

جامعة الجزائر 1

كلية الحقوق

النوازن العقدي عند نشأة العقد

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون

إشراف الأستاذ

أ.د. علي فيلاي

إعداد الطالبة

عرعارة عسالي

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د. بن شنيبي حميد	رئيسا
أ.د. فيلاي علي	مقررا
أ.د. لمطاعي نور الدين	عضوا
د. بعجي محمد	عضوا
أ.د. بن رقية بن يوسف	عضوا
د. عدلي عبد الكريم	عضوا

السنة الجامعية 2014-2015

قائمة المختصرات

ABREVIATIONS ET MODE DE CITATION

أولاً: باللغة العربية

ص.	=	صفحة.
ق.م.ج.	=	قانون مدني جزائري.
ق.م.ف.	=	قانون مدني فرنسي.
ط.	=	طبعة.
م.	=	مادة.
ج.	=	جزء.

ثانياً: باللغة الفرنسية

Art.	= Article.
BGB.	= Le Code de Base de Droit Civil Allemand.
Bull.Civ.	= Bulltin civil.
Cass.Civ.	= Cassation Civil.
Cass.Com.	= Cassation Commerciale.
Ch.	= Chambre.
Chr.	= Chronique.
Civ.	= Civil.
Com.	= Commerciale.
Defrénois.	= Répertoire Du Notariat Defrénois.
D.	= Dalloz.
Doc.	= Doctrine.
Ed.	= Edition.
J.C.P.	= Juris classeur Périodique.
J.O.	= Journal Officiel.
JP.	= jurisprudence.
LGDJ.	= Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence.
OP.cit.	= Opinion Cite.
P.	= Page.
P.U.A.M.	= Presses Universitaires D'AIX-Marseille.
R.T.D.c	= Revue Trimestrielle De Droit Civil.

إهداء

الى الراحلين عَنَّا والدي عسالي الازهاري

الى والدي فرمي مسعود

ترحمنا وذكرى

الى السيدة الأم ربح الماشي

الى السيدة الرائعة أمي التي لا تكفي الحروف حضها والقلب حبها والعين طلتها

احتراما ووداً

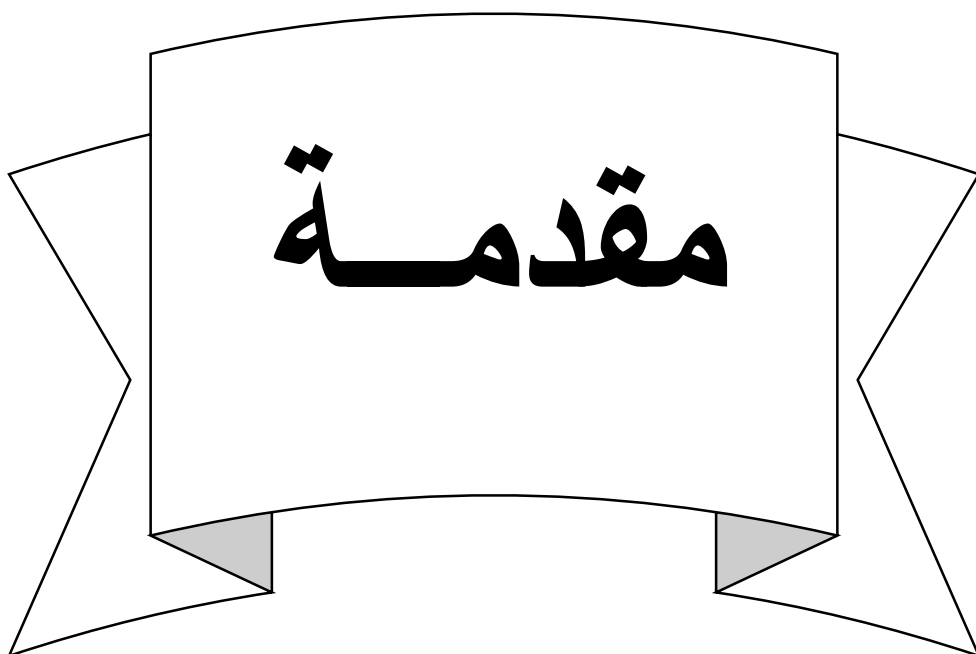
شكر

بعد حمد الله كثيرا والصلاة ثم السلام على نبيّه محمد
بكرة وأصيلاً.

أشكر أستاذي: فيلالي علي الذي شجّعني في دراستي
وبحوثي.

أجلُّ فيك يا أستاذي غزارة العلم، وسداد الرأي وجميل
الصّبر، والثّقة التي منحتنيها وسلّحتني بالقنديل، الذي
أرشدني في درب البحث أتقصى المعرفة، وأقدّم ما
استطعت منها بفضل الله.

أستاذي شكرا



مقدمة

إنّ القانون في أيّ بلد هو ضامن السلم والاجتماعي وهو شرط لتطوّره وهو مرآة تعكس بأمان روحه وعرقه وتاريخه أي تاريخ الذهنية القانونية للبلد، والقانون الوضعي هو المنتج الاجتماعي للبلد وباعث تطوّره، فكلّ تطوّر اقتصادي واجتماعي يصاحبه تطوّر قانوني.

فلا يكفي استيراد النصوص القانونية بل يجب تطويعها بجعلها توائم الذهنية المحلية ومنظومة المجتمع الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية فالتوازن العقدي في القانون الفرنسي يتناسب وفلسفته وتاريخه القانوني والقضائي، فهو يهتم بالمساواة المجردة أمّا التوازن العقدي في التصرّور الجرمانى بالرغم من التصرّور الفردي إلا أنّه اجتماعي الحلول.

والتوازن التعاقدى هو هدف كل التشريعات فتجد المشرّع الجزائري ورث فكر قانوني ومبادئ المذهب الفردي وأعتنق المذهب الاجتماعي سياسته فكان يقتنص النصوص القانونية التي تلائم توجهه فإذا بالنصوص القانونية وكأنّها متردّدة في ما جاء به من فكر قانوني.

يتضح أنّ مسألة توازن العقد لن تكون موضوع قديم ولا جديد فهي دائما تعود في المقدمة للضرورة القانونية والواقعية، فالتوازن العقدي هو موضوع النقاش الفقهي القانوني والحيرة القضائية المستمر المتجدّد¹.

يبدو أنّه ذو طبيعة وخاصة لا منتهية لارتباطه ولعلاقته اللصيقة بالعدالة.

¹ دُرس من زاوية مختلفة منذ القديم، وعلى سبيل المثال، لأكثر الأبحاث المتخصصة في ذلك

- -J. Maury, *essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse, 1920, Toulouse.
- -D. Andronesco, *l'inégalité des prestations dans le contrat*, thèse, 1922, Paris.
- -Perot Morel, *L'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, thèse, 1961.
- -Alanenize (R), *de la lésion en droit romain et en droit français*, thèse, 1876, Paris.
- -Giraud (L), *de la lésion en droit romain*, thèse 1876, Paris.
- -Demontes (E), *de la lésion dans les contrats entre majeurs* LGDJ, 1924.
- -Lartigolle (J), *justice commutative et droit positif*, thèse, 1957, Bordeaux.

فالتوازن العقدي من المواضيع الدائم البحث فيها من جوانب متعددة لأنه مَرَبُطُ القانون والأخلاق والاقتصاد في العقد فهو أكثر المسائل التي سوف تتكرر ويستمر النظر فيها، ويُعاد البحث فيها، بل من الصعب إيجاد حلّ لها، والصعوبة تكمن في أنّ مسألة التوازن تثور في كل التصرفات القانونية وتمتد الى كل ميادين القانون ولن يكون من السهل استخلاص قواعد قانونية من معايير مختلطة، وأحيانا متناقضة اقتصادية أخلاقية اجتماعية بل وسياسية حيث أصبح العقد وسيلة تحقيق سياسة وايدولوجية الدولة.

وقد تمّ البحث في التوازن بعناوين مختلفة أغلبها الغبن La lesion، وحماية الطرف الضعيف وعدم تساوي أطراف العقد «Inégalité des parties»، وحماية الطرف الضعيف «Protection de la partie faible»، والتضامن التعاقدي أحيانا والدور الاجتماعي للعقد، والعقد والمنفعة العامة مرة أخرى، وتعدّدت المصطلحات لتحقيق هذا التوازن في كثير من الدراسات بما يسمى سوء الاستفادة L'abus de dépendance¹ أو الإكراه الاقتصادي أو فكرة الإفراط والشطط la notion d'exès، مبدأ المساواة والقانون المدني للعقود.

وقد يبدو البحث في التوازن العقدي عند نشأة العقد غير مجدي، ذلك أنّ اختلال التوازن في العلاقة التعاقدية يبدو بشكل أقوى عند سريان العقد وخاصة عند تنفيذه، ولما كان الموضوع شاسع بشكل غير عادي لطبيعة الموضوع وللأهمية البالغة له، إذ أنّ التوازن هدف العملية التعاقدية ومقصد التشريعات منذ أن وُجدت، تصيغها بمختلف الصيغ تحقيقا للعدالة التعاقدية. فالفكرة لم تتغير، فهي ثابتة ثبوت فكرة العدل والأخلاق ولكن المتغير هو وسائل وتقنيات تحقيقها تمشيا وتطور الأفكار الاقتصادية والاجتماعية.

¹ Fabrice De Boüard, **dépendance économique née d'un contrat**, LGDJ, 2007.

وعليه، فتحديد التوازن لبناء ونشأة العقد أرى أنه أصعب من البحث في التوازن في العقد بصفة عامة، ذلك أنّ معالم اختلال التوازن لا تظهر إلا في السريان والتنفيذ أمّا وأنّ البحث في النشأة أهم، لأنّ بناء ونشأة العقد على أسس التوازن أنجع من إيجاد حلول الاختلال عند السريان أو التنفيذ، ونكون قد قمنا بدور وقائي هام لاستقرار المعاملات وبالحيلولة دون تعرض العقد للبطلان أو التصحيح، فما جدوى أن ينشأ العقد مختل التوازن؟ ممّا يثير مكانة وضرورة العدالة العقدية من جهة، والأهمية القصوى لاستقرار وأمن العقد من جهة أخرى، وأي منهما أولى؟

فضرورة استقرار العقد تجعل المشرّع في أزمة تحقيق التوازن، ذلك أنّ تصحيح العقد ومعالجة اللاتوازن يصطدم مع ضرورة الحفاظ على استقرار العقد، وتصحيح العقد يصبح حتمي إذ لم يتحقق التوازن، وبالتالي تصبح فكرة التوازن تهدد العقد! ويبرز إشكالا قانونيا في ضرورة تحقيق التوافق بين تصحيح العقد بمعالجة توازنه، وضرورة استقرار العقد.

أردنا التركيز على التوازن عند نشأة العقد تحقيقا للتوازن واستقرار العقد في ذات الوقت ولا مفاضلة بين المبدئين، بل من الأجدر أن ينشأ العقد متوازنا، ويصبح التوازن مبدأ وهدف في آن واحد.

كما أنّ التوازن المقصود هو المساواة أو التكافؤ بين أطراف التعاقد والتوازن الموضوعي بين الأداءات المتقابلة.

إلا أنّ البحث في التوازن استدعى النظر في حقيقتين الأولى هي عقود غير متوازنة في القدرة بسبب عدم التوازن التقني والاقتصادي والقانوني للأطراف أثناء نشأة العقد، أمّا الثانية عقود غير متوازنة في القيمة بسبب الاختلال المادي بين الاداءات المتقابلة.

ويُقصد بالتوازن الموضوعي أو المالي للعقد أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت إبرام العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة مالياً، ولا يقصد بالتوازن المالي المساواة الحسابية بل هي تلك المعادلة الشريفة بين الحقوق والتزامات والتي أخذت في الاعتبار، فيجب ألا يُنظر إليه على أنه يستهدف تحقيق التوازن الحسابي المطلق بين التزامات وحقوق المتعاقدين وإنما هي مجرد توجيه عام يستهدي به القاضي في تقدير المبلغ المناسب المستحق للمتعاقدين في حالة اختلال التوازن المالي للعقد محل الإبرام¹.

وقد أشار المشرع إلى التوازن واصطاح عليه التفاوت الكثير صراحة في المادة 90 من القانون المدني، وأشار إلى التوازن باصطلاح الأداء المعادل في المادة 57 من القانون المدني أيضاً².

فالعقد يُعتبر متوازناً إذا كان الأداء المقابل معادلاً لما يمنح أو يفعل الطرف الآخر إذا لا تفاوت كثير بين الأداءات المتقابلة.

لكن إذا كانت للمتعاقد فائدة معنوية وذاتية تفوق التوازن المادي المفقود في العقد، والمتعاقد لا يريد مقابل، فكيف يمكن مقارنة الأداءات المتقابلة؟ كما في عقد التبرع وقد يكون العقد غير متوازن بين أداءاته وأطرافه تدرك ذلك، وتقبل على التعاقد بإدراك وإعٍ ورضاً سليم،

¹ مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الشتات، مصر، 2008، ص20.

² المادة 90 من ق.م.: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد، ومع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يُبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيتاً أو هوئاً جامحاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوة الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن».

المادة 57 من ق.م.: «يكون العقد تبادلياً متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء يعتبر معادلاً لما يمنح أو يفعل له. إذا كان الشيء المعادل محتويًا على خطر ربح، أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يُعتبر عقد غرر».

لأنّ اللاتوازن جوهر العقد وكذلك عقد الغرر، فكيف يتحقق التوازن في عقود مختلفة التوازن بطبيعتها؟ هل يُقدَّر توازن العقد على العلاقة الشخصية بين الأطراف المتعاقدة؟ وكيفي الأداء المقابل أو الفائدة المتحصل عليها بغض النظر عن قيمتها؟ ونكتفي بالتوازن التبادلي القائم على العدالة التبادلية؟

ويختلف تصور التوازن وفق الفلسفة التي ينشأ في ظلها العقد، فلطالما اعتبر سلطان الإرادة وحماية الرضا كفيلا بتحقيق التوازن بالاعتداد بالمساواة المجردة، إذ أنّ ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة من أنّ تصبح الإرادة أساس القوة الملزمة في التعاقد وهي تتدخل في تحديد مضمون العقد والالتزامات الملقاة على عاتق كل من طرفيه.

ويذهب البعض¹ إلى أنّ العدالة بين الأطراف تتحقق وفق هذا المبدأ وذلك أنّ الالتزامات تنشأ إذا توجهت الإرادة إلى إنشائها وبالحدود والقدر الذي تتجه إليه تلك الإرادة، وإرادة الإنسان لا تلتزم إلا إذا كان هناك مصلحة له في ذلك فالالتزامات الناشئة عن هذه الإرادة أيّا كانت ومهما كان أثرها لا يمكن إلا أن تكون عادلة، وهذا المبدأ تلازم في نشأته مع النظام الرأسمالي الذي يُعدُّ الفرد فيه هو المحور الذي يركز عليه القانون.

فأخذ الإرادة في الاعتبار يكون قائما على منظور شخصي وليس موضوعي، فالإرادة إن أقدمت على التعاقد قد حققت العدالة الشخصية فهي التي تلزم صاحبها بالعقد فلا يمكن أن تخطئ في تحقيق التوازن العقدي². وهذا ما كرّسه والمشرّع في المادة 106 من القانون المدني الجزائري³، فوجود الحرية التعاقدية تجعل المتعاقدين متساوين ولو كانت هذه المساواة مجردة

¹ سعيد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة، القاهرة، 1998، ص 31.

² سعيد عبد السلام، نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ وهو ما جسّدته المادة 106 ق.م.م.: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقررها القانون».

وتأثر بما ذهب إليه المشرع الفرنسي وفي هذا نؤكد اختلاف النسق التصوري (ordre conceptuel) للقانون المدني الجزائري كليا عن نظيره الفرنسي، ذلك أنّ المشرع الجزائري يُضفي النزعة الموضوعية والتصور الاجتماعي للعقد في الشريعة العامة وذلك بتبنيّه نظرية الاستغلال (المادة 90 من ق.م.ج)، والمادة 110 (ق.م.ج) أي الازدواجية المتعلقة الإذعان ونظرية الظروف الطارئة (المادة 3/107)، ونشير إلى أنّ ازدواجية التصور في القانون المدني لها مبرراتها¹ ولا تثير إشكال بل تُبرز طموح المشرع إلى مسايرة التطور الاقتصادي والاجتماعي والتوجه السياسي حتّى أنّه مع التراجع الذي يتعرض له مبدأ حرية الإرادة وإعطاء الأولوية لتحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف لم يجد المشرع حرجا مرة أخرى من اعتناق مبدأ حرية الإرادة تحت مظلة الحماية الاجتماعية وذلك بالتعديل الأخير لقانون الإيجار².

إنّ التقنين المدني بحماية رضا المتعاقد يحمي المتعاقد من الحيف والجور الذي يتعرض له من الغلط الجوهرى والتدليس والإكراه إذ يحمي الأداء المقابل وفق إرادة المتعاقد، فيقوم التوازن على الأداء الكيفي للمتعاقد.

أمّا باعتناقه نظرية الاستغلال يبتعد تماما عن المذهب الفردي ويتوجه بقوة لحماية التوازن التعاقدى بحيث أشار إليه بالتفاوت، لولا الشروط التي جاء بها النص، حيث أفرغها من محتواها، فلا هي تحمي الرضا ولا تحمي التوازن العقدي.

¹ أنظر الى عرض أسباب صدور القانون المدني، وثيقة غير منشورة موجودة على مستوى مكتبة الحقوق، جامعة الجزائر 1.

² نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الإيجار المدني من خلال الفصل الأول المعنون بـ «الإيجار» من الباب الثامن المعنون «العقود» المتعلقة بالانتفاع بالشيء المواد 467 الى 507، وذلك بعد التعديل الذي تضمنته القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدّل والمتمم للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 31 سنة 2007.

ويبدو الإنكار التشريعي لنص الغبن (المادة 358 ق.م.ج) واضحا في تحديد نطاقه والفئة المحمية مقتفيا في ذلك ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، ومع ذلك يرى مازو أن الغبن أُقِرَّ من أجل حماية فئة معينة من اللا توازن التعاقدى الباهظ، هؤلاء أُعتبروا سلفا في وضع دُوني¹ وبالنظر من هذه الزاوية فإنه يمكن معالجة التوازن بحماية الأداء الحقيقي، أي الأداء المقابل النظير، ويقوم حينئذ على الأداء الكمي للمتعاقد؟ فيكون تحقيق التوازن بقيمة الأداء المقابل، وتكون العبرة بتوازن قيمة الاداءات المتقابلة.

إنَّ التشريعات وخاصة القانون الفرنسي قدّست حرية الإرادة والمساواة أمام القانون ولما وجدت أنَّ التجريد لا يحقق التوازن والمساواة، لجأت الى حماية الأشخاص بحماية الرضا واللجوء الى نظرية السبب²، لكن أكد الواقع فيما بعد على عدم قدرة عيوب الرضا على تحقيق التوازن وعجز الغبن بالوصفة المقدّمة من تحقيق الحماية المرجوة وإن كانت آلية من آليات التوازن العقدي فيما سبق.

بات من الضروري الأخذ بعين الاعتبار الحقائق الاجتماعية والعلاقات التعاقدية الجديدة بحيث يجب النظر إلى القواعد القانونية على ضوء مبادئ تصور جديد هو توقع سلوكيات الأفراد ومدى تأثيرها على كفاءة النظام الاقتصادي للمجتمع ككل³.

¹ D. Mazeaud «...a priori, comme en état d'infériorité...», in «plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats» Economica D. Paris, 2008p. 05.

² Vincent Forray, **le consensualisme dans la théorie général du contrat**, LGDJ, paris, 2004, P.426.427.428.

³ Renald Coase, **the problem of social cost**, 3 the journal of law and economic, 1, October 1960 in: دور القاعدة القانونية في ضوء مبادئ مدرسة التحليل الاقتصادي للقانون مجلة في معتصم بالله العرياني، دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، العدد 4، 2007، ص 4.

فالعقد وسيلة تنمية الثروة العامة بدون المساس بالأوضاع الأساسية للأطراف، فالعدالة لا تكمن في التساوي بل في نجاعة وكفاية العقد وأدّل على ذلك أنّه في الإطار التنظيمي وفي مراقبة أسعار السلع فإنّ هذه المراقبة لا تتم باسم المساواة ولا باسم العدالة التبادلية ولا على أساس المحافظة على النظام الاجتماعي بل أنّ هذه الأفكار تظهر غير مؤسّسة علميا في هذا المجال ولكن تحت غطاء الفعاليّة الاقتصادية¹.

والتطور الاقتصادي الكبير أثر على العلاقة العقدية وجعل المراكز العقدية غير متوازنة وغير متساوية من حيث المعلومات التفصيلية اللازمة لانعقاد العقد، إذ يتضح عدم وجود تكافؤ في العلاقات التعاقدية بين المراكز الاقتصادية والمعرفية.

هذا الوضع الجديد حتم وجود حلول لمعالجة الاختلال فأخذ المشرّع صفة المتعاقد أحيانا في الاعتبار كطرف ضعيف فوضع تنظيم إضافي لمساعدة المتعاقدين على تنظيم العلاقة العقدية بعقود خاصة ونظر الى حاجة المجتمع الى العدالة الاجتماعية وألوية المصلحة العامة².

الامر الذي جعل تدخله بتشريعات خاصة آمرة ضروري لينظّم الروابط العقدية لإقامة التوازن وليخضع إرادة الأطراف للمصلحة العامة.

لعلّ التشريعات الخاصة تهدف الى إثراء وتكملة النظرية العامة للعقد.

¹ معتصم بالله العرياني، المرجع نفسه. ص 4 و 5.

² تبنّى سياسة اجتماعية مراعاة أصحاب الدخل البسيط فأصدر مرسوم تنفيذي 11-108 مؤرخ في 06 مارس 2011 يحدّد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرّر العادي والسكر الأبيض، الجريدة الرسمية. العدد 15 مؤرخ في 09 مارس 2011. أيضاً: نظم المشرّع الجزائري عقد العمل من خلال أحكام القانون رقم 90-11.

يُلاحظ أنّ القانون الفرنسي الذي يُكرّس سلطان الإرادة وحرية التعاقد دفع بالقضاء منذ أكثر من 20 سنة بأنّ يستلهم حلوله من أفكار فقهية تنادي بقوة بضروة التوازن العقدي والتضامن، وكان القضاء يتحاشى استعمال مصطلحات حسن النية والتوازن التعاقدية والآداب العامة¹، فالتطور الاقتصادي حتم حماية أكبر للعلاقة التعاقدية فجعل من التقنين الذي يفوق عمره 200 سنة غير كاف للحماية، فظهر 50 تقنيًا ينافس وجود القانون المدني الفرنسي هذه القوانين الخاصة تكفّلت بتنظيم العلاقات القانونية لكلّ الفئات على حدّ، والفقه الفرنسي يُشجّع هذا النمط من التقنين لتحقيق أكبر حماية للمتعاقدين².

واعتقد بعض الفقه أنّ العقد في أزمة³، فإذا كانت القوانين الخاصة والأوصاف الجديدة للالتزام قد أثّرت في النظام التعاقدية فلا يكون بكل تأكيد تأثير سلبي أمّا إذا كان تدخل الدولة في تنظيم العلاقات التعاقدية وفرض الالتزامات فهذا التدخل يكون أزم العقد إذا قلّص دور العقد في الحياة الاجتماعية والاقتصادية ولم يعد وسيلة تحقّق الهدف من وجوده، والحقيقة أنّ العقد أصبح له دور أكثر من كونه وسيلة تبادل للمصالح بل أصبح وسيلة التضامن وأداة لأخلقة العلاقات بين أطراف التعاقد، ووسيلة لتحقيق مصالح الفرد والجماعة في آنٍ واحد، فأين هي أزمة العقد؟.

والمرّع بالرغم من طموحه في تحقيق التوازن العقدي في القواعد العامة على خلاف نظيره الفرنسي فإنّه يتمشّى مع المحيط الجديد المتطور، فتدخّل في تنظيم العلاقة العقدية

¹ Camille Jauffret-Spinosi, **Le contrat en Europe aujourd'hui et demain**, colloque du 22 juin 2007, sous la direction de Rémy CABRIALLAC, Denis Mazeaud et André Prün, p13.

² Ewoud Hondius, **La réforme du droit des contrats aux Pays-Bas, le contrat en Europe aujourd'hui et demain**, Op.cit. p47.

³ Jacques Ghestin, **la formation du contrat** tome 02, op.cit. P.85. et s. et Pocar, la protection de la partie faible en DIP, P

بإصداره أولاً قانون الاستهلاك، 1989/02/09¹ المُلغى بقانون 09-03² الذي يهدف إلى حماية المستهلك الذي يُعتبر طرفاً ضعيفاً غير قادر على الدفاع على حقوقه ومصالحه تجاه الطرف القوي اقتصادياً.

وبهذا استبعد المشرّع المفهوم الشخصي للعلاقة العقدية واستبدله بمفهوم موضوعي تكون أولويته تحقيق التوازن والمساواة بين المتعاقدين ويبقى التحدي في مدى نجاعة وكفاية الآليات التي انتقاها المشرّع لتحقيق ذلك؟

لقد بات واضحاً أنّ النزعة الاجتماعية على خلاف الاتجاه الفردي تنظر إلى العقد من حيث الأسبقية إلى البعد الموضوعي على البعد الشخصي بحيث أنّ الإرادة الفردية في مجال العقود لا تلعب الدور الوحيد بل أنّ للعدالة الانصاف وحسن النية والسلم الاجتماعي هي أيضاً ذات أهمية كبرى.

كما تدخل المشرّع لمعالجه والوقاية من اختلال التوازن أيضاً بنصّ خاص في المادة 03 من القانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004³ بمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تقضي عند تعريف الشرط التعسفي بأنّه: «كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

¹ الجريدة الرسمية بتاريخ 08/02/1989، رقم 6.

² قانون رقم 03-09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، مؤرخ في 08 مارس 2009.

³ القانون رقم 02-04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 (الجريدة الرسمية، عدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004) يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمتتم بالقانون 06/10 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق 15 أوت 2010، (الجريدة الرسمية، عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010) المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

فالحرية بين الفقير والغني والقوي والضعيف لا يمكن أن تحقق المساواة لأن الأفراد لا يتساوون من حيث القدرات والإمكانات الاقتصادية والفنية والمعرفية.

والتصور الفردي لا يوفر هذا التكافؤ¹ والواقع أظهر أن إطلاق الحرية أمام أفراد غير متكافئين أمر يؤدي عادة إلى سيطرة الأنانية وإلى تحكم الأقوياء من أرباب عمل وأصحاب رؤوس الأموال في الضعفاء باسم الحرية والمساواة.

أثر معظم الفقهاء الاعتراف بسلطان الإرادة والانتصار له بشيء من الاعتدال فوضعوا حدودا معقول للمجال الذي يُؤخذ فيه بهذا المبدأ. وتعدّ هذه هي أفكار التصور الجديد للعقد ويرى ديموج Demogue أن القوة الاجتماعية لديها ضغط مستمر مطالبة بالحماية متجاوزة المسألة الاقتصادية²، وعليه فمسألة التوازن العقدي مع تطور مطالب القوة الاجتماعية³ يقترح Ghestin أنه يجب البحث عن نظرية جديدة ينبنى عليها العقد قوامها العدالة والمنفعة⁴، فالعقد حسب رأيه ينبنى على شرطين؛ أن يكون نافعا وعادلا (utile et juste) وهذين الشرطين يقفان ضد سلطان الإرادة، الخيال والاعتراف بالقوة الإلزامية للعقد مصدرها القانون فحسب أما منفعة العقد فيجب أن تمتد إلى المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في نفس الوقت إذ يجب

¹ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 42.

² نظم المشرع الجزائري عقد العمل من خلال أحكام القانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان 1410، موافق لـ 21 أبريل سنة 1990 المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية. عدد 17 لسنة 1990. أنظر: الفصل الأول المعنون إحقوق العمال" من الباب الثاني، المواد 5، 6، م 5: يتمتع العمال بالحقوق الأساسية التالية:

ممارسة الحق النقابي، التفاوض الجماعي، المشاركة في الهيئة المستخدمة، الضمان الاجتماعي والتقاعد والوقاية الصحية والأمن وطب العمل، والراحة، والمساهمة في الوقاية من نزاعات العمل وتسويتها واللجوء إلى الاضراب. م 6: يحق للعمال أيضا، في إطار علاقة العمل، ما يأتي: التشغيل الفعلي، احترام السلامة البدنية والمعنوية وكرامتهم، الحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب القائم على أهليتهم واستحقاقهم، التكوين المهني والترقية في العمل، الدفع المنتظم للأجر المستحق، الخدمات الاجتماعية، كل المنافع المرتبطة بعقد العمل ارتباطا نوعيا. م 22 حول تحديد المدة القانونية للعمل. اما المواد 27، 28، 29 حول العمل الليلي. انظر أيضا الفرع الأول من الفصل الرابع المعنون "العطل والراحة القانونية" لاسيما المواد 33، 42، 43، 35، 36، 39، 40، 84، 80 حول أجرة العمل.

³ Gaël Chantepie, *la lésion*, LGDJ, 2006, P.02.

⁴ Brigitte Lefebvre, *La justice contractuelle : mythe ou réalité*, article, Les Cahiers de droit, vol. 37, n° 1, 1996. P.20.

أن يبقى العقد سارياً إن لم تكن فيه مصلحة خاصة للمتعاقد وعدالة العقد تؤسس على حسن النية.

ويبقى العقد وسيلة الحراك الاقتصادي والاجتماعي والصراع الطبيعي بين المصالح المتعارضة والسعي لكسب أكبر غنم وربح لكل فرد، ذلك أنّ التعادل المطلق بين مركزي أي عقد ليس سوى فرض نظري بحت¹ فإذا كان هدف الحماية نطاقاً عاماً يشمل جميع أنواع العقود والبحث عن مساواة وتعادل قوى، إنّ مثل هذا القول لا يتنافى فحسب مع مفهوم العقد ولكنه يؤدي إلى إضعاف الوظيفة العقدية²، وما يجب فعله هو تحميل العقد وظيفة تتمثل في تنظيم المصالح المتعارضة.

إذ أنّ الوضع المتغير والمختلف بالنسبة للمتعاقد أو العقد والنظرة الحديثة للعدالة العقدية والتي يعد التوازن العقدي أحد وسائلها جعلت وصفات التوازن الآنف ذكرها لا تسمح بمواكبة التوازن المطالب به.

يجدر البحث في معيار التوازن يجمع بين التوازن كيفاً وكماً ويكون وقائياً في آن واحد ولأكثر من ذلك ضرورة خضوعه للتحليل الاقتصادي للعقد، هذا الأخير الذي يُعرّف موضوعاً العقد المتوازن بأن: «ويكون التوازن العقدي عندما يسمح العقد بتحقيق ثراء بأداء مقابل يستطيع أحد الأفراد على الأقل تنمية ثروته دون الإساءة لحالة الطرف الآخر»³.

¹ Pocar, **la protection de la partie faible** en DIP, P.362.

في أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دكتوراه دولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 60.

² أحمد محمد الهواري، نفس المرجع، ص 61.

³ «L'une des parties au moins voit sa richesse augmente sans que la situation de l'autre soit altérée. Il ya équilibre contractuel lorsque le contrat permet de réaliser un optimum de création de richesse pour un échange donné», L. Grynbaum, **Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par la juge avec habilitation du législateur**, prof. M. Gabert, Bible. dr. privé, T. 399, L.G.D.J, 2004, N. : 56 in Gaël Chantepie, P.36.

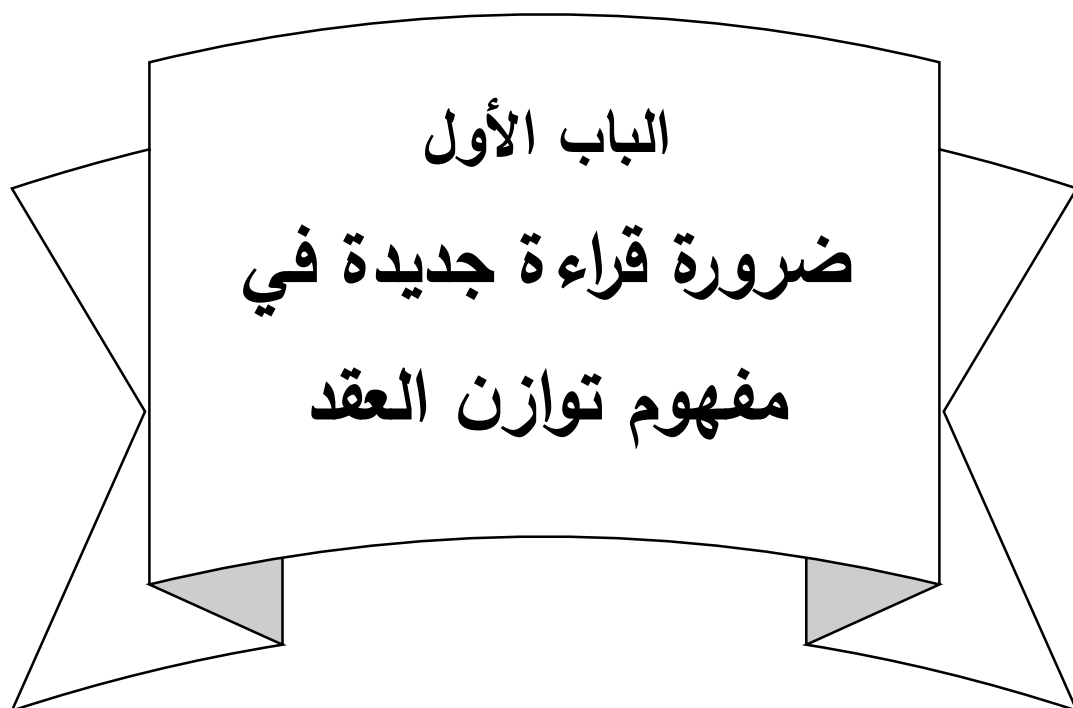
كما يكون ملائماً تصوّر معيار التوازن التناسبي أي التوفيق بين المصالح المتناقضة بحيث يصبح العقد وسيلة النماء لثراء عام دون المساس بالوضعية الأساسية للأطراف.

يبدو أنّ تحميل العقد بكيفيات تفرض التزامات وقائية تُحقق التوازن كفكرة الالتزام بالإعلام وفكرة حسن النية لتفادي اختلال التوازن المعرفي والفني.

هذه الوسائل وخاصة فكرة حسن النية تمنحنا آليات مرنة ومتنوعة للتوازن العقدي إذا كان التوازن هو نتاج العدالة، يدق على وضعيات الضعف أحياناً، وعدم انسجام مختلف العناصر التي ينبني عليها العقد أحياناً أخرى، فكل الوسائل المكرسة يُطمح بها تحقيق توازن عام بين الحقوق والواجبات والشروط.

واستكمالاً لما سبق في حماية المستهلك وتكريس لحماية مضاعفة في مجال الالتزام بالإعلام خرج المشرع بتصوّر جديد وهو منح مهلة التفكير للمستهلك وذلك بصدر المرسوم التنفيذي رقم 15-144 بتاريخ 12 مايو 2015 المتعلق بشروط وكيفية العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

هدف المنظومة القانونية الرغبة في تحقيق التوازن إلا أنّه يصعب بل يُعدّ ضرباً من الخيال تقديم وصفة أو كيفة أو قاعدة قانونية وحيدة خاصة بتحقيق التوازن، فهذا يتحقّق بكل الالتزامات والقيود الواردة بمنظومة التعاقد، ومن الضروري فحص الوسائل التقليدية للتوازن بقراءة جديدة لمفهوم توازن العقد (الباب الأول) فيما إذا تمّ إعمالها بفاعلية حتى يتسنى للمشرع تنسيقها وملائمتها بما أُستحدث من آليات المكرسة في التشريعات الخاصة للوقاية من الاختلال (الباب الثاني).



الباب الأول

ضرورة قراءة جديدة في

مفهوم توازن العقد

الباب الأول: ضرورة قراءة جديدة في مفهوم توازن العقد

إنّ المشرع الجزائري لم يصنف ولم يكيّف العقود بالتوازنة أو بالمتكافئة، أو بمختلفة التوازن، أمّا الفقه¹ وعلى عكس التقسيمات التقليدية للعقود يرى أن التقسيمات الحديثة هي أربعة على الأقل: التقسيم الأول يميز بين العقود الفردية والعقود الجماعية، وتقسيم ثان يميز بين عقود التفاوض وعقود الإذعان، وتقسيم ثالث يميز بين عقود التكافؤ وعقود الاختلال، ويستوعبه التقسيم بين عقود المهنين وعقود الاستهلاك، وتقسيم رابع يميز بين العقود التقليدية والإلكترونية، وهذه النظرة الحديثة فرضها تغير محيط العقد ذاته ولا يمكن لأحد أن ينكر أن تحقيق العدالة العقدية هدف التشريع بمختلف تصوراته ومذاهبه ونعلم أن العدالة العقدية قد لا تُحقّق التوازن التعاقدية، ففكرة العدالة العقدية تتبني غالبا على تصور مجرد عام، ومساواة أمام القانون ينقصها الوسائل الملائمة والمتكيفة لمعالجة المساواة والتكافؤ العقدي ومراعاة الوضع الحقيقي للمتعاقد، والملاحظ أن طبيعة العقد تقتضي أن يكون العقد غير متوازن وغير متكافئ بل لا يمكن مقارنتها أصلا كما في عقد التبرع وأحيانا أخرى أن احتمال التكافؤ لا يمكن مقارنته أيضا إذ قد يختل التوازن بين الاداءات المتقابلة وقد ينتفي كما في عقد الغرر، فعدم التوازن تفرضه طبيعة العقد، ذاته وهذا عائق يتعلق بصفة ذاتية في العقد.

كما أن القواعد المنظمة وفق فلسفة الفردانية والحرية وسلطان الإرادة، تهتم بتحقيق المقابل المعادل.

فالمساواة المجردة تفترض التوازن والعدالة والتكافؤ العقدي تحصيل منطقي لهذا التصور، ويرى "غستان"² Ghestin أنه يجب الاستعانة بالتكافؤ العقدي بدل التكافؤ الموضوعي لأن

¹ محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس 2004، ص 44 وما يليها.

² Ghestin, Op.cit. P.322.

التبادل عقدي وليس ذاتي، فالمقابل عادل كما هو وارد في المادة 57 م.ج، فإذا اعتبر هذا المقابل معادل وفق تقدير أطراف العلاقة العقدية يكون التقييم ذاتي، أما إذا كان التقدير من خارج العلاقة العقدية فإنّ تقييم التوازن والتعادل يكون موضوعي فالمقابل المعادل يحتمل التقديرين.

وإذ يرى "فستان" أنّ التبادل الذاتي يعني التبادل التعاقدية وبالتالي يكون التوازن المحقق هو تكافؤ ذاتي، أما التكافؤ المؤسس والمستند على سند خارجي تماماً عن أطراف التعاقد فالغرض منه تحقيق توازن في موضوع العقد، ويحذر "فستان" من نسبة المصطلحين (الذاتي، والموضوعي)، في موضوع التعاقد والغموض الذي يثيره استعمال المصطلحين، والأفضل استعمال مصطلح التبادل التعاقدية عوض التبادل الذاتي في مقابل ونظير التبادل الموضوعي، والتكافؤ تحققه النظرة الذاتية للأداء المقابل وبالتالي يصبح كما يرى رأي فقهي آخر "إيزيري شنيد" Chénédé أنّ التبادل الذاتي يهدف الى تكافؤ تعاقدية يُتَوَصَّل اليه بدون رقابة موضوعية، ويضيف "فستان" أنّه يُستنتج أنّ دور اتفاق الإرادتين يوصف أنّه تعاقدية وليس ذاتي لأنّ مبدأ التبادل التعاقدية يعني أيضاً أنّه خاص بكل عقد بصفة فردية وشخصية لتقدير توازن الأداء الذي هو أصلاً حكرّاً على أطراف التعاقد¹ فتحقيق التوازن تحدده عوائق ذاتية بالعقد وحماية خاصة بالمتعاقد، فالتوازن بين عوائق ذاتية وموضوعية (الفصل الاول) هذا ما جعل القانون الفرنسي يستبعد كل مراقبة للأداءات بقاعدة عامة وموضوعية وبالتالي تكفي حماية عملية التبادل العقدي لتحقيق التوازن، ولمزيد من التوازن تقررت حماية فئة اعتبرت ضعيفة فأُعْتُدَّ بالتبادل الموضوعي وذلك بفرض رقابة موضوعية من خارج أطراف العلاقة العقدية لتحقيق التوازن بإقرار الغبن تارة وإعمال نظرية السبب مرة أخرى، منعاً للاختلال غير

¹ Ghestin, Op.cit. P.323.

المألوف الذي تأباه العدالة العقدية وما ينبغي تسجيله أنّ المشرع الجزائري خرج عن نسق القانون الفرنسي واعتمد بكل جرأة في القانون المدني 1975 نصّا عاماً يعالج اختلال التوازن في كل العقود وبدون تحديد نسبة معينة للاختلال وذلك بأخذه بنظرية الاستغلال كما استبق قانون حماية المستهلك باعتماده نظرية الإذعان لإعادة التوازن الموضوعي كلّما اختل بفعل التفوق الاقتصادي لأحد أطراف العلاقة العقدية سعياً لتحقيق التوازن بحماية الأداء المقابل الملائم للأداء النظير وبالتالي يكون الموضوعي شرط لصحة العقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول

التوازن بين عوائق ذاتية
خاصة بالعقد والمتعاقد

الفصل الأول: التوازن بين عوائق ذاتية خاصة بالعقد والمتعاقد

البحث في التوازن التعاقدى عند نشأة العقد يبرز فئة من العقود لا تولى لها أهمية كبرى مثل باقي العقود، وهي عقود غير متوازنة في النشأة والسريان والتنفيذ، ففكرة التوازن العقدي قد تقصي هذه الفئة من العقود من الجور والحيث، فالتوازن المرجو يحقق قدرا من عدم الإفراط والشطط وسوء الاستفادة وجعل أداء المتعاقد غير مرهقا له، فإذا كان هدف المشرع وكل التشريعات هو تحقيق التوازن التعاقدى والمساواة بين قيمة الأداءات المتقابلة فكيف الحال بالنسبة لعقود غير متوازنة نشأة وتنفيذا؟ بل أنّ اللاتوازن من طبيعة هاته العقود (المبحث الأول)، فمبرر اللاتوازن في الفئتين من العقود (عقود التبرع وعقود الغرر) هو أنّ جوهرها يقتضي أن لا تكون متوازنة الأداءات، فاختلال التوازن مبرر سلفا، وبالتالي فالعدالة العقدية تقتضي هذا التفاوت في الالتزامات المادية المتقابلة والمشرع يعترف بهذا التفاوت ولا يأبه باللاتوازن الحاصل، وكرس التوازن باللاتوازن ومبرره ليس تفاوت قيمة الأداءات المتقابلة، بل المنهي عنه هو الجور والإفراط في اغتنام الاستفادة ما يُصَبِّغُ التفاوت في هذه الحالة باللاتوازن المذموم، أمّا التفاوت الحاصل لطبيعة العقد ذاته والذي لا يمكن له إلا أن يكون كذلك فيستند الى العدالة التبادلية.

ومن جهة أخرى فإنّ تقدير التوازن يتوقف على ما يمنحه المشرع من ضمانات وكيفيات لتحقيقه انطلاقا من تصوره الفلسفي والظرف الاقتصادي والاجتماعي المحيط بالظاهرة العقدية فنتائج سلطان الإرادة لا تتلاءم مع التدخل الخارجي في العلاقة العقدية حتى لإقامة التوازن العقدي وكان من نتائج هذا أن كَلَّفَت الإرادة السليمة بتحقيق التوازن والمشرع تكفل بحماية سلامة الإرادة من أجل دفعها وتعزيزها لتكريس التوازن المرغوب واعتبر الأداء المقابل المطابق للإرادة يحقق التوازن (المبحث الثاني).

المبحث الأول: عقود بطبيعتها غير متوازنة في القيمة

يوجد بالقانون المدني عقود مختلفة التوازن ويُعترف بصحتها إذ أنّ اختلال التوازن من طبيعة عقد التبرع، وعقد الغرر، فعقد التبرع منظم لفائدة أحد المتعاقدين بدون أن يكون للطرف المتبرع مقابل مادي ملائم لما قدّمه فعقد التبرع هو عقد مختل في بنيته مبرّر سلفا لما يقتضيه جوهره فينشأ عقد التبرع مختلا في موضوعه لأنّه يفترض انعدام الأداء المقابل فاختلال التوازن جوهر عقد التبرع (المطلب الأول) أمّا إذا كان العقد الاحتمالي عند نشأته لا يهدف الى أي توازن إنّها دائما الإرادة الحرة التي تبرر الإقدام على مخاطرة الاختلال في عقد الغرر حتى وإن كان الاختلال العقدي يتحقق لاحقا فضابط التوازن شرط في احتمال حظ الربح والخسارة، أمّا اختلال التوازن فهو من صميم عقد الغرر. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختلال التوازن جوهر عقد التبرع

عقد التبرع جوهره عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة وإلا لا يمكن أن يكون العقد عقد تبرع، وما دام أنّ أداءات المتعاقدين غير متوازنة في القيمة فإنّ مقارنة التوازن المادي للعقد غير متاحة تقرضها طبيعة العقد ومن جهة أخرى لا يمكن التكلم عن إعادة التوازن لهذا العقد، بل يمكن أن نتساءل عن التفاوت الجائر؟

فعقد التبرع (contrat à titre gratuit)¹ هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين وهو المتبرع عوضا لما أعطاه كالهبة والعارية والوديعة والقرض بدون فائدة، ويجب عدم الخلط بين عقد التبرع والعقد الملزم لجانب واحد والذي قد يكون من عقود المعاوضة كعقد القرض

¹ Les libéralités : sont des actes juridiques par lesquels une personne dispose de ses biens sans contre partie.

Les libéralités contractuelles qui sont la donation, in Chabas (H.L et Mazeaud), **Leçon de droit civil**, T.II, Vol. 1, Obligations, théorie GLE, 8eme éd. Par F. Chabas, Montchrestien, 1991, N°: 101, p.90.

بفائدة فهو عقد ملزم للمقترض فقط، أي عقد ملزم لجانب واحد، وهو في نفس الوقت عقد معاوضة لأن المقترض يأخذ أموال مقابل إعطاء شيء، ولأن المقترض يعطي فوائد مقابل أخذ شيء، كما قد يكون عقد تبرع ولكنه ملزم لجانبين كالهبة مع تكليف، ثم كما أنه إذا وهب عقار لشخص على أن يدفع لشخص آخر مرتبا معيناً مدى الحياة¹، ويعتبر تبرعا كالوكالة بدون أجر إذ ينتهي المقابل أصلا ولا ينتظر أي مقابل.

هناك فرق بين التبرعات الآتي تعريفها، تصرف قد يكون بإرادة منفردة، نتطرق فقط للتبرعات التعاقدية المتمثلة في الهبة، ونستبعد الوصية لأنها تصرف قانوني بإرادة منفردة عالجها المشرع في المواد 184 ق. أسرة إلى 201، جاء عقد الهبة في المادة 206 ولم يعرفه المشرع الجزائري، ويلاحظ التبرعات التعاقدية خاصيتها الأولى هو انتفاء التوازن المادي، فعقد الهبة (المادة 206 ق. أسرة)، هو عقد التبرع الأوضح والنموذج الموضح في فقدان المقابل والنظير المادي أو أي مقابل آخر من المتبرع له، ولكن إذا كان عقد الهبة مقترن بتكليف معين فهل ممكن أن تتغير طبيعة العقد وينقلب إلى عقد معاوضة؟ إذا كان التكليف لمصلحة المتبرع فإن الأمر منطقي أنه يصبح عقد معاوضة فإذا كان التبرع بشرط أو بتكليف وكان هذا الأخير في المصلحة الخالصة للمتبرع له أو للغير فهل في هذه الحالة المتبرع تدفعه نية التبرع؟ الفقه الفرنسي يعتبر العقد تبادلي ويبقى تبرعي بتحفظ وبشرط أن التكليف المفروض لا يتجاوز قيمة التبرع في حد ذاته².

¹ أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، 1983، ص 20.

² H.L et Mazeaud, par Chabas, Op.cit. N°: 103, p.91.

« La donation avec charge par laquelle le donateur impose au donataire certaines charges, certaines obligations, constitue bien que les obligations soient réciproques, un contrat gratuit ou moins lorsque la charge n'excède pas le montant de la libéralités ». In : François (T), lequette (Y), droit civil, les successions, les libéralités, Dalloz, 1997.

وفيما إذا كان الاختلال في العقد قد يكتفٍ بتبادلي مبررا أم لا؟ ذهبت المحاكم الفرنسية تقارن القيمة المتبادلة في الهبة والتكليف المتعلق بها، حتى تحدّد إذا كان التكليف يحوي قيمة الهبة أي إذا كان التكليف قيمته أكبر من قيمة الهبة إذ لا تبقى أية فائدة للموهوب له وبين إذا كان مقدار التكليف لا يتجاوز التبرع فإنّ العقد يحتفظ بطبيعة التبرع بغض النظر إذا كان تبادليا، فوجود نيّة التبرع تكفي لتبرير انعدام التوازن المادي في العقد فيما أعطى المتبرع، وما كان تكليفا¹، فإذا كان المتبرع لا يريد مقابل، فهذا مبرّر لانعدام التوازن والتفاوت بين طرفا العقد، فالتوازن يبنّي على فكرة الرغبة في انعدام المقابل من طرف المتبرع (الفرع الأول)، وإذا كان كذلك هل من وسيلة لحماية المتبرع من عقد مجحف له مع ثبوت نيّته في التبرع، وانعدام رغبته في مقابل لأدائه؟، فهل الرجوع في الهبة وسيلة لذلك (الفرع الثاني) أو يمكن الاعتماد على اعادة التوازن في العقد التبرع بفكرة السبب (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الرغبة في انعدام المقابل تحقق التوازن

غياب المقابل المادي أو عدم كفاية الأداء المقابل يجعلنا نتساءل عن منطقية البحث في التوازن في هذا النطاق من العقود؟! إذ أنّ هناك من يرى في تصنيف العقود والنظر في أهمية القصد «L'intention» أنّ يعتبر أنّ معيار التفرقة بين عقود المعاوضة وعقد التبرع هو معيار يستند إلى إرادة المتعاقد، ففي عقود المعاوضة وعقد التبرع هو معيار يستند إلى إرادة المتعاقد، ففي عقود المعاوضة إرادة المتعاقد متجهة نحو مقابل موضوعي وذاتي، بينما في عقد التبرع المقابل لا يهدف له المتبرع² بل يهدف إلى انعدام المقابل تارة أو إلى ضالته أحيانا

¹ Req. Déc. 1887, d.p. 1888, 1, jur, p. 256 ; cass. Civ. 28, Nov. 1938, D.H. 1939, 1, jur, P.17, Cass.Civ. 1, 2 mars 1964, Bull. Civ. 1, N° : 120, P.89.

² «Le titre onéreux correspond à. Équivalence objective ou subjective de deux sacrifices antagonistes. Il y a acte à titre gratuit lorsque l'avantage confrère à l'une des parties n'a pas pour fin la compensation d'un sacrifices adjectivement ou subjectivement équivalent». In: J.F. Nerstake, **Essai de classification des contrats spéciaux**, thèse LGDJ, 1968, P.205 et s.

أخرى، إذ لا يمكن مقارنة الأداءات أي مدى توازن الأداءات المتقابلة، حيث أنّ اللاتوازن في العقد إنّ وُجد يُبرّر بقصد التبرع، فالتفاوت المادي بين الأداءات يُبرّر بنية التبرع، ففي العقود الصورية يكون الثمن زهيدا أو صوريا وأحيانا يذكر الثمن دون دفعه فإنّ العقد يكتفّ أنّه تبرعا وليس بيعا، انظر م.ج 199: «إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي».

لكن غياب المقابل المادي أو عدم كفاية الأداء المقابل ليس كافيا لتمييز عقد التبرع، ذلك أنّ الغرفة الأولى مدني لدى محكمة النقض الفرنسية رأت أن يستنتج وجود نية التبرع، من قبول اللاتوازن والتفاوت الواضح بين الأداءات المتقابلة في العقد¹، وما يتميز به عقد التبرع العنصر المادي أو الموضوعي، يقتضي عنصر ذاتي ويعتبر الأهم وجوهري في عقد التبرع ألا وهو غياب الرغبة في توازن وتعادل مادي من طرف المتبرع ذلك أنّ القصد l'intention المجاني يكون بالارتياح لما يقدم عليه دون انتظار مقابل مادي، ذلك أنّ مقومات العقد عنصر مادي وهو تصرف الواهب في ماله دون عوض élément matériel، وعنصر معنوي أو قصدي هو نية التبرع élément intentionnel.

ويُجمع الفقه على أنّ انعدام التوازن في عقد الهبة يريده ويقصده الواهب² كما أنّ الاختلال المادي بصفة عامة يقصده المتبرع، لذلك فالغبن لا يقبل في عقد التبرع بل إنّ هناك من

¹ Cass. Av. 1, 14 Fév. 1989, cité par ph. MALAURI et L. Aynès, droit civil ; les successions, les libéralités, P.200.

² «الهبة تدخل في عموم عقد التبرع، وتدخل معها عقود أخرى كالعارية والوديعة بغير أجر، وللوكالة بغير أجر والتبرع بأية خدمة أو عمل آخر، وتتخصص الهبة في أن الواهب يلزم بإعطاء... تجعل الموهوب له يثري دون عوض». راجع أكثر عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 14 و 15 و 16.

يستبعد عيب الاستغلال في عقد التبرع سواء من الفقه أو بعض القوانين كالقانون الألماني المادة 138 ق.م. ألماني، لأن جوهر العقد اللاتوازن¹.

يتفق الفقه على أن نية التبرع «intention libérale» «Animus donadi»، هي الخاصية الأهم في عقد التبرع²، إلا أن من يقوم بخدمة بالمجان للغير بدون مقابل لم يقدّم بهبة، وماذا عن الوكالة بدون أجر؟، والوديعة؟، والقرض؟ هذه تعتبر خدمة مجانية، بحيث أنه لا يمكن القول هبة خدمات أو عقد خدمة مجانية³، أيضا ضمان دين الغير⁴ فلا يمكن القول هبة القرض، ففي الهبة ضرورة وجود العنصر المادي، وهو افتقار أو نقصان للذمة المالية دون أن يعود لها هذا المال، إذ لو يتصرف الواهب في مال له دون عوض يلزم بالإضافة إلى ذلك توافر نية التبرع، فقد يتصرف الشخص في مال له دون عوض ولا تكون له نية التبرع⁵، كأن يُوفي بالتزام طبيعي فهو لا يتبرع وإنما يوفي ديناً، وإن كان لا يُجبر على الوفاء به قانوناً لأن الالتزام الطبيعي يفترض إلى عنصر المسؤولية وهي الدعوى أنظر المادة 160 من

¹ علي فيلال، نظرية الالتزام، وأنظر أيضاً: عسالي عرارة، نظرية الاستغلال، رسالة ماجستير، 1998، كلية الحقوق، ابن عكنون، الجزائر.

² «L'intention libérale qui caractérise, les contrats à titre gratuit... », Christian Laroumet, droit civil, T.3, les obligations, le contrat, 3eme éd. Economica, Delta 1996, P. 175

³ Il n'ya pas de donation de services, mais des contrats de services gratuits, Rouast, la prestation gratuite de travail, étude de droit civil à la mémoire de Henri capitant, P. 695 et s. Boitard, les contrats de services gratuits. Paris 1941, CF, DMAYER, ..., j.c. P. 1974.1.2663, N10. In Jacques Flour et Henri Souleau, droit civil, les libéralités, collection (U) Armand colin, 1982, P.17.

⁴ Revoit : Jacques Four et Henri Souleau, P.205

⁵ بلانيول ريبير، وترانسبو، فقرة 324-325، يُدّ أن 06 فقرة 7-10-21 و 27، جوسران في البواحث في التصرفات القانونية فقرة 254 وما بعدها، كولان وكابتان فقرة 821، بلانيول، وريبير وبولا نجيه، 3 فقرة 4235، وما بعدها، شامبو في فكرة التصرفات التبرعية رسالة من ستراسبورغ سنة 1941، في عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2000، ص 15 و 16.

ق.م.ج: «لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعياً» فيكون تصرفه هذا وفاء لا هبة، ولا يستطيع الرجوع فيه حتى في الأحوال الذي يجوز فيها الرجوع في الهبة¹.

وهذا يستشف صراحة مع ما تقتضي به المادة 162: «لا يسترد المدين ما أداه باختياره، بقصد تنفيذ التزام طبيعي» وتتقي نية التبرع في عطايا المكافأة² dans rémunération وتطغى نية التبرع إذا نأت عن قصد الوفاء بالالتزام طبيعي ولم تهدف إلى الإثابة عن إخلاص وجميل ولا تهدف إلى جني منفعة مادية أو أدبية³، فنية التبرع تكفي لنشأة العقد أما علاقتها بالرضا في العقد فقد تكون أقوى من الرضا، ذلك إذ أن نية المتبرع تكمن في إرادة المتبرع بالافتقار appauvrissement لإثراء الموهوب له وبهذا لا يمكن الاعتراض على أن عنصر القصد العمدي من طرف المتبرع يجعله الخاصية لأهم والمميزة في عقد الهبة أو العقد المجاني بصفة عامة⁴، فهو يتميز بذاتية القصد (أولاً) والنظرة الموضوعية لنية التبرع تلغي الجور في اللا توازن (ثانياً).

أولاً: ذاتية قصد انعدام المقابل

انعدام قصد المقابل المكافئ في عقد التبرع له تبرير ذاتي ونفسي فهو مجرد ارتياح شخصي وتفضل يناقض الأنانية، فهو إحساس طيب وإحسان من الواهب إلى الموهوب له⁵،

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 16.

² العطايا المقدمة الإثابة على خدمة أو صنيع فمن ينفخ خادماً له مبلغاً من المال مكافأة له على إخلاصه في العمل لا يعطي هبة ولكنه يفي بالالتزام طبيعي ذلك أن عطايا. المكافأة أو هبات المجازاة تكون معاوضة إذا كانت وفاء للالتزام طبيعي، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 16 و 17 و 18.

³ François (T), lequette (Y), **droit civil, les successions, les libéralités**, Dalloz, 1997, P.349.
- voir aussi : Jacques Flour et Henri Souleau, **droit civil, les libéralités**, collection (U) Armand colin, 1982. P.23-24-25.

⁴ Jacques F. et Henri S. Op.cit. P.24.

⁵ Hamel : **la notion de cause dans les libéralités**, thèse, Paris 1920, in Jacques F. Henri. S, Op.cit. P.24.

ولقد أُنقِدَ هذا التحليل على أنّ ليس كل متبرّع يتقدم بفائدة مادية للآخر خالصة ليست لها فائدة...؟!، والحقيقة أنّ رجل القانون يصعب عليه جدًا أن يؤسس لقواعد قانونية تقوم على التحليل النفسي، ذلك أنّ الدوافع النفسية تختلف حسب الحالة الذهنية للأفراد ولا يمكن حصرها جميعاً، ممّا يعقد شرح نية وقصد انعدام المقابل (نية التبرع) أو وضع معيار قانوني لها قد يفرغ فكرة التبرع من محتواها، ويكون من الأفضل البحث في تأسيس الفكرة على أسس موضوعية ومعايير ومفاهيم قانونية.

ثانياً: موضوعية قصد انعدام المقابل

إنّ انتقاص الذمة المالية للواهب أمر مؤكد وثابت وإنّ اللاتوازن في الأداءات المقابلة مبرّر بقصد مجاني أو اللاعوض بنية التبرع¹، فقصد انعدام المقابل يقوم على إرادة سليمة لإبرام العقد، بالإضافة إلى إدراك انعدام التكافؤ في الأداء المقابل وهذا ما يعطي للرضا صبغة مميزة، ويميز عقد التبرع عن العقد الذي يشوبه غبن فالعقد الذي يكون ضحيته مغبون من عقد غير متكافئ في الأداءات المادية، والمتعاقد يدرك تماماً أنّ العقد غير مربح ولكنه مضطر وبحاجة للتعاقد، فالإدراك موجود ولكن الإرادة خاضعة ومجبورة وهذا ما جعل أهمية تعريف قصد انعدام المقابل أو نية التبرع بالجانب الموضوعي وهو الإدراك والإرادة السليمة للفارق المادي يقوم على إدراك وإرادة سليمة ويستوجب رضا تام، أمّا العقد الذي يشوبه غبن بصفة

¹ «Animus donadi (مصطلح لا شيء). C'est-à-dire intention de gratifier le bénéficiaire de la disposition... c'est cette intention de libérale qui constitue la cause même de la libéralité...». L'animus donadi est une volonté désintéressée qui consiste à ne pas agir dans l'intérêt de sa propre personne, mais dans l'intérêt d'autrui. L'avantage... sans contrepartie réalise actes, un déséquilibre mais ce déséquilibre a une cause la volonté insiste sur l'élément intentionnel du contrat à titre gratuit,... d'éviter que celui des contractants qui s'appauvrit, ne subisse involontairement un contrat lésionnaire, s'il est victime d'un déséquilibre c'est parce qu'il la voulu, Jacques F. et Henri S. Op.cit. p.22 et s.

عامة بإدراك الفارق المادي، فهي إرادة مضطرة، فالعقد يلحقه غبن معالج في القانون بصفة استثنائية أو معالج بعيب الاستغلال بوصفه نادر التحقق.

الفرع الثاني: التوازن والرجوع في الهبة

نلاحظ أنّ عقد الهبة يفقر الواهب من ماله، ويثري الغير، والمتبرع أدري بوضعه المالي، ففي حالة إذا أدرك المتبرع أنّه غبن أي أنّ العقد قد ألحق به خسارة. فادحة، فإنّ القاعدة أن لا رجوع في الهبة¹، ولكن يمكن الرجوع في الهبة كاستثناء، ونعتبر هذا الاستثناء هو الحماية وإعادة توازن للعقد خاصة أنّ الاستثناء وارد في حالة الهبة للأولاد (المادة 211 أسرة جزائري)²، لقد نصت المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري على: «للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه إلا في الحالات التالية:

- 1 - إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- 2 - إذا كانت الهبة لضمان قرض أو ضمان دين.
- 3 - إذا كان تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع عنه أو أدخل عليه ما غير طبيعته». إلا أنّ الهبة بين الزوجين³، وهي النطاق الأكثر لعقود التبرع وأكثرها التي يُحتمل فيها الشطط والتجاوز، لذا فإنّ الرجوع في الهبة من طرف الواهب ولو من دون رضا الموهوب له، فيه تدارك للعقد وإعادة التوازن له، وهناك من يكتفّ الهبة بين الزوجين

¹ هذا النص الفرعي يطلع على الرجوع في الهبة La révocation، المادة 894 قانون فرنسي، المادة 212 قانون الأسرة الجزائري، تقضي بأن: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها".

² المواد: 953، 954، 955، 1096 قانون فرنسي، والمادة 212 من قانون الأسرة الجزائري، اعتبر أنّ حق الرجوع في الهبة هو حق مقرر على سبيل الاستثناء للوالدين فقط في الهبة التي يرتبونها لأبنائهم وذلك في اعتقادنا تأثرا بالمذهب المالكي الذي يحيز الرجوع في الهبة إلا في حالة هبة الوالد لولده وهي ما تسمى عند المالكية (باعتصار الهبة)، فيعصر الأب أي يأخذ قهرا ما وهبه لولده ونستند هنا إلى ما روي عن النبي ﷺ: «لا يحل للرجل العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده»، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، 2004، ص 31 وما يليها.

³ بين الزوجين في القانون الفرنسي كما هو وارد في نصوص القانون المذكورة أعلاه.

بجعلها تتميز بخصوصية قد تجعل العقد فيه من اللاتوازن المذموم، وما تبرير فكرة الرجوع في الهبة¹.

وبموجب هذا النص يسعى المشرع الى إحداث التوازن في العقد وهذا ما كرسته المحكمة العليا في اجتهادها².

ويستوقفنا هذا الاستثناء "الرجوع في الهبة" ونعتبره حماية للمتبرع في أكثر التبرعات شيوعا الأبناء خصوصا في القانون الجزائري، والازواج في القانون الفرنسي، مما يجعلنا نتساءل عن تعميم حق الرجوع في الهبة ومنح المتبرع هذه الوسيلة لتحقيق الحماية له وذلك بفرض شروط ومبررات الرجوع في التبرع ومراعاة وضع الموهوب له وعدم إلحاق الضرر به ومع ذلك نتحفظ عما يمكن أن تلحقه هذه الوسيلة من ضرر في استقرار المعاملات وأمن العقد، مع صعوبة وضع معايير وشروط الرجوع، أمّا بخصوص الوصية، فقد أجاز المشرع الجزائري الرجوع فيها بموجب المادة 192 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون، بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها"، فهذا النص أجاز صراحة للموصي الرجوع في الوصية ولم يقيد به بأي شرط أو قيد، فإذا كانت الوصية مكتوبة وتم التصريح بها عند الموثق، فإنّ الرجوع فيها يتم بنفس

¹ Ibrahim Najjar, **Actes à titre gratuit**, Dalloz, Delta, 1999, P.207 et s...

² المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 252958 بتاريخ 2000/11/21 المجلة القضائية لسنة 2001 عدد

2، ص 287، وأيضا كرست المحكمة العليا ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 211 ق.أ.ج.

- أنظر المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 153622 بتاريخ 1997/03/11 المجلة القضائية سنة 1997 عدد 02

ص 96، والولد يشمل ولد الولد «الحفيد».

- أنظر المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 252350 بتاريخ 2001/02/21 المجلة القضائية عدد 01،

الشروط، ويعتبر هذا الرجوع صريحاً أما الرجوع الضمني فيكون إذا تصرف للموصي في المال الموصى به بأي تصرف ناقل للملكية¹.

كما قد يكون الرجوع في عقد التبرع بالاستناد إلى غياب سبب التبرع ذاته وهو المبرر الذاتي والتفسير والذي لا يمكن للقاضي مراقبته ولا إثباته ولا وضع معايير استنتاجه يجعلنا نشكك في الاعتماد عليه لإقامة العدالة العقدية وهذا ما يدفعنا للبحث في مسألة أكثر قانونية لتحقيق التوازن في عقد التبرع وتكون في مراقبة سبب العقد.

الفرع الثالث: إعادة التوازن في عقد التبرع بفكرة السبب

لا يمكن للمتبرع أن يدّعي أنه ضحية اختلال توازن بين أداءات العقد وهذا ما يثير فكرة مراقبة الاختلال الاقتصادي للعقد بإثارة فكرة السبب؟ وإلى أي مدى يمكن اعتبار ركن السبب أداة التوازن في عقد التبرع؟

بديهي أن يثير القاضي مسألة السبب فإذا كان التبرع لقيام علاقة غير مشروعة بين طرفا العقد، فإن القاضي يُبطل العقد ليس لحماية العقد من الاختلال ولكن حماية للنظام العام مرتكزا على عدم مشروعية السبب².

¹ انظر، د/بن شيوخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008، ص 31-32، وقد أخذت المحكمة العليا بالرجوع الضمني في الوصية، بالتصرف في المال الموصى به "لما كان من الثابت في قضية الحال-أنّ قضاة المجلس لما قضوا بصحة الوصية وثبوتها واستخراج الثلث منها للمستأنف بالرغم من كون الموصي قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي وكل من خلالها ابن عمّه بيع جميع ممتلكاته العقارية، يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 52727، بتاريخ 1990/01/24، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 04، ص 85.

² المادة 97 ق.م.ج «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا».

إنَّ سبب الالتزام في عقد التبرع هو قصد ونية التبرع في حد ذاتها، وهي قصد إعطاء دون مقابل مكافئ، وذلك بافتقار لواهب لفائدة الموهوب له¹، وبالتالي البحث والمراقبة لهذا الركن وهذا القصد ليست عملية سهلة لأنَّ هذا لا يمكن أن نلمسه بينما في عقد المعاوضة الأداء المقابل يبرّر التزام الطرف المتعاقد²، وإذا كان السبب هو ركن العقد الذي يجعله صحيحا، وهو تعليل الإرادة، يبقى العقد المجرد استثناء مقبول في القانون الفرنسي، والمشكل يثور بمعرفة على من يقع عبء إثبات وجود السبب من عدمه وكيف يمكن إثبات السبب في عقد التبرع³، مع الإشارة الى أنَّ المشرّع يفترض بأنَّ كل التزام له سبب مشروع ما لم يثبت خلاف ذلك إذ تقتضي المادة 98 ق.م.ج « كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يتم الدليل على غير ذلك ».

لا يعتمد المشرّع الألماني على فكرة السبب ويتجاهلها بل يعتمد على فكرة قريبة فيبطل العقد المخالف للأداب، BGB 138، ما دام أنَّ العقد لا يخالف الآداب فهو صحيح ولا يبحث عن سبب الالتزام، فالبطالان لا يؤسس على السبب صراحة بل على عدم مشروعية العقد، أمّا إذا اعتمدنا على قصد التبرع والرغبة في اللامقابل، كسبب في العقد فالتفاوت المادي الكبير مبرر ولا يمكن راقبته بالسبب⁴.

من المنطق تأييد من يرى أنَّ تضاد عقد المعاوضة مع عقد التبرع يترجم تواجد نوعين من أنظمة العلاقات الاجتماعية، في التبادل التجاري، يتميز بالبحث عن مقابل مكافئ للخدمة أو للأداء يتناقض مع علاقات الهبة والعطاء بين الأفراد في هذه الأخيرة كل محاولة توازن مرفوضة لطبيعة العقد، واعتماد الغبن مرفوض لأن المسألة متعلقة بمعايير تحدد قيام عقد

¹ Christian Larroumet, Op.cit. P. 424.

² Ibid. P.414.

³ Ibid. P.424.

⁴ Gaël Chantepie, **La lésion**, LGDJ, 2006, p. 327.

التبرع والذي تهيمن فيه العلاقة الشخصية والتي تظهر في قصد التبرع والرغبة في انعدام النظرير يساعد على فهم التضحية المحققة بدون مقابل مُعتبر أو مُثمن¹، فإذا كان العقد بطبيعته يحثّ على إيجاد نظير أو مقابل لإعادة توازنه، يستوجب إيجاد آليات توازنه، أمّا إذا كان العقد مبني على علاقات واعتبارات ذاتية وليست علاقات معاوضة، فهذا العقد ينأى عن كل رقابة قانونية لإعادة توازنه، وهناك تصوّر حديث لعقد التبرع يرى إبعاد فكرة عقد التبرع من نظرية العقد كما هو معمول به في نظام (القواعد العامة في النظام الإنجليزي والأمريكي) *Système Common Law*² وذلك بسبب غياب أهميتها وذلك على اعتبار أنّه إذا لم تكن هناك أهمية للأداء المقابل لا وجود للوعد التعاقدي في عقد المتبرع³، فالوعد بالتبرع ليس ملزما والإخلال به لا يترتب مسؤولية، فالسبب وفق هذا التصور إمّا لتبرير المقابل الاقتصادي في العقد أو مراقبة الآداب والأخلاق. فأمّا المقابل الاقتصادي في عقد التبرع منعدم، والآداب العامة والأخلاق لا يعتمد مراقبها على السبب فحسب، وإن لم تكن هناك أهمية *considération* للأداء المقابل لا وجود للوعد التعاقدي وعليه حسب نظرية *considération* وفق نظام "القواعد العامة للقانون الإنجليزي والأمريكي"، لا وجود لعقد التبرع بمبرر غياب الأهمية، فيؤسسون ذلك على فكرة الأهمية أو الاعتبار بالنسبة للأداءات المتقابلة، وهذه النظرية في القانون الأمريكي والكبيكي، ويأخذ بها القانون الألماني⁴، وفكرة الأهمية *considération* مختلفة عن

¹ Ibid.

² Christian Larroumet, Op.cit. p. 419.

³ فالوعد بالهبة، لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها، فالوعد بالهبة عقد كامل لا مجرد إيجاب ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي، الوعد بالهبة هو تمهيد لعقد الهبة النهائية حتى يسري الوعد بالهبة يجب أن يكون مكتوب في ورقة رسمية وإلا لن ينعقد الوعد (المادة 490 مدني مصري)، ومن ثم الوعد غير المكتوب أو العرفي يقع باطلا ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذا عينيا، السنهوري، المرجع السابق، ص 40. إذن الوعد بالهبة لكي يحدث أثر يجب أن يكون مكتوبا في ورقة رسمية ولو لم يتعلق بعقار وعليه... الوعد لا يترتب آثار قانونية.

⁴ Christian Larroumet, Op.cit. P. 418 et s...

السبب، فهي لها علاقة بمبرر الالتزام وتتقارب مع السبب كونه يخص عقود المعاوضة ويبحث عنه في الأداء المقابل contrepartie أو في ثمن الوعد prix de promesse وهذا ما لا يوجد في عقد التبرع.

إن خصوصية عقد التبرع تستبعده من النظر إلى اختلال توازنه، وهذا ما فعلته بعض التشريعات منها القانون الإيطالي المادة 1448 من التقنين المدني الصادر سنة 1942، وأيضا المادة 90 من التقنين الجزائري¹، ولو كان المشرع الجزائري يأخذ بهذه الفئة من العقود لما يشير إليها صراحة كما فعلت القوانين العربية، المواد 115 سوادني فقرة 02، والمادة 25 مدني عراقي، والمادة 160 مدني كويتي، بينما القانون الألماني يشير صراحة إلى أن الأداءات المقابلة يجب أن تكون مادية وتشير المادة 138: «(...) مقابل ما حصل عليه من منافع ذات قيمة مالية (...)»².

وبالتطرق إلى عقد التبرع وإيضاح أن التوازن المفقود بين الأداءات أساسه العدالة التبادلية بدا لنا أن مفهوم التوازن العقدي مرّن فهو في هذا الموضع قائم على أساس العدالة التبادلية والمعيار التبادلي commutative، كما ترى السيدة فان لونجي، يعتني بالأداء المقابل بغض النظر عن قيمته أو الفائدة المرجوة من العقد، لكن يبدو لنا أن هذا الطرح يثير مسألة أخرى وهي انفلات بعض العقود³ من إعادة التوازن بدعوى أنها تبرعات وما يسمى بالعقود المختبئة بالتبرعات والتي يكون فيها الأداء المقابل ضئيل.

أنظر عكس هذا الرأي علي فيلالي، يرى حيث أن المادة 90 من القانون المدني الجزائري، لم تستبعد هذه العقود في مجال تطبيقها، الالتزامات، موفم للنشر، 2008، ص 207 و 208.

¹ La considération est: «something that bargained for inexchange», Christian Larroumet, Op.cit. p. 414 et s...

² عرارة عسالي، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 18-19.

³ FIN Langer, **L'équilibre contractuel**, Op.cit. P. 219.
Plus de détail : NAJJAR Ibrahim.....

وعليه فالسعي لإقامة التوازن يجعلنا نكتشف دور آخر للتوازن وهو فهم العقد وما يجب معرفته أنّ الاختلال المادي في العقد لا يحدد طبيعة العقود، ونية التبرع هي السند الوحيد لتحديد طبيعة العقد، والمنطقي أنّه لا تُستنبط نية التبرع من مجرد الاختلال المادي للأداءات، والقضاء الفرنسي¹، يرى أنّ على المنتفع من التبرع إثبات نية التبرع، ويمكن الوصول لهذا يتفحص علاقة أطراف العقد والبحث في الظروف التي أحاطت بنشأة العقد للسعي نحو تكييف الدلائل حسب قصد finalité التصرف².

وما نخلص إليه أنّ عقد التبرع مختل التوازن ولا تعنيه فكرة التوازن لطبيعة العقد ذاته وكما ترى السيدة FIN Langer³ وأنّ إقامة التوازن العقدي في عقد التبرع غير ممكنة لأن التوازن العقدي يقوم على علاقة التبادل الاقتصادي المحقق بالعقد وليس على الشخصية بين الأطراف المتعاقدة. وما يمكن إثارته متى وكيف يكون المتبرع طرفا ضعيفا تجب حمايته؟

المطلب الثاني: الغرر جوهر عقد الاحتمال

إنّ طبيعة المعاوضة في العقد تفترض عادة أنّ الأطراف يسعون إلى إقامة توازن بين الالتزامات المتبادلة.

إذ تنصّ المادة 57 من التقنين المدني الجزائري: «يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له. إذا كان الشيء المعادل محتوياً على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق، فإنّ

¹ Cass. Civ. Ier 14 Fév. 1989, Bull. N. 79, RTD. Civ. 1989, P. 802, Obs. patarin, civ. 3°. 31 Mai 1989, Bull. N. 126, RTD. Civ. 1990, P. 69, Obs. mestre « il appartient à celui qui se prévaut d'un contrat à titre gratuit de démontrer l'intention libérale ».

² Gaël Chantepie, Op.cit. P. 326.

³ FIN Langer, L'équilibre contractuel, Op.cit. P. 358.

