطة صناديق خاصة بتعويض ضحايا المنتوجات الخطرة[5]، قفزة نوعية في تطوير مجال الإلتزام بالتحذير في البيئة الإستهلاكية.

---

[1] مثل المواد القابلة الإستعمال والإنفجار.

[6] و ذلك لسبب بسيط، إن معيد البيع (le revendeur) هو مستهلك وسيط بين الصانع أو المنتج وبين المستهلك النهائي.
وإعمال الإلتزام بالتحذير مرتبط بالمنتوج ذاته، خاصة عند الكلام عن دوره الوقائي الذي يتطلب، أن يكون كافيا وكاملا حول جميع المخاطر المرتبطة به، ويحفظ المنتوج، وأن يكون لصيقا بالمنتوج، وأن يكون مقروء يجلب إنتباه القارىء له.راجع في هذا الشأن شكري سرور (محمد) مسؤولية المنتج عن الأضرار، التي تسببها منتجاته الخطرة، ط (1) دار الفكر العربي، 1983، ص ص 24 وما يليها.

[3] الوسم، نص عليه المرسوم التنفيذي (39/90) المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصور والشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتوج ما، والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو وسمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما أو خدمة أو يرتبط بهما. كما أن هناك المرسوم التنفيذي 90-367 المؤرخ في 1990/11/10 المتعلق بوسم المنتوجات الغذائية وعرضها، ج ر (50)، 1990 (خاصة المواد (4) –(5)-(6) وقبلها المرسوم التنفيذي (90-366) المؤرخ في 1990/11/10) المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها ج ر ع 50-1990. وأيضا المرسوم التنفيذي (92-41)(المؤرخ في 1992/12/04) المحدد لشروط إنتاج مواد التجميل والتنظيف البدني وتكييفها وتسويقها في السوق الوطنية وكيفيات ذلك ج ر ع 09.

[4] قارن ما جاء في زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج مرجع سابق : ص ص 93 وما يليها.

[5] ولعل تأسيس ذلك، يرجع إلى التعديل الذي إستحدثه المشرع الجزائري في القانون المدني، بنص القانون (05-10) المؤرخ في 2005 حول المادة (140 مكرر1) من القانون المدني إذا إنعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر" ، وهذا تنسيقا و ملاءمة مع النظام السابق الوجود في قانون التأمينات (المادة (168)

وأخيرا، يلفت الإنتباه إلى أن الإلتزام بالإعلام- ونظرا لعمق جوهره وأبعاده- كان في الأسبق من المضامين العقدية التي كانت سببا في تطوير مجال يتعلق بالأمن الداخلي للهدف التعاقدي، والأمر يفضي هنا إلى مسألة "الإلتزام بالسلامة، أو الإلتزام بالأمن"، الذي وإن كان له أصل تقليدي في إطار القانون المدني، إلا أن تطور البيئة العقدية ومعطياتها والمؤثرات المتعلقة بها شكل دافعا أساسيا لتأطيره أكثر في المعاملات نظرا للطبيعة الخاصة للمتعاقد (وهو المستهلك) ومحل الاستهلاك.

ذهب الفقه من جهة أخرى إلى أن إلتزام البائع المهني بإعلام المشتري يجد أساسه في الإلتزام بضمان السلامة، ذلك أن متطلبات تحقيق ضمان سلامة المشتري تستوجب على البائع تسليم المبيع خاليا من كل عيب، وكذلك توجب عليه أيضا إحاطته علما بما يحتوي عليه المبيع من أخطار ولفت نظره إلى الإحتياطات الواجب إتخاذها لتجنبها[1].

وذهب **القضاء الفرنسي** إلى تبني الرأي في قرار صادر من محكمة إستئناف [2]« **Douai** » حيث جاء فيه" أن الجهاز الكهربائي المتنازع عليه لم يكن مشوبا بعيب خفى يجعله غير صالح للإستعمال المخصص له وفقا للمادة **1641** من القانون المدني الفرنسي، وحيث أن شركة « centravente » أغفلت تحديد الطريقة المثلى لإستعمال الجهاز وبيان أهمية ربط الوعاء الزجاجي على دعامته لسلامة المستعملين، وما يجب إتخاذه من إحتياطات عند إنحراف هذا الوعاء، فإنها تكون بذلك قد أخلت بإلتزامها بالسلامة المستمدة من العقد و،يكون خطئها هو السبب المباشر والحاسم عن وقوع الحادث، حتى ولو كان المضرور الذي لم يتم تبصيره لذلك وضع يده بلا حذر على هذا الوعاء، دون أن ينبه إلى ضرورة فصل التيار الكهربائي".

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة **الأولى** من القانون رقم 660/83 الخاص "بسلامة المستهلكين على أنه "يجب أن تحتوي المنتوجات والخدمات على ضمانات السلامة المرتقبة قانونا منها، وألا تؤدي إلى الإضرار بصحة الأشخاص سواء في حالات الإستعمال المألوف لها أم في الحالات الأخرى التي تدخل عادة في توقع ذوي المهن". وهذا النص يدل على أن المشرع قد إهتم "بفكرة الإلتزام بضمان السلامة

على الأم (95-07) المتعلق بالتأمينات بشأن تأمين عمليات الإنتاج، وكيف أن المشرع الجزائري في عدة مجالات حقق إطارا لإنشاء آلية الصناديق الخاصة ب حوادث المرور الكوارث الطبيعية.

لمزيد من التفصيل، علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 348- عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، ج 1 التأمينات البرية، 1998، ص 14، ومحمد بودالي مسؤولية المنتج، مرجع سابق

-Ainsi que l'article de Mme Lahlou Khiar (G), le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparation systématique .Thèse de Doctorat. Alger. 2006.

[1] أنظر تروت فتحي إسماعيل المسؤولية المدنية للبائع المهني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1987 ص 375.

[2] Cour d'appel, Douai 4 Juin 1954 D.1959 P.708

هذا الحكم مشار إليه أيضا عبد القادر محمد أقصاصي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة) رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة الإسكندرية 2008 ص 113.

وعدها الإلتزام الأساسي الذي يتفرع عنه الإلتزامات الأخرى بما فيها الإلتزام بالإعلام عن مخاطر الـشيء المبيع[1].

وقد تبني المشرع الجزائري هذا الاتجاه في قانون حماية المستهلك وقمع الغش في المادة 9 والناصة على أنه: "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر علـى الأمـن بـالنظر إلـى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومـصالحه وذلـك ضـمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

كما أن المادة 10 منه نصت: "يتعين على كل متدخل إحترام إلزامية أمن المنتـوج الـذي يـضعه للاستهلاك فيما يخص:

- مميزاته وتركيبته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته،
- تأثير المنتوج على المنتوجات الأخرى عند توقع إستعماله مع هذه المنتوجات،
- عرض المنتوج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله وإتلافه وكذا كل الارشـادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج،
- فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة إستعمال المنتوج، خاصة الأطفال،
- تحديد القواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات عن طريق التنظيم"

ويستخلص من هذه النصوص وجوب أن تتضمن المنتجات على ضمانات السلامة ضـد المخـاطر الماسة بسلامة المستهلك وسواء كان ذلك بخلوها من العيوب أو إشتمالها على جميع البيانات التي توضـع مخاطرها وكيفية الوقاية منها وفي هذا المعنى تنص المادة 11/3 من قانون 09-03: منتوج سليم ونزيـه وقابل التسويق هو:"منتوج خال من أي نقص، أو عيب خفي يضمن عنه الأضرار بصحة وسلامة المستهلك أو مصالحه المادية والمعنوية".

ويكون من المستوجب وضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتوج[2]، لذلك "كان لابد أن يتقـرر للمستهلك حق في مواجهة المنتجين والموزعين باعلامه بحقيقة السلعة وعناصرها ومواصفاتها وصلاحياتها وكيفية تفادي المخاطر الناجمة عن سوء الاستعمال"[3]. كما تنص المادة 484 من مرسوم تنفيذي رقـم 13-

---

[1] أنظر عبد القادر محمد أقصاصي، الرسالة السابقة ص 114.

[2] لقد عرف المشرع الجزائري في المادة 13/3 من قانون 09-03 المنتوج الخطير بأنه: كل منتوج لا يستجيب لمفهوم المنتوج المضمون المحدد اعلاه، كما نصت المادة 12/3 من نفس القانون: "المنتوج المضمون هو كل منتوج في شروط إستعمالها العادية أو الممكن توقعها بما في ذلك المدة لا يشكل خطرا ويشكل أخطارا محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع إستعمال المنتوج وتعتبر مقبولة بتوفر مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص".

[3] أنظر د/ سي يوسف زاهية حورية، الإلتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزو وزو، عدد 2009/2، ص56.

378: "يجب على المتدخلين إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالأخطـار علـى الـصحة والأمـن المرتبطة باستعمال المنتوج".

ومن الضروري إستجابة المنتوج سواء أكان سلعة أو خدمة، بمجرد وضـعه رهـن الإسـتهلاك، للتعليمات التنظيمية المتعلقة بها في مجال أمن وصحة المستهلك وحمايته (المادة 5 من مرسوم تنفيذي 12-203)[1]، وبرزت هذه الحماية في مميزات السلعة من حيث تركيبتها وشروط إنتاجها وإستعمالها وصـيانتها ...وكذا شروط النظافة الواجب توافرها في الأماكن المستعملة للإنتاج ...

ولضمان صحة اللمستهلك وأمنه نص المشرع في المرسوم 12-203 على مبدأ تتبع مسار الـسلعة والخدمة "Traçabilité du bien et du service" في المادة 4/5 منه على ما يلي:

"ويقصد بتتبع مسار السلعة الإجراء الذي يسمح بتتبع حركة سلعة من خلال عملية إنتاجها وتحويلها وتوضيبها وإستيرادها وتوزيعها وإستعمالها وكذا تشخيص المنتج أو المستورد ومختلـف المتـدخلين فـي تسويقها والأشخاص الذين أقتنوها، بالإعتماد على الوثائق".

"يقصد بتتبع مسار الخدمة: الإجراء الذي يسمح بتتبع عملية تقديم خدمة، في كـل مراحـل أدائهـا للمستهلك الذي إستفاد منها بالإعتماد على وثائق".

إن ظهور مصطلح جديد والمتمثل في مبدأ تتبع "مسار السلعة أو الخدمة"، بموجـب مرسـوم 12-203 دلالة على حماية فعالة وشاملة للمستهلك من الأخطار الناجمة عن إستهلاكه للمنتوج يـضر بـصحته ويتلف ماله مما إقتضى تأمينه بوضع آليات إجرائية، قانونية وحمائية تجعل المستهلك يتتبع مـسار الـسلع والخدمات من موقع الإنتاج إلى إجراءات البيع والتوزيع والعرض في نقاط البيع، لأن هذا المـسار تحفـه كثير من المخاطر التي تهدد سلامة وصحة المستهلك بإعتباره طرفا الأضعف عقديا.

كما تعتبر كل سلعة أو خدمة مضمونة عندما تكون مطابقة لمتطلبات الأمن (المادة 9 من مرسـوم 12-203)، وإستوجب المشرع على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات وضع في متناول المـستهلك كل المعلومات التي تسمح له بتفادي الأخطار المحتملة والمرتبطة بإستهلاك أو بإستعمال السلعة أو الخدمـة (المادة 10 من مرسوم 12-203)[2].

وأنظر أيضا عبد الكريم جواهرة، الإلتزام بالسلامة في عقد البيع، بحث لنيل الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2003، ص41 وما يليها.

[1] وجاء هذا المرسوم تطبيقا لأحكام المادة 10 من القانن رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، ويهدف هذا المرسوم إلى تحديد القواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات.

[2] وقد نصت المادة 11 من مرسوم 12-203 يلزم المنتجون والمستوردون قصد وضع الأحكام المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه حيز التنفيذ، بالقيام على الخصوص، بما يأتي:

- الإشارة على الغلاف والتوضيب لهويتهم وعناوين الإتصال ومرجع المنتوج ورقم حصته و/أو تاريخ صنعه وكذا بلده الأصلي.

وألزم المشرع أيضا الموزعين "Distributeurs" على بالإمتثال لقواعد أمن المنتوجات التي توضـع في السوق (المادة 13 من مرسوم 12-203) وذلك عن طريق:

- توفير الوثائق اللازمة لمتابعة مسار المنتوجات وتوفيرها.
- إرسال المعلومات المتعلقة بالأخطار المسجلة أو المعلن عنهـا والمرتبطـة بهـذه المنتوجـات للمنتجين أو المستوردين.
- المشاركة في التدابير المتخذة من المنتجين أو المستوردين والسلطات المختصة المؤهلة لتجنـب الأخطار.

ويقع على عاتق المنتج أو المستورد ومقدم الخدمة إذا علموا وكان يجب عليهم أن يعلموا، بأن السلعة الموضوعة في السوق أو الخدمة المقدمة للمستهلك تشكل خطرا على صحته أو أمنه، فإنهم ملزمون بإعلام مصالح الوزارة المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش المختصة إقليميا فورا بذلك (المادة 14 مـن مرسـوم 12-203)[1].

ولتأكيد أهمية الإلتزام بالسلامة من حيث كونه يعمل على إعادة التوازن العقدي، ويكرس المساواة في العلم والدراية بين المهني والمستهلك، راح البعض[2] إلى القول بأن "الإلتزام بالإعلام بالصفة الخطرة للشيء المبيع وبيان كيفية إستعمالها والوقاية من أخطاره، يجد أساسه في الإلتزام بضمان الـسلامة" لأن "الإلتـزام بالإعلام تابعا للإلتزام بضمان السلامة أو وسيلة لتحقيق السلامة عندما يتخذ شكل التحذير"[3]، بينما يطالعنـا رأي آخر[4] على أن "إلتزام بالإفضاء الذي تنشأ على عاتق المنتج بعد تنفيذ العقد والذي يتمثـل فـي تقـديم

- إعلام الموزعين بشان متابعة منتوجاتهم.
- مسك سجل خاص بالشكاوى عند الإقتضاء.

[1] كمية الإجراءات والتدابير التي تتخذها الإدارة المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش من سحب كل سلعة من السوزق أو توقيف الخدمة إذا كانت لا تستجيب لمتطلبات الأمن، وكذا الإنذارات المحررة بشأن الأخطار، توجيه أوامر إلى المتدخلين المعنيين بإعلام حول الأخطار الناجمة عن السلع أو الخدمات.

أنظر المواد (15، 16، 17، 18، 19، 20، 21، 22 من مرسوم 12-203 المتعلق بأمن المنتوجات).

[2] أنظر د/ نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد في الأداء البيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقها على بعض أنواع العقود، دراسة عقدية قضائية، دار النهضة العربية، 1990، ص149.

[3] أنظر د/ عبد القادر أقصاصي، الرسالة، ص145.

[4] أنظر د/ سي يوسف زاهية حورية، الإلتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المقال السابق، ص58.

قارن فيما ذهب إليه البعض من وجوب إستقلال مفهوم الإلتزام بضمان سلامة المستهلك عن مفهوم الإلتزام بضمان العيوب الخفية، راجع بالتفصيل في هذه االمسألة د/ محمد سليمان فلاح الرشيدي، نظرية الإلتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998، ص437.

Voir aussi sur ce sujet, Rabih Chendeb, le régime juridique du contrat de consommation, Op-cit, P276 et 277.

البيانات الفنية والمعلومات اللازمة بعد إقتناء المنتوج لحماية المـستهلك هـو عنـصر لـضمان سـلامة المستهلك".

ويبدو أن ثمة ربط جدلي بين الأمن، والمطابقة من جهة، والإلتزام بالسلامة من جهة أخرى، إذ تنص المادة 18/3 من قانون 09-03 على أن: "المطابقة إستجابة كل منتـوج موضـوع للإسـتهلاك للـشروط المتضمنة في اللوائح الفنية والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به" وإذ يعد الأمن مظهر لهذه المطابقة[1]، هذه الأخيرة يجب أن تستجيب للرغبات المشروعة من حيث طبيعته وصنفه ... وكمياته ... والأخطار الناجمة عن إستعماله، وأيضا من حيث مصدره وتاريخ صنعه والتاريخ الأقـصى لإسـتهلاكه، والرقابة عليه[2] ...إلخ (المادة 11 من قانون 09-03).

وتنص المادة 6 من مرسوم 12-203 على ما يلي: "تثبت مطابقة السلعة أو الخدمـة مـن حيـث إلزامية الأمن بالنظر للأخطار التي يمكن أن تؤثر على صحة المستهلك وأمنه".

تقييم مطابقة السلعة أو الخدمة من حيث إلزامية الأمن بمراعاة:

- التنظيمات والمقاييس الخاصة المتعلقة بها.
- المستوى الحالي للمعارف والتكنولوجيا.
- الإستعمالات المرتبطة بحسن السير في مجال الأمن والصحة.

تأسيسا عليه، فالإلتزام بالمطابقة بموجب نص المادة 06 من هذا المرسوم هو مراعاة المواصـفات التنظيمية والمقاييس[3] المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، فضلا عن الأمن المنتظر من المستهلك، بغية وضع منتوج خال من كل عيب أو نقص، أو خطر ناجم عن إستعماله يمس بصحة االمـستهلك وسـلامته، وننتهـي أن الإلتزام بالسلامة يعتبر مظهرا من مظاهر المطابقة.

---

[1] ويرى االبعض أن مصطلح المطابقة له مفهومان: مفهوم ضيق وهو بمعنى المطابقة للقوانين والتنظيمات السارية المفعول، ومفهوم موسع يرجع للغرض المنتظر من هذه المطابقة ألا وهي الإستجابة للرغبات المشروعة والمنتظرة من قبل المستهلك. راجع زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، الرسالة السابقة، ص135.

[2] وفي هذا المعنى تنص المادة 12 من قانون 09-03: "يتعين على كل متدخل إجراء رقابة مطابقة للمنتوج قبل عرضه للإستهلاك طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول". كما تنص المادة 6/4 من مرسوم 12-203: "التدابير المتعلقة برقابة مطابقة السلعة أو الخدمة لمتطلبات الأمن المطبقة عليها".

[3] تعرف المقاييس على أنها الوثائق التي تبين خصائص المنتوج أو الخدمة، هدفها الأساسي المطابقة المشروعة للمنتوجات والخدمات، فالمقياس وسيلة لأمن المستهلكين وهي المعايير التي تحدد خصائص معينة لحماية صحة وأمن المستهلكين، ويهدف التقييس بوجه عام للبحث في مطابقة المنتوج من وجه مباشر، غير أنه يهدف عن طريق غير مباشر إلى البحث في مسألة السلامة.

أنظر زوبير أرزقي، الرسالة السابقة، ص136 و137، راجع أيضا قانون 90-18 المؤرخ في 31 يوليو 1990، يتعلق بالنظام الوطني القانوني للقياسة، ج.ر، عدد 35 الصادر 1990.

المبحث الثالث: حسن النية قاعدة أخلاقية في العقد بموجب المادة 1/107 من ق.م

يبدو أن "المبادئ الأخلاقية" الحديثة ستؤدي إلى قيام توازن عقدي جديد، لكون التشريعات اليوم تميل إلى نوع من العدالة التي يكون أساسها حسن النية العقدية"[1]. ويعتبر بعض الفقه[2] "أن مفهوم حسن النية في جوهره قاعدة أخلاقية أكثر من كونه قاعدة قانونية ولكنها تحولت إلى قاعدة قانونية من خلال الأهداف القانونية التي تتوخى تحقيقها والقيم القانونية التي تحاول حمايتها". ويؤكد الفقيه Pothier أن تنفيذ بحسن النية يعني تنفيذا على نحو مفيد.

"فالأخلاق تسعى بواسطة "حسن النية" إلى النفاذ إلى سلوك كل شخص بطريقة فردانية لتهذبه وتجعله مثاليا مماثلا لمجتمع متكون من أفراد يشتركون في الإستقامة والصفات الفاضلة، في حين أن القانون يهدف من وراء إدراجه لحسن النية في تنفيذ العقد إلى إرساء علاقات تعاقدية دائرة في ظروف تسود فيها قيم الأمان والثقة والعدالة، في حين أن الأخلاق تُرمى ورائها بصفة فردية لتجعل كل متعاقد ذي سلوك أمين وعادل"[3].

ولعل في حسن النية تجسيد لمؤسسة قانونية بمكونات أخلاقية ومن خلالها تظهره المادة 1/107 من ق.م. كقاعدة سلوكية موجهة لتنفيذ الإلتزام، والقاضي هو من عليه تفعيلها.

وراح العميد Cornu يعرف "سلطة معدلة" (Le pouvoir modérateur) للقاضي لأنه خيار مفتوح له من أجل تخفيف من صرامة المبدأ في حالة التي يؤدي تطبيقه إلى نتائج مفرطة، وينتهي إلى القول أن "حسن النية" مفهوم إطار "لقدرته على استيعاب المعطيات والمكونات"[4].

ويعد حسن النية "قاعدة مرجعية"[5]، "تشكل معيارا موحدا للسلوك الإجتماعي كفيلا بأن يتوافق مع خصوصيات كل حالة محددة وانطلاقا لما يتسم به كونه قاعدة مرجعية من وضوح وموضوعية فإنه بإمكان القاضي اعتماد هذا المعيار لتقدير سلوك المتعاقد عند تنفيذ الالتزام".

توخت بعض الاتجاهات الفقهية[1] "لإضفاء بعد جديد للمعطى السلوكي والأخلاقي في نطاق معالجة الجانب القانوني لكيفية تنفيذ الإلتزام"، إلا أنه إنتهى إلى التركيز على السلوك النزيه، وعلى الثقة والتعاون

---

[1] انظر ذهبية حامق، الرسالة السابقة، ص 22.

[2] Karine (De la A-P), la réfaction du contrat, op.cit., n° 425, P 260 et 261. L'auteur décrit que: "La bonne foi agit sur deux plan: le plans objectif en permettant au juge de redonner au contrat le contenu qu'il doit avoir et sur le plan subjectif en donnant au juge la mission d'intervenir sur la conduite des contractants par une incitation à refaire le contrat lorsque, son congenu s'avère illicite et / ou déséquilbre. Voir le meme l'auteur dans son ouvrage, op.cit, n° 430, P 263.

[3] انظر أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 423.

[4] Cité par Mohamed Hammouda, Mouvement du droit contemporain, Mélanges, Sassi Ben Halima, op.cit. P. 1061.

[5] Al Sanhouri (A. A). le standard juridique, in « recueil d'études sur les sources du droit ». en l'honneur de Geny (F) . T. (2), les sources générales des systèmes juridiques actuels, Paris, 1934, P. 145. Cité par Mohamed Hammouda -Melanges- Sassi Ben Halima, Art précitée P. 1061.

الذي يستوجب تأمينها في المعاملات بين أطراف العقد (**المطلب الأول**)، كما يبرز التقارب بين التعسف في إستعمال الحق التعاقدي والمادة 1/107 من ق.م (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: تأطير محدد لمفهوم "حسن النية"

يرى بعض الباحثين[2] وجوب "تنفيذ العقد بحسن النية من طرف المتعاقد، وهذا يقتضي نزاهة المتعاقد وإخلاصه من جهة وتعاونه من جهة ثانية تسهيلا لتنفيذ العقد".

ولاشك أن حسن النية في تنفيذ العقد يستوجب النزاهة والأمانة والثقة، بل إن من أهم مظاهر حسن النية في العقد : **النزاهة** التي تعني البعد عن الغش[3] أثناء تنفيذ العقد (**الفرع الأول**)، كما أن واجب **التعاون** واجب تعاقدي ومتبادل بين الطرفين المتعاقدين (**الفرع الثاني**)، والثقة المشروعة واقع داخلي في نفس المتعاقدين مستمد من معيار موضوعي مفاده، مطابقة الإتفاق لما هو مألوف في المعاملات، وما يتلاءم وأسسها القانونية الموضوعية خارجة عن إطار التوقع الذاتي المحسوب وتقدير شخصي غير المنسجم والمختلف عن متعاقد لآخر (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: تأثير مبدأ "النزاهة" على تحقيق شخصية عقدية عادلة

يرى الأستاذ[4] « **Denis Mazeaud** » "أن النزاهة والتضامن والأخوة تعتبر مستقبلا لعالم عقدي أفضل، ولا يمكن تصور علاقة قانونية دون واجب النزاهة، حيث تبدو مظاهر هذا الأخير دائما ذا طبيعة سلبية"[5].

ويمكن تصور صورة الإلتزام بالنزاهة في علاقة تبادلية بين الطرفين، إلا أنه عندما يدخل إلى مجال يتصف بالخصوصية، فإنه يمكن أن ينفرد بها أحد الأطراف نظرا لتوفر خصائص معينة أو خبرة شخصية[6]. وعلى سبيل المثال أستهلك قطع العلاقة التعاقدية تحت طائلة أخلاق سلطان الإرادة أو مسلمات

---

[1] Mohamed Hammouda, Melange Sassi Ben Halima, Art précitée P.1054.

[2] أنظر علي فيلالي، الدين والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008، ص 68.

[3] أنظر محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية - دراسة مقارنة- في القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2004، ص 77.

[4] Mazeaud(Denis), Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle,op.cit. 608 et 609.

[5]Aynès(L), l'obligation de loyauté, archives de philosophie du droit ; T. 44. Dalloz 2000 p. 197.
- Voir aussi: Lahlou (K.G), La protection du contractant faible, art précitée, p.35: "Les notions de loyauté et de confiance ne doivent pas être prises à la légère en Algérie", Bencheneb (A), contrat, op.cit., p 91.

[6] Bencheneb(Ali), Contrat, op.cit. .p. 266 : « des lors, le comportement des parties, spécialement dans l'exécution des contrats sous entend une loyauté réciproque, étant entendu que le niveau de loyauté peut dépendre des qualités et du niveau d'expertise de chacune des parties ».

المساواة والحرية التعاقدية ليصبح إلتزاما بالنزاهة التعاقدية مثلما أتفق عليه الطرفان في صورة للشراكة لا للتنازع[1].

ولم يتردد الفقه[2] في إعتبار المادة **1134 م.ف** أساسا للإلتزام بالنزاهة في تنفيذ الإلتزامـات العقديـة الذي كرسه القضاء الفرنسي[3] (**أولا**)، إلا أنه يمكن أن يكون المدين حسن النية ، لكنه غير أمين عندما يخلو سلوكه من سوء النية، ولا يضمر غشا أو نية للإضرار بالمتعاقد الآخر، رغما ذلك لا ترتقى به مجهوداتـه في التنفيذ إلى مرتبة المدين المخلص، مما دعا البعض إلى القول[4] أن" مصطلح واجب الإخلاص هو أكثـر تحديدا من مصطلح حسن النية" (**ثانيا**).

أولا: تكريس النزاهة كمبدأ أخلاقي

يعتبر الفقيه « **Ghestin** » أن "النزاهة العقدية في العقود المكمل الـضروري للعدالـة العقديـة[5]، والنزاهة عموما تنفيذ للالتزام بالإخلاص بصفة تمكن من تحقيق الهدف الذي يتوخى إليه العقد، وهـو مـا يفرض تجنب التغرير وجميع أنواع الغش[6] أثناء تنفيذ العقد[7]، حيث تغدو النزاهة العقدية الحيز الذي يخـيم على الدائرة العقدية[8].

ويستخلص البعض[9] من المادة **1/107** بمفهوم المخالفة، "أنه ينهي عن التنفيذ الذي ينطوي على غش مما يوجب أن يكون سلوك المتعاقد نزيها أثناء تنفيذ العقد، و أن يمتنع عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيـذ

---

[1] Mazeaud (Denis), Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle, op.cit .p. 610 : « plus au moins sèchement et nettement, la rupture a ainsi été consommée avec le mythe de l'autonomie, de la volonté et les postulats d'égalité, et de liberté contractuelle. Et le devoir de loyauté contractuelle doivent être traités comme des partenaires et non comme des proies ».

[2] Voir Larroumet (Ch), Les obkigations – contrat, op.cit .p. 59.

[3] Cass.com.du 31 mai 1994, RJ.A 19994. n°. 1129 : « Le créancier de celui qui a garanti l'exécution de ses obligations par le locataire gérant d'un fond de commerce, manque a son obligation de loyauté s'il continue ses livraisons au profit du débiteur, exploitent du fonds de commerce, sans aviser le garant dont il a aggravé les obligations par son inaction ».

[4] أنظر صلاح محمد أحمد، التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية، مجلة الحقوق، المجلـد (1) العـدد (1) جانفي 2004، كلية الحقوق، جامعة البحرين، ص 45 وما يليها: "وقد تساؤل هذا المؤلف فيما إذا كان واجـب النزاهـة والإخلاص بديلا ومنافسا لمبدأ حسن النية".

[5] Voir Ghestin (J): la formation du contrat, op.cit. n° 60 P.42.

[6] عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد 1974، ط(1)، مطبعة اليرموك، ص 59، 60 و 61، حيث يرى هذا المؤلف: "أن الغش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد وهو ينطـوي تحـت اصطلاح "الخطأ العمد" إذ أن كل غش هو خطأ عمد ولكن الخطأ العمد ليس غشا دائما وإذا تساءلنا عن موقف القانون من الخطـأ العمد، لرأينا أن القانون يساوي في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم، ولم يتطرق إلى الخطأ العمد فإذا كان الخطأ الجسيم وهو مرتبة من مراتب خطأ الإهمال يساوي الغش في حكمه لذا كان من باب أولي أن يتساوى الغش والخطأ العمدي في الحكم أيضا".

[7] انظر محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 259.

[8] Mazeaud(D), loyauté, solidarité, fraternité,p.613 et ss.

[9] انظر بودالي محمد: مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 67.

الالتزام عسيرا ومستحيلا"[1]. وتشكل أخلاقيات العقد -عندما يلتزم بها عند تنفيذ العقد- إطارا مناسبا وهامـا لتقويم سلوكيات عقدية، من ضمنها النزاهة والإستقامة وتجنب الأضرار بحقوق المتعاقد[2].

ويبدو أن الفقه الفرنسي وهو بصدد البحث في المادة **1134 م.ف**، يجعل من الغش أثناء تنفيذ العقـد مظهرا أساسيا لسوء نية المدين، ويعد سلوكا مناقضا لمبدإ حسن النية وسلوكا غير نزيه ومخالفا للقـانون[3] بإعتباره غير مشروع[4]. وحيث أن الأستاذ **Jourdain** يؤكد أن المصدر الإنشائي لحسن النية في مفهـوم النزاهة [5]، على غرار ما يراه [6]**Ghestin** في إعتبار هذه الأخيرة أكثر ملائمة من الإستقامة والصراحة ، وذلك لدورها الفعال والشمولي في مفهوم حسن النية[7].

وبدأت قرارات **القضاء الفرنسي**[8] تهجر الأفكار العقدية الكلاسيكية ذات النظـرة الفرديـة والأنانيـة للعلاقات العقدية شيئا فشيئا ، لتفرض على المتعاقدين تبني سلوك شرعي ونزيه تصبح من خلاله الـدائرة

---

[1] أنظر فيلالي علي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 369.

[2] "فالنزاهة هي أن نوفي بالعقود وأن نوفي بالعهود، وأن نقوم بالشروط، وأن ننفذ ما اتفقنا عليه والتزمنا به ... وهذا ما أثبته الشرع في جميع مذاهبه (...) وقد كان من أسباب الاهتمام بهذا المبدأ (مبدأ النزاهة في العقود) ارتباط قواعـد العدالـة فـي الشرع بقواعد الاحسان والأخلاق ... ومن نتائج مبدأ النزاهة في المعاملات قواعد عديدة وفروع كثيرة، نـذكر بمـضامينها على سبيل المثال (...) وهي قاعدة سد الذرائع، ومنع الغش في المعاملات وتجريم الاستغلال ومنع الأضـرار بالتعـدي أو بالتعسف ..." , انظر صبحي المحمصاني، مقدمة في إحياء علوم الشريعة، دار العلم الملايـين، بيـروت، 1962، ص 226 و227.

[3] Baj(Claude), le principe de loyauté et le prix du marché, Mélange en l'honneur du Dominique Schmidt, éd. Joly. Paris 2006, p.3.

وفي هذا المعنى: تنص المادة 14 من قانون 04-02: "يمنع على أي شخص ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الـصفة التي يحددها القوانين المعمول بها".

[4] انظر الفصل الأول المعنون بـ" الممارسات التجارية غير الشرعية من قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيـو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[5] Jourdain(P), la bonne foi dans la formation du contrat, Rapport Français, in « la bonne foi » . (Journée des travaux de l'association Henri Capitant. Ed. Letec 1992, p. 121.

[6] Ghestin (J). la formation du contrat, op.cit. n° 255 P P. 231.

[7] إذ نجد تطبيقا لمفهوم النزاهة في قرار مؤرخ في 1995/05/23 "أن المستأجر حسن النية، بمعنى القانون المدني هو ذلك الذي يفي بالتزاماته التعاقدية" (انظر ذيب عبد السلام: عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقـه واجتهـاد المحكمة العليا ط(1)، 2001، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 24.

كما نجد تطبيقا للنزاعة أيضا في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بالقرض الاستهلاكي على فكرة النزاهـة والناصة على مايلي: "يجب أن يتضمن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهـة توضـح علـى الخـصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه وكذا حقوق وواجبات أطراف عقد القرض"، أنظر: ج. ر. الصادرة فـي 13 مـاي 2015، العدد 24.

[8] Mazeaud(D). , loyauté, solidarité, fraternité, op.cit.

العقدية مجالا واسعا يضبطه القانون بل يستوجب أن يكون مجالا متحضرا منظما قائمـا علـى الاحتـرام المتبادل بين الأطراف.

وأشار المشرع الجزائري في **الباب الثالث** المعنون بـ: نزاهة الممارسات التجارية من قانون رقـم 04-02 حيث نصت **المادة الأولى**: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين ..."، ويستخلص من هـذا الـنص أن المشرع إستوجب الإلتزام بالنزاهة في علاقة العون الاقتصادي بالمستهلك معتبرا إيـاه أسـاس العلاقـات العقدية. كما يلاحظ إعتبار الأفعال المكونة للنزاهة عرفها ذات مفهوم سلبي، حيث عنون **الفصل الأول** بـ: الممارسات التجارية غير الشرعية[1]، بينما **الفصل الثاني** بـ: ممارسة أسعار غير شرعية[2]، والفصل الثالث بـ: الممارسات التجارية التدليسية[3]، أما **الفصل الرابع** بـ: الممارسات التجارية غير النزيهـة[4]،**والفـصل الخامس** بـ: الممارسات التعاقدية التعسفية[5]، لذلك أولى قانون 04-02 إهتماما كبيرا للإلتـزام بالنزاهـة، حيث حدد نزاهة المعاملات من خلال الفرضيات المناقضة لها، والتي يستخلص من مجموعها أن الـسلوك النزيه هو ذلك السلوك الخالي من التدليس الذي ينبذ سوء النية ويتجنب الإضرار بالمتعاقد، وهذا إنعكاسا لما سبق إليه الفقه الفرنسي في إظهار ذلك الفحوى المتنوع في مفهوم الإلتزام بالنزاهة[6].

إن مبدأ النزاهة يجمع **مفهومين** متقاربين كالشفافية والإخلاص و يجعلهما يتشاركان فـي تكوينـه[7]، وفرض الشفافية من طرف المشرع[8] قائمة على منع الإخفاء أو التخفي من وراء الإلتـزام بالـسرية[9]، لأن الغموض غالبا ما يكون وليد إنعدام توازن عقدي، في حين أن الشفافية شرط من شروط حيوية العقد، فحسن

---

[1] الفصل الأول من الباب الثالث، انظر من المواد 14 إلى غاية 21 (من قانون 04-02).

[2] انظر من المواد 22 إلى 23 (من قانون 04-02).

[3] انظر من المواد 24 إلى 25 (من قانون 04-02).

[4] انظر من المواد 26 إلى 28 (من قانون 04-02).

[5] انظر المادة 29 (من قانون 04-02).

[6] Laurent (Aynès). L'obligation de loyauté, Archives de philosophie du droit .T. 44 Dalloz. 2000. p.195. « Permanence et variation de l'obligation de loyauté dans trois type de rapports juridique » :1-« Les rapports de confiance : l'obligation de loyauté s'identifie au devoir de protéger l'intérêt de l'autrui, fut-ce, centre son propre intérêt (mandat de représentation, société, éditions, cautionnement … 2- Les rapports de méfiance : chacun des partenaires protège son intérêt, la loyauté s'identifie à la prévisibilité de son comportement (négociations, exécution, rupture du contrat) .3- Les rapports conflictuels (concurrence, marchés financiers, procès civil et pénal) » .

[7] Laurent(Aynès), l'obligation de loyauté, op.cit, p. 197.

[8] حيث نصت المادة الأولى من قانون رقم 04-02: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية..."

[9] لمزيد من التفصيل انظر لطاش نجية، مبدأ الشفافية في قانون المنافسة بالجزائر"، رسالة ماجـستير، 2003-2004، كليـة الحقوق، جامعة الجزائر، ص 13 وقد طرحت الباحثة تساؤلا عن أهمية قاعدة الشفافية التي تفوق أهمية قاعدة النزاهة.

النية تمنع المتعاقد من المطالبة بتنفيذ عقد تتسم بنوده بالغموض كالمطالبة بتنفيذ البنود السرية[1]. وفي هـذا المعنى يرى الأستاذ **Mazeaud** أن الشفافية والتجانس واللياقة هي المستلزمات الثلاثة لواجب الاستقامة والنزاهة الذين يحققان الحياة للعقد كمجال اجتماعي « Lieu Social »[2].

وإن الإلتزام بالإعلام صورة من صور النزاهة، لكونه يتطلب التنفيذ بصدق وأمانـة، وجـه عملتـه الثانية، -حتى لا يبقى منفردا- أما مرتبة التعاون فهو أن يسهل تنفيذ العقد أي يتعاون مع المتعاقد الآخر.

ولعل القضاء هو الآخر قد أحيا مفهوما مركبا مع الإلتزام بالنزاهة، ويتعلق الأمر بإعادة التوازن إلى العقد، مع أنه وضع متذبذب، بل صعب عند التفكير بالصعوبة التي كان يجدها القضاء فـي العديـد مـن قراراته في التخيير أو الملائمة بين إعادة التوازن للعقد أوالجزاء عليه بسبب نقض الإلتزام بالنزاهة[3].

لم يتردد القضاء الفرنسي في العديد من قراراته في إثراء مضمون العقد وإنشاء إلتزامـات جديـدة، ومن ضمنها الإلتزام بالنزاهة[4]. ولعله لولا القيمة التي حظيت بها فكرة النزاهة باعتبارها قيمة معنوية ضمن الفضائل التي حرص فقهاء الأخلاق العقدية بوسمها في العلاقات العقدية المعاصرة إلى درجة من التركيـب المتجانس مع غاية الإستقرار العقدي لما أمكن الوصول إلى الإعتراف بقاعدية الإلتزام بالنزاهة في النظرية العامة للعقود[5].

وقد نصت **المادة 27 الفقرة الرابعة من قانون رقم 04-02** "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون، لاسيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يأتي: إغـراء مستخدمين متعاقدين مع عون إقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل"، ويبدو على ضوء هذا النص أن المشرع ألزم بعدم إغراء المستخدمين للإضرار بعون إقتصادي آخر منافس وإعتبرها من الممارسـات التجارية غير النزيهة، مما يوحي بمفهوم المخالفة بوجوب الإلتزام بالنزاهة ومضمونه عدم منافسة عـون إقتصادي آخر منافس.

أما على مستوى القانون المدني، فقد نص المشرع على حالات وتطبيقات عديدة للإلتزام بالنزاهة، فقد نصت المادة **361 ق.م** على ما يلي: "يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن

---

[1] Mestre (J). Transparence et droit des contrats, in « la transparence », Revue, Jur, com, 1993, Numéro spécial.

[2] Mazeaud(D), loyauté, solidarité, fraternité, op.cit, p. 617.

[3] Flécheux George, Renaissance de la bonne foi et loyauté dans le droit des contrats, Mélange offertes à Jaques Ghestin. L.G.D.J. Paris, 2001, P. 342.

[4] Voirv Chazal,(Jean-Pascal). Les nouveaux devoirs des contractants est-on allé trop loin ? .op.cit .p. 100.Voir aussi. Et Lyon-Caen (Gérard) , l'obligation implicite, archives de philosophie du droit, Tome ;44 -Dalloz- 2000 .p. 109 et S.

[5] « Le principe de loyauté est une vertu sur un plan sociologique, la loyauté est le fondement de bien de confiance dont est tissé le lien social. Sur un plan juridique la loyauté est un devoir moral, une norme générale de comportement. Sur le plan contractuel, spécialement le principe de loyauté se présente comme une valeur éthique qui contribue à la moralisation à la sécurité juridique et à l'efficience économique du contrat. Voir Mekki (Mustapha), op.cit. p. 774.)

يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا"، وتشمل هذه المادة على إلتزامين في مواجهة البائع، إلتزام الأول **إيجابيا**، وهو إلتزام بعمل، ومضمونه القيام بكل ما هو لازم من الأعمال التي تتعلق بنقل ملكية الحق المبيع، والإلتزام الثاني **سلبي**، ويتمثل في إلتزام البائع بالإمتناع عن كل ما يعوق نقل الملكية إلى المشتري[1]، كما أن المتعاقد يكون قد أخل إلتزامه بالنزاهة إذا تم تنفيذ العقد بطريقة غير مرضية، كما أشارت إلى ذلك المادة **553 م.ج**، لكون التنفيذ السيئ يساوي عدم التنفيذ[2]، وراح البعض[3] إلى إعتبار أنه من النزاهة ألاّ يدفع المتعاقد بعدم التنفيذ بموجب **المادة 123 ق م** لمجرد أن المتعاقد معه قد واجهته بعض الصعوبات الموضوعية في تنفيذ إلتزامه، بل يجب أن يستند دفعه إلى إعتبارات أكثر جدية.

إذا كان المشرع قد ترك للأفراد الحرية في إتفاقاتهم إلا أنه قيد هذه الحرية[4]، وذلك بالنص على عدم جواز بعض الإتفاقات أو بطلانها، وهكذا نجد المشرع ذهب إلى بطلان كل إتفاق يكون القصد منه الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب في عقد الإيجار، وذلك في حالة ما إذا لم يبين المؤجر غشا منه بسبب هذا الضمان، وفي هذا المعنى تنص المادة **490 م.ج** "يبطل كل إتفاق يتضمن الإعفاء والتحديد من الضمان بسبب التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى غشا بسبب هذا الضمان"، ويستخلص من هذا وجوب أن يكون سلوك المؤجر نزيها وخاليا من الغش لأنه يجوز تعديل أحكام الضمان، شريطة ألا يكون المؤجر على علم بالعيب وأخفاه غشا[5].

---

[1] أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني –العقود المسماة- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2003، ص 241.

- Voir aussi: Lahlou (K.G), La protection du contractant faible, art précitée, p.34: "l'obligation de loyauté qui se taille la part du lion dans les textes, impose au contractant de s'abstenir de tout acte ayant pour but de nuire à l'autre partie, de lui frendre l'exécution de son obligation plus difficile…".

[2] انظر فيلالي علي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 369.

[3] انظر المرجع نفسه، ص 369، وانظر أيضا بناسى شوقي، مرجع سابق . الذكر. ص.103: "حيث إعتبر أن واجب النزاهة يعني على المدين تنفيذ إلتزامه بصورة أمينة ومخلصة، رغم الصعوبات التي يمكن أن تعترضه أثناء التنفيذ، سواء كانت جدية أم لا، واعتبر أنه من النتائج المترتبة على فكرة الأمانة والإخلاص: أنه في العقود الملزمة للجانبين لا يمكن لأي طرف أن يطلب من الآخر تنفيذ التزامه دون أن يقدم ما عليه من التزامات، وهكذا الأمر بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ، حيث تكون مخالفا لحسن النية مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ دون أن ننفذ ما علينا من التزامات، وبعبارة أخرى، لو طالب المتعاقد غير المنفذ لالتزاماته من الطرف الآخر تنفيذ التزامه، فتصرفه هذا يكون غير نزيه، وهذا يعني أنه سيء النية، ويعتبر أن الدفع بعدم التنفيذ كجزاء لسوء النية."

[4] انظر خليفاتي عبد الرحمان، رسالة سابقة، ص 55.

[5] أنظر محمدي فريدة، عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13-05-2007 المتضمن تعديل القانون المدني 2009 ص. 62.

وتنص المادة **2/178 م.ج**: "وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم"، كما تنص المادة **384 م.ج**: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه". نلاحظ على ضوء هذين النصين أنه لا جواز لهذه الإتفاقات، بما يترتب عن غشه أو خطئه الجسيم أو تعمده، فلا يخضع إلى إتفاق على الإعفاء من آثاره لأنه إذا افترضنا جدلا وجوب التسامح مع الغاش والمرتكب للخطأ الجسيم من الإعفاء من المسؤولية، فهذا معناه ترك التنفيذ موقوفا على إرادته ، وهذا يتنافى ونص المادة **205 ق.م**[1].

ويتم تقدير نزاهة المتعاقد بإحدى الطريقتين: **الأولى** في إطار مظهر حيادي، بمعنى بيان علاقتها بمفاهيم قانونية أخرى، **والثانية** كظاهرة مستقلة لها وجود خاص. أما بالنسبة **للحالة الأولى** فالقاضي يقوم بتقدير النزاهة بمعيار سلبي عبر مفاهيم أخرى كالتدليس والخطأ الجسيم[2] والتعسف تجسيدا لسوء نية المتعاقد، فيمكن حلول مفهوم المتعاقد حسن النية محل عبارة المتعاقد المخطئ فهذا يعتبر سلوكا غير نزيه. أما في **الحالة الثانية** فالقاضي يقدر نزاهة المتعاقد بمعيار إيجابي، وهو معيار الرجل العادي الذي يظهر فيه للمتعاقد ضمان حسن التنفيذ بطريقة نزيهة لإلتزاماته العقدية وراح **Ouleman** و **Levy** إلى القول أن "المدين يعد حسن النية إذا استحال عليه التنفيذ تبعا للظروف المستقلة عن إرادته"[3].

---

[1] و تنص المادة 205 م.ج : "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم". راجع في هذا الموضوع: بذري جمال، الشرط الإرادي والحق الإرادي في العلاقات التعاقدية –دراسة مقارنة- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2010/04، ص 153. ويرى الأستاذ عبد الجبار ناجي الملا صالح "العلة في عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التي تنشأ عن الخطأ الجسيم وهي أنه =لو صح للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد لكان التزامه معلقا على شرط إرادي محض وهذا غير مستساغ. كما توجد علة أخرى وهي وجوب المحافظة على فكرتين القوة الملزمة للعقد والتضامن الاجتماعي" (انظر رسالته السابقة ص, 106).

[2] Carbonnier (J) . les obligations . T .(4) n°. 72 p. 260 : « la faute lourde est une sévérité à l'égard du débiteur, elle est, en général, regardée comme équipollente au dol … »

[3] Levy (A) ,Ouleman, la bonne foi, Gaz ; Pal, 1937, p. 39 . « A cet égard que le débiteur sera de bonne foi, lorsqu'il lui sera impossible de faire face, à ses échéances suite à des circonstances indépendants à sa volonté »

" ونحن نرى أنه يمكن في بعض الفرضيات البحث عن النزاهة عن طريق التدليس العقدي، غير أنه يجب عدم الخلط بين التدليس على مستوى التنفيذ والتدليس على مستوى التكوين لأن الأول يعد كل سلوك من شأنه يعرقل تنفيذ العقد أو رفض غير مبرر التنفيذ". كما أقر القضاء الفرنسي تعريف سلبي للنزاهة في مجال عقد البيع حيث في حالة إذا كان البائع جاهلا للعيب الخفي للشيء المبيع فلا يلتزم بإصلاح الضرر، لأنه يعد حسن النية، بينما إذا كان على علم (بمعنى البائع) بالعيوب الخفية فيلتزم برد الثمن مع التعويض.

وفي القانون المدني العديد من التطبيقات بشأن تقدير نزاهة المتعاقدين وإعتماد معيار سلوك الرجـل العادي خاصة، ففي عقد **الإيجار** أوجب المشرع على المستأجر الإعتناء والمحافظة على العـين المـؤجرة مثلما يبذله الرجل العادي[1]، أما في عقد **الوديعة** بغير أجر فألزم المودع لديه أن يبذل من العناية في حفـظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله[2]. كما ذهب المشرع إلى تكريس معيار الرجل العادي في عقد **العاريـة**[3] وفي مجال منح المدين أجلا للوفاء[4]، وأيضا في مجالات الإلتزامات بعمل إذا كان المطلوب من المدين المحافظة على الشيء وإدارته تتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فإنه قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كـل ما يبذله الشخص العادي[5].

ثانيا: الإلتزام بالإخلاص ممارسة خاصة مدعمة للنزاهة

راح الفقيه[6] « **Domat** » -بروح أخلاقية- يعترف "بضرورة فرض إخـلاص تـام علـى عـاتق الأطراف المتعاقدة سيمكن كل واحد منها من فهم ما عليه وما له في مواجهة الآخر".

ولعل من مقتضى تفادي تنفيذ الإلتزام المرهق أن يتم بشكل متزن هو مراعاة ما يواجـه العلاقـات العقدية من ظروف وتحويلها إلى محيط من المثالية والمراعاة الظرفية، وهو الذي يرسم صورة الإحتـرام المتبادل للمتعاقدين بعيدا عن كل إجحاف وأنانية وقريبا أكثر من أخلاق التعامل[7].

وقد يظهر المدين أثناء تنفيذ العقد تقصيرا يخل بواجب الإخلاص، ولكن دون أن يؤدي إلى سوء نية المدين، إذ قد يكون هذا الأخير حسن النية ولا تتجه نيته إلى الإضرار بحقوق الدائن، غير أنه قد لا يكـون أمينا في التنفيذ مما تطرح مسألة واجب الإخلاص[8].

وقد ورد في القانون المدني لاسيما في المادة **2/94** على أنه: "يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، إلتزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسـط"، إذن يجـب أن

---

[1] انظر المادة 495 من ق. م. ج.

[2] انظر المادة 592 من ق. م. ج.

[3] انظر المادة 1/544 من ق. م. ج.

[4] انظر المادة 210 من ق. م. ج.

[5] انظر المادة 172 من ق. م. ج.

[6] Flécheux (George), Renaissance de la bonne foi et de loyauté dans des contrats, op.cit. p. 341.

[7] ويرى البعض أن واجب الأخلاص يتكون من عنصرين هما: اللياقة والتناسبية" أنظر

Mohamed Hammouda, Mouvement du droit contemporaire, Mélange, Sassi Ben Halima, Art Précitée, P1061.

[8] انظر صلاح محمد أحمد، التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية، المقال السابق، ص 45.

Voir aussi: Terré (F), Simler (Ph), Le Quette (Y), Droit civil, Les obligations , op.cit;, p 404: "le devoir de loyauté impose au débiteur une éxecution fidèle de son engagements. Mais la fidélité d'exécution ne doit pas être comprise comme une notion rigide.

تحدد درجة الجودة، وإذا لم تحدد ولم يكن من الممكن إستخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخـر، إعتبر المبيع من صنف متوسط[1]، لأن تعيين الجودة مسألة تفصيلية وإغفالها لا يؤثر على قيام العقـد، بـل يلزم المدين بشيء متوسط الجودة فقط[2] .

ونرى أن المادة **2/94** تتوخى عدم الرغبة في تقييد المدين بكيفية دقيقة في تنفيذ الإلتزام قد تؤثر على حقوقه، مما قد ينتج عنه إثراء دون وجه شرعي لدائنه، ويستخلص ضمنيا من النص "إذا كان الدائن راغبا في أن يحصل على شيء بدرجة معينة من الجودة، فيستوجب إشتراط ذلك صراحة في العقد حيث إذا إتفق المتعاقدان على جودة معينة يكون المدين ملزما بها[3] بحكم أن تنفيذ الإلتزام الذي يقع على نـوع المتوسـط يحقق نوعا من العدالة والإنصاف في العقد[4].

وقد نص قانون رقم 09-03[5] في **المادة 9** على أنه: "يجـب أن تكـون المنتوجـات الموضـوعة للإستهلاك مضمونة، وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الإستعمال المشروع المنتظر منها، وألا تلحق ضـررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للإستعمال أو الشروط الأخـرى الممكـن توقعها من قبل المتدخلين". ويستفاد من هذا النص واجب الإخلاص، حيث يختار المدين الطريقة المثلى في تنفيذ العقد مراعيا مصلحة الدائن، وفي هذا المعنى نصت **المادة 3** من **قانون 09-03**[6] "يقصد في مفهـوم أحكام هذا القانون ما يأتي: "منتوج سليم ونزيه وقابل للتسويق، منتوج خال من أي نقص أو عيـب خفـي يضمن عدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك أو مصالحه المادية والمعنوية". وكذلك أيضا إلـزام البـائع بإخبار المستهلك (...) بالمعلومات النزيهة والصادقة (المادة 8 من قانون 04-02).

وحيث يمكن أن تكون مراعاة حسن نية المدين وإخلاصه في تنفيذ العقد ذات تـأثير علـى المركـز القانوني للمدين، ويمنحه بعض الإمتيازات بموجب سلوكه المخلص في التنفيذ، وقياسا مع المـدين سـيء النية، فقد نصت المادة **210 م.ج** "إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية فـي إشـتراط

---

[1] أنظر محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص 21.

[2] انظر علي فيلالي، الالتزامات- المرجع السابق، ص 235.

[3] انظر المرجع السابق ، ص 235.

[4] وقد جاء في القضاء الفرنسي التزام المدين بمقتضى عقد استئجار حيوان بتغذيته أن تكون تغذية سليمة، ومن يلتـزم بنقـل المسافر أو البضائع عليه أن يسلك الطريق الأيسر والأدنى مسافة، أو مقاول الكهرباء الذي يتعين عليه أثناء التزامه بتمريـر الأسلاك الكهرباء في المحل أن يختار الطريقة المثلى مسافة حتى لا يكلف دائنه مصاريف أرفع بشأن المواد الأولية.
Voir . Cass.civ, 1ère. . 31-03- 1992, Bull.civ. I, n°.93.

[5] قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

[6] قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

عناية الرجل الحريص على الوفاء بإلتزامه"، نلاحظ أنه من بين شروط منح نظرة الميسرة أن يكون المدين على إستعداد للوفاء بإلتزامه، وهو يسعى إلى الإخلاص في تنفيذ الإلتزام[1].

ونشير أيضا أن إلزام المدين دائنه على تنفيذ الإلتزام تنفيذا جزئيا من شأنه الإخلال بواجب الإخلاص، وفي هذا المعنى تنص **المادة 277 م.ج**: "لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، وفي هذا المعنى راح البعض[2] إلى التأكيد أن حسن النية "ضرورة لمراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء بما يوجبه العقد من أداء فلا ينظر إلى سلوك المدين في تنفيذه لإلتزاماته على ضوء الحيطة والمهارة الواجبتين، بل أيضا على ضوء الأمانة والإخلاص في التنفيذ.

ومن تطبيقات الإخلاص التعاقدي[3] **الصورية في العقود**، بحيث يخفي المتعاقد إرادته الحقيقية وراء عقد يصطلح على تسميته "بالظاهر"، بحيث توجد إرادتان في نفس الوقت: **الأولى** إرادة كاذبة وهو ما يعرف بالعقد الظاهر أو الصوري، **والأخرى** إرادة صادقة أو مخلصة ولكنها مستترة وهي ما تعرف بورقة الضد أو العقد المستتر.

ونص المشرع الجزائري في **المادة 198** على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري". يستخلص من هذا النص إشتراطه لحسن النية لكل من دائني المتعاقدين والخلف الخاص، وحتى يمكن لهم التمسك بالعقد الصوري رغم أن هذا الأخير إلتزام ظاهر ولكنه غير صادق[4].

وتنص المادة **199 م.ج**: "إذا أخفى المتعاقدون عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي". نلاحظ على ضوء هذه المادة الإعتداد بالعقد الحقيقي أو ما يعرف "بورقة الضد"[5]، "وإستبعاد العقد الصوري بوصفه إلتزاما يخلو من الصدق والإخلاص التعاقديين[6].

---

[1] وتنص المادة 2/281 م.ج : "غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة".

[2] أنظر محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد (1) السنة (3)، 1961، ص 61 وما بعدها، وانظر أيضا الصاوي السعيد عرفة، حسن النية في العقود، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية (جامعة المنصورة) العدد (1)، السنة (1)، 1986، ص 155.

[3] Carbonnier(J) , Droit civil, les obligations, op.cit. n° 39, p. 145 et ss . « (…) la simulation qui est un mensonge concerte entre les contractants (par opposition à la réserve mental ou au dol, qui est la réticence ou le mensonge d'un seul). Ils conviennent de dissimuler leur volonté véritable derrière un contrat qui ne sera qu'une apparence. Entre eux, il existe donc deux accords de volonté nés en même temps et qui se recouvrent : l'un ostensible, mais mensonger (c'est l'acte apparent, l'acte simulé), l'autre sincère mais secrêt (c'est la contre-lettre, l'acte dissimulé).

[4] Bencheneb (Ali), contrat, op.cit. p. 140 : « Il est remis au créancier de l'obligation et bien entendu l'obligation apparente n'est pas sincère ».

[5] Bencheneb (Ali), contrat, op.cit. p.141 : « c'est ce type d'objectif combiné au principe de la liberté contractuelle qui explique la validité de la contre lettre ».

[6] Carbonnier(J) , les obligations, op.cit. p. 145. Bencheneb (Ali) , op.cit.p.140.

وتم تكريس فكرة الإلتزام بالإخلاص في علاقات العمل الفردية، وذلك من خلال "شرط عدم المنافسة" تحقيقا للتوازن بين حقوق العامل ومصالح رب العمل، وقد نص القانون المتعلق بعلاقات العمل على هذا الالتزام بمناسبة تعداده للواجبات التي فرضها على العامل أثناء سريان عقد العمل[1]، حيث نصت **المادة 7/7** على أنه "يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية:

- ألا تكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة أو شركة منافسة أو زبون أو مقاولة من الباطن، إلا إذا كان هناك إتفاق مع المستخدم، وألا تنافسه في مجال نشاطه، "إذ يفرض هذا النص على العامل واجب تنفيذ العقد بأمانة وإخلاص[2]، والولاء لصاحب العمل ومفاد" إمتناع عن مزاولة أي نشاط تجاري وصناعي مشابه لما يباشره مستخدمه. ومن شأنه أن يتعارض مع مصالحه سواء قام به بصفة مستقلة أي لحسابه الخاص، ولحساب غيره باعتباره أجيرا في مؤسسة منافسة، سواء أثناء سريان علاقة العمل أو بعد إنقضائها[3].

وإلتزام العامل بعدم منافسة رب العمل يعتبر نتيجة طبيعية لإلتزام آخر وهو عدم إفشاء أسرار العمل يقع على عاتق العامل أيضا، فواجب التنفيذ بإخلاص يستوجب إلتزام العامل بالتحفظ ويؤصل هذا الواجب **المادة 8/7** "يخضع العامل في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية:

بألا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيا وأساليب الصنع وطرق التنظيم وبصفة عامة أن لا يكشفوا مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها سلطاتهم التراتبية".

الفرع الثاني: التعاون تقرير لسلوك عقدي موجه لإرادة عقدية نافعة

لما كان العقد الأداة الحقيقية قانونا لتلبية الحاجات إجتماعو- إقتصادية[4]، ولما كانت تجاوزات الحرية العقدية الإنفرادية المحكومة بسلطان الإرادة واقعا على الأطراف المعنية بالعقد التحكم فيه نظرا لإختلاف المصالح المنبثقة عنه[5] كان من اللازم التحول نحو تحليل موضوعي لروح العقد لا خارجا عنه[1]،

---

[1] القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل (ج.ر) عدد 17 لسنة 1990 (معدل ومتمم).

[2] وترى محكمة النقض الفرنسية أن الالتزام بالنزاهة الملقى على عاتق العامل والمتمثل في عدم منافسة صاحب العمل ليس مصدره العقد، لكون العامل الذي أراد الخروج من العمل قبل انتهاء عقد العمل يكون ملزما بواجب النزاهة (راجع بن أحمد عبد المنعم، علاقة العمل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، 2003-2004، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 92-93).

[3] انظر بوقطة فاطمة الزهراء، شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد (1) السنة 2010، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 467.

[4] Picod (Y). Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, JCP.1988.I, 3318 . et Mestre(J), D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration. RTD. Civ. 1986, pp .101 et ss.

[5] « Que le contrat est fondamentalement conflictuel que il réalise la recentre de (…) égoïsme (…,) cette affirmation est assurément exagérée, elle est certainement fondée sur une analyse des

بدل التشبث بالتحليل الضيق لمصالح الأطراف العقدية « analyse des intérêts » من شأن هذا الأخير أن يحولها إلى جو تنازعي، وحتى مع هذا الأخيرلا يمكن للعقد أن يصمد في وجه الإرادة الحقيقية للأطراف عن طريق البحث عن حماية قانونية وإقتصادية متبادلة، وهذا ما يمثله حسن النية من إطار وروح مناسبين للعقود بصفة عامة، ولكن إتخاذه مظهرا خاصا كالذي يخصه واجب التعاون المستمر بين طرفي العقد أثناء تنفيذها بما يكفل له حسن التنفيذ قبل كل شيء لأمر يستحق النظر (**أولا**)، ولكنه يجسد سلوكا عقديا متبادلا ومتوازنا (**ثانيا**) .

أولا :معيارية أو قاعدية الإلتزام أو واجب التعاون

بالنسبة للعقد يعني التعاون "التصرف بشكل مشترك مع الطرف الأخر" أو المساهمة في عمل مشترك، أو السعي في مساعدته أو "إعانته". وهي بذلك تفترض أخذ مصالح الآخر بعين الإعتبار وفقا لما يضمن تطور العقد"[2].

وتقرير واجب التعاون يحتمل قياسه ضمن درجة معينة، فقد يعبر عن فرض بسيط للتضامن العقدي كما يمكن أن يتجاوزها إلى العلاقات ذات درجة من الخصوصية، وبعدها الاكتساء بشكل تعاقدي خاص، أو بالعكس الاكتفاء بمجرد اتحاد بين المتعاقدين في ظل بنية قانونية شكلية على نحو اجتماعي متميز. ويعتبر الفقه أن العقد "مجال للتفاعل"[3]، و"مجالا للمدنية العقدية"[4]، يولد "أخلاقيات عقدية"[5] "مؤسسة على التآزر والتعاون والتضامن لتأصيل المصلحة المشتركة للمتعاقدين في مواجهة الصعوبات التي تحف بأحدهما عند تنفيذ العقد"[6].

ولعل الإعتراف القانوني بمفهوم التعاون حديث نسبيا (l'affectio cooperandi)، نظرا لكون القضاء لم يعترف به إلا بالشكل غير المباشر والضمني إلى درجة أن الفقه قد استقر على فكرة "إدراج واجب التعاون بين الأطراف"[7]، والتي يصفها الكثير من الفقه بـ "المعيار الذي بموجبه يقوم القاضي بقياس

---

intérêts… », Diesse (F),le devoir de coopération ,in « le droit et l'immatériel » archives de philosophie du droit T.43 .Sirey . 1999, pp. 260 et s"

[1] « Cela signifie notamment, qu'une partie ne peut s'enfermer dans la lettre du contrat pour en éluder l'esprit ». voir carbonnier (J), les obligations, op.cit, P .

[2] Mestre (J), D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, op.cit, pp.100-102. La coopération dit Mestre (J) est « l'exigence … des attitudes, des comportements convergents au service d'un interêt contractuel commun», Voir la P. 101.

[3] Lieu de sociabilité

[4] Civisme contractuel.

[5] Ethique contractuelle.

[6] Mohamed Hamouda, Melanges offerts au prof: Sassi Ben halima, Art précitée, P 1072.

[7] Mestre (J). op ,cit ,p.101, « l'auteur à considéré (….) par ailleurs jusqu' en 1986, à concevoir le devoir de la collaboration dans le contrat , comme une construction juridiquement encore inachevée .En effet ,on se demandait si de cet cet équilibre imposé , ne se dirige t- on pas insensiblement dans la pratique contractuelle et la jurisprudence la plus récente ,vers le stade ultérieur mais radicalement different de la coopération ? . le contrat deviendrait- il pas l'instrument juridique d'une collaboration entre opération(…) ?

السلوك والوضعيات المختلفة في شكلها العادي والمعقول"[1]، إن التعاون لدى كل متعاقد هـو سـلوك مـن الأمانة، من الشرف والإخلاص أو الصدق الذي يجب أن يسود "مرحلة تكوين العقد وتنفيذ جميع التصرفات القانونية"[2]. وبهذا سيكون من الضروري الإعتراف بقانونية واجب التعاون على شاكلة "القاعـدة المعنويـة للسلوك يمكنها أن تضمن و تحفظ التوازن في المعاملات"[3]. الأمر الذي برر لجـوء القـضاء إليهـا تـارة كتعزيز للقانون الواجب التطبيق في العلاقات التعاقدية، وتارة أخرى كوسيلة لسد الفراغات باستخراج قواعد السلوك المنبثقة عنها والتي تحقق المشروعية العقدية[4].

وعندما تم الاعتراف بالتعاون العقدي كقاعدة سلوك لدى المتعاقدين، فذلك بفضل تحوله اى "التعاون" من كونه "واجبا" إلى "التزام" أصيل[5]، وهذا لم يكن ليتحقق لولا إرادة خالصة من المتعاقدين في تثبيت إخوة عقدية تضمن ديمومة العقد واستقراره من جهة وكذلك لان القاضي هو ما اكتشف ذلك في خضم محاولات إنقاذه للعلاقات العقدية.

ومن المعلوم إن "مفهوم الالتزام" يتجذر في أرضية قانونية تبعده عن أي مضمون أخلاقي و فلسفي مثلما يجيب عنه "مفهوم الواجب" بل أكثر من ذلك، يمكـن أن يكـون مـصدر الالتـزام بالتعـاون، إرادة الأطراف، أو المشرع أو القاضي، ولعل الفعالية هنا تتحقق بالنسبة لوضع ضيق لفائدة الدائن، والذي يمكنه فرض التزام باتفاق مسبق عليه مع المدين، وهو ما يوجه فعلا ويسهل تقدير السلوك العقدي[6].

---

[1] « "il s'agit de critère de référence pour juger des conduites sociales par rapport à ce qui de fait en ce qui doit être ». « en plus ,c ést une source cachée de normativité, lien privilégie de l'expression du (…) judiciaire devenant alors une source directe du droit (…) c'est une notion objective ,d'une façon abstraite , les droits et les obligation des contractants ,et par suit leur responsabilité… ».sans auteur , « sur le bonne foi dans l'exécution des contrat » , in Mélanges offerts à Raymond Salleile. Bruxelles ,1986,T.1 pp.436.

[2] Picod (Y). L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, op .cit. n° 3.

[5] Diesse (F), le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Art précitée, P 269. « la juridicisation de la coopération se fait donc par son passage de l'état primaire exigée sous forme de simple devoir de conduite à celui d'obligation juridique», voir le même auteur, P 269.

[4] Ibid.

- Voir aussi: Lahlou (K.G), La protection du contractant faible, art précitée, p.34: " Il est aujourd'huit unanimement admis que la bonne foi dans tout contrat s'entant d'une obligation, de loyauté doublée d'un devoir de coopération"

[5] Ibid

[6] Josserand a rappelé que « c'est la loi elle –méme qui en tournant les regards vers la bonne foi vers l'équité et vers l'usage, le juge à fouiller le fonds contractuel pour y découvrir des obligations nouvelles susceptibles de varier et de se multiplier au cour des (…) sous la pression des phénomènes individuelle, économiques ou sociaux » Josserand, l'essor moderne du concept contractuel. L'étude pour les sources du droit en l'honneur de Gény (F) ,1934.T (2) p.340.

ثانيا: واجب التعاون واجب تعاقدي

واجب التعاون واجب متبادل بين أطراف العقد، لأن العقد شـركة ذات هـدف مـشترك يعمـل الأطراف على تكريسه[1]، ومن آثارها إلتزام كل طرف بإخطار الآخر بكل ما يحصل إذا كانت له مصلحة في معرفة ذلك ضمانا لحسن تنفيذ العقد، فهناك قيمة إضافية مستلهمة من حسن النية تكمن في قيمة التعاون العقدي بين الأطراف[2]. والراجح في الفقه إعتبار حسن النية أداة للتفرقة بين المفهومين فنيا[3]. ومبدأ حـسن النية لا يقيد المدين بكيفية إلتزامه وما يترتب عنه من واجب التعاون **(ب)**، بل يقيد الـدائن فـي طريقـة المطالبة بحقه **(أ)**.

أ-بالنسبة للدائن:

إذا كان الإلتزام العقدي يعد أداة تقنية لتكريس الغاية المتوخاة من العملية العقدية[4]، فهذا من شأنه أن يرتب من الناحية العملية نقائص وعيوب على مستوى تنفيذ العقد، و تحاشيا لهذا الأمر كان من المستوجب اللجوء إلى الواجب العقدي بوصفه ضمانا لحسن تنفيذ العقد[5].

وقد يكون مصدر الإلتزام العقد[6]، فينشئ إلتزامات عقدية تفرض على أحد المتعاقدين بموجـب مـا إتفقا عليه وتبعا لأحكام القانون التي تنظم العقد، أما فكرة الواجب فتظهر في شكل "واجبات سلوكية عامة"[7] تجعل الشخص ملزما بإحترامها في مواجهة الكافة، ويستمد هذا الواجب من مبدإ حسن النيـة المنـصوص عليه في المادة **1/107** من ق.م، إذ يعتبر مبدأ تنبثق منه الكثير من الواجبات العقدية المنطبقة سواء علـى الدائن والمدين على حد سواء[8].

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن تدخل القاضي لتطبيق مبدإ حسن النية على الدائن على أسـاس المادة **107 من ق م**، والتي تشير إلى مبدإ يسمح بإستنباط واجب عام يؤسس تطبيقه على سلوك المتعاقد،

---

[1] حسب تعبير الفقيه (ديموج) ، نقلا لسامي الجربى ، المرجع السابق ص 415.

