

جامعة مولود معمري تيزي وزو

كلية الحقوق و العلوم السياسية

اثر الظروف الاقتصادية على العقد

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الوضعي
تخصص: القانون الخاص الداخلي

تحت إشراف
الأستاذة:
د/أمازوز لطيفة

من إعداد الطالب: - سعدون يسين

لجنة المناقشة

أ/ يسعد حورية: أستاذة جامعة مولود معمري تيزي وزو..... رئيسة
د/أمازوز لطيفة: أستاذة محاضرة أ جامعة مولود معمري تيزي وزو..... مشرفة و مقررة
د/حمليل نواره: أستاذة محاضرة أ جامعة مولود معمري تيزي وزو..... ممتحنة
د/نساخ فطيمة: أستاذة محاضرة أ جامعة الجزائر..... ممتحنة
د/بعجي محمد: أستاذ محاضرة أ جامعة الجزائر..... ممتحننا

السنة الجامعية: 2018/2017

شكـر و تقديـر

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا
الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل.

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو من
بعيد على انجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهته من صعوبات، وأخص
 بالذكر الأستاذة المشرفة "أماروز لطيفة" التي لم تبخل علي بتوجيهاتها
ونصائحها القيمة التي كانت عوناً لي في إتمام هذا العمل.

إلى أساتذتي الكرام و كل رفقاء الدراسة.

وفي الأخير أرجوا من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعاً يستفيد منه
جميع الطلبة.

سعدون يسين

اهداء

الى ائلى ما منحه الله الى في هذها الحياة و التي وضع تحت اقدمها
الجنة , الى امي الغالية اطل الله في عمرها .

الى ابي الذي علمني كل شيء في الحياة اطل الله في عمره .

الى كل اخواتي و أخواتي و كل عائلتي كل واحد باسمه و الى إلى كل
أقاربي و كل الأصدقاء و الأحباب من دون استثناء.

" سعدون يسين "

قائمة المختصرات

1-باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية.

ص:الصفحة.

ط:الطبعة.

المجلة النقدية: المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية.

2-باللغة الفرنسية

AJDA : Actualité juridique de droit administratif.

Art : Article.

Bull : bulletin.

D : Recueil Dalloz.

Ed : Edition.

Ibid : Aumême endroit.

JORF : Journal officielle de la république française.

LGDJ : librairiegénérale de droit et de la jurisprudence.

Litec : Librairie technique France.

Mèl : Mélange.

Op.cit : Opèrecitato ;Opuscitatum (Etude déjà citée).

P : Page.

PUAM : presseuniversitaire D’AIX Marseille.

PUF : Presseuniversitaire de France.

Rdc : Revue des contrats.

RTD civ : Revue trimestrielle de droit civile.

T : Tome.

Vol : Volume.

برزت المذاهب الفردية و الليبرالية في علم القانون بعد الثورة الفرنسية لعام 1789 ، و هي مذاهب تضع الفرد في المصف الأول فيما يتعلق بالاعتبارات التي يتأسس عليها القانون ، و ذلك في ظل تصور مجرد لا يأخذ واقع المجتمع بعين الاعتبار ، مما يجعل أحد المحللين يصفه بأنه تصور خال من كل حقيقة إنسانية .

يعني مبدأ سلطان الإرادة حرية الأفراد في إبرام العقود و تضمينها ما يرغبون فيه من شروط، كما يعني أن هذه الإرادة هي أساس الالتزام التعاقدي، و أساس عدالة التعاقد.

و في ضوء المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة يصبح من غير الممكن بحسب الأصل تدخل أي شخص من غير المتعاقدين لتعديل مضمون العقد ذلك أن تحديد هذا المضمون رهن إرادة المتعاقدين، كما أن العقد لا يمكن إلا أن يكون عادلا ، حيث أن تقدير هذه العدالة يرجع لإرادة المتعاقد و لا يمكن تقييمه بمنظور اجتماعي، أو عن طريق أي شخص من غير أطراف التعاقد ، حتى لو كانت هذه الجهة السلطة القضائية أو التشريعية .

و يترتب على فكرة العدالة المجردة أن المساواة لا ينظر إليها بمنظور اجتماعي و إنما العبرة بالمساواة الذاتية النابعة عن إرادة الشخص نفسه، بحيث يكون في مركز قانوني يخوله أن يلتزم مدركا نتائج تعاقد ، و الذي يفترض أن يكون مميزا لأثار تصرفه ، و التي لا يعقل إلا أن تعود عليه بالنفع المجرد من القياس المادي البحث.

يترتب على فكرة المساواة الذاتية تركيز التعادل بين المتعاقدين في مراكز الطرفين بدل من موضوع الالتزامات، حيث يكون العقد عادل بمجرد صحة إرادة

الطرفين من عيوب الرضا ويشكل بذلك قرينة قانونية على التعادل في الالتزامات ، و بما أن العدالة المجردة تتناول اختلافات وضعية الأطراف خلال تكوين العقد فقط، فانه بعد تكوينه صحيحا يستبعد كل إمكانية التدخل لتحقيق التوازن العقدي الذي قد حسم فيه أطراف العقد أنفسهم، بمعنى آخر فقدان توازن الانطلاق يبرر تدخل القانون، أما فقدان توازن النتيجة فيتحمله المتعاقدان و مهما كانت النتائج .

و ظهرت عبارة مبدأ سلطان الإرادة في الفلسفة في كتابات الفيلسوف الألماني "كانت" لا سيما في كتابات أسس الميتافيزيقيا و الأخلاق و نقد المنطق التطبيقي، أين يعتبر أن مبدأ سلطان الإرادة "المبدأ الأسمى في مبادئ الأخلاق" ، فهو يرى أنه يمكن لإرادة الشخص العاقل أن تنشئ تشريعا عالميا، يقاضي فيه الشخص نفسه و أفعاله ، و يسمى هذا المبدأ " مبدأ سلطان الإرادة" وهو بذلك يعطيه بعدا واسعا جدا يتجاوز نطاق نظرية العقد ليشكل جميع فروع القانون.

و قد فسر علماء الاقتصاد مبدأ سلطان الإرادة على أساس أن السوق تحكمه قوانين العرض و الطلب و أن هذه القوانين هي التي تحقق النفع للمجتمع و الفرد و من أجل أن نسمح بتنشيط التجارة و التعامل في السوق و تشجيع النشاط الاقتصادي فلا بد من إزاحة أي عقبة أمام حرية الإرادة .

و من هنا ظهر مبدأ " دعه يعمل دعه يمر " و Laisser faire, laisser passer « و الذي يعني في ذات الوقت دعه يتعاقد بلا قيود .

ووفقا لهذا الفقه فانه من الغير المقبول أن يتم تحديد العدالة و التوازن في العقود من الخارج -أي من خارج إطار التعاقد- أو بطريقة موضوعية ، فالتعاقد ذاته و

من خلال مبدأ العرض و الطلب هو الذي يحقق توازنه الذاتي ، و يؤدي ذلك بطبيعة الحال إلى رفض أي نوع من أنواع التدخل في تنظيم العقد من حيث الشكل أو من حيث المضمون حتى لو كان ما يترتب على ذلك هو "ادعاء عدم العدالة أو عدم توازن العقد " .

أما في الفكر القانون فقد شاعت تطبيقات المبدأ بعد صدور تقنين نابوليون غير أن أول عمل خصص له هو رسالة الأستاذ **GOUNOT** و التي تحمل عنوان : " مبدأ سلطان الإرادة مساهمة في نقد الفردية القانونية " ¹ . أين جمع أهم النتائج المترتبة على المبدأ لا سيما في مجال العقود ، و قام بنقدها بحجة أنها تتصور الفرد و كأنه شخص يعيش بعيدا عن المجتمع المتواجد فيه .

تأثر تقنين نابوليون الذي نقل جل أحكامه إلى التقنين المدني الجزائري بالقانون الروماني و القانون الكنسي إذ حاول مساواة العقد بالقانون، من أجل حث المجتمع على احترام العهد كما تأثر كذلك بالفلسفة الفردية التي سادت آنذاك و التي تتجاهل حقيقة تعايش الأشخاص الذين يعيشون في مجتمعات، و ليس منفردين منعزلين بعضهم عن بعض، فهي تعتبر أن الإرادة قادرة لوحدها على إنشاء التصرفات القانونية، و أن العقد يمثل التصرف الأمثل للتجسيد القانوني لهذه الإرادة و بذلك يكون العقد قائما بذاته مستقل عن أي تدخل خارجي، و لو كان من قبل القانون الوضعي.

تأثرت التشريعات المدنية بفكرة العدالة المجردة ، و يظهر ذلك من خلال عدة تطبيقات لها و من بينها عدم اعتداد المشرع بمبدأ عام في الغبن المادي ، و إقرار

¹ - **GOUNOT (E)** , Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé , Contribution à L'étude critique DE L'individualisme juridique , Thèse , Paris , 1912 , P3 .

المشرع بعض العقود غير متوازنة ماديا بطبيعتها مثل : عقد الهبة ، الغرر... ، و يمنع القانون القاضي كذلك في تحريف العبارات الواضحة .

إن التشريعات المدنية التي تضمنت المبادئ التقليدية قد تم وضعها بالنظر إلى علاقات تعاقدية سادت في الوقت الذي لم يكن التطور الصناعي و الاقتصادي و التقدم العلمي والتكنولوجي قد وصلا إلى الحد البعيد الذي يشهده العالم في الوقت الحاضر، و قد تغيرت الظروف و إن العقد يعد من أهم الأدوات القانونية لإنشاء و ترتيب العلاقات بين الأشخاص ، وأصبحت المبادئ التي تحكمه أكثر عرضة للتطور . فإذ كانت تطبيق مبدأ سلطان الإرادة مقبولا بالنسبة إلى علاقات تعاقدية اتسمت في حينها بقدر من التوازن و القدرة على التفاوض و إمكانية الشخص العادي الإلمام بظروف التعاقد ، فانه ترتب على تطور الحياة الاقتصادية و الاجتماعية نتائج واقعية لا تتلاءم مع المبادئ التقليدية المستوحاة من مبدأ سلطان الإرادة ، حيث أدى الإقبال المتزايد إلى السلع و الخدمات في نهاية القرن 19 انقسام المجتمع إلى فئتين غير متكافئتين اقتصاديا مستهلك و محترف أو عون اقتصادي أو متدخل، و من خلال هذا الواقع العملي فان افتراض حرية التعاقد و اعتبارها أساس للقوة الملزمة للعقد يقود إلى ترك الطرف الضعيف الأكثر قدرة أو كفاءة يفرض شروطه و يشكل بنود العقد دون تدخل من الطرف الأقل قدرة أو كفاءة .

و يترتب على هذا حرية المتعاقد المحترف في تحديد بنود العقد بإرادته المنفردة ، انتشار الشروط التعسفية ، غير أن هذه الأخيرة غير مألوفة في قواعد القانون المدني .

و إذا كان الوضع الاقتصادي يؤثر في تكافؤ مراكز أطراف العقد فان انقلاب الوضع الاقتصادي بين تكوين العقد و تنفيذه يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي أثناء تنفيذه ، و إذا كان الشروط التعسفية في عقدا لاذعان ناجمة عن إرادة المتعاقد القوي ، فان اختلال التوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد يعود إلى ظرف خارجي أجنبي عن إرادة المتعاقدين ، و ذلك قد يشكل قوة قاهرة يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد ، أو حادث طارئ يصبح الالتزام المدين مرهق .