العقد يعتبر غرر»¹ قد يُؤخذ على ظاهر النص الفقرة (2) أنّ الأداء المقابل اعتبره معادلا في حين أنّ صميم العقد هو عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة، في حين لو تطلعنا بدقة في النص نجده يؤكد على أهم خاصية في عقد الغرر² التعادل في حظ الربح أو الخسارة، وبالتالي فإنّ النص بفقرتيه يؤكد على ضرورة توازن العقد التبادلي ويشير إلى ذلك بالتعادل أو التكافؤ، كما هو وارد في النص باللغة الفرنسية، حيث أنّ الأداء المقابل في عقد الغرر مجهول متوقف على حسب حادث غير محقق وعند تلاقي إرادتا الأطراف لا تعرف حجم الأداء ولا الفائدة التي تجنيها من العقد، وهذا ما يجعل الاحتمال أو الغرر جالب للغبن أي اللاتوازن المادي أو الاقتصادي للعقد. وفي هذا أطراف العقد متساوون أثناء نشأة العقد، فعدم التوازن المادي للعقد ينشأ مع نشأة العقد، فعد الغرر هو عقد محقق الوجود وغير المحقق فيه هو مَنْ مِنَ المتعاقدين هو الذي يكسب ومن هو الذي يخسر أو لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد وقت نشأة العقد القدر الذي يأخذ والقدر الذي يعطي ولا يتحدد ذلك إلا تبعاً لحدوث أمر غير محقق فعقد الغرر يتضمّن اختلال هو من صميم هذا العقد ولكن هذا الاختلال لا يمكن أن يخضع للمراقبة أثناء النشأة لعدم إمكانية تحديده ولا في الفترة اللاحقة لأنه مبرّر عندها بطابع المضاربة الذي يتّسم بها العقد وهي روح وجوهر العقد الذي يحركهم، وهذا ما يحتم عدّة تساؤلات هي كيفية تصوّر الحماية لهذه الفئة من المتعاقدين؟ وهل هذه الخاصية لعقد الغرر تجعل إصلاح اللاتوازن من الناحية النفسية مستحيل لطبيعة العقد؟!، لأنّه قبل كل اعتبار فالإرادة الحرة

¹ الغرر "مصطلح شرعي من المصطلحات الفقه الإسلامي يقابله في القانون الوضعي الاحتمال أي ما ينطوي عليه العقد الاحتمالي من احتمال الكسب أو الخسارة لأحد المتعاقدين أو كليهما بناء على أمر غير محقق الوقوع، والغرر في الفقه الإسلامي هو ما يكون منشور العاقبة»، راجع عصام سليم، طبيعة الغرر المبطل للمعاوضات في القانون المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص 07.

² العقد الاحتمالي أو عقد الغرر كما عنون المشرع الجزائري الباب العاشر من ق.م.ج بعقود الغرر وهو الباب الذي نظم في الفصل الأول القمار والرهان (612 م.ج)، والفصل الثاني المرتب مدى الحياة (من 613 الى 618 م.ج) والفصل الثالث عقد التأمين (من 619 الى 625 م.ج).

والسليمة المتعاقدة هي التي أقدمت على الحظ في الربح أو الخسارة، فالقانون لا يبالي بالتوازن في عقود الغرر والتساؤل المثار، هل يجب إحصاء العقود الاحتمالية؟.

وذلك تحقيقا للعدالة العقدية، حتى لا تستبعد بعض العقود من ضرورة إعادة التوازن لها لأنّ عنصر الاحتمال هو مبرر عدم اهتمام القانون بإعادة التوازن لهاته الفئة من العقود، وهناك فرق بين عقد الاحتمال القانوني وعقد الاحتمال الاقتصادي، فطبيعة الاحتمال تحدّد الفئة المستبعدة من آليات العدالة العقدية¹، أمّا الاحتمال القانوني فيكون الاحتمال فيه في البنية القانونية كعقد التأمين، للعقد بينما يكون الاحتمال اقتصاديا إذا كانت طبيعة الاحتمال اقتصادية أو تتعلق بالظرف الاقتصادي.

ويرى "موران" Morin أنّ الاحتمال القانوني يكمن في صميم العلاقة العقدية ومبرر الاختلال الحاصل عند النشأة ما بين الأداءات المتقابلة².

إذ أنّ العقد الاحتمالي قانونا هو العقد الذي ينشأ أصلا ويتميّز بعدم تحديد الاداءات المتقابلة، أمّا العقد الذي يصبح احتماليا عند تنفيذه فهو عقد يخضع لنظرية الظروف الطارئة³، فالوقت في العقد كما في البيوع الآجلة قد يكون من بين أسباب اللاتوازن العقدي، حيث الآثار لا يتحكم فيها أي طرف من أطراف المتعاقدين إلّا إذا اتفقا على تقنيات وقائية من خطر اللاتوازن أي أنّ الأطراف تقبل وجود احتمال اقتصادي كحدث غير محقق الوقوع من طبيعة اقتصادية أو نقدية أثناء سريان وتنفيذ العقد⁴، وبدون إرادة الأطراف بفعل ظروف خارجية.

¹ Morin. *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse, Paris, 1995, p.85.

² Aléa juridique ou «juridiquement aléatoire», l'aléa se trouve au cœur du rapport contractuel et justifie ce déséquilibre initial des prestations», A. Morin, Op.cit. P. 87.

³ Benchabane Hanifa, *l'aléa dans le droit des contrats*, OPU, Alger, 1992, P. 258.

⁴ A. Morin, *La notion d'aléa économique*, Op.cit. P. 88 et s.

أما الاختلال القانوني يكون فيه خطر اللاتوازن صميم مجال العملية التعاقدية وضحية اللاتوازن أراد هذا التفاوت في الأداءات المتقابلة ولكن هذا الاختلال المادي في العقد يجب أن يُكَيَّف هذا الأخير بأنه عقد غرر فصفة الغرر¹ في العقد لها أهمية تكمن في قبول التفاوت المادي بين الأداءات في العقد من طرف المشرع ذلك أن أهم صفة في العقد التبادلي هو التكافؤ المادي ومعرفة الأطراف مقدار الأداءات المتقابلة أثناء انعقاد العقد، فالأصل أن تكون قيمة الأداء محدّدة مبدئياً، فكل طرف يستطيع أن يحدّد وقت انعقاد العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ولو كان القدران غير متعادلين².

ونؤكد أن لصفة الغرر ثنائية خاصة، فصفة الغرر في حد ذاتها إما مبطلّة للعقد وتجعله محظوراً، فيكون الغرر معيار لحظر العقد التبادلي متى كان احتمال الربح والخسارة بنيّة الإثراء من المضاربة في الاحتمال كما في عقد المقامرة والرهان، والإثراء عن طريق المصادفة، وإما تجعل من التفاوت والاختلال المادي للعقد مقبول ومشروع.

والمشرع الجزائري حظر القمار³ والرهان⁴ بين الأفراد وأباحه من جهة أخرى⁵، والغرر المتمثل في القمار والرهان مخالف للآداب لأنه يشيع في نفوس الأفراد الكسب والإثراء دون

¹ «الغرر في أصل معناه اللغوي الخطر ويقال غرر بنفسه وبماله عرضهما للهلكة... أما غرر العقود هو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجود أو معدوما... وهو ما لم يعلم حصوله أو لا يقدر على تسليمه أولاً يعرف حقيقة مقداره...»، أنظر ذلك في الصديق محمد إبراهيم الضير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2005، ص2 وص32 وما يليها.

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 2، في الالتزامات، المجلد الأول؛ نظرية العقد والإرادة المنفردة، القاهرة 1987، ص4.

³ أصل القمار "...الرهان على اللعب بالآلات المعدة للقمار...".

⁴ "...القمار كل مراهنة على غرر محض..."، في الصديق محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 40.

⁵ "المادة 612 من التقنين "يحظر القمار والرهان، غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري". والهدف من ذلك هو أن هاته الأموال تصرف على أوجه المحسان، أنظر في ذلك: فرحة زواوي صالح، القانون التجاري.

عمل بل بمحض المجازفة والصدفة، والحظر لا يشمل الخطر، والاحتمال فيه بل تعريض المال للضياع دون اتخاذ وسائل العمل للمحافظة عليه، فيعطي الشخص ماله من غير دافع سوى الحصول على مقابل أكبر إذا ما حدث أمر موهوم¹، وهذه هي الغاية التي تجعل طبيعة الغرر مبطل لعقود المعاوضة، أمّا الغرر الذي يجعل من التفاوت مقبول، فيجب تحقيق شرطين: الاحتمال حقيقي وجدي (الفرع الأول)، وضرورة أن يكون الاحتمال متبادل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاحتمال حقيقي وجدي

تكمن أهمية أن يكون الاحتمال حقيقي وجدي في عقد الغرر في مدى إمكانية معالجة التفاوت بين الأداءات لأنّ فكرة تكافؤ الأداءات غائبة تماما عن العقد الاحتمالي، وهذا بتعريف العقد ذاته².

فأحيانا يكون طابع العقد الاحتمالي مجرد مظهر خداع يتحجج به لكي ينأى العقد عن ضرورة التوازن ويبقى للقاضي حرية إعطاء العقد وصفه الحقيقي³، ويُبطل عقد الغرر لانعدام الاحتمال أو لعدم جديته ولقد أبطل القضاء الفرنسي عقد التأمين لغياب الاحتمال⁴، وتبرز جدية الاحتمال عندما يرتب عقد غرر تفاوت كبير غير مبرّر، ولإعادة التوازن يبحث في وجود الاحتمال وجديته كما في حالة بيع العقار مقابل مرتب مدى الحياة في القانون الفرنسي، إذ الثمن المقدم من طرف المشتري يتوقف على حادث غير مؤكّد ومتوقف على طول عمر البائع، فإذا طال عمر البائع كثيرا فإنّه يرتب تفاوت وانعدام التوازن بالنسبة للمشتري، وإذا توفي

¹ عصام أنور سليم، طبيعة الغرر المبطل للمعاوضات، المرجع السابق، ص 26.

² Benchaabane Hanifa, Op.cit. P.111.

³ Deprez (J) « La lésion dans les contrats aléatoires », Rev. Trim. dr. civ. 1955, P. 5-6.

⁴ « ...La nullité du contrat d'assurance pour l'absence d'aléa », cass. Civ. 1, 9 Novembre 1999, D. 2000, Jur., P. 507, in Ph, Malaurie. Laurent Aynès: **les obligations** 2 Ed. Defrénois, 2005, p.194 et as.

المشتري فإنّ الورثة يكونوا ضحية لا توازن واضح، إنّ حظ الربح والخسارة هو أمر ذاتي بالنسبة للأطراف.

لكن أن يكون الاحتمال حقيقي وجدي فهو مسألة موضوعية في عقد التأمين يشترط فيه أنّ الاحتمال يكون موضوعيا جدي وحقيقي بحيث لا يؤمن على شيء هو في حالة خطر عند اكتتاب عقد التأمين.

وهذا ما جاءت به أيضا نصوص القانون الفرنسي 1974، 1975¹، إذ يعتبر غياب الاحتمال موضوعيا عند وفاة الشخص الملتزم له بمرتب مدى الحياة إذ توفي هذا الأخير يوم تكوين العقد، فإنّ لا أثر للالتزام نظرا لعدم جدية الاحتمال، وتؤكد المادة 1975 ق.م.ف ذات التصور، فيبطل عقد مرتب مدى الحياة لنفس السبب فإذا كان شخص الملتزم له بمرتب مدى الحياة يعاني من مرض أماته خلال 20 يوما من تاريخ إبرام العقد فإنّ العقد يبطل لغياب الاحتمال موضوعيا².

ومن جهة أخرى قررت محكمة الاستئناف إبطال العقد عند وفاة الشخص بعد أكثر من 20 يوما من إبرام العقد لغياب السبب³، ويرى الفقه⁴ أنّ غياب السبب في العقد الاحتمالي هو غياب الاحتمال ذاتيا في هذه الحالة، وما يمكن إبرازه أنّ نصوص المواد آتفة النكر تُعدّ وسيلتين لمعالجة التفاوت في وجود حظ الربح والخسارة وهذه صور لاختلال التوازن، غير المقبول في عقد الغرر.

¹Art. 1974: «Tout contrat de rente viagère crée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet»

Art. 1975: «il ne est de même du contrat par lequel la rente a été créé sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédé dans les vingt jours de la date du contrat».

² Philippe Malaurie et Laurent Aynès, Op.cit. p. 194.

³ Cass. Civ. 3ème 4 Nov. 1980, Pauli. Civ. III, N. 169, RTD. Civ. 1981, 869, obs. ph. Rémy. In Philippe. M, et L. Aynes ; Op.cit. p. 194.

⁴ Ibidem.

أما وسيلة القضاء في إعادة التوازن لعقد الغرر عند نقص جدية وجود الاحتمال فكان في اللجوء إلى غياب السبب وبخلاف هذا يرى بعض الفقه أنّ العقد الاحتمالي لا يمكن أن يُبطل أو تُنقص التزاماته لغياب السبب أو لعلّة الغبن، ذلك أنّه لا يمكن حساب الربح الذي يتحصل عليه أحد الأطراف، لأنّ الاحتمال جالب للغبن كما هو متفق عليه¹. أمّا المحاكم فقد أبطلت العقد الذي يبدو على غير حقيقته أنّه احتمالي² «فكلما تبين للقاضي من الظروف المحيطة أنه يستطيع تحديد قيمة الالتزامات المبنية على الاحتمال (...)»، فالعقد ليس حقيقة احتمالية، وحتى العقد المبني على أداء جزافي غير محدد مع تقدير الأداء المقابل مارس القضاء سلطته وراجع القاضي أتعاب الخدمة عندما تكون مفرطة (وغير ملائمة مع الأداء المقابل)³.

ونفس الاتجاه ذهب إليه القانون الألماني في المادة 2/138، وطبقه القضاء الألماني: «إذ نقضت المحكمة العليا لمحكمة برلين حكما لأنّه استبعد المنافع المالية المحتملة عند بحث عدم التعادل بين الأداءات العقدية، وذهبت إلى أنّه يمكن تقدير هذه المنافع تبعا للاحتمالات أو تبعا للظروف، وأنّه ينبغي على القاضي أن يعتدّ بالاحتمالات القريبة أو المتوقعة دون

¹ Carbonnier, obs. RTD. Civ. 1949, 324, crit : G. Klein « Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en vigueur », RTD civ. 1979, 13-9, in Malaurie et Aynes, Op.cit. p. 195.

² Cass. Civ. 28 Fév. 1951, Gaz. Pal, 1951. 1. 247 ex : vente moyennant rente viagère par un vieillard presque à l'agonie, le créancier ne court aucun risque, cass. civ. 3e. 3 Oct. 1991, Bull. civ. III, N° : 219, D. 1992.218 : « la cour d'appel (...) a relevé que la valeur vénale de l'immeuble excédant de plus de 5 fois le prix de vente, la lésion pouvait être établie en dehors même de l'aléa que pouvait constituer la réserve d'usufruit, a ainsi souverainement apprécié que cette réserve était de trop minime importance par rapport aux valeurs retenues, pour conférer à la vente un caractère aléatoire », in Malaurie et Aynes, Op.cit. p. 195.

³ Cass. Civ. 1er, 5 Mai 1998, Bull. Civ. 1, N° 168 ; D. AFF, 1998. 1170 ; Défrenois 1998, art. 36860, N. 106 ; abs. Ph Del becque : contrat de généalogiste : « La cour d'appel ne pouvait déduire l'absence de pouvoir du juge pour réduire ces honoraires du seul fait que la rémunération prévue au contrat était forfaitaire », in Malaurie et Aynes, Op.cit. p. 195.

البعيدة، وعلى أساسها يمكنه تقدير المنفعة المالية من العقد»¹، كما اتّبعه في ذلك القانون السويسري في المادة 22 من التقنين المدني.

أمّا البحث في الوجود الحقيقي للاحتتمالات عند نشأة العقد يكون أو يتحقق عندما تنعدم لدينا كل تقنية نقارن فيها أداءات والتزامات طرفا التعاقد، لكن عقد الغرر نشأ بهدف عدم إثارة التوازن في الأداء المقابل² الذي يخرج على سيطرة مراقبته لأنّه بُني على مجهول وبالتالي يستبعد التوازن العقدي.

وترى السيدة فان لونجي Fin Langer أنّ التوازن الوحيد الذي يجب اشتراطه عند نشأة العقد هو تساوي حظ الربح والخسارة³.

الفرع الثاني: الاحتمال تبادلي

لا شك أنّ المادة 2/57 من التقنين المدني صريحة في اشتراطها أنّ احتمال الربح والخسارة، يجب أن يكون متبادل ومتكافئ بين الأطراف، إذ نصّت: «إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح، أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإنّ العقد يعتبر عقد غرر»، فاحتمال الربح والخسارة يجب أن يكون متكافئ للطرفين معا، والحادث يكون غير محقق بالنسبة للطرفين معا أيضا، وهذا صميم التوازن العقدي بتوفر هذين الشرطين، «فإنّ روح وجوهر عقد الغرر يكمن في مساواة الأطراف أمام خطر الخسارة والربح، ليس في المساواة الحسابية للأداءات»⁴.

¹ محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص. 99.

² (L) Fin Langer, *l'équilibre contractuel*, LGDJ, p. 172.

³ (L) Fin Langer, Op.cit. p. 173 et s...

⁴ « L'âme des contrats aléatoires réside dans l'égalité des parties devant les risques de gain, non dans l'égalité arithmétique des prestations », in Gaël Chantepie, Op.cit. p. 299.

فإن لم توجد هذه المساواة مبدئياً وعند نشأة العقد فإنه لا جدوى لوجود الاحتمال لاحقاً ولا يمكن اعتبار العقد عقد غرر بل يصبح عدم التوازن ليس له مبرر، وحينئذ يجب البحث في توازن العقد¹، بآليات التوازن المتاحة للعقد التبادلي ومتى تبين أن الأطراف أرادوا إجراء عملية غرر فإنه يعود للقاضي أن يتفحص ظروف القضية.

وبتفحص العقد، فإذا لم تكن الأطراف متساوية في حظ الربح والخسارة فإن طبيعة الغرر تتجلى عن العقد لأن أحد المتعاقدين مهما كان هو الأكيد الرابح، بينما الآخر سيخسر حتماً، لذلك لا يبقى مبرر لاختلال العقد، ومثال ذلك كما يورده "جون دوبري" بيع عقار من طاعن في السن وعلى فراش الموت مقابل دخل مدى الحياة هنا المشتري لا يقوم بالدفع لمدة طويلة واعتبرت محكمة التمييز الفرنسية أن العقد لا يتضمن عنصر الجراف المتبادل، وفي نفس المضمون فإن الحائز منبع مياه معدنية محال له حق استغلاله ادعى عدم خضوعه لإعادة توازن العقد لأن الدولة بإمكانها سحب رخصة استغلاله أو عدم تجديدها، الأمر الذي يعطي العقد طابعاً "غررياً"، لكن المحكمة اعتبرت أن العقد لا يتضمن عنصر الجراف إلا إذا كانت حظوظ الخسارة تقابل حظوظ الربح²، فالمتعاقدين إذا كسبوا فذلك مقابل تعرضهم للخسارة وإذا خسر فذلك مقابل احتمال الكسب.

إن شكل التوازن في عقد الغرر هو المساواة أمام حظ الربح والخسارة، وما يمكن النظر فيه مدى إمكانية مراقبة المساواة أمام حظ الربح والخسارة، وهناك من يرى³ أن التقدم التكنولوجي والاعتماد على علم الإحصاء كفيل بحساب متوسط يحدد التوازن في حظ الربح والخسارة.

¹ Gaël Chantepie, Op.cit. p. 298.

² J. Deprez, Op.cit. p. 3.4.

³ Gaël Chantepie, Op.cit. p. 300.

فالمؤمن بإعمال قواعد الإحصاء على عدد المخاطر الناتجة في حالة معينة أو في تأمين ما يستطيع حساب هامش الربح بدقة مستبعدا الاحتمال ولكن بالنسبة للمؤمن له يبقى العقد بالنسبة له احتمالي لأنه لا يعلم بأنه سيتعرض للخطر أو أنه يُقدّم إيرادات تُنقص من ذمته دون مقابل¹.

ومن ثمة فإن عقد التأمين عقد احتمالي بالنسبة للمؤمن له وغير احتمالي بالنسبة للشركة، لأنها تستطيع أن تعرف على وجه التقريب ما تعطيه، وما تأخذه في مجموع العقود التي بينها وبين المؤمن لهم، ويؤكد هذا الأستاذ السنهاوري أنه بالنظر إلى الجانب الفني والاقتصادي في عقد التأمين وبالتأمل في علاقة المؤمن لا بالمؤمن له بل بمجموع المؤمنين تبين أن عقد التأمين ليس احتماليا بالنسبة إلى المؤمن، إذ المؤمن إنما يأخذ الأقساط من المؤمن لهم ثم يعيد توزيعها على من وقعت الكارثة له منهم بعد خصم محروقات الإدارة فهو إذا أحسن تقدير الاحتمالات والتزم الأسس الفنية في التأمين لم يعرض نفسه لاحتمال الخسارة بل لاحتمال الكسب².

يضيف الفقيه السنهاوري: «إن عقد التأمين ليس عقد يقصد به تحمل أثر الحظ كما هو الأمر في المقامرة والرهان، بل هو على العكس من ذلك عقد يقصد به إبعاد أثر الحظ بقدر المستطاع»³، إنه بتفحص عقد التأمين نرجح أن اختلال التوازن المادي بين المؤمن والمؤمن له في حظ الربح والخسارة أمر مؤكد وأن عقد التأمين تطغى عليه صفة الإذعان على صفة

¹ L'assureur sait statistiquement, le nombre de sinistres qui se produisent dans un type de cas : il peut calculer la prime d'une manière qui exclut l'aléa, mais pour l'assuré, le contrat reste aléatoire », Malaurie et Aynes, Op.cit. p. 195.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقود الغرر عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2000، ص 1140.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع نفسه.

الغرر أو الاحتمال فشركات التأمين محترفة وكثرة العمليات وتعددتها وطريقة تقدير أقساط التأمين ثم تقدير الغرر يؤكد أنّ احتمال الربح والخسارة لدى الطرفين غير متكافئ نهائياً ومختل لصالح المؤمن¹، والاحتمال غير متبادل.

يتضح لدينا أنّ الاحتمال قد لا يمكن تفاديه بل أنّ كل عقد تبادلي يكون فيه نوعاً من الغرر لأنّ كل طرف يضارب على الربح، فرجال الاقتصاد يأخذون بنظرية اللعب واقتصاد السوق الحر عبارة عن لعب بين المتعاقدين يخضعون لقواعد السوق من حظ الربح والخسارة، ولكن يكون عقد الغرر حقيقة احتمالياً إذا كان الاحتمال حقيقي وجدي ومتبادل، ويكون العقد بهذا متوازناً ونكون بصدد العدالة العقدية، ويُفترض أنّ لا نبحث في مراقبة موضوعية التوازن في هذه الوضعية، إذ يرى دوبري²: «أنّ المضاربون لا يستحقون اهتمام القاضي بهم، فالمقامرة تفسر نفسية المتعاقدين والدافع الذي يحركهم للتعاقد وهو يختلف عن عقود المعاوضة، وهذا الطرح يُثير إذا كانت عقود الغرر هي دائماً عقود مقامرة؟».

بالنظر للأطراف في عقد الغرر يتّضح أنّه لا تحركهم دائماً نيّة المضاربة والمقامرة فعقد التأمين (619 ق.م.ج إلى 625)، وعقد المرتب مدى الحياة (613 ق.م.ج إلى 618)، بل أكثر من ذلك فإنّ المادة 612 ق.م.ج تحظر القمار والرهان وبالتالي وتأكيداً لما سبق قوله أنّه لا يمكن الاستناد إلى البواعث السيكولوجية النفسية لاستثناء عقد الغرر من إعادة التوازن

¹ "الاحتمال يخضع إلى قواعد، وتحكمه قوانين، فالعالم السويسري برنولي في القرن 18 أكّد قانون الأعداد الكبيرة ثم جسده ريشارد بيرس الإنكليزي بنشر أول كتاب يهتم بالأكتواريا (دراسات خاصة برياضيات التأمين)، فقانون الأعداد الكبيرة مفاده أنّ كلما كان عدد التجارب كبير كلما اقربت نتائج هذه التجارب بالاحتمال النظري لتحقيق الحدث وحساب الاحتمالات يرتكز على علم الإحصاء بجد كل المعطيات التي تمكن من تحقيق بصفة كبيرة وكافية من الدقة، فمن شأن وجود أكبر عدد من المؤمن لهم من الأخطار ليكون محلاً للإحصاء وتحقيق نتائج تتقارب من الواقع، فيمكن للمؤمن أن يعرف درجة احتمال وقوع الأخطار مسبقاً ويقترّب كثيراً من الحقيقة والواقع"، أكثر تفصيل، بن خروف عبد الرزاق، عقد التأمين، التأمينات البرية، محاضرات في شرح قانون التأمين، مطبوعة 2009/2010، كلية الحقوق، بن عكنون، ص 4-5-6.

² Depiez, Op.cit. P. 7.

خاصة أنه لا يمكن الاعتماد على الأساس الحسابي لأنّ طور علم الرياضيات والإحصاء وحساب الاحتمالات يزيل عائق تقييم مدى احتمال الربح والخسارة بل أنه لا يتوقف على المجازفة.

بالرغم من ذلك، وجد القضاء الفرنسي حلاً لتصحيح قاعدة الاستثناء المطلقة بقبولهم الإبطال بشكل استثنائي وذلك باللجوء إلى وسيلة البطلان لانتفاء الثمن الجدي (la nullité pour défaut des prix sérieux)، ولانتفاء الجراف ويؤكد دوبري أنّ اعتماد هذه الطريقة أدّى إلى إعادة النظر في الأسباب التي تؤدي إلى استثناء عقود الغرر من إعادة التوازن (أي الغبن)، وإلا كيف يمكن لنية المضاربة أن تبرر صحة ثمن مشوب بغبن ولا تبرر ثمن غير موجود؟

وهذا ما يخلق مناخاً مواتاً للاجتهاد إلى اعتماد الغبن، أو اللاتوازن رغم عنصر الجراف في العقد¹، يرى جون دوبري أنّ يجب الاجتهاد والحديث نحو بعث الحياة في قاعدة الإبطال لعلّة الغبن رغم عنصر الجراف في العقد أمّا بالنسبة لعقود الغرر فالاختلال (الغبن) المعتمدة كسبب للإبطال له مفهوم خاص يختلف عن المفهوم المعتمد في القانون العادي فمفهوم الثمن غرر الجدي الذي يُرتكز عليه في البطلان هو وثيق الارتباط بالغبن لدرجة قد يصعب معها تمييزهما أحياناً.

واعتماد المحاكم جزاء الإبطال لعلّة الغبن كان نتيجة لتطور بطيء بدأ منذ القرن 19 وسبب ذلك تفهم مفهومي الجراف والغبن وعلاقتهما المتبادلة فاعتبرت للوهلة الأولى أنّ مجرد عدم تكافؤ المخاطر التي يتعرّض لها كل فريق يؤدي إلى الغبن بشرط بلوغه الدرجة المحددة

¹ Deprez, Op.cit. P. 6-7-8 et s...

- Benchaâbane Hanifa, Op.cit. P. 272- 273.

قانوناً، ثم رأت أنّ الغبن أمر مختلف يميّز عدم تكافؤ المخاطر بأنّه أيضاً التفاوت بين التزامات الأطراف الفعلية في حالة الدخل مدى الحياة فالغبن ليس فقط عدم تكافؤ المخاطر وإنّما كذلك تفاوت بين قيمة العقار ومجموع الأقساط السنوية التي تدفع والمرتبطة في نهاية الامر بطول حياة الإنسان بل ذهب القاضي الى إبطال عقد الغرر كلما تبين من خلال تفحص العقد أنّ بإمكانه تقدير كل من الالتزامات المتبادلة واستنتاج عدم تعادلها.

ولقد ذهب القضاء لاحقاً الى استعمال البطلان لانتفاء الثمن الجدي ولإبطال بسبب الغبن على السواء، ينتهي جون دوبري أنّ قاعدتي البطلان لانتفاء الثمن الجدي أو الغبن تكملان بعضهما وهما تسمحان بمراقبة عدم التكافؤ العقدي في اكبر عدد ممكن من العقود بالرغم من طابع الجراف فيها ومتى ظهر عدم توازن صريح بين التزامات العقدية عندها على القاضي إذا اقتنع بالأمر أنّ يُخضع العقد لرقابته دون أنّ يمنعه من ذلك لا صفة المضاربة ولا الشك الدائر حول الالتزام المتبادلة إذ من غير المستساغ أنّ تُسهّل طبيعة العقد الغررية عملية استغلال البائع وبعتماد طريقتين حسب ما تقتضيه الظروف يتمكن القضاء من الحفاظ على العدالة التعاقدية في ميدان كانت مميزات بعض الاتفاقات تبدو فيه وكأنّها تستثني هذه الأخيرة من حكم القواعد العامة للالتزامات¹.

لكن تصور المشرّع الجزائري مختلف عن المشرّع الفرنسي، هذا الأخير يعتدّ ولا يحظر القمار والرهان، أمّا النسق التصوري للمشرع الجزائري في عقود الغرر أنّه يحظر المقامرة والمضاربة فهو لا يؤسس التوازن في عقد الغرر على المجازفة وذلك، أولاً بتبنيّه نظرية عامة لإعادة التوازن لا تستثني عقود الغرر (المادة 90 ق.م.ج)، أو ما يسميها الفقه الفرنسي (612)

¹ ارجع الى جون دوبري، المقال السابق ذكره، لتفصيل أكثر: ص 4-5-6-7.

النظرية العامة للغبن¹، وثانيا بحظره المقامرة، وما يجب النظر فيه هو ما الفرق بين عقد الغرر وعقد القمار والرهان؟، أو ما هو مبرر الغرر المحظور عند المشرع الجزائري؟، حيث أنّ الاحتمال هو جوهر عقد الغرر أو عقد المقامرة!، وماذا عن البيوع الآجلة خاصة المتعلقة بالعمليات الآجلة بورصة الأوراق المالية، وهل يمكن وصفها بالقمار والرهان؟

نرجح أنّ المشرع الجزائري لمّا حظر القمار والرهان بين الأفراد متأثرا بالشريعة الإسلامية إذ يقول الله تعالى في محكم تنزيله، في سورة النساء الآية 29: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**، وفسر الباطل بما لم يبيحه الشرع كإغتصاب الأموال والرباء والقمار²، ذلك أنّ قبول مثل هذه العقود يشيع في نفوس الأفراد الكسب والإثراء دون عمل بل بمحض المجازفة والصدفة، فالخطر لا يشمل الخطر والاحتمال فيه، بل تعريض المال للضياع دون اتخاذ وسائل العمل للمحافظة عليه، فيعطي الشخص ماله من غير دافع سوى الطمع في الحصول على أكثر منه إذا ما حدث أمر موهوم³.

إنّ مبرر الغرر المذموم هو أخلاقي المتمثل في الطمع ومغالبة الآخر لإيقاعه في الخسارة، بحيث تتّجه نيّة كلّ متعاقد إلى الكسب والإثراء غير الشريف دون العمل والجهد، وإذا عطلت قيمة الجهد والعمل تهدمت القيم والمبادئ التي تصنف البشر من حيث الجهد والعمل⁴ فالمشرع يحظر الرهان والقمار مراعاة للأخلاق التي على عمدها ينبني المجتمع ولكن أيضا مراعات الصالح الاقتصادي ولما كان من العسير حصر المصالح العامة أو طرق الحماية كثيرا ما يلجأ الى النظام العام لتتسع لكل ما يمسّ الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي.

¹ نتعرض لهذه المسألة بالتفصيل أكثر لاحقا.

² الصديق محمد إبراهيم الضربير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دكتوراه 2005، جامعة القاهرة، ص 05.

³ عصام أنور سليم، طبيعة الغرر المبطل للمعاوضات في القانون المصري 2003، منشأة المعارف، ص 26 وما يليها.

⁴ عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 25، 26 وما يليها.

يبدو أنّ المشرع الجزائري وقف إلى حد بعيد في معالجة التوازن في عقد الغرر اعتباراً من تصوره الحديث وتأثره بالأنظمة ذات النظرة الموضوعية للعقد، القانون الألماني والسويسري، هذا الأخير الذي أضاف وعالج التوازن في عقد الغرر بنص منفرد، فذهب حسب المادة 526 ق.م. سويسري، إنّ معالجة عدم توازن العقد بالإبطال في حالة عقد الصيانة لمدى الحياة، إذا كانت قيمة الأداءات المتفق عليها تتفاوت بشكل محسوس ولم يستطع من عادت عليه فائدة أكبر من الطرفين اثبات قيام نية التبرع لدى الطرف الآخر¹.

ذلك أنّه من العدالة والمنطق إيجاد نوع من التوازن بين المخاطر فإذا ما اختل هذا التوازن اختلالاً واضحاً في العقود الاحتمالية فإنّ ضرر هذه العقود يكون أكبر من نفعها² كما لا ينبغي أن تتخذ الطبيعة الخاصة لهذه العقود لتشجيع الاستفادة الفاضحة لأحد المتعاقدين للآخر فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحدهما أرجح بكثير من احتمال الكسب وجب إعادة التوازن للعقد كما نرى وذلك بافتراض وجود استغلال سذاجة أو عدم خبرة المتعاقد والتفاوت الفاحش بين الأداءات قرينة على ذلك حتى لا يفلت من نص المادة 90 فئة تعاني الظلم والجور تمشياً مع منطق الإنصاف والعدالة الحقيقية لا الخيال³، وهذا ما عمل به القضاء الألماني تطبيقاً لنص المادة 2/138 وهذا ما يفتقر إليه القانون الفرنسي ومع ذلك يستعين بالغبن لتحقيق التوازن في عقد الغرر كما رأينا سابقاً.

¹ محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص 100.

² د. محمد مصطفى محمد، التدليس والغلط والغبن في العقود الاحتمالية في محمد عبد الرحمن محمد الاستغلال والغبن

في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، المرجع السابق، ص 226.

³ أنظر بأكثر تفصيل هذه النقطة لاحقاً، (المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول).

المبحث الثاني: الأداء المطابق للإرادة يفترض توازن العقد

أُطلق العنان لسلطان الإرادة وأضحى للإرادة الحق في إنشاء ما شاءت من التصرفات ذلك أنّ اعتبار إرادة الفرد حرّة غير مقيدة يجعل اتجاه هذه الإرادة يكون دائما في مصلحة الفرد لأنّ الشخص عندما يلتزم فإنّه لا يلتزم إلّا وفقا لمصلحته فكل التزام تعاقدى حر حتما عادل ومتوازن يجب أن يحميه القانون وتقتصر مهمة القانون الأساسية على حماية ممارسة الحرية التعاقدية التي لا يقيدوها إلا القيد القانوني وهو المساواة في الحرية مع الغير وهذه المساواة هي مفترضة والانسان يمتلك من الخصائص ما يجعله أحسن من يدافع على مصالحه أمّا التوازن الموضوعي فيحققه أطراف العقد بمقتضى العقد¹.

العقد يُعرّف فيها وقانوناً أنّه تطابق إرادتين وليس تطابق أدايين فالحماية يجب أن تنصبّ على الإرادة والتي بمقتضاها ينشأ العقد سليماً فمتى كان كذلك فهي التي تؤدي الى التزام صاحبها بالعقد وشروطه وهي التي تحدد مضمونه وبالتالي هي التي تحدد التوازن المرجو، فضمانات المساواة والتوازن تحددها مرحلة ابرام العقد بما مُنحت الإرادة من حرية في تحديد التزاماتها وفق لحاجاتها في العقد فالتوازن وفق هذا التصور يتميّز بذاتية إذ يتعلق بالشخص وتقديره للتوازن، ذلك أنّ التوازن يأتي من داخل العلاقة التعاقدية وبالتالي يُرفض كل تدخل خارجي ولا يمكن التدخل والمساس بما ارتضاه طرفا العقد بحجة تحقيق التوازن كما يرى "غيست" Ghestin² أنّ مقياس اللاتوازن العقدي في ضوء مبدأ سلطان الإرادة لا يتمّ من خلال معيار موضوعي وإنّما يقاس داخليا وبمعيار شخصي طالما أنّ إرادة المتعاقد هي التي تحدد عدالة العقد، فكانت نظرية عيوب الرضا حماية إضافية في ظل حرية التعاقد وتوحي

¹ Ghestin, *Traité de droit civil la formation du contrat*, Tome 1, Op.cit, p182...185

² Ibid., Op.cit. p 282.

بإمكانية علاج اختلال الالتزامات الناشئ عن رضا فاسد من غلط (المطلب الأول) أو تدليس (المطلب الثاني) أو الإكراه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الغلط

يميل بعض الفقه الى أنّ القواعد المتعلقة بالغلط كعيب في الرضا لا تؤثر في توازن العقد، فقد لا يوحى الغلط في الوهلة الأولى أنّه يبطل العقد لأنّ الادعاءات متفاوتة¹ أي اختلال التوازن الموضوعي للعقد ويضيف الرأي أنّ نظرية الغلط لها تأثير في تقدير التوازن الاقتصادي للاتفاق من طرف المتعاقدين وهي سبب بديهي لعدم وجود تكافؤ بينهما² إذ أن الاختلال في الحالة النفسية والذهنية واضح أنّه هدف الحماية في المقام الأول.

مع أنّ الغلط في القيمة له علاقة مباشرة بتوازن العقد من الناحية الاقتصادية ويعني وجود اختلال مالي للعقد والمشرّع الجزائري نصّ على الغلط من المواد 81 الى 85 من القانون المدني الجزائري، والعبرة في ذلك بالغلط الجوهرى، فالى أي مدى يمكن اعتبار الغلط الجوهرى تفاوت بين أطراف التعاقد أو تفاوت بين الأدعاءات المتقابلة في العقد؟.

الاختلاف في أنّ المشرع يعتد بالغلط الجوهرى الذي لم يعرفه المشرّع بل اكتفى بوصفه بالجسيم، والمؤثر، أمّا جسامه الغلط فتعني ذلك الذي يبلغ من الخطورة والأهمية ما يستدعي تدخل القانون لحماية الضحية وتقدير جسامه الغلط بمعيّار ذاتي يتعلق بنفسية المتعاقد³

¹ «A première vue, les règles applicable à l'erreur, vice du consentement ne semblent pas être influencées par la présence éventuelle d'un déséquilibre contractuel...» Gaël Chantepie, la lésion, LGDJ, 2006, p.140.

² «la théorie de l'erreur, porte en effet sur l'appréciation de l'équilibre économique de la convention par les portier cause évidente d'un éventuel de faut d'équivalence.» Gaël Chantepie, op.cit. in p.140.

³ أنظر أكثر تفصيل لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 118 وما يليها.

والنتائج المترتبة على هذا الاعتقاد الخاطئ، ويرى الأستاذ فيلالي علي أنه يستحسن الاعتداد بالتقدير المجرد من أجل تقادي الصعوبات التي تواجه القاضي في البحث في نفسية المتعاقد فحسب، بل لوضع حد للأناية الشخصية حيث قد تتعسف الضحية في استعمال حقها¹.

أمّ إذا وقع أحد اطراف العلاقة العقدية في وهم وأبرم العقد وهو ليس على بيّنة من أمره مهما كان سبب ذلك فإنّه في هذه الحالة غير متساوٍ مع المتعاقد الآخر فهو يتعاقد ورضاه فاسد وبالتالي الإرادة المتعاقدة في اختلال مع الإرادة الأخرى من حيث عدم سلامتها مما يستوجب أن تكون الإرادتين سليمتين على حد سواء، ويكون الغلط مؤثر أي دافع إلى التعاقد إذا كان الغلط وراء تصميم وعزم المتعاقد على إبرام العقد، أعتقد أنّ نظرية الغلط تتسع لمعالج التفاوت الصارخ للأداءات المتقابلة في ذلك الشق المتعلقة بالصفة الجوهرية للشيء فيكمّن فيها الغلط في القيمة إذ يكون في التقدير الغالب للتوازن الاقتصادي للعقد بين الأطراف فيما ينتج عنه من عيب في تكافؤ الأداءات ونكون بهذا بصدد حماية العقد من اختلال التوازن.

وهذا ما ذهب له بعض الفقه من أنّه لا يجوز التعسف في التمسك بالإبطال للغلط «فإذا كان العاقد قد وقع في غلط يتعلق بقيمة الشيء فتنتقي مصلحته إذا عرض عليه المتعاقد الآخر ما يرفع الاختلال الفادح بين قيمة الأداءات المتقابلة...»².

إنّ القول أنّ المشرع الجزائري أخذ بالغلط في القيمة فإنّ هذا له علاقه مباشرة بتوازن العقد، من الناحية الاقتصادية، وأرجح أنّ المشرع يأخذ بالغلط في القيمة لأنّه لم يحدد مجال الغلط الجوهرية بل أكد فقط أن يكون الاعتقاد خاطئ في ما يُعتبر أنّ يكون جوهرية ويرى

¹ على فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 160.

² أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 169.

فيلالي علي¹ أنّ هذه نتيجة منطقية إلا أنّ الغلط في القيمة لا يدخل تحت مظلة الغلط وهو ما ذهب إليه على بن شنب من أنّ هذا الحل غير مرجح لأنّ المشرع الجزائري لم يأخذ بالغبن كقاعدة عامة لكنه يتراء لنا خلاف ذلك لأنّ المشرع الجزائري اتبع في هذا المشرع الفرنسي كونه لم يأخذ بقاعدة عامة في الغبن لكن القضاء يعتدّ بالغلط في القيمة كما أنّ مفهوم الغلط الجوهري يستدعي لأخذ بالغلط في القيمة متى كان الأمر جوهري بالنسبة لضحية الغلط وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه² فما هو المانع من اعتبار الغلط في القيمة غلط جوهري يستوجب الإبطال ما دام واقعا في أصل الموضوع المعتبر في العقد؟ وأخذاً بالمعيار الذاتي لا يوجد سببا يمنع الإبطال بسبب الغلط كلما كان هذا الغلط دافعا إلى التعاقد حتى لو كان واقعا في قيمة الشيء ما دام أنّ هناك ما يثبت أنّ القيمة قد نظر إليها كدافع رئيسي للتعاقد وهذا ما ذهب إليه تفسير القضاء الفرنسي فقرّر أنّ الغلط ينبغي أن يدخل في الاعتبار «إذا كان من الجسامة بحيث لولاه ما تعاقد أحد الطرفين»³.

وهناك من الفقه من يرى أنّه بالرجوع الى النظرية الحديثة في الغلط والتي أخذ بها القانون الجزائري وتطبيقها لمعيار الغلط الجوهري على الغلط في القيمة وجب القول أنّ الغلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسي الى التعاقد يجعل العقد قابلا للإبطال⁴، وهذا نفسه ما ذهب اليه القانون المصري، والمثل الذي أورده السنهوري⁵ وهو حالة ما إذا باع شخص سهما بقيمته

¹ علي فيلالي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 169.

² أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003. ص 148.

³ هذه الفكرة سادت في الفقه أيضا، أنظر نقض فرنسي مدني 28 جانفي 1913.

أنظر ESEIMEN plonial ripert جزء 6 رقم 174 وما يليها، la règle morale para ص 427.

⁴ لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 128.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 172.

الفعلية، وكان يجهل أنّ هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة فله أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذي باعه.

وممن يعارضون الاعتداد بالغلط في القيمة الفقيه Ripert إذ يرى أنّ الغلط في القيمة هو غلط غير مغتفر فهو يرى أنّ القانون يجب أن يحمي الأطراف فقط عندما لا تجب عليهم حماية أنفسهم كما أنّ في عقد المعاوضة قيمة الشيء يجب أن تكون محل انشغال واهتمام مستمر للأطراف¹، ولهذا نجد أنّ القانون الفرنسي في المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي لا يعتد إلا بالغلط الجوهرية في الشيء محل العقد أو الشخص المتعاقد مما يجعل مجال الغلط محدّد جدا والقاضي عند بحثه في التوازن المالي للعقد لا يستجيب النص لذلك مما جعل القضاء لا يتردد في تخطّي هذا التحديد وباستدلال بسيط إذ وجد مصدر الغلط في قيمة بالغلط في الصفات الجوهرية للشيء محل العقد، وبالتالي العقد الذي يختل توازنه المالي بصفة غير مألوفة يبطل تحت ظل الغلط في الصفة الجوهرية وهكذا أخذ القضاء بالغلط في القيمة في بيع الأشياء الفنية، ذلك أنّ المعيار الذي يقاس به الغلط هو معيار الشخص العادي² وحتى القضاء يبقى حريص في قبول الدفع بالغلط من قبل شخص يتّصف بالاحتراف في مجال التعاقد على أساس أنّ هذه الصفة تفترض توفر قدر من الحرص تُجَبِّه الوقوع في الغلط³ أمّا إذا تعلق الأمر بشخص من غير المحترفين أو بأحد المستهلكين فإنّ القضاء يبدي تساهلا في قبول الغلط خصوصا في مجال عقود الإذعان⁴، ذلك أنّ الطرف الأقل كفاءة يمكن أن يقع في غلط بسبب سوء فهم الشروط المفروضة عليه أو بسبب قيام المشتراط بتغطية حقيقة الشرط إلا أنّه من وسائل تجنب الغلط هو الالتزام بالإعلام مما يُبعده من احتمال الوقوع في غلط

¹ Ripert, (G) : **La règle morale dans les obligations civiles** L.G.D.J. 4^{ed}, 1949, spécialement paragraphe n° :43.

² السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 فقرة 168، حشمت أبو ستيت، المرجع السابق فقرة 163، نقض مدني مصري 28 فبراير 198، مجموعة أحكام النقض 31، 122، 622 في حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 65.

³ Ripert la règle morale n°43 et 44; Planiol et Ripert, **la théorie pratique en droit civil Français**, 2^{eme} Ed, les obligations, n°179, p 128; Ripert et boulonger, **Traité de droit civil**, LGDJ in Ghestin, **formation le contrat** LGDJ 1980 n° :398.

⁴ عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 65.

وهذه الوسيلة من أهم آليات التوازن العقدي والنتيجة المنطقية هي أن تجنب الغلط يكون باستخدام آلية التوازن المثلى (الالتزام بالإعلام) وهذا ما يؤكد لنا أنه لا يمكن خلو الغلط من نظم التوازن.

ومما يؤكد أهمية هذا التصور في تحقيق التوازن من خلال اعتبار الغلط في القيمة غلط جوهري اعتماده من طرف القانون الألماني في المادة 119 فقرة (1) و(2) إذ اعتبر الغلط في الصفة الجوهرية في الشيء قد يكون غلط فيما يؤثر على الشيء في منفعة أو في قيمته¹.

هذه الفكرة دعمها رأي فقهي² رصين إذ يرى أن الغلط في القيمة نتيجة تقدير اقتصادي مغلوط والغلط في الصفة الجوهرية للمحل يبين ويبرر الكم، كما أن الغلط في القيمة يمس مباشرة وتحديدًا قيمة المحل فهو أكثر ارتباطًا بتكافؤ بين القيمة الحقيقية للشيء وثمرته، هذا الرأي يربط الفكرة بالثمن وقيمه الحقيقية وبالتالي نحن أمام غبن فمن تعاقّد غالطاً أي معتقداً أن هذا الثمن هو معادل للقيمة الحقيقية كيّفنا أنّه وقع في غلط جوهري يمكن حمايته أمّا إذا كيّفنا أنّه وقع في غبن لا يمكن حمايته فالغبن يحدد مجال الحماية ويحصرها بالنصوص القانونية 358 ق.م.ج.، القسمة المشاعة 732 من نفس القانون وفيما عدا ذلك يبقى من وقع في غلط في القيمة واعتقد خاطئاً في القيمة الحقيقية لمحل ونتج عن توهمه اختلال كبير في الأداءات المتقابلة بدون حماية.!

إلا أن هناك من يرى الصفة الجوهرية مثل القيمة كانتا في صميم انشغالات المتعاقدين وتحددان بدون شك رضاها، فالوضعيتين لا تختلفان مما يستدعي تدخل علاج حاسم في القانون الوضعي³ ما دام هدف القانون هو واحد، فالنصوص يجب أن يكون هدفها واحد.

¹ Michel Pédamon, **Le contrat en droit allemand**, 2ed, LGDJ, 2004, p 103.

² Marbli, A, Op.cit. p 630.

³ «La qualité substantielle, comme la valeur, ont été au cœur des préoccupations des contractants, déterminant sans doute leur consentement. Les deux situations ne diffèrent pas notablement, ce qui devrait, impliquer un traitement identique en droit positif». In gaël Chantepie, op.cit. p.142.

الصفة الجوهرية تستنتج أيضا من الثمن إنّ الفرق البين بين الثمن المدفوع والقيمة الحقيقية للشيء المتعاقد عليه عند تقدير الصفة الجوهرية يقومون بالنظر في قيمة الشيء والثمن المدفوع فيها كمؤشر، خاصة عن الصفة الجوهرية للغلط وإذا كان عبئ إثبات الوقوع في الغلط يقع على الغالط، فله أن يثبت أنه وقع في الغلط بكل الوسائل، ولكون الغلط أمر نفسي عمليا من الصعب إثبات الحالة الذهنية للمتعاقد عند إبرام العقد، فإنّ اختلال التوازن الفاضح يسمح للقضاة أن يقتنعوا بأنّ القيمة انتقصت من الصفة الجوهرية للشيء¹.

إنّ للاجتهاد القضائي العديد من الامثلة في أنّ بساطة الثمن تبين أنّ البائع لا يعلم بوجود صفة خاصة في الشيء² أو أنّ يكون العكس فالثمن المرتفع الذي دفعه المشتري يظهر اتجاه إرادته الى وجود بعض الصفات في الشيء المتعاقد عليه³.

فالصفة الجوهرية حسب النظرية الموضوعية للغلط لا تتنافى مع الغلط في القيمة⁴.

¹ Gaël Chantepie, op.cit. p.147.

² L'affaire Poussin en est l'illustration la plus caractéristique. V. aussi, à propos d'un autre tableau de Poussin, Paris. 28 juin 2001, préc., et sur pourvoi, Cass. civ. 1^{er} 17 sept. 2003, préc., qui relève « l'extrême modicité de l'estimation initiale du tableau comme de son prix de réserve ».

³ V. ainsi. Cass. com. 20 oct. 1970. préc. L'acquéreur d'un lot de tableaux n'est pas fondé à se plaindre de la présence de faux, « 1e prix convenu de 55.000 francs ne pouva[nt] qu'apparaître peu élevé, compte tenu du nombre des œuvres et de la notoriété des auteurs cités » ; TGI Paris, 7 mai 1975, D. 1976, 605, n. Jeandidier. La fixation de la mise à prix par l'expert à une somme modérée confirme l'absence de certitude sur l'authenticité de la toile vendue. In : Gaël Chantepie, op.cit. p.147.

V. notamment. Cass. com. 29 avr. 2002. Bull. n° 77 ; P. Aff. 25 oct. 2002. n° 214, p.16, n. Gosselin-Gorand ; RTD civ. 2002, p. 500, obs. Mestre et Fages ; civ. 1^{er} 25 mai 1992. pourvoi n° 90-15882 ; civ. 3^e 12 juin 1996. pourvoi n° 94-20331 ; 29 nov. 1968, Gaz. Pal. 1969, 1, 63 ; Bordeaux, 13 nov. 1905, D.P. 1908, 2, 287 ; S. 1906. 2, 207 ; Dijon. 28 juin 1990, Gaz. Pal. 1991, 1, somm., 238 ; Paris, 11 sept. 1990, D. 1991. somm, 161, obs. Tournafond ; 3 janv. 1974, Gaz. Pal. 1974. 2, 708 ; 22 févr. 1950, D. 1950, 269 ; TGI Paris, 31 janv. 2001, cité par F. Duret-Robert, op.cit., n° 6-23. qui retient que pour prouver le caractère substantiel d'une qualité. les acheteurs auraient dû notamment démontrer que l'absence de cette qualité «modifiait la valeur de l'œuvre qu'ils avaient acquise». In : Gaël Chantepie, op.cit. p.147.

⁴ Ghestin, **formation de contrat**, p.473. et s.

ويؤكد بعض الفقه أنه عندما يكون الغلط في الشيء مصدر اختلال التوازن فيعتبر الغلط وسيلة لتحقيق التوازن العقدي¹، ويضيف الرأي أن الغلط في القيمة يمكن أن يكون آلية يستطيع المشتري أن يستخدمها للتحقق التوازن العقدي مع الإبقاء على الشروط المتعلقة بقاعدة الغلط. فإذا كان ضحية الغلط ليس لديه الكفاءة لقياس القيمة الحقيقية للعقد الذي أبرمه وقد اعتقد خاطئاً أن الثمن أو قيمة الشيء المتعاقد عليه هو قيمته الحقيقية يكون قد وقع في غلط جوهري ولهذا يصبح الغلط يعالج التفاوت الكثير بين الأداءات وأداة لتحقيق التوازن وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه² «إنّ الغلط الجوهري يمكن أن يتحقق في حالة الغلط في القيمة ويعتبر عيباً مؤثراً إذا كان جوهرياً ويشترط لذلك أن يكون تأثيره في الثمن فادحاً بحيث يؤدي إلى اختلال كبير بين القيمة الحقيقية للشيء والقيمة التي توهمها المتعاقد».

يبدو أنّ الغلط في القيمة كما تقدم يعالج كفاءة المتعاقد ضحية الغلط عند إبرام العقد من جهة والتفاوت الاقتصادي للعقد من جهة أخرى، وهو بهذا أداة يعالج التوازن الذهني والمعرفي لتكافئ ارادتي التعاقد كما يعالج بها توازن الأداءات المتقابلة.

والفقيه "قيستان" Ghestin يؤكد «أنّ الغلط في القيمة يفسّر بأنه عيب في التكافؤ بين ما يراه المتعاقد الضحية كقيمة للشيء المتعاقد عليه وقيّمته الحقيقية»³ ويضيف الكاتب مكيّاً الغلط في القيمة على أنه غبن «ذلك أنه لا يتضح أي عنصر أساسي يفرقه عن الغبن»⁴،

¹ قيسان في محمد سليمان، من أجل الإبقاء الغبن في بيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 01، السنة 2008 ص 191.

² احمد شوقي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص، 98-99.

³ Ghestin : **La notion d'erreur dans e droit positif actuel** : p.74, in p. Malourie, note....

⁴ mai 1956 .D1657.313 in Mrabti. A **Contribution à l'étude critique de la notion de lésion.** V2, OPU, 1993, p.630.

⁴ Mrabti. A. Op.cit. 630.

وهذه وجهة نظر أغلب الفقه إذ يعتبر أنّ الغلط الجوهرى إذا مسّ التوازن المالى فهو غلط فى القيمة الذى يعدّ ضرباً من الغبن¹، بل أن الغلط فى القيمة هو الغبن.

فكلّما ثبت الجانب النفسى زائد التفاوت المادى فى الغلط فى القيمة هل يمكن القول أنّنا أمام غلط غبنى.

ويؤكد Ghestin أنّه غالباً ما يعالج الغبن من خلال حماية الرضا فإذا كان القانون المدنى الفرنسى مبدئياً لا يعالج اختلال التوازن فإن المحاكم تعتمد على الغلط الجوهرى فى القيمة كأساس لإقامة التوازن وإبطال العقد المختل توازنه².

أمّا بالنسبة للقانون الجزائرى يكون الأخذ بالغلط فى القيمة منطقى وينسجم والنسق القانونى له الذى يهدف الى التوازن العقدي فيصلح المشرع فى توافق مع ما ذهب إليه المشرع الألمانى إذ يعتد فى نص المادة 119 فقرة (1) (2) بالصفة الجوهرية وقد يكون الغلط فيها يؤثر على الشيء فى منفعة أو فى قيمته، أمّا القانون المصرى فإنّه يؤيد هذا الحل ويذهب الى الأخذ بالغلط فى القيمة³.

إن اتجاه القضاء الفرنسى يوضح محاولاته لتطويع النصوص الضيقة عن طريق تفسير عيوب الرضا ووسائل الحماية لحماية مقاصد العقد والعدالة التبادلية⁴.

¹ لبنى مختار، المرجع السابق، ص 128، أنظر أيضاً:

Ghestin, **la formation du contrat**, Tome 1, 4^e Edition, LGDJ, p.945-946.

² Ibid, p.952.

³ عبد الرزاق أحمد السهنورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، المرجع السابق، فقرة 172.

⁴ Ghestin (J.), **La formation du contrat**, P473. «...Qui élargit cette idée a l'ensemble des vices du consentement, la protection du consentement n'est que le moyen de faire respecter la finalité du contrat et la justice commutative.» Gaël Chantepie, Op.cit. P.148.

Voir aussi. A Perot, Morel Op.cit. p. 209 S in Gaël Chantepie, Op.cit. p 148.

ويضيف الفقه أنّ الغلط في الصفات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد لم يعد فقط وسيلة لتقييم الرضا التعاقدي ولكنه أصبح أيا وسيلة لإعادة التوازن الى العقود بإعادة تقييم سلوك المنحرف ووضع حسن نيّته في ميزان المسؤولية¹، وذلك رغم عدم ملائمة جزاء الإبطال لما يرجو المتعاقد من محافظة على عقد متوازن.

إنّ جزاء الغلط المتمثل في الإبطال ليس دائما هو الحل الذي يبتغيه الضحية الذي يطمح إلى استمرار العقد مع رفع الاختلال أو تعويض مالي لما لحق المتعاقد من جور وهذا يتأتى في الطبيعة الخاصة للتدليس التي تساعد على إيجاد هذا التوازن الذي يرغبه المتعاقد.

المطلب الثاني: التدليس

التدليس لا يكون مؤثرا في العقد إلا إذا تضمّن حيلة تدليسية من طرف المتعاقد الآخر، ويكون التدليس هو الدافع لقبول العقد، فهو إذن غلط مستثار يؤدي -متى توفرت عناصره- إلى إبطال العقد، وما يتميز عن غيره من العيوب أنّه يتسع للعديد من حالات الاختلال كما يتميز بالالتزام بإعلام المتعاقدين بالخصوص وكان يرمي إلى قبول العقد بشروط باهظة ما كان ليقبلها لولا هذه الحيل.

المشرع الجزائري في المادة 86 من القانون المدني الجزائري لا يفرق بين التدليس الدافع وغير الدافع، فالعبرة بسلامه الرضا وهذا ما يسميه الفقه بالنظرية الحديثة للتدليس² من المؤكد أنّ التدليس عيبا في الرضا ونحن نبحث فيما إذا لعب دور في تحقيق التوازن؟ فحماية الرضا في حد ذاتها تحقق التوازن بين أطراف العقد بحيث تكون إرادتي الطرفين في مستوى واحد أو

¹ حسن عبد الباسط جميعي حماية المستهلك، (الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك)، دار النهضة العربية، 1996، فقرة 53.

² عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 77.

متقارب في الحرية والتبصر، ضف إلى ذلك ما يرتبه التدليس من إمكانية اختلال توازن العقد، ذلك أن نظم التدليس يحوى على أهم آلية التوازن وهي الالتزام بالإفضاء ذلك أن من الحيل الكتمان أي مجرد السكوت على واقعة أو ملابسة لو علم بها المتعاقد لما أقدم على إبرام العقد، والكتمان من المواقف السلبية التي يأتيها الفاعل ويترتب عنها وقوع المتعاقد في غلط، إذ يؤدي هذا إلى إرساء واجب الإعلام السابق للتعاقد وهذا يختلف عن واجب الإعلام في التعاقد هذا الأخير الذي يعد من الواجبات التعاقدية التي تتضمنها بعض العقود مثل عقد التأمين إذ أن أساس الواجب أو الالتزام هو العقد ذاته ولو أن القانون هو الذي ينص عليه.

ضمن ضبطه لنظام معين له وهو كذلك من الواجبات أو الالتزامات التي تهم تنفيذ الاتفاق، بخلاف الالتزام بالأعلام السابق حيث أنه يهم الفترة السابقة لقيام العقد ويستمد الالتزام بالإفضاء أساسه من القانون بمفهومه الواسع، لا من إرادة الأطراف المتعاقدة، وهو ما تضمنته القاعدة العامة للتدليس وهو ما لا يمكن للأطراف إقصائه أو تخفيفه، إذ نصت الفقرة الثانية من نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري "يُعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

وبهذا يسائر المشرع الجزائري التصور الحديث للعلاقة العقدية التي تقتضي حماية الطرف الضعيف، وحماية توازن العقد، كما يجسد هذا النص أهم وسائل التوازن العقدي ويتعلق الأمر بحسن النية هذا الالتزام يجعل على عاتق المتعاقد أن يُعلم ويُفصح عن كل ما يتعلق بعملية التعاقد وتوضيح كل الشروط الموجودة في وثيقة التعاقد¹ أو كل تفصيل مهم يخص محل التعاقد، بعد سكوت المتعاقد وهو يعلم الحقيقة مخالف لمبدأ حسن النية ويكشف عن تصرف غير مشروع إذ يعتبر القضاء الفرنسي الكتمان عيباً في الرضا وأن المتعاقد ملزم بالإعلام وإن

¹ تفصيل أكثر، حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 81 و 82.

كان التدليس يجب إثباته حسب نص المادة 1116 فقرة 2 من القانون الفرنسي فإنّ البائع المحترف يقع عليه عبء إثبات قيامه بواجب الإعلام¹.

يؤكد بعض الفقه² أنّ عيب التدليس أكثر عيوب الإرادة تحقيقا لحماية الطرف الأقل كفاءة أو خبرة إذ أنّ واجب الإعلام بهذا التزام عام في جميع العقود بقطع النظر عن نوعية الأطراف والسند، في هذا اعتبار السكوت تدليسا، وهذا كناية عن إلزامية الإعلام ومختلف التشريعات تدعم هذه الفكرة بالعديد من النصوص تجعل الأمانة واجبا عاما في التعاقد والإعلام، هنا يتضمن لفت الانتباه إلى المخاطر المنجزة عن التعاقد سواء تعلق منها بالشئ المتعاقد فيه نفسه أو النتائج الاقتصادية لعملية التعاقدية كأن تكون باهظة، فاعتبار الكتمان تدليس يتمشى مع الفلسفة الحديثة في التعاقد إذ ينبغي³ أن ننأى بها عن الأنانية المفرطة والإساءة في الاستفادة من كل ما حول العلاقة التعاقدية، والتدليس بكل أنواع الحيل يعدّ الصورة الأوضح لسوء النية ولما لم يوجد نص صريح يحث على الالتزام بالإعلام فإنّ القضاء الفرنسي لم يمانع من اعتبار السكوت أو الكتمان تدليسا وهذا ما يجعل عدم الافضاء أو الإعلام يستتبعه قبول دعوى الأبطال لعيب في الرضا⁴ هذا الاتجاه يؤسس لتضامن تعاقدى يؤدي الى وتوازن فعلي وحقيقي بين المتعاقدين⁵.

¹ en cas de non-respect d'une obligation légale d'information précontractuel. Bull civ n°71 in ed, 2000, p.788, plus de détail Christian Larroumet, Droit civil, Tome 3, les obligation le contrat, 3ed, Economica, Delta, 1996, p.318-319.

² Ghestin J. **formation de contrat**, op.cit. p.1093-1100

³ cass. civ. 1^{er} 15 mai 2002, BULL Civ, n°132. Jcp 2002. 1.184 n°1 obs Fr lobarthe ".le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement a Legard de son client est-il lui incombe de prouver qu'il a exécuté son obligation. (Ph), Malaurie. Laurent Aynès: les obligations, 2^{ème} Edi. Op.cit. p 252.

⁴ Christian Larroumet Droit civil t3, p.316-317.

⁵ Ibid. p.318.

لا جرم أنّ البحث عن التوازن العقدي جعل اتجاه القضاء الفرنسي¹ يرى أنّ التفاوت الباهظ بين الأداءات المتقابلة قرينة على وجود التدليس، كما يعتبر أيضا الأفعال التدليسية تسمح بترتيب الجزاء على بعض الغلط مثل الغلط في القيمة وفي بعض الأحيان حتى الغلط الذي لا يمس الصفة الجوهرية².

فإذا كان الغلط في القيمة هو اختلال مادي للعقد وكذلك يسمى غبن فإننا نؤكد أنّ القضاء الفرنسي كثيرا ما عالج هذا الاختلال بالتدليس³ بل أكثر من ذلك إذ اعتبر القضاء أنّ جزاء التعويض في التدليس يُعتبر بمثابة إعادة التوازن للعقد الذي اختل توازنه بمناسبة التدليس إذا دفع المتعاقد ثمن ويصبح حل أمثل للمتعاقد برغب في العقد ذلك أنّ هذا الحل لا يمنحه له الغلط فالإبطال حل جاف⁴ مقابل لفكرة استمرار العقود فالتوازن العقدي أُعْمِل اعتمادا على عيب الرضا وعلى المسؤولية التقصيرية، يتضح أنّ فكرتي الغلط والتدليس لها علاقة مباشرة ببناء العقد المتوازن ومما لا شك فيه أنّ الشخص الذي يتعاقد تحت وطأة ظروف صعبة وهو مكره يؤدي حتما إلى اختلال في التوازن فما مدى اتساع دائرة الإكراه لفكرة التوازن العقدي؟.

المطلب الثالث: الإكراه

الحياة لا تخلو من ضغوطات مختلفة ودائمة، كما أنّ الرضا لا يشترط فيه أن يكون سليم بالتمام، وأن تكون الإرادة حرة على الإطلاق، فهذا تفكير مجرد ولكن ما يُعتدّ به هو

¹ بتفصيل أكثر، هائل حزام ميهوب العمري، المرجع السابق، ص 135.

V. ainsi, par exemple, Cass. civ. 3, 2 octobre 1974, Bull. N°330, Grands arrêts, N°150 : l'erreur provoquée par le dol peut être prise en considération, même si elle ne porte pas sur la substance de la chose qui fait l'objet du contrat : civ. 1er 13 févr. 1967, Bull. N°58, réponse similaire à un moyen contestant le caractère déterminant d'une erreur qui ne portait que sur le prix : Paris, 30 juin 1992, Bulletin 1992 § 356. P. 1096 : 22 janv. 1953. 136 : JCP 1953, II, 7435, n. j. m. in Gaël Chantepie ; Op.cit. p 148.

² Gaël Chantepie ; Op.cit. p 148.

³ Christian Larroumet, op.cit. p.323.

⁴ Ibid. p.324

الإكراه غير المشروع الذي يولد الرهبة كما جاء في المادة 88 من القانون المدني الجزائري، فهذا الإكراه المنافي للسلوك الحسن والذي يولد الرهبة تدفع المتعاقد دفعاً الى إبرام العقد ظالم بسبب إكراه ظالم، فالمادة 88 جاءت تحمي رضا المتعاقد بغض النظر عن توازن العقد من عدمه.

لكن بعض الفقه يرى في نظرية الإكراه حماية للتوازن العقدي ذلك أن الاجتهاد القضائي الفرنسي توسع في مجال الإكراه ليقوم التوازن المادي للعقد معتمداً على نظرية الإكراه المعنوي في ظل غياب نص يعالج التفاوت الباهض والالتزام الفاحش في الاداءات المتقابلة¹، ويجدر بنا القول أن الإكراه يجعل من أطراف التعاقد في وضع غير متكافئ لإبرام عقد عادل وبالتالي يختل توازن العقد في حرية الإرادة المنشئة للالتزام وقد يؤدي هذا الى الاختلال المادي للعقد، إذ أن الإنسان يتعاقد دائماً بدافع الحاجة الى عقد ويضحي بجزء من ماله بدافع ضرورة التعاقد فهل الضرورة يشملها الإكراه؟! إن نصوص الإكراه 88 و 89 واضحة إذ تتطلب رهبة بيّنة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، يعني أن ينتزع الرضا عنوة من طرف المتعاقد الآخر كما يكون الإكراه معنوي متى أدى الى الضغط على احد أطراف التعاقد من أجل إبرام العقد ذلك أن الإكراه في القانون الإنجليزي ضغط غير مشروع يفسد إرادة المتعاقد ويحمله على إبرام عقد ما كان ليبرمه لو كانت الإرادة صحيحة² ولم يشترط القانون الإنجليزي أن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به كما أن القانون يُعَدُّ الآذي، أو ما يعبر عنه بالتأثير غير المشروع (undue influence) بحكم الاكراه وهي أيضا نظرية الاستهواء والتسلط (الفرع الثاني) حيث

¹ Osman Fattouh el Bassouni, **la lésion en droit comparé (Français, anglais, allemand)** thèse, 1943 Strasbourg, p 82.

² جليل الساعدي، العنصر النفسي في العقد دراسة قانونية، الإكراه (duress)، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مجلد 27، 2012، ص 89.

أنَّ العقد بمقتضاه يكون قابلاً للإبطال حتي يقدم شخص على التعاقد وهو يتمتع بالإرادة السليمة وبالحرية المكفولة له قانوناً، بخلاف التصور الحديث للإكراه (الفرع الأول) الذي يعتدّ به بمجرد أن يستفيد المتعاقد من الظروف المهيأة للإكراه ولو لو يساهم في ايجادها كالإكراه الاقتصادي.

الفرع الأول: الإكراه وفق التصور الحديث هو اخلال في توازن العقد

إنَّ التصور الحديث للإكراه يرى أنّه إذا أدّت الاستفادة من الوضع السيء للمتعاقد الى شروط مجحفة تضمّنّها العقد¹ أي اختلال موضوعي مفرط بين أداءات الأطراف والتي لا يمكن قبولها في ظروف عادية فإنّ رضا التعاقد فاسد بسبب الإكراه وبالتالي فحماية التوازن العقدي بحماية الرضا آلية من آليات التوازن وهذا الإكراه الخارجي هو حالة الضرورة هي نوع من الإكراه الاقتصادي وذهب أغلب الفقه² الى أنّ نص المادة 89 من القانون المدني الجزائري يمكن تأويلها على أنّ المشرع يقصد كل إكراه سواء من المتعاقد أو هيئته ظروف خارجية أدّت الى عدم التوازن بين الاداءات ويرى "علي فيلالي" أنّ المشرع الجزائري يعتدّ في حالة الضرورة في مجال الاستغاثة البحرية والتي هي تطبيق من تطبيقات الغبن أي حالة من حالات اختلال التوازن الموضوعي للعقد مما يؤكد أنّ الإكراه وفق المفهوم الحديث أداة من أدوات معالجة اختلال التوازن، وكون الإكراه الاقتصادي قوامه اختلال التوازن العقدي لأنّه يقوم على مميزات تجعله يمسّ بالتوازن العقدي مباشرة فليس كل ضغط أو تهديد إكراه بل يجب أن تتوفر فيه

¹ هذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 194، 195.

² محمد حسنين (الوجيز في الالتزامات) محمد صبري السعدي (الالتزامات) Viallard Antoine وعلي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 196، 197.

خصائص أن يكون الإكراه غير مشروع (أولاً)، وأن يؤدي الإكراه الاقتصادي الى اختلال في موضوع العقد (ثانياً).

أولاً: الإكراه غير المشروع

لقبول الإكراه الاقتصادي يجب وضروري أن يكون الإكراه غير عادل أي غير مشروع وهذا ما اتجهت اليه محكمة النقض الفرنسية إذ اعتبرت التهديد بالإلغاء القصري للمورد استبعاد صاحب حق الامتياز للسيارات من شبكة التوزيع، والذي اضطر تحت التهديد ليس اكرها نظرا لعدم إمكانية إثبات عدم مشروعية التهديد¹، ونفس الاتجاه في الشرط احتكار التوريد وعدم المنافسة لمدة خمس سنوات كمقابل للبيع لسلعة فرأت محكمة النقض أن هذه الشروط ليس فيها إكراه ذلك أن فعله لم يكن تمييزاً والقضاء في بحثه عن الإكراه نظر الى جانب الدائن أي الطرف الذي اشترط، حيث اعتبر سلوك هذا المتعاقد القوي ينتفي فيه الإكراه وإن الغاء هذا الشرط يمثل خسارة لرقم مبيعاته وأنه لم يفرض شروطاً تمييزية².

ثانياً: الإكراه الاقتصادي الذي يُخلّ بموضوع العقد

يعتبر اكرها الاستفادة من وضع التبعية الاقتصادية والذي يتم بغرض الحصول على فائدة أو مغنم من جراء الخشية من أذى أو ضرر يهدد المصالح المشروعة للشخص بشكل مباشر كما تعلّق الامر بعقد تنازل عن حقوق المؤلف من طرف سيدة تعمل في دار النشر كانت قد ألّفت قاموساً للأطفال إذ تنازلت على حقوق المؤلف لصاحب دار النشر تحت تأثير التهديد بالفصل من العمل فرأت محكمة النقض الفرنسي أن رفض العاملة التنازل عن حقوق

¹ Cass, com, 20 fév, 1980, Bull, civ IV n°212

في أحمد محمد الرفاعي، الإكراه الاقتصادي، دار النهضة العربية 2006، ص 16

² Cass. N°21 fév. 1995, J.C.P. éd E. 1996. 523.2. P Mousseron. RTD civ 1996, p 391, obs. J. Mester.

في احمد محمد الرفاعي، المرجع السابقة، ص 17.

التأليف في شأنه إضعاف وضعها بالضرورة وذلك بالنظر للخطر المتمثل في تعرضها الحقيقي والجاد للفصل من العمل وعدم اعتبار محكمة الاستئناف ذلك إكراها «فهو بذلك لم تُعط أساساً لحكمها حينما تتحقق من أنه في أثناء تنازل العاملة كانت هي نفسها مهددة من خطر التسريح وبالتالي رب العمل يتحصّل على مغنم أي فائدة من الخشية *la crainte* من تعرضها لأذى يهدد مصالحها المشروعة بشكل مباشر»¹.

إنّ القرار يؤسس الى مفهوم حديث وتصور جديد لمفهوم الإكراه الوارد سواء في نصوص القانون الفرنسي الوارد في المادة 1112 م.ف. وما يقابلها في القانون المدني الجزائري المادة 88، 98، عن طريق دمج مفهوم التعسف للتبعية الاقتصادية في الإكراه، وهذا التوسع في الإكراه يمكن إسقاطه على الفقرة الثانية من المادة 88 «وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال».

تساهم الظروف الاقتصادية الحرجة التي يجد فيها أحد الأطراف نفسه في علاقته مع الطرف الآخر وضع لم يكن بمنأى عن العناصر المكونة للإكراه والتي تتم بقصد إبرام عقد يكون من الناحية الذاتية والموضوعية مختل من جانب الضحية الذي يعاني من تبعية اقتصادية وأحياناً قانونية للطرف الآخر.

ولا شكّ أن مفهوم المادة 88 فقرة 2 يتسع لإدخال التبعية الاقتصادية ضمن الإكراه فالصيغة التي وردت في الفقرة السالفة عامة من شأنها أن تسمح باحتواء هذا المفهوم الجديد للإكراه الذي هو من صنيع القضاء الفرنسي، إذ يعتبر من الإكراه أن يستخدم أحد الأطراف

¹ Communication commerce électronique, n°6, juin 2002 com. n°89, p 35 et Ph. Stoffer, monch R.T.D, civ. 2002, n°3, pp 502-503, note, J. Mester, B. Foges, **droit et patrimoine**, n°107 septembre 2002, pp 26-30, note Loiseau.17 في احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص

نفوذه الاقتصادي إزاء حالة التبعية الاقتصادية للآخر¹ وهذا هو مفهوم استغلال التبعية الاقتصادية، ونلاحظ أنّ هذا الأمر محسوم بالنسبة للأنظمة التي تأخذ بنظرية الاستغلال في الشق المتعلق باستغلال الحاجة أو الضائقة أو حالة الضعف بشكل عام.

نشير الى أنّ القضاء الفرنسي في ضوء عدم وجود نص يعالج به اختلال التوازن العقدي إثر الاستفادة من ظروف الضعف، ظلّ يلحّ في رفض إدخال مفهوم استغلال التبعية الاقتصادية في مفهوم الإكراه ولم يجد مخرجاً من بقاءه في موقفه حيث بدأ يُطوّر في موقفه ببطء نحو ادماج الإكراه الاقتصادي في مفهوم الإكراه كما هو الحال في حكم نقض مدني 20 ماي 1980 ففي قضاء الاستئناف أبطلت الشروط الواردة في العقد، لأنّ الموزع كان قد وقع عليها لأنّه كان تحت ضغط قد خوّل له نفوذه الاقتصادي خشية وقوع من الإكراه له إلا أنّ محكمة النقض ألغت الحكم قائلة إنّ محكمة الاستئناف لم تأسس ولم تبرر حكمها عندما ألغت الحكم قائلة أنّ ذلك لوجود عناصر وخصائص الإكراه من دون أن توضح ما هو وجه اعتبار تصرفات الشركة غير المشروعة²، أمّا محكمة النقض فنظرت الى هذه الالتزامات التي ارتبطت بها الأشخاص المعنوية والتي خضعت إحداها للآخر على أنّها اتفاقات مشروعة تلك الاتفاقات التي اتصفت بعدم حصول أحد أطرافها على فائدة أو ميزة بشكل فادح وهو ما لا يمكن تفسيره إلا بالخشية la crainte أو الإكراه الواقع على هذا الطرف وهو أمر ظالم من مؤرّد أو مؤرّع قوي أو ذو نفوذ.

¹ Curillmon Precite, n°08, p 2114.

في أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 19.

² Cass. Civ. 20 Mai 1980. Bull. Civ. IV. N° 212.