[2] Mestre (J). D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, op.cit., p.102.

[3] أنظر سامي الجربى ، المرجع السابق ص 414.

[4] Chazal (J–P). Les nouveaux devoirs des contractants, Art précitée. p.103.

[5] انظر احمد بلحاج جراد الرسالة السابقة ص 521.

[6] Chazal (J–P). Les nouveaux devoirs des contractants, Art précitée. p. p104.

[7] Ibid. p.103. « Le devoir serait alors une règle de conduite d'origine légale au contraire, l'obligation trouve indifféremment sa cause efficiente dans le contrat (…).

[8] أنظر نساخ فطيمة، الرسالة السابقة، ص 257، حيث ترى الباحثة: "أن فكرة النزاعة والتضامن والتعاون ليست نم شروط صحة العقد بل تشكل حاليا مستلزما من مستلزمات..." وتضيف المؤلفة أن فكرة التعاون مصدرها مبدأ حسن النية" التي تعتبر مصدرا لعدة مبادئ مثل الأمانة والثقة المشروعة وعدم التعسف".

Voir aussi: La loi Doubin dont l'article 1er semble transformer les parties, protogoniste d'hier, en collègues ou collaborateurs et que la doctrine qualifie justement de "première étape vers le partenariat". Citée par Diesse (F), le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Art précitée, p. 297.

وبإعتبار أن الواجب العقدي منفصل عن الإلتزام، وهو لا ينعت "بصيغة الإلتزام الثانوي " لأن موضوعه ليس آداءات "لتنفيذ الإلتزام الأصلي"، بل يتضمن قواعد سلوكية بغية تكريس الفعالية في تنفيذ العقد"[1].

وتتجه معظم الآراء إلى إعتبار حسن النية مبدأ ساريا على كل أطراف العلاقة العقدية بصرف النظر عن المتعاقد إن كان مدينا أو دائنا، وخاصة عند إضفاء قراءة واسعة لفقرة (3) من **المادة 1134**ق.ف ووجوب إنسحابها على الدائن[2].

ومن أجل تفعيل العقد على مستوى التنفيذ يتعهد الدائن بجملة من الواجبات من ضمنها واجب "التعاون لمساعدة المدين على تنفيذ إلتزامه"[3]، وتلمس هذا الواجب يكون على ضوء ما ورد في القواعد العامة للعقد، حيث **نصت المادة 283 م.ج** " تكون نفقات الوفاء على المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ". بمفهوم المخالفة يستخاص أنه يمكن أن يتحمل الدائن نفقات الوفاء بدلا من المدين والتيسير على هذا الأخير في التنفيذ أو عن طريق تحميله اقل ما يمكن من نفقات. وفيما تنص **المادة 269 م.ج** جاء "إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا أو رفض القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بها ،أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، إعتبر أنه قد تم إعذراه من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي". ويستفاد من هذا النص أنه قد يحدث تماطل من الدائن أثناء تنفيذ العقد بإتخاذه موقفا سلبيا بعدم قبول الوفاء فضلا عن عدم تعاونه مع المدين.

وإتجه المشرع إلى إلزام الدائن بواجب التعاون من أجل المحافظة على مصالح المتعاقد الآخر، وذلك بالنظر إلى الخصوصيات التي يتميز بها العقد، وفي هذا المعنى تنص المادة **372** م ج "إذا رفعت على المشتري دعوى إستحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال وفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان ..."، ونلاحظ على ضوء هذه المادة أنه يقع على المشتري واجب القيام بالإجراءات اللازمة في حالة دعوى إستحقاق المبيع لمصلحة البائع حتى يتمكن هذا الأخير من تنفيذ إلتزامه بالضمان[4].

---

[1] انظر احمد بلحاج جراد الرسالة السابقة ص521.

[2] و يبرر الفقه سريان حسن النية على الدائن عن طريق ثلاث نظريات وهي نظرية الثقة العقدية ، ونظرية العقد الأخلاقي ، ونظرية الواجب القانوني .

لمزيد من التفصيل لهذه النظريات انظر د/احمد بلحاج جراد الرسالة السابقة من ص 516الى 519.

[3] "... Le contrat est d'avantage enrichi par des nouvelles techniques émanant de la pratique commerciale et qui sont tournées vers "l'affectio cooperandi", vers la solidarité entre les parties et vers un objectif contractuel commun", voir Diesse (F), le devoir de coopération comme directeur du contrat, Art precitée, p. 302.

[4] مزيدا من التفصيل انظرمحمدي سليمان ، محاضرات في عقد البيع ، المرجع السابق ص93 إلى 95.

إن واجب التعاون الذي يفرضه المشرع من أجل إتخاذ إجراءات لتسهيل وتيسير تنفيـذ العقـد لا يندرج ضمن الواجبات القانونية ، وإنما يعد إلتزاما يقع على المتعاقدين بموجب مصدر شكلي فـي مجـال الإلتزامات العقدية، وهو مصدر القانون المنصوص عليه في المادة **2/107 من ق م**.

وفي هذا السياق يرى البعض[1] "أن مبدأ حسن النية لا يقيد المدين في كيفية تنفيذ إلتزامه فقط بل يقيد الدائن في طريقة المطالبة بحقه"، فليس للدائن الحق في مطالبة المدين بتنفيذ العقد في وقت أختل فيه التوازن الإقتصادي لهذا العقد، لأن هذه المطالبة من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالمدين، فحسن النية يستوجب من الدائن مساعدة المدين حتى يتمكن من تنفيذ إلتزاماته دون مشقة ودون إصابته بأضرار أخرى".

ب-بالنسبة للمدين:

بواسطة التعاون يكون المتعاقدان "متحدان وجد متقاربين"، فهما يعملان على تحقيق هدف مـشترك "يوازن بين حق الدائن ومصلحة المدين حتى يصلا إلى ذلك المستوى من الإتحاد"[2]. ولعـل تعـدد وتنـوع مظاهر واجب التعاون لدى تطبيق القاضي للنصوص القانونية، أبرز الضرورة التي أفرزت تجانـسا فـي الحلول القضائية.

فبالنسبة **لعقد العمل** يندرج الإلتزام بالتعاون في إطار متبادل، وذلك من خلال: إلتزام العامل بـأداء كل ما يؤدي إالى حماية مصالح الهيئة المستخدمة والإمتناع عن كل ما يضر به، وذلك تحت لواء واجـب التحفظ والسرية وكذلك واجب العناية بأموال صاحب العمل والمحافظة عليها[3]، بما يقابلها أن يـضمن رب العمل تمكين العامل من المشاركة في تنفيذ وإدارة المشروع[4]. ولعل علاقة التبعية التي تتميـز بهـا صـلة

---

[1] انظر حميد بن شنيتي ، الرسالة السابقة ص 120.

Voir aussi: Terré (F), Simler (Ph), Le Quette (Y), Droit civil, les obligations, op.cit;, p 407: "Plus généralement, l'idée de collaboration entre lmes contractants a pour conséquence l'obligation pour chacun "d'avertir l'autre, en cours de contrat, des évènements qu'il a interêt à connaître pour l'exécution du contrat".

[2] « Les contrats forment une sort de microcsome, c'est une petite société ou' chacun doit travailler dans un but commu qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun , absolument comme dans la société civile au commerciale alors à l'opposition entre le droit du créancier et l' intéret du débiteur (…) ,à se substituer une certaines union » Voir Demogue , Traités des obligations en général ,cité par ,Mestre(J). op. cit .p .101et ss.

[3] وهذا ما تنص عليه المادة 7 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل الصادر في 1990/04/21..ج" يخضع العامل في إطار علاقات العمل أن يؤدوا بأقصى ما لديهم من قدرات ، الواجبات المرتبطة بمنصب عملهم ويعملوا =بعناية ومواظبة في إطار تنظيم العمل الذي يضعه المستخدم ،..و أن ينفذوا التعليمات...وألا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيا..."

[4] انظر إلى المادة (5) "المشاركة في الهيئة المستخدمة ..."والمادة (7) : "..أن يساهموا في مجهـودات الهيئـة المـستخدمة لتحسين التنظيم والإنتاجية ...وكذلك أن يشاركوا في أعمال التكوين و تحسين المستوى وتحديد المعـارف التـي يقـوم بهـا المستخدم أو من اجل تحسين الوقاية الصحيحة والأمن..."

العامل برب العمل هي ما تفرض فعلا بوجود إلتزام العامل بالإخلاص والوفاء لصاحب العمل، مما ترتـب عليه الكثير من الإلتزامات ذات الصلة بتنفيذ عقد العمل بحسن النية، مما يحول هذه الأخيرة إلـى مظهـر خاص في إطار تنظيم علاقات العمل[1].

ويوجد كذلك هذا الإلتزام في **علاقة البائع بالمشتري**، ومنه عندما يكون الغرض المتـوخى عـدم تعرض الغير للمشتري **المواد 371-372و373 ق م**، ومنه ينبثق إلتزام المشتري بواجب إخطـار البـائع بهذا التعرض، حتى يتمكن في وقت مناسب من تبصر وسائل الدفاع الملائمة لذلك[2]، وحتى ولو لم يـشترط فيها شكلا خاصا، ولكنه كاف لترتيب أثر خطير في حق المشتري وهو سقوط حق الضمان، ولعل التعاون بين البائع والمشتري في دفع التعرض ينطوي على المصلحة المشتركة في حماية مصالحها من أي تهديد[3].

كما أن نص **المادة 441 ق م** فيما يخص "جواز حل **الشركة** قضائيا وبناء على طلب أحد الشركاء بسبب عدم وفاء شريكه بما تعهد به" أو المادة **442 ق م** التي تقضي طلب أي شريك فصل شـريك أمـام القضاء كان وجوده سببا أثار إعتراضا على مد أجلها أو أن تصرفاته سببا مقبولا لحل الـشركة...". هـذا النصان يدلان على ما يفيد حق حل الشركة قضائيا، أي إنهاء حياتها بمبرر أسباب تتعلق بالإخلال بواجـب التعاون المبني على الثقة المتبادلة والتعاون والوفاء بين الشركاء لتحقيق المصالح المشتركة والمنفعة المتحدة للشركة، ومنه إتيان سلوك التقصير والخطأ في العمل المتعهد به وعدم الكفاءة والتماطل في تسليم حـصته من رأسمال أو أي تصرف بالغش.

أما فيما يتعلق **بعلاقة المؤجر بالمستأجر**، فقد جاء إلتزام المؤجر بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير (أي الأجنبي) بسبب حق يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقـد الإيجـار، وذلـك بإخطار المؤجر على سبيل التعاون بكل أمر يستوجب تدخله [4]، كما أن إلتزام المستأجر بإخطـار المـؤجر

---

[1] لان التزام رب العمل بعدم تغيير بنود العقد دون موافقة العمل ووفقا لما يكون أكثر نفعا للعمـال المـادة 62 مـن قـانون (11/90) ، والامتناع عن العمل في أوقات إضافية دون قبول العامل .

[2] اذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتـدخل في الخصومة إلى جانب المشترى ا وان يحل فيها محله إذا اعلم البائع في الوقت المناسب ، ولم يتدخل في الخـصام وجـب عليه الضمان الا إذا اثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطا جسيم صادر عن المشتري . فإذا لم يحيـز المشتري البائع في الوقت المناسب وصدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقصى به فانه يفقد حق الرجوع بالـضمان إذا اثبـت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق .

-وهذا إن دل على شيء فهو دلالة على المشتري قد قرر جزاءهما وهو ضياع حقوق المشتري الناشئة عن البيع لا لسبب الا بسبب الإخلال بالالتزام بالتعاون.

[3] انظر المادة 373 ق.م.

[4] نظر المادة 484 معدلة من القانون المدني (07-05) المؤرخ في 13 ماي 2007 ج.ر (31).

بكل أمر يستوجب تدخله من ترميمات مستعجلة أو أي طارئ أخر على نحو يبذله الرجل العـادي ، وأي تماطل أو إخلال بواجب الإخطار يمكن أن يترتب عليه مساسا بعقد الإيجار أو قيمته[1].

بيد أنه عندما ينص المشرع على وجوب موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية **تنفيـذا للوكالـة** [2]، فهذا يعني أنه بسبب إستغراق تنفيذ مثل هذا العقد وقتا طويلا يتطلب عدم قطع مهمة الموكل أثناءها، نظـرا لما تنطوي عليه من ثقة، كما أنه من مقتضيات ضمان حسن التنفيذ لمصلحة الموكل التعاون مع الوكيل في تسهيل التصرفات والأعمال محل الوكالة بألا يجاوز فيها حدودها عموما[3].

وأخيرا يبدو أن واجب التعاون واضح بشكل أساسي في **عقد التأمين**، وذلك عند إلتزام المؤمن لـه بالتصريح الدقيق بتغير الخطر أو تفاقمه (زيادة جسامته)، لأن التعاون هنا يكمن في عدم وقوف المؤمن له عند حد إلتزامه بإعلامه عن وجود الخطر وقت العقد، بل في تتبع ما قد يطرأ خلال العقد ، وذلك بموجـب ما نص عليه في المادة **15 فقرة 03** من أمر 95-07[4].

ولعل الإلتزام بالتعاون من الإلتزامات التي ينص عليها صراحة في العقد، ولكن القاضي هـو مـا يضيفها تنفيذا لنص صريح في القانون، كما هو الحال بالنسبة للأحوال المعروضة في عقد البيع، العمل أو الإيجار... وغيرها، أو كذلك بسبب إقرار العرف أو حتى إعتبارات العدالة، شأن القاعدة المقـررة لعـدم تحميل المدين عبئا إضافيا في تنفيذ العقد، والتي تكون بسبب تأخر المدين عن التسليم في الميعاد، وذلك بأن ينتظر الدائن حلول وقت يكون فيه التنفيذ أشد كلفة[5].

بيد أن التساؤل الذي يفتح النقاش هنا يكمن في تحديد طبيعة إلتزام المدين بالتعاون ؟ أهـو إلتـزام بتحقيق نتيجة ؟، أم مطلوب منه السعي بعناية لتحقيق الغاية من العقد ؟.

---

[1] "يجب على المستأجر أن يخبر فورا المؤجر إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها يحتاج العين المؤجر إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يتعدى الغير بالتعرض أو الإضرار بها " المادة 497 ق.م (معدلة).

[2] أنظر المادة 587 ق.م.ج.

[3] طبعا باستثناء ما رخص به القانون انظر المادة 575 ق.م.ج.

[4] فقد جاء في المادة 3/15: يلزم المؤمن له،(...) بالتصريح الدقيق بتغير الخطر والتفاقه إذا كان خارجا عن إرادة المـؤمن له، خلال سبعة (7) أيام ابتداء من تاريخ اطلاعه عليه إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة (..) ".

ولعل أنه لم يريد نص ذلك في الأحكام الخاصة بالتامين في القانون المدني من المواد (619الى 625)،بدليل أن المـادة 623 تنص :"لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن منه بشرط إلا يجاوز ذلك قيمة التامين ".وهذا ما فسر جانب من الفقه إلى عـدم استلزام هذا الشرط والنص عليه صراحة في وثيقة التامين ولو بعدم الإشارة إليه في النصوص العامة (أي القانون المدني)، لان هذا الالتزام يكيف بالالتزام في النصوص العامة (أي بكافة الظروف الطارئة أثناء تنفيذ عقد التامين. ولعـل تنفيـذ هـذا الالتزام يتطلب دفع فارق القسط عن ذلك التفاقم بعد الإخطار ، وإلا فيتعين النظر في حسن وسوء نية المؤمن له لتقديم الجزاء وهو الفسخ أو بدون تعويض.انظر المادتين 21و22 من نفس القانون (قانون 95-07).

[5] Carbonnier (J) ,les obligations .op.cit p.16et ss.

وراح البعض من الفقه يبرر إلتزام المدين بالتعاون مع الدائن من قبيل ما توجهت إليه إرادتهما وحدهما[1]، أي يمكن في بحث القاضي عن النية المشتركة لهما بما في طبيعة التعامل وما يوجبه من ثقة بينهما، وعليه يتحدد التزامه ما إذا كان بتحقق نتيجة أو بذل عناية. أما الأستاذ **Tunc**[2] فيقر بطبيعته كإلتزام بتحقيق نتيجة إذا كانت هذه الأخيرة مؤكدة، والعكس صحيح، في حين أن جانبا من الفقه يرى بالطبيعة الغائية للإلتزام بالتعاون من جانب المدين على أساس الموقف الإيجابي للدائن والذي يجعل من إلتزام الأول إلتزاما ببذل عناية.

ونؤيد ما ذهب إليه الأستاذ Bencheneb[3] إلى اعتبار العقد أداة للتعاون النفعي ودعامة للعملية الاقتصادية على حد سواء.

الفرع الثالث :الثقة المشروعة كمظهر جديد لحسن النية

راح مبدأ حسن النية يستدرج الترقية غير المباشرة لفكرة الثقة، وذلك بتعميق تأسيس أخلاق عقدية يمكن أن تساهم بشكل هام في تسيير الإلتزامات الوضعية للمتعاقدين، خاصة إلى جانب واجب النزاهة وواجب التعاون اللتان أصبحتا ذات نطاق ضعيف في بعض العلاقات والمؤسسات القانونية كونها لا تتلاءم مع التكريس العام لمبدإ حسن النية.

ولعل الوظيفة التقليدية لحسن النية في الأنظمة التقليدية هو ما أظهر هذه الأخيرة في مصاف "التقليل من فعالية الجزاء القانوني في مادة العقود"، وبالأخص في مواجهة التقليل من الأضرار الناتجة عن العلاقات العقدية "، الأمر الذي أخرج الثقة المشروعة كصنف مدعم إلى جانب إلتزامي التعاون والنزاهة، فمبدأ الثقة هو الوحيد الكفيل بضمان التقليل من الأضرار العقدية ومحاولة إنقاذ العقود من خطر الإنقضاء والإستمرار.

والثقة المشروعة بهذه المهمة الجديدة ، مبدأ أصبح يضمن إستمرارية التنفيذ العادل للعقد **(أولا**)، ولكن القبول به لم يصعب في ظروف أصبحت تستدعي فعالية وجدة العقود المبرمة في الوقت الحالي، خاصة في حياة الأعمال حيث لا تتكافأ الإلتزامات، و بادئ ذي بدء من حيث الطبيعة، وأيضا عرفه من التكريس غير الصريح والضمني في قانون العقود **(ثانيا).**

---

[1] ولعل الأستاذ (ديموج) هو ما أشار إلى التفرقة الجوهرية بين أنواع الالتزامات ، فبذل العناية يعني مطالبة المدين ببذل عناية كافية يمكن أن تؤدي أليها ، كالتزام المحامي أو الطبيب ، أما الالتزام المدين بتحقيق نتيجة ، فهو التزام بتحقيق أداء معين ، ومنه التزام البائع بنقل الملكية أو المشتري بدفع الثمن .لمزيد من التفصيل انظر على فيلا لي ، الإلتزامات ، المرجع السابق ، ص 26 وما يليها.

[2] Tunc (J). op.cit .pp. 1945-1949.

[3] Bencheneb (A), le contrat en droit algérien: entre texte (s) et contexte (s), Art précitée, pp. 286 à 290.

ونرى أن "واجب التعاون أو بالأخرى الالتزام بالتعاون سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه يؤدي إلى عديد الأهداف منها: الدور التصحيحي والتكميلي للعقد، فضلا عن التوازن وحماية أحد أطراف العقد أو كليهما".

أولا: أسس الثقة المشروعة في بيئة عقدية عادلة

لقد كان لنقائص حسن النية أثر في إستحداث معيار الثقة التي يضعها كل متعاقد في المتعاقد الآخـر إعتمادها ركنا هاما في قانون العقود. على أن واجب الثقة لا يتحقق إلا منذ فترة تنفيذ العقد كأصل عام، فقد أولى له المشرع الألماني منذ البداية أهمية خاصة، من حيث أنه قرنه بالوفاء[1]، كما أن القـضاء الفرنـسي وعلى شاكلة منهجه التطوري في قانون العقود، راح يستنفذ من الثقة المشروعة طابعها العام والممتد حتـى إلى مرحلة تكوين العقد، والقول بأن الثقة الناشئة عن الوفاء بالإلتزام قد تتصل بفترة التفاوض عند ما يتعلق الأمر بتطلعات المتعاقد الأخر وواجب عدم خيانتها، وإنعدام مثل هذه الثقة يهدد بعدم إستمرارية العقد تحت طائلة التعديل أو الإنهاء[2].

تفترض الثقة المشروعة التعامل على أساس الشرف والأخلاق، وذلك على حساب فكرة المـصالح المتعارضة مهما كانت طبيعة هذه الثقة[3]، وقد طرح **الفقه الفرنـسي** معايير وأسس متعددة من أجل تحديـد نطاق معناها :

أ-الأسس الفقهية:

لعل تكريس مبدأ الثقة كمبدأ تنظيمي للسلوك العقدي هو تجسيد لنموذج واضح عـن تجديـد قـانون العقود، حتى أن الأساتذة: Stoffel, Aynés et Malaurie[4] قد أكدوا توجه القانون الفرنسي نحو تكريس مبـدأ الثقة كأساس للقوة الملزمة للعقد بسبب ما يضمنه المبـدأ كـذلك لفائـدة الأمـن القـانوني[5] وراح العميـد Carbonnier[6] إلى التأكيد أن العقد تبادل للأموال والخدمات، وهو فتـرة مـن الاجتماعويـة (Sociabilité) والحساب، مما يعني ضرورة احتفاظ الفترة الأولى لسباق الثانية والثقة هي التي تؤدي دور الحامي طيلـة حياة العقد.

---

[1] Article (242) BGB « le debiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et la confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaire ».

[2] وهذا هو الحال مثلا بالنسبة لعقد الوكالة اين يكون الشخص الوكيل محل إعتبار و قد نصب المادة 587 ق.م ًيجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجدا اتفاق يخالف ذلك ...، انظر في هذا الشأن فيلا لي علي، الالتزامات المرجع السابق، ص289.

[3] وذلك بسبب ماتثيره الثقة من فرصه التوفيق بين المذهبين الشهي والموضوعي في الالتزام ،الأول يقوم على أن الثقة حق للمتعاقد ويقابلها أمانة المتعاقد الأخر في الإفضاء إليه ، أما الثاني في مقتضيات العقد هي تمثل الضابط الموضـوعي لمبـدأ الثقة .انظر في هذا السياق السنهوري ، الوسيط ..ح (1) ، مصادر الالتزام (1) –العقد ط (3) ص806.

[4] Citée par Kenfack (H), la consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire? Acte de coll univ de verseilles, Dalloz, 2008, p 126.

[5] أنظر عكس هذا الرأي بشأن بعض الفقه الفرنسي الذي يرى أنه لا يعد من المهم إدراك مبدأ الثقة في القانون المدني، (أي الفرنسي)، لأنه يكفي منح مبدأ حسن النية تفسيرا موسعا حتى نفرض مستلزمات النزاهة المتبادلة.

Voir N'Diaye (F), faut-il introduire un principe de confiance dans le livre III du titre du Code Civil? Acte de coll univ de versailles, Dalloz 2008, p 138.

[6] Citée par Nadège (R-M), La confiance en droit privé des contrats, acte de coll p X et XI.

ونرى أن مبدأ حسن النية والنزاهة وواجب التعاون هـي مبـادئ مرادفـة لمبـدأ الثقـة. غيـر أن الأستاذ Levy (E) [1] يؤيد فكرة الثقة المشروعة على حساب حسن النية للدلالة نوع جديـد مـن الالتزامـات العقدية (كالالتزام بالإعلام والنصيحة...الخ)، ولعل الإلتزامات بالإعلام ما قبل التعاقدي تشكل في حد ذاتها استفادة المستهلك من ضمانات لحماية مبدأ الثقة[2].

أما الأستاذ Chirez [3] فيعتبر الثقة بمثابة توسيع للالتزامات الجديدة حتى خارج النطاق المهني، فـضلا عن اعتبار "التوقع كمناط للثقة، فالثقة لا تتصور إلا ماهو متوقع". ولعل الأسـتاذ Berlioz (G) [4] هـو مـن استحضر فكرة الثقة المتوقعة". فالعقد يستوجب أولا "الثقة في الإرادة التي تتعهد بالالتزام، فقـد لا تكـون إرادة المدين ظاهرة، نظرا للاكتفاء بصفات المدين الشخصية والفنية التي ترتبط بالدائن للإلتزام التلقـائي، والتي تستمد من مقتضيات الثقة السابقة على تحول يستدعي البحث عن تبريرات الالتزام[5] بدليل أن "الثقـة تقدم تفسيرا أفضل من الإرادة الضمنية في تبرير الالتزامات الجديدة وهذه الأخير مستمدة لا محالـة مـن اللاشعور العقدي"[6].

كما أن التخصص المهني والفني مناط للثقة[7] حيث اعتبر الأستاذة Alisse أن "عنصر الثقة العقديـة لا يقوم إلا بتوافر شرطين، لأولهما "يتعلق بعدم وجود توازن عقدي في المعارف الفنية بـين طرفـي العقـد،

---

[1] Billement (Jean), le contrat dans la pensée d'Emmanuel levy .DEA .droit des contrats .2003.Université de lille (II). P.2.

[2] يضيف الأستاذ Levy بأنه: "إذا كان في العقد بند مشدد للمسؤولية فهذا دليل على عدم ثقة العميل في مختلف المهن، ممـا سيفقد معه حريته في ممارسة نشاطه المهني خشية من ترتيب مسؤوليته، بينما ورود بند مخفف للمسؤولية هو مصدر للثقـة بالنسبة للمهني حتى يمارس نشاطه بكل حرية.

Voir Appetit (B), "l'éthique et vie des affaires", Mélange, André Colomar, Litec, 1993, p 319 et ss.

[3] لقد جاءت فكرة الأستاذ Chirez على وجه الإنتقاد لما ورد من تبرير لدى الأستاذ Levy،و قد رفضها بدعوى أن معيار "Levy" ، و الذي لا يحظى بالإجماع الفقهي ، بل هو المغالاة في توسيع الثقة كمصدر مطلق للمسؤولية ، مع انه لايعدو إلا أن يكون طلعا (...) من الصوفية القانونية "التي تندرج ضمن تفسير الكون ، والكل يعلم بأن الثقة مرتبطة بعنصر التوقع لدى مجرد اعتقاد خاطئ الأمر الذي وصفه الفقه الفرنسي المعاصر" بمجرد توصية أن يخاطب فيها المشرع لإعادة تنظيم قواعد المسؤولية ". هذا الراى مشار إليه لدى احمد عبد التواب محمد بهجت ، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد ، رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق ، كلية الحقوق ص222حتى 226.

[4] Citée par Kenfack (H), Art precitée, p 126.

[5] رأي "Chirez" مشار إليه لدى أحمد عبد التواب محمد بهجت ،الرسالة السابقة ص226

[6] وهو تفسير إجتماعي ونفسي في علم الإجتماع "Chirez" باعتماده نفس المنطق النفسي والاجتماعي، وأن الثقة هـي التـي تبرر الإلتزام بالإعلام و بالنصيحة، على أنها تدخل في نطاق العلاقات العقدية المركبة والمعقدة. ولعل الكثير من الفقه يربط واجب النزاهة بواجب الثقة ،والذي يفترض فيه أن يكون المتعاقدين على نزاهة مع من وضع ثقته فيهم، وألا يخونـوا مـن خانهم. انظر محمد الزين .العقد ،المرجع السابق ص.238 .

[7] ومر معيار التخصص المهني بمرحلتين بررتا تصورا عقديا مركبا :الأول : يشمل فكرة التخصص التقليـدي (أي الثقـة الشخصية)، أما التخصص الفني الجديد أو الموضوعي فوسمته فكرة الثقة الاحتكارية في مرحلة ثانية .

بحيث لا يكون الالتزام الجديد المبني على الثقة إلا في الماجل المهني" وثانيهما "يتضمن ثقة الطرق الأقـل معرفة أو غير المتخصص بالطرف الآخر المهني، مما يبرر تسمية معيار التخصص المهني بمعيار الثقة[1].

ونخلص مما تقدم أن مبدأ الثقة المشروعة أداة تنظيمية للسلوك التعاقدي عن طريق ما تفرضه واجبات الانسجام والتعاون والنزاهة وحسن النية[2].

ب-تأسيس الثقة العقدية على الإعتراف بالالتزامات الجديدة :

أن إعتبر Carbonnier إن الثقة كأساس للإلتزام ليست بالغريبة عن القانون الوضعي، حتى العقـود هي تصرفات ثقة[3]، وكشف القضاء الفرنسي الحديث[4] عن وجود "إلتزامات ثقة" تحت مسميات مختلفة، فتارة إلتزاما بالسلامة وتارة إلتزاما بالتحذير أوإلتزام بالنصيحة[5]. بل إن الإلتزام بـالإدلاء بالبيانـات العقديـة - بإعتباره إلتزاما يرد في مرحلة قبل التعاقد- قائم على مبدأ الثقة[6].

وثمة أنواع من العقود يعول فيها بحسب طبيعتها على تلك الثقة المتبادلة بين الأطراف، ولهذا كـان الإخلال بتلك الثقة إنهيارا كاملا للعقد، يبرر الحق في الإبطال، كما هو الحال بالنسبة للعقود ذات الإعتبـار الشخصي كعقود شركات التضامن وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الكفالة[7].

Voir dans contexte, Mazeaud (D) , "la confiance légitime et l'estoppel. Rapport français.RTD com .2006/2. P.363.

[1] لخصه الفقه الفرنسي ، بالعنصر المادي المنحصر في عدم التوازن الفني للعقد (التخصص المهني) والذي يكون مقرونـا بعنصر معنوي يتمثل في الثقة في هذا التفوق الفني .

Cf ." le terme évoque indubitablement.la confiance érigé en principe normatif, il trouverait son équivalent formel dans le respect des prévisions légitimes du contrat ». Munir Watt (H) . "Reliance et définition du contrat ".in « perspectives du droit économique, dialogues » de Jeantin (M). Dalloz .1999.p. 57.

[2] En partant du postulat que la volonté conserve encore un rôle important comme fondement de la force obligatoire du contrat, la question posée est de savoir par quel mécanisme la volonté se donne-t-elle sa prope loi dans le contrat! Est-ce donc, comme l'a écrit un auteur, que le contrat devient l'expression d'une "confiance juridicisée"! voir Kenfack (H), la consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire: Art précitée, p 119.

[3] هذا الرأي مشار إليه لدى احمد عبد التواب محمد بهجت ، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشديد، الرسالة السابقة، ص 214.

[4] الرسالة نفسها ص214.

[5] فالثقة أساس احترام الوعود وكل ضمان يكون لا طائل منه بدونها في القانون الرومـاني، الـذي كـان يـسمح بالتـدخل التشريعي (الذي تم بعد ذلك في روما وفي القرون الوسطى) بسبب إنتشار فساد الأخلاق وبقصد إستعادة الثقة والنزاهة .

انظر احمد عبد التواب محمد بهجت ، الرسالة السابقة .ص 213.

[6] انظر نزيه محمد الصادق –دروس في النظرية العامة للإلتزام ,ج (1)-مصادر الالتزام ط 1986ص19-20.

[7] السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقـوق جامعـة القـاهرة، 1986، ص ص 991-992.

كما أن في تفضيل معيار الثقة العقدية كأساس لحسن النية العقدية وتبريرا للإلتزامات الجديدة ، فيه من الركازة للخروج **بدعامتين**[1]، **الأولى** بأن الثقة العقدية أكثر واقعية من حسن النية، **والثانية** تجعل حـسن النية نفسه تابعا لمقتضيات الثقة، مما يخلص بأن الثقة المشروعة هي نتيجة مباشرة لحسن النية.

ج-الثقة العقدية إعتراف تشريعي رغم آلية أحكام القانون المدني:

ومهما يكن من نقاش فقهي، فإن مبدأ الثقة المشروعة لم يكن لتظهر فعاليته لـولا أن تـم تكريـسه ضمنيا أو صراحة في عدة أحكام من القانون المدني، فعندما يقرر المشرع المسؤولية عـن التعـسف فـي إستعمال الحق، والمرتب تعويضا عليها، وذلك بسبب توفر عنصر نية الإضرار **المادة 124 مكـرر ق م**، فهو قد إعتمد معيارين يندرج ضمن مبدأ الثقة[2]، **فالأول ذاتي**، ويتعلق بنية الإضرار(أو نفسية المتعاقد)، أما **الثاني فموضوعي**، وهو وجود الضرر الذي لا يمكن إزالته بسبب جسامة هذا الأخير، وبمفهـوم المخالفـة يفترض عدم التعسف عدم مراعاة كل طرف أو شخص مصالح غيره كما لو كانت مصالحه، من منطـق التصرف الشريف الذي يوحي بالثقة لدى الطرف الأخر، وفي هذا المفهوم إفتراض لكفاية تـوفر الـضرر الفادح من أجل هزالثقة[3]، كما أن الثقة المشروعة "منحة إجتماعية يعطيها المجتمع للأفراد من أجـل غايـة إجتماعية مضبوطة"[4] على حد تعبير الأستاذ **"Josserand"**، فالشخص الذي أبرم عقدا غيـر محـدد المـدة يكون قد دخل علاقة وهو قابل بها طواعية، و بالمخاطر التي يمكن أن تنشأ عن إنهاءها في أي وقت، ولكن ذلك كان على قدم المساواة مع الطرف الآخر، وهذا الذي لا يبرر لهذا الأخير اللجوء إلى الإنهاء الفـردي للعقد على نحو تعسفي.

ولعل الصفة التي يستوجب توفرها في العقود الزمنية على غرار العقود الفورية وهي الثقة، وغالبا ما تستفاد ضمنيا ولا ينص عليها صراحة، كما هو الحال بالنسبة لإلتزام المؤمن له بالتـصريح بـالظروف الجديدة والتي تطرأ خلال سريان العقد ، حيث ينجر عنها تفاقم الخطر على المؤمن له **المادة 23 من أمر**

---

[1] انظر احمد التواب محمد بهجت ، الرسالة السابقة ص .217.

[2] Ripert (G) ,la règle morale dans les obligations civiles .op.cit p.18 « il ne suffit pas alors de dire pour se défense que l'on agir sans dol , il faudra prouver de plus que l'on a agi pour des fins légtimes » .

[3] ولعل تجنب الأضرار بالغير بدون مبرر جدي هو ما يفسر بالثقة المشروعة التي يضعها الغير في نزاهة سلوك صاحب الحق ، وأي إضرار بغير وجه حق هو خيانة لهذا الثقة.

« Lorseque le contrat oppose une confiance réciproqué entre les parties,l' obligations de renseigner exactement contrat a tout devient une obligations juridique et la réticence une cause légale de nulité de contrat ».

[4] Contrarement ce qui a été enoncé par le professeur Mekki: "qu'être fidèle, c'est … respecter la confiance ou l'attente légitime d'autrui". Voir Mekki (M), l'intérêt général et le contrat, op.cit., n° 1231.

95-07. وكما أن إلتزام **المستأجر** بإخبار المؤجر فورا بكل أمر يستوجب تدخله بسبب ترميمات مستعجلة أو بسبب ظهور عيب فيها أو إعتداء عليها **المادة 497 ق م معدلة**.

أما **عقد الوكالة** فهو يبني على الثقة المتبادلة بين الموكل والوكيل حسب ما جاء في المـادة **2/575** "بضرورة إخطار الوكيل بكل ما من شأنه أن يحمل الموكل على تأخير تصرفه أو تغيير شروطه ،على أنه يمكنه أن يتجاوز الحدود إن تعذر عليه إخطار الموكل مسبقا تحت طائلة الظروف المانعة لـذلك". ثـم أن المادة **577 ق م** تلقي على عاتق الوكيل مهمة إستيفاء المعلومات الضرورية عما وصل إليه تنفيذ الوكالـة، وأن يقدم له حسابا عنها"، وهذا يفسر مقتضيات الثقة التي تُستحق على إثرها القيام بتنفيذ عقد الوكالة حسب هذه الطبيعة[1]. كما يضاف إليه ما يصاغ به عقد العمل في إطار الإلتزام بالسرية، واجب التحفظ، والمنافسة المشروعة التي تحدد علاقة المستخدم بمؤسسته على حد تعبير "Reuy"[2] "إنه يشكل المفهوم الحديث للـولاء، والمبني على الثقة المتبادلة، وإلا كيف سيبرر إستمرار العقود؟".

ثانيا: تدعيم مظاهر الثقة المشروعة كمظهر جديد لحسن النية العقدية

الثقة لم تعد تلك الأداة المرتبطة بالحياة العقدية فقط، وإنما أصبحنا أمام ثقة فـي علاقـات الأعمـال والمهنيين والحرفيين، وهذا يتجاوز حتى العلاقات التعاقدية المعتادة بسبب فقدان الثقة في هذه الأخيرة. فهو إسترجاع للثقة في النشاطات الإقتصادية بين المحترفين من جهة، والتي تهذب فيها روح المنافسة المطلوبة ، وبين هؤلاء وفئة المستهلكين من جهة أخرى، والتي يقوم فيها مستوى التفوق واللامساواة الطبيعية بـين الأطراف، وكأنه بهذه الصورة قد أدخل مبدأ الثقة العقدية في منهج إصلاحي ومعياري وغائي.

ولعل إقحام مبدأ الثقة في مجال هذه العلاقات له ما يبرره، إذ يتعلق بـ:

أ- قاعدة "ديمومة العلاقة العقدية": وبالفعل يبدو أن قانون المنافسة يحمي مبدأ الثقة بواسطة إرسائه علـى فكرة "منح أرضية وعملاء" للأعضاء المعنيين بعملية المنافسة[3]، سيكون ذلك خصيصا في "الحدود المقيـدة للمنافسة كما يقررها القانون"[4].

ولعل ما ينص عليه قانون المنافسة من ممارسات مقيدة هو حجر الأساس في تعزيز عنصر الثقـة بين المتعاملين الإقتصاديين على نحو ممارسات كتلك المتعلقة بإقتسام الأسواق أو مصادر التموين التي تمثل

---

[1] و حسب الأستاذ (Picod)، يجد بأن معيارا قضائيا يقف عليه عدم إرتكاب الأجير خطأ تسبب في هز الثقة التي يتمتع بها لان من شأنه أن يجعل العامل مؤثرا على حسن سير المؤسسة.

[2] Dans ce sens: Chagny (M), le confiance dans les relations d'affaires, coll, Aix Marseille (3), Dalloz 2008, PP 38 et s.

[3] Voir Mestre (J)." le droit de concurence sous l'angle du droit civil."in « la concurrence (…) aujourd'hui demain ». Journée de lé AFEC(15/11/1995). Pp.43et ss," ainsi que Oppettit (B) « la liberte contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence » Rev, Sc. Mor.pol .1995.pp.44 et ss.

[4] Chagmy (M) .droit de la concurrence, droit commun. des obligations, 2004, Dalloz, (nouvelle bibliothèque).bibliothèque de thèse ,Vol,32,n°279 et ss.

تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة، تقليص أو مراقبة الإستثمارات أو التطور التقني ...وغيرها[1]، وهذه الأعمال غالبا مـا يبررهـا تطـور العجلـة الإقتصادية ولاسيما الرقمية، وهو ما يفسر تدخل "مجلس المنافسة"[2] لحمايـة شـبكة توزيـع المنتوجـات والخدمات، حتى تكريس صلاحية السهر على تشجيع وضمان الضبط الفعال للسوق بأيـة وسـيلة ملائمـة طبقا للسير الحسن للمنافسة وترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تنعدم فيهـا المنافـسة، قوامها الأساسي ثقة التجارة والأعمال كجو عام يجب أن يسود الحياة الإقتصادية[3].

وبقليل من التعمق نجد أن الثقة في هذا السياق مجال خصب من أجل ضـمان ديمومـة العلاقـات الفردية في حياة الأعمال، مع أن البعد الزمني فيها محل إعتبار في تحديد هذه الثقة ولو على حساب تركها مجرد حركة مستقبلية[4]، خاصة إذا كانت العلاقة ترتكز على الإستثمارات الخاصة أو تخـصيص النـشاط الذي سيكون من الكارثي بالنتيجة تراجع الثقة العقدية فيها. ولعل هذه المسألة منطقية، وهو ما إعتاد الأمـر به القضاء المدني حيث يستوجب منه "حماية ثقة المتعاقد الآخر"[5].

بيد أن ديمومة زمن العلاقة العقدية نص عليها **المشرع الجزائري** فـي سـياق تعـديلات **قـانون المنافسة**، منها قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبـررة المـادة **11 من قانون المنافسة**. ولعل شرط التعويض الإستحقاقي المؤسس على "رقـم الأعمـال" فـي وضـعية ممارسة حق الإيجار التجاري هو نفسه معيار ذو **حدين**، أحدهما: يتعلق بمحافظة المشرع التجـاري علـى الثقة الزمنية التي تراكمت لدى المتعاملين الإقتصاديين بمناسبة ممارسة النشاط في المحل التجاري المؤجر، وذلك بثقة المستأجر المتوطنة عبر المدة المحددة في عقد الإيجار التجاري مع المؤجر، وهي مستمدة مـن الثقة الممنوحة في إطار العلاقات التجارية[6].

كما أن الثقة محل إعتبار لتعزيز مشروعية العلاقة العقدية، ما يقابله في القواعد المعيارية، الحفـاظ على الأمن القانوني للعلاقات التجارية والإقتصادية، ومنه حظر مجموع من الممارسات التي تقلل أو تعـدم تلك الثقة تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحـرمهم مـن منـافع

---

[1] انظر المواد من 6الى 8 من قانون المنافسة الصادر بموجب أمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بالقانون (08-12)

[2] كما هو الحال بالنسبة لحماية مجلس المنافسة لعملية التوزيع المادي ضد أهداف المتعاملين الخواص في التجارة الإلكترونية.

[3] انظر المواد 34- 35و36 من قانون المنافسة المذكور أعلاه.

Comp Chagmy (V.M). «Droit et obligations d'un réseau de distribution à l'épreuve du droit de la concurrence « droit et l'immatériel ». Lamy 2007.n°112.p76,

[4] Voir, Arr.com. du 8/04/1986,Bull.civ,3,n°58, du 23 mai 2000, RTD.com, 2001, voir, aussi, Mester(J) et Fages (B) .op.cit.p.1.

[5] Ibid.

[3] أنظر أيضا المادة (5) من قانون المنافسة المعدل (08-12) "كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسـعار أو تحديدها لاسيما في حالة الإرتفاع المفرط بسبب إضطرابات السوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في تموين داخل قطاع نشاط مهني أو في منطقة جغرافية مهنية أو في حالات الاحتكار الطبيعية "

المنافسة، والسماح بمنح صفقة عمومية لأصحاب هذه الممارسات المقيدة وكل ما من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق[1].

أخيرا وضمن ما يدخل ضمن صلاحيات مجال "مجلس المنافسة"، فإن هذه الهيئة تسهر على فرض إحترام الثقة التعاقدية في حياة الأعمال بين المتعاملين الإقتصاديين بواسطة فرض مشروعية تلك العلاقـة، عندما يملك سلطات تتراوح بين مراعاة الظروف الإستثنائية لعمليات المنافسة[2] أو تبني تدابير مؤقتـة فـي مواجهة الممارسات المقيدة للمنافسة من شأنها الحيلولة دون الإضرار بالمتعاملين فيما بينهم[3]، أو وضع حد للممارسات المعاينة "Concurrence Constatées" على أنها مقيدة للمنافسة تحت طائلة أوامر معللة لذلك[4].

إن التطور الذي آل إليه قانون المنافسة كمجال مخصص في العلاقات التعاقدية ليستحق الذكر من باب أولى، لأن المتعاملين الإقتصاديين يضعون ثقتهم في المشرع بسبب الإطار المحدد والفعال لمعيارية الثقة[5].

ب- الثقة العقدية بين المستهلك والمحترف: في ذكر لعلاقة الثقة بالإستهلاك جاء فـي وصـف النائـب الفرنسي **Luc-Marie Chatel**" أننا في مرحلة "مستهلك الثقة بدلا من مستهلك الغش "[6]. ولعل هناك مـن النصوص ما يقضي بحماية الثقة ضمنيا لدى المستهلك بأن يتم الحصول على المنتوجات تلبيـة لرغباتـه المشروعة، من حيث مصدر ومميزات المنتوج ومصدره وكثير من العناصر الأخرى التي تـستحوذ علـى إهتمامه[7]، والرغبة المشروعة لدى المستهلك هي ما تؤسس "الإلتزام بالمطابقة" على أنها منبثقة من تلك الثقة التي يضعها شخص كالمستهلك في شخص المحترف عما يقتنيه ويستعمله[8] .

وفضلا عن ذلك، فإن نص قانون المستهلك حول إلزامية أمن المنتوجات الموضـوعة للإسـتهلاك وذلك بالنظر إلى الإستعمال المشروع[9]، وهنا بالذات نجد "الرغبة المشروعة" تشكل معيارا من أجل تقـدير

---

[1] انظر المواد (11)و(12)من قانون المنافسة.

[2] أنظر المادة 5 المذكورة أعلاه

[3] انظر المادة 58 من قانون المنافسة.

[4] انظر المادة 45 من قانون المنافسة.

[5] La normativité du confiance.

[6] Voir le rapport du Luc –Marie.(Chatel). du 2003. Voir le nouveau Petit Robert .dictionnaire de la langue française .notion (canfiance).

[1] تنص المادة 11 من قانون (09-03) "يجب أن يبلي كل منتوج معرض للإستهلاك ، الرغبات المشروعة للمـستهلك مـن حيث طبيعة وصفة ومنشئة ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته الأزمة وهويته وحمايته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله". كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منـه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه

[8] Voir Sauphanor-Brouillard (N)., la confiance dans les contrats de consommation, acte du coll. De l'Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines, Dalloz, 2008,p.58.

[1] انظر المادة (9) من قانون 09-03 التي تنص على يجب" أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مـضمونة وتتـوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها وان لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه وذلك ضـمن

أمن المنتوجات، حيث لا يتعلق الأمر فقط بالأمن في جميع عقود الإستهلاك، وإنما يتجاوز أي إطار عقدي، بإعتبارها قاعدة لمعيار الوقاية من الإضرار إلى أقصى حد ممكن مقارنة بالنقائص السائدة في إطار المسؤولية التقصيرية المقررة في القانون المدني[1]، أو إعمالا لقواعد الضمان في العقود[2].

وفي الحقيقة يحقق مبدأ الحماية المسبقة التي يوفرها قانون المستهلك في إطار الإلتزام بالمطابقة والإلتزام بالأمن **نتيجتان أساسيتان** :**الأولى**، وتتعلق بالطبيعة القانونية لمعيار الرغبة المشروعة، والتي تعتبر رغبة ملابسة تخلق حقا ذاتيا، فالمستهلك في مجال المطابقة ينتظر المطابقة مع التصريحات العمومية المعروضة من طرف المحترف[3]، كما أنه في الإلتزام الثاني لا يفرض أمنا مطلقا بقدر ما ينتظر توفر أمن متوافق والحالة التقنية وشروط استعمال المنتوج[4]، **أما الثاني :** فيتعلق بالتعويض الذي يترتب عن معيار مشروعية الرغبة، والذي يقرر فيه مسؤولية المنتج أو المحترف بقوة القانون مما يحول القرينة نحو حالة غياب مطابقة مع العقود بدلا من المطابقة مع الرغبات المشروعة. إن ما يبرر قانونية الثقة المحمية في إطار قانون المستهلك هو إعتبار النصوص المتعلقة بالمطابقة والأمن مكونة للرغبة المشروعة كمصدر هام يفترض الثقة المرجعية للقانون الوضعي، وذلك بمنطق أن ثقة المستهلك تحتاج إلى حماية مثل أي محل للإستهلاك[5]، وعلى مستوى آخر يذكرنا هذا المجال بما إعتاد القانون فرضه في علاقة العميل بالمؤسسة المصرفية التي تُبنى على علاقة الثقة المتبادلة، والتي تترجم عن طريق قاعدة "شرف المعاملات المالية"، الذي يعد بالفعل مجالا عميق الأبعاد و المضمون، رغم كونه يظهر في إطاره العلاقاتي أكثر منه في

الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توفرها من قبل المتدخلين " وتتبعها المادة (10) التي تخضع تفصيلا لهذا الالتزام.

[1] Markount (Y), la directive (CEE) du 25/07. Sur la responsabilité du fait des produits defectueux.Préf (Ghestin Jaques), LGDJ.Coll. , Bibliothèque de droit privé, T 201 .n°307.

[3] على أن الالتزام بالمطابقة والأمن يفترض قرينة يجب تحققها بمجرد البحث عن حصول المستهلك على المعلومات اللازمة عن المنتوجات. أنظر المواد 5، 6، 7، 8، 9، 10، 13 من المرسوم التنفيذي 12-203 المؤرخ في 6 ماس 2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات.

-Voir Pouillet (V.E). Droit europeen du consommation et uniformatisation du droit des contrats, (préf. de Vareilles Sommières). LGDJ.Bibliothèque de droit privé .T.463,n°587.

[3] Calais Auloy (J), « l'attente légitime ,une nouvelle source de droit subjectif » ,in aspects actuels du droit des affaires ,Mélanges Guyon (Y).Dallez ,2003,p.171 et ,177et ss, comp , Rochfeld (G) ,La loi .n° (2005-67) du 28 janvier 2005.

[4] L'avant projet "Catala" de réforme du droit des obligation, à l'alinéa 2 de l'article 1110 du C. Civ consacre à l'obligation de renseignement de texte dispose que celle-ci "… n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseiegner ou qui légitimement a pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notammenty de la nature du contrat ou de la qualité des parties".

[5] " إن الرغبة المشروعة نفترض "وتسلم بالثقة .

إطاره العقدي[1]. وحتى أن الأستاذ (M) Mekki في سياق عرضه لمبدأ الوفاء العقدي أعتبر مسألة الوفـاء هي بمثابة، إحترام الثقة أو الرغبة المشروعة لدى الغير[2]. وقد فسر الأستاذ Bencheneb[3] مفهـوم الثقـة الواردة في المادة 2/111 من ق,م, (المتعلقة بتفسير العقد) بالرغبة المشروعة للدائن بالالتزام.

وفي النهاية أمكن القول بأن الثقة هي ما أصبحت تشكل نهرا ساكتا ومغلقا، في ظلـه تنبثـق "روح العقود"، ويسقى منه الكثير من المؤسسات العقدية مثلما تأسف عليه العميد (G) Cornu [4] وأصـبح يـشجع نحو ضرورة إدراجه إلى النور وطرحه في القانون صراحة، وقد تساءل الفقيه (L) Aynés [5] فيما إذا كـان يمكن اعتبار الثقة مبدأ قانونيا!.

المطلب الثاني: صور التعسف العقدي كإنتقاص لحسن النية

فكرة العدل هي فكرة أخلاقية، فالأستاذ "**Ripert**" يجعل التعسف في إستعمال الحق مظهرا للعدل في ممارسة الحقوق[6]، وهو يمثل (أي التعسف) مفهوما ضابط وملما بكل شيء[7]، وهو يشمل كل مظاهر الحياة في العقد، والبداية تبدأ بالتعسف في حرية التعاقد وعدم التعاقد، التعسف في تحديد مضمون العقد، و التعسف في فسخ العقد أو في عدم تجديده[8]....إلخ. ويسمح الفقه التضامني بتجسيد مبادئ خاصة يكون الهدف منهـا مواجهة التعسف في المجال العقدي، في الوقت الذي لم ينتصر فيه مبدأ الإعتراف بتعسف ذي طابع عقدي.

---

[1] ولعل أن الإلتزامين المنبثقين عن ثقة المعاملات يكرسان أهمية الموضوعية والغائية، **فالأول** يتعلق بـالإلتزام بالـسرية، حيث يعتبرإلتزاما مندرجا في إطار وظيفة المصرفي بتحقيق التوازن بين ما تدر عليه آداءته من مـصلحة العميـل ومـدى إنتفاعه المشروع بالعقد. والتحكم في السرية يفترض التحكم في المعلومات الأكثر خصوصية ودقة ، أما **الإلتزام الثاني** فيتعلق بواجب التحفظ المنبثق من الثقة التي يضعها العميل في المصرفي، حيث ينتظر منه الكثير (طبقا لقاعدة الرغبة أو الإنتظـار المشروع)، مما لا يحمل هذا الأخير إلتزاما أكثر من إلتزام بإعلامه ونصحه.

[2] dans ce sens Mekki (M) L'intérét général dans le contrat. Op-cit, N°1231., P 776.

[3] Bencheneb (A), le contrat en droit algérien: entre texte (s) et contexte (s), Art précitée, p 280

[4] Aynès (L), La confiance en droit privé des contrats, acte de coll, univ de Versailles, Dalloz, 2008, p 158.

[5] Ibid, p 156. Voir dans ce sens carbonnier affirme, "on peut dire que c'est un sentiment (confience qui relève du non-droit des rapports humains, la société, dont le droit n'a pas à se mêler….

ويرى العميد Carbonnier في موقف آخر:

" Ce qui fait la force obligatoire du contrat, c'est la confiance du créancier, non la promesse du débiteur", voir Carbonnier (J), droit civil, op.cit., n° 21.

[6] Ripert (G), op.cit. p.130.

[7] Fages(B), Des comportements contractuels à éviter, Droit et patrimoine,n°60 .1998, p. 67. «L'abus de droit comme une ' notion tentaculaire, omnipotente' ».

[8] Bachele(Benoît), l'abus en matière contractuelle, Th.Fac de droit, Université Pierre Mendès. France .Grenoble (II), 2004, p. 1.

وما دامت المساواة شكلا من الأشكال الأكثر يقينية ووضوحا في العدالة، والأثر الأساسي المترتـب عن أي عقد إنشاء حقوق دائنيه، لأنها تسمح للدائن بفرض إلتزامه على المدين، مما يجعل العلاقة "لامساواة خاصة" مثلما تعبر عنه فكرة العدالة التبادلية[1].

ومن جهته راح الأستاذ « **Stoffel-Munch** »[2] يمثل التعسف العقدي بـ "تعددية مرتبـة" « Pluralité ordonnée » ، وذلك نظرا لوجود طرح وسيط يصور التعسف كمؤسسة مهيمنة، يعتـرف لهـا بتجـانس مجموعها بين ما هو فيها من مفهوم موحد أقل واقعية، ومفهوم متفتح واسع[3].

وفي هذا السياق يؤكد البعض على دور القاضي في مراقبة ظروف استعمال الحق أكثر من البحـث عن مضمون الحق في حد ذاته[4].

والإتجاه المعاصر يطرح مسألة حسن النية ليؤسس عليها فكرة التعسف في إستعمال الحق في المجال العقدي (**الفرع 1**) ومدى تكريس هذه الفكرة على شكل مبدأ عام، ومقبوليتها في مجال تنفيذ العقد في القانون المدني الجزائري (**الفرع 2**).

---

[1] وحسب الأستاذ « Mestre » فإن طبيعة العقد بصدد التطور بلا شك بشكل عميق جدا، حتى أن هذا التطور ثمـرة توافـق بين إرادتين متنافرتين، حرة ومتساوية، ولذلك أصبح العقد تدريجيا مكانا لتوازن ضروري، لا يمكن لا للقاضي ولا للمـشرع أن يتردد في حالات معينة في إعادة إرسائه في أزمة من الأزمات، حتى ولو كلفهما محو التعـسفات المـستقبلية والمحتملـة المرتبطة بـ "لامساواة في الشروط الاقتصادية أو التقنية".

Mestre(J), D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, R.T.D. civ 1986, P.100.

[2] Citée par Benoît Bachelet, Thèse précitée .p. 11.

[3] ومنه ما وجد لدى اعتقاد الفقيه « Domat » بشأن الطيبة الطبيعية « La bonté naturelle » لدى الإنسان، اسـتطاع أن يصور تلك النظرة الضيقة على الحقوق، فالعقد يتعلق "بالاتفاقات المدرجة لتعهدات ارتضاها الأطراف بـشكل تبـادلي بـين شخصين أو أكثر كقانون واجب التنفيذ "وهذا التصور الذي تبناه القانون المدني هو ما يفسر الطابع الضيق المتروك للتعـسف في المجال العقدي وسبب هذه الصيغة يجد أصـله مـن ردة الفعـل القويـة ضـد إنـصاف البرلمانيـة « l'équité des parlement » المستمدة من فلاسفة القرن 18 م.

Voir plus de détails : Bachelet (Benoît), Th. Précitée.p. 14.

[4] Magnan (Muriel Fabre), l'obligation de motivation en droit des contrats, Mélange offert à Ghestin, P. 325.

الفرع الأول : أخلقة التعسف بواسطة حسن النية

حسب وجهة نظر الفقيه « **Saleilles** »[1] أن" هناك إلى جانـب المـشروعية القانونيـة مـا يـسمى بالمشروعية الأخلاقية، والتعسف يقع عند الإخلال بهذا النوع الأخير من المشروعية، أي عنـدما يـستعمل الشخص حقه ضد الأخلاق، وعلى ذلك فإن أساس التعسف هو اللاأخلاقية في إستعمال الحقوق(...) ، ولأن إبعاد القواعد الأخلاقية عن المجال القانوني قد يؤدي إلى صعوبة تطبيق القانون، وأن القاعدة القانونيـة لا يمكن أن تنشأ بمعزل عن المبادئ الأخلاقية التي يجب أن يؤسس القانون على ضوئها وعلى القاضي فـي الأخير تطبيقها[2]".

إنه أحد كفتي ميزان العدالة العقدية المعتاد وصفه بالقانون الطبيعي، فضلا عن ارتباطـه بالقـانون الوضعي، فالتعسف بوصفه تغييبا للمساواة العقدية وتهديدا للتوازن، فقد إعتاد الفقه المعاصر علـى تحميـل الأطراف المتعاقدة بالإلتزام بالتعاون والتضامن، من أجل منع التعسفات العقدية، بل بالنظر إلـى العلاقـة الوطيدة التي تربط حسن النية بالتعسف في إستعمال الحق (**أولا**)، وحيث أن حسن النية أشمل من التعـسف لكونه يتضمن تطبيقات أخرى لا تكمن في المعايير الموضوعة لتحديد التعسف، والتي تظهر بموجب النظرة الذاتية لحسن النية عند الكلام عن معيار "نية الأضرار" بشأن التعسف (**ثانيا**).

أولا: تنويع حسن النية المكون للتعسف

قد كان للفقيه **"Carbonnier"** [3] إستفسارعن إمكانية التعامل مع نظرية التعسف في إستعمال الحـق كآلية من آليات القاضي بمناسبة إعماله لمبدإ الإنصاف.

ويبدو أنه قد يتصور الإستعانة بآلية ذات "طابع واقعي" بنفس الأسلوب الذي يعتمده القاضي بالنـسبة لآلية أخلاقية بحتة، وذلك للوصول إلى نتيجة واحدة ألا وهي إستمرار لتنفيذ العقد دونما عرقلـة للحقـوق فتصبح هذه الأخيرة همزة وصل بينهما[4].

والتعسف في إستعمال الحق "آلية رقابة بالطبيعة الأكثر تلاؤما"، وهو شكل آخر من الرقابة لحـسن النية العقدية، بل أنه يشكل جزءا لا يتجزأ من الآليات التصحيحية العامة للقانون[5].

---

[1] أنظر شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القـانون 05-10 المعـدل للقانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسة، عدد 2009/04، ص 194.

أنظر كتابه في: نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق، ص 716.

[2] أنظر عبد الرحمن مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كليـة الحقوق، 2005 – 2006، ص 73.

[3] Carbonnier (J), les obligations, op.cit. n° 223 .« On pourrait se demander également si […] la théorie de l'abus de droit ne devrait pas être conçue comme un procédé d'équité à la disposition du juge ».

[4] "فلا الإنصاف يسمح بالاستئثار بالحقوق ولا التنازع فيها ولا التعسف يبرر الاستئثار الانفرادية أو تجاوز تلك الحقوق"

[5] Magnan (Muriel- Fabre) , l'obligation de motivation en droit des contrats, Mélange – Ghestin,op.cit. p. 321 à 323.

فالتعسف" كثيرا ما يختلط مع حسن النية بموجب **المادة 3/1134** من ق م ف الذي يمركز فيه العقـد في مستوى أعلى من الإجتماعية والصداقة، حيث يبتغي كل طرف إحقـاق العدالـة للطـرف الآخـر"[1]، "بواسطة تأشيرة من النزاهة، التضامن، والأخوة"[2].

ومن أجل القضاء على اللامساواة، و خاصة التعسفات العقدية، راح الفقه والقضاء يحمـل أطـراف العقد إلتزاما بالتعاون و التضامن، و قد كان للأستاذ « **Picod** » الفضل فـي توضـيح مفهـوم الإلتـزام بالتعاون وإظهاره من زاوية المدين[3]. بحيث يشكل - في نظره- تعبيرا عن الإلتزام بتنفيذ واجباته بأقـصى فائدة ترجى، على أن يتصرف الدائن هو الآخر على نحو مجدٍ عن طريق تسهيل تنفيذ العقد ومنح المـدين المساعدة اللازمة[4].

وبتطبيق مبدأ التضامن نص المشرع في **المادة 579 من ق م** على ما يلي: "إذا تعدد الوكلاء، كانوا مسؤولين بالتضامن، متى كانت الوكالة غير قابلة للإنقسام، أو كاف الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطإ مشترك. غير أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم متجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها"، نلاحظ أن المشرع كرس مبدأ التضامن العقدي في سياق هذه المادة ومن ثم يشكل التضامن بين المتعاقدين نتيجة طبيعية لمبدإ حسن النية، وبالمقابل يتمثل التعسف في مرحلة تنفيذ العقد في عدم إحتـرام واجب التضامن.

ومما يؤكد العلاقة الوثيقة بين التضامن العقدي والتعسف أن المشرع قد إشترط لتحقيق التضامن بين الوكلاء وجوب ألا يكون أحدهم متجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها[5].

إن مبدأ حسن النية آلية لتقوية العلاقة الوثيقة بين القانون والأخلاق، وهذا ما أدى إلى طرح في الفقه المعاصر ظاهرة **أخلقة العقود** « Moralisation des contrats »، والتـي أدرجـت ضـمن التحـول المستحدث في العقد على حساب تراجع مبدأ سلطان الإرادة[6].

---

[1] Seriaux (A), Droit des obligations, 2 ed, P.U.F, 1998, N° 55.

[2] Mazeaud (D), Loyauté, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?. In l'avenir du droit, Mélange de François Terré.p. 603.

- "ونلاحظ أن حسن النية ما هو إلا أساسا للتعسف إضافة للأسس الأخرى، لكن دون نصل إلى مماثلة المفهومين معا، حيث أصبح التعسف من المفاهيم الأداتية تدريجيا لضبط العقد يمارس من طرف القاضي".

[3] Picod (Y), Le devoir de loyauté dans l'exécution des contrats, op.cit. P. 114.

[4] Diesse (F), Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, Art précitée P 265: le professeur Diesse décrit: "coopérer" c'est "agir conjointement avec" son partenaire. Il s'agit de "participer" à une œuvre commune" de "collaborer" de "concourir", de "contribuer" ou alors "d'aider" ou "d'assurer" son cocontractant. Voir le même article, P 265.

[5] أنظر المادة 2/579 من ق.م.

[6] Thibierge - Guelfucci (C), libre propos sur les transformations du droit des contrats, R.T.D. civ 1997, N° 6. P. 361.

صورة العقد الجديدة مثلما ترتبت عن تطورات إقتصادية وإجتماعية، فهي التي عدلت مـن المظهـر الكلاسيكي للعقد، بحيث لم يعد يشكل فقط مجرد رابطة بين أطراف العقد، وإنما جعلته كيانا تعاقديا مؤسسا على مجموع من الحقوق والإلتزامات الدائمة في السريان، والذي يندرج في إطار النظام القـانوني الـذي يرتبط به[1].

وتظهر الروابط العقدية في الوقت الحالي في تلاقي ممتد مع الوقت لإرادات ساعية نحو التنسيق فيما بينها، فلم تعد تتجه إرادة الأطراف إلى التعاقد فقط، بل إنها ترتبط بغاية دعم الرابط العقدي من أجل تنفيـذه بحسن نية، ومن خلاله تحقق تلاقيا في المصالح مع الطرف الآخر، وهو ما يندرج فـي إطـار الأخـلاق العقدية[2]، التي ترتب جزاء على تلك التعسفات في إستعمال الحق بمناسبة تنفيذ العقد، بواسـطة " فـرض صورة التنفيذ الخالص بدلا من التنفيذ البسيط "، حيث يجب أن يتحقق تنفيذ العقد بـروح مـن التـضامن، وكذلك "الأخوة العقدية"، والتي تشكل فيه هذه الأخيرة أحد مظاهر تطور المبادئ الجديدة لتغير العقد. ويعني هذا المبدأ " أن يأخذ كل متعاقد بعين الإعتبار مصلحته الخاصة، و المصلحة من العقد، وكـذلك مـصلحة المتعاقد الآخر، بأن يكون تحت تصرف أي وضع كان عليه في تلك الحالات. وبـالنظر لقبولـه بـبعض التضحيات، يتعين عليه أن يحقق ليونة في التنفيذ، ودعما للعقد على أساس من التنـسيق وتحقيـق لقـضية مشتركة من إتحاد المصالح[3] .

و"من أجل أخوة عقدية أكثر وتعسف أقل "، يعرف مبدأ الأخوة مظاهر متعددة، فهناك ما يمثل إلتزاما بالنصيحة، بالنزاهة، بالتعاون وبإعادة التفاوض، وهي نفسها مظاهر للتضامن العقدي[4].

وقد إعتبرت الأستاذة **Catherine Thibierge**[5] "بأن مبدأ الأخوة العقدية أكثر إتساعا من حـسن النية، فإذا كان يعبر عن هذه الأخيرة بالتصرف أو الأقـوال، « Si la bonne foi est un état d'être traduit en acte ou en paroles »، فإن الأخوة العقدية تفرض على الطرف المتعاقد بأن يركز إنتباهه علـى نفـسه وعلى المتعاقد الآخر من أجل تسهيل تنفيذ العقد. أما في حالة إذا كانت الأخوة العقدية إطارا أقل إتساعا من حسن النية، فهذا لكي تتمكن من تبرير الإلتزامات بالنصيحة، بالدعم، والتنسيق ... الخ.

وفي سياق توضيح الأخوة العقدية، بالغت الأستاذة « Catherine Thibierge » في الحديث عـن دور هذا المبدأ، عندما أثبتت إلمامه وتجازوه لنطاق حسن النية، لأنه تمت تغطية تلك الإلتزامات المنبثقـة عـن

- وفي هذا المعنى يرى الأستاذ علي فيلالي: " ... لم تبق كذلك العبرة بالمساواة المجردة طالما أن القـوي لا يتـردد فـي استغلال الضعيف. ولم يبق دور القاضي مقصورا على تطبيق ما اتفق عليه المتعاقدان ولو كان غير عادل، لقد أصبحت كـل القوانين حتى تلك التي تقوم على مبدأ فصل الدين عن الدولة تستعين بالأخلاق في مجال المعـاملات" أنظـر مقالـة: الـدين والأخلاق، ص 72.

[1] Thibierge-Guelfucci (C), op.cit.p.361.
[2] Ibid.
[3] Ibid.p.382.
[4] Ibid. p.383.
[5] Ibid.

الرابط العقدي (كالنصيحة و التعاون) بفضل التفسير المتطور لحسن النية[1] وليس الأخوة العقدية، فمـصالح المتعاقد الآخر هي الأخرى تحقيق لفكرة حسن النية.

تعتبر الأخوة العقدية مظهرا لفرض النزاهة في تنفيذ العقد على وجه العموم، على أن هذه الأخير كما هو مكرس في المادة **107** هي التي تشمل أيضا تكريس الأخوة العقدية.

ومن خلال ملاحظة تلك العلاقة بين حسن النية والأخوة العقدية تبينت تلك الأهميـة التـي إكتـساها إضفاء البعد الأخلاقي على مرحلة تنفيذ العقد، فالتعسف في إستعمال الحق- أثناء تنفيذ العقد- أصبح يشكل مفهوما معنويا أكثر، بدليل أنه يجعل من الإنسان إنسانا حقا : [2]« l'humain vraiment humain »

بالفعل يعد مبدأ حسن النية داعما لرابط قانون العقد بالأخلاق[3]، مما يسمح بالحفاظ على ديمومة العقد « Sa pérennité » وركازته. مع أنه تقليديا نجد القاضي يلجأ إلى تطبيق سياسة "كل شـيء أو لا شـيء"، بحيث يفضل مثلا إبطال العقود بسبب وقوع مغالطات في تنفيذها، على أنه اليوم يتجه القضاة إلى فـرض جزاءات تضمن ديمومة العقود أكثر من إلغائها، كما هو الحال بالنسبة للحكم بحق التعويض لضحية التعسف في استعمال الحق أو منح آجال ميسرة للمدين لمكافحة أي صورة من صورة التعسف من الـدائن، كمـا يمكنه إعلان البنود التعسفية غير مكتوبة دون إبطال العقود، وغيرها من الوسائل التي تحقق تنفيـذا سـهلا للعقد، الأمر الذي غُير العقد إلى واقعة اجتماعية أكثر منها عقدا فحسب.

وتجدر الإشارة إلى أن المفهوم المعنوي للتعسف في إستعمال الحـق يتواجـد فـي مفتـرق طـرق mi-chemin بين مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ إستقرار المعاملات، فلم يعد مبدأ القوة الملزمة للعقد مطلقا، نظرا لكون أن الإلتزامات التي تفرض على الأطراف ليست منبثقة من إرادة هؤلاء فقط، وإنما ما إنبثق عن القانون أو بواسطة القاضي[4].

إن مثل هذا الإتساع المادي للطابع الإلزامي للعقد لا زال يدفع نحو الأمام بقدر مـا كانـت القـوة الملزمة أكثر شمولا وأقل إطلاقا من حيث النطاق[5]. ولقد كان للأستاذ « **Ripert** » الفضل الجاد فـي رسـم الرابط بين القانون والأخلاق، بحيث يرى أن "الفصل المطلق بينهما مستحيل تحقيقه"[6]، لأن القانون يفـرض سلطانه بواسطة الأخلاق، التي تشكل عاملا أساسيا للأول.

---

[1] Picod (Y), L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, op.cit. P. 135.