حاول بعض الفقه تأسيس التوازن العقدي على بعض النظريات التقليدية المستوحاة من مبدأ سلطان الإرادة، غير أن الواقع العملي أفرز عدم توافر التساوي بين طرفي العلاقة التعاقدية في إطار المساواة المفترضة ، و كما أن نظرية عيوب الرضا لا تنطبق عليها نظرية عدم التوقع المستحدثة نتيجة تطور الأوضاع الاقتصادية .

لذا أصبح من الضروري البحث عن معالجات قانونية جديدة تكفل الحماية اللازمة للمستهلك في مرحلة إبرامه عقدا مع المحترف سواء بإيجاد قواعد قانونية خاصة أو من خلال تطوير القواعد العامة الواردة في التشريعات المدنية ، و كذا إيجاد نظام قانوني جديد يكفل الحفاظ على التوازن العقدي في حالتي انهياره أثناء تنفيذه بسبب ظروف طارئة .

و على هذا الأساس ذهب الفقه القانوني المعاصر إلى ضرورة تجاوز الإرادة كمعيار للعقد و مؤشر على عنصر ثبات العقود ، إلى نظرية جديدة تقوم على حقيقة معايشة العقد مع الواقع الاقتصادي و الاجتماعي ، و هذا ما يقودنا إلى طرح الإشكالية

التالية : مدى دور القواعد التقليدية المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة في تحقيق التوازن العقدي ؟ .

و سنتناول هذه الدراسة في بابين نتطرق في الباب الأول مركز الطرف و نشأة العقد و ذلك من انطلاقا من تحديد المركز الفعلي للطرف و أثره على حقوق المتعاقد ، و آلية الموازنة بينهما ، و نتطرق في الباب الثاني الى ظروف التعاقد و تنفيذ العقد من خلال دراسة أثرها على هذا الأخير.

الباب الأول

تكوين العقد في ظل عدم تكافؤ مراكز المتعاقدين

تأثر قانون نابوليون بمبادئ الثورة الفرنسية في سنة 1789 و التي نادت إلى إطلاق حرية الإرادة من كل قيد و من مظاهر هذه الحرية حرية التعاقد ، و ذلك دون الاعتبار للوضع الاجتماعي السائد¹ .

و في ظل ازدهار الليبرالية الاقتصادية، ظهرت الضرورة إلى تقديس الحرية الفردية و إرساء قانون العرض و الطلب في تحديد الثمن و ذلك عملا على استقرار المعاملات القانونية و سرعة المبادلات التجارية² .

أدى تقديس الحرية الفردية إلى ظهور مشاريع كبيرة و تجمعات الإنتاج في صورة مقاولات اقتصادية تستحوذ على وسائل مادية و بشرية تهدف إلى تحقيق أكبر ربح ممكن ، و ترتب على هذه الوضع الاقتصادي الجديد ، ازدياد الإقبال نحو الاستهلاك ، و زيادة الطلب إلى اقتناء السلع و الخدمات الضرورية³ .

ترتب على الإقبال الواسع إلى الاستهلاك، انقسام المجتمع إلى فئتين غير متكافئتين ، فئة الأعوان الاقتصاديين أو المحترفين أو المتدخلين الأكثر خبرة و كفاءة من فئة المستهلكين الذين هم في حاجة إلى السلع و الخدمات الضرورية⁴. أدى هذا الواقع العملي أن افتراض حرية الإرادة و اعتبارها أساسا للقوة الملزمة للعقد يقود إلى ترك الطرف الأكثر قدرة أو كفاءة يفرض شروطه و يشكل بنود العقد دون تدخل من الطرف الأقل قدرة أو كفاءة⁵ .

¹- نسير رفيق ، محاولة من أجل : نظرية التصرف القانوني الثلاثي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم ، تخصص القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2014 ، ص 8 .

²- MORIN (G) , La révolte de droit contre le code , La révision nécessaire contre le concert juridique (contrat, responsabilité, propriété) , SIREY, PARIS , 1945 , P11

³- أمانح رحيم أحمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني) ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ، لبنان 2010 ، ص55

⁴- حسن عبد الباسط جمعي ، أثر عدم التكافؤ من المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص108.

⁵- LARROUMET (CHRISTIAN) , Droit civil , T.3, Les obligations, Le contrat , 1ère partie , condition de formations , ECONOMICA , Paris , 2007 , P91

و في ضوء ما ذكر ، يمكن القول أن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في الوقت الحاضر و في ظل المتغيرات و التطورات التي سبقت الإشارة إليها قد يؤدي إلى تعقيد المشكلات ، و تكريس ضعف المستهلك و انتشار الشروط التعسفية و تفشي عقود الإذعان، و رضوخ المستهلكين¹ لما قد يتعرضون له من قبل المحترفين ، لذلك أصبح من الضروري البحث عن معالجات قانونية جديدة تكفل الحماية اللازمة للمستهلك في مرحلة إبرامه عقدا مع المحترف، سواء بإيجاد قواعد قانونية خاصة أو من خلال تطوير القواعد العامة الواردة في التشريعات المدنية².

و من خلال هذا الباب نقوم ببيان في (الفصل الأول) عجز مبدأ سلطان الإرادة في حماية مركز المتعاقد في ظل الأحكام الاقتصادية المستجدة و في (الفصل الثاني) نقوم ببيان عجز مبدأ سلطان الإرادة في الموازنة بين ممارسة السلطة الفعلية من طرف العون الاقتصادي و حقوق المستهلك³.

1 سامي بديع منصور ، عنصر الثبات والتغير في العقد المدني في القانون اللبناني والفرنسي المقارن ، دار الفكر لبنان 1987، ص 201 .

2 -LASBORDES (V) , Les contrats déséquilibrés , Presses universitaires D'Aix –Marseille , 2000 , P56 .

3 -kant (E) , Fondements de la métaphysique des mœurs , Trad Victor Delbos à partir de l'édition de 1792 , Texte numérique , [http : perso.wanado.fret](http://perso.wanado.fret) critique de la raison pratique , traduction Barni à partir de l'édition de 1788 , Paris 1948 .

الفصل الأول

مركز المتعاقد في ظل الأحكام الاقتصادية المستحدثة

أثبت الواقع العملي عدم توافر التساوي بين طرفي العلاقة التعاقدية في إطار الفرضيات التي وضعها مبدأ سلطان الإرادة¹ ، و أن المساواة المزعومة في ظل مبدأ سلطان الإرادة تنحصر في مساواة نظرية لا توجد على أرض الواقع ، كما أن الحرية التعاقدية و القوة الملزمة للرابطة التعاقدية لا تعنيان بالضرورة أن إرادة الطرفين مستقلة و لها سلطان ، و تعد عقود الإذعان خير مثال على غياب تطابق الإرادتين بشأن العقد² .

و أن التطور التكنولوجي و العلمي جعل من ظروف التعاقد و شروطه عملية معقدة و ذات نواحي فنية و تكنولوجية و قانونية قد لا تسمح للمستهلك العادي بالتعرف إليها و الاختيار بمحض إرادته في شأنها³، و على هذا الأساس من الضروري تدخل القانون لحماية مركز المتعاقد الضعيف بغض النظر عن صفته⁴ .

و نتولى بالبحث في هذا الفصل تعارض مبدأ سلطان الإرادة مع معطيات التعامل الحديث (المبحث الأول) ، و في الحماية القانونية لمركز المتعاقد (المبحث الثاني).

-1- FETZE KAMDEM (I) , L'autonomie de la violenté dans les contrats internationaux , Cour de droit , VOL 40, N°3 P600 .www.erudit.org.

²-CARBONNIER (j) , Droit civil (Les obligations) , PUF , T.IV , 20° éd ., 1996 , P15.

³-BLOUGH (R.) , Le forçage du contrat à la théorie centrale , Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE, 2011 , P271

⁴-LAITHIER (Y-M.) , A propos de la réception du contrat relationnel en droit français , RTD . civ ,n°15 2006 , P 1005 .

المبحث الأول

تعارض مبدأ سلطان الإرادة مع معطيات التعامل الحديثة

تقوم النظريات القانونية التقليدية - و التي وضعت تشريعاتنا على أساسها - على مبدأ سلطان الإرادة و ما يتفرع عنه من نتائج. غير أن الواقع العملي قد أثبت بما لا يدع مجالا للشك¹، أن افتراض حرية الإرادة و اعتبارها أساسا للقوة الملزمة للعقد، يقود إلى ترك الطرف الأكثر قدرة و كفاءة يفرض شروطه، و يشكل بنود العقد دون تدخل من الطرف الأقل قدرة وكفاءة².

حيث أدت فلسفة الليبرالية الاقتصادية انقسام المجتمع إلى فئتين ، المتدخل أو المحترف الذي يمثل الطرف القوي في العلاقة العقدية التي تجمعهم مع المتعاقد معه³، الذي يكون عادة مستهلك حيث يفرض الطرف القوي إرادته و شروط العقد على الطرف الضعيف و لا يكون لهذا الأخير سوى أن يرضخ لشروط العقد دون مناقشة⁴.

و يعتبر مبدأ الحرية التعاقدية من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة أثناء تكوين العقد (المطلب الأول) غير أنه بتطور المعاملات الحديثة ، اضمحل مبدأ سلطان الإرادة أمام ظهور نوع جديد من العقود التي تتضمن أطراف غير متساوية اقتصاديا ، يستأثر المتعاقد القوي بالتحديد الانفرادي لمضمون العقد (المطلب الثاني) .

¹ -BLOUGH (R),Op-cit, P271

² - حسن عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص9.

³ -أمانح رحيم أحمد، مرجع سابق، ص55.

⁴ -FETZE KAMDEM (I),Cour prècité, P78 .

المطلب الأول

مبدأ الحرية التعاقدية

يعتبر مبدأ الحرية التعاقدية من أهم المبادئ التي نظمته مختلف التشريعات، نظرا لاتصاله بالأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تسعى إليها الدول¹.

سننظر في هذا المطلب إلى أساس مبدأ الحرية التعاقدية² (الفرع الأول)، ثم إلى طريقة التعبير عن هذه الحرية في تكوين العقد³ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أساس مبدأ الحرية التعاقدية

إن مبدأ الحرية التعاقدية مظهر من مظاهر مبدأ سلطان الإرادة (أولا)، وهذا ما كرسته عدة تشريعات الدول (ثانيا).

أولا : مبدأ سلطان الإرادة

إن مبدأ الحرية العقدية نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة والذي يختلف أساسه باختلاف الاتجاهات الفقهية.

1-القانون الطبيعي

قبيل الثورة الفرنسية ظهرت نظريات فلسفية تدعو إلى ترك المجال للأفراد في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، وكانت هذه النظريات تستند خاصة إلى القانون الطبيعي الذي ذهب

1 - FETZE KAMDEM (I.) , Cour précité , P601 .

2 - PONCEAU (R.) , La volonté dans le contrat suivant le code civil , Essai d'une construction nouvel Librairie nouvelle de droit et de la jurisprudence ,Arthur Rousseau , Paris , 1921 , P6 .