وانظر أيضا

Cass. Com. 21 janv. 1995. Bull. Civ. IV. N° 50 et RTD. Civ. 1996. P 39.

ينبّه هذا التعليل الى ضرورة أنّ تُرتّب هذه الخشية اختلال بين الأداءات المتقابلة وإلا فلا يعتد بمجرد أنّ أحد الأطراف العلاقة العقدية اقوى اقتصاديا، ويؤيد جانبا من الفقه موقف قضاة النقض الفرنسي، فلا يمكن عقاب ميزة السيطرة الاقتصادية والتفوق لأحد اطراف العلاقة العقدية فاختلال التوازن الذاتي الاقتصادي بين المتعاقدين كون أحد أطراف التعاقد متفوق ومسيطر اقتصاديا لا يعد إكراها، فالخشية والخوف أمر ضروري في عالم الأعمال ولا يعد سببا لبطلان الاتفاق¹، وإن لم يكن الامر كذلك فذلك يعني تحريم العلاقات بين المختلفين وغير المتساوين وهذا أمر غير واقعي.

إنّ ما يعتبر إكراها وفق التصور الحديث هو الإكراه المؤدي الى اختلال التوازن بين أداءات الأطراف أي عندما يكون هناك مساس بالتوازن الاقتصادي للعقد بشكل صادم، وهذا ما أكدّه الاتجاه القضائي والفقهني حيث يرى هذا الأخير أنّ الحصول على فائدة ومغرم من وراء وضع غير ملائم يُعدّ أمرا غير مشروع².

إلا أنّنا نرجع مع بعض الفقه أنّ حالة الضرورة أو الإكراه الناشئ عن الظروف بمثابة استغلال وليس إكراها³ ذلك أنّ حالة الضرورة استفادة واستغلال للظروف المحيطة للحصول على مقابل مبالغ فيه وتقترن حالة الضرورة بالتبعية الاقتصادية كما قضت بذلك محكمة Aix-en Provence⁴ بوجود حالة ضرورة وتبعية اقتصادية مساوية للإكراه المعنوي الذي يشكل عيبا في الرضا.

¹ Jean-Pascal Chazal: **de la puissance économique en droit des obligations** thèse Grenoble II 1996, n°633.

Jean-Pascal Chazal: **la contrainte économique: violence ou lésion?**, D. 2000, P 879

في احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 21.

² احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 21.

³ أنظر تفصيل أكثر في: Christian Laraumet, Op.cit. p329

«En réalité l'exploitation par une partie de la nécessité dans laquelle se trouve l'autre partie de conclure le contrat ne relève pas de la violence mais plutôt de la lésion»

⁴ CA-AIX-EN- provence; 19 fév. 1988, RTD ou 1989, p 535, obs. J. Mester

يبدو أنّ موقف القضاء واضح حيث أن يسعى الى تحقيق التوازن ولا يركز كثيرا على سبب ذلك ففسّر أنّ الظروف المحيطة يجب أن تؤدي الى اختلال فاضح فقد أكدّ القضاء أنّ الالتزامات الناشئة تحت تأثير الخشية من حالة الضرورة أي الظروف التي وجد فيها المتعاقد لا تعدّ إكراها في حد ذاتها ما لم تقترن باستغلال الطرف الآخر لهذه الظروف للحصول على التزامات باهضة، فالقصد كما هو واضح حماية توازن العقد، كما يجمع الفقه والقضاء على أنّ حالة الضرورة ليست وحدها سببا في إبطال العقد ما لم تقترن باختلال في التوازن بين الأداءات ذلك أنّ المشكل الرئيسي يكمن في الاختلال في مثل هذا الاتفاق¹.

وما يؤكد هذا التصور أنّه قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 ماي 2000 الذي يعتبر «الخشية الاقتصادية»² ترتبط بالإكراه وليس بالغبن» هذا القرار فتح المجال لمعاقبة الإكراه الاقتصادي وفق القواعد العامة ومنذ قرار صادر في 3 أفريل 2002 قدم القضاء تعريف واضح لوضعية التبعية الاقتصادية والاستفادة من الخشية من الاذى الذي يمس مباشرة المصالح المشروعة للشخص.

ولقد توسّع القضاء الفرنسي بجرأة غير عادية كما يرى "لوي لوكا" في فكرة الإكراه وذلك لإبطال العقود التي يتم تكوينها تحت ضغط الظروف وهذا الحل استجابة للضرورة العملية³.

أمّا الشكل الجديد الإجبار أو الإكراه هو الإكراه الاقتصادي فعند وضع النصوص المتعلقة بالإكراه لم تكن المعطيات الاقتصادية الحالية قد فرضت على العلاقات التعاقدية سلوكات يتميز فيها الأقوى اقتصاديا وصاحب النفوذ على فرض شروط ومزايا يُجبر من خلالها الطرف

¹ «La violence, pas plus que la lésion, ne permettent à elles seules de sanctionner les hypothèses d'état de nécessité, le problème principal se trouve dans le déséquilibre de telles conventions» in Gaël Chantepie, Op.cit. p.165.

² «La contrainte économique se rattache à la violence et non à lésion» Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, Bull. N°169, cont. Cons. 2000 N°142. Obs. Leveneur. D. 2000. 879. N. Chazal, Ibid. 2001. 1140. Obs. (D), Mazeoud, Defrénois 2000. Art. 37237, p.1124. N68...) in Gaël Chantepie, Op.cit. p.435.

³ لوي لوكا، الغبن والعقد، رسالة دكتوراه، 1926، في توفيق حسن فرج المرجع السابق، ص 133.

الآخر الى القبول مضطرا وخصائص الإكراه الاقتصادي هي أن تكون الخشية من النفوذ الاقتصادي كلما كان هذا حصول المتعاقد ذو النفوذ الاقتصادي على ميزة فاحشة¹.

الفرع الثاني: نظرية الاستهواء والتسلط

يقصد بالاستهواء والتسلط هو الوصف الذي من شأنه استغلال الواهيين والموصين وواحي بهذا كل من الفقه والقضاء الفرنسي ويعتبر هذا نوع من الإكراه المعنوي، ويرى الأستاذ عبد الحي حجازي أنّ الاستغلال في التبرعات يسمى لدى الفقه الفرنسي استهواء وإيحاء²، وهذه الفكرة ذات مصطلح فني تستخدم في وصف الاعمال التي من شأنها التأثير على الإرادة الواهب والموصي فعبارة الاستهواء (suggestion) تعني الإيحاء، الذي يقع من شخص لآخر أمّا عبارة التسلط أو التأثير غير المشروع على الإرادة (captation) فهي تستعمل عندما يلجأ الشخص الى التأثير المعنوي وتكون عادة عندما كون في خشية الادبية والنفوذ المعنوي والاستفادة من الوضع المحيط بالمتعاقد قصد الحصول على تبرع من طرف الى آخر بوسائل غير مشروعة وينصرف على الهبات بين الإحياء³ إنّ إبطال التصرف سواء كان هبة أو وصية في القانون الفرنسي يكون للتأثير وسوء الاستفادة الذي يقع تحت تأثيرها الموصي أو المتبرع، والأمثلة المتكررة في هذا الشأن هو تأثير رجل الدين على مريضة عندما تحضرها الوفاة للتصرف للكنيسة، كذلك تأثير الزوجة الشابة على زوجها المتقدم في السن إذ اعتبر القضاء الفرنسي أنّ هذا التأثير والاستهواء كافيان لإلغاء هذه التصرفات، يبدو لنا واضحا أنّ هذه

¹ Communication, commerce électronique, n° 6, juin 2002, Commentaires, n° 89, p. 35 36, note Philippe STOFFEL-MUNCK, RTD civil, 2002, n° 3, p. 502 503, note J. MESTRE et B. FAGES, Droit et patrimoine, n° 107, septembre 2002, p. 26-30, note G. LOISEAU.

² عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفق القانون الكويتي، دراسة مقارنة، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، (العقد والارادة المنفردة)، المجلد الأول، 1982، ص 1067، أنظر أيضا العربي بلحاج، المرجع السابق.

³ Remi Bidon, **de la suggestion et de la captation comme cause de nullité dans les testaments**, the paris 1924 Perhand de la captation des testaments the paris 1930.

في هائل حزام ميهوب العماري، الغبن الناتج عن الاستغلال، رسالة دكتوراه جامعية، أسيوط، 2008، ص 232.

النظرية معالمها يشملها نظم الاستغلال، بالرغم من أنَّ القضاء الفرنسي ساقها الى نظم الاكراه، إنَّ نظرية الاستغلال تغني عن هذه النظرية، واستعان القضاء الفرنسي بها لغياب نص عام يعالج عدم التوازن الباهظ بين الاداءات، كما فرّق بين الضغط الذي هيأته الظروف مصادفة والمتعاقد لا يد له فيها، وبين مفهوم الإكراه التقليدي أي صدور الإكراه من المتعاقد أو من الغير ويكون داخل دائرة التعاقد.

طبعاً يقع على المكروه عبئ اثبات أنَّ المتعاقد كان عالماً أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الاكراه، ويعتدّ بالإكراه ليمتد لكل ضغط سواء معنوي¹ أو خارج عن المتعاقد معه لإعمال التوازن بين الأداءات المفقودة أو لإنقاص من الالتزامات الباهظة للمتعاقد الضحية فهذا الإكراه ذو طابع خاص ذلك أنَّ الضغط قد يكون صادر من حادثة طبيعية أو ظروف يمر بها الشخص وبمناسبة الضغط الناشئ من الظروف فكل ما يقوم به إنَّ المتعاقد يستفيد من الوضع الذي لم يساهم في إيجاد ليتحصل على فائدة كبيرة ومن امثلة التي أوردها الفقه المسافر الذي اعتقله قاطعوا الطريق فوعد تحت تأثير الخوف مبلغ كبير الى عابر سبيل ليخلصه من أيديهم² والعامل الذي يقبل أجراً ضئيلاً جداً بالمقارنة الى الاجر لعادي ويكون قبوله تحت تأثير التهديد بالجوع والحاجة للذين وُجد فيها والأم التي ترى ابنها يغرق فتعد بمبلغ باهظ لإنقاذه العنصر الذي يظهر هنا إكراه اوجدته الظروف.

فالمستقر عليه أن الاكراه معنوي خشية أدبية أو استهواء أو تسلط أي معنوي فإن المفهوم الحديث للإكراه يجعل من هذه النظرية أداة لتحقيق التوازن.

¹ «La jurisprudence a entendu le champ d'application grâce à sa théorie morale, cette théorie ingénieuse permet de rétablir l'équilibre entre les présentation et de réduire les engagements excessifs par l'un des contractant» Osman F. El Bassouni, Op.cit. p.75.

² بوتيبة، الالتزامات فقرة 24 في: توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1966، ص 133.

فمن المفيد اعتبار الافادة من الخطر لحمل المتعاقد على ابرام العقد صورة من صور الاكراه¹.

وطالما كانت نظرية عيوب الرضا حماية إضافية الى تحقيق العدالة في ظل حرية المتعاقد وتوح بإمكانية علاج اختلال التوازن الناشئ عن رضا فاسد².

ونرجح أنّ نظرية عيوب الرضا تعالج التوازن الموضوعي للعقد كما تعالج التوازن الذاتي للمتعاقدین.

إنّ نظرية عيوب الرضا ما هي إلا وسيلة تدفع الى احترام العدالة التعاقدية بحيث يتلقى كل طرف مكافئ ما قدم من التزامات وهي وسيلة تدخّل بها المشرع في إطار حماية التوازن والعدالة العقدية وتصب في نفس الهدف الذي تدخل به المشرع في إطار النظام العام الحمائي³.

¹ بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، دار الهومة، الجزائر، 2014، ص 459-458.

² Ghestin, **traité de droit civil, la formation du contrat**, op.cit., p.282

³ Victoire Lasbordes, Op.cit. p.93. voir aussi Christian Larrommet, op.cit. p.329.

الفصل الثاني

التوازن الموضوعي استثناء

الفصل الثاني: التوازن الموضوعي استثناء

أصبح من الضروري إيجاد نوع من الانسجام بين الحماية الذاتية للمتعاقد في سبيل تحقيق توازن منطقي بين أطراف التعاقد من حيث السلامة النفسية والذهنية والتوازن الموضوعي بين الأداءات المتقابلة لأطراف التعاقد، والثابت أنّ الحماية الذاتية للمتعاقدين تحقيقاً للتوازن لم تعد كافية¹، ممّا جعل تعدد كفاءات تحقيق التوازن وتفعيل مختلف الآليات لتحقيق التوازن العقدي تتميز بمعايير متعددة² أمر ضروري ممّا يسمح بمعالجة اختلال التوازن من مختلف أوجه العلاقة العقدية فالعدالة العقدية تقتضي البحث في توازن بين الأداءات المتبادلة بين المتعاقدين³ يرى "فيسستان" أنّ العدالة التبادلية والتصحيحية لها دورٌ فعّال في المجال التعاقدية فهي تضمن المحافظة على توازن الحقوق والذمم المالية للأطراف ويكمن التوازن في السماح بمراقبة قيمة الأداءات المتقابلة⁴.

هذا التدخل الاستثنائي والملتامي من المشرّع في موضوع العقد باعتماد الغبن (مبحث الأول) بإصلاح ما يشوب العقد من اختلال في التوازن هو بدافع المحافظة على أطراف التعاقد من الحيف والجور ونوعاً من الحماية المسبقة يُدخل في اذهان المتعاقدين أنّ أيّ عقد مختل معرض لإعادة توازن يجعل من الأطراف تتفادى ما يؤدي إلى عدم استمرارية العقد لأنّ من مصلحة المتعاقدين بقاء العقد سارياً.

وخرج المشرّع الجزائري بتصوّر جديد وخالف التصوّر الفرنسي واعتنق نظرية الاستغلال

(المبحث الثاني).

¹ انظر ما مرّ بنا في الفصل الأول من الباب الأول.

² انظر بتفصيل أكثر: الباب الثاني من هذا البحث.

³ Victoire Lasbordes, Tome1. Op.cit. p. 92.

⁴ Ibid. P.161.

إذ من الثابت أنه لا يمكن التضحية بمسألة توازن العقدي والذي هو مطلب العدالة العقدية أمام الحاجة الملحة والمستمرة لإفلات حالات الاختلال من إعادة التوازن فكان الاتجاه إلى نظرية السبب من الحلول التي ساهمت في تحقيق التوازن المفقود (المبحث الثالث) كضرورة حتمية لجعل وسيلة لتوفيق بين المصالح المتعارضة والمتضاربة أحيانا أخرى.

من جهة أخرى بانّت القوة الاجتماعية تمثل ضغط مستمر لتخفيف من وطأة هذه المبادئ التقليدية على العقد لما تتطلبه العدالة العقدية لجعله يتلاءم مع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية المستمرة في التطور هذا ما جعل المشرّع الجزائري يعتدّ بنظرية الإذعان (المبحث الرابع) مخالفا مرة أخرى توجه القانون الفرنسي متّجها نحو تحقيق التوازن بتصور موضوعي.

المبحث الأول: الغبن استثناءات محدّدة لكنها متنامية

يظل الغبن المظهر الأمثل والوحيد لمسألة التفاوت المادي بين الأداءات، بل هو المشكلة المسماة اختلال التوازن العقدي، ولم يخطأ الفقيه ريبير Ripert عندما قال: «مما لا شك فيه أنّ مسألة الغبن من المسائل الخطيرة التي تثيرها روابط القانون والأخلاق في العقد، إنّها أيضا من أكثر الوسائل المعروفة بل ومن المحتمل أن تكون أكثرها استعصاء عل الحل»¹ فبحوث الغبن وما يتعلق بأحكامه من أقوى ما وجد في القانون² لأنّ الغبن يدخل في جوهر العلاقة التعاقدية وهو يعكس الصراع الدائم والمستمر بين المصالح ومنافع لأطراف العلاقة العقدية،

¹ G, Ripert, **la règle morale dans les obligations civiles** u Ed 1944, p. 6.

² G. CHANTEPIE, **la lésion** th, LGDJ, 2006 préf. G. Viney – D. BERTHIAU, **le principe d'égalité et le droit civil des contrats**, th. LGDJ, 1999, préf. J. –L. Souriaux. –Fr. CHENEDE, **Les commutations en droit privé contribution à la théorie générale des obligations**, th. Economica, 2008, préf. A. Ghozi. – ph JOUARY, **contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats**, th. Paris I, 2002. – DEMONTES, **De la lésion dans les contrats entre majeurs**, th. Paris, 1924 ; **Le fondement juridique de la lésion**, Rev. crit. Légis. Et jurispr. 1924, p 37 et s. et p 161 et s ; **Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats**, in **études Capitant**, 1939, p. 171 et s. – J. MAURY, **Essai sur le rôle de la notion d'équivalence**, th Toulouse, 1920. –Dijol, **Nullité des contrats lésionnaires**, th. Montpellier, 1920. –P. LOUIS-LUCAS, **Lésion et contrat**, 1926. – ANDRONESCO, **L'inégalité des prestations dans le contrat**, th. Paris 1922. –M. DALEM, **L'extension de la notion de lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaine**, th. Paris. 1937. –Valmont, **La lésion**, th. Paris, 1939. –M.-A. Perrot-Morel **De l'équivalence des prestations dans la conclusion d'un contrat**, th. Lyon, 1961. – H. de MESMAY, **La nature juridique de la lésion en droit civil français**, th. Paris II, 1980. –D. RANDOUX, **Le « juste prix », Le des biens et des services dans les relations individuelles et commerciales. Contribution à l'étude de la théorie du juste prix dans le droit français des obligations**, th. Lille II, 1973. –J.J. ANVILE **la lésion dans la vente d'immeubles**. Th. Nancy II, 1991. –Deprez, **la lésion dans les contrats aléatoires**, RTD civ. 1955, p. 1 et s. – D. MAZEAUD. **Encycl. Dalloz. Rép. dr. civ. V°. Lésion**, 2007. – Fr. COLLART-DUTILLEUL, **juris classeur civil Code**, Art. 1118,2004. – G. Ripert, **La régle morale**, 4^e Ed. 1949, 61 et s. –JOSSERAND, **Les mobiles dans les actes juridiques privés**, 1928, n°91 –HAYEM. **L'idée de lésion dans les contrats entre majeurs**, th Paris, 1899. –TARDE, **L'idée de juste prix**, th. Paris, 1906. –COULAZOU **L'injustice usuraire**, th. Montpellier, 1924. – GERLIER. **Des stipulations usuraires dans le contrat de travail**, th. Paris. 1907. – JEZE, **La lésion comme vice du consentement en droit public**. Rev. Dr. Public 1922, p 444. –Adde : en **droit compare, Principes. Définitions and Model Rules of European Privat Law**, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, par le Study Group on a euro-pean commom Code et le Research Croup EC Private Law (Acquis Group) ed. Par Chr. VON BAR et ERIC CLIVE, Sellier, 2009, p. 513 et s. **Lésion**. – PROCA, **Essai sur la lésion d'après les données de la jurisprudence allemande**, th. Paris, 1931. – A. RIEG, **Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand**, th. Strasbourg, LGDJ, 1961, préf. R. Perrot, p 181 et s. –G. TRUDEL, **lésion et contrat** Montréal. 1965. OSSIPOV, **De la lésion. Etude de droit comparé**, th. Lausanne, 1940. –El BASSOUNI **La lésion en droit comparé**, th. Strasbourg th. Strasbourg, 1942. – R. de la GRASSERIE, **L'inégalité dans les contrats en droit comparé**, th. Strasbourg Bull. soc. légis. comp. 1911, p. 482. – A. MRABTI, **Contribution d l'étude critique de la notion de lésion**, th. Paris II, 1986.

والغبين في حدّ ذاته هو الهدف المطارد عبر الأزمان من طرف رجال القانون والدين معاً.

وتحديد تعريف الغبن (المطلب الأول) له دور في تحديد غرض الحماية المرجوة منه، كما أنّ استبعاد هذه الآلية من تحقيق التكافؤ بين الاداءات التعاقدية يجب أن يكون له مبرر (المطلب الثاني)، وربما استثناءات الغبن بالنصوص القانونية تبرز لنا أحكام النظم (المطلب الثالث) الذي بالرغم من تحديده وتقييده إلا أنّ حالات الغبن في تزايد (المطلب الرابع).

المطلب الأول: تعريف الغبن

لا يختلف اثنان في أنّ مشكلة الغبن تعنى اختلال التوازن العقدي اصطلاحاً والتي عرفت في الفلسفة اليونانية بمصطلح تكافؤ الاداءات، فالغبين هو اختلال في التوازن بين اداءات الأطراف حال قيام للعقد¹، وفي تعريف فقهي آخر أنّ الغبن هو عدم التكافؤ والتعادل بين البدلين في عقود المعاوضات عمّا يخرجها عن مألوف الناس في مبادلاتهم².

إنّ الغبن مفهوم قانوني يصف اختلال التوازن التعاقدية بمعياري موضوعي للنظر في قيمة الأشياء المادية عند عدم التعادل الذي يتحقق به الغبن، أي قيمة الأشياء في حدّ ذاتها بغض النظر عن قيمتها في نظر الراغبين فيها، فهو الخسارة أو الضرر الذي يلحق المتعاقد عند نشأة العقد³.

¹ علي الخفيف، رياض حسين أبو سعيدة، القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن، مجلة الكوفة. مجلد 1، رقم 11، العراق، 2011، ص، 46.

² رياض حسين أبو سعيدة، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ «La lésion concept juridique qui décrit le défaut équitable contractuel synonyme de dommage dans le langage courant, mot lésion désigne en matière contractuel le préjudice subi par l'un des contractants du fait du déséquilibre existant au moment de la formation du contrat entre les prestations respectives des parties» in Laurent. Bruneau, **contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant**, (th), Toulouse, 2005 p.

ويضيف رأي فقهي آخر أنّ الغبن مفهوم قانوني الذي يصف عدم التوازن التعاقدي¹ وهو مرادف للخسارة في اللغة السائدة ومصطلح الغبن يشير في المسائل التعاقدية إلى الضرر الذي يعاني منه أحد المتعاقدين بسبب عدم التوازن القائم وقت تكوين العقد بين أداءات الأطراف المتقابلة، ويؤكد Ghestin أنّ الاختلال يجب أن ينصبّ على الالتزام الرئيس في العقد لا على الشروط الثانوية².

أجمع الفقه أنّ الغبن «هو الضرر الذي يلحقه أحد المتعاقدين المتمثل في عدم التكافؤ أو عدم التساوي في قيمة الأداء التعاقدية وذلك عند نشأة العقد»³ ومن التشريعات التي عرّفت الغبن المادة 214 من قانون الموجبات اللبناني⁴ التي تنصّ على أنّ «الغبن هو انتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض.

هذه التعريفات تبرهن بوضوح أنّ الغبن أداة مباشرة لحماية التوازن العقدي لأنّ تطبيقها يكون في حالة غياب التوازن العقدي⁵.

¹ Simler et lequette, **les obligations** n° 302 h

² Ghestin, T2, 4ed, LGDJ 2013, p 270, 271, 272

³ Elle présente la lésion comme “ préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles ” un D. MAZEUD , **lésion Répertoire civil** 1994 n° 02 ; j, carbonnier, Droit civil, les obligations, T. U 22 Edition, p 104n° 44 j. Ghestin **traite de droit civil la formation du contrat** 3^{eme} Edition n° 706 ; F terre, P. Simber et 4. Lequette, **Droit civil les obligations** 7^{eme} Edition n° 288, A. Benabent, **Droit civil les obligations** 7^{eme} Edition n° 166, ASERIAUX **Droit des obligation** 1^{er} Edition n° 29, p . 104 ; G. MARTY et p. RAYNAUD, Droit CIVIL, **les obligations**, T ; I les sources n° 177, Mj DALEM, **L'EXTENSION de la notion de lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaines**, th. Paris 1937. P. Vo. RMARTY ; **de l'absence partielle de cause de l'obligation et de contrôle dans les contrats à titre onéreux**, th paris, II 1995 n° 151 in L. FIN LANGER, op.cit. , p. 331.

⁴ قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/03/09

⁵ Ces définitions démontrent clairement que la lésion représente un instrument de protection directe de l'équilibre contractuel, puisqu'elles' applique en cas d'absence d'équilibre contractuel' un L, Fin langer, Op.cit. p. 331

إذا كان للغبن هذا الدور في إعادة التوازن للعقد، فإنّ الفكرة بقت استثناء فقط ولم يأخذ بالفكرة إلا في بعض الحالات وذلك له ما يبرّره.

المطلب الثاني: مبررات استبعاد أية رقابة موضوعية لتكافؤ الأداءات

أول ما يثيره استثناء الغبن وخاصة في القانون الجزائري الخاص بالبيع العقاري، القسمة والمقايضة هذا تحديد الغبن في حالات معيّنة فما مبرّره؟ وهل هذه الاستثناءات تتسجم من النسق الفكري للقانون الجزائري؟ خاصة أنّ المشرّع الجزائري يعتمد في نفس الوقت على نظرية الاستغلال المادة 90 ويعالج اختلال التوازن العقدي بالأحكام التي تنظم عقد الإذعان لإعادة التوازن بين الأطراف (110 م.ج.)، ويعالج التوازن عند التنفيذ بنظرية الظروف الطارئة.

فاختلال التوازن اللاحق لنشأة العقد يعالج بنظرية الظروف الطارئة المادة 107 إنّ المشرّع الجزائري في اعتماده الغبن اتّبع القانون الفرنسي فحسب بالرغم من أنّ المشرّع الفرنسي لم يأخذ بالحلول التي اعتمدها المشرّع الجزائري لمعالجة الاختلال بين الأداءات العقدية لأنّ النسق التصوري¹ لمنظومته القانونية، ثمّ الاقتصادية مختلف تماماً وهذا مبرر عدم الأخذ بحلول التوازن (نظرية الاستغلال، نظرية الإذعان الظروف الطارئة)، وتمّ تكريس الاستثناءات لكي تتلاءم مع فلسفته القانونية، بخلاف المشرّع الجزائري الذي احتفظ بما ورثه عن القانون الفرنسي في مجال الغبن وأضاف ما استحدثته الأنظمة التي تعتد بالمساواة الحقيقية لا المجردة وبهذا يكون ذو تصور مزدوج².

¹ L'ordre conceptuel.

² إنّ تصوّر المشرّع الجزائري يأخذ بالتصور الفكري القانوني الفردي حيناً وهو متشعب به عند تحرير القانون المدني، ولا يتأخر في الأخذ بأحدث النصوص الحماية أو الاجتماعية التي تُعنى بالمساواة الحقيقية للأطراف ومعالجة الاختلال الشخصي أو المادي بين أداءات الأطراف.

عُرف الغبن في الفلسفة اليونانية بمصطلح تكافؤ الاداءات والذي اقترن بالعدالة التبادلية (الفرع الأول) أما عند الرومان فلم تزدهر الفكرة إذ كان أمن العقد له الأولوية عن العدالة العقدية (الفرع الثاني)، ثم عرفت الفكرة ازدهار في الفقه الكنسي من خلال أخلقة العلاقة التعاقدية (الفرع الثالث) إلا أن انتقلت الفكرة إلى فقهاء القانون الفرنسي بين مؤيد ومعارض للفكرة (الفرع الرابع) متأثرين بالتصور الروماني تارة والجانب المقابل متأثر بالفكر الكنسي¹، حتى جاءت الثورة الفرنسية وكان انتصار مذهب سلطان الإرادة فأصبح للتوازن تصور مختلف (الفرع الخامس).

الفرع الأول: الغبن والعدالة التبادلية

ترتبط العدالة التبادلية بالتوازن العقدي يرى أرسطو أنّ العدالة ترمي إلى إعطاء كل فرد ما يستحقه والعدالة التبادلية هي أحد مفاهيم العدالة، بالإضافة إلى العدالة التوزيعية (justice distributive)، والتي تتعلق بالرابطة بين الجماعة من جهة والفرد من جهة أخرى، فالمجتمع من خلال الدولة يقوم بتوزيع منافع وخدمات وأعباء على الأفراد باعتبارهم أعضاء المجتمع يستند هذا التوزيع الى مساواة نسبية وليست مساواة مطلقة نظرا لاختلاف الأفراد في الحاجة والكفاءة والمقدرة، أما الصورة الثانية للعدالة² هي فكرة العدالة التبادلية.

التي هي الصورة الواقعية للعدل، وهو يتصل بالعلاقة الفردية حيث يجب أن تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة التامة، ومن ثمة يجب أن يعطي كل ذي حق حقه كما تتضمن

¹ «إنّ العوامل التاريخية تمكنا من فهم الأنظمة القانونية القائمة والتي كثيرا ما تكون وليدة تطور ممتد عبر التاريخ، إنّ معرفة الظروف التي نشأ فيها نظام قانون ما وكذا المراحل المختلفة التي مرّ بها عبر الزمن تساعدنا على الفهم الجيد وتجعل المشرع يستفيد من تجربة الماضي كأن يتجنب الحلول التي ثبت فشلها ويأخذ بتلك التي ثبت نجاحها، ... ولا يمكن القيام بإصلاح وضع قانوني بصفة جدية إلاّ بعد تحليل دقيق لهذا الوضع...» علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع الجزائر 2005، ص. 155 و156.

² علي فيلاي مقدمة في القانون، المرجع السابق ص159.

عدم الأضرار بالغير ولا تقتصر على هذا فحسب بل تهدف إلى إقامة التكافؤ والتوازن بين المصالح المتناقضة على أساس المساواة الحسابية أي المساواة الموضوعية والمساواة كما يراها أرسطو (هي المقارنة بين عمليات التبادل حتى تحدّد بمعيار الوسط وذلك بمقابلة الأداءات ذاتها أو بمقابلة أطراف العلاقة العقدية، نتوصل أنّه لا يمكن أن نتصور أن يكون الأطراف في مساواة أو أنّ الأداءات تكون في مساواة رقمية بل يمكن أن نتوصل إلى توازن أي وسط يحقق الأوضاع التي يستحقها أطراف التعاقد، وبهذا يرى Michel Villey يكون قد أسّس للفكر القانوني الحديث¹، فإذا كان هذا هو تصور الفلسفة اليونانية المؤسسة لفكرة التوازن العقدي ضمن العدالة التبادلية، فما هو تأثيرها على الفكر القانوني التالي لها؟.

الفرع الثاني: استقرار العقد أولى من التوازن العقدي

إنّ فكرة التوازن العقدي عند الرومان لم تعطي أولوية وذلك للنزعة الفردية التي اتّسم بها القانون الروماني فكان يعطي أولوية لاستقرار العقد² فلم يعتدوا بالغبن كسبب لبطلان العقد إلّا في مجالات نادرة فالقانون الروماني يقدس العقد ويقضي بعدم المساس به ذلك أنّ القانون الروماني أنكر أيّ تدخل لإعادة التكافؤ للعقد، واعتبر أنّ ما ارتضاه المتعاقد عند اقدمه على التعاقد يتحمّله بكل حرية، وحماية التوازن العقدي الذي اعترف به استثناءً في بيع العقار المملوك للقاصر لا اعتبار القاصر ضعيف يجب حمايته في بيوع ذات أهمية كبيرة والمتعلقة بالعقارات، أمّا عن دوافع التي من أجلها قرّر القانون الروماني حماية بائعي العقارات وكذا

¹ Michel villey, **La formation de la pensée juridique moderne**, coll. «léviathan», puf. 2003, p.81. In Gaël Chantepie, **la lésion**, op.cit. p.33.

² C'est un droit pragmatique individualiste et qui recherche avant tout la sécurité juridique in L. fin : langer p.58

ناقصي الأهلية، فذلك لأن فكرة الغبن في أساسها قد ظهرت لحماية المتعاقد الضعيف من الناحية الاقتصادية ضدّ استغلال الأقوياء¹.

إنّ فكرة الغبن تمّ إقرارها وبصفة استثنائية في القانون الروماني منذ عهد الامبراطور ديوكليان وكذلك في عهد الامبراطور ماكسيمان ففي عهد هذين الامبراطورين أصبح الغبن سبب لإبطال العقد لصالح الطرف المغبون إذا كان الغبن فاحشا يأخذ بفكرة الغبن في بيع العقار، بشرط أن يزيد الغبن عن نصف قيمة العقار وقت التعاقد وكذلك أجازوا الطعن بالغبن في القسمة²، أمّا أفكار التوازن العقدي فلقد أسس لها بفكرة التكافؤ العقدي ذلك في ظل العهد الكنسي الذي تميز بالصبغة الأخلاقية التي يجب أن تسود العلاقة التعاقدية.

الفرع الثالث: أخلة العلاقة التعاقدية تقتضي تكافؤ الأداءات

إنّ فقهاء القانون الكنسي تشبعوا بروح العدل المطلق وأنشأوا العقود على أساس ديني ومبادئ أخلاقية، قبل أن تقام على أساس قانوني، فالعقد الصحيح هو العقد الذي يقوم على العدل، والعدالة التي تتمثل في التساوي بين الالتزامات المتبادلة والتعادل بين الأداءات³ هي التي تدفع بالقبول بالثمن العادل الذي لا يتحقق إلاّ بتساوي الالتزامات بين المتعاقدين، فحدّدت للسلع أثمانها وللعمل أجره ولقد نادى القديس Saint Thomas D'aquin سانت توماس كويني، بأنّ الالتزامات لا تكون صحيحة عادلة إلاّ حين يعطي كل فرد بقدر ما يأخذ وهذا هو أساس كل تعاليم القديس توماس والذي مهد له الفرصة لإقامة نظرية جديدة في العقود هذه

¹ جمال الدين طه العاقل، الغبن وأثره في العقود في القانون المصري، دار الهدى، 1986، ص. 37، وما يليها.

² السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية العقد)، ص 448.

³ وقد عبّر أحد فقهاء القانون الكنسي عن الروح الذي يجب أن تسود المعاملات بين الأفراد بقوله "ضع نفسك دائما مكان من تعامله وضع من تعامله مكانك، وبذلك تستطيع أن تحكم في الأمر حكما عادلا فأجعل نفسك بائعا إذا اشتريت ومشتريا إذا بعت وبذلك تباع وتشتري بالعدل"، أنظر جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق ص 29 و 30.

الرغبة في إقامة التعادل بين الالتزامات كما ينادي بها القديس توماس لا كويني ماهي إلاّ للقضاء صراحة على كل احتمال للغبن في العقود، تأسس "العدل التبادلي" الذي نادى به القديس توماس على ثلاث قواعد، مبدأ الثمن العادل (أولاً) ومبدأ الأجر العادل (ثانياً) مبدأ تحريم القرض لفائدة (ثالثاً).

أولاً: مبدأ الثمن العادل le just prix

ويعني هذا المبدأ أنّ كل سلعة أو خدمة يجب أن يكون لها في وقت معين وفي سوق معينة ثمن عادل أي مناسب¹ وأنّ تكافؤ الأداءات بين الأفراد ببحث عنه لذاته لا يعتمد عليه على إرادة المتبايعين ولا على رغباتها أو حاجاتها ولا على أيّ شيء آخر بتعلق بالفرد وفكرة الثمن العادل، هي تطبيق لفلسفة العدالة التبادلية الذي يعتبر لتوماس لاكويني أحد مؤسسيها² والثمن العادل يعني المساواة بين الأداءات والذي يبحث عنه في حدّ ذاته أي بصفة موضوعية، أمّا القاعدة القانونية الثانية فهي تحصيل للقاعدة الأولى.

ثانياً: مبدأ الأجر العادل

إنّها تطبيق لمبدأ الثمن العادل (le juste salaire) وهي تعميم لهذه النظرية لتطبيق على نطاق علاقات العمل لأنّ الربا عندهم هو أن يحصل أحد المتعاقدين على منفعة من المتعاقد لآخر بدون مقابل.

¹ جمال الدين طح العاقل، المرجع السابق، 30، كذلك محمود محمد عبد الرحمان المرجع السابق ص 16.

² cette théorie du juste prix représente une application de la philosophie de la justice commutative. Saint Thomas d'Aquin, apparaît comme l'un des pères fondateurs de cette théorie L. Fin langer, Op.cit. ; p. 09

ثالثاً: مبدأ تحريم القرض بفائدة:

إنّ فقهاء القانون الكنسي نادوا بتحريم الربا بكافة صوره وكانت المقولة المشهورة "هو أنّ الربا هو استغلال الغير تحت ستار العقد"، إلا أنّ هذه القواعد أو التطبيقات في حقيقتها إلى فكرة أساسية واحدة وهي فكرة الثمن العادل إنّ الغبن في ظل هذه النظرية التي أدّى إليها مذهب العدل التبادلي هو أنّ الغبن نظرية عامة تطبق على كل العقود يفرق فيها القديس "توماس" بين الأعمال التبرعية وتصرفات العدل les actes de justice لكي يستبعد الطائفة من نطاق تطبيق الغبن فخارج نطاق التبرعات يمكن القول أنّ هذه النظرية تتادي بتطبيق الغبن في كل العقود وبهذا يبدو الغبن في الفقه الكنسي كعيب عام¹.

لكن منذ بداية القرن السادس عشر انتقصت فكرة الغبن وضعفت في القانون الكنسي بسبب ضعف سلطان الكنيسة وازدهار المذهب الفردي وطرحت جانبا المبادئ التي سادت، الفقه الكنسي ذلك أيضاً لأنها تتميز ببعض من المغالاة فالمساواة الحسابية وعدم قبول أي تفاوت من شأنه أن يعطل الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية للعقد.

الفرع الرابع: الغبن (اختلال التوازن العقدي) في الفقه الفرنسي القديم

تأكّد لنا أنّ فكرة الغبن والتي تعنتي بمعالجة اختلال التوازن العقدي لا يمكننا التوصل لها إلاّ بواسطة أعمال الفقيه بوتيه Pothier²، ولقد جاء في كتاب الالتزامات «ينبغي أن

¹ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بيروت، 2002، ص. 20 وما يليها.

² بوتيه Pothier: فقيه كبير خلال القرن السابع عشر له العديد من المؤلفات في الالتزامات، ونظرية العقد، كتاب البيع. «إنّ تتبع فكرة الغبن لدى بوتيه لوضوح الحجج التي يمكن استخلاصها، حيث أنّ تصور بوتيه يقدم لنا خلاصة وافية لحالة القانون في نهاية النظام القديم ولا يقتصر الموضوع على الغبن... ولقد وجد قانون نابليون في دراسات بوتيه أساساً متيناً قام عليه ومنبعثاً غزيراً كان له الفضل الأكبر في تشييد هذا الصرح الذي احتل مكانة الصدارة لقوانين الدول الأخرى والذي استمرّ مفخرة فرنسا ونقلته عنها كثير من الدول لتطبيقه داخل بلادها» في محمود عبد الرحمان محمّد، ص. 20.

تسود العدالة الاتفاقات، وتبعا لذلك ففي العقود التي فيها مصلحة متبادلة للطرفين وحيث يقدم أحد المتعاقدين للآخر شيئا أو يقوم بعمل شيء ليحصل على مقابل كثر من لما أعطى أو لما عمل، يكفي أن يلحق الغبن أحد المتعاقدين وهذا الغبن بذاته كاف لكي يعيب العقد حتى ولو لم يرق الطرف الآخر بأية حيلة ليقع في غلط" ويضيف بوتيه في موضع لاحق (...) ذلك أن العدالة في المعاملات إنما هي المساواة فإذا لم تراعى هذه المساواة وأعطى أحد المتعاقدين أكثر مما أخذ صار العقد معيبا، إذ أنه بذلك ينحرف عن العدالة التي ينبغي أن تسود فيه»¹.

إن تأكيد الصفة المادية للغبن، تأكيد للطابع الجوهري لنوع معين من العقود وهو عقود المعاوضة إذ الأصل في هذه العقود أن كل متعاقد لم يقصد إعطاء ما يعطي إلا نظير الحصول على ما يعادل قيمة ما يعطي، فجوهر هذا النوع من العقود هو المساواة بين التزامات الطرفين في طائفة عقود المعاوضة، ويؤكد بوتيه أنه لا يمكن افتراض التبرع أدعى وجود هبة ينبغي إثبات نية التبرع ولا يمكن القول حسب رأيه أن المتعاقد باع بأقل الثمن الحقيقي عن رضا تام لقد وضع بوتيه Pothier مبدأ عام هو الاعتراف بالغبن كقاعدة عامة للبطلان في كل عقود المعاوضة، إلا أنه يرى أن يقيد هذا المبدأ العام إذا تعلق الأمر بالاستقرار في المعاملات، فبوتيه يرى "وإن كان كل غبن مهما كان مقداره تجعل العقود حائرة وبالتالي معيبة... إلا أنه لا تسمع شكاوى البالغين من الغبن في اتفاقاتهم ما لم يكن هذا الغبن فاحشا والحكمة من ذلك ضمان أمن التجارة وحريتها..." والغبن الفاحش عنده هو الذي يتجاوز نصف الثمن العادل ماعدا القسمة التي تتطلب نوع خاص من التعادل².

¹ بوتيه Pothier كتاب الالتزامات، والفكرة نفسها موجودة في كتاب البيع، جزء 3، ص 372، 373 في توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 103.

² في محمود عبد الرحمن محمد، الإستغلال والغبن في العقود Pothier, les obligations, t. 2, n°34 et 35 in ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، المرجع السابق، ص 10.

وخلافا لما سبق فإنّ الفقيه Domat وخلال القرن السابع عشر فإنّه نظر إلى التوازن العقدي على أساس النظرية الموضوعية لسبب وكان في هذا متأثر بالقانون الروماني.

الفرع الخامس: الغبن وفق تصور مبدأ سلطان الإرادة

في منتصف القرن الثامن عشر وغداة الثورة الفرنسية وتحرير تقنين نابليون تأثر الفكر الاقتصادي بالثور الليبرالية التي عظمت خاصة حرية تنقل الحبوب والمصالح والتجارة والصناعة، وحرية الائتمان، فتكريسا للحرية الاقتصادية نودي بأن قيمة الشيء تتحدد بواسطة حرية المجال أي وفق العرض والطلب وأنّه ليس للمشرع ولا للقاضي أن يحد من هذا ودافع عن التصور المدرسة الفيزيوقراطية¹ Physiocrate فبالنسبة لأحد الفقهاء Turget أن تقدير الثمن المتفق عليه لا يتوقف فقط على حاجة كل طرف مبادل أو مقايض، ولكن بالإضافة إلى ذلك لا مبرر أن يكون نفس الشيء دائما في كلّ مكان²، فقد كان الفكر القانوني بدأ يعالج ما يسمى بصعوبة تحديد ثمن عادل، للاختلاف في تعريف القيمة والسوق، هذه الليبرالية الاقتصادية أيّدت البحوث الفيزيوقراطية وبحث آخر في الاقتصاد السياسي³، أثر هذا الطرح وهؤلاء الفقهاء في وجود مبدأ البطلان للغبن، فبالنسبة لهم أنّ قيمة الأشياء يحددها فقط أطراف

¹ الفيزيوقراطية Physiocrate: المذهب الاقتصادي الذي يعتبر أنّ الزراعة مصدر الثروة الوحيدة، دافع عن هذا المذهب بكتابان قنسان قورناني "Vincent Gournoy" ومعه مجموعة من المؤلفين برئاسته وانظّم إليهم Turgot وتلميذه كوندورس Condorcet.

² ARJ Turgot, Réflexion sur la formation et la distribution des richesses, paru in Ephémérides du citoyen ou Bibliothèque raisonnée des sciences morales et politique 1769, t. XII, p.34-35 cité in Ph. Jouary, la lésion dans le code civil de 1804, Etude sur l'influence du libéralisme économique sur le code civil, droit, 2005 p.111. 112, (252) ph. Joury, précité, p, 114 (253) Ibid. précité, p. 115 in J. Ghestin, Op.cit. p.324.

³ Jean Baptiste Say كان عضو في المحكمة أندا أمّا berlinie والذي كان باحث في الاقتصاد أيضا كان في هيئة مناقشة مشروع تقنين نابليون فكان الخصم الأكثر حدة للأبطال لأجل الغبن واستلهم هذا من رسالة جوان فريديرك ستازينغ Stûnsing والتي نوقشت Jean Frideric في 15 أوت 1706 وكان يرأسها كريستان توماسيس (1566-1728) هؤلاء كانوا محرري قانون نابليون بلائحة طويلة تحت عنوان "الحقوق الطبيعية والأشخاص" لبافندروف (punfndrof) وهذا الطرح يهاجم التخصيص على مبدأ الغبن.

التعاقد بما يلبي حاجتهم ودرجة ندرة الشيء أو وفرته، مع ما يمثله من قيمة خارج هذين الطرفين " الندرة والوفرة"، فذلك ما كانوا يحتجون به في استحالة والتتصيص على الغبن، ذلك أنّ لا اختلال في التوازن العقدي طالما أنّ الثمن المحدّد والمتفق عليه من كلا الطرفين يكون مقارنا بقيمة الشيء المقدرة موضوعيا بذاتها، وأنّ قيمة الشيء العادلة والمتوازنة يقدرها المتعاقدان وليس الغير الذي يكون تقديرهم حكمي يخرج عن مدى الاحتياج، والقيمة التي تمثل للمتعاقد الثمن العادل هو ما يرتضيه "أطراف التعاقد"¹.

إنّ الأخذ بالغبن في حدود الحل العرفي الذي يجعل لأبطال للغبن استثناء يبرر بصعوبة تحديد ثمن متوازن موضوعي خارج عن اتفاق الأطراف²، وهذا يجعل لإرادة الأفراد الحرية التامة في تحديد آثار التصرف، وإرادة الطرفين هي التي تحدد مقدار التوازن في مرحلة إبرام العقد، فالتوازن مصدره إرادة الأطراف فالتركيز ينصب على سلامة الإرادتين دون اهتمام بمضمون العقد إذ أنّ الإرادة لن تكون حرة إذا لم تحتفظ بقوتها وفعاليتها في انشاء الالتزام، إذا تعطلت آثارها، وهذه النظرة مخالفة للأسس التاريخية التي قامت عليها نظرية العقد كما مرّ بنا عند اليونان والكنسيين إذ كانت الأولوية تعطى إلى العدالة التبادلية والتناسب بين الأداءات.

إذ أنّ المذهب الفردي تنكّر للأسس التاريخية التي قامت عليها نظرية العقد بعد منحه لسلطان الإرادة هذا المكان في نشأة العقد ولم يعطي للتوازن الموضوعي للعقد ذلك الاهتمام وكأنّ العقد أداة تبادل إرادتين وليس أداة لتبادل سلع أو خدمات متكافئة!.

¹ Ph. Jouary, précité p. 114 in J. Ghestin, op.cit. p. 324.

² J. Ghestin, op.cit., p. 324

إنّ التوازن التعاقدى يُقَيَّم ويُقدَّر حسب هذا التصور إلى القيمة الذاتية للأداء، ويقترح Chantepie¹، أنه يجب البحث عن طرق لتحديد الثمن وتحديد القيمة خارج المتعاقدين حتى تطغى على العقد خاصية العدل.

لكن يثير هذا الرأي التساؤل عما يضيفي خاصية العدل على البيع بالمزاد العمومي²؟ فمثل هذه البيوع ممنوعة وبصفة حصرية من كل طعن؟ كذلك حالة تقدير الثمن من الغير أي بواسطة خبير³ استثناء هاتين الحالتين من إعادة التوازن ما مبرره؟.

هناك من يرى أنّ هاتين الحالتين محاطتان بضمانات إجرائية قبل وأثناء عملية التعاقد، تُصبغ على الثمن خاصية العدالة، أما رأي آخر فيرى أنّ عمليات تقدير الثمن في البيع بالمزاد العمومي عادة ما يكون بين أطراف ميسورة، وهدف العملية لا ينسجم مع وضع قاعدة لمراجعة العقد بالغبن، كما أنّ تقدير الثمن وغالبا ما يكون من طرف خبير قضائي وهي عملية مكلفة وذاتية مع أنّ الوسائل قد تكون موضوعية، ومراقبة للأداءات بصفة موضوعية في غير محله⁴.

إنّ نظرية الغبن هي نظرية خلق التوازن المادي بين أداءات المتعاقدين وهي جوهر وقوام العلاقة التعاقدية وعند الأخذ بها تخوف منها رجال القانون واختلف بشأنها بين مؤيد ومعارض ومبررات هذا الاختلاف هو أفكار لكل فريق يتشبّث بها إمّا استقرار العقد، أو القوة الملزمة للعقد بما تتسم من حرية تعاقدية، فلم يشفع للنظرية تاريخها وأخذ بها التقنين الفرنسي استثناءً وبتضييق شديد حتى تتناسب مع منظومة القانونية وحذا حذوه المشرع الجزائري فأخذ بنفس الاستثناءات.

¹ Gaël Chantepie, op, cit, p. 368.

² يستثني المشرع الجزائري الطعن في البيوع التي تتم بطريقة المزاد العلني بمقتضى نص المادة 360 ق م.

³ كحالة البيوع الخاصة بالسلطة القضائية تستبعد فيها دعوى الغبن وهذا وفقا للمادة 1684 ق م ف

⁴ G. Chantepie. **La lésion**. Op.cit, p. 368

المطلب الثالث: استثناءات الغبن

بالرغم من أنّ الغبن هو الأداة الأولى لمعالجة التفاوت بين الأداءات فهي وسيلة معالجة الاختلال التوازن العقدي بامتياز سواء كان الغبن مجرد أو مقترن بأيّ نظم آخر إلا أنّ القانون الجزائري متأثراً بنظيره أحياناً نهج نفس الاستثناءات.

فأهمية الفكرة في النظام التعاقدي والجدل الذي تثيره في الفقه المقارن يستدعي المتأمل في المفاهيم القانونية التي تعكس الفكر الاقتصادي والاجتماعي والتي بلورت فكرة الغبن فوضعت كاستثناءات مقننة في بيع العقار (الفرع الأول) وعقد المقايضة (الفرع الثاني) ثم الغبن في القسمة (الفرع الثالث) و (الفرع الرابع) الغبن وحالة نقص الأهلية.

الفرع الأول: الغبن في بيع العقار

هذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي بنفس استثناءات الغبن وما اختلف فيه هو حجم الاختلال الذي يؤخذ به، فلقد جاء في نص المادة 358 ق.م.ج أنّه إذا بيع عقار بغبن يزيد عن 5/1 الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يُقَوَّم العقار بحسب قيمته وقت البيع ويحمي المشرع البائع دون المشتري متأثراً بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1118¹ من القانون المدني الفرنسي «الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا بالنسبة لعقود معينة، أو بالنسبة لأشخاص معينين...» وتماديا من المشرع الفرنسي في ابراز هذا الطابع الاستثنائي في الغبن نراه يكرر نفس هذه الفكرة في المادة 1313² التي يبدو أنّها لا تضيف جديداً إلى ما جاء في المادة 1118 حينما تقضي بأن "البالغين لا يمكنهم الرد لسبب الغبن إلا في الحالات والشروط التي

¹ Art 1118. CCF «La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section».

² Art 1313 CCF «Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent code».

يقتضيها هذا القانون بوجه خاص، ويختلف معه في مقدار الاختلال إذ يقدره 12/7 المادة 1683 ق.م.ف. ومواد الغبن تمتد من (1674-1685) وتشمل الحماية البائع دون المشتري، ويرى الفقه أنّ هذا يبين أنّ المشرع لا يتجه إلى تحقيق التوازن في العقد بالنص على الغبن دائماً بقدر ما يتجه إلى حماية البائع الذي يراه طرفاً ضعيفاً. وما يستدعي النظر فيه هو هل المشتري لا يستحق الحماية إذا كان هو الطرف المغبون، وأين هي العدالة في الحماية؟ إذ ليس له طلب الحماية بالاستناد إلى أحكام الغبن!

إنّ جعل الغبن استثناء في العقار وحماية البائع دون المشتري يستدعي البحث عن البعد الذي يقصده المشرع وماهي الفلسفة التي كانت وراء هذا الوضع؟ يرى البعض أنّ التبرير في هذه المسألة تاريخي وهو التأثير بنصوص القانون الروماني فهذه النصوص تتعلق بحماية الطرف الضعيف في عهد الإمبراطور¹ إذ دفعت الأزمة الزراعية بالفلاحين إلى بيع أراضيهم ممّا دفع الأغنياء لشرائها بأثمان وصلت إلى نصف قيمتها²، وعليه فكانت حماية البائع الذي كان هو الطرف الضعيف ولكنه مبرر غير كاف لحماية البائع دون المشتري! أمّا الحجة التي ترى أنّ تقدير القيمة في حالة العقارات تمتاز بسهولة إذ توجد عناصر تساعد على إتمام هذا التقدير ويمكن عن طريقها معرفة ما يساويه عقار من العقارات في وقت ما وفي ظروف معينة أو مكان معين، كما أنّ قيمة العقار ليست سريعة التغير كما هو الحال بالنسبة للمنقول، إلّا أنّ الملاحظ أنّ التأثير الاقتصادي والسياسي في تقلبات الأسعار وتأثيره كبير على قيمة العقار أمّا من يستند إلى الأهمية التي تعطى للملكية العقارية هذا لتشدّد إذا كان يرى نابليون أنّه

¹ Bas empire

² Starck (b), Roland (h). Et Boyer (l). **Droit civil, les obligations** 2. Le contrat: LITEC 1998. p.330.

ينبغي أن تهتم الدولة على وجه الخصوص بالبيع العقاري لأنّ هذه البيوع تقع على أرض الوطن¹.

وكان واضعو القانون الفرنسي يرون أنّ الأرض هي الأساس الأول لكل نظام اجتماعي فحماية المصالح الخاصة التي تمس هذا النظام إنّما هي في صورة ما حماية للمصالح العامة. ولكن الواقع والعصر الحديث أثبت أنّ ملكية العقار تراجعت أهميتها وتصدرتها الثروة المنقولة التي أصبحت تمثل أهمية والتي أصبحت موضوع الاتفاقات تقتضي حماية قانونية للمتعاقدين، فصيانه هذا النظام لن تتوقف على حماية ملكية الأرض بقدر توقفها على حماية الثروة المنقولة للأفراد ولهذا فإنّ الأسانيد التي استند عليها في القانون الفرنسي في الغبن لا تكفي لكي تبرر مشروعية نظام استثنائي تقتصر فائدته على عقد البيع العقاري وحماية طرف "البائع"، دون الطرف الآخر خاصة أمام ارتفاع كفة الثروة المنقولة عامة كانت هذه الثروة أم خاصة².

أمّا فيستان Ghestin يرد على هذا الرأي أنّ امتلاك أحجار كريمة أو لوحات غالية جدا ليست لها نفس الإجراءات لملكية عقار الذي يرتبط بالمجتمع، إنّ الأمر يتعلق بضمان السلم المدني كذلك الأراضي الفلاحية لها علاقة باستقرار الشعوب وحمايتها من المجاعة فالأرض مصدر الثروة والاقتصاد الفلاحي³، وهذا رأي وجيه ولكن التوازن المرجو في العلاقة العقدية يستدعي إقامة التوازن بمراعاة طرفي العلاقة العقدية وحماية كل من البائع والمشتري من الاختلال.

¹ (sur le sol de la patrie)

² توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 117.

³ Ghestin, op.cit. p.286. ص. لقد مرّ بنا سابقا في نص اعتبار الثروة الزراعية مسألة استراتيجية.

الفرع الثاني: الغبن في عقد المقايضة

إنّ المقايضة تسري عليها نفس أحكام البيع بالقدر الذي تسمح طبيعة المقايضة إذ تنص المادة 415 ق.م.ج. "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة"، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه وتبعا لهذا النص فإنّ دعوى الغبن يستفيد منها طرفا عقد المقايضة، أمّا القانون الفرنسي فإنّه يستبعد أحكام الغبن في عقد المقايضة صراحة في المادة¹ 1706.

الفرع الثالث: الغبن في القسمة

لقد عالج المشرع اختلال التوازن بنص خاص إذا تعلق الامر بتفاوت حقوق وليس التزامات الطرفين، فإذا لحق أحد المتقاسمين غبن جرّاء تفاوت في القسمة جاز نقضها، وحق النقض يتقرر عادة في التصرفات الناقلة للحق كما في البيع ومع ذلك فإنّ تخويل المتقاسم مثل هذا الحق له ما يسوغه لأنّ القسمة يجب أن تقوم على مبدأ العدالة وتحقيق المساواة بين المتقاسمين وعلى هذا نصت المادة 732 من القانون المدني الجزائري "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويضع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته"، وقد قضت المحكمة العليا بأنّه يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت فيها غبن يزيد على الخمس، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، ومن ثمّ فإنّ القضاء يبطلان القسمة التي تمت سنة 1956 لوجود الغبن وكونها غير منصفة يعتبر

¹ART 1706 ccf (la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans contrat l'échange)

خطأ في تطبيق القانون وذلك لعد احترام الأجل القانوني ذلك أنّ القسمة الودية إذا مرت عليها المدة القانونية تكون نهائية حتى لو كانت غير عادلة¹.

فعلى خلاف ما هو مقرر في عقد البيع لا يشترط أن يكون محل القسمة عقارا ولا أن يكون التفاوت وعدم التوازن ناتج عن أحد عيوب الرضا بل يكفي أن أحد المتقاسمين أنّه لحقه من القسمة غبن يزيد على الخمس والعبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء وقت القسمة فهذا هو الوقت الذي يعتدّ به في التقدير لتحقيق التوازن والمساواة بين المتقاسمين فإذا الحق المتقاسم غبن يزيد على خمس ما كان يستحقه جاز له أن يرفع دعوى لنقض القسمة التي تمت حتى يسمح له بعد ذلك إجراء القسمة من جديد فهي ليست دعوى تكملة نصيب المتقاسم المغبون إلى أربعة أخماس ما كان يستحقه بل إجراء قسمة من جديد وبذلك فهي تختلف عن دعوى تكملة الثمن في عقد البيع.

إنّ القسمة تتسم بكونها ذات طبيعة خاصة" لذلك فالغبن لا يدخل فيها بنفس التصور بل الذي يضبطها فكرة أخرى وهي أنّ العدل روح القسمة.

إنّ إبطال العقد بسبب الغبن في القسمة لم يثر أبدا صعوبة في التشريعات وعدم التعادل وحده بين الأنصاء كاف لكي يولد الدعوى، إذ القسمة ليست عملا تجاريا يقصد من ورائه تحقيق الربح كما هو الوضع لغيرها من العقود فالقسمة تعني بالضرورة التساوي بين الأنصاء عند التوزيع أو على وجه الدقة تعني التوزيع طبقا للحقوق الخاصة بالشركاء المتقاسمين التي كانت لهم في الشيوع السابق، هذه القسمة فوجود هذه الحقوق السابقة هو الذي يوجب احترامها

¹ القرار المؤرخ في 26 / 07 / 2000 ملف 366، 196 م ق س 2004 ع خ غ ع ج 1 ص 279
أيضا انظر قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 16 / 12 / 1987 ملف القضية 43462 المجلة القضائية 1992، العدد الثالث، ص، 14.

عند التقاسم فإنّ لم تحترم هذه الحقوق فإنّ القسمة تكون قد انتهكت في جوهرها ذاته إذ أنّ المساواة هي روحها *L'égalité est l'âme du Partage*.

فقسمة لا تُدخل في الاعتبار هذه الحقوق السابقة إنّما هي قسمة تهدم نفسها بنفسها وعليه يمكننا القول أنّ الأخذ بنص خاص يتعلق بالغبين في القسمة ويجعل الرقم الذي يبيح دعوى الغبن فيها أكثر رعاية لصالح المتقاسم ليس له ما يبرره. ذلك لأنّ الغبن في القسمة له طبيعته الخاصة، ولقد اعتدّ المشرّع الفرنسي بالغبين في القسمة في نص المادة 887 ق.م.ف وقد حدّد مقدار الاختلال بالربع.

الفرع الرابع: الغبن وحالة نقص الأهلية

القانون الفرنسي يقبل الغبن كاستثناء في حالة نقص الأهلية وذلك في المواد من 1305 ق.م.ف الى 1314 والمادة 1305 معدّلة بقانون 64-230 المؤرخ في ديسمبر 1964 حيث جاء في النص "الغبين اليسير يمنح القاصر غير المرشد إبطال أيّ اتفاق كان"¹، فالغرض ليس تحقيق التوازن بقدر ما يعتبره المشرع حماية للطرف الضعيف وناقص الأهلية. أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري تكون الحماية وفقا لقواعد قانون الأسرة المتأثر بالشرعية الإسلامية التي يتم فيها التمييز بين التصرف الضار والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إنّ تصرفات القاصر تخضع حسب قانون الأسرة الجزائري المادة 83 إلى الحماية ذلك أنّ تصرفاته موقوفة على إجازة نائبه القانوني، أمّا في القانون المدني الجزائري فالحماية من الغبن مقرره أيضا للقاصر وهي محصورة في العقارات وهناك من يرى «أنّ ناقص الأهلية يحتاج إلى هذه الحماية أيضا بالنسبة للتصرف في المنقولات ذات الأهمية ومن المستحسن أن يكون له الخيار بين طلب الإبطال أو المطالبة فقط يرفع الغبن حفاظا على استقرار المعاملة فإبرام

¹ J. Ghestin, op.cit. 286 et S.

ناقص الأهلية لعقود تكون الأداءات فيها غير متعادلة دليل قاطع على نقص النضج لديه»¹، وهذا تصور وجيه من أجل توسيع أداة التوازن العقدي وعليه قد يكون اختلال التوازن الفاحش بين الأداءات المتقابلة يفترض نقص الأهلية أمّا إذا تعلق الأمر بعديم الأهلية فإنّه في حالة إذا دفع عديم الأهلية بغبن فإنّه يخضع للحماية بصريح نص المادة 359 فقرة 2: «تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع».

أمّا بالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز، إنّ الدوافع التاريخية في الحماية هذه ومنذ العهد الروماني اقتصرت على هذه الفئة بالإضافة إلى بائعي العقارات أساسها وهدفها حماية الطرف الضعيف ضد استغلال الأقوياء².

إلا أنّ هناك من يرى أنّ المشرّع الفرنسي في المادة 1305 ينص على الغبن الذي يلحق القاصر غير المرشّد في كل الاتفاقات يُعمّم المجال الذي يرد عليه الغبن فهو لا يقتصر على العقار وهذه حماية للعقد من اللاتوازن وإقراراً لضرورة التوازن العقدي وفي جميع العقود إذ يرى الفقه أنّ القاصر يستفيد من الإبطال ليس لأنّه قاصر ولكن لأنّه تعرّض للغبن³.

المطلب الرابع: حالات اختلال التوازن (الغبن) في تزايد

من المتفق عليه أنّ بسط فكرة الغبن تقتضيه العدالة التبادلية بحيث يجب أن يسود التكافؤ بين أطراف التعاقد لكن استقرار وأمن العقد يقتضي التضييق من مجال الغبن فتصحيح العقد

¹ محمدي سليمان، من أجل الإبقاء الغبن في بيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، سنة 2008، عدد 01 ص، 200.

² جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص 37.

³ L'article 1305 «La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions» «le mineur bénéficie des restitutions non entant qu'il est minerais parce qu'il a subi une lésion» voir, H. Roland et L. Bayer Adages du droit Français, 3^{eme} éd, Lite-c, paris, 1992 N°216, p.449 in Gaël Chantepie, Op.cit. p.250.

أو بطلانه يجعل من زعزعة العقد المرتقبة تهدد أمن العقد وهذه الحجج هي التي دفعت الى التضييق من حالات الغبن.

لكن الواقع كشف أنّ كثير من حالات اختلال التوازن تقلت من الرقابة فإذا كان أساس مكافحة الغبن المجرد هو المحافظة على اعتبارات لتحقيق نسبة من التوازن بين المتعاقدين وإزالة الضرر عن أطراف العقد وهذا يعني أنّه لا يمكن حصر هذه العملية في نطاق ضيق فجاء بنصوص لمعالجة الغبن لفائدة بعض المهنيين¹.

أمّا الاستثناءات القضائية فهي تكمن في تخفيض رواتب المحامين والاطباء والمهندسون المعماريون والمحاسبون وكل أصحاب الخدمات العامة وتبطل حسب القضاء كل اتفاقاتهم اذا كانت الالتزامات متفاوتة كثيرا في النسبة مع الأداء المقدم من طرفهم فيمكن مراجعة الأداءات المادية وانقاصها الى حد التوازن المطلوب وأساس المراجعة كما يرى Ghestin استنادا الى النصوص المتعلقة بالقانون المدني الفرنسي ويضيف الفقيه أنّ القضاء يعتمد أيضا عند مراجعة العقد على اعتبارات العدالة وحماية الطرف الضعيف ضد كل مغالات تكون عند عدم تحديد ثمن الخدمات الذهنية *prestation intellectuelles* واستنادا على تقنية الغبن ذلك أنّ المراجعة التي يشرف عليها القاضي لا يبحث فيها عن أي عيب بل ينصبّ بحثه في المقارنة بين الأداءات المتقابلة، أي في أهميّة الأداء المقدم مقارنة مع المكافأة المحددة²، بعدها يستبعد

¹ قانون 8 جويلية 1907 الذي يحمي المزارعين عند جهلهم بثمن السلع عند ممارستهم لمهنتهم ثمّ عدّل هذا في 10 مارس 1937 بقانون 10 مارس 1937 ثم قانون 113 جويلية 1979 والذي يعطي لمشتري البذور والاسمدة أو الشتلات حق طلب تخفيض الثمن إذا أصابه غبن يتجاوز الربع بالإضافة الى التعويض في أجل أربعين 40 يوما من يوم تسلّمه السلع.

قانون 37 من قانون 11 مارس 1957 الملتق بالملكية الأدبية ولغنية وأصبح الأمر يتعلّق بالمادة 5/131 من قانون الملكية الفكرية يحمي المؤلف الذي لحقه غبن يفوق 7/12.

² J. Ghestin, *la formation du contrat*, tome2 :l'objet et la cause-les nullités, 4^{ed} L.G.D.J, 2013, p317.p318.

أي ضعف من الناحية الذاتية لشخص الضحية، إنّ إعادة التوازن تخضع لدمج النظرة الذاتية والموضوعية للعقد¹.

ويؤكد الفقه أنّه لا يمكن أن يتوقّف تنامي صور اختلال التوازن وما يجب البحث فيه هو إيجاد انسجام بين وسائل العدالة وأمن واستقرار العقد².

تقتضي ضرورة تحقيق التوازن بين المتعاقدين وإزالة الضرر عن أطراف العقد عدم حصر هذه العملية في نطاق ضيق فكان اللجوء الى النصوص لمعالجة الغبن اضطراريا فإذا كان هذا مبرّرا في القانون الفرنسي فهو غير ذلك في القانون الجزائري.

نعتقد أنّه كان بإمكان المشرّع الجزائري الاستغناء عن هذه التطبيقات بتفعيل ما اعتنقه من تصور حديث لإقامة التوازن ومع ذلك سائر المشرّع الفرنسي فيما اعتمده كحلول لاختلال التوازن كنتيجة لرفضه الاخذ بنص عام يعالج فيه اختلال التوازن، فحث على التوازن في عقد الوكالة (الفرع الأول) كما أن مجال اختلال التوازن في عقد القرض تطلب نص يجعل من الغبن عيبا يلحق العقد (الفرع الثاني) كما اعتبر تعرض عقد استغلال حق المؤلف للاختلال يستدعي المراجعة (الفرع الثالث) أمّا احتلال التوازن في عقد الانقاذ البحري فخصّه بنص يعالج الاختلال (الفرع الرابع).

الفرع الأول: عقد الوكالة

تنص المادة 581 ق.م.ج «الوكالة تبرّعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل، فإذا اتفق على اجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي الا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة» إنّ أجر الوكالة المتفق عليه بإرادة الطرفين هذا الاتفاق

¹ Ibid, p318.

² Voir aussi : Gaël Chantepie 503-504.

بين الأجر والخدمة المقدمة بصريح النص يخضع للرقابة القضائية في حالة اختلال بين الاداءات إنّ النص لم يشر الى مراقبة رضا الطرفين بل أكد على مراقبة التوازن العقدي حيث يتضح من النص إذا كان الاجر باهضا ومتفاوتا مع الأجر المألوف فإن الاداءات بين الطرفين تكون قد اختلفت ويكون القاضي أمام ضرورة تطبيق النص وإعادة التوازن والطابع العادل للعقد وعقد الوكالة بأجر هو عقد معاوضة، وتطور عقد الوكالة ليصبح في طائفة كمن يقدم خدمة مثل المحامين والأطباء والمحضرين والمهندسين وغيرهم مما شابههم فكل هؤلاء يأخذون أداء قدر ما يقدمون من خدمات وإلا كانت الالتزامات المتقابلة غير متكافئة ومتفاوتة بسبب الحاجة الى وكيل أو لعدم خبرة الموكل وغير المتمرسين في ميادين نشاطاتهم¹.

الفرع الثاني: عقد القرض

إنّ عقد القرض من أوسع المجالات التي يقع فيها الاستغلال باعتبار أنّ المفترض في حالة حاجة وعوز فإذا فرض المقرض مقابل باهض مقابل الانتظار فهذا يجعل عقد القرض جائز، ومنعاً لمثل هذه العقود المختلفة جاء نص المادة 454 يقيم قاعدة للتوازن في هذا النطاق حيث تنص المادة «القرض بين الأفراد يكون دائماً بدون أجر ويقع باطلاً كل نص يخالف ذلك» إنّ المشرع الجزائري يحرم كل قرض بفائدة بين الأشخاص بل إنّ مخالفة النص تعتبر من النظام العام فالمشرع يسد كل فرصة استغلال الحاجة أو كل ضعف تخلقه الظروف التي تدفع بالمتعاقد أن يفرض مقابل أداء أو فائدة متفاوتة كثيراً مع التزام المقابل، ونلاحظ أن المشرع يصدد حماية الضعيف وليس بصدد إقامة توازن العقد، إلا أن المشرع الجزائري أجاز القرض الاستهلاكي في المواد 455، 456، 457، 458 واعتبر أن تحديد مقدار الفائدة إلى سقف ما يجعل العقد غير مختل وفيه حماية للمتعاقد المقترض وقدّر أنّ هذا التحديد لا يشكل

¹ Mrabti AEK, Op.cit. p. 356-357.

غبن فادح، نتساءل هنا عن طبيعة التوازن الذي يبتغيه المشرع؟ فإذا كان مقدار الفائدة لا يعتبر اخلايا بالتوازن من الناحية القانونية؟ كيف هو التوازن بالنسبة للوضع الحقيقية للمقترض إذا كان غالبا ما يكون في وضع أقل إذا ما قارنا التوازن بين أطراف التعاقد؟ فالمنطقي كان ينبغي أن يطبق المشرع الجزائري روح تصوره عندما اعتنق التوجه الاجتماعي للعقد في مثل هذا الوضع، وهذا ما ذهب له القانون السويسري فيعتبر أن عقد القرض مهما كان القرض بين الافراد وبين المؤسسات والأفراد إذا توفرت فيه الشروط المادة 21 المتعلقة بالاستغلال، يعد مخالف للآداب كما أشارت اليه المادة 20 سويسري أي إذا استغلت حاجة الشخص أو عدم خبرته مما جاء في المادة 21 سويسري فإن العقد باطل بل أكثر من ذلك أن مجرد الفائدة الربوية تكون غير مشروعة ولو لم تؤدي الى غبن مفترض بمفهوم المادة 21¹.

بل إن المحكمة الفدرالية السويسرية قضت بمخالفة الآداب لعقد قرض نسبته 26% مؤسسه قرارها على المادة 21 المتعلقة بالغبن²، وعلى نفس الأساس اعتبر القضاء السويسري تقدير الفائدة بنسبة 29% استغلال حاجة وطبق نص المتعلق بالغبن وفق التصور الحديث وتقرر بطلان عقد القرض بوصفه ربا³ وكما هو معلوم أن تعريف الربا هو الزيادة بدون عوض، يأخذها المستفيد من المحتاج المضطر الى الاقتراض لمجرد الانتظار، فالمادة 21 قانون السويسري نص يعالج الربا أي اختلال الأداءات المتقابلة اختلالا فاحشا وهذا ما ذهب له المشرع الإنجليزي وأيضا إذ اعتبرت المادة 1907 من التقنين البلجيكي المتعلق بعقد القرض والتي تسمح بإنقاص التزامات المقترض حينما يستغل المقرض حاجته أو ضعفه أو عاطفته

¹ «Un intérêt usuraire peut être illicite en vertu du droit cantonal sans pour autant en trainer une lésion de l'emprunteur au sens de CO21 » Pierre Engel, **traité des obligations en droit suisse**, Edition Ides et Calendes, Neuchâtel, Suisse, 1973. p 211.

² Le tribunal Fédéral a jugé immoral le taux de 26% dans l'arrêt (r093.1967, p.189 ss...) in Pierre Engel, Op.cit. p 211.

³ La cour d'appel de Bâle à déclare usuraire selon c021 un prêt assorti et de prestations accessoires au totale le 29% (RSJ 52, 1956 N°155, p.332) Pierre Engel, Op.cit. p 211.

أو جهله لكي يحصل على مزايا تتجاوز بوضوح الفائدة العادية ثم أن القضاء بسط تحت ضغط الفقه تطبيق هذا النص الوارد في شأن عقد القرض على جميع العقود¹، ونلاحظ وكأن الوضع ينطبق على الاستغلال²!

الفرع الثالث: عقد استغلال حق المؤلف

لم يفت المشرع الجزائري أن يقيم التوازن في عقد استغلال حق المؤلف وذلك بنصه في المادة 66 من الأمر 05/03/ المؤرخ في 19 جويلية 2003³ على ما يلي «يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه، وإن لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة لجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياساً بالربح المكتسب، ويعد باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

يمكن المؤلف أن يباشر دعوى بسبب الغبن الذي لحق به في أمد يسري مدة خمسة عشر 15 عاماً ابتداء من تاريخ التنازل».

إنّ المشرع الجزائري بإقرار هذا النص عالج اختلال العقد وذلك بإعطاء سلطة تقديرية للقاضي في تقدير التفاوت كلما عانى المؤلف من مقابل لا يتناسب مع مقابل ما جلبه استغلال هذا لإنتاج الذهني، فله طلب العقد بإعادة توازنه ولم يحدد المشرع مقدار الاختلال بحثاً عن توازن بين طرفي التعاقد وتوازن الأداءات المتقابلة، ونعتقد أنّ المشرع اتبع في هذا المبدأ العام الذي اعتنقه في نص المادة 90 م.ج وإمعانا في الحماية اعتبر النص على أن كل اتفاق على خلاف ذلك باطل، أي أنّ هذا النص من النظام العام.

¹ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق ص 292.

² الملاحظة أنّ التصور الحديث للغبن يصب في نظرية الاستغلال كما يمكن تقديره في إعادة التوازن في عقد القرض.

³ الجريدة الرسمية العدد 44 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2003م

الفرع الرابع: عقد الإنقاذ البحري

هذا المشرع الجزائري حذو نظيره الفرنسي عندما اعتمد نص يعالج فيه اختلال التوازن العقدي جراء استغلال الحاجة للعقد فينشأ عقد متفاوت بشكل صارخ بين الالتزامات فلقد صدر قانون الاستغاثة البحرية في 29 أبريل 1916 المعاد الأخذ به في المادة 15 من قانون 07 جويلية 1967 لانعدام قاعدة عامة تعالج اختلال الأداءات المتقابلة بفعل الإساءة من الوضع الذي وجد فيه المتعاقد للحصول على فوائد باهضة¹، يرى ريبير Ripert أن الفكرة التي جاء بها هو ما يجب أن يسود العقد من توازن وعدالة بين أطرافه كون الشروط المتفق عليها أي الأجر الباهض غير متوازن مع ما يقابله من خدمة، ويعتبره الفقه الفرنسي هو الغبن بالتصور الحديث ويمثل نص المادة 344 من القانون البحري تطبيق قوي لفكرة إعادة التوازن العقد إذ تنص المادة «كل اتفاقية خاصة بالإسعاف تبرم عند وقوع الحادث وتحت تأثير الخطر يمكن الغاءها أو تعديلها من طرف المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف وعندما تقدر هذه المحكمة بأن الشروط المتفق عليها ليس عادلة نظرا للخدمة التي تم أدائها وأساس المكافأة المذكورة في المادة التالية أو عندما لا تمثل الخدمة التي تم أدائها طابع الإسعاف الحقيقي مهما كان الوصف الذي اعتمده الأطراف».

إنّ هذه المادة تسمح بمراقبة التوازن بين الالتزامات المتقابلة لطرفي عقد الاتفاق البحري لأن طرفي العقد لم يكونا متساويين أثناء إبرام العقد، ولم تحدد المادة رقما محددا يجب أن يصله التفاوت بل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقارن أجر الإنقاذ والخدمة المقدمة في كل حالة على حده.

¹ ففي الحادثة الشهيرة للباخرة الدنماركية غولف (Rolf) عند اشرافها على الغرق فأُنقذتها باخرة أخرى بشروط باهضة

مغتتمة فرصة حاجتها للعقد، أنظر. Ripert Op.cit. P.91.

المبحث الثاني: الضعف النفسي أولى من التوازن في نظرية الاستغلال

إنّ المشرع الجزائري اعتمد نظرية الغبن المجرد ولا أحد ينكر قوة تأثير بالقانون الفرنسي إلا أنّه خالفه وأخذ بنظرية الاستغلال بنصه على المادة 190¹ التي تنص على ما يلي: «إذ كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو معه التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأنّ المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيّنا أو هوأ جامحا، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن يُنقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة».