[2] Thibierge – Guelfucci (C), op.cit, P. 384.

[3] ويرى الأستاذ علي فيلالي: "أن الفرد لا يستفيد من الحماية القانونية المقررة في إطار المادة 107 ق.م ما لم يتجلى بالنيـة الحسنة..." لنظر مقالة: الدين والقانون، ص 68.

[4] Thibierge-guelfuci (C)., op.cit., p. 365.

[5] « Cet élargissement matérielle (…) du rayonnement obligatoire du contrat est centre balancé par graduation plus rayonnante, la force obligatoire du contrat est aussi moins absolue ». voir Thibierge – Guelfucci (C), op.cit, p. 365.

[6] Ripert (G), op.cit. n° 14.

ولهذا إعتبر الأستاذ [1]« **Savatier** » "أن التعسف في إستعمال الحق يشكل حالة تنازع بـين القـانون والأخلاق (...)، فعندما تستعمل حقك فأنت تنتقص من واجبك الأخلاقي، وأيضا من يتعسف في إسـتعمال حقه فهو ينفذ العقد إنما هو ينتهك واجبا أخلاقيا يرتب به ضرر للمتعاقد الآخر بشكل سيء.

كما أن الأستاذ [2]« **Alain Seriaux** » من جانبه راح يعرف" حسن النية بأنها الإرادة الحسنة، النزاهة، التنسيق مع المتعاقد الآخر، ومحاولة تسهيل الأمور له، وهو ككلمة « en un mot » محبة كافيـة لـه فـي العقد".

وفي سياق أكثر شمولا نلاحظ أنه لم يبق لقواعد الأخلاق إلا الإنسياب بشكل مغلق في قانون العقود، فتنفيذ العقد لا يجب أن يشكل مناطا للتطبيق الصارم للمشارطات العقدية، إنما على العكس يجب أن يهـيمن عليه الإحساس بالأخلاق.. المراقبة من طرف المحاكم والذي يسهم في الحفاظ على النظام العام، بـل إنـه بمناسبة التطرق إلى التعسف في إستعمال الحق إعتبر الأستاذ : [3]« **Stoffel Munck** » بوجود تعـسف فـي تنفيذ العقد متى كان هناك خطأ معنوي في هذا التنفيذ، وهو خطأ تسبب فيه نقص فرض حسن النية، ممـا يجعل هذا الأخير ليس مجرد تجاهل وضعية معينة في ظل روح أخلاقية العقد وإنما سلوكا نزيها بمناسـبة تنفيذ العقد.

والقضاء المعاصر يرى "أن وصف التعسف لا يتوقف اليوم على مجرد تحقيـق نيـة الأضـرار أو الإنحراف عن الغاية، بل في الواقع هناك حالات أصبحت المحاكم تتكلم فيها عن آفـاق شـاملة لعلاقـات الأعمال « la relation des affaires »، وتصرفات كل متعاقد تصدر عنه إما بسوء أو حسن النية، بتجـانس أو لاتجانس في التصرف، بتناسب أو باللامعقول، لأن الأرضية الواجب إرساؤها طبيعيا أقل يقينية وأكثر إضطرابا، أما دور القاضي بالموازاة ، فهو أساسي يؤدي في الكثير من الحالات إلى تعريف أنـواع مـن النماذج القانونية « Standards juridique »، وتكييف التعسفات على أنها إنحرافات تصادفه[4].

ثانيا: فعالية التصور المعنوي للتعسف في تنفيذ العقد

يعلق الفقيه [5]« **Ghestin** » على إحدى قرارات القضاء الفرنسي "بأن حسن النية بصفة عامة في المادة العقدية تكون إلى جانب نية الأضرار كإحدى العناصر الجوهرية المنشئة للتعسف".

---

[1] Savatier (R), Traité de la responsabilité civil en droit français, T (1), les sources de la responsabilité civil. LGDJ. 2 éd, 1951. p. 23.

[2] Seriaux (A), op.cit. n° 201.

[3] Citée par Fabre-Magman (M), l'obligation de motivation en droit des contracts, Art précitée, P.323.

[4] Mestre (J), l'abus en droit des affaires : propos introductifs, in l'abus dans le droit des affaires. P. 39. Cet ouvrage citée par : Benoît Bachelet, l'abus en matière contractuelle, Th. Prec, P. 21.

[5] Cass, 1er civ, 29 Nov 1994, J.C. P. 1995, II, N° 22371, note (J) Ghestin, N° 31.

وقد نص المشرع على معيار نية الأضرار في **الفقرة (1) من المادة 124 مكرر**[1] ضمن الحالات التي تشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير".

إن التعسف في إستعمال الحق "بقصد الإضرار بالغير يعتبر خطأ، بل هو خطأ عمدي بإعتباره القصد الوحيد الذي إنصرفت إليه نية صاحب الضرر"[2]، وهذا ما يكرس المعيار الذاتي لنظرية التعسف في إستعمال الحق[3].

ويرى الأستاذ السنهوري "بأنه إذا إستعمل شخص حقه وقصد من ذلك الإضرار بغيره وذلك لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه تفوق الضرر اللاحق بالغير، فإن قصد الإضرار بالغير في هذه الحالة لا يعتبر تعسفا"[4]، وهذا يعني أن نية الإضرار وحدها غير كافية لتكريس التعسف في إستعمال الحق ، بل يجب على هذه الأخيرة أن تقترن بإنحراف في سلوك الشخص العادي[5].

ويبدو أن الفقيه « Saleilles »[6] قد دافع عن التصور الذاتي للتعسف في استعمال الحق حيث يعتبر نية الإضرار المعيار الأوحد للتعسف، واستبعاد هذا الأخير من نطاق المسؤولية التقصيرية، ويضيف المؤلف أن استعمال الشخص حقه ضد الأخلاق هو عين التعسف ..."

---

[1] يعلق الأستاذ بناسي على المادة 124 مكرر قائلا: "لقد كان المشرع ينص على أحكام التعسف بالمادة 41 ق.م. وقد حشرها مع أحكام الأهلية، أعاد، بموجب القانون 05-10، تنظيم ذات الموضوع بموجب المادة 124 مكرر تحت أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية ...". راجع مقاله: "التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدل للقانون المدني" ص 217. انظر أيضا تعليق الأستاذ فيلالي على المادة 124 مكرر حيث يرى "أن الصور الثلاث للتعسف في استعمال الحق التي أشار إليها النص على سبيل المثال لا الحصر – كما هو الأمر في النص السابق أي المادة 41 التي تم إلغاؤها تقوم فعلا على فكرة الخطأ باعتبار أن صاحب الحق قد أخل بالغاية التي تقرر من أجلها هذا الحق عن عمد أو بسبب إهمال أو تقصير منه" انظر كتابه: الفعل المستحق للتعويض، ص 63.

[2] انظر علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، ص 64.

[3] انظر عبد الرحمن مجوبي، مذكرة ماجستير سابقة الذكر، ص 45، انظر أيضا شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر، ص 217.

[4] انظر السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني، ج(2)، المجلد (2)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 957.

[5] انظر فيلالي علي، الفعل المستحق للتعويض، ص 65 وفي هذا المعنى يرى "Ghestin"
« critère du bon père de famille qui est défendu par la doctrine qui assimile l'abus de droit à la faute dans l'exercice du droit ». voir Ghestin, op.cit. P. 766.

[6] ويعاب على رأي "Saleilles" أنه ضيق من نطاق التعسف ومجاله وحصره في صورة وحيدة وهي نية الإضرار بالغير.
- ونية الإضرار بالغير هي أول صورة التعسف، وأقدمها، إذ وجدت هذه الفكرة منذ القانون الروماني في القاعدة التي تقرر أن "الفعل السيئ لا يغتفر".

Malitis non est indulgendum

انظر د. محمد شوقي السيد، معيار التعسف في استعمال الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون تاريخ، ص 129.

ولكن يطرح تساؤل مفاده: "هل قصد نية الإضرار يعد معيارا في المجال التقصيري فقط أم يمكن أن يسري في المجال العقدي أيضا؟

ثمة إجماع فقهي واسع يرى[1] بأن التعسف في إستعمال الحق يطبق في المجـال العقـدي والمجـال التقصيري على حد سواء [2]، إنطلاقا من أنه يشكل **مبدأ عاما**، وبالتالي يمكن إعتبار "نية الإضرار" كمعيـار للتعسف العقدي بصفة عامة والتعسف في إستعمال الحق أثناء تنفيذ العقد بصفة خاصة .

وعلى مستوى القضاء الفرنسي لم ير مسوغ في تمسك المتعاقد ببعض شروط العقد إذا تـوفر فيهـا إضرار مقصودا بالمتعاقد الآخر. فقد رأت محكمة النقض الفرنسية "بأنه من باب التعسف أن تطالب شركة بترولية بإرجاع أوعية لخزن المحروقات كانت قد أعارتها للمتعاقد لإستعمالها، لهذا عرض إرجاع مثيلاتها تجنبا لمصاريف للحفر والقلع، ونظرا لأنه ثبتها بالأرض"، وإنتهت المحكمة إلى أن في إصـرار الـشركة على إسترجاع أوعيتها بالذات نية في الإضرار بالطرف المقابل"[3].

وأضافت تفسيرها في قرار آخر "بأن رفض المالك قبول إقتراح المستأجر بفسخ العقد قبل إنتهاء مدته بسبب نقله الفجائي للعمل إلى مدينة أخرى يعتبر تعسفا في إستعمال الحق بشرط إثبات نية الإضرار"[4] .

وتأسيسا على ما تقدم يمكن القول بأن "**المعيار الذاتي**" لحسن النية يتجسد في نية الإضرار على ضوء قرينتي" **إنعدام المصلحة الجدية والعلم بالضرر الذي يصيب الغير**"، وفي حالة إخلال المتعاقد بمبدإ حـسن النية فهو قد تصرف بتعسف، وتبرير ذلك أن هذا المعيار[5] يعزى إلى قواعد الأخلاق في إستعمال الحق من جراء إشباع الرغبة في الإضرار بالغير وهذا تغافل للقاعدة الأخلاقية في الإلتزام الواجب إحترامها.

ومن جهة أخرى فالتعسف في إستعمال الحق في تنفيذ **العقد لا يتطلب** بالضرورة نية في الإضـرار، بل على العكس راح كل من القضاء والفقه[6] يعتبرونه معيارا جد ضيق، فقد يتحقق هذا التعسف بسبب نيـة

---

[1] Farjat (G), droit privé de l'économie, op.cit. P. 395 et S.

[2] ويرى البعض في الجزائر "كان يحسن بالمشرع أن ينظم التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني حتى ينبسط على جميع نواحي القانون دون أن يكون مجرد صورة من صور الخطأ التقصيري". انظر شوقي بناسي، التعسف في استعمال في ضوء المادة 124 مكرر... المقال السابق، ص 206.

[3] هذا الحكم مشار إليه لدى: سامي الجربي، مرجع سابق، ص 442.

[4] Cass.civ. 3eme, du 22-02-1968, D, 1968, P. 607.

هذا الحكم مشار لدى د/ أحمد بلحاج جراد، ص 536.

[5] ويرى العميد "Carbonnier" أن معيار التعسف يمكن أن ينتمي إلى الهدف المقصود، فيقوم التعسف في جانـب صـاحب العمل إذا استعمله بغرض وحيد هو قصد الإضرار بالغير، دون مصلحة جادة بالنسبة له، إن انعدام المصلحة الجادة حاسـمة وقاطعة "décisif" وهي التي تثبت نية الإضرار كهدف وحيد في العمل.

Carbonnier (J), les obligations, op.cit. P. 340.

[6] ذلك لأن الأساس الذي يستند إليه المعيار الذاتي يقوم على فكرة الاقتصاد الحر، ومبدأ سلطان الإرادة، ولكنه لم يتماشى مع الاقتصاد الموجه حيث جعلت الدولة تتدخل في ميادين كثيرة مما أدى إلى تغيير في مدلول الحقوق الخاصة.

سيئة لدى صاحب التصرف "دون أن تتوفر لديه حقيقة الرغبة في الإضرار بالغير"، وهو عادة مـا يجعـل المشرع يفرق بين النية السيئة عن مفهوم النية المضرة.

ونلاحظ أن مبدأ حسن النية **مفهوم موحد**، ولكن ذا أوجه متعددة، حيـث يعـرف المبـدأ بـالمفهوم المخالف "لسوء النية"[1] « mauvaise foi » . و لأن تعريف حسن النية على ضوء البحث عن وجود هـذه الأخيرة جد معقد مقارنة بسوء النية ، وذلك لطابعهما التكاملي، فمن خلال تعريف الواحدة ينبثـق وجـود الأخرى.

ولقد طبق القضاء معيار"نية الإضرار للرقابة على إستعمال الحقوق"، بل أكد على ذلك تبعا لـصور متعددة: سوء النية، التحايل، الغش أو الخطأ الجسيم"[2]، مما يعني أن هناك تعسفا أثناء تنفيذ العقد لا يكـون فقط في حالة نية الإضرار بل أيضا عند توافر سوء النية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن" نية الإضرار" هي ما تشكل المعنى الأساسي لسوء النية، بـل أن **المـادة 124 مكرر ق م**، هي التي كرسته كمعيار للتعسف في إستعمال الحق في المادة التقصيرية، حيث تظهر نية الإضرار أحيانا كنية سيئة، تتميز بعنصر البحث عن السوء في حد ذاته، وفي هذه الحالة يكون تنوع سـوء النية محل جزاء غير متنازع فيه.

ويبدو على ضوء إهتمام الفقه بشرح حسن النية أنها تتضمن **معنيين : أولهما** تجنب سوء النية[3] وهو معنى سلبي، **وثانيهما:** الإلتزام بالنزاهة في التعامل، وهو معنى إيجابي يلقى على أحد الأطراف المتعاقـدة. لذلك سيكون من المنطقي القول بأن حسن النية غير قابل للتعريف خارج التعريف به سلبيا، أي إنعدام" نية التحايل أو إنعدام الغش والتدليس"، وهذا الإعتبار ذا تأثير سلبي على نطاق الإلتزام العقدي، إذ يجعل الخطأ عقديا [4] كمحدد لمفهوم حسن النية[5]، سواء بالتأكيد على تخلفها (أي إنعدام الخطأ) أو بـالرجوع لتعريفـات سلبية للدلالة عليه (كإنعدام الغش في المعاملة) أو الإكتفاء بتنزيل حسن النية منزلة النقـيض لهـا (نقـيض الغش والتحايل).

---

[1] ويثير الغموض المحيط بمفهوم سوء النية تساؤلا حول ما إذا كان بالإمكان الاعتماد على مبدأ حسن النية للدلالة عليه، وهل يصح في هذا السياق القول بأن الأمور بأضدادها تعرف؟؟

[2] انظر محمد شوقي السيد، الرسالة السابقة، ص 132.

[3] وفي هذا المعنى يرى الأستاذ "Lyon-Caen" أنه لا يعقل أن تتم معالجة حسن النية وسوء النية بمعـزل عـن بعـضهما. فالقانون يهتم بهذا المفهوم أو بذاك إذ يمكن أن توجد بين المفهومين حالات وسطى أي أنها توجد بين حسن النية وسوء النيـة فالمفهومان قد يتضادا ولكنهما لا يتضاربان.

Lyon-Caen (G) : De l’évolution de la bonne foi, R.T.D. Civ, 1946, P. 78.

[4] انظر محمد الزين، المرجع السابق، ص 258.

[5] يبدو أن تكريس تعريف لمبدإ حسن النية بالاعتماد على انعدام الخطأ يعد توجها منتقدا نظرا لأنه من المجحف أن نجعل من فكرة واضحة وبسيطة وهي انعدام الخطأ من حيث أننا نحاول الإفصاح عن مفهوم (وهو حسن النية) معقد ومتشعب في حاجة للوضوح..." ، انظر محمد حمودة، المقال السابق، ص 1040.

وفي هذا المعنى أكدت **المحكمة العليا في قرار صادر في 1983/03/21** على فكرة "سوء نية" لـدى المتعاقد بنصها[1] أن: "الشخص الذي يجعل تحت تصرفه السكن على وجه الإعارة والإحسان، ثـم يـسعى ليصبح مستفيدا بدل من أحسن إليه، لا يمكن بأي وجه إعتباره ذا نية حسنة".

فبسبب ما يمكن أن يشكله التعسف في التنفيذ كمظهر من مظاهر سوء النية ، سـيكون مـن الـسهل ملائمة ما تقرره **المادة 124 مكرر** مع هذه الحالة، حيث أن وضعية الإضرار بالغير عـن سـوء النيـة- على إعتبار أنها الوجه الأساسي للمعيار الذاتي لحسن النية– لتنصرف إلى مفهوم التعسف فـي إسـتعمال الحق، وهذا ما إلا قراءة داخلية لمفهوم التعسف في تنفيذ العقود.

ولعل الفائدة والحجة المبررة تدفعان بإمكانية قبول ملاءمة التعسف في مجال حسن النية، أي القبول بإدماج النزعة الأخلاقية على عمقها في النطاق القانوني، إذ يظهر لهذا التصور فائدتان،أما الأولى، فتكمن في التصور الإجتماعي للتعسف كأرضية حسابية لجعله سلوكا كاملا ملازما لحالة سوء النية، أما **الثـاني** وعلى خلاف الدور العلاجي الذي يناط لنظرية التعسف في نظريتها العامة، فإن هذه الأخيرة قـد إقتحمـت بطابعها الأخلاقي مبدأ مراقبة العدالة لمقتضيات حسن النية للتصرفات القانونية بدرجة "أداة وقائية لها".

الفرع الثاني: نحو تكريس مبدأ عام للتعسف في استعمال الحق

لم يضع المشرع الجزائري نصا خاصا بالتعسف في إستعمال الحق في المادة العقدية، بإعتبار **المادة 124 مكرر من ق م** تتعلق بالتعسف في المجال التقصيري، وهذا ليس مانعا لتبني التعـسف فـي المجـال العقدي بحكم أن هناك إتجاها فقهيا قد تم تكريسه كمبدأ عام (**أولا**) شريطة إرتباطه بفكرة الحق (**ثانيا**).

أولا: مقبولية فكرة التعسف في إستعمال الحق في المجال العقدي في القانون المدني

"هل يمكن اعتبار المادة 124 مكرر مبدأ عام؟ "، إن المنطق القانوني يقضي بـأن المبـادئ العامـة للقانون تحتوي على العديد من التطبيقات اللامتناهية، وهذه المبادئ عادة ما تكون غير مكتوبة، حيث يكون للقاضي دور أساسي في تحديدها وفي استخلاصها[2].

وتظل **الفرضية** قائمة بالنسبة **للقاضي في الجزائر** بشأن إمكانية إستخلاص مبدإ قانوني عام من **المادة 124 مكرر من ق م** والخاصة بالتعسف في إستعمال الحق في المجال التقصيري وتكريـسها فـي المـادة العقدية[3].

---

[1] الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 28121 بتاريخ 1983/03/21، المجلة القضائية، عدد رقم (01)، ص 174.

[2] انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 208.

[3] وفي هذا المعنى يرى الأستاذ علي فيلالي "أن المبادئ العامة يمكن أن تلهم القاضي في خلق الحلول القانونيـة للمنازعـات التي لا توجد بشأنها قاعدة وضعية".انظر. مقدمة في القانون، ص. 208. بينما يرى اتجاه آخر: "لا مجال للتردد تجاه قيمـة المبادئ العامة للقانون بالنسبة للقضاء، الذي يتعين اللجوء إليها عند فراغ النص، لكن دور القضاء لا يقف عند هذا الحد، بـل يتعين عليه الكشف عن هذه المبادئ، سواء جاءت في نص، أم لا. إذ لا تتأكد إلزامية المبدأ العام، إلا من خلال تطبيقـه مـن

إن المشرع لم ينص على كل المبادئ العامة للقانون، حيث نص على بعضها على غير "حـصرية"، ومن ثم أمكن للقاضي أن يجعل من التعسف في إستعمال الحق آلية معدلة "mécanisme modérateur" صالحة للتدخل في جميع المواد القانونية.

ونرى إستبعاد المادة **124 مكرر من ق.م** من المجال التقصيري أو "الفعـل المـستحق للتعـويض" ووضعها في مكانها أو في إطار المواد المتعلقة بالأحكام العامة، حتى يمكن توظيفها كمبدأ قانوني عام.

ورغم أن الفقه التقليدي في **فرنسا**[1] يرى بوجوب إسناد التعسف في إستعمال الحق على أساس **المادة 1382م ف و**التي تنظم المسؤولية التقصيرية، ولكن هذا الوضع لا يثير أي إشكال في حالة تطبيق أحكـام التعسف خارج مجال العقود، وحاليا قد إختلف الوضع بتطور مفهوم العقد المعاصـر، حيـث يلاحـظ أن القضاء الفرنسي قد سبق وطبق التعسف في إستعمال الحق في المجال العقدي على أساس مبدإ" عدم الجمـع بين المسؤولية التقصيرية والعقدية"[2].

ونشير هنا إلى أنه يكاد أن يكـون مـن المتعـذر الإبقـاء علـى **المـادة 1382 م. ف** كأسـاس « fondement » لمبدأ التعسف في إستعمال الحق في تنفيذ العقد[3]، وهذا ما يفسر تكريسه بتطبيـق مبـدأ حسن النية الوارد في **المادة 3/1134 م ف** كجزاء على التعسف العقدي .

كما يمكن القول أن التعسف الذي ينشأ بمناسبة تنفيذ العقد يؤدي حتما إلى إنتهـاك الإلتـزام بحـسن النية «l'obligation de bonne foi» ، ولأن إعتبار التعسف في إستعمال الحق مبدأ قانوني عـام يعـد تبريرا قويا لتبني التعسف في مجال تنفيذ العقد،لأن موضع **المادة 124 مكرر مـن ق.م** تمنـع إمكانيـة تطبيقها في المادة العقدية. ويبدو أنه لا يمكن إعتبار **المادة 124 مكرر** مفيدة ومجدية كمبدإ عام في التعسف في إستعمال الحق طالما أن **المادة 1/107 من ق م** تصلح بأن تكون الأسـاس القـوي والـصحيح لمبـدإ التعسف في مرحلة تنفيذ العقد، رغم أن المشرع لم يضع نصا خاصا بها.

إلا أنه نظم التعسف بالفعل في مجال **عقد العمل**، وهذا ما يصطلح على تسميته **بالإنهاء التعسفي** لعقد العمل غير محددة المدة، وهي بمثابة تطبيق من تطبيقات النظرية العامة للتعسف في إستعمال الحق[4].

طرف القاضي، الذي يتعين عليه استنتاجه من مختلف الحلول الخاصة، الواردة في التشريع، والتي تخـضع لـنفس الفلـسفة التشريعية العامة".انظر محمد بقبق، مدخل عام لدراسة القانون، المرجع السابق، ص ,177.

[1] أنظر نفس المرجع السابق.

Lyon-Caen (G) : De l'évolution de la bonne foi, op.cit. P. 78.

[2] Ibid.

[3] "إذا كان إدعاء بشأن سلطة القاضي التحكمية أمام عمومية المبدأ، فإنه ليس ثمة خطورة من جراء ذلك، بل إن إبقاء التعسف داخل نطاق المسؤولية التقصيرية واستناد لنص المادة 1382 م.ف. التي تجد مجالا ضيقا وغير عادي للتعسف، بل هو يعتبر أقرب لتحكمية القاضي" انظر د/محمد شوقي السيد، الرسالة السابقة، ص 90 – 91.

[4] انظر عبد الحفيظ بلخيضر، الإنهاء التعسفي في عقد العمل –دراسة مقارنة- ماجستير في العقود والمسؤولية، 1985، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 1 وما بعدها.

فقدنصت **المادة 3/73 من قانون رقم 11/90:** "كل تسريح فردي، يتم خرقا لأحكام هـذا القـانون، يعتبر تعسفيا وعلى المستخدم أن يثبت العكس".[1]

وثار الجدل في الفقه[2] بشأن التسريح التعسفي حيث إعتبره تسريحا غير مبـرر، لأن صـاحبه لـم يستخدم حقه فقط بل تجاوز حدود إستخدامه لهذا الحق، ويطالعنا رأي آخر بأن التسريح غير الناجم عـن سبب حقيقي وجدي هو دائما تعسفي، ذلك أن الإنهاء غير المبرر في حقيقته هو إنهاء تعسفي[3].

وبالمقابل يمكن تصور إنهاء العامل لعلاقة العمل بطريقة تعسفية[4]، وفي هذا السياق قررت **المحكمـة العليا** بأن إنهاء العامل لعلاقة العمل بالإستقالة، دون مراعاة فترة الإشعار المسبق، يعد فسخا تعسفيا[5] لعقـد العمل، وبالتالي فإن سبب إضرار صاحب العمل إستوجب التعويض، وجاء في إحدى حيثياتها ما يلـي: "أن القرار المطعون فيه أسس قضاءه على عدم إحترام الطاعن لأحكام المادتين 09 و12 من عقد العمل المبرم بينه وبين المطعون ضدها المتعلق بفترة الإشعار المسبق عند الإستقالة. فضلا أن الإستقالة حق معترف به للعامل حسب المادة 68 من القانون 11/90، وبعدم مراعاة القرار المطعون فيه لأحكام المادتين المذكورتين فقضاءه جاء فاقدا للتأسيس ومعرض للنقض. ذلك أن العامل لما أنهى علاقة العمل التي تربطه مع المطعون ضدها مباشرة بعد تقديم طلب الاستقالة إلى هذه الأخيرة دون إحترام فترة الإشعار المسبق المحددة بثلاثـة أشهر في العقد، فإنه يكون بهذا التصرف قد أخل بإلتزامه التعاقدي وألحق أضرار بالهيئة المستخدمة يترتب عليه التعويض ..."[6].

ومن تطبيقات التعسف أيضا في مجال عقد العمل ما نص عليه المشرع في **المادة 14** من **المرسـوم التنفيذي 90-290:** "يمكن أن يترتب على الفصل التعسفي لعقد العمل بفعل أحد الطرفين تعويضات مدنية ،

---

[1] قانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل (ج. ر. 17 مؤرخة في 25-04-1990) والمعـدل والمتمم بالقانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 (ج. ر. 68 مؤرخة في 1991/12/29).

[2] انظر عطا الله بوحميدة، التسريح لسبب اقتصادي، أطروحة دكتوراه دولة 2001، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 112.

[3] وقد قرر القضاء أن الحالات الآتية تعتبر تسريحا تعسفيا وهي: التعسف بسبب ظروف التسريح كالتسريح بطريقة فجائيـة، التسريح الكيدي الانتقامي، الإدعاء بالاستقالة، تعسف بسبب أسباب التسريح، النشاط النقابي، الحياة الشخصية للعامل، الخطـأ المهني، عدم الطاعة.انظر عطا الله بوحميدة، الرسالة السابقة، ص 113. ويرى البعض: "أنه يتعين على المحاكم لكي تلغـي تسريحا أو تصرح بطابعه التعسفي، أن تسبب أحكامها".

انظر الطيب بلولة، جمال. ح. بلولة: انقطاع علاقة العمل، منشورات "Berti"- سلسلة القـانون فـي الميـدان، 2007، ص 108.

[4] انظر د/ مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، مرجع سابق، ص 197.

[5] انظر فكرة التمييز بين الإنهاء التعسفي والفسخ التعسفي لدى الأستاذ عبد الحفيظ بلخيضر، الرسالة السابقة، ص 49.

[6] قرار بتاريخ 2008/07/09، ملف رقم 450460 مجلة المحكمة العليا، السنة 2008، العدد 02، ص 439.

ووفقا للتشريع المعمول به فضلا عن مهلة الإشعار المسبق أو العطلة المذكورين في المادتين 11 و21 أعلاه"[1].

ونخاص مما تقدم أن المشرع الجزائري وإن لم ينص على التعسف في إستعمال الحق في المجال العقدي للأسباب الذي ذكرناه سلفا، إلى أن تطبيقاتها في عقد العمل هي أكثر إنتشارا، وخاصة في مجال الإنهاء والتسريح التعسفيين[2].

ثانيا: إرتباط فكرة التعسف بفكرة الحق لا بالخطأ التقصيري

إن "الحق والتعسف فكرتان متلازمتان، يصحح ويحدد كل منهما الآخر (...)، ولهذا يبدو مخطئا من يقول بأن التعسف ينحصر في نطاق المسؤولية التقصيرية فقط ، ذلك أن فحوى التعسف وجوهره هو تقييد لإستعمال الحق على ضوء غايته ومن ثم فإنه يعد مشكلة سابقة على المسؤولية"[3].

وقد تم تنظيم التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني، وأدرجها ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية طبقا **للمادة 124 مكرر**، وإعتبر بذاك تجسيدا لنوع متميز من الخطأ التقصيري[4].

لذلك "فالتعسف يتوافر إذا إنحرف صاحب الحق في إستعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية، وهو الذي يكون الخطأ في المعنى الدقيق، وهو ما يفصم بين التعسف والخطأ، ويخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوي كمبدأ عام، بل نظرية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق[5]".

---

[1] مرسوم تنفيذي رقم 90-290 المؤرخ في 29 سبتمبر سنة 1990 يتعلق بالنظام الخاص بالعلاقات العمل الخاصة بمسيري المؤسسات (ج. ر. 42 المؤرخة في 1990/10/03).

[2] وفي هذا المعنى يرى الأستاذ سرور محمد: "أن المشرع الجزائري تبنى النظام التأسيسي في المرحلة الأولى من الإستقلال حيث كان يطبق نظرية البطلان كمبدأ عام وإستثناء في حالات محدودة يطبق نظرية التعسف، إلا أنه بعد الإصلاحات التي جاء بها قانون 90/11 والذي تم بموجبه تبني النظام التعاقدي أصبح القاضي الإجتماعي يطبق نظرية التعسف كمبدأ عام وفي حالات معينة يطبق نظرية البطلان كإستثناء".

أنظر مقالة في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية والسياسية، عدد 2012/01، ص205.

[3] أنظر محمد شوقي السيد، الرسالة السابقة، ص 110.

[4] أنظر محمد شوقي السيد، الرسالة السابقة، ص 110.

[5] ويذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار التعسف نوعا متميزا عن الخطأ التقصيري، فالتعسف خطأ، ولكنه يتعلق ويتصل بروح الحق وغايته الاجتماعية، ومن ثم فهو خطأ من طبيعة خاصة يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادي التقليدي لا يتحقق إلا إذا كان هناك انحراف عن غاية الحق الاجتماعية" انظر خليل أحمد قدادة، في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق، جامعة البحرين، العدد (2)، رقم (3)، يوليو 2006، ص 13.

وبسبب الإختلاف الواضح بين التعسف في إستعمال الحق وبين الخطأ التقصيري المشكل "للمسؤولية التقصيرية" إستوجب الخروج بإستقلال نظرية التعسف إستقلالا تاما عن نظريةالمسؤولية التقصيرية، ووجب معه ربط نظرية التعسف في إستعمال الحق بالحق ذاته وبغايته[1].

ومن ثمة فإن أي حل للتعسف "لا يتحقق وجوده إلا من خلال الحق وحقيقته وجـوهره، هـذا الحـل يرتبط في الإختيار التالي: أن يكون إستعمال الحق بصورة مطلقة دون قيد أو أن يكون إستعماله بـصورة "نسبية"[2] "تستوجب تحديد مداها ومدى الرقابة على إستعمال الحقوق، و هذا الأمر لا يمكن تصوره ضـمن إطار المسؤولية التقصيرية إذا ما وقع إختيارنا على النسبية في إستعمال الحقوق، وإنما ضمن الحق ودوره أو وظيفته بفكرة العدل ومدلوله، وهذا كله يخرج عن نطاق المسؤولية التقصيرية"[3] .

"ومع فكرة الحق أمكن لنظرية التعسف أن تحظى بنطاق واسع، فهـي لا تنتمـي إلـى المـسؤولية التقصيرية نظرا لأسبقيتها عنها، فهذه المسؤولية تستلزم شرطا أساسيا لقيامها يتمثل في "**تحقيـق الـضرر**"، وجزاؤها يكمن في **التعويض** عما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب، في حين أن التعسف يكون سابقا لها، إذ من خاصياته أنه قد يثار بطريقة "وقائية" قبل حصول الضرر ولـيس بالـضرورة أن يكـون جزاؤه التعويض"[4]. وإذا إرتبط التعسف بفكرة الحق، فإن صاحب الحق قد يستمد حقه من القانون مباشرة أو من العقد مما يوحي بجواز إنطباقه في المجال العقدي وهو موقف جعل محل إجماع لدى الفقه المعاصـر[5] والقوانين المقارنة[6].

لذلك وكما سلف بيانه بوجوب إستبعاد **المادة 124 مكرر من ق.م** من المسؤولية التقصيرية وإلحاقها بفكرة" الحق"، حتى يمكن تكريسها في جميع مجالات القانون بما فيها المجال العقدي بصفة عامة والتعسف في تنفيذ العقد بصفة خاصة.

ولأن نظرية التعسف لا تجد مكانتها ومجالها يظل محدودا طالما أنها أُقحمت في إطـار المـسؤولية التقصيرية، فإنه يتعين أن تتحرر نظرية التعسف في إستعمال الحق من الإطار المغلق الذي أقحمـت فيـه لتتحول من إرتباطها" بفكرة الخطأ" إلى إرتباطها" بفكرة الحق"، بحيث يصبح كل إنحراف عن الغرض الذي من أجله وضع الحق تعسفيا.

---

[1] انظر خليل أحمد قدادة، المقال السابق، ص 14.

[2] انظر محمد شوقي السيد، الرسالة السابقة, ص 110: ويرى هذا المؤلف: " أن فكرة التعسف ارتباطها بنسبية الحقوق تعـد تأكيدا للحقوق ذاتها وتقييدها، وحمايتها مما قد يؤدي إليه من نتائج ظالمة، أو مما يتطرف إليه البعض من القول بإلغائهـا أو إنكارها، وبفضل فكرة التعسف هذه يمكن تحديد الحقوق في ضوء الفلسفة السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع".

[3] انظر حسن كيره، المرجع السابق، ص 766. وانظر خليل أحمد قدادة، المقال السابق، ص 15.

[4] انظر حسن كيره، المرجع السابق، ص 766 – 768.

[5] انظر أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 533.

Fabre Magnan (M) « De l'usage abusif de la notion d'abus de droit », J.C.P. 1995, doc, N° 3828.

[6] انظر المادة (5) من القانون المدني المصري وهي على خلاف المادة 124 مكرر من ق. م. ج.

وبما أن دور التعسف يمنع وقوع الضرر في الأصل، ومن ثم لا يكون هناك محل للتعويض، فـدور التعسف دور وقائي، ويبرز هذا الدور خاصة في حالة **التنفيذ العيني** إذا كان مرهقا، وذلك في حالة إصرار الدائن عليه[1]، وبالتالي يلزم القاضي المتعسف في إستعمال حقه ويجبر على التعويض النقدي. وفـي هذا المعنى نصت **المادة 164 من ق م** "يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمـادتين 180 و181 علـى تنفيـذ التزام تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا"، مما يستخلص منها بأن الحكم بالتنفيذ العيني يتطلب توافر **شرطين**: **أولهما**، وهو إعذار المدين، أي تنبيه بالوفاء وإجراء واجب في التنفيذ العيني. **وثانيهما**: أن يكـون التنفيـذ ممكنا، لأن الاستحالة بسبب خطأ من المدين يكون التنفيذ بمقابل، أي عن طريق التعويض، أمـا إذا كانـت الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فينقضي الالتزام، ولا يرجع على المدين بالتعويض[2].

ولكن يلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على شرط آخر نصت عليه بعض التشريعات المقارنة[3]، وهو أن يكون التنفيذ العيني "مرهقا"، لهذا يتجه البعض[4]، وإن لم يرد مثل هذا النص في القـانون المـدني الجزائري، ولكن يمكن للقاضي الأخذ بهذا الحكم على أساس مبدإ عدم جواز التعسف في إسـتعمال الحـق المنصوص عليه في **المادة 124 مكرر**[5].

ولا يتعلق الأمر بمعرفة بصدد ماذا يلتزم الأطراف في العقد، وإنما بكيفية تنفيذ ما إلتزموا بـه مـن جهة، ومن جهة أخرى كيف يكون سلوكهم في ممارسة حقوقهم المنبثقة عن العقد.

وطالما أن المشرع أقحم التعسف في استعمال الحق فـي إطـار المـسؤولية التقـصيرية **م 124 مكررق.م** فإنه يمكن إعتماد مبدأ حسن النية **107 /1 ق م** لتنظيم بعض المسائل المتعلقة بالعقد ، على أساس أنه أحالها ضمنيا وتأسيسا على تعدد وتنوع دلالات مبدإ حسن النية.

وتأسيسا على ما تقدم، يمكن القول بأن ربط التعسف في إستعمال الحق بالحق ذاتـه وبغايتـه، وإذا كان هذا الأمر صحيحا ومنطقيا إلا أنه لا يمكن أخذه على إطلاقيته، بل يجب أن نحد من فكرة ربط التعسف

---

[1] إن القوانين الأوروبية الموحدة لقانون العقد تتضمن قيود حقيقية على حق الدائن في اقتضاء التنفيذ العيني تشبه في نتيجتهـا نظرية التعسف في استعمال الحق. فطبقا لمقتضيات المادة (7. 2. 2. b. c et e) من المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدوليـة والصادرة في روما سنة 1994 من قبل المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص "Unidroit" والمادة 9. 102(2) b. d et » « 9. 102(3) من المبادئ الأوروبية لقانون العقد يمكن للقاضي أن يتصدى لحق الدائن في طلب التنفيـذ العينـي والاكتفـاء بمنحه تعويضا إذا ثبت أن التنفيذ يستوجب من المدين مجهودات أو نفقات جسيمة تفوق الحد المعقـول أو إذا أمكـن للـدائن اقتضاء المنفعة بوسيلة أخرى أو كلما تمسك بالتنفيذ في أجل معقول".

[2] راجع المادة 307 من ق. م. ج. التي تنص: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مـستحيلا عليـه لـسبب أجنبي عن إرادته".

[3] نصت عليه المادة 2/203 من القانون المدني المصري: "على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما".

[4] انظر محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 23.

[5] المعدلة بالقانون 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005.

بالحق بمبدأ حسن النية، حيث "يجب أن يكون صاحب الحق حسن النية وهو يستعمل كافة حقوقه ولا يتجاوز الأهداف والغايات التي من أجلها منح هذا الحق"[1]، و إذا لا يقوم التعسف فقط حيث يكون الشخص سيئ النية، ولكنه يقوم أيضا عندما يكون الشخص حسن النية أيضا، ولكنه تجاوز في إستعماله لحقه للغاية المقصودة دون قصد منه[2]. ونرى وجوب منح سلطة للقاضي في زيادة هذه المعايير وفقا لمقتضيات وضرورات الحياة العملية وما يترتب عن ذلك من نقص في معايير القانون المدني الجزائري.

وبالرغم من أن حسن النية ينطوي على فكرة التعسف وهو في المجال العقدي أكثر تركيزا -حسب تطور القضاء والفقه الفرنسيين- إلا أن التعسف في إستعمال الحق بقى له تأصيله التقصيري المادة 124 مكرر من ق.م، ولهذا يصعب الملائمة بين حسن النية ومبدأ التعسف في إستعمال الحق، لكون هذا الأخير لا يشكل بأي حال معيارا لتأسيسه.

إن المشرع وهو يشترط عنصر الخطأ في تأسيس المسؤولية التقصيرية، فهو يثبت الطابع التعسفي المتضمن لسلوك الأضرار بالغير، لولا أن الأمر صعب بالنسبة لمفهوم حسن النية الذي لا يتحقق فيه عنصر الخطأ.

ولعل التساوي في أهمية وقيمة كل من التعسف في إستعمال الحق وحسن النية، هو ما يحول دون الإعتراف بالطابع العقدي للتعسف، ولا إمكان تمديده إلى أحكام المادة 1/107 من ق.م، بسبب وحدة مفهوم التعسف ذاتها، لولا أن التصور الترتيبي بين هذين المفهومين غير مفيد، بسبب تنوع الشروط التي تحددهما والذي يسمح بالملاءمة بينهما، وأن أي إستعمال تعسفي للحق هو مناف لمبدأ حسن النية على إعتبار أنه إنتقاص من إستعمال الحقوق والتصرفات.

---

[1] انظر خليل قدادة، المقال السابق، ص 19: ويقترح هذا المؤلف تعديل معيار التعسف الذي سبق لبعض الفقهاء الوصول إليه، بقوله: "إن الشخص يعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا تجاوز أثناء استعماله حقه حدود حسن النية أو الغاية التي من أجلها منح هذا الحق". وقد أخذ المشرع اللبناني بهذا المعيار في المادة 124 من قانون الموجبات والعقود ويتوافر التعسف حسب هذا النص في حالتين: الأولى "عند تجاوز صاحب الحق حدود حسن النية"، والثانية "عند تجاوز صاحب الحق الغرض الذي من أجله منح الحق".

[2] كما هو الشأن بالنسبة للمعيار المستمد من الشريعة الإسلامية وهو معيار الضرر الفاحش (الأضرار غير المألوفة).

الفصل الثاني: العدالة العقدية آلية قضائية ذات فعالية نسبية

العدالة العقدية في المنطقة التشريعية تتراوح بين التشكيك في فعاليتها ، لكن سرعان ما تتمركز في موقع المهيمن، لأن العقد بدأ من وإلى الأخلاق، وهذا لمسألة داخلية في العقد،إنما في المنطقة القـضائية، سيكون من السهل معرفة تلك الطبيعة الحيوية تأصيلا في مهمة القاضي عند تجسيدها، وعلى نحو متطور، متنوع، وجد مثري للعلاقة العقدية (**المبحث الأول)،** أما ومرونة العدالة والصورة التي ظهرت فيها كقاعدة في العقد ، بل في علاقة بين فكرتي 'المبادلة' أو 'المعاملة' أو 'العملية'، فقد أقحم تلك النسبية علـى قـانون مدني عرف بقانون الإلتزامات و العقود، بصفتها الظاهرة التقليدية للعلاقات الفردية، ولكن يتعـين القـول بضرورة الإعتراف – وبتفاؤل- بإرساء قانون معاملات هيمنت فيه الأخلاق، وتطورت في ظله الأحكام، والمهم أن المشرع الجزائري لم يتنكر في وقت ما لمقتضيات العدالة العقدية، بل راح يعرف إنفتاحا نـصيا ومفهوماتيا له (**المبحث الثاني).**

المبحث الأول: تحقيق العدالة العقدية بواسطة التدخل القضائي في العقد

العدالة القضائية للعقد لا تخرج عن إثنان: بمناسبة إعمال مبدإالسلطة التقديرية للقاضي و مبدإ حمايـة العقد، إنفاذ لمصادر العقد اللازمة له في المضمون(**المطلب (1)**)، و منهج سلوكي منه في توجيـه العقـد لصالح العدالة العقدية (**المطلب (2)).**

المطلب الأول: توظيف "مستلزمات العقد" للتخفيف من الصرامة العقدية

يرى الفقيه « **Seriaux** »[1] لدى قراءته **للمادة 1135 من ق م ف والمقابلة للمادة 2/107 ق.م.ج** "أن هذه المادة تمنح سلطة تستنتج من العلاقة العقدية "مضمونا مفترضا"، فالإرادة لا تستطيع وحدها إنـشاء الإلتزامات العقدية، بل إنّها تساهم مع مجموعة من القواعد العليا التي تحدد مركز "العدل والإنصاف" فـي هذه العلاقات"[2]. وتأسيسا على ذلك، فإن مستلزم القانون الوارد في المادة **2/107 ق م** منح للقاضي سلطة للتدخل في تنظيم العقد عن طريق هذه القواعد (**الفرع 1**)، أما المستلزم الثاني فهو العرف بوصفه تكريـسا للإرادة الجماعية والذي يهدف إلى تدعيم الإلتزامات الإرادية (**الفرع 2**)، في حين أن المستلزم الثالث وهو الإنصاف أو كما عبر عنه المشرع في المادة **2/107** "بالعدالة"، فهي روح العقد يـستعين بهـا القاضـي لإثراء وإضافة إلتزامات جديدة (**الفرع 3)**[3]**.**

---

[1] Seriaux (A), droit des obligations, collection droit fondamental, P.U.F., 1992, p 16.

[2] أنظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص 381.

[3] هناك بعض من الفقه من راح إلى تحديد معنى مستلزمات العقد بالإعتماد على التفرقة التي إستمدتها بعـض التـشريعات الضريبية من الفقه الإسلامي بين حكم العقد، وحقوق العقد، فحكم العقديعني المضمون الجوهري للعقد، إذ أن لكل عقـد مـن العقود جوهرا وذاتية خاصة تميزه من غيره من العقود، فعقد المعاوضة يقوم على أساس أن كلا من طرفيه يأخذ مقابلا لمـا يعطي، فهذه الصفة المبادلة بين العوضين تمثل إحدى أخص خصائص عقد المعاوضة ... أما حقوق العقد فهي الإلتزامـات

الفرع الأول: التوفيق بين قانون صارم للعقد وبين قانون عادل للعقد

يمكن للقاضي اللجوء إلى القواعد الآمرة والمكملة معا لتكميل ما نقص من بنود في العقد، وفي هذه الحالة الأخيرة يتفق المتعاقدان على تنظيم مسألة معينة فتصبح القواعد المكملة هي التنظـيم البـديل الـذي يتراجع معه تطبيق النصوص القانونية. وبإعتبار أن معظم الأحكام الواردة في القانون المدني بشأن العقـد أحكام مكملة، لا تُطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على خلافها، فالمبدأ يتعلق بإعمال القواعد الآمـرة التـي يتعين على القاضي فرضها وبأولوية **(أولا)**، أما بشأن مسألة تنازع القوانين فـي العقـود، فالأصـل هـو إستمرار سريان القانون القديم على العقود الجارية ما لم يتعلق هذا القانون بالنظام العام فيتم إعمال الإستثناء والمتمثل في تطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد (**ثانيا**).إنها التراتبية الداخلية لدعائم العقد، والتي تظهر إلى أي حد تسمح بفتح المجال على العدالة القضائية في العقود.

أولا: طبيعة مستلزم التشريع في تدخل القاضي (القواعد الآمرة والمكملة)

العقد أو التعاقد لا يعني الإرادة فقط، ولكنه أيضا إستخدام لأداة أو وسيلة حددها القـانون[1]، لـذلك يتدخل القاضي بموجب **المادة 2/107** عن طريق إقحام قاعدة قانونية (التشريع) من أجـل تحديـد نطـاق الإلتزامات العقدية، وذلك إلى جانب الإرادة المصرح بها والناجمة عن الإتفاق كمصدر إرادي[2].

وفي هذا المعنى تنص المادة **2/107**: "(...) ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بمـا ورد فيـه فحسب، بل يتناول من مستلزماته القانون..."، وهدف هذا النص هو البحث عن التوازن في العقد عن طريق تفعيل دور التشريع فيه بمناسبة تنفيذ العقد. وهنا يجب طرح تساؤل: هل لفظة "**القانون**" الواردة في **المـادة 2/107** قاعدة آمرة أم قاعدة مكملة ؟.

يصنف الفقه[3] القاعدة القانونية من حيث قوتها الإلزامية إلى قواعد آمرة وقواعـد مكملـة، فبـشأن **الأولى** تطبق دونما حاجة إلى البحث في مدى وجود إتفاق بين الأطراف على تطبيقها من عدمه، بحكم كون

التبعية التي تؤكد الأثر الأصلي للعقد أو تحفظه تكمله فهي أحكام العقد وتترتب عليه ولو لم يتفق عليها، لأن جـوهر العقـد وأثره الأصلي لا يتحقق بدونها.

أنظر د/ سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2012، ص86 و87.

[1] انظر أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، المرجع السابق، ص 120، انظر أيضا د/ حسين بن سـليمة، حـسن النية في تنفيذ العقود، المرجع السابق، ص 66 و67.

Voir aussi Carbonnier(J), les obligations, op.cit, n°13.

[2]انظر محمد الزين، الالتزامات، المرجع السابق، ص 276.

[3] انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 92 وما يليها.

aussi, Mohamed Charfi, Introduction à l'étude du droit, Sud éditions Tunis 2011, p.159. « Il existe donc une catégorie de lois faites pour avoir une application générale sans aucune possibilité d'y déroger. Elles sont dites impératives pour souligner le haut degré de leur force obligatoire et pour signifier que les parties ne peuvent se mettre d'accord pour les écarter par voie

أن هذا النوع من القواعد غير خاضع لإرادة الأطراف أو لإرادة القاضي على حد سواء، فهي تطبق بقـوة القانون، بينما **الثانية** فتطبق إلا إذا لم يتفق الأطراف على إستبعادها.

وطالما أن لفظة "**القانون**" الوارد في المادة 2/107 جاءت عامة ومطلقة، فإنها تتضمن قاعدة آمـرة وقاعدة مكملة على حد سواء[1]. ولكن القاضي قد يجد مشكلة في تحديد طبيعة القاعدة فيما إذا كانت آمرة أم مكملة، وهذا ما يستدعي منه الإرتكاز على معيارين: شكلي، وموضوعي.

فالمعيار الشكلي يستند على البنية اللغوية للنص[2]، لأنه إذا تبين أن النص "آمـر" فـلا يكـون لإرادة الأطراف خيار ما لتخالف به القاعدة الآمرة في العقد، وإذا تعذر تحديد طبيعة القاعدة عـن طريـق هـذا المعيار، فإنه بإمكان القاضي الإستناد على **معيار موضوعي** والذي يتمثل في "مدى علاقة القاعدة بالنظـام العام والآداب العامة"[3]، لذلك يعد إرتباط القاعدة القانونية بإحداهما حائلا دون منح إرادة الأطراف الإتفـاق على عكسها. وعلى خلاف ذلك تبقى الإرادة مجالا خصبا من الحرية للإتفاق على ما يخالف القاعدة المكملة طالما أنها لا تتضمن بفكرتي النظام العام والآداب العامة[4].

وإذا تمكن القاضي من تحديد طبيعة القاعدة على أساس هذين المعيارين، يـستوجب عليـه تطبيـق الإلتزام بما يوجبه لفظة "القانون" على العقد حسب ما ورد في **المادة 2/107**، تبعا لما تفرز عنه من طبيعة آمرة أو مكملة، **فالأولى**: "تلزم المتعاقدين ولا يمكنهما الإتفاق على مخالفتها"، أمـا **الثانيـة**: "فـلا تلـزم المتعاقدين، ولهما أن يتفقا على ما يخالفها"، ولا تطبق إلا إذا لم يتناول العقد المسائل التي عالجتها القـوانين

---

contractuelle, le contrat serait nul... », ibid p.160 : « les lois supplétives sont à l'opposé des lois impératives… elle concernent seulement des intérêts privés et non l'intérêt générale. Ou bien elles ne sont pas jugées essentielles. Pour cela le législateur ne fait en quelque sorte, que les proposer aux parties et admet donc qu'un y dérogé ».

أنظر أيضا، أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 278 وما يليها.

[1] Bencheneb (Ali), contrat, op.cit, pp. 224 et 225.

[2] يحدث عادة أن تتضمن القاعدة صراحة عبارات مفادها "أنه يجوز الإتفاق على مخالفتها أو من عدمه ، إلا أنه في الغالـب تكون الألفاظ المستخدمة مؤشرا على الخيار الممنوح للأطراف في إعتماد القواعد القانونية وإستبعادها.

انظر تفصيلا في هذا الموضوع علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص ص 101 و 102.

Mohamed (charfi), op.cit, p,159.

[3] انظر علي فيلالي، نفس المرجع السابق، ص 104 حيث يرى "أن المعيار والمقياس الذي نتمكن من خلاله مـن تـصنيف القواعد القانونية ويتمثل في فكرة النظام العام".

[4] إن فكرة النظام العام مفهوم متغير بحسب الزمان والمكان وهي تتضمن المصالح الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمـع من جميع المناحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولذلك إذا اكتشف القاضي في مضمون القاعدة القانونية فكرة النظـام العام فليس للمخاطبين بأحكامها استبعادها، كما أن فكرة الآداب العامة لا يمكن مخالفتها لأنها مجموعة المـصالح الجوهريـة التي يقوم عليها المجتمع في مقوماتها الأخلاقية والأدبية ولا يمكن التعدي على الآداب العامة لكونها تشكل روح الأمة". انظر علي فيلالي، العقد، ص 270 حيث يرى : "أن التمييز بين النظام العام والآداب هو تمييز سطحي لأن كلا منهما يفيد أولوية المجتمع على الفرد وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة".

المكملة، فهي تحل محل إرادة المتعاقدين على إفتراض أن إرادتهما إنصرفت عند سكوتهما على تطبيق هذه القوانين..."[1].

ولعل هذه الإمكانية لدى القاضي في تكريس فكرة "**القانون**" الواردة في **المادة 2/107** تترجم في مجال **حماية المستهلك**، بإعتباره من قواعد **النظام العام**، حيث ألزم **قانون 09-03** البائع المهني بجملة من الإلتزامات منها: الإلتزام بالسلامة والمطابقة والإلتزام بالضمان والإلتزام بالإعلام[2].

ولأن فكرة النظام العام والآداب العامة تعد بمثابة تقييد للحرية العقدية[3]، فسيكون لزاما على القاضي أن يفرض هذه القواعد على المتعاقدين تكريسا للفظ "القانون" المدرج في المادة 2/107، ومن ثمة يمكن أن تكون إضافة قاعدة آمرة في العقد بمثابة حد من أثر النزعة الإرادية للعقد.

وبشأن تضمين العقد قواعد آمرة من طرف القاضي يمكن أن نتصور **حالتين**: **أولهما** قد يتضمن في العقد شرطا يخالف قاعدة آمرة، وفي هذه الحالة يكون لزاما على القاضي أن يحد من البنود المترتبة عن الإتفاق أو الإرادة ويعوض مضمون الشرط المخالف بقاعدة آمرة تنفيذا لإرادة المشرع الذي توخى سياسة حمائية، خاصة نجد تطبيقها في مجال **عقد العمل**[4] ومجال **عقد التأمين**[5]. حيث تتمثل الحماية الممنوحة للعامل في إطار علاقات العمل الفردية من خلال تدخل القانون لتنظيم هذه العلاقة، ومن ضمنها حقوق العامل التي لا يجوز المساس بها: كمدة العمل، الساعات الإضافية، العطلة السنوية، والأجرالأدنى...الخ[6]. فإذا تبين للقاضي إنتهاك لهذه الحقوق تدخل بإستبعادها ، ويتم تعويضها بأحكام وقواعد آمرة تطبيقا للفظ "القانون" الوارد في المادة 2/107. أما **الحالة الثانية**: فهي قد تتدخل بالإضافة لمضمون العقد ببعض الإلتزامات المستمدة من قواعد آمرة، حيث يفرض إرادته بإعتبارها متعلقة بالمصلحة العامة ، ولكن يجب أن يترك للإرادة مجالا لصياغة بقية شروط العقدلأنه لا يمكن للقاضي التدخل بصفة كلية في العقد، بل

---

[1] انظرعلي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 365- 366. وانظر أيضا علي علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 97 و 98.

[2] انظر المواد 9، 11، 13، و17 من قانون 25 فيفري 2009 المتعلقة بحماية المستهلك.

ويشير البعض "أن الإلتزامات التي يضيفها القاضي تعد إلتزامات تبعية تضاف إلى المسائل الجوهرية التي أنعقد بها العقد، إذ الإضافة تتعلق بالتوابع وليس بالمحل الأصلي للإلتزام".

أنظر د/ سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص63.

Bencheneb (Ali), contrat, op.cit, p.224.

[3] انظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 268.

[4] وفي هذا المعنى نصت المادة 132 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 12 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل: "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف بانتقاص حقوق منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقات الجماعية".

[5] وتنص المادة 625 ق.م المتعلقة بعقد التأمين : "يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو مصلحة المستفيد".

[6] راجع علي التوالي المواد 22، 27، 316، 33، 87 من قانون 11/90.

يجب أن يجري تدخله ولو جزئيا[1]، لأن المشرع بدلا من أن "ينظم العلاقة العقدية تنظيما كليا ، فهو يقتصر في حالات معينة بفرض الواجبات على المتعاقد حتى تتحقق المساواة بين الطرفين ويتفادى به كل تعسف قد يصدر من أحدهما"[2].

وفي هذا السياق أكد الفقيه « **Josserand** »[3] بأن تدخل النظام القانوني في ضبط جميع عناصر العقد كما هو الحال بالنسبة لعقدي العمل والتأمين هو من قبيل "إثراء العقد بإلتزامات قانونية بحتة" بينما راح البعض[4] إلى إعتبار ذلك "خروج العقد عن طابعه الإتفاقي ليصبح عقدا قانونيا".

والقاضي كما يسعى من أجل فرض قاعدة آمرة، فهو أيضا يسعى إلى البحث في شروط العقد من خلال موقف إرادة الأطراف ومدى الإتفاق على الأخذ بها[5]. فإذا إستخلص بأن العقد لا يتضمن أي شرط يخالف أحكام قاعدة مكملة تتعلق بتنظيم بعض مسائل العقد فسيكون ملزما بتطبيقها تكريسا للفظ "القانون" الوارد في المادة 2/107"[6].

ونخلص مما تقدم أن عبارة "القانون" المشار إليها في إطار **المادة 2/107** تعني القانون الآمر والمكمل على حد سواء.

ثانيا: متابعة قضائية على وضعية القانون الجديد وتأثيره على المراكز العقدية الجارية

تنص **المادة 2 من ق م** بأنه "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي..."، يستخلص على ضوء هذه المادة خضوع الآثار الماضية للقانون القديم عملا بمبدإ عدم رجعية القوانين الجديدة على الآثار الماضية[7]، وخضوع الآثار المستقبلية للقانون الجديد عملا بمبدإ الأثر الفوري للقانون الجديد[8].

لذلك تدخلت النظريات الفقهية المعاصرة لتحدث تعديلا على هذه الحلول في صورة ما إذا تعلق الأمر "**بوضعية تعاقدية جارية**" ،إذ يصبح المبدأ متمثلا في تطبيق القانون القديم على كل الآثار الماضية

---

[1] Leveneur. « Le forçage du contrat », droit et patrimoine, Mars 1998, p.69.

[2] انظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 286.

و يرى هذا المؤلف أن المشرع كذلك قد يتدخل لحماية الطرف الضعيف بواسطة بعض الأحكام، وذكر بعض مظاهر الحماية على ضوء نصوص القانون المدني وهي المواد 112 و 110 و 185 من ق.م.

[3] Josserand(L), les dernières étapes du dirigisme contractuel, le contrat force et le contrat légal, Dalloz, 1940, ch. II, P P 5- 8.

[4] هذا الرأي مشار إليه لدى الأستاذ علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 285.

[5] انظر سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، المرجع السابق، ص 138 وما يليها.

[6] هناك العديد من التطبيقات في القانون المدني تجسد القوانين المكملة وعلى سبيل المثال: راجع المادة 2/356 والمادة 476 من ق.م ,أنظر أيضا أسس نظرية توابع العقد للأستاذ محمد محفوظ، دروس في العقد، المرجع السابق، ص 325
dans ce sens Bencheneb (Ali), contrat, op.cit, p.225.

[7] « Le principe de la non rétroactivité ».

[8] « Le principe de l'effet immédiate ».

والمستقبلية[1]، ويستثنى من تطبيقه صورة صدور نص جديد آمر متعلق بالنظام العام، حيث تخضع الوضعية التعاقدية الجارية لأحكام النص الآمر الجديد[2].

وتأسيسا على ما تقدم يجد القاضي مشكلة بشأن القانون الواجب التطبيـق، لاسـيما إذا أراد فـرض القانون على العقد بموجب المادة **2/107**، فنكون بصدد تنازعا بين قاعدتين في الزمن في مجـال العقـد، حيث يمكن للقاضي أن يستخلص القانون الواجب التطبيق على العقود الجارية. ومن ثمة يظل القانون القديم نافذا أو ممتدا على العقود التي أبرمت في ظله ومازال تنفيذها مستمرا إلى حين دخول القانون الجديد حيـز التنفيذ، أي بمعنى تطبيق مبدإ الأثر المستمر للقانون القديم[3]، وذلك إستثناء من مبدإ الأثر المباشر للقـانون الجديد[4]. وفي هذا المعنى يعبر بعض الفقه على أن "الأثر المستمر للقانون القديم يحل محـل مبـدأ الأثـر المباشر للقانون الجديد بشأن المراكز العقدية الجارية"[5].

أستند الفقه على فكرة ربط القانون وإدماجه بالعقد واعتبار الأول جزء من الثاني[6]، ولأن مقتـضى الاستقرار العقدي هو احترام قوته الملزمة فإنه لا يمكن للمشرع أن يمس به عن طريق فرض تطبيق قانون جديد على عقود نشأت في ظل قانون قديم.

وراح رأي آخر يبرر بقاء سريان القانون القديم على مسألة تكريس التوازن[7] الذي يـتلاءم وتنـوع الوضعيات العقدية واختلافها وفي هذا السياق يرى الفقيه Roubier (P) [8] وجوب التمييـز بـين القواعـد

---

[1] « Survie de la loi ancienne ».

[2] انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 286.

انظر أيضا محمد الزين، الالتزامات، المرجع السابق، ص 278.

[3] انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 287.

وفي هذا المعنى يرى الأستاذ "Bencheneb": أن هذه الوضعية هي التب تبرر بقاء القانون القديم ساريا إلى غاية انقـضاء آثار الوضعية، فعلى سبيل المثال بعد انحلال العقد، فإن الحل الذي يقبل في هذه العلاقة يتعلق بتطبيق قانون جديد قـد يخـل باقتصادية العقد، بسبب توقعات مبدئية خاطئة من قبل الأطراف على أساس الالتزامات التعاقدية، أنظر كتابه:

Introduction, op.cit., 135.

[4] Voir Mohamed (charfi), op.cit, p 167.

[5] انظر حسن كيرة، المرجع السابق، ص 365.

[6] Farhat (GH), Chendeb (R), Introduction au droit, ed (1), L.G.D.J. lextenso, 2010, p 83: "Il y a survie de la loi ancienne lorsqu'elle continue de régir des faits qui se situent après l'abrogation de la loi ancienne…. On peut considérer que la loi ancienne s'était incorporée dans le contrat…"

[7] Ibid, p 83, n° 277: "Il est nécessaire qu'existe une certaine sécurité juridique et mes contractants peuvent être ainsi que l'équilibre qu'ils ont crée par contrat ne sera pas déjouer plus tard par une loi nouvelle".

[8] Roubier (P), le droit transitoire, ed (2), Dalloz, 1960, p 360 et s.

هذا المرجع مشار إليه لدى: محمد بقيق، المرجع السابق، ص 190، هامش 400: "إذ يرى الفقيه Roubier أن "مبدأ رجعية القوانين المدنية يتضمن قاعدة مضمونها: "القانون الجديدة يمكنه فعلا أن ينسحب على الماضي، كما له أيضا وخاصـة، أثـر فوري ومباشر منذ صدوره".

القانونية المتعلقة "بالنظام القانوني للعقد"[1] "والوضعية التعاقدية المحضة"[2]، ففي حالة قيام نظام قانوني مترتب مباشرة عن العقد لا يطبق القانون القديم، عكس نشأة "مركز عقدي محض" حيث لا تطبق فيها القوانين الجديدة.

عندما كان لسريان القانون الجديد على العقود الجارية أثرا في المساس بالحقوق والالتزامات العقدية جاءت البيئة العقدية الجديدة لتفرض حتمية الاعتداد باعتبارات الأمن العقدي[3] بكونه يشكل حماية معززة للمتعاقدين.

وتأسيسا على ما تقدم راح بعض الفقه[4] إلى التأكيد على أن "تدخل المشرع في العلاقات العقدية قد أصبح في تزايد مستمر وبطرق تختلف بإختلاف الغاية من هذه التدخلات، فالمشرع لم يكتف بحماية المصلحة العامة، بل أصبح ينشغل بالعدالة العقدية وحماية المتعاقد الضعيف، كما أن العقد لم يبق شأن المتعاقدين لوحدهما، بل أصبح ظاهرة اجتماعية تهم المجتمع...".

وقد يستوجب إستمرار إعمال القانون القديم على العقد "بدافع حمائي"، خاصة إذا كان أحد الطرفين يتميز بالضعف عقديا، وهذا ما كرسه المشرع عند تعديل القواعد الخاصة بعقد الإيجار بموجب **المرسوم التشريعي** رقم **03/93** حيث تنص المادة **20** منه "لا تطبق المواد 471(...)، وكذا المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمذكورة أعلاه، والمتعلقة بحق البقاء في الأماكن على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكنى المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي ويظل تجديد عقود الإيجار المبرمة قبل تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي خاضعا للتشريع السابق المطبق على هذه العقود".

وإستند البعض[5] في التعليق على هذه المادة "بأن حق البقاء هو أيضا من النظام العام الحمائي إستحدث لفائدة الطرف الضعيف أي المستأجر(...)، كما أن المشرع فضل إستمرار حماية الطرف الضعيف

---

[1] يقصد بالعقود ذات النظام القانوني الناشئة عن العقد أن القانون هو الذي يقوم بتحديد محتواها مثل عقد العمل الذي ينشأ باتفاق العامل ورب العمل ولكن القانون هو الذي يتولى تحديد مدة العمل والحد الأدنى للأجر، والعطل الأسبوعية..." راجع في هذه المسألة الأستاذ فيلالي علي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 289.

[2] " أما العقود ذات النظام العقدي فهي تلك العلاقات التي يترك تحديدها للمتعاقدين فيكون لإرادتهما دور كبير" (أنظر فيلالي علي، مقدمة القانون، ص 290).

[3] Bencheneb (A), une introductions générale, op.cit., p 135: "... la sécurité juridique est remise en cause par l'éventuelle application de la loi nouvelle aux effets postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi".

[4] انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 290.

[5] انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 291.

انظر زواوي فريدة محمدي، ترى:"أنه في ظل أوضاع اجتماعية معينة، قد يترتب عن تطبيق القانون بأثر فوري مشاكل عديدة للإيجارات السابقة وهذا هو ما برر إبقاء المشرع على حق البقاء في عقود الإيجار السابقة للمرسوم 93/ 03". أنظر

بالنسبة للعلاقات العقدية المبرمة في ظل القانون القديم على التطبيق الفوري للحكم الجديد والذي هو أيـضا من النظام العام".

ولعل مجال الاستثمار أحسن نطاق تظهر فيه الدولة وهي تحد من صلاحيتها التـشريعية لمـا لهـذا المنهج من فائدة لإدخال المرونة والليونة على حياة الأعمال. (la vie des affaires) وما يتطلبه اسـتقرار التشريع. كشرط لانفاذها، حيث تستبعد احتمالات التعديل والإلغاء اللذين تمارسها الدولة عادة على العلاقات العقدية[1].

ونخلص مما تقدم أنه يكون من المستوجب على القاضي إذا ثار نزاع بشأن القانون الواجب التطبيـق ولا سيما إذا أراد فرض "القانون" على العقد بموجب المادة 2/107 من ق.م. وخاصة في مجـال "تنـازع القوانين" تظل الوضعية التعاقدية الجارية والناشئة عن إرادة للأطراف خاضعة للقانون القديم التي نشأت في ظله حتى تستنفذ جميع آثارها، بينما عندما يكون للمركز القانوني ارتباط بالنظام العام فيسري القانون الجديد مباشرة بغض النظر عما أراده الأطراف، وعلى القاضي أن يحدد الطبيعة القانونيـة للـنص الجديـد فـي ارتباطه أو عدم ارتباطه بالنظام العام.

الفرع الثاني: العرف التعاقدي بين تكريس الإرادة الجماعية وإعماله أداة إثراء الإلتزامات

يبدو أن ثمة هناك تفاعل بين العقد والعرف، فيمكن للقاضي أن يعتمده لإتمام وإسـتكمال مـا شـاب الإرادة العقدية من نقص، إذ يحصل أن يغيب على أطراف العقد تنظـيم مـسائل معينـة وضـبط بعـض الجزئيات في إتفاقاتهم، مما يستوجب على القاضي الإستعانة بالعرف عملا بالمادة **2/107** (**أولا**)، ولعـل إعمال العرف على مستوى تنفيذ العقد يتطلب الكشف عنه قضائيا (**ثانيا**).

أولا: إعمال المادة(2/107) للعرف كمصدر لتحديد نطاق العقد

يقوم العرف بإثراء مضمون العقد الناتج عن الإرادة، بإعتباره تكريسا لـلإرادة الجماعيـة المقومـة لتوازن العقد. بل هو آلية موضوعية ناجمة عن قيم إجتماعية، وهي التوافق بين العقـد والإرادة الجماعيـة

مقالها: "تنازع قوانين الإيجار من حيث الزمان (المرسوم التشريعي 03/93 والقانون المدني) منشور في المجلة القضائية عدد (1)، ص.2000.

[1] Terki – Nour Eddine, l'investissement direct étranger et le retour au protectionnisme, la part du droit, T (1) ed Ajed 2013, p 389: "… le principe de la non – rétroactivité des lois doit s'appliquer dans toute sa rigueur. Cela signifirn en d'autre terme, que tous les investissements étrangers réalisés en Algérie avant la promulgation de l'ordonnance du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour la même année échappent à l'empire de ce texte et, à fortiori, du domaine d'application de la loi de finances complémentaire pour 2010 et cette solutions, fondée sur le droit commun, permet à tous les réssortissants étrangers de continuer à être régis par les lois en vigueur au moment de leur établissement…"
Voir aussi: Bencheneb (A), introduction générale, op.cit., p 133.