3 -LEFEBVRE (D.) , Le contrat comme acte juridique consensuel , La presse de l'université , Montreal 1962 , P12 .

إلى أن الإنسان يولد حراً¹ .

فلسفيا الإنسان له الخيار في إنشاء العلاقات و القواعد التي يخضع لها، و قانونيا الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية و هذا ما يبرر الحرية التعاقدية و التفسير الإرادي للعقد². و يقوم مبدأ سلطان الإرادة على أساس ما للإرادة من سلطان في مجال العقود ، فهي تقيد أصحابها و تلزمهم بما ارتضوه بحرية و غنى عن القول أن مبدأ سلطان الإرادة ، هو وليد الفلسفة الفردية التي انتشرت و اكتملت مبادئها في بداية القرن التاسع عشر و تميزت بازدهار حرية الإنسان الطبيعية و اتساع نشاط الحرية الاقتصادية³.

2- نظرية العقد الاجتماعي

من رواد نظرية العقد الاجتماعي "روسو" الذي يعد من أبرز دعاة هذه النظرية⁴ ، يرى هذا الفقيه أن الإنسان كائن اجتماعي لا يقبل العزلة و ينضم إلى منظمة اجتماعية بإرادته الحرة يتنازل على جزء من حرياته لصالح الجماعة المكونة للمجتمع بخضوعه للالتزامات التي تفرضها الإرادة الجماعية ، و نظرية العقد الاجتماعي تعتبر سنداً قوياً لمبدأ سلطان الإرادة ، فإذا كانت الإرادة لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع و ما ينشأ من ذلك من التزامات عامة ، تجعل الفرد خاضعاً لسلطة سياسية انتخبها الشعب يتقيد من خلال ذلك بقوانين ارتضاها الأفراد⁵ ، في سبيل الحصول على سلم اجتماعي لتخليصهم من كل مظاهر العنف و النزاعات الوحشية التي عاشها الأفراد في ظل سيادة قانون الحياة في الطبيعة⁶ .

1- BOURLAMAQUI (J.-J.) , Principe de droit naturel ,Geneve , 1717 ,<http://www.galica.bnf.fr> , P4 .

2 - PONCEAU (R.) , Op-cit , P6

3-THIBERGE (L.) ,Op-cit,p176.

4 - ROUSEAU (J.-J.), Du contrat sociale ou principe du droit politique , Genève , 1780-1789 , vol 1, Edition en ligne www.rousseauonline.ch , P222.

5 - Idem , P222 .

6- نبيل إبراهيم سعد،الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، (العقدوالإرادة المنفردة)، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، الطبعة الرابعة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009 ، ص 36 .

و يرى " روسو " أنه يترتب عن العقد الاجتماعي أمرين، الأول: يخول العقد الاجتماعي السلطة السياسية - صلاحية سن قواعد قانونية - يتقيد الأفراد بمقتضاها لسلطة القانون¹ . أما الأمر الثاني: يلزم العقد الاجتماعي الأفراد بالخضوع للقواعد القانونية التي تسنها السلطة السياسية و لا يمكن للأفراد العدول عن احترام قواعد القانون فإذا كانت لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع و ما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة، فإنه يكون لها ذلك من باب أولى في إنشاء الالتزامات الخاصة التي تربط بين دائن و مدين² .

3- الليبرالية الاقتصادية

واكب قيام الثورة الفرنسية سنة 1789 بروز طبقة رأسمالية جديدة تحوز على وسائل الإنتاج و الخدمات نادت إلى ضرورة تشجيع المبادرة الفردية و إزالة القيود التي تعيق المبادلات التجارية³ و يرى walin أنه تفرض حرية المبادلات الاقتصادية تكريس مساواة قانونية بين أفراد المجتمع وتتجسد هذه المساواة القانونية في العقد من خلال تكريس مبدأ الحرية التعاقدية⁴ ، إذ يترتب على المساواة القانونية المفترضة ، مساواة المتعاقدين في تحديد حرية تحديد مضمون العقد و الدخول في العلاقة التعاقدية و اختيار المتعاقد معه⁵ . وجدت هذه الفلسفة القانونية الجديدة صدى ضمن المبادئ التي كرسها إعلان حقوق الإنسان سنة 1789 في المواد من 1 إلى 6 منه، وبرزت توجه المشرع الفرنسي في تقديس الحرية في إقراره مبدأ حرية التجارة و الصناعة في القانون الصادر في 2 و 17 مارس 1791 و في الدستور الفرنسي لسنة 1791 ، و تظهر بوادر الحرية التعاقدية في نص المادة 1134 قانون مدني لسنة 1804⁶ .

1 - PONCEAU (R), Op-cit , P6 .

2 - GRYNBAUM (L) , préface de GOBERT Michelle , le contrat contingent , l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, LGDJ , paris , 2004 , p56.

3- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 36.

4 -Waline, L'individualisme et le droit, Paris, 1943, cité par Chevallier (J-J) in Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours, Dalloz, 1985, 7ème éd., P.26.

5 -Idem , P 26.

6- GHAZAL (J-P) , De la puissance économique en droit des obligation, thèse pour l'obtention de doctorat en droit, Tome 1 , Université de PIERRE MENDES France , Grenoble , 1996 , P38 .

يرى أصحاب المذهب الاقتصادي الليبرالي أن الإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين، و أن طبيعة العلاقات الاقتصادية و الاجتماعية بين الأفراد و الجماعات تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية، تحقيقاً للمنفعة و المصلحة العامة و العدالة الاجتماعية¹.

و من أجل تسهيل المبادلات الضرورية يجب استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية²، أي أن العلاقات التعاقدية بواسطة حرية العرض و الطلب هي مناط العدالة العقدية، و أن المساواة بين قدرات و حاجات أطراف العملية العقدية هي التي تحقق مصالح المتعاقدين³.

و يقول الفقيه فوييه Fouillée أن : "كل ما هو تعاقدى فهو عدل" و ترجم ادم سميث هذا المبدأ في مجال قانون الاقتصاد من خلال مقولته الشهيرة "دعه يعمل و اتركه يمر" و من خلاله سارت سياسة الليبرالية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص⁴.

إن إقرار المشرع الفرنسي المساواة القانونية في العقود في صورة الحرية التعاقدية ، هي في الحقيقة مساواة مفترضة لا تجسد المساواة الاقتصادية الذي يفرضه الواقع الاقتصادي⁵ ، بحيث لا يترتب على مساواة الأفراد أمام القانون ، مساواة الأفراد في العلاقات العقدية ، إذ ترتب على حرية المنافسة في السوق تركيز القوى الاقتصادية في يد طائفة قليلة من أفراد المجتمع تحوز على وسائل الإنتاج و الثروة، تفرض بنود العقد على طرف ضعيف في حاجة إلى السلع و الخدمات الضرورية⁶.

1 - GHAZAL (J-P), Op-cit, P38 .

2- محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني (دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات المدنية و العربية)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1996 ، ص 19 .

3- خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود وتنفيذها ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائري ، 1987 ، ص 40 .

4 FOUILLET alfred , la science sociale contemporaine , 2eme édition , 1885 , P P 45-47.

5 - أمانح رحيم أحمد، مرجع سابق ، ص 55.

6 - GRYNBAUM (L), Op-cit , P56 .

و منذ سنة 1870 وجدت الدولة ضرورة تبني نظام اقتصادي جديد في مواجهة التفوق الاقتصادي للطبقة البرجوازية، و حماية الفئة الضعيفة في المجتمع و التي تشكل الأغلبية من عمال و مستهلكين¹ ، و صدر قانون RABIER المؤرخ في 17 مارس 1905 الذي عدل المادة 103 من قانون التجارة و فرضت حماية خاصة للمتعاقدين مع شركات النقل من بند الإعفاء من المسؤولية² .

و مع نهاية الحرب العالمية الثانية ، و في مرحلة الاستقلال عرفت فرنسا مرحلة التوجه الاقتصادي، ثم ظهرت سياسة اقتصادية ليبرالية جديدة ، و لقد كان قانون المنافسة أحسن مثال لتنوع النظام العام و وجوده في المجال التعاقدي ، و مع تطور المجتمع الاستهلاكي في سنوات الستينات ظهرت شيئا فشيئا الحاجة إلى نظام عام وقائي لصالح المستهلكين³ :

- قانون 2 جويلية 1963 بالنسبة للإشهار الكاذب .

- قانون 22 ديسمبر 1972 المتعلق بالبيع و البيع في المنزل .

قانون 10 جانفي 1978 الذي أدى إلى تراجع الحرية التعاقدية أمام متطلبات حماية المستهلكين : مثلا : محاربة الشروط التعسفية⁴ .

ثانيا : تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في الأنظمة القانونية

تبنت تشريعات الدول مبدأ الحرية التعاقدية ، و سنقوم أولا بدراسة القانون الجزائري (1)، ثم نعرض إلى القانون الفرنسي (2) ، و قانون التجارة الدولية (3).

1 - RANOUIL (V) , L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept , P.U.F , Paris , 1980 , P45

2 - GHAZAL (J-P) , De la puissance économique en droit des obligations ,Thèse précité , P38

3 - INGRID (B) , L'esprit du code civil à travers le titre III DU LIVRE III , DEA de droit privé en general , Faculté de Nantes , France , 2003 , P25 .

4 - Idem , P25 .

1- في القانون الجزائري

تبنى القانون المدني الجزائري مبدأ الحرية التعاقدية في المادة 106 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975، إذ تنص المادة 106 تقنين مدني (العقد شريعة المتعاقدين....)¹ و باعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة في العلاقات التي ينظمها القانون الخاص، تخضع هذه الأخيرة إلى المبادئ العامة في القانون المدني، و من ضمن هذه المبادئ مبدأ الحرية التعاقدية و هذا يعني أنها تسمح للمتعاقدين تحديد مضمون العقد بكل حرية باعتبار أن العقد هي الشريعة الخاصة للمتعاقد (قانون المتعاقدين)².

غير أنه بالرجوع إلى التجربة الجزائرية، فإن المادة 106 تقنين مدني صدرت بموجب أمر 58-75 بتاريخ 26 ديسمبر 1975 في ظل دستور 1963 الذي تبنى قواعد الاقتصاد الاشتراكي³. و بقي الأمر 58-75 المتعلق بالقانون المدني ساري المفعول في ظل دستور 76 الذي تبنى هو الآخر أفكار الاقتصاد الاشتراكي رغم ظهور فيه بعض بوادر الاقتصاد الليبرالي، و من المعروف أن من ركائز النظام الاشتراكي، هو توجيه الدولة للاقتصاد لتحقيق التنمية الاقتصادية⁴، و في هذا الصدد يثور التساؤل ما هو القانون الواجب التطبيق في حالة تعارض المادة 106 من التقنين المدني الجزائري التي تعد الأساس القانوني لمبدأ الحرية التعاقدية مع نص خاص جاء تطبيق لمبادئ النظام الاشتراكي⁵.