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذ اعرض ما يراه القاضي كيفياً لرفع الغبن.

يعدّ المشرع الجزائري باعتماده هذا النص أجراً من نظيره الفرنسي، حيث أن التصور الحديث في القوانين مهّد لنظرية، انتبعت للعوامل التي من شأنها أن تجعل من العقد أداة جور بدل من أداة عدالة، فالنواحي الذاتية تكون مجال تعسف التي تخضع لها إرادته الفرد، حيث بدا من الظلم أن يترك الطرف الضعيف في العقد يواجه وحده صراعا أخذ عدم التكافؤ فيه يزداد بين أطراف التعاقد، ولكن حصر النص في القانون الجزائري يفسّر لنا انعدام التوافق بين وجود النص وانعدام تطبيقه وأهم سؤال يمكن طرحه هو هل يوجد في البيئة الجزائرية ما يبرر اعتماد هذا النص؟ وما الفائدة المرجوة من نص هذه المادة بالحصر الوارد فيها؟ مما استوجب البحث ودراسة النظرية ودورها في النظم مصدر النظرية والنظم التي فعلت دور النظرية في تحقيق

¹ المادة 90: المعدلة بقانون رقم 05/10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

الغرض من وجودها، فالاستغلال نظام خاص (المطلب الأول) مستحدث اختلفت النظم القانونية في هدف الحماية، لكن الثابت أنّ له علاقة بمعالجة اختلال التوازن (المطلب الثاني) كما اعتبر النظام العام والآداب العامة معيارا لإعادة التوازن (المطلب الثالث) وتميز جزاء الاستغلال بكيفية ناجعة في تحقيق التوازن (المطلب الرابع).

المطلب الأول: الاستغلال نظام خاص

لا يوجد تعريف قانوني للاستغلال ولا تفسير قضائي لمفهوم النظم الاستغلال يطلق عليها أغلب الفقه¹ مصطلح الغبن وهذه رؤية سطحية لفكرة الاستغلال ذلك أنّ الغبن نظرية مستقلة من حيث التصور والشروط والأساس بينما بعض الفقه² ممن اعتمد النظرية يرى فيها أنّها نظرية الغبن الحديثة وتدعى الغبن الموصوف أو المعتبر³ ظهرت كحلّ حديث لمشاكل اختلال التوازن، والأدق المشاكل التي أثارها الغبن، لصعوبة توسيع مجاله إذ أنّ اختلال توازن العقد أو الغبن يأخذ به إذا استغلّ ضعف المتعاقد الآخر أي أن الطرف المستفيد يخطأ، وبهذا يعتبر الفقيه Depage⁴ أنّه بهذه الشروط تكون نظرية الاستغلال نظرية عامة وأنهى كتابه بأن قدّم مشروع مفضل معلقاً على القانون البلجيكي يرى فيه أنّ الاستغلال كنظرية حديثة مرتبطة بالاعتبارات الاجتماعية والكرامة الإنسانية، وهي في بعض الأنظمة مخالفة للآداب العامة، وتقضي حسن النية والاستقامة والأمانة في العلاقات الاجتماعية.

¹ Ali Bencheneb, *Théorie Générale Du Contrat*, 2ed OPU, 1982, p 53, 54,55.

لم يستعمل الكاتب مصطلح الاستغلال تماماً بل أشار الى النص المادة 90 على أنّها الغبن العام، وأيضاً Antoine Vialard, *la formation du contrat*, Impr. ENSEP, 1975, pp 112, 113.

يرى فيالارد أنّ فكرة الغبن لها تطبيقات في العقود العامة المادة 90 في عقود الإذعان المادة 110 من القانون مدني وأيضاً: الفقه الفرنسي.

² الفقه السويسري، الكيبكي، الألماني، وأيضاً بعض من الفقه الفرنسي، انظر Gaël Chantepie, Op.cit., p 422 et

³ La lésion qualifiée.

⁴ Depage plus détail in Chantepie op.cit., p 422, 423.

إنّ الاستغلال وإن كان يقوم على عنصر عدم التعادل أو التفاوت الكثير بين ما يعطيه أحد المتعاقدين وما يأخذه على نحو يتحقق معه الإفراط، إلا أنّه يقوم أساسا على تعيب الإرادة حسب القوانين العربية بحيث يكون عدم التعادل مظهرا ماديا لانتهاز الطرف الآخر للحالة النفسية للمغبون وهذا رأي كل من تناول الاستغلال في القانون الجزائري¹ ونشير أنّ لنا رأي آخر خاص في أنّ الاستغلال ليس عيبا في الرضا وهذا رأي نتبناه من خلال البحث في مصدر النظرية وشروطها مجال الحماية المقررة والجزاء المترتب على هذا النظام.

ومفاد الاستغلال هو انتهاز أحد المتعاقدين لضعف يوجد لدى المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير وتتفاوت مع هذه المنفعة تفاوت غير مألوف²، وجانب آخر من الفقه يعرف الاستغلال متوجها الى عملية الاستغلال في حد ذاتها فيرى أنّ الاستغلال سلوك مناقض لحسن النية³، أمّا الاستغلال حسب التصور الألماني فهو تصرف غير أخلاقي بهدف الإفادة بمزايا وأرباح على حساب المتعاقد الآخر، وهو ما يتفق مع ما ذهب اليه التشريع الإنجليزي الذي يعتبر الاستغلال سلوك غير مشروع وجائر من طرف أحد المتعاقدين، بل أنّ القضاء اعتبر العلم البسيط بالإفادة من عدم الخبرة ولو بدون انتهاز الفرصة والافراط في بعض الحالات استغلال⁴.

والاستغلال وفق التصور الألماني يعتبر حالة تمس الآداب والأخلاق وهذا مفهوم مصدره نصوص القانون الجنائي وهذا ما أدى بالنص أن يحتفظ ببصمه تجعل له خصوصية، إنّ

¹ على فياللي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 198 وما يليها. أنظر أيضا:

بلحاج العربي: مصادر الالتزام حميد بن شنييتي، نظرية الالتزامات، ج1، علي بن شنب

أيضا لحو غنيمية، مطبوعات محاضرات تكوين العقد ألقيت، كلية الحقوق، 2013، ص 37 وما يليها.

² محمود محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 13.

³ Pierre Engel, Op.cit. p 212.

⁴ Pierre Engel, Op.cit. p 212. Voir aussi Elbassouni Op.cit. pp.96.97.

الاستغلال وفق هذا المنظور يهدد المصالح الفردية كما أنّه يمثل خطر اجتماعي، إنّ القانون الألماني مرّ بثلاث مراحل حتى وصل الى التصور الحالي لنظرية الاستغلال، المرحلة الأولى: تمثلت في حرية تحديد الفائدة في عقد القرض وهذا وفقا لقانون 1867 أما المرحلة الثانية: تميزت بالتضييق وتحديد نسبة الفائدة في بعض الحالات خاصة الربا في عقد القرض وذلك بقانون 24 ماي 1880 حيث حُدّد سقف للفوائد، وكل اتفاق على فائدة تفوق الحد الأقصى تُدْمَغ بالبطلان، المرحلة الثالثة: خلصت أنّ كل فائدة ربوية يعاقب عليها القانون إذا انجزت من استغلال المقرض من طرف المقترض وهذا تصور جديد للربا مع أنّه تصور سابق وهذا ما نصّت عليه المادة 533 من تقنين 06 مارس 1896 للقانون المدني، فكان قانون 19 جوان 1893 يكمل قانون 1880 الذي أضفى النص على كل العقود، فكل تصرف قانوني باطل إذا تحققت فيه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، إذ أنّ الجزاء المدني البطلان المطلق يوضح صرامة تصور القانون للاستغلال المدرج في المادة 138 BGB فمصدر النظرية هو الربا (L'usure) الذي يعتبره القانون الألماني تصرف ضد المجتمع (Antisociale)¹، وتهديد الذمة المالية للأفراد ميزته الخاصة هو استغلال شخص لشخص آخر، وإذا كان القانون الألماني يردع عقد القرص بفائدة بنصوص صارمة ويعتبر أنّ هذا العقد من العقود القديمة والأكثر خطورة، ومنذ قانون 1880 تطوّر الأمر أنّ كل تصرف يعاقب بالبطلان المطلق في البيوع المتعلقة بالماشية وبيوع العقارات أو رهنها والمحاصيل الزراعية ذات الضرورة فهذه الحالات الثلاثة² هي مواضيع الربا بين أفراد المجتمع عالجتها المادة 302 من القانون الجنائي الألماني تعالج التبعات المدنية إذ تعتبر ربا اجتماعي

¹ Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat ? (th) université MC GILL Montréal, 2001.

² نلاحظ الحصر في هذه الحالات لما تمثّله كثرة وظنية لها دورها في المحافظة على الكيان اللاتق بالدولة والعلاقات بين المواطنين وهذا ينبع من فلسفة التي تقوم عليها الدولة في تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع.

(l'usure sociale) يأخذ عدة أشكال وقد يكون اغتنام أي ظرف ليتم بيع للمواطنين بأسعار باهضة أشياء ضرورية يرتب البطلان المطلق للعقد سواء بالنص القانوني أو بتعليمات خاصة فالنظرة الألمانية مختلفة تماما عن القانون الفرنسي ولا تتشابه مع التصور الأنجلوسكسوني في أنّ هناك الربا بين الأفراد، والربا الاجتماعي، إنه لا يكاد يكون هناك فرق بين الربا في المواد الجنائية والقانون المدني أمّا ما يميّز الربا في القانون المدني هو وجود الاستغلال إضافة الى التفاوت، (BGB 138) أمّا الربا في القانون الجنائي يشترط كأن يمتن المتعاقد هذا التصرف أي أن يتوفر شرط التعود (L'habitude) المواد E302 A302¹.

إنّ النص المدني للاستغلال يشير الى أنّ كلّما كان هناك تفاوت فادح، فليس هناك جريمة ولكنّه التعسف هو الذي يؤدي الى بطلان المطلق فالنص المدني لا يشترط التعود من طرف المستغل وهذا يسهل حماية المتعاقد المغبون.

أمّا الخاصية الأخرى بالإضافة الى الخاصية الجنائية للاستغلال في القانون الألماني هي أنّ القانون الألماني يقمع النية السيئة التي تهدف الى الإساءة والأضرار، فهناك علاقة بين الفكرة في القانون الجنائي والفكرة في القانون المدني، إضافة الى أنّ القانون الألماني عندما يمنع كل تعسف في الإفادة من الأوضاع الآخرين يستند على فكرة أخلاقية وهي عدم السماح بالاستعباد الاقتصادي (l'esclavage économique) بحيث يقوم المتعاقد باستغلال والاستفادة من متعاقد آخر وهنا تجتمع الأخلاق بالقانون لإقامة التوازن في العلاقات التعاقدية².

إنّ القانون المدني الألماني أقام الاستغلال على فكرة مطاطة للأداب العامة حتى تسمح له بمعالجة شتى أشكال الاستغلال، ويقاسمه هذا التصور الفقه السويسري إذ يرى أنّ الاستغلال

¹ Élise M. Charpentier.

² Paul Ossipow, **de la lésion**. Thèse. Université de Lausanne, 1940, p 307, 308.

المعبر عنه بلفظ الغبن المعتبر أو الموصوف (la lésion qualifiée) يُعتبر أنّ الربا لا يثور في القانون المدني السويسري فحسب بل أنّ التقنين الجنائي السويسري يعتبر أنّ الربا جريمة حسب المادة 157 (قانون الجنائي السويسري) حيث يلاحظ احد الفقهاء في القانون المدني السويسري "Logoz" "لوقوز" بقوله أنّ الربا ليس جرم خيانة كنصب أو احتيال وليس جنحة كإكراه وابتزاز ولكن المرابي هو مستغل¹ والمادة 21 المتعلقة بالاستغلال وضعت بين المحل وعيوب الرضا.

أمّا الاستغلال في القانون النمساوي المادة 897 مدني يأخذ بالتصور الحديث لإعادة التوازن للعقد المختل ولا يهدف حماية الرضا، كما يتضح موقف القانون الإنجليزي إذ يضع حكم الاستغلال في المادة 10/352 مبادئ القانون الموحد² في الفصل المعنون بالعقود الجائرة أو الغير العادلة (contrats inéquitables) وتتضمن إذ أنّ أحد الأطراف استفاد من فقر وجهل ليشترى بثمن أقل كثيرا من قيمته فالعقد يكون باطلا.

ويبدو واضحا أن هذا النظم أداة للتوازن العقد لدى القانون الانجليزي، ويطلق عليه النظرية العامة للغبن ويقترح "غيستان" أنّه يجب إضافة عيبا رابعا للرضا بما يطلق عليه الغبن المعتبر أو الغبن الموصوف (la lésion qualifiée) وبما نسميه نظرية الاستغلال، أمّا ما أقترح حديثا في القانون الاوروبي للعقد في المادة 237/17 تحت عنوان الاستغلال غير المشروع³ فكان مضمون النص "يستطيع المتعاقدان إثارة بطلان العقد عند نشأته:

¹ La lésion ne relève pas seulement du code civil (c.o.); le code pénal suisse réprime l'usure comme un crime c.p, art 157 l'observation de Logoz « l'usure n'est pas un délit de tromperie comme l'escroquerie, ni un délit de contrainte comme l'extorsion, l'usurier est un exploiteur.» in Pierre Engel, op.cit., pp 63, 65.

² Les principes uni droit.

³ Exploitation de légale in plus de détail Ghestin, **formation de contrat**, op.cit. p.433. Principles, Définitions and Model Rules of Européan Privat Law Draft Common Frame of Reference DCFR in Ghestin 434.

1- في حالة خضوع أو في معاملة تقتضي الثقة في الطرف الآخر أو كان في حالة ضائقة أو عدم خبرة أو لانعدام القدرة على التفاوض.

2- في حين أن الطرف الآخر يعلم أو كان بإمكانه العلم من الظروف أو هدف العقد واستغل وضع المتعاقد الآخر ليجني من العقد مغنم باهض أو فائدة يتضح أنها غير مشروعة، ويثير الطرف المغبون ارجاع العقد الى ما يقتضيه حسن النية.

3- ويستطيع الطرف المقرر البطلان عليه للاستغلال غير مشروع أن يتقدم بعرض لجعل العقد ملائم مع ما يقتضيه الوضع.

والأساس الوحيد للنص هو الثمن غير عادل، واختلال أداءات العقد كما يعلق "غيستان" على هذا النص بأن مشروعية العقد تكمن في أن لا يكون مرهقا لأحد طرفيه، وأساس النص الوحيد هو الثمن غير العادل واختلال أداءات العقد، وهذا ما أدّى بكثير من الأنظمة الى رفض إعطاء القوة الملزمة للعقد الذي يحوي على تفاوت كثير بين الاداءات نتيجة ضعف أحد الطرفين في التفاوض أو الاستغلال لأحد الأطراف للآخر¹.

لم يتخلف القانون المدني الكيبيكي عن ركب هذا التصور الموضوعي والذاتي في آن واحد للعقد، ففي تعديل سنة 1994 جاء بتصوّر جديد انطلقا من المادة 1406² والتي تنصّ على «الغبن هو نتيجة أحد الأطراف إذ يؤدي الى تفاوت مهم بين أداءاتهما والتفاوت المهم يفترض فيه الاستغلال، والغبن ينتج أيضا في حالة القاصر أو الراشد المحمي بحيث كان

¹ DCFR, full Edition précitée p 507 in Ghestin, Op.cit. in p.343.

² Art. 1406 : « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation Patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances.»

التزامه باهظا مقابل الوضع المادي له أو الفائدة المتحصل عليها أو مع كل الظروف المحيطة بظروف التعاقد».

ولا جدال كون أغلب الفقه الكيبكي يرى أنّ نظرية الاستغلال لها دور مركزي في النظام التعاقدي وتساهم في العدالة العقدية بضمان التوازن العقدي بين الاداءات المتقابلة وبين أطراف التعاقد¹. وما يتميز به الاستغلال في أنّه يقيم التوازن الموضوعي (الفرع الأول) مستندا على اختلال التوازن الذاتي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقدير التوازن الموضوعي في الاستغلال

إنّ التفاوت المادي بين الاداءات المتقابلة أو الفائدة المتحصّل عليها أهم شرط لتطبيق نظرية الاستغلال في كل الأنظمة، لأنّ النظرية وبنصوصها القانونية تهدف لمعالجة هذا الاختلال المذموم حيث أنّ التصور الحديث للاستغلال وفقا للتصوّر السالف الذكر الكندي والألماني والإنجليزي يعتبر الاختلال الفادح في العقد كاف لإقامة دعوى الاستغلال لإعادة التوازن المفقود وفق تصور نظام القانون الكومنولث Commonwealth حيث مفهوم الجور iniquité² يستند لاختلال التوازن أمّا الاستغلال فهو حتما مبرر في عدم التساوي في القدرة على التفاوض.

أمّا المشرع الجزائري فقد استهلّ نص المادة 90 بذكر اختلال التوازن كشرط أول لتطبيق الاستغلال فجاء نص المادة 90 بما يلي: «إذا كانت التزامات المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر...»

¹ Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat? (th) université MC GILL Montréal, 2001.

² وهي ترجمة معتمدة في المحكمة العليا في الكيبك iniquité عن مصطلح unconscionability في Élise M. Charpentier, op.cit. p.179-180.

هناك¹ من يرى هذا شرط أول ما بُنيت عليه المادة 90 هو تعريف للغبن بمفهومه المادي المجرد وأنَّ الابتداء به يكون قد المشرع راعى الأسبقية التاريخية لهذا العنصر فمُنذ القدم عبّر القانون عن الغبن أنَّه عدم التعادل بين ما يعطي المتعاقد مع ما يأخذ، والتفاوت المادي المقصود في الاستغلال يتحقق بالنسبة للبائع إذا كان ثمن البيع زهيد بالنسبة للقيمة الحقيقية للشيء المبيع ويتحقق بالنسبة للمشتري إذا كان الثمن على العكس باهضاً أو متفاوتاً بالنسبة للشيء²، والتفاوت قد يكون أيضاً في قيمة المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد الآخر، فإذا لم يكن التفاوت بينهما فلا يمكن أن يغبن أحد المتعاقدين³، إلا أنَّ التفاوت المادي هو العلة من وجود النص على الاستغلال ويهدف إلى إصلاح هذا التفاوت فقط لا أكثر، بل لا يلتفت إلى ما يُحدثه الاستغلال من أثر آخر، ونشير أنَّه لا فرق بين الالتزام المقابل والفائدة المقابلة فالركن المادي يتحقق عندما تتفاوت قيمة المنفعة التي يحصل عليها أحد المتعاقدين من العقد إذ تقل عن قيمة المنفعة أو الفائدة المقابلة التي حصل عليها المتعاقد الآخر⁴.

كما أنَّ تقدير معيار التفاوت أمر ذا أهمية قصوى في تحقيق العدالة العقدية من جهة واستقرار العقد من ناحية أخرى في ذات الوقت، عبّرت عنه المادة 90 من ق.م.ج "بالتفاوت الكثير" وهو "تفاوت ملحوظ أو معتبر" في التقنين المدني الكبيكي حسب نص المادة 1406 كما أنَّه "تفاوت صادم" في المادة 138 BGB التقنين الألماني، وتفاوت واضح وجلي في المادة 21 من القانون المدني السويسري ويكون تفاوت معتبر في قانون حماية المستهلك

¹ Antoine Vialard, *la formation du contrat*, 1980, Op.cit., p1.

² عبد السيد سمير تناعو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، بدون تاريخ، ص 67.

³ محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية العقد الإرادة المنفردة، 19701، ص 173.

⁴ عرارة عسالي، نظرية الاستغلال، رسالة ماجستير، 1997، بن عكنون، ص 08.

الكبيكي المادة 108¹، هذا التفاوت يبرز عدم التكافؤ وضرر الذي يتلقاه المتعاقد يختلف حسب الأنظمة القانونية، فالقانون الكبيكي يرى أنّ الضرر المعتقد به ليس بالضرورة أن يكون غابن بل مقدر بصفة ذاتية وليس بصفة موضوعية كما في الضرر الذي يلحق القاصر فيكفي التعرض للاستغلال التي يعتبر بحد ذاته ضرر لكي يبطل العقد، إنّ المشرّع الكبيكي إذ يصف الاختلال بالمعتبر بمعنى كبير كما يرى الأستاذ "تانسولن" Tancelin² أنّ المعيار الذي يحدد الاختلال في قانون حماية المستهلك حتى يؤخذ به كسبب لبطلان العقد بين الراشدين المؤهلين هو الاختلال المهم وكان من الأفضل لو استعمل المشرّع وصف جسيم (énorme) حتى يتضح أنّ الاختلال المقصود لا يمكن أن يكون بأي حال بسبب معاملة غير مربحة وهذا ما ذهب إليه القانون الموحد³ بحيث المادة 10 7/03/02/01 يجب أن تكون الفائدة مفرطة أي كبيرة في مثل هذه الظروف.

أمّا القضاء الكبيكي فقد فسّر المادة 1406 من القانون المدني وكذا المادة 08 من قانون حماية المستهلك على أنّ العقد يُعدّ مختلاً في توازنه أي يلحقه الغبن وحتى ولم يؤدي إلى افتقار بالنظر إلى ظروف الطرف الآخر بل تكفي أن تؤدي إلى التزامات مفرطة وهذا ما اعتمده القضاء⁴ إذ يقدر الاختلال أي الغبن حسب وضعية الطرف المغبون وهذا الموقف دعمته المادة 09 من قانون حماية المستهلك التي تنص بصراحة على أنّه يجب على القضاء بأن يأخذ في الاعتبار بشروط وظروف المتعاقدين والفائدة من العقد بالنسبة للمستهلك، أمّا الاختلال الذي يشكل ضرر للقاصر كما نصت عليه المادة 163 من التقنين الكبيكي يقصد

¹ Art 08 L.P.C : «Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement charpentent considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur...» Élise M. Charpentier, op.cit. p.200.

² Élise M. Charpentier, Op.cit. P 180.

³ Art 10.1.2.3.7 les principes uni droit.

⁴ Élise m. charpentier, Op.cit. P 200, et s

به الضرر الوارد النص عليه في المادة 1406 التي تخص الاستغلال وهذا حتى لا يقع على عاتق القاصر عبء إثبات الاستغلال فبمجرد ثبوت الضرر يفترض الاستغلال كما يعتد في مواضع أخرى بالاختلال المادي للعقد بالنظر الى وضعية المتعاقد كون الالتزامات مفرطة أو تعسفية أو باهضة وفادحة¹.

والأمر المستحدث الذي يبحث عنه هذا التصور للتوازن العقدي هو أنه حتى لو كان العقد من ناحية الموضوعية غير مختل ولا يلحقه غبن فالأجدر هو الأخذ بالاختلال العقدي بمعيار ذاتي أي عندما يكون هذا الاختلال يضر المتعاقد كحالة تخصه وحده نظرا لوضعيته وهذا ما جاءت صراحة المادة 1002 من القانون المدني الكندي الخاص (code civil du bas Canada)² فالاختلال يُقاس حسب هذا النص ليس لأن الأداء أقل من الأداء الذي قدّمه، ولكن عندما يتلقى المتعاقد غير الراشد أشياء ثمينة بمقابل أشياء ذات نفع وضرورية سواء أشياء صعبة الاحتفاظ، ومحفوفة بالمخاطر في مقابل أشياء سهلة الاحتفاظ والتي تؤدي الى عقد لا فائدة منه، أو أن المورد المالي للمتعاقد محدود، وقرّره القضاة أن شراء سيارة بمبلغ 575 دولار بالنسبة لقاصر دخله اليومي 3 دولار فيه غبن لأنها تجعله في فوضى لا تتلاءم مع عاداته وتمثل له إسراف وتبذير³، يجعل العقد باطل لاختلال توازنه.

¹ «...Le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût de prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante...»

² L'article 1002 CCB. Canada «La simple lésion est une cause de nullité, en faveur du mineur non émancipé, contre toutes espèces d'actes lorsqu'il n'est pas assisté ou représenté par son tuteur et, lorsqu'il l'est, contre toutes espèces d'actes autres que ceux d'administration, et en faveur du mineur émancipé en justice, contre tous les contrats qui excèdent les bornes de sa capacité légale; sauf dispositions contraires de la loi».

³ La cour d'appel a décidé que le vent d'une automobile pour 575\$ a un mineur ayant des revenus de 3\$ par jour était lésionnaire, puis «constituait pour lui une cause de désordre dans ses habitudes et de dépenses considérables», Élise M. Charpentier, Op.cit., p 168.

إن هذا تصور واسع في الحماية بغرض تحقيق التوازن بين أطراف العقد والاداءات المتقابلة، أن التوازن حسب هذا التصور يحقق حماية تعد ترفاً قانونياً بالنسبة لقوانيننا فالتوازن في العقد يقاس إذا كان الثمن الذي دفعه المتعاقد غير متفاوت بالمقارنة مع إمكانياته ومدخوله وإذا كان يتمشى مع نمط ومستوى معيشته¹، بحيث لا تحدث له اضطراب ما وهذا منتهى الحماية والتوازن والسيطرة على مفاهيم ووسائل العدالة العقدية² وهذا وفق التصور الحديث للقانون المدني الكيبيكي، وأيضاً قانون كندا السفلى (code civil du bas Canada)

وما يلفت الانتباه كون تقدير التفاوت وفق القانون المدني السويسري كما نصت عليه المادة 21 يقتضي أن يكون واضح ويرى بعض الفقه أنه: «تفاوت صادم ويخضع لتقدير القاضي ولكنه يعتبر مسألة قانون يخضع للمحكمة الفدرالية السويسرية»³، ويبدو أن هذا التصور مستوحى من القضاء الألماني لأنه سباق في التوسع في مجال الاستغلال ليعالج به كل اختلال في العلاقة التعاقدية، بل ذهب إلى أكثر من ذلك إذ اعتبر قبول إرث مثقل بالديون من قبيل الربا الذي يرتب اختلال في الاداءات بتفاوت كثير واعتبر السيدة التي قبلت إرث زوجها أنها في حالة عدم توازن ليس لعدم خبرتها بل لعدم علمها بوجود هذا الدين ولخضوعها لعاطفة المودة الزوجية قبلت العقد وهذا الحل لم يتحقق فيه عنصر الاستغلال وترتب بطلان عقد قبول التركة لما فيه ارهاق للسيدة طبق فيه نص المادة 138 BGB⁴، لقد عالج القانون الألماني بكل جرأة وصرامة اختلال التوازن العقدي بل وحتى بالنصوص الجنائية (a302/e302)

¹ Élise m. charpentier Op.cit. p. 167,168.

² أقصد الادوات القانونية والمؤسسات المكرسة للأنظمة القانونية ثم البنية الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع

³ «La disproportion évidente est une nation de droit que ou voit le tribunal fédéral» in Pierre Engel Op.cit. p211.

⁴ Paul Ossipow, Op.cit. p308.

التي أعطت للقاضي سلطة وحرية كبيرة في تقدير التفاوت، تعتمد على معايير متباينة تحتل تحليل النفسي أحيانا أكثر من نسبة الفائدة المحددة.

الثابت أنّ القضاء الألماني غنيّ جدا بهذه الحلول فتعدّ مسألة التفاوت الفادح مسألة ربا اجتماعي لا يمكن حلّها إلا بنصوص القانون الجنائي E302 A302 أو المادة 138/2 فإذا كان التفاوت المادي فادح يكفي حتى يكون مخالف للآداب ولو بدون وجود استغلال بل توسع القضاء في تفسير المادة 138/2 الى كل الأشكال الاستغلال¹.

إنّ ما يميّز به الاستغلال لإعادة التوازن للعلاقة العقدية هو أن تقدير التفاوت لا يخضع الى تقييم حسابي كقاعدة جامدة تطبق على جميع الحالات دون النظر الى الفروق بين الحالات والظروف المختلفة التي تضيفي على عدم التعادل صفة الفداحة والإفراط اللذان يجعلان التفاوت غير مألوف إنّ إطلاق معيار تقدير عدم التعادل من أيّ قيد حسابي يتفق مع آليات السوق فضلا عن اختلاف السلع والخدمات وتغير قيمتها بصورة متلاحقة يتعارض مع خضوعها لرقم حسابي وفي هذا تحقيق لقدر من التوازن الذي يتميز بطابع واقعي. والمناسب لهذا التصور أن خضع تقدير عدم تناسب الكثير لسلطة القاضي وقت انعقاد العقد فالمقارنة تتم على أساس ما تمّ التعاقد عليه وليس على ما تمّ تقديمه تنفيذاً للعقد، وهذا حتى تشمل المتعاقد الحماية المقررة في الاستغلال ويتطابق مع ضرورات حماية التوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد.

¹ «Ilya aussi atteinte aux intérêts de communauté, quand un citoyen exploite une gêne économique générale pour se procurer ainsi des bénéfices, des contre prestations excessives en cas de manque de denrées, des salaires de famine en cas de chômage, constituent des atteintes contre les bonnes mœurs» Paul Ossipow, Op.cit. p309.

الفرع الثاني: تقدير التوازن الذاتي في الاستغلال

إنّ نظرية الاستغلال تعالج الاختلال المادي للعقد مستندة الى جوانب التوازن الذاتي المفقود، الذي ترتب عنه ذلك الاختلال الموضوعي للعقد، وحالات ضعف المتعاقد متعددة الأوجه، كما يمكن أن تكون وضعيات ومحيط يتيح سوء الاستفادة التي يصطلح عليها استغلالا وقد حددها المشرع الجزائري في المادة 90 في حالتي الطيش البين والهواء الجامح وبهذا الحصر أنكر المشرع الجزائري أهم مجالات الاستغلال وانتزع من النص الدور المنوط به في تحقيق التوازن بل أنّ الحالتين الوارديتين تمتاز بالغموض والتضييق وتعبيران عن وضع واحد ذلك ان مجال الاستغلال والذي انكره المشرع قد يُصنّف الى ثلاث تصنيفات:

1-التصنيف الأول: الوضعية الاقتصادية للمتعاقد.

2-التصنيف الثاني: الوضعية الذهنية للمتعاقد.

3-التصنيف الثالث: الحالة المعرفية والثقافية للمتعاقد.

أولاً: الوضعية الاقتصادية للمتعاقد المغبون:

أهم مجال لاختلال التوازن وتحقيق الاستغلال هو الحاجة الاقتصادية ولهذا اعتبرناها في المقام الأول في التصنيف والتي تجعل العقد مختل، فالحاجة أو الضائقة، حالة التبعية والخضوع، حالة العوز أو الخطر الاقتصادي بالإضافة الى الحاجات المستعجلة والطارئة أهم ما يُمكن المتعاقد المُستغل من الاستفادة وهي تحيلنا الى الوضعية الاقتصادية للمتعاقد فالضحية مضطر للتعاقد لأنه بحاجة للعقد أو خوفا من تفاقم الضائقة، وهذا يدفع الى البحث في النظرة المختلفة للقوانين في الوضعية الاقتصادية للمتعاقد.

وردت حالة الحاجة أو الضائقة إمّا لتجعل المتعاقد في وضعية اختلال مع المتعاقد

الآخر، أو لتهيئ ظروف تخول للمتعاقد الآخر الاستفادة غير المشروعة.

فقهيا تعتبر الحاجة هي الضرورة الملحة للحصول على النقود فتكون ضائقة اقتصادية وقد تكون ضائقة تهدد المغبون اقتصاديا في حياته أو صحته أو في شرفه، ويضيف صاحب الرأي أنّ الحاجة يجب أن تفسّر بتوسع حتى لا نهمل حالات كثيرة تشملها هذه الفكرة¹ والمشرّع الجزائري في المادة 90 أهمل هذه الحالة وكذلك فعل القانون المصري في المادة 129 خلافاً لباقي القوانين العربية المادة 125 مدني عراقي «...إذا كان أحد المتعاقدين قد استغل حاجته...» بينما القانون الكويتي أضاف وصف الحاجة فنصت المادة 159 «إذا استغل شخص في آخر حاجته الملجئة» وهذا تضيق ولكن تداركه في نفس النص بأن أشار الى استغلال كل ضعف، وكذلك فعل القانون السوداني في المادة 115 مدني بأن أورد «...وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل حاجته...» أمّا القانون مصدر النظرية المادة 138 ألماني فلقد نصت على «...يعتبر باطلا بنوع خاص كل تصرف قانوني يستغل فيه الشخص حاجة الغير...» إنّ القانون الألماني يصطلح عليه مصطلح *Besoin*² أي الحاجة بينما القانون السويسري مصطلح الضائقة أي *La Gêne* فالمتعاقد الذي يقبل على عقد يتضرر منه يجب أن يكون في وضعية اقتصادية صعبة ويبدو لنا أنّ مصطلح الضائقة أدقّ ويقصدها المشرع السويسري إذ أنّها تحتلّ التوسع أكثر لتشمل كل الجوانب النفسية والمادية بحيث أن الضائقة تمسّ الفقير وكذا الغني ومع ذلك هذا المفهوم نتلمسه في تفسير القضاء الألماني.

إذ تهدف المادة 2/138 الى الضائقة وهي جمع لكل حالات الاحتياج مهما كان نطاقها ولكن يأخذ كل حالة على حدى بالرغم من ذلك وجد القضاء صعوبة في تحديد مفهومها، عندما واجه مشكل التفرقة بين خطر الخسارة الاقتصادية مع احتمال الربح الاقتصادي ذلك

¹ Ossipow Paul, Op.cit. p.326.327 Paul Ossipow dans ce sence A. Rieg le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand thèse Strasbourg, P.249.

² Elbassouni, Op.cit. P.97.

أن احتمال الربح المستقبلي قد يدفع الى قبول خطر الخسارة الحالي وبعد ابرام العقد تتغير القيم المتبادلة وتصبح غير متوازنة في هذه الحالة رفضت المحاكم التدخل بالمادة 2/138 واعتبرت أنّ الحاجة الاحتمالية أو الحاجة المتخيّلة لا يمكن أن تحويها نظرية الاستغلال. ومع ذلك لا يجد القضاء حرج في تطبيق روح النص، ويتأثر بما ذهب اليه القضاء الإنجليزي إذ قرر هذا الاخير أنّ الضائقة تُفترض من الظروف وبالنظر الى التفاوت الصارخ، يعفى المغبون من إثبات حالة الضائقة ويقع على الغابن عبئ إثبات حسن نيّته¹ وهذه مرونة يميّز بها القضاء الألماني²، لقد اختصر بعض الفقه الضائقة كونها كل حالة ضعف تؤدي الى تدني اقتصادي³ وتقضي المحاكم الألمانية بقيام الحاجة والضائقة إذا كان ضحية الاستغلال ومع ذلك لا يجد ما يكفي ليوصل أعمال مهنته فهذا يجعل وجوده الاقتصادي مهدد بطريق مباشر⁴ كما أن استحالة الحصول على شقة يعتبر ضائقة⁵ كما تشمل الحاجة الشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

ولا يختلف القانون السويسري في المادة 21 من ادراج نطاق الحاجة ضمن الاستغلال، كما نجد نص المادة 269 التقنين المدني السويسري في ما يتعلق بتحديد ثمن الإيجار الباهض يفترض ان المؤجر في وضع قوة، أيضا في حالة تعسف بوضعية قوة واحتكار أو وضعية هيمنة فكلما كانت وضعية القوة واضحة فإنّه يعاد النظر في توازن الأداءات المتقابلة⁶ ويواصل الرأي الفقهي إن القانون السويسري يعتبر الحاجة الاقتصادية هي الأكثر انتشارا ولا يفرق بين

¹ Elbassouni. p.99.

² Ibid. p.99.

³ Paul Ossipow, Op.cit. P.328-329.

⁴ A. Rieg, Op.cit. pp.326. A. voir aussi Ossipow, Op.cit. P.326.

⁵ مجموع القرارات، في الهامش، ص 328 المرجع السابق، Ossipow.

⁶ (En cas d'abus d'une situation cortellaire ou d'une position dominante (CF. L cart 5 SS, 7 et 12 SS) la position de force est évidente (CF. ég, la LF du 20.12.1985 concernant la surveillance des prix) in Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, Op.cit. 189.

الحاجة المادية أو المعنوية مؤقتة ام دائمة حقيقية أو حتى خيالية (imaginaire) كاعتقاد التاجر أنه في حالة إفلاس، وتعد حاجة اذا تعلقت بالمتعاقد أو أحد أفراد عائلته وتلحق الحاجة الشخص الطبيعي أو المعنوي¹.

كما أن الحلول تختلف من وضع لآخر إذ أن نقص الثروة والغياب الكلي للمصادر المالية ليس مطلوب بل يكفي اضطراب مالي مؤقت لأعمال نظرية الاستغلال² إن الحماية المخولة فيها توسع كبير في مفهوم الحاجة بل أن هناك من الفقه من ذهب الى القول أنه لا ينبغي أخذ حالة الضائقة من حيث وجودها المادي بغض النظر عن مصدرها فنؤخذ بها ولو كان مصدرها خطأ المغبون نفسه ويبرر صاحب الرأي هذا بأن موقف المستفيد من الحماية لا يتغير في هذه الحالة إذا ما قورن بالحماية في حالة الطيش إذا لا نتساءل في مدى مساهمته في التسرع وعدم أخذ الحيطة³ يجدر الانتباه من كل ما تقدم أن الرضا غير معني بالحماية وأن غرض النظرية هو تحقيق نوع من التوازن المادي في العلاقة العقدية وتوازن نسبي بين أطراف التعاقد وإذا كان الشخص المعنوي معني بالنظرية وبالضائقة والحاجة فكيف يكون رضا معيب، كما نلاحظ أن القانون والقضاء والفقه العربي يندر فيه التوسع في مفهوم الحاجة بالرغم أن القوانين العربية سألته الذكر اعتدت بالحاجة إلا أن بعض الفقه العراقي حسن الذنون يعطي مثالا عن حاجة فيورد أن احتياج المريض الى اجراء عملية عند طبيب معين واستغلال الطبيب لهذه الحالة⁴، فهذا التصور بسيط لحالة الحاجة.

أمّا التقنين المدني اللبناني في المادة 214 (الموجبات والعقود) فيعتبر الحاجة هي حالة العسر فقط الذي يدفع المرء على التعاقد مع شخص آخر بشروط مجحفة، فالحاجة التي نصت

¹ Pierre, Engel Op.cit. p 212. Voil aussi Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, Op.cit. p.188.

² Rieg, Op.cit. p.191.

³ Ossipow, Op.cit. p.328.

⁴ حسن الذنون، نظرية العامة للالتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، سنة 1976، ص 104.

عليها المادة 214 ليست حالة الضيق العادية وهذا فسّرتة محكمة الاستئناف من أنّ «مجرد حاجة الشخص لمبلغ معيّن من المال لإيفاء ديونه لا يشكل الضيق المشروط في (المادة 214 موجبات وعقود) حتى ولو اضطرّ لبيع أملاكه وفاء لدينه، لأن حالة الاضطراب التي عاها المشرع هي التي تنجم عن الفاقة والعوز أي من الضائقة الناشئة عن عدم توفر المال اللازم لدى البائع للقيام بأوده وأود عياله، وهذه الحالة تختلف عن اضطرار الذي يدفع مديونا غير معوز لبيع أملاكه لوفاء الدين المترتب بذمته، وعليه فإن حالة الضيف لا يمكن استنتاجها من مجرد بيع الملك وفاء للدين إذ قد يكون المدين دفعته ظروف خاصة لبيع قسم من أملاكه لوفاء دينه دون أن يكون بحالة ضيق فائقة تعرض حياته وحياة عياله بصورة فعلية وإيجابية وترغمه على التخلي عن أملاكه مهما كانت شروط البيع غير ملائمة»¹.

إنّه يبدو واضحا التفسير الضيق الذي يقيّد النص كما يرى بعض الفقه² على نحو يعطلّ وظيفته إذ أنّ هذا النص في حقيقته يمثل مرحلة متقدمة في سبيل حماية المتعاقد الذي يذهب ضحية لحاجة يتعرض لها أو ضيق يعاها، وهذا لم يمنع القضاء اللبناني من الاعتداد بالحاجة والضيق الذي يهدد الشخص في ماله وشرفه بمعنى ما يهدد ماديا وأدبيا، ولكن هذه الظروف المادية والنفسية توصله الى الضيق المقصود³، فكان الاجدر الأخذ بروح القوانين؟.

¹ محكمة استئناف بيروت المدنية الغرفة الأولى قرار رقم 485 في 05 آذار 1957 مجموعة حاتم جزء 31 ص 18 رقم 04 مشار إليه في عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974 بيروت، لبنان، ص 302.

² عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 303.

³ محكمة التمييز المدنية قرار رقم 65 بتاريخ 1960/09/29 مشار إليه في عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 303.

ويبدو واضحاً أنّ الأنظمة التي توسعت في نظرية الاستغلال كالنظام القانوني الكيبكي يعتبر أن مجرد التفاوت الصارخ يفترض الاستغلال ولا يهم أي حالة ليقرر القضاء إعادة توازن العقد.

وكذلك يفعل القضاء الألماني ذلك أنّ الظروف المحيطة لعدم التعادل الفادح يفترض الحاجة¹، وهذا أمر لا يحتاج إلى تأسيس إذ أنّ التفاوت الفادح بين أداءات المتعاقدين يفترض استغلال الحاجة وهذا ما قرره المحكمة العليا الألمانية²، ويضيف Ossipow أنّ الحاجة أو الضائقة كما جاء في القانون السويسري تشمل الشخص المعنوي أيضاً³ ويضيف أنّه يمكن أن تتعاقد شركة تجارية تحت ضغط الحاجة وإذا لحقها غبن تتمسك بالمادة 21 تقنين مدني سويسري، تثيره هذه الحالة علاقتها مع حالة الضرورة وحالة الإكراه الاقتصادي المقرونة باختلال التوازن؟

الرد على هذا التساؤل لرأي يعتقد أنّ حالة الضرورة تدخل ضمن نظم الاستغلال فكل من الحاجة والضرورة هي مجرد اضطراب للتعاقد ولا تعد إكراها وهذا ما فرضه التطور الاقتصادي للمجتمعات الحديثة⁴ أمّا حالة الضرورة فقد نتجت عن الظروف الضاغطة بهيئات مصادفة ولم يكن الهدف منها الضغط على الإرادة المتعاقد، فالمستفيد لم يحم بأي فعل سوى أنّه استغلها أن أحكام القانون المدني الفرنسي وخاصة المادة 1109 المتعلقة بالإكراه ترى أن ينتزع الرضا، وعليه فالضرورة لا تشكل إكراها ونؤيد رأي الفقهي⁵ القائل أنّ قصور النصوص

¹ Elbassouni, Op.cit. p.94

² «On trouve une application de ce principe dans un jugement du AE –Gelesnki Rechen du 16 avril 1952 C citéin NJW – Fundh Ziuil recht Ibis 138» in Rieg, Op.cit p. 192.

³ L'art 21(suisse) «s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales» in Ossipow p.249.

⁴ محمود جمعة أبو بكرة، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص 1975 جامعة الجزائر ص 122.

⁵ محمود جمعة أبو بكرة، المرجع السابق، ص 126.

نظرية الاستغلال ليس مبررا لإدخال ما ليس من الإكراه في نطاق نظرية الإكراه والأفضل الأخذ بحالة الحاجة التي تشمل حالة الضرورة بدلا من التضييق من مجال النص.

إننا نجد فيما ذهب اليه نص المادة 7/207 من قانون، القواعد النموذجية لقانون الأوروبي والمعنونة بالاستغلال غير المشروع L'exploitation illégale «يستطيع أحد الأطراف إثارة بطلان العقد عند نشأته: في حالة خضوع أو علاقة تقتضي الثقة إزاء الطرف الآخر أو كان في حالة ضائقة اقتصادية أو حاجة ماسة...».

إن أحدث ما توصل اليه التصور الفقهي والقانوني في مجال اختلال التوازن هو الاعتراف بالاستغلال كوسيلة لمعالجة اختلال التوازن ابتداء وضمن القواعد العامة وخروجا عن مبدأ سلطان الإرادة ومن بين جوانب النظرية عيوب الرضا¹.

ثانيا: الوضعية الذهنية الخاصة بالمتعاقدين:

يقتصر التصنيف على شخصية المتعاقد وقد يكون مرتبط على خصائص نفسية وذهنية تجعله مهيا لأن يُستغل، والحالات الواردة في هذا الشأن والتي خص بها المشرع الجزائري نظم الاستغلال في المادة 90 مثله مثل القانون المصري في المادة 129 هما حالتا الطيش والهوى فكيف لهذين الوضعين أن يجعل طرفا العلاقة العقدية غير متكافئين من الناحية الاستعدادات الذهنية والنفسية ثم تستغل هاتين الحالتين ليتربن عنهما اختلال مادي بين الأداءات متفاوت كثيرا أو فادح هناك من يربط هاتين الحالتين بأنهما تمس الرضا وعليه توجب تحليل مجال اختلال التوازن في الطيش البين (1) والهوى الجامح (2).

¹ أنظر أكثر عرارة عسالي، نظرية الاستغلال، المرجع السابق، ص 52 وما يليها.

1- الطيش:

يرى الفقه أنّ الطيش عدم القدرة على التمييز، أو نوع من الحماس، فالشخص الطائش لا يزن عواقب قراراته، ويرى الجانب الإيجابي فقط والفوائد الآنية¹، كما يتفق الفقه على اعتبار فكرة الطيش فكرة عامة وغير محدودة فمن الطبيعي أن المشرع يشمل بالحماية هؤلاء الذين لا يستوعبون نتائج تصرفاتهم «فالطيش لا يعني عيب يمس الرضا الحر وليس عارض ذهني بل تعني حالة الشخص الذي لا يعبأ ولا يبالي بنتائج التزاماته التعاقدية» وإذا كان هذا هو تعريف الطيش فلا يمكن أن نُعدّ قائمة نبين فيها أشكال الطيش بسبب الطبيعة المجردة للفكرة فهي محاطة بظروف متباينة ومختلفة قد تجعلها تقلت غالباً من القضاء².

ويضيف إلا أنّ الطيش قد يكون نوع من نقص الأهلية الخاصة الذي يجعل المغبون ليس لديه القدرة على فهم تصرفاته ويؤكد الرأي الفقهي³ «لا نريد القول أنّ إرادة المغبون مشوبة بعيب بل وبالعكس إرادة الطائش سليمة وحرّة وأنّ المشرع ما يهدف لحمايته هو التسرع والتهور في إبرام العقد هو الذي يأخذ في الاعتبار وليس نسق معيشة المتعاقد أو لسفاهه ولا لثروته»⁴، ويظهر أنّ أحسن مؤشر عن الطيش هو الذي يوجد في العقد ذاته فالقضاء الألماني ذهب إلى أنّ التفاوت الفادح والرضا بالشروط تلحق الضرر علامة الطيش بدون البحث في

¹ Pierre Engel, Op.cit., p212.

² «La légèreté ne désigne pas un vice qui porte atteinte à un consentement libre. Elle n'est pas non plus un désordre mental. Elle désigne plutôt l'état d'esprit d'un individu insouciant et indifférent aux conséquences des obligations qu'il contracte» in Elbassouni, Op.cit. P99.

³ Elbassouni, Op.cit. P100.

⁴ «La légèreté peut être considérée comme une sorte d'incapacité spéciale, qui enlève au lésé, en raison de son manque d'expérience, la faculté de comprendre la portée exacte de son engagement, Nous ne voulons pas dire par là que la volonté du lésé soit entachée d'un vice, au contraire cette volonté reste saine et libre, Mais ce que le législateur entend protéger c'est la hâte et la précipitation dans la conclusion du contrat qui prouvent que le lésé a agi d'une façon inintelligente ;c'est donc cette manière d'agir qui doit être prise en considération et non pas le train de vie du lésé, ni sa prodigalité, ni sa fortune», Elbassouni, Op.cit. P100.

بأقي شروط المادة 2/138 وبتوافق مع جانب كبير مع الفقه فإنّ الاستغلال يحمي عدم المساواة بين المتعاقدين إذ الحماية تتخذ منحى الحماية الاجتماعية وذلك بحماية المتعاقد الضعيف، وتدفع لأخلقة القانون، واستطاع القانون الألماني، رد الجور التعاقدى وعليه يمكن القول أنّ الحماية تنصب على اللامساواة بين المتعاقدين والاختيار غير الذكي للمتعاقد¹ فالطيش لا يفسد الرضا الحر وليس خلل عقلي²، وهي حالة تشبه الى حد كبير حالة السفه.

إنّ المشرع الجزائري وصف أن يكون الطيش بينّ وهذا إمعانا في تضيق نطاق حالة الطيش بحيث يجب أن يكون واضحا ومعروفا لدى الشخص أي حالة الشخص يمكن تبينها من كل الناس فهي لا تخص نطاق العقد فحسب وهذا ما جعل هذا الحصر وهذه الحالة لا جدوى منها. أي نظرا لطبيعة الحالة ثم تضيقها، والحالة الثانية التي جاء بها المشرع الجزائري على سبيل الحصر هي حالة الهوى الجامح.

2- الهوى:

يعرف الهوى أنّه الرغبة التي تملك على الإنسان زمام نفسه فيجد نفسه مدفوعا الى الرضوخ لكل ما يفرسه هذا الهوى دون أن يستطيع مناقشة أو خيار³ ولا يوجد اختلاف في تعريف فكرة الهوى إلا أنّ لا يوجد تعريف يحدد الطبيعة القانونية لفكرة الهوى بل أننا لم نجد

¹ «...protégé en réalité l'inégalité personnelle et le choix intelligent du lésé» Elbassouni, Op.cit. P100.

² «La légèreté ne désigne pas un vice qui porte atteinte à un consentement libre. Elle n'est pas non plus un désordre mentale...». Elbassouni, Op.cit. p99

³ خليل أحمد حسن قدامة، شرح القانون المدني الجزائري-مصادر الالتزام، ج1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1994، ص 68.

ما يفرق بين فكرتي الطيش والهوى، ونوافق رأي أوسيبو Ossipow «أن فكرة الطيش تظهر إذا تعاقد الشخص بحماس مدفوع بهوى شديد»¹.

فالهوى حالة عاطفية ونفسية مثل الطيش الذي يقال عنه حالة نفسية وجسدية.²

وهذا ما ذهب له التصور السويسري حيث يرى الفقه أن الطيش والهوى حالة واحدة تقتزن مع بعضها ولا يمكن فصلها وهما يتفقان من حيث الفكرة ولهما نفس الأثر.³

إنّ الملاحظ أنّ هذا التضيق له علاقة بالحالة الذهنية المتعاقد، ولكن كما يرى الفقه وذهب اليه القضاء البلجيكي أنّه يجب الحذر عند الأخذ بالطيش أو الهوى فإذا وجدت هذه النزوة يجب أن لا يساهم فيها الشخص بالقدر الذي يجعل حمايته غير منطقية، فالطيش والهوى غير المغتفر لا يمكن حمايته، فلا يُحمي الشخص من خطئه الجسيم، فالمتعاقد الذي أقدم على التعاقد بطيش وهوى غير مغتفر، فهو ليس بالضرورة قد أستغل إنّه ساهم بصفة مباشرة وإيجابية في الوضع الذي وجد فيه⁴، إنّ هاتين الحالتين ليس الهدف منها حماية الرضا إنّها المنفذ التي يعالج منه اختلال التوازن، فالاجتهاد القضائي المقارن اعتبر الرضا بشروط مجحفة دليل طيش⁵، إنّنا نربط الهوى بالطيش لأنهما يمثلان برأينا حالة واحدة ذهنية ونفسية كما أنّ القوانين الغربية لا تعتد بحالة الهوى بل طبيعتها وأثرها تلحقها بالطيش.

¹ «...emporté par un vif désir aveuglé par la passion conclure d'enthousiasme». In P. Ossipow, Op.cit., p251

² «La légèreté est un état psychique et pathologique ...» in Ossipow, op.cit. p 251-252.

³ Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, Op.cit. P 188.

⁴ Élise m. Charpentier, Op.cit. P 191

⁵ على فيلاي، المرجع السابق، ص 98.

ثالثاً: الوضعية المعرفية والثقافية للمتعاقد

إنّ هذا التصنيف يواجه الاختلال بين المتعاقدين الناتج عن الحالة الاجتماعية والمستوى المعرفي للمتعاقد، والتي تتمثل في عدم الخبرة، فالأفراد يتباينون من حيث التكوين والمهارة والخبرة ومن هذا الاختلاف لجأت بعض القوانين لمراعاة التفاوت بين الأفراد وذلك من خلال إعادة التوازن للعقد المختل من جراء عدم خبرة المتعاقد.

وعدم الخبرة هو عدم المعرفة بالمعاملات وهو نقص في المعلومات والمعارف العامة ويكون النقص في القدرة التقنية والعلمية وهو أيضاً نقص في المعارف الكافية حتى يدرك المتعاقد أنّ أدائه متفاوت كثيراً¹، وعدم الخبرة يؤسس على نقص المعلومات لدى المتعاقد ففكرية الاستغلال تمد الحماية لعدم الخبرة سواء كان انعدام الخبرة مؤقت أو محدد في مجال معيّن ولا يشترط انعدام الخبرة العامة وبالتالي يجعل المتعاقد ليس لديه القدرة على التفاوض ويستوي في ذلك انعدام النضج وكبر السن وأيضاً حالة المرض والأمية أو حواجز اللغة في ضل غياب المرشد القانوني² أمّا القضاء الألماني فقد تردد في أول قرار بين الأخذ بعدم الخبرة العام أو الخاص³ ولكن القضاء اكتفى في الأخير بعدم الخبرة الخاص.

إنّ عدم الخبرة ونقص المعارف لها علاقة بحالة الضعف التي نصت عليها صراحة بعض القوانين مثل القانون الكويتي المادة 159 مدني «إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً...» أي كل وضع غير ملائم أو حالات قد يصعب فيها إدراجها في النص مع وجودها في المعاملات اليومية بين المتعاقدين وهذا التوسيع في

¹ Pierre Engel, Op.cit. p 212

² هذا في القضاء الإنجليزي أنضر بتفصيل في رسالة Élise m. Charpentier, Op.cit. pp 192.193

³ القرار مشار إليه في المرجع السابق P. Ossipow, Op.cit. p 329

مجال الاستغلال يجعل من النص وسيلة فعالة لتحقيق التوازن الحقيقي بين أطراف التعاقد ومن ثم تحقيق التوازن بين أداءات المتعاقدين.

بالرغم من محاولة تصنيف الوضعيات التي يتجلى فيها الاستغلال إلا أنّها حالات تتداخل ولا تكاد تتفصل عن بعضها إذ يرى "البسوني" أنّه لا يوجد فرق بين هذه الحالات وذلك أنّ القضاء الألماني يستعمل أحيانا الحالات الثلاثة مع (الطيش، الحاجة، عدم الخبرة) وأحيانا حالتين مع بعضهم لأنهم يمثلون أشكالاً مختلفة لنفس الأثر¹، ويضيف أن تكريس هذه الحالات يهدف لحماية اللامساواة الاقتصادية والذهنية² إنّّه يحمي اللامساواة الشخصية حتى أنّ المحاكم تلاقي صعوبة في جعل البطلان يتعلق باستغلال احدي هذه الصور دون الأخرى³.

المطلب الثاني: علاقة الاستغلال باختلال التوازن

على خلاف مع القانون الجزائري فإنّ القضاء الألماني والتقنين المدني الكيبيكي في المادة 1406 ينص صراحة على أنّ التفاوت المهم يفترض الاستغلال افتراض يقبل اثبات العكس فالقانون الكيبيكي يعتبر أنّ هناك رابطة وعلاقة بين اختلال التوازن والاستغلال وهو لا يعتبرها موجودة في كل الحالات ولذا اعتبر قرينة الاستغلال قابلة لإثبات العكس⁴، إنّ التفاوت الباهض بالنسبة للقانون الكيبيكي لا يمكن أن يكون له تأسيس إلا على كون ضحية

¹ Elbassouni, Op.cit. p 101.

² Elbassouni, Op.cit. P 94.

³ P. Ossipow, Op.cit. p 330.

⁴ هذا التصور مستوحى من الأعمال التحضيرية لمشروع مراجعة القانون المدني الكيبيكي (أعمال مركز مراجعة القانون

المدني) وذلك من التعليقات والاعمال وأسباب هذا الحل كما ورد:

«Pour pouvoir invoquer la lésion, le contractant doit, en effet, démontrer qu'il existe au sein de l'engagement une disproportion sérieuse entre les prestations. Dès ce moment, afin de ne pas mettre sur les épaules du demandeur un fardeau de preuve impossible à décharger, naît une présomption que cette disproportion résulte de l'exploitation par le contractant de la condition de la partie ou des circonstances. La preuve contraire est naturellement possible, le contractant pouvant démontrer l'absence d'exploitation» (Office de révision du Code civil, Rapport sur le Code civil du Québec), Élise m. charpentier, Op.cit. P 194

التفاوت الفادح قد أُستغلّ وهو الحل الذي جاء به نص المادة 57 المتعلق بخدمات الدفن والاضرحة الذي نص صراحة أنّ المشتري يستطيع طلب إبطال العقد المتعلق بخدمات الدفن وشراء الأضرحة أو يطالب بإنقاص الالتزامات كلما كانت باهضة أو مفرطة¹.

لقد اعتبر التفاوت واختلال التوازن مفترطين بين الأداءات هو وليد الاستغلال، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن جدوى شرط الاستغلال إذا كانت النصوص القانونية ترى صراحة في الاستغلال أنّه لا داعٍ لإثباته بل هو أمر مفترض وهذا ما أكدّه نص المادة 08 من قانون حماية المستهلك الكيبيكي: «إن المستهلك يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزامات إذا كانت الأداءات المتقابلة معتبرة التفاوت مما يعني استغلال المستهلك أو أنّ التزامات المستهلك باهضة مفرطة أو متعسفة² ولقد فسرت محكمة النقض في قرار "قارو" والبنك التجاري الكندي³ «أنّ هذا النص يعاقب الغبن الموضوعي أي اختلال التوازن بين أداءات المتعاقدين لأنه يجعل قرينة الاستغلال قرينة قاطعة وذلك بافتراض الاستغلال افتراض قاطع كما توضحه الفقرة الأولى من المادة 08، وعليه فسر بأن عقد الاستهلاك متوقف على توازن أداءاته لأن مجرد وجود اختلال في التوازن يؤدي إلى افتراض الاستغلال بقرينة قاطعة⁴، إنّ حلول القضاء الكيبيكي جاءت مكرسة

¹ «L'acheteur peut demander la nullité du contrat d'achat préalable de sépulture ou demander la réduction des obligations qui en découlent, lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation de l'acheteur ou lorsque l'obligation de ce dernier est excessive, abusive ou exorbitante.»

² La loi 8 sur la protection du consommateur de Québec : «Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante.»

³ L'arrêt Gareau auto inc. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce, [1989] R.J.Q. 1091.

⁴ «...la validité du contrat de consommation dépend donc du respect de l'équilibre des prestations, puisque l'existence d'un déséquilibre entraîne une présomption absolue d'exploitation. ...» Élise m. Charpentier, Op.cit. P 159.

للدور المنوط بالاستغلال وهو إعادة التوازن للعقد ومطابقة للنصوص القانونية الصريحة في معالجة الاختلال متى كان هذا الاختلال مهماً.

ولقد أسس القضاء على أنّ المحكمة يجب أن تتساءل أولاً عن وجود التفاوت وثانياً إذا كان هذا التفاوت معتبر لدرجة أن المستهلك يغبن بقوة وإذا كانت الإجابة إيجابية على السؤالين فالقاضي يجب أن يخلص إلى نتيجة منطقية وهي أن المستهلك قد أُستغل¹

وكون أن التفاوت واختلال التوازن في العقد هو أهم ما يجب البحث عن معالجته أما مصدر الاستغلال فمن الصعب تصور وضعيات أين يتواجد اختلال في التوازن ليس مصدره الاستغلال أحد أطراف التعاقد للآخر² إنّ هذا التصور الحديث لنظرية الاستغلال من كونه أصبح العنصر النفسي أي الاستغلال يفترض ولا فائدة من اثباته هو ليس بالأمر الجديد في نظرنا لأن الاستغلال في هدفه والاساس الذي أعتمد عليه في القوانين مصدر النظرية لم يكن يهدف إلا محاربة الجور التعاقدية ويعالج الاختلال بين أداءات المتعاقدين ولم يلتفت لكي يحمي الرضا حتى وإن تحقق افساد الرضا.

المطلب الثالث: معيار الآداب العامة لإعادة التوازن للعقد:

المشرع الجزائري متأثر في وضعه المادة 90 بالأنظمة الجرمانية فالقانون الألماني الذي ربط نظم الاستغلال بتصور خاص هو الآداب العامة، ومن البديهي أن نتساءل عن روح المادة 90 ما دام أنه ليس لها نفس الاتجاه مع نص المادة 138؟

¹ «...Le Tribunal n'a qu'à se demander : 1) s'il y a disproportion; 2) si cette disproportion est considérable au point de léser gravement le consommateur. Dès que le juge répond affirmativement à ces deux questions en se fondant sur les faits [...], il doit tirer la conclusion logique, savoir qu'il y a eu exploitation du consommateur.» in Gareau, supra note 327 à la p. 1096. Voir aussi C. Masse, «Développements récents en matière de lésion entre majeurs et d'équité contractuelle»

² D. Guggenheim, **Le droit suisse des contrats - principes généraux**, Genève, Georg Éditeur SA, 1991, p. 183.

إنّ نص المادة 138 من التقنين الألماني تعتبر بالأخص الاستغلال مخالف للآداب العامة لأنها تعتبر أنّ التصرف في حد ذاته أي عملية الاستغلال تصرف غير مشروع ففي أحد مناقشات نص المادة 138 برئاسة "Von Buol Berenberg" في جلسة 20 جوان 1806 أثّرت أن فكرة الآداب العامة لا تبرر البطلان المطلق للعقد بل يجب إضافة النظام العام حتى يكون الجزاء منسجم، ولقد خلاص النقاش أنّه يكفي التفاوت الفادح بين أداءات المتعاقدين لاعتبار العقد باطل لتحقيق التوازن وأنّه بالإضافة لكون الاستغلال عمل غير مشروع ويعتبر مساساً لمصلحة العامة، أن يستغل مواطن الحاجة الاقتصادية العامة ليتحصل على فوائد وأداءات مفرطة كما أن التفاوت الفادح يكون مخالف للآداب¹ فهذا المعيار وجدفيه القضاء وسيلة فعالة وناجحة وتقنية لإعادة التوازن لكل جور تعاقدية فالاجتهاد القضائي تأثر بالفقه الاجتماعي ليصبغ النظرة الأخلاقية للقانون المدني فالمحاكم يكفيها التفاوت المفرط حتى تطبق المادة 138/2 وتبطل العقد وربطها صراحة بالآداب²، وأصبح هذا المعيار موجه ومرشد للقاضي³ وجد فيه ربط بين حماية الفرد وحماية المجتمع فالاستغلال ضرر فردي وخطر اجتماعي كما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الألماني، هذا المنظور المختلف للاستغلال وفق النظرة الألمانية والكيبيكية والانجليزية التي يعتبر أنّ التفاوت الصارخ بين الأداءات المتقابلة يفترض الاستغلال دون حاجة الى اثباته⁴ والثابت أنّ المتفحص لكل النصوص في القوانين العربية لا يلمس هذا البعد في نظرية الاستغلال بما فيها المادة 90، مما سبق يجعلنا نعتبر

¹ P. Ossipow, Op.cit. p 309.

² F. Elbassouni, Op.cit, pp 46, 47, voir aussi Gaël Chantepie, Op.cit. p424.

³ Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, **Le Droit des obligations** 5^{ed} Schulthess Éditeur : Romandes (suisse) 2012, p 186.

⁴ Tancelin, M., **La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec**, R.I.D.C. 1978, 1009. In houcin ben salima, de l'équilibre du contrat, thèse de doctorat université de Tunis el Manar, 2008, p 62.

أن هذه النظرية من أنجع أدوات تحقيق التوازن العقدي بين أطراف التعاقد زفي موضوع العلاقة العقدية وحماية للفرد والمجمع ككل، وهذا تؤكد صياغة الجزاء المقرر في الاستغلال.

المطلب الرابع: نجاعة جزاء الاستغلال في تحقيق التوازن

إنّ طبيعة الجزاء له علاقة بالحماية كما يُلاحظ على طبيعة الجزاء أنّ المشرع يهدف الى حفظ التوازن الذي ينبغي أن يسود بين المتعاقدين، إنّه تجديد حقيقي في جزاء الاستغلال وهو إمّا دعوى الإبطال (الفرع الأول) أو إعادة التوازن للعقد وذلك بتوقي دعوى الإبطال (الفرع الثاني). أو دعوى الإنقاص (الفرع الثالث) باستثناء ميعاد رفع الدعوى الذي نعتبره عيباً تشريعياً يعيق الغرض من تنصيب الاستغلال (الفرع الرابع).

الفرع الأول: دعوى الإبطال

اعطى المشرع الجزائري القاضي سلطة تقديرية بناء على نص المادة 90 في أن ينقص التزامات ضحية الاستغلال، أو يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد المغبون: "جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد" فإذا كانت التزامات الضحية متفاوتة ينقص منها، أما إذا كانت استفادة الضحية العقد ضئيلة مع المقابل الذي تحصل عليه المستفيد فالقاضي ليس له أن يزيد في التزامات المستفيد تجاه ضحية الاستغلال.

والقاضي له أن يجيب هذا الطلب أو أن يقتصر على الإنقاص بناء على ظروف وملابسات القضية.

والمادة 90 أقرت الإبطال مثل عيوب الرضا فالإبطال بسبب الاستغلال يخضع لنفس القواعد نفسها ويترتب عليه إعادة الأطراف الى الحالة التي كان عليها العقد قبل التعاقد.

هذا إذا لم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد سواء كان تنفيذاً كلياً أو جزئياً أما إذا تم التنفيذ كان للقاضي أن يحكم بتعويض الطرف الذي لا يستطيع استرداد ما أدّاه، وبخلاف هذا يتضح، أنّ الجزاء المقرر في القضاء الألماني وهو البطلان المطلق أثار كثير من التساؤل لدى الفقه، في كون طبيعة الجزاء قاسية جداً وتحرم المتعاقد من العقد، وتمسّ باستقرار العقد إنّ ما يبرر هذا الجزاء هو ربطه بالآداب العامة فاعتبر الاستغلال مساساً بالمصلحة العامة ومن مبررات هذا الجزاء الردعي هو أنّ التصور الألماني للاستغلال يستند إلى مبررات قوية في نظام اقتصادي يخضع للتنافس الحر يجب فيه ضمان حركة الثروة، فالحماية تكون لأطراف التعاقد بهدف حماية المجتمع، بحيث يعطي لكل أفراد المجتمع نفس الحماية وبالتالي فقانون الأقوى يتلاشى، وحينئذ تملأ الاتفاقات إلى مجال الشرف والاستقامة وبهذا يعتبر الاستغلال وسيلة تقنية منسجمة مع تحقيق الأمل التجاري في نفس الوقت¹.

الفرع الثاني: توقي دعوى الإبطال

مما لا شك في أنّ الهدف ليس إصلاح الرضا وإلا لاكتفى بالإبطال، ولكن المقصود هو إصلاح ما شاب العقد من خلل، وبذلك نرى أنّ مراجعة العقد هو خيار بين دعوى الإبطال أو الإبقاء على العقد مع إصلاحه وذلك بإعادة التوازن للالتزامات المتفاوتة وفي هذا الخيار خير ما يضمن التعادل الحقيقي بمراعاة الأوضاع الحقيقية بين المتعاقدين.

إنّ هذا الجزاء يعطي لنظم الاستغلال بعده الحقيقي ويتضح الغرض من المادة 90 المتعلقة بالاستغلال هو إصلاح الجور التعاقدي، فإذا كان العقد يعاني من عدم توازن بين الالتزامات المتفاوتة إمّا في مقابل مبالغ فيه يتطلب الإنقاص أو مقابل ناقص وغير كاف يستلزم أن يرتفع لمقابل عادل، وهذا الحل يتلاءم مع عقود المعاوضة أما عقود التبرع والتي لم

¹ P. Ossipow, Op.cit. p 134.

ينص عنها المشرع صراحة كما رأينا فإن المنطق يكون إما ابطال العقد بناء على طلب المتبرع أو أن القاضي ينقص من المال المتبرع به وفقا للعدال وما هو مألوف التعامل به.

كما أنّ الحفاظ على استقرار العقد، والحقوق المكتسبة من طرف الغير ومراعاة لمصلحة المتعاقدين مما يرتب العقد من فوائد لكليهما، رتب المشرع الجزائري حكما خاصا بالاستغلال واعطى خيارا ممتازا للمستغل أو المستفيد، له الاختيار في أن يمارسه ويتمثل في توقي إبطال العقد إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، نصت المادة 90: "...ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذ عارض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن...".

إنّ هذا الحل استلهم من أحكام الغبن، فلقد اخذ المشرع هذا الحل من جزء الغبن، وهذا الحكم يثبت أن ما يصبو إليه المشرع هو إعطاء العقد طابعه العادل بإصلاحه.

وبهذا الحكم الوارد في المادة 90 يتم ضمان استقرار العقد ودعم العقد، إذ لا يمكن تجاهل الأوضاع الحقيقية والواقعية للعقد والآثار المترتبة عنه.

وتصحيح العقد، حكم له أهميته كما في استغلال أعمال وحقوق المؤلف إذ لا يمكن رد العقد إلى حالاته الأولى، وبالتالي فإن عملية اعادة التوازن للعقد أصلح وأكثر منطقية، أيضا هذا الحل مناسب في حالة الإنقاذ والمساعدة البحرية والتي تكون قد تمت وبالتالي لا يمكن ارجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ومن الأحسن تصحيح العقد بإعادة توازنه بإضافة عرض من طرف المستفيد يقدره القاضي إذا كان كافيا لرفع الغبن، ويمكن تصور هذا الحل في عقد الوكالة أيضا.

إن العرض المقدم من طرف المستفيد يختلف عن العرض في مواد الغبن كون هذا الأخير محدد برقم حسابي سلفا أما العرض الذي نصت عنه المادة 90 يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقرر ما إذا كان العرض كافيا لرفع الغبن في كل حالة على حده، وهذا لاختلاف موضوع وأطراف العلاقة العقدية في كل عقد.

وهذا الخيار للمستفيد أي المستغل أن يمارسه أو يرفض ممارسته فهو غير ملزم به فالعقد إما يبطل أو يصلح وهذا العرض خاص بعقود المعاوضة كما جاء به نص المادة 90، يتميز بنجاعته في تحقيق التوازن التعاقدية وهذا هو الغرض الذي يصبو له المشرع.

الفرع الثالث: دعوى الإنقاص

تمثل دعوى الإنقاص في طلب لمن كان ضحية الاستغلال رفع الغبن الفاحش أي الالتزام المتفاوت أو المفرط إلى الحد المعقول نصت المادة 90 /2: «...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص في التزامات هذا المتعاقد».

وهذا الحل يتفق ومصلحة الضحية، فليس من مصلحته ابطال العقد إذ أن المفروض أنه بحاجة لذلك العقد، وأيضا في مصلحة الغير وهذا منعا لاضطراب المعاملات.

والقاضي له أن يقتصر على الإنقاص حتى ولو طلب منه المغبون الابطال وخيار الإنقاص يعد أعدل إذ يتلاءم مع هدف المشرع في استقرار العقود مع المحافظة على التوازن

والتعادل بين المتعاقدين¹، كما يرى البعض أنّ طلب الإبطال يتضمّن في نفس الوقت الإنقاص طالما قد تحقق به فكرة العدل التبادلي².

ودعوى الإنقاص لم يتأثر بها المشرع الجزائري لا بالغبن ولا بجزاء عيوب الرضا بل أنّه مدفوع بحماية جديدة، حماية المتعاقد الضعيف الذي وجد في ظروف غير لائقة ويوجد نفس الحل في نظرية الظروف الطارئة 107/ 3: «(...) غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين إن لم يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

يختلف هذا الإرهاق مع نظرية الاستغلال في أن هذا الإرهاق حدث بسبب ظروف خارجية عن إرادة الطرفين وحدثت بعد إبرام العقد.

نفس الحماية ذهب إليها المشرع في عقود الإذعان المادة 110: «إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

¹ «ويعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد، فللقاضي إذن أن يحكم بالإنقاص من التزامات المغبون عوض لإبطال وفي اعتقادنا فإن الاختيار بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون هو أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، ففي ضوء الملابسات وظروف القضية قد يحكم بالإبطال أحسن وسيلة لرفع الغبن، وقد يكفي بإنقاص التزامات المغبون وإبقاء العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن»، في علي فيلالي، المرجع السابق، ص 214 و215.

² إبراهيم بن حديد، في علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 215.

وفق هذا الحل للقاضي سلطة واسعة فله ان ينقص الالتزامات المتفاوتة الى الحد يراه كافيا لرفع الغبن والكافي لجعل الالتزامات المتقابلة عادلة، والمقصود ليست المساواة التامة ولكن ما يقضي به العدل والتعامل المسموح به.

ويقدر هذا الإنقاص حسب ظروف كل عقد، والقاضي لا يستطيع أن يحكم بالإبطال إذا رفعت أمامه دعوى الإنقاص، لأن الإبطال أكثر من الإنقاص وبالتالي يكون قد حكم بأكثر مما طلب منه الخصوم إذا اقر الإبطال، والإبطال لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها بل هو إبطال يحكم به بناء على طلب المتعاقد ضحية الاستغلال، فكل هذه الأنظمة استبق بها المشرع نظيره الفرنسي وهي مستلهمة من تصور واحد للتوازن التعاقدية.

ورغم ما للقاضي من سلطة تعديل الالتزامات المتقابلة إلى حد معقول، هذا لا يسمح له أن يرفع أو يزيد من التزامات المستفيد من الاستغلال، بل هذا متروك لحرية المستفيد إذا عرض من تلقاء نفسه ما يراه القاضي كافيا لإحلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة بخلاف المشرع الكويتي عما جاء في المادة 90 إذ أنه جعل الجزاء متميزا وذلك أن اعطى للقاضي سلطة زيادة التزامات الطرف المستفيد (المستغل) وهذا بنص المادة 159 كويتي: «(...) كان للقاضي، بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال، ان ينقص من التزاماته أو ان يزيد في الالتزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد».

وخص عقود التبرع بنص خاص يكون فيه بناء على طلب المتبرع، للقاضي أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات المتبرع ويعطي في هذا معيارا موضوعيا للانقاص مثله مثل عقد المعاوضة فجاء نص المادة 160 صريحا "في عقود التبرع التي تجيء وليدة الاستغلال يكون للقاضي بناء على طلب المتبرع، أن يبطل العقد، أو أن ينقص مقدار المال المتبرع به وفقا لظروف الحال وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية".

أما المشرع الجزائري فقد اكتفى من أن جعل مكنة إعادة التوازن بيد الضحية أولا في تقرير مصير العقد ثم للطرف الآخر توقي دعوى الإبطال ويعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الاختلال وفي هذا حماية للعقد والمحافظة على توازن مصالح الأطراف المتعاقدة.

الفرع الرابع: ميعاد رفع الدعوى

تختلف دعوى الاستغلال من حيث مدة رفع الدعوى عن باقي عيوب الرضا وايضا على ميعاد رفع دعوى الغبن إذ نصت المادة 90: «(...) ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة».

إن طبيعة المدة هي مدة سقوط لا مدة تقادم والفرق بين الاثنين أن ميعاد السقوط لا يرد عليه وقف ولا إنقاص، وطبيعة هذه المدة تخص الغبن الذي أثارته المواد (358، 732).

بانتهاى السنة تصبح دعوى الاستغلال غير مقبولة، وقد يكون المشرع قد أخذ بهذا الميعاد لاستقرار المعاملات، وهذا مبرر غير منطقي إذ أن اقتصار دعوى التقادم على سنة واحدة تجعل دعوى الاستغلال عديمة الجدوى. وبهذا المشرع الجزائري لم يهتدي إلى الحل السليم فكان من الأجدر أن يأخذ بنفس ميعاد عيوب الرضا، لأن هذا الاجل القصير يجعل الحماية مستحيلة.

والغريب أن بدأ ميعاد رفع الدعوى يبدأ من يوم انعقاد العقد والمفروض والأقرب إلى المنطق أن يبدأ الميعاد من وقت انتهاء الأسباب التي أدت إلى الاستغلال، فلو فرضنا أن الظروف التي أدت إلى إبرام العقد أي الحالة التي استغلت بقت أكثر من سنة فإن ضحية الاستغلال يفوته حقه في الطعن في العقد.

كان من الأجدر على المشرع أن يعطي لطرف المغبون حقا في رفع الدعوى متى تخلص من الظروف التي دفعته أن يبرم عقدا يتنافى ومصلحته فإذا كان لا يزال في هذه الظروف

غير الملائمة فإنه لا يتسنى له المطالبة بحقه فإذا انقضت مدة سنة من وقت إبرام العقد فإن العقد في نظر القانون يصبح غير قابل للطعن فيه.