القانونية الأخلاقية، والقيم الإجتماعية العرفية[1]. "ويغدو تطبيق العرف على العقد الحل المثالي والمعقول عند غياب إرادة الأطراف".[2]

وإذ يجوز للمتعاقدين اللجوء إلى العرف لتحديد محتوى العقد بحسب طبيعته، فإن نـصوص القـانون أحالت صراحة للأطراف اعتماد العرف لضبط إلتزاماتهم العقدية أو لاستكمالها، وفي هـذا المعنـى يـرى البعض[3] "(...) وعلى ضوء أحكام المادة **2/107** يكون العرف أساسا عقديا، حيث يفتـرض أن سـكوت المتعاقدين يفيد بإتفاقهما على تطبيق قواعد العرف، و هذا الأخير يساهم فـي تحديـد نطـاق العقـد...". وبإستقراء نص المادة **2/107**، نلاحظ أن المشرع قد إستعمل كلمة "**العرف**"[4] بإعتباره إضافة عقدية، حيث نصت: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول ما هو مـن مـستلزماته (...) والعرف(...)" وفي المقابل ورد النص الفرنسي لنفس المادة بكلمة "**عـادة**" « **usages** » وليـست كلمـة "**العـرف**". ومن هنا يطرح تساؤل على ضوء المادة 2/107 هل المقصود بها العرف أم العادة ؟، للإجابـة عن هذا السؤال لا بد من طرح فرضين: **الفرضية الأولى**: وإذا كان المشرع يقصد من هذه الكلمة "العرف"، فلا شك أن دور القاضي سيكون إيجابيا وصلاحياته واسعة، حيث يتوخى بوجوب تطبيـق العـرف علـى

---

[1] إنتصرت المدرسة الموضوعية الألمانية للعرف واعتبرته المصدر الأنسب لبروز القواعد المتأصـلة فـي ضـمير الأمـة "فالعرف بالنسبة للشعب كالمرآة يرى فيها نفسه" ومن ثم هاجمت المدرسة التاريخية حركة التقنين ولم يكن الأمـر علـى ه>ا النحو في فرنسا مع انتصار مدرسة الشرح على المتون وبات جليا أن "النصوص قبل كل شيء" فانعكس ذلك سلبا على مكانة العرف ولم تبرز مكانته في الدراسات الفقهية الاجتماعية الفقيه geny كان له أثر واضح في الفقه القانوني إلى يومنا هذا.
Decoq(G), réflexion sur l'influence doctrinale, Mélanges, offerts à Philippe Jestaz.éd. Dalloz, Paris, 2006, pp.111 et ss

[2] أنظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص 463.

[3] انظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 367.

- Bencheneb(Ali), contrat, op.cit,p.225.
« Les usages sont… pour indiquer si une obligation particulière pese sur l'une des parties ou pour préciser les modalités d'exécution de telle obligation sur les quelles les parties se sont abstenues de se prononcer explicitement, leur silence s'interprétant comme un accord implicite et par conséquent comme un renvoi implicite aux usages ».

[4] بدأ القانون الفرنسي القديم عرفا ثم امتزج به القانون الروماني بعد الفتح الروماني، ثم ظهر القانون الكنيسي وانقسمت بعـد ذلك إلى قسمين: قسم شمالي تطبق العرف وقسم جنوبي تطبق القانون الروماني المكتوب.
ولما قويت الملكية في فرنسا جمعت قواعد العرف وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون وأخذ يزداد قـوة حتـى وصل إلى أوجه في عهد تقنيات نابليون.
- dans ce sens deux articles : Thireau (Jean- Louis), fondements romains et Fondements Coutumiers du code civil, droits, 2004, 42.et Jestaz (Ph) : les sources du droit : le déplacement d'une pôle à une autre, RTD. civ 1996, p.302.

أطراف العقد كما لو كان يطبق نص تشريعي. **الفرضية الثانية**: ستجعل القصد من هذه الكلمة هو "العادة"[1]، الذي يضيق معه دور القاضي ، ومن ثمة ينحصر فقط في التقصي عن إنصراف الإرادة المشتركة للأطراف في سلوك تلك العادة ولا يكون للقاضي حينئذ سلطة في فرضها على العقد. ويبدو أن الفرضية الأولى هي الأدق والأصح، لأن كلمة "**العرف**" المتضمنة في المادة **2/107** هي فعلا كلمة "العرف"، وليس "العادة الإتفاقية"، لأن النص سيفقد قيمته القانونية إذا حلت "العادة الاتفاقية محل العرف ومن المتعارف عليه لا يستعان بالعادة لإثراء محتوى العقد إلا إذا تأكد للقاضي إنصراف إرادة الأطراف التي تريد إلى تطبيق "العادة" في العقد[2].

فكلمة "العرف" تخول القاضي صلاحيات واسعة، بإثراء محتوى العقد بإضافات مستمدة منه، والقاضي هنا يفرضها على أطراف العقد بصرف النظر فيما إذا كانت إرادتهم قد إتجهت إلى تطبيق العرف أو فضلت إستبعاده[3]. إن نص المادة **2/107** تعني مسألتين: **أولهما**، تحديد نطاق ومحتوى العقد عن طريق آلية العرف، وهي منفصلة عن **المسألة الثانية** المتعلقة بإرادة أطراف العقد، فعندما ينص المشرع في بداية المادة 2/107: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب..." فهو يقصد تلك الإلتزامات الناجمة عن الإرادة المشتركة، ولكن القاضي يمكن له أن يتدخل في هذه المرحلة عن طريق آلية التفسير لتحديد عبارات العقد وغموضها، ومن ثمة ضبط محتوى العقد المستمدة من الإرادة[4]. ثم يقوم القاضي بإعتماد العرف من أجل إثراء مضمون العقد، وهذا يعني وضع حدود بين ما إتجهت إليه الإرادة من

---

[1] وما يصاغ تمييز بين العرف والعادة إلا بعد مجيء الفقيه « Geny » الذي كان له دورا كبير في تحديد عناصر كل منهما وضبط التفرقة بينهما" وانظر بالتفصيل التفرقة بين العرف والعادة في مقال:
Zenati (Frédéric-Castaing), le code civil et la coutume, Mélange en l'honneur de Jestaz(Ph) .op.cit. p.614.

[2] ويبدو أن التداخل بين العرف والعادة طرح أيضا حتى في الفقه والقانون المقارن: لمزيد من التفصيل في هذه المسألة، أنظر أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص ص 291 إلى ص 296. وقد أشار هذا الباحث إلى رأي الأستاذ نذير بن عمو الذي يعتقد "عدم" تمييز بين لفظي العرف والعادة يعتبر تقنية مقصودة نظرا لوجود تماثل أصلي بين اللفظين، فكلاهما تبدأ أرضيته بوجود عادات مألوفة في بيئة اجتماعية معينة قد ترتقي إلى مرتبة العرف كلما توفّرت فيها شروطا معينة" (أنظر نفس الرسالة السابقة، ص 293).
Voir aussi dans ce sens: Bencheneb (A), le droit algerien des contrats, op.cit., p 225.

[3] "ومن المعروف إذا كان ثمة تعارض بين النص العربي والنص الفرنسي لنفس المادة سوف يطبق النص العربي".
وانظر أيضا علي فيلالي الذي يرى: "أن العرف يكون ملزما بغض النظر عن إرادة الأطراف المكونة قاعدة قانونية". انظر كتابه: مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 207.

[4] وكما هو معروف أن مرحلة تحديد نطاق العقد تأتي بعد مرحلة تفسيره، ذلك لكون القاضي يقوم بالبحث عن مقاصد الإرادة المشتركة وقد يعتمد في سبيل ذلك على العادات الاتفاقية. انظر سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 147 و 148. انظر أيضا حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 68.

إلتزامات، التي قد قد يكون مصدرها "العادة الإتفاقية" وبين "العرف" بوصفه عنـصرا موضـوعيا مكمـلا للإرادة، وإذا تحديد نطاق العقد يكون بمستلزمات خارجة عن إرادة الأطراف ،التي يعتبرالعرف من ضمن آليتها، باعتباره مصدرا من مصادر الإلتزامات العقدية.

عندما نتصور أن العقد يستدرج بواسطة قوة ملزمة له آلية مثل آليات العرف فهو يكون قـد إسـتقطب "عادة ذات مضمون إتفاقي"، حيث تصبح إتفاقا إراديا عرفيا، وهذا التصور يظهر أكثر وضـوحا بالنـسبة للعادات التي تنشأ في ظل الممارسات العقدية.

ولعله ما يبرز أو يكشف عن **القيمة القانونية** لهذه العادات يكمن في الرجوع إلـى مجـال **المـادة 2/107** التي تطرح قراءة ثانية، مفادها أن القوة الملزمة للعادة عندما تدخل في المجال العقدي تظهر وهي ناشئة من قبيل إشتراطات أطراف العقد كشروط عرفية أكثر من كونها شروط إنبثقت من إرادتهم العقديـة المحضة، وهو ما يفسر إمكانية أن تكون الإتفاقات مصدر إلزام على ما تم التعبير عنه، وأيضا علـى مـا يتبعها في ظل الإنصاف، العرف (العادة) أو القانون الذي يمنح كل إلتزام إلزامه بحـسب الطبيعـة ممـا سيدخل القاضي في مستلزمات أخرى من أجل تفسير تلك البنود التي تشكل عادات حتى ولو لم يتم التعبيـر عنها صراحة.

ثانيا: هيمنة فكرة العرف كقاعدة قضائية (صورة العرف الواجب كشفه قضائيا بموجب م 2/107)

رأينا سابقا أن الإرادة المشتركة لا تكفي وحدها لتحديد مضمون العقد ومن ثمـة يمكـن الإسـتعانة بالعرف الوارد في المادة **2/107** لإضافة إلتزامات في العقد، ولن يتحقق تكريس العرف وإعماله في العقد إلا عن طريق تدخل القاضي بإعتباره "الصوت الحي للقانون". فوظيفة القاضي هي تطبيق العـرف وليـس إنشائه[1]، ويترتب على هذا أنه لا يعد صانعا للعرف، وإنما كاشفا عنه، وأي قول بغير ذلك مـن شـأنه أن يجرده من نشأته الإجتماعية[2].

وراح رأي في الفقه[3] يعتبر العرف من صنع القاضي، حيث لا يوصف بكونه عرفيـا إلا بتـدخل القضاء لإكسابه الصبغة الإلزامية، وبذلك فهذه القاعدة ليست بقاعدة عرفية، وإنما قضائية.

بالاستناذ على هذا الرأي فإن أساس القوة الإلزامية للعرف هو القضاء، أي بمعنى أن العرف لم ينشأ بصفة تلقائية بل أنشأته الأحكام القضائية التي تطبق العرف[4]. وذهب لنفس المنحى الفقيـه « **Battifol »**[1]

---

[1] انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، ص 206 هامش 343.

[2] أنظر أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقةن ص 297.

[3] Deumier(Pascal). « De l'usage prudent, des usages honnétes » Melanges Jestaze (Ph), Dalloz, 2006, pp.120 et ss .voir aussi Zenati,(Frédiréc Castaing).op.cit,p.610

في هذا المعنى يرى الفقيه « Lambert »

« L'usage conventionnel devient coutume par la jurisprudence ».cité par Frédéric-Castaing Zenati, op.cit, p.628.

[4]انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 206.

في قوله "بضرورة تدخل القضاء لإضفاء القوة الإلزامية على العرف، لأنه من غير المتصور تمتـع هـذا الأخير بصفة مصدر مستقل إلا في اليوم الذي تؤثره إحدى المحاكم على القانون الصريح بوصـفه عرفـا مستقلا". ولكن إجماع الفقه بأن القاضي لا ينشئ العرف[2]، يكمن في الدور الذي أُنيط به، وهو دور دافع أو باعث للعرف « propulseur de la coutume » يحرك العناصر المكونة للعرف، ويتخذ في شأنها مـا يراه بحسب توفرها على ما يكفي من شروط ومواصفات لقيام العرف"[3]. ولأن العرف لا يمكـن أن يمـنح الفعالية لنفسه بنفسه، فقد جعل من الثراء القانوني قاعدة عرفية مرتبطا بنطاق القاضي به وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول بأن العرف خاضع لرقابة القضاء"[4].

بما أن مصدر الإلتزامات العقدية بموجب المادة 2/107 على **نوعين**: **مصدر إرادي،** ويتمثل في تلك الإلتزامات العقدية الناجمة عن الإرادة، و**مصدر موضوعي،** فالمشرع أراد من وراء هـذه المـادة تـدعيم الإرادة بعنصر موضوعي يتمثل في العرف بوصفه مكملا للإرادة و مضيفا لإلتزامات في العقد.

وتأسيسا على ما تقدم إذا أخذنا بالرأي القائل بأن العرف منشؤه القضاء، فإن **المـادة 2/107** تفقـد قيمتها القانونية وتغدو عديمة الجدوى، وتفسير ذلك بأن الإرادة ذات بعد ذاتي، والعرف بذلك يـدفعنا "إلـى الإفتراض بأنه من صنع القاضي الذي يجرده من بعده الموضوعي، ويحوله إلى مصدر ذاتي".

لذلك فالعرف بوصفه قاعدة قانونية فهو يكمل ويتمم الإلتزامات العقدية الناجمة عن الإرادة المـشتركة التي عبرت عنه المادة 2/107، ويصبح دور القاضي هنا على مستوى تنفيذ العقد بموجـب هـذه المـادة، ضبط مدى الإلتزامات العقدية التي تتكون من الإرادة المشتركة للأطراف دون تغيير أو تحوير، فهو يقـوم بمعاينة العرف وتطبيقه على العقد إثراءا للإلتزامات العقدية.

ويظل السؤال مطروحا فيما إذا كان القاضي عند تطبيقه العرف بمناسبة تنفيذ العقد هو ملزم بالبحث عنه و إثارته تلقائيا أم يترك أمر إثبات العرف للخصوم؟

---

[1] Battifol (H) .problème de base de philosophie de droit, ed. LGDJ, Paris, 1979, p.75.

وفي هذا المعنى يرى: « Frédéric Zenati –castaing » :

« La prise de conscience du pouvoir normatif du juge a crée un contexte autorisant à oser affirmer que c'est le juge, en réalité qui fait la coutume en consacrant, à l'occasion des contestations, la norme social, qui se dégage des habitudes communes » .voir son articles précitée, p.635.

[2] انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 206.

[3] Mohamed(Charfi), op.cit, p.181.

[4] Ibid, p.185.

انظر أيضا علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 207 و 208: "... كما يخضع العرف من حيث تطبيقه من قبل المحاكم باعتباره قانون- لرقابة المحكمة العليا التي هي محكمة القانون".

الواقع أن المشكلة لا تثار عندما يطالب أحد المتعاقدين من القاضي تطبيق العرف[1] بموجب المادة 2/107، وإنما تطرح المسألة بحدة عندما يفرض القاضي من تلقاء نفسه العرف كمصدر موضوعي لتنفيذ العقد دون أن يطلبه أحدهما. يبدو أن "**مبدأ حياد القاضي**" لا يمنع من تدخله في العقد لتطبيق العرف بإعتباره إضافة للإلتزامات العقدية، فهذا المبدأ يكرس في مجال الإثبات وهو خاص بالوقائع دون القانون[2]. ورغم أن العرف يعد من مصادر القانون إلا أنه يتسم عن غيره من المصادر الأخرى بأنه يمكن إعتباره مسألة واقع « fait » [3]. لذلك لا يعتبر إنتهاكا لمبدأ حياد القاضي في حالة إذا تدخل هذا الأخير لتكريس العرف كمصدر للإلتزامات العقدية سواء بوصفها قاعدة قانونية أم باعتبارها واقعة.

الفرع الثالث: الإنصاف وسيلة لتأمين العدالة العقدية رغم طبيعته الشاملة

يؤكد الفقيه [4]« **Portalis** » "أن مبدأ الإنصاف والتبادلية هي روح كل العقود"، وتأسيسا على ذلك فهو مفهوم جوهري في العقد وهدف أساسي فيه". ولا يقبل التطبيق الحرفي للعقد إلا إذا كان مطابقا مع القانون الوضعي والغاية العليا للإنصاف التي تتجسد في رفض كل تعسف في الحق.

والإنصاف كقيمة ذاتية في إستكمال العقد أو إتمامه لم تبق قيمة ذاتية متروكة لتحكم القاضي، بل "إنه متزن وعادل" على حد تعبير **أرسطو**، ولم يبق أجنبيا عن المنظومة القانونية، فقد دخلها بواسطة "المبادئ العامة للقانون" دون إخلال بقيمة السلامة القانونية.

والإنصاف التكميلي هو مستلزم يستعين به القاضي لإضافة إلتزامات جديدة لضمان عدالة العقد (**أولا**). كما أنه قد يحدث تنازع بين الإلتزامات العقدية المنبثقة من الإرادة المشتركة، وتلك التي يكتشفها القاضي بآلية الإنصاف (**ثانيا**).

أولا: تثبيت الدور التكميلي للإنصاف في العدالة العقدية

من مستلزمات العقد فكرة الإنصاف،أو كما عبر عنها المشرع في المادة 2/107 بالعدالة"[5]. ومبادئ العدالة أو الإنصاف تعد مصدرا إحتياطيا للقانون[6]، ولكن في المجال العقدي لا يعد كذلك، لأن المادة

---

[1] انظر علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص 207، حيث يرى انه: "لا يلزم أحد الأطراف بإثبات العرف، ولكن من الناحية العملية كثيرا ما يطلب من الأطراف إثبات العرف"

[2] Charfi (Mohamed), op.cit, p.185.

[3] Ibid, p.185 : « la coutume est une pratique, elle sera donc prouvé comme les faits, c'est à dire par tout moyen ».

[4] Oulhazi Rafik, le juge judicaire et la force obligatoire du contrat, Thèse doc. Université Robert Schuman de Strasburg 1997, P 320.

[5] وهي الترجمة بالفرنسية « l'équité » ونحن نفضل تسميتها في هذه الأطروحة "بالإنصاف" وهي الأدق.

انظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 368، حيث يرى "أن المقصود بالعدالة هنا هو الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي".

[6] أنظر المادة الأولى من ق.م.

2/107 تعطيه نفس الأهمية وعلى قدم المساواة مع القواعد التكميلية والعرف بمناسبة تنفيذ الإلتزامات العقدية، فالإنصاف آلية لتحديد مستلزمات العقد[1]، ودورها هو "ضمان العدالة العقدية"[2].

وللإنصاف **وظيفتان**: **أولهما** تهذيب قواعد القانون إستنادا على قيم الشفقة والرحمة والإحسان إلى الطرف الضعيف، فهو يؤدي دور تلطيف صلابة القاعدة حسب خصوصية كل حالة واقعية، طالما أنه يترتب عن هذه القاعدة نتائج غير عادلة عند تطبيقها. **وثانيهما** الإنصاف يكمل الفراغ التشريعي حيث يتعين على القاضي -وبترخيص من المشرع- بتطبيق الإنصاف على الحالات الواقعية تكريسا للمساواة والعدالة[3].

وتمنح **المادة 2/107** رخصة للقاضي من المشرع بأن يتدخل على مستوى تنفيذ العقد بموجب الإنصاف، حيث يكون لزاما عليه "الفصل على أساس قواعد الإنصاف طبقا لما يستوجبه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء، وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس القانون الوضعي"[4].

ويميز الفيلسوف "**أرسطو**" بين **نوعين** من القوانين: "القوانين الطبيعية المشتركة وقواعد القانون الوضعي المكتوب. وحيث أن القانون الوضعي المكتوب يتسم بالعمومية والتجريد، لكون أن تطبيقه تطبيقا جامدا على الحالات والوضعيات الخاصة سوف يؤدي إلى نتائج ظالمة وغير عادلة، وطالما أن نشاط الأفراد يتميز بالتنوع والخصوبة، فإنه لا يمكن للمشرع التنبؤ بكل الوضعيات ليخصها بالتنظيم.

وتجنبا للظلم يقترح **أرسطو** حلا يتمثل في "إمكانية اللجوء إلى الإنصاف المستلهم من القوانين الطبيعية المشتركة متوخيا تطوير العدل القانوني للوصول إلى مساواة تناسبية"[5].

وفي هذا السياق راح البعض[6] إلى "تخصيص المعنى العام للعدالة بمعنى محدد هو العدالة ذات الطابع الفني" بموجب قواعد التجربة بحيث تكرس التوازن والتناسب بين الأداءات المتقابلة بناء على معايير التجربة الفنية، لا وفقا للمثالية الشخصية للقاضي"، لأن المقصود بالعدالة بموجب المادة 2/107 هي العدالة المكملة لآثار العقد، عند عدم تنظيم المتعاقدان لأثاره في مسألة معينة والمتوافقة مع طبيعة العقد.

---

[1] Bencheneb (Ali), contrat, op.cit, p.225.

[2] انظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 368.

[3] Berthiau (D), le principe d'égalité et le droit civil es contrats, op.cit, p 324.

انظر ميشال بونشير، مدخل للقانون، ترجمة محمد أرزقي نسيب، دار القصبة للنشر، 2004، ص 76.

[4] انظر علي فيلالي، العقد، المرجع السابق، ص 368. وانظر أيضا ميشال بونشير، المرجع السابق، ص. 77، حيث يشير هذا المؤلف إلى رأي الفقيه Portalis الذي يرى: "أن الإنصاف هو اللجوء والرجوع على القانون الطبيعي عندما تسكت القوانين الوضعية أو عندما تكون غامضة".

[5] انظر أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 308.

Berthiau (D), op.cit, p.263, et Albiges (Ch), op.cit, pp. 11 et ss.

ويرى الأستاذ الدكتور حسين بن سليمة ان القاضي "مشرع الأحوال الخاصة"، "فالإنصاف" منهج عقلي ينزع إلى التفريد والبحث عن الحل الأكثر توافقا مع الواقع وللسبب في ذلك أن القانون "يغرق" أحيانا في العمومية حتى يتمكن من احتواء قدر ممكن من الوضعيات المحسوسة..". أنظر حسن النية في تنفيذ العقود، المرجع السابق، ص 73.

[6] أنظر د/ سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 97 و 98.

وقد تثير المادة **2/107** إشكالية تتعلق بتمكين القاضي من تعديل العقد على أساس الإنصاف أو العدالة للإستنتاج منها أن نية المشرع تتجه نحو تكريس الإنصاف بمفهومه **الذاتي** والمتضمن" قيم الإحسان والرحمة على الطرف الضعيف مع الأخذ بعين الإعتبار الوضعيات الخاصة ، وذلك للحد من صرامة مبدأ القوة الملزمة للعقد، كي يتدخل القاضي بناء على "الشعور الحدسي بالعدالة والإنصاف لضبط الحالة الاقتصادية المتدهورة للمدين مقابل ثراء غير مبرر لدائنه وإعادة التوازن الاقتصادي بين الأطراف"[1].

ولكن بإستقراء نص المادة **2/107**، وردت عبارة "بحسب طبيعة الإلتزام"، حيث يمكن التركيز على هذه العبارة **كمعيار** لتحديد طبيعة الإنصاف فيما إذا كانت نية المشرع قد إتجهت إلى الإنصاف الذاتي أم إلى الإنصاف الموضوعي أو التكميلي. فتبعا للصياغة اللغوية للنص يتعين على القاضي تكميل وإتمام كل ما يترتب على الإلتزام العقدي من إضافات مستمدة من القانون والعرف والعدالة أو الإنصاف، وذلك تبعا لما تستوجبه طبيعة الإلتزام بغض النظر عن وضعية أطراف العقد[2].

ومن ثمة فالمقصود "بالإنصاف" أو "العدالة" الواردة في المادة **2/107** هو **الإنصاف الموضوعي** وليس الإنصاف الذاتي، لأن القاضي يستعين بمستلزم الإنصاف لإضافة وتكميل الإلتزامات بصفة "موضوعية" و"مجردة" متوخيا في ذلك البحث عما تقتضيه "طبيعة الإلتزام"، وهي مسألة موضوعية.

إذا يقصد "بالإنصاف التكميلي هو الذي يضيف التزامات فرعية مستلهمة من طبيعة الالتزام الأصلي"[3]. وعلى فرض أن المشرع لم يرد عبارة "حسب طبيعة الإلتزام" في نص المادة **2/107**، فلا يمكن القول بتبني الإنصاف بنوعيه الذاتي والموضوعي على حد سواء. كما أن عبارة "**ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب**" الواردة في 2/107، تعني أن ما "**قبلها**" لا يكفي بل يساعده ما سيأتي "**بعدها**"، أي بل "يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، حسب طبيعة الإلتزام" ليكون مصدر تحديد الإلتزام العقدي مصدرا ذاتيا وهو الإرادة، ومصدر موضوعي يكمن في توابع ومستلزمات العقد، والمتمثلة في "القانون، والعرف، والعدالة، وبحسب ما يستوجبه الإلتزام العقدي بحكم طبيعته لا بحسب ما تقتضيه وضعيات الأطراف المتعاقدة، إذا المسألة في ضوء المادة **2/107**، تتعلق بالإنصاف الموضوعي غايته إتمام وتكميل المضمون العقدي فقط.

---

[1] انظر د/ أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص, 310.

[2] Bencheneb (A), Le droit algerien des contrats, op.cit., p 225: "Mais en matière contractuelle, léquité ne parait pas être seulement une source subsidiaire car l'article 107 du Code Civil lui donne la même importance que la loi supplémentaire et les usages pour l'exécution des obligations contractuelle".

[3] بينما الإنصاف الذاتي لا يتعلق بالالتزام وبطبيعته بل هو ذاتي يتعلق بحالة المدين ووضعيته الخاصة بغية إقرار مساواة حسابية بين أطراف العقد تعديلا للمساواة التناسبية. انظر د/ أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 338.

ثانيا: دور الإنصاف التكميلي في الكشف عن إلتزامات جديدة

ترى محكمة النقض الفرنسية بأنه "لا يمكن لمحكمة الموضوع في كـل الأحـوال أن تتجاهـل إرادة المتعاقدين متذرعة بتطبيق قواعد الإنصاف، كما يجب على القاضي أن يضع في إعتباره الزمان والظروف المحيطة بالعقد عند القضاء.."[1] .

والواقع لا يوجد ما يوحي في إطار **المادة 2/107** بأن ثمة هناك تنازع بـين تلـك الإلتزامـات الناجمة عن الإرادة وتلك التي يكتشفها القاضي عن طريق قواعد الإنـصاف. ونـرى مـع الـبعض[2] أن الإنصاف بإعتباره "معطى موضوعي"، "فهو لا ينبثق من الإرادة وهي قيمة ثابتة في العقد، لأن الإرادة تتقيد بها لتجعلها ذات أفضلية في التراتبية الهرمية، مما يجيز القول بأنه لا الإرادة تستطيع أن تفوق الإنـصاف، ولا هي قادرة أيضا على محوه والإتفاق على ما يخالفه".

وأثارت" نظرية مستلزمات العقد"[3] ولاسيما في موضوع مصدر الإنصاف **جدلا كبيرا**، إلى حد القول بأنه يعطي للقاضي سلطة خطرة[4]، لأنه بموجبه يمكن أن يزيد في إلتزامات المتعاقدين، مما يشكل مـساسا بمبدإ العقد شريعة المتعاقدين، وإستند البعض "إلى أنه لا يجب أن يخرج عن الدور المرسـوم لـه، وهـو الفصل في المنازعات طبقا للنصوص القانونية المحددة سلفا، وأن إعادة النظر في العقد هي مسألة تخـص المتعاقدين فقط"[5].

ولأن القاضي يكمل إرادة المتعاقدين ، بل قد يتجاوزها، فإن الإلتزامات المترتبـة علـى العقـد لا تقتصر على تلك المتفق عليها من الطرفين كما تؤكد المادة **2/107**، بل تشمل أيضا ما هو من مستلزمات العقد من بينها العدالة أو الإنصاف.

"فإضافة إلتزامات جديدة إلى العقد لم يكن يتضمنها عند تكوينه، بإعتبارها من مستلزمات العقـد(...) تمثل صورة من صور تعديل العقد التي قد يلجأ إليها القاضي، و هي "تعديل بالإضافة"[6].

بالاستناد على نص المادة **2/107** يتوضح أن كل نوع من الإلتزامات -سواء تلك الناشئة عن الإرادة المشتركة أو تلك الناشئة عن المصادر الأخرى مثل الإنصاف- تأتي في مجاله ونطاقـه وهـي مرتبطـة

---

[1] قرار منقول عن سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، المرجع السابق، ص 157.

[2] انظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص 382.

[3] وتسمى أيضا نظرية تكميل العقد، أو نظرية توابع العقد.

Karine (De la As-P), La réfaction du contrat, op.cit., P 241 et s.

[4] انظر سحر البكباشي، المرجع السابق، ص 12.

[5] المرجع نفسه، ص 12.

Voir aussi: Terré (F), Simler (Ph), Le Quette (Y), Droit civil, les obligations, op.cit., p 409: "On le voit irriguant de plus en plus en profondeur les effets du droit français des contrats, bonne foi et équité sont les instruments privilégies de l'intervention du juge dans l'interprétation et l'exécution du contrat".

[6] انظر حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، الرسالة السابقة، ص 13.

بالمشرع الذي يتدخل مقيدا لإلتزامات المتعاقدين الناشئة بمحض إرادتهم-ولو تراكمت- شريطة أن تكـون مطابقة للنظام العام والآداب العامة.إذ نجد" قاضي في **نظام الإستكمال'** يستند إلى إرادة المتعاقدين الـضمنية كأساس له... إذ أنه (أي القاضي) لا يعول على هذه الإرادة عند إجرائه، وإنمـا يجـدها أساسـا لتقـدير إعتبارات العدالة"[1].

وإن "التراكم الكمي للإلتزامات الإرادية لا يؤثر على الدور الخلاق للقاضي فـي إضـافة إلتزامـات أخرى يستلهمها من الإنصاف التكميلي[2]، فالالتزامات المنبثقة عن الإرادة توضع "بشكل ذاتي صرف" بمـا يتوافق مع وضعية المتعاقدين، بينما الإلتزامات التي يكتشفها القاضي بطريق الإنصاف تتسم بالموضـوعية لكونها تتقيد "بطبيعة الإلتزام"[3]. وباعتبار أن المستلزمات تأتي خارج الإرادة المشتركة، ويضيفها القاضـي نفسه[4]، فإن "التراكم الكمي للإلتزامات الإرادية قد يؤثر على الدور الخلاق للقاضي في إسـتنباط إلتزامـات جديدة عن طريق الإنصاف"[5]، مما يتضاءل معه مجال تدخله في العقد[6].

بيد أن تدخل القاضي في إنشاء إلتزامات جديدة تبعا لقواعد الإنصاف تخضع للقيد التشريعي الـوارد في المادة **2/107**، والناصة على أن إعتماد الإنصاف يتوقف على تبعيته "لطبيعة الإلتزام"، ويترتب علـى هذا أن القاضي لا يستطيع أن يجتهد خارج هذا القيد، وإلا كان حكمه قابلا للنقض مـن طـرف المحكمـة العليا، بمعنى يمكن للقاضي التوسع بإكتشاف إلتزامات جديدة طالما أنهـا متوافقـة مـع طبيعـة الإلتـزام المنصوص عليه في المادة **2/107**، "مما يجعله يساهم في صنع العقد" على حد تعبير جانب من الفقه[7].

و بمعنى آخر "قد يستعين القاضي بقواعد الإنصاف في "تكميل العقد"، لكنه لا يطبق فكرته الخاصـة عن هذه القواعد، بل يتقيد فيها بأن تكون إستعانته بقواعد الإنصاف علـى ضـوء الهـدف مـن العقـد وطبيعته..." [8]. وتدعيما لما سبق راح **الأستاذ تناغو** إلى التأكيد "بأن للقاضي دور شخصي في تكميل العقد

---

[1] انظر حميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 13.

[2] انظر أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 359.

[3] يرى الأستاذ حميد بن شنيتي: "يمكن للقاضي ممارسة سلطته في استكمال العقد من ذات نفسه دون أن يتوقف ذلك علـى طلب من أحد المتعاقدين...". أنظر رسالته، ص 13.

[4] أنظر حميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 12.

[5] أنظر أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 359 و 360.

[6] كأن يتفق الأطراف على تحمل أحدهما واجب السلامة أو واجب الإعلام ...الخ.

[7] انظر سحر البكباسي، مرجع سابق، ص 11.

[8] انظر المرجع نفسه، ص 154 و 155.

ويبدأ هذا الدور عندما يستوحي إعتبارات العدالة وحسن النية ويستطيع القاضي في هذه الحالـة أن ينـشئ إلتزاما جديدا مراعيا في عمله طبيعة العقد(...)"[1] .

والإنصاف يزود القاضي بوسائل يولد بها الإلتزامات العقدية، فاطالما شكل مـصدرا للعديـد مـن الإلتزامات التي أضافها **القضاء الفرنسي** إلى العقود ، "حيث رتب على عاتق ناقـل الأشـخاص إلتزامـا بالسلامة معتمدا على مبادئ العدل"[2]. وعند إكتشاف هذا الإلتزام جاء الفقيه « **Josserand** » بتبرير لمـا أسماه "بإقتحام العقد" [3]« Forçage du contrat ».

على أنه يلاحظ وبشكل يقيني في ظل العلاقات العقدية التي يتدخل فيها المهنيون أو المهنيـون مـع أفراد عاديين بأن الإنصاف يضطلع بدور أهم مما تقوم به العادات لتحديد المستلزمات المنشئة لإلتزامـات الأطراف. فلو أن محترفا قد أقدم على بيع منتوج معين، سيكون من المنصف تبريـر تـلازم هـذا البيـع بالإلتزام بالنصيحة حول أوصاف هذا المنتوج، فهذا الإلتزام (أي بالنصيحة) لا يشكل إلا مستلزما للإلتـزام بالإعلام، والذي يفترض إلمام البائع بالخصائص الأساسية للمنتوج.

والأمر أيضا يتعلق بالإلتزام بأمن المنتوجات المطروحة في عملية الإستهلاك -ولو أنها ذات مصدر قاعدي- فهي في الحقيقة تشكل إلتزاما ناشئا عن مستلزمات العقود الواردة على قرينة خطورة المنتوجـات بالنسبة لصحة وسلامة الأشخاص.

وكما يبدو، حتى ولو جاءت النصوص الخاصة تكرس صراحة إلتزاما معينا (النـصيحة أوالتحـذير، الأمن أوالمطابقة)، إلا أنه يتعين تأكيد مصدرها نظرا لوضعها الخاص الذي جعلها وليدة "حلول منـصفة"، وهنا يكمن دور الإنصاف في عدم الإضرار بشخص ضعيف عقديا (المستهلك) من جراء مستلزمات العقد.

وأخيرا تم تكريس مبدأ الانصاف في مجال ممارسة حرية الأسعار في قانون المنافسة، حيث نـصت المادة 4 من قانون 10-05: "تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حـرة وفقـا لقواعـد المنافـسة الحـرة والنزيهة".

وتتم ممارسة حرية الأسعار في ظل احترام أحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما وكذا على أسـاس قواعد الإنصاف والشفافية..."[4]

---

[1] انظر سمير تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000 ص 412 وما يليها. أنظر تحليلا مفـصل لهـذه النظرية لدى سامي الجربي، المرجع السابق، ص 536 حيث يرى: "أن هذه الوسيلة الجيدة لن تكون إرادية أو عقديـة، فقـد ثبت عجزها. هي وسيلة قضائية، تحل فيها إرادة القاضي في محل إرادة المتعاقدين في تحقيق عدالة العقد...".

[2] انظر علي فيلالي، العقد المرجع السابق، ص 368.

[3] Ouelhazi(Rafik) .Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat, th.précitée,p.329.

[4] أنظر أمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة. ج.ر. عدد 43 معدل ومتمم:

- بالقانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو 2008، ج.ر. عدد 36.

- بالقانون رقم 10-05 غشت سنة 2010، عدد 46.

المطلب الثاني:توظيف التدخل القضائي لتوجيه العقد نحو العدالة

يبرز دور القاضي في توجيه العقد عن طريق صلاحياته التي تخول له التفسير طبقا للمادة 2/111 من ق.م وعدم الوقوف عند حرفية النص التعاقدي لاسيما عندما ينهض شك أو غموض في معناه ومداه بغية تحقيق العدالة والتوازن العقديين (الفرع الأول)، إن التوازن يحقق غايته أكثر بالنسبة لعقود مستمرة أو الفورية الممتدة عبر الزمن، وذلك لأنها تفترض تدخل ظروف وتقلبات تؤثر على تنفيذ الإلتزامات، ولهذا يكون من الطبيعي الإعتبار الرداء الإقتصادي والإجتماعي لهذه العقود، وبنفس التوجه سيكون هامنا الملاحظة على الديمومة في تنفيذ عقد يستند على درجات من المخاطر، فإن إشكالها لا يقع على مدى إلزامها بقدر ما يتطلب تقدير كيفية ملائمة التغير الحاصل عن وقوع خطر ما بالنسبة لما هو متوقع عقديا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تفسير العقد كأداة للرقابة على التوازن العقدي

إن تبني المشرع للتصور الذاتي (أولا) والموضوعي في عملية التفسير يستند إلى البحث عن عناصر حسن النية كمظهر خارجي لسلوك إجتماعي، وبذلك تكون الإرادة المشتركة هي المعيار المعتمد بموجب المادة 2/111 من ق.م لما هو مطلوب في تفسير العقد (ثانيا)، فإن اللجوء إلى قواعد مساعدة يصبح ضروريا، حيث يلجأ القاضي إلى إتباع المعنى المراد والحقيقي على ضوء القيم والمبادئ الأخلاقية لأن حسن النية العقدي هو إعتراف بالإرادة الجماعية التي تفسر كل ما هو عقدي بشكل إجتماعي وإقتصادي (ثالثا).

أولا: صعوبات البحث عن إرادة الأطراف

تكريس القوة الملزمة للعقد يؤدي قبل كل شيء إلى حل المشكلات المرتبطة بإرادة الأطراف إنطلاقا من فاعلية التفسير المحددة قواعده في القانون[1].

إن تصور **المدرسة الفرنسية** للتفسير كان ناتجا عن تصورها لمفهوم العقد، بإعتباره توافقا بين إرادتين ونتيجة حتمية لتلاقيهما، فإنه لا يمكن تحديد آثاره الملزمة أو تقييم أبعاده القانونية إلا بالنظر إلى الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفيه[2]، ومن ثمة فليس للتفسير من جدوى سوى الكشف عن هذه الإرادة.

ومنهج التفسير الذاتي المنبثق عن سلطان الإرادة يبحث عن الإرادة المشتركة الكامنة في نفسية الأطراف[3]، فيلتزم به القاضي، ويلزم أيضا بالكشف عن نفسية المتعاقدين[4]. حيث تستمد هذه النزعة

---

[1] Bencheneb(Ali), contrat, op.cit. p.228: « la force obligatoire du contrat à tenter avant toutes de régler cette difficulté au niveau des parties en s'inspirant des règles d'interprétation qui sont admise par la loi ».

[2] انظر محمد الزين، العقد، المرجع السابق، ص 64.

[3] انظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص 57.

[4] Carbonnier, (J). Les obligations, op.cit. P. 257

انظر Carbonnier في ص 214 عندما يؤكد:

مصدرها من إعتبار الفرد مصدرا وحيدا للحق، مما ينعكس هذا على المجال العقدي، ولاسيما على مستوى مضمون العقد، حيث تعتبر الإرادة أداة يتم اللجوء إليها، كلما ثار نزاع حول عبارات العقد الغامـضة، ولا يمكن البحث عن مضمون آخر في مصادر أخرى خارجية عن الإرادة، بل لا يمكن فك الغموض إلا داخل تلك الإرادة.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالنزعة الذاتية على ضوء **المادة 1156** من ق.م، ستوجب البحـث فـي الإتفاقات عن النية المشتركة للطرفين بدل من التوقف عند المعنى الحرفي للعبارات[1].

إلا أنه يتعذر على القاضي بموجب النزعة الذاتية للتفسير أن يحدد عبارات العقد الغامضة، بل قـد لا يصل إلى الحقيقة وينفصل عن إرادة طرفي العقد[2]، مما يتطلب منه اللجوء إلى إفتراض إرادة المتعاقـدين، وذلك نظرا لغموض العبارات والألفاظ المستعملة[3]، فالقاضي لا يصل إلى معنى يقيني -وبشكل قاطع- على ما إتجهت إليه النية المشتركة [4].

ويبدو أن النزعة الذاتية للتفسير التي ترتكز على الإرادة لا تؤدي إلى النتائج المتوخاة منها، لكونهـا مسألة نفسية تجعل التعرف عليها محاطا بكثير من الشبهات.

وبهذا المعنى يرى الفقيهين **Ripert et Boulanger** [5] "أن الإرادة المحتملة التي يتصور القاضي أنـه إكتشفها ليست إلا إرادة وهمية، ومع ذلك هو وهم ضروري" .

كما أن الفقه في فرنسا قد إتجه إلى" إعتبار تفسير العقد مسألة واقع صـرف تُعـزى إلـى الـسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بشرط التعليل"[6]، وهذا دليل على ضعف النزعة الذاتية للتفسير، لأن البحث عن النية المشتركة لطرفي العقد قد يشكل وهما نتج بمقتضى إجتهاد قاضي الموضوع، الأمـر الـذي يفرضـه كواقع ، ويكون بمنأى من رقابة المحكمة العليا.

إن البحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف قد عرفت حدودا، منها تلك المتعلقة "بإسـتحالة توقـع كـل شيء"، فرغم أن العقد يستند على تحليل مفاده: أنه "تصرف توقع" [7]Un acte de prévision، فإذا أدرك كـل

« L'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté ».

[1] وهي قاعدة القواعد حسب تعبير الفقيه "Demolombe" لأنها لا تخص العقود فقط فهي مبدأ عام فـي تفـسير نـصوص المعاهدات الدولية. .انظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص .

[2] Pujolar(Olivier).Interprétation des contrats: la lettre, la volonté ou l'esprit? R.R.J. 2005-4, p.1875.

[3] انظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 388.

[4] انظر الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 45 وما بعدها.

[5] Simler (Ph), juris-classeur civil, art 1156 à 1164 fasicul 30, 1992, N° 25.

[6] « A l'égard du juge du fond, l'ambigüité du contrat a deux effets. Un effet libérateur en ce qu'elle lui ouvre un pouvoir souverain d'interprétation, mais également un effet antraigant en ce que le juge qui dire impérativement exercer sa liberté d'interprétation sous peine de deni de justice » .Voir Pujolar (Olivier), Art précitée, P. 1873.

[7] Lecuyer(H), le contrat, acte de prévision, Mélange à F. Terré. Art précitée, P. 643 et S.

واحد منا أفكار ونوايا المتعاقد الآخر، فلن يتعاقد أحد إلا مع نفسه. ولنفترض عندئذ بأن أدبيات « **Freud** » قد أتلفت ولم يعد لها مبرر[1].

وبما أن الإلتزامات العقدية تجد مصدرها في مبدإ سلطان الإرادة، فإنه من الطبيعي أن يمر البحـث أساسا على إرادة الأطراف، ولكن الصعوبة لا تثور في محاولة إعتبار التحليل الحرفي للبند التعاقدي كافيـا وحده للكشف عن المعنى الذي يتوخاه طرفي العقد.

فبالرجوع إلى عبارات العقد حسب **المادة 1/111** التي تستوجب الوضوح "فلا يجـوز الإنحـراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين". "فالعبارة الواضحة تفيد قطعا بإرادة المتعاقـدين"[2]. بيد أن تحليل **الإرادة الظاهرة** قد تكون غير كافية من أجل تفسير العقد[3]، خاصة وأن **الحظر** واضـح فـي المادة 1/111 بوجوب إحترام القاضي لإرادة الأطراف وعدم تسويغ العقد أداة قابلة للتغييـر « De ne pas instrumentaliser le contrat » ولو كان ذلك (أي التفسير) لدواعي إعادة إنفاذ مبدإ حسن النية[4].

إن تفسير العقد بطريق البحث الوحيد والحصري عن إرادة الأطراف يعد غير كاف، لأنه سيـصادف في النهاية نفس الحدود الواردة بمناسبة تفسير القوة الملزمة للعقد، والمؤسسة علـى مبـدإ سـلطان الإرادة لوحده، على أنه "لا أحد راح ينكر التنوع والإختلاف في العقد منذ قرنين"[5]. وإذا كان التفسير مسألة صعبة فإن البحث عن الإرادة الحقيقية لا يسمح بتفسير عقد يحترم جانبا من التنوع والاختلاف في الأداة العقدية.

ثانيا: عملية التفسير وظهورها بمناسبة التنفيذ

إن تأويل العقد مرحلة مبدئية وضرورية لتنفيذه، وتأويل العقد يستوجب بالضرورة تحديد مـضمونه، وحتى يتسنى مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يتعين معرفة الإلتزام الوارد فيه، ومـا أتجهـت إليـه الإرادة المشتركة للطرفين بما يقيم الدليل على وجود ترابط بين مسألة تأويل العقد وسلامة تنفيذه. **فما هـو دور الذي يلعبه مبدأ حسن النية بالضبط؟، أهو منهج موجه للتنفيذ أم آلية للتفسير طبقـا لمـا ورد فـي القانون المدني ؟.**

---

[1] Pujolar,(Olivier). Contrat, op.cit,p.1875.

كما أن فرويد لا يتطرق في تحليله النفسي للبحث في نوايا الأفراد بل البحث في الرغبات اللاشعورية التي يجهلهـا الأفـراد أنفسهم.

[2] أنظر فيلالي علي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 383.

[3] لذلك يرى الأستاذ سامي الجربي "وجوب تحرر القاضي من النص العقدي وإعمال قيمة المهنية الاجتماعية وينطلـق مـن أسسه ليوجه الأطراف المتعاقدة إلى الحل السليم" (انظر المرجع السابق ص 367)

[4] Bencheneb (Ali), op.cit. p. 227.

[5] Jamin (Ch), une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, D. 2002, chr. P. 901 et S : « Depuis deux siècles au moins, nul ne nie la part d'hétéronomie du contrat ».

يعتبر الأستاذان **Aubry** et **Rau** بأنه يتوجب تنفيذ الإلتزامات بحسن نيـة، وهـذه النيـة عنـصر جوهري، من شأنه أن يكسب العقد المرونة الضرورية[1].

ويؤكد كل من **Planiol et Ripert**[2] أن تنفيذ الإلتزام بحسن النية هو أساس لقاعدة تفسير العقد علـى إعتبارها تعني إلتزاما بعدم الوقوف عند نص العقد[3]. وفي نفس الإتجاه لا يمكن لأحد أطراف العقد أن ينغلق في حدود النص للتنصل من روح العقد بحكم عدم تصور وجود عقد تحكمه المباني دون المعاني.

ويرى البعض "أن العبرة بالإرادة الباطنة مشروطة بأن تكون مطابقة لما تستوجبه حسن النيـة بـين المتعاقدين، مما يعني أن المشرع تبنى النزعة الذاتية لحسن النية[4].

وفي تعليق البعض على بعض **قرارات القضاء الجزائري** جاء القول بتكريس المعيار الذاتي لحـسن النية [5]، وهذا التوجه القضائي يتطابق مع ما ذهبت إليه الفقه التقليدي من ربط الأمر بحسن النية بإعتبارهـا مرادفا للمقصد المشترك وبإعتبارهما بواسطة التركيب ممتزجان مع إفتراض مطابقة حسن النية مـع هـذا المقصد[6].

وعلى خلاف ذلك إعتبرالأستاذ« Lyon-Caen » بأن "هدف حسن النية تكريسا لمبـدإ سـلطان الإرادة المتضمن في المادة **1/1134 ق م ف** وبالتالي لا يجوز إعتماده لتأويل العقد"[7].

---

[1] Aubry et Rau, cours de droit civil français, éd, Paris 1856, T(3) P. 223. Cité par Romain (Loir), Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, M de D.E.A. sous la dir. Jamin (Ch), Université de Lille (2), 2003, P 62: "Il est aussi dit que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties et au but en vue duquel ont été formées; la bonne foi permet seulement d'interpreter la volonté des parties"

[2] Planiol, Ripert (G). et Esmein(P), op.cit, n° 379. « La bonne foi c'est l'obligation (…) de ne pas s'en tenir à lettre de celui-ci » .

[3] Carbonnier (J). « Cela signifie, notamment, qu'une partie ne peut s'enfermer dans la lettre du contrat pour en éluder l'esprit » .les obligations, op.cit.pp.245 et ss.

[4] أنظر فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 95.

[5] حيث قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/07/23 "أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عـن النية المشتركة للمتعاقدين، وأن الانحراف عن العبارات الواضحة في العقد عند تفسيرها يعد خرقا للقانون وبأنـه لا يجـوز للقاضي تفسير تكييف العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له من طرف المتعاقدين" (انظر ملف رقم 149300 قـرار بتاريخ 1997/07/23: الغرفة المدنية، المجلة القضائية عدد (2) 1997 ص 51) . وفي قرار صدر من المجلـس الأعلـى بتاريخ 1985/07/13 جاء فيه أنه: "متى كان من المقرر قانونا أن العبرة بتكيف العقد هي ما يتبين أنه الحقيقة من الوقـائع المطروحة أمام قضاة الموضوع بما لهم من السلطة في تقدير التعرف على القصد المشترك الذي انصرفت إليه نية المتعاقدين وقت إبرام الاتفاق دون التقيد بالوصف الذي يعرضه الخصوم..." (أنظر قرار المجلس الأعلى المؤرخ فـي 1985/07/13، ملف رقم 36596، المجلة القضائية 1989، العدد (3) ص 90. أنظر لبان فريدة، مذكرة سابقة من ص 16 إلى ص 18.

[6] انظر حسين بن سليمة، المرجع السابق، ص 24.

[7] Lyon-Caen(G). De l'évolution de la notion de la bonne foi, art précitée, p.83. « cette directive de bonne foi n'a pour but que d'affirmer plus complément le principe de l'autonomie de la volonté

ويعزى الخلاف الفقهي بشأن التعامل مع مسألة التفسير ذلك الخلط بين نية الطـرفين « L'intention des parties » وإرادتهما « La volonté des parties »، إذ أن توافق الإرادتين من خلال التعبير بالرضـا[1]، "بما يؤسس عليه العقد بشكل معتبر وتبادل الرضاء هو عنصر جوهري في العقد ، بينما النية عنصر ذاتي، ومحرك للعملية العقدية و لا يستوجب لمعرفته من قبل المتعاقد الآخر"[2].

"فمناط البحث في مستوى التأويل لا يتعلق إلا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين فحسب، بل يكمـن فـي إعطاء العقد بعدا موضوعيا وتأمين وظيفته الإقتصادية والإجتماعية، وذلك بإعتماد مبدأ حسن النية"[3].

وبتركيبة موضوعية بين المادتين 106 و 107 من ق.م، تتبين تلك السهولة التـي يحـصل عليهـا القاضي في تفسير العقد، وذلك عندما يتم تحديد مضمونه على ضوء مرحلتين متتابعتين: البحث عن الإرادة الحقيقية للطرفين وبعدها الاستناد بجهد ذاتي على عناصر خارجية عن العقد يستنير بها لاستكمال ما نقص في الالتزام.

ويمكن **التساؤل** هنا عن ضرورة اللجوء إلى **المادة 107** ق.م، كمعيار للتأويل، وبالتالي بأن المشرع قد تكفل بتحديد طرق ووسائل التفسير المادة **2/111** ؟، يؤكد الأستاذ "**Bencheneb**" "على الصيغة التركيبية بين قواعد التفسير الواردة في المادة **2/111** ومستلزمات التنفيذ"[4]. كما أن البحـث عـن الإرادة الحقيقـة لأطراف العقد يستمد مصدره من مبدإ حسن النية، مثلما تؤكده مرجعية المادة **2/111** و المتمثلة في النزاهة والثقة"[5].

ورغم غياب قاعدة تفسير في نص المادة **2/111**، إلا أن المشرع الجزائري إكتفى بتوجيـه المفـسر (القاضي) نحو البحث عن النية المشتركة على ضوء مؤشرات غائية (مبدأي النزاهة والثقة العقديتين)[6]. لكن ماذا عن طبيعة قواعد التفسير التي إستند إليها المشرع ؟، كان للأستاذ **شمس الدين الوكيل**، إجابـة "فـي

---

consacré par l'article 1134-1 du code civil » «(..)Comme guide dans l'interprétation des conventions, la bonne foi est un concept mort ».

[1] ويرى الأستاذ علي فيلالي أنه "يستحسن استعمال مصطلح التراضي عوض الرضاء، والتراضي هو ظاهرة مركبة، تقتضي وجود إرادتين متطابقتين على الأقل ثم التعبير عنهما وتبادلهما من قبل الأطراف ... بينما لفظ 'الرضاء" فإنه يعنـي رضـاء شخص واحد دون الثاني".النظرية العامة للعقد، ص.82.

[2] Mohamed Hammouda, Melange, Sassi Ben Halima, art précitée, p 1090.

[3] Ibid., p 1090.

[4] Bencheneb(Ali). Contrat, p.228 « ce faisant, l'article 111 montre que les règles d'interprétation sont en symbiose avec les directive d'exécution ».

[5] Ibid.

[6] Mustapha(Saidi), La tendance objective. La responsabilité délictuelle et le contrat, Mémoire de Magister, Université d'Alger, Faculté de droit, Ben Aknoun, 2005, p 110.

إعتبار مفهومي النزاهة والثقة تركيبتين لمفهوم حسن النية، بحيث لا يمكن إعتبارهما قواعد لتفسير قائمة بذاتها"[1].

أما الفقيه [2]« **Picod** » وعلى ضوء نظرته الإستقلالية والتفضيلية لمفهوم النزاهة فيرى أن المضمون المحايد والدقيق لهذه الأخيرة هو ما يجعله أكثر تناسبا مع الطرح الأخلاقي، والذي ينبثق من **المادة 2/111**، وذلك على غرار المفهوم التعاقدي الذي يتصف به مبدأ حسن المكرس في المادة **107**. ولتأكيد ذلك لا يمكن وصف مبدإ حسن النية المادة 107 إلا في خدمة مرحلة تنفيذ العقد وليس بأي حال من الأحوال كمعيار للتفسير (المادة 2/111).

ثم إن هناك **رأي وسط** "يرى فيه نوعا من التواصل أو الربط بين المادتين (أي **107 و2/111**) التي يوضح إمكانية جعلها قاعدة تنفيذ ومعيار تفسير في آن واحد، بحيث يتبين في كل الأحوال المرور بفرضية تنفيذ العقد بحسن النية بالبحث عن النية المشتركة أي الهدف المرجو من الأطراف، وكثيرا ما يلجأ لمبدأ حسن النية إلى ديباجات وإتفاقات التفاوض السابقة للعقد من أجل إعمال هذا المبدأ[3].

وتدعو المادة 107 ق.م. القاضي إلى تفسير العقد ليس بمرجعية إلى مضمون العقد فقط، بل إلى وظيفة القوانين المكملة والعادات والانصاف، لأنها بالفعل تشكل أدوات متنوعة لتفسير العقد على النحو الذي يجعل العقد متمركز على قدم المساواة[4].

وبهذه القراءة أمكن تقدير "مبدإ النزاهة العقدية"، والمؤسس على الثقة بالتبادل، حيث تعتبر هذه الأخيرة طريقة للتفسير الموضوعي، والتي لا يمكن تصورها لو تم البدء بالبحث عن الثقة العقدية مؤسسة على النزاهة وهي تشكل مجرد معيار ذاتي.

ويمكن تأييد هذا الموقف بالإستناد إلى القانون المقارن حيث إعتمد المشرع الألماني مبدأ حسن النية كمعيار لتأويل العقد، حيث تنص **المادة 157 من القانون المدني الألماني**:" يجب تفسير العقود وفق حسن النية و بإعتبار العرف". ولعل الإنطلاقة من فرضية حسن النية كقاعدة تفسيرية قد أثارت معارضة فقهية شديدة ، فلو كان فعلا المقصود بتنفيذ حسن النية تنفيذا بموجب إرادة الأطراف لما أمكننا السقوط في نتيجة إغفال بقية مصادر العقد المنصوص عليها بموجب المادة **2/107** ، والتي جعلتها محصورة في **مصدرين**: **أولهما** إرادي يتضمن ما صرحت به الإرادة المشتركة للمتعاقدين **وثانيهما** موضوعي وهي إلتزامات مستلهمة من القانون والعرف والعدالة (الإنصاف).

---

[1] El Wakil (Chems eddine). Essai sur le technique de l'obligation volontaire en droit civil Egyptien, p. 250.Cité par Saidi Mustapha.idem.

[2] Picod (Y), Art précitée, P. 112.

[3] Mustapha (Saidi), M. précitée, p.111.

[4] Bencheneb (A), introduction général à la régle de droit, op.cit., p 135.

فإذا كانت قاعدة التفسير مكرسة للإرادة بموجب حسن النية في تنفيذ العقد يتم حصرها على ما إنصرفت إليه الإرادة، فهذا يعد تجاهلا لبقية المصادر الموضوعية للإلتزامات العقدية[1].

ثم إن تفسير العقد لا يكون إلا إذا كانت تحتوي عباراته على الغموض[2]، وهذا يؤدي إلى تقليصها من حيث مجال تطبيقها، لأنه يعني عدم تطبيق المبدأ بشأن العقود ذات العبارات الواضحة.

يبدو أن الاختلاف بين **مرحلتي تفسير العقد وتنفيذه قائمة**، بحكم أن التنفيذ بموجب المادة **1/107** يستوجب أن يكون القاضي قد فسر مسبقا إرادة أطراف العقد وإستخلص منها عدة إلتزامات يقوم بضبطها فتغدو واجبة التنفيذ بموجب **المادة 1/107**. لذلك فالتفسير سابق عن طريقة التنفيذ، لأنه يتعلق منذ مرحلة تكوين العقد بمقاصد أطراف العقد[3]، وهو لا يثار إلا عند إنتاج العقد لآثاره ووجود إختلاف في ضبط معنى إلتزام ما، بحيث يعمل القاضي عن طريق التفسير على تحديد مقاصد الأطراف عند إبرامهم العقد وضبط الإلتزامات الثابتة بطريق التفسير ثم يتم إخضاعها لمبدإ حسن النية عند التنفيذ.

ثالثا: التفسير الموضوعي للعقد: تطور وظيفة توجيهية لصالح العدالة العقدية

يقوم التفسير على مبدأ جوهري، و هو "البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين"، حيث يكون بإمكان القاضي أن يأخذ بمعايير أخرى مثل: الغاية العقدية، التوازن، المنفعة التي يحققها الأطراف، طبيعة المعقول، البعد الإنصافي، وكل منفعة إجتماعية وعامة[4].

وتقوم نظرية الفقيه **Geny** في تفسير العقد على ثلاثة أساس: **أولهما** "مبدأ سلطان الإرادة ، وهو أساس عملية التفسير عند غموض النية المشتركة، بل إن الفقيه يعتمد على وجوب إضافة عناصر إلى هذه الإرادة، وهي عناصر قانونية موضوعية، إقتصادية ، نفسية وأخلاقية، مما يضفي على المبدإ الصبغة الإجتماعية، ولاسيما العرف وحسن النية"، **وثانيهما** "وهو نتيجة طبيعية عن الأساس الأول في حالة إذا لم

---

[1] انظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص 117.

[2] Lahlou (K.G), la protection du contractant faible, Art, précitée, p. 37: "Les notions de bonne foi et l'équité sont prochesence qu'elle permettent au juge de dépasser "lettre du contrat" au nom de la loyauté qui doit régner dans les relations économiques et de l'idéal de justice".

[3] Romain(Loir), M. précitée, pp.63 et 64

- « Quelles conclusions tirer de ces différents constats ? , Il semble que la pensée de ces auteurs se situe à contre-courant de l'histoire de la bonne foi. En effet, au cours des siècles, la bonne foi n'a jamais été envisagée comme cantonnée au domaine de l'interprétation du contrat. À Rome déjà, la bonne foi permettait non seulement l'interprétation du contrat, mais jouait également un rôle au regard de la formation de l'acte et de son exécution. Par la suite Domat et Pothier lui ont attribué un portée très générale dépassant largement la sphère de l'interprétation di contrat. Enfin, les rédacteurs du code civil ne semblent nullement l'avoir restreinte du domaine de l'interprétation puisque l'exigence de bonne foi est inscrite dans une division consacrée aux dispositions générales en matière d'effets des obligations et non celle réservée à l'interprétation des contrats. »

[4] Van Ommeslaghe (Pierre), La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique in Mélange offert à (J) Ghestin, op.cit. P. 885.

يسعف القاضي الحظ في الكشف عن الإرادة، فيقوم بموازنة مـصالح الأطـراف علـى ضـوء المحـيط الموضوعي للعقد". **و ثالثهما** "يتعلق بالنظام العام الذي يقيد الإرادة بقواعد آمرة" [1].

كما أن تبني المعايير الموضوعية التي يستعين بها القاضي من شأنها تحقيق عدالة العقد وتفسيره طبقا للأمانة والثقة المتبادلة والعرف الجاري في المعاملات ومقتضيات العدالة، بما يتفق مع المـصلحة العامـة والثقة الإجتماعية.

وثمة منهجان للتفسير المطبق على العقد، **الأول**: ويتمثل في التعريف بالمنهج الـذاتي حيـث يحـتكم القاضي في التفسير إلى إرادة الأطراف[2]. **والآخر** يتزعمه الفقيه **Saleilles** وجوب خضوع القاضي إلـى إعتبارات العرف والقانون والإنصاف لأنه لا يمكنه الإرتباط بمنهج واحد لإحترام إرادة طرفي العقد، بـل يجب تدخل مبادئ الإنصاف والمنفعة الإجتماعية وهذا ما يعرف بالمنهج الموضوعي[3].

وثمة مقاربة أخرى تتعلق باقتصادية العقد ترى[4] بأن تفسير العقد يجـب إخـضاعه لمبـدأ الفعاليـة الاقتصادية (l'efficacité économique) أكثر من البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا يفتـرض على القاضي اعتماد آليات (مثل المعرفة والخبرة) التي تسمح له بالضبط والتحديد، كما أن فكـرة الـسوق ينبغي أن تكون دائما المحدد الأساسي لهذه الفعالية في مجال المشروع التعاقدي.

أ- تفسير العقد لحماية روح العقد المؤسس على الإنصاف والتضامن العقدي

يرى الفقيه **Salleilles**[5] " أن تفسير العقد ينبغي أن يتم بموجـب الهـدف الإجتمـاعي والتـضامن القانوني، وليس على أوهام فردية لكل متعاقد، وأن العقد يستمد قوته الملزمة من تطابقه مع القانون لا مـن توافقه مع إرادة المتعاقدين، فالعقد أداة ينظمها القانون لإنجاز عمليات نافعة إجتماعيا وإقتصاديا".

تنص **الفقرة الثانية من المادة 111 من ق م:** "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ(....) في ذلك بطبيعة التعامـل، وبمـا ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

وعلى ضوء المادة **2/111** يطرح التساؤل التالي: هل يمكن إستنتاج إتجاه المشرع نحو التأكيد علـى النزعة الموضوعية في التفسير أم يكون للقاضي الخيار بين البحث عن نية إرادة المتعاقدين فقط (النزعـة

---

[1] انظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص 348.

[2] Grimaldi (Cyril), Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, Revue des contrats, Avril 2008/2 .textenso.éd, P. 207 : « c'est qu'il y a de bonnes et de mauvaises interprétations en matière contractuelle, la bonne interprétation est celle qui tend à découvrir la commune intention des parties ».

[3] Ouelhazi Rafik, le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat, Th . Précitée, P. 133.

[4] Behcheneb (A), le contrat en droit algérien: entre texte (s) et contexte (s), Art precitée, p 288.

[5] Malaurie(Ph), Anthologie de la pensée juridique, 2eme ed, Ed, cujas, 2001, P. 240 : « l'interprétation du contrat devait s'effectuer d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part (…) ».

الذاتية الخالصة) أم أنه يفضل الجمع بين النزعتين ؟، أي بعبارة أدق هل يجوز للقاضي إستبعاد البند الـذي يظهر له أنه غير منصف على أساس مقتضيات المنفعة الإجتماعية والتوازن؟؟

حسب **الأسـتاذ Bencheneb** "في المادة **2/111** يبدو أن المشرع في منهج البحث عن النية المشتركة لم يترك مجالا لتصور إستقلالية أم تبعية بين العناصر التقنية الذاتية للتفسير عن العناصـر الموضـوعية، وذلك بسبب غياب أي عبارة واضحة تدل على تراتبية معينة بينهما"[1].

وعمليا لا يمكن الأخذ بهذا الرأي على أساس أن القاضي يصعب عليه الإرتكاز على العناصر الذاتية وحدها، مادام يفتش و بدون جدوى عن إرادة وهمية للأطراف.

وفي هذا المعنى يرى **البعض** أنه "لا تكون العبرة بالإرادة الباطنة كما يريدها صاحبها، ولكن بالإرادة الباطنة كما يفهمها الغير، وهذا يتطلب ثقة متبادلة بين المتعاقدين والنية الحسنة لكل منهما"[2] .

بل إن البعض فتح نقاشا بشأن "مدى إعتبارها **مقاصد للمتعاقدين** أو **مقاصد موضوعية** مرتقبة عـادة من ذلك العقد تمكنه من بسط نفوذه لإستنتاج مقاصد من وحي إجتهاد خلاق كيفما يتصور العدالة العقدية بين أطراف العقد ويمليها عليهم تحت غطاء إكتشاف مقاصدهم، سواء أستعمل أساليب النزعة الموضـوعية أو الشخصية في إستخلاصها..."[3].

وفي تصوري أن للمادة **2/111 وظيفتين**: **وظيفة تفسيرية** إنطلاقا من البحث عن الإرادة المـشتركة للمتعاقدين في حالة غموض هذه الإرادة، و**وظيفة تكميلية** إنطلاقا من قاعدة إقتحام العقـد[4] عـن طريـق الأعراف والثقة والأمانة، بحيث يمكن القول أنها تقوم بنفس الدور المنوط للمادة **2/107**.

ويدعم هذا الرأي الأستاذ **Larroumet** "بأن للقاضي القدرة -عند تعذر ضبط الإرادة- علـى وضـع العقد في محيطه الموضوعي العام وتفسيره على ضوء العدالة والغرض الإقتصادي عملا بالمـادتين **1156 و1135** من ق.م"[5]، ونؤيد بحق ما ذهب إليه **البعض**" من وجوب الإعتماد "على المنهجية الديناميكيـة فـي تفسير العقد، خاصة إذا تُصورت الإرادة المشتركة كضرب من ضروب التوهم والتجريد وهـي ديناميكيـة التي تمكن القاضي من إقامة معادلة بين الإلتزامات على أنقاض الإرادة، العدالة والإنصاف"[6]، لأن إسـناد الدور للإرادة يؤدي إلى تفسير عشوائي لا يستند على ركائز واقعية ومنطقية، على أن يتـوخى فـي ذلـك إكتشاف إرادة عقدية موضوعية. وفي هذا المعنى يؤكد أيضا بعض الفقه "بأن المشرع يلزم القاضـي فـي تقديراته المختلفة بالرجوع إلى معطيات موضوعية كالعرف، والعدالة، والثقة ولن يتم تحقيق هـذه العدالـة

---

[1] Bencheneb (Ali), contrat, op.cit. P. 229.

[2] انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 95.

[3] انظر أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 391.

[4] « Forçage du juge » Selon l'expression de josserand.

[5] Larroumet (Ch), Droit civil .les obligations.op.cit, P. 132.

[6] انظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص .363 و364.

العقدية التي يرغب فيها المشرع عن طريق وضع قواعد أو أحكام استثنائية ... وإنما بوضع تصور جديـد للإرادة يكون أكثر خدمة وانسجاما مع هذا الهدف"[1].

ويبدو أن المشرع على ضوء المادة **2/111** نحا إلى حل توفيقي يجعل الميل نحو النزعة الموضوعية دون إهمال لجوانب من النزعة الذاتية ذي أهمية . وهذا من خلال ترجيح الإتجاه الموضوعي الذي بـرز من خلال المادة 2/111 (....) مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل على ضوء ما ينبغي أن يتوافر مـن أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

وتبرير ذلك أن النزعة الموضوعية[2] تبعد من منهج التفسير كل بحث عـن الإرادة الباطنـة وتمنـع القاضي من الخوض في المسائل النفسية، بدافع أنه منهج يؤدي إلى إستنتاجات سلبية، ولأن هذه النزعة من شأنها تكريس الإنصاف في العقد، كما يمكن للقاضي" إرساء أرضية للعدل بواسطة التفسير"[3].

ولكن في إطار المادة **2/111** سيكون بإمكان القاضي إستغلال ما تقدمه له هذه المادة من حل مناسـب (أي النظرية الذاتية أو الموضوعية)، للوصول إلى "المخارج" التي يراهـا أقـرب للإنـصاف والمـساواة الحسابية بين أطراف العقد[4].

إن العدالة العقدية في صورتها الجديدة أو مضمونها الجديد لم تعد تحتكم للمبدأ الحـسابي، بقـدر مـا أصبحت الإرادة المشتركة للمتعاقدين محل اعتبار، لا لشيء إلا لأن تسرب التفسير الاقتصادي والاجتماعي (للعقود)، أو بالأحرى العلاقات العقدية التي أوقعها في أزمة[5]، لكنه هون صرامة مبدأ سلطان الإرادة علـى النحو المطلوب لمتغيرات العقد ومستلزماته. لذلك أقر المشرع الجزائري وسائل ومعالم خارجيـة لتفـسير العقد، وهي الثقة والأمانة والعرف بموجب المادة **2/111**. إن هذه المادة تعكس غموضـا حـول الإرادة المعتبرة قانونا، ثم إن طرق التفسير تكشف عن تذبذب في هدف التفسير، مادام البحث الجاري يتراوح بين الإرادة الحقيقية للأطراف أو ضمان عدالة العقد، ولعل هذا الغموض يبرز تذبذبا لدى المشرع بين النزعتين الذاتية والموضوعية في تفسير العقد، والذي لن يخرج عن كونه إنعكاسا للصراع الدائم بين الحرية العقديـة وإستقرار المعاملات ، فقد عمل المشرع الجزائري في مجال التفسير على التوفيق بين هذين العنـصرين،

---

[1] انظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص. 95.

[2] و تضع المادة 157 من القانون المدني الألماني من أجل اكتشاف الإرادة الحقيقية آليتين للتفسير وهما حسن النية والأعراف المعتمدة في المعاملات.

[3] أنظر، سامي الجربي، المرجع السابق، ص 384، حيث يرى هذا المؤلف: "أن التفسير هوتفسير لمحتوى قاعـدي ولـيس تفسيرا لظاهرة نفسية".

[4] أنظر في هذه المسألة: احمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 84.