-
- 1- حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975، ج ر عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
 - 2- كسال سامية، " مبدأ حرية التجارة و الصناعة على أساس قانون المنافسة الحرة "، ملتقى حول حرية المنافسة في القانون الجزائري يومي 3-4 أفريل 2013، جامعة باجي مختار، عنابة، ص15.
 - 3- نصت المادة 10 من دستور 63 مؤرخ في 8 سبتمبر 1963، ج ر عدد 64 على أن: (الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية تتمثل في تشييد مجتمع اشتراكي ومحاربة ظاهرة استغلال الإنسان بكل أشكالها).
 - 4- RANOUIL (V.), L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, P.U.F, Paris, 1980, P45.
 - 5- كسال سامية، مرجع سابق، ص15.

و للإجابة عن هذا التساؤل نعود إلى النص المادة 2 من التقنين المدني في فقرتها الثانية التي تنص: (و قد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم).

تحل المادة 2 من التقنين المدني الجزائري إشكالية التعارض بين حكم حديث خاص و حكم قديم عام و التعارض بين حكم حديث عام و حكم قديم خاص¹، و بالتالي يظل نص المادة 106 من التقنين المدني الجزائري مبدأ عام في العقود، أما الحكم الخاص فيضل نافذا باعتباره يمثل استثناء واردة على القاعدة العامة التي يضعها القانون المدني في نص المادة 106 منه².

و ابتداء من عام 1988 شرعت الدولة بالإصلاحات الاقتصادية، في إطار منظومة قانونية تعطي حرية أكثر للمبادرة الخاصة و تكرسها³، و بالتالي اتسع مجال تطبيق نص المادة 106 تقنين مدني و زالت العديد من القيود التي تعيق مبدأ الحرية التعاقدية⁴.

و صدر دستور 1989 الذي يتضمن أفكار الاقتصاد الليبرالي و عقب ذلك صدرت عدة قوانين تحمل في مضمونها أفكار اقتصاد الحر و التي تجسد كلها مقتضيات مبدأ الحرية التعاقدية⁵.

حيث شهدت المؤسسة العمومية الاقتصادية، الانتقال من المرحلة التنظيمية إلى المرحلة التعاقدية، و يتجلى ذلك في مجال العقود و علاقة المؤسسة بعمالها، و بصور القانون التوجيهي

1- محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، طبعة 15، 2008، ص 243.

2- علي فلالي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010، ص 215.
3- مرسوم رقم 88-201 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988 يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط أو احتكار التجارة، ج ر عدد 42 صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988

4- كسال سامية، مرجع سابق، ص 15

5- مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 نوفمبر 1996 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية عدد 76 صادر بتاريخ 8 ديسمبر 1996.

للمؤسسات العمومية رقم 88-101¹ أخضع هذه الأخيرة للقانون المدني و التجاري، و بالتالي أصبحت تتمتع بحرية في التعاقد.

كما عمد المشرع إلى توحيد النظام القانوني المطبق على علاقات العمل²، أين أخضعها أخضعها لنظام قانوني استثنائي فالدولة نظمت الأمور و لم يكن للمؤسسة أن تتفاوض مع عمالها، إلى أن صدر قانون علاقات العمل لسنة 1990 أين حل محل التوجيهات و التنظيمات أسلوب جديد يتمثل في العقد³. هذا و قد استفاد المجال المصرفي أيضا من ظاهرة إزالة التنظيم، لما تخلت تخلت السلطة التنفيذية مجسدة في وزير المالية، عن اختصاصها في تحديد نسبة الفوائد على القروض ليحول هذا الاختصاص للبنوك و ذلك طبقا لقانون النقد و القرض 90-10⁴ ، كما سمح قانون النقد و القرض للخواص بإنشاء بنوك أو مؤسسات مالية، بعدما كان إنشاءها من صلاحيات الدولة لا غير، إذ تنص المادة 45 من قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض، على أنه " يتخذ المجلس القرارات الفردية الآتية:

أ- الترخيص بإنشاء البنوك و المؤسسات المالية الجزائرية و الأجنبية و تعديل هذه الترخيصات و الرجوع عنها...."⁵

و قد تجسد أيضا مبدأ حرية التعاقد، بعد صدور دستور 1989⁶، و ذلك من خلال عدة قوانين لاحقة على غرار قانون رقم 90-07 المتعلق بالإعلام الذي فتح المجال أمام الخواص⁷، و هو ما أكدته صراحة المادة 3 التي تنص: "يمارس حق الإعلام بحرية مع احترام كرامة الشخص

1- القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية رقم 88-01 ، ج ر عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 1988 .

2- كسال سامية، مرجع سابق ، ص 15 .

3- قانون 90-11 يتعلق بعلاقات العمل ، ج ر عدد 17 مؤرخة في 25 ابريل 1990 .

4- قانون 90-10 المؤرخ في 14 افريل 1990 يتعلق بالنقد و القرض ، جريدة رسمية عدد 16 صادر بتاريخ 18 افريل افريل 1990، المعدل و المتمم بالأمر 03-11 ، ج ر عدد 52 مؤرخة في 27 غشت 2003

5- بعد صدور أمر 03-11 الذي عدل قانون 90-10 المتعلق بالنقد و القرض أنشأ بموجب المادة 105 منه لجنة مصرفية تقوم بمراقبة مدى احترام البنوك و المؤسسات المالية للأحكام التشريعية و التنظيمية المطبقة عليها و المعاقبة على الاخلال بالاحكام التنظيمية مما يتبين أنه رغم تكريس الحرية فإنها مقيدة بقو عد الضبط التي تفرضها هيئات ضبط مستقلة أنشأها المشرع الجزائري بعد انسحاب الدولة من الاقتصاد تضمن الرقابة على النشاط الاقتصادي.

6- دستور 1989 المؤرخ في 23 فبراير سنة 1989

7- قانون 90-07 المتعلق بالإعلام ، ج ر عدد 14 مؤرخة في 4 افريل 1990 المعدل و المتمم بقانون عضوي 05-12 ، ج ر عدد 2 مؤرخة في 15 يناير 2012 الذي حرر نشاط السمع البصري.

الإنسانية و مقتضيات السياسة الخارجية و الدفاع الوطني". كما أصبح إصدار النشرات الدورية حراً يشترط فقط التسريح المسبق.

وتم تكريس مبدأ الحرية التعاقدية صراحة في الدستور، على خلاف الدستور الفرنسي، و لأول مرة في الجزائر و ذلك بناء على دستور 16 نوفمبر 1996، حيث نصت المادة 37 منه على أن "حرية التجارة و الصناعة مضمونة و تمارس في إطار القانون"¹.

2- في القانون الفرنسي

تأثرت الثورة الفرنسية التي كان من بين أحد أهدافها ودعائنها الأساسية الحرية بهذه المذاهب و النظريات، حيث تم إصدار إعلان حقوق الإنسان و المواطن سنة 1789، الذي نصت مادته الأولى على ما يلي "الأفراد يولدون و يعيشون أحراراً و متساوون في الحقوق"².

و قد أثر هذا الإعلان على واضعي القانون الفرنسي فقد جاء في خطاب بورتاليس و هو أحد الأربعة³ الذين كلفوا بوضع مشروع قانون نابوليون المقدم الى مجلس الدولة الفرنسي⁴: "تخضع العقود إلى بعض المبادئ العملية المستوحاة من مبادئ القانون الطبيعي، فعموماً فإن الأشخاص لهم السلطة في أن يتفقوا بحرية حول ما يهمهم، و ما يحقق حاجياتهم. فالحرية التعاقدية لا توجد إلا بواسطة العدالة و كذا بالنظام العام و المصلحة العامة"⁵.

1- دستور 96، ج 2 عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

2 - INGRID (B), Mèmoire précité , p16 .

3 - Idem , P 3 , « , des le début de son règne , Bonaparte a pris l'initiative de la rédaction d'un projet de code civil et constitue une commission de quatre juristes qui n'étaient ni des théoriciens , ni des philosophes du droit , mai d'abord et avant tout , des praticiens , avocat ou magistrats . deux d'entre eux étaient originaires des pays de droit coutumier : François tronchet et felix bigot de prèmeneu . les deux autres , jean portalis et jaques de Maleville étaient issus d'une région de droit écrit » .

4 - MALINVAUD (P) et FENOUILLET (D) , Droit des obligations , 11^{ème} éd ., Litec , Paris , 2010 , P215.

5- خليفاتي عبد الرحمان ، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقود تنفيذه ، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر ، 1992 ، ص17.

و بذلك جاء القانون المدني الفرنسي لعام 1804 متبنياً فكرة الحرية التعاقدية مدافعاً عنها ، و ذهب إلى أن الإرادة هي مصدر الحقوق و الالتزامات ، و هذا ما يتبين في نص المادة 1134¹، كما ذهب القضاء الفرنسي هو الآخر إلى إبراز الإرادة و احترام ما تقرره ، و هذا ما أكدته القضاء الفرنسي بموجب قرار صادر في 15/01/1892 و الذي أخذ بإرادة المتعاقدين دون حاجة إلى إجراء آخر² ، فقد ورد في هذا القرار أن القانون المطبق في مجال الحقوق التي تنشأ عن العقد يجب أن يحدد أساساً عن طريق إرادة المتعاقدين ، أما إذا لم يعبر عن هذه الإرادة لا صراحة و لا ضمناً فإن القانون المطبق هو قانون المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد و ليس مكان إنشائه³ .

و بتاريخ 19/05/1893 صدر قرار آخر من القضاء الفرنسي جاء فيه مايلي⁴ : " في تنازع القوانين في مواد العقود ، فإن القاضي عليه أن يبحث قبل كل شيء على أية قاعدة تشريعية اتفق المتعاقدين لإخضاع تصرفهما إليها..."⁵ .

رغم تأثر القانون المدني بمبدأ الحرية التعاقدية ، لم يتضمن الدستور الفرنسي صراحة مبدأ الحرية التعاقدية ، و هذا يعود إلى أن الحرية التعاقدية لم تكن يوماً مطلقة، و هذا ما بينته المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي التي أكدت على أن الاتفاقات يجب أن لا تمس بالنظام العام و الآداب العامة، فمنذ سنة 1804 كانت حماية و احترام المصلحة العامة عن طريق النظام العام مهمة جداً، فالنظام العام و المصلحة العامة التي كان يحميها ذلك القانون تعتبران قانوناً سامياً⁶.

1 - و هذا النص نقلته الإرادة التشريعية الفرنسية عن domat نقلاً عن: محمد الصبري السعدي، مرجع سابق،

art 1134 c. c. f (les convention légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites)

2 -PONCEAU (R) , Op-cit , P45

3-INGRID (B) , Mémoire précité , P 40

4 - Idem , P 40.

5 - Ibidem , P 40.

6-Article 6 crée par la loi de 5-3-1803 , promulguée le 15mars1803 : (On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.).

هذا التطور للنظام العام لم يتغير حتى يومنا هذا، إذ قرر المجلس الدستوري الفرنسي في 1994/08/03 أنه: " لا توجد قاعدة ذات قيمة دستورية تضمن مبدأ الحرية التعاقدية¹، فتقرير العكس كان سيرفع الحرية التعاقدية إلى مرتبة المبادئ الدستورية " ، و بالتالي سيكون هناك تنازع بين حماية المصلحة العامة و حماية المصلحة الخاصة عن طريق حماية الحرية التعاقدية في مواجهة أحكام النظام العام، لهذا فالحرية التعاقدية ليست و لا يمكن أن تكون مبدأ دستوريا².