لقد اختلفت بعض القوانين العربية عن موقف القانون الجزائري المماثل لزميله المصري، إذ أن القانون السوداني لا يفرق بين دعوى الاستغلال ودعاوي الإبطال بسبب عيوب الرضا إذ تسقط جميع هذه الدعاوي بالتقادم إذا انقضت سنة من يوم انكشاف العيب أو انقطاعه وهي تتقادم على كل حال بمضي خمس سنوات من وقت إبرام العقد، أيضا القانون اللبناني لا يفرق في ميعاد رفع دعوى الاستغلال مع المدة المقررة لباقي عيوب الرضا وهي عشر سنوات من وقت انكشاف العيب أو انقطاعه (المادة 235 موجبات وعقود) وهي مدة تقادم لا ميعاد سقوط¹.

هذه الحلول تتلاءم مع هدف الحماية التي تخولها نظرية الاستغلال وإلا ما الفائدة من النص الذي لا يعطي متسعا من الوقت لفرصة المتعاقد الضعيف في أن يباشر حقه.

¹ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، المرجع السابق، ص 313.

المبحث الثالث: ابتكار فكرة السبب الجزئي لتحقيق التوازن

السبب ركن في العقد في القانون الجزائري وفي غيره من النظم الأخرى، مع أنه ليست كل القوانين الأخرى تقبله كركن في العقد¹ وربما ذلك مما أدى الى انقسام الفقه بشأنه² بين نافٍ لدوره في التعاقد وذلك شأن اللا سببيين³ من أمثال "بلانيول"⁴ ومدافع عنه ذلك هو شأن السببيين⁵ ويتزعمهم "كابتان" H. Capitant و"موري"⁶ J. Maury ولقد ساند النظم القانونية في العموم مذهب السببيين.

حيث نظم المشرع الجزائري السبب في المادتين 97 و 98 من ق.م.ج وبقراءة النص الفرنسي للمادتين وهما النص الأصلي نجد أنها تكرسان التصور التقليدي في نص المادة 97، وأمّا المادة 98 فتأخذ بها بازدواجية التصور أي النظرية التقليدية والحديثة في نفس الوقت، بينما الفقه يرى أنّ نظرية السبب قد قسمت الى شقين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة لتحقيقان

¹ ومن ذلك القانون الألماني الذي يجيز التصرفات المجردة، وهي تصرفات غير مسببة في النظام الألماني

M. Fromont, droit allemand des affaires et des biens Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail, Edition Montchrestien, coll. « Domat — Droit privé », 2001 (Spéc N° 75 et 172).

أمّا النظم الانجلو سكسونية فهي لا تعرف نظام السبب بمثل ما يعرفه النظام الفرنسي والجزائري ولكنها تشهد أنظمة شبيهة وهو نظام:

" The Consideration، la Considération"

في محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، 2004، ص 201.

² لا يكتسي السبب أهمية الشهود بها له لكن في القانون الروماني حيث أنّ الالتزامات هناك تستمد قوتها من شكلية، وما اكتسب السبب من أهمية فيفضل الفكر الديني عامة.

³ Les anti causalistes.

⁴ وكذلك

Hug, commentaire du code civil, T. VI N°39
Traité élémentaire de droit civil N° 1037

ولكن مؤسس الفكر الا سببي هو الفقيه ERNST في مؤلف صادر له سنة 1826 وعنوانه:

"La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions"

⁵ Le causaliste : H. Capitant : de la eaux des obligations 3^{ed}, 1927.

وكابتان يتوسع في السبب بالتعرض لدوره لا في قيام العقد فقد بل في تنفيذه كذلك.

⁶ Jacques Maury, Essai de la nation d'équivalence en droit civil Français, thèse Toulouse, 1920, « le concept et le rôle de la course dans la jurisprudence », RIDP civ 1951, p.485.

وظيفتين أساسيتين لهما، تتماز النظرية التقليدية بالصبغة الموضوعية التي تسمح بمراقبة وجود السبب الذي يكون في الأداء المقابل وهو حماية للمتعاقد عند تكوين العقد ويقصد به السبب القسدي بينما تركز النظرية الحديثة التصور الذاتي الذي يقتضي النظر الى السبب الباعث أو الدافع للتعاقد وهو أمر شخصي يعالج مشروعية السبب لحماية المجتمع من العقود المخلة بالنظام العام والآداب العامة، وهذا لا ينأى بالنظم من قيامه على فكرة التوازن (المطلب الاول).

أمّا القضاء الفرنسي يعطي للسبب دور قوي في حماية العقد الذي يجب أن يكون له دور اجتماعي في حماية التوازن العقدي وأخلقة العقد، كما أنّ النظر الى الجانب الاقتصادي للعقد يجعل من السبب أداة فعالة لمراقبة انسجام العقد وتحقيق فكرة التبادل العقدي ولقد تأثر المشرع بهذا التوجه، فاعتمد سبب الالتزام الذي يعتبر قوام التوازن، كما قد تدعمت نظرية السبب ودور المنوط بها في العقد من تطور فقه القضاء الفرنسي بفضل مجموعة من القرارات التي ركزت نظام السبب ومجده ومن ذلك قرار كرونوبوست Chronopost المعتمد عليه في إرساء مفهوم الالتزام الأساسي (L'obligation Fondamentale) وقرار آخر يعود الى مفهوم (التوازن الاقتصادي العام للعقد وكل هذه القرارات مؤداها الى إرساء مبدأ عام في القانون، يعرف بمبدأ الملاءمة في التعاقد) أو التناسب (principe de la proportionnalité contractuelle) إن هذا الاجتهاد القضائي أدى الى اتساع مفهوم السبب بحيث أعطى له الدور جديد الذي من الممكن أن يضطلع به المتعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سبب الالتزام قوامه التوازن العقدي

السبب وفق النظرية التقليدية يعرف بأنه سبب الالتزام ومن الضروري التعرض لمضمونه (الفرع الاول) لكي يتبين بصورة واضحة دوره الفعال في تضيق التوازن بين الأداءات في العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون سبب الالتزام

المقصود بسبب الالتزام وفق النظرية التقليدية هو السبب القصدي أي الغاية المباشرة¹ وهو السبب الموضوعي بحيث لا يتغير في نوع واحد من العقود ولا يؤسس على نية الأطراف، إنّ السبب بمفهوم الغرض القريب والموضوعي يتوافق مع المقابل في جل الحالات أي المنفعة والهدف من العقد في بعدها الاقتصادي².

وسبب الالتزام يختص بما يلي:³

- سبب الالتزام ليس سبب العقد، هو أمر داخلي للعقد وهو عنصر من عناصره وترتب على تخلفه بطلان العقد إنّه مصاحب للالتزام من يوم نشأته الى يوم انقضائه.
- سبب الالتزام واحد في كل العقود لا يتغير في نوع واحد من العقود فلا يتغير محل المعاملة.
- سبب الالتزام موضوعي مجرد باعتبار العرض المباشر لا يتأثر بنوايا الداخلية للمتعاقدين إنّه معلوم لدى الطرفين فهو يتعلق بصيغة العقد ذاته وطبيعة الالتزام.

وجاءت مواد 97، 98 تبين أنّ السبب يجب أن يكون موجود وصحيح ومشروع

إذا تخلف سبب الالتزام ترتب عنه انعدام ركن السبب في العقد وانعدم معه العقد فلا ينعقد البيع لتخلف سبب الالتزام البائع وهو محل التزام المشتري والمادة 97: «يكون العقد باطلا إذا لم يكن التزام سبب أو كان مخالف للنظام العام والآداب العامة»⁴.

¹ على فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد) موفم للنشر، الجزائر 2008 (طبعة منقحة ومعدلة)، ص 246.

² محمد محفوظ، المرجع السابق، ص 204.

³ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 248.

⁴ L'article 97 du cc «Le contrat est nul si on s'oblige sans cause ou lorsque le cause est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.»

كما يكون السبب باطلا إذا كان غير صحيح ويكون كذلك إذا تعلق الأمر بالغلط في السبب أو كان السبب صوري أي أن السبب ليس حقيقي أي لا وجود له والصورية لا تبطل العقد في حد ذاتها إلا إذا كان القصد منها تحقيق هدف غير مشروع وهذا ما نصت عليه المادة 98 م.ج. «كل التزام مفترض أن له سبب مشروعاً ما لم يقيم الدليل على غير لك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه».

ترتب عدم مشروعية السبب البطلان المطلق وإذا كان السبب الذي يتعاقد لأجله الأطراف مخالف للنظام العام والآداب العامة فالعقد يبطل وفي العقود الملزمة للجانبين يكون سبب التزام أحد الطرفين غير مشروع إلا إذا كان في المقابل محل التزام الطرف الآخر غير مشروع ولقد نت المدة 97 و 98 من ق.م.ج.

الفرع الثاني: سبب الالتزام يحقق التعادل بين الأداءات

إن السبب له وظيفة هامة تتمثل في حماية المتعاقد وذلك من خلال تقدير وجود السبب فلكي يبرم العقد صحيحاً يجب أن يكون للالتزام سبباً من أجل مراقبة ما تعهد به كل متعاقد للتأكد من وجود حقوق تقابل التزامات المدين¹ إن أهم وظيفة للسبب هي أن يكون تعادل بين الأداءات المتقابلة فكل طرف من العلاقة التعاقدية يرغب في أداء معادل بين ما يعطي وما يأخذ فالوظيفة التي يؤديها السبب كما يرى "موري" Maury هو المعادلة بين الاداءات كسبب للالتزام إن سبب الالتزام كما يضيف الفقيه في العقود الملزمة للجانبين هي اشتراط وجود المقابل الاقتصادي وعليه فهو يرى ضرورة التفرقة بين السبب في التبرعات والذي هو الدافع

¹ لحو خيار غنيمية، محاضرات في مادة التزامات، وتكوين العقد، 2013-2014.

الذاتي أي الباعث أما السبب في المعاوضات هو الاداءات المتقابلة المتعادلة إذ لا سبب إلا ما كان له عوضاً¹، وشرط السبب من الأسس التي يقوم عليها وهي الدعائم التي تؤسس للتوازن العقدي.

إن التصور الموضوعي للسبب يسمح بمراقبة الفوائد المتبادلة بين المتعاقدين أو توازن التزاماتهما²، ونقصد بذلك أن فكرة وجود سبب الالتزام تُحيلنا الى فكرة التوازن في العقد في حالة انعدام سبب التزام أحد الأطراف يصبح التزامه دون مقابل³، كما أن هناك من يرى أن فكرة صحة السبب تتجاوز الغلط في وجود السبب.

أسس القضاء عليها لما ينبغي أن يكون من تكافؤ أو تعادل بين الأداءات المتقابلة وهذا ما أكدته بحكم شهير ومهم صادر في 11 مارس 2003⁴ عن الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية حيث أكد هذا الحكم فكرة السبب غير الصحيح ليس متماثلة مطلقاً مع الغلط في وجود السبب، إنَّ الحكم الجديد من حيث أنَّ السبب غير صحيح وانعدام السبب ليس

¹ « N'est cause que ce qui est équivalents » in Maury, cause recueil, V° contrat et convention, Encyclopédie 1970, N°87.88, p 10.

² على فيلالي، المرجع السابق، ص 254.

³ لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص ص 55-56.

⁴ Civ, 1^{er}, 11 mars 2003, rev, trim, dir, civ, 2003, 287, obs. Mester (J.) et Foges (B.), JCP 2003, I, 142, obs. rechfed (J.).

في ايمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق ص 85

« وقائع الدعوى تتلخص عند وفاة عالم هندسي كبير كان يعمل خبير في تخصصه، تولى ابن أخيه إدارة أعماله وأمور تجارته وكانت غير رائجة- في ظروف غامضة، وبعد عدة سنوات حررت أرملة المتوفي إقرار بالدين لصالح ابن أخيه قيمته (800 ألف فرنك) مقابل قرض وافق الأخير على منحه لها، إلا أنها رفعت عليه دعوى بعد ذلك تطالب فيها بإبطال هذا الإقرار، تحققت محكمة الاستئناف من أنَّ الأرملة كانت مدينة فعلاً لابن الأخ ولكن بمبلغ أقل من (200 ألف فرنك تقريباً) واستنتجت من ذلك أنَّ سبب الالتزام غير صحيح، وقضت بإبطال الإقرار بالدين تطبيقاً للمادة 1131 من القانون المدني الفرنسي (المتعلقة بالسبب) طعن ابن الأخ في الحكم السابق بالنقض فنقضت الدائرة المدنية الأولى حكم محكمة الاستئناف مؤكدة في ضوء المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي «أن عدم صحة السبب جزئياً لا يترتب عليها بطلان التزام ولكن انقاصه بمقدار الجزء غير صحيح»، وبما أنَّ محكمة الاستئناف قد تحققت من وجود الدين، حتى ولو ظهر أنه أقل من المبلغ الذي تعهدت به الأرملة فإن حكمها بإبطال الإقرار بالدين رغم ذلك مخالف للمادة 1131.

مترادفين فمحكمة النقض تحققت من الدين (وهو سبب الإقرار) وقررت عدم صحة السبب جزئياً، إما محكمة الاستئناف فقد أخطأت لأنها حكمت بالبطلان رغم أنها تحققت من وجود السبب، أن محكمة النقض اعتمدت على التقدير الاقتصادي للسبب (l'appréciation économique de la cause) حيث لا يكفي مجرد وجود الدين كسبب للإقرار بالدين ولكن ينبغي أن يكون هناك تكافؤ أو تعادل بينهما في القيمة وهذا على خلاف ما ذهب له الأستاذة خيار غنيمية التي ترى «ينبغي أن نتجنب الخلط بين انعدام السبب وتكافؤ الأداءات فلا تطبق نظرية السبب إذا كان غياب السبب جزئي فتطبيقها يؤدي الى تجاهل أحكام الغبن وتطبيقها على جميع العقود في حين أن مجال تطبيق الغبن محصور على عقد بيع العقار (358ق.م.ج)، عقد المقايضة (415 ق.م.ج) وعقد القسمة (723 ق.م.ج)» لكن الملاحظ أن هناك ظهور تصور جديد لسبب ليكون له دور في إعمال تكافؤ الالتزامات¹، وهي ما أطلق عليه القضاء التقدير الاقتصادي للسبب.

كما أن فكرة السبب تقوم علي فكرة ترابط الالتزامات أي أن مصير أحد الالتزامين يتوقف على مصير التزام الآخر فلا يتصور وجود أحدهما دون وجود الآخر بيد أن القول بوجود ارتباط بين الالتزامات المتقابلة معناه التسليم بفكرة السبب² الأمر الذي يحقق ويقيم التوازن ذلك أن وجود علاقة ارتباط³ بين الالتزامين يسمح للمتعاقد بتوقيف التزامه أو الفسخ ذلك أن قاعدة التقابل والارتباط لها مكانة كبيرة في تحقيق التوازن في عقود المعاوضات عند نشأة الالتزامات،

¹ تفصيل أكثر لاحق في المطلب اللاحق.

² ايمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية القاهرة سنة 2008، ص 37.

³ فكرة الترابط (interdépendance) ظهرت في القانون الكنسي مفادها ان العقود تتميز بترابط وثيق سواء عند تكوين العقد أو عند تنفيذه وتمت صياغة هذا المبدأ على هذا النحو: «إن لم ينفذ أحد الطرفين التزامه فإن الطرف الآخر يزول» أي «non servandi fides, non est fides servanda» بمعنى «on n'a pas à tenir sa parole à l'égard in Terré (F) Simler (Ph) Lequette (Y), Droit civil. «de la personne qui ne tient pas la sienne Les obligations, 6ed Dalloz 1999, p 270.

ولقد أدخل الفقيه الفرنسي "كابيتان"¹ عليها تحويرا هاما على النظرية التقليدية بهدف تدعيمها والإبقاء عليها مؤكداً أنه تعديل يسمح بتفسير التقابل والارتباط بين الالتزامات الطرفين ليس عند نشأتها فقط ولكن بعد ذلك حتى يتم تنفيذ العقد حيث يكون سبب الالتزام كل طرف في العقود الملزمة هو التزام الطرف الآخر وإثما هو تنفيذ الالتزام وهذا يقتضي السبب الالتزام ويستمر منذ نشأة العقد وحتى انقضائه، وهذا الارتباط يفسر ما تتميز به العقود الملزمة للجانبية، من مميزات الدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، وتحمل التبعة، وهذه الأوضاع فيها من الحماية ما يحقق التوازن العقدي ويبدو واضحا ان الدفع بعدم التنفيذ له دور في تكريس فكرة التوازن العقدي من خلال مكنة كل متعاقد أن يوقف تنفيذ التزامه ويمتنع عن تسليم ما في ذمته لمدينه حتى ينفذ الالتزام المقابل له هذه المكنة تخول لمن لم يتحصل على الفائدة التي تعاقد لأجلها بأن يتمسك بالوسائل التي تسمح له من استيفاءها.

كما أن الفسخ الذي يجد أساس له في فكرة الترابط القانوني التي تجد أساسها في نظرية السبب بالمفهوم التقليدي أي في سبب الالتزام (السبب القسدي)²، فإن الفقيه "موري" Maury يرى أن أساس الفسخ فكرة التكافؤ بين الأداءات أما "مازو" Mazeaud فيرى أن الفسخ هو نظام اصلاح الخسارة التي ستلحق بالدائن بسبب عدم تنفيذ ركن.

هناك من يرى خلاف هذا «كل هذه المسائل لا نعتقد أنها مؤسسة على نظرية سبب الالتزام ولو الأمر يتعلق بوجود التزامات متبادلة هناك فرق بين السبب والدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ بحيث السبب هو ركن يشترط لصحة التصرف ينبغي أن يوجد وقت التعاقد وانعدامه

¹ أيمن إبراهيم العشماوي المرجع السابق، ص 48.

² هذا رأي كابيتان وأنصار نظرية السبب التقليدية أكثر تفصيل في أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص ص، 47، 48.

يؤدي الى بطلان العقد، أما الدفع بعدم تنفيذ والفسخ يطبقان في مرحلة تنفيذ العقد الذي أبرم صحيحاً أي بسبب موجود ومشروع، وعدم وجود مقابل للالتزام احد الأطراف لا يكفي بنفس التكيف إن حدث في مرحلة ابرام العقد وفي مرحلة تنفيذه ولا يرتب نفس الجزاء فإدماج فسخ العقد والدفع بعدم التنفيذ ضمن نظرية السبب يجعل الأحكام التي خصصا المشرع لتنفيذ العقد بدون جدوى»¹.

إنّ هذا الرأي يؤكد اعتقادنا من كون نظرية السبب بتصورها الموضوعي أي سبب الالتزام تعد أداة من أدوات تحقيق التوازن العقدي عند نشأة العقد.

المطلب الثاني: السبب يرسى مبدأ التناسب والملاءمة في التعاقد

إنّ لنظرية السبب اشعاع مستمر خاصة بعد الدور الذي أمدها به التوسع في مفهومه من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي خاصة بداية من سنة 1996 هذه القرارات أعطت استخدام جديد لفكرة السبب تصبو الى تحقيق التوازن العقدي وذلك بإرساء مفهوم الالتزام الأساسي (l'obligation fondamentale)² (الفرع الأول) ومفهوم التوازن الاقتصادي العام للعقد³ (l'économie du contrat) (الفرع الثاني).

الفرع الأول الالتزام الأساسي في العقد أداة التوازن العقدي

إنّ القرار الشهير المعروف بقرار كرونوبوست (Chronopost) استندت فيه الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية الى السبب فأبطلت الشرط المبالغ فيه معتمدة على الالتزام الأساسي للتعاقد، وتتلخص وقائع هذه الدعوى أن شركة Banchereau سلمت طرود يحتوي

¹ لحو خيار غنيمه، المرجع السابق، ص 57.

² Principe de la proportionnalité contractuelle.

³ يلمس هذا الدور في الاجتهاد القضائي الفرنسي خاصة منذ قرار Chronopost كرونوبوست والاحكام التي تلتها متأثرة به، انظر في هذا:

على ملف المشاركة في مناقصة لتوريد اللحوم الى شركة النقل السريع Chronopost لتوصلها الى الجهة المعنية إلا أن الشركة أخلت بهذا الالتزام مرتين إذ توصل الظروف متأخرة مما فوّت على الشركة Banchereau دخول المناقصة لتوريد اللحوم، مما أدى بها إلى رفع دعوى مطالبة تعويض الضرر اللاحق بها عن عدم الالتزام، إلا أن شركة Chronopost دفعت بوجود شرط يحدد مبلغ التعويض في حالة التأخير بالثمن الفارق بين البريد العادي والسريع.

لكن وبجراحة غير معهودة قررت الغرفة التجارية لمحكمة النقض وبمقتضى المادة 1131 من القانون المدني (المتعلق بسبب) إن الشرط المحدد للمسؤولية الذي يناقض التزاما أساسيا بإيصال الطرود في الموعد المحدد وبسرعة فائقة هو شرط تعسفي وبالتالي يجب اعتباره كأن لم يكن أو لم يكتب في العقد¹ إن الحل الذي جاء في القرار يعني أن شركة Chronopost بتعهدا تنفيذ الالتزام مع النص في العقد على شرط يجعل من التزامها لا قيمة له وإن الجزاء الذي يترتب على ذلك هو أن الالتزام الرئيسي يصبح بلا سبب وبديل من أن يكون جزاء الالتزام انعدام السبب في هذه الحالة هو بطلان العقد فإن الدائرة التجارية تفضل استبعاد الشرط مصدر الخلل والمتنازع فيه كأن لم يكتب لأنه ينقص بصورة فادحة جزاء عدم التنفيذ الالتزام الرئيسي، فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحا استنادا إلى ركن السبب إنها وظيفة جديدة استحدثها القضاء حيث عالج عدم التكافؤ العقدي بفكرة غياب السبب².

إلا أن هذا القرار لم يسلم من النقد حيث انتقد بعض الفقهاء حكم Chronopost مؤكدا «أن هذا الحكم ليس ملائما وأنه يمكن استبعاد الشروط المحددة للمسؤولية والوصول إلى حل

¹ «Clause limitative de responsabilité du contrat qui contredit la portée de l'engagement pris doit être réputée non écrite» cass, com 22 cet 1996, contrat canc, consom. 1997 comm n°24 obs. Leveneur, 1997, 121 note a sérieuse, **** 1750000 obs. F. anse *****

² J. M. gueguen « le renouveau de la cause, en tant qu'instrument de justice contractuelle » Dalloz, 1999,33 cahier, chr p 323.

عادل بطرق أو بوسائل أخرى تقليدية كالخطأ الجسيم أو فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ¹، ذلك أن المتفق عليه أنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي أنه لا يجوز استبعاد شرط تحديد المسؤولية إلا في حالة ارتكاب المدين غش أو خطأ جسيم، وقدرت محكمة الاستئناف أن الخطأ الذي ارتكبه شركة Chronopost لا يرقى إلى درجة الخطأ الجسيم²، يرى بعض الفقه أنّه لم يُستند إلى المسؤولية، لأن فكرة الخطأ تخضع لاعتبارات شخصية ترتبط بسلوك المدين وحالته النفسية، أمّا الفكرة المبتكرة وهي الاخلال بالالتزام الرئيسي تتميز كونها ذات معيار موضوعي وهو الأهمية الخاصة والقيمة للالتزام المُخلّ به وهو (الثقة وسرعة، الخدمات، النقل السريع (la fiabilité et l'accélérité de son service de transport rapide)، ومن ثمّ فإنه ينبغي احترام الشرط المحدد لمسؤوليتها، لكن الدائرة التجارية اختارت حلاً جديداً مبتكراً عندما أسست على فكرة الاختلال بالالتزام الرئيسي مما يشكل انعداماً للسبب، واستبعدت الشرط المحدد للمسؤولية دون أن تلجأ إلى فكرة الخطأ الجسيم.

اراد قضاة النقض الابتكار من خلال التمسك بانعدام السبب هنا على ضوء المادة 1131 وهو الغياب الجزئي للسبب أي عدم وجود جزء من سبب الالتزام ويستنتج الانعدام الجزئي للسبب من عدم التوازن العقدي بمفهوم الفائدة أو المصلحة عن شرط تحديد المسؤولية، أي بالمقارنة الدقيقة بين الالتزامات المتقابلة إنّ المتعاقد مع Chronopost لم يحقق المصلحة المرجوة ولم يحصل على الفائدة المنتظرة من أداء الخدمة الموعود بها، وهي ليست نقل الرسالة

¹ Larroumet, Op.cit. p 147, Delebecque, Op.cit. in

ايمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 111.

² Vinceut forray, Op.cit., p 431.

ولكن بصفة خاصة وصولها في الوقت المحدد وهو الالتزام الأساسي¹، وقد أخلت الشركة بهذا الالتزام.

الرجوع الى فكرة السبب في رأي القضاء في هذه القضية معتبرا أنّ التوصيل بسرعة وبدقة هذا هو الالتزام الرئيسي وهو جوهر العقد وبدونه يفقد العقد علّة وجوده فاستبعد الشرط الوارد في العقد (وهو تحديد المسؤولية) لأنّ من شأنه هدم الالتزام الرئيسي بحيث يصبح مجرد فكرة وهمية².

إنّ التجديد الذي جاءت به الدائرة التجارية، عندما أكدت أنّ عدم تنفيذ الالتزام بسرعة وبدقة ليس هو والذي أدّى الى استبعاد الشرط ولكن تعارضه بصفة أساسية وصارخه مع ما كان ينتظره الدائن من منفعة ومصلحة مشروعة يرغب في تحقيقها.

الملفت للنظر في الحكم هو طبيعة الجزاء وهو اعتبار شرط (تحديد المسؤولية) (كأن لم يُكتب) وخلافا للقضاء التقليدي الذي يرى أنّ جزاء انعدام السبب بطلان العقد بأكمله فإن حكم Chronopost يفضل البطلان الجزئي وهو جزاء مستحدث للعقد بإلغاء الشرط، لأن المحاكم تستخدم هذا الجزاء فقط في حالة (شرط غير مشروع وغير عادل) أو شرط تبعية clause accessoire ويلاحظ أنّ ترتيب هذا الجزاء هو حل ملائم فهو يحمي المتعاقد ويحافظ على استقرار العقود.

نستطيع القول أنّ هذا الحكم يعد نقطة انطلاق جديدة لمحكمة النقض الفرنسية نحو إقامة التوازن العقدي وذلك بإلغاء كل شرط يخلّ بالالتزام الرئيسي في العقد مستندة في ذلك الى فكرة

¹ La ponctualité : وهو الالتزام الرئيسي

² Mazeaud (D): obs. sous, cass, com, 22, act 1996 defrénois 1997, art 336.

راجع أكثر أيمن إبراهيم العشماوي ص 113.

السبب بمفهومها التقليدي وهذا فيه تكريس لإرادة أطراف التعاقد من أن تنشأ التزامات رئيسية لا يمكن المساس بها، وهي تمثل الأداء المقابل المرجو l'équivalent voulu كما يرى أغلب الفقه حالياً¹ وهذا المقابل المرجو أو العوض المرغوب هو تعريف السبب ذاته عند Maury² من طرف القضاء الفرنسي بل شكّل تيار قوي يجعل من السبب أداة مراقبة اقتصاد العقد ذلك أنه لا يكفي بأداء مقابل للقول بوجود السبب بل لا يتردد في معاقبة التفاوت الاقتصادي الباهض للأداءات المتقابلة المبرمة من طرف المتعاقد وجد في وضعية خضوع أثناء إبرام العقد وهذا ما يثبته قرارين الأول في 14 أكتوبر 1998³ والثاني في 08 فيفري 2005⁴.

الفرع الثاني: التوازن الاقتصادي العام

لقد ابتكر القضاء الفرنسي في تطويع فكرة السبب ليصبح سبب الالتزام موضوعيا عندما يطبق على جميع العقود المتماثلة حتى أن الفقيه "لوي لوكا" Louis Lucas إن السبب أصبحت له ميزة يختص بها كنظم يضمن استمرارية النظرية الاقتصادية للسبب وذلك بحمايتها للإنسجام الاقتصادي للعقد⁵، ويعني هذا أن كيف الالتزام العقدي على حقيقة العملية التعاقدية التي يريد الأطراف تحقيقها أي على الوظيفة الاقتصادية للعقد، وهذا التكيف يقتضي التحليل الاقتصادي للعقد⁶، فاقصاد العقد هو العملية الكلية التي يريد الأطراف تحقيقها بعناصرها وهيكلتها والبحث عن الفائدة والمنفعة تصبّ في اقتصاد العقد.

¹ Plus de détail : Ghestin, la formation du contrat tome 02, Op.cit. p 462, 463, 464.

² أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 110.

³ Defrénois, 1998, 1042 obs. (D) Mazeaud in D. Mazeaud plaidoyer en faveur d'une règle générale..., Op.cit. p 07.

⁴ Contrats conc, consom, 2005, comm. N°104, obs. Leveneur, RDC 2005/4, obs. D. Mazeaud, Op.cit. p 07.

⁵ Louis Lucas, in Vincent Forray, **le consensualisme dans la théorie général du contrat** LGDJ, paris, 2004, p 429 et s.

⁶ Sébastien Pimont, **l'économie du contrat**, presse universitaire d'Aix Marseille, PAUM, 2004, p 104.

يعطي اقتصاد العقد للسبب بعد ذاتي فسبب العقد يبحث عنه وهو يتواءم مع المنفعة والفائدة التي يجلبها العقد¹ فسلامة رضا الأطراف يجب أن يتبعه تحقيق الهدف الحقيقي الذي يرجوه أطراف التعاقد، أي انه لا نكتفي بهيكل العقد الصحيح² والقضاء في قرار 03 جويلية 1996 (الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض) باستخدامه السبب يهدف حماية اقتصاد العقد في قضية les epaux pillar في قضية المتعاقد الذي أراد فتح (نادي أشرطة)³ فقام هذا الشخص باستئجار (أشرطة فيديو) مقابل مبلغ معين، وعندما طالبه المؤجر بتسديد الأجرة، دفع ببطلان العقد لتخلف السبب لأنه لم يستطيع الاستغلال التجاري وتوزيع الأشرطة نظرا للعدد المحدود لساكنة القرية الأمر الذي أقره قضاة الموضوع، وهو الأمر ذاته الذي أجابت به محكمة النقض معتبرة أنّ دفع الثمن يعتبر مجرد من السبب لغياب العوض ما لم يتمكن المتعاقد من الاستغلال التجاري للمشروع⁴، لقد أخذ قضاة النقض باستحالة توزيع الأشرطة لصغر التجمع السكاني مما جعل العقد بدون فائدة ولا سبب له ولا يعود للمتعاقد بمنفعة وهذا بحد ذاته غياب لسبب التعاقد، إنّ قضاة النقض بدل من البحث عن غياب السبب في وجود مقابل للالتزام في بعده الموضوعي وجدوا في مراقبة التوازن الاقتصادي للعقد سبيلا باحثين عن البعد الاقتصادي المرغوب من الطرفين.

إنّ اقتصاد العقد بهذا المفهوم كما يري بعض الفقه كسبب للعقد يمثل وجهين لحقيقة واحدة، الوجه الأول: مجموع العناصر المهمة لتحقيق هدف حقيقي من وجهة نظر الأطراف،

¹ Sébastien Pimont, Op.cit. pp 106, 107.

² Sébastien Pimont, Op.cit. p 107.

³ (Point club vidéo)

⁴ حيث قضي بما يلي:

«Est nul pour absence du cause le contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, des lors que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, situation démontrant l'absence de contrepartie réelle» CIV 1^{re}, 3 juill. 1996, Bull. civ. I, N°286 ; D 1997, 500, note Reigne ; JCP 1997, I 4015, N°4, observ, LABARTHE ; Defrénois, 1996, 1015, observ, DELEBECQUE (cour d'appel ayant retenu l'impossibilité de diffuser les cassettes en raison de la taille trop petite de l'agglomération).

والوجه الثاني: مجموعة العناصر الضرورية لتحقيق قصد محدد من طرف المشرع وهو تحقيق العدالة التعاقدية¹.

إن السبب الذي يبرر به القضاة بطلان العقد ليس هو سبب الالتزام وإنما بسبب العقد، الذي بموجبه إذا كما أشرنا سابقا، أنّ اقتصاد العقد يحيلنا حتما الى سبب في بعده الذاتي («استحالة توزيع الشرطة لصغر التجمع السكاني» كما أسس عليه القضاة) والتساؤل المطروح هل يمكن الاعتداد بهذا الباعث وهل يمكن أن يعتبر سبب؟ وهل هو مشترك بين المتعاقدين؟ إنّه الابتكار الذي وصل له القضاء الفرنسي إنّ غياب السبب قدّر بالبعد الاقتصادي الخارجي للعقد، تحقيقا للتوازن التعاقدى المرجو، فدُمج سبب الالتزام بسبب العقد، وهو الاتجاه الحديث لنظرية السبب في تحقيق التوازن²، في قرار 2005 أبطلت الغرفة التجارية عقد تموين حصري، لغياب السبب وذلك لأنّ التزامات الموزع تتفاوت كثيرا مع التزامات المورد أي الأداء المقابل لم يكن مناسبا فغياب السبب المعتمد من طرف القضاة ليس كما هو معروف في النظرية التقليدية، انعدام مقابل الأداء، فالسبب المعتمد به هو التفاوت الاقتصادي المهم بين الأداءات المتقابلة الناجمة عن وضعية التبعية والخضوع للموزع عند إبرام العقد فاستخدم قضاة النقص السبب الموضوعي لترتيب البطلان كجزء³ عن غياب السبب فالتبادل الحقيقي يعني أن يكون الأداء المقابل حقيقي⁴، يؤكد "لوي لوكا" Louis Lucas أنّ السبب يعالج القيمة

¹ S. pimont, Op.cit. p 429. s

² Plus de détail, Vincent Forray, Op.cit., pp 404→429. Sébastien Pimont, l'économie du contrat, Op.cit. pp 64→110.

³ «...la notion de cause objective est donc exploitée par la cour de cassation pour sanctionner, par la nullité un abus de dépendance...» D. Mazeaud, Op.cit. pp 07, 08.

⁴ Pour D. Mazeoud «en bref puisque la cause objective est en droit positif, un instrument qui permet d'assurer le contrôle de l'équilibre des prestations contractuelle et d'annuler les contrats synallagmatique dans les quelle un contractant a sous écrit un engagement sans contrepartie réelle» Op.cit. p 10.

الاقتصادية للعقد وأنه بتتبع السلم التاريخي له أصبح في هذه المرحلة أداة توازن اقتصادي فهو يضمن القيمة الاقتصادية للعقد¹.

من محاسن فكرة السبب والتي قد تكون من أنجع الوسائل لتحقيق التوازن أنها لا تكلف إثبات حالة ضعف المتعاقد، بل كما يرى "مازو" يُستعان بفكرة السبب لإقامة التوازن كلما كان العقد لا يحقق مصلحة أو منفعة² بل أنّ هناك من يرى أنّه بدء للتأسيس لما يسمى "نظرية العدالة الموضوعية" لأنّ السبب يحقق فكرة التبادل التعاقدية والتي تعني التوازن الاقتصادي في ميدان التعاقد وهي وسيلة مراقبة التكافؤ في العقد ثم انسجامه مكرسة التراضي الحقيقي استنادا الى سلطان الإرادة³.

كما أنّ الدور المستحدث كما يرى جانب من الفقه كون السبب أداة ضمان حقيقي في مراقبة مدى وجود مصلحة اقتصادية للعقد⁴، وهذا يضمن للمتعاقد الذي يعاني من جور العلاقة التعاقدية بحيث تتفاوت الأداءات بشكل صارخ بأن يستند الى هذا، بدون إثبات أي ضعف أو سوء استفادة أو عيب في الرضا لإعادة توازن العقد.

ينبغي الإشارة أنّ إقامة التوازن العقدي بنظم السبب وتحميل الفكرة بأكثر ما تحتل من طرف القضاء الفرنسي لا يمكن تعميمها. وقد تؤدي الى آثار عكسية تهدد أمن واستقرار العقد.

¹ Vincent Forray, **le consensualisme dans la théorie général du contrat** LGDJ, paris, 2004, p 423.

نلاحظ عدم أخذ المشرع الألماني بنظم السبب فهل ما أعطته نظرية الاستغلال للمشرع الألماني لإقامة توازن أغناه عن فكرة السبب وهل ما افتقده المشرع الفرنسي من الاستغناء عن نظم الاستغلال جعل قضائه يمحط في استخدام نظم السبب؟

² D. Mazeaud, Op.cit. p 07.

³ Vincent Forray, Op.cit., pp 423, 404 أكثر تفصيل

⁴ S. Pimont, op.cit. p.429 et s. «la cause est utilisée comme un instrument de contrôle de l'existence d'un intérêt économique qui présente le contrat»

المبحث الرابع: الشرط التعسفي شرط ثانوي في عقد الإذعان

عمد المشرع الجزائري غداة تحرير القانون المدني 1975 أن يتدارك ثغرات القانون الفرنسي متمشياً مع هدف مجارات العصرية الذي اتخذه مبرراً لصدور القانون المدني 1975 وتقاديا لذلك القصور الذي كشفت عنه التطورات الاقتصادية الحديثة¹ تبني حماية الطرف الضعيف بأن صاغ نظرية عقود الإذعان لتحقيق التكافؤ بين الطرفين والتوازن بين الاداءات المتقابلة إذا استدعى ذلك.

المتفق عليه أنّ عقود الإذعان هي عقود مختلة التكافؤ، من حيث أطراف التعاقد نظراً لصفاتها وهذا راجع الى تزايد النشاط الاقتصادي والتفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية للطرفين مما جعل الموجب ينفرد بوضع شروط العقد لا تقبل المناقشة وهي من هنا وجدت صفة الإذعان² التي تختلف في صيغتها عن عقود المساومة أو التفاوض، إلا أنّ المشرع تدخل بالمادة 110 ق.م.ج مبرّره الانصاف³ وأراد خلق من خلال النص نوع من التوازن الموضوعي فنصت المادة بما يلي: «إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك». استنبق المشرع نظيره الفرنسي وخوّل للقاضي التدخل على ضوء القواعد العامة لنظرية العقد للحد من الاختلال التوازن العقدي إمّا بتعديل الشروط التعسفية أو اعفاء الطرف المذعن منها بهدف حماية الطرف الضعيف في

¹ أنظر الى عرض أسباب صدور القانون المدني، الوثيقة غير منشورة موجودة على مستوى مكتبة الحقوق، جامعة الجزائر 1.

² السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك عند تكوين العقد، دراسة مقارنة 1986، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 27 في سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة، القاهرة، 1998، ص 09.

³ «Cette solution incontestablement justifiée par l'équité...». Ali Bencheneb, le Droit Algérien des contrats, Edition AJED, 2011, p151.

علاقة التعاقد، فكان عليه مواجهة مظاهر اختلال التوازن¹ في عقد الإذعان (المطلب الأول) وذلك لتعديل الالتزامات في العقود غير متوازنة أو الاعفاء منها هذه الخصائص لعقد الإذعان يقوم عليها التفاوت بين أطراف التعاقد فترتب اختلال بين الاداءات إلا أن الفقه أراد قراءة إيجابية لعقد الإذعان وذلك بإنكار صفة الإذعان على العقد (المطلب الثاني)، إلا أنه ما فتئ التوازن يلاحق هذه الفئة من العقود (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مظاهر اختلال التوازن في عقد الإذعان

يختل التوازن بين أطراف العلاقة العقد من حيث تباين في القوى مما يتمتع به أحد الأطراف من قوة اقتصادية، تتمثل في الانفراد بالسلع الضرورية (الفرع الأول) وقوة قانونية بما يختص به من تقرد في وضع بنود العقد ولا يكون أمام الطرف المذعن إلا الخضوع لشروط العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الانفراد بالسلع الضرورية

إنّ المسيطر على حاجيات الناس الضرورية والخدمات التي لا يمكن الاستغناء عنها سواء كان مؤسسات عامة أو شركات خاصة هذا الانفراد بالسلع يجعله محتكراً فعلياً أو قانونياً وهذا الشرط يجب ان يكون قائماً حتى نكون أمام عقد إذعان ولقد عرّفه القضاء المصري كميزة خاصة بعقد الإذعان «إنها تتعلق بسلعة أو خدمة من الضروريات الأولية وفقاً لاحتياج مجموع الناس»²

¹ نعالج الشروط التي يجوز للقاضي تعديلها أو الإعفاء منها في موضع لاحق من الباب الثاني تقادياً للتكرار ولتتلاءم مع ما سوف نتعرض له وتطرقنا لعقد الإذعان في هذا التقسيم لارتباطه بالقواعد العامة للانسجام مع ما سبق التعرض له في هذا الباب.

² تعريف محكمة النقض المصرية حسام الدين الأهواني في محمد محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المعارف، الإسكندرية، 2004، فقرة 379.

إن سبب اختلال التوازن الاقتصادي بين المحتكر والمذعن هو التفوق الاقتصادي وهذا ما بينته محكمة النقض المصرية حينما اشترطت أن يكون العقد عقد إذعان يجب أن يكون الموجب في وضع اقتصادي احتكاري سواء كان هذا الاحتكار قانونيا أو فعليا¹ بحيث يعطيه الغلبة الاقتصادية بشكل واضح ومستمر. هذا النفوذ يخول له التحكم في بناء العقد وجعل ضرورة التدخل التشريعي للمشرع لمراقبة توازن العقد عند اختلال الأداءات المتقابلة وذلك دور المادة 110 و 111 و 112 ق.م.ج.

الفرع الثاني: خضوع التعاقد لشروط العقد

من جهة الطرف المذعن لا يملك إزاء هذه العقود إلا التسليم بشروط مقررة مسبقا أوجدها الموجب تخدم مصلحته بالدرجة الأولى فالطرف المذعن يعجز على مناقشة شروط عقد يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية إثر اشتراكه في علاقة اتسمت بعدم التوازن منذ بدايتها في الوقت الذي يتمتع الطرف الآخر بمستوى عال من العلم والمعرفة ويحتل مركزا متفوقا على نحو يسمح له بالانفراد بتحرير العقد وبنوده وفق مصالحه وأهدافه.

إن اختلال التوازن في عقد الإذعان منشأه «كون الإيجاب يغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز مناقشتها وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية وتارة أخرة تشدد من مسؤولية الطرف الآخر فهي في مجموعها من التعقيد بحيث يغمّ فهمها على أوساط الناس»² وغياب القدرة على المناقشة فيما يتعلق بشروط هذه العقود لا يرجع إلى التفاوت الواضح في المعرفة والخبرة فحسب بل الاحتكار

¹ أكثر تفصيل: نساخ فاطمة، مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1998، ص 09 وما يليها.

² السنهوري في محمد محمد عبد الباقي، مرجع سابق، فقرة 370.

الفعلي والقانوني للسلع، وهناك من يعتقد أنه لا يمكن الفصل بين العنصر الاقتصادي والقانوني لتحديد عقود الإذعان فالنفاذ الاقتصادي الذي يتمتع به الموجب يُعد سببا في انفراده بوضع شروط العقد وحصر التفاوض بشأنها مما يضطر العاقد الآخر الى القبول فهذا القبول الاضطراري أي العنصر القانوني يعود الى التفاوت الاقتصادي الشديد بين طرفي العقد بحيث يجب الاعتراف بالعنصرين معاً وهذا باتفاق الفقه¹.

أما طبيعة العقد تقتضي أن المذعن ليس أمامه إلا القبول أي مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها² فرضوخ الطرف المذعن تمليه وضعية الموجب السيادية فليس أمامه إلا الخضوع لما ورد في العقد، إن الأصل في التعاقد يقوم على المساواة والقدرة على التفاوض فالأطراف لم يتعاقدوا إلا بمراعاة الحقوق والالتزامات المتقابلة والمتفق عليها الأمر الذي يفترض معه أن هناك طرفين على قدم المساواة لهما القدرة على مناقشة بنود العقد بحرية تامة وهذا هو الضمان أن يكون عادلا، أما عقود الإذعان فيختفي بها أي دور للإرادة في مناقشة هذه البنود بدافع الحاجة للسلعة أو الخدمة ويرى الأستاذ السنهاوي أن رضا المتعاقد في هذه العقود موجود ولكنه مفروض³.

المطلب الثاني: إنكار صفة الإذعان على العقد

قد تكون رؤية مختلفة لعقد الإذعان تجعله عقد لا يتسم بالاختلال المعيب بل فيه توازن قانوني تحتمه ضرورة التنظيم المجتمعي والاقتصادي وذلك بقراءة خصائصه من جهة نظر

¹ أكثر تفصيل: هامش محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 81.

² سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، المرجع السابق، ص 27 و 28.

³ هناك من يفرق بين العقد المفروض (contrat imposé) بحيث تكون بصدد اجبار على التعاقد يستند الى القانون ذاته الذي يعمد الى تقييد حرية التعاقد ذاتها بدرجات متفاوت وظائفها تبعا للهدف المنشود من القانون فالعقد المفروض يتضمن إذعانا بحكم القانون لا لإرادة العاقد الآخر، بينما الإذعان لا يتضمن إهدار لحرية التعاقد بل أن ما في الأمر أنه يتم دون مفاوضة، وللطرف المذعن رفض التعاقد أو قبوله.

أخرى باعتبار أنّ الاحتكار وسيلة نفع عام (الفرع الأول) وخضوع المذعن لا علاقة لها بصور التعسف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاحتكار وسيلة نفع عام

أراد بعض الفقه¹ أن يخفف الاختلال بين القوى في عقد الإذعان وعليه يجب الاعتراف أن وجود الاحتكار أمر أساسي وضروري في المجتمع ويحقق العدالة في توزيع الحاجيات المتزايدة للمجتمع فهو يوفر نوع من التنظيم وسرعة المعاملات كما أنّ الاحتكار يخضع لبرنامج السياسة العامة الاقتصادية والاجتماعية وفق برنامج الدولة للتنمية فالمحتكر الاقتصادي أو القانوني يخضع لتنفيذ البرنامج الاقتصادي والاجتماعي، وتتدخل الدولة لمراقبة شروط العقد الذي يتعامل به، ونوعية السلع والأسعار والخدمات على سبيل الرقابة، تكون مثلاً بسحب الترخيص أو منع الشروط التعسفية والتي وجدت في العقود والتي من شأنها الإضرار بالمذعن، إنّ تحقيق المصلحة العامة وعدم الإضرار بأفراد المجتمع يعتبر الزام للمحتكر في الدول الأكثر رأسمالية وتتمثل في عدم استغلال الغير وحماية المذعن واعتباره الطرف الضعيف، تحقيق العدالة الاجتماعية في توزيع الخدمات والسلع، أي مساعدة الضعفاء وضمان حاجاتهم الضرورية وسيادة المساواة بين الناس²، فهذه السياسية تعد خروجاً عن حدود الحق المخول له بالتالي فتحقيق النفع العام يلتزم به أصحاب الاحتكارات وبرقابة الدولة في تحقيق دورها للمحافظة على المصلحة الخاصة وكذا المصلحة العامة تحقيقاً لرفاهية المجتمع³، كما أنّ المحتكر يعتبر وسيط بين السلطة والمجتمع، إنّ الوضع الخاص الذي يتمتع به المحتكر يجعل العقد الذي ينظمه مسبقاً يحمل نسقاً تنظيمياً وهذا التنظيم المسبق للعقد يجعل صاحب الاحتكار

¹ أنظر أكثر: نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 42 وما يليها.

² Victoire lasbordes, **les contrats déséquilibrés**, tome I, tome II, P.U.A.M, 2000, p.259.

³ نساخ فاطمة مفهوم الإذعان، المرجع السابق، ص 56 وما يليها، ص 63.

مجبر في التعاقد مع فئات معينة لتلبية حاجاتهم الضرورية فينبغي القول أنّ هناك حرية في اختيار المتعاقد معه وهو يخضع لشروط تقتضي حماية المصلحة العامة.

الفرع الثاني: خضوع المذعن لا علاقة له بصور التعسف

إنّ خضوع المذعن للتعاقد دون مناقشة لا يعد تعسفاً، ذلك أن العقود التي تتصف بهذا الوصف هي عقود تتعلق بخدمات ومنافع ضرورية لفئة واسعة من المجتمع، وعملياً لا يمكن مناقشة كل فرد على حدى فربّ العمل في المنشآت الاقتصادية الكبيرة لا يقبل بمناقشة شروط عقودهم مع كل الافراد لأن هذا لا يمكن عملياً، إنّ الطرف القوي في العقد ليس هو السبب في عدم إمكانية مناقشة العقد وإنّما تطورات الاجتماعية والاقتصادية، وهذا ما جعل من الإذعان ضرورة حتمية، فانتقاء المناقشة والتسليم للعقد لم يدرجه المشرع حالة من حالات التعسف الوارد في المادة 124 مكرر (قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005) ولكن حالة انتقاء المناقشة كضرورة لمثل العقود وكواقع فيما اذا أُسْتُعِلَّ هذا الوضع لإلحاق الضرر بالمذعن كفل المشرع الحماية لهذا الأخير من خلال تعديل الشروط التعسفية أو الإغفاء منها كما ورد في نص المادة 110 ق.م.ج. إذ تنص المادة 110 م.ج. «إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» كما كفل المشرع الحماية بإخضاعها الى تفسير خاص وهذا كرسه المواد 111 و112، إنّ انتقاء المناقشة قد يعد طريقاً سريعاً لإبرام العقود في أسرع وقت ومع أكبر عدد من الافراد وهذا يعد عاملاً للتوزيع العام للخدمات والسلع الضرورية، كما أنّ خاصية عقد الإذعان من كونه يتعلق بسلع أو خدمات تعد من الضروريات الأولية التي لا يمكن للمتعاقد المذعن أن يستغني

عن التعاقد بشأنها، وبالتالي فهذه العقود تسمح كما يراهن الواقع على أنّها تحقق مزية التوزيع السريع للسلع والخدمات لفئات واسعة، التي تتضرر من الحرمان منها¹.

المتفق عليه أنّ عدم القدرة على وضع بنود العقد بإرادتين متطابقتين أي بدون مناقشة بنود العقد لا يعيب الرضا، وقد يجعل إرادة الموجب له مذعنة ذلك كما يرى بعض الفقه أنّ قيام أحد الطرفين بصياغة العقد بمفرده، أو وضع الشروط العامة للتعاقد التي يوافق عليها الطرف الآخر، لا يكفي وحده في مفهوم العقد والقضاء المصري القول بوجود عقد من عقود الإذعان إنّ القبول في عقود الإذعان وفق ما جاء في المادة 70 مدني ج. «يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب له ولا يقبل المناقشة فيها» يجعل من عقود الإذعان عقود حقيقية تخضع لقواعد جديدة وهي نظام حماية المذعن، وانعدام المناقشة في هذه العقود أوجبته التطورات الاقتصادية والتكنولوجية وتعدد الحاجيات اليومية للأفراد، وهذا الخضوع لا يعيب الرضا فهو ليس اكراه كما أنّ انعدام المناقشة ليس له علاقة بصور التعسف الواردة في المادة 124 مكرر مدني جزائري.

إنّ تحرير بنود العقد مسبقا من طرف الموجب لا تعني حالات التعسف ذلك أنّ تقدير مدى تعسف الشروط الواردة في العقد متروكة لسلطة القاضي، إنّ الموجب يعتبر متعسفا ومخطئا متجاوزا للحق وهو يقوم وفق هذا المعنى بعمل غير مشروع يندرج ضمن احكام المسؤولية التقصيرية، أمّا معايير التعسف تكمن حسب المادة 124 مكرر مدني في ثلاث معايير:

أولا: إذا وقع بقصد الأضرار بالغير.

¹ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص 103 و 104.

ثانيا: إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ثالثا: إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

أولا: إذا وقع بقصد الأضرار بالغير

إثبات الإضرار بالغير معيار ذاتي وانعدام المصلحة قرينة على وجود نية الإضرار بالغير فإذا أدرج شرط من طرف الموجب في العقد المحرر مسبقا وكان الدافع من وراء ذلك مجرد المضايقة فالقاضي يعتبر هذا شرطا تعسفيا مثلا حالة ورود شرط يقضي بتوقيع غرامات مفرطة في حالة الأخطاء البسيطة التي قد يرتكبها المتعاقد وتكمن نية الإضرار أيضا في حرمان المذعن من حق من حقوقه.

ثانيا: إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

هذه هي حالة عدم التناسب بين الفائدة المتوخاة من بنود العقد والضرر اللاحق بالمتعاقد المذعن، وهذا المعيار موضوعي، فإذا كان هدف الموجب مصلحة ضئيلة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالمذعن، فالتعسف يكون في اخلال التوازن بين مصلحه ومصلحة المذعن فضالة المصلحة المحققة دليل على قصد التعسف.

ثالثا: إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة

إذا كان يهدف الموجب ببند العقد بأن يخضع لها المذعن تحقيقا لمصلحة غير مشروعة فهذا يعتبر خروج عن وظيفة الحق، إنَّ الفائدة غير المشروعة التي يستهدف الموجب تحقيقها عن طريق ادراج شرط في العقد فإذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

وخلاصة لما سبق إنّ مجرد التفاوت في القدرة الاقتصادية، والتباين في القدرات الفنية والقانونية لا يعني وجود حالة من حالات الإذعان الفعلي أو القانوني بالمفهوم الفقهي والقضائي

كذلك انفراد الموجب بتحديد المضمون العقدي¹ ووضع الشروط لا يعد تعسفا لكن التعسف يكمن في الآثار الناتجة عن التطبيق فإذا كان الشرط يحقق مصلحة الطرفين المتعاقدين فلا وجود للتعسف فالشرط التعسفي هو الشرط المعيب الذي يخل بالتوازن العقدي² ويلقي على المذعن التزامات باهضة، وفي المقابل تعود على الموجب بأوضاع تحقق منافع كبيرة وهذا الوضع أراد المشرع محاربته في عقود الإذعان، وذلك باعتبار المذعن طرف ضعيف وجبت حمايته، ويرى بعض الفقه³ أنه: «لا يعني ذلك ارتباط الشروط التعسفية بعقود الإذعان فإنه رغم تماس دوائرهما إلا أنه يضل كل منهما ذاتية ومجاله الذي يعمل فيه آثاره فعقود الإذعان تتطلب الشروط السالف ذكرها بينما عدم التوازن الذي أصاب العلاقات العقدية ليس محصورة في نطاق هذا الإطار الضيق»⁴.

إن من الفقه⁵ من يرى أن موازين القوة المتفاوتة في عقد الإذعان بحيث يخضع أحد أطراف التعاقد دون القدرة على المناقشة يجد تفسيره في محتوى العقد الذي يختل⁶.

ويعتقد البعض من الفقه أن نص المادة 149 مدني مصري المطابقة للمادة 110 مدني ج. «في ضوء قراءة متأنية للنص التشريعي الذي يعمل على حماية الطرف المذعن في العقود التي تتم بطريق الإذعان نستطيع أن نتبين رغبة المشرع في منح القضاء سلطات تقديرية واسعة يمارس بمقتضاها دورا في إعادة التوازن المفقود في هذا النوع من العقود تلك

¹ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 103 و 104

² نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 91 و 92.

³ محمد محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، الفقرة 381.

⁴ Ali Benchenb, op.cit. p.151.

⁵ محمد محمد عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة 381.

⁶ Ali Benchenb, op.cit. p.151.

السلطات التي تحمل بين ثناياها عنصري المرونة والملاءمة وسلطة القاضي في هذا الخصوص من الموضوعات المتعلقة بالصالح العام».

إنّ المادة 110 م.ج. يواجه به المشرع الشروط في مجال عقود الإذعان بما يتلاءم وفعاليات مرحلة إبرام العقد وفيها وضع المشرع ضوابط إعادة توازن العقد.

المطلب الثالث: التوازن يلاحق عقد الإذعان

إنّ عدم المساواة بين الأطراف في عقد الإذعان ليس بحذ ذاته نتيجة حتمية للقوة الاقتصادية إذ أنّ المحتكر أو المحترف يستطيع فرض شروطاً فقط لأنّها مماثلة لما هو موجود في علاقات التعاقد وما يضعها منافسوه إذا كان والمنطق يقضي أنّ هذه الشروط وضعت لتحقيق مصلحة واضعها فالأنّه انفراد بصيغتها ولكنها ليست عنصر في تعريف عقد الإذعان¹ وفي غياب تعريف الشرط التعسفي، وقد يكون الشرط الوارد في العقد غير تعسفي ولكن عند التطبيق يصبح تعسفياً بالتمسك بحرفيته وعدم مراعاة روحه.

وهناك من الفقه من يرى أنّ انعدام التفاوض بين الأطراف التعاقد لا يكفي لاعتبار العقد منطوياً على الإذعان فمن المتصور أن يقبل الشخص طوعية واختياراً جملة الإيجاب المعروضة عليه، فالعقد قد يتم بلا مفاوضات سابقة دون أن ينطوي على إذعان وهذا هو شأن العقود البسيطة محدودة القيمة غير أن خصوصية عقد الإذعان في هذه النقطة ليس لأنّ المذعن يريد التفاوض أو لا يريد وإنّما تكمن في منعه عن التفاوض المفروض عليه من المتعاقد، هذا الحضر يؤدي الى تحقيق الإذعان، فالإذعان ليس وليد انعدام التفاوض، وإنّما

¹ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 80.

يتحقق من مبدأ حضر التفاوض¹، بسبب التفاوت الاقتصادي وأحيانا المعرفي الذي ترتب عنه اختلال بين ادعاءات الطرفين فالمشرع لا يمكنه ان يستند الى الرضا المعيب للمدّعن حتى يوازن بين اطراف التعاقد، كما لا يمكنه أن يساوى بين أطراف التعاقد وطبيعة العقد تقتضي هذا التفاوت الاقتصادي أو القانوني، ذلك أن ليس هناك من وسيلة للبحث في إرادة المدّعن فالثابت أنها إرادة سليمة وكما يقول Ripert ريبير ليس من شأن القانون قياس قوة الإرادات²، فالمعالجة التي جاءت بها المادة 110 م.ج. لا تواجه المظاهر لدى المدّعن بل تواجه مباشرة اختلال التوازن العقدي إذ استبق المشرع الجزائري قواعد حماية المستهلك باعتماده نص الإذعان 110 م.ج. 111 منذ 1975 وذلك بكيفيتين إما تعديل الشرط التعسفي³، أو الإعفاء منه كلما كان شرط يتميز بالجور المحدث للخلل من جراء التفاوت بين المتعاقدين اقتصاديا المؤدي الى فرض عدم التفاوض هذا هو مبرر السماح لإعادة التوازن للعقد.

نعتقد أنّ امكانية تعديل الشروط التعسفية واستبعادها يعتبر من الاحكام الاكثر جرأة التي جاء بها المشرّع وخص به عقود الاذعان فلقد أعطى للقاضي هذه السلطة متى تطلبت مصلحة الطرف المدّعن ذلك.

إنّ السلطة التي منحت للقاضي في ظل القواعد التقليدية خروج عن المألوف إذ أنّ القاضي يستطيع تعديل الشرط ولو كانت عبارات الشرط واضحة إذ أنّ وضوح العبارة لا يمنع

¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 81.

² «La loi ne mesure pas ou dynamomètre la force des volantes»

³ نتطرق لمسألة الشروط التعسفية في الباب الثاني وتناديا للتكرار لم ترد في هذا الموضع حتى تتال التحليل والمقارنة بالحماية في قوانين الاستهلاك.

التعديل ما دام قد شابه التعسف¹، فالغموض ليس شرطاً للتعديل بل صفة التعسف إذا اقترنت بأي جانب من العقد فإنّها تخضع لسلطة القاضي.

أمّا الشرط الغامض فيفسر عند الشك لصالح الطرف المذعن وهذا ما قصدته المادة 2/112.

أمّا سلطة القاضي في الإلغاء فهي الأكثر قوة وخطورة من سلطة التعديل إذ بموجبها يستطيع القاضي تجاهل القوة الملزمة للعقد (المادة 106) ويقضي بإلغاء الشرط إذا ما وصفه بالتعسفي.

فانتقاء صفة التعسف هي التي تلغي سلطة القاضي وتصبحت مراجعة الشروط من قبيل التحريف².

لكن الحماية تقتصر على فئة محددة هي عقود الإذعان وبهذا الحل يكون المشرع قد نهج نفس الحل الذي اعتمده في الغبن بحماية فئة معينة من الاختلال³، ويتضح انشغال المشرع بتوازن العقد وهناك من يعتقد أن المشرع الجزائري نظم توازن العقد في القواعد العامة فأعطى للقاضي بمقتضى المادة 110 م.ج للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي يحويها عقد الإذعان أو يلغي التزامات الطرف المذعن وهذه النصوص وضعت لأجل إقامة تكافؤ الالتزامات بين أطراف العقد⁴، مع أنّه لم يعرف الشروط التعسفية لكنها كل شرط أو التزام يؤدي إلى اختلال مفرط ليس في فائدة المذعن.

¹ عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص 437.

² المرجع نفسه، ص 437 و 438.

³ Ali Bencheneb, **le droit Algérien des contrats**, Edition, AJEL, 2011, p 151.

⁴ Lahlou-Khiar Ghenima, La protection du contractant faible : entre le droit commun des obligations et le droit de la consommation, N°3, p.213.

وتنبه السنهوري حينما رأى أنّ نظرية عقد الإذعان أضعف من تغطّي حالات الضعف لدى المستهلك إذ أنّها تتناول الضعف الاقتصادي فقط في حين أنّ نواحي الضعف تتعدّى ذلك الى الضعف المعرفي والجهل وعدم الخبرة وهذا ما لم تعتد به النظرية والتي تقتصر على فكرة الحاجة أو الخدمة لدى المذعن له¹.

ولا يمكن أن ينكر ما لفكرة الإذعان من دور في إعطاء مفهوم خاص للطرف الضعيف ودورها في إقامة التوازن العقدي على الرغم من حصرها للفتاوت بين طرفي العلاقة العقدية في المجال الاقتصادي فحسب، فما مبرر عدم امتداد الحماية المكلفة في المادة 110 لتشمل كل العقود؟

¹ محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص 85.

الباب الثاني

الآليات المكرسة في التشريعات
الخاصة للوقاية من الاختلال

الباب الثاني: الآليات المكرسة في التشريعات الخاصة للوقاية من الاختلال

اتخذ انعدام المساواة في عصرنا هذا مظاهر جديدة وأشكال خطيرة قد تمسّ بالسلم الاجتماعي هذا التطور الاقتصادي والتكنولوجي باعد بين المراكز التعاقدية وبين أطراف العقد وأظهر اختلاف في القدرات المعرفية والاقتصادية للأطراف فأصبحت فكرة التوازن العقدي في بعدها الموضوعي أو في بعدها الذاتي تمثل تحديّ كبير لقانون العقود في النظرة الحديثة.

فالقوة الاقتصادية وتحكم أحد أطراف العلاقة العقدية من حيث فرض الشروط خلق ما يسمّى بالطرف الضعيف وهذا لتدني وضعه من حيث الكفاءة الذهنية، والمعرفة والقدرة على التفاوض تجعله في وضع غير متساوٍ مع الطرف الآخر هذا التفاوت يأخذ في المجال التعاقدي منحىً خطير من حيث نتائج هذا العقد، فيفرض شروط وبنود قاسية تسمّى بالتعسفية تقضي على كل توازن مرجو كما أن انعدام المساواة تجعل التفاوض بين أطراف العقد مستحيل فكان لابد من خلق آليات لتوقي استعمال المتعاقد لسلطته (الفصل الأول)، ولهذا كان تدخل الدولة في مضمون العقد أمر حتمي، لتوقي اختلال التوازن، والتطور التكنولوجي والتقني للسلع خلق آليات في العلاقة التعاقدية من حيث القدرة المعرفية والمعلوماتية، خلق نوع من الاختلال بين أطراف العلاقة العقدية أدت بالمشرع الى ايجاد آليات للوقاية من التفاوت المعرفي كعامل لاختلال التوازن العقدي (الفصل الثاني).

الفصل الأول

توقي استعمال المتعاقد لسلطته

الفصل الأول: توقي استعمال المتعاقد لسلطته

يُعتبر التوازن العقدي كأهم التحديات الحديثة لقانون العقد، مما أدّى الى التوسّع في النظام الحمائي وفُرض على الدولة التدخل لإقامة التوازن بمواجهة سلطة المتعاقد الاقتصادية أو القانونية وذلك بمكافحة الشروط التعسّفية (المبحث الاول) باعتبارها أهم مظهر لاختلال التوازن العقدي وأهم مظاهر الهيمنة الاقتصادية والقوة التي يتمتع بها المتعاقد، كما أنّ تعزيز مبدأ حسن النية وما يشتمل عليه من مظاهر النزاهة والتعاون من شأنه أن يكون وسيلة هامة وفعالة لتوقي اختلال التوازن العقدي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مكافحة الشروط التعسفية لتحقيق التوازن العقدي

هناك ارتباط متبادلاً بين القانون المدني من جهة وقانون الاستهلاك من جهة أخرى فالقانون المدني يسري على العقود التي تُبرم بين المستهلكين والمهنيين مثل عقود شراء السلع الغذائية والسيارات والأجهزة والتأمين النقل...، أمّا وقواعد قانون الاستهلاك لا تلغي قواعد القانون المدني في هذا الشأن حيث تبقى هذه الأخيرة باعتبارها الشريعة العامة القابلة للتطبيق على عقود الاستهلاك شأنها شأن سائر العقود مما يسوغ القول أنّ قانون الاستهلاك يعدّ جزء من القانون المدني¹ ويُسلّم بهذا خاصة فيما يتعلّق بالقواعد المنظمة للشروط التعسفية في العقود² فتَمّت معالجة التوازن المفقود وفق المبادئ التقليدية للنظرية العامة للعقد وكان المعيار التقليدي لتقدير الطابع التعسفي للشرط، كما مرّ بنا.

ولكن يبدو أنّ المشرّع اعتبر أنّ ما ورد في القواعد الخاصة غير كافٍ لإقامة التوازن المرجو في العلاقة العقدية وحماية المستهلك فاستحدثت قواعد معاصرة في ظل الظروف الاقتصادية التي فرضت تحديث الحماية لتتلاءم مع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية المتجددة ومن الوسائل ومن الوسائل والآليات مكافحة الشروط التعسفية.

وتحديد مفهوم الشرط التعسفي أمر في غاية الأهمية لرسم مجال الحماية (المطلب الأول)، والشرط التعسفي يهدف الى حماية المستهلك باتخاذ معيار الاختلال قوام له (المطلب الثاني) والمعالجة خرجت عن الأطر التقليدية فاستحدثت أساليب وكيفيات لمواجهة الشروط التعسفية (المطلب الثالث)، وقاية لاستعمال المتعاقد لسلطته الاقتصادية أو القانونية

¹ إنّ التوجه الحديث هو دمج قانون الاستهلاك مع القانون المدني كما فعل تعديل القانون الألماني المؤرخ، واتبع القانون الكيبيكي بضم قانون الاستهلاك الى القانون المدني.

² محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، ص 94.

المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي ومجاليه

إنّ تنظيم الشروط التعسفية باعتراف الفقه الغربي يُعدّ تنظيم حديث ظهر بعد ظهور الاصطلاح نفسه فالشروط التعسفية اصطلاح معروف في القوانين الغربية وفي القانون الجزائري وكذا المصري ولكن وضع تنظيم خاص له يعتبر امراً حديث النشأة والولايات المتحدة الامريكية أولى دول العالم التي وضعت تنظيماً خاصاً للشروط التعسفية وذلك في سنة 1962 ثمّ تبعت الولايات المتحدة الأمريكية الدول الأوروبية وذلك اعتباراً من بداية السبعينات وبداية كانت السويد سنة 1971 ثم إنجلترا 1974 ثم ألمانيا سنة 1976 ثم فرنسا في 10 جانفي 1978 بقانون المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين عُرف بقانون سكريفندر¹ Scrivener ثم تلاه قانون 05 جانفي 1988 الذي نظم دعوى إلغاء الشروط التعسفية ثم أدمجت كافة النصوص التشريعية في قانون 949/98 المؤرخ في 26 جويلية 1993 المتضمن قانون الاستهلاك.

أمّا في الجزائر² نظم المشرع الشروط التعسفية في نصوص خاصة في قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية³ والمرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁴، وتعريف الشرط التعسفي (الفرع الأول) وتحديد المجال النصوص المنظمة للشرط

¹ السيدة Scrivener التي كانت تشغل منصب سكرتير الدولة المكلف بالاستهلاك أعدت مشروعاً للقانون أصبح بعد ذلك قانون رقم 23/78 في 10 جانفي 1978 متعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات كرسّت الفصل الرابع منه الشروط التعسفية، وسمي باسمها القانون.

² بالإضافة الى نص المادة 110 الذي نظم الشروط التعسفية في القانون المدني كما مرّ بنا سابقاً.

³ القانون 02-04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 (ج. ر. عدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004) يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمتمم بالقانون 06/10 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق 15 أوت 2010، (ج. ر. عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010) المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

⁴ مرسوم تنفيذي رقم 306-06 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006 (ج. ر. عدد 56 بتاريخ 11 سبتمبر 2006) يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية معّدل بالمرسوم التنفيذي 44/08 المؤرخ في 03 فبراير 2008 (ج. ر. عدد 07 بتاريخ 10 فبراير 2008)

التعسفي (الفرع الثاني) من شأنه أن يقي من الاختلال عند تكوين العقد ويساهم في توجيه القاضي لاستخلاص معيار التعسف في الشرط.

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

إنّ التعريف القانوني للشرط التعسفي قد يغنينا عن التعريف الفقهي هذا الأخير الذي لم يأتي بجديد في تعريفه للشرط التعسفي، ذلك أنّ المشرع الفرنسي أعطى تعريف للشروط التعسفية فلقد عرّف المشرع الفرنسي في البداية الشرط التعسفي في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، المتعلق بإعلام وحماية المستهلك، للسلع والخدمات، بأنّه: "في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محرّمة، أو منظمّة... الشروط المتعلقة ب... حينما تبدو هذه الشروط أنّها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"¹.

لكن الأعمال التحضيرية للقانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات المذكورة سابقا بيّنت بأكثر وضوح تعريفاً للشرط التعسفي جاء فيه: "الشرط التعسفي هو كل شرط أو مجموعة الشروط المؤدية للإضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف"²، وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين بدون أي إمكانية حقيقية للتعديل له³.

¹ Art. 35 : «Dans les contrats conclus entre. Professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitée ? Ou réglementées... les clauses relatives au... lorsque de telles clauses apparaissent: imposées au non-professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Art. 35 de loi n. 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

² J.O. ASS. Nat., n. 3154 et 3278, n. 8-10 déc. 1977.

³ أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 214.

وهذه النصوص أوجت لمحكمة النقض الفرنسية أنّ كل عقد يُبرم بين مهني ومستهلك، ويمثل هذا العقد ولو جزئياً، خاصية البيع فإنّه يخضع للمادة الثانية من المرسوم 24 مارس 1978 الذي بمقتضاه يعتبر محرماً باعتباره تعسفياً في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، الشرط الذي من شأن محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أياً كانت، وهو نفس الاتجاه القضائي في تبني نفس المفهوم للشرط التعسفي ورأت أنّ الشرط يعدّ تعسفاً، "إذا كان يتضمن تصرفاً غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكلٍ غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية العقدي"¹، هذا ما يستفاد من حكم صادر في علاقة بين العميل والبنك.²

لكن بعد إصدار المشرّع الفرنسي قانون 95-96 بتاريخ 01 فيفري 1995 المعدّل للقانون 26 جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك استجابة للتوجيه الأوروبي لـ: 05 أفريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية، والقاضي بوجوب تعديل قوانين الدول الأوروبية الأعضاء لتنسجم معه في مادة الشروط التعسفية، أصبح تعريف الشروط التعسفية منصوص عليه بموجب المادة 132-1/5 من قانون 95-96، بأنّها تلك "التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق -على حساب غير المحترف أو المستهلك- عدم توازن ذو دلالة بين حقوق والتزامات أطراف العقد"³.

¹ «...une pratique illicite modifiante l'économie général du contrat incompatible avec le respect de la bonne foi contractuelle constitue une clause abusive....».

T.G.I., Paris, 25 oct. 1989, n. 200. Bull, d'info. C. Cass.n. 298, 25 fév.1990.

² احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 215

³ «Qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et les obligations des parties au contrat».

إلا أنّ هذه المادة لا تختلف من حيث الصياغة عن المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 السابقة، إذ لهما نفس المضمون، حيث كان المعيار آنذاك يعتبرها تعسفية الشروط التي يظهر أنّها فرضت على المستهلك عن طريق تعسف في الهيمنة الاقتصادية لأحد المتعاقدين، وما يرتب له عن ذلك من فائدة أو ميزة فاحشة.¹

يلاحظ اتفاق التعاريف التي جاء بها المشرّع الفرنسي في أنّ الشرط التعسفي يكون مدرجاً في عقد مبرم بين مهني ومستهلك أو غير مهني، أي يكون مدرجاً في عقد استهلاك.

وخلافاً لنظيره الفرنسي المشرّع الألماني ذهب إلى أبعد من ذلك وهو له السبق في آليات الحماية، ففي مجال الحماية من الشروط التعسفية أصدر بتاريخ 09 ديسمبر 1976 القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي بدأ العمل به في 01 أبريل 1977. وقد تبنى النظام التشريعي وضع قائمة بالشروط الباطلة، كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى مبدأ حسن النية بموجب المادة 09 من القانون المذكور، وعرّفت المادة 01 من نفس القانون الشروط العامة المخلة بالتوازن العقدي، بأنّها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، كما قد تكون مندمجة في نصوصه، دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه.

أبدع المشرّع الألماني ولم يتردد توسيع مجال الحماية إذ لم تقتصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين، بل مدّ الحماية إلى المهنيين أنفسهم، كما أنّها ليست مقبولة إلا

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 29.

بالنسبة لعقود الإذعان، مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة، وقد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام الطرف الآخر بها وخاصة المستهلك¹.

والمرجع الجزائري لم يُسجّل عليه التأخير في الحماية بما تضمنته القواعد الخاصة وحذا حذو الأنظمة الجرمانية، فأعطى هو الآخر تعريفاً للشرط التعسفي بموجب المادة 03 الفقرة 05 من القانون 04/02 المتعلق بالممارسات التجارية²، بأنه يقصد في مفهوم هذا القانون بما يلي: «(...) شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد»³.

نستنتج من هذا التعريف أنّ المشرّع الجزائري لم يقصّر مفهوم الشرط التعسفي على عقود الاستهلاك وإنما مدّ مفهومه الى عقود المهنيين، وهو بذلك يُجاري التصرّو الألماني.

الفرع الثاني: مجال النصوص المنظمة لشرط التعسفي

إنّ مجال الشرط التعسفي يختلف حسب التعريفات التي تبنتها التشريعات المختلفة خاصة في القانون الجزائري ولدى المشرّع الفرنسي، ولكي يُعتبر الشرط تعسفياً، يجب أن يرد الشرط التعسفي في العقد (أولاً)، وأن يكون الشرط مكتوباً (ثانياً).

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 18.

² القانون مؤرخ في 27 يونيو سنة 2004، الجريدة الرسمية عدد 41.

³ هناك من يرى أنّ مهمة وضع التعاريف هي مهمة الفقه والقضاء وليس مهمة التشريع لأنّ تعريف المشرع ملزم لا يجوز الخروج عنه إلا بتشريع مماثل، أمّا تعريف الفقه والقضاء فهو مفسّر يجوز الخروج عنه أو عدم التقيد به وذلك وفقاً لظروف وحاجات المجتمع، فترك هذه المهمة للفقه والقضاء يحقق للقانون المرونة الكافية لتلبية حاجات المجتمع حسب ظروفه وتطوّره دون حاجة الى تغيير أو تعديل التشريع نفسه، أنظر أكثر، أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2011، ص 49.

أولاً: أن يرد الشرط التعسفي في العقد

أن يكون الشرط التعسفي حسب ما أورده المشرع في المادة 03 من قانون 02-04 يوحى بأن يقصد أن يرد الشرط التعسفي في عقد وذلك في الفقرة من القانون أنف الذكر «عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه».

ولقد أورد المشرع التعريف أيضاً وهو تكرر لما سبق، عند تحديده للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006¹ حيث جاء في المادة الأولى الفقرة الثانية منه بأنه: "يقصد بالعقد، في مفهوم هذا المرسوم وطبقاً للمادة 03 الحالة 04 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه «كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر حيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي».

ويوضح هذا التعريف أنّ المشرع الجزائري قد اعتنق ما روج له الفقه الفرنسي الحديث في تعريفه لمفهوم عقد الإذعان ذلك أنه لم يذكر الاحتكار وذلك وفق تصور حديث كما جاء في القانون سالف الذكر فإنّ المشرع الجزائري هجر التصور التقليدي لمفهوم عقد الإذعان والذي يتحدّد في نطاق محدّد وضيق تحدده خصائص محددة ويكون المشرع الجزائري دفعه إلى هذه الفكرة لأكثر اتساعاً عوامل السوق والإنتاج والتوزيع وهو اتجاه الفكر القانوني المعاصر² ذلك أنّ من أثر الإنتاج والتوزيع للسلع والتركيز الصناعي والرأسمالي ظهور عدم

¹ الجريدة الرسمية، العدد 56 ص 17.

² أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 08.