[5] و حيث أن القاعدة الجوهرية في توضيح العقد وتفسيره هي احترام إرادة الطرفين المتعاقدين طبقا لمبدأ سلطان الإرادة فإذا كانت تلك الإرادة واضحة من التعبير الذي اختاره مظهرا لها فيجب تطبيقها كما يطبق القانون لأن العقد شريعة المتعاقدين.

من خلال تبنيه لنظرية الثقة في تفسير العقد **م 2/111**[1]، حيث أن هذه النظرية تأخذ بالعناصر الموضـوعية والذاتيـة، فهـي لا تتعلـق بـالإرادة المعبـر عنهـا، وإنمـا بـالإرادة الممكـن التعـرف عليهـا (Volonté reconnaissable).[2] والثقة في التفسير توفر الأمن القانوني للعقد بـإفتراض إرادة قانونيـة تحل محل إرادة المتعاقدين، بحكم أن التفسير لا يقتصر على كشف الإرادة التعاقدية فقط بل يفسر العقد بحثا عن أمن قانوني له وإستقرار للمعاملات[3].

وبالرجوع أيضا إلى المادة **2/111**، منح المشرع الجزائري للقاضي آلية للتفسير وهي العرف، ممـا دل ذلك على تحول وظيفة العقد من علاقة فردية ضيقة إلى وظيفة إجتماعية من خلال تقديم العرف كقيمـة إجتماعية لتأويل العقد مما أضفى عليه صفة موضوعية، وهي قيمة فنية ظهرت بإحالة القانون إليه بمناسبة تطبيق العقد.

ب- الآليات العصرية لتفسير العقد: المنفعة والمعقول

يقوم تفسير العقد حسب بعض الفقه[4] على **ثلاثة أسس** وهي: العقلانية، العدل والمنفعة. وقد كان للفقيه **Ghestin** لجأ إلى التمييز في تفسير العقد بين **مرحلتين**: **أولهما التفسير الإرادي**، حيث يلتـزم القاضـي بالبحث عن النية المشتركة لأطراف العقد بموجب **المادة 1156 م.ف**، ولكن البحث عن هـذه الإرادة هـو بمثابة إرادة مفترضة ووهمية، مما يبرر إمكانية الإستغناء عنها. أما اللجوء إلى المنفعة والعدالة كأثر مـن آثار العقد فهي **المرحلة الثانية** والتي تعرف بالتفسير الموضوعي[5].

ولعل البحث عن النية المشتركة لأطراف العقد لا يمكن الاستناد عليها لإعتبارات ذاتية، ما دامت محل توجيه من الغاية الإجتماعية اللازمة لعملية التنفيذ، وهو ما يظهر واضحا من خلال تبني توابع ذات صبغة طبيعية في العقد. فعندما يتعلق الأمر بالثقة والنزاهة في المعاملات والعادات في إطار العلاقـات المهنيـة والتي يتم تكريسها على شكل مستلزمات لتنفيذ العقد وبنفس المنهج قواعد توجيهية "Directive" أيـضا، فإن القاضي يستند إليها في عملية التفسير (مثلما ورد نصه في المادة 2/111 ق.م)، وإلا ما الـذي يفـسر الإرتباط التلازمي بالطبيعة الغائية للعقد (أي المنفعة) لولا أن إنبثاقها جاء من صيغة البحث عـن العدالـة العقدية.

---

[1] وهي نظرية نشأت في ألمانيا ومنها امتدت إلى سويسرا.أنظر ما تم تفصيله سابقا في شأن هذه النظرية في الفصل الأول من الباب الأول من بحثنا .

[2] أنظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 96.

[3] ونظرية الثقة ناتجة منطقيا على ثلاث أفكار أساسية وهي من المعاملات، مبدأ السببية ومبدأ حسن النية.

[4] Van ommeslaghe (Pierre,) « la rigueur contractuelle et ses tempéraments selon… », op.cit. p.886.

[5] Ibid.

ويقصد **بالمنفعة في التفسير** أن يكون للتفسير دورفي حماية الجزء الصحيح من العقد حيث تتأسـس فيها المنفعة، أي ينتج آثارا عن طريق تجنب عيوبه حتى يؤدي وظيفته في تبادل الثروات وتطـوير حيـاة الأعمال « La vie des affaires ».

وقد تم تكريس المنفعة العقدية في التفسير في القانون المدني الجزائري **بتطبيقـين**: **أولهمـا** يتعلـق بنظرية تحول العقد، **وثانيهما** نظرية إنقاص العقد.

أما بشأن **تحول العقد** فنص عليها في **المادة 105 من ق.م**: "إذا كان العقد باطلا أو قـابلا للإبطـال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نيـة المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد". حيث يستخلص من هذه المادة أن التحول إستبدال لعقد باطل بآخر صحيح تؤخذ عناصره من هذه الأخير[1].

وتحول العقد يبحث عن الغاية الإقتصادية التي توجهت نية الأطراف لإنتاجها ، وبذلك فهو يعـوض الإرادة العقدية بإرادة مفترضة، والأخذ بالإرادة المحتملة للأطراف في تحول العقد الباطل هـو ضـرورة لازمة لتكوين العقد الجديد، ولعل ما يبرر إعتماد هذه الإرادة هو حماية الغاية المقـصودة أو مـا يـسمى بالإرادة الغائية للأطراف ومساعدة الأطراف لتحقيق وبلوغ الهدف الإقتصادي للعقد[2] الذي قصداه منذ البداية أوما يعبر عنه "برد الإعتبار للإرادة التعاقدية".

ومبرر تدخل المشرع الجزائري من أجل تحول العقد الباطل إلى آخر صحيح يقوم علـى المحافظـة على مصلحة المجتمع في تحقيق نوع من الإستقرار والتوازن العقدي داخليا، وبالتالي أمن قانوني للعلاقات العقدية، وذلك بالتقليل من حالات البطلان إلى جانب المحافظة على تلك المصلحة، لا سيما الحفـاظ علـى مصلحة الطرف الضعيف في العقد، وفي تحول العقد ثمة **إرادتين**: **إرادة حقيقية** إنصرفت إلى العقد الباطل **وإرادة محتملة أو الغاية** التي يقصدها الطرفان أو الهدف الإقتصادي[3]. ويمكن القول بأن المـادة **105ق.م** تكشف عن تفسير يتوخى المنفعة من العقد وتكريس وظيفته الإقتصادية.

أما **التطبيق الثاني** في المنفعة العقدية فيتعلق نظرية **إنقاص العقد** حيث نصت **المادة 104 ق.م** على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطـل، إلا إذا تبـين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

---

[1] حيث يرى الأستاذ فيلالي أن نظرية تحول العقد يجب أن تتوافر فيها ثلاث شروط: أن يكون العقد بـاطلا، وأن يتـضمن أركان عقد آخر صحيح، وأن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح.

[2] أنظر سامي الجربى، المرجع السابق، ص 520.

[3] تقوم نظرية تحول العقد على قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله هذه قاعدة أصولية مستمدة من الفقه الإسلامي وتعني أنـه إذا احتملت العبارة في العقد أكثر من معنى فإنه يتعين أن تحملها على المعنى الذي ينتج أثرا قانونيا وتجردها من المعنى الذي ينفي عنها كل أثر أو الذي يرتب أثرا يخالف النظام العام". انظر عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضـوء القـانون المـدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2003-2004، ص 49.

"وإنقاص العقد هو إنقاص شقه الباطل، وإبقاء للعقد صحيحا بشقه الآخر، وتسمى هذه العملية كـذلك بالبطلان الجزئي"[1]. والهدف المسطر من إنتقاص العقد الوارد في **المادة 104 ق.م** يكمن في إنقـاذ العقـد وتكريس المنفعة منه بإنقاص الجزء الباطل منه. ومن **تطبيقات** نظرية إنقاص العقد : الشرط الذي يقـضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في التصريح بالحادث المؤمن عليه[2]، أو الشرط الذي يقـضي بإعفـاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد أو الإنقاص منه[3]، أو كذلك الشرط الذي يسقط أو ينقص من الضمان عندما يتعمد البائع إخفاء عيب في المبيع غشا منه[4].

فالإنقاص شأنه شأن تحول العقد غايته حماية العقد وضمان الأمن التعاقدي و خاصة تكريس المنفعـة في العقد التي تعد أحد أوجه العدالة العقدية.

وما يمكن إستخلاصه أن الإنقاص في العقد(وهو إنقاص جزء منه) هو إقرار بالدور الحمائي للتفسير، و ذلك في تبين "قاعدة المنفعة عند تفسير العقد" وهو ما يعبر عنه بالتفسير لصالح العقد[5]، إذ يمثل العقد قوة إنسانية ومنفعة إجتماعية يستوجب المحافظة عليه، حتى ولو كان في شكل تأسـيس التفـسير علـى إرادة مفترضة ، وهو ما يعبر عنه الفقه **بالرضى القاعدي**Le consentement normatif .

بيد أنه **هل يمكن إعتبار آلية المعقول أداة قضائية لتفسير العقد؟**

كإصطلاح قانوني يتم عادة إستخدام "**المعقول**" في عدة معاني. تتعلق خاصة بإعتباره "مصدرا ماديا للقانون وباستعماله كآلية لتفسير بعض المفاهيم القانونية أو لتفسير بعض الوقائع"[6].

وفي هذا يرى الفقيه **Carbonnier** [7] "أنه يتعين الإعتراف -بشجاعة– بالحدود الواردة في تفسير العقد مثلما هي في تفسير القانون(...)، وبسبب نوع من التناقض والغموض لا يمكن الوصول إلـى النيـة المشتركة، يمكن للقاضي ممارسة سلطته في التجديد[8]، وهو يحل محل المتعاقدين في محاولة إعادة الإتفـاق إلى غايته كما يفعله رجل عاقل وعادل"[9]. ومن ثمة على القاضي أن يكتشف المعقول مـن التـشريع لأن الهدف الذي يسعى إليه المشرع هو تحقيق المنفعة للمخاطبين بأحكامه وتكريس المساواة بينهم.

---

[1] انظر فيلالي علي، المرجع السابق، ص 354.

[2] راجع المادة 622 ق. م.

[3] راجع المادة 556 ق. م.

[4] راجع المادة 384 ق. م.

[5] ويعبر عنه باللاتينية "For negotii".

[6] انظر د/ أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 112.

[7] Carbonnier (J), les obligations, op.cit. P. 244.

[8] Ibid, P. 244 : « c'est un pouvoir de réfection qu'exerce alors le juge ».

[9] Ibid, P. 244 : « il essaie de refaire le refaire tel que l'aurait fait un homme raisonnable et équitable, meilleur peut-être que ne l'étaient les contractants ». Voir aussi, Ouelhazi (Rafik), le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat, Th. Précitée, P. 135.

ولهذا يرى بعض الفقه[1] أن المعقول آلية يستعملها القاضي بترخيص من المشرع ليقدر من خلالها بعض الوقائع التي يستحيل على النص التشريعي أن يحددها بشكل دقيق، نظرا لتنوع السلوك الإنساني وبالتالي فلا نقع في فراغ تشريعي ويكون للقاضي سلطة لسد هذا الفراغ عن طريق "فكرة المعقول".

وقد تم تكريس "فكرة المعقول" في القانون المدني، إذ تنص **المادة 553 ق م**[2]:" إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف لشروط العقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول..."، و طبقا لهذا النص يمكن للقاضي أن يحدد الأجل المعقول وأن يخضعه لسلطته التقديرية[3].

وعلى ضوء **المادة 133** من **القانون المدني الألماني** بالمقابل تقرير لمنهج تفسير العقدعلى أساس رفض الإعتماد على المعنى الحرفي للتعبير وعلى الإرادة الباطنة للأطراف، حيث تتجه إلى البحث عن الإرادة المشتركة التي قُصد بها الإتفاق فقط، والتي تتوفر لدى كل شخص أمين ومتعقل يوجد في وضعية مماثلة للمتعاقدين.

ولعل عدم جواز أن يشكل العقد وسيلة لإستبعاده بحيث يجب تفسيره بشكل معقول ومنصف[4] هو ما يبرر ضرورة النص على قواعد جديدة يكون قوامها فكرة المعقول في القانون المدني بإعتبارها وسيلة حيوية للرقابة على توازن العقود .

ج - تراجع دور القاضي في مراقبة أو تفسير الشروط التعسفية في ظل قانون 04-02:

يبدو أن إسناد القاضي صلاحية تقدير الطابع التعسفي قبل إبطاله بموجب المادتين **110 و112** من القانون المدني غير كافية، لأن المشرع توخى في العديد من التطبيقات تكريس العدالة الحسابية عن طريق قانون حماية المستهلك للدفاع عن الطرف الضعيف من هيمنة الطرف القوي بإبطاله الشروط التعسفية[5].

وفي هذا المعنى وصف الأستاذ **Larroumet** " إطلاق سلطة القاضي في مراقبة الشرط التعسفي مؤديا إلى المساس بالقوة الملزمة للعقد "[6]. حيث عادة ما يتولى المشرع بنفسه إبطال الشروط التعسفية في عقد التأمين وذلك على ضوء المادة **622 ق م** والتي نصت على بطلان من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين.

---

[1] انظر أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة، ص 114 و115.

[2] أنظر المادة 553 معدلة بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[3] أنظر المادة 553 معدلة بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[4] Art 1139 : « le contrat s'interprète en raison et en équité » .cité dans l' Avant-projet de Pierre Catala de réforme du droit des obligations français..

[5] للشرط التعسفي معياران أحدهما اقتصادي وهو التعسف في النفوذ الاقتصادي والآخر قانوني وهو الميزة الفاحشة ويعتد القانون الجزائري بمعيار الميزة الفاحشة أي الاختلال الظاهر وذلك على ضوء المادة 03 من قانون 04-02. انظر في هذه المسألة حليس لخضر، مذكرة سابقة، ص 37.

[6] Larroumet (Ch), droit civil, les obligations, op.cit, PP. 402 et 403.

وجاءت المادة **29 من قانون 04-02** لتقرر حكما عاما يخص البنود التعسفية على نحـو أدى إلـى تراجع مراقبة القاضي لهذه الأخيرة. ويظهر تراجع دور القاضي في إصرار المشرع على تعريف الـشرط التعسفي، إذ وخلافا لما دأب عليه في تفويض تقدير الشرط التعسفي للقاضي، تولى الأمر هذه المرة بنفـسه وهو ما يبين منها لأول وهلة تقليص سلطة القاضي.

وفي هذا السياق **نصت المادة 03 من قانون 04-02** وهي تعرف الشرط التعسفي "بأنه كل بنـد أو شرط بمفرده أو مشتركا مع واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بـالتوازن بـين الحقوق وواجبات أطراف العقد[1]، كما عددت **المادة 29 منه** شروطا إعتبرتها تعسفية، خاصة أنه هذه المرة لم يكتف المشرع الجزائري بتكريس هذه الشروط في مجال عقود الإذعان بل إمتد إلى كافة العقود، ويتضح ذلك من خلال **المادة 30 من قانون (04-02)** التي نصت على"... وكذا منع العمل في مختلـف العقـود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

ويتضح من خلال هذه النصوص أن هناك تضييقا لسلطة القاضي في تحديد الشروط التعـسفية مـن الناحية الكمية، مما يلاحظ أن ذكر هذه الشروط في إطار قائمة يجعل القاضي يتردد في الإنفـراد بتحديـد شرط تعسفي على خلافها[2].

ولكن لا يمكن الإنسياق وراء المبالغة في إعتبار تدخل المشرع بتحديد هذه الـشروط ملغيـا لـدور القاضي، فالتكامل ضروري بين القوانين العامة والخاصة من حيث الحماية، كما يظهر القاضـي محـورا أساسيا في ذلك.

كما يمكن الإعتماد على مبدأي الإنصاف وحسن النية في معرفة الشروط التعسفية[3]، وفي هذا المعنى يرى **Ghestin** "أن بعض القوانين المقارنة ترجع معرفة الشروط التعسفية إلى مفاهيم غير دقيقة مثل حسن النية والإنصاف، أو المعقول، وأن المشرع يترك للقضاء سلطة لتعريف الشرط التعسفي واضعا له معـايير غير دقيقة للتدخل"[4]. ويتدعم موقف **Ghestin** بالتحفظ اللاشعوري ضد دور القضاء ورقابته على التعـسف

---

[1] قانون 2004/06/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. لسنة 2004، العـدد 41. والملاحـظ أن المشرع الجزائري على ضوء المادتين 11 و70 لم يعرف الشروط التعسفية.

[2] يرى الأستاذ محمدي سليمان أن " هذه الشروط جاءت على سبيل المثال ولهذا فتبقى مسائل متعددة تعتبر تعسفية إذا أدرجت في العقد، لم تشر إليها المادة 29 المذكورة مثل تحديد المدين المحترف لتعويض منخفض كشرط جزائي في حالة تأخره عـن تنفيذ التزامه علما أن المشرع الجزائري يسمح للقاضي وفقا للقواعد العامة تخفيض الشرط الجزائي ولا يسمح له رفعـه..." , انظر محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائريـة، عدد 2010/02، ص 69.

[3] يتقارب من جهة مع القانون الانجليزي من حيث بقاء سلطة القاضي في وصف الشرط التعسفي، ومع القانون الأمريكي في القانون التجاري .... من المادة 3020 الذي يعطي صلاحيات كاملة للقاضي في ذلك.

[4] Ghestin (J) et Marchessaux, Les techniques d'élimination des clauses abusives, in, les clauses abusives en France et en Europe. LGDJ.1991,p.1 et ss.

في الإلتزامات العقدية. وعبر عن ذلك التحفظ فريق آخر[1] بإعتبار أن التعسف شعور ذاتي محض لا يقيم أساسا قانونيا، ويتسبب في عدم الإستقرار في المعاملات، ولكن سرعان ما يستدرك**Ghestin** ليؤكد" أن المفاهيم المرنة ضرورية لتمكين القاضي من فرض رقابته على الشروط التعسفية ولا مجال للمبالغة في تسبب ذلك في عدم الاستقرار"[2].

وأستحدث المشرع لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10[3] فحسب المادة 7 منه: "تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي..."[4]. وتختص هذه اللجنة بوضع توصيات بشأن بنود تعتبرها تعسفية، من شأنها تسهيل ومساعدة القاضي على سبيل الاستئناس وليس الإلزام[5].

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة حلول إنصاف القاضي محل عدم التنفيذ بحسن النية

بالرغم من الجدل العقدي الذي ثار حول التمسك بحياة العقد رغم الظروف وبين الترخيص للقاضي بمراجعة الالتزامات على أساس التضامن وتحقيقا للعدالة[6]، لا سيما وأن "البعد الاجتماعي للعقد كفيل بأن ينشئ فكرة التعاون بين المتعاقدين"[7]، فإن القانون المدني قد شملهما بالتأصيل القاعدي لما للاعتراف بالدور القضائي في تجسيد العدالة من أثر مهم.

ولعل تكريس الظروف الطارئة يبقى الاستثناء المشروط لصالح مرونة الحياة والظروف العقدية ومنه الحفاظ على بقاء العقد وكفالة أمن عقدي مستديم بدل التمسك بجمود "قاعدة بقاء الأشياء على حالها"[8].

إن المساواة بين الأداءات التي تعد من شروط العدالة التبادلية في العقد، يمكن أن ينظر إليها وأن يقع تقييمها في **فترتين مختلفتين** من حياة العقد وذلك، إما عند تكوينه أو عند تنفيذه، فمن الممكن أن توجد

---

[1] انظر سامي الجربي، المرجع السابق، ص 561.

[2] Ibid.p.452.

[3] ج. ر. عدد 56 المؤرخ في 2006/09/11.

[4] حيث حددت المادة 5 منه البنود التي تعتبر تعسفية، ونصت المادة 06 منه استحداث لجنة البنود التعسفية، وتنشأ هذه اللجنة لدى الوزير المكلف بالتجارة وتحت رئاسته.

[5] انظر محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المقال السابق، ص 70.

[6] Hammouda Mohamed, Art précitée, p 1098.

[7] Ibid, p 1103.

حيث يرى هذا المؤلف أن" "نظرية الظروف الطارئة تعد أبلغ مثال للتضامن العقدي وأوضح مظهر للالتزام بالتعاون من أجل تذليل الصعوبة التي تحول دون تنفيذ العقد.

Voir aussi dans ce sens: Ancel (P), la force obligatoire jusqu'ou faut-il la défendre? Art précitée, p 179: "L'insécurité relative que le développement actuel du solidarisme contractuel fait peser sur le contrat ne serait alors qu'un prix à payer, de manière transitoire, pour un "monde contractuel meilleur".

[8] Hammouda Mohamed, Art précitée, p 1102.

المساواة عند إبرام العقد، ولكنها تختفي في مرحلة تنفيذه، عندما تحدث تغيرات إقتصادية، وهذا مـا يمكـن أن تواجهه نظرية الظروف الطارئة، فإن فقدان العقد لعدالته[1]، وجدواه الإقتصادية يفقده إلزاميته ، ويجوز للقاضي عند ذلك تعديله، ولا تمنع أحكام المادة **106 ق.م**، دون ممارسة القاضي لسلطته التعديلية في العقد ومراجعتها حتى تكون متطابقة مع مقتضيات العدالة العقدية. وبالتالي فإن نظرية الظروف الطارئة هي في الحقيقة قاعدة إنصاف بديهية تقضي بأنه" بحضور ظروف إستثنائية يجب أن تغير القواعد المطبقة".

يثور التساؤل عن العلاقة بين الظروف الطارئة مثلما نصت عليه المادة 3/107 وحسن النية في نفس المادة في فقرتها الأولى مع العلم أن حسن النية لا يزال ذلك المبدأ الجوهري وأساس التعديل العادل للعقود (أولا)، بيد أنه يقرر معه إمكانية المراجعة القضائية كجزاء على العقد غيـر متـوازن بـسبب التغيـرات الاقتصادية (ثانيا).

أولا: تكريس الأساس القاعدي للظروف الطارئة تأصيلا في القانون المدني

يمكن إعتبار حسن النية مانعة لأي متعاقد كي يستفيد من الظروف المناسبة أو الملائمة للطرف الآخر، والتي تمنح له فائدة غير أخلاقية « Un avantage immoral » ،مما يجعل الطابع الأخلاقـي[2] لهـذه الفائـدة ضروريا لفرض حسن النية.

حتى أن الفقيه "**Carbonnier**" وجد في تطبيق نظرية الظروف الطارئة تعبير عن أساس تنفيذ العقـد بحسن النية[3]، والإصرار على تنفيذ الإلتزام يصيره مرهقا أي مخالفا لواجب حسن النية[4].

وإذا يترتب عليه تصور الظروف الطارئة كزوال العناصر الموضوعية التي تمثل في نظر الأطراف أساس العلاقة بينهم بحيث ما كانوا ليتعاقدوا لولا توفرها، وأن أساس التعاقد[5] في العقد الملزم للجانبين يكمن في توازن إلتزامات الأطراف[1]، ويعد جبر البائع على تنفيذه حالة منافية لمبدإ حسن النية.

---

[1] يرى الأستاذ سامي الجربى: "أن العقد يحتوي داخليا على قيمة العدل أو على تبادل معقول للمصالح" (انظر كتابه: تفـسير العقد، المرجع السابق، ص 598 و599).

[2] "يبدو أن تمكين القاضي بمراجعة أو نقض العقود التي تختل توازنها بسبب تغيير الظروف الاقتصادية أمرا مطابقا للعدالـة وللأخلاق ولا غرابة في أن يكرس القانون ... في القرون الوسطى هذا الحل". انظر محمد الـزين، المرجـع الـسابق، ص 268.

[3] انظر بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنـة، الماجـستير فـي العقـود والمسؤولية، أفريل 1983، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ص 86.

[4] Carbonnier(J). les obligations, op.cit. p 61.

ويقدم القانون اليوناني مثالا تطبيقيا لاعتماد حسن النية في معالجة الظروف الطارئة في المادة 388 م. م. يونانية ينص أنـه: "إذا تغيرت الظروف التي استند إليها الأطراف بالنظر إلى حسن النية والأعراف التجارية عند إبرام عقـد تبـادلي، بـسبب حوادث غير عادية وغير متوقعة، أصبح التزام المدين بالمقارنة إلى المقابل مرهقا بدون تناسب، أمكن للمحكمة بطلـب مـن المدين إرجاعه حسب تقديرها إلى القدر المناسب أو فسخ العقد بأكمله، أو في الجزء الذي لم يتم تنفيذه".

[5] انظر محمد الزين، المرجع السابق، ص 273.

ويمكن إعتبار مفهوم حسن النية من "النظائر المنافسة"[2] لنظرية الظروف الطارئة، بمعنى إستدعاء حسن النية لإعادة إرساء سلطان الإرادة، وذلك بتصحيح النتائج المترتبة عن التوقعات، كأحسن مظهر يمكن إقحامه في العقد يستمد منه فوريته، بل يدرج ضمن مراحله[3].

وقد يصح أيضا في القانون المدني الجزائري تبرير التعديل القضائي في حالة تغير الظروف الإقتصادية على أساس مبدإ حسن النية في تنفيذ العقد الوارد في **المادة 1/107**، في حالة تغير بناء على الترتيب النصي للمشرع في المادة **3/107**، حيث أدرجت نظرية الظروف الطارئة بعد النص على مبدإ حسن النية **1/107**[4]. ذلك بأن الفقه المقارن لم يكتف بالمفهوم السلبي لحسن النية في كون عدم الإضرار بالغير، بل أنتقل إلى فعل ما من شأنه تحقيق فائدة للمتعاقد الآخر، كما يستوجب مبدأ حسن النية عدم الإثراء بسبب ظروف غير متوقعة، تغير توقعات الأطراف عند إبرامه[5].

بات تأسيس الظروف الطارئة على مبدأ حسن النية من مقتضيات تطور الجانب الاقتصادي في قانون العقود [6].

---

[1] "فالثمن في هذه النظرية هو أساس العقد بالنسبة للبائع. فإذا تضاعفت تكلفة السلعة التي تعهد ببيعها عشرات المرات منذ تاريخ إبرامها، فإن هذا العقد يصبح بلا معنى معقول بالنسبة له، فاقدا تماما لأساسه.

[2] « Les substituts possibles à la théorie de l'imprévision »

[3] Lecuyer(Hervé) le contrat, acte de prévision, Mélange à F. Terré, Article précitée p. 643. « la bonne foi pourrait être appelée à rétablir la puissance du vouloir, en corrigeant les conséquences des prévisions déjouées… » .

[4] وهذا على خلاف المشرع المصري حيث نص في المادة 1/147 على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ... ثم أردف في الفقرة الثانية من ذات المادة لينص على نظرية الظروف الطارئة. راجع في هذه المسألة. أنظر عبد العزيز المرسى حمود، تعديل الالتزام العقدي المرهق .... لأثر الظروف الطارئة في القانون المدني المصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - تصدرها كلية الحقوق – جامعة المنوفية، العدد (8) السنة (4) – أكتوبر 1995، ص 5.

- ويرى الأستاذ "Bencheneb":

« Alors que cet alinéa (107/3) apporte une exception au principe de la force obligatoire, il a sa place non dans la disposition dédiée au principe de la force obligatoire mais dans celle qui a trait à la bonne foi »

[5] Planiol, Ripert et Esmein, « Traité pratique de droit civil français…», T (6), les obligations, première partie, 1930 n° 396: « Si la bonne foi oblige à ne pas tromper son cocontractant, elle oblige aussi à ne pas s'enrichir de ses dépouilles si des circonstances imprévues font du contrat tout autre chose que ce qu'avaient envisagé les parties ».

[6] Fontaine (Marcel), Fertilisations croisées du droit des contrats, Mélange offert à (J) Ghestin, p. 350.

Voir aussi Ghestin en ce sens: "…sans perdre de vue de l'importance d'un échange économique dans la théorie général du contrat, il semble donc préférable de ne pas en faire l'un des critères du contrat et de s'en tenir à son mode de formation: l'accord des volontés". Ghestin (J), la notion de contrat, Art precitée, p 147.

و ينتقد بعض الفقه موقف المشرع الجزائري في وضعه لنظرية الظروف الطارئة تحت لواء المـادة **107 و ليس المادة 106،** "فنظرية الظروف الطارئة تعتبر إستثناء يرد على هذا المبـدأ، ولـذا أوردتهـا القوانين العربية كإستثناء في فقرة ثانية للمادة التي تنص فيها على أن العقد شريعة المتعاقدين' "[1].

ويؤكد الفقيه « **Ghestin** »على أن "مبدأ حسن النية يمنح مرونة لنظام العقد، بل إنه ويمثـل صـمام الأمان، لكونه يمنع بعض التصرفات، وإذا هوأخلقة العقد عموما، بل يمثل تطورا للقـانون الـذي يكـرس تراجعا عن دور الإرادة، ويبحث عن التوفيق في العناصر الذاتية والموضوعية للعقد على أسـاس تركيـب المنفعة والعدل على مركب واحد، وهذا التوفيق « conciliation » يندرج ضمن رقابـة القاضـي المطلـع للتطور..."[2].

فمرونة العقد وتعديل الإلتزام المرهق بواسطة حسن النية يمكن أن تكون أساسا لنظريـة الظـروف الطارئة بموجب المادة (**3/107**)، والعميد« **Carbonnier** » يرى" أن تعديل العقد غالبا ما يكون الـضامن الوحيد لتنفيذه" [3] .

ويبدو أنه يمكن الإستناد على مبدأ حسن النية **المادة 1/107** ق.م كأساس لنظرية الظروف الطارئـة بحكم كونه إستمرارا لتنفيذ العقد بحسن نية، إلا أن تدخل هذه الظروف يحول دون ذلك، لهذا يكـون مـن الضروري إستدعاء مبدأ الإنصاف « Le principe d'équité » لإنقاذ ذلك التنفيذ غير المنصف الذي وقـع بسبب هذه الظروف.

وهذا ما دعا جانب من الفقه إلى القول "بإستغراق عبارة حسن النية لقيمة الإنصاف، وهذه الحالة تعد طريقة هامة لتدخل القاضي ضمنيا طالما أنها واردة في ثوب حسن النية التي يستخدمها القاضي صـراحة كآلية لحتمية ضمان حسن التنفيذ وفي نفس الوقت يستخدم الإنصاف دلالة على ذلك"[4].

مبدأ حسن النية الدائن يبرر بأن تنفيذ العقد لا يستمر بنفس الشروط التي حددت وقت إبـرام العقـد، لذلك يكون الإنصاف هو المبرر لتدخل القاضي[5]، وتُترك مهمة توجيه الظرف الطارئ لمبادئ الإنصاف[6].

---

[1] انظر د/ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 89 و90.

[2] Ghestin(J), la formation du contrat, op.cit. P. 257.

[3] Carbonnier(J), les obligations, op.cit. P. 69.

[4] د/ أحمد بلحاج جراد، الرسالة السابقة ص 305 وما بعدها.

[5] Bencheneb(Ali), contrat, op.cit.p 247.

[6] « Laisser l'imprévu à l'équité » Voir Cavalie (Bruno), Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision ?. Revue. Lamy Droit civil – Juillet/Aout 2009 n° 62, P. 70.

- انظر في القانون المقارن:

Le code civil Néerlandais de 1992, dans l'article 258 – 1 de son livre 6, dispose que « le juge peut, à la demande de l'une des parties, modifier les effets du contrat ou le résilier en tout ou en partie en raison de circonstances imprévues d'une nature telle que, d'après les critères de la raison et de l'équité, l'autre partie ne peut s'attendre au maintien intégral du contrat » et que la « modification ou la résiliation peut être accordée avec effet rétroactif »

ولعل أن القراءة المتطورة لمبدأ القوة الملزمة للعقد تبرز تكريسا متقدما لفكرة التـضامن العقـدي[1]، وموضوعية في أداتية العقد على حساب تلك الانفردادية التي انبثقت عن المادة 106 من ق.م. بناء أن المادة 1/107 من ق.م. تتيح للقاضي المراجعة وتكريس الظروف الطارئة استنادا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولا يكون فقط على أساس المادة 3/107 من ق.م.

ويعتبر القاضي قد حل محل الأطراف المتضررة من الظروف الطارئة، لأنه سيحاول إنقاذ الوضعية المستجدة بواسطة الحيلولة دون عرقلة تنفيذ العقد بحسن النية إلى تثبيث دوره بواسطة حل منصف، وهـي الكيفيات التي أثيرت في **المادة 3/107** ق.م، حيث تعد إستمرار منطقيا وأساسـيا غيـر مباشـر **للمـادة 1/107ق.م** المترتبة عنها.

وإذا رجعنا إلى قراءة **حرفية** « Une lecture exégétique » لنص **المادة 3/107** ق.م، لوجدناها تتحدث عن نظرية الظروف الطارئة المؤدية إلى إختلال في التوازن الاقتصادي وهذا الأخير يعـزى إلـى وقوع حوادث إستثنائية عامة غير متوقعة تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة.

ولكي يتولى القاضي دوره في إعادة هذا التوازن عن طريق تطبيق النظرية لا بد من تـوفر الـشروط التالية:

أ- وقوع حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها:

ويعالج هذا الشرط في ثلاثة مسائل:

1- إستثنائية الحادث الطارئ

عندما يتعلق الأمر بالطابع الاستثنائي للحوادث[2]، فإنه من الصعب منحـه "نطاقـا قانونيـا Une portée juridique"، ذلك لأنه يمكن تركيب الأحداث بعدة أشكال: حسب أصلها، حسب طابعها، وحسب آثارهـا. وتبسيطا للمسألة فإن دور القاضي ينحصر في البحث في أثر الحـادث[3] « l'effet de l'événement »

---

[1] Hammouda Mohamed, Art precitée, p 1108.

Voir aussi: Mazeaud (D), loyauté, solidatité, fraternité, Art précitée p 617: "D'un côte-celui de la force obligatoire – une certaine morale, celle du respect de la parole donnée; de l'autre en faveur d'une modération de certains engagements contractuels, les valeurs non moins puissantes de la protection des faibles, de la loyauté, de la fraternité.. Pour la rigueur absolue de l'engagement contractuel: la sécurité, la prévisibilité…, mais, pour plus de souplesse: l'équité, l'humanité.. L'éfficacité économique pour l'article 1134, alinéa 3. Là l'utile, ici le juste".

[2] انظر في هذا المعنى ما جاء في رأي الأستاذ علي فيلالي:" أن الحادث الاستثنائي هو حادث غير مـألوف لكونـه نـادر الوقوع، فهو حادث لا يقع في ظروف عادية .الالتزامات، ص 374. وانظر أيضا قرار صادر من الغرفة الإدارية للمحكمـة العليا بتاريخ 2000/01/12 في الملف رقم 21278 والذي يعتبر أن الظروف الاستثنائية الأمنية السائدة في منطقة الأخضرية لسنة 1974 أنها حوادث استثنائية، المجلة القضائية 2001 – 1 – 114.

- Lahlou (K.G), la protection du contractant faible, Art precitée, p. 31.

[3] انظر في نفس المعنى بولحية جميلة، الرسالة السابقة، ص 113: "بانصراف وصف الاستثنائية إلى الأثـر الـذي يحدثـه الحادث الطارئ بغض النظر عن منشأ الظرف أو طبيعته".

على تنفيذ الإلتزام مهما كان أصله أو السبب في حدوثه. ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تتطلب إعادة التوازن العقدي المختل بغية تحقيق العدالة العقدية[1]، فلأن السبب يعود إلى تأكيد المشرع على إستثنائية الحادث بمنح القاضي مجالا لتعديل العقد"، وذلك حتى "يؤمن الحد الأدنى من الاستقرار العقدي اللازم لها في حدود العدل والإنصاف"[2].

2- عمومية الحادث الطارئ

تستوجب **المادة 3/107** ق.م بأن يكون الحادث عاما، أي لا يكون خاصا بالمدين فقط[3]، بل يجب أن يكون شاملا يمس كافة الناس أوعلى الأقل فئة منهم[4].

وقد إنتقد البعض[5] شرط العمومية الوارد في **المادة (3/107** ق م)، فمن ناحية قد "تكون القوة القاهرة أمرا عاما أو حادثا فرديا خاصا بالمدين، والقوة القاهرة أشد خطورة من الحادث الطارئ، فهي تؤدي إلى جعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا يؤدي إلى إنقضاء الإلتزام، بينما الحادث الطارئ يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا فقط ويتعين على القاضي رده إلى الحد المعقول، فكيف يشترط شرط العمومية في الحادث الطارئ وهو أقل خطورة من القوة القاهرة" ؟.

إن إستلزام شرط العمومية في المادة **3/107** "بمثابة تضييق من تطبيق نظرية الظروف الطارئة لأنها تمس القوة الملزمة للعقد". بينما يتجه البعض[6] إلى إعتبار "الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة العقدية فلا مبرر لإشتراط صفة العمومية في الحادث الطارئ، خاصة وأنه يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا فحسب"[7].

---

[1] أنظر عصمت عبد الحكيم بكر، الرسالة السابقة، ص 114.

[2] انظر عبد الحميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 57.

وعلى خلاف ذلك يرى الأستاذ Bencheneb أن استثنائية الحادث لا يعد ذو أهمية كبيرة في نظرية الظروف الطارئة وأن شرط عدم التوقع يستوعب شرط الاستثنائية.

انظر Ali Bencheneb, contrat, op.cit. P. 249.

[3] انظر عصمت عبد الحكيم بكر، الرسالة السابقة، ص 120.

[4] انظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 376.

Bencheneb(Ali), contrat, op.cit. 249.

[5] انظر بن شنيتي حميد – دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 75-58 بتاريخ 1975/09/26، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج(39) رقم (2)، 2002، ص 116 و117: "ويضيف نفس المؤلف "أن الاتجاه الحديث في هذه النظرية لم يرد شرط العمومية في القوانين الأجنبية"

[6] انظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 376.

[7] في نفس المعنى يرى الأستاذ عبد الحميد الشواربي "أن اشترط العمومية في الحادث الاستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة، فغاية النظرية تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق عن المدين، فهي إذن خاصة بالمدين المرهق، فإذا تقيد الحادث الاستثنائي بشرط العمومية، امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة" هذا الرأي نقلا عن رسالة دكتوراه للأستاذ بن شنيتي، ص 58.

وبالتالي، فلا نرى ما يبرر هذا التشدد من جانب المشرع في وصف الحادث الإستثنائي بأن يكـون عاما، لأنه يخالف الإتجاه الجديد في نظرية الظروف الطارئة ويضيق من نطاق تطبيقها، لا سيما وأن البعد الاجتماعي للعقد كفيل لتكريس التعاون والتضامن العقدي باعتبارها من مبادئ قانون العقود.

3- عدم توقعية الحادث الطارئ

هل يتعلق الأمر بعدم توقع حادث يندرج ضمن اللاتوازن العقدي المراد من الأطراف مبدئيا أم إلـى عدم توقع التوازن في حد ذاته ؟، وهل يجب البحث عن توقع تزايد الأسعار أو يكفي البحث عن درجة توقع الأحداث المتسببة في هذا التزايد؟ .

تستوجب **المادة 3/107** بأنه حتى يتم تكريس حكم الظروف الطارئة بألا تكون متوقعة عادة وقـت إبرام العقد"[1].

من المعلوم أنه يمكن للإلتزام العقدي أن يكون قائما على "**نطاق النشاط في حد ذاته**"، "ودرجة الحذر الموجهة فيه نحو المستقبل"، أو على مستوى التوازن في الإلتزامات أي بين القيمة الإقتصادية و الظـروف الطارئة، حيث يستند هذا الأخير إلى الأولى.

ويرى الأستاذ[2] « **Stoyanovitch** » أن "عدم التوقع ينصرف إلى نتائج الظرف الطـارئ، وتترتـب كآثارغير متوقعة، تؤدي إلى الإختلال بين الآداءات المتقابلة".

ورغم أن نص **المادة 3/107** صريحة في إشتراط أن تكون الحوادث إستثنائية عامة لم يكـن فـي الوسع توقعها –ولو كان المشرع يريد عبارة "لم يكن في الوسع توقعها"– قد قصد أثر الحادث لا الحادث في ذاته لنص على ذلك صراحة ولم يطلق ذلك الوصف على الحادث الإستثنائي العام.

ويظهر فعلا من تحقق الإلتزام ظهور علاقتين من العالم الخارجي Le monde extérieur ، إحـداها، وتتعلق بالعلاقة بين النشاط بواسطة الحذر والحيطة التي تشكل له جوهر الإلتزام في بعده الأول، وأحـداث العالم، والعلاقة بين القيمة الإقتصادية المشكلة لجوهر ذلك الإلتزام في بعده الثاني وثمن الـسوق les prix sur le marché[3].

---

[1] أنظر، بن شنيتي حميد، الرسالة السابقة، ص 58. و كذلك علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 375. وهو يرى: "أن هذا الشرط هو مكمل لشرط الاستثنائية لأن الحادث غير المتوقع هو الحادث الاستثنائي. ويظهر أن المـشرع أورد هـذه الصفة من باب التذكير والتأكيد على مراجعة العقد هي حالة استثنائية فقط. ونعتقد أن الذي دعا المشرع إلـى اشـتراط فـي الحادث أن يكون غير متوقع، رغم وصفه إياه بالاستثنائية، إنما هو رغبته في التشدد في تطبيق الظروف الطارئة ومحاولـة للتطبيق من نطاقها.

- Lahlou (K.G), la protection du contractant faible, Art precitée, p. 53.

[2] هذا الرأي مشار إليه لدى علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 375.

[3] Ménard (C), imprévision et contrat à longue durée: un économiste à l'écoute du juriste, Mélanges – ghestin, Art précitée, P 669.

وهذا ما سيشكل العلاقة بين القيمة الاقتصادية للإلتزام وأسعار السوق دون أن تكون هناك علاقة بالأحداث الخارجية في حد ذاتها. فالمنطق يفرض الكلام حصريا على الطابع غير التوقعي لزيادة الأسعار بإهمال الحادث بأكمله، أي بمعنى أن الحادث مهما كان ليست له علاقة مباشرة مع العقد، و سيتأكد بأن الحادث ليس هو المنتج للاتوازن بين الإلتزامات المتبادلة، وإنما لآثاره.

لكن هل يمكن التمييز بين الزيادات المتوقعة والزيادات غير المتوقعة؟

إن كل عقد يعرف عليه تلبيته لوظيفة التوقع، حيث يأمل كل متعاقد بقاء الأسعار على حالها ولكن هو على علم فعلا بأن العكس قد يحدث، وتقدير المتعاقد لهذه الإمكانية دليل على توفر جرعة من عدم التوقع في طبيعة العقد محل التوقع أصلا Une dose d'imprévu dans la nature même du contrat. وبشكل عام يعتبر "عدم التوقع" الصفة المميزة للحياة الاقتصادية، وهو الأمر المفيد جدا في تحديده، رغم أنه من غير الممكن تكييفه كما لا يكفي تأسيسه[1].

وهذا ما جعل "عنصر التوقع" الذي إستهدفه المتعاقدان بالنسبة للأسعار **محل نقاش** من طرف جانب من الفقه[2] عندما وصفه كالتالي: "أن الأطراف وهي تتوقع تنفيذ الإلتزامات طيلة مدة زمنية طويلة قد عقدت هذا التصرف وهي تتوقع فعلا تلك الزيادات على مستوى الأسواق (...) إنه فعلا ما يجعل العقد طويلة المدة عقد تنبؤ بل إنه مهما بلغت تلك الزيادات من مستوى تحليل أو حساب عادي أو غير عادي فهل يستحق ذلك فعلا وصفه عاملا من عوامل إرهاق الإلتزام؟، خاصة لو أخذنا بالإعتبار مثلا ذلك الإختلاف بين الزيادات غير العادية التي ترهق المدين دون أن ترهق الطرف الآخر. إن الخلط بين مفهوم "عدم التوقع" مع "القوة القاهرة" هو ما دفع **الفقه الحديث**[3] تعيد النظرفي عدم توقع الأحداث المرتبة لتلك الزيادات في الأسعار بدل عدم توقع زيادة هذه الأخيرة بصفتها النتيجة. أفلا يكون إسناد عدم توقع الحادث دون آثار؟ وهذا ما يفضي بالحادث معيارا للتغيير من النطاق القانوني لمفهوم عدم التوقع؟ .

إنه من المقبول إجماعا أن الفرد هوالوحيد المؤهل الذي يبحث عن المتوقع وغير المتوقع، و لعلها مسألة تجيب عن نظرية مؤسسة على سلطان الإرادة، أفلا يمنح هذا التأويل تلك العناصر الذاتية نطاقا قانونيا؟ ، إن القدرة الإنسانية على التوقع من وراء إستحالة إدماج الإدراك الإنساني سيكون جد مخيب تحديدها بشكل دقيق، لأن كل تفسير ما هو إلا إنعكاس لتصورتحكمي.

فضلا عن أنه يمكن أن تكون توقعات الأطراف جد مبالغ فيها، لهذا من المستحسن عدم المغامرة بالبحث في المتوقع وغير المتوقع من أجل إكتشاف الوضعية المقررة والطارئة، أي إمكانية أو إستحالة التوقع، وبهذه الطريقة فقط سيتحقق وجود موضوعي للمعيار الذي يرتبط بحقائق نفسية توصف بصعبة ومعقدة التمثيل لدى القاضي. ومن المعلوم أنه لا يمكن إسناد عدم التوقع إلى بعض الحوادث المعدودة بشكل

[1] تعتبر الزيادات الاقتصادية بطبيعتها من قبيل الاقتصاد الليبرالي، والذي تعتمد آليته على موازنة العرض بالطلب.

[2] Lecuyer (H), Le contrat, acte de prévision, Art précitée, P 643 et s.

[3] Lecuyer (H), Le contrat, acte de prévision, Art précitée, P 643 et s.

محدود، لأنه لا يوجد أي شيء في العالم غير متوقع بشكل مطلق، ولعله السبب الذي حاول فيه جانب من الفقه معالجة المشكل بواسطة إقصاء القوة القاهرة بشكل بسيط وخالص خاصة من طابعها غير التوقعي، وذلك بحمل المسألة على مضمون الالتزام، والحيطة الملقاة على عاتق المدين حسب العقد الذي يمكن أن يكمل أحيانا بواسطة القانون[1].

وهي المسألة نفسها التي تطرح بالنسبة للظروف الطارئة، فإما سيكون هناك فرض لعدم التوقع المطلق للحادث يرتب عليه الوصول إلى حلول غير عادلة ومنافية للهدف المرجو، وأما الإقتناع بتوقع أو عدم توقع صادر عن رجل عادي، فتشترط فيه حالة عدم التوقع حادثا عاديا أو غير عادي، وعليه سيكون كل ما هو عادي مظهرا للتوقع، أما غير العادي فيفترض فيه بأنه غير متوقع، وهذا لا يكون إلا بعد فحص ظروف كل حالة تؤسس بالنسبة لهذا الطرف أو الطرف الآخر.

فإذا كان الحادث المتوقع يمكن أن يؤدي إلى نتائج غير متوقعة، فهذا لا يعني بالضرورة إعمال حكم ما جاء في نص المادة 3/107 من.ق.م، وفي هذا المعنى يرى جانب من الفقه[2] أن هذه الملاحظة لا تنبثق من قراءة حرفية للمادة 3/107 فقط ولكن عما تستند إليه الوظيفة التصحيحية لهذا النص بحكم ظهور حادث غير متوقع من أطراف العقد.

وفي هذا المعنى يرى البعض وجوب اعتماد "معيار موضوعي يكون أكثر انسجاما مع نظرية الطارئة، فتحديد درجة عدم توقع الحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية يجب أن يكون بالنظر للرجل العادي وليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصية"[3].

ب- إرهاق المدين:

يعد الإلتزام المرهق للمدين من أهم الشروط التي يجب الإعتماد عليها للحكم بأن هناك إختلالا في التوازن العقدي ومن ثمة تطبيقا للنظرية. وقد نصت المادة **3/107 ق.م** على هذا الشرط بقولها: "(...) إن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...".

وتبرز أهمية شرط الإرهاق في أنه مهما تكن درجة الحوادث الإستثنائية من الخطورة وعدم توقع حدوثها، فإنها "تكون عديمة الأثر على العقد ما لم ينتج عن حدوثها إرهاق في تنفيذ أحد الإلتزامات الناشئة عن العقد"[4]. فإذا تكشّف للقاضي أن "الحادث الطارئ يجعل تنفيذ العقد مرهقا يهدد المدين بخسارة فادحة

---

[1] أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق .ص 644.

[2] Bencheneb (A), Contrat, op.cit., P 248.

[3] انظر علي فيلالي، الالتزامات، مرجع السابق، ص 375.

[4] انظر بولحية جميلة، الرسالة السابقة، ص 121، و أيضا محمد عبد الرحيم، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، السلسلة القانونية (3)، 1987، مصر، ص 54 حيث يقول: "إذا كان الاهتمام بعنصر التوقع هو الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تسمية النظرية "بنظرية عدم التوقع"، وإذا كان الاهتمام بالحادثة هو الذي دفع الفقه العربي إلى تسمية النظرية "نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة" فإن الاهتمام بأثر هذه الحادثة على تنفيذ الالتزام هو الذي دفع الفقه الإيطالي إلى تسمية النظرية "نظرية التنفيذ المرهق"."

كان بإمكانه الإستفادة من الحماية المكرسة بمقتضى المادة **3/107** ق.م، بشرط أن يـؤدي الإرهـاق إلـى إختلال في التوازن الاقتصادي"[1].

وقد إختلف الفقه في "مدى تحديد الإرهاق، ولكن الرأي الراجح هو تبني المعيار الموضوعي الـذي يبحث بشأن الإرهاق عن الصفقة ذاتها دون النظر إلى ظروف المتعاقد الخاصة[2]، "فالخسارة الفادحة يجـب أن تنسب إلى الصفقة لا إلى مجموع الثروات التي يملكها المدين"[3].

ويبدو أن المعيار الموضوعي يكرس العدالة بين المتعاقدين[4]، لأن الهدف من النظرية هـو "تعـديل التوازن الإقتصادي في عقد أخلت بتوازنه خسارة فادحة غير مألوفة حصلت مـن ظـرف طـارئ غيـر متوقع"[5].

ولا شك أن الإستحالة المطلقة أو الموضوعية تستوجب دائما تطبيق نظريـة القـوة القـاهرة، أمـا الإستحالة النسبية فهي التي تثير صعوبة التمييز بين القوة القاهرة والظروف الطارئة" لكونها قد تـستوجب تطبيق النظريتين معا[6].

ولاسيما إذا رجعنا إلى نص المادة **3/107ق.م** ثمة إيحاء بتكريس معيار الإستحالة النسبية، وذلك لما جاء فيها "(...) أن تنفيذ الإلتزام وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخـسارة فادحـة ...". أنه قد توجد الخسارة الفادحة عندما يكون هناك تباين كبير في القيمة الحقيقية وقت تنفيذ العقـد حتـى ولو كان يملك المدين الوسائل الشخصية من أجل تنفيذ العقد دون صعوبة.

ونرى أنه إذا كان التجاوز العادي للحدود يشكل خسارة فادحة، وأن أي تنفيذ للإلتـزام مـن طـرف المدين هو بمثابة "لا عدالة فادحة" Injustice flagrante. مما دعا البعض[7] إلى تبنى "معيار الرجل العـادي" في تقدير درجة الخسارة الفادحة و هذا يعزى إلى معيار الخسارة غير العادية[1].

---

[1] انظر علي خوجة خيرة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعـة الجزائـر، كليـة الحقـوق، 2002، ص 42.

[2] انظر عبد الحميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 59.

[3] انظر بولحية جميلة، الرسالة السابقة، ص 122.

[4] انظر فيلالي علي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 377.

- Lahlou (K.G), la protection du contractant faible, Art precitée, p. 54.

[5] انظر عبد الحميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 59.

[6] انظر محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 55 حيث يـرى: "أن المعيـارين الشخصي والموضوعي ليسا بقادرين على وضع حل ثابت في هذه المسألة فتقدم درجة الاستحالة طبقا للمعيار الموضـوعي يترتب عليه إسقاط كل الظروف الشخصية والذاتية للمتعاقد وهذا ظلم واضح، كما أن تقدير هـذه الدرجـة طبقـا للمعيـار الشخصي يؤدي إلى تعدد الحلول لاختلاف الظروف من شخص إلى شخص، فما يكون مستحيلا بالنسبة لشخص قـد يكـون مرهقا فقط بالنسبة لآخر".

[7] انظر محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص 55.

ويطرح تساؤل عن كيفية توصل القاضي إلى تحديد الخسارة أو الإرهاق الحاصل للمدين، خاصة وأن المادة **3/107** ق.م قد جاءت خالية من أي نص على معيار أو تحديد أساس يعتمده القاضي في تحديد" المألوف من الخسارة". فذهب إتجاه إلى إمكانية تحديد الخسارة بالإستعانة للمعيار الذي وضعه المشرع في **الغبن**[2].

ولكن في الحقيقية لن يكون من الضروري تقييد القاضي بمثل هذه النسب والحدود المعتمدة في الغبن، ولاسيما وأن المشرع لم يحدد مقدارا حسابيا للإرهاق، حيث إقتصر بنعت هذا الإرهاق "بالخسارة الفادحة"[3]، بل يستوجب معه إطلاق يد القاضي ليمارس سلطته التقديرية الواسعة الممنوحة له بموجب القانون المدني.

وفي هذا السياق أكدت **المحكمة العليا**[4] "أنه لما أثر قضاة الموضوع زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد، فإنه كان لابد على القضاة مراعاة إمكانية تعديل العقد طبقا للمادة 3/107 ق.م، وذلك في حالة إذا تعلق الأمر بتنفيذ إلتزام ملقى على أحد الأطراف العقد وأن يكون مهدد بخسارة فادحة نتيجة إرتفاع الأسعار" .

لذلك نرى أن يتم **توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين وفق معيار مرن**، لأن نظرية الظروف الطارئة تتطلبها العدالة ومن المستحيل إخضاع العدالة للرياضيات[5]، ومن ثمة فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في معالجة التوازن الإقتصادي المختل، بوصفه يتوخى تحقيق عدالة العقد.

ونرجح عدم تقييد سلطة القاضي بنسب مئوية –كما هو الشأن في الغبن– أو حدود تحد من هذه السلطة التي يتوخى من ممارستها معالجة التوازن الإقتصادي المختل تكريسا للعدالة العقدية.

ولعل الإرهاق المنصوص عليه في المادة **3/107** ق.م يحمل الكثير من الأبعاد الإنسانية التي يتعين مراعاتها والقاضي يسعى لتكريس على التخفيف من أضرار تسبب فيه هذا الإرهاق، ويكون من الصعب على المتضرر من نتائج ظرف غير متوقع أن يتحمل تبعة هذا الظرف بمفرده، دون أن يكون هناك تعاون، والقاضي سيكون الأمين، وما يبرر حسب العميد Carbonnier[6] "القوة الملزمة للعقد وهو المقابل المتوقع

---

[1] Bencheneb (Ali), contrat, op.cit.p.250: « L'excessive onérosité suppose donc la démonstration d'un risque de « perte exorbitante » par le débiteur, c'est-à-dire d'une perte anormal qui menace son activité ».

[2] انظر عصمت عبد الحكيم بكر، الرسالة السابقة، ص 139.

[3] انظر علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 377.

[4] انظر قرار صادر عن الغرفة العقارية يوم 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، 1999، عدد خاص، 95.

[5] في هذا المعنى يرى الأستاذ فيلالي بأن: "القاضي ملزم بمراجعة العقد إذا توفرت الشروط المقررة لذلك، غير أنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن تقدير الخسارة الفادحة وكيفية رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول". أنظر كتابه – الإلتزامات – ص 378.

انظر في نفس الاتجاه عصمت عبد المجيد بكر، الرسالة السابقة، ص 257.

[6] Citée par Hammoud (M), Art precitée, p 1107.

من طرف الدائن من خلال تنفيذ الالتزام ومن ثمة، فالمدين لا يلزم إلا في حدود ما ينتظره الـدائن بـشكل مشروع"، هو الذي يكرس مرونة تحقيق العدالة في العقد.

ثانيا: سلطة القاضي في ملاءمة العقد المختل بالظرف الطارئ

لقد خول المشرع القاضي طبقا للمادة **3/107 ق.م** سلطة تعديل العقد بهدف تكريس التوازن، ولكنـه قيد هذه السلطة، أي بمعنى لم يمنح المشرع القاضي سلطة تقديرية مطلقة، إذ أنه عندما نص على جوازيـة تدخل القاضي لرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول وضع لذلك قيود: **أولهما:** مراعاة القاضي للظـروف المحيطة بالقضية، وفي هذا الشأن نصت المادة **3/107** "أنه يجوز للقاضي أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعا للظروف"، وعلق البعض[1] على عبارة "**تبعا للظروف**" بأن المشرع كان يتوخى من هذه العبارة **التوسيع** من سلطة القاضي، وبالتالي ليست بالضرورة قيدا على تدخل القاضي. **وثانيهمـا** قيـام القاضـي بالموازنة بين مصلحة الطرفين وهو ما عبر عنه في المادة 3/107 "بعد مراعاة مصلحة الطرفين"، وهـو يقوم على نظام توزيع الأعباء الطارئة.(..)، وهو تحقيق للعدالة بإعادة التوازن إلى العقد (...)[2]، أما **ثالثهما** فيتعلق بالحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الإلتزام. والحد المعقول الذي ذكره المـشرع في نص المادة **3/107** هو **الإنصاف،** لأن هذا الأخير يؤدي إلى رد المرهق إلى المعقول، لأن آلية المعقول تحقق نفعية للعقد، والتعديل بسبب الظروف الطارئة يقوم على أساس ضمان النفع من العقد[3].

وسلوك كالذي يتعين على المتعاقدين إتباعه في مواجهة الظروف الطارئة، هو عدم إستحقاق عدالـة شخصية بإنقاذ وضعيتهما من آثار الظروف الطارئة، ولعل هذا ما يفرض عليهما في الحقيقة **إلتـزامين** ذا طابع آمر: **الأول:** وهو إستمرار في تنفيذ العقد وعدم التدخل وقت تنفيـذه (لا يمكـن لأحـدهما أن ينفـرد بالإنقاص من الإلتزام من تلقاء نفسه). **والثاني،** يفرض عدم الإتفاق على خلاف حكم الفقرة **3** للمـادة **107**

---

[1] انظر عبد الحميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 60 و61. انظر أيضا بولحية جميلة، الرسالة السابقة، ص 138.

وانظر خلاف لهذا الرأي الذي يتزعمه الدكتور الفزاري حسبو الذي يرى أن عبارة "تبعا للظروف" لم تجئ عبثا بل قصد بها المشرع تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ. انظر رسالته الموسومة بعنوان "أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية وتحليلية لنظرية الظروف الطارئة فـي القـانون المقارن وفي الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، 1979، الإسكندرية، ص 259.

[2] د/ عبد الحميد شنيتي، الرسالة السابقة، ص 61.

[3] Ghestin (J) et Jamin(Ch) et Billiau, Les effets du contrat, LG.DJ. 1994. n° 314. p. 359 : « La révision ou la résiliation du contrat consécutive à un déséquilibre économique des prestations n'est admissible que si l'injustice qu'elle crée rend le contrat inutile ou risque de le priver de son utilité social »

- انظر تحليلا منصلا للمقصود برد الالتزام المرهق إلى الحدود المعقولة في رسالة الدكتور عبد الحميد بن شـنيتي وعلـى وجه الخصوص صفحة 62.

مسبقا كان يتم إلتماس إلغاء إلتزامات على سبيل العدالة والإنصاف أو محاولة التنبؤ بوقـوع مثـل هـذه الظروف حتى يسند لأنفسهما سلطة ملائمة الإلتزامات تلقائيا[1].

مع أنه عندما يتعلق الأمر بصنف العقود طويلة الأمد مثلما هو الحال في **العقود الدولية،** فإنـه قـد يفتح المجال إلى إستثنائية إدراج "شرط إعادة التفاوض" « Hard Schip » التي تخضع لمتغيرات الظـروف الإقتصادية للعقود[2].

وهكذا ستكون ملاءمة العقد قضائية تخضع لإجراء يتضمن إنقاص الإلتزام إلى الحد المعقول، لكون إلتزام المدين قد أصبح مرهقا له، بل وقد يمس هذا الإنقاص بالسعر أو الكمية[3]، كما أنه قـد يـشمل (أي الإنقاص)، كذلك "إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة: كالتي تتعلق بأجل التنفيذ، أو بجودة الشيء، أو ببعض شروط التنفيذ الأخرى"[4] ، وذلك توخيا للتخفيف من الخسارة الفادحة وتعميم العبء الطـارئ علـى عاتق المتعاقدين جميعا[5].

---

[1] وينتقد الأستاذ عبد الحميد بن شنيتي بشأن هذه المسألة حيث يرى بأن: "المادة 3/107 منعت الأفراد مـن الاتفـاق علـى استبعاد تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة تأسيسا على أنه يخالف النظام العام، وهذا الخطر محل نقد، وقد سمحت المادة 178 ق. م. الاتفاق على تحميل المدين القوة القاهرة مع أن هذه الأخيرة أشد من الظروف الطارئة" انظـر مقالـه منـشور بالمجلة الجزائرية ج(39) رقم 02 – 2002 ص 117.

[2] Cavalié(Bruno), « Quel avenir pour la théorie de l'imprévision ».op.cit.71 : « (…) il ne ne semble pas que le risque d'avoir à revisiter une convention en cas de situation économique extrême crée une insécurité juridique néfaste. Bien au contraire, elle crée même, pour la partie victime de l'évolution économique considérée, une véritable sécurité juridique. Telle est d'ailleurs la raison pour laquelle la pratique des clauses de « hardship » tend à se généraliser dans les contrats de longue durée ».

[3] Bencheneb (Ali), contrat, op.cit.p.251.

[4] أنظر فيلالي علي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 379.أنظر حميد بن شنيتي، الرسالة السابقة، ص 63.

[5] و يعتقد بعض الفقه أن رد الالتزام المرهق إلى حد المعقول قد يتحقق عن طريق الزيادة في التزامـات الـدائن. غيـر أن الأستاذ فيلالي انتقد هذا الرأي على أساس أن نص المادة 107 ق. م. كان واضحا في أنه يقصد الإنقـاص لا الزيـادة فـي الالتزام المقابل فقصد المشرع انصرفت إلى إنقاص الالتزام لا غير ولو كان الأمر غير ذلك لعبر عنه بكل وضوح مثل مـا فعل في الفقرة (3) من 561 ق. م. التي خولت للقاضي بأن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد. (انظر كتابه في الالتزامـات، المرجع السابق، ص. 380 و381. وانظر على خلاف الرأي السابق يرى الأستاذ حميد بـن شـنيتي أن "إنقـاص الالتـزام المرهق أو زيادة المقابل له لا يختلفان من حيث النتيجة التي ترتبت على أي منها، ولا من حيث الـضوابط التـي يجـب أن تراعى عند إعمال أي منهما، ولا من حيث الصعوبات العملية التي تعتـرض القاضـي فـي إعمـال أي منهمـا" .أنظـر رسالته.مرجع سابق, ص.65.

ويبدو أنه أحسن حل بشأن الجزاء الناجم عن نظرية الظروف الطارئة هو مراجعة العقـد رغـم أن بعض الفقه[1] ترك المجال للقاضي بين فسخ العقد أو إبقائه (Maintenir) دون مراجعة في حـين يطالعنـا رأي آخر أن للقاضي الخيار بين المراجعة والفسخ[2].

إن الغاية المتوخاة من نظرية الظروف الطارئة تتطلب نوع من التضحية من الطـرفين المتعاقـدين وليس إعفاء أحدهما من التزامه بل إلزام كل من المتعاقدين بتحمل جزء من الأضرار.

على خلاف ذلك نكون ضد مقاصد وأهداف نظرية الظروف الطارئة إذا منح للقاضي الاختيار بـين المراجعة أو فسخ العقد لكون المدين سيجد نفسه معفى من نصيبه من تحمل الأعباء.

ويرى الأستاذ السنهوري[3] أنه يمكن للقاضي الزيادة في السعر المنصوص عليه في العقـد لكنـه لا يفرض ذلك على الدائن، بل يترك له الخيار بين الوفاء بالسعر الجديد او فسخ العقد.

ويبدو أن هذا الرأي مناقض للغاية المتوخاة من نظرية الظروف الطارئة، ولا سيما إذا اختار الـدائن الفسخ، فإن المدين يتنصل من أي خسارة ناجمة عن حدث غير متوقع.

لذلك فليس للقاضي سلطة فسخ العقد بسبب الظرف الطارئ لأن سلطته تتمثل في مراجعة العقـد أو تعديله إلى الحد المعقول لأن وظيفة نظرية الظروف الطارئة تتمثل في تعديل اقتصادية العقد "Reajuster l'économie du contrat"، بإعادة توازن الالتزامات وتنفيذ العقد طبقا لمبدأ حسن النية (المـادة 1/107 من ق.م) وتنفيذا أيضا لواجب التضامن العقدي.

---

[1] Stoffel – Munch (Ph), Regarde sur la théorie de l'imprevision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, M de D.E.A à Aix – Marseille, 1994, p115.

[2] Abdeljawad (M), la force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit egyptien, Th. Paris, 1957, n° 416.

[3] أنظر د/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، الوسيط، المرجع السابق، ص 647.

أنظر أيضا عكس هذا الرأي ما ذهبت إليه الأستاذة نساخ: "إن سعي المشرع بإعادة توازن العقد في حالة الظروف الطارئة هو الإبقاء على العقد، هذا ما كرسته المادة 3/107 حيث أنه لم يقدم الفسخ لحل الوضع." راجع رسالتها السابقة الذكر، ص 173.

وفي هذا المعنى يرى العميد Carbonnier:

" Réviser la convention est souvent lui donner sa seule chance d'être exécutée, car l'interêt économique du pays est, en général, plus attaché à l'exécution des contrats qu'a leur inexécution", voir son ouvrage: droit civil, T (4), op.cit., p 503.

المبحث الثاني: مرونة مفهوم العدالة العقدية أداة مناسبة لتطور قانون العقود

عندما شكلت الآليات العقدية في القانون الوضعي مصدرا مهما للمحافظة على مصالح المتعاقدين، وخاصة في الحالة التي تخيب آمالهما من إمكانية عدم تحقيق الأهداف العقدية كما سعيا إليها، وذلـك فـي إطار عدم المساس بمبادىء الحرية العقدية وضمان صلاحية المعاملاتvalidité de transaction . ولعل وجود هذه الآليات بالصورة التي كرسها القانون المدني، ظهر فيها العقد مستفيدا مـن نظـام أنتقـل مـن الإستقرار نتيجة إنسجام مصادره وقواعده الأساسية إلى نظام منفتح على تحـولات ومتغيـرات علاقاتيـة، حركت فيه المبادىء التي تحكمه وجعلتها في تركيبة عصرية، وإذا كان الأمر يتعلق بما سبق وأن كرسـته "صيغة **ما هو نافع، وما هو عادل**" في القانون **المدني** "**التقليدي**" وطورته إلى أبعاد جديدة بعد ذلك ، إلا أن مطاطية هذه الصيغة وقابلية تجسيدها في عدة مظاهر، كان لها تأثير بجمود القاعدة القانونية، أحيانـا فـي مواجهة التطور النظري والفقهي، (**المطلب1**)، والذي غيب أحكاما من النظام العقدي وجـودا أو تقـصيرا، وتارة أخرى شكل منعطفا مطورا للمعاملات والمبادلات الإقتصادية والتجارية، صادفه ظهور أحكام خارج الحدود التقليدية للقانون المدني، وفرضت مركزها بحكم الممارسة تدرجيا. ويبقـى أن المفـاهيم القاعديـة وأسس القانون الوضعي للعقود تستحق التفاؤل على إثراء المضمون وركازة الهدف، خاصة منـذ تجـسيد قاعدة للعدالة العقدية في نظرية العقد وسعت من الحدود إلى ضرورات الإعتراف بأننا لم نصبح أمام قانون مدني (شريعة عامة) ولا مجرد قانون عقود، بل إن قانون المعاملات هو ما يعتبـر الـصورة المعاصـرة للعلاقات المتبادلة، كان للأخلاق العقدية فضل في وضع مراسيمها (**المطلب 2**).

المطلب الأول: أحكام من النظام العقدي بين قصر المعالجة القانونية لها، وضرورات تلاؤم قانون العقود مع قانون الأعمال

عندما كان "**السبب**" ركنا من الأركان التي يعاين فيها صحة العقد وجودا وعدما، فقد خصه المشرع الجزائري بالأهمية ضمن الأحكام العامة المادتين **97** و**98 ق م**، وأفاد بعموميتها، التماشي مع الأرضـية التي كُرست في معظم القوانين المدنية المقارنة، تسبب في مستوى من القصور لتحديثه بما يتناسـب مـع قواعد العدالة العقدية، لكن أيضا كان قد سبق فيه موضوع الغلط في القيمة أن تأسس خارج نظـام عيـوب الرضى بالمفهوم الدقيق، وكان بهذا الشكل من الممكن تطويره (**الفرع 1**) ليلقى تخصيص معالجة قانونيـة لمجال يعرف ديناميكية إقتصادية وتناميا نظاميا، وتعقيدا عقديا، خارج إطار القانون المدني، تلـك المكانـة التي رسختها وطبعتها بحق مراعاة الأخلاق العقدية، هو بالبادرة المهمـة فـي تطـوير النظـام العقـدي (**الفرع2**).

الفرع الأول: قصر ملاءمة بعض أحكام القانون المدني التقليدية على ضوء مرونة المفاهيم

إن التصور الذي فرضه المشرع الجزائري بالنسبة لـ "نظرية السبب" لم تخرج عن إطار الإكتفـاء بغرض الرقابة على وجوده على أساس كفالة إحترام مشروعيته، الأمر الذي حصره في جمود القاعدة فـي مواجهة ذلك التطور الفقهي الذي ظهر عليه مفهوم حديثا مفاده أنه يمكن الإستفادة مـن "الـسبب" كأسـاس

إقتصادي للتوازن (**أولا**)، في حين أن الوضع غير ذلك بالنسبة "لفكرة الغلط في القيمة"، لأنها تطرح مسألة التطور الفقهي، بالقدر الذي تستدعي أسسه إعادة النظر لصالح حماية الطرف المتعاقد (**ثانيا**).