غير أن الدستور الفرنسي يتضمن عدة مبادئ لها صلة وطيدة بمبدأ الحرية التعاقدية، بل تعد من تطبيقاتها، و من أبرز هذه المبادئ نجد مبدأ حرية التجارة و الصناعة³.

ظهر مبدأ حرية التجارة و الصناعة في فرنسا، كرد فعل ضد النظام السائد في القرون الوسطى و الذي يقوم على الامتيازات و التي تحول دون قدرة الأفراد في ممارسة أي نشاط فني أو مهني⁴، أو حرفة يراها مناسبة له. و الذي تجسد في الحياة القانونية من خلال إعلان حقوق الإنسان و المواطن سنة 1789.

كرس المشرع الفرنسي مبدأ حرية التجارة و الصناعة بموجب القانون الصادر بتاريخ 2-17 مارس 1791 المعروف بمرسوم ألارد، فقد نصت المادة 7 على أنه : " ابتداء من أول أفريل القادم، يكون كل شخص حر في التفاوض أو ممارسة أي مهنة أو نشاط، أو حرفة يراها مناسبة له بعدما يلتزم بدفع ضريبة"⁵.

رغم أن مبدأ حرية التجارة و الصناعة لم يتم تكريسه دستوريا في فرنسا، إلا أنه لا أحد يشك من بقاء هذا المبدأ و استمراره⁶.

1- Ingrid (B), Mémoire précité. P 40.

2 -MALINVAUD (P) et FENOUILLET (D) ,Op-cit, P215 .

3 - LAJOYE(Ch) , De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle , Article , Revue descriptif française n° 1 ,Université de caen , 2002 , P 15.

4 - INGRID (B) , Mèmoire prècité , P 40 .

5- كسال سامية، مرجع سابق ، 15 .

6 - LEFEVRE (D.) , Op-cit , P55 .

و بالفعل صدرت عدة قوانين في فرنسا تركز مبدأ حرية التجارة و الصناعة¹، نذكر أهمها قانون توجيه التجارة و الصناعات التقليدية، الصادر في 27 ديسمبر 1973، حيث نصت المادة الأولى منه على ما يلي: "إن الحرية و الرغبة في إنشاء المؤسسات هو أساس النشاطات التجارية و الحرفية، و يجب أن تمارس في إطار منافسة واضحة و نزيهة".²

3-في قانون التجارة الدولية

و منذ ظهور اصطلاح مبدأ استقلال الإرادة Autonomie de la volonté عرف مبدأ الحرية التعاقدية رواجاً لدى العديد من فقه قانون التجارة الدولية ، خصوصاً في مؤلف المحامي الفرنسي فوليكس³ " Foelix " ، بعد أن مهد له من قبل، ومنذ القرن السادس عشر الأستاذ "شارل ديمولان"⁴ DUMOULIN ، و عالم برلين الشهير سافيني " SAVIGNUY " في كتابه "نظام القانون الروماني الحالي"⁵ .

و مع تطور فكرة تنازع القوانين لم يعد مبدأ قانون الإرادة يقتصر على تلك الوظيفة التفسيرية ، بل أضحت مبدأ سامي يسمح بذاته بحل تنازع القوانين في العقد ذي الطابع الدولي⁶ بحيث وفقاً له يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة ، أو ضمناً ، أو الذي يحدده القاضي استخلاصاً من ظروف الحال ، ووقائع القضية المعروضة⁷ .

و يعد مبدأ الحرية التعاقدية من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها المبادئ المتعلقة بالتجارة الدولية، حيث خصصت له صدر المادة الأولى منها التي تنص تحت عنوان الحرية

1 - LAJOYE(Ch.) ,Article précité, P 15 .

2 - Idem , P13 .

3 -FOELIX (M.) , Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en droit international privé , tome 2 ,édition 4 , MARSECQ AINE, LAIBRAIRIE EDITEUR ,Paris ,1866 , P78.

4-IRINA GETMAN (P.) , La t  orie fondatrice de l'autonomie de la volonté en droit international privé Table ronde    Paris le 25- 26 octobre 2013 , [http :www.f.hypotheses.org](http://www.f.hypotheses.org).P15.

5-SAVIGNY (F.C.V.) et HOLWAY (W.) , System of the modern romaine law , Vol 1 , MADRAS : J.HIGGINBOTHAM ,Publisher, 1867 , P56 .<http://www.books.google.dz>.

6-LEFEVRE (D.) , Op-cit , P55.

7-خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، أطروحة دكتوراة في الحقوق ، فرع الملكية الفكرية ، جامعة الجزائر 2008-2009 ، ص12.

التعاقدية « Liberté contractuelle » على أن " الأطراف أحرار في إبرام العقد و تحديد محتواه"¹ .

و يؤكد قضاء التحكيم بدوره على أهمية الحرية التعاقدية للأطراف كلما سنحت له الفرصة لذلك ، ففي العديد من قرارات التحكيم يؤكد على أن الأطراف في العقد الدولي لهم الحرية الكاملة في إدراج الشروط التعاقدية التي تحقق مصالحهم و التي تعبر عن نيتهم الواضحة² .

و يتفق فقه التجارة الدولية في انه نظرا لاختلاف تنظيم القوانين الوطنية للقوة القاهرة أو لشروط انتفاء المسؤولية أو الإعفاء منها بصفة عامة ، فانه يقع على الأطراف في العقد عبء إعطاء مفهوم معين للشرط و تحديد مجال تطبيقه و تعيين النتائج التي تترتب على حدوثه³ ، و يذهب البعض إلى أبعد من ذلك ، حيث يرى أن شروط القوة القاهرة التي يتفق عليها الأطراف في العقود الدولية تساهم في توحيد القواعد العامة لهذه الفكرة لأنه⁴ . و مبدأ حرية التعاقد في تنظيم شروط القوة القاهرة تشكل جزءا أساسيا في تكوين قانون التجارة الدولية Lex mercatoria حيث تعترف به النظم القانونية الوطنية ، و يأخذ محكمة التحكيم الدولية بعين الاعتبار و بالدرجة الأولى عندما تتصدى بالفصل في نزاع ، تطبق عليه أعراف التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون⁵ .

1- شريف محمد غنام، أثر الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007 ، ص170.

2- شريف محمد غنام، مرجع نفسه ، ص 173.

3- ANTONMATTEL (P-H) , Contribution à l'étude de la force majeure , Thèse , Montpellier , 1992 , P 127 .

4 -LEBOULANGER (P) , Les contrats entre états et entreprises étrangères , Thèse , Paris II , 1982 , P200 P58.

5- شريف محمد غنام ، مرجع سابق ، ص 174 .

الفرع الثاني

التعبير عن مبدأ الحرية التعاقدية

نجد هذه الأفكار في أعمال دوما، أين نعتبر الحرية أساسية و لازمة في مجال الاتفاقات: "كل شخص قادر على التصرف، إذ يملك الحرية في أن يرتبط عن طريق كل الاتفاقات التي تعود عليه بالمنفعة"¹

إن مبدأ الحرية التعاقدية يقوم على أساس أن الإنسان حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد (أولاً) وحر في اختيار الشخص المتعاقد معه (ثانياً)، حر في مناقشة شروط العقد و إعطائه المحل والمضمون الذي يريده (ثالثاً)، و حر في اختيار شكل العقد (رابعاً)² .

أولاً: من حيث قبول التعاقد أو عدم التعاقد

في المقام الأول كل شخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، فالعقد يفترض في الأصل إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، و بمقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية، فالشخص لا يلزم في الأصل سوى بالعقود التي أبرمها برضاه، وبالتالي فهو لا يجبر على التعاقد³، و لا يمكن أن تقوم مسؤوليته لأنه رفض عرض صادر من البائع ببيعه قطعة أرض لا تلزم الذي قدم له العرض في شيء و بمبلغ يفوق قيمة تلك القطعة⁴.

كما أن الشخص حر في أن يرفض التعاقد، و ذلك لأنه يوازن بين مصالحه المختلفة، فقد يرى أن مصلحته تكمن في عدم التعاقد، فيفضل عدم الدخول في العلاقة التعاقدية، و هذا الرفض ليس سوى تعبير عن حريته و بالتالي فهو ليس تعسفاً، فحرية الشخص في أن لا يتعاقد تكمن في

1 -MONTERO (E) et DEMOULIN (M), « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 » : Un régime en mouvement sous une lettre figée ,Cour précitée , P58.

2 -NORDMANN (P), le contrat d'adhésion abus et remèdes , thèse , Impresion offset renggli fribourg , Lausanne , 1974 , P. 42 .

3-خليفاتي عبد الرحمان ، مرجع سابق ، 29 .

4 -FLOUR (J) et AUBERT (J-L), Les obligations, L'acte juridique, Tome 1 , 7^{ème} édition , Armon-COLIN Paris , 1996 , P 53 .

حريته في أن يصبح دائئا أو مدين¹، فأما حرية المتعاقد في أن لا يصبح مدينا، فهي من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى بيان، أما حرية المتعاقد في أن لا يصبح دائئا، فيشهد لها عقد هبة، حيث لا بد من قبول الموهوب له لانعقاد الهبة.

و ينتج عن الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد أن الشخص حر في الرجوع عن العرض إلى التعاقد، و من أمثلة ذلك، أن تعرض عليه صفقة رابحة أخرى يراها أكثر تحقيقا لمصلحته من الصفقة المتاحة له، فيعدل عن العرض الأول الذي قدمه .

فحرية الإرادة في التعاقد أو لا، تظهر في إصدار الشخص لإيجابه أم لا، و هذا كأصل أما بالنسبة للقبول فتظهر حرية التعاقد في كون أن من صدر إليه الإيجاب ليس ملزما بالموافقة عليه، كقاعدة عامة، فله أن يقبله أو يرفضه فكل من وجه إليه الإيجاب حر في قبوله أو رفضه، فإذا ما قبله انعقد العقد و إلا فإن العرض الذي تقدم به الموجب يسقط، و لا يترتب على ذلك أي أثر².

ثانيا: من حيث الأشخاص

في حالة قبول الشخص أن يتعاقد، يكون حرا في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه³، و هذا لما للإرادة من دور في تمييز ما يحقق مصلحة صاحبها، ذلك لأن الشخص قد يرى بأن التعاقد مع شخص معين يجعل مصلحته تتحقق معه أكثر من غيره من الأشخاص، فيلجأ إلى إبرام العقد مع هذا الشخص، فالشخص يوازن بين الفرصة المتاحة له و يختار الصفقة التي تحقق مصلحته أكثر من غيرها، فتكون له بذلك الحرية في اختيار المتعاقد معه⁴، فمثلا في عقد العمل، يقوم

1- WELL (Alex) et TERRE (François), droit civil, Les obligations, 2eme éd, Dalloz, Paris, 1975, P 53.

2- بلحاج لعربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008 ، ص 74 .

3-Aubert(Jean-Luc), Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat LGDJ ,Paris,1970, P 307.

4- خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق. ص 29.