المساواة بين المهنيين والأجانب نتيجة التفوق الكبير لصالح المهنيين في العلاقات التعاقدية ويكون الطرف الآخر ضعيف حتى في ظل انعدام الاحتكار وانتشار المنافسة الحرة، وعدم التساوي بين أطراف التعاقد يتضح في العلاقة بين المنتجين والموزعين من ناحية والمستهلكين من ناحية أخرى.¹

إنّ هذا التوجه في مفهوم الموسع في مفهوم الإذعان حسب المشرع الجزائري يكون قد وسّع في الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص لتشمل المهنيين والمستهلكين على حد سواء.

وهناك من يرى أنّ المشرع الجزائري ضيق من موضوعه عندما حصره في بيع السلع وكان من الأفضل استعمال عبارة جامعة شاملة لعقود الاستهلاك كالعرض والاقتناء² كما أنّ المشرع الجزائري واضح في أنّه يمدّ الحماية من الشروط التعسفية الى كل من المستهلك والعون الاقتصادي (أي المهني) وذلك حسب ما ورد في المادة 01 من قانون 02-04 السابق ذكره حيث نصّت على أنّ القانون يهدف الى «تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسة التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه»، الذي يذهب بموجب قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلّق بالشروط العامة للعقد الى عدم قصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين، أي أنّ الحماية ترد الى كلّ طرف في عقد الإذعان والذي لم يتسنّ له مناقشة مضمون العقد شكلّ حر يسوي أن يكون مستهلكاً أو لا.

¹ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 08 وما يليها.

² شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 02/04 المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية عدد 02 سنة 2009، ص 161.

وكان موقف قوانين أخرى أيضاً قوياً يهدف الى تحقيق التوازن التعاقدي بغض النظر عن أطراف العلاقة العقدية فكان القانون الإنجليزي قد عمّم الحماية من الشروط التعسفية لتشمل عقود الإذعان وكذلك أيّ عقد حتى لو كان هناك نصوص خاصة بالعقود التي يُبرمها المستهلكون فجاء في القانون المسمّى: Unfair contract terms act لسنة 1977 على أن يجوز للقاضي استبعاد الشروط غير الشريفة.

ولم يتخلف القانون الكيبيكي عن هذا التصرّف فنصّ في المادة 1437 من التقنين المدني أنّ الحماية لا تقتصر على المستهلك فقط وإنّما كل طرف لم تتاح له فرصة والتفاوض والنقاش حول شروط التعاقد¹، وهو في هذا يتفق مع القانون الألماني.

إنّ المشرّع الجزائري استفاد من ما ذهب اليه الاتجاه الفقهي في فرنسا والذي يعارض حماية المستهلك فقط من الشروط التعسفية ويرى توسيع نطاق الحماية من حيث الأطراف الى المحترفين ما دام المحترف يمكن ان يوجد في وضعية إذعان لعدم اختصاصه أو نتيجة علاقات القوى غير المتكافئة بينه وبين المتعاقد الآخر²، وحسن فعل المشرع الجزائري عندما مدّ الحماية ووسّع في نطاقها من حيث الأشخاص ذلك أنّ إضفاء التوازن على العلاقة العقدية يقتضي عدم إقصاء أي متعاقد يكون في وضع يُحدث اختلالاً في العلاقة التعاقدية ويعتقد بعض الفقه³ أنّه ما دام المشرّع الجزائري اختار توحيد وتوسيع نطاق الحماية ضد الشروط

¹ (Chr) Larroumet, Op.cit. p 405.

² بودالي محمد، المرجع السابق، ص 90.

³ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 91.

التعسفية ككل من المستهلك والعون الاقتصادي أو المحترف فلا داع للتمييز بين المحترف والمستهلك، وذلك بتوسيع مفهوم المستهلك¹.

أما القانون الفرنسي فقد ذهب الى ان النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أيّاً كان شكلها مما جعل هذه الشروط تسري ليس فقط على عقود الإذعان وإنّما على جميع العلاقات كالبيع والإيجار وعقد التأمين وأيّاً كان محلها عقاراً أو منقولاً وإن انصبّت على السلع أو الخدمات.

وإذا كان القانون الجزائري وفّق ما جاء في نصوص القانون 02/04 قد قصر تطبيق النصوص على عقود الإذعان² فقط، يعتبر قصور منه في عدم مدّ نطاق القانون الى الشروط التعسفية.

وبالإضافة الى ما سبق فإنّ المشرع لا يعتدّ بالشروط الشفوية، ويوجب شكلاً محدداً للشرط التعسفي.

ثانياً: أن يكون الشرط مكتوب

اشترط المشرع التحرير المسبق أي الكتابة فلكي يطبق النظام الذي جاء به قانون حماية الممارسات التجارية على جميع الشروط التعاقدية المكتوبة ويتضح ذلك عند تعريف عقد الإذعان ولأول مرّة في المادة 03 الفقرة 4 من قانون 02-04: «(...)عقد: كل اتفاق أو

¹ يشير الرأي أنّه أصبحنا في إطار قانون حماية المستهلك أمام مفهومين للمستهلك: مفهوم أول ضيق أورده المادة 3/9 من قانون 02-04 ومفهوم ثاني واسع لم يستثن المستعمل الوسيط أورده المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي رقم 39-90 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش بأنّه: «كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتوجاً أو خدمة معدّة لاستعمال الوسيط أو النهائي، لسدّ حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفّل به»

² بودالي محمد، المرجع السابق، ص 68.

اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه».

وأكد المشرع الجزائري أن يكون مجال الشرط عقد الإذعان وأيضاً مكتوب إذا كرّر ما سبق في المرسوم التنفيذي 06-306¹.

كما جاء في المادة الأولى الفقرة الثانية بأنه «يُقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقاً للمادة 03، الحالة 04 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقاً من أحد الأطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي» ولهذا المشرع الجزائري تبني المفهوم الواسع لعقد الإذعان كما أنّ الحماية من الشرط التعسفي تقتصر على الشروط المكتوبة مسبقاً دون تلك التي لم تُكتب.

وتجدر الإشارة أنّ المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان أي العقود المبرمة شفاهة بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو جزء منها مكتوب مسبقاً مما يجعلها تتعلق بعملية مستمرة، وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة².

وبطبيعة الحال فإن الكتابة المقصودة ليست الكتابة الرسمية بل مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق الرسمية التي تصدر سواء عن المحترف أو العون الاقتصادي مثل الفاتورة، سند الضمان، وصل تسليم.

¹ المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية

للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56 ص 17.

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص 118.

وهذا ما ورد في المادة 03 الحالة 04 الفقرة 02 من قانون 04-02 بنصها: «يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً» وفي هذا يحذو حذو المشرع الفرنسي كما ورد ذلك في المادة 132-4/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي فالأمر يتعلق بكل شرط ورد في وصولات طلب الشراء، أو الفواتير أو وصلات الضمان أو وصولات التسليم أو التذاكر إلا أنه يلاحظ على أنّ المشرع الفرنسي كان يعني كلّ الشروط المُعدّة سلفاً والمكتوبة ثمّ حسب قانون الاستهلاك تبني مصطلح جديد وهو كل الشروط العامة التي يتضمنها العقد¹.

المطلب الثاني: اللاتوازن قوام الشرط التعسفي

لا يمكن أن يُعتبر الشرط تعسفياً إلا إذا كان يترتب على إرادته في العقد سواء على حساب المستهلك أو غير المحترف اختلال مضموم، وسبقت الإشارة إلى قواعد القانون المدني استندت أنّ الاختلال الذي يُعتدّ به هو كل ما يخدش العدالة فلم يستند الاختلال حالياً إلى نفس التصور بل يقوم الاختلال كلّما كان هناك تعسف في القوى الاقتصادية للمهني (الفرع الأول) للحصول على ميزة مبالغ فيها (الفرع الثاني) وعدم نجاعته أدت إلى هجرة هذا المعيار وأخذت بمعيار جديد هو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن (الفرع الثالث).

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 28.

الفرع الأول: التعسف في القوة الاقتصادية للمهني

اعتبر المشرع الفرنسي الشرط تعسفيا حسب ما جاء في المادة 35 من القانون الصادر في 10 جانفي 1978 إذ ورد أنه تعتبر الشروط تعسفية التي يبدو أنها مفروضة على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي¹.

وضّحت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 أنّ الشرط يجب أن يفرض على المستهلكين أو غير المحترفين بسبب تعسف المحترف في استخدام النفوذ الاقتصادي وهو معيار ذاتي إنّ هذا المعيار الاقتصادي يجعل يتبادر الى الذهن أنّ السلطة تعني القوة إذ تجعل من المحترف يتميز بفرض إرادته على المستهلك إلا أنّه من الناحية الواقعية تجد المحترف أي تاجر بسيط يمارس من خلال نشاطه نوع من الضغط ليفرض شروطه وقد يكون ثمة مشروع كبير لا يفعل ذلك حفاظا على سمعته المالية².

إنّ التعسف في استعمال القوة الاقتصادية قد يكون تعسف في الموقف أو تعسف في استعمال الحق!.

فإذا كان استعمال القوة الاقتصادية هو تعسف الموقف فهذا يدعونا الى النظر فيما يلحق الارادة من عيب ذلك أنّ الخشية التي تلحق الارادة في قدرتها على اختيار يقربها من مفهوم الإكراه أو الاستغلال أي الاستفادة من وضع الضعف الذي وُجد فيه المتعاقد والهيمنة التي وُجد فيها المتعاقد الآخر، وبالتالي مفهوم تعسف القوة الاقتصادية للمهني يتمثل في وضع المهني القوي اقتصاديا ويقابله وضع المستهلك الضعيف الذي ليس لديه إلا قبول التعاقد أو رفضه.

¹ L'abus de puissance économique du professionnel

² شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 146.

أمّا التعسف في استعمال القوة لا يعدو كونه تجاوز في استعمال الحق بحيث جاء 10 جانفي 1978 يحمي تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق الشخصية¹.

إنّ تحرير العقد مسبقاً وبشروط ينفرد بإملائها المهني هي ممارسة لسلطة واقع وليس لحق شخصي والتعسف الوارد في المادة 35 لا علاقة له بصور التعسف في استعمال الحق. وهناك من ينتقد أنّه اختلال التوازن في العلاقة لا جدوى من اقترانه بمعيار التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي ذلك النفوذ قد لا يكون اقتصادي بل يكفي أن يكون نفوذ فني حيث أنّ التفوق الفني قد يُمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية² وبالتالي فمعيار التفوق الاقتصادي قد يكون معيار مهم أسيء اختياره³ ذلك بدعوى كيف يمكن اكتشاف أو ماهي مؤشرات النفوذ الاقتصادي؟ واعتبار شرط تعسفياً؟.

حاول الفقه تقديم بعض المؤشرات التي تدلّ على أنّ الشرط تعسفي وفق معيار التفوق الاقتصادي فأروا أن مجرد أن يرتب الشرط عدم توازن جسيم في اتفاق ما، فهذه النتيجة تجعل الشرط باطلاً⁴، كما يمكن أيضاً وبهدف تقدير القوة الاقتصادية للمهني البحث عن وضعية المهني في السوق، ومن جهة أخرى أيضاً يمكن اللجوء الى وضع المستهلك لتقدير النفوذ الاقتصادي، فهو الذي ليس لديه خيارات وغير قادر على مناقشة شروط العقد كما أنّه يمكن الاستدلال على تقدير القوة الاقتصادية إذا استعملها المهني بهدف الحصول على ميزة فاحشة.

¹ J. Ghestin : « **Traité de droit civil. Introduction général** ». 3e éd. 1990, n. 693, p. 674.

² عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 270.

³ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 222.

⁴ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 222.

الفرع الثاني: استثناء المهني بالميزة المفرطة¹

لا يمكن القول أنّ استعمال التفوق الاقتصادي يكون بفرض شرط في عقد الاستهلاك يجعل الشرط يسبغ بصفة التعسف ما لم يخول للمهني يحوز على ميزة فاحشة أي فائدة مفرطة، بحيث كما يرى الفقه أن الميزة المبالغ فيها هي نتيجة سوء استخدام النفوذ الاقتصادي أي بطريقة تعسفية وبالتالي الميزة المفرطة قرينة على التعسف في استعمال القوة الاقتصادية وهي ميزة يجب أن تكون غير معهود منحها في مثل هذه العقود التي ورد الشرط عليها².

لقد انتقد هذا المعيار على أساس أنّه معيار غامض كمياً وكيفياً ذلك أنّه معيار الميزة المبالغ فيها غير محدّد الكمية كما أنّ طبيعة الميزة غير واضحة قد تكون ذات طابع مالي وقد تكون ذات طابع معنوي أو الإثنتين معاً، كما يثار كيفية تقدير الميزة المبالغ فيها تكون بالنظر الى الشرط أم الى العقد ككل، أم بالنظر الى وضع طرفا العلاقة العقدية، إنّّه بالنظر الى معيار الاستفادة من التفوق الاقتصادي للحصول على ميزة فاحشة يجد المشرّع الفرنسي نفسه يأخذ بنظرية الاستغلال أو كما يسميها غالب الفقه الغبن الموصوف أو النظرية العامة للغبن³ فالمشرع الفرنسي وقع في ما كان يخشاه وهو اعتماد نظرية موسّعة للغبن بل أخذ بنظرية الاستغلال بعنصرها المعنوي وهو سوء الاستفادة من وضعية الضعف التي وُجد فيها المتعاقد ليتحصل على فائدة فاحشة وهي العنصر المادي فالمسألة كما يلاحظ تثير بطريقة واضحة موضوع الغبن، كما أنّه يلاحظ ان المشروع المبدئي المقدم من الحكومة الفرنسية والذي يتعلق بمشروع 10 جانفي 1978 تضمّن معيار عدم التوازن الظاهرين الالتزامات فاستُبعد وحلّ محله

¹ L'avantage excessif.

² أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 56.

³ انظر ما مرّ بنا سابق في الباب الأول، الفصل الثاني.

معيار الميزة الفاحشة أو المبالغ فيها مدفوعا بغرض الابتعاد عن فكرة الغبن. ونختم أنّ الميزة المفرطة هي مقابل مبلغ فاحش مفروض بشرط أو شروط عديدة¹.

إنّ قانون الفرنسي في قانون 10 جانفي 1978 اعطى معياران المعيار الثاني محصلة المعيار الأول يرتبطان ببعضهما ليحقق بهما التوازن العقدي بين طرفا العقد حاصلة توازن في مضمون العقد² إلا أنّ المشرع لم يقاوم طويلا لتبني المعيار المقترح في مشروع القانون.

الفرع الثالث: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات

أخذ المشرع الجزائري ولأول مرة بالتعريف بالشرط التعسفي من خلال القانون 04-02 وذلك في المادة 03 فقرة 05 حيث نصّت «كل بند أو شرط بمفرده أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

إنّ المشرع الجزائري بتعريفه للشرط التعسفي ما هو إلا استمرار لتصوره في إقامة توازن في العلاقة العقدية وذلك عند ما تبنيّ سابقا نظرية الاستغلال وتبنيّ نظرية الإذعان³ في هذا التصور فهو لم يتبع القانون الفرنسي بل إنّ المشرع الجزائري كان أكثر جرأة وتبنيّ نظرية الحوادث الطارئة وهذا يؤكد أنّ المشرع الجزائري في قواعده العامة يأخذ عمليا بفكرة التكافؤ بين الأداءات المتقابلة والتوازن العقدي ككل في العلاقة العقدية أمّا المشرع الفرنسي سلّم بهذه

¹ احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 223.

² احمد محمد الرفاعي، نفس المرجع، ص 223.

³ أنظر الى ما سبق التطرق له في الباب الأول.

الفكرة عندما أعاد وأخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن والذي استمدّه وبضغط من التعليم الأوروبية لسنة 1993 الخاصة بالشروط التعسفية¹.

فنصّ على هذا المعيار في المادة 132-5/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، على «في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعتبر تعسفية تلك الشروط التي يكون هدفها أو من شأنها إحداث -على حساب غير المهني أو المستهلك- تفاوتاً جلياً وظاهراً بين حقوق والتزامات طرفي العقد»².

يلاحظ الفقه على نص هذه المادة أنّ المعيار الذي جاءت به وهو التفاوت أو عدم التعادل الجلي (الواضح) ليس إلا إعادة لمعيار الميزة المفرطة فمفهوم الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفس مفهوم للميزة المفرطة والاختلاف لفظي فحسب من حيث التسمية والتي تؤدي الى نفس المعنى³ ويضيف رأي آخر أنّ المقصود بالميزة المبالغ فيها أي الميزة المفرطة ماهي إلا الإخلال الظاهر بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد والتي تعني بالإضافة الى التقدير المالي لها فهي أيضا عدم التوازن بين الالتزامات والحقوق المترتبة عن العقد سواء بالمبالغة في فرض التزامات على غير المهني أو المستهلك أو عن طريق التخفيف أو إنقاص التزامات المهني⁴.

¹ الموجه الأوروبي رقم 13/93 في 05 أفريل سنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين فنص في المادة 1/132 «الشرط التعاقدى الذي لم يكن موضوعا نتيجة مفاوضة فردية يعتبر شرطا وذلك عندما ينشئ خلافا لما يفرض به حسن النية وعلى حساب المستهلك تفاوتاً un déséquilibre significatif بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد»

² ART L132-1: «Dans les contrats conclus entre professionnelle et non professionnelles ou consommateur sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnelle au du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et obligations des parties au contrat»

³ Jean calais-Auloy et f. Steinmetz : Droit de la consommation, 5ème édition, Dalloz, 2000, p. 184.

⁴ احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 223 و 224.

والملاحظ أنّ المشرع الفرنسي في قانون 10 جانفي 1978 في المادة 35 كان يؤكد على أنّه لكي يُنعت الشرط بالتعسّفي يجب استعمال النفوذ الاقتصادي كعنصر ضروري يؤدي بالضرورة الى عنصر منح المهني ميزة مبالغ فيها.

لكن التصور الجديد حسب المادة 1/132 لم يعد يشترط التعسف في استخدام القوة الاقتصادية بل يكفي توفر عنصر واحد حتى يفترض أنّ الشرط تعسفي وهو التفاوت البين بين حقوق والتزامات الطرفين، كان المشرع الفرنسي يتبنى نظرية الاستغلال الحديثة كما أخذ بها القانون والقضاء الالمانى¹، فالأحكام تكاد تكون متطابقة حسب الفكرة وهدف النصوص القانونية.

لم يجد المشرع الفرنسي مخرج إلا بالاعتراف أخيرا بآلية مباشرة لمعالجة اختلال التوازن العقدي وما ذهب اليه في ما ورد في الفقرة السابعة في نص المادة 07/01/132 من قانون الاستهلاك إذ نصّت هذه الفقرة على أنّ تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، وهو تأكيد من المشرع أنّ الهدف من المعيار هو مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد، وليس ضمانا التعادل الكلي بين الاداءات المتقابلة² وتجدر الإشارة الى أنّ معيار التوازن بين الحقوق والالتزامات سواء في القانون الجزائري أو القانون الفرنسي ينظر فيه في تقدير التوازن الى مجموع الشروط العقدية أي تُفحص جميع الشروط الواردة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن بدون النظر الى الشرط لوحده الذي قد يبدو تعسفا إلا أنّه يكون مبررا اذا نضر اليه من خلال مجموع شروط العقد³.

¹ أنظر ما سبقت الإشارة اليه في الباب الأول.

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص 134.

³ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 222.

ويقدر التوازن في وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف المحيطة عند الإبرام، بل وأكثر من ذلك وبالرجوع إلى الشروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام عقد أو بتنفيذ هذين العقدين يخضع فيهما أو أحدهما قانونا للآخر كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع¹ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حسب ما جاء في المادة 03 الفقرة 05 من قانون 04-02 أن لا يُنظر إلى الشرط على أنه تعسفي وهو منفرد بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى أي ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد.

إنّ معيار الاختلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات يتبنّى هدف هو تحقيق التوازن العقدي في بعده الموضوعي في نفس الوقت يلقي بضلاله في تحقيق التوازن الذاتي بين أطراف العلاقة العقدية.

إنّ النظر إلى الشرط التعسفي بالنظر إلى كل بنود الواردة في العقد وكل ما أدّى إلى اختلال في توازن العلاقة العقدية يُنعت بأنه تعسفي كما أن تطبيق هذا التصور على كل العقود يجعلنا أمام نص عام يمنع الغبن والاستغلال وبهذا يكون قد قنّن نص يمنع الاختلال في العلاقات العقدية ليقم التوازن العقدي.

المطلب الثالث: أساليب مواجهة الشروط التعسفية

في ظل القواعد الحديثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، تنوّعت أساليب الرقابة على شروط العقد، فأستحدثت طرق حديثة تتمثل في الرقابة التشريعية (الفرع الأول) وذلك عن طريق إيراد قوائم محدّدة للشروط التعسفية ملحقة بالقوانين الحماية من تلك الشروط. وبالإضافة

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 30.

الى الاتجاه الى الاسلوب التنظيمي لمواجهة الشرط التعسفي (الفرع الثاني) والتي تتمثل في الرقابة التي تمارسها لجنة الشروط التعسفية، التي تقوم بالاطلاع على نماذج العقود الني يعرضها المهنيون على المستهلكين أو غير المهنيين، وذلك من أجل إبداء رأيها حول طبيعة الشروط المدرجة في هذه العقود، فيما إذا كانت تعسفية كذلك فإنّ هناك نوع آخر من الرقابة الإدارية، حيث تباشر الحكومة رقابة إدارية على الشرط التعسفي وذلك من خلال إصدارها مراسيم بتحريم أو تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية، والنوع الثالث في الرقابة هو الرقابة القضائية (الفرع الثالث)، هذه الرقابة الأخيرة تتمثل في رقابة القضاء المدني، حيث يتصل هذا الأخير بالدعوى بناءً على الدعوى الني يرفعها المستهلك، أو الدعوى الني ترفعها جمعيات المستهلكين.

الفرع الأول: الأسلوب التشريعي لمواجهة الشروط التعسفية

الوصفة المستحدثة في قوانين الحماية من الشروط التعسفية إيراد قوائم تحدّد الشروط التي تعتبر تعسفية، فلقد وردت على شكل القوائم السوداء والقوائم الرمادية للشروط التعسفية، والتي ابتدعها المشرّع الألماني وكان بذلك أول تشريع أوروبي في هذا المجال وحذا حذوه المشرّع الفرنسي، الذي أورد قائمتين من الشروط التي اعتبرها تعسفية، ولم يتأخر المشرع الجزائري عن ركب هذا التصرّو لمجابهة اختلال التوازن بفعل الشروط التعسفية متأثراً بهذه القوانين.

كرّس المشرّع الألماني قانون المتعلق بالحماية من الشروط التعسفية، بإقراره قانون 09 ديسمبر 1976، المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي أصبح ساري المفعول في 01 أبريل 1977، تضمّن هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء، حيث تعتبر الشروط الواردة بها باطلة بقوة القانون، ولا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، والثانية

قائمة رمادية، والتي أعطى بصدها للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها حسبما إذا كانت تتلاءم أو لا تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون المذكور¹.

وشملت القائمة السوداء ثمانية أصناف من الشروط المحظورة، نصت عليها المادة 10 من قانون 1976، وتتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، والنص على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، والحق في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر، أو في تعديله، أخذاً في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك، الحق في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه، والحق في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول، إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة².

أمّا القائمة الرمادية والتي أجاز للقضاء استبعادها إذا كانت تتسجم مع معايير التعسف، نصت عليها المادة 11 من القانون الألماني 1976، وتتضمن عشرة أصناف وتتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى بثمنها في خلال مدة أربعة أشهر، وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة، الحق في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس، وحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي، الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي.

¹ عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار

الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 148، 149.

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص 21.

أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير¹.

ويتفق على أنّ الشرط المتعلق بالضمان من أبرز الشروط في الحماية، حيث نصّت المادة 11 السابقة، على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المباعة الجديدة، بموجب الشروط العامة.

إذ يعد باطلا الشرط الذي يستبعد كلياً أو جزئياً الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المباع أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المباعة موردة من قبل الغير.

كما يستطيع للبائع أن يفرض على المستهلك الرجوع أولاً على الغير، خاصة إذا كان حاصلًا على ضمان من المنتج، ولكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمان البائع بصفة احتياطية.

ويعتبر القانون الآن ذكره أنّ الشرط الذي يسمح للمحترف بفرض تصليح الشيء المعيب تقاديا لخيار الفسخ أو إنقاص السعر صحيح، لكن بشرط أن يتضمن الشرط السابق حق المستهلك في المطالبة بالفسخ أو إنقاص السعر في حالة عدم نجاح عملية التصليح.

وعلى البائع أن يتحمل المصاريف المتعلقة بتصليح الشيء المباع، مثل مصاريف النقل، والتنقل، واليد العاملة، والأدوات الضرورية.

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 21 و 22.

أمّا إذا تضمنت الشروط ما من شأنه أن يعرقل المستهلك في ممارسته لحقه فإن هذه الشروط تعتبر باطلة¹.

ولم يفت المشرع الجزائري، إيراد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من قانون 02-04 المتعلق بالممارسة التجارية، تضمنت ثمانية أصناف، لكن هذه المادة قصرت الحماية من الشروط التي تتضمنها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، ويتضح ذلك من عبار "تعتبر بنوداً وشروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير..."

والثابت أنّ نصوص القانون 02-04 الخاصة بالشروط التعسفية تحمي حتى المهني من هذه الشروط، ويتضح ذلك من المادة 03 الحالة 4 فقرة 01، والفقرة 05، من القانون نفسه.

وتؤكد عبارة "لا سيما" الواردة في المادة 29 من نفس القانون، أنّ هذه القائمة مجرد قائمة استرشادية غير حصرية، والملاحظ أنّ عدم حصر قائمة الشروط التعسفية يحقق حماية أفضل للمستهلك، وهو ما استوحاه المشرع الجزائري من نظيره الفرنسي المتأثر بالنموذج الألماني وذلك بترك السلطة التقديرية للقضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية، استناداً إلى نص المادة 3 الحالة 5 من نفس القانون.

ويتمثل تعداد هذه الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من قانون 02-04 في الشروط الآتية: تعتبر بنوداً وشروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 21 و 22.

- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،
- التزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،
- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة،
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

بالإضافة الى هذه القوام الواردة في قوانين الحماية من الشروط التعسفية أضفى المزيد من الحماية لتفعيل الحماية والتوازن المرجو وذلك بالرقابة بموجب مراسيم حكومية.

الفرع الثاني: الأسلوب التنظيمي لمواجهة الشرط التعسفي

إنَّ الأسلوب التنظيمي لمقاومة الشروط التعسفية نظم الرقابة بأداتين من جهة نسبة رقابة الى لجنة الشروط التعسفية (أولا) واحال للحكومة الرقابة عن طريق تحديد الشروط التعسفية بموجب مراسيم (ثانيا).

أولاً: رقابة لجنة الشروط التعسفية:

تمّ انشاء لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

وتشكيلة هذه اللجنة بالرغم من أهميتها في تحقيق الحماية إلا أنّ طبيعتها وقراراتها تجعلها لا تحقق الغاية من إنشائها (1)، ولها في سبيل ذلك عدة اختصاصات (2).

1- تشكيل لجنة الشروط التعسفية:

أنشأت هذه اللجنة الادارية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

فنصّ في الفصل الثالث من المرسوم رقم 06-306 على تنصيب لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة، والمادة 06 من المرسوم سالف الذكر نصت: «تتشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص "اللجنة" يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

تعد اللجنة نظامها الداخلي الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة.

تسير أمانة اللجنة من طرف المصالح المعنية للوزارة بالتجارة».

ونصت المادة 08 من القانون نفسه على أنّ اللجنة تتكون من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجار، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيساً.

- ممثل (1) عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.

- عضو (1) من مجلس المنافسة.
- متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود.
- ممثلين (2) من جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.

ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

2- اختصاصات لجنة الشروط التعسفية:

لم تختلف اختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري، عن نظيرتها في القانون الفرنسي حيث تبحث لقانون الفرنسي، حيث تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية يمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، ويمكنها مباشرة كل عمل يدخل في مجال اختصاصها (المادة 07 من مرسوم 306-06)¹. أمّا المعيار الذي تستند اليه في تقدير التعسف فهو معيار الاخلال الظاهر بالتوازن بين التزامات المتعاقدين وفي سبيل قيام اللجنة بمهامها، تُخطر إمّا من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك (المادة 11 من المرسوم 306-06).

¹ الجريدة الرسمية العدد 56، ص 18، وما يليها.

كما تشير المادة 12 من نفس المرسوم على أن تنشر اللجنة آراءها وتوصيتها بكلّ الوسائل كما يمكنها اعداد ونشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طرق كل وسيلة ملائمة، على أن تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجار، وينشر كلياً أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة.

ولكن ما يُعاب على المشرّع الجزائري أنّه لم ينص على أيّ دور استشاري للجنة البنود التعسّفية لدى القضاء، كما فعل المشرع الفرنسي بموجب المادة 2-132 وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما تجدر الإشارة أنّه بمقارنه تشكيل اللجنة الشروط التعسفية في فرنسا أنّها تضم قاضيين أحدهما رئيساً والآخر نائباً له كما تضم اللجنة بالإضافة للعناصر القضائية عناصر ادارية ومستشارين في مجال العقود، فكان التمثيل أقوى وأكثر فعالية، بالإضافة على النصّ بدورها الاستشاري خلافا للمشرع الجزائري الذي لم يشركه في ذلك.

ثانيا: رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم:

وما يتيح مراقبة الشروط التعسفية ما تسمح به المادة 30 من قانون 04-02، وهو القانون المطبق على الممارسات التجارية، والمذكور سابقا، على أنّه: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، كما توضح عبارة منع العمل في مختلف العقود الواردة في المادة 30 بشرط أن تكون عقود اذعان وفق المادة 03 الحالة 04 الفقرة 01 من قانون 02-04.

نستنتج مما سبق أنّ المشرع منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك وذلك بكيفيتين، الكيفية الأولى: بالتحديد المسبق للعناصر الاساسية للعقود المبرمة

مع المستهلكين، والكيفية الثانية، تخويل السلطة التنظيمية التدخل لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم أو بين هؤلاء المستهلكين وهذا تشير له عبارة «منع العمل في مختلف أنواع العقود» الواردة في المادة 30 سالفه الذكر ولكن بشرط أن تكون عقود الإذعان كما جاء في المادة 03 حالة 04 الفقرة 01 من قانون 02-04 كما يلي: «كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه».

وذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون، والتي حصرت نطاق الحماية من الشروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك، فيما يلي: «تعتبر بنوداً وشروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد بشروط يحققها متى أراد،
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،
- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
- 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخلّ هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7- التفرّد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة،

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط

تجارية جديدة غير متكافئة».

وبالفعل وتطبيقاً لنص المادة 30 من قانون 04-02 السابق، صدر المرسوم التنفيذي

رقم 06-306¹، الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان

الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (المادة الأولى من المرسوم).

حيث جاء في المادة 5 من هذا المرسوم أنّه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها

العون الاقتصادي بتقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و 03 أعلاه

وهذه الحالة الأول للمادة 5.

وتجدر الإشارة أنّ المادة 02 أبرزت ماهية العناصر الأساسية بأنها تلك التي يجب

إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، بالإضافة الى العناصر المرتبطة

بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات

التجارية ومن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.

كما أنّ المادة 03 وردت في المرسوم 06-306 لتعدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية

للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر

ويظهر ذلك من عبارة "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساساً بما يأتي:

«تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك

العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة

¹ وهو المرسوم المؤرخ في 11 سبتمبر 2006م، الجريدة الرسمية، العدد 56.

وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بيع البيع».

النتيجة أن إيراد شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطاً تعسفياً، وتعداد هذه العناصر جاء في المادة 03 المذكور تبعا لما يأتي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار والتعريفات.
- كفاءات الدفع.
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم.
- كفاءات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات تفسخ العقد.

أما الحالة الثانية وما يليها من المادة 5 من المرسوم أعلاه 306/06 فنصت على:

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.
 - فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
 - الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
 - تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
 - فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
 - الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
 - يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
 - يحمّل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.
- وفي الأخير، ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 05 من نفس المرسوم، يبدو أنّ هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، ويظهر ذلك من عبارة "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي..."، إذ هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أنّ القائمة جاءت على سبيل المثال.

بالنظر الى المادة 30 من قانون 02-04 يستنتج أنّه حتى وإن كانت القائمة المحددة للشروط المعتمدة تعسفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم 06-306، تبدو حصرية، إلا أنّ المادة 30 من قانون 02-04 تعطي الحكومة حق إصدار المراسيم تورد قوائم أخرى

جديدة محدّدة لشروط التعسفية. وعليه فإنّ القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم 306-06 ليست على سبيل الحصر.

إذ السلطة الممنوحة للقاضي الجزائري تزيل التخوف من هذا الحصر الوارد في النصوص السالفة ذلك أنّه يجوز له الاستناد على تعريف الشرط التعسفي، الوارد في المادة 03 الفقرة الخامسة من قانون 02-04، ليوصم الشرط بأنّه تعسفي رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون 02-04 السابق، ورغم عدم ذكره أيضاً من طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 306-06.

الفرع الثالث: الأسلوب القضائي لمواجهة الشروط التعسفية

إنّ للقضاء دوراً أساسياً في تحديد الشروط التعسفية في مجال العقود سواء كان في القانون الفرنسي أو في القانون الجزائري، ولكن تردد القضاء الفرنسي وتضاربت أحكامه حول إبطال الشروط التعسفية التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي فانقسم القضاء بين اتجاهين الأول رافض الحكم ببطلان الشروط التعسفية، واتجاه آخر بحكم بإبطال الشروط ولو بدون صدور مرسوم تطبيقي لاعتبار الشرط تعسفياً، أدّى هذا الى جدل فقهي إذ انقسم الفقه الى فريقين فريق يرفض أن القاضي في فرنسا له سلطة الرقابة على الشروط غير الواردة في المرسوم 24 مارس 1978، وفريق يدعم أن تكون المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 ولو لم يصدر بها مرسوم تطبيقي.

لكن هذا الجدل تجاوزه الوقت بعد الاعتراف الصريح من قبل محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في الرقابة على جميع شروط العقد بما في ذلك التي لم تكن محل مرسوم تطبيقي يحرمها وذلك في قرار صادر في 14 ماي 1991¹.

وتعزّز هذا التوجه بأن قام المشرّع الفرنسي مدفوعاً من القضاء بأنّ منح للقاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، وذلك سنة 1991 أضيفت المادة المرقمة ب 209²، الى النصوص المتعلقة بالحماية من الشروط التعسّفية التي جاء بها قانون 10 جانفي 1978، إذ حثّت المادة على أنّ الشرط أي كان ولو لم يكن مكتوب وإذا فُرض على غير المهني أو المستهلك عن طريق تعسّف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر بمنحه من خلال العقد ميزة فاحشة إذ أنّه بموجب هذا النص أعطى المشرّع للقاضي سلطة اعتبار الشرط تعسّفي علماً أنّ الاستناد الى هذه المعايير كان بموجب قانون 10 جانفي 1978 قاصراً على الحكومة وحدها وبالرغم من أنّ هذا النص قد وسّع من مجال سلطة القاضي في الرقابة على شروط العقد إلا أنّه لم يعطيه السلطة المطلقة في سبيل ذلك، فهو محصور بالحالات المذكورة في النص والتي لا تشمل

¹ «القضية تتعلق بشرط اعفاء من المسؤولية ورد هذا الشرط في عقد وديعة إذ يقتضي هذا الشرط استبعاد مسؤولية المهني في حالة فقد أفلام أودعها لديه أحد العملاء لطبعها على الورق، هذا الشرط اعتبرته محكمة الموضوع تعسفاً لا يحتج به على العميل حسن النية كما أنّ محكمة النقض رفضت طعن المودع لديه، وذهبت الى أنّ محكمة الموضوع قد أسست على الشرط المدرج في استمارة الإيداع الذي كان يعني المعمل من كل مسؤولية عن فقد الصور وأنّ الحكم المطعون فيه رأى أنّ مثل هذا الشرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه الذي يعتبر في وضع اقتصادي سمح له فرض مثل هذا الشرط الذي يُنعت بالتعسّف ويجب أن يعد غير مكتوب أي لم يكن» في: احمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 251، 252.

² Art. 9 « A l'occasion d'un litige qui lui est soumis, le juge peut déclarer non écrite une clause relative au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation ou reconduction des conventions, lorsqu'une telle clause apparaît imposée au non professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie au contrat et confère à cette dernière un avantage excessif ». J.O. Débats parlementaires, Ass. Nat., n.25, jeudi 25 av. 1991, p. 1693 et s.

الحالات التي يمكن أن تكون مجالا للتعسف وقد اعتمد القضاء وسيلتين إمّا بطلان الشرط التعسفي في العقود التي أبرمت أو حذفها من نماذج العقود قبل إبرامها.

أمّا التّصور الذي كرّسه قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995 يعتمد القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط على التعريف التي تضمنته المادة L1-132 من قانون الاستهلاك في الفقرة الأولى الذي يعتبر الاختلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات الطرفين كدليل على أنّ الشرط تعسفي وهو نفسه معيار الميزة الفاحشة، وبمقتضى قانون سالف الذكر فسلطة القاضي تقتصر على نطاق لجنة الشروط التعسفية وذلك ما حوّله مرسوم 10 مارس 1993 وإن كان غير ملزم بالأخذ بالاستشارة المقدّمة¹.

وللإشارة فإنّ تقرير كون الشرط تعسفياً من طرف القضاء يخضع لرقابة محكمة النقض سعياً الى توحيد أسس التقدير².

يسجل ببطء المشرع الفرنسي في فتح مجال الرقابة على الشروط التعسفية وهذا يفسّر بالخلفية التاريخية للنظام القانون الفرنسي.

أمّا فيما يتعلّق بالقاضي الجزائري فإنّه منح سلطة تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه بموجب المادة 110 من قانون المدني ابتداءً، كما منح قانون 04-02 هذه السلطة وذلك حسب تعريفه للشرط التعسفي، كما أنّ للقاضي الجزائري الاسترشاد بالقائمة الواردة بالقانون 04-02 بموجب المادة 29 منه والقائمة الصادرة في نص المادة 05 بموجب المرسوم 06-306، وقضاة الموضوع يمارسون هذه السلطة تحت رقابة المحكمة العليا، وفي هذا يكون

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص ص 49، 50.

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص 50.

المشرع الجزائري متفتح في عصرنة منظومته القانونية ويميل الى ما قرره المشرع الألماني فيما يخص رقابة الشروط العامة بما منحه قانون 09 ديسمبر 1976 من سلطة لتقدير الشروط العامة وبطلانها إن كانت تتميز بالتعسف.

إن هذه المساحة الممنوحة لإزالة كل شرط تعسفي ما هو إلا إعادة التوازن للعلاقات العقدية المختلفة، سواء كان هذا الاختلال التعاقدى ناجم عن عدم المساواة بين الأطراف العلاقات العقدية، أو بين الحقوق والالتزامات المتبادلة، أو كان منشأ الاختلال هو انعدام المساواة المعرفية، إن هذا الاعتراف للقاضي بهذا السلطة لرقابة الشرط التعسفي يعتبر وسيلة فعّالة في إقامة التوازن التعاقدى والوقاية من الاختلال بشرط أن يتقدم المتعاقد صاحبة العقد المختل لرفع دعوى استبعاد الشرط التعسفي أو بطلانه، إلا أن المستهلك لا يلجأ الى هذا الحل لما يتكبده من مشاق بسبب مصاريف الدعاوى، بالإضافة الى طول إجراءات التقاضي، فكان اعتراف المشرع الجزائري لجمعيات الممثلة للدفاع عن المستهلك، يهدف الى مزيد من الحماية بهدف خلق علاقات تعاقدية متوازنة وعادلة، وذلك بأن أعطى بموجب المادة 1/65¹ من قانون 02-04 لجمعيات حماية المستهلكين والجمعيات المهنية وكذا كل الجمعيات المهنية وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة حق رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 02-04 أما الفقرة الثانية من المادة 2/65 أعطتهم الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلك ويحق للقضاء تقرير ما يناسب من جزاء، إذا الشرط أصاب العقد باختلال ظاهر.

¹ تنص المادة 1/65 «دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعية حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة الأحكام القانونية».

المطلب الرابع: جزاء الشروط التعسفية

ذهب المشرع الفرنسي بمقتضى قانون الاستهلاك لسنة 1993 في نص المادة 132-01 الفقرة 06 إذا اعتبر الشروط التعسفية كأن لم تكن مكتوبة.

ويشار أنّ الفقه متفق على أنّ عبارة غير مكتوبة بمعنى باطلة مع الإبقاء على العقد المتضمن الشرط ساريا ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع للتعاقد¹ ومن خلال هذين النصين يتّضح أنّ البطلان يلحق الشرط لا العقد وبالتالي هو بطلان نسبي وهو بذلك يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، أمّا البطلان النسبي فهو يتلاءم وهدف الحماية المقصودة وهي إقامة واستمرار عقد متوازن تحسّينا للعلاقات التعاقدية.

ويأخذ على المشرّع الجزائري عدم نصّه صراحة على جزاء مدني للشرط التعسفي في القانون 04-02 وهو نقص غير مبرّر ينبغي استكماله وذلك بالحث صراحة على بطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد صحيحاً إذا كان للعقد أن يستمر بدون الشرط الباطل ويردّ بعض الفقه على هذا النقص أنّه سهو من طرف المشرّع².

يتّضح تأثر المشرّع الجزائري بنظيره الفرنسي في ترتيب الجزاء الجنائي حيث إنّ المادة 38 من قانون 04-02 نصّت على أنّه «تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون. ويعاقب عليها بغرامة من 50.000 دج إلى 5000.000 دج»، وهو نفس التصرّ الذي جاء في القانون الفرنسي إذ يُعاقب المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 بالغرامة كل من

¹ أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 124.

² أنضر أيضا شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 185.

يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدى على ضمانها¹.

التشديد في الرقابة هدفه دفع المهنيين أو المحترفين الى التمهّل عند صياغة شروط العقود النموذجية التي يعرضونها، وخاصة وأن الجزاء قد تعدّى الجزاء المدني الى الجزاء العقابي ممثلا في الغرامة كما جاء في القانون الجزائري.

إنّ إقامة التوازن في العلاقة التعاقدية استدعى أن تنشأ العقود بدون شروط تعسّفية وإنّ نشأ العقد وتضمّن شرطاً تعسّفياً متى أدّى الى الاختلال بين الحقوق والالتزامات فإنّه لا يعتدّ به ويعتبر كأنّه غير مكتوب، هذا التصوّر جاء وفق القواعد الحديثة لحماية المستهلك فوصفت هذه الحلول التي هدفها الأول والأخير بصريح النص القانوني كما مرّ بنا منع الاختلال التعاقدى وذلك بما اعتبره الفقه مكافحة الشروط التعسّفية، وهذه مرحلة ثانية في الحماية وتحقيق التوازن بالنسبة للمشرّع الجزائري الذي لم تقفّه المرحلة الأولى في القواعد العامة في حماية الطرف الضعيف من ظاهرة عدم التوازن وتعديل وإعادة توازن للعقد المختل (المواد 110، 70 مدني) فكان معيار العدالة هو المنطلق والاساس بالرغم ما تميّز به من ابهام، والمرحلتين متكاملتين إلّا أنّ القواعد الحديثة وفق قانون 04-02 جاءت دقيقة فأعطت المعيار الدقيق للكشف عن الشرط التعسّفي في كلّ ما من شأنه الأخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد واتخذ المشرّع الحماية الموسّعة سبيلا لجعل من النظام القانوني لحماية المستهلك تكملة وإثراء لما سبق من الحماية التي قرّرها في القواعد العامة بحيث منح للقاضي قواعد قانونية حديثة بمعايير تخلق التوازن في العلاقة العقدية.

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 139 و 140.

المبحث الثاني: خلق مناخ التوازن التعاقدية

يجب أن تتميز النصوص القانونية بالمرونة، التي تسمح بالتكيف بأقصى درجة من الفاعلية مع الحاجات والضرورات المتغيرة، ولا شك أن اتخاذ حسن النية مبدأ يظل العملية التعاقدية ويقلل من أسباب الصراع والغش والخديعة ويدعم الثقة والاستقرار المرجو للعقد، كما أن حسن النية والعدالة مرتبطتان فكل حكم تقرره العدالة إلا وكان حسن النية سند له، فإذا كان التوازن أهم سبيل لتحقيق المساواة والعدالة التعاقدية فإن تحقيق هذا التوازن والمساواة مرتبط بردع سوء النية.

والثابت أنه ليس بديلاً لخلق مناخ التوازن الذي بإمكانه مجابهة الغش وتقويم سلوك المتعاقدين من تناحر وتعارض ومن اعتبار العقد وسيلة مواجهة وصراع غير اتخاذ مبدأ حسن النية مبدأ عام في التعاقد (المطلب الأول) وجعل من مقتضياته ومظاهره ركيزة للتوازن ودعامة للعدالة التعاقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حسن النية مبدأ عام في التعاقد

إن مبدأ حسن النية مبدأ عام يُظَلَّ العقود جميعها، سواء فيما تعلّق بانعقادها وتحديد مضمونها أو تنفيذها¹ والاتجاهات الحديثة تستوجب مدّ نطاق حسن النية الى نطاق الابرام للعقود فحسن النية يجب أن يتوافر في مرحلة انعقاد العقد أولى منه من مرحلة التنفيذ، وذلك من شأنه أن يُضفي على القانون طابع الخلق².

¹ Anne-Sophie Lavefve Laborderie, **pérennité du contrat**, LGDJ, 2005, p.407.

² أحمد محمد الرفاعي، **الاكراه الاقتصادي**، دار النهضة العربية، 2008، ص 07 وما يليها.

والمرشع الألماني أحسن من اعتد بهذا المبدأ وبصريح نص المادة 242 مدني ألماني بوصفه مبدأ عام، والمحاكم الألمانية تستعمل هذا المبدأ وبشكل مباشر لمواجهة اختلال التوازن في العقود ومنحت للقاضي بهذا المبدأ الوسيلة الفعالة لإعادة التوازن المفقود في العقد.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي بالرغم من اعترافه بمبدأ حسن النية وماله من دور في العلاقات التعاقدية لكن لم تكن لديه جرأة القانون الألماني في جعله تقنية مستقلة لإقامة التوازن العقدي.

لقد حاك القانون الألماني بمفاهيم مرنة مثل حسن النية والآداب الحسنة توجه اجتماعي للقانون أصبح معترف به وبناء على نص المادة 242 BGB أعطت للقضاة الوسائل اللازمة لمعالجة وبطريقة ملائمة مسألة التكافؤ والمساواة العقدية¹.

الثابت أن مبدأ حسن النية من المبادئ الأخلاقية المستقرة في القواعد القانونية ويتقدم المبادئ لما يتميز به من قدرة على ضمان النزاهة والاستقرار والتوازن² وتطبيقاته متعددة في القانون جعلت منه مبدأ قانونياً عاماً³.

ومبدأ حسن النية شامل لكل مراحل العقد وهو بذلك وسيلة لإعادة التوازن العقدي شامل لكل مراحل العقد وهو بذلك وسيلة لإعادة التوازن العقدي وهو يفترض التزامات سلبية ويقرر التزامات إيجابية تقتضي سلوك أخلاقي يجعل من العلاقة التعاقدية أداة لإرساء العدالة التعاقدية.

¹ Camille Jauffret-spinosi, **Les grands systèmes contractuels européens, Le contrat en Europe aujourd'hui et demain**, (colloque de 22 juin 2007) Univ. Luxembourg, p 14-15.

² Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, **Le solidarisme contractuel**, Litec, 2006, vol. 27, p.303 et s.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص94.

والمرشع الجزائري إذ يعترف صراحة بالمبدأ في تنفيذ العقد في المادة 1/107 من القانون المدني «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحس نية» هذا يعني اعتراف بالمبدأ عند التكوين أيضا فالمبادئ التي يتم بها الانعقاد هي نفسها المبادئ التي يُقدم المتعاقدان على تنفيذها.

ولا شك أنّ حسن النية كقاعدة أخلاقية أريد لها أن تصبح قاعدة قانونية للدور الذي تؤديه في خدمة العلاقة التعاقدية لما تحمله من مبادئ تثري وتطور سلوكات الأطراف بما يحقق العدالة العقدية بهدف تحقيق التوازن¹.

ومبدأ حسن النية مبدأ يواجه التجاوزات التي تحدثها الحرية التعاقدية ولتقييد دور الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد تمّ التنصيص عليه متلازماً مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

من الفقه من يعتبر حسن النية أنّها تدخل تحت مظلة نظرية توابع العقد la théorie des suites du contrat وتؤدي نظرية توابع العقد، وهي مما يمكن الوصول اليه بتفسير العقد وبتأويل النصوص القانونية أيضا والامرين مختلفين فالتفسير لا يتجاوز العقد ويبقى في إطاره أمّا تأويل النص يشمل الالتزام الذي ارساه المرشع في العقد والطريقة التي يتم بها تنفيذ ذلك الالتزام².

إنّ نظرية توابع العقد معتمدة قصد اثناء العقد، ومما أرسى في كافة العقود من التزامات لم يحدّد من الأطراف صراحة كالالتزام بالأمانة على كل متعاقد تجاه الآخر، وفكرة حسن النية تجمع نزعتين في القانون تكاد تكون متضادتين، التصور الفردي الذي يقوم على الحرية التعاقدية وما يصاحبه من صرامة، والتصور الاجتماعي وما يتضمنه من أفكار التضامن

¹ Mustapha El-GHARBI, " Justice contractuelle et liberté de la volonté, R.R.J 2005, p 180.

² محمد محفوظ، دروس في العقد، المرجع السابق، ص 322.

والمصلحة العامة وبذلك يكون مبدأ حسن النية أهم الآليات التي تسمح بإقامة التوازن العقدي من خلال المعيار الذاتي (الفرع الأول) والمعيار الموضوعي (الفرع الثاني) لمفهوم حسن النية.

الفرع الأول: المعيار الذاتي لحسن النية

إنّ مفهوم حسن النية وفق المعيار الذاتي يُقصد به وفق التصور التقليدي الذي يرى ضرورة تطابق حسن النية مع المقصد المشترك للمتعاقدين

فالفقه يرى أنّ حسن النية ليس مجسد للإرادة ولا مقيد لها بل هو تبرير الالتزامات التي لم يكشف عنها الأطراف في العقد وهو بهذا يكون أداة ثنائية الدور من جهة تستعمل للكشف عن المقصد المشترك للأطراف ومن جانب آخر معياراً فنياً يتم من خلال تكملة ما شاب العقد من نقص¹.

ولمّا ربط هذا التصور حسن النية بإرادة الأطراف بالاستناد الى الإرادة المشتركة لهما وبالتالي فحسن النية يصبح دوره حماية القصد المشترك للطرفين والمشرع الجزائري أخذ بهذا المعيار من خلال نص المادة 111 ق.م.ج. لكنه حذر من الوقوف عند المعنى الحرفي للنص وذلك عند غموض عبارته، فأشار المشرع الى الرجوع الى النية المشتركة للمتعاقدين والعبرة فيها هي الإرادة الباطنة الخالية من كل غش².

أمّا القضاء الفرنسي فيذهب أن حسن النية يفسر بالمعيار الذاتي لأنّ مفهوم حسن النية يقتضي أن يكون الشخص عادلاً في التزاماته بإعطائها مفهومها ونتائجها الحقيقية³.

¹ لبان فريدة، مبدأ حسن النية في انعقاد، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008-2009، ص 16.

² على فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 95، أنظر أيضاً ص 383 وما يليها

³ لبان فريدة، المرجع نفسه، ص 17.

ولا يقتصر المعيار الذاتي لحسن النية المتعلق بالعقد بتفسير ما أنبنى عليه العقد وإنما يرتبط بتقدير الشروط الواردة في العقد، وعليه فالمعيار الذاتي يبحث في نوايا أطراف العقد إما في البحث عن مقصدهم المشترك وإما بمراعاة بعض الظروف المحيطة بعملية التعاقد بهدف عدم السماح لأحد الطرفين باستخلاص مصلحة على حساب المتعاقد الآخر إذ أن القانون الياباني يفرض الاحترام بالإضافة الى هذا الثقة المتبادلة التي يجب أن تكون محمية قضائياً، ونفس الامر ذهب له القضاء الألماني وذلك باحترام المصالح المتبادلة¹.

ومما لا شك فيه أن القانون لا يمكن له أنم يُقيّم المساواة الحقيقية بين الطرفين ولا يتطلبها لأنه من الصعب تحقيقها إلا أن الاعتداد بحسن النية يعتبر من الحلول التي اهتدى اليها لإعادة التوازن للعقد إما بضمان التوازن عند الانعقاد أو إعادته عند التنفيذ².

إن تحديد إرادة الحرفي أو القوي من حيث مراعاتها لحسن النية إذا لم يقيم اعتبار لمصالح المتعاقد الآخر بعد أن وضع هذا الأخير ثقته فيه³.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي لحسن النية

إذا كان حسن النية ذو معيار ذاتي فإن تطبيقه بمفرده وبالنظر الى النية المشتركة للطرفين فقط قد يؤدي الى نتائج ظالمة ولذلك يجب أن يركز حسن النية على معيار موضوعي بالإضافة الى المعيار الذاتي وهما متكاملان⁴ حيث ينظر الى تقدير الحقوق والالتزامات المنبثقة

¹ Béatrice Jaluzot, **La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais**, université, Jean-Moulin Lyon, 2000, p85.

² Anne Sylvie courdier cuisinier, Op.cit. p308.

³ Béatrice Jaluzot, Op.cit. p103-104.

⁴ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، مصر، 1997، ص 99.

عن العقد من خارج العلاقة التعاقدية فالأمر لا يتعلق بأطراف العقد أو سلوكياتهم إنما يتطلب عناصر خارجية تأخذ كمعيار ينطبق على كل حالة نزاع وعلى كل الأشخاص.

وللفقيه¹ رأي وجيه في أنّ فصل حسن النية عن إرادة الأطراف وقصدتهم يحتاج الى سند يجعله يؤدي دوره في ضمان توازن العقد.

ويتميز فريق آخر من أنّ القيم الاجتماعية تلعب دور في ضمان التوازن العقدي وذلك بإعمال حسن النية بما يعبر عن قيم خارجية عليا على ذاتية المتعاقدين، وهذا بالاستناد الى اعتبارات القيم والأعراف².

وجدير بالإشارة أن الاعتماد على المعيار الموضوعي لحسن النية سيولد نوع من الأمن والثقة لدى كلا المتعاقدين بأنّ المعاملة ستخضع الى ما هو متعارف عليه من عرف ويكون هذا عادة في المعاملات التجارية³.

ويعتبر بعض الفقهاء أنّ مفهوم حسن النية هو بمثابة النموذج القانوني le standard juridique ولفظ النموذج في حدّ ذاته مرتبط بالسلوك البشري le comportement humain⁴.

نؤيد الرأي الذي يرفض تقييد حسن النية في مفهومين الأول يتعلق بالمعيار الذاتي والثاني بالمعيار الموضوعي لأنّ هذا من شأنه أن يتجاهل خصوصية هذا المبدأ ذو التركيبة المتشعبة

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، ص 75 لبان فريدة، المرجع السابق، ص 24.

² Béatrice Jaluzot, Op.cit. p104

³ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 444.

⁴ Béatrice Jaluzot, Op.cit. P.69.

التي لا تنحصر في معنيين وفي كلا المعنيين يتضمن حسن النية بُعْداً أخلاقياً، إنّه مفهوم تطغى عليه الصبغة الأخلاقية.

فحسن النية باعتباره قاعدة سلوك يفرض على أطراف التعاقد الامتناع على كل ما من شأنه أن يجعل العقد مختل أو أداة للمساس بمصالح الطرف الآخر.

إنّ مبدأ حسن النية هو أساس للالتزام بالإعلام في تصوّر المشرّع الفرنسي وهو أساس محاربة الشروط التعسّفية، وحسن النية اعتبر بعض القوانين كالقانون الألماني المادة B.G.B 242 والقانون السويسري قاعدة قانونية أمره والفقه والقضاء الهولندي يعتبر التحول في مفاوضات تتعلّق بإبرام للعقد يلتزم الأطراف في ما بينهم في علاقة قانونية خاصة ينظمها حسن النية ومن نتائجها أن يسلك الأطراف سلك بأخذ بعين الاعتبار المصالح الشرعية للطرف المقابل¹.

فحسن النية كما أشارت اليه تقارير التي نشرت في أشغال جمعية هنري كابييتان Henri Capitant وهو أساس كل الالتزامات المفروضة على المتعاقدين وهو أساس التكوين السليم للعقد واستندت بعض التقارير الى نصوص قانونية آنف ذكرها وأخرى منها المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي.

يشكل مبدأ حسن النية أساس التوازن العقدي إذ أنّ تقيد الأطراف به يضمن تكافؤ الالتزامات، وباعتبار أنّ العقد وسيلة تبادل هذه الالتزامات فلا بدّ أن ينشأ نتيجة لتوازن بين

¹ أسماء الشباب، التفاوض في تكوين العقد، رسالة الدراسات المعمّقة، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، 1998/1997، ص 110.

الذمم المالية فيتحصل كل طرف على مقابل أدائه، ولا يتم ذلك إلا من خلال الالتزامات التي يفرضها حسن النية¹.

لا جدل في اعتبار حسن النية مصدره ويهدف أيضا لإنصاف وهذا يقتضيه التوازن بين الأداءات المتقابلة للمتعاقدين فإذا أخل أحد المتعاقدين بما يستوجبه حسن النية من نزاهة وثقة وتعاون فإنّ هذا التوازن يفقد بين الطرفين مما يتنافى مع قواعد الإنصاف والعدالة العقدية².

لقد اضحى مبدأ حسن النية قوام العلاقة التعاقدية فلا مجال للحديث عن توازن العقد ما لم يحترم هذا المبدأ القائم على قواعد العدل والانصاف.

إنّ حسن النية بما يفرضه من سلوكات يمثل المركز الذي تدور حوله الالتزامات المفروضة فكل سلوك مخالف لمبدأ حسن النية من شأنه المساس بحقوق والتزامات الطرف المقابل.

ولإقامة التوازن العقدي يهتبر بعض الفقه أنّ مبادئ العدالة وحسن النية صنوان فلا يؤخذ حسن النية في موضع إلا والعدالة تقف وراءه وتسانده³.

وتعتبر المادة 107 فقرة 01 والتي تقابل المادة 1134/ فقرة 03 على صميم الإنصاف والعدل والآلية لذلك هي فكرة حسن النية بل أنّ المادة 1/107، فيما تتطّلع له في فكرة حسن النية هي مجال تطبيق أفكار الانصاف وعليه يمكن أن تكون حسن النية هي مرادف العدل

¹ أسماء الشباب، المرجع السابق، ص 115.

² أسماء الشباب، المرجع السابق، ص 116.

³ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 321.

والإنصاف بل أنها أي حسن النية والإنصاف تأقلم وتكيف القانون في تطوير قيم المجتمع ويمكن أن تكون آلية العدل وأداة تسمح للقانون أن يستجيب لمتطلبات العدالة العقدية¹.

ومن تطبيقات حسن النية بعدها الذاتي والموضوعي، التدليس والتعسف في استعمال الحق، والشروط التعسفية، والغبن²، ونضيف عقود الإذعان، والالتزام بالإعلام وهذه كلها مواضيع اهتلال التوازن العقدي.

وإجمالاً لم يغفل المشرع على امداد القاضي بالعناصر الخارجية التي يستند إليها ولو لم يدرجها المتعاقدان في العقد وذلك طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة وهذا ما جاء في نص المادة 65 ق.م.ج. وحسن النية يترجم عن طريق العدالة والأمانة والاستقامة. ومما لا شك فيه أن العدل والإنصاف والعرف الجاري وطبيعة المعاملة هي أفكار موضوعية تستند إليها حسن النية لتكون تقنيات ووسائل عملية لإقامة التوازن العقدي.

المطلب الثاني: مظاهر حسن النية

في إشارة إلى المكونات التي تجعل من مبدأ حسن النية وسيلة جيدة لتطور قانون العقود وتقويم سلوك الأطراف المتعاقدة يرى جوسران «عندما يوجه القانون الأنظار نحو حسن النية والعدالة فإنه يدعو القاضي إلى البحث في خفايا العقد عن التزامات جديدة ومتنوعة بمرور الزمن وذلك بسبب الظروف الفردية والاقتصادية والاجتماعية»³.

¹ Brigitte Lefebvre, la justice contractuelle «mythe ou réalité» article, Les Cahiers de Droit, VOL 37 N°1, 1996, p25.

² Ibid. p26.

³ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 322-323.

وحسن النية له مقتضيات محققة للعدالة وآليات عملية كالنزاهة (الفرع الأول) ويعتبر واجب التعاون أهم مكوّن معوّل عليه لتكريس مبدأ حسن النية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النزاهة

تقتضي النزاهة سلوك مستقيم عاجلها المشرّع في القواعد العامة في عيوب الرضا من خلال المادة 86 المتعلقة بالتدليس والالتزام بالنزاهة يقترن بالأمانة ويشمل الثقة المشروعة وتقع على عاتق طرفي العلاقة العقدية.

والامتناع عن الغش من شأنه أن يقيم العلاقة التعاقدية على قدر من النزاهة والشرف ويكون ذلك لاعتبارات الثقة والمشرع الجزائري يعترف عند النظر في موضوع العقد بالاستهداء بما ينبغي توافره من أمانة وثقة بين المتعاقدين وهذا ما نصّت عليه المادة 111 ق.م.ج. والاخلال بالالتزام بالنزاهة يعدّ خطأً عقدياً كما جاء في المادة 03/377 وأيضاً المادة 490 ق.م.ج. ومن النزاهة أي يلتزم البائع بأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً وهذا ما نصّت عليه المادة 361 م.ج.¹

أضاف بعض الفقه من أنّ الالتزام بالأمانة يقتضي أن يكون المتعاقد نزيهاً وهذا الالتزام معتمد لإثراء العقد وهو الالتزامات التي تدخل في نظرية توابع العقد la théorie des suites du contrat والتي تستند في أساسها على حسن النية².

وبالإضافة إلى أنّ المشرّع قد خصّص الفصل الرابع من قانون 02/04، المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بيّن من خلاله الممارسات التجارية غير النزيهة.

¹ علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 386 وما يليها.

² محمد محفوظ، دروس في العقد، مرجع السابق، ص 322.

كما أكد المشرع على النزاهة فيما يتعلّق بموضوع العقد ذاته وبسلوك المتعاقد وفق نص المادة 05 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 15-144 مؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 مايو سنة 2015 إذ نصّت المادة 05: «يجب أن يتضمّن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة توضح على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه وكذا حقوق وواجبات أطراف عقد القرض»¹.

إنّ النزاهة كصورة من صور حسن النية يعبر عن قيمة خارجية تتعدى نفسية المتعاقد يمكن أن تتمثل في الأعراف الجاري بها العمل أو قاعدة سلوك أخلاقية أو المنطق المتبع في الحياة الاجتماعية، وهو مفهوم يفرض اتباع سلوك معيّن يمكن تشبيهه بالمبدأ العام للمسؤولية².

الفرع الثاني: واجب التعاون

أسهمت مكونات مبدأ حسن النية في ازدهار العقد فظهر مبدأ التعاون والذي أصبح العصب الحساس للعقد، وجعل من العقد عمل تضامن بين أطرافه ووسيلة تنسيق بين المصالح المتبادلة للأطراف وسمح بإدخال معايير أخلاقية سلوكية.

ووجد القانون آليات وتقنيات للحد من كون العقد علاقة نزاع وتناحر وأنانية متضادة ليصبح العقد عامل تكامل وتقارب بين الأطراف المتعاقدة الباحثة عن حماية قانونية من خلال العقد الذي يعتبر الوسيلة في المجال القانوني والاقتصادي للقيام بذلك.

¹ الجريدة الرسمية، العدد 24، الأربعاء 24 رجب عام 1436 الموافق 13 ماي 2015.

² محمد محفوظ، دروس في العقد، مرجع السابق، ص 322.

يحاول بعض الفقه اعتبار التعاون مبدأ قانوني عام باعتبار العقد وسيلة تقارب الأطراف وتقاطع مصالحهم¹ ولا اعتبار التعاون سلوك يرتقي الى الالتزام لكل مُقدم على التعاقد.

دافع ديموج Demogue على فكرة اعتبار العقد أساسا مبني على التعاون وذهب الى اعتبار العقد مؤسسة مدنيّة أو تجارية لأنّ كل طرف في المؤسسة يجب أن يعمل من أجل هدف مشترك هو محصّلة الأهداف الفردية لكل متعاقد².

ونفس الرأي أيّده ريبير Ripert عندما أكد أنّ: «كل عقد هو اتحاد يشكل بين الدائن والمدين مؤسسة صغيرة ومؤقتة من أجل غاية محددة»³ ويؤكد العميد كاربونيي Carbonnier أنّ العقد بطبيعته تصرف تعاوني وذلك بالرغم من التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي حاولت إعطاؤه صبغة التنازع والصراع.

ونجد التوازن مصدره في نتائج العقد وكذلك في مبادئ العدالة والنفع التعاقدية، والتوازن العقدي لا ينظر على أساس الشروط التعاقدية ولكن أيضا على الواجبات المفروضة وهذا حسب طبيعة وظروف سلوك المتعاقدين.

ومفهوم التعاون قد يحدّد المسلك المطلوب من التعاقد (أولا) ولا يتضح ذلك إلا بإبراز خصائص وعناصر واجب التعاون (ثانيا) لتمكينه من الدور الرائد المنوط به في تطوير العقد(ثالثا).

¹ Francois, Diesse, **Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, archives de philosophie du droit**, tome 43, 1999, p. 261.

² Demogue, **traité des obligations en général TIV**, N°3, p6 in Français Diesse, Op.cit. p 262.

³ Gorges Ripert, cité par F. Diesse, **le Devoir de coopération dans le contrat**, Thèse Lille II, 1998, N°31, in F. Diesse, Op.cit. p 265.

أولاً: مفهوم التعاون العقدي

التعاون معيار سلوكي معناه الدقيق فيما يعتبر ضرورة قانونية، فيكون التعاون عندما يعترف المتعاقد بأنه مرتبط بمصالح مشتركة أو متقاطعة مع الطرف الآخر، فالتعاون كما يرى ميستر J. Mestre: «ضرورة التوجهات والسلوكيات التي تتقاطع لخدمة مصلحة مشتركة»¹. التعاون يصل الى درجة ضمان عقدي يؤسس لعلاقات تقاربية تعتمد على الثقة المتبادلة والتي تسعى الى تحقيق عمل مشترك.

إنّ فكرة التعاون مصدرها القضاء إلا أنّ الأحكام القضائية لم تتناول التعاون إلا بطريقة غير مباشرة² إذ يقتصر عمل القضاء والفقه على استخراج هذا المبدأ من بعض الأحكام التشريعية وبعض قواعد السلوك العامة.

كما أنّ فكرة التعاون تسمح باحتواء مفاهيم متغيرة وغير متوقعة كسلوك الأطراف وكذا أطراف العقد، مما يجعلنا الأكثر تأهيل لكي.

تتيح أيضاً فكرة التعاون «تهيئة مقاييس لم تكن معروفة خلال إبرام العقد عندما تسمح للقاضي والأطراف من تناول كل العناصر التي من شأنها التأثير على تنفيذ العقد بطريقة عادلة مع الاخذ بعين الاعتبار الإطار والمضمون التعاقدية والهدف من العملية»³.

¹ F. Diesse, op.cit. p262.

² قرارات محكمة الاستئناف بباريس المؤرخة في: 1984/06/18 و 1985/06/26. في F. Diesse, op.cit. p262.

³ «Aménager des paramètres totalement inconnus lors de la conclusion du contrat, en permettant au juge et aux parties de considérer tous les éléments susceptibles d'affecter l'exécution du contrat d'une manière équitable, en tenant compte du contexte contractuel et du but de l'opération», in F. Diesse, Op.cit. p.268.

وإجمالاً يكون التعاون نوع غير محدد من التنظيم يستخدمه القاضي ومعياره قِيماً أساسية من القانون والأخلاق والعقلانية¹، وهي بذلك قاعدة تقويم لسلوك الفرد تسمح بالحفاظ على التوازن، في التعاملات.

ثانياً: عناصر واجب التعاون

يمتاز واجب التعاون بعناصر مكونة له في مجموعها تقوم عليها فكرة التعاون وهي التضامن بين أطراف العقد (1) والتقاء المصالح (2) ثم أنّ التعاون يجب أن يكون تبادلي (3) بين كلا طرفا العلاقة التعاقدية.

1-التضامن بين أطراف العقد

يعتبر التضامن بين المتعاقدين واجب أخلاقي فالمساعدة المتبادلة وأخذ مصالح الأطراف الأخرى بعين الاعتبار، ويكون والتضامن من الأسس التي يقوم عليها العقد كعقد الشركة المادة 416 من ق.م.ج، كما يكون التضامن قانونياً بطبيعة بعض العقود أو بالخصائص التي تميز العلاقات بين المتعاقدين كمعيار سلوكي له قوة القانون، ويدفع التضامن الاطراف الى العمل معاً من أجل هدف مشترك بالمساهمة، وتسهيل عمل الآخر، في العقود التي تتطلب الحد الأدنى من التعاون كما هو الامر في عقد الإيجار طبقاً للمادة 497 ق.م. إذ أنّ المستأجر ملزم بإخبار المؤجر بكل ما يتطلب تدخله كالترميم أو عند ظهور عيب ما وهذا ممارسة لواجب التعاون بين أطراف التعاقد، وأيضاً المقاول عليه أن يُخطر ربّ العمل على ضرورة المجاوزة المحسوسة للمقايضة المادة 560 ق.م. بل هناك بعض العقود تقوم أساساً على التعاون كعقد الشركة الذي عرّفته المادة 416 ق.م. بما يلي: «الشركة عقد بمقتضاه يلزم شخصان طبيعيان

¹ F. Diesse, Op.cit. p.268.

أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك...» وتُعدّ نيّة المشاركة ركناً من أركان عقد الشركة ويؤدي سوء تفاهم الشركاء الى نهاية الشركة.¹

2-التقاء مصالح الأطراف من خلال العقد:

حقيقة العقد بالإضافة أنّه تبادل رضا، هو أيضا لقاء للأمل والثقة المتبادلة بين الأطراف بحيث كل طرف يأمل في الحصول من الآخر ما يلبي حاجاته فلا يمكن اللجوء الى التعاقد ما لم يكن هناك أمل في تحقيق مصلحة، وباعتباره وسيلة لتنسيق المصالح المتقابلة المختلفة أو المتقاطعة² فإنّ العقد بما أضفى فيه المشرّع من مبادئ وأفكار قد يهدف الى توحيد المصالح. إنّ الدور المنوط بالعقد كونه وسيلة لتنسيق المصالح المتقابلة، أمّا توحيدها كلية قد لا يتحقق فكل طرف يسعى لتحقيق مصالحه الخاصة دون أن يكون بالضرورة على حساب الطرف الآخر.

والثابت أنّ تلبية الاحتياجات يشكل الهدف الذي تسعى اليه الرغبة المشتركة للأطراف والتي تسمح بالتقاء ارادتهم فينتكوّن العقد، لأنّ كل طرف يجد في الطرف الآخر وسيلة لتحقيق هدفه، ولهذا فاتحاد لأجل مصالح الأطراف هو ضمانة لتعاونهم، ولهذا المعنى تأسّس على المستوى القانوني واجبهما الأخلاقي باحترام مصالح الشريك والمحافظة عليها.

¹ على فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم، 2008، ص 370.

² Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, *le solidarisme contractuel*, op.cit. p.306-307.

3-تبادل التعاون

إنّ الالتزام بالتعاون ليس له اتجاه وحيد، فإذا كان المدين مطالب بتتوير أكبر قدر ممكن من الفاعلية، فالدائن مطالب من جانبه بتسهيل مهمة المدين، وذلك بعيد عن كل اخلال من هذا الأخير بالتزامه، فالتعاون التعاقي هو بالضرورة ثنائي الجانب.

ويرى مستر Mestre أنّ التبادل ميزة خاصة بواجب التعاون، وأنّ تطور فكرة التعاون في العقد مبرر للتدخل أحادي الجانب من اجل إعادة توازن العقد، في حالة وجود أحد الأطراف في وضعية دونيّة¹.

ويتميّز واجب التعاون بأنّه تبادلي مثله مثل التضامن واتحاد وتقارب مصلحة المتعاقدين ويظهر التعاون التعاقي حسب الالتزام من خلال التضامن بين المتعاقدين ومن خلال الهدف المشترك وتنسيق مصالح الأطراف وميزة التبادل لهذا الواجب.

إجمالاً إنّ عناصر واجب التعاون السابق ذكرها تسمح بتقدير سلوكات الأطراف المتعاقدة والقول إن كانت مطابقة للهدف الذي يسعى اليه الأطراف، وهذا تطبيقاً لما جاء في المادة 1/107 م.ج.

ويؤكد بعض من الفقه² أنّ مبدأ التعاون كأهم مظاهر حسن النية هو قاعدة عامة للسلوك تهدف الى المساهمة في إيجاد حلول ملائمة للعلاقات التعاقدية لاسيما في جانبها الاجتماعي، وبهذه الميزة فإنّ واجب التعاون له مجال واسع يضم التزامات مختلفة من أجل تنظيم العلاقات

¹ J. Mestre « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ, 1985, p102.

² Jarvin, « L'obligation de coopération de bonne foi... », in L'apport de la jurisprudence arbitrale. Dossier de l'Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales, 1986, p.168. in F. Diesse, Op.cit. p.261-262.

التعاقدية حسب ما تتطلبه الظروف، منها على سبيل المثال الالتزام بالنصيحة، ومن جهة أخرى يعتقد جانب من الفقه أنّ التعاون تقتضيه مجريات المفاوضات، إذ أنّها تفرض خاصة إرادة حقيقية الوصول الى اتفاق، وهذا مظهر من مظاهر التعاون يترجمه السلوك الإيجابي للمتفاوضين¹، عدم مخالفة قطع المفاوضات لواجب التعاون وعدم التعسف في استعمال الحق المادة 124 مكرر².

إنّ واجب التعاون منفذ يجد القاضي من خلاله مجموعة من الحلول حسب الواقع الاجتماعي فيصبح واجب التعاون وسيلة مفضلة لتنظيم وتوجيه العلاقات التعاقدية وآلية قانونية لأخلة وإعادة التوازن للعقد³

ثالثا: دور واجب التعاون في تطوير العقد

استوعب القانون الوضعي التعاون التعاقدى بسهولة لكونه أساسيا في المعاملات على أساس أنّ الالتزام والتعاون متكاملان، فالالتزام مكمل للتعاون لأنّ الالتزام وسيلة قانونية للتنظيم الاجتماعي، والتعاون مكمل للالتزام على أساس أن التعاون ضرورة اجتماعية، واقتصادية تهدف الى أخلة العلاقة التعاقدية، وتحسين العقد بأن أصبح وسيلة للتعاون بين الأطراف (1) بالإضافة الى ذلك فواجب التعاون أداة لتطوير وتأقلم العقد بحيث يتكيف العقد مع محيطه (2).

1-التعاون وسيلة لتحسين العقد

لاحظ الفقه أنّ العقد يتطور، فلمدة طويلة كان العقد نتيجة اتفاق ارادتين متصارعتين تتمتعان بالحرية والمساواة، وتغير الأمر فأصبح العقد بعدها مؤسسة لتوازن بين الالتزامات

¹ Anne Sylvie courdier cuisinier, **le solidarisme contractuel**, Op.cit. p308.

² Béatrice Jaluzot, Op.cit. p404.

³ F. Diesse, Op.cit. p285.

والحقوق، بحرصٍ من المشرّع والقاضي على إقامة هذا التوازن وذلك باستبعاد كل التجاوزات المحتملة والمرتبطة بعدم المساواة في الظروف الاقتصادية والتقنية¹.

إنّ تحسين العقد من جانب القضاء سواء بالتغيير العادل لعباراته أو حمايةً للطرف الضعيف تارة أخرى لإعادة للتوازن العقد يُحوّر العقد من أداة ظلم واستغلال الى أداة عدلٍ، ومؤسسته محترمة تلبي بها الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية.

ففي عقود الاستهلاك يسعى المشرّع الى تحويل أطراف العقد الى رفاق متعاونين، من خلال الالتزامات التي يجب أن يشملها العقد كالالتزام بالإعلام، فالعقد تطور من اتفاق يجد أساساته الوحيدة في إرادة الأطراف، الى وضعية أكثر تطوّر وهذا بإضافة التزامات جديدة بتدخل التشريع والقضاء بها بغية إقامة التوازن العقدي وكان لهذا التدخل رد فعل قوي من جانب الفقه واعتبر جانب من الفقه أنّ العقد أصبح في أزمة وأشاروا الى أنّ العقود أصبحت منظّمة أو عقود محروسة، وتم الدوس على القوة الملزمة للعقد وسلبت من العقد كل قوته وقداسته وأفرغ من محتواه.

ومن جانب آخر أثار الفقه صعود الحماية في النظام العام الاقتصادي والاجتماعي وكذا عَيْمَمَة العقد وكل هذه التغيرات الضارة أحدثت انفجار في العقد بل نادوا بدمار العقد وموته².