أولا: تطور فقهي في تحديث "السبب" إلى أساس إقتصادي للتوازن

نصت المادة **97** ق م "إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو سبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"، ولحقتها المادة **98** بالنص" كل إلتزام مفترض أن له سبب مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك" . ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

ومن خلالهما، يستدرج ذلك التساؤل، بشأن ما إذا كان المشرع الجزائري قد تبنى سبب الإلتـزام أو سبب العقد ؟، فالأول هو الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير، وهو يعد جزءا غير منفـصل عن العقد، كالإلتزام المقابل، في العقود المتبادلة والقيام بالإلتزام في العقود العينية ونية التبرع فـي العقـود المجانية، أما في عقود المعاوضة، فالسبب هو الإلتزام الموجود مسبقا (مدنيا، أو طبيعيا)[1].

لعل المفهوم التقليدي للسبب خاصة بالنسبة للعقود التبادلية[2]، يستند إلى مضمون موضوعي ومجرد على نحو يضمن ترابط الإلتزامات، الذي يعتمد على سبب الإلتزام[3] ويعتبر أقوى من الـسبب الـذاتي، أو الدافع الشخصي للتعاقد أو ما يعرف بالباعث (أي سبب العقد)،الذي يعد معياره ذاتيا خارجـا عـن العقـد، ويتغير من عقد إلى آخر بتغيير المتعاقدين[4]، ويظهر أثره في زعزعة المعاملات نظرا لطبيعته المستكنة في خفايا الضمير.

وإذا كانت صورة السبب التي وضعها وقررها المشرع الجزائري تعد من الصيغ المعقولة لالتزامها بالتوجه العام المطبق في صحة العقد، هو الإكتفاء تقليديا بالرقابة على وجود الإلتزام مسببا وفـق تبعيتـه بالرقابة على وجود الإلتزام مسببا وفق تبعيته بالرقابة على مشروعية سبب العقد أو "سبب السبب"[5].

وهذا إن برر بشيء ما، فهو لأنه يتعلق بمركز السبب أثناء تكوين العقد، ومدى إتخاذ القـضاء لـه مرجعية لمعاينة "صحة العقد"، إلا أنه وبمقتضيات تنفيذ العقد بحسن النية، والتي تمكن القاضي من الرقابـة

---

[1] Terré (F), Simler etLe Quette, les obligtions, op cit, n° 316.p.270.

وأنظر كذلك، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 469.

[2] والتي جاء بها الفقيه: Jean Flour (Dumat) –Ripert Aubert, Jean Luc

- راجع في هذا الشأن، محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني. دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقيـة ط1-2004، ص ص 39-48.

[3] أنظر عبد الحميد علوان محمد، المفيد في شرح القانون المدني دار النهضة العربية، 1998، ص ص 209-214.

[4] Ghestin (J), traité, op cit. P. 744 , n° 636.

[5] Cf Benchneb (Ali), le droit algerien des contrats, pp.156 -158.

على عدالة العقد،نجاعته ومنفعته[1]، أظهرت ذلك التحول، وبـ" نظرية السبب" على تنفيذ العقد، الأمر الـذي طور معه وظائفها، وأفرز عنه على المستوى الفقهي والقضائي المقارن، قفزة نوعية لتوظيف هذه النظرية على ضوء تأصيل سلطات القاضي بمناسبة تنفيذ العقود فاتحا مجالا لحلول ومنافذ من أجل إحـلال إعـادة توازن الإلتزامات.

وتقتضي الرقابة على وجود سبب الإلتزام طرح **مسألتين الأولى،** وتتعلق بطبيعة هذه الرقابة التـي تستند على البحث في وجود" تحت طائلة المشروعية"، في حين أن هذه الرقابة تتعثر في محطـة زمنيـة، يصبح فيها من الضروري إفتراض إمكانية تشكيل حالة غياب السبب كعامل ملائم للتمسك بإبطال العقد.

إن تقدير سبب الإلتزام يعود إلى تفسير طبيعة ما إلتزام به المتعاقد، ولماذا قبل المدين التعهد علـى نفسه تجاه الدائن بهذا العقد ؟. إن مضمون العقد هو ما يصرح بمدى تحقق الفائدة المترتبة عن إلتزام المدين اتجاه الدائن[2].

ولعل الصيغة الإزدواجية التي ظهر بها القانون المدني الجزائري في تبني نظرية " السبب" ، مـن حيث أنه وتحت تأثير إرهاصات القضاء الفرنسي[3]، إستند في تكامل وتلازم المادتين **97 و98 ق م،** إلـى المفهومين الذاتي التقليدي للسبب وكذلك الموضوعي الحديث، وهو بذلك إتبع إعتبـارات منهجيـة تتعلـق بطبيعة العقود ونوعها، والتي تختلف على إثرها وظيفة أو دور السبب فيها[4].

ففي العقود التبادلية، التي تظهر فيها الإلتزامات متبادلة ومقابلة، يظهر السبب الموضـوعي بحكـم تأسيسه على الوجود أو عدمه على تحقق المقابل[5]، بغض النظر عن قيمة المحل أو الفائدة من تنفيذ العقـد، في حين أن العقود الملزمة لجانب واحد، (كالهبة) فتركيز التقدير الذاتي لوجود السبب تتناسب مـع طبيعـة هذا التصرف القانوني، والتي يستتبعها النظر في إعتبارات إقتصادية، شخصية وغيرها، وبهذا سيكون مـن الفائدة تحريك "الرقابة على مشروعية السبب"، ونفس المنهج ينطبق على التنوع بين عقد معاوضـة وعقـد إحتمالي[6].

---

[1] أنظر محمد علي بعده، نظرية السبب، مرجع سابق.ص ص 52 و ما يليها، وكذلك علي فيلالـي، ص ص ، 251 ومـا يليها، وربما فرج مكي مرجع سابق ، ص ص .242-253.

- Guéguen (Jean Marie).le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, Rec-Dalloz, 1999, 33° cahier chron, P.352, et ghestin (J) traité, n° 830.

[2] Cf Chazal (Jean Pascal).Théorie de la cause et justice contractuelle, à propos de l'arrêt chronopost, JCP.1998.Chr, 1152, spèc .n° 3 et 9.

[3] Marty (G) et Raymaud (F), droit civi les obligations, les sources, Sirey.1988. n°266. (H.L) et Mazeaud (J),leçon de droit civil obligations, Montchrestien, 9 éd.1998, n°266, et comp.avec Carbonnier,droit civil. Les obligaions, op.cit.n°59.Et Ghestin (J), droit civili et effets du contrat. LGDJ. 3ème éd, 2001, n° 304.

[4]- أنظر سامي الجربي، تفسير العقد، مرجع سابق، ص ص 533 و 534.

[5] Cf .Chazal (Jean Pascal).Théorie de la cause et justice contractuelle à propos de l'arrêt Chronopost. JCP,1998 chr. 1152. n° 3-9.

[6] Voir Benchneb (Ali) « le droit algerien…. », pp.157 et 158.

وإنطلاقا من حقيقة وجود السبب تحت طائلة بطلان العقد، خاصة بالنسبة لفكرة " المقابل (contre partie)، وبغض النظر عن وفرة النقاشات وثرائها بشأن هذه النظرية، إلا أن المفهوم الإقتـصادي القـائم على فكرة " المقابل"[1]، أصبح المهيمن في الأنظمة القانونية للعقود، وبتصور أكثر موضوعية مما كان عليه في الفقه الحديث، لأن هذا التطور يدعو إلى إعتماد السبب في العقود ذات المصلحة المشتركة، حتى تكـون حارسا على المحل في العقد[2]، وحاجز أمام تسرب الشروط غير العادلة.

ولعل المبرر القانوني لهذه المسألة، هو "أن إشتراط وجود السبب ليس لإكمال أركان العقد فقـط (...) أي ضرورة تكوينية للعقد، بل غايته حماية الإلتزام من إنعدام السبب وتوفير ضمان مـشروعيته وصـحته وتوافقه مع النظام العام والأداب العامة، وهذه هي الغاية الأساسية لنظرية السبب، فالسبب إذن يقوم بـدور وظيفي يحقق من ورائه **أمران**: **الأول** هو الحفاظ على كيان العقد، لأن وجوده وعدمه مـن وجـود وعـدم العقد، أما **الثاني**: فيتعلق بصحة ومشروعية العقد، بحيث إذا كان سبب العقد غير مشروع أوغير صـحيح أبطل على إثره العقد، ولعل هذا يطرح بمناسبة تحديد زمن تقدير وجود السبب التي كانت ولا زالت محـل نقاش، إلى حد الإعتراف معاصرا، بما يعرف "**بسبب التعهـد**" (**cause** de **l'engagement**)[3]، كعبـارة جديدة تحاشيا للجدل الذي تسببت فيه عبارتي "سبب الإلتزام" أو سبب العقد".

والبداية كانت من الإعتراف بالسبب في مرحلتي العقد (إبراما وتنفيذا) من منطلق الإحتفاظ بمستوى **الأمن المعاملاتي**، لأن غياب سبب الإلتزام بعد إنعقاد العقد، والتحمل بالتعهد، أمر يجب أن تؤخـذ نتائجـه بعين الإعتبار، ولكن عوض البحث عن بطلان العقد، تصبح القضية مربوطة بديمومة سـبب الإلتـزام، أو إندراجه في الزمن[4]، خاصة بالنسبة للعقود ذات التنفيذ المتتابع[5]، ولكونها تقف على وحدة إقتصادية تتطلـب التناسق.

ولعل منذ صدور القرار المبدئي عن **محكمة النقض الفرنسية** فـي قـضية (**Chronopost**) فـي **1996/10/22**[6]، والذي أبطل بموجبه بندا محددا للمسؤولية بسبب التأخر عن توصيل البريد فـي الوقـت

- أنظر علي فيلالي، الإلتزامات، مرجع سابق، ص ص 259، 261.

[1] أنظر ريما فرج مكي، تصحيح العقد، مرجع سابق، ص 300 ومحمد يحي عبد الرحمان، مفهوم المحـل والـسبب فـي العقد...دكتوراه، جامعة القاهرة – بدون سنة ص ص 120 وما يليها

- Ghestin (J),Cause de l'engagement et validité du contrat .op.cit, .PP.481.514.

[2] Ancel (P)et Brun (Ph), Forray (V), Gaut (O) Piagnarre (S) Pinont. « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit, des contrats », J.C.P.G. 26/11/2008 n° 48.P.213.

[3] Ghestin (J), cause de l'engagement et validité du contrat, op cit PP.170-180, et mekki (mustapha), op.cit.PP.420-426.

[4] أنظر محمد الزين، مرجع سابق، ص ، 189، وكذلك ريما فرج مكي، مرجع سابق، ص ص 287-290.

[5] نفس المرجع السابق ص ص 292-295

[6] Arr. cass.com du 22/10/1996. Bull ak. IV, N° 261, P.223, en , obs. P.M. JCP.1997 éd . G(I). 4002, N°1, et obs. Fabré Magran (M), JCP.1997 éd. G.II, J C P 1997 éd. G.I.4002, et G(III), 22881.

المناسب والمتفق عليه، ظهر لاحقا له في الكثير من قرارات القضاء الفرنسي الحديثة[1]. التي حرصت على تحقيق التوازن والعدالة الحسابية في العقد[2] توظيف السبب "**كأداة للعدالة العقدية في الشريعة العامـة**"،[3] أي كضابط للمقابل العقدي توازنا بين الإلتزامات، ليتحول إلى صورة المبدإ العام الموجه للعقد[4].

ولعل تقرير مفهوم "(**الغياب**) أو **الفقدان الجزئي** للسبب في عقود معينة في إطار القـانون المـدني أظهرت منهج إعادة التوازن لدى المشرع في إلتزام المدين مقارنة مع حقوق الدائن، والتي تقرر سلطته في كل الأحوال للقاضي، ففي **عقد البيع** يجوز للمشتري الخيار بين إنقاص الثمن وهذا إنقاذ للعقد، وإما طلـب فسخه إذا كان النقص الذي لحق المبيع لتلف جسيم أصابه قبل التسليم بحيث يتنافى والهدف أو المسعى الذي أبرم من أجله[5].

كما أن قوام تنفيذ **عقد الشركة**، وحتى تسييرها يستند إلى عدم إلحاق الضرر بالشركة أو معاكـسة الغاية التي أنشئت أجلها، كذلك فإن هلاك العين المؤجرة أثناء مدة **الإيجار** كليا يرتب فسخ الإيجار للفقـدان الكلي لسبب الإلتزام (وهو الإنتفاع)، أما في حالة الهلاك الجزئي، فينتج عنه إما الإنقاص من بدل الإيجـار أو الفسخ[6]، ثم على ترك المسألة بيد القاضي لتقدير أجر **الوكالة** تحت طائلة التأكد مـن شـبه المجانيـة أو بمقابل في أصل عقد الوكالة، لدليل على معاينة القاضي لحالة سبب الإلتزام[7] المبرر بطبيعـة التـصرفات الملقاة على عاتق الوكيل القيام بها نيابة عن الأصيل[8]، والعقود الأخرى في مختلف أحكام القانون المـدني، قد إتخذ من تكريس السبب في مرحلة تنفيذ العقد، على شاكلة ما أقره قسم هام في **الفقه الفرنسي**[9]، بـالقول أن "سبب إلتزام كل من المتعاقدين هو الإلتزام الذي أخذه على عاتقه المتعاقد الآخر ونفذه"، وبحسب الأستاذ

---

[1] Delebeque (Ph) .« que reste –t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? petite aff. 1997, chron P.235 et Delebeque (Ph), 1997, sann. P.175 ainsi que chazal (J-P) thèorie de la cause e jutice contractuelle, à propos de l'arrêt de chronopost, J C P 1998 I. 152, et notant Mazeand (D), les nouveaux insturments de l'équilibre contractuel, in « la nouvelle crise du contrat », (sous le dir) christophe Jamin et Denis Mazeaud, (D) 2003, P.147 N° 24.

[2] Ghestin (J), Traité , op cit, n° 772-P 855 et Carbonnier(J), droit civil, op cit, n° 59.

[3] أنظر، محمد الزين، النظرية العامة الإلتزامات، العقد مرجع سابق، ص 188.

[4] أنظر, ربما فرج مكي، مرجع سابق، ص ص 286 و 287.

[5] أنظر المادة 37 ق م ج ، وكذلك، م 376 ق م ج

[6] المواد 476-477و 478 ق م ج

[7] المادة 581 ق م ج.

[8] أنظر محمد الزين، مرجع سابق، ص 189.

[9] وعرف الإنقسام بين المفهوم الشخصي للسبب على شاكلة ما ذهب إليه الفقيه (Maury) والذي تؤخـذ فيـه الاعتبـارات الشخصية، والمفهوم الموضوعي، الذي يستند إلى فكرة الفائدة أو الغاية من العقد، عند أمثـال (Malaurie) و Capitant... وغيرهما، أنظر في هذا الشأن، محمد عالي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 138-222.

larroumet " حين يوجد التعهد (engagement) فهذا يفترض تنفيذه (...)، وفي العقود المتبادلـة يعـد السبب شرطا للصحة وكذلك للتنفيذ"[1].

ولعل لجوء المشروع التمهيدي لـ **Pierre Catala** حول تعديل قانون الإلتزام والتقادم في القانون المدني[2] إلى تبني الإجتهاد الفرنسي حول مفهوم السبب[3]، وهي في سياقها تستخدم مصطلح "**سبب التعهـد**" إعتبرها الأستاذ **Ghestin** " دلالة موائمة للعمل المولد للعقد كعملية قانونية، وإقتـصادية معـا"[4]، **فالمـادة 1124** م.ق تعدت عن كل تجريد وراعت بذلك فكرة (الفائدة الخاصة) وكما أن تعليقه المعمـق جـاء فـي مسألة طابع سبب التعهد وقوله بأنه من المؤكد، وفق تقليدنا القانوني، أن السبب الحقيقي والمـشروع يبقـى شرطا لصحة العقد، لكن هذا الخيار يفرض تحاشي الخطرين المتناقضين المتمثلين بتعريف ضيق للغايـة ، ما يفقده أي فائدة عملية أو بتعريف موسع لها، فينال من السلامة القانونية[5]، ولعـل تكـريس "إسـتمرارية السبب" خلال مرحلة تنفيذ العقد ليس بالأمر المستبعد، خاصة وأن القضاء الفرنسي كان سـباقا إلـى ذلـك إضافة إلى الفقه.

وإن تطوير السبب لصالح العدالة العقدية مبرره ضرورة إبعاده عن مفهوم الإرادة، وقول الأسـتاذ **Louis lucas** بأن" الإرادة كمفهوم قانوني لعنصر نفساني يجعلها تختلف تماما عن السبب بإعتباره مفهوما قانونيا لعنصر إقتصادي محض يتمثل في تعويض القيمة الإقتصادية التي يفقدها المدين حين يلتـزم نحـو المتعاقد الآخر بقيمة تعادلها، وشرط السبب يقوم توازن كمي بين القيمتـين[6]، بيـد أن القـانون الوضـعي

---

[1] نقلا الأستاذ ريما فرج مكي مرجع سابق، ص 287.

[2] جاء مشروع Catala تحت أضواء الذكرى المئوية الثانية للقانون المدني الفرنسي، والذي استمر إلى غاية 2004، عـرف فيه تحديث القانون المدني طبقا لما يتماشى والمبادىء الأوروبية لقانون العقود، (حول المواد 1101 إلـى 1339، و 1340 إلى 1386 وأيضا 2234 إلى 2281. وهناك النص الأصلي:

- Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Majol, entreprise universitaire, d'études et de publication, USJ.2009.

-أنظر، بيار كاتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الإلتزامات، والتقادم في القانون الفرنسي، للترجمة مـن جامعـة القـديس يوسف (Saint Josef)، بيروت 2009 ط1. ص 22-28 مقدسة Pièrre Catala

[3] - في تعليق للأستاذ (Ghestin) حول المادة 1125 في فقرتها الثانية، أن إجتهاد Chronopost، والقرارات اللاحقة التـي طبعته وهي تطبق ضرورة وجود تناسق منطقي دون أن تبدو الحاجة لذكر ذلك صراحة، أن الربط المحتمل لهذه الفقرة بمبدأ التناسق، المنطقي، يشكل دورا، يجب أن يقوم به العلم، ترجمة مشروع كاتالا، مرجع سابق، ص 58، ف 2.

[4] Ghestin (J). cause de l'engagement et validité, op cit , PP.180-183.

أنظر ريما فرج مكي، مرجع سابق ، ص ص 288-289

[5] أنظر لتعليق جاك غيستان، صحة العقد، السبب ترجمة مشروع كاتالا، ص ص 56 و 57.

[6] نقلا عن محمد الزين، مرجع سابق، ص 188 و 189

Cabrillac. Le projet de reforme du droit des contrats, JCP.G.1.oct, 2008, N° 40 ; Doct. P.19.et Ancel (P), et Brun (Ph) et Forray (V), Youst (O) ,Piguarre (G), pinont (S), points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats, JCP . G 26 N° 2008 N° 48. Doct . P.213,

الجزائري للعقود، في ظل إنحصاره من وإلى سبب الإلتزام وسبب العقد، بين تأسيس الرقابة على وجـوده البطلان وذلك تحت طائلة الرقابة على مشروعيته لما يستجيب لمتطلبات النظام العام والأخـلاق الحميـدة، ولعل ذلك سيقلل جدواه في ظل مفهوم مجرد وهو الأمر الذي يظهر فيه السبب طبقـا للمـادتين **97** و**98** ق.م، خاصة عندما يتبين حلول آليات أخرى قانونا تعالج فيه تلك الفائدة المرجوة في العقود كما هو الحـال بالنسبة لآلية الرضا في عقود التبرع والمحل في العقود الملزمة لجانبين[1].

ولعل تقصي الإتجاه العام للقضاء الجزائري يظهر تلك الصورة الوحيدة التي يراقب بهـا الـسبب سواء بمناسبة الأحكام العامة للعقد (المشروعية، أو الفقدان الجزئي أو الكلي للسبب عند حلول إنقاص مـن قيمة المحل أو فسخ العقد)، إنما كان بالإمكان، وتماشيا مع الإتجاه الموضوعي والفقه المعاصر، وبشكل جد منفعي للعقد، إعطاء نفس جديد في التطبيق، ومحاولة تحديثه لما قد يسد الثغرات في القانون المدني، ولم لا يكون هذا مناسبا بالنسبة للقاضي كي يتدخل من الآن فصاعدا على أساسه للرقابة على الشروط التعسفية، أو إعمال أحكام آثار الالتزامات أو الرقابة على تنفيذ العقود المبدئية أو الوعد بالتعاقد، وبعبارة أدق، سـيكون من الملائم تبني فكرة " المقابل المتفق عليه" وفق ما يحقق المنفعة، وإلا لما برر القانون الفرنسي الإلتزامات أرضية التعديل فيه "**بدواعي العدالة العقدية وأمن المعاملات**"[2].

ثانيا: إعادة التوازن من خلال تبني الغلط في القيمة

عندما كانت الأحكام التقليدية لعيوب الرضى تستند إلى مساواة وحرية المتعاقدين في إبرام العقـد، فالفرض **الأول** هو قدرتهما على الدفاع عن مصالحهما، وإنما في وضع **ثان** عندما تعاب إرادتهما، فالقانون المدني كفل آليات لحماية هذه الإرادة المعيبة، جزاؤه الأصلي هو البطلان أما الأهداف التبعية والإحتياطية، وهي حماية التوازن العقدي، فهو توازن مصدره عيب في الرضا وفي إرادة حرة، مستنيرة، إلا أن المرونة مطلوبة في وضع جعلت خاصة **الفقه الفرنسي**، ترى ضرورة في الإعتراف بتأسيس لاتوازن عقدي نـاجم عن الإختلال بين القيمة في محل الإلتزام والإلتزام المقابل على قاعدة لطالما أخرجت مـن نظـام عيـوب الارادة[3].

ولأن الغلط عنصر مسبب للبطلان، لكونه يستند على عدم الرضى، ولكن تحت طائلة وقوعه علـى صفات الشيء الجوهري بموجب المواد **81** على **83** ق.م، وإذاوقع في عقـود تبادليـة قُـسر بالمـساس

---

[1] قارن مع محمد الزين مرجع سابق، ص ، 189.

Zellevic- Duhamel (A), « la notion d'économie du contrat en droit privé, JCP, 2001, P.423 et ss, cf. Raymond (M), le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux, JCP.1983.Doc . N° 3100.

[2] Bertrand (Foge) «Autour de l'objet et de la cause », in. colloque du 25/10/2005, la réforme du droit des contrats, projet et perspectives, RDC, Janvier, 2006. P.7.

[3] قارن، علي فيلالي، نظرية العقد، مرجع سابق ص 169 .

- Ghestin (J), traité, op cit n°510-511 et Benchneb (Ali), droit algerien des contrats, op cit, P.97

بتوقعات عقدية لدى الطرفين، مما يشكل سببا جديا لمراقبة العقد، أما إذا كان في عقود بغير عـوض فـإن الغلط واقع على الدوافع بشرط تأثيره المباشر والمتسبب فيه[1].

وقد لوحظ أن **المشرع الجزائري** بعدم تقريره لنظام واضح للغلط في القيمة، فلأنه لا يعتبره مـسببا **لفساد العقد**، خاصة لعدم إقترانه بالبطلان، لأن علاقته بفكرة الصفات الجوهرية، وخاصة عندما يختلط هذا الغلط مع وقوع غلط على الشيء ذاته أو على صفة جوهرية فيه، يلجأ القضاء لإبطال العقد وإعادة الثمن[2]، وهذا ما سيشكل توسيعا للبطلان لعيب الغلط.

أي بمعنى أن هذه الفرضية تفتح "نحو تطبيق متساو ما دام الغلط في الـصفات الجوهريـة يـؤدي طبيعيا إلى الغلط في القيمة وأن المادة **1110 ق م ف** والتي تقابلها (المـادة **81 ق م ج)**، يـصبح هـدفها الأساسي الإسهام في تأمين توازن في الإلتزامات العقدية"[3].

بيد أن الصعوبة تبدو أكثر في الحالة التي يظهر فيها الغلط في القيمة، بواسطة تقـدير إقتـصادي مغلوط فيه، يتم إنطلاقا من معطيات صحيحة لكنها مختلفة ومتنوعة، أي سيكون على القاضي الرقابة على القيمة الإقتصادية للأداءات والإلتزامات[4]، وهنا يتم التحقق من الخلل في التوازن العقدي لإزالة ذلك التفاوت إلى حده المعقول، الأمر الذي يفتح التأسيس على نظام الغبن في إطاره العام، وهو أحدث **الإتجاهـات فـي الفقه والقضاء المقارن** من حيث عنصر الشراكة بينهما في الأساس المستند علـى إعـادة التـوازن بـين إلتزامات مختلة إقتصاديا وسيكون مآل العقد تصحيحه، ورد توازنه لا إبطاله[5].

ولعل أطروحة الأستاذ **Ghestin** جاءت في وقتها من حيث كونها صيغة رفيعة ودقيقة نتيجة موقف تركيبي دقيق مفاده أن الغلط في القيمة "صورة تتميز بتقدير إقتـصادي مغلـوط إنطلاقـا مـن معطيـات صحيحة"[6]، الأمر الذي أقفل باب النقاش حول قاعدية هذاالنظام، ولعل أنها حددت تقنية قانونيـة تـستهدف إستدراج قاعدة يتعين نفاذها بشكل مفيد وفعال، لأنها في الواقع موجودة، خاصة بضعف عدم صلاحية عقد على أساسه، ولأن التفسير جد كلاسيكي وقاصر أو محدود، إلا أن إعادة **إحياء نظام الغبن على ضوء الغلط**

---

[1]- أنظر في هذا الشأن سامي منصور، عنصر التبات وعامل التغيير في العقد المدنين مرجـع سـابق، ص ص 457 ومـا يليها، وكذلك ريما فرج مكي، مرجع سابق، ص ص 270-272

[2] Ghestin (J), Traité op cit cit, n° 512, et Fin -langer (L) op.cit .n° 387.

[3] كما لو تعلق الأمر ب الغلط في اصالة منتوج فني،

- dans ce contexte, Trigeaud (J.M), l'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art, étude critique, RTD. CIV.1983. P.55.

- أنظر سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد الآتي، مرجع سابق، ص (457)

[4]- أنظر، ريما فرج مكين مرجع سابق، ص 274

Benchneb (Ali), op .cit n°185.

[5] Goubeaux (Gilles) « à propos de l'érreur sur la valeur », in études offertes à Jacque Ghestin, le contrat au début du XXI ème siècle. LGDJ, 2001, PP.390, et notament .402-403.

[6] Comp. Ghestin (J), traité, op cit, n° 512, et son article « l'utile et le juste … », op .cit., et même sa note, RTD, CIV 1987, P741, Versaille 7/01/1987, D. 1987, 486,

في القيمة لطالما شكل **خطا تنظيميا** في المنظومة الليبرالية المطلقة "والتي تعتمد تقنية تصحيح اللامساواة وإعادة التوازن للحفاظ على الأوضاع العقدية القائمة[1]، ومن وراء هذا سيكون من المناسب التفكير بالبحث عن تجانس جديد في قانون العقود شجع الأستاذ**Ghestin** على ضرورة إحاطته ب " مفاهيم " العادل" [2] والذي يستمد وجود من كل ما هو (منصف)[3]، ومن النافع[4] الذي يسند صرامته من حظر كل لا توازن فاضح بين الإلتزامات بشكل مؤثر جدا.

وفي إشارة لقراري محكمة النقض الفرنسية في قضية (**Poussin**) بتاريخ 22 مارس 1978 وكذلك 13 نوفمبر 1983 جاء فيه أنه من المناسب التفريق بين الغلط النقدي الذي يعتمد تطبيقا إقتصاديا مغلوطا إنطلاقا من معطيات صحيحة والغلط في القيمة النوعية للشيء الذي لم يكن في الحالة الراهنة سوى نتيجة غلط في الصفة الجوهرية، والغلط في هذه الحالة يجب أن يؤخذ به كغلط في الجوهر"[5]

كما أنه في قرار آخر، جاء القضاء الفرنسي ليميز بين قيمة حصص خالصة في الشركة والتي لا يمكن أن تشكل غلطا مرتبا للإبطال، وبين صفتها الجوهرية حول كونها أساسية لتأمين رقابة الشركة والحصول على إمكانية الإنتفاع بأحد العقارات والسماح بأحد النشاطات عن طريقها[6].

ولعل القانون الوضعي في سباق أمام تبني تقنية دقيقة في مجال نظرية عيوب الإرادة[7]، فإذا كان تغييب "الغلط في القيمة ضمان النظام العقدي ساريا منذ البداية، إلا أن نطاقا نظرية لا يستحق الإهمال في منطقة القانون الذي يجب أن يكون(**Lex ferenda**)، يشجع بالفعل نحو تهريب القواعد النظرية نحو مشروعية نظام مندفع على مبدأ عام بتصحيح كل توازن عقدي واضح وغير عادي.

الفرع الثاني : تغيير النظام القانوني للعقد على ضوء تطور قانون الأعمال

لما كان المثلث النظامي للعيوب الماسة بسلامة الرضا، إطارا لفحص مستوى الوفاء (fidelité) داخل العقد، وجوهرا أساسيا فيه، إلا أن درجة من الكلاسيكية والتقليدية في الأحكام في إطار محدودية صور هذه العيوب، والرقابة عليها من خلال جزاءات معلومة، حال دون مواكبة مع عصرنة العقد وظروفه

---

[1] - أنظر عبد المجيد الزروقي،احكام الغلط في مجلة الإلتزامات والعقود (محاولة نقد) دكتوراه كلية الحقوق ، تونس 2003، ص 258-261.

aussi, Kanani (Youssef) la lesion est elle une entité juridique autonome revue tunisiene, de droit 1978, S(I) .PP.46 et ss.

[2] Ghestin (J) traité, op cit n° 786 et ss

[3] Goubeaux (Gilles) op cit . P.402.

[4] Ghestin (J) l'utile et le juste, op cit.n°.791.

[5] أنظر جاك غيستان، المطول، ترجمة، مرجع سابق، ص 536.

[6] Cité par Ghestin (J), Traité, n° 495 et 770, et Goubeaux (J) op .cit . PP.398-401.

[7] لعل هذا المرجع الفقهي العام، خاصة بالنسبة للأستاذ (Ghestin) وتبنيه للأطروحة " العيوب، وخاصة الغلط كأداة للعدالة العقدية لمزيد من التفصيل، راجع، المطول، مرجع سابق، رقم 513.

الجديدة، وسط متطلبات "**أمن المعاملات**"، الذي فاق كثيرا البحث عن "**أمن العقود القانوني**"، وهذا بفضل تدخل عامل "إختلال التوازن الإقتصادي بين الإلتزامات، أكثر فأكثر، والقصور في توفير وسيلة علاجية واحدة تتمثل في الإبطال، في حين أن التطور الحديث للقوانين الخاصة التي شهدت تداخلا وتقاربا بين المنهج الحمائي في قانون الإستهلاك، والتنظيمي في قوانين الممارسات التجارية والمنافسة، الأمر الذي أظهر فيها الطريقة الوقائية في تأمين الحماية بشكل أكثر فعالية، وهو عبرت عنه حالتي، التعسف في الهيمنة الاقتصادية (**ثانيا**)، وكذلك الإستغلال التعسفي لوضعية التبعية (**أولا**)، اللذان أخذا في نظامي الإكراه، والإستغلال وجها يستحق إعادة النظر فيه من أجل عقلنة نوعية هذين النظامين، ولم لا يشجع نحو التأثر بما نمى عليه وأقدم مشروع تعديل قانون الإلتزامات والتقادم الفرنسي (**المادة1114-3**).

أولا: تجديد عيب الإكراه من خلال الإستعمال التعسفي لوضعية التبعية

عندما أصبح العقد أداة لضبط السوق، ظهرت العديد من المبادرات التشريعية، للحفاظ على **حرية الجميع في المنافسة**، وفتح المجال أكثر للمتعاملين الإقتصاديين، لكن بالدرجة نفسها ومقابلها يتم ضمان ترقية وتفعيل قواعد الحماية بما يفيد **تحسين فئة ضعيفة** (هي المستهلك)، مما أدخل العامل الأخلاقي في المعاملات أكثر فأكثر، ولعل أن المنظومة القانونية التي سادت منذ 1988، في إطار القانون **88-01** المتعلق بالقانون التوجيهي الخاص بالمؤسسات العمومية الإقتصادية[1]، وزيادة تفتح المنافسة بواسطة القانون **89-12** المتعلق بالأسعار[2]، ولحقه عقلنة السوق وتليين الممارسات التجارية في إطار الأمر **03-03** المتعلق بالمنافسة[3] قد وضعت الإرهاصات الأولى لمثل هذه الأرضية .

بيد أن صدور **الأمر 03-03** والمعدل والمتمم كذلك بالقانون **08-12** أكمل النقائص، من خلال الهدف الذي جاء من أجله، والمعلن عنه في المادة 1: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق، وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة، ومراقبة التجمعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين" وكذلك إلتحاق القانون **04-02** المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أفرز كله عن إتجاه نحو التمسك بمبدأ المنافسة ولكن كذلك، الإلتفاف حول المنافسة، ولعل تعداد قائمة الممارسات المقيدة للمنافسة الواردة على سبيل الحصر[4].

---

[1] الصادر في 12 جانفي 1988، ج ر ع 2.1988

[2] الصادر في 1989/05/05، المتعلق بالأسعار، ج ر ع ، 29.1989

[3] الصادر في 2003/05/19، ج ر ، 43، والمعدل في 2008/06/25، ج ر 36.

[4] ويتعلق الأمر بالفصل 2 من الباب 2، من المواد 6 على 14. مثل الإتفاقات الصريحة والضمنية المستهدفة لعرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها، تعسف في وضعية الهيمنة، الشراء استئثاري، البيع بالخسارة، وكذلك إستغلال وضعية التبعية الاقتضادية.

ولعل آخر ما جاء في تلك القائمة، وهو يتعلق بـ "التعسف في إستغلال وضعية التبعية الإقتصادية، التي تميزت بحداثتها منذ2003، بموجب **المادة 11**[1]، وحيث تنص فيه "يحظر على كل مؤسسة التعسف في إستغلال ووضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة، يتمثـل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بغير مبرر شرعي.
- البيع المتلازم أو التمييزي.
- البيع المشروط بإقتناء كمية دنيا.
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى.
- قطع العلاقة التجارية عند رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة.
- كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل سوق.

وهو نص أظهر فيه صورة حماية أطراف ضعيفة عقديا، وغير متكافئة الإلتزامات إقتصاديا، وسط قصور ومحدودية في إعمال نظرية " التعسف في إستعمال الحق في إطار القانون المدني، التي كانت فـي البداية خارج أي حكم (فهي حكم خاص)، إنما و منذ تعديل القانون المدني في 2005 أخرجه إلـى نظـام المسؤولية التقصيرية، مما صعب معه تدخل القضاء لإعادة التوازن، أو تـصحيح العلاقـة العقديـة فـي الممارسة التجارية، مع أن فكرة التعسف ممركزة بالفعل في هذه الأوضاع إلى حد إستدعاء العدالة العقديـة لمعالجتها، خاصة وأنه يتعدى حماية المؤسسات في إطار عصري.

ولعل تعريف المشرع في **المادة 3-د** في إطار **الأمر 03-03**، لها بأنها "العلاقة التجارية التـي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا"، مع أنه في **1995** لم يتعرض له، على خلاف المرسوم التنفيذي **2000-314** المؤرخ في 2000/10/14[2].

وتحقق وجود التعسف في إستغلال وضعية التبعية الاقتصادية كإحدى صـور الممارسـة المقيـدة للمنافسة، يتوقف على أن المؤسسة عوضا عن مصطلح عون إقتصادي يمنع عنها إستغلال مؤسسة أخـرى

---

[1] متأثرا بتكريس القانون الفرنسي للمفهوم بموجب الأمر 86-1243، الصادر فـي 1986/12/01، المتعلـق بالأسـعار المنافسة

[2] الصادر من أجل تنفيذ القانون (95-06) وتنص في المادة 5 منه، " يعتبر تعسفا في وضعية الهيمنة على سـوق أوعلـى جزء منه، كل فعل يرتكبه عون إقتصادي في وضعية هيمنة على السوق المعنية يستجيب على الخصوص للمقاييس الآتية:
- المناورة التي تهدف إلى مراقبة لدخول على السوق أو سيرها والمساس المتوقع أوالفعلي بالمنافسة، وغياب حل بديل بسبب وضعية تبعية إقتصادية.

والتبعية لها سواء أكانت شخصا طبيعيا أو معنويا، خاصا أو عاما[1] بمناسبة ممارستها لنشاطات الإنتـاج أو التوزيع أو الخدمات بصفة دائمة، وتحقق **التبعية** يكون في إطار وجود علاقة تجاريـة بـين مؤسـستين، أحدهما تابعة تتميز بقبولها المفروض للشروط التي تضعها لها المؤسسة المتبوعة[2]، والتي تتدخل بسبب عدم قدرتها على تعويض خسارة النشاط الناجمة عن قطع العلاقات ولسبب من الأسباب [3] ، وعادة ما تظهر في **صورتين**: أن هناك تبعية مؤسسة زبونة لمؤسسة ممونة على أساس إستغلال عنصر وجود علامة تجاريـة مشهورة لتسويق المنتوجات[4]، أو على عوامل وآفاق التعاون في مجال الأعمال والإسـتثمارات، أو كـذلك إستغلالا لوضع ندرة السلع وغيرها، كما أنه يمكن أن تنقلب التبعية من الممون إلى الزبون، وذلك بـسبب تعسف هذا الأخير إستغلالا لقوته الشرائية[5].

ولعل التبعية لا تكفي كصورة محظورة في ممارسة قانون المنافسة، وإنما يتعين ظهـور إسـتغلال وضعية التبعية إستغلالا تعسفيا، والذي سيؤدي إلى تقييد المنافسة، حسبما نصت عليها **المـادة 2/11 مـن قانون 03-03**، وأعادت ذكر معظمها المادة **15 من القانون 04-02** ، والتي إما أنها تستند إلى المـساس بعملية البيع التجاري ومخالفة قواعد الأسعار[6]، أو أنها تمس وتخل بقواعد المنافسة في السوق بشكل غيـر مبرر، والتي تلغي عنها أي منفعة، مع التأكيد على أن الأعمال التي صـنفها القـانون**04-02** والمحـدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية حول نزاهة الممارسات التجاريـة (**الفـصل الأول مـن البـاب الثالث**)[7]، ووصفها بالممارسات التجارية غير الشرعية، لا تدخل ضمن التعسف فـي إسـتغلال وضـعية التبعية، ولعل السبب القانوني لهذا الفصل بين الأحكام،يعود إلى الهدف المقرر لكليهما، **فالأول** موجه نحـو ضبط المنافسة في حياة المعاملات والأعمال، في حين أن **الثاني** يخص منطقة أضيق في المنافـسة وهـي

---

[1] قارن بين المادة 3 من الأمر 95-06 والمادة 3 من فقرة(أ) من الأمر 03-03 والمعدل والمتمم بالقانون 08-12 ليعود القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 1/3 ، ويستخدم مصطلح عون إقتصادي .

[2] قارن مع نوال إبراهيم، الإتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، ماجستير ، جامعـة الجزائـر، 2004، ص 21. و كذلك مزغيش عبير . التعسف في إستغلال وضعية التبعية، ماجستير، جامعة الجزائر، 2008، ص ص 41-48.

[3] قارن موالك بختة، التعليق على الأمر 03-03 المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ج 41- ع 01. الجزائر، 2004-ص18، وكذلك 34 و 35

[4] Aurguet (Yves).droit de la concurence, droit interne, Ellipses .Paris .p.16 et 17-19.

[5] Didier (Paul), et Didier (Philippe), droit commercial .introduction général, l'entreprise commerciale, Economica. Paris. 2005..561 et (Martine Bechar Zonehons), (Georges) Virassamy (Sous la dir) Jacques Ghestin, les contrats des distributions. LGDJ. Paris .1999.P.71.

[6] أنظر مزغيش عبير، مرجع سابق، ص ص 63 وما يليها. مع أنها ليست خاصة بالإستغلال التعسفي فقط ، لأنها تخـص شفافية الممارسات.

[7] أنظر خاصة المواد 17 – 17 -18 و 19.

الممارسات التجارية إلى الحد المطلوب فيه السهر على نزاهتها وشفافيتها في حماية المستهلك بوصفه قطبها الرئيس[1].

ولعل النظام القانوني الذي خصه المشرع لحالة التعسف في إستغلال وضعية التبعيـة الإقتـصادية، فعَّله تكميله بالوسائل والأدوات القانونية التي تكفل التسوية الملائمة على نحو عادل وفعال، من خلال جهاز **مجلس المنافسة** الذي يتكفل" بالسهر على تشجيع الضبط الفعال للسوق وضمان بأية وسيلة ملائمة (...)"[2]، كما أنه يتولى التحقيق في الأوضاع المشكلة لممارسات مقيدة للمنافسة[3]، مضافا إليه دور القـضاء المهـم لدعم دور المجلس[4].

أما نظام العقوبات المقررة في هذا الشأن فيلفت الإنتباه ، إذ بالإضافة لفئة التـدابير المتخـذة مـن مجلس المنافسة من غرامات مالية[5]، فضلا عن الأوامر والتدابير المؤقتة الصادرة عـن وزارة التجـارة[6]، هناك جزاءات قضائية ملحقة، ألغت فيها بموجب الأمر 03-03 الطابع الجزائي[7]، فـي حـين أن **الـشق المدني**، مهم جدا، إذ يظهر من خلال **المادة 13 من الأمر 03-03** النص على "أنه دون الإخلال بأحكـام المادتين 8 و 9 من الأمر، يبطل كل إلتزام أو إتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظـورة بموجب المواد 6 و 7، و 10 و 11 و 12 أعلاه" . سلطة الإبطال لدى قاضي الموضوع يسبقه قرار مـن مجلس المنافسة[8].

وهنا بالذات نرجع إلى التساؤل عن إطار وطبيعة الإبطال بالنسبة للإسـتغلال التعـسفي لوضـعية التبعية ؟.

---

[1] قارن، لينا حسن زكي، الممارسات المقيدة للمنافسة، والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، دكتوراه كلية الحقوق، جامعـة حلوان، 2004، ص ص 225-23.

[2] أنظر للمادة(34) من الامر (03-03) و المعدل و المتمم بالقانون(08-12).

[3] نصت عليها المواد،49،38 مكرر، و خاصة 50 و51 من الامر(03-03)، و المعدل و المتمم بالقانون (08-12).

[4] أنظر المواد 63 /2 و إلى 69 من الأمر المذكور أعلاه.

[5] نصت عليها المادة 56 و ما يليها من الأمر المذكور أعلاه.، تحت عنوان"العقوبات المطبقة علـى الممارسـات المقيـدة للمنافسة و التجميعات بإعتبارات غرامات تهديدية أو مالية.

[6] أنظر المادة 46 من الامر(03-03) .

[7] كان الطابع الجزائي منصوصا عليه في الامر (95-06) في المادة 15 بتحريك مجلس المنافـسة الملـف إلـى وكيـل الجمهورية عن حالة إحتيال في تنظيم و تنفيذ الممارسة المنافية للمنافسة، و تخضع للإجراءات الجزائية ،و هـو نفـس التوجه الذي سبقه إليه المشرع الفرنسي ، في الأمر(86-1243) الصادر في (1986/12/01) المتعلق بحريـة الأسـعار والمنافسة.

-Bont(Roger).Code Lamy.Droit économique.1999.code de conccurence et distribution et consommation.

[8] أنظر للمادة 13 من الأمر(03-03).

"إننا بالرجوع إلى المادة **88 ق م** التي تقرر حالة الإكراه تحت سلطان الرهبة البينة التي من شأنها أن تنشأ لدى المتعاقد الآخر دون وجه حق، بسبب تصوره لخطر جسيم محدق يتهدده حيث تستدعي إبطـال العقد تأسيسا على المصدر معيب للرضا، وإذا قارنا بينهما (أي الإكـراه بـالمفهوم التقليـدي، والإكـراه الإقتصادي بالإستغلال التعسفي لوضعية التبعية) لوجدنا في هذه الأخير صورة تحقق علاقة تجارية (وهي العقد) تحت ضغط وإكراه تسببت فيه ظروف الحال وعامل الخوف من تحقق خسارة أكيدة من المؤسـسة، وكذلك في وضعيتين، إما بواقع ما يمكن أن ترتبه قطع العلاقات من خسارة النشاطات المهمة، وإما بعـدم قدرة المؤسسة المهيمنة على تعويض خسارة الناجم عن قطع العلاقات وفي كلتاهمـا لا يمكـن للمؤسـسة الوقوف على حلول ملائمة معادلة لما ستخسره[1].

الأمر الذي أثار **خصوصية البطلان** الذي قرر في حالة الإستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة، وهـو بطلان مطلق، إستند على عدم مشروعية ممارسة تجارية، مست بنزاهة وحرية المنافسة عصب الإقتـصاد الوطني، وبالتالي الإعتداد بها ضمن النظام العام الإقتصادي، يستوي في ذلك أن يتعلق بصفة تعسف واردة على عقد وإتفاق ككل أو شرط فيه ، لأن القاضي هو ما عليه تقدير الجوهرية كصفة في الشرط في الحالـة الأخيرة.

إلا أننا مع التقدم الذي حظي به تحديث القانون المدني من أفكار في إطار **مشروع تعـديل قـانون الإلتزامات والتقادم الفرنسي(CATALA)** بالخصوص في مسألة **المادة 1114-13 الجديدة**، والتي تنص: "يتوافر الإكراه أيضا عندما يتعهد أحد المتعاقدين تحت تأثير حالة من الـضرورة أو التبعيـة، إذا إسـتغل المتعاقد الآخر وضعية الضعف هذه ليستمد من الإتفاق منفعة زائدة بشكل واضح. تقدر وضـعية الـضعف وفق مجمل الظروف بعد الأخذ بعين الإعتبار-بوجه خاص- قابلية التأثير لدى المتعاقد الذي وجد في هـذه الوضعية أو وجود علاقات سابقة بين المتعاقدين أو التباين بينهما على الصعيد الإقتصادي"[2].

ولعل المآل غير العادل يمثل صورة الإكراه الإقتصادي بالنسبة لثروة الأشخاص وأمـوالهم، فهـذا النقد تجاوز على حد تعبير الأستاذ**Stoffel Phillipe** " العدالة بالمفهوم الضيق إلى صـيغة مـن الـدواعي التضامن في علاقة الإتجار مع الغير"[3].

وإن طبيعة هذه الوضعية هي "عيب ضعف"[4]، إذ ذهبت **محكمة النقض الفرنـسية** فـي **3 أفريـل 2002** إلى القول "بأن الإستغلال التعسفي لوضعية التبعية الإقتصادية تتحقق من جراء الرهبة مـن خطـر

---

[1] مع العلم ان المشرع الجزائري لم يعرف هذه الحالة، إلا ان مجلس المنافسة الفرنسي في 1997 تولى ذلك.
- Martine Behar-Touchais.Virassamy(Georges),les contrats de distributions …1999.p.71.

[2] أنظر لترجمة مشروع كاتلا (Pièrre Catala) ، مرجع سابق، ص 124.

[3] Stoffel (Philippe).Autour du consentement et la violence économique,in.Actes du Colloque du 25/10/2005.la réforme du droit des contrats .RDC.Janvier.2006.p.51.

[4] Ibid.pp.52 et 53.

مهدد مباشرة للمصالح المشروعة للشخص، مما عيب بإكراه رضاه"[1]. وهذ ما حقق لدى الإجتهاد القـضائي إستقرارا وديمومة في الوصف منذ ذاك الوقت للإعتراف به إكراها إقتصاديا.

إن تشريعنا ببقائه على وضع محدود من خلال الإستقرار على نظام الإكراه الكلاسـيكي، وكلاسـيكية بطلانه النسبي جزاءا، باترا بذلك كل صلة بالتطور الذي آلت إليه المعاملات والعلاقات التعاقدية، وأعقبهـا تخصيص نصي وتنظيمي خارج حدود القانون المنظم للممارسات التجارية.

وتقريره لبطلان مطلق في طابع مدني خاص، يستدعي الإستفسار ويتفاؤل ما دمنا لم نخـرج عـن الإطار التقني الوارد تقليديا، فما الذي يحول دون إعادة ربط هذا النظام بقواعد عيوب الرضى للحفاظ على التركيبة الأصلية وتحديث الأحكام القانونية، على الأقل ستكون صيغة كهذه ذات تجانس مقارنة للمآخذ التي ردت على نص التعديل في القانون الفرنسي، لأن **مشروع Catala**، ومع أنه حسن من صورة عيب الرضى في الإكراه، إلا أن إعترافه بمبدأ تصحيح العقد " كصورة حديثة للبطلان[2]، التي يؤخذ فيها بحماية المصلحة العامة، والخاصة على التوالي، بموجب المادة **1129-4**، لاقى بالمقابل ردا على عدم فائدتها فـي مجـال الإكراه الاقتصادي، وأن الأمر يتوقف على الطموح في القانون الوضعي للعقود.

ثانيا: التعسف في إستعمال وضعية الهيمنة

تبعا لحماية مصالح المتعاملين الإقتصاديين وكذلك المستهلكين بواسطة تركيبية تنظيمية من قـانون المنافسة، والقانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإن ضمان حـسن سـير الـسوق، وحمايته ضد محاولات الهيمنة والتعسف في السيطرة الإقتصادية أصحبت هي الأخرى من أخطر المظاهر المميزة لمجال الممارسات المقيدة للمنافسة[3]. وكذلك نطاقا معرفا لحالات التعـسف فـي إسـتغلال القـوة الاقتصادية بشكل عام[4]، إضافة إلى التعسف في إستغلال التبعية.

ولعل أن التعسف في وضعية الهيمنة في السوق، تعد إحدى أطروحات التقاطع بـين الـسياق القـانوني - إقتصادي في النظام القانوني الجزائري.

---

[1] Arr.Cass.civ.1er-3 avril.2002.Kannas (C).Bordas et Chazel.D.2002.Somm.p2844.aussi pour plus de détail,voir Ghestin(J).Traité.op.cit.pp.730 et ss.

[2] أنظر للمادة 1129-4 من مشروع التعديل لقانون الإلتزامات و التقادم (كاتالا)، و التعليـق الـوارد فيهـا مـن طـرف الأستاذ Simler Philippe حول المشروع.مرجع سابق .ص ص .68-74 .

[3] و ذلك بالرجوع ألى المادة (14) من الامر (03-03) التي تعتبر كلا من إستغلال وضعية التبعية ، و الهيمنة صورتين للممارسات المقيدة للمنافسة.

[3] فقد غاب التعريف إستتباعا للأمر (95-06) إلى غاية 2003 ، و بالرجوع إلى القضاء الاوربي ، فقد عرفـه "بـالقوة الإقتصادية المحوزة من طرف مؤسسة و التي بموجبها تستطيع من طرف مؤسسة ، و الت بموجبها تـستطيع مـن طرف مؤسس و التي بموجبها تستطيع إعاقة المنافسة الفعلية في السوق ، و إنتهاج سلوك يتسم بقدر كاف من الإستغلال ، إزاء منافسيها و عملائها ، والمستهلكين على حد سواء .

CJCE.du 14/02/1978 et Vogel (V).et Vogel (l). le droit europeen des affaires. Dalloz. (M.J). p.77. Barratin (L.Ph). et Campana. Gaz. Pal. 13/02/1997. pp.243-246.

وإنه من خلال **المادة 3/ج من قانون 03-03**، تعرف وضعية الهيمنة بأنها "تلك الوضـعية التـي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة إقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيـام منافـسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها وزبائنها أو ممونيها". ولعـل أن هذا التعريف يستدرج إلى منهج التفكيك الوارد على عناصر المفهوم، فالأمر يتعلـق بفكـرة "الهيمنـة" (puissance économique) التي إستدركها المشرع على حساب غيابه قبل 2003[1].

وجاء قبل 2003، تعريف السوق في وضعية هيمنة، بموجب **المرسوم التنفيذي رقم 2000-314** المؤرخ في 2000/10/14 والمحدد للمقاييس المبينة للعون الاقتصادي فـي وضـعية هيمنـة والمقـاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في تلك الوضعية، بأنه يقصد "بالسوق أو جزء من السوق المرجعي، لتحديـد وضعية الهيمنة، السلع أو الخدمات التي يعرضها العون الاقتصادي والسلع أو الخدمات البديلة التي يمكن أن يحصل عليها المتعاملون أو المتنافسون في نفس المنطقة الجغرافية". ومن خلال ا**لمادة 2 مـن المرسـوم** المذكور أعلاه تبينت تلك الصيغة التي رسمها المشرع في حصة السوق التي يحوزها العون مقارنـة إلـى الحصة التي يحوزها كل من الأعوان الآخرين ومن خلال الإمتيازات القانونية المحددة للعلاقـات الماليـة والتعاقدية والعملية بين الأعوان.

أما التعسف في إستعمال وضعية الهيمنة، فقد حددت أوضاعها بمجموعة أعمـال تعرقـل المـسار الطبيعي للنشاط الإقتصادي بموجب المادة **7 من الأمر 03-03** المتعلق بالمنافـسة، فقـد عرضـها بتلـك الحالات التي يقصد بها:

- الحد من الدخول في السوق،أو تقليص ومراقبة الإنتاج، واقتسام الأسواق، عرقلة تحديـد الأسـعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع الارتفاع الأسعار لإنخفاضها .
- تطبيق شروط غير متكافئة للخدمات إتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم مـن منـافع المنافـسة، وكذلك إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية لا صلة لها بموضوع العقود...."[2].

ولعل الهدف العام المقرر لقانون المنافسة، هو ضمان حـسن سـير وضـبط الـسوق، وشـفافية الممارسات، في سياق لم يتمكن لا المفهوم التقليدي للتعسف من حماية طرف ضـعيف كالمـستهلك لأنـه

---

[1] قارن محمد الشريف كتو.حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة.مجلـة إدارة .ع(2).ص ص.63-64. و كذلك لينا حسن ذكي.الممارسات المقيدة للمنافسة أو الوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها.مرجع سـابق.ص ص 160-165. و أيضا مزغيش عبير.التعسف في إستغلال وضعية التبعية الإقتصادية. مرجع سابق.ص ص .30-33.
كما أن المرسوم(2000-314) في المادة (5) ذاكرا حالات أخرى سابقا ، كتلك الممارسات التـي تتعلـق بالمنـاورات الهادفة إلى مراقبة الدخول إلى السوق أو سيرها المناورات الهادفة إلى مراقبة الدخول إلى أو سيرها و غياب بديل عن وضعية التبعية.
Stoffel(Ph).Autour du consentement et de la violence économique.op.cit.pp.58 et 59.

[2] أنظر محمد الشريف كتو,مرجع سابق.ص,64.و كذلك لينا حسن ذكي .مرجع سابق.ص ص.208 و ما يليها.

المتضرر المباشر من أوضاع فرض إستغلال الهيمنة في السوق، ولا الأعوان في المستوى نفسه بما لا تستجيب إليه قواعد القانون المدني في إطار عيوب الرضى، خاصة المتعلقة بالإستغلال والغبن أو الإكراه أيضا.

ولعل الإتجاه العام خاصة، القضائي لا يسمح بمعالجة أوضاع كهذه تتميز بالديناميكية والتطور مما يستدعي الفعالية، بل وأصبح من الضروري إدخال آليات لتصحيح العقود ذات الطابع التجاري، ضمانا لإعادة التوازن للطرف الأضعف[1].

وكل إعادة توازن هي بمثابة تكريس لقيمة العدالة في المعاملات حتى تكون أكثر نفعا وفعالية، مما يفسر بأهمية أن تجسد الحماية والوقاية ولو في نصوص خاصة، تستحق هي الأخرى النظر لتعميمها في الأوضاع الشاملة للعقود من أجل تحسين صورة التكريس التشريعي لما هو (قانوني – إقتصادي) (juridico-économique)، وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بفهم وضعية الهيمنة الإقتصادية بين قانون المنافسة وقانون العقود، فهو يستند على "ضغط تنافسي"[2] تعيشه المؤسسة يجعلها في وضعية خيار عن البدائل، ولأن الصورة المعاصرة لحياة الأعمال بالنسبة لها (أي بالنسبة للمؤسسة) هي "الإكراه الإقتصادي عموما، وبالذات إكراه تنافسي (contrainte concurentiel)، ولعل محاولة الحفاظ والمحافظة على التوازن العقدي في حضور لامساواة إقتصادية، أخرجت المبادرة في التعديل في **المشروع الفرنسي المادة 1114-3** فكرة تقدير الرضى على ضوء الإكراه الإقتصادي على نحو مشجع في تحديث قانون العقود، يعتبر طموحا تشريعيا متميزا، بالاستناد على آليتي ضبط السوق والقاضي في هذا المسار.

المطلب الثاني: ملاءمة قانون العقود مع مقتضيات ميدان المعاملات

عندما كان القانون الإنجليزي للعقود يوصف بالواقعية والفعالية، لأن الإلتزامات التعاقدية مصدرها الأصلي والأساسي الممارسة العقدية المستمدة من معطيات حقيقية، تتآلف فيما بينها الظروف والعوامل التي تتميز بالمرونة والتطور، مما أكسبها الخضوع للتقاليد العقدية أكثر منها للقواعد القانونية، ولأن جوهرها الموضوعي عدالة وإنصاف وأخلاق، أما جوهرها الشكلي، فقواعد ذات مرونة وإنتفاح.

وعندما أصبحت القوانين المعاصرة ليست مجرد نصوص جامدة، مرآة عاكسة عن العلاقات العقدية كما هي (Lex lata)، بل قالبا لما يعرف بالعدالة العقدية، وإذا كان الفقه الفرنسي بمعية الأستاذ **Ghestin Jacques** ، هو الذي وضع إرهاصاتها التصوراتية وعقبته الأنظمة القانونية في جهود لإعادة هيكلة

[1] Grynbaum(Luc).vers un droit de rétraction généralisé ?.RDC.avril.pp.526-529.

[2] Cf. Payet(Marie-Stéphane).puissance économique,droit de la concurrence et de droit des contrats,RDC.octobre 226.pp.1338-1341.et Bourgeon(Ch). A propos de l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat de vente.RDC.2003.p.243.Lamni Azeddine.Notion et régulation de l' abus de puissance économique,mémoire.Université Sidi Mohamed Ben Abdellah.Fés.2008.n°.205-209.

سياستها التشريعية والمضامين النصية، فلا يمر أي قانون مدني، أو قانون عقود إلا و يقـف وراء ماهيـة أخلاقية، توازن عقدي، وتضامن وأخوة وغيرها.[1]

وهذا ليس لسبب إلا لأننا باشرنا حياة عقدية قوامها، فكرة معاملات وأعمال بدل إبرام عقد بالمفهوم التقليدي، وهذا الذي ظهر في القانون الوضعي الجزائري للعقود **(الفرع (2))** ، حيث لم تكن هذه الصورة لتظهر لولا إسهام أرضية مهيمنة تعرف بالعولمة العقدية و(**الفرع (1)).**

الفرع الأول: تأثير العولمة العقدية على النظام القانوني للعقود

إن تحميل الدعائم الإقتصادية إلى البيئة العقدية أظهر تأثير العولمـة، التنـافس القـانوني وتعـدد المتغيرات القانونية، ومنها تعدد في المعالجة والتنظيم، كما أن العقود شهدت تداخلا وتقاربا، بل تركيبا أزال عنها أي أصالة مع القانون الوضعي للعقود.

وإن من مظاهر "عولمة العقد "هيمنة قانون الأعمال والمعاملات، بواسطة رفع الحدود بين ما هـو قانون مدني، قانون تجاري، قانون البنوك، والبورصة، قانون المنافسة، قـانون الإسـتهلاك، والـشركات، والملكية الفكرية....وغيرها. فإذا كان العقد ظاهرة ومفهوما قانونيا تقليديا، إلا أنه راح يؤثر على العولمـة المعاصرة والحديثة التي لطالما كانت تحمل طابعا إقتصاديا وسياسيا، خاصة بالنسبة للمفاهيم والمؤسـسات القانونية القائمة، وأصبح اللجوء إلى الأدوات العقدية الفردية من قبيل منهج ممارسـة العقـود " Pratique des contrats"، بل وأخرج إلى النظام الوضعي إرادة لتفضيل "السياسة العقدية" أو "الإدارة العقدية" التـي أصبح يبحث عنها بمناسبة تطور المجتمعات، التكنولوجيات وخاصة العقلية الداخلية في تنظـيم مؤسـسات العقود بالنسبة لكل دولة.

ولعل فهم ظاهرة العولمة العقدية تستند إلى المتعاملين القانونيين، ودور المؤسسة العقدية، وأخيـرا منطقة التأثير المباشر للعقد في بيئة معلومة، وهذا بالذات يتطلب تحديد مكانة الدولة الحالية في المنظومـة القانونية، تلك هي الصورة التي أصبح عليها قانون الإلتزامات في الجزائر على المستوى الدولي، إذ أصبح تبني سياسة تعدد المبادلات والمتعاملين الإقتصاديين منهجا لتجنب القواعد القسرية على مستوى القواعـد الداخلية للدول، وخاصة فكرة ترشيد الإحتكار ومنظومات العقود، وهذا ساعدته ظـاهرة تنـامي التنظـيم القانوني للمؤسسة العقدية دوليا (**أولا**)، لكن علينا، إرجاع فضل هذه الشمولية إلى "ممارسة العقـود" التـي إنجذبت أكثر فأكثر نحو بيئة التجارة الدولية وتطور هذه الأخيرة (**ثانيا**).

أولا: تجديد دور العقد على ضوء العولمة

في ظل مسلمة تطور ظاهرة العولمة، أصبح العقد مفهوما عالميا و منفتحا على كل المجتمعات وكل المنظومات القانونية العالمية[1]. وسيلفت النظر نحو ترجمة مفهوم العقد في الأنظمة القانونية.

[1] Pour Plus de detail voir les approches relevées dans les études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au debut. Du XXI, Siecle, LGDJ, 2001.

يتعلق الأمر **بالقوانين الشرقية (آسيا، وإفريقيا)**، حيث كان الوضع لا يولي أهمية لدور العقـد ولا لمكانته المركزية، وإنما لفكرة "**الواجب**" أو "**الإلتزام**" والتي غالبا ما كانت مضمونا "**أخلاقيا**" مؤسـسا علـى مركز الشخص المتعاقد بالنسبة للآخر، أو بالنسبة لتجمع إجتماعي[2]، وكذلك بالنسبة للقانون **الروماني** الـذي تهيمن فيه صورة "**الإلتزام**". **وثانيها** يعتمد على خاصية أساسية للعقد، وهي ذات **طابع إقتـصادي**، والتـي تجعل من مفهوم التبادل الحر وملاءمته كنموذج خاص، وهو ما يفتح التنظيم الداخلي علـى وسـط مـن "التوازن التنافسي"[3] للسوق. أما **ثالثها**، فتتعلق بترجمة العقد لإيديولوجية جوهرية، بما يمثل تنظيما عالميـا، بواسطة سلمية و **تدرج في القيم**، خاصة في المجال العقـدي (Hiérarchisation des valeurs). وبالتـالي، تكون هذه القيم هي المعيار المفروض على الروابط العقدية بعلاقتها مع الروابط الإجتماعية[4]، وهو ما يحدده بالفعل الإطار التشريعي للعلاقات الإجتماعية، حيث تصاغ الصورة المعاصرة للعقد، والتي لن تخرج عـن الظاهرة التعاقدية.

وإذا كان العقد، كمفهوم قانوني ليس المصدر المؤسس للعولمة، وإنمـا ذلـك الخطـاب القـانوني المعاصر للعقد هو ما بات يترجم على ضوء الرؤية الإقتصادية للقانون[5] إلى الحد الممكن، فعناصر إقتصاد السوق وحرية المبادلات هي أهم عامل للتطور، جعلت و ثبتت أسبقية نشأة النظام الإقتصادي علـى فكـرة الحرية العقدية ومؤسسة العقد، ومنها تفسر العلاقة على أن هناك "إستعمالا لشكل عقـدي كـآداة لتـسهيل المبادلات"[6]. ويترتب على هذه الرؤية في مفهوم "التعاقدية" إنفصاله عن النظرية السياسية والقانونية للعقـد الإجتماعي، وحتى القانون الطبيعي.

وإن إستفسر عن الصيغة الحديثة للعولمة العقدية كانت الجوانب المؤسـسة لهـا علـى **ثلاثـة (3) معطيات**: **الأولى**: وجود سوق تنافسية كآلية لتنظيم العلاقات بين المجتمعات[7]، **وثانيها**، تداخل بين عناصـر السوق تفرض فيها نظرة عالمية للمعاملات وتراتبية القيم وأولوية الوسائل القانونية المتاحة[8]، ولعل هذا مـا

---

[1] Caillosse (I), sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration .in . Cadiet (L), Le droit contemporain des contrats, économica, Coll, Trav, Fac du Rennes, 1987, pp 89- et ss.

[2] Fallon (D), Vers un droit enropéen du contrat, mélanges offerts à André Coloner, litec, Paris, 1997, PP 485-489..

[3] Lagarde (P), Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigneur de la convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. Crit .Dip, 1991, p 287.

[4] Cf.Canivet (Guy), La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière de la cour de cassation. Mélanges de Pierre Bézard, Montchrestien Paris, 2002, pp 261 et 262.

[5] Léonnet (Jean), Ethique et droit économique, in mélangés de Pierre Bézard, Montchrestien, Paris, pp 232- 234.

[6] Ibid., p 235.

[7] Gryubaum (L), op .cit pp .23 et ss.

[8] Cf. Lecuyer (H), Le principe de proportionalité, op.cit, pp .22-25, et Mazeaud (D), La politique contractuelle. Op cit, p .388.

يفرض على التشريعات الوطنية من تخل عن كل خصوصية وإنفرادية، **وأخيرا** فإن العقد ليس إلا شرطا من شروط التوازن: توازن في السوق وتوازن بين الذمم والإلتزامات، ومنه كان للعولمة أن "دفعت للقبول بقيمة العقد في الأنظمة القانونية الوطنية كمستوى أسمى عن أي أدوات قاعدية"[1].

وإن كان هناك فضل يرجع لهذه النظرة، فلأن العولمة هي التي أصبحت تفرض على الدولة التعامل مع المؤسسة القانونية للعقد على أساس "الثقة في الآخر"[2]، لأنه لم يعد هناك حرية عقديـة، وبالتـالي نمـو مبادلات، إلا بمقتضى شرط الإندفاع بعامل الثقة في/ وبواسطة التعاقد، ومنها كان **للقانون الدولي الخاص** الدور في خلق النظام العالمي الأدنى- كنواة صلبة- من القواعد الجوهرية للعقود الدولية، خاصة بالنـسبة لنماذج معينة من العقود الدولية، وكذلك بالنسبة **للقانون الدولي العام** الذي فرض على الدول مواكبة السياق المعولم للمبادلات والمعاملات في إطار تتماشى فيه القاعدة الإقتصادية مع القانونية في مؤسسة العقد ، وهو ما ركزت عليه الظاهرة التعاقدية كمفهوم مركزي أمام هيئات دولية، **كالمنظمة العالمية للتجـارة، البنـك العالمي، وصندوق النقد الدولي، والمؤتمر الدولي للتنمية التابع للأمم المتحدة**، ولعل الجزائر في إلتزامها وتعهدها الدولي ظهر مستوى معتبر- و إن كان يوصف أحيانا بالمحتشم- في تحقيـق مـستوى التـسيير العقلاني والرشيد للموارد الطبيعية والإقتصادية.خاصة بدخولها عضوا في إتفاقيات دولية، كإتفاق (**Berne**) لحماية الملكية الأدبية والفنية، وإتفاقية **باريس** للملكيـة الـصناعية[3]، وكـذلك تبنـي القواعـد الموحـدة (**Unidroit**) المتعلقة بعقود التجارة الدولية منذ (1994)، والتي إتخذت صيغتها الجديدة في 2004، أيـن ذاب فعلا إحتكار الدولة للتجارة الخارجية نهائيا بواسطة برنامج التحسين الهيكلـي للمـوارد والمؤسـسات والذي سمح بحرية المبادلات التجارية وحرية مضبوطة للتعامل بالصرف بالنسبة للمتعاملين الإقتصاديين.

كما أن ترقية الإستثمار كوجه جديد للمعاملات في الجزائر خصص مبدأ إحتـرام البيئـة كإحـدى مظاهر تطبيق "**التنمية المستدامة**"، وكان هذا منذ الإنضمام إلـى إتفاقيـة التنـوع البيولـوجي (**Rio de** Janeiro) في 05 جوان 1992، وكذلك إتفاقية **كيوتو** لـ11 ديسمبر 1997 والموقعـة عليهـا بموجـب المرسوم الرئاسي في 28 أفريل 2004. وكذلك الخضوع لإتفاقية فيينا حول البيع الدولي للـسلع منـذ 11 أفريل 1980، والمدعم بإتفاقيات التحكيم، منها ، كإتفاقية نيويورك 10 جـوان 1988[4] وإتفاقيـة تـسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الأعضاء في CIRDI منذ 21 جانفي 1995[5]، وكـذلك إتفاقيـة إنـشاء

---

[1] Sueur(J–J), droit économiques et méthodologie, Mélanges en l'honneur de Farjat (G), éditions Frisons-Roche, Paris 1999, PP 292-293.

[2] Comme ci cité par Jacques Ghestin et Durkheim .et Max Weber .Cf.Supiot Homes juridicus, Seuile, 2005, p .173.

[3] الإتفاقية باريس من 1966، إتفاقية مادريد حول العلامات منذ 1972، وتسوية Nice حول التصنيف الـدولي للمنتوجـات والخدمات لتسجيل العلامات منذ (1972).

[4] قانون 88- 18 لـ 18 جويلية 1988.

[5] الإتفاقية صدرت في 18 جوان 1965، والمصادقة عليها بأمر (05-04).

الوكالة المتعددة الأطراف لضمان الإستثمارات (AMGI) في سبتمبر 1986، والتي دخلـت حيـز النفـاذ 1988 بموجب الأمر (95- 05)[1].