المستخدم بإعلان عن التوظيف، و يمكن للمستخدم عن طريق ملف كل مترشح أن ينتقي المترشح الأكثر ملائمة للمنصب بالنظر إلى تكوينه و خبرته و كفاءته، فلشخصية المتعاقد معه أهمية كبيرة في التعاقد¹.

في عقود التبرع مثلا، تكون شخصية المتعاقد معه (المتبرع له) محل اعتبار في إبرام العقد، فمن يهب مالا من أمواله أو يؤدي خدمة إنما يفعل ذلك لشخص معين بذاته أو لصفة فيه كما أن للمتعاقد الحق في طلب الفسخ إذ وقع في غلط في شخصية المتعاقد معه لأن له الحرية في اختيار الشخص المتعاقد معه².

كما نجد أيضا أن المشتري حر في اختيار البائع، فله أن يختار البائع الذي يرى أن سلعته تلائمه أو أن ثمن السلعة يتماشى مع قدرته المالية، و له أن يشتري من المحل الذي يريده³، فمثلا من أراد بيع بيته فله أن يبيعه لمن أراد، و هذا إعمالا بمبدأ الحرية في اختيار المتعاقد الآخر، فهو غير ملزم ببيعه لشخص محدد بل له كامل الحرية في اختيار المشتري⁴ فمثلا: قد يعرض شخصا بيتا أو محلا للبيع و يتوجه شخص آخر لشرائه، فللبائع أن يرفض البيع لهذا الشخص و لا يعتبر متعسفا، بل له كامل الحق في الرفض و لا يلزم بتقديم أي تبرير لذلك، و لهذا فإن الإعلان الموجه للجمهور لا يعد تعبيراً عن الإيجاب و إنما مجرد دعوة إلى التعاقد، لأن شخصية المتعاقد الآخر تعد عنصرا جوهريا في العقد وهي مازالت غير محددة⁵.

1- Flour(Jacques) et Aubert(Jean-Luc), 7eme éd, op.cit. P 23.

2- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار العلمية الأولى للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص120

3-LAPOYADE DES CHAMPS (C) , Droit des obligations, Ellipse , Paris , 1998 , P23

4- ياسين محمد الجبوري، مرجع سابق، ص208

5 -Flour(Jacques) et Aubert(J-L), 7eme éd, op.cit. P 23

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى الاشتراط بأن يكون الإيجاب موجهاً إلى شخص معين و أكدت على اعتبار أن الإيجاب الموجه إلى الجمهور هو إيجاب موجه إلى أول شخص يقبله¹.

ثالثاً: من حيث المضمون

إن مبدأ الحرية التعاقدية يسمح للأطراف بأن يختاروا نوعية العقد المسمى (بيع ، إيجار) الذي من خلاله يتم إعطاء قالب لاتفاقهما²، و ذلك لا يتيح للأطراف أن ينظموا علاقاتهم بحرية، و بالتالي استبعاد جميع النماذج التي يقترحها المشرع³، و هذه الحرية هي التي يطلق عليها بوجه خاص الحرية التعاقدية و هي جوهر مبدأ سلطان الإدارة، فالعقد هو إتفاق و تطابق إرادتين مما يستلزم مساهمة كلا الطرفين في وضع هذا الاتفاق، فيحددان معا شروط و بنود العقد عن طريق المفاوضات بينهما⁴.

ففي عقد الإيجار مثلاً يتفق المتعاقدان على مدة الإيجار و الأجرة⁵، وفي البيع يتفق البائع و المشتري بكل حرية على السلعة المباعة، و يحددان في العقد الكمية المطلوبة و درجة جودتها و غير ذلك من المواصفات التي يرغبان فيها⁶، كما يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يحقق مصالحهما، فلهما أن يتفقا على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو التأخر في تنفيذ ما التزم به (و هذا ما يسمى بالشرط الجزائي)⁷ .

1- عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 62

2- بسام مجيد سليمان و أكرم محمود حسن ، "موضوعية الإدارة" (دراسة تحليلية في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية)، جامعة الموصل ، ص 45.

3- WELL (A.) et TERRE (F.) , Op-cit, P.54 .

4- علي فلالي، مرجع سابق ، ص 60.

5- خليفاتي عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 40 .

6- حسن عبد الباسط الجمعي ، مرجع سابق ، ص 20 .

7- خليفاتي عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 40 .

كما يمكن لهم تحديد قيمة التعويض، فللمتعاقدين أن يتفقا على جميع المسائل الجوهرية بحرية و على قدم المساواة¹.

كما يمكن للمتعاقدين الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، و كذلك الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، لكن هذا لا يمنع من الاتفاق أيضا على أن تكون مسؤولية المدين مشددة²، فيمكن أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ، و لو كانت هناك قوة القاهرة تحول بينه و بين تنفيذ التزامه، كما يمكن الاتفاق على أن يكون الالتزام ببذل عناية التزاما بتحقيق غاية بالنسبة للمدين، فتشدد بذلك مسؤوليته³. كما أن للمتعاقدين الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها، فللمتعاقدين الاتفاق على التخفيض من مبلغ التعويض مثلا، كما لو اتفق الطرفان على أن لا يتحمل المدين تعويضا إلا عن الخسارة التي تصيب الدائن دون الربح الذي يفوته عند عدم التنفيذ، أو أن يتفق المتعاقدان في عقد النقل أن يكون التعويض على ثمن البضائع في مكان التصدير فقط⁴.

غير أن الحرية التعاقدية لم تكن يوما مطلقة ، و هذا ما تبنته المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي التي أكدت على أن الاتفاقات يجب أن لا تمس بالنظام العام و الأداب العامة⁵ فمنذ سنة 1804 كانت حماية و احترام المصلحة العامة عن طريق قواعد النظام العام مهمة جدا ، فالنظام العام و المصلحة العامة التي يحميها ذلك القانون تعتبر أنه قانونا ساميا⁶ .

حيث أن هذا التصور للنظام العام لم يتغير حتى يومنا هذا ، إذ قرر المجلس الدستوري الفرنسي في 3 أوت 1994 أنه : " لا توجد قاعدة ذات قيمة دستورية تضمن مبدأ الحرية التعاقدية"⁷ ، فتقرير العكس كان سيرفع الحرية التعاقدية إلى مصاف المبادئ الدستورية ، و بالتالي

1- بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسن، مرجع سابق، ص 94 .

2- بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسن، مرجع نفسه ، ص 95 .

3- خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق ، ص 45 .

4- خليفاتي عبد الرحمن، مرجع نفسه ، ص 40 .

5 -Article 6 de code civile napoleon 1804 décret 24mars1804 : (On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.)

6 - LAJOYE(Ch) ,Op-cit, p. 15

7- Idem, P 15.

سيكون هناك تنازع بين حماية المصلحة العامة و حماية المصلحة الخاصة عن طريق حماية الحرية التعاقدية في مواجهة أحكام النظام العام ، لهذا فالحرية التعاقدية ليست و لا يمكن أن تكون مبدأ دستوريا¹ .

تتعلق أحكام النظام العام كلاسيكيا بتنظيم الدولة و أسسها و تسيير مرافقها العمومية، وأعمال الحكومة و حرية الأشخاص² .

تطور هذا المفهوم كثيرا، فمرونته سمحت باتساعه في كل مرة قضت الحاجات الاجتماعية بذلك، و بفعل أن النظام العام ينقسم إلى مفاهيم مختلفة (نظام عام اقتصادي، نظام عام سياسي و اجتماعي) نشهد في يومنا هذا تغيير في مفهوم النظام العام، إذ أن النظام العام الكلاسيكي الذي كان موجودا منذ سنة 1804 كان أساسا سلبيا، حيث كان المشرع يمنع بعض العقود أو بعض البنود، بينما النظام العام الحالي إيجابي: فالمشرع يفرض سلطته في جزء من مضمون العقد (مدة العمل، مدة الإيجار،... الخ)³ .

هذا التمييز بين النظام العام الإيجابي و النظام العام السلبي يمكن التعمق فيه من أجل إيجاد نوعين من النظام العام بنتيجتين مختلفتين⁴: فمن جهة نلاحظ وجود نظام عام توجيهي الذي بفضل يفرض المشرع بعض القواعد بغرض توجيه العلاقات بين الأفراد أو بين الأفراد و الأشخاص المعنوية (خاصة أو عامة) و من جهة أخرى نشهد بروز نظام عام وقائي، يصلح لحماية الخواص في علاقاتهم فيما بينهم أو في علاقاتهم مع الأشخاص المعنوية(عامة أو خاصة)⁵.

1 -INGRID (B), Op-cit, P40.

2- خليفاتي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 40

3 -INGRID (B) , Mèmoire prècité , P41.

4 - LAJOYE(Christophe) ,Op-cit, p. 15

5 -MALINVAUD (PH) , et FENOUILLET (D) , Op-cit , P215 .

رابعاً : من حيث الشكل

يرى بعض الفقهاء و من أبرزهم الفقيه الفرنسي جاك غستان أن مبدأ الرضائية هو مظهر من مظاهر التفسير الواسع لمبدأ الحرية التعاقد¹ ، فإذا كانت مبدأ الحرية التعاقدية من حيث الموضوع هو حرية اختيار مضمون العقد فإن مبدأ الحرية التعاقدية من حيث الشكل هو حرية المتعاقدين في اختيار شكل العقد² .

و يجب التمييز بين الرضائية التي يقصد منها حرية الأطراف في تحديد شكل العقد ، وبين الشكلية التي يقصد بها تدخل القانون في تقييد هذه الحرية بفرض شكلية معينة³ ، إلا أن هناك من الشراح من يرفضون هذا التعريف ، و ذلك استناداً إلى أن المشرع ينص على عدة شكليات وأساس التفرقة هو صحة العقد ، أي إذا رتب المشرع على مخالفتها بطلان العقد فهي شكلية⁴ ، أما إذا لم يرتب المشرع على مخالفتها بطلان العقد فهي ليست شكلية ، و بذلك قاموا بتقسيمها إلى قسمين شكلية مباشرة و هي تلك التي تكون ركناً في العقد⁵ ، و تسمى كذلك لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني ، حيث يترتب على غيابها بطلان التصرف ، أما الشكلية الغير مباشرة هي التي يترتب على مخالفتها عدم فعالية الرضا ، وهناك من الشراح من يعتبر أن للشكلية مصدرين شكلية اتفاقية (مصدرها الاتفاق) ، و شكلية قانونية (مصدرها القانون)⁶ .

إلا أن هناك من الشراح من عارض هذه الفكرة ، إذ اعتبر أن الشكلية الاتفاقية لا تحمل ذات الخصائص التي تحملها الشكلية القانونية ، ففي الشكلية الاتفاقية يتمتع الأفراد (المتعاقدين) بحق استبدال الشكل بآخر ، ثم إن التصرف لا يبطل عند تخلف الشكل الذي قضى به الاتفاق

1-GHESTIN (J) , Traité de droit civil , La formation du contrat (L'objet et la cause-les nullité) , 4eme édition , LGDJ , France , P156

2 - NORMANN (Ph) , Op-cit , P58

3 -INGRID (B) , Mémoire précité , P41.

4 -LAPOYADE DES CHAMPS (Christian), Droit des obligations, Ellipse , Paris , 1998 , P23 .

5 -LASBORDES (V) , Op-cit , P155 .