¹ J. Mestre « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ, 1985, p101.

² Ceci est d'autant plus vrai que, par «crise», «mort», «altération», «démolition» ou «éclatement» du contrat, on entendait exprimer que les règles traditionnelles du droit du contrat ont été modifiées, que la force obligatoire du contrat n'est plus «la chasse gardée» de l'autonomie de la volonté, que le contenu du contrat ne se limite plus à ses stipulations,... que la définition classique du «contrat» ne rend plus compte de toutes les situations concernées par le contrat.

V. Ph. Rémy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », in Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives, Trav. coordonnés par Loïc Cadet, Economica, 1985-1986, p. 271 et s. et les références citées. In F. Diesse, Op.cit. p299.

والحقيقة أنّ العقد لم يشهد حيوية قانونية مماثلة ويعود هذا تطوّر العلاقات الاقتصادية والاجتماعية، ويجب الاعتراف أنّ تدخّل المشرّع والقاضي في العقد، لأنّه لم يعد يحقق المساواة والتوازن العقدي المرجو، وهذه أزمة العقد في كونه يجب أن تدخل عليه تحسينات مستمرة من طرف المشرّع والقاضي تجعله يؤدي ويستجيب للدور المنوط به في تحقيق الحماية والمساواة والتوازن.

واعتبر الفقه هذا تطهير وعلاج قانوني للعقد¹ ليكون أكثر ازدهارا فالوسائل الكلاسيكية لم تعد كافية لضمان أخلاقية العقد وهذا ما يفسّر اللجوء الى وسائل قانونية أخرى مثل حسن النية ومنع الشروط التعسّفية.

لقد ساهم القضاء والفقه وهذا بعد مسار طويل الى وصول المشرّع من خلال إضافة التزامات ضمنية أو تكميلية للالتزامات الأساسية في العقد، ومنها حسن النية في صورة واجب التعاون ساهم في مضمون العقد نفسه فأصبح وسيلة تطور العقد ووسيلة للمحافظة على ديمومته واستمراره.

2- واجب التعاون وسيلة لتكّيف العقد

يضمن واجب التعاون تكّيف وتأقلم العلاقات التعاقدية مؤدى هذا تطور واستقرار العقد، والفقه يضيف صفة المكيّف التعاقدى على واجب التعاون ذلك لتكيف الالتزامات التعاقدية مع تغير الظروف، فالقضاء الفرنسي يعتبر أنّ التضامن التعاقدى كفيل بالسماح لأطراف العقد بمواجه الظروف المستجدة².

¹ F. Diesse, Op.cit. p299.

² Ibid. p.300.

إنّ التطوّر اللامحدود للعلاقات التعاقدية وبالرغم من كل الوسائل العلاجية والوقائية من اختلال التوازن، يبقى التفاوت بين الالتزامات والحقوق، الهدف الأول الذي تواجهه القواعد القانونية وبإستمرار، والمشرّع يبحث في آليات تسمح له من جعل قواعد السلوك والممارسات المهنية الزامية وواجب التعاون كونه قاعدة خلقية مُحسّنة تسمح بتكثيف العقد حسب ما تقتضيه العدالة العقدية عن طريق خلق توازن في العلاقة التعاقدية.

ويصير لواجب التعاون دور مزدوج يكمن في تكيف العقد مع هدفه الاقتصادي من جهة وكيفيه مع الضرورة القانونية والأمن والاستقامة وفعالية المعاملات¹، من جهة أخرى كما أنّ مرونة واجب التعاون تجعل منه عنصر رئيس في تطور العقد وتكيفه مع حاجيات الاقتصادية والاجتماعية.

ويهدف واجب التعاون الى المصالحة بين المبادئ التقليدية للنظرية العامة والمبادئ الجديدة والمتمثلة في المساواة والتوازن والأخوة من جهة ومن جهة ثانية المصالحة بين التطلعات الحالية للأخلاق والعقل والعدالة، والمصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية للعقد².

إذّ هو مبدأ موجه للعلاقات التعاقدية ووسيلة لمراقبة مطابقة العقد مع ما يتطلبه القانون والظروف الاقتصادية، وله دور فعال في تصحيح سلوكيات الأفراد وهو بذلك يجدد ويزيد من حيوية العقد.

الثابت أنّ المشرّع الجزائري قد منح بمقتضى المادة 1/107 وأيضا الفقرة 03 من نفس المادة المتعلقة بالظروف الطارئة مساحة للتدخل في العقد الذي من الضروري أن يكون قد نشأ على مبدأ حسن النية وواجب التعاون وينبغي أن يُنفذ وفق نفس الأسس التي نشأ عليها والمنتظر من العملية التعاقدية.

¹ F. Dienes, Op.cit. p.300.

² Ibid. p.301.

الفصل الثاني

مواجهة التفوّق المعرفي

الفصل الثاني: مواجهة التفوق المعرفي

إنّ مواجهة اختلال التوازن المعرفي جاء نتيجة التغيّر الذي أوجت به قوانين الاستهلاك والتي جعلت من عدم التوازن المعرفي مبرّر للحماية المقرّرة للمستهلك، وعن طريق الالتزام بالإعلام كآلية وقائية من اختلال التوازن العقدي (المبحث الأول) تزداد بها إرادة المستهلك تبصّراً، الأمر الذي يترتب عليه قدرته على أن يتّخذ قرار مبنياً على أسس معرفية صحيحة، وعلى ذلك فإنّه يعتبر عدم التوازن المعرفي كسبب لعدم التوازن العقدي وبالتالي فالوقاية منه تعني تحقيق التكافؤ بين الأداءات.

واعتباراً للضغوطات المستمرة على المستهلك عند أخذه لأي قرار، ولتطوّر عمليات البيع وأساليب الدعاية لاقتناع المستهلكين بأهمية السلع تعزز الالتزام بالإعلام في تقدير مدى ملاءمة السلع للمستهلك مما جعل المشرّع يمدّ المستهلك بمهلة التفكير كوسيلة استثنائية لتوقي اختلال التوازن العقدي (المبحث الثاني) حيث نظّم المشرع هذه الآلية حماية مضاعفة للمستهلك من عقد قد لا يكون في صالحه.

المبحث الأول: الالتزام بالإعلام وقاية من اختلال التوازن العقدي

إنَّ الاختلال والتفاوت الواضح والصادم في الكثير من الأحيان بين طرفي العلاقة العقدية حتّم تطور العلاقة العقدية فوجدَ القضاء في أزمة إقامة التوازن بالوسائل المتاحة في قانون العقد فبدأ يتجه بأساليب مختلفة منها تحميل النصوص أكثر مما شرّعت له وذلك بالتوسع في الحلول من خلال نظرية العقد¹.

لكن الحاجة الملحة الى ايجاد توازن حقيقي جعلت القضاء يواصل الجهد لإيجاد وسائل تقنية فعالة من الناحية الواقعية وتصلح من الناحية القانونية ليحدّ من اختلال التوازن القائم بين الطرفين حتى يُبنى العقد على أسس من التوازن، إنَّ الالتزام بالإعلام كتقنية فعالة وأساسية لتحقيق التوازن العقدي يتمكن من خلاله الطرف الضعيف من الوقوف على مدى ملائمة العقد لمصالحه، وعبرَ الفقه الفرنسي عن أنّه التزام يكمن هدفه في وضع الطرف الضعيف في نفس مستوى الشخص المحترف من حيث المعرفة حتى يتعامل الطرفان بأسلحة متعادلة²، ويضيف الرأي الفقهي أنّ أساس نشأة الالتزام بالإعلام يكمن في عدم المساواة في المعرفة بين المتعاقدين³ وإذا كان الالتزام بالإعلام من الأفكار الرئيسية التي تهدف الى حماية الطرف الضعيف في عملية التعاقد فهو في عقود الاستهلاك له ميزة خاصة تكمن في الدور الوقائي المخول له في مواجهة التفاوت المعرفي ليساهم في امن واستقرار العقد⁴.

¹ أنظر الى ما سبق الإشارة له في الباب الأول الفصل الثاني.

² «De mettre le profane à son niveau de connaissance pour traiter à armes égales».

³ «Le principal fondement de l'obligation d'information réside dans l'inégalité d'information entre deux contractants», Muriel Fabre Magnan, p.187.

أنظر أيضا

Yves Picod, **Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat**, Thèse de doctorat, université de Bourgogne, p.374. Voir aussi Nathalie Rzepecki, **Droit de la consommation et théorie générale du contrat**, PAUM, 2002, p.129.

⁴ Anne-Sophie Lavefve Laborderie, **pérennité du contrat**, LGDJ, 2005, p.374.

ولمّا كان الالتزام بالإعلام له هذا الدور الهام في حماية التوازن ينبغي التطرق الى فكرة فرض الالتزام بالإعلام (المطلب الأول)، مضمون الالتزام بالإعلام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فرض الالتزام بالإعلام

فكرة الالتزام بالإعلام آلية تحمي رضا المتعاقد وتحقق المساواة بين المتعاقدين ليست بالحديثة لها وجود سابق في القواعد العامة والخاصة (الفرع الأول)، ولما كانت تلك القواعد غير كافية، لم يجد المشرع مفر من فرض الالتزام بالإعلام بالتدخل الأمر بقواعد حماية المستهلك التي أصبحت مسألة تهم الدولة حمايةً للمجتمع فالأمر يتعلّق بالمصلحة العامة وله في ذلك دوافع اجتماعية واقتصادية، تعتبر مبررات فرض الالتزام بالإعلام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوجود القانوني للالتزام بالإعلام

إنّ الالتزام بالإعلام قد نجد أساسه في عيوب الرضا وخاصة الغلط والتدليس فهما يرتبطان بهذا الالتزام، الذي يقتضي تقديم المعلومات من أجل تكوين رضا سليم وبهذا كأن الالتزام بالإعلام رقابة من عيب الغلط والتدليس، وتتضح العلاقة بين الغلط والالتزام بالإعلام في حالة قيام أحد المتعاقدين بإعلام المتعاقد معه بالمعلومات المتعلقة بالعقد والشي محل العقد وبكل الصفات الجوهرية في العملية التعاقدية فهذا يحول دون ادّعاء الطرف الوقوع في غلط جوهري¹، بما أنّ كل المسائل الجوهرية كانت محلّ إعلام من طرف المتعاقد معه، فهو وقاية من عيوب الرضا إلا أنّ دور الالتزام بالإعلام في حماية المتعاقد على ضوء نظرية الغلط يبقى محدود ولا يتجاوز الحماية التي تحققها النظرية نفسها.

¹ J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 4^e édition, 2013.

في حين أنّ الثابت أنّ الالتزام بالإعلام إذا أخذنا به مستقلاً عن الغلط نجد أنّ له دور أكثر نجاعة في حماية رضا المتعاقد لأنه يسمح للدائن بالمطالبة لإبطال العقد حتى ولو لم تتحقق شروط الطعن بالغلط.

أمّا عيب التدليس فيعتبر المجال الحقيقي الذي كُرس من خلاله الالتزام بالإعلام عندما اعتبر المشرع الكتمان تدليساً، إذ يرى بعض الفقهاء¹ أنّ التدليس عن طريق الكتمان في إخفاء المدّلس على المدّلس عليه بيانات أو وقائع ما كان ليبرم العقد لو علم بها، ذلك أنّ هناك احوال يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفضاء به. من الواضح أنّ اعتبار الكتمان تدليس هو اعتراف صريح من المشرّع بالالتزام بالإعلام لأنّ الكتمان هو خرق الالتزام بالإعلام وهي تشبه حالة عدم تقديم البيانات ويختلف مع الكتمان مع الالتزام بالإعلام أنّ المدعي عليه غير ملزم مبدئياً بالاستعلام عن البيانات من أجل الإفضاء بها للطرف الآخر ما لم يكن مهنيّاً أو ما لم تتعلّق هذه البيانات بصفة جوهرية في الشيء محل، التعاقد كما أنّ الالتزام بالإعلام لا يشترط اثبات العنصر المادي ثم المعنوي وبالتالي يبقى أنّ كل كتمان هو إخلال بالالتزام بالإعلام وليس كل إخلال بالالتزام بالإعلام هو كتمان.

أمّا إذا فكرنا بالرجوع الى نظرية ضمان العيوب الخفية كأساس للاعتراف بالوجود القانوني للالتزام بالإعلام فقد يشكل عدم إدلاء أحد المتعاقدين الى المتعاقد معه بمعلومات تهمة وتعتبر رضاه خطأ تقصيرياً أو عيباً خفياً أي خرقاً للالتزام بالإعلام، إنّ عدم الالتزام بالإعلام هو عيب في الرضا.

¹ السنهوري، الوسيط مصادر الالتزام، ج1، ص 347.

يربط الفقه موضوع ضمان العيوب الخفية بالتسليم ويدرس الى جانبه وهذا تحليل سليم لأن نص المادة 379 م.ج. صريح في هذا، إلا أن هناك من يرى أن ضمان عيوب الخفية يرتبط بإنشاء العقد و برضاء الأطراف بصفة عامة، ذلك ان الالتزام بالإعلام الذي يتعرض من يخالفه للجزاء على أساس ضمان العيوب الخفية له انعكاس مباشر على رضاء المتعاقد الآخر وما تجدر الإشارة اليه الى أن البيانات الواجب الإدلاء بها هنا لكي تكون مفيدة ولكي ترفع عن العيب طابعه الخفي يجب الإدلاء بها قبل ابرام العقد¹ فالمشتري لو علم مبدئيا بعدم صلاحية الشيء للاستعمال فيما أُعِدَّ لما أقدم على ابرام العقد، وهذا ما أكدّه الفقيه Ghestin إذ يرى أن الالتزام بالإعلام الذي يقع تحت جزاء ضمان العيوب الخفية له انعكاس على رضاء المتعاقد وبالتالي فهو يستبق تكوين العقد على الرغم من أنه لا يكتشف إلا بعد ابرام العقد² وبالتالي يمكن معالجته الى جانب الالتزامات التي لها تأثير على رضاء المتعاقد.

لاعتبار العيب الخفي أساسا للالتزام بالإعلام يستدعي كما تقتضيه شروط النظرية أن يكون العيب خفياً بمعنى أن يجهله الطرف الآخر جهلا مشروعا، أي أن العيب يُنقص من نفع الشيء محل البيع وأن يكون مجهولا أي خفيا بحيث لا يمكن للمتعاقد اكتشافه لو عاينه معاينة الرجل العادي³، إذ رأت المحكمة العليا بأن اختلاف الرقم التسلسلي لشاحنة مع الرقم الحالي يعتبر فعلا بمثابة عيب خفي⁴.

¹ Muriel FABRE-MAGNAN M., **De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie**, Thèse L.G.D.J, 1992, p 304.

² J. Ghestin, **la formation du contrat**, Op.cit. p 607.

³ ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه دولة بن عكنون 2009/2008، الجزائر، ص 134.

⁴ المحكمة العليا في 06 أكتوبر (ملف رقم 103934) منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الثاني 1994، ص 15 وما يليها، هذا القرار مشار اليه في ذهبية حامق المرجع السابق، ص 134.

إنّ المنطق يقتضي أنّ القانون عند فرض على البائع الالتزام بضمان ما خفى من عيوب الشيء المبيع فهذا يعني بمفهوم المخالفة أنّه ملزم بالإدلاء بكل المعلومات المتعلقة بالشيء محل البيع.

وتلاحظ السيدة حامق أنّ شروط الالتزام بالإعلام تتوافر في ضمان العيوب الخفية فمحل الالتزام يتمثل في المعلومات المؤثرة على رضا المشتري فيجب أن يكون الإعلام يتعلق بالعيب الذي يعتري المبيع والذي يجعله غير صالح للاستعمال ولو علم به المشتري لما أبرم العقد مستمدة ذلك خاصة من الرأي الفقهي الذي يرى أنّ الجزاء لا يكون هنا عن عيب ذاته بل عن الخفاء الذي يكتنف هذا العيب¹.

إلا أنّه يُلاحظ أنّ نطاق الالتزام بضمان العيب الخفي أضيق من نطاق الالتزام بالإعلام إذ يمتد هذا الأخير ليشمل كافة الحالات حتى بسبب جدّته أو كونه دقيقا في تركيبه أو صعبا في استعماله، فعدم استيفاء البيانات بكيفية استخدام المبيع أو تحذير أو عدم ملاءمته لأغراض المشتري يُعدّ خرقا للالتزام بالإعلام يرتب جزاء وهذه المعلومات لا تعدّ عيبا خفيا هذا الاختلاف في النطاق يجعل أنّ الالتزام بالإعلام يشمل الالتزام بضمان العيوب الخفية.

ويمكن أن نجد في ما جاءت به المادة 352 مدني جزائري التي تشترط «أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علما كافياً...» وهذا الشرط يتحقق بتوفر وصف كافٍ لأوصاف المبيع الأساسية وذلك ما جاء في نص المادة 352 مدني جزائري «... ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه».

¹ ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 134 و 135.

كما أنّ المادة 352 تستهل النص بما يلي «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً»، تفيد هذه الفقرة أنّ العلم الكافي شرط في العقد أي ضرورة الاطلاع على الأوصاف الأساسية لمحل البيع.

إنّ المادة توضح بما لا يدع التردد في أنّ الالتزام بالإعلام يقع على عاتق البائع وإنّ عدم العلم من طرف المشتري يمنحه الحق في طلب إبطال العقد لخرق الالتزام بالإعلام والعكس يفيد علم المشتري بالمبيع علماً كافياً يحول دون طلب المشتري إبطال العقد¹

إنّ الالتزام بالإعلام كأحد الأسس التي يقوم عليها التوازن التعاقدية لما يكرسه من مساواة بين المتعاقدين لم تنكر النظرية العامة للعقد وقد يكون المعيار الأبرز الذي قام عليه هذا الالتزام على أخلة العلاقة التعاقدية مع تأكيد أنّ نظرية العقد أو قانون العقد لم يُشر صراحة إلى شرط مبدأ الالتزام بالإعلام بالمقابل أصبح الالتزام بالإعلام مبدأ عام مرتبط بعقود الاستهلاك وإقرار هذا المبدأ مبرر قانوناً وواقعياً لوجدت نظرية الالتزام بالإعلام بما هي عليه سابقاً لما كان لها مبرر.

الفرع الثاني: مبررات فرض الالتزام بالإعلام

في ظل عدم كفاية ما وفّره القواعد العامة لحماية رضا المتعاقد وإعادة التوازن لعدم تفعيل القواعد القانونية تارة وعدم جرأة القاضي الجزائري للتوسع في بسط الحماية بالقواعد القانونية المتاحة كما فعل القضاء الفرنسي².

¹ أكثر تفصيلاً، ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 121 و 122.

² أنظر ما مرّ بنا في الباب الأول الفصل الثاني.

لجأ المشرع الى تدابير وقائية من خلال تقنيات النظام العام الحمائي¹، فالتوازن ينتج أساسا من التدخل الأمر للمشرع²، فكان لزاما على المشرع أن يتدخل مباشرة وذلك بإنشاء التوازن في عقود الاستهلاك أو بتوقي الاختلال من جهة أخرى³.

إنّ التعاقد بالطريقة التقليدية يكاد يتجاوز الزمن ولم يعد الطريقة الوحيدة والمثلى فشروط وظروف العملية التعاقدية تغيّرت، وأصبحت معقدة لكونها متعلقة بسلع وخدمات ذات نواح فنية وتقنية وقانونية لا تسمح للمتعاقد التعرف عليها والاختيار بمحض إرادته في شأنها والوقوف على محتواها، فأصبحت صورة عدم التكافؤ بين المتعاقدين سائدة ولم تكن معروفة من قبل⁴، إنّ البيانات والمعلومات التي يلزم المحترف بتقديمها تعد وسيلة الى إعادة المساواة في العلم بين المتعاقدين إقامة التوازن في العقد.

لقد أشارت أليس (Alisse) في رسالتها للدكتوراه ان عدم المساواة بين المتعاقدين في العلم هو من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الالتزام قبل التعاقد بالإعلام⁵.

إنّ العوامل التي ساهمت في فرض الالتزام بالإعلام على عاتق أحد المتعاقدين لفائدة المتعاقد الآخر، وجعلته واجب التعميم على كل العقود من أجل التوازن والشفافية في العلاقات التعاقدية التطورات الاقتصادية (أولا) واختصاص العلاقة التعاقدية مما أدى الى تطور في مجال العقود (ثانيا).

¹ Jacques Ghestin, *Traite de droit civil, la formation du contrat*, op.cit. p.444.

² Nathalie Rzepecki, op.cit. p.125.

³ Ibid. p.129.

⁴ بوعبيد عباسي، المرجع السابق، ص 39 وما يليها.

أنظر أيضا:

حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، فقرة 20.

⁵ Jean Alisse, thèse, p41. فقرة 21. المرجع السابق، فقرة 21.

أولاً: التطورات الاقتصادية

إنَّ التطور الاقتصادي والتكنولوجي والفني للسلع وتشابه السلع والمنتجات والتقنيات العالية في مجال الإنتاج والتوزيع وتطور وسائل الدعاية والإعلان وتأثيرها على قرارات المتعاقد نحو دفعه الى ابرام العقد دون أن تترك له الفرصة والمقدرة على حقيقة تقدير حاجاته، ومدى تلبية السلع لما يريد وعدم القدرة على العلم ومعرفة نوعية المنتج جعل أطراف العلاقة العقدية في اختلال فاضح من حيث جهل المتعاقد بخصائص وتركيب السلع التي يقدم على التعاقد عليها.

أدى الى التدفق السريع للسلع (1)، وسرعة ابرام المعاملات (2)، والتنظيم القانوني المطرد والمعقد (3)، وهذه النتائج من بين العوامل التي أدت الى ضرورة فرض الالتزام بالإعلام.

1- التدفق المتزايد للسلع

كان للتقدم العلمي والصناعي الفضل في إحداث آليات وطرق انتاج والتوزيع فازداد الإنتاج بالجملة وتنوعت المبادلات والمنتجات واختلفت استخداماتها وتطورت الخدمات بشكل لا مثيل له، وكل هذا غيّر وأحدث علاقات حديثة بين المنتجين والبائعين والمستهلكين، أصبح المستهلك يقبل على الشراء دون دراية بالمنتجات التي يكتنيها ولا يفرق بين الكمالي والضروري والقديم والحديث والمناسب لحاجاته من عدمه¹.

¹ مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2002، ص 172.

2-سرعة إبرام المعاملات

أدت زيادة الإنتاج وتعدد الخدمات الى الإقبال عليها ثم يخيب ظن المستهلك عند تسلم الشيء بين يديه، إنَّ السرعة في إبرام العقود والمعاملات التجارية أدت الى انعدام المساواة بين المتعاقدين في المعارف والمعلومات، خاصة أن المعاملات أصبحت تتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، التي يتم بواسطتها إبرام العقود بسرعة لا مثيل لها نتيجة للنظام الاقتصادي الحر الذي يقوم على سرعة دوران رأس المال، مما يؤدي الى تقويت الفرصة على المستهلك البسيط في أخذ الوقت الكافي الذي يحتاجه لتتوير بصيرته قبل الإقدام على التعاقد¹.

3-التنظيم القانوني المطرد والمعقد

لما كان القانون يعود اليه أمر تحديد الإطار القانوني لتنظيم العلاقات الاقتصادية وتنظيم الكيفيات الملائمة لإرضاء حاجيات المستهلك، فالمشرع يتدخل لينظم العلاقات التعاقدية واشباع حاجات المستهلك، فهو بذلك مضطر الى مسايرة السرعة الاقتصادية وأن ينسجم مع التطورات الاقتصادية والعملية وهذا ما أدى الى كثرة التدخلات والتدابير التشريعية من تعديلات والغاءات وتكرارها تحول دون معرفتها أو معرفة محتواها، وهذا من بين أسباب تعميق اختلال التوازن بين الطرفين فتعمق جهل المتعاقد بالقانون الى جانب جهله بخصائص السلع².

ثانيا: تطور العلاقات التعاقدية

التعقيد الكبير في مجال الأموال والخدمات في العلاقات التعاقدية أدى الى تطور في مجال العقود فظهرت عقود جديدة (1) وظهر مهنين ومتخصصين (2).

¹ مصطفى أبو مندور موسى، المرجع السابق، ص 172.

² مصطفى أبو مندور موسى، المرجع السابق، ص 172.

1- ظهور عقود جديدة

إنّ الواقع الاجتماعي والاقتصادي أدى الى ظهور عقود جديدة، عقد الحفظ¹ كالبيع على التصاميم²، الاعتماد بالإيجار³ البيع بالإيجار⁴، كذلك البيع عن بعد بواسطة التلفزيون والانترنت بالبيع بالمنزل، العقود المتعلقة بالقرض الاستهلاكي⁵، البيوع خارج المحلات التجارية، بيع المنتجات على مستوى المنزل، والتأمين، هذه التقنيات القانونية تعمل لتسهيل انتقال الخدمات والأموال تكييفاً مع الواقع الجديد وكل العقود الاستهلاكية استدعت حلول جديدة لإقامة التوازن في العلاقة العقدية إذ أنّ الحل الأكثر تأثيراً هو الالتزام بالإعلام في ضل عدم القدرة المعرفية والاقتصادية على التفاوض وفهم تفاصيل التعاقد فأغلب التعاقد يتم بانضمام المتعاقد الى العقد مستسلماً غير مختار فنمت عقود الإذعان وهي المجال الأفضل لفرض الإعلام بالالتزام نظراً لعدم التكافؤ الغالب خاصة في القدرة المعرفية.

2- ظهور متخصصين ومهنيين

المتفق عليه أنّ التطورات الاقتصادية والتكنولوجية أدت الى تغيير أنماط العلاقات التعاقدية نتجت عن وجود أشخاص متخصصين في مجالات معيّنة وذلك على حساب التخصص الشامل الذي أصبح ظاهرة نادرة⁶، فأصبحوا يملكون المعارف والكفاءات والتقنيات

¹ عقد الحفظ ظهر سنة 1986.

² قانون 04 المؤرخ في 17 فيفري 2011 المتعلق بالقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج. ر. رقم 14 في 06 مارس 2011.

³ الاعتماد الاجباري، طبقاً للأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996، الجريدة الرسمية. العدد 03 يناير 1996

⁴ البيع بالإيجار المرسوم رقم 01-105، المؤرخ في 23 افريل 2001، عقد الإيواء السياحي بنظام اقتسام الوقت (عقد المنتقع بحق الإقامة)

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 ماي سنة 2015، الجريدة الرسمية، المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-144 أعلاه.

⁶ Jean Alisse, *l'obligation de renseignements dans les contrats*, paris, 1975, p 21.

ووسائل الفحص والمراقبة، يقابلهم أشخاص آخرون لا يملكون المعارف الفنية المصاحبة لطرق التصنيع الحديثة والمنتجات المتجددة لذلك فالحاجة الى المعرفة الى المعلومة المتعلقة بظروف التعاقد أصبحت أكثر من ضرورة نظرا لتمييز المحترفين بمميزات تؤدي الى اختلال التوازن في العلاقة التعاقدية، لعدم المساواة في المعارف فالتعاقد الآخر يضع ثقته المشروعة في المهني ويفوض أمره إليه لذلك يجب على المهني أن لا يخون الثقة المتوقعة والا يستغل تفوقه الاقتصادي والمعرفي حتى لا يجعل مزايا الالتزامات التعاقدية تميل الى ما يحقق مصلحته¹ ويتحقق ذلك بإلزامه بإعلام الطرف الآخر لكي يكون في المستوى المعرفي للمهني حتى يستطيع التعاقد وهو متساوٍ معه، وأي كان التعاقد فإنه بحاجة الى ان يتلقى إعلاماً دقيقاً وأميناً، إن تعقد السلع وتقنياتها العالية زاد من خطورتها، وأصبح يصعب على غير المتخصصين حسن استعمالها.

هذه التحولات وعدم نجاعة آليات تحقيق المساواة المعرفية ضمن القواعد العامة في نظرية عيوب الرضا أصبحت الدعوى الى إقامة نظرية عامة للإعلام للالتزام بالإعلام تتطلب ظروف التعاقد الحديثة.

وهكذا فقد أجمع شراح القانون المدني المعاصرون على أثر صفة الاحتراف ودورها في مجال تكوين العلاقات العقدية² وأكدوا أن من بين أهم أسباب اختلال التوازن في العلم والمعرفة هو تعاقد بين متخصصين ومحترفين يتمتعون بتفوق في العلم والمعرفة بكل جوانب العقد مما يمنح لهم ميزات تؤدي الى اختلال التوازن في العلاقات العقدية³.

¹ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 60.

² مصطفى أبو مندور موسى، المرجع السابق، ص 173.

³ بوعبيد عباس، الالتزام بالإعلام في العقود، مراكش، 2008، ص 75 و 76.

المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام

تقرر الالتزام بالإعلام للحد من الاستفادة غير المشروعة، من جهل المتعاقد، سواء تعلق الأمر بوضعه الاقتصادي أو القانوني وكيفيات التعاقد المعقدة وذلك سواء تعلق الأمر بين المهني وغير المهني أو حتى بين المحترفين أنفسهم.

إن وجود الالتزام بالإعلام في العلاقة الاستهلاكية يتعلّق بصفة المتعاقدين لكون المساواة بين المتعاقدين هي التي فرضت على المشرّع وضع هذا الالتزام على عاتق المتعاقد المهني ولفائدة المتعاقد المستهلك المحضة¹ وتحديد المقصود بإعلام المستهلك أي تبصيره (الفرع الأول) يكتسي أهمية لتحديد مسؤوليه بالإضافة الى اعتباره مبدأ عام، ويقتضي هذا النظر في موضوع أو محل الالتزام بالإعلام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تبصير المستهلك

الالتزام بالإعلام هو التزام مفروض قانوناً خاصة على بعض البائعين المحترفين أو الشركات المتخصصة بتقديم المعلومات التي تتعلق بمحل التعاقد أو العملية المزمع الإقدام عليها بواسطة الوسائل الملائمة لذلك².

وما أثار بعض الاختلاف الفقهي³ هو إذا كان يوجد صنف واحد أو أكثر من الالتزام بالإعلام أمّا إذا كان من حيث المعلومات فهي متعدّدة وتختلف باختلاف العقود وحسب الوقت

¹ حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، المرجع السابق، ص 07

² Yves, Picod, Op.cit. p317-318.

³ التزام ما قبل تعاقدى بالإعلام، والالتزام تعاقدى بالإعلام وهذا التمييز منعقد لأنّه من الناحية العملية يصعب وضع حدود بين النوعين من الالتزامات أمّا الأستاذة M. F. Magnan فإنّها تميز بين الالتزامات بالإعلام على أساس وظيفي وخلصت الى التمييز بين الالتزامات المنعكسة على الرضا والالتزامات بالإعلام المنعكسة على تنفيذ العقد، انظر أكثر تفصيلاً بوعبيد عباس، المرجع السابق، ص 258.

يرى "جستان" Ghestin أنّ الحدود الفاصلة بين هذين الالتزامين لا يمكن رسمها بوضوح إن لم يكن هذا التحديد مستحيلاً. أنظر أكثر تفصيلاً في حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك، المرجع السابق، الفقرة 18.

الذي يتم فيه الإدلاء بها، ونادى بعض الفقه الى الاهتمام ودراسة صنف واحد من الالتزامات بالإعلام هو الالتزامات العقدية ذلك أنّ هذه الالتزامات ناشئة عن العقد ومرتبطة به وبالتالي هي التزامات تعاقدية حتى ولو أنّ الوفاء بها في بعض الأحيان يتم في المرحلة السابقة على إبرام العقد أو أثناء إبرامه¹.

فالالتزام بإعلام المستهلك هو التزام عام يشمل المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك ويتعلّق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك².

مؤدي هذا الالتزام هو تمكين المستهلك من إبرام العقد وهو على علم بحقيقة التعاقد والبيانات التفصيلية التي تسمح له بتقدير مدى وملاءمتها للهدف الذي يصبو له من التعاقد. إن الالتزام بالإعلام طبقاً للمادة 17 من قانون 03-09 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش يُعدّ مبدأ عام يلزم بمقتضاه المتدخل بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج. ونشير أنّ المشرّع لم يكتفي بالمبدأ العام المشار اليه بل أصدر مراسيم تضع على عاتق المهنيين التزاماً بالإعلام محدداً من ناحية المضمون بهدف تزويد المستهلك بإعلام موضوعياً خالصاً يسمح له باتخاذ قرار صادر عن رضا متبصر مستنير.

ويتجلى اهتمام المشرع بجعل المستهلك في نفس مستوى المهني من حيث العلم ويضفي حماية كبيرة للمستهلك إذ أنّ المادة 03 من قانون 03-09، تمنح للمستهلك الحق في معرفة

¹ بوعبيد عباس، المرجع السابق، ص 258.

² Nguyen-Thanh. **Contribution à l'étude des Techniques de protection des consommateurs** thèse, Caen, 1970, p 217 et s.

في حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، فقرة 15.

الخصائص والمميزات حسب طبيعة كل منتج وكل خدمة دون النص ولو بصفة ضمنية على البحث عن هذه المعلومات على عاتق المستهلك بعناية الرجل العادي.

إنّ تكريس التوازن في عقود الاستهلاك يتضح كما يرى بعض الفقهاء¹ بإقامة قرينة العلم على عاتق المهني وقرينة الجهل لفائدة المستهلك أمّا مضمون الالتزام بالإعلام والذي يكفل التوازن المرجو كان بتدخل المشرّع بتنظيم عقد الاستهلاك وذلك بتحديد محل الالتزام بالإعلام.

الفرع الثاني: محل الالتزام بالإعلام

إذا كان الغرض من الالتزام العام بالإعلام هو حرص المشرّع على تبصير رضا المستهلك وتهيئة مناخ ملائم لبناء عقد متوازن وحتى يتاح للمستهلك ممارسة حقه في اختيار ما يتلاءم مع حاجاته فإن المشرّع دأب على تكريس الالتزام بالإعلام على كل من يتدخل في عملية الاستهلاك بتحديد مضمون الالتزام بالإعلام وذلك بتحديد المعلومات والبيانات التي تتعلق بالمنتجات (أولاً) الإعلام الخاص بالأسعار وشروط البيع (ثانياً) وأن تقدم هذه المعلومات باللغة العربية (ثالثاً) وهذا التحديد يوضح انشغال المشرع واهتمامه بمنح المستهلك القدر الكافي لجعل رضاه متبصر ويمده بكل الآليات التي تجعله متوازن معرفياً مع المهني ولم يُؤكّل مضمون هذا الالتزام للمهني.

أولاً: الإعلام الخاص بالمنتج

لقد جاء قانون² رقم 03-09 وطبقاً للمادة 03 منه بتبيان أنّ المنتج هو كل سلعة أو خدمة موجهة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً، يلتزم المهني بضمان إعلام المستهلك ابتداءً من التغليف ثم إلزامية الوسم الذي يتم عن طريق إعلام المستهلك بكل البيانات أو الكتابات أو

¹ ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 204.

² قانون رقم 03-09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة (1) تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريق وضعها، كما الزم المهني بالمعلومات الخاصة بالخدمة (2).

1-المعلومات الخاصة بالسلع

تلتزم المادة 10 من قانون 09-03، باحترام أمن المنتج عند وضعه للاستهلاك بعد عرض المنتج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله أو إتلافه وكذا كل الارشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج.

وتضيف المادة 11 من قانون 09-03 أنّ المنتج المعروض يجب ان يستجيب للطلبات المشروعة للمستهلك، وذلك بتوفير بيانات تبين طبيعة وصفة ومنشئة ومميزات الأساسية وتركيبته ونسبته ومقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله ونلاحظ أنّ المشرع يكرر في الفصل الخامس المعنون بإلزامية إعلام المستهلك طبقا للمادة 17 و18 من القانون المذكور أنّا أنّه يعتبر الوسم بالإضافة الى وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة أداة تنفيذ الالتزام بالإعلام لا يجوز للمتدخل الاتفاق على مخالفتها باعتبارها قاعدة آمرة من النظام العام، من بين ما تحققه إبراز الخصائص الأساسية للسلع طبقا لما جاء في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك¹.

¹ المرسوم التنفيذي 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، المؤرخ في 09 نوفمبر 2013، الجريدة الرسمية. العدد 58 مؤرخ في 18 نوفمبر 2013.

واعتبر الوسم كأداة لتنفيذ الالتزام بالإعلام سواء في المواد الغذائية طبقاً للمادة 12 من المرسوم 378-13 وأيضاً في المنتجات غير الغذائية طبقاً للمادة 38 من المرسوم التنفيذي 378-13 ويُعدّ المشرع وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام وذلك في ص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 378-13 المحدد لشروط وكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك: «أن يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع علامة أو إعلان أو بأي وسيلة أخرى مناسبة تفي بغرض إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للمنتج.»

ولم يفت المشرع الجزائري من أن يُعرّف الوسم حسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 484-05 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها¹ فاعتبرت أنّ الوسم: كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض يظهر على البطاقة الذي يرفق بالمنتج أو يوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع.

وتشير المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 378-13 المحدد لشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك إلى كيفية إعلام المستهلك بالمواد الغذائية غير المعبأة مسبقاً والمعرضة للبيع على المستهلك بواسطة تسمية البيع مدونة على لافتة أو أي وسيلة أخرى وتشدّد المشرع في المادة 09 من المرسوم نفسه على أن يحمل تغليف المواد الغذائية المعبأة مسبقاً كل المعلومات ثم لا يترك تحديد مضمون هذه المعلومات للمهني بل يفرض البيانات الإلزامية للوسم في المادة 12 من المرسوم نفسه²، ثم يجعل المشرع من حق المستهلك في الإعلام

¹ مؤرخ في 22 ديسمبر 2005، ج. ر. العدد 83 مؤرخ في 25 ديسمبر 2005 المعدّل والمتمم للمرسوم التنفيذي 367-90 مؤرخ في 10 نوفمبر 1990 الذي تمّ الغائه بموجب المادة 63 من المرسوم التنفيذي 378-13 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك المؤرخ في 09 نوفمبر، الجريدة الرسمية. العدد 58، 18 نوفمبر 2013.

² البيانات الإلزامية حسب المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 378-13، 15 عشرة بيان منها: تسمية البيع للمادة الغذائية، قائمة المكونات الكمية اضافية المعبر عنها حسب النام المتري الدولي، التاريخ الأدنى للصلاحية أو التاريخ الأقصى للاستهلاك، الشروط الخاصة بالحف أو الاستعمال... الخ

كما أشار في المادة 02 من المرسوم نفسه: «أن يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع علامة أو إعلان أو بأي وسيلة أخرى مناسبة تفي بغرض إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للمنتج».

هذا الحق بالإضافة الى البيانات التي أشارت إليهم المادة 12 ثم المادة 13 تشترط المادة 14 من المرسوم نفسه على الزامية أن يقدم الوسم الغذائي المعلومات المتعلقة بمضمون العناصر المغذية.

تجدر الإشارة أنّ المشرّع خصّ كل تفاصيل المعلومات المتعلقة بالمواد مرئياً من طرف المستهلك، ويحذر من تغليط المستهلك فيما يتعلّق بالطبيعة والشروط الدقيقة لصنع الغذاء بما فيه محيط تعبئته وطريقة عرضه وكذلك الحالة التي يوجد فيها أو نوع المعالجة التي خضع لها ورد كل هذا في المادة 19 من المرسوم نفسه.

ونشير الى أنّ احكام هذا القانون تطبق على كل المنتجات غير الغذائية سواء كانت أداة أو وسيلة أو جهاز أو آلة أو مادة موجهة للمستهلك وذلك طبقاً لما جاء في المادة 37 من القانون نفسه.

2-المعلومات الخاصة بالخدمة

توصي المادة 51 من المرسوم التنفيذي 13-378 المحدد لشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، بتطبيق الأحكام الواردة في هذا المرسوم على مجال الخدمات إذ لا يختلف الالتزام بالإعلام في مجال الخدمة عن الذي يكون في مجال المنتج والسلع، أمّا المقصود بالخدمة فلقد عرّفها المادة 03 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك على أنّها كل عمل مقدّم غير تسليم السلعة حتى أو كان هذا التسليم تابعاً أو مدعماً للخدمة المقدمة.

ولا يجد المشرع بُدّاً من الإيضاح من جديد والتشديد على ضرورة إعلام المستهلك من طرف مقدم الخدمة مبيناً بعض أدوات الإعلام على سبيل المثال ويفتح المجال أن يتم الإعلام بأية آلية أخرى طبقاً لما جاء في المادة 52 من المرسوم التنفيذي 13-378 إذ تنص: «يجب على مقدم الخدمة إعلام المستهلك عن طريق الإشهار أو الإعلام أو بواسطة أي طريقة أخرى مناسبة، بالخدمات المقدمة والتعريفات والحدود المحتملة للمسؤولية التعاقدية والشروط الخاصة بتقديم الخدمة».

كما يشترط المشرع ويلزم مقدم الخدمة أن يقوم بإعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة وذلك قبل إبرام العقد، وفي حالة عدم وجود عقد مكتوب يطبق هذا الالتزام قبل بداية تنفيذ الخدمة، وهذا ما نصت عليه المادة 53 من المرسوم نفسه، ويشترط المشرع أوصاف للبيانات المصرح بها بأن تكون واضحة وغير غامضة ولا تؤدي إلى أية لبس في ذهن المستهلك، بصفة واضحة ودون لبس في ذهن المستهلك وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 54 من المرسوم الوارد سابقاً بما يلي: يجب على مقدم الخدمة أن يضع تحت تصرف المستهلك بصفة واضحة ودون لبس المعلومات الآتية:

- الاسم أو عنوان الشركة أو العنوان والمعلومات الخاصة بمقدم الخدمة.

- الشروط العامة المطبقة على العقد.

كما يطلب المشرع من صاحب الخدمة أن يقدم بيانات عن الخدمة المقدمة ويشير إلى البيانات التي يلزم بها مقدم الخدمة، وتتعلق بالشكل القانوني للنشاط، ومنها ما يتعلق بموضوع الخدمة ذاتها، ويفرض عليه أن يُعلم المستهلك بكل هاته المعلومات بكل الوسائل الملائمة حسب طبيعة الخدمة، وهذا في نص المادة 55 من المرسوم التنفيذي 13-378.

نلاحظ حسب ما مرّ بنا أنّ المشرّع في هذا المرسوم غالبا لا يحدد وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام بل يعتبر كل وسيلة ملائمة تضمن البيانات الملزم تقديمها، مما لا يدع لبس أو غموض لدى المستهلك فكل معلومة أو اشهار كاذب من شأنه إحداث لبس في ذهن المستهلك ممنوع طبقا للمادة 65 من المرسوم التنفيذي آنف الذكر.

وإمعانا من المشرّع في التحذير والتذكير لأن يكون الالتزام بالإعلام كافيا وصادقا ودقيقا إذ ينص في المادة 60 من المرسوم التنفيذي سابق الذكر «يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية، أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب للإشهار أو العرض أو الوسم أو البيع من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، لاسيما حول الطبيعة والتركيب والنوعية الأساسية ومقدار العناصر الأساسية وطريقة التداول وتاريخ الإنتاج وتاريخ الحد الأقصى للاستهلاك والكمية ومنشأ أو مصدر المنتج...».

يعيد المشرع التأكيد في موضع آخر نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 التي تلح على صحة ونزاهة المعلومات¹، يهدف المشرّع بالالتزام بالإعلام تحقيق غرض المعرفة المستنيرة والرضا المتبصر، وكما أشرنا أنّ يحقق الرغبة المشروعة للمستهلك حتى لو تعدى درجة الإعلام كما يرى بعض الفقه الى درجة أقوى وهو الالتزام بتقديم النصح فيقع مثل هذا الالتزام بالنصيحة على كثير من المهنيين².

ثانيا: الإعلام بالأسعار وشروط البيع

من مقتضيات اقتصاد السوق أن تتحدّد وبصفة حرّة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة، مع احتفاظ الدولة بتقنين الأسعار ذات الطابع الاستراتيجي.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 ماي 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

² ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 244.

ومن أجل حماية المستهلك ألزم المشرع المهني بإعلام المستهلك بالأسعار وشروط البيع وذلك طبقاً للأمر 95-06 المتعلقة بالمنافسة¹ فجاءت المادة 53 من الأمر سالف الذكر تلزم الإعلان على أسعار المنتجات والخدمات حتى يتمكن المستهلك من الاطلاع المسبق على الثمن الحقيقي الذي سيدفعه وهذا يمكنه من اتخاذ قرار بعد مقارنة بين الأسعار دون أن يدخل في مفاوضات قد تخرجه وقد تضغط عليه نفسياً²، إذا كان الهدف هو منح المستهلك مزيد من الحرية التعاقد والرضا المتبصر فإن إعلان الأسعار (1) يحقق هذه الحماية بالإضافة إلى علم المستهلك بشروط البيع (2) من شأنه أن يجعل المتعاقدين في مناخ تعاقد متوازن.

1- إعلان الأسعار

أوجب المشرع الجزائري مبدأ إعلام المستهلك بالأسعار وذلك طبقاً للمادة 04 من القانون رقم 04-02 التي تفرض على البائع إعلان عن السعر فأشارت «يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات...».

والمشرع لم يكتفي بهذا النص الملزم بإعلام المستهلك بالأسعار ولم يترك المجال للبائع في اختيار الكيفية التي يعلم بها المستهلك، بل أعطى شروط لآليات إعلان السعر حددتها المواد 05، 06، 07 من القانون 04-02، إذ يجب أن تكون مكتوبة، ومرئية ومقروءة، أن يكون الوزن أو الكم أو العدد الذي يقابل السعر المعلن عنه واضحاً، كما يجب أن توافق الأسعار أو التعريفات المعلنة المبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء سلعة أو الحصول على

¹ مؤرخ في 25 يناير 1995، الجريدة الرسمية. العدد 09 المؤرخ في 22 فيفري 1995.

² فرحات ريموش، الالتزام بالإعلام أثناء التعاقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009-2010، ص 267.

خدمة، حتى لا يفاجأ المتعاقد من وجوب دفع مصاريف إضافية لم يتضمنها السعر المعلن عنه¹.

إن إعلام المستهلك بالأسعار الحقيقية يُجلب كل غموض يخص القيمة الحقيقية للسلع والخدمات المعروضة وهذا يخص كل من يقوم بالممارسات التجارية أي كل البائعين المهنيين².

2-الإعلام بشروط البيع

تعتبر الشروط المتعلقة بالبيع ذات أهمية لما لها من أثر على رضا المستهلك ودورها في التحفيز على التعاقد والمادة 04 من قانون 04-02 كرّست هذا الواجب بالإعلام إذ نصّت «يتولّى البائع وجوباً إعلام الزبائن... بشروط البيع».

ولقد نصّت المادة 02 من المرسوم التنفيذي 06-306 الخاص بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية³ على ما يلي: «تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع».

والثابت أنّ الالتزام بالإعلام بشروط البيع أي ما يراه المشرع عناصر أساسية من شأنه أن يقيم توازن بين أطراف العلاقة العقدية في العلم بكل ما يعدّ ضروري للمتعاقد ومؤثر في اتخاذ قرار التعاقد، إنّ الغموض اللبس الذي يعتري بعض عناصر التعاقد يخلق اختلال بين

¹ فرحات ريموش، المرجع السابق، ص 265 و 266.

² أنظر أيضا ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 247 و 248 و 249.

³ مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد 56 مؤرخ في 11 سبتمبر 2006.

أطراف التعاقد يؤدي الى عقد غير متوازن من الناحية الذاتية والموضوعية أمّا العناصر التي تعتبر أساسية فقد حدّدها المشرّع في المادة 03 من المرسوم التنفيذي 06-306 التي نصت على ما يلي: «تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساساً بما يأتي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار والتعريفات.
- كفاءات الدفع.
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع أو التسليم.
- كفاءات الضمان ومطابقة السلع أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد.

يتضح مما تقدّم أنّ المشرع يلجّ على الالتزام بالإعلام من خلال سواء التوسع في مجال الالتزام بالإعلام إذا تعلّق الامر بالأوصاف المادية للسلع أو الخدمات أو بطرق وتقنيات إيصال هذا الإعلام كآلية وقائية من كل اختلال يعتري توازن العقد، ومن أجل نفس الهدف اشترط أن يكون الإعلام باللغة العربية أو بلغة أخرى.

ثالثاً: الإعلام باللغة العربية أو بلغة أخرى

لقد انشغل المشرع الجزائري كما سبق بيانه بأن يتمكن المستهلك من العلم بكل البيانات والأوصاف التي تساعد في اتخاذ قرار التعاقد عندما يكون على بينة من أمره في كل ما يتعلق

بالعقد المقبل على إبرامه فحدد وسيلة نقل هذه المعلومة فألزم أن تكون مكتوبة باللغة العربية طبقاً لما ورد في المادة 18 من قانون 09-03 أو بأيّة لغة أخرى وذلك لجعل هذه المعلومات في متناول كل المواطنين، حيث أكّدت المادة 18 أعلاه أن تكون الكتابة مرئية وسهلة القراءة بحيث تكون المصطلحات غير معقدة ويتعذر محوها.

ويؤكد المشرّع في أكثر من موضع على إلزامية الإعلام باللغة العربية أو بلغة أخرى وهذا ما كرّسته المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المتعلق بمواد التجميل والتنظيف البدني والمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 97-494 المتعلق بالوقاية من الاخطار الناجمة عن استعمال اللعب¹.

كما جاء في المادة 07 من المرسوم التنفيذي 13-378 المحدد لشروط وكيفيات المتعلّقة بإعلام المستهلك على إلزامية تحرير البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللغة العربية أساساً بالإضافة الى لغة أخرى أو عدّة لغات يسهل فهمها.

كما أكّدت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 05-484 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها على إلزامية كتابة بيانات الوسم باللغة العربية إذ تنصّ على «يجب أن تحرّر بيانات الوسم باللغة العربية...».

بالإضافة الى لغة أخرى، حتى يتسنى فهم التعاليم والبيانات من كل الفئات ويرى بعض الفقه² أنّ المشرع يهدف الى استعمال اللغة التي يفهمها المستهلك بهدف حمايته من سوء الفهم في حالة ما تكون البيانات أو الوثائق المرفقة محرّرة بلغة غير مفهومة.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 97-494 مؤرخ في 21 ديسمبر 1997، الجريدة الرسمية، عدد 85 مؤرخ في 24 ديسمبر 1997.

² ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 269.

إنّ ضمان توصيل المعلومة للمستهلك يضمن حسن تبصير المستهلك حتّى يكون على بينة من أمره ومتكافئ معرفيا مع المتعاقد المهني.

إنّ المتفحص فيما ورد من النصوص الملزمة بالإعلام يوحي الاتجاه الى التوسع في تقرير هذا الالتزام بالإعلام المتعلق بوضع الشيء القانوني وأوصافه في كل العقود التي تشتمل على التزام المحترف أو المهني بإعطاء شيء أو بتقديم خدمة فالالتزام بالإعلام وقاية من اختلال التوازن العقدي وتقريره هو الوسيلة لإعادة المساواة في العلم بين المتعاقدين وإعادة التوازن الى العقد¹.

إنّ من شأن الإخلال بالالتزام بالإعلام وكيفيات تطبيق هذا الالتزام ترتيب الجزاء المناسب لذلك.

المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام

إنّ ترتيب جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام تكريس لحماية الطرف الضعيف بهدف إقامة التوازن العقدي ومن شأن هذا الجزاء جعل هذا الالتزام أكثر نجاعة وجدوى فيترتب على مخالفة هذا الالتزام، تدابير إدارية (الفرع الأول)، وجزاءات مدنية (الفرع الثاني)، وجزاءات جزائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الجزاء الإداري

هناك من يرى أنّ الجزاء الإداري جزاء وقائي لأنّه يهدف الى توقيع جزاء قبل أن يحدث الإخلال بالالتزام بالإعلام ضرر بالمستهلك، فهذا الجزاء مكرّس تحت عنوان الإجراءات الإدارية والوقائية²، فهي إذن تدابير إدارية وقائية والمشرّع لم يصرّح بالحجز الفوري إلا أنّ

¹ حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، المرجع السابق، فقرة 20.

² ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 339.

المادة 65 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش توعي أنّ السلطة الإدارية المكلفة بحماية المستهلك لها أن تقوم بالتوقيف المؤقت لنشاط المؤسسات التي ثبتت مخالفتها للقواعد القانونية المنظمة للالتزام بالإعلام.

ويتضح ممارسة الدولة للرقابة الإدارية بما منحتة للوالي للتدخل على مستوى المحلي واتخاذ قرار اجراء اداري بغلق المحلات التجارية لمدة أقصاها 60 يوما بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة طبقا للمادة 46 من قانون 06-10 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹ وهذا كلما تمت مخالفة الالتزام بالإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع المنصوص عليها في المواد 04 و 05 و 06 و 07 و 08 و 09 من القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

كما يمكن للسلطات الإدارية بناءً على المادة 39 من قانون 06-10 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية من أن تحجز البضائع فالجزاء الإداري تتبع بالضرورة متابعة جزائية.

الفرع الثاني: الجزاء الجنائي

وضع المشرع عقوبة جزائية جزرية لمخالفة الالتزام بالإعلام بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش فنصّت المادة 78 من قانون 03-09 على أنّه يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار 100.000 الى مليون دينار 1.000.000 دج كل من خالف الزامية وسم المنتج المنصوص عليها في المادتين 17 و 18 من القانون نفسه.

أما القانون 02-04 المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإنّه وطبقا للمادة 31 رتب عقوبة غرامة من خمسة آلاف دينار جزائري 5.000 دج الى مائة ألف دينار جزائري 100.000 في حالة لم يعلن عن السعر والتعريفات كمخالفة للنصوص القانونية 07،06،04

¹ قانون رقم 06-10 مؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية. عدد 46 مؤرخ في 18 أوت 2010

أما في حالة مخالفة شروط البيع المنصوص عنها في المادتين 08،09 فإنّ المادة 32 من القانون آنف الذكر حدّدت العقوبة من عشرة آلاف 10.000 دج الى مائة ألف 100.000 دج.

إنّ رغبة المشرّع واضحة في مكافحة التهاون والفوضى في تداول السلع والخدمات وذلك بتشديد العقوبة لحماية المستهلك وقمع الغش والتي تتعلق بالوسم إذا كان الخداع أو محاولة الخداع قد ارتكبت ومن شأنها الإخلال بالالتزام بالإعلام المقترن بالغش والمخادعة، فالمادة 69 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تجعل العقوبة 05 سنوات حبس وغرامة قدرها خمسمائة ألف دينار جزائري 500.00 دج.

واكّدت المادة 68 من القانون نفسه على أنّه «يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات كل من يخدع أو يحاول أو يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول:

- كمية المنتجات المسلمة.
- تسليم المنتجات غير تلك المعينة مسبقاً.
- قابلية استعمال المنتج.
- تاريخ أو مدة صلاحية المنتج.
- النتائج المنتظرة من المنتج.
- طرق والاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتج.

وبالرجوع الى نص المادة 429 من قانون العقوبات نجد أنّ العقوبة المنصوص عليها هي الحبس من شهرين الى ثلاثة سنوات وبغرامة من ألفي دينار جزائري 2.000 دج الى عشرين ألف دينار جزائري 20.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

الفرع الثالث: الجزاء المدني

لا يوجد في النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك سواء في قانون 09-03 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش أو في قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبّقة على

الممارسات التجارية جزاء لمجرد الاختلال بالالتزام بالإعلام وبما أنّ الالتزام بالإعلام يتعلّق بتبصير إرادة المستهلك لذلك فالإخلال بهذا الالتزام يؤدي الى تعيب الرضا وبالتالي المطالبة بإبطال العقد (أولاً) كما يؤدي خطأ المدين بالالتزام الى قيام مسؤولية المدنية في حالة حدوث ضرر للمستهلك (ثانياً).

أولاً: قابلية العقد للإبطال

إنّ وجود الالتزام بالإعلام يسهل المطالبة بالإبطال على أساس الغلط إذ أنّه يعتبر وجود الالتزام بالإعلام قرينة لا تقبل اثبات العكس في اثبات اتصال الغلط بالمتعاقد مع المستهلك كما أنّ وجود الالتزام يُعد قرينة على أنّ الغلط كان جوهرياً لأنّ العلم بالبيانات محل الالتزام بالإعلام كان من شأنه أن يدفع المستهلك على عدم إبرام العقد¹ وبالتالي من حق المستهلك التمسك بإبطال العقد لعيب الغلط، طبقاً للمادتين 81، 82 ق.م.ج.

ويتفق الفقه² على أنّ الاختلال بالالتزام بالإعلام أي بالإدلاء بالمعلومات والبيانات هو أحد صور الكتمان التدليسية ويفترض أنّ المستهلك لو علم بهذه المعلومات لما أقدم على التعاقد وبالتالي توفر شروط المادة 86 ق.م.ج.

كما يمكن للمستهلك المطالبة بإبطال العقد على أساس المادة 352 ق.م.ج. إذ أنّ الاختلال بالالتزام بإعلام المشتري المستهلك في عقد البيع يمكن أن يؤدي الى تطبيق نص المادة سالف الذكر على حالة المستهلك فإذا لم يعلم المستهلك علماً كافياً بالمبيع³ فالجزاء المترتب على عدم علمه هو البطلان النسبي وفقاً للمادة 2/352 وتطبيق نص المادة 352 ق.م.ج. أيسر للمستهلك في المطالبة بإبطال عقد البيع لأنّه لا يشترط في هذه الحالة إلا

¹ عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، المرجع السابق، فقرة 34.

² ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 294.

أيضاً حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، المرجع نفسه، الفقرة 35.

³ ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 295.

عدم علم المشتري بالمبيع والذي يسهل إثباته وجود الالتزام بالإعلام في حد ذاته باعتباره قرينة على عدم علم المستهلك بالبيانات محل هذا الالتزام¹.

ثانياً: قيام المسؤولية المدنية.

إنّ الجزء المدني المتمثل في قيام المسؤولية المدنية يكون بتعويض المستهلك عما أصابه من ضرر مادي أو معنوي من خطأ المتدخل في الاختلال بالالتزام بالإعلام والفقهاء² مستقر سواء في مصر أو في فرنسا على طبيعة التقصيرية للمسؤولية الناتجة عن الاختلال بالالتزام بالإعلام للمستهلك.

إحاطة المتعاقد بالمعلومات المتعلقة بالعقد حتى يكون رضاه حر مستنير هو اعتراف أنّ الجهل وعدم المعرفة يمثلان أهم أسباب الضعف الذي يلحق المتعاقد الضعيف والوسيلة إلى حمايته تفرض ضرورة فرض الالتزام بالإعلام على عاتق الطرف القوي سوار في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تكوينه³.

يؤكد الفقهاء أنّ الالتزام بالإعلام من الوسائل القانونية التي تمنح للمتعاقد غبير المحترف بقصد تحقيق التوازن لحظة إبرامه للعقد⁴.

إنّ التطور المعرفي والمعلوماتي لدرجة التعقيد يثير مشكل أنّ كم المعلومات لا يعني المستهلك بقدر فائدة مضمونها ومحتواها فيما يمدّه من حقائق تعينه في اتخاذ قرار إبرام العقد ففهم المعلومات هو الهدف من فكرة الالتزام بالإعلام.

¹ حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، المرجع السابق، فقرة 36.

² حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، المرجع السابق، فقرة 39.

³ نزيه صادق مهدي في ابراهيم عزيز داوود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دار الجامعة الجديدة، 2014، ص 72 و73.

⁴ ابراهيم عزيز داوود، المرجع السابق، ص 73.

المبحث الثاني: مهلة التفكير آلية استثنائية للوقاية من اختلال التوازن.

إن أساليب الدعاية المتنوعة والقوية المستعملة من شركات ضخمة بحيث تترصد للمستهلك فتدرس الحالة النفسية بدقة للمستهلك إلى درجة أن أصبحت تتحكم في حاجياته فأصبحت تختلف السوق والمستهلك لسلعتها وتقرضها عليه بكل الوسائل وهذا فرضه نظام الاقتصاد الحر والمفتوح، والمنافسة غير المقيدة، فأصبح المستهلك يشتري سلع وهو لا يدرك مدى ملاءمتها له، فتشابه العروض والسلع جعل المستهلك يُغْمُ عليه مما استوجب إيجاد آليات تخفف من الضغط الذي يمكن أن يتعرض له المستهلك عند اتخاذ قرار إبرام العقد حتى لا تضطرب ارادته فيكون له حق الرجوع عن العقد.

إن منح المتعاقد مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه درءاً للأخطار التي قد تلحق به، كأثر لتسريعه في التعاقد، خاصة مع ما تتميز به المعاملات الحالية من جذب وإغراء¹، فيه من التوازن العقدي ما يحقق المساواة الفعلية بين المتعاقدين ويتضح ذلك عند تحديد مضمون مهلة التفكير (المطلب الأول) وما تميز به عند منح المستهلك إمكانية الرجوع عن العقد (المطلب الثاني) مما يستدعي تكييف حق الرجوع، هذا الوضع مستحدث (المطلب الثالث) الذي يحميه المشرع ويعتبره من النظام العام (المطلب الرابع).

المطلب الأول: مضمون مهلة التفكير

تعددت تسميات مهلة التفكير في مختلف القوانين منها أجل التأمل، أجل العدول وحق العدول، أجل التفكير، أجل الندم²، وجانب من الفقه يرى (فيليب بران Philippe Brun) أن

¹ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2008، ص763.

² Délai de réflexion, délai de rétractation, droit de repentir droit de renonciation.

أجل التفكير وحق العدول هما وجهان لعملة واحدة¹، وهذا الطرح غير دقيق يتطلب فحص طبيعة كليهما².

أما الزمن المتاح لمهلة التفكير فيتراوح في مختلف القوانين³ من يومين إلى 35 يوما.

أما الفقه فيرى أنّ مهلة التفكير هي أجلا يسمح للمتعاقد بعد إمضاء العقد ليتمكن أثناءه من التراجع عن تعهده⁴.

وما يأخذ على هذا التعريف أنه عام لا يحدد مجال تطبيق مهلة التفكير ولا صفة المتعاقد، فهو لا يميز بين أن يكون المتعاقد بائعا أو مشتريا أو مهنيا أو مستهلكا.

والملاحظ أن مهلة التفكير موضوع الدراسة ليس المهلة التي يتمتع بها المتعاقد للتفكير قبل التصريح بالقبول، وإنما هو تفكير لاحق بعد إبرام العقد ولكنه ضمن عملية تكوين العقد ومهلة التفكير آلية خاصة لا نجدها إلا في بعض العقود بين المهنيين والمستهلكين، فنطاقها محدد من حيث المتعاقدين ومن حيث بعض العقود المنصوص عليها قانونا.

ويمكن القول أنّ مهلة التفكير هي أجل يمنحه المشرع للمستهلك عند تعاقد مع مهني ليتمكن من التراجع عن التزامه بعد إبرام العقد دون تسبب ودون تقديم أي تعويض.

¹ Philippe Brun, **le droit de revenir sur son engagement, droit et patrimoine** ; n 60, mai 1998; p81

² نتطرق الى هذا في المطلب الثاني من هذا المبحث.

³ القانون الالمانى والقانون الأسترالى والبلجيكي والأمريكي في

Didier Ferrier ; Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, rc.D.S.1980, Chron, p178.

⁴ "le délai de réflexion consiste à offrir au contractant, aptes la signature du contrat un délai pendant lequel il pourra revenir sur son engagement" Françoise domont-Naert, les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge (rapport belge) in la protection de la partie faible dans les rapport contractuels, comparaisons, Fronco, Belges, Jaques Ghestin et marcel fontaine L.G.Dj-1996,p227

إن منح مهلة للتفكير للمستهلك تعتبر حماية متميزة في العلاقة التعاقدية، ومهلة التفكير حماية مضاعفة للرضا المستهلك¹، وهي بذلك آلية لتحقيق توازن معرفي نوعي بين أطراف العلاقة العقدية.

تتفوق مهلة التفكير في الحماية التي توفرها عن نظرية عيوب الرضى حيث أن هذه النظرية تحمي المتعاقدين من بعضهم البعض في حين أن مهلة التفكير لا تحمي سوى المستهلك بوصفه طرفاً في وضعية غير متوازنة مع المهني، كما تحمي المستهلك من نفسه بما يقدم عليه من عقد غير متوازن نظراً لضعفه أو عجزه².

تمثل مهلة التفكير آلية لحماية توازن العقد عن طريق حماية رضا المستهلك إذ تتجاوز عجز نظرية عيوب الرضا التي تجعل عبء إثبات وجود عيب في الرضا يقع على الضحية، أمّا في مهلة التفكير تجعله قرينة على اضطراب الرضا وبالتالي تحمي المستهلك من كل الضغوطات وكل اختلال في التوازن المعرفي الذي قد يضر بمصالحه الاقتصادية بدون إجهاد المستهلك بإثبات أي عيب، فتساهم مهلة التفكير في الحفاظ على توازن فئة اجتماعية مهمة وتجب الإشارة إلى أنّ الدعوة إلى اعتماد مهلة التفكير في فرنسا لم تكن من طرف منظمات المستهلكين فقط بل إن هذه الآلية كانت من اقتراح المهنيين أنفسهم حرصاً على ازدهار السلع ونشاط السوق حيث رفعوا شعار³ «satisfait ou rambousé» ولقد عمّم هذا الشعار في كل مجالات الاستهلاك.

¹ Jean-Pierre Pizzio ; **La protection des consommateurs par le droit commun des obligations** R.TD con 1988, janv-mars, p52.

² Jean-Pierre Pizzio ; art, précité ; p72

³ Gilles Paisant (art), la loi du 06 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et télé-achat, J.C.P. 1988, éd G N38 doc ,3350.

أن مهلة التفكير نظم حديث، ظهر نتيجة الثورة الاستهلاكية فكانت بداية السبعينات فترة انطلاق مهلة التفكير في فرنسا¹.

والمرجع الجزائري أصدر التشريع المتعلق بالقانون المتعلق بالقرض والنقد قد كرس بالأمر 04/10 المعدل ومتمم للأمر رقم 11-03² والمادة الجديدة 119 مكرر 1 المكمل للأمر رقم 11/03 والتي تتضمن على المادة 119 مكرر 1 -فقرة 4 "يمكن أي شخص اكتتب تعهد أن يتراجع عنه في اجل ثمانية «8» أيام من تاريخ التوقيع على العقد".

إن هذا التصييص إلزامي يحرص فيه المشرع الجزائري على إعلام المستهلك بحقه في مهلة التفكير وفي الرجوع عن العقد إذا أراد.

وأیضا أورد التشريع المتعلق بترقية النشاط العقاري³ يتبين منه أنه يعتد بحق الرجوع عن إبرام العقد، وذلك حسب ما جاء في المادة 32 من قانون 11/04 التي تنص "يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال انجاز المشروع العقاري الفقرة الثانية (2) "يطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشرة بالمائة «15 %» من مبلغ التسبيق المدفوع"، والملاحظ أن هذا النص يعالج الحالة خاصة ليست تتميز بكل خصائص مهلة التفكير فهي ذات أحكام خاصة لا يعتبر فيها صاحب حفظ الحق طرفا ضعيفا، ولا علاقة للنص بحماية رضا المتعاقدين فالمشرع هنا منشغل ويعالج مسألة السكن ولا يعنيه التوازن العقدي بهذا النص.

¹ Raymonde BAILLOD (art), le droit de repentir, R.T.D civ, 1984, p228. Voir aussi: Ali Filali, le droit de la consommation une adaptation du droit commun des contrats, Les annales de l'Université d'Alger 1, tome2, N°27, 2015, pp 05-45.

² الأمر رقم 10-04، 26 أوت 2010 المعدل والمتمم، الأمر رقم 11/03، 26 أوت 2003، والمتعلق بالنقد والقرض.

³ الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة ب 06 مارس 2011، ص 04.

فمهلة التفكير تتميز بخصوصية حديثة تجعلها خاصة ببعض العقود فقط فهي مرحلة من مراحل تكوين العقد (الفرع الأول) وتقضي أن العقد لا يتم بمجرد التعبير عن الإرادة بل أن مهلة التفكير مرحلة في نشأة الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مهلة التفكير مرحلة من مراحل تكوين العقد

إن التكوين التقليدي للعقد يعني التكوين الفوري وبالتالي فمهلة التفكير بعد إبرام العقد بوصفها إمكانية متاحة للرجوع على التعاقد يعد هذا خروج عن التكوين التقليدي للعقد وبذلك فهي تمثل مرحلة من مراحل التكوين التدريجي للعقد¹، إذ أن بدء سريان مهلة التفكير يمثل مرحلة في نشأة الإرادة، وانقضاءها دون ممارسة حق الرجوع يمثل مرحلة جعل الإرادة ملزمة لطرفيها وبالتالي مهلة التفكير تمثل تمام العقد ونجاعته².

الفرع الثاني: مهلة التفكير مرحلة في نشأة الإرادة

المتفق عليه أنه يتم إبرام العقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول دون تقييد إرادة الأطراف بشروط شكلية وذلك لعدم المساس بمبدأ سلطان الإرادة، أما فكرة التكوين التدريجي للعقد أو العقد ذو التكوين التدريجي تفرضه مهلة التفكير التي تقتضي أن تكوين العقد لا يتم بمجرد تبادل الرضا بين المهني والمستهلك إذ أن هذا التبادل يعبر عن إرادة غير مكتملة بالنسبة للمستهلك³ وهذا خروج عن التكوين التقليدي للعقد هذا الاستثناء هو تدعيم للرضا في نفس الوقت، هذا الأخير الذي أصبح أكثر عرضة للضغوطات جراء تعرض المستهلك للإغراءات

¹ هذه الفكرة أي التكوين التدريجي للعقد تعود إلى النظرية الجرمانية pumktation التي ترجع بدورها إلى نظرية imperfection وحسب هذه الفرضية فإن العقد لا يتكون بصفة فورية وإنما يتعلق الأمر بعقد تدريجي التكوين في: Vassili Christianos (art) **Délai de réflexion théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs**, D.1993, p.30

² Vassili Christianos (art) précité, p.30.

³ J.P. Pizzio, art, précité, p71-80 voir aussi dans ce sens (N) RAZEPECKI, op.cit. p.118.

والتسهيلات الملازمة للبيع بالتقسيط والإشهار القوي والطرق الحديثة للبيع كالبيع الإلكتروني والبيع عن بعد، تدفع بالمستهلك لشراء أشياء هو ليس في حاجة لها أو يجد صعوبة في تسديد ثمنها، كل هذا يجعل التصريح بالرضا لا يحتوي على العناصر الكافية لتقدير ملائمة المعاملة له وبهذه المكنة يصبح رضا المستهلك في حالة اكتمال أو تطور خلال فترة أو مهلة التفكير الممنوحة له وعند انقضاء مهلة التفكير دون ممارسة حق الرجوع يكون الرضا نهائياً¹.

ويرى Jean Colais Aulay أن مهلة التفكير تبرر حاجة رضا المستهلك إلى الوقت لكي ينضج رضاه فمهلة التفكير آلية تسمح بإعطاء فرصة للمستهلك للتأمل والتروي فيما تعاقد عليه، إما أن يكون رضاه تاماً إذا ما تأكد واقتنع بما أقدم عليه وإما أن يتراجع عما أظهر من رضا ومن استعداد للتعاقـد²، وفي كلا الحالتين تكون إرادة المستهلك مستنيرة وهذا ما يثير التساؤل عن مدى عجز تلاقي إرادتي الإيجاب والقبول، أما إذا كانت بطريقة كتابية فإنها تعبر عن إرادة المهني أما المستهلك فهي عبارة عن تصريح مبدئي أو رغبة محتملة في التعاقد وتمتد هذه الرغبة مدة معينة من الوقت لتكون ملزمة إذ أن رضا المستهلك يعتبر رضا جنينياً³.

واعتبر الفقه أن التكوين التدريجي للعقد ناتج عن التدرج في تكوين الرضا كالجنين حتى يولد حياً والعقد خلال مهلة التفكير لا يرتب أثر حتى مرور فترة مهلة التفكير، ويضيف الرأي أن أجل التفكير هي تقنية تهدف إلى تأجيل تكوين العقد وفق نظرية التكوين التدريجي للعقد⁴.

¹ R.Baillo, art, précité, p 236.

² Jean Calais-Auloy, **la loi sur le démarchage a domicile et la protection des consommateurs** (la loi du 22 décembre 1972.) D.1973chorn, p266

³ Jean calais -Auloy. **L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats**, Rot. D. civ 1994 p.244

⁴ Philippe Brun, **le droit de revenir sur son engagement**, droit et patrimoine n60, noi, 1998, p.81-82.

ولا تمس موضوع العقد فالعملية العقدية لا تتغير ولكن فقط تؤجل¹ أنها تقنية جديدة لتأجيل تكوين العقد².

المطلب الثاني: مهلة التفكير إمكانية للرجوع عن التعاقد

إن مهلة التفكير آلية إعطاء أحد أفراد العلاقة التعاقدية إمكانية الرجوع وتجدر الإشارة الى أنّ الاحكام المتعلقة بحق العدول الواردة في نص المادة 72 مكرر ذلك أنّ حق العدول يكون في المرحلة السابقة على إبرام العقد³، فهي تقيّد العدول الاختياري لكل المتعاقدين ولا علاقة لها بحماية بالرضا المستتير للعقد، ولا بالتوازن العقدي فالهدف منها تأكيد العقد وضمان تنفيذه، إما في احتفاظ كل من المتعاقدين بخيار العدول عن العقد، ويحدد مقدما مقدار التعويض الذي هو مبلغ العربون ويكون في ذمة الذي قبض العربون، والعربون ليس علامة على إبرام العقد، فهو مبلغ يكون بمقتضاه، لكل المتعاقدين أن يتراجعا عن العقد مقابل فقده من طرف من دفعه أو رده مضاعفا إذا حصل العدول ممن قبضه، مما سبق يتبين أن أحكام العدول في هذا الموقف مختلفة تماما عن مهلة التفكير التي نحن بصدد التطرق لها⁴، والتي تتعلق بإمكانية رجوع المستهلك عن الاتفاق المبرم سعيا من المشرع⁵ لتحقيق توازن بين مصالح أطراف العلاقة التعاقدية باعتبار هذا الأخير غير متساو معرفيا واقتصاديا مع الطرف الآخر وبطبيعة الأمر فإن هذا الحق يخضع لشروط لقيامه (الفرع الأول)، ويتميز بأنه حق لا يخضع لإرادة الأطراف بل فرضه المشرع يستعمله المستهلك بدون تسبب (الفرع الثاني).

¹ (N) Rzepecki, op.cit. p.118

² J Ghestin, op.cit. p.655.

³ عمر محمد عبد الباقي، للحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 766 و 767.

⁴ راجع في هذا الموضوع بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، دار الهومة، الجزائر، 2014، ص 324 وما يليها، أنظر أيضا فيلالي علي، المرجع السابق، ص 140 وما يليها.

⁵ Nathalie Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, PAUM, 2002, p.110

الفرع الأول: شروط قيام حق الرجوع

يعكس الحق في الرجوع في التعاقد قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على الاختيار بين المضي أو الرجوع فيه، ولكي يتمكن المستهلك من هذا الحق يجب أن لا تنتضي المدة القانونية لممارسته (أولا) وأن لا يشرع استهلاك وتسلم الشيء المبيع (ثانيا).

أولا: احترام المدة القانونية لممارسة حق الرجوع

إذا لم يحدد المشرع المدة القانونية للحق في الرجوع فان المنطق يقتضي أن تكون المدة المحددة حكما تكون مدة متوسطة لا تفوق 10 (عشرة) أيام من تاريخ إبرام العقد وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي¹ أما المدة في القانون الجزائري كما جاء في نص المادة 119 مكرر 1 من الأمر رقم 11/03 فتقدر بثمانية 08 أيام كما أن المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 مايو سنة 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي تنص على اجل للرجوع مدته (8) ثمانية أيام «لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إحضاره من طرف المشتري بتحصيله على القرض.

غير انه يتاح للمشتري اجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.»

وكرس مدة 07 أيام في البيع على مستوى المنزل ولأول مرة ينص على ذلك التطور وتعدد طرق البيع عن بعد بواسطة التلفاز أو الانترنت فجاء نص المادة 11 من المرسوم أعلاه المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي كما يلي «عندما يتم بيع

¹ Cass Crim 5 octobre 1987 GAZ, pal, 1988, II, p. 307.

المنتوج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة أيام (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة».

ويلاحظ من النص أنّ أيام العطل لا تدخل في احتساب مدة حق الرجوع.

كما أنّ المشرع الجزائري يذهب إلى أبعد من ذلك إذ يمد المدة القانونية لمهلة التفكير إلى 30 يوماً لممارسة حق الرجوع وأطلق صراحة مصطلح التراجع عن العقد وذلك ما جاء في نص المادة 90 مكرر من قانون 04/06 المتعلق بالتأمينات «باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداء من الدفع الأول للقسط. يجب على هذا الأخير إعادة القسط الذي تقاضاه، بعد خصم تكلفة عقد التأمين خلال (30) يوماً الموالية لاستلام الرسالة الموجهة من قبل المكتب إلى مؤمنه، والتي موضوعها التراجع عن العقد».