ثانيا: إنعكاسات تطور التجارة الدولية على المنظومة القانونية العقدية

لما كان الوضع الحالي قائما على ظاهرة "الممارسة العقدية" أصبح من المنطق تبريرمؤسسة العقود بما وصلت إليه من شكل وغاية على ضوء العادات المهنية والعقود النموذجية، التي أسهمت فيها القواعـد الدولية بتكريس أبعادها القانونية، كما هو الشأن بالنسبة للأرضية التي وضعتها المنظمة العالمية للتجـارة، وكذلك مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة الدولية منذ 2006.

ويجدر الالتفات إلى إطار التعاون الإستراتيجي للأمم المتحدة مـع الجزائـر والمخطـط لمرحلـة 2010-2014 (**SNU**)، والتي لم يعد فيها شك في مستوى التنمية الذي وصلت إليها الجزائر، حيث شُـهد لها في ترتيب ضمن عشر دول التي حققت مؤشرا معتبرا في التنمية البشرية[2].

لا سيما على المستوى الإقتصادي، فإنه بعد أن تم تحديد أولويات التنوع الإقتصادي، وبالخـصوص عندما يتم التركيز على مبدأ العدالة والإنصاف في المعاملات وحياة الأعمال، فإن موضوع "حرية المبادلات وتسهيل المعاملات التجارية " ضمن التحدي العملي الذي يتطلب حاليا ومن الآن فصاعدا الإنصياع لبرنامج دعم القدرات التجارية للدول العربية (ENACT) بمعية المركـز التجـارة الدوليـة (CCI)"[3]، كلـه شـكل إستمرارية في الإرتباط بدواعي إعادة هيكلة المنظومة العقدية إبتداء من الظاهرة الدولية التي ساعدها تطور الجو العام للتجارة الدولية بالنسبة للآليات المساعدة على ذلك ، و بالتبعية مواءمة التشريع الداخلي الذي بات ذا طبيعة تركيبية و تداخلية على مستوى المعاملات أكثر من العلاقات العقدية.

---

[1] صدر في 21 جانفي 1995، مع العلم أن تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب قـانون (08-09) أدرج كـل عصرنة للتحكيم إجرائيا.

[2] ماقرره في تقرير (PNUD).

[3] راجع إطار القانون الإستراتيجي.

- Cadre de coopération Stratégique du SNU- Algérie, pp .33-36.

الفرع الثاني: آفاق للإعتراف بظهور قانون معاملات وأعمال

عندما كان للفقهاء القانونيين نظرة سباقة في الكشف عن "أزمة العقد" في العصر الحديث، كان لهـم أيضا عناية بإبراز الوجه المتفائل للأزمة، وهو الخروج به نحو "إزدهار حديث للمفهوم العقـدي" (Nouvel essor du concept contractuel) على حد تعبير الأستاذ **Vasseur**، ولعل تلك المرونة التي أصبحت تتميـز بها النظرية العامة للعقد، على سبيل من التأثر والتكيف مع المتغيـرات وضـرورات الحيـاة الإجتماعيـة والإقتصادية، هو ما أفرز عن عقود من طراز عالم الأعمال والتجارة، حيث ظهرت فيه السياسة التشريعية للقانون المدني الجزائري على نحو من التطور النوعي أكثر من الكمي، **(أولا)** بسبب الإنفـراج القـانوني للنظام العقدي، وليس أدل على هذا أنه لا يخرج عن تجاوز النظرة التقليدية لمفهوم العقد، لأنـه لـم يعـد ظاهرة مقتصرة على القانون المدني (شريعة عامة)، وإنما نقل لبيئة جد ديناميكية وأكثـر تطلبـا للإنتفـاح (**ثانيا**) .

أولا: مظاهر الفعالية والتطور النوعي في قانون العقود (بفضل الإنفراج التشريعي منذ 1975)

عندما ننطلق من المسلمة التي إقتنع بها **Max Weber** حول "أهمية المصالح الإقتـصادية كعامـل محدد في تكوين القانون، خاصة بالنسبة لأوضاع السلطة"[1]، نجد ذلك المستوى من التطور الذي عرفه قانون الإلتزامات، والذي ظهرت فيه قواعد ذات طبيعة مالية، أما السياسة الإقتصادية فهي التي ساعدت على هذه الصبغة، فبعد الإستقلال، كان من اللازم دعم الدولة لمنحها الوسائل اللازمة لإجراء تغييـرات إقتـصادية، وخاصة مع **منهج التخطيط وعقبته سياسة تحرير إقتصاد السوق في مجال المعاملات**، بمـساعدة تـشريع جديد يشجع المستثمر الخاص الوطني بقدر يسمح في بـ إمكانية تحرك رؤوس الأموال في الخـارج نحـو الداخل، وإن في ترسانة النصوص التشريعية التي سادت، التي جاءت بفضل تجذر التغييرات المفروضـة بواسطة التوجيه الإقتصادي الجديد في الجزائر، نهضت بالنظام القانوني لما يعـرف "**بإصـلاحات الجيـل الثاني**" Reforme dite de second génération، والتي جاءت خصيصا لدعم التنميـة الإقتـصادية منها: ما يتعلق بقانون القرض والنقد، والمرسوم المتعلق بإنشاء بورصة للقيم المالية. وكذلك الأمرالمتعلـق بالتنمية الإستثمار. وأيضا الأمر المتعلق بخوصصة المؤسسة العمومية، وكذلك القانون المتعلـق بالمنافـسة ....إلخ. ولعل أن تطور البيئة العامة للمعاملات والمبادلات صاحبه سياسة تشريعية متقدمة، وبالذات فـي مجالات حيوية ومتخصصة، كما هو الشأن بالنسبة: لترقية الإستثمار والبيئة المؤسساتية، والتـي عرفـت تنظيما قانونيا نوعيا لا كميا، خاصة في مجال الإستثمارات المرتبطة بالنشاطات الإقتصادية لإنتاج الأموال والخدمات، والمؤطر بواسطة نصوص **الأمر 01- 03** المعدل والمتمم والمتعلق بتنمية الإستثمار المـؤرخ في 2001/08/20، وظهر فيها المجال الذي تغطيه عملية الإستثمار مـن حيـث الأشـخاص (معنويـة – خاصة- وطنية و أجنبية)، ومن حيث الموضوع (الأموال والخدمات)، ومن حيث الإطار والهدف (حركـة

[1] Cite par Ali Benchneb, Le droit Algérien des contrats, Op cit, p 20.

رؤوس الأموال – والإمتيازات والضمانات) والتي حققت فيه حرية الإستثمار مع ضمان الشراكة الجزائرية، وهو الشق الإيجابي في عقود الإستثمار[1].

إصلاحات القطاع البنكي والمالي:

إستهدفت تفعيل البنوك وإعادة رسملتها، مع تحسين المستوى التقني، وتحديث نظام المدفوعات والمخالصات بفاعلية أقوى، بدليل أن تنظيم الصرف لم يعد ذلك العائق المواجه للمستثمرين والمتعاملين الإقتصاديين، فيما عدا قاعدة تسيير الحسابات المالية بميزان المدفوعات. ولعل **الأمر المتعلق بالنقد والقرض وتنظيم بنك الجزائر في تعليمته رقم 2002- 01** وضعت إطارا لضمان تمويل نشاطات المتعاملين الإقتصاديين في الخارج بمعية **مجلس النقد والقرض**.

كما أن السياسة التشريعية التي فرضت بموجب **الأمر 10- 03** المؤرخ في 26- 08- 2010، المعدل والمتمم **للأمر 96- 22** المؤرخ في 09 جويلية 1996، المتعلق بقمع جرائم التشريع وتنظيم الصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، رسخت مفهوم (Pointilliste)[2] في المعاملات مع الخارج، وهو الدور الجديد للبنوك في النظام القانوني والمدرج في القانون التجاري على وجه الخصوص.

وهكذا أصبح للتجارة الخارجية **بعد نفعي في تقنية العقود** التي تتعلق بها، بدليل أن المشرع أو المنظم لهذا المجال لم يعد يربطها بفكرة "عقد"، وإنما "**عملية**" (Opération) نظرا لتركيبها وتعقيدها وتعدد أبعادها، وهو ما جاء في **تعليمة بنك الجزائر رقم 07- 03 الصادرة في 31 ماي 2007** التي حددت قائمة معاملات جارية مع الخارج وذات نظام خاص منها : (عمليات التجارة الخارجية على الأموال- عمليات واردة على النقل، التأمين، وإعادة التأمين- العمليات المالية- السفر و الإعانة التقنية لعمليات الإنتاج – الإتصال ....وغيرها).

أما **المنظومة البنكية**، ونظرا لقصور القانون المدني في التحكم بالعقود ذات الصلة بالعمليات البنكية، خاصة بالنسبة لفكرة الضمانات الواجب تحقيقها، وعدم إقرارية تنظيم العقود الواردة فيها، مثلما يتعلق الأمر بعقود الكفالة، الوديعة، وقروض الإستهلاك[3]، فإن **الأمر المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض**، الذي أصبح مصدرا ومرجعا للقانون الواجب التطبيق من أجل تغطية عقود وهي بـ"**صفة عمليات**" للتمويل الإيجاري وإكتتاب الأسهم والقروض البنكية، وحتى من أجل عصرنة السياسة النقدية

---

[1] أنظر القانون المعدل والمتمم بالأمر (08- 06) الصادر في 15/ 05/ 2006 والأوامر المتعلقة بقوانين المالية التكميلية (2009- 2010) و (01-10) في 2010/08/26.

[2] أنظر كذلك في هذا الشأن، تعليمة بنك الجزائر في 03-02-2007 رقم (07-01)، المتعلقة بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، والتي دخلت حيز النفاذ في 2007/05/13. والتي عدلت وتممت تعليمة (95- 07)، الصادرة في 23 ديسمبر 1995 المتعلقة بالرقابة على الصرف، وأصبحت لها التعليمتين (07- 02) وكذلك (07-05) الصادرتين في (05/31/ 2007) و 11 جوان 2007 على التوالي.

[3] أنظر للمواد من 450 ومايليها – م 590 ومايليها، و م (644) ومايليها.

والمالية، جاء قانون **المالية التكميلي في 2009** الذي حصر قرض الإستهلاك والسماح به بالنسبة للخواص في إطار القروض العقارية.

وفيما يخص قانون المنافسة، فإن **قانون 03-03** الصادر في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة، فقد سعى من ورائه المشرع الجزائري لوضع حجر الأساس بالنسبة لكل ما يرتبط بالمنافسة في السوق، والوقاية من أي ممارسة مقيدة لها والرقابة على التجميعات الإقتصادية، وأستعاد الإعتبار غير منقطع النظير في علاقة بيئة المنافسة الحرة تعاقديا وإقتصاديا بشخص المستهلك المشهود له بالضعف، ولعل إلحاق علاقات الأعمال بتنظيمين كالذي جاء بهما في **قانون 04-02** في 23 جوان 2004 **والمحددة للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**[1]، وكذلك **قانون 09- 03** المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق **بحماية المستهلك وقمع الغش**، أظهرت قدرات نوعية في الإلمام بمنهجي الحماية والوقاية في العقود، لا سيما وقد بات تجسيد الأخلاق في المعاملات والمبادلات معيار نجاعة أي نص قانوني ، وهذا قد توضح بالفعل عن المقارنة التي إنبثقت عن **قانون 89- 02** الذي كان يخص ضمان المنتوجات وكذلك **الأمر 95- 06** المتعلق بالمنافسة.

كما أن السياسة التشريعية الإقتصادية التي تبينت في السنوات الأخيرة، خاصة بالنسبة لموضوع **الخصخصة وإعادة الهيكلة الصناعية** "أعادت العقود الإقتصادية التي تكون فيها الدولة طرفا أساسيا، وذات تركيز قانوني في تسيير رؤوس أموال عمومية، بشكل أكثر نفعي وهو ما جاء مع **الأمر (01-04)** لـ 20 أوت 2001 **المتعلق بتنظيم تسيير وخصخصة المؤسسات العمومية الإقتصادية** الذي ألغى **الأمر 95- 22** الصادر في 26-08-1998".

و"**تخصصية العقود**" (Spécialisation des contrats)، في النظام القانوني الجزائري، إستندت إلى أهمية مواضيعها وتنامي الأهداف المقررة لها، ومنها ما أتى في مجال **الطاقة والمحروقات**، التي جمعت بين تحرير هذا القطاع وبين ضبطه إلى الحد المعقول من إستغلال وإمتياز الدولة فيها، وهذا ما تنوع في المعالجة بين **قانون (86- 14) حول المحروقات** والذي عدل بعدها **بقانون 91- 21 (04/12/**1991) مرورا **بقانون 05-07** المؤرخ في 2005/04/28 وصودق عليها في 2006 بإلغاء كل إحتكار في استغلال القطاع من جانب الدولة، وذلك من خلال علاقات تبادل وإقتسام الصلاحيات بين مؤسسات عمومية (**سونطراك**) والوكالات المكلفة بذلك[2].

---

[1] ويشار هنا إلى القانون (04-08) المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، وكذلك المرسوم التنفيذي (09-181) المحددة لشروط ممارسة أنشطة إستيراد المواد الأولية والمنتجات والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها.
وكذلك المرسوم التنفيذي 09- 182، المحدد لشروط و كيفيات إنشاء وتهيئة الفضاءات التجارية.

[2] L'ordonnance .n°06-10 du 29 juillet 2006 modifiant et completant la loi 05-07 du 29 avril 2005 relative au hydracarbures.J.O(48).

تم تكريس الإستثمار الخاص في هذا المجال منذ **2002 عن طريق قانون الكهرباء وتوزيع الغاز**، ، لولا أنه لحقه **قانون 28 أفريـل 2005**، والمعدل في **2006/07/29** الذي كرس عقود البحث والإستغلال وعقود الإشتراك وتسويق الغاز، حيث بلغ مستوى معين من تطوير النظام.

كما أن **المجال العقاري**، قد شهد التنظيم النصي للعقود بموجب نصوص القانون المدني التي بقيـت منحصرة بين عقود التسيير أو البيع العقاري وغيرها، لولا أن **المرسـوم التـشريعي 1 مـارس** 1993**، والمرسوم التنفيذي 7 مارس 1994** جاء لتقرير حماية من مستوى أدنى، وخاصة للمشتري بسبب وجـود شخص المتعامل في الترقية العقارية (المرقي)، وكذلك محاولة تأطير عقد البيع علـى التـصاميم (الـسكن الإجتماعي)، و(السكن الإجتماعي التساهمي)، (الإعانة ومساعدة في السكن)، و(البيع بالإيجار)، من خلال تدعيمها بحركية نصية جاءت واردة في **قانوني المالية التكميليين 2009 وقانون المالية 2010**، سـاعدها تبني وخلق أموال لإستيعاب نسبة مصالح لإكتساب أو تشييد مساكن بمعية نظام الترقية العقارية في برنامج تدعيمي من الدولة.

كما أن مسألة **إعادة التنظيم العقاري** أصبحت عنصرا مركزيا خاصة بالنسبة لبعث الإستثمار مـن جديد، ولعل **قانون التوجيه العقاري لـ2006**، و الذي كرس صيغة التنازل لمدة 20 سنة قابلة للتجديـد خاصة بالنسبة للمجال الصناعي، وكذلك **بالقانون (08-14)** في 2008/07/20 المعدل **لقـانون 85-05** المتعلق بـ **القانون الأملاك**، أو **الأمر 08-04** المتعلق بـ 2008/09/01 (01 سـبتمبر 2008)، **حـول الأراضي التابعة للقطاع الخاص للدولة والموجه لتحقيق مشاريع الإستثمار، كلها حققت ترشـيد للعقـود العقارية**.

وفي سياق طبيعي ومبدئي، وإذا كانت القاعدة من القانون المدني الذي كرس منذ 1975 في إطـار دور **تحرري** للإرادة الفردية، ومراعاة التوازن المالي للعقود، ومع ذلك لم تتمكن من رفض وجود آثار من (**جمعية القانون**) وبالخصوص **(بأخلاقية القانون)**، فإن الإنتهاء بذلك التطور الذي غطاه هذا القانون بصفته الشريعة العامة، إستدعى تكملته بالتعديل، فمن وراء إدخال "**مفهوم المصلحة والفائدة بموجب قانون المالية** 1984 لـ 1984/12/24 بمناسبة **عقود القرض**، وبعدها وتحت تأثير تعديل **قانون الموثق**، وإعادة تنظيم نظام الإثبات، خاصة بالنسبة للعقود الرسمية **قانون 3 ماي 1988**، وكذلك وهو الأهم عـصريا، التعـديل الذي ورد بموجب **قانون 20 جوان 2005** "والتي لم تهتم أكثر بنصوص قانون عقدي بقدر ما ركزت على مسائل ذات الصلة "بالشريعة العامة"، لولا أن **قانون 13 ماي 2007**، والذي حرك فعلا- عقد الإيجار مـن مجرد إتفاق وارد على الإنتفاع، إلى تغطية أكثر للإلتزامات العقدية ذات البعد الغائي، ترتبط بتحقيق منفعـة إقتصادية وتوازن بين دواعي السوق العقارية وحاجات المستأجر، ثم كذلك تستند على إعادة تنظيم التوازن العقدي بين أطرافه.

إن القانون المدني لولا النص الخاص الملحق والمكمل لمفاهيمه وغاياته وآلياته، من خلال ترسـانة التعديلات التي وردت فيه أو في النصوص الخاصة والمتخصصة، هي التي جاءت بـ إنفراج تـشريعي ذا

أهمية على الأشخاص المتعاقدة وموضوع العقد، وغاياته، لما أمكننا الإعتراف بمقبوليـة تفـسير الرؤيـة العصرية للعقد، ليس في "**قانون مدني**" بل في "**قانون عقود**" إصطُبغ مع الوقت بحركية وديناميكية، وحتى لا يضار بتنوع وتعدد الظروف المؤثرة فيه، كان من اللازم الإحتكام إلى ما هو "عادل، ومـا هـو نـافع" لإعادة ترشيده.

ثانيا: الفرص المفتوحة لإعادة النظر في مفهوم العقد

لما كان العقد، أداة لتداول الثروة وإحدى آليات النشاط الإقتصادي[1]، وهو في مجال الأمـوال مـصدر أساسي لنشأة الحقوق والإلتزامات، أما في مجال العلاقات فهو قالب لتنظـيم المعـاملات بـين الأفـراد أو الكيانات. ولعل ظهور عقود التصاميم[2]، والعقود المالية[3] والعقود إتفاقات الضمان الإجتماعي[4]، كانت صورة لتنظيم علاقة الإدارة بالمؤسسات. أما تنامي اللجوء إلى عقود جديدة أظهر تدخلا نوعيا على مغايرا لتـدخل الدولة التقليدي، عن طريق المشرع، مثلما هو الحال بالنسبة، لعقود الترقية العقارية[5] والإمتياز العقـاري[6]، وعقود البيع على التصاميم[7].

---

[1] De Bernis (Gérard). D'un modèle à l'autre : la part de l'économie. Rev . algerienne. sc. jur. ec. et pol. n°3-2000.pp.12-16.

[2] Loi.n° 11-04 Du 17 février 2011: Fixant les règles régissant l'activité de promotion immobilière.

[3] dans ce cadre ordonnance.n°06-10 du 29 juillet 2006 modifiant et completant la loi 05-07 du 29 avril 2005 relative aux hydrocarbures. J.O(48).

[4] أنظر المرسوم التنفيذي(97-472)المؤرخ في(8 ديسمبر1997) المحدد للإتفاقية النموذجية التي يجب أن تتطابق مع أحكامها الإتفاقية المبرمة بين صناديق الضمان الإجتماعي و الصيدليات.والقرار المؤرخ في(8 أوت 1993)، و المتضمن الإتفاقية الواجب إعدادها بين الصندوق الوطني للتأمينات الإجتماعية للعمال الأجراء و المراكز الطبية الإجتماعية التابعة للمؤسسة العمومية لو التعاضديات.

[5] Loi n° 11-04 du 17 février 2011: Fixant les règles régissant l'activité de promotion immobilière.Décret exécutif n° 12-84 Du 20 février 2012 fixant les modalités d'octroi de l'agrément pour l'exercice de la profession de promoteur immobilier ainsi que les modalités de la tenue du tableau national des promoteurs immobiliers.décret exécutif n° 12-85 Du 20 février 2012 portant cahier des charges-type f. Decret législatif.n° 93-03 Du 1er mars 1993: Relatif à l'activité immobilière.ixant les engagements et responsabilités professionnels du promoteur immobilier. Decret exécutif.n°97-406 du 03 novmebre 1997 : Portant création du Fonds de Garantie et de Caution Mutuelle de la Promotion immobilière.decret exécutif. n°94-58 du 7 mars 1994 : Relatif au modèle de contrat de vente sur plans applicable en matière de promotion immobilière.

[6] Decret executif (09-152) du 02 mai 2009 fixant les conditions et les modalités du concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat déstineé à la réalisation des projets d'investissement. (JO 27).

[7] Decret exécutif. n°94-58 du 7 mars 1994 : Relatif au modèle de contrat de vente sur plans applicable en matière de promotion immobilière.

فقد أعيد فيه ضبط مبدأ الحرية العقدية من جديد، كما أن الإستفادة من العقد كآليـة خـارج إطـار القانون المدني وتحريرها من ضوابطه، مثلما هو الحال بالنسبة لمجال الإستهلاك، المنافسة، والممارسـات التجارية وحتى الإستثمار مهما كان نوعه، أفرز عن مضمون مفـاده أن العلاقـات الثنائيـة أو المتعـددة الأطراف تحكمها **إلتزامات (**Obligations) أكثر من عقود بمشارطات وبنود إتفاقية، الأمر الذي يذكر به ما سبقنا ومازال كذلك القانون المدني الفرنسي في مسألة إدراجه عنوانا **للفصل الثالث من الباب** الثالث، "**أثـر الإلتزامات**" وليس" أثر العقد".

وإن صيرورة العقد أيضا أداة للسياسة الإجتماعية والإقتصادية رشَد من منهج تـدخل الدولـة فـي المجال الإقتصادي والمعاملاتي بشكل عام، وإن من تنظيم وإعادة تنظيم إتفاقيات العمل الجماعية وإتفاقـات الضمان الإجتماعي، تكريسا لمصدر عقدي في مجالات لم تكن تستند إلى العقد كإطار وحيد للعلاقات.

كما أن غايات العقد تعددت وتنوعت، لم تعد فيها حرية عقدية تسعى للمصلحة الفردية وفقـط ، أو لأقصى الخلاف معها تفضيل وإمتيازية المصلحة العامة التي تضغط على هذه الحريـة وتقيـدها، وإنمـا وصول العقد إلى مرحلة فرض التعايش بين المصلحتين، بل إلى حد التركيب بينهما وتعديلهما في صـيغة موحدة كما هو الشأن لذلك التزاوج الذي خلقه قانون المعاملات والأعمال بين عقـود الإسـتهلاك وقـانون المنافسة، وإلا كيف جسدت حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقات العقدية، جنبا إلـى جنـب مـع المهنيين أو المحترفين، والذين أصبحت تحكمهم **بيئة أخلاقية**، حيث تراكمت فيها قواعـد بالفعـل حققـت نجاعة بين "ما هو نافع، وما هو عادل"، ثم إن منهج تحويل العقد إلى أداة لتنظيم وضبط السوق، إنطلاقا من وإلى طرف المستهلك الذي أصبح في مجال علاقة المهنيين ببعضهم البعض معيارا أو مرجعا لتحديد إطار هذه العلاقة وترشيدها بواسطة مبادئ الشفافية والنزاهة العقدية، وقانون **المنافسة 03-03 المعدل والمـتمم بموجب القانون 08- 12** أظهر إنفراجا مفهوماتيا لفكرة العقد، لأن الأمر بات يتعلق بالعلاقـات المنبثقـة عن حرية الصناعة والتجارة، كما أن القوانين المتعلقة بالإستثمار منذ **2001** رسخت في البيئـة القانونيـة للأعمال، فكرة المعاملات كأداة في القانون الجزائري للأعمال، والذي يعتبر "قانونا مدنيا لأبعـد المقـاييس بقالب التشريع الإقتصادي"، وبذلك ظهر تأثير وجود **مجتمع عقدي** (Société Contractuelle) فـي تنظـيم العلاقات، والتي برز تميزها بتعميق فكرة **الكيان العقدي** (Entité Contractuelle)، لأنها فكرة غير حديثـة، فعندما كانت العقود المنشئة لمراكز قانونية كعقد العمل،الوكالة والإمتياز من قبيل العقود التي تكتسي أهمية إقتصادية، فقد إنتشرت فكرة "**المشروع**" أو "**المؤسسة**" بشكل رسخ فيه كيفية تنظيم عناصر الثروة، وخاصة بالنسبة لعملية الإستثمار، لأنه جعل من العقد أداة لتنظيم إستراتيجية المؤسسة[1] خلال تنفيذه (أي العقد ما يتم توجيهه).

---

[1] Claud, Champaud, Mondialisation et droit économique, Rev, Int, Dr, Econ, numéro spéciale, 2002. pp 171 et ss.

- أنظر ما جاء من إهتمام بموضوع المؤسسة بموجب قانون (03- 03) المتعلق بالمنافسة.

ولعل التصور الإقتصادي الجديد للعقد إنعكس على القانون الوضعي، وإلا فكيف نفسر الإتجاه "**لإبقاء الرابطة العقدية، والمحافظة على إستمرارها**"، فالمسألة أصبحت تستند إلى الممارسة العقدية التي تستدعي اللجوء إلى تقنية "التعديلات"[1] المؤثرة على طبيعة الأداءات والإلتزامات، أو التي تتعلق بكيفية دفع الثمن، وغيرها.. ، ولأن إعتماد أدوات جديدة في القانون الوضعي الجزائري للعقود على غرار القوانين المقارنة، من أجل تقييد حق إنهاء العقود غير المحددة المدة من جانب واحد، أو وفق تنفيذ العقد على أساس ظرف معين بدل الفسخ غير المناسب للعقد[2]، حققت في **التصور الغائي** (Conception de finalité) للعقد مضمونه "النفعي"، وهذا أمر تنادي به فكرة العدالة العقدية.

كما أن فكرة التنازل عن العقد (La cession de contrat) خرجت من جمودها ومضمونها التقليدي القائم على "تنازل يتزامن مع وجود أو إنعدام الحقوق والإلتزامات والديون إلى صيغة أشمل، مفادها الدخول في أوضاع قانونية مهمة، **كالتنازل عن المؤسسة**، ومن تطبيقها في مجال قانون المنافسة "**التجميعات الإقتصادية**" (Concentration économique)[3]، والذي يوفر هيمنة مؤسسة على سوق ما، لكن في إطار وقالب قانوني مراقب ومنظم[4]، ومنه أيضا، فيما يخص عقود الإعتماد الإيجاري (Crédit – Bail) وإيجار المعدات، وتوريد الأموال والخدمات اللازمة لإستمرار المشروع أو المؤسسة"[5]، و التي عادة ما ترتبط بالتنازل في عناصر مالية تتميز بالحركية والديناميكية وليس تنازلا في عقد بمراكز قانونية.

وإذا تذكرنا مقولة الأستاذ **Ross** رغم قدم عهدها[6] بأنه" لا يمكن أن نتغاضى عن أن الهيئة الإجتماعية الحديثة أخذت تشعر بشيء من الضيق والجمود في حدود قوانيننا وأن بنية المجتمع لم تعد متلائما مع القانون المدني، ويظهر أن هذا التباين ليس شيئا طارئا ولا مؤقتا، وإنما هو دائم ومستمر"[7]، وأن الفقيه الفرنسي **Glasson** قد إعتبر" بأن العامل يكاد يكون منسيا في القانون المدني..."[8]. وإدخال العقد في نظام قانوني خالص حوله إلى هيكل دون مرونة، ولكن لأن الواقع يسبق القانون، تهاطلت القواعد لمحاولة التماشي مع علاقات ومعاملات تتميز بالتنوع، والتركيب خاصة التعقيد والتي طالما سادت فيه منذ أزمنة،

---

[1] Mestre (Jacques), l'évolution du contrat en droit prive français in L'évolution contemporaine, du droit des contrats, Journée, sonatine, PUF, 1985, pp 51- 58, et Terré (F), Simler (Ph) et Le Quette (Yves), droit civil, Les obligations, op.cit.pp.165 et ss.

[2] Ghestin (J), Traité, op.cit., n° 825 et 829.

[3] أنظر المواد 15 إلى 22 من ق (03- 03).

[4] أنظر خاصة المادتين 16 و 17 من قانون(03-03),

[5] Decret exécutif (06-90) du 20 /02/2006 régissant les modalités de publicité des opérations de crédit-bail mobilier.

[6] Cité par Malaurie(Philippe) et Aynés(Laurent).droit civil.les obligations.2 éme éd. Cujas.Paris.1990.pp.165-169.

[7] Cité par Ghestin(J).Traité .op.cit.n°825 et 829.

[8] Ibid.

إلى العصرنة والحداثة بواسطة الصيغة التركيبية للعدالة العقدية من جهة، حيث أصبحت واقعا للعقد عليه التعايش معه، ولا مفر منه، ولم يعد يتصور فيه مجرد "إتفاق بين إرادتين لإنتاج آثار قانونية معينة".

وعلى هذا المستوى أيضا ظهرت "**المجموعات العقدية** (Les ensembles contractuels) التي تستند إلى إنشاء **عقود مركبة** أو متشابكة تسمح بإنجاز عملية إقتصادية واحدة"[1] . وذلك لأن تعدد وتخصص العناصر الإقتصادية ودواعي التداول السريع للأموال، وشمولية المجالات والنطاق الزمني، الشخصي والإقليمي للمشاريع والمعاملات، لم تعد تتواكب مع فكرة "عقد مستقل وناشئ نشأة ذاتية، بل إستطاع النظام الوضعي في الجزائر، التكيف مع ظاهرة "العقود المدمجة"[2]، أو المجموعات العقدية، مثلما هو الحال بالنسبة للاعتماد الإيجاري[3]، الشراء المقابل[4]، والبيوع المتتالية[5].

ورغم أنه كان للمشرع بعض الاسهام في تطبيقها، ورغم التعارض الوارد مع مبدإ الأثر النسبي للعقد، عند إعتراف القانون المدني بوضعية المقاولة من الباطن، الإيجار الفرعي، وغيرهما فقد أمكننا القول أن العقد بالفعل تغير، نظرا لعلاقة التعدي التي أصبح يمارسها خارج بيئته الطبيعية في إطار الحرية العقدية، وتجاوزا لمصدريته القانونية -القانون المدني بصفته الشريعة العامة- بات في صيرورته أداة شريكة ومشاركة في الإضطلاع بمجال قانون "أعمال ومعاملات"، دافعا لضرورة أخذ هذا الأخير بعين الاعتبار، حتى لا يتفكك النظام القانوني للإلتزامات، وحتى يعاد أمجاد المصدر الأم للعقود بدل تهميشه، وعلى تشريعنا الوطني أن يجد صيغة توفيقية لإيجاد همزة الوصل بين هذا القانون وبقية القوانين الخاصة، وإذا كانت فكرة العدالة العقدية لم تأخذ حقها كما يجب قبل هذا التطور بل شكلت عامل أزمة للعقد سابقا، إلا أننا علينا الإعتراف بالأهمية التي حققتها في قانون العقود، من حيث أن العدالة عدالة قانون وضعي منظم للعقود والمعاملات بين المحافظة على القيمة وهذا ما تتطلبه "المنفعة"، ومراعاة الأخلاق في العلاقات تكريسا للعدالة بوصفها من أبعاد العقد المعنوية.

---

[1] Teyssié.les groupes des contrats.)Préf Mousserron (J M)).LGDJ.1975.n°64 et ss.

[2] Ibid.

[3] L'ordonnance 03-11 du 27 aout 2003 relative à la monnaie et au crédit (notamment art :68) et l'ordonnance .n°96-09

[4] أنظر أيمن إبراهيم العشماوي.مفهوم العقد.مرجع سابق.ص ص.166 و190،190.

Fontaine(M).les contrats de contre-achat.Rev.Dr et .Patr comm intern.1982.pp.161 et ss.

[5] أنظر أيمن إبراهيم العشماوي,مرجع سابق,ص ص,193 و194.

خلاصة الباب الثاني:

لاحظنا بشأن المبدأ الذي ساد القانون المدني، حيث لم يتم التكريس الصريح للعدالة ولكن الحلـول جاءت كلاسيكية، تقليدية، هي التي جعلتها (أي العدالة) توصف "بالضمنية"، كما هو الشأن بالنسبة لعيـوب الإرادة التي لا تقوم فقط على حماية الإرادة، وإنما تتوخى تكريس العدالة العقدية بنـاء علـى أن صـاحب الإرادة المعيبة لا يستند على "الجانب النفسي" بقدر ما سيـستند علـى عوامـل موضـوعية واجتماعيـة واقتصادية.

إن الاعتراف بالعدالة العقدية ليس إقصاء للحرية العقدية، لأن أدوات العدالة (نزاهة، تعـاون، ثقـة مشروعة) هي تؤدي دور المساعد في العلاقات.

كما أن إتباع الغاية العادلة في العقد على ضوء المادة 1/107 من ق.م. هو استعمال القاضـي لأداة العدالة معالجة للأزمات العقدية.

ولعل الخطاب القانوني في تكريس العدالة أصبح أكثر وضوحا في إطار الأحكام الخاصـة وهـذا التطور الذي حصل على المستوى التشريعي مقارنة مع القانون المدني حيث جاء التطور في مجال العدالـة التشريعية بواسطة زخم التقنينات الخاصة والنشاطات المقننة (الاستثمار، التأمينات، الاستهلاك، المنافـسة، النشاطات التجارية...) ومختلف القوانين الاقتصادية والاجتماعية، وبالفعل لم يعد هناك جمود في الـشريعة العامة بقدر ما جاء فيه ظهور "قوانين متحركة" وأصبحنا أمام قانون وضعي معاصر للعقود جدد فيه النظام على مستوى تكوين وتنفيذ العقود على سواء.

وتقليديا كانت وظيفة النظام العام محصورة في جمود علاقته بالعقد، وكيف أن فحص المـشروعية في العقد السبيل الوحيد لتسيير الشق الخارجي للعقد والمتعلق بالمجتمع، في حين أن التطور أدخل المرونـة على مضمون النظام العام وأصبح أداة خاصة تجسد العدالة الاقتصادية والاجتماعية بواسطة قالب قـانوني وهو العقد، كما أن مراعاة المنفعة والعدالة في النظام العام الحمائي والتوجيهي أظهر دور إعادة توجيه العقد بل ملاءمته نحو إلتزامات أكثر عدالة وليس هدم الرابطة العقدية.

إن القول، بالانفراج التشريعي لتكريس الأخلاق في العقود أساسه الحاجة إلى المواءمة مع حاجـات التطور وتجنبا لتبعثر القواعد القانونية، وإتيانا بالواقعية القانونية، كل ما نحتاجـه علـى ضـوء التحـديث والعصرنة في قانون العقود والمعاملات في الجزائر وعلى ضـوء العولمـة والمبـادلات، تـشجيع الأداة القضائية كي تخرج من منطق العمومية إلى تجسيد منطق "ماهو تعاقدي فهو عادل" علـى أشـخاص هـم متعاملون اقتصاديون أو أطراف اجتماعية وليسوا مجرد متعاقدين.

خاتمة:

لما كان العقد الذي نشأ مفهومه في مختلف المعاجم، الأنظمة والشرائع القانونية، قد شـكل دائـرة صغيرة ومستقلة تجمع بين إرادتين حرتين ومستقلتين لتحقيق جملة من الإلتزامات والحقوق، حيـث كـان القانون المدني الشريعة المنظمة لشكله وموضوعه، فقد عرف اليوم تحولات كبيرة دفعت البعض من الفقـه الحديث عن "أزمة العقد"، التي أخرجته من دائرته الضيقة ليصبح ظاهرة إجتماعية تحكمها عدة اعتبـارات، اقتصادية، وإجتماعية، وحتى قانونية وسياسية، وتجنبا لفكرة " إنهيار العقد" جاء التفكير في توجيهـه إلـى منطقة" ما هو عادل، وما هو نافع (l'utile et le juste) على حساب مجال سلطان الإرادة.

لما كان القانون المدني تقليديا مرآة لعلاقات تعاقدية اكثر تجريدا وعمومية، وكان لظواهر الصناعة والتجارة التي سادت القرن (19) دورا في تكريس الممارسات العقدية بين من هو (عامل ومستخدم – منتج ومستهلك – البائع والمشتري – أو المؤجر والمستأجر)، فقد إصطبغ على أحكامه وسيلة "سـلطان الإرادة"، والتي إعتمدت للمحافظة على نظام قانوني للعقود، متجانس العناصر من أجل هدف أساسي، ألا وهو الرقابة على المتعاقدين والعقد بطريق حمائي، ورغم أن اللامساواة ظاهرة طبيعيـة فـي تلـك العلاقـات، إلا أن مظاهرها أصبحت جديدة، وأهميتها باتت معتبرة وضخمة.

فالعقد لم يعد يحظى بقوته الملزمة لمجرد موافقة إرادة الأطراف، وإنما لإرتباطه بتحقيـق العدالـة العقدية من أجل ذلك الرقي بالعقد من مصاف الأدوات المحققة لسعادة الشخص بإزدهار ماله ولكن أيـضا إلى الأخلاق التي جعلت من الأسس التي أصبح يقوم عليها القانون.

والأشواط التي مر بها تدرج البحث في محاولة البرهنة على مسلمة "مقبولية فكرة العدالة العقدية في القانون المدني" جاءت بالأفكار التالية:

<u>أولا</u>-إذا كان القانون يقوم على دعامة هامة مفادها " عش بشرف، لا تغبنن أحدا، وأعط لكل ذي حق حقه، فقد جعل القانون ذاته فنا لكل ما هو منصف وعادل، ما دام المنهج المعصرن والحـديث، إسـتقطب مفاهيم ذات مضمون أخلاقي لمجال العقد "داخله" و "له"، مما أصبح يفيد بالفعل أن محاولة القانون المـدني لإشاعة إحترام روح العصر وهي روح من الأخوة العقدية، التضامن، والتعاون، فكانـت أدوات مـساعدة لتزكية، القيمة المادية والمعنوية للعلاقات العقدية.

<u>ثانيا</u>-عن المكانة التي أصبحت عليها الحرية العقدية، وفي سبيل عدم التضحية بمبدإ سلطان الإرادة، ورغم إعتبارية الآثار المفرطة التي أنتجها وأوقع العقد في أزمة، إلا أن العقد كمصدر بالغ الأهميـة فـي العلاقات حتم مراعاة المصلحة العامة، وسمح مرة أخرى بتدخل الدولة في تنظيم أو إعادة تنظيم أو مجـرد

تحديد نطاق العلاقة العقدية، كما هو الشأن بالنسبة لفكرة النظام العـام –الـسعر-، العقـود ذات الـشكل الخاص....وغيرها، لكن أيضا هناك مراعاة فعالة بالنسبة للمصلحة الخاصة للأفراد، حيث أصبح يـستخدم العقد في سياق إجتماعي وإقتصادي لحماية الضعفاء إقتصاديا.

ثالثا-يحدث أن تظهر في النظام القانوني للعقود، عدالة عقدية من حيث الأشخاص، فالمتعاقد لم يعـد ذلك المخاطب بالقانون بصفته لا بذاته أو العكس، بل حدث ترتيب في الخطاب حسب تركيز الغاية العادلة، ولعل المادة 107 ق م إضافة لكونها الأداة القانونية محل التوجيه والتوظيف من القاضي، قد حولتها فكـرة العدالة إلى معيار لقياس الأخلاق في العقود. وكذلك بالنسبة لما يكتنفه الدور القضائي (في مناسبة التفـسير أو الظروف الطارئة أو التكييف) من تصفية داخلية للعقد تكشف عن كل ما هو "ذات قيمة" وبالتالي يكـون سببا في معالجة أزمات هذا العقد.

رابعا-تقرير القانون المدني لنصوص لطالما وصفت بالجمود وآلية الغاية، لم تشر إلى ما يفيد بعدالـة العقد والإلتزامات ولكن الحلول التي تأتي بها تضمنت مستوى أدنى من المحافظة على قيم ومبادىء العدالة، ولكنه كان غير كاف وقاصر، لا لسبب لأن العقد وقع في أزمة نمو "crise de croissance" تعـددت فيـه النماذج العقدية وتنوعت، وتطورت خصائصها في مبادلات ومعاملات لم تعد بالـضرورة تأخـذ وصـف "العقد" وتداخلت أيضا الأشخاص المتعاقدين من حيث الصفة والمصلحة العقدية، وتعمقـت لـديها ظـاهرة "اللاتوازن" أو "اللاتكافؤ"، وإزداد التوجه نحو الإبقاء على حياة العقد وديمومته تجاوزا لانقضائه بـالبطلان، أو الفسخ أو الحل وبدلا عن ذلك أصبحت آلية التصحيح والموائمة العقديين العلاج المناسب لتحقيـق أمـن المعاملات، بدل الأمن القانوني للعقود.

وهذا ما حققه كل من العدالة التشريعية للعقد، التي ميزها دعم هام ومعتبر من النصوص المـضافة والمكملة للقانون المدني منها ما جاء تعديلا لهذا الأخير كمنهج لإعادة تنظيم بعض المسائل الجوهرية لنظام العقود، أو عودة تلك الفروع الخاصة التي انفصلت عنه لكنها لم تقاطعه، كقـانون الإسـتهلاك، المنافـسة، القانون التجاري، العمل، والتأمينات ومختلف المجالات المقننة والمتخصصة (البنـوك، الماليـة، التجـارة الخارجية، وغيرها) والذي دأبت فيها السياسة التشريعية والقانونية في الجزائـر علـى عـصرنة القـانون المدني، وتوضيح معالم العدالة العقدية، كغاية أساسية، دولبت العقد كمؤسسة قانونية ذات مرونـة وتنـامي مستمر.

ولعل حياة الأعمال vie des affaires أصبحت تجمع اليوم بيئة مـن الظـواهر والأشـخاص ذات المستوى الإستثنائي، وكل مهنة أو نشاط تجاري أصبح يحمل معه تحولات وتكاملا في الوظائف التقليديـة للعقود، ميزها مركزية الشراء والتجمعات الإقتصادية وتطور الأسواق، أوضح معه ضرورة التوسـع فـي الإجابة على متطلبات نمو المستهلكين، بسبب عولمة المبادلات وشـبكات التوزيـع التـي يميزهـا نقـل

المنتوجات، ومراكز الصناعة، وأماكن الإستهلاك، وعموما أصبحت اللامساواة لتترجم في تركيـز رؤوس الأموال ووسائل الإنتاج، حيث عمق معه التباين في القوى الإقتصادية، ونوع معه ظاهرة عقـود التبعيـة الإقتصادية (التوزيع، الإمتياز التجاري والتوريد، وغيرها).

وكان من الواضح تلك النتيجة التي إنبثقت عن هذا الوضع، وهو ظاهرة "التخصص العالي" "hyper spécialisation"، والتي ميزها إنفجار القانون المدني، بإعتباره الشريعة العامة على إثر فقدانـه العموميـة وظهور القوانين المتحركة "lois mobiles".

ولأننا أصبحنا أمام مرحلة إنتقالية لعصر إقتصادي للقانون، فقد كان الوضع أنه تـم تجديـد العقـد الإستهلاكي، وسط القانون الوضعي المعاصر للعقود، الذي تتحدد زواياه في الجوانب التالية:

1- إدخال القانون المدني في فلسفة ليبيرالية متجددة غير معه مبدأ سلطان الإرادة ليصبح أكثر عقلنة، وفي بعض الأحيان ذا أهمية شكلية.

2- بسبب عدم كفاية كفالة حماية العقد بواسطة الأحكام العامة، وظهور عدم فعالية القواعد ذات الصلة بهذه الأحكام، أو تلك المنبثقة عن نظام محتشم في نطاق الحماية وأسسه، كما هو الحال بالنـسبة لقـانون (89-02)، بإعتباره أول قانون ذا مضمون شامل في حماية المستهلك.

3- إن عدم الدقة القانونية التي سادت من جهة، وتجاهل فئة المستهلكين لحقوقهم من جهـة أخـرى، فقـد أصبح النظام القانوني للعقود –خاصة الإستهلاكية- في أزمة، لأنه حصرا مبدأ "القـوة الملزمـة" كمـانع للتوازن العقدي، بل مهددا له:

أ- سواء أثناء تكوين العقود، حيث لم تعد تجد القواعد المتعلقة بعيوب الإرادة أو الغبن، ولا الإطار المـنظم لعقود الإذعان مجالها المرن والحيوي.

ب- وسواء أثناء تنفيذ العقد، حيث تتدخل عوامل ظرفية (كنظرية الظروف الطارئة) لتظهـر محـدوديتها، وكذلك عوامل مرتبطة بالأشخاص العقدية، فالوضع يرتبط بمستهلك ومحترف وليس مجرد متعاقد بعمـوم وتجريد العبارة.

4- التجديد الذي عرفه قانون الإستهلاك منذ قانون (09-03) على حساب إلغاء قانون 89-02 جدد معـه الإطار القانوني للعلاقة التعاقدية الإستهلاكية، من حيث أصبحت وسيلة: قانون بمفهوم ضيق وواسع لإدارة هذه العلاقة في إطار تنظيمي، ودعمته "تدخلية الدولـة" "interventionnisme d'etat" لـضبط هـذه العلاقة بسبب نقطة التداخل بين مجال الإستهلاك، بمجال المنافسة، وتحول الهدف هذه المرة إلى إحياء فقـه

التضامن العقدي، الذي يرخص بمراجعة آليات التوازن العقدي، وذلك ما يبرره فكرة ضمان ديمومة العقد، وليس السعي وراء إنهاء حياة (الفسخ، أو البطلان ... إلخ).

5- التوازن العقدي المزمع تحقيقه من المتعاقدين، أو المشرع أو القاضي بصفتهم الأشخاص القائمين على العقد، كان الدافع لتطور قانون الإستهلاك، وأحد المظاهر لحماية شخص المستهلك الذي يتميز بمركز خاص، ومحل الإستهلاك، ويتعين وقايته من أخطاره.

خامسا-من هذا المنطلق، الإشكال في معاينة التوازن من حيث فعاليته في المحافظة على عقود أو علاقات من صنف لاتكافيء يميزه تعارض طرفين من نفس الطبيعة أو مختلفان، وكذلك ما تم تكريسه، وتجسيده من أجل حماية أكثر لهذا التوازن، وبهذا سيكون لزاما طرح مقاربة تحليلية من المحاور التالية:

1- طرح موضوعي للعلاقة التعاقدية يشكل سببا دافعا للتوازن.

حتى يبرر تأسيس التوازن العقدي كهدف ذا أولوية يتعين توضيح الأرضية التي باتت ترتكز عليها هذه العلاقة الإستهلاكية، والتي يرسمها:

أ- المركز القانوني الخاص للمتعاقد: حيث ترتقي العلاقة العقدية في حياة الأعمال و بالذات مثلا في عقد الاستهلاك إلى "مستهلك ومهني، أو مهني ومهني"، يظهر فيه شخص المستهلك في ضعف ثلاثي الأبعاد (تقني، إقتصادي، وقانوني) مقارنة مع ما يفوقه مركزا، مما يؤثر على نطاق ومجال الإلتزامات والحقوق المتبادلة.

ب- تركيز فكرة "عدم التفاوض في العقود والتي تخلق في غالب الأحيان جوا للتعامل تحت شروط تعسفية، بل مجالا طبيعيا، رسمته التبعية الإقتصادية والعلاقات التجارية غير المتكافئة.

ج- إن الإزدهار الملحوظ الذي عرفته المبادلات أخرجت مفهوم "العدالة العقدية" من صمتها وسكون أدوات في القانون إلى تلقين قاعدة "القوة الملزمة للعقد" بخصوصية وجود أطراف معينة بالعقد وليس مجرد "متعاقدين"، وإنعكس على البيئة العقدية، التي أصبح ينظر إليها من "الداخل إلى الخارج"، كيف لا وهو (أي العقد):

- أداة إجتماعية: تهذب من الحرية العقدية، وتحفظ تكافؤ المستويات والمراكز والحقوق والإلتزامات، مما فتح المجال نحو تزاوج بين (المصلحة العامة والخاصة).

- **أداة إقتصادية وضبط السوق:** وهو هيمنة المال والذمم على حساب الشفافية وأمن المعاملات فالمنفعة هي المعيار للرقابة على ذلك، فالعقد ليس ظاهرة حصرية بالقانون المدني، لأن هناك (الانتاج، التوريد، التوزيع...)

- **أداة قانونية**: وهذا رقى مستواه الكلاسيكي من مجرد مؤسسة لتنظيم العلاقات على نحو يركز فيه على العقد أو الإتفاق دون العناصر المكونة له، ولأبسط مثال: لم يعد ينظر إلى (الدائن والمدين) كمصدرين متناقضين متصارعين للتنافس على الإنتفاع والإستئثار بالفوائد المترتبة عن العقد.

فقد يضاران معا أو يستفيدان معا، وهذا ما ساعد على بث الثقة ونشر السلام الإجتماعي في الإئتمان للمبادلات.

- وأخيرا، كان لتنامي الظاهرة العقدية في القانون المدني والذي أثر وتأثر في مستوى تكريس العدالة العقدية إلى حد مهم ومعتبر، دورا في فتح المنظومة القانونية شهيتها وانفراجه في القانون الداخلي، ومنذ 1975 إلى يومنا هذا كان النص أسبق من التطبيق، أي القانون على الواقع، وعولمة العقد تحت تأثير عولمة العلاقات والمبادلات، فإن الخروج بإجابتين ضروري":

الأولى: قانونية: "انفراجا لدى المشرع الجزائري نحو أخلاقية العقد، وذلك بتحويل الحرية العقدية إلى أداة عدالة ومنفعة، وبالتالي، لا نقول سلطان القانون أولا ثم سلطان الإرادة ثانيا، بل هناك سلطانهما جنبا إلى جنب بواسطة سلطان الأخلاق وبمعيته وهذا هو التحديث "Renovation" الذي وصل إليه القانون المدني، مع أنه كان يحتاج إلى جرأة أكبر للتصريح بذلك، كما فُعل ولو بصفة مشروع في تعديل قانون الالتزامات والتقادم الفرنسي 2004 لمقدمه Pierre catala، وكان أبرز ما أُشير في مقدمتها حقيقة علينا أن نقتنع بها ونتقبل أهميتها "(...) عندما يتولى المجتمع المدني وضع تشريعاته فلا غرو أن يشعر بين الفينة والأخرى بضرورة تماشي التشريع مع حاجات التطور (....) وإن (التعديل) قد جاء مشروعه (...) رغبة في توحيد قواعد تبعثرت مع تجدد فروع القانون وحصر المعاملات في إطار من التوازن والإستقرار ومواكبة الحقائق والأطر الحديثة دون التخلي عن القيم الأساسية التي جعلت المجددين يقفون عند حدود نصوص فرضت وجودها المستمر..."[1].

أما نظريا: فيواجه التحدي الذي خرج به " مفهوم العقد " الذي أصبح وعاء لكل ما هو إلتزام، مبادلة، معاملة، عملية مما يظهر معه نقص التجانس والإنسجام في المنظومة القانونية، رغم محاولة المشرع الإتيان بحلول تجسد على نماذج واقعية وهو ما يتطلب النهوض بتوضيح معالم هذه التصورات.

الثانية: وتلك التي تجعلنا الإنطلاق من واقع هام مفاده أن الإجتهاد القضائي عموما في الجزائر ينحو في دوره منحيين:

أ- إما أن يكون الغرض به تطبيق القوانين والنصوص والإبقاء الحال على ما هو عليه، أي جعل القانون مثلما هو كائن، والإستعانة به في أي تحليل أو بحث قانوني يعتبر من قبيل التزكية والتدعيم

[1]- أنظر مشروع Pierre catala، مرجع سابق ص 19.

التي يفاضل عليها أو تترك، وهذا على الأقل ما جاء به الدور التقليـدي القـضائي فـي الأحكـام الكلاسيكية للقانون المدني، حتى أنه يبرز نقائص المنظومة التشريعية السارية، وما إحتاجتـه مـن قواعد لمناشدة تنفيذ سديد للإلتزامات التعاقدية، ولم تكن العدالة لتظهر غاية يرجـى إليهـا بـسبب سلطان الإرادة كغاية التطبيق السليم للنصوص على حساب التطبيق العادل.

ب- وإما أن يكون الغرض إظهار القانون على ما يجب أن يكون، وهذا أظهر نـدرة واضـحة لـدى القاضي الجزائري، يبقى الأمل موجودا في ضـرورة إسـتيعابه للغايـات التـشريعية الكاشـفة، فالنصوص الموجودة ثرية والمنظومة في تنامي، ولا نعرف مرجعية ذلك الإحتشام القـضائي فـي عقود الإستهلاك، والممارسات التجارية، ومجال المنافسة والعمليات البنكية، لولا أنه يمكن ربطهـا بسياسة التطويق التشريعية التي أخرجت " المتعاقد " أو " المتعامل " (...) إلخ من و إلـى منطقـة الحماية، فالوقاية والإحتياط في العقود.

2- طرح شكلي لتكريس آليات تحقيق التوازن العقدي في صورة منظمة ومعقلنة.

أ- بسبب تطبيق نصوص القانون المدني على عقود غير متكافئة طبيعيا، وكذا دواعي الحمايـة علـى ضوء صياغة غير دقيقة موجهة نحو مكافحة ممارسات إقتصادية أفرز تشريع طوارئ " législation d'urgence"، ذا طابع إقتصادي أكثر منه قانوني، خاصة مع منهج التكامل الذي أصبح يشهد بـين هذا القانون وقانوني المنافسة (03-03) وكذلك تنظيم الممارسات التجارية (04-02).

- حسن معه نوعية وقاعدية "la qualité et la normativité" حماية الطرف المتعاقد بدليل أنـه فـي مجال قانون الاستهلاك ألغى قانون 89-02، لا لأمر إلا لأنه لم يعد متماشيا مـع التنـوع العـام للنشاطات الإقتصادية والعقود التجارية ذات البعد الإستهلاكي.
- تأسيسا على قانون 09-03، وحتى بتأثير التوجه العام القانوني في مختلف الدول السابقة علينا فـي تكريس نظام قانوني للإستهلاك قائم على مبدأ التوازن، تم تفعيل دور المشرع الإستهلاكي تجنبا أو تخفيفا لسمو سلطة القاضي التي سادت القانون المدني بإعتباره المصدر الأساسي في تحقيق العدالة العقدية تقليديا.

ب- حساسية أو إحتشام المحاكم في تكريس القضاء الإستهلاكي قبل قانون 09-03 بـسبب عموميـة القواعد المطبقة في ظل قانون 89-02، لكن بعده كان بسبب حضور آليات الحظر والتنظيم، الـضبط والرقابة، والتي ستضطر أي المحاكم إزاءها لضمان إعمالها، لأننا أصبحنا أمام تجسيد وتأطير حسابي للتوازن الظاهر للعقود يتميز على وجه الخصوص بالتقنية technécité.

3- مظاهر تحقيق التوازن في العلاقات العقدية

ويكون على مستويين، وفي كل مستوى تتوفر أرضية من الآليات توصف بالمستحدثة، المتحركة، وذات البعد الأخلاقي في العلاقات العقدية.

3-أ) تكريس آليات التوازن الإقتصادي في العلاقات العقدية: لما كان القانون المدني يعمد إلـى الإسـتعانة بمؤسسات قانونية إستثنائية للخروج بحلول عادلة ومن أجل تحقيق مبادئ التناسب وإعادة التوازن وعقـود الإذعان، فإن فكرة "الإلتزام المفرط" وكذلك "الإلتزامات والحقوق غير المتكافئة" نجم عنه:

1- دعم لحماية العلاقات العقدية ، من خلال إعادة إحياء والتدقيق في الإلتزامات المـضافة علـى عـاتق أحدهما أو فيما بينهما، بواسطة ضبط بيئة المنافسة في التجمعات الإقتـصادية، التبعيـة الإقتـصادية، وكذلك الإستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة.

2- تفعيل منهج الرقابة على التوازن العقدي من خلال آليتي حظر الشروط التعسفية التي تعد مجالا طبيعيا في العقود ذات الطابع غير التكافئي إضافة لآلية التفسير التي توصف بالـضيق والمحدوديـة، دعمـه التداخل الغائي والموضوعي بين قانون منظم للممارسات التجارية وقانون الإستهلاك (المادة 29 مـن قانون 04-02).

3-ب) تكريس التوازن القاعدي "l'équilibre normatif": وهذا يتحقق في المجالات التالية:

1- من خلال منهج التدقيق والوضوح في فرض التوازن في الإلتزامات في مجال شرط عـدم الـضمان، شرط عدم أو التخفيف من المسؤولية، الشرط الجزائي، وكذلك شرط الفسخ، رسمت فكرة عدم التنازل عن البحث عما هو حماية أكثر للتوازن.

2- لإضفاء تقدم في مجال الجزاء الذي حل محل التوازن الإقتصادي، بل يرفع الثقل عنه، وقـع اللجـوء إلى: شفافية المضمون القاعدي للإلتزامات العقدية طور معه الـسياسة التـشريعية لحمايـة المتعاقـد الأضعف، وخاصة بوجهين: الأول تطوير مضمون العقود، وأما الثاني فهو تطوير المنافسة وترقيتهـا لصالح التوازن بين الفاعلين الإقتصاديين في السوق من خلال حظر التصرفات غيـر المـشروعة أو التقييد منها، وكذلك الظهور بإستقامة في المضمون القاعدي العقود بنوعية ذات جودة مـن الـشروط والبنود العقدية، كما هو الحال بالنسبة لصنف العقود الممنوعة والعقود المفروضة.

بالنتيجة العقد عقد مرن لم يعد يستجيب أو يواكب جمود الأحكام العامة في القـانون المـدني أو القوانين الخاصة، وإنما التعامل مع شخص المتعاقد كأحد أقطاب العجلة الإقتصادية، إسـتدعى التقـدم بـه لترقية العلاقة العقدية، على نحو يضمن تكريس تضامن عقدي، يحقق له التوازن والتناسب في علاقته مـع المتعاقد الآخر، بما يضمن الإستقرار العقدي أكثر من السعي لإنهائه، ولعل فكرة كهذه إرتقت بقانون العقود إلى قانون متعدد السلوكيات "multidisciplinaires"، وليس مجرد قانون مدني محدد المحيط والعناصر.

المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية:

1- المراجع العامة:

- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، النهـضة العربيـة القـاهرة 1994.
- إدجار بودنهيمر (Edgar Boudenhemer) ، القانون، طبيعته ووظائفه، ترجمة محمود سلام زنـاتي، دار الجمهورية للصحافة، مصر 2001.
- أنور سلطان وجلال العدوى، الوجيز في العقود المسماة ج (1)، البيع، دار المعارف، 1963.
- بن أحمد كنعان، قصص الأنبياء وأخبار الماضي خلاصة التاريخ، ابن الكثير، مؤسـسة المعـارف، بيروت، لبنان 1996.
- بن خروف عبد الرزاق، محاضرات في قانون التأمينات، كلية الحقوق 2011.
- بن شنيتي حميد، مدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية الحق ج (2) ، الجزائر 2008.
- بولحية بن بوخميس، القواعد العامة للمستهلك والمسئولية المترتبة عنها في التشريع الجزائـري، دار الهدى، الجزائر.
- بومدين بوزيد، فلسفة العدالة في عصر العولمة، الدار العربية للعلوم ناشرون، منشورات الاخـتلاف، ط (1)، بيروت 2009.
- توفيق حسن فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، الاسـكندرية 1991.
- جاك غيستان، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسات الجامعية للدراسـات والنشر والتوزيع، بيروت 2000.
- جديدي معراج، مدخل قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.
- جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية 1982.
- جيرمي بنتام، أصول الشرائع، ط (1)، ترجمة أحمد فتحي زغلول، المطبعة الأميرية، دون سنة.
- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1992.

- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك، دار الفكر، القاهرة، 1997.
- خليفة الخروبي، العقود المسماة، الوكالة، البيع، الكراء، مركز النشر الجامعي 2007.
- ذيب عبد السلام، عقد الايجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه وإجتهاد المحكمة العليا، ط (1)، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.
- رمضان أبو السعود، مصادر التزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2003.
- زكي نجيب محمود، وأحمد أمين، قصة الفلسفة اليونانية ط (8) ، النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني بالعقود المسماة، مصر 1990.
- سمير تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية 2000.
- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون ، القاهرة ، 1973.
- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقـه الإسـلامي والتشريع المصري وإجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية، ط(1) الجزائر 2010.
- صبحي المحمصاني، مقدمة في إحياء علوم الشريعة، دار العلم الملايين، بيروت 1962.
- عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.
- عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، مطبعة الزهراء، ج (3)، بغداد 1971
- عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الحديثة للطباعة، القاهرة 1988.
- عبد الحميد علوان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية 1998.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام المصادر الارادية (العقد والإرادة المنفردة) ج(1)، جامعة الكويت 1982.
- عبد الرحمان بدوي، مدخل جديد إلى فلسفة، ط(3)، الكويت 1979.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج(1)، المجلد (2)، منـشورات الحلبـي الحقوقية، بيروت 1998.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبـي الحقوقية، ج (1) ط (3) ، بيروت 2000.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكيـة، ج(8) منـشورات الحلبـي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، التأمينات الشخصية والعينيـة، ط 3، ج10، منـشورات الحلبـي، بيروت، 1998.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج (6) منشورات محمد الدايـة، بيـروت، لبنان دون سنة نشر.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الإيجار والعارية، ج (6) م(01) ط(3)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، ج (1) التأمينات البرية 1998.
- عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، تالة، الجزائر 2007.
- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، منشاة المعارف، الإسكندرية 1994.
- علي حافظ، أساس العدالة في القانون الروماني، البيان العربي، 1951.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائـري، ديـوان المطبوعات الجامعية 1990.
- عوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، ط (2) ، الأردن، 2002.
- غوثي بن ملحة، محاضرات في النظام العام وتأثيره على العلاقات التعاقدية، محاضرات ألقيت علـى طلبة ماجستير فرع العقود والمسؤولية.
- فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2009.
- فيلالي علي، الفعل المستحق للتعويض، ط (2) موفم للنشر الجزائر ط (2) ، 2007.
- فيلالي علي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، موفم للنشر، الجزائر 2008.
- فيلالي علي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر 2005.
- لحلو غنيمة خيار، محاضرات في مادة الالتزامات: تكوين العقد، جامعة الجزائـر، كليـة الحقـوق، 2015 – 2016.
- ماهر شكري، العمليات المصرفية الخارجية، دار الجامعة للنشر والتوزيع، الأردن 2004.
- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، تونس، مطبعة الوفاء 1997.
- محمد بقبق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للكتاب المختص 2009.
- محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، ج(2)، ق(2)، مطبوعات محمـد بن سعود الاسلامية، المملكة العربية السعودية 1979.

- محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، دراسة مقارنـة، منـشورات الحلبـي الحقوقيـة، بيروت، لبنان 2003.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1983.
- محمد شكري سرور، موجز في الأحكام العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ط (2)، 2008.
- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر 2010.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام دار الهدى، ط(4)، الجزائر.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنـة فـي القوانين العربية دار الهدى 2008.
- محمد لبيب شنب ومجدي صبحي خليل، شرح أحكام عقد البيع، القاهرة 1968.
- محمد نور فرحات، محاضرات عن العدالة، عين شمس، مصر 1992 غير منشور.
- محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
- محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعيـة، الجزائـر 2002.
- محمدي فريدة، عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 07-05 المتضمن تعديل للقانون المدني وفقـا للقـانون رقم 07-05 المتضمن تعديل للقانون المدني 2009.
- محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية 1991.
- محمود جمال الدين زكي، دروس في النظرية العامة للالتزامات، دار المطابع، دون سنة.
- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ج (2)، القاهرة 1990.
- محمود سلامة الزناقي، طبيعة القانون ووظائفه ج(1) ط (1)، المكتبة القانونية، 1993.
- محمود سلامة زناتي، طبيعة القانون ووظائفه، ج (1) ، ط (1)، 1993.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيـروت 2011.
- ميشال بونشير، مدخل للقانون، ترجمة محمد أرزقي، نسيب، دار القصبة للنشر 2004.
- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية 1982.
- نزيه محمد الصادق، دروس في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج (1) ط 1986.

- نعيم عطية، القانون والقيم الاجتماعية، دراسة في الفلسفة القانونية، الهيئة المصرية العامـة للتـأليف والنشر، القاهرة 1971.
- هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، ج (ح)، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2008.

2- المراجع الخاصة:

- إبراهيم دسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، مصر 1982.
- إبراهيم عبد المنعم موسى، حماية المستهلك، دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية، ط (1) بيروت 2007.
- إبراهيم محمد دسوقي، الالتزام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، 1985.
- أحمد الرفاعي، تحديد الثمن وأثره على رضاء المشتري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- أحمد محمد ديب وحجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضى، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006.
- أحمية سليمان، النظام القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط(2)، الجزائر 1994.
- أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر 2002.
- أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
- بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في مجال الخدمات، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2005.
- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار الهومة، الجزائر 2007.
- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث 2006.
- بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط (1) 2005.
- بيار إميل طوبيا، الغش والخداع في القانون الخاص، الاطار العقدي والاطار التقصيري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009.
- جمال مولود ذبيان، تطور فكرة العدل في القوانين العراقية القديمة، (دراسة قانونية مقارنة)، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد 2001.

- جواد كاظم جواد، التوازن القانوني في العلاقة الايجارية، دراسة تحليلية مقارنة، ط (1) ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- حسن عبد الباسط جميعي، أثرهم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1991.
- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك- الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية 1996.
- حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والأعفاء في ضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي وقانون دولة الامارات1993.
- حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود، تونس 1993.
- حسين عبد الحميد رشوان، القانون والمجتمع، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2003.
- خالد، جمال أحمد، الإلتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار النهضة، دون سنة.
- ريما فرح مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ط(1)، 2011.
- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر 2009.
- سامي الجربي، تفسير العقد، مركز النشر الجامعي 1999.
- سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت 1987.
- سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية 2008.
- سعيد سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة، القاهرة، 1998.
- سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب، ط(1)، لبنان 2012.
- السيد العربي حسن، القانون والمجتمع، مدخل إلى علم الاجتماع القانوني عند " ماكس فيبر"، دار النهضة 1995.
- ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط (ح)، لبنان 2011.
- الطيب بلولة، انقطاع علاقة العمل منشورات (Berti)، سلسلة القانون، 2007.
- عباس مبروك الغزيري، مدرسة الفقه القانوني الاجتماعي في الولايات المتحدة الأمريكية، جامعة المنوفية 1996.

- عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري، والقانون المقارن، منشأة المعارف، 1985.
- العربي السيد حسن، العدل والانصاف، دار النهضة العربية، مصر 2000.
- علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994.
- عمر السيد مؤمن، الاكراه المفسد للرضا في القانون المعاملات المدنية الاماراتي- دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الاسلامي، دار النهضة العربية1998.
- عمر السيد مؤمن، التغرير والغبن كعيبين في الرضا في قانون المعاملات المدنية الاماراتي، دراسة المقارنة، بالقانون المدني المصري والفقه الاسلامي، دار النهضة العربية 1997.
- لبنى مختار، وجود الارادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1984.
- مايكل (ج) ساندل، الليبيرالية وحدود العدالة، ترجمة محمد هناد، المنظمة العربية للترجمة، بيروت 2009.
- مجيد حميد العنبكي، أثر المصلحة في التشريعات الكتاب، الأول، جامعة صدام، العراق 2001.
- محفوظ بن حامد لعشب، عقد الاذعان في القانون الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب 1990.
- محمد الشريف عبد الرحمن، عقود الاذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- محمد حسن قاسم، مصادر التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.
- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية 2007.
- محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار الهومة الجزائر 2002.
- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار الهومة 1998.

- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون تاريخ.
- محمد صديق عبد الله، موضوعية الارادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية مصر 2012.
- محمد عبد الرحيم، في نظرية الظروف الطارئة، السلسلة القانونية (3)، مصر،1987.
- محمد عبد الطاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، 2004.
- محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ط (1)، 2004.
- محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دار النهضة، 2000.
- محمود عبد الرحمان محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دار النهضة، القاهرة، 1995.
- مساعد زيد عبد الله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في القانون المصري والكويتي، كلية الحقوق، عين شمس، القاهرة 2007.
- مشروع « Pierre catala » لتعديل قانون الالتزام والتقادم في القانون الفرنسي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لجامعة (القديس يوسف) ط (1) لبنان 2009.
- مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، دار هومة، الجزائر، 2010.
- معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.
- نادية محمد عوض، شرط الاعفاء في العقود التجارية، وعقود المستهلكين،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر 2001.
- نجوى أبو هيبة، الكتمان التدليسي، دار النهضة العربية، القاهرة 2003.
- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد في الأداء البيانات العقد وتطبيقها على بعض أنواع العقود، دراسة عقدية قضائية، دار النهضة العربية، 1990.

3- رسائل دكتوراه:

- أحمد بلحاج جراد، القاضي وتنفيذ العقد، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 2009.

- أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، بدون سنة.
- توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية 1957.
- ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 1987.
- حسني حسين حسن البراوي، عقد تقديم المشورة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة،1998.
- حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1995.
- ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1) 2009.
- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2000.
- سلامة فارس عرب، وسائل معالجة إختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، دكتوراه، جامعة القاهرة 1998.
- السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة1986.
- عبد القادر محمد أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة) رسالة دكتوراه من كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية 2008.
- عطا الله بوحميدة، التسريح لسبب إقتصادي، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2001.
- عياد عبد الرحمان، أساس الالتزام التعاقدي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل إقتصاد السوق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر2003.
- الفزاري حسبو، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، دراسة تأصيلية لنظرية الظروف الطارئة في القانون المقارن وفي الشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه، الأسكندرية 1979.
- فوزية عبد العزيز طه الشامري، إتفاقات المسؤولية المدنية، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2000.