6- فعندما يتطلب التصرف القانوني لانعقاده أن يتم عن إرادة المتعاقدين في شكل معين ينص عليه -القانون صراحة ، نكون عندئذ أمام شكلية مصدرها القانون ، وعندما يتفق الأطراف على شكل العقد نكون أمام شكلية اتفاقية ، إلا أن المشكل هو أن الأطراف قد يشترطان الشكل للانعقاد أو الإثبات ، فعندما يتفق المتعاقدان على أن العقد لا ينعقد ما لم يتم إفراغه في قالب معين ، فيكون العقد شكلياً ولا ينعقد العقد ما لم يتم الشكل المتفق عليه، انظر: NORMANN (Ph),Op-cit,P42 .

فضلا عن أنه لا يقيد حرية الإرادة في التعبير ، و على ذلك فان المتعاقدين إن كان ليس في وسعهما تحويل التصرف الشكلي إلى تصرف رضائي، فإنهما لا يستطيعان تحويل التصرف الرضائي إلى تصرف شكلي أيضا¹ .

ظهر هذا الاختلاف نتيجة الخلط بين مبدأ الرضائية و التراضي، و مبدأ الشكلية و الشكلية فهناك من الفقهاء الذين قسموا الشكلية الى مباشرة و غير مباشرة و اعتبروا أن الفرق بين التصرف الشكلي و التصرف الرضائي لا يقتصر فقط على كون التعبير عن الإرادة مقيدا بشكل بالنسبة للتصرف الأول و حرا بالنسبة للتصرف الثاني ، بل أن في العقد الرضائي يكون الأطراف أحرار في اختيار شكل العقد ، بينما في العقد الشكلي يفرض القانون شكلية معينة يترتب البطلان على مخالفتها² .

من الملاحظ أن عبارة العقد الرضائي يتكون من عقد و رضائية ، و يقصد بالرضائية هنا أن للأطراف حرية اختيار شكل العقد دون أن ينقلب العقد الى شكلي، و إنما يحتفظ العقد بطبيعته الرضائية رغم إفراغه في الشكل المختار من الطرفين³ ، و بالنتيجة تتمثل أركان العقد الرضائي في : التراضي،المحل،السبب، بينما تكون أركان العقد الشكلي هي : التراضي ، المحل السبب ، شكلية⁴ .

و يعارض JACK FLOUR التفسير الواسع لمبدأ الحرية التعاقدية و اعتبار حرية اختيار شكل العقد مظهر الحرية التعاقدية⁵ ، و يرى أن مبدأ الحرية التعاقدية و مبدأ الرضائية مظهران

1 -FELIX Onana etoundi , Formalisme et preuves des obligation contractuelle dans l'avant projet d'acte uniforme OHADA sur les droit des contrat , ougadougou ,2007 , P452 . www.unidroit.org .

2- NORDMANN (Ph), op-cit , p . 42

3 - LAJOYE(Christophe) ,Op-cit, p. 15

4- ياسين محمد الجبوري ، مرجع سابق ، ص 128 .

5 - FLOUR (J), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in Le droit privé français au milieu du XX eme siècle. Études offertes à Georges Ripert, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 95,

لمبدأ سلطان الإرادة أثناء تكوين العقد غير أنهما مستقلان ، حيث يعبر الأول عن موضوع العقد بينما يعبر الثاني عن شكل العقد¹ .

و مع تطور الشكلية أصبح الدور الجديد للشكل يهدف إلى حماية الإرادة و تعزيزها و لا يشكل قيودا شكلية عليها، حيث بدأت الشكلية تلعب نفس الدور الذي يلعبه السبب و من هنا ظهر الشكل و السبب معنيين متلازمان يهدفان إلى حماية الإرادة و تعزيزها² .

و بالمحصلة يمكننا القول أنه أكان الشكل مفروضا بإرادة المشرع أو بإرادة المتعاقدين أصبح قاعدة موضوعية غائية ، إذ يلعب نفس الدور الذي يلعبه السبب و هو يهدف لحماية المتعاقدين أولا و احترام القواعد القانونية ثانيا ، و انطلاقا من هذا الدور أصبح الشكل يلعب دورا حمائيا للرضا طالما أنه يلعب نفس الدور الذي يلعبه السبب³ .

و هكذا نرى بأن الشكل بعد أن كان عائقا بوجه بروز السبب في العقد و خصوصا في العهود الغابرة التي تعتبر الشكل ركن كافيا لقيام العقد ، أصبح الشكل و السبب اليوم معنيين متلازمان لتأمين وجود العقد أولا ، و تأمين مشروعيته و حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ثانيا⁴ .

المطلب الثاني

العقود الغير المتساوية الأطراف

لما كان التشريع المدني قد وضع بالنظر إلى العلاقات التعاقدية التي سادت في وقت لم تكن الثورة التكنولوجية و الصناعية قد وصلت إلى هذا الحد الكبير من التقدم⁵ ، فإن ذلك أظهر

1 - LASBORDES (V) , Op-cit , P152

2- محمد علي عبده ، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2014 ، ص 123

3- محمد علي عبده ، مرجع نفسه، ص 12 .

4 -LASBORDES (V) , Op-cit , P152

أثره على نوعية العلاقات التعاقدية التي كانت تبدو في أبسط صورها¹ .

و لما كانت الظروف التعاقدية هي التي روعيت عند وضع النصوص التشريعية و هي التي كانت وراء سيادة مبدأ سلطان الإرادة² ، فانه من الضروري أن نعيد النظر في النظام القانوني الذي يحكم العقود و في المبدأ الذي يسيطر على التعاقد منذ مرحلة التفاوض و حتى تمام التنفيذ حينما نجد أن هذه الظروف تغيرت و تبدلت³.

حيث أن الظروف الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية و غيرها من ظروف المجتمع جعلت من غير الممكن قبول ذات المبدأ "سلطان الإرادة"⁴ ، اذ ظهر نوع جديد من المعاملات القانونية غير مألوفة في النظرية التقليدية للعقد حيث تنشأ وضعية عقدية ما قبل تكوين العقد⁵ (الفرع الأول) و تتعدم المساواة بين المتعاقدين في تحديد مضمون العقد أثناء تكوينه (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

نشأة وضعية قانونية ما قبل التعاقد situation précontractuelle

جرت عادة التجار أن يعلنوا عن سلعهم ، سواء بعرضها في وجهات محلاتهم مع كتابة أثمانها عليها ، أو بالنشر عنها مع أثمانها في الجرائد ، أو في نشرات خاصة يرسلونها إلى عملائهم ، أو يوزعونها على أفراد الجمهور ، غير أن هذا الإعلان لا يشكل إيجاباً و إنما دعوة إلى التعاقد⁶ (أولاً) ، و هذه الظاهرة الاجتماعية ، قد قابلها تطور الظاهرة القانونية ، خاصة في مجال حماية المستهلك ، و ذلك بظهور شكلية جديدة ما قبل التعاقد⁷ (ثانياً) .

1- السيد محمد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك) ، منشأة المعارف جلال حزي و شركائه ، الإسكندرية ، ص 55 .

2- أمانح رحيم أحمد ، مرجع سابق ، ص 66 .

3 -GRYNBAUM (L) , Op-cit , P70

4- حسن عبد الباسط جمعي ، مرجع سابق ، ص 55

5 -MINGNOT (M) , De la solidarité en général , et du solidarisme contractuel en particulier , Revue de la recherche juridique , Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE , 2004 , P2179

6- السيد محمد السيد عمران ، مرجع سابق ، ص 18

7- محمد علي عبده ، مرجع سابق ، ص 12

أولاً: الدعوة إلى التعاقد

لا يمكن تحديد مفهوم الدعوة إلى التعاقد إلا من خلال مقابلتها بالإيجاب (1) ، و مبدأ حسن النية (2) .

1-الدعوة إلى التعاقد و الإيجاب

لا يختلف الإيجاب في النظرية العامة للتراضي عن الإيجاب في عقد الإذعان، إذ أنهما كلاهما يعبر عن عزم صاحبه لإبرام العقد و ذلك من خلال تحديد الشروط الأساسية للعقد المراد إبرامه¹ .

غير أنه يختلف الأمر من حيث مصدر الإيجاب، إذ أن المبدأ المقرر في النظرية العامة للعقد أن تعديل الإيجاب من الموجه إليه الإيجاب يعتبر إيجاب جديد في النظرية العامة للتراضي² فانه يختلف الأمر في عقود الإذعان التي تنسم بإذعان المتعاقد القوي للضعيف ، و يترتب على ذلك أن الموجه إليه الإيجاب لا يمكنه مناقشة الإيجاب الصادر من الموجب ، و له إما أن يسلم للشروط التي يضعها الموجب أو يرفض الإيجاب دون مناقشته ، يترتب على هذه الوضعية الفعلية التي أفرزتها اختلاف المراكز الاقتصادية بين المتعاقدين استئثار الطرف القوي اقتصاديا بمركز الموجب³ ، و بالتالي فإن المساواة القانونية التي تفرضها نصوص القانون المدني لا تحقق المساواة الفعلية إلا بتدخل نصوص خاصة تسعى لحماية المستهلك⁴ .

1- السيد محمد السيد عمران ،مرجع سابق ، ص18

2 -BERENGER (f) , le droit commun des contrats a l'epreuve du droit speciale de la consommation , renouvellement ou substitution , tome 1 , Op-cit , p 152

3 - BERENGER (f),Op-cit p 152

4 -Idem , P 152

و لا يؤثر عدم تعيين الموجه إليه الإيجاب في صحة الإيجاب ، إذ قد يوجه الإيجاب إلى شخص أو أشخاص معينين أو إلى الجمهور¹ ، و يحصل مثل هذا الأمر على وجه الخصوص بالنسبة للعروض التي تتم عن طريق الكتالوجات و الجرائد و التعريفات و الآلات الأوتوماتيكية كتلك التي توزع تذاكر السفر أو المشروبات الخ... ، و يبقى الموجب ملزم بالإيجاب الصادر منه و لا يمكنه التحلل من إيجابه² ، و هذا ما جاء في نص المادة 15 قانون 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و التي تنص: (تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع .

يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة دون مبرر شرعي ، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة)³ .

و يميز الفقه في فرنسا بين المبادرة إلى التعاقد و الإيجاب، إذ أنه إذا كان كل إيجاب مبادرة إلى التعاقد فليس كل مبادرة إلى التعاقد إيجاب ، فقد يوجه عرض إلى الجمهور للتعاقد غير أنه يكون مصحوب بتحفظ أو يكون الشخص المتعاقد معه محل اعتبار ، فان هذا العرض لا يعد إيجاب لأن هذا الأخير ليس دقيق و بات و إنما مصحوب بتحفظ ، و هذا العرض ليس إلا

1- من الواضح أن من يوجه إعلانا إلى الجمهور يقصد بذلك التعاقد مع من يتقدم إليه بالقبول أولا فأول ، في حدود ما عنده من السلع التي أعلن عنها ، وعدم التقيد بهذا الإعلان بعد نفاذ تلك السلع ، وأن كل من أطلع على هذا الإعلان بعد نفاذ تلك السلع ، وأن كل من أطلع على هذا الإعلان ، يعلم أنه موجه إليه و إلى غيره من الجمهور ، وأن كثيرون

غيره قد يسبقونه في القبول فيستنفذون القدر المعروض ، فاذا وصل قبوله بعد نفاذ السلع المعروضة ، كان وصوله بعد سقوط الإيجاب ، فلا ينعقد به بيع ولا يلتزم به التاجر ، أما اذا وصل القبول قبل ذلك ، انعقد به العقد والتزم التاجر بتنفيذه في حدود ما يكون باقيا لديه من السلع التي عرضها ، انظر : السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق ، ص18.

2- علي فلالي ، مرجع سابق ، ص105.

3- قانون رقم 02-04 ، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المؤرخ في 27-06-2004 . (ج ر عدد 41) .

4- علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 105 .

دعوى إلى التعاقد¹ ، و في هذه الحالة يكون مصدر الإيجاب هو الجمهور أو الموجه إليه الدعوة إلى التعاقد، و يكون مقدم الدعوة إلى التعاقد في مركز الموجه إليه الإيجاب ، و يكون له الخيار إما الرفض أو قبول الإيجاب، و يرى **jean Luc Aubert** أن (الإيجاب المرفق بالتحفظ المبني على اعتبار شخصي لا يعد إيجاب و إنما دعوة إلى التعاقد ، تخلق هذا الأخيرة وضعية عقدية ما قبل التعاقد يكتسي البائع مركز الموجه إليه الإيجاب ، و المشتري مركز الموجب)² .

و رغم أن الإيجاب يصدر من الجمهور ، و القبول يصدر من مقدم العرض فان هذا العقد هو عقد الإذعان لان شروط العقد تكون محددة مسبقا من طرف الموجه إليه الإيجاب في الدعوى إلى التعاقد ، و يبقى متحفظ فقط في شخصية المتعاقد معه التي تكون محل اعتبار.

و قد يصدر الإيجاب من صاحب العمل أو العامل، و إن كان الغالب في الواقع هو صدوره عن صاحب العمل ، لكن هذا الغالب لا يمنع وجود الإيجاب من جانب العامل كأن يعرض العامل رغبته في التعاقد مبينا المسائل الجوهرية و ما يرغبه في هذا العقد³ ، و هنا يكون العامل ملزما بإيجابه إن صادف قبولا من صاحب العمل و هذه صورة نادرة الوقوع ، و بل وغالبا ما يكون الصادر عن العامل في هذه الحالات هو مجرد دعوة للتعاقد ، و ليس إيجابا⁴ ، و ذلك بسبب طبيعة عقد العمل ، و عدم المساواة بين طرفيه إذ يأتي العامل في موقف تابع لصاحب العمل ، إذ يعتبر عقد العمل عقد إذعان⁵ .

1- **Aubert(J-L)**, Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat ,Op-cit, P 307.

2- **محمد مصطفى غازي زيدان**، دور القاضي في تحقيق التوازن في عقد العمل (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي) دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 35.

3- **علي فلالي**، مرجع سابق، ص 350 .

4- **محمد مصطفى غازي زيدان**، مرجع سابق ، ص 82 .

5- **محمد مصطفى غازي زيدان** ، مرجع نفسه، ص 350 .

و يقارب بعض الفقه الدعوة إلى التعاقد بالوعد بالتعاقد ، لان كلاهما يخلقان وضعية عقدية قبل التعاقد¹ ، غير أن الوعد بالتعاقد عقد صحيح يتلاقى فيها الإيجاب و القبول ، و تأجل أثره إلى يوم تعبير الموعد له عن رغبته في إتمام العقد، و إذ نكل الواعد عن وعده يمكن للموعد له أن يطالب أمام القضاء بالزام الواعد بتنفيذ وعده بتنفيذا عينيا²، بينما الدعوة إلى التعاقد لا تشكل عقد لعدم اجتماع الإيجاب و القبول، و إنما تعتبر مبادرة إلى التعاقد غير أنه يمكن أن يكون محل دعوى التعويض إذا أخل الواعد بالتزامات التي يفرضها عليه القانون في الدعوى إلى التعاقد و من هذه الالتزامات بالالتزام بالإعلام³ .

2- الدعوة إلى التعاقد و مبدأ حسن النية

يفرض البعد الأخلاقي لمبدأ حسن النية عدم اقتصار أعمال المبدأ على مرحلة تكوين و تنفيذ العقد و إنما يشمل أيضا مرحلة ما قبل التعاقد ، حيث يفرض التزامات على المتعاقدين تتضمن السلوك الذي يجب أن يسلكه الرجل العادي النزيه وفقا لمتطلبات العدالة ، و من أهم هذه الالتزامات بالالتزام بالإعلام ، الالتزام بالضمان⁴ ...

و تبنى القضاء الكندي معيار الرجل العاقل في تحديد السلوك المنافي لحسن النية⁵، حيث لا يشترط إثبات تدليس أو غش من المتعاقد و إنما يكفي إثبات الدائن أن سلوك المتعاقد قبل إبرام العقد كان منافي لسلوك الرجل العاقل الذي يتواجد في نفس الظروف⁶ ، و هذا ما قصت به

1 -RAYMOND (G), La protection du consommateur dans les opérations de crédit, Gaz , Pal.,1978 , 2^{ème} sem , P560.

2-تنص المادة 71 تقنين مدني : (الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر الا اذ عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه فيها)

3 - BERENGER (F) , Op-cit , P 152

4 -LEFEBVRE (B) , la bonne foi : notion protèiforme ,article , revue n ° 26 , 1996 , P 45

5 - CROTEU (N) , Le contrôle des clause abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi ,RDUS , Rn°26 , 1996 , P452 .

6 - Idem, P452 .

النقض الكندية بوجود التزام قبل تعاقدى بالإعلام في حق رب العمل ، إذ يلتزم على ضوء معيار الرجل العاقل بإعلام الشركاء قبل إبرام العقد بالمعلومات التقنية المتعلقة بالشركة¹ .

و في فرنسا ثار سؤال حول طبيعة الوثائق المتعلقة بالإعلام و الإشهار بموضوع السلع و المنتجات فيما إذا كانت تكتسي آثار تعاقدية، و فصل القضاء الفرنسي على أساس الطبيعة التعاقدية للوثيقة الاشهارية²، و هذا ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها المؤرخ في 6 مارس 2010 ورد فيه: (الوثيقة الاشهارية لها قيمة عقدية متى وردت في شكل واضح و لها اثر على رضا المتعاقد في إبرام العقد)، و يترتب على هذا الحل، أن التدليس الناتج عن الإشهار التضليلي لا يترتب جزاء البطلان، و لكن يترتب جزاءات بسبب عدم تنفيذ العقد، تكون إما التنفيذ العيني للالتزام أو فسخ العقد أو التعويض³ .

و تطرق المشرع الجزائري إلى الالتزام بالإعلام قبل التعاقد و ذلك في أحكام المادة 17 قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، إذ ألزم كل متدخل إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ، ووضع العلامات ، أو بأي وسيلة أخرى مناسبة⁴ .

ثانيا: تطور وظيفة الشكلية

يرى flour - j أنه يقصد بالشكلية: (التعبير عن الإرادة في قالب ينص عليه القانون، و يترتب على مخالفة الشكلية التي ينص عليها القانون انعدام الفعالية القانونية للعقد المراد إبرامه) ، لا يتطابق هذا التعريف ل flour - j مع الشكلية الواردة في النظرية العامة للعقد لأنها تقصد العقد بذاتها ، و يترتب البطلان على مخالفتها ، بينما الشكلية المنصوص عليها في قواعد قانون حماية

1 -LEFEBVRE (B) , la bonne foi : notion protèiforme , Article précité , P 334

2 - DOUCHE (D-N), La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de la consommation, Thèse de doctorat, Unniversité de Lorraine, 2012, P 50 .

3- DOUCHE (D-N) , Op-cit , P 50 .

4- مزارى عائشة ، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة وهران ، 2013 ص 33 .

المستهلك ، هي شكلية وقائية ، ليست مقصودة بذاتها ، بل هي وسيلة لتحقيق التوازن المعرفي بين طرفين غير متكافئين¹، أي من شأنها تحقيق مبدأ المساواة، و هي شكلية لا يترتب البطان على مخالفتها، و انما من شأنها تأكيد توافق الارادتين، تكمل القواعد الموضوعية لحماية الطرف الضعيف المتمثلة في عيوب الارادة، و الهدف منها تحقيق التوازن المعرفي بين الطرفين باعلام المستهلك القليل الدراية و العلم بالمنتج و الخدمة².

و يقول الأستاذ مازو في هذا الشأن أنه يجب التوفيق بين الجزاء المقرر لانعدام الشكلية و اثر إخلال المحترف بالالتزام بالإعلام ، و ينتقد بشدة أحكام قانون الاستهلاك الفرنسي، التي تبرأ المستهلك من التزامه بدفع فوائد على القرض، لإخلال المؤسسة المالية بالتزامها بالإعلام³ ويرى مازو أن هذه الأحكام من شأنها عرقلة الائتمان الذي تقوم عليه المعاملات التجارية و عقود الأعمال، و تفسح المجال للمستهلك المدين سيء النية التدرع بإخلال المؤسسة المالية بالتزاماتها بالإعلام، من اجل التملص من تسديد ديونه⁴. و يرى carbonnier – j أن الشكلية المقصودة في الالتزام بالإعلام غير مقصودة بذاتها ، و هي شكلية غائية ، تركز على المحتوى والموضوع ، و الإخلال بالالتزام بالإعلام لا يترتب أثاره القانونية إلا في حالة إخلال المحترف به على العناصر الجوهرية للعقد⁵، و بالنتيجة إذ كان المستهلك يتعاقد و هو على علم بعناصر العقد

1- ابراهيم عبد العزيز داود ، عدم التوازن المعرفي في العقود -دراسة تحليلية مقارنة - دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، 2014 ، ص 61 .

2- GHESTIN (J) ,Traité de droit civil , La formation du contrat , Le contrat-le consentement , Tome1, 4eme édition , LGDJ , P253 .

3 -MAZEAUD (D) , La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre , JCP , 1993 , éd , NI , P345 .

4- ابراهيم عبد العزيز داود ، مرجع سابق ، ص 59 .

5- و اذ كان انعدام الشكل لا يآثر على تكوين العقد ، فانه يآثر في اثار العقود هذا ما ذهب اليه 311-33 قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنص : (في حالة اخلال المقرض بالتزامه بالاعلام اتجاه المقرض طبقا للمواد 311-312 و 13 من قانون حماية المستهلك يكون المقرض ملتزما فقط بأصل الدين ،ويبرأ المقرض من التزامه بتسديد الفوائد على القرض .) .

محل اخلال المحترف بالتزامه بالإعلام ، فانه لا مجال لتطبيق أحكام قانون الاستهلاك التي تبرأ المستهلك من التزاماته¹ .

و مهما يكن الجزاء الذي يترتب عن تخلف الشكلية ، فان العقد يبقى رضائي و لا ينقلب في أي حال من الأحوال إلى عقد شكلي ، لان الشكلية المقصودة في الالتزام بالإعلام هي شكلية غائية ، و لو أنها ليست شكلية اتفاقية و إنما القانون هو الذي ينص عليها غير أنها ليست ضرورية لانعقاد العقد ، و