وبهذا يتميز حق الرجوع بحسب الأصل بأنه حق مؤقت، بحيث يمارس خلال فترة زمنية محددة تمشياً مع ضرورة استقرار المعاملات وإنهاء حالة التهديد التي تصاحب وجوده، ومدة الخيار يجب أن تقوم على اعتبارين التأكد من توفير الحماية التي يقتضيها النص على حق الرجوع والمتمثلة بالرضا السليم المتروى لمن تقرر له الحماية، أو اتفاق عليها، والاعتبار الثاني مصلحة الطرف الآخر الذي من مصلحة الاستقرار القانوني لموقفه ولأمر التعاقد¹.

ومن الطبيعي أن تختلف مدة حق الرجوع، باعتبار أنها تواجه مواقف مختلفة تستدعي حماية من تقرر له الحماية وفق ظروف متباينة، وما ينبغي الإشارة له هو ما ذهب إليه الفقه

¹ عمر محمد عبد الباقي، الرجوع السابق، ص 782.

من اعتبار هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم بالنظر إلى أحكام الوقف وأحكام الانقطاع لا تطبق عليها لتعارضها مع طبيعة الخيار بوصفه حقا إراديا خالصا¹.

ثانيا: تسلم المستهلك المنتج قرينة على انتهاء مهلة التفكير

أنّ المنطق يفترض أن مطالبة المستهلك تسلم المبيع سببا من أسباب انتهاء أجل الرجوع وكذلك في البيع الإلكتروني المطالبة بتوفير الخدمة تعوق رجوع المستهلك عن الشراء.

أنّ المطالبة بتسليم المبيع أو بتوفير الخدمة دليل على تخلي المستهلك عن حقه في الرجوع، بل يجب أن يكون المهني قد وقّر للمستهلك ما طلبه من منتج أو خدمة مع أن المهني في هذه الحالة يمكن له رفض طلب المستهلك، والمنطقي أن تسلم المستهلك للمبيع دون طلب هذه لا يلغى حقه في الرجوع إذ يمكنه أن يرجع عن الشراء مع تسلمه المبيع.

وحق الرجوع يشترط فيه احترام مدة مهلة التفكير وعدم تسلم المستهلك للمبيع بطلب منه كما أنّ بعض البيوع تتطلب عدم نزع بعض الأختام، ذلك أن نزع بعض الأختام عن نوع من المبيعات يجعلها في حكم المستهلكة (كبيع التسجيلات أو بعض المعطيات الإعلامية).

الفرع الثاني: عدم تسبب إمكانية حق الرجوع

يثبت هذا الحق ولو لم يُخل المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزامه المقابل، دون الحاجة إلى إثبات التعرض إلى التأثير والخداع، ذلك أن الأمر الذي يميز حق المستهلك في الرجوع أنّه لا يخضع لأن يبرر المستهلك رجوعه، عن إبرام العقد، فهو حق يتمتع به بموجب القانون فهو حق إرادي وسلطة تسمح بالتأثير بصفة منفردة على وضعية قانونية ناشئة عن مهلة تفكير، وهو

¹ عمر محمد عبد الباقي، الرجوع السابق، ص 782.

أيضا حق تقديره باعتباره لا يستوجب أية تبرير ذلك أن الفكرة في حد ذاتها تتعارض مع أي اشتراط لتقديم مبررات الرجوع¹.

مما يقتضي انه لا يخضع لأية رقابة ولا يترتب أي تعويض إذ هو حق بدون مقابل.

أن حق الرجوع يعطي للمستهلك القدرة على إبرام عقد يتلاءم مع مصالحه الاقتصادية بحيث أن هذا الحق الذي تمنحه إياه مهلة التفكير تجعله يقدم على العقد وهو على بينة من أمره كإضافة لكل الحماية المتاحة له بحيث يكون الإقدام على العقد مختل التوازن مستبعد فبالرغم أن المستهلك بعد أن يمضي العقد، له أن يرجع على التعاقد دونما مبرر وليس له أن يذكر أي سبب² وهذا منتهي الحماية لأجل تقادي أي اختلال معرفي فلا يستطيع أن يحتج بأن رضاه غير مستدير أو أنّ خبرته لم تسمح له بأن يحقق له العقد التوازن المرجو، أمّا الرجوع فيتم لسبب أو بدون سبب ذلك أنّ حق الرجوع عبارة عن سلطة تقديرية، دَفَعَتْ بجانب من الفقه أن يطالب باقتراح رقابة قضائية على هذا الحق³ مستندين على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، وقد يكون هذا الموقف خوفا من الفسحة الكبيرة للمستهلك في استعمال هذا الحق، ولكن كيف يمكن إثبات هذا التعسف؟ إذ أن المستهلك له هذا الحق ولا يمكن للقاضي تحليل دوافع ممارسة هذا الحق، وممارسة حق الرجوع لا تثير مسؤولية المستهلك مطلقا، ذلك أن إمكانية الرجوع عن العقد تسمح للمتعاقد من التأكد من ملائمة العقد لظروفه⁴، وتمدّه بإمكانية مضاعفه لتقادي كل ما يشكل له اختلال في علاقته العقدية.

¹ Philippe Brun art précité p.82

² J Colais Auby, art, précité, p. 266

³ J Pizzio art, précité, p. 87

⁴ J Pizzio art, précité, p. 86

ويرى بعض الفقه أنه غالبا ما تقرر مهلة التفكير لتسمح للمستهلك بالتراجع إما لأنه قام بعملية غير ملائمة أو لأنه أساء تقدير إمكانياته المادية أو أنّ هذه البضاعة لا تستجيب لحاجياته مما يجعل هذه العملية مرهقة له تجعله يبرم عقد مختل اقتصاديا له، وقد يكون له أكثر من سبب للرجوع عن تعهده¹ هذا ما يمنع إخضاع ممارسته هذا الحق لأي رقابة قضائية من شأنها أن تحد من هذا الحق أو تنكر على المستهلك أسباب تراجعه خاصة أنّ المشرع منح هذا القيد لصالح المستهلك بصورة مطلقة ودون ترتيب تعويضي (أولا) وجعله متعلقا بإرادة المستهلك المنفردة (ثانيا) ليكون الرجوع تعبير عن إرادة مخالفة للإرادة الأولى (ثالثا).

أولا: إمكانية الرجوع لا ترتب التعويض

ما دام أن هذا الحق مطلق فالعدل يقتضي أن يفرض على المستهلك تعويضا للمهني فمجانبة حق الرجوع تعتبر آلية من آليات معالجة البيوع مختلفة التوازن، فيما إذا تجاوز أو أفرط المهني في قوته²، أو أنّ المستهلك خذلته معرفته المتواضعة.

وقد أكد المشرع الفرنسي مجانية ممارسة حق الرجوع باستثناء مصاريف الإرجاع في حالة تسلم المبيع حيث في المادة 16/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تكرر حق الرجوع للمستهلك والتي من خلالها يعتبر بعض الفقه أن مصاريف الرجوع كافية لردع المستهلك عن التعسف من جهته، ذلك أنه لن يرجع عن العقد إلا إذا كان لا يرغب في إتمامه³.

فحق الرجوع هو ممارسة لحرية دون قيد، فالمستهلك له أن يرجع عن العقد أو أن لا يرجع فهو حق للمستهلك، وهو قرينة على غياب التعسف من جانب المستهلك ولا يمكن للمهني أن يدعي تعسف المستهلك فهي ممارسة بحرية عادلة.

¹ P. Brun, art, précité, p. 82

² R. Baillod, précité, p. 250

³ Ibid. p.249-250.

ومبرر هذا التصور هو التوازن بين طرفي العلاقة العقدية باعتبار أن المستهلك طرف ضعيف وأن المهني طرف قوي، أيضا باعتبار أن رضا المستهلك غير مستتير.

بدا واضحا أن نظرية عيوب الرضا لم تعد كافية للحماية مع التطور التكنولوجي وفنون الإشهار وإغراءات العروض التي تغتصب رضا المستهلك، فكان الحل منح المستهلك مهلة التفكير تخول له حق الرجوع عن العقد بدون تبرير، ولقد اعتبر البعض أن حق الرجوع هو ضريبة للصيغة التعسفية لبعض الأنواع من البيوع¹، فكأنه حق الرجوع تطبيق لمبدأ المعاملة بالمثل، وهذا فيه تحقيق للتوازن بين طرفين غير متكافئين وغير متوازنين فترجيح كفة المستهلك يمنحه حق الرجوع يُستعاد به التوازن المفقود بحكم طبيعة القوة الاقتصادية والمعرفية للمهني والترويج اللامعقول للسلع فحق الرجوع وسيلة في يد المستهلك ليحمي نفسه من هذا الاختلال في العلاقة العقدية.

ثانيا: إمكانية الرجوع متعلقة بالإرادة المنفردة للمستهلك

إن إمكانية الرجوع هو تصريح بإرادة منفردة فهل حق الرجوع هو نفسه حق الرجوع في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، ذلك أنه في الوعد بالبيع يمكن للموعد له أن يعتبر رافضا متخل عن الوعد إذا التزم الصمت مدة الخيار، أما عن حق الرجوع في التزام الصمت من طرف المستهلك لا يكفي لاعتبار المستهلك رجع عن العقد وهو ما جعل الفقيه Philipe Brun يرى أن حق الرجوع هو تقريبا وعد بالتعاقد ملزم من جانب واحد بصورة عكسية².

¹ Solange MIRABAIL, thèse, précitée, p214.

² «C'est un peu le mécanisme de la promesse unilatérale de contrat à l'envers », P. Brun, art précité, p.82.

كما أن التصريح بالرجوع أمر ضروري ولا يمكن أن يقع الرجوع بطريقة ضمنية وهذا ما يقتضي استقرار وأمن العقد، وكذلك حق الرجوع هو ذو طابع استثنائي فالميزة الأولى التي يستوجبها إمكانية الرجوع هو ضرورة التصريح به¹.

أما الميزة الثانية لإمكانية الرجوع يتعلق بانفراد إرادة المستهلك فهو كما يرى بعض الفقه حق الرجوع يمثل ظاهرة فردية ثمرة تفكير شخصي ومسيرة لمسار نفسي².

وإمكانية الرجوع تحقق بمقتضى مهلة التفكير في العقود بين المهنيين والمستهلكين يتفرد بها المستهلك دون المهني ولا مجال لإمكانية الرجوع لفائدة المهني وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 119 مقرر 1 المتعلق بالقرض، ويتفق هذا مع شرط التراجع بإرادة منفردة لأحد الطرفين إذا تضمنه العقد بينما إمكانية الرجوع المكرس في مهلة التفكير ممنوح للمستهلك ليس بتوافق الإرادتين وإنما بالإرادة المنفردة للمستهلك.

إلا أننا نلاحظ أنّ الحكم الذي جاءت به المادة 32 من قانون الترقية العقارية من قانون 11/04 خاص حيث يشترط أنّ المرقى العقاري يستفيد بنسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع وهذا فيه تكبيل لإرادة صاحب حق الحفظ وعقوبة له في حين المفروض أن هذه المكنة في الرجوع تمنح له المزيد من حرية الإرادة وسلامة الرضا وهذا يتنافى وأهداف هذه الآلية.

وبينما يختلف الأمر لدى المشرع الفرنسي الذي يمنح هذه الآلية للمستهلك دون المهني في حين المشرع الجزائري يمنح هذه الآلية لكل المتعاقدين استثناء في المادة 32 من قانون

¹ Solange Mirabail, **la rétractation en droit privé français**, thèse, L.G.D.J 1997, p.239.

² «La rétractation se présente en principe comme un phénomène individuel, fruit d'une réflexion personnelle, elle est alors l'aboutissement d'un processus psychotique. », S. Mirabail, the précité, p.03.

11/04 «يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال انجاز المشروع العقاري، بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر»، لا حضنا أن الأمر مختلف في هدف النص¹.

ثالثا: حق الرجوع تعبير عن إرادة جديدة

الرجوع فيه تناقض بين موقفين حول نفس الموضوع وهذا التعبير عن الإرادة المخالفة للإرادة الأولى هو أساس فكرة الرجوع، فلا يمكن تصور إمكانية الرجوع أو حق الندم المكرس لمهلة التفكير إلا إذا كان التعارض بين الإرادتين المصرح بهما يتنافى مع وجودهما معاً فيتم الرجوع عن طريق استبدال الإرادة الجديدة بالإرادة الأولى لتنتهي بدون آثار، بل أنه يمكن القول أن مجرد تقال في الزمن بإرادتين تمثلان الدعامة الأساسية للرجوع عن العقد².

ولكن هذا الرجوع الذي يجب أن يكون صريحا هل يجب أن يتخذ شكلا معيناً بحيث يكون بوسيلة يمكن إثباتها ماديا أو بالوسيلة التي يحددها قانون الاستهلاك الفرنسي فيما يتعلق بالبيع خارج المحلات التجارية، إذ اشترط أن يكون الرجوع بواسطة رسالة مضمنة وهذا ما جاء في المادة 25/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي³ وفي هذه الحالة فإن اشتراط هذه الوسيلة دون سواها تفرض على المستهلك شكل الرجوع دون غيره من الوسائل، وإذا كانت هذه الشكلية تعني مصلحة المستهلك بالدرجة الأولى كوسيلة إثبات وشرط صحة في نفس الوقت لرجوع المستهلك، وعليه فقانون الاستهلاك الفرنسي وتوفيراً منه لضمانات يمارس بها المستهلك حقه في الرجوع اشترط في كل المجالات التي تتدخل بها مهلة التفكير أن يرفق العقد باستمارة

¹ المشرع في هذا القانون مشغل بجل أزمة السكن، والحل الذي يتوخاه هو في إمكانية توفير العقار للمتعاقد فهذه المهلة في حالة عدم تمكن صاحب الحق من تدبير الثمن من طرف البنك أو أن الثمن ارتفع جراء ارتفاع أسعار مواد البناء، أنظر ما مر بنا في المطلب الأول.

² S. Mirabail, Op.cit. , p.03.

³ Art. L 121-25 du CCF «Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception».

الرجوع¹ تكون متصلة بالعقد وفي نفس الوقت تكون سهلة (القص)، أو الانفصال عنه وما على المستهلك إلا إكمال تلك الاستمارة وتبليغها برسالة مضمنة وهذا لجعل الرجوع سهل على المستهلك، وهو مكرس للتذكير المستهلك بحقه في الرجوع الذي يتمتع به خلال مهلة التفكير ولقد أكد القضاء الفرنسي اعتماد أي وسيلة كتابية أخرى تعبر بوضوح عن رغبته في الرجوع²، وإمعانا من المشرع الفرنسي في تكريس حق الرجوع مما يسمح للمستهلك من إبرام عقد يحقق له التوازن، ويمكنه من تفعيل هذه الآلية لاستبعاد كل اختلال من جراء عقد غير متروى فيه فلقد تزيد في تذكير المستهلك بحقه في الرجوع بأن اشترط قانون الاستهلاك الفرنسي إضافة إلى وجود ملحق واستمارة الرجوع أن يتم إعلام المستهلك في صلب العقد بإمكانية استعماله في حالة رغبته في الرجوع أن حرص المشرع في توفير حماية حقيقية، يتضح بوجود هذه الاستمارة أو الملحق الذي من شأنه أن يسهل للمستهلك ممارسة حقه في الرجوع وهو وسيلة لتذكير وحث المستهلك على الاستفادة من الحماية التي توفرها له مهلة التفكير، إن مجرد وجود هذه الاستمارة المتصلة بالعقد أو بالطالبة تجعل المستهلك يدرك حقه حتى وأن قصر المهني في إعلامه بوجود هذا الحق وهذه ضمانات توفرها استمارة أو ملحق الرجوع³.

¹ Art. L 121-24 CCF «Le contrat visé à l'article L. 121-23 doit comprendre un formulaire détachable destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation dans les conditions prévues à l'article L. 121-25. Un décret en Conseil d'État précisera les mentions devant figurer sur ce formulaire».

² Cass, civ 1^{ère} 12 fév-1991 "le consommateur peut exercer ce droit par d'autres moyens que le formulaire détachable, lequel a pour but tant d'attirer son attention sur ce droit que de lui en faciliter l'exercice" R.T.D-civ 1991, p.525. Observation J. Mestre.

³ Art. L. 121 : «Sur l'exemplaire du contrat, doit figurer la mention : « Si vous annulez votre commande, vous pouvez utiliser le formulaire détachable ci-contre »».

المطلب الثالث: تكييف حق الرجوع عن العقد

إن ممارسة حق الرجوع عن العقد هو إنهاء للوضعية القانونية المترتبة عن مهلة التفكير فهل يسمح هذا القول ببطلان العقد وهذا ما لا يمكن قوله (الفرع الأول) كما أن حق الرجوع ليس فسخ (الفرع الثاني) والأرجح أنّ حق الرجوع هو انقطاع مسار تكوين العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حق الرجوع ليس بطلان

البطلان هو زوال اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير فالبطلان هو جزاء تخلف ركن من أركان العقد، أو عدم استكمال لشروط صحته عند تكوين العقد وهذا يفيد أن العقد قد أبرم وتكون ولكن شابه خلل عند التكوين والمشرع الفرنسي يكتفي في النصوص المنظمة لمهلة التفكير بالقول بالتراجع والفقيه Michel Pedamon يرى أنّ أول أثر للرجوع هو اعتبار العقد لم ينشأ بعد فتكوينه كما يرى الفقيه Bulow قد توقف نهائياً¹ وبعض الفقه يرى أن حق الرجوع يبيد أو يعدم العقد ولا يمكن التكلم عن البطلان بسبب الرجوع وأن رفض البطلان كأثر لممارسة حق الرجوع لا يعني قبول الفسخ.

الفرع الثاني: حق الرجوع ليس فسخ

الفسخ كما هو متفق عليه جزاء عدم تنفيذ احد الطرفين لعقد توافرت فيه عند تكوينه الأركان والشروط القانونية الواجبة لذلك يفترض أنّ العقد تكون صحيحاً، ثم الانتقال إلى مرحلة التنفيذ، وعدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه الناشئ عن العقد يُخوّل للطرف الآخر طلب فسخ العقد وهذا ما جعل تشبيه هذه الحالة بحالة المستفيد من حق الرجوع لاستدراك التزامه، تتدخل في طور تنفيذ التصرف القانوني المعني، وبالتالي يمكن جعل هذه الحالة وتنزيلها ضمن المسار التقليدي لحق الفسخ² ومع أن المشرع الجزائري في المادة 32 من القانون رقم 04/11

¹ Michel Pedamon Op.cit. , p.49.

² R- Baillod, art, précité, p 234

المتعلق بالترقية العقارية إذا تنص على « يمكن فسخ عقد حفظ الحق (...)»¹ ولا يعتبر المتعاقد محل فكيف يكون الفسخ بدون الإخلال بالتزام العقد؟ فكان على المشرع الجزائري أن يأخذ بالمصطلح الملائم والدقيق في هذه الفكرة المستحدثة، إلا أنه يجب إقصاء فرضية فسخ العقد كأثر لممارسة المستهلك لِحَقِّهِ في الرجوع لأنَّ العقد لم يتكون بعد حسب ما مرَّ بنا فلا يمكن التكلم عن التنفيذ فلا يمكن لعقد لم يتكون أن ينفذ لأننا نتكلم عن التكوين التدريجي للعقد والعقد لم يصل إلى مرحلة التنفيذ.

وبالتالي فالرجوع عن العقد لا يعد فسخا له بالمفهوم المعروف للفسخ ذلك أنَّ الرجوع لم يترتب لإخلال المهني بالتزامه، وإنما المستهلك رجع عن العقد لسبب خاص به وبرضائه النهائي بالتعاقد، الذي لم يكتمل وبالتالي الرجوع ليس فسخا، وربما الحل المعتمد هو التكلم عن السقوط، أما رأي فقهي آخر فيرى فيه عدم إبرام العقد أو أن حق الرجوع هو انقطاع مسار تكوين العقد².

الفرع الثالث: حق الرجوع انقطاع مسار تكوين العقد

ممارسة حق الرجوع ترتب أثر مباشر هو توقف مسار تكوين العقد فمهلة التفكير تعتمد في فترة لم يتكون فيها العقد باعتبار أن مهلة التفكير تعد تأجيل لتكوين العقد³ وبما أن حق الرجوع يتم خلال مهلة التفكير أي في مرحلة تسبق التكوين النهائي للعقد فالمنطق يقتضي أن ينتج عن ممارسة حق الرجوع انقطاع تكون العقد فيسقط العقد من جديد في عدم القانوني ويصبح تكونه النهائي أمر مستحيل⁴.

¹ مع تحفظنا عن هذه الحالة.

² Nathalie Rzepecki, **droit de la consommation et théorie générale du contrat**, paum 2002, p. 103.

³ Nathalie Rzepecki, **op.cit.** p.103.

⁴ R. Baillod art précité, p 235

المطلب الرابع: حماية تأمل وتأنّي المستهلك من النظام العام

إنّ مهلة التفكير من النظام العام هي حماية تكفل حق الرجوع بكل حرية ذلك أن المدة الممنوحة بما فيها أيام العطل تمنح فرصة للمستهلك أن يتناقش عائليا موضوع العقد ومن جهة أخرى فهي جزاء عدم التفاوض بين المهني والمستهلك¹.

إنّ الجمع بين مهلة التفكير وحق الرجوع يوضح اختلال التوازن التعاقدية بين طرفي العقد لهذا تقرر هذه الحماية بنصوص قانونية آمرة في قانون 1978 المتعلقة بعمليات القرض لدرجة أن اعتبر الإمضاء عن العقد ليس قبول²، وهو نفس الاتجاه الذي اعتنقه المشرع الجزائري حديثا سنة 2015³، والتي حصرها المشرع في القرض، والبيع عن طريق التلفاز أو الانترنت، أي البيع عن بعد والبيع على مستوى المنزل.

إنّ النصوص الملزمة لمهلة التفكير تهدف بطبيعتها بالإضافة إلى حماية رضا مستنير للمستهلك بل حماية رضا متروّ متأنّ للمستهلك⁴ من شأنه أن يبين للمستهلك الظروف العامة للعقد المقدم عليه إن المشرع الفرنسي إشتراط أن تكون اغلب العمليات بين المهنيين والمستهلكين موضوع مرفقات كتابية تتضمن البيانات الملزمة من ضمنها إمكانية الرجوع وشروط ممارسة هذه المكنة⁵ فهذا الحق الممنوح للمستهلك مصدره القانون وهذا يعتبر من النظام العام الاقتصادي الذي يهدف إلى ضمان العدالة العقدية، ذلك أن النظام العام الاقتصادي يتدخل

¹ Gerard CAS. Didier Ferrier, **Traité de droit de la consommation**, PUF 1986, P.463.

² Ibid. P.421.

³ أنظر ما مرّ بنا في المطلب الثاني.

⁴ «Le temps nécessaire à un consentement réfléchi», Gerard CAS, Ibid. P.442.

⁵ Art 121-23 C.C.F. « Les opérations visées à l'article L. 121-21 doivent faire l'objet d'un contrat dont un exemplaire doit être remis au client au moment de la conclusion de ce contrat et comporter, à peine de nullité, les mentions suivantes N°7 : Faculté de renonciation prévue à l'article L. 121-25, ainsi que les conditions d'exercice de cette faculté...»

في العقود التي تفتقد التوازن الاقتصادي بين أطرافها¹ كما هو الحال في العقود التي تربط بين المهني والمستهلك.

ومهمة التفكير شرعت لحماية رضا المستهلك بهدف تحقيق التوازن المعرفي والاقتصادي للعقد، ولذا مهمة التفكير تعتبر من النظام العام فهي التزام على المهني وهي حق لا يمكن للمستهلك التنازل عليه، إنَّ الطابع الأمر لحق الرجوع لا يسمح للمستهلك بالتخلي عن استعمال هذا الحق فكل تخلي عن مهمة التفكير يمثل مساسا بالنظام العام².

والثابت أن القانون لم ينص على ذلك صراحة إلا أن هذا التأويل يتمشى مع منطق قوانين حماية المستهلك بصفة عامة ومع النصوص التي تمنح حق الرجوع بصفة خاصة³ ذلك أن السماح بالتنازل عن هذا الحق يجعل هذا الحق عديم الجدوى.

إنَّ موضوع مهمة التفكير أخذ اهتمام كثير من التشريعات الأوروبية حيث اقترح توحيد القواعد المتعلقة بمهمة التفكير⁴، ولا شك أن مهمة التفكير آلية تخلق توازن بين المهني والمستهلك ذلك أن اللاتوازن المعرفي والاقتصادي مفترض بين أطراف العلاقة العقدية وهي منحة عدم القدرة على التفاوض بين الطرفين.

مهمة التفكير تعزز الالتزام بالأعلام بل فكرة تطبيقية له وهي كما يرى بعض الفقه⁵ نوع من الحماية كانت نواتها في النظرية العامة للعقد وأخذت الحجم اللائق في قواعد حماية المستهلك فما هي إلا حماية من التسرع والخفة الغلط فهي نواة من نظرية عيوب الرضا، وجدت في قواعد حماية المستهلك من أجل الوصول إلى عقد متوازن معرفيا ثم اقتصاديا وذلك بأساليب وشكليات حديثة، تطلبتها المرحلة الراهنة.

¹ Gérard FARJAT, **droit économique, collection Thémis** 2^{émé} éd P.U.F. 1982, p.50.

² P Pizzio Art Précité, p.78

³ R- BAILLOD, art, précité, p.240

Gilles Paisant art précité

⁴ Natacha Sauphanor-Brouillaud, **Les contrats de consommation : Règles communes**, L.G.D.J, Décembre 2013 p. 475.

⁵ N. rzepecki, Op.cit., p.117 et 120

الخاتمة

الخاتمة

مسألة التوازن العقدي مسألة مستمرة الوجود وتحيا بحياة العقد.

والواضح أنّ تنوع العناصر التي تدخل في تكوين فكرة التوازن العقدي يرتبط بالفلسفة القانونية التي نشأت عنها كل القواعد التي تحكم موضوع العقد منذ نشأته الى تنفيذه.

يتضح أنّ موضوع التوازن يقوم على محورين المحور الأول يكمن في معيار: التوازن المرجو، توازن ذاتي قائم على مبررات واقعية وقانونية وتوازن موضوعي تستدعيه حقائق عملية قانونية وأيضا اقتصادية واجتماعية.

أما المحور الثاني الآليات المتاحة لمواجهة الاختلال، على أن تتطور لاحقا بما يفرضه المستقبل من علاقات تعاقدية.

ترتب على تناول التوازن عند نشأة العقد يكون بتنفيذ المبادئ التي ينشأ عليها العقد وفق نظرية العقد وتبين أنّ أكبر مواجهة لإعادة التوازن المفقود هو العقد ذاته ضمانا لاستمراره بما تكفله مبادئ الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد.

تبين أنّ مبرر اعتراف المشرع بعقود مختلة التوازن لأنّ هذه عقود بطبيعتها مختلة وجوهرها اختلال التوازن بين الأداءات، فالتوازن في اللا توازن لأنّه لا يوجد مبرر لإعادة التوازن فالرضا سليم، ومساواة الأطراف أمام القانون محققة.

لعلّ التوازن العقدي في هذه الحالة يجد أساسه في هيمنة العلاقة الشخصية، ونشأ العقد على اعتبارات ذاتية تستوجب استبعاد كل رقابة قانونية لإعادة توازن العقد.

أما وأنّ انفلات بعض العقود من إعادة التوازن وارد بدعوى أنّها تبرعات وهو ما يسمى بالعقود المختبئة بالتبرعات والتي يكون فيها المقابل ضئيل وبالتالي فالسعي لإقامة التوازن يبرز دور مهم للتوازن وهو فهم العقد فالاختلال لا يحدد طبيعة العقد.

والنتيجة أنّ عقد التبرع لا يعنيه التوازن. والعبرة بالتوازن الذاتي.

لقد بدا واضحاً أنّ التفاوت جوهر عقد المعاوضة كالعقد الاحتمالي والمشرّع لا يبالي بالتوازن إذا كان الأطراف متساوون أثناء نشأة العقد، نخلص أنّ الغرر مبرر للاختلال، والمشرّع يعترف بهذا الاختلال بالرغم ما فيه من ظلم لأنّ مسألة الغرر ليست حاسمة وعقد التأمين مثال على الاختلال الفاضح إذ لا توجد مساواة بين حظ الربح والخسارة.

الحقيقة أنّ المشرّع يحمي الحرية الفردية ويضمن تنفيذ إرادة الأفراد، ولم يغب عنه هدف تحقيق التوازن العقدي الذي يُكرس بتحقيق قدر من المساواة وحماية المتعاقد تكون بحماية سلامة رضاه وحرية إرادته. فضمان الأداء الذي تبتغيه الإرادة يقتضي التوازن.

يمكن القول أنّ نظرية عيوب جاءت قيد على حرية التعاقد ووسيلة لتحقيق التوازن وذلك كما يلي:

الغلط في القيمة عيب في التكافؤ بين ما يراه المتعاقد الضحية كقيمة للشيء المتعاقد عليه وقيّمته الحقيقية، فهو اختلال مادي في العقد والغلط الجوهرى يمكن أن يكون غلط في القيمة وبهذا يصلح أن يكون أداة لمعالجة اختلال التوازن العقدي ولا يوجد مبرر لعدم الأخذ به.

ومع ذلك لم تظهر له فعالية في إقامة التوازن بدليل وجود باقي عيوب الرضا.

إلا أن التدليس يعد بحق محضن لأهم أليات التوازن فالكتمان التدليسي يقابله الالتزام بالإفشاء وهذا يعتبر نواة الالتزام بالإعلام وكون أساسه حسن النية، فإن هذه الفكرة أصبحت لها مكانتها في إقامة التوازن.

كما لا يمكن الاستغناء عن الاكراه بالإضافة الى أن الحماية تكمن في جعل أطراف التعاقد في مساواة من حيث توفر الرضا السليم، إلا أن التصور الحديث للإكراه الذي يؤسس لفكرة الاكراه الاقتصادي والاستفادة من التفوق الاقتصادي للمتعاقد وفكرة الضرورة ما ينجز عنها من اختلال تعاقدى

وبالتمعن في الأمر يعد هذا تمهيد لفكرة الشروط التعسفية واستعمال الهيمنة الاقتصادية، التفرد بالميزة المبالغ فيها.

أعتقد جازمة أن نظرية عيوب الرضا هي مصدر كثير من المبادئ التي صيغت بحجم أكبر في القواعد الخاصة لتقييم التوازن العقدي، بل هي النواة لكل الحلول والحماية الواردة لاحقا.

نضيف أن نظرية عيوب الرضا تدفع الى احترام العدالة التعاقدية بأن يتلقى كل طرف مقابل مكافئ لما قدم من التزامات يتوافق مع ارادته في كفالة سلامة الرضا وتصب في نفس الهدف الذي يتدخل به المشرع في إطار النظام العام الحمائي أما المعيار، فمن الناحية المبدئية هو معيار ذاتي ...!

أما التوازن الموضوعي فهو استثناء في النظرية العامة للعقد فالغبن الذي قُيّد تفضيلا لأمن واستقرار العقد والعلاقات التعاقدية، فإذا كان استبعاده مُسوّغا تاريخيا واجتماعيا واقتصاديا بمبررات تجاوزها الزمن، والقضاء حرّم وفصل في هذا وبمرحلة متقدمة نحو اعتماد الغبن الموصوف أي الاستغلال أو التحايل على النصوص لإقامة التوازن.

الحقيقة أنّ نص المادة 358 م.ج. المتعلق بالغبن ليس له ما يُبرّر وجوده من ناحية النسق الفكري القانوني للقانون الجزائري وبما يحويه من حماية غير منطقية وحتى وإن تمّ تعديل المادة 358 بأن تشمل الحماية البائع والمشتري وتمتدّ الى كل العقود فإنّها تبقى غير منسجمة تماماً مع وجود نص المادة 90 ق.م.ج.

كما يجب النظر الى الغبن ليس كمقصد فحسب بل الى الوسائل المحقّقة للقصد يبقى نص المادة 358 غريب في الغاية التي يسعى الى تحقيقها وهو نص أعرج الحماية.

لم يستطع القانون المدني 1975 تحقيق العصرية التي كانت مقصده من صدور القانون المدني وبقي مشدود الى إرثه التاريخي القانوني الفرنسي وبدا تردد من خلال الحلول التي صاغها في قانونه كما سنوضحه.

إنّ نظرية الاستغلال من خلال نص المادة 90 ق.م.ج. وهي أداة التوازن بامتياز لكن يأخذ على المشرّع أنّه عطّل هذه الأداة باقتصار الحماية على حالتين متشابهتين تُعبّران على وضعية واحدة وحجب من الحماية أهم نطاق يمكن أن تُحقّق من خلاله دورها في إعادة التوازن المفقود للعقد كالحاجة أو الضائقة وعدم الخبرة والضعف وإجمالاً أفرغت من محتواها لضيق أحكامها.

نقترح توسيع نطاقها وتعديل آجال رفع الدعوة ومنح الضحية فرصة الاستفادة منها بتعديل آجال رفع الدعوة بأن يكون الأجل أجل اسقاط لا تقادم بالإضافة مدّه بنفس الأحكام التي تسري على عيوب الرضا.

إنّ المعايير التي تقوم عليها نظرية الاستغلال هي حماية قوية للطرف الضعيف مع حماية المجتمع تجعل للعقد دور اجتماعي ولقد تطوّرت هذه النظرية الى افتراض العنصر النفسي من مجرّد التفاوت المادي بين أطراف التعاقد.

رغم السبق الذي سجله المشرّع الجزائري في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ومعالجة اختلال التوازن بين الأداءات الناجم عن عقد الإذعان غير متكافئ بين أطرافه قبل ظهور قانون حماية المستهلك، ضلت معالجة الشروط التعسفية (المادة 110 ق.م.ج.) محدودة في ظل عدم تعريف الشرط التعسفي وعدم مد نطاق الحماية الى غير عقود الإذعان.

واقصر بجعله صورة من صور القبول.

وتجب الإشادة بالإشعاع الحديث لنظرية السبب الجزئي في إقامة التوازن العقدي من حيث الأداءات المتقابلة فلقد أعطى القضاء الفرنسي منذ 1996 هذا الاستخدام بإرساء مفهوم الالتزام الأساسي للعقد ومفهوم التوازن الاقتصادي العام للعقد، بل يُنتظر أن أعمال السبب بهاذين المفهومين يُنبأ بنظرية تدعى نظرية العدالة الموضوعية، وفيها تكريس لمبدأ التراضي الحقيقي وسلطان الإرادة.

وليس للقاضي الجزائري ما يمنعه من الاستعانة بنظرية السبب لإقامة التوازن العقدي كلما اقتضى ذلك.

نؤكد أن التوازن يُعدّ وسيلة لانسجام موضوع العقد فهو يتعلّق أحيانا بسلوك المتعاقد غير المشروع ويتعلّق مرة أخرى بسلامة الرضا وتارة أخرى بالجانب الاقتصادي للعقد.

وإذا لم تُعرّف المادة 70 ق.م.ج. عقد الإذعان إلا أن نص المادة أعطى أقوى معيار يُعتبر قوام عقد الإذعان وهو حضر التفاوض المفروض على المتعاقد وبالتالي لا فائدة من تعريف عقد الإذعان ذلك أن الإذعان ليس وليد انعدام التفاوض وإنما يتحقّق من مبدأ حضر التفاوض وهذا ما أكّده المشرّع الجزائري لاحقا في المادة 03 من قانون 04-02 عند تعريفه للعقد ويقصد عقد الإذعان «عقد كل اتفاق... مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير من إحداث تغير حقيقي».

إلا أنه لا يمكن إنكار دور القواعد العامة في بناء الأسس التي قامت عليها التشريعات الخاصة بالقواعد العامة قواعد أساس بل أن قواعد الحماية الواردة في قانون حماية المستهلك والقواعد المنظمة للممارسات التجارية ما هي إلا نفس القواعد بحجم كبير.

إنَّ التطور التكنولوجي والفني وتدفق أنواع جديدة من العقود جعل العلاقات تتسم بالتعقيد وهذا فرض على العقد ضرورة التطور المستمر.

جعلت المشرّع يتدخّل بالتشريعات الخاصة ليس للخروج على القاعدة العامة وإنّما لعدم كفاية هذه الأخيرة في تلبية الحاجة الى الحماية وتحقيق التوازن العقدي المرغوب فيه فكانت هذه التشريعات إثراء لها.

لا شكّ أنّ العقد أداة تتدخل بها الدولة لإقامة السلم الاجتماعي من خلال المساواة الفعلية ليكون له دور اجتماعي وأصبح العقد عبارة عن مؤسسة قانونية تنظم من خلالها العلاقات وجعل المشرّع التوازن العقدي أولوية.

وضُحّ العقد بمفاهيم وأفكار حمائية جديدة وأصبح يحمل مبادئ أخلاقية مرنة تحسّنه وتكيّفه مع الظروف المحيطة به.

فأصبح العقد في وضع أحسن مما كان عليه وازدهر بما حُمل من التزامات إضافية بالحماية والدور المنوط به من أداة اقتصاد وأداة الحماية الاجتماعية بل أداة من أدوات الدولة لتحقيق سياستها وأيديولوجيتها.

نؤكد أنّ مبدأ سلطان الإرادة لا يمكن أن يزول، قد يتقلص بتغليب المصلحة العامة تارة ويبرز أحيانا أخرى.

تدخّل الدولة بقانون 02-04 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية والذي نظم الحماية من الشروط التعسّفية والتي تعتبر المرحلة الثانية بعد المرحلة الأولى في القواعد العامة.

ويأخذ على المشرّع الجزائري حصر الحماية في عقود الاستهلاك ومن حيث الأشخاص على المستهلك والعون الاقتصادي أو المحترف وكان من الأفضل التوسع في مفهوم المستهلك لتحقيق التوازن العقدي في أوسع نطاق كما يُعاب على المشرّع الجزائري عدم نصّه صراحة على الجزاء المدني للشرط التعسفي في قانون 04-02.

وأعتقد أنّ فكرة التوازن العقدي تشرح بامتياز بعض المفاهيم في القواعد القانونية كالعدالة العقدية وحسن النية والالتزام والإعلام.

ويبدو جلياً أنّ مبدأ حسن النية بما يشمله من مكونات ومظاهر كالنزاهة والثقة والتعاون يزاحم القوة الملزمة للعقد.

ويعتبر حسن النية فعلاً نموذجاً قانونياً *Standard juridique* مرتبط بالسلوك البشري وخاصية هذه الفكرة المرونة التي تتيح للعقد التكيف والتأقلم مع الظروف المحيطة للعقد والمتعاقدين.

إنّه يؤسس لنظرية يمكن إطلاقها تسمى نظرية توابع العقد أو مستلزمات العقد تحمل فكرة الأمانة والتعاون أو ما يسمى بالتضامن.

لكن ينبغي صياغة هذه الأفكار وفق معايير وضوابط قانونية تنقل الفكرة الأخلاقية الى القاعدة القانونية لكي يسهل على القاضي إعمالها عندما يكون تجاوزها يهدّد التوازن العقدي المرغوب فيه.

ويعد الالتزام بالإعلام طبقاً للقانون 09-03 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش مبدأً عام وهو آلية وقائية لتحقيق التوازن بين أطراف العلاقة العقدية.

ومما لا شك فيه أنّ عدم التوازن المعرفي أصبح مفهوماً قانونياً وهو المبرر القوي والمفسر لحماية المستهلك.

ولكن أصبح الالتزام بالإعلام يواجه عائق يحول دون تحقيقه لدوره في الوقاية بين اختلال التوازن بين أطراف العلاقة العقدية يكمن في التطور المعلوماتي وتسليع الخدمات وتسليع الأفكار والمعرفة وتسليع الوقت وتعقد المعلومات وتميزها بتقنية عالية أصبح المشكل ليس الإدلاء بالمعلومات ولكن فهم المعلومات ذلك أنّ العبرة من الالتزام بالإعلام هو تمكين المتعاقد من إدراك المعلومات، وعليه ما فائدة البيانات المدلى بها إذ لم تسمح للمتعاقد من تكوين قرار مستتير فتصبح هذه الوسيلة الوقائية لا تحقق التوازن وبالتالي فالوسائل الوقائية قد لا تكون لها نتيجة عملية وهذا أهم عائق أمام الالتزام بالإعلام كوسيلة وقائية لتحقيق التوازن.

نستخلص أنّ كمّ المعلومات لا يعني المستهلك بقدر فائدة مضمونها بما يمدّ المتعاقد من حقائق تعينه على اتخاذ القرار ففهم المعلومات هو هدف الالتزام بالإعلام حتى يكون المتعاقد متساو في المعرفة مع الطرف الآخر.

يتوجب التنصيص على الالتزام بفهم البيانات المدلى بها.

أعتقد أنّ تقدير التوازن على السبب المنشأ للاختلال لعدم التوازن، فالتوازن العقدي يجب أن يكون له آلياته تختلف عن تلك المستخدمة في مواجهة عدم التوازن المستمد من عدم المساواة بين الأطراف.

ويبدو أنّ من الأنجع التصدي إلى التوازن من منظور موضوعي يُنظر فيه إلى التكافؤ بين الحقوق والالتزامات ذلك أنّ معالجة الأسباب لا تؤدي بالضرورة إلى النتائج المرجوة

والأفضل الاعتماد على معيار النتيجة وليس معيار السبب لأنَّ العبرة في المعالجة في هدف الحماية أي توازن بين الالتزامات والحقوق.

ويجب التنبيه أنَّ الالتزام بالإعلام ليس نظرية جديدة فبذورها وجدت في القواعد العامة في نظرية التدليس وبالأخص في فكرة الكتمان فالقواعد خاصة مكملّة للنظرية العامة، ووجودها بهذا الطرح له مبررات واقعية وعملية فقط لا يمكن أبداً الاستغناء عن القواعد الخاصة لتحل محلّها بل نقترح إدماج قواعد حماية المستهلك مع القواعد العامة كما فعلت كثير من الأنظمة القانونية المتطورة كألمانيا وكبيك.

ويُذكر للمشرّع الجزائري طموحه في فرض المزيد من الالتزامات بهدف جعل الرضا أكثر من متبصّر وذلك بفرض آلية مُضاعفة لجعل الرضا مستثيراً ومتريّثاً وذلك بفرضه لمهلة التفكير والتي تمنح للمتعاقد حق الرجوع عن التعاقد وذلك من خلال الأمر 04-10 المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض.

أيضاً المرسوم التنفيذي 15-114 المؤرخ في 12 مايو 2015 المتعلّق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، أيضاً المادة 90 من قانون 04-06 المتعلّق بالتأمينات الملاحظ أنَّ لمهلة التفكير طابع استثنائي ومع ذلك فهي حماية إضافية إذ من خلال ممارسة هذا الحق لا يستوجب للمستهلك تقديم مبرر لرجوعه في حين خارج مهلة التفكير فهو مطالب بإثبات ما يدّعيه.

فهذه التقنية أضافها المشرّع لجعل المتعاقد في مساواة معرفيّة نوعيّة ويمدّ المتعاقد بفسحة من تدبّر ما يلائمه ليتقاضي كل اختلال في العلاقة التعاقدية من حيث المساواة بين الأطراف

أو أي اختلال موضوعي بين الأداءات المتقابلة ولتفعيل هذه التقنية ينبغي على المشرع فرض على المهني تقديم ملحق رجوع للمستهلك يُسهّل عليه ممارسة هذه المكنة بدون تردد.

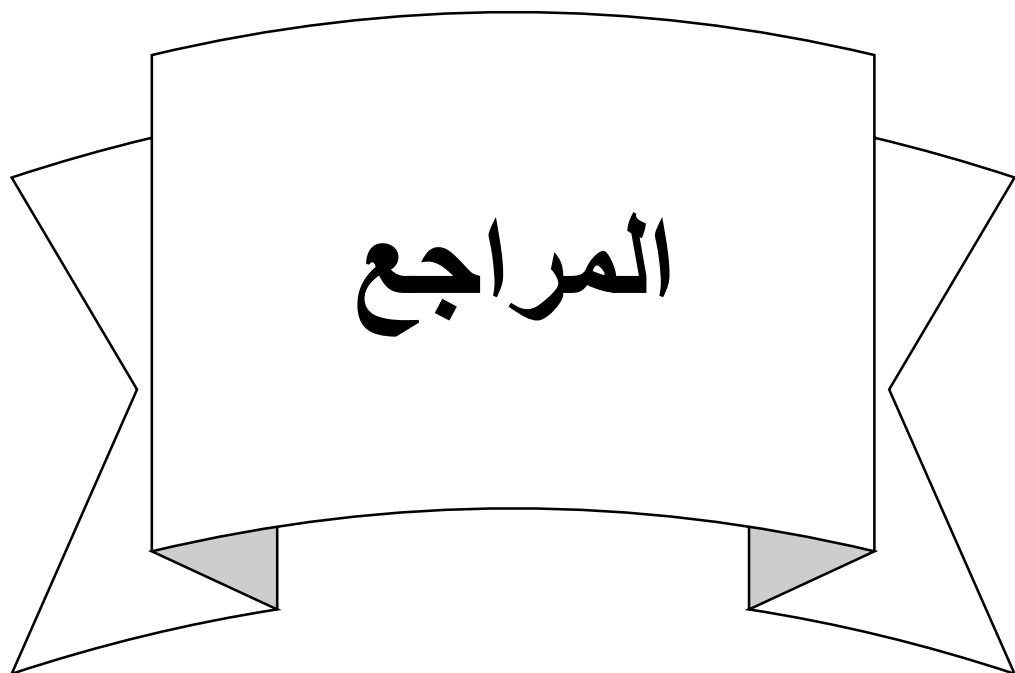
كما يتوجب النص صراحة على اعتبار كل طلبية أو عقد لا يتضمن مهلة التفكير وحق الرجوع عن الشراء متاح للمستهلك باطلاً.

يأخذ على المشرع الجزائري في الأمر 10-04 المعدل والمتمم بالأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، وأيضاً المرسوم التنفيذي رقم 15-114 في 12 مايو 2015، استعمل مصطلح حق العدول بدل من مصطلح حق الرجوع وهو الحق الذي تمنحه مرحلة التفكير للمتعاقد ويُفترض أنّ المشرع يؤسس لبناء منظومة لغوية اصطلاحية يُفرّق بها بين الأحكام.

ومما لا شك فيه أنّ المتأمل لفكرة مهلة التفكير يجد أنّها فكرة خرجت من رحم النظرية العامة للعقد، ووجدت حجمها اللائق ها هنا فهي حماية من الوقوع في غلط أو حماية من الخفة والتسرع.

هذا لنؤكد أنّ هذا الزخم من الحماية في القواعد الخاصة وُجد أصلاً في النظرية العامة وأنّ التوازن هو مطلب أصيل وفق التصوّر التقليدي في النظرية الخاصة وأنّ الضرورة العملية هي التي دعت إلى إعطاء الأفكار القانونية الحجم الكبير الملائم للتطور التقني والاقتصادي والاجتماعي في انتظار تطويع وتطوير آليات وقائية ومعالجة للتوازن العقدي حسب ما تقتضيه الضرورة العملية والقانونية وتغيّر المحيط التكنولوجي والاقتصادي والاجتماعي للعقد مستقبلاً.

ونؤكد كما اتضح لنا أن التوازن العقدي شرط للقوة الملزمة للعقد، فالقوة الملزمة للعقد تقتضي تنفيذه ولا يقبل تنفيذ عقد مختل، فالتوازن العقدي أساس لفكرة القوة الإلزامية للعقد.



قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- المراجع العامة

- 1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 2- السنهوري أحمد عبد الرزاق:
 - الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع المجلد الثاني عقود الغرر عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، 2000.
 - الوسيط في شرح القانون المدني، الوسيط مصادر الإلتزام، نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام الجزء الأول، 2000.
 - الوسيط في شرح القانون. المدني الجديد، ج5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2000.
- 3- أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، دار النهضة العربية، 1983.
- 4- بلحاج العربي:
 - مصادر والتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
 - مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، دار الهومة، الجزائر، 2014.
- 5- حسن الذنون، نظرية العامة للإلتزام، دار الحرية للطباعة، بغداد، سنة 1976.
- 6- خليل أحمد حسن قداة، شرح القانون المدني الجزائري-مصادر الإلتزام، ج1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1994.
- 7- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 2، في الإلتزامات، المجلد الأول؛ نظرية العقد والإرادة المنفردة، القاهرة 1987.
- 8- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفق القانون الكويتي، دراسة مقارنة، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية، (العقد والإرادة المنفردة)، المجلد الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1982.
- 9- علي فيلاي:
 - مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع الجزائر 2005.
 - الإلتزامات (النظرية العامة للعقد) موفم للنشر، الجزائر 2008 (طبعة منقحة ومعدلة).
- 10- لحو خيار غنيم، مطبوعة محاضرات تكوين العقد ألقيت، كلية الحقوق، 2013.

- 11- محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية العقد الإرادة المنفردة، 1970.
- 12- محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، 2004.

ب- الكتب المتخصصة والرسائل الجامعية

- 13- ابراهيم عبد العزيز داوود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دار الجامعة الجديدة، 2014.
- 14- أحمد محمد الرفاعي، الإكراه الاقتصادي، دار النهضة العربية، 2006.
- 15- أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دكتوراه دولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 16- أسماء الشباب، التفاوض في تكوين العقد، رسالة الدراسات المعمّقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، 1997-1998.
- 17- الصديق محمد إبراهيم الضير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2005.
- 18- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 19- أيمن إبراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية، دار النهضة العربية القاهرة سنة 2008.
- 20- أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2011.
- 21- بن خروف عبد الرزاق، عقد التأمين، التأمينات البرية، محاضرات في شرح قانون التأمين، مطبوعة 2009/2001، كلية الحقوق، بن عكنون.
- 22- بن شيوخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008.
- 23- بودالي محمد:
- حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2008.
- الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار الهومة، الجزائر، 2007.
- 24- بوعبيد عباس، الالتزام بالإعلام في العقود، مراكش، 2008.
- 25- توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1966.
- 26- جمال الدين طه العاقل، الغبن وأثره في العقود في القانون المصري، دار الهدى، 1986.

- 27- حسن عبد الباسط جميعي:
- حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
- 28- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، 2004.
- 29- ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه دولة بن عكنون، الجزائر 2008/2009.
- 30- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة، القاهرة، 1998.
- 31- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.
- 32- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، مصر، 1997.
- 33- عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002.
- 34- عبد السيد سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، بدون تاريخ.
- 35- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974.
- 36- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2006.
- 37- عرارة عسالي، نظرية الاستغلال، رسالة ماجستير، 1997 بن عكنون.
- 38- عصام أنور سليم، طبيعة الغرر المبطل للمعاوضات في القانون المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
- 39- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2008.
- 40- فرحات ريموش، الالتزام بالإعلام أثناء التعاقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009-2000.
- 41- لبان فريدة، مبدأ حسن النية في انعقاد، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008-2009.
- 42- لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- 43- محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

- 44- محمد محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 45- محمود جمعة أبو بكرة، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1975.
- 46- محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 47- محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بيروت، 2002.
- 48- مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، جامعة القاهرة، كلية القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2000.
- 49- مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الشتات، مصر، 2008.
- 50- نساخ فاطمة، مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1998.
- 51- هائل حزام ميهوب العماري، الغبن الناتج عن الاستغلال، رسالة دكتوراه جامعية، أسيوط، 2008.

ج- المقالات

- 1- بناسي شوقي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02 سنة 2009.
- 2- جليل الساعدي، العنصر النفسي في العقد دراسة قانونية، الإكراه (duress)، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مجلد 27، 2012.
- 3- رياض حسين أبو سعيدة، القوة الملزمة للعقد والاتجاه الموسع لدائرة الغبن، مجلة الكوفة. مجلد 1، رقم 11، العراق، 2011.
- 4- محمدي سليمان، من أجل الإبقاء الغبن في بيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 01، سنة 2008.
- 5- معتصم بالله الغرياني، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2004، العدد 4.

د- الأوامر والمراسيم

- 1- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/03/09.
- 2- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 (ج. ر. عدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004) يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمتمم بالقانون 06/10 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق 15 أوت 2010، (ج. ر. عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010) المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
- 3- القانون مؤرخ في 27 يونيو سنة 2004، الجريدة الرسمية عدد 4.
- 4- قانون 04 المؤرخ في 7 فيفري 2011 المتعلق بالقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج. ر. رقم 4 في 06 مارس 2011.
- 5- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، مؤرخ في 08 مارس 2009.
- 6- قانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج. ر. عدد 46 مؤرخ في 18 أوت 2010.
- 7- مرسوم تنفيذي رقم 97-494 مؤرخ في 21 ديسمبر 1997، ج. ر. عدد 85 مؤرخ في 24 ديسمبر 1997.
- 8- المرسوم رقم 01-105، المؤرخ في 23 افريل 2001.
- 9- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية جريدة رسمية. عدد 56 بتاريخ سبتمبر 2006.
- 10- مرسوم تنفيذي 11-108 مؤرخ في 06 مارس 2011 يحدد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي والسكر الأبيض، ج. ر. العدد 15 مؤرخ في 09 مارس 2011.
- 11- مرسوم تنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، المؤرخ في 09 نوفمبر 2013، جريدة رسمية. العدد 58 مؤرخ في 18 نوفمبر 2013.
- 12- مرسوم تنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 مايو سنة 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي تنص على اجل للرجوع مدته (8) ثمانية أيام.
- 13- الأمر رقم 95-06 المتعلقة بالمنافسة مؤرخ في 25 يناير 1995، ج. ر. العدد 09 المؤرخ في 22 فيفري 1995.
- 14- الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996، ج. ر. العدد 03 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد الاجاري.

15- الأمر رقم 10-04، 26 أوت 2010 المعدل والمتمم، الأمر رقم 11/03، 26 أوت 2003، والمتعلق بالنقد والقرض.

هـ-الجريدة الرسمية:

- 1- الجريدة الرسمية بتاريخ رقم 6، 1989/02/08.
- 2- الجريدة الرسمية العدد 44 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2003م
- 3- الجريدة الرسمية، العدد 56 مؤرخ في 11 سبتمبر 2006.
- 4- الجريدة الرسمية، العدد 3 سنة 2007.
- 5- الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة ب 06 مارس 2011
- 6- الجريدة الرسمية، العدد 24، الأربعاء 24 رجب عام 1436 الموافق 13 ماي 2015.

و- القرارات والاحكام القضائية:

- 1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 52727، بتاريخ 1990/01/24، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 04.
- 2- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 153622 بتاريخ 1997/03/11 المجلة القضائية سنة 1997 عدد 02.
- 3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 252958 بتاريخ 2000/11/21 المجلة القضائية لسنة 2001 عدد 02.
- 4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 252350 بتاريخ 2001/02/21 المجلة القضائية عدد 01.
- 5- قرارات محكمة الاستئناف ببائيس المؤرخة في: 1984/06/8 و 1985/06/26.
- 6- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1987/12/16 ملف القضية 43462 المجلة القضائية 1992، العدد الثالث.
- 7- قرار المؤرخ في 2000/07/26 ملف 366، 196 م ق س 2004 ع خ غ ع ج 1.
- 8- الموجه الأوروبي رقم 93/13 في 05 أبريل سنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

ثانيا: اللغة الفرنسيةأ- المراجع العامة:

1. Ali Bencheneb :
 - **le droit Alegria des contrats**, Edition, AJEL, 2011.
 - **Théorie Générale Du Contrat**, 2ed, OPU, 1982.
- 1- Antoine Vialard, **la formation du contrat**, 1980.
- 2- Chabas (H.L et Mazeaud), **Leçon de droit civil**, T.II, Vol. , Obligations, théorie GLE, 8eme éd. Par F. Chabas, Montchrestien, 1991, N°: 101.
- 3- Christian Laroumet, **droit civil**, T.3, les obligations, le contrat, 3^{eme} éd. Economica, Delta 1996.
- 4- Gareau, supra note 327 à la p. 096. Voir aussi C. Masse, «Développements récents en matière de lésion entre majeurs et d'équité contractuelle»
- 5- Guggenheim, **Le droit suisse des contrats - principes généraux**, Genève, Georg Éditeur SA, 1991
- 6- Jacques Ghestin :
 - **La formation du contrat. Tome 1 et 2 : Le contrat - Le consentement** tome 02, 4^e édition, LGDJ, 2003.
 - **Traité de droit civil. Introduction général**. 3e éd. 1990, n. 693.
- 7- Michel Pédamon, **Le contrat en droit allemand**, 2ed, LGDJ, 2004.
- 8- Philippe Brun, **le droit de revenir sur son engagement**, droit et patrimoine n60, noi, 1998.
- 9- Philippe Malaurie. Laurent Aynès: **les obligations** 2 Ed. Defrénois, 2005.
- 10- Pierre Engel, **traité des obligations en droit suisse**, Edition Ides et Calendes, Neuchâtel, suisse, 1973.
- 11- Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, **Le Droit des obligations** 5ed Schulthess Éditeur : Romandes (suisse) 2012
- 12- Starck (b), Roland (h). et Boyer (l). Droit civil, **les obligations** 2. Le contrat: LITEC 1998.
- 13- Terré (F) Simler (Ph) Lequette (Y), Droit civil. **Les obligations**, 6ed Dalloz 1999.
- 14- V. Ph. Rémy, « **Droit des contrats : questions, positions, propositions**», in Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives, Trav. coordonnés par Loïc Cadet, Economica, 1985-1986

ب-الكتب المتخصصة والرسائل والأطروحات الجامعية

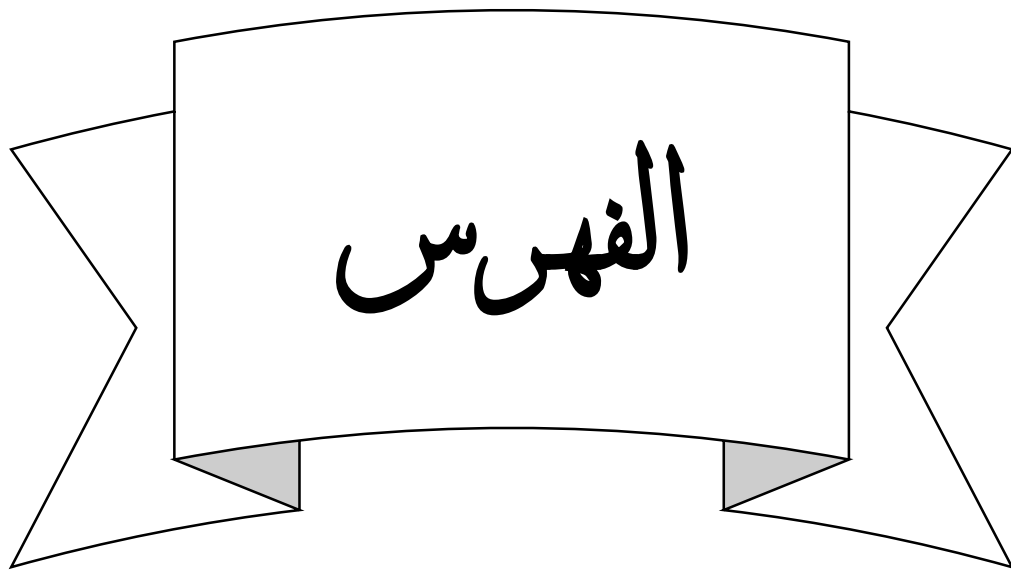
- 1- Alfred RIEG, **Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand**, th. Strasbourg, LGDJ, 1961.
- 2- Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, **Le solidarisme contractuel**, Litec, 2006, vol. 27.
- 3- Anne-Sophie Lavefve Laborderie, **pérennité du contrat**, LGDJ, 2005.
- 4- Béatrice Jaluzot, **La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais**, université, Jean-Moulin Lyon, 2000.
- 5- Benchabane Hanifa, **l'aléa dans le droit des contrats**, OPU, Alger, 1992.
- 6- Camille Jauffret-Spinosi, **Les grands systèmes contractuels européens**, Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, (colloque de 22 juin 2007) Univ. Luxembourg.
- 7- Didier Ferrier, **traite de droit de la consommation**, PUF 1986.
- 8- Élise M. Charpentier, **L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat ?** (th) université MC GILL Montréal, 2001.
- 9- Fabrice De Boüard, **dépendance économique née d'un contrat**, LGDJ, 2007.
- 10- François (T), lequette (Y), droit civil, **les successions, les libéralités**, Dalloz, 1997.
- 11- G, Ripert, **la règle morale dans les obligations civiles**, 4 Ed L.G.D.J. 1949.
- 12- Gaël Chantepie, **La lésion**, LGDJ, 2006.
- 13- Gérard Farjat, **droit économique**, collection Thémis 2^{ée} éd P.U.F. 1982
- 14- Houcine Ben Salima, **de l'équilibre du contrat**, thèse de doctorat université de Tunis el Manar, 2008.
- 15- Ibrahim NAJJAR, **acts à titre gratuit**, Dalloz, Delta, 1999.
- 16- Jean Alisse, **l'obligation de renseignements dans les contrats**, paris, 1975.
- 17- Jacques Maury, **Essai de la nation d'équivalence en droit civil Français**, thèse Toulouse, 1920, «le concept et le rôle de la course dans la jurisprudence», RIDP civ 1951
- 18- J.F. Nerstake, **Essai de classification des contrats spéciaux**, thèse LGDJ, 1968, P. 205 et s.
- 19- Jacques Flour et Henri Souleau, **droit civil, les libéralités**, collection (U) Armand colin, 1982

- 20- Jean calais–Auloy et f. Steinmetz : **Droit de la consommation**, 5ème édition, Dalloz, 2000.
- 21- Jean-Pascal Chazal, **de la puissance économique en droit des obligations**, thèse Grenoble II 1996, n°633.
- 22- L. Fin Langer, **l'équilibre contractuel**, LGDJ, 2002.
- 23- Morin. **Contribution à l'étude des contrats aléatoires**, Thèse Paris, 1995.
- 24- Mrabti, Abdelkader, **Contribution à l'étude critique de la notion de lésion**. V2, OPU, 1993.
- 25- Muriel Fabre-Magnan M., **De l'obligation d'information dans les contrats**, essai d'une théorie, Thèse L.G.D.J, 1992
- 26- N. Guyen-Thanh. **Contribution à l'étude des Techniques de protection des consommateurs** thèse, Caen, 1970.
- 27- Natacha Sauphanor-Brouillaud, **Les contrats de consommation : Règles communes**, L.G.D.J, Décembre 2013.
- 28- Nathalie RZEPECKI, **Droit de la consommation et théorie générale du contrat**, PAUM, 2002.
- 29- Osman Fattouh El Bassouni, **la lésion en droit comparé (Français, anglais, allemand)** thèse 1943, Strasbourg.
- 30- Paul Ossipow, **de la lésion**. Thèse. Université de Lausanne, 1940.
- 31- Ripert, Georges: **La règle morale dans les obligations civiles** L.G.D.J. 4, 1949, spécialement para n° :43.
- 32- Sébastien Pimont, **l'économie du contrat**, presse universitaire d'Aix Marseille, PAUM, 2004.
- 33- Solange Mirabail, **la rétractation en droit prive français**, thèse, L.C.D.J 1997.
- 34- Yves Picod, **Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat**, Thèse de doctorat, université de Bourgogne.
- 35- Victoire lasbordes, **les contrats déséquilibrés**, tome I, tome II, P.U.A.M, 2000.
- 36- Vincent Forray, **le consensualisme dans la théorie général du contrat**, LGDJ, paris, 2004.

ج- الجرائد والمقالات.

- 1- Ali Filali, le droit de la consommation une adaptation du droit commun des contrats, Les annales de l'Université d'Alger 1, tome2, N°27, 2015, pp 05-45.
- 2- Brigitte Lefebvre, la justice contractuelle «mythe ou réalité» article, Les Cahiers de Droit, VOL 37 N°1, 1996.
- 3- CA-AIX-EN- provence; 9 fév. 1988, RTD ou 1989, obs. J. Mester Délai de réflexion, délai de rétractation, droit de repentir droit de renonciation.
- 4- Deprez (J) « La lésion dans les contrats aléatoires », Rev. Trim. dr. civ. 1955, P. 5-6.
- 5- Didier Ferrier, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, rc.D.S.1980, chron.
- 6- Francois Diesse, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, archives de philosophie du droit, tome 43, 1999.
- 7- Gilles Paisant (art), la loi du 06 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et télé-achat, J.C.P. 1988, Ed G N38 doc ,3350.
- 8- J. M. gueguen «le renouveau de la cause, en tant qu'instrument de justice contractuelle» Dalloz, 1999,33 cahier, chr
- 9- J. Mestre « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ, 1985.
- 10- Jacques Ghestin, contractuelle : mythe ou réalité, article, P20.
- 11- Jean calais –Auloy, la loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs (la loi du 22 décembre 1972.) D.1973chorn
- 12- Jean calais –Auloy L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, Rot. D. civ 1994 ,
- 13- Jean-Pascal Chazal: la contrainte économique: violence ou lésion?, D. 2000,
- 14- Jean-Pierre Pizzio ; La protection des consommateurs par le droit commun des obligations R.T.D com 1988, janv-mars.
- 15- Lahlou-Khiar Ghenima, La protection du contractant faible : entre le droit commun des obligations et le droit de la consommation, RASJEP. N2 2013, pp 19-56.
- 16- Maury, cause recueil, V° contrat et convention, Encyclopédie 1970, N°87.88.
- 17- Mazeaud (D), « plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats » Economica D, Paris, 2008, p. 05.
- 18- Mazeaud (D): obs. sous, Cass, com, 22, act 1996 defrénaïs 1997, art 336.
- 19- Michel Fromont, Droit allemand des affaires, Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail, Droit commercial et du travail, Edition Montchrestien, coll. « Domat — Droit privé », 2001 (Spéc N° 75 et 172).

-
- 20- Mustapha El-GHARBI, Justice contractuelle et liberté de la volonté, R.R.J 2005.
 - 21- Raymonde BAILLOD (art), le droit de repentir, R.T.D civ, 1984.
 - 22- Req. Déc. 1887, d.p. 1888, 1, jur, p. 256 ; cass. Civ. 28, Nov. 1938, D.H. 1939, 1, jur, p. 17, Cass.CIV. 1, 2 mars 1964, Bull. Civ. 1, N° : 120.
 - 23- Vassili Christianos (art) Délai de réflexion théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D.1993
 - 24- Yves Picod, l'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, J.C.P, Ed. (G), 1988.



الفهرس

1	مقدمة.....
14	الباب الأول: ضرورة قراءة جديدة في مفهوم توازن العقد.....
18	الفصل الأول: التوازن بين عوائق ذاتية خاصة بالعقد والمتعاقد.....
20	المبحث الأول: عقود بطبيعتها غير متوازنة في القيمة.....
20	المطلب الأول: اختلال التوازن جوهر عقد التبرع.....
22	الفرع الأول: الرغبة في انعدام المقابل تحقق التوازن.....
25	أولاً: ذاتية قصد انعدام المقابل.....
26	ثانياً: موضوعية قصد انعدام المقابل.....
27	الفرع الثاني: التوازن والرجوع في الهبة.....
29	الفرع الثالث: إعادة التوازن في عقد التبرع بفكرة السبب.....
33	المطلب الثاني: الغرر جوهر عقد الاحتمال.....
37	الفرع الأول: الاحتمال حقيقي وجدي.....
40	الفرع الثاني: الاحتمال تبادلي.....
48	المبحث الثاني: الأداء المطابق للإرادة يفترض توازن العقد.....
49	المطلب الأول: الغلط.....
57	المطلب الثاني: التدليس.....
60	المطلب الثالث: الإكراه.....
62	الفرع الأول: الإكراه وفق التصور الحديث هو اخلال في توازن العقد.....
63	أولاً: الإكراه غير المشروع.....
63	ثانياً: الإكراه الاقتصادي الذي يُخلُ بموضوع العقد.....
68	الفرع الثاني: نظرية الاستهواء والتسلط.....
71	الفصل الثاني: التوازن الموضوعي استثناء.....
74	المبحث الأول: الغبن استثناءات محدّدة لكنها متنامية.....
75	المطلب الأول: تعريف الغبن.....
77	المطلب الثاني: مبررات استبعاد أيّة رقابة موضوعية لتكافؤ الأداءات.....
78	الفرع الأول: الغبن والعدالة التبادلية.....
79	الفرع الثاني: استقرار العقد أولى من التوازن العقدي.....
80	الفرع الثالث: أخلة العلاقة التعاقدية تقتضي تكافؤ الأداءات.....

81	أولاً: مبدأ الثمن العادل le just prix
81	ثانياً: مبدأ الأجر العادل
82	ثالثاً: مبدأ تحريم القرض بفائدة:
82	الفرع الرابع: الغبن (اختلال التوازن العقدي) في الفقه الفرنسي القديم
84	الفرع الخامس: الغبن وفق تصور مبدأ سلطان الإرادة:
87	المطلب الثالث: استثناءات الغبن
87	الفرع الأول: الغبن في بيع العقار:
90	الفرع الثاني: الغبن في عقد المقايضة:
90	الفرع الثالث: الغبن في القسمة
92	الفرع الرابع: الغبن وحالة نقص الأهلية
93	المطلب الرابع: حالات اختلال التوازن (الغبن) في تزايد:
95	الفرع الأول: عقد الوكالة:
96	الفرع الثاني: عقد القرض:
98	الفرع الثالث: عقد استغلال حق المؤلف:
99	الفرع الرابع: عقد الإنقاذ البحري:
100	المبحث الثاني: الضعف النفسي أولى من التوازن في نظرية الاستغلال:
101	المطلب الأول: الاستغلال نظام خاص:
107	الفرع الأول: تقدير التوازن الموضوعي في الاستغلال:
113	الفرع الثاني: تقدير التوازن الذاتي في الاستغلال:
113	أولاً: الوضعية الاقتصادية للمتعاقد المغبون:
119	ثانياً: الوضعية الذهنية الخاصة بالمتعاقد:
120	1- الطيش:
121	2- الهوى:
123	ثالثاً: الوضعية المعرفية والثقافية للمتعاقد:
124	المطلب الثاني: علاقة الاستغلال باختلال التوازن:
126	المطلب الثالث: معيار الآداب العامة لإعادة التوازن للعقد:
128	المطلب الرابع: نجاعة جزاء الاستغلال في تحقيق التوازن:
128	الفرع الأول: دعوى الإبطال:
129	الفرع الثاني: توقي دعوى الإبطال:
131	الفرع الثالث: دعوى الإنقاص:

134.....	الفرع الرابع: ميعاد رفع الدعوى.....
136	المبحث الثالث: ابتكار فكرة السبب الجزئي لتحقيق التوازن.....
137.....	المطلب الأول: سبب الالتزام قوامه التوازن العقدي.....
138.....	الفرع الأول: مضمون سبب الالتزام.....
139.....	الفرع الثاني: سبب الالتزام يحقق التعادل بين الأداءات.....
143.....	المطلب الثاني: السبب يرسى مبدأ التناسب والملاءمة في التعاقد.....
143.....	الفرع الأول الالتزام الأساسي في العقد أداة التوازن العقدي.....
147.....	الفرع الثاني: التوازن الاقتصادي العام.....
151	المبحث الرابع: الشرط التعسفي شرط ثانوي في عقد الإذعان.....
152.....	المطلب الأول: مظاهر اختلال التوازن في عقد الإذعان.....
152.....	الفرع الأول: الانفراد بالسلع الضرورية.....
153.....	الفرع الثاني: خضوع التعاقد لشروط العقد.....
154.....	المطلب الثاني: إنكار صفة الإذعان على العقد.....
155.....	الفرع الأول: الاحتكار وسيلة نفع عام.....
156.....	الفرع الثاني: خضوع المذعن لا علاقة له بصور التعسف.....
158.....	أولاً: إذا وقع بقصد الأضرار بالغير.....
158.....	ثانياً: إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.....
158.....	ثالثاً: إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.....
160.....	المطلب الثالث: التوازن يلاحق عقد الإذعان.....
164	الباب الثاني: الآليات المكرسة في التشريعات الخاصة للوقاية من الاختلال.....
166	الفصل الأول: توقي استعمال التعاقد لسلطته.....
168	المبحث الأول: مكافحة الشروط التعسفية لتحقيق التوازن العقدي.....
169.....	المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي ومجاله.....
170.....	الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي.....
173.....	الفرع الثاني: مجال النصوص المنظمة لشرط التعسفي.....
174.....	أولاً: أن يرد الشرط التعسفي في العقد.....
177.....	ثانياً: أن يكون الشرط مكتوب.....
179.....	المطلب الثاني: اللاتوازن قوام الشرط التعسفي.....
180.....	الفرع الأول: التعسف في القوة الاقتصادية للمهني.....
182.....	الفرع الثاني: استئثار المهني بالميزة المفرطة.....

الفرع الثالث: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات.....	183
المطلب الثالث: أساليب مواجهة الشروط التعسفية.....	186
الفرع الأول: الأسلوب التشريعي لمواجهة الشروط التعسفية.....	187
الفرع الثاني: الأسلوب التنظيمي لمواجهة الشرط التعسفي.....	191
أولاً: رقابة لجنة الشروط التعسفية:.....	192
1- تشكيل لجنة الشروط التعسفية:.....	192
2- اختصاصات لجنة الشروط التعسفية:.....	193
ثانياً: رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم:.....	194
الفرع الثالث: الأسلوب القضائي لمواجهة الشروط التعسفية.....	199
المطلب الرابع: جزاء الشروط التعسفية.....	203
المبحث الثاني: خلق مناخ التوازن التعاقدية.....	205
المطلب الأول: حسن النية مبدأ عام في التعاقد.....	205
الفرع الأول: المعيار الذاتي لحسن النية.....	208
الفرع الثاني: المعيار الموضوعي لحسن النية.....	209
المطلب الثاني: مظاهر حسن النية.....	213
الفرع الأول: النزاهة.....	214
الفرع الثاني: واجب التعاون.....	215
أولاً: مفهوم التعاون العقدي.....	217
ثانياً: عناصر واجب التعاون.....	218
1- التضامن بين أطراف العقد.....	218
2- النقاء مصالح الأطراف من خلال العقد:.....	219
3- تبادل التعاون.....	220
ثالثاً: دور واجب التعاون في تطوير العقد.....	221
1- التعاون وسيلة لتحسين العقد.....	221
2- واجب التعاون وسيلة لتكثيف العقد.....	223
الفصل الثاني: مواجهة التفوق المعرفي.....	225
المبحث الأول: الالتزام بالإعلام وقاية من اختلال التوازن العقدي.....	227
المطلب الأول: فرض الالتزام بالإعلام.....	228
الفرع الأول: الوجود القانوني للالتزام بالإعلام.....	228
الفرع الثاني: مبررات فرض الالتزام بالإعلام.....	232

أولاً: التطورات الاقتصادية.....	234
1-التدفق المتزايد للسلع.....	234
2-سرعة إبرام المعاملات.....	235
3-التنظيم القانوني المطرد والمعقد.....	235
ثانياً: تطور العلاقات التعاقدية.....	235
1-ظهور عقود جديدة.....	236
2-ظهور متخصصين ومهنيين.....	236
المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام.....	238
الفرع الأول: تبصير المستهلك.....	238
الفرع الثاني: محل الالتزام بالإعلام.....	240
أولاً: الإعلام الخاص بالمنتج.....	240
1-المعلومات الخاصة بالسلع.....	241
2-المعلومات الخاصة بالخدمة.....	243
ثانياً: الإعلام بالأسعار وشروط البيع.....	245
1-إعلان الأسعار.....	246
2-الإعلام بشروط البيع.....	247
ثالثاً: الإعلام باللغة العربية أو بلغة أخرى.....	248
المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام.....	250
الفرع الأول: الجزاء الإداري.....	250
الفرع الثاني: الجزاء الجنائي.....	251
الفرع الثالث: الجزاء المدني.....	252
أولاً: قابلية العقد للإبطال.....	253
ثانياً: قيام المسؤولية المدنية.....	254
المبحث الثاني: مهلة التفكير آلية استثنائية للوقاية من اختلال التوازن.....	255
المطلب الأول: مضمون مهلة التفكير.....	255
الفرع الأول: مهلة التفكير مرحلة من مراحل تكوين العقد.....	259
الفرع الثاني: مهلة التفكير مرحلة في نشأة الإرادة.....	259
المطلب الثاني: مهلة التفكير إمكانية الرجوع عن التعاقد.....	261
الفرع الأول: شروط قيام حق الرجوع.....	262
أولاً: احترام المدة القانونية لممارسة حق الرجوع.....	262

264.....	ثانيا: تسلم المستهلك المنتج قرينة على انتهاء مهلة التفكير.
264.....	الفرع الثاني: عدم تسبيب إمكانية حق الرجوع.
266.....	أولاً: إمكانية الرجوع لا ترتب التعويض.
267.....	ثانيا: إمكانية الرجوع متعلقة بالإرادة المنفردة للمستهلك.
269.....	ثالثاً: حق الرجوع تعبير عن إرادة جديدة.
271.....	المطلب الثالث: تكييف حق الرجوع عن العقد.
271.....	الفرع الأول: حق الرجوع ليس بطلان.
271.....	الفرع الثاني: حق الرجوع ليس فسخ.
272.....	الفرع الثالث: حق الرجوع انقطاع مسار تكوين العقد.
273.....	المطلب الرابع: حماية تأمل وتأني المستهلك من النظام العام.
275	الخاتمة.
286	قائمة المراجع.
299	الفهرس.