- لينا حسن زكي، الممارسات المقيدة للمنافسة، والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2004.
- محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية- دراسة مقارنة- في القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2004.
- محمد السيد إسماعيل حسابن بركات، مقارنة بين بعض فلاسفة الاسلام والوضعية القانونية في الفكر الأوروبي، دكتوراه، جامعة القاهرة 2005.
- محمد جمال عطية عبد المقصود عيسى، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الاسلامية، دكتوراه، الزقازيق، مصر 1993.
- محمد سليمان فلاح الرشيدي، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 1998.
- محمد شوقي السيد، معيار التعسف في إستعمال الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون تاريخ.
- محمد يحيى عبد الرحمان، مفهوم المحل والسبب في العقد، دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون سنة.
- محمدي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1992.
- مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.
- ممدوح علي مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دكتوراه، جامعة القاهرة 1998.
- نصيرة بوجمعة السعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 1987.
- نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2012 – 2013.
- هائل حزام ميهوب العامري، الغبن الناتج عن الاستغلال، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط فبراير 2008.

4- مذكرات الماجستير

- أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف العقدي مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1) 2011.
- أعرب بلقاسم، شروط الاعفاء من المسؤولية المدنية، ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر 1984.
- أكروم مريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر 2005.
- بن أحمد عبد المنعم، علاقة العمل بين السلطة والحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2004.
- بن رحال آمال، حماية العامل عند إنتهاء علاقة العمل في القانون الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2008.
- بناسي شوقي، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2002.
- بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة- ماجستير في العقود والمسؤولية كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1983.
- حبيبة عالم، حماية المستهلك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2005.
- حدوم ليلى، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
- حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة، دبلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائي 1974.
- حلو عبد الرحمن مسلم أبو حلو، نظرية الاستغلال في الشريعة والقانون، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1974.
- حليس لخضر، الارادة بين الحرية والتقييد، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.
- حنان ميرني، النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004.
- خليفاتي عبد الرحمان، إعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الارادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1977.

- دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2008.
- زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2005.
- زمام جمعة، " الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1996.
- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1987.
- زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2011.
- عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2004.
- عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد 1974.
- عبد الحفيظ بلخيضر، الانهاء التعسفي في عقد العمل – دراسة مقارنة- ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 1985.
- عبد الرحمن مجوبي، التعسف في إستعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2005.
- عبد الكريم جواهرة، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، بحث لنيل الماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2003.
- عبد الكريم حسن، نظرية السبب، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1977.
- عبدي أحمد، الكتابة كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2003.
- عزوز عبد الحميد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2005.
- عسالي عرعار، نظرية الاستغلال، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1997.

- عصمت عبد الحكيم بكر، إختلال التوازن العقدي، رسالة مقدمة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد 1978.
- علي خوجة خيرة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
- عليان عدة، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2009.
- غويل آمال، الظروف الطارئة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تونس 1990.
- لبان فريدة، حسن النية أثناء إبرام العقد، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1)، سنة 2009.
- لطاش نجية، مبدأ الشفافية في قانون المنافسة بالجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2004.
- محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة، ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2001.
- مزغيش عبير، التعسف في إستغلال وضعية التبعية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2008.
- منذر الشارني، التحديد الاتفاقي للمسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تونس 1992.
- نساخ فاطمة، مفهوم الاذعان، ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1999.
- نوال إبراهيم، الاتفاقات المحظورة في قانون المنافسة في الجزائر، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2004.
- نوي عقيلة، النظام القانوني في بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2006.

5- المقالات:

- احمد السعيد الزقرد، أسس تقدير الثمن وفقا لنص المادة 459 من القانون المدني الكويتي، المعدلة بالقانون رقم 1996/15، دراسة نقدية مقارنة، مجلة الحقوق، الكويت 1996.
- أحمد السعيد الزقرد، دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والانشاءات في مواجهة المقاول أو المهندس، مجلة الحقوق، كويت.
- أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين، إعتبارات العدالة، المجلة الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، الزقازيق، ع(1)، 1986م.

- أحمد عيسى، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدي، مجلة دراسات قانونية، ع(4) كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007.
- إسماعيل محمد المحافري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الكويتية....؟
- أمازوز لطيفة، إلتزام البائع بتقديم المعلومات كالالتزام تبعي للالتزام بالتسليم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 66، رقم (1) السنة 2010.
- بذري جمال، الشرط الإرادي والحق الإرادي في العلاقات التعاقدية – دراسة مقارنة – المجلة الجزائرية، عدد 2010/04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- بطاهر علي، سياسات التحرير والإصلاح الاقتصادي في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، ع (1)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004.
- بن شنيتي حميد، دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 75-58 بتاريخ 1975/09/26، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج (39)، رقم (2)، 2002.
- بوخيرة حسين، استخدام البنوك الجزائرية لوسائل الدفع في التجارة الخارجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ع(2) 2010.
- بودالي محمد، التوقيع الالكتروني، مجلة إدارة، م13، ع 2003/02/26
- بوسماحة الشيخ، حماية المستهلك الناتجة عن عروض المتدخل في ظل أحكام القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، الخلدونية، ع(3)، ماي 2009.
- بوقطة فاطمة الزهراء، شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية، المجلة الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد (1)، 2010.
- جعفور محمد سعيد، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي، المجلة الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 1996/04.
- حسان بوعروج، مسؤولية الناقل البحري، بحوث ودراسات، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص 1999.
- خليل أحمد قدادة، الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق، في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق، جامعة البحرية، العدد (2)، رقم (3)، يوليو 2006.

- ديدن بوعزة، الإلتزام بالإعلام في عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج (4)، رقم (1) السنة 2004، كلية الحقوق، الجزائر.
- ديدن بوعزة، شرط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، تلمسان، ع (1)، ديسمبر 2004.
- رضا متولي وهدان، الخداع الاعلاني وأثره في معيار التدليس، دراسة مقارنة في القانون المدني وقانون حماية المستهلك والفقه الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ع43، كلية المنصورة، أفريل 2008.
- زواوي فريدة محمدي، تنازع قوانين الايجار من حيث الزمان (المرسوم التشريعي 03/93 والقانون المدني) منشور في المجلة القضائية، عدد (1).
- سرور محمد، نظرية التعسف والبطلان في تشريع العمل الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2012/01.
- سي يوسف زاهية حورية، الالتزام بالافضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 2009/2.
- شهيدة قادة، التزام المهندس المعماري والمقاول بالإعلام والتوجيه في عقد المقاولة، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، العدد 03، 2006.
- شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 10/05 المعدل للقانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2009/04.
- الصاوي السعيد عرفة، حسن النية في العقود، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد (1)، س (1)، 1986.
- صلاح محمد أحمد، التزام العامل بالأمانة والاخلاص في علاقات العمل الفردية، مجلة الحقوق، المجلد (1)، العدد 1 جانفي 2004، كلية الحقوق، جامعة البحرين.
- عبد السلام الترمانيني، مفهوم العدل والعدالة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، س 8، ع1، 1978.

- عبد العزيز المرسي حمود، تعديل الالتزام العقدي لأثر الظروف الطارئة في القانون المدني المصري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد (8)، السنة (4)، أكتوبر 1995.
- علي علي سليمان، التعويض الاتفاقي في القانون المدني الفرنسي والقوانين العربية، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية (بدون سنة).
- علي نجيدة، الغلط ومعياره بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 58، العدد 58، جامعة القاهرة، 1988.
- عليان بوزيان، دور فكرة النظام العام الاقتصادي في حماية المستهلك – دراسة مقارنة بمبادئ الفقه الإسلامي – مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، الخلدونية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ماي 2009.
- عيساوي عز الدين، العقد كوسيلة لضبط السوق، مجلة الفكر، فيفري الجزائر 2008.
- فيلالي علي، الدين والقانون، المجلة الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2008.
- محمد الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية، مجلة إدارة، ع (2)، المدرسة الوطنية للإدارة.
- محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائر للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 2010/02.
- محمد تيروس، فترة النظام العام الاقتصادي كنقطة التقاء بين قواعد المنافسة والحرية التجارية، مجلة دراسات قانونية، ع (4)، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007.
- محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، المجلة القانونية والاقتصادية، كلية الزقازيق، 1995.
- محمد سعد خليفة، الغلط في القانون كعيب من عيوب الإرادة، مجلة الدراسات القانونية تصدرها كلية الحقوق، بجامعة أسيوط، العدد 18، 1996.
- محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل، "أزمة عقد العمل"ن مجلة الشريعة، جامعة دمشق يوليو 2011.
- محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد (1)، س(3)، 1961.

- محمد محسوب، العدالة وأثرها في الشرائع القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، جوان 2006.
- محمدي سليمان، "من اجل الإبقاء على الغبن في بيع العقار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع (1)، كلية الحقوق، الجزائر 2008.
- محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 2010/02.
- محمدي سليمان، ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام، المجلة الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 2009/01.
- محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، ع(3) س 1960/09/30
- موالك بختة، التعليق على الأمر 03-03، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج (41)، ع (01)، الجزائر 2004.
- موالك بختة، تعليق لنص الأمر 03-03 الصادر في 2003/07/19 المتعلق بقانون المنافسة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج (41)، ع1، سنة 2004.
- ناصر مراد، الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع (2)، 2010.
- نزيه المهدي، "نحو معيار مشترك يحكم دور الإرادة في تكوين الالتزام وتنفيذ آثاره"، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، سبتمبر – ديسمبر، مطبعة جامعة القاهرة، 1981.
- نوري حمد خاطر، وعدنان إبراهيم سرحان، الأساس القانوني لالتزام المؤمن له تقديم المعلومات، مجلة الحقوق، مجلة فصلية، العدد (1)، السنة 31 مارس 2007.

6-المعاجم والموسوعات:

- لسان العرب لابن منظور ، المجلد (9)، دار صادر، بيروت، لبنان 1994.
- لسان العرب، ابن منظور، المجلد (6)، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت1994.
- الموسوعة الاقتصادية، راشد البرادي، ط (1) دار النهضة العربية، دون مكان النشر 1971.
- الموسوعة الفلسفية المختصرة، ترجمة فؤاد عامل وغيره، منشورات مكتبة، النهضة، بغداد 1983.

المراجع باللغة الفرنسية:

1-OUVRAGES GENERAUX

- Battifol (H), Problème de base de philosophie de droit, ed .L.G.D.J Paris 1979
- Benabent (A), Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, ed (3), 1997.
- Benabent (A), droit civil, les obligations, montchrestien 1997.
- Bencheneb (Ali) , le droit algérien des contrats editions Ajed. Alger 2011.
- Bencheneb (Ali), une introduction genérale à la règle de droit en Algérie, ed Ajed. 2013.
- Benmelha (G), le droit algériens de la famille ed. O.P.U.Alger, 1993.
- Bergel (J-L), théorie générale du droit « Methode du droit » 3ed , dalloz, Coll 1982.
- Carbonnier (J), Droit civil- les obligations, T(4), Thémis, P.U.F. Paris 1985.
- Carbonnier (J), Flexible droit,L.G.D.J.1992
- Chagmy (M), droit de la concurrence, droit commun des obligations, (nouvelle bibliothèque, Vol 32, Dalloz 2004 .
- Cornu (G), introduction, les personnes, les biens droit civil . Paris montchrestien. Domat 9e ed 1999.
- Delmas-Marty (M), vers un droit commun de l'humanité, Textuel 1996.
- Didier (P) et didier (ph) , droit commercial, introduction général, l'entreprise commerciale, economica, Paris 2005
- Farhat (GH), Chendeb (R), Introduction au droit, ed (1), L.G.D.J. Lextenso, 2010.
- Farjat (G), droit de l'économie, T (2) la théorie des obligations, Paris. 1990.
- Ferrier (D), la protection du consommateur, ed Dalloz Paris 1996.
- Flour (J), Aubert (J-L) et savaux (E), Droit civil, les obligations l'acte juridique, T(1), ed (10), Delta, Paris 2002.
- Ghestin (J) et goubeaux (G) et Fabre magnan (M), Traité de droit civil, introduction générale, Paris 1977.
- Ghestin (J) et Jamin (ch) et Billiau, les effets du contrat, L.G.D.J.P 1994
- Ghestin (J), « les effets du contrat », avec le concours de Jamin (ch) et Billiau (M), éed, L.G.D.J. Paris 1996
- Ghestin (J), goubeaux (G), avec le concours de Fabre Magnan (M), Introduction générale, Traité de droit civil, Dater, L.G.D.J.Beyrouths 1996.
- Ghestin (J), Traité de droit Civil, la formation de contra, 3ed, L.G.D.J. Paris 2000.
- Goldman (L), la philosophie des lumières, « structures mentales et création culturelle, anthropo, Paris, 1970.
- Gridel (J.P), Introduction au droit en droit français, 2ème et Paris 1994.
- Goudemet (E), Théorie général des obligations, ed (2), 1965.
- Hausser (J), les contrats, que sais-je ? P.U .F Paris 1992.
- Larroumet (ch), droit civil, les obligations, le contrat, T(3), ème ed, Economica, 1998.
- Malaurie (PH) , anthologie de la pensée juridique, 2ème ed, ed cujas, 2001.
- Malaurie (ph) et Aynés, introduction général droit civil. Cujas. 2ed 1994.
- Malaurie (Ph), Aynès (L), cours de droit civil T(2), ed (11), cujas 1997.

- Malaurie (Ph), Aynes(L), Munek (ph), Droit Civil, les obligations, Paris 2004
- Markount (y), la directive (CEE) du 25/07. Sur la responsabilité du fait des produits défectueux préf (J) ghestin, bibliothèque de droit privé. T 201, L.G.D.J.
- Mazeaud (H) chabas (F) traité théorique et pratique de la responsabilité civile T(3) ed (6). Montchrestien, 1983.
- Mazeaud (H) et Tunc (A) traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle, T(3) ed (3) Paris 1965.
- Mazeaud (J.H.L) , leçon de droit civil, introduction à l'étude du droit montchrestin, 12 ed, Par chabas (F) Paris 2000.
- Michèle (B), Introduction au droit, éditions casbah, Alger 1999.
- Planiol, Ripert et Esmein, traité pratique de droit civil français, T(6), les obligations, première partie 1930.
- Pouillet (V.E) droit européen du consommations et uniformatisation du droit des contrats (préf de varielles soummières) Bibliothèque de droit privé. T.463. L.G.D.J.
- Ripert (G), la règle morale dans les obligations civiles.L.G.D.J.4ed 1949.
- Sauphanor (N), l'influence du droit de la consommation sur le système juridique pref.Ghestin, L.G.D.J.Paris2000.
- Savatier (R) Traité de la responsabilité civil en droit français, les sources de la responsabilité civil, T (1), 2ed, L.G.D.J 1951.
- Savatier (R), la théorie des obligations en droit privé, Dalloz, 4 ed , 1979
- Saveaux (E), La théorie général du contrat Mythe ou réalité ? (préf) Lambert (J-L) L.G.D.J 1997 .
- Seriaux (A), Droit des obligations, collection droit fondamental, P.U.F., 1992.
- Starck (B), Roland (H), et Boyer (L), Droits civil, les obligations. contrat, 6ème éd Paris 1998.
- Stark (B) Droit Civil, obligations, 2ed, letec, Dalloz 1996.
- Terré (F), les obligations, droit civil, ed Dalloz 1996.
- Terré (F), simler (ph), et lequette (y), droit civil, les obligations, Dalloz, Delta, Paris 1994.
- Velly (M), « la formation de la pensée juridique moderne » les cours de droit, Dalloz Paris 1975.
- Weill (A) et Terré (F), droit civil, introductions général, 5 ed, Dalloz, 1979.
- Weill (A) et Terré (F), droit civil, les obligations, 4ed, Dalloz, 1986.

2-OUVRAGES SPECIAUX :

- Albiges (ch) « de l'équité en droit privé, T329. L.G.D.J Paris, 2000
- Aurguet (yves), droit de la concurrence, droit interne, Ellipses, Paris. Sans date.
- Bechar (M) et d'autre, les contrats des distributions (sans la …..)(J) Ghestin, L.G.D.J. Paris 1999.
- Benchabane (H), l'aléa dans les contrats, O.P.U 1992.
- Berthiau (P), le principe d'égalité et le droit civil des contrats. L.G.D.J. Paris 1999.
- Calais Auloy (J) et Steimnetz (F) , droit de la consommations, 5ed, Dallez. 2000.
- Darmaisin (S) , le contrat moral, L.G.D.J. Paris 2000.

- Duparc (Regis Fongues), les vices du consentement dans le contrat, (sous la dir) Rodière (R), ed. A.Pedone 1971.
- Tancelin (M), l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, Paris, P.U.F 1980.
- Fin langer (L), l'équilibre contractuel, L.G.D.J., Paris 2002.
- Gac-Pech (S), la proportionnalité en droit privé L.G.D.J.Paris 2000.
- Gérard (ph), Fost et M.Van de kerilove (Dir), droit négocié, droit imposé ? Pub des facultés universitaires, saint louis Bruxelles, 1996.
- Ghestin (J), cause de l'engagement et validité du contrat. Delta, L.G.J.2006.
- Ghestin (J), ed protection de la partie Faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J.1995.
- Goyard-Fabre (S), la philosophie anglo-saxone, « la philosophie morale et politique ; entre le contractualisme et l'utilitarisme (sous la dir) de meyer (M), P.U.F.1994.
- Gumyn (M), la validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité, L.G.D.J, 2002.
- Hayek (F), le mirage de la justice T(3), P.U.F.1981.
- Lavefre Laborderie (A-S) « la pérennité contractuelle » L.G.D.J, coll.Bibliothèque de droit privé.T 447, 2005.
- Limbach (F), le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, bibliothèque de droit privé T412, 2004.
- Mekki (M), l'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des interêts en droit privé bibliothèque de droit privé. T 41 Delta-L.G.D.J.2004.
- Mestre (J), l'évolution contemporaine du droit des contrat. Journée-savatier. P.U.F.1985
- Mrabti (A) « contribution à l'étude critique de la notion de lésion, vol (2) O.P.U Alger 1993
- Rabih (Chedeb), le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative, préf : hervé lécuyer, ed Alpha, L.G.D.J . Paris 2010.
- Ranouil (V), l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, préf de lévy (J.ph) .P.U.F Paris 1980
- Rawls (J), la justice comme équité, une formation de théorie de la justice, nouveaux horizons, ed la découverte, traduit par Bertrand guillaume, Paris 2003.
- Ripert (G), la règle morale dans les obligations civiles, 4ed.L.G.D.J Paris 1949.
- Teyssie (B), les groupes des contrats, préf Mousseron (J.M) L.G.D.J.Paris 1975.
- Thibierge (G), Nullité, restitutions et responsabilité, T 218 L.G.D.J Paris 1992.
- Villey (M), questions de saint thomas sur le droit et la politique, P.U.F.Paris 1987.
- Villez (D), petite histoire des grandes doctrines economique, Paris 1958.
- Virally (M), la pensée juridique, L.G.D.J. Paris 1960

3-THESES :

- Abdeljawad (M), la force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit egyptien, Th. Paris, 1957.
- Bachele (Benôit), l'abus en matière contractuelle, th. Fac de droit, univesité Pierre Mendés, France, Grenoble (2), 2004.
- Ben Mrad (Hedi) la liberté du commerce et de l'industrie, Th. Fac de Sc Pol. De tunis 1998.
- Berlioz (G), le contrat d'adhésion, Th, Paris 1976
- Chazal (J.P) , de la puissance économique en droit des obligations, th Grenoble (2) 1996.
- Chazel (J-P) de la puissance économique en droit des obligation. Th.Grenoble 1996.
- Coiret (N) « l'indétermination du prix dans les contrats » th, université de bordeaux (1), Fevrier, 1989.
- El Hayek (Elias) « De la crise de la notion de clause pénale dans les contrats, th . Nice 2001
- Grybaum (L) « le contact contingent l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, Paris II 1998.
- Lahlou (K.G), le droit de l'indemnisation entre responsabilité et réparations systématique th. De Doctorat. Alger 2006
- Lartigolle (J), justice commutative et droit positif, Th. Bordeaux 1957
- Ouelhazi Rafik, le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat, thèse doc université robert Schuman de Strasbourg 1997.
- Que shimdler-vigne (S), la notion du juste prix en droit positif français, Th , Paris II.1993.
- Saufphener (N), l'influence du droit de la consommation sur le système juridique th. Paris (1), Préf. Ghestin (J). L.G.D.J.2000.
- Stoffel (Munch) l'abus dans le contrat, essaie d'une théorie. Th. Aix-marseille 1999.
- Vincent (J), le prix dans les contrats internationaux, Th.U.N.S.A.Nice 2000.

4-MEMOIRES

- Alice Dhonte, le contrat dans la pensée américaine de Friedrich kessler, (sous la –dir), prof jamin (ch), D.E.A, univ de lille (2).
- Azzenoun (M), le formalisme contractuel en droit civil, Magister, Oran, 1983.
- Bechir (EL Abed), le contrôle de l'abus de puissance économique, mémoire, faculté de droit, Tunis 2007.
- Belleil (ingrid), l'esprit du civil, Mémoire D.E.A. Nante 2003.
- Billement (J), le contrat dans la pensée d'Emmanuel levy. D.E.A. droit des contrats université de lille (2).2003.
- Lamni Azeddine, Notion et régulation de l'abus de puissance économique, mémoire, université Sidi Mohamed Ben Abdellah. Fés. 2008.
- Mobsit (Hessna), la volonté et le contrat, Mémoire D.E.A. Univ. De lille (2), 2001.
- Mustapha (saidi), la tendance objective, la responsabilité délictuelle et le contrat, mémoire de magister université d'Alger. Fac, de droit, Ben Aknoun 2005.
- Nadir (Mesli), la lésion en droit, Algérien, Mémoire pour le diplôme d'études supérieures en droit privé fac de droit, université d'Alger, 1971.

- Romain (Loir), les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats M de D.E.A. sous la dir (jamin (ch), université de lille (2) 2003.
- Stoffel-Munch (Ph), Refards sur la théorie du l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, M. de DEA, Aix-Marseille, 1994.

5- ARTICLES, CHRONIQUES ET COLLOQUES :

- « Le futur contractuel », in « le droit et le future », travaux et recherches de l'iuniversité de droit, d'économie et de Science sociales de Paris, centre de philosophie du droit P.U.F.1985.
- Alpha (G), les nouvelles frontières du droit des contrats in Mélanges offertes à (J) ghestin. L.G.D.J.2001.
- Amselek (P), « le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen » in, le rôle de la volonté dans les actes juridiques ». Etudes de la mémoire du professeur Alfred Rieg ; Bruylant ; Bruxelles 2000.
- Ancel (P) et Brun (ph), Forray (V), gaut (O), Pidgnarre « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit, des contrats » J.C.P.26/11/2008 N°48
- Ancel (P), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, R.T.D.Civ 1999.
- Ancel (P), La force obligatoire jusqu'où faut-il la défendre? Acte de coll, univ de Lille (2), Dalloz, 2003
- Aniel-Domat (J), contrat de consommations, formation, juris-classeur. Concur, Conson et contrat. 1989.
- Appetit (B) « la liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence « Rev.SC.Mor.Pol.1995.
- Appétit (B), « l'éthique et vie des affaires » Mélanges, andré colomar, litec 1993.
- Atias (c), Restaurer le droit des contrats. D.1998.Chron.
- Aubert (J.L), les relations entre bailleurs et locataires en droit français. In «la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons Franco-Belge » L.G.D.J.1996.
- Aubert (J-L), Le formalisme, rapport de synthèse, défrenois, 2000.
- Aynés (1), l'obligation de loyauté, in l'obligation A.D.P.T44.2000.
- Aynés (L), l'obligation de loyauté, archives de philosophie du droit, T.44.Dalloz 2000.
- Aynès (L), La confiance en droit privé des contrats acte de coll, univ de Versailles, Dalloz, 2008.
- Baj (claud), le principe de loyauté et le prix du marché, Mélange en l'honneur du Dominique schmidt, ed. Joly . Paris 2006.
- Baudin-Maurin (M-P), pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat R.R.J. Année 27.200-4.
- Baudouin (J-L), justice, et équilibre, la nouvelle moralité contractuelle du droit civil quebecois. In études offertes à (j) ghestin, L.G.D.J.2001
- Baudouin (J-L), nouvelle moralité contractuelle en droit civil québèques in «Mélanges de ghestin » L.G.D.J.Paris 2001.

- Bechar (Fouchais), rapport introductif, (in) existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de Paris V. Coll du 20/30/1998.
- Béguin (J), une tentative d'équilibrage contractuel : la convention d'ottawa sur le crédit bail mobilier international » in Mélanges de ghestin (J). L.G.D.J. Paris 2001.
- Bellet (P), le juge et l'équité. étude offertes à Rodière (R) Dalloz. Paris 1981.
- Ben slima (H), la théorie de la cause et la justice contractuelle, R.J.L.Fevrier 2005.
- Bendedouche (J), « Déclaration de volonté et formation du contrat en droit Algérien Rev, de science juridique, 1981.
- Bencheneb (A), Le contrat en droit algérien: entre texte (s) et contexte (s), Algérie cinquante ans après la part du droit, ouvrage collectif sous la direction de Walid Laggoune. Tome (1) ed Ajed, 2013.
- Bennadji (Cherif), la mise en Place d'un droit de la concurrence en Algérie, communications coll.Nice.Novembre1998.
- Berlioz (G) « droit de la consommation et droit des contrats » J.C.P1979, ed, CI N° 13019.
- Bertrand (Foge), « Autour de l'objet et de la cause » in colloque du 25/10/2005, la réforme du droit des contrats, projet et perspectives, R.D.C, Janvier 2006.
- Bessone (M) , le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de CEE Italie R.I.D.C 1982.
- Bizion (M), la place de la justice dans la théorie morale de David Hume et dang (ai-ihm), les conceptions de la justice sociale, quelques développements récents en économie, in la justice, philo (sous la dir) guy samama. Ellipses.
- Bourgeais (D.N), les contrats entre professionnels et consommateurs et la Partie de l'ordre Public dans les lois scrinver du 10/01/1978 et 09/07/1979, D.1984, chron.
- Brahmi-Zouaoui (N), l'ordre Public économique de protection dans le nouveau droit des consommateurs, R.J.L, Mais 2001.
- Broderick (J.A), la notion d'institution de Maurice Haurion, dans ses rapports avec le contrat en droit positif français .A.D.P. T13.1968.
- Brousseau (E), l'économiste le juriste et le contrat, Etudes offertes à ghestin (J), L.G.D.J. Paris 2001.
- Brunet (André) et ohlmann (J-C) , restauration de la libre volonté contractuelle, etude à la mémoire du prof. Alfreid (Rieg), Bruylant, Bruxelles, 2000.
- Bürge (A), le code civil et son evolution vers un droit inprégne d'individualisme, liberal. R.T.D.civ 2000.
- Cabrillac ( ), le projet de réforme du droit des contrats, J.C.P.G.1 Oct, 2008, N° 40, Doct
- Cadiet (L) « Découvrir la justice » D. 1997
- Cadiet (L), une justice contractuelle, l'autre, Mélange offertes ghestin (J), L.G.D.J.2001
- Cadiet (Loïc) « les jeux du contrat et du procès »Mélanges offerts à gérard (F), ed. Frison Roche, 1999.
- Caillé (A), de l'idée de contrat, le contrat don à l'envers (et réciproquement), in la nouvelle crise du contrat, Acte de coll. Dolloz 2003.

- Caillosse (I), sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration, in cadiet (L), le droit contemporain des contrats, economica, coll, trav, Fac du Rennes, 1987.
- Calais (A), l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats. R.T.D. Com , 1998.
- Calais (A), l'attraction du droit de la consommation R.T.D.Com 1998.
- Calais (Auloy), « l'attente légitime, un nouvelle source de droit subjectif » in, aspects actuels du droit des affaires, Mélanges guyon (Y)…Dalloz,2003..
- Canivet (guy), la notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière de la cour de cassation Mélanges de Pierre Bézard, Montchrestien, Paris 2002.
- Catala (P), Faut-il réformer le titre III du code civil ? R.D.C.2004/4. L.G.D.J.
- Cavalie (Bruno), le projet de déforme du droit des contrats face à la crise quel avenir pour la théorie de l'imprévision ? Revue Lamy Droit civil, Juillet / Août 2009
- Chagmy (M), « Droit et obligation d'un réseau de distribution à l'épreuve du droit de la concurrence « droit et l'immatériel » lamy.2007.
- Chagmy (M), la confiance dans les relations d'affaires, coll, Aix Marseille (3), Dalloz 2008.
- Chambe (D), justice et droit dans la pensée, de (J) Rawls. R.R.J. 2003.
- Chanial (phi), Renouer les fils de l'alliance, Baurgelois, Durkkeim et l'incomplétude du contrat, acte de colloque, université de Lille (2), Paris 2003.
- Chazal (Jean-Pascal) « les nouveaux devoirs des contractants, est on allé trop loin ? « in la nouvelle crise du contrat, Dalloz, coll, thèmes et commentaires, 2003.
- Chazal (J.P), l'autonomie de la volonté et la libre recherche scientifique R.D.C.2004.
- Chazal (J.P), justice contractuelle, J.C.P2007.
- Chazal (J-P) », la théorie de la cause et la justice contractuelle » , à propos de l'arrêt Chronopost, J.C.P.1998.Chr.
- Chung-wuchen, la Publicité trompeuse et le droit taiwanais des contrats, Melange offert à (J) ghestin.
- Claude, (champaud), Mondialisation et droit économique, Rev, int, Dr, Econ, Numéro spécial 2002.
- Cottereau (V), la clause réputée non écrite. J.C.P.3691 Doct 1993
- Couturier (G), l'ordre Public de protection heurs et meilleurs d'une vieille notions neuve, in études offertes à (J) flour. Ed Défrénois, sans date.
- Cristant (A), l'excigence de sécurité juridique D, 2002.
- Danchy (P), une conception objective du lien d'obligation, les apports de structuralisme à la théorie du contrat, Arch Ph dr T26.
- Dang (Ai-th), les conceptions de la justice sociale : quelques développements récents en économie, in « justice » (sous la dir) : guy samma, ellipses, 2001.
- Danouni Benchikh (A), Quelques aspects de législations algérienne. Rev. Des Sciences juridique, économique et politiques, T(1) 1992.
- De juglart (M), l'obligation de renseignement dans les contrats, R.T.D civ 1945.

- Decoq (G), Réflextion sur l'influence doctrinale, Mélanges offerts à jestaz (ph). Ed Dalloz Paris 2006.
- Delavaux (ph), les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit Belge, in « la protection de la Partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons, France-Belges », L.G.D.J.1996.
- Delebecque (ph) responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Brèves remarques, R.D.C.2007/2.
- Delebecque (ph), « pour ou contre les clauses limitatives de réparations ? R.D.C2008/3
- Delebeque (ph) « que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? petits- aff. 1997
- Delivaux (P), l'utile et le juste dans les droits de l'homme révolutionnaire, Arch.ph.Dv.T26.1981.
- Delmas- Marty (M) « vers une autre logique : à propos de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme D, 1988.chr.
- Des devises (y), les transactions homologuées, vers les contrats juridicionalisables ? D2000 chron
- Diesse (F), le devoir de coopération, in « le droit et l'immatériel » archives de philosophie du droit T.43.Sirey
- Dimitri Houtcieff, vice du consontement et aléa moral à travers la jurisprudance de la réticence dolosive, Droit et économie des contrats, ed Alpha. L.G.D.J.2009.
- Dion (N), le juge et le désir du juste. D.Chr.1999
- Donnier (J.B), le droit naturel dans l'euvre de Valin.R.R.J et droit prospectif 2002-2- Aix-Marseille.
- Durant (P), « la contrainte légale dans la formation du rapport contractuel R.T.D.Civ ?
- Dutilleul (F.C), quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ? « la nouvelle crise du contrat » acte du coll. Lille (2), Dalloz. Paris 2003.
- El gharbi (M), justice contractuelle, et liberté de la volonté, un rapport problématique, R.R.J 2005-1.
- Fages (B), des comportements contractuels à éviter, droit et Patrimoine N° 60, 1998.
- Ferre (F), sur la sociologie juridique du contrat, A.D.P. Paris 1968.
- Flécheux (G), Renaissance de la bonne foi et loyauté dans le droit des contrats, Mélanges offertes a (J) ghestin. L.G.D.J. Paris 2001.
- Fontaine (M), les contrats de contrat de contre –achat. Rev. Dr et Pats.1982.
- Fontaine (M), rapport des synthèses, in « protection de la Partie faible dans les rapports contractuels, comparaison Franco-Belges » ed. L.G.D.J. 1996.
- Fontaine (Marcel), Fertilisation croisées du droit des contrats, mélanges offert à (J) ghestin L.G.D.J.Paris 2001.
- François (D-N), les relations entre professionnels et consommateurs en droit Belge, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison Franco-Belge, (J) ghestin, Marcel Fontaine, L.G.D.J.1996.

- Frison- Roche (Marie-Anne), le juge et le sentiment de justice, in Mélanges en hommage Pierre Bezard « le juge et le droit de l'économie » Montchrestiens 2002.
- Garello (P), les economiste et le contrat, mélanges, offertes à mouly christian, litec, Paris 1998.
- Gaudu (F), l'ordre public en droit du travail études offertes à ghestin (J), L.G.D.J Paris 2001
- Gavalda (N), les critères de validité des clauses de non concurrence en droit du travail, dr.Soc. 1999.
- Geraldine (G), le contrat comme instrument d'organisation et d'entreprise en droit français Revue Algérienne des Sciences Juridique Economique et Politiques, N°4, 2000.
- Ghestin (J) « la notion du contrat « D.1990.
- Ghestin (J) et Marchessaux (I), « l'élimination des clauses abusives dans les contrats types en europe. R.A.E.1991.
- Ghestin (J) et Marchessaux, les techniques d'élimination des clauses abusives, in, les clauses abusives en France et en Europe. L.G.D.J.1991.
- Ghestin (J), « l'utile et le juste dans les contrats ». D.1982.Chr.1.
- Ghestin (J), essai sur le droit, la morale et la religion, étude offertes à jacques Dupichot, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- Ghestin (J), l'abus dans les contrats, Rev. Pal.Gaz 1981. 2.
- Ghestin (J), l'utile et le juste dans le contrat. Arch.ph.Dr.1981 T26.
- Ghestin (J), la justice contractuelle, in «exigences chrétiennes et le droit de l'entreprise. Acte de du 7ème colloque national des juriste catholiques Paris 13 et 14 dec. 1986.
- Gomy (M), l'autonomie de la clause de non concurrence post contractuelle en droit du travail, in « mélanges offertes, d'yves serra », Dalloz, 2006.
- Goubeaux (Gilles) « A propos de l'erreur sur la valeur in études offertes à (J) ghestin, L.G.D.G.2001 ».
- Goutier (G), les finalistés et les sanctions de la formalisme Défrénois 2000.
- Grimaldi (C), Paradoxe autour de l'interprétation des contrats, Revue des contrats, ed extenso, Avril 2008/2.
- Grynbaum (Luc), Vers un droit de rétraction généralisé ? R.D.C Avril 2003.
- Gueguen (J-C), le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle. D.ch.1999.
- Guido (Alpa), les nouvelles, frontières du droit des contrats. In « Mélange, de (J) ghestin » L.G.D.J. Paris 2001.
- Guinchard (S) « de la loyauté de la concurrence à la loyauté de la procédure »in etudes et mélanges offert en l'honneur d'yves serra.Dalloz.2006.
- Hassen gemei, l'équilibre contractuel en droit égyptien, études offertes à ghestin (J), Mélanges- L.G.D.J. Paris 2001.
- Hugon (chr), le sorte de clause pénale en cas d'extinction du contrat. J.C.P.ed G.Doct 1994.
- Jamin (ch) et jestaz (ph), l'entité doctrinale Français, Dalloz. Chron. 1997
- Jamin (ch), Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie, droit et Patrimoine N° 58, Mars 1998.

- Jamin (ch), une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, D.2002.Chron.
- Jamin (chr) « la formation du contrat », petites aff. 1998.
- Jamin (chr), quelle nouvelle crise du contrat ? quelque mots en guise d'introduction in, la nouvelle crise du contrat, coll, lille (2) Dalloz, Paris 2003.
- Jaulin (A), Aristote, les deux formes de la justice, in « la justice » (sous la dir) guy samama, ellipses. Paris 2001.
- Jestaz (ph) « l'obligation et la sanction à la recherche de l'obligations fondamentale », in Mélange offerts à Rymand (P), Dalloz. Sirey, 1985.
- Jestaz (Ph) ; les sources du droit, le déplacement d'une pôle à une autre R.T.D. civ. 1996.
- Jestaz (ph), l'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, in l'évolution contemporaine du droit des contrats, P.U.F.1986.
- Jestaz (ph), l'unilatéralisme et le droit des obligations (sous ladir) de christophe (J) et Mazeaud (P), economica, colloque, étude juridiques, T (9) 1999.
- Jestaz (ph), Rapport de synthèse, quel contrat pour demain, Acte de coll. Univ de lille (2) Dalloz 2003.
- Josserand (L), « Aperçue générale des tendances actuelles de la théorie générale du contrat, R.T.D.C, 1937.
- Josserand (L), l'essor moderne du concept contractuel, l'étude pour les sources du droit en l'honneur de gény (F), T (2) 1934.
- Josserand (L), les derrières étapes du dirigisme contractuel, le contrat force et le contrat légal, Dalloz, 1940. Chron.
- Jourdain (P), la bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français, in « la bonne foi » Journée des travaux de l'association Henri Capitant, ed. Letec 1992.
- Jourdain (P), le devoir de renseigner, D.1983 Chron.
- Kamel charefdine (M), l'ecrit une preuve à l'épreuve. In mélange offerts au (J) ghestin, Paris 2001.
- Kanani (Y), la lésion est elle une entité juridique autonome, Revue tunisiene de droit, S (1), 1978.
- Kayser (P), l'équité modératrice et créatrice de règles Juridiques en droit privé français, R.R.J.Droit prospectif 1991.1.
- Kenfack (H), La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire? Acte de coll, univ de versailles, Dalloz 2008.
- Kraft (O), clauses pénales : à quel niveau les réduire ou les augmenter ? Gaz. Pol 1994. I.Doc.
- Kullmann (J), Remarque sur les clauses réputées non écrites. D.1993, Chron.
- La garde (P), le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 Juin 1980, Rev. Crit.Dip 1991.
- La garde (X), observations critiques sur la renaissance du formalisme. J.C.P1990
- La garde (XVIER), Prix et salaire, in, melange offert en l'hommage de (J) ghestin, L.G.D.J.Paris 2001.

- Lahlou-Khiar (ghenima), Réflexions sur le droit des obligations, in Mélanges en l'honneur du professeur Mohand issad (l'exigence et le droit), AJED,ed, 2011.
- Lahlou-Kiar (Ghenima), le droit civil algérien, cinquante ans après l'indépendance: un droit qui reste à construire. La part du droit T (1), ouvrage collectif, ed Adjed, 2013.
- Larroumet (ch), obligation et clause limitative de responsabilité, Rec, Dalloz, 1997, Chron.
- Le breton (M), « ya-t-il un progrés du droit ? D.1991, Chron.
- Le tourneau (Ph), les professionnels ont-ils du cœur ? D.S.1990.Chron.
- Le tourneau (Ph), quelques aspects des responsabilités gaz. Pal, 1986, 2.Doct.
- Lécuyer (H), le contrat, acte de prévision, mélange à F.Terré, Presse universitaire de France 1999.
- Lécuyer (H), le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, petite affiches 30/09/1998.
- Lecuyer (H). Redéfinir la force obligatoire du contrat les petites affiches. 1998.
- Lefebvre (R), justice et utilité : de Bentham à Platon. In, « la justice…. », ELLIPSES, 2001.
- Léonnet (jean), Ethique et droit économique, Mélanges de Pierre Bézard, Montchrestien Paris 2002.
- Letourneau (ph) pour une refonte du droit de la responsabilité civil, in coll. De l'association tunisienne de droit privé, Actualité N° 17, 2004.
- Leveneur (L) « le Forçage du contrat » Droit et Patrimoine, Mars 1998.
- Luc (Bihl), la protection des consommations particulièrement fragiles, J.C.P. ed. N° 1985.
- Lyon – caen (G), l'obligation implicite, archives de philosophie du droit. T44. Dalloz.2000.
- Maganin (F), la sécurité financière de l'acquéreur de logement sous forme de vente d'immeuble petites affiches-1997.
- Magnan (M), l'obligation, de motivation en droit des contrats, in « études offertes à ghestin (J) L. G. D.J 2001.
- Magnan (Muriel Fabre), l'obligation de motivation en droit des contrats, Mélanges offert à ghestin L.G.D.J. Paris 2001.
- Malaurie (M), droit de la concurrence et droit des contrats, D.1995.
- Marcadel (B), l'exception d'ordre Public, Mélange en hommage à Breton (A) et Derida (F), ed Dalloz 1991.
- Mazeaud (D), la politique contractuelle de la cour de cassation, in Mélanges offert en l'honneur de jestaz (ph), Dalloz-2006.
- Mazeaud (D), « la cause » in 1804 -2004 le code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004.
- Mazeaud (D), « clauses limitatives de réparation, les quatre raisons » D.2008.
- Mazeaud (D), « le principe de proportionnalité et la formation du contrat « petites affiches 30 sept 1998.
- Mazeaud (D), « Nouvel ordre contractuel ». Rev. Des contrats 2003.
- Mazeaud (D), droit commun des contrats et droit de la consommations, nouvelles formations, in « études de droit de la consommation libérer amicorum, jean calais (A). Dalloz 2005.

- Mazeaud (D), la confiance légitime et l'estoppel rapport français R.T.D com 2006/2.
- Mazeaud (D), la réduction des obligations contractuelles, droit et patrimoines, N° 58 Mars 1998.
- Mazeaud (D), le régime de l'obligation de sécurité, G.P.1997.2.Doct.
- Mazeaud (D), le solidarisme contractuel et réalisation du contrat. étude juridique economica 2004
- Mazeaud (D), les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, la nouvelle crise du contrat, acte colloque, univ de lille (2), Dalloz Paris 2003.
- Mazeaud (D), loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle. In, mélanges en hommage à Terré (F) ed. Jur.Class-P.4.F1999.
- Mazeaud (D), Mystère et Paradoxe de la Période précontractuelles, mélange, offert à ghestin
- Mazeaud (D), une embarrassante notion d'économie du contrat, D.2000.ch.
- Mellouli (S), le juge et l'équité, Réflexion sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne. R.T.D.1983.
- Ménard (C), « le pilotage des formes organisationnelles hybrides », Rev.econ.1997.
- Ménard (glaude), imprévisions et contrat de langue durée : un économiste à l'écoute du juriste Etude offertes à ghestin (J), L.G.D.J.2001.
- Ménard (P), juste et utile, « deux attributs de l'ordre réel, qui n'en font qu'un « arch, ph, dr, T26.1981
- Mergnan (M) « de l'usage abusif de la notion d'abus de droit » J.C.P.1995, Doc N° 3828.
- Mestre (J), « le droit de concurrence sous l'angle du droit civil « in « la concurrence (….) aujourd'hui demains » Journée de A.F.E.C (14 /11/1995.
- Mestre (J), d'une exigence de bonne foi à un esprit de collaborations. R.T.D.civ 1986.
- Mestre (J), l'ordre public dans les relations économiques, in « l'ordre public à la fin du XX siècle, L.G.D.J. Paris 1996.
- Mestre (J), obligation et contrat spéciaux. R.T.O. Civ 1998.
- Mestre (J), transparence et droit des contrats, in « la transparence », Revue, jur, com. 1993 Numéro spécial.
- Michel (Jeol), la fixation du Prix dans les contrats des affaires, in mélange en l'honneur de Pièrre Bézard, Montchrestien, Paris. 2002.
- Mistretta (P), L'obligation d'information dans la théorie contractuelle, application et implication d'une jurisprudence évolutive, petites affiches, juin, 1998.
- Mohamed Mahmoud (M.S) les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulatoire, in mélange en hommage à Roland Drago, « L'unité du droit », économica Paris 1997.
- Molfessis (N), le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, petite affiches du 30/09/1998.
- Molfessis (Nicolas), les exigences relatives au Prix en droit des contrats, petite affiches, Mai 2000, N° 90.

- Montels (B), la violence economique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, R.T.D, Civ 2002.
- Müller (H.P), « morale sociale et conduite de vie de l'individu : les points de vue de Durkheim et de weber », in Durkheim, weber, vers la fin des malentendus, L'Harmattan, 1994.
- Munir watt (H) « Reliance et définition du contrat in « perspectives du droit économique, dialogue » de jeantin (M), Dalloz. 1999.
- Mzid (N), « essai sur la négociation du contrat en droit civil », AJL. 9/1999.
- Nadège (R-M), La confiance en droit privé des contrars, coll. Univ de versaille, Dalloz, 2008.
- N'Diaye (F), Faut-il introduire un principe de confiance dans le livre III du titre du Code Civil? Acte de coll univ de versaille, Dalloz, 2008.
- Nior (J.F) ; le code civil dans la mêlée politique et sociale, R.T.D civ, N° 2. Avril / Juin 2005.
- Niort (J-F), la naissance du contrat de droit social en France. Une problématique de la liberté et de solidarité, R.R.J.1994.
- Oppetit (B), Droit et économie, Arch de ph . Dr. dr. Ecom. 1992.
- Oppetit (B), Ethique et vie des affaires in mélanges offerts à André colmer, litec, Paris 1997.
- Oppetit (B), la liberté contractuelle à l'epreuve du droit de la concurrence, Rev.Soc. Moral et politique.
- Ouerdane (c) et devincelles (A), Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, dalloz, 2002.
- Paisant (G) les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D.1988 (I) chron.
- Paisant (G), « clauses pénales et clauses abusives, après la loi (1er /02/1995), chron
- Paisant (G), introduction, intervention dans un colloque tenu à chambéry, le 28 Avril 1997, sur le thème : Que reste t-il de l'intangibilité du contrat ? Rev.Dr et patr. N° 58,Mars 1998.
- Payet (M-St), Puissance économique, droit de la concurrence et droit des dépendances ou de Puissance d'achat de vente. R.D.C.2003.
- Pécharman (M), la justice selon pascale, philosophie, la justice, ed ellipses- 2001.
- Péllas (J.R) « le principe de sécurité juridiques en droit fiscale » in études en l'honneur de George Dupuis, Droit Public. L.G.D.J. Paris 1997
- Perdiau ( ), le juge doit se méfier de la simplicité comme de l'équité ? Gaz. Pal 1996.
- Perrot (R), le rôle du juge dans la société moderne gaz PAL 1977.
- Piazza (TH), « la sécurité juridique » Préf laurent (L), Doctorat et notariat, coll de Thèses. T 35.ed Alpha et défrénois.
- Picod (Y) le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. J.C.P.1988.I,3318.
- Plantey (A), définition et principes de l'ordre Public, L'ordre public, (sous la dir) de folin (R), Acte de colloque, P.U.F, Paris 22 et 23 Mars 1995.
- Pujolar (O), interprétation des contrats : la lettre, la volonté ou l'esprit ? R.R.J.2005-4.
- Qualini (F), la révision des clauses abusives. Defrémois, 1995.
- Radé (chr), le solidarisme contractuel en droit du travail : Mythe ou realité ? in solidarisme contractuel, étude juridique, economica, Paris 2004

- Raymond (M), le refoulement de la cause dans les contrat à titre onéreux, J.C.P.1983.Doct.
- Rebai (A), « le principe de proportionnalité et le droit de consommation », in Mélanges offerts du professeur Sassi Ben Hlima, Tunis, O.P.U.2005.
- Remy (ph), A propos de l'activité doctrinal civiliste, R.T.D. civ. Octobre-Décembre 2006.
- Rerré (F), rapport introductif « ordre public à la fin du XX siècle », Dalloz, « Thèmes et commentaires….1994.
- Revet (Th), objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle Valeur juridique ? in « la nouvelle crise du contrat » Actes du coll, univ de Lille (2), Dalloz2003.
- Ripert (G), la règle morale dans les obligations existe-t-il ? D.1997.Chron.
- Robino (G), « clause de non-responsabilité » R.T.D.Civ 1951.
- Rolland (L) : « qui dit contractuelle, dit juste », in communication faite, au IVème congrè de l'association international de méthodologie. Tunis, Novembre 2005.
- Rovet (T), « l'éthique des contrats en droit interne in « J.Y », Naudet (Div), éthique des affaire Librairie de l'université d'aix en provence P 1997.
- Sauphanor- Brouilland (N), la confiance dans les contrats de consommation acte du coll, de l'université de Versailles saint question-en, Yvelines, Dalloz 2008.
- Savatier (R), « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui, structures matérielles et structures juridiques », in études offertes à george Ripert, le droit privé français au milieu du XXe, Tome (1)
- Savatier (R), les contrats de conseil professionnels en droit privé, D.1972. chron
- Savaux (E), solidarisme contractuel et formation du contrat, « in le solidarisme centractuel », (sous la dir), de Luc Grynbaum Marc Nicod, études juridique 18, économica, 2004.
- Sériaux (A), Droit des obligations, collection droit fondamental, P.U.F., 1992.
- Sériaux (A), droit et loi dans la pensée d'aristote et de thomas d'aquin, acte du 5ème coll. De (AFPD) du 22-23 Mais 1985 en Aix provence (PU) d'aix Marseille.
- Sériaux (A), la notion de contrat synallagmatique, Mélange de ghestin (J), L.G.D.J2001.
- Simler (ph), juris-classeur civil, Art 1156 à 1164 faisau 30, 1992.
- Sinay (G.A) « clauses pénales et clauses abusives : vers un rapprochement » in acte de la table ronde du 12/12/1990, les clauses abusives dans les contrat types en France et en europe, (Sous la dir)(J) ghestin, centre de droit des obligations de l'université de Paris (1), ed, L.G.D.L.1991
- Siri (A) « l'évolution des interprétations de la force obligatoire du contrat de 1804 à 2004 », R.R.J 2008/3.
- Stoffel (ph), autour du consentement et la violence économique, in acte de colloque du 25/10/2005 la réforme du droit des contrats, R.D.C.Janvier 2006.
- Sueur (J.J), droit économique et méthodologie. Mélanges en l'honneurs de Farjat (G), éditions Frison- Roche- Paris 1999.
- Sullerot (V) « Leibninz, la charité du sage, ou la justice….fondé en raison philosophie, la justice, ed ellipses-2001.

- Tallon (Denis), vers un droit européen du contrat, Mélanges offerts à André colomer, litec, Paris 1997.
- Tancelin (M) , « la justice contractuelle : experience et perspectives au Québec. R.I.D.C. 3ème année N° 4 Octobre- Décembre 1978.
- Terré (F), et Fornacciari (D), « l'autonomie de la volonté », Rev, Sc, morales et politiques 1995.
- Terré (F), l'inutile et l'injuste, Etude offertes à ghestin (J), Melanges-L.G.D.J. Paris 2001.
- Testu (F.X), « le juge et le contrat d'adhésion, J.C.P.1991 n° 18-3673.
- Teyssie (B) : Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat. D.1976 chron
- Teyssié (B), les aspects juridiques de la négociation collectives dans l'entreprise, Rev, trim.Civ1985
- Thibierge (G) Libres propos sur la transformations du droit des contrats » R.T.D. Civ 1997.
- Thierry (Kirat), l'allocation des risques dans les contrats de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs, Revue internationale de droit économique 2003/1.
- Thireau (J.L), Fondements romains et Fondements coutumiers du code civil. Droits, 2004.
- Trigeaud (J.M), l'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art, étude critique, R.T.D. Civ 1983
- Valcke (C), objectivisme et consensualisme dans le droit français de l'erreur dans les conventions R.R.J. droit prospectif. 2005.
- Van Ommesleghe (P), la rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique in mélanges offert à (J) ghestin .L.G.D.J. Paris 2001
- Verkindt (P-Y), « le contrat de travail : model ou anti-model du droit civil des contrats « ? in « la nouvelle crise du contrat « colloque, univ de Lille (2) Dalloz- Paris 2003.
- Viallard (A), l'offre publique de contrat, R.T.D.Civ 1971.
- Ving (G), Rapport de synthèse du colloque de chambéry, gaz. Palais 1997.
- Warrington (Mark), l'équité et le système juridique anglais, vers un nouveau paradigme dialectique ? Revue interdisciplinaire d'étude juridique,R.I.E.J. 1997-38
- Yvan Auguet, l'équilibre, finalité du droit de la concurrence, in études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, in mélanges en l'honneur d'yves-serra.
- Zaki (M.S), définir l'équité, in Archives de Philosophie du droit .T.35, vocabulaire fondamental du droit public, avec le concours du C.N.R.S, Sirey 1990.
- Zellevic-Duhamel (A), « la notion d'économie du contrat en droit privé, J.C.P.2001.
- Zeloevic (D), la notion d'économie du contrat en droit privé. J.C.P.2001.I
- Zenati (frédéric- castaing), le code civil et la coutume, Mélange en l'honneur de jestaz (ph) Dollaz 2006.

6-DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIE

- Capitant (H), et cornu (G), Vocabulaire juridique, quadrige, P.U.F.2000.
- Cornu (G), linguistique juridique, précis, Domat, Paris 1990.

- Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale (sous la dir) de Monique-canto-sperber, vol (2) 4ème ed quadrige. P.U.F.
- Diderot et d'Alembert : encyclopédie en dictionnaire raisonné des sciences des arts et des métiers, Genève, Villey 1979.
- La lande (A), vocabulaire Technique et critique de la philosophie. P.U.F. Paris 1975.
- Lexique de terme juridique. D.Paris 1999.
- Petite Larousse, Lib.2010.
- Robert (Ch), Naissance d'une image la balance de l'équité justice, 1998, Dictionnaire de la justice.
- Roland (H) et Boyer (L), Adage du droit français. Litec, 4ed.
- Vocabulaire fondamentale du droit 1996.

الفهرس

مقدمة.....01
الباب الأول: تحديث العدالة العقدية في القانون المدني في تجاوز الصيغة التقليدية للعقد 14
الفصل الأول: أبعاد تبني القيم الأخلاقية على تطور قانون العقود.....15
المبحث الأول: أزمة العقد على ضوء تطور البيئة العقدية.....15
المطلب الأول: هيمنة الإرادية في القانون المدني على حساب العدالة العقدية 15
الفرع الأول: أسس صرامة أحكام العقود في القانون المدني.....15
أولا: الأمن القانوني تجسيد لحماية الإرادة العقدية.....16
ثانيا: ثبات مبدأ "سمو" الإرادة في قانون العقود 24
الفرع الثاني: إنحسار التصور الإرادي لصالح التصور الأخلاقي للعقد (عدالة التراضي) 29
أولا: الإتجاه إلى إعادة ضبط مبدأي الرضائية والشكلية في العقود.....29
أ- الحماية والوقائية والعلاجية للرضى بواسطة الأشكال القانونية 35
ب-الشكلية وضبطها من أجل تحويل العقد أداة تنظيم خاصة 36
1- العقود ذات الطابع الإجباري أو العقود المفروضة 38
2- العقود المراقبة.....39
ثانيا: تنامي المنظومة القانونية للعقود عن طريق تحويل الإرادة إلى أداة عدالة 42
المطلب الثاني: مظاهر تجديد وتطوير العقد.....45
الفرع الأول: تطوير مفاهيم العقد.....46
أولا: الطابع المتجدد في أصل العقد (نظرية الالتزام) 46
ثانيا: تجديد التراتبية القانونية في قانون العقود.....56
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن التغيير في المفاهيم المرتبطة بالعقد.....61
أولا: إنشاء جو تنافسي في الأنظمة القانونية 62
ثانيا: إقامة رابط تجانسي بين الأطراف المعنية بالعقد.....67
المبحث الثاني: العقد أداة منفعة وعدالة (الجمع بين مادية العقد وقيمته).....69
المطلب الأول: الحفاظ على مادية العقد بواسطة المنفعة العقدية ("بالمنفعة، بالعدل"،
تركيبة لعصرنة العلاقات التعاقدية).....70
الفرع الأول: الاستفادة من مضمون في جوهره كلاسيكي: "من يقول تعاقدي، يقول عادل".....70
أولا: جوهرية فقه (Fouillée) في قاعدة "عدالة العقد" 71
ثانيا: تكريس قاعدة العدالة في التبادل حفاظا على أسس القانوني المدني.....75
الفرع الثاني: مبدأ المنفعة أساسي لتوجيه العقد.....78

أولا: العقد كأداة نافعة إجتماعيا واقتصاديا 79
ثانيا: تنوع مظاهر المنفعة العقدية 84
الفرع الثالث: محاولة التوفيق بين "النافع" و"العادل" 87
أولا: الطبيعة التأسيسية للمنفعة والعدل لصالح القوة الملزمة للعقد 88
ثانيا: حالة تجاوز المنفعة العدالة.....91
ثالثا: حالة التوازن بين المنفعة والعدل.....95
المطلب الثاني: تأثير تحليل العقد على تحديد نطاق ومضمون العدالة فيه 99
الفرع الأول: تكريس التحليل الوضعي للعقد (وضعية وقانونية العقد).....99
أولا: منافع تكريس التحليل الوضعي للعقد 100
ثانيا: تزايد التشريعات لتكريس عدالة عقدية أكثر.....107
ثالثا: طبيعة العدل على ضوء التحليل الوضعي 112
الفرع الثاني: تكريس اجتماعية العقد.....115
أولا: متطلبات العدالة الاجتماعية في المجال العقدي 15
ثانيا: التفعيل الفقهي للمفهوم الاجتماعي للعقد 121
الفصل الثاني: تكريس العدالة العقدية على ضوء المبادئ المنظمة للقانون المدني.....126
المبحث الأول: أخلاق عقدية منبثقة عن العدالة 126
المطلب الأول: تكريس المساواة العقدية كمرجعية للعدالة.....126
الفرع الأول: المفهوم المركب للمساواة العقدية.....126
أولا: المفهوم المجرد للمساواة كمفهوم قاعدي لأي عقد 127
ثانيا: المفهوم الواقعي للمساواة عقلنة للعدالة 129
الفرع الثاني: مناط المساواة الأكثر تناسبا للعدالة.....130
أولا: تحديد المساواة بين الأطراف 130
ثانيا: المساواة العقدية كتحديد لمحتوى العقد.....135
المطلب الثاني: تحقيق العدالة من خلال إعادة التوازن العقدي 138
الفرع الأول: التوازن مع ضبابية المضمون وصورة العدل فيه.....139
أولا: الاستناد إلى معياري التبادل والتعادل 139
ثانيا: خصوصية معياري المعاوضة والتناسب 144
الفرع الثاني: مظاهر التوازن الحافظ لعدالة العقد 147
أولا: التوازن توازن بين مصالح الأطراف المختلفة.....147
ثانيا: التوازن توازن في تنفيذ العقد 154

المطلب الثالث: وظيفة الانصاف العادل في العقد 171
الفرع الأول: تعقيد مفاهيم الانصاف 173
أولا: إعتبار الانصاف أسمى من العدالة أو أدنى منه.....173
ثانيا: بين صعوبات ومحاولات إيجاد تعريف للانصاف 177
الفرع الثاني: إقرار الانصاف الذاتي كآلية لإقرار العدالة التناسبية.....181
أولا: تكريس الانصاف كقيمة للعدالة العقدية 181
ثانيا: الانصاف، مبدأ ضمني، نص تشريعي، أو مجرد ممارسة قضائية 184
المبحث الثاني: الأخلاق العقدية المساعدة في تحقيق العدالة 191
المطلب الأول: إدماج التضامن في مؤسسة العقد.....191
الفرع الأول: دواعي تكريس التضامن في البيئة العقدية 192
أولا: أهمية الاعتراف بأرضية الفقه التضامني في العقد.....192
ثانيا: الاعتراف بالنطاق القانوني للتضامن العقدي.....195
الفرع الثاني: صور خدمة التضامن للعدالة العقدية 199
أولا: التضامن معالجة للاتوازن العقدي.....199
ثانيا: التضامن بين تكوين العقد وتنفيذه مواجهة مساعدة على اللامساواة العقدية.....202
المطلب الثاني: تكريس مبدأ التناسب في خدمة العدالة العقدية 203
الفرع الأول: التناسبية كتقنية لإعادة التوازن العادل.....204
أولا: التناسب الموضوعي طرح عصري لتوازن العقد.....204
ثانيا: التناسب طرح تبعي للمساواة والتوازن العقديين 208
أ- إندراج التناسب تحت مبدأ المساواة.....209
ب- التناسب أداة مفيدة في مواجهة اللاتوازن العقدي 211
الفرع الثاني: التناسب كمعيار للعدالة العقدية.....214
أولا: بحكم الاستقلالية في المفهوم.....214
أ- معيار التعادل.....215
ب- معيار التبادل.....216
ثانيا: تبعية التناسب بحكم طبيعته التكميلية مع مقومات العدالة العقدية 218
خلاصة الباب الأول.....222
الباب الثاني: تنوع آليات تكريس العدالة العقدية في قانون العقود.....223
الفصل الأول: العدالة العقدية آلية تشريعية قابلة للتطوير 224
المبحث الأول: الأحكام التقليدية للقانون المدني بين كلاسيكية الحلول وضمنية العدالة.....224

المطلب الأول: توظيف حماية الرضا لتحقيق العدالة العقدية.....224
الفرع الأول: إقرار الغلط عيبا مخلا بالتوازن الاقتصادي والاجتماعي.....224
أولا: اشتراط "الطابع الجوهري" في الغلط تقدير لمدى استقرار الالتزامات 225
ثانيا: الطابع غير المعذور في الغلط شرط أخلاقي في عيب الرضا.....231
الفرع الثاني: إدماج التدليس كطابع مرن في حماية الرضا 234
أولا: محدودية الالتزام القانوني التقليدي بالإعلام (طبقا لأحكام القانون المدني) 235
ثانيا: الكتمان التدليسي كمظهر لسوء النية المخلة بالتوازن العقدي 240
المطلب الثاني: أحكام تقليدية من القانون المدني في تقرير المنفعة العقدية.....243
الفرع الأول: دور أحكام الغبن والاستغلال في رفع اللاتوازن الاقتصادي للعقد 243
أولا: مظاهر اخلال اللاتوازن بالغبن والاستغلال 244
أ- المظهر المادي للستغلال 248
ب- النظهر النفسي للغبن 249
ثانيا: خصوصية الجزاءات المترتبة عن الغبن والاستغلال 250
الفرع الثاني: الأبعاد النفعية في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين 252
أولا: هيمنة حماية الدائن في العلاقات التعاقدية 253
ثانيا: ترخيص لمراجعة السعر بسبب اللاتوزن العقدي 256
المبحث الثاني: فعالية أحكام القوانين الخاصة في تكريس صريح للعدالة العقدية.....258
المطلب الأول: تعميق الطابع الآمر في النظام العقدي 259
الفرع الأول: إدماج الطرف الضعيف أسلوب لعدالة العقد 259
أولا: عوامل تدخل الطرف الضعيف في النظام العقدي.....259
ثانيا: تأثير حماية الطرف الضعيف على تحقيق العدالة.....264
الفرع الثاني: إمكانية تحقيق نجاعة العقد على أساس عدالة النظام العام.....268
أولا: النظام العام أداة تكريس المنفعة والعدل 269
أ- بالنسبة لمنهج توجيه المضمون العقدي 273
ب- تطور الطابع التقني للنظام العام الاقتصادي التوجيهي على ضوء نظام عام تنافسي وصرفي...275
ثانيا: تبني وظيفة التعديل والاصلاح في النظام العام الحديث 284
المطلب الثاني: تطور الالتزامات العقدية بإثراء قانوني لصالح عدالة المعاملات 289
الفرع الأول: التكريس القاعدي للإلتزام بالإعلام بموجب المادة 17 من قانون الاستهلاك 290
أولا: تجديد الالتزام بالإعلام إرساء للتعاون العقدي 290
ثانيا: فعالية الدمج بين مجالي المنافسة والاستهلاك لتدعيم الالتزام بالإعلام.....296

الفرع الثاني: قواعد استثنائية لتدعيم الالتزامات.....298
أولا: أهمية تقرير إلتزامات لتنوير الرضى 298
ثانيا: تقرير إلتزامات لصالح سلامة المحل.....302
المبحث الثالث: حسن النية قاعدة أخلاقية في العقد بموجب المادة 1/107 من ق.م.....311
المطلب الأول: تأطير محدد لمفهوم "حسن النية" 312
الفرع الأول: تأثير مبدأ "النزاهة" على تحقيق شخصية عقدية عادلة 312
أولا: تكريس النزاهة كمبدأ أخلاقي 313
ثانيا: الالتزام بالإخلاص ممارسة خاصة مدعمة للنزاهة 319
الفرع الثاني: التعاون تقرير لسلوك عقدي موجه لإرادة عقدية نافعة.....322
أولا: معيارية أو قاعدية الالتزام أو واجب التعاون.....323
ثانيا: واجب التعاون واجب تعاقدي 325
أ- بالنسبة للدائن 325
ب- بالنسبة للمدين.....327
الفرع الثالث: الثقة المشروعة كمظهر جديد لحسن النية 330
أولا: أسس الثقة المشروعة في بيئة عقدية عادلة.....331
أ- الأسس الفقهية 331
ب- تأسيس الثقة العقدية على الاعتراف بالإلتزامات الجديدة 333
ج- الثقة العقدية اعتراف تشريعي رغم آلية أحكام القانون المدني.....334
ثانيا: ركازة مظاهر الثقة المشروعة كمظهر جديد لحسن النية العقدية 335
أ- قاعدة ديمومة العلاقة العقدية 335
ب- الثقة اعقدية بين المستهلك والمحترف.....337
المطلب الثاني: صور التعسف العقدي كانتقاص لحسن النية 339
الفرع الأول: أخلقة التعسف بواسطة حسن النية.....341
أولا: تنويع حسن النية المكون للتعسف 341
ثانيا: فعالية التصور المعنوي للتعسف في تنفيذ العقد.....345
الفرع الثاني: نحو تكريس مبدأ عام للتعسف في استعمال الحق.....349
أولا: مقبولية فكرة التعسف في استعمال الحق في المجال العقدي في القانون المدني 349
ثانيا: ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق لا بالخطأ التقصيري 352
الفصل الثاني: العدالة العقدية آلية قضائية ذات فعالية نسبية.....356
المبحث الأول: تحقيق العدالة العقدية بواسطة التدخل القضائي في العقد 356

المطلب الأول: توظيف "مستلزمات العقد" للتخفيف من الصرامة العقدية 356
الفرع الأول: التوفيق بين قانون صارم للعقد وبين قانون عادل للعقد 357
أولا: طبيعة مستلزم التشريع في تدخل القاضي (القواعد الآمرة والمكملة) 357
ثانيا: متابعة قضائية على وضعية القانون الجديد وتأثيره على المراكز العقدية الجارية.....360
الفرع الثاني: العرف التعاقدي بين تكريس الإرادة الجماعية وإعماله أداة إثراء الالتزامات 363
أولا: إعمال المادة (2/107 من ق.م) للعرف كمصدر لتحديد نطاق العقد.....363
ثانيا: هيمنة فكرة العرف كقاعدة قضائية (صورة العرف الواجب كشفه قضائيا بموجب المادة2/107) ..366
الفرع الثالث: الانصاف وسيلة لتأمين العدالة العقدية رغم طبيعته الشاملة.....368
أولا: تثبيت الدور التكميلي للانصاف في العدالة العقدية 368
ثانيا: دور الانصاف التكميلي في الكشف عن إلتزامات جديدة 371
المطلب الثاني: توظيف التدخل القضائي لتوجيه العقد نحو العدالة 374
الفرع الأول: تفسير العقد كأداة للرقابة على التوازن العقدي.....374
أولا: صعوبات البحث عن إرادة الأطراف.....374
ثانيا: عملية التفسير وظهورها بمناسبة التنفيذ 376
ثالثا: التفسير الموضوعي للعقد: تطور وظيفة توجيهية لصالح العدالة العقدية 380
أ- تفسير العقد لحماية روح العقد المؤسس على الانصاف والتضامن العقدي 381
ب- الآليات العصرية لتفسير العقد: المنفعة والمعقول.....384
ج- تراجع دور القاضي في مراقبة أو تفسير الشروط التعسفية في ظل قانون 04-02 387
الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة حلول انصاف القاضي محل عدم التنفيذ بحسن النية 389
أولا: تكريس الأساس القاعدي للظروف الطارئة تأصيلا في القانون المدني.....390
أ- وقوع حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها.....393
1- إستثنائية الحادث الطارئ.....393
2- عمومية الحادث الطارئ 394
3- عدم توقعية الحادث الطارئ.....395
ب- إرهاق المدين 397
ثانيا: سلطة القاضي في ملاءمة العقد المختل بالظرف الطارئ 400
المبحث الثاني: مرونة مفهوم العدالة العقدية أداة مناسبة لتطور قانون العقود.....403
المطلب الأول: أحكام من النظام العقدي بين قصر المعالجة القانونية لها، وضرورات تلاؤم قانون العقود مع قانون الأعمال 403
الفرع الأول: قصر ملاءمة بعض أحكام القانون المدني التقليدية على ضوء مرونة المفاهيم.....403

أولا: تطور فقهي في تحديث "السبب" إلى أساس اقتصادي للتوازن 404
ثانيا: إعادة التوازن من خلال تبني الغلط في القيمة 409
الفرع الثاني: تغيير النظام القانوني للعقد على ضوء تطور قانون الأعمال 411
أولا: تجديد عيب الإكراه من خلال الاستعمال التعسفي لوضعية التبعية 412
ثانيا: التعسف في استعمال وضعية الهيمنة 417
المطلب الثاني: ملاءمة قانون العقود مع مقتضيات ميدان المعاملات 419
الفرع الأول: تأثير العولمة العقدية على النظام القانوني للعقود 420
أولا: تجديد دور العقد على ضوء العولمة 420
ثانيا: انعكاسات تطور التجارة الدولية على المنظومة القانونية العقدية 423
الفرع الثاني: آفاق للاعتراف بظهور قانون معاملات وأعمال 424
أولا: مظاهر الفعالية والتطور النوعي في قانون العقود (بفضل الانفراج التشريعي منذ 1975) 424
ثانيا: الفرص المفتوحة لإعادة النظر في مفهوم العقد 428
خلاصة الباب الثاني 432
خاتمة 433
قائمة المراجع 440
الفهرس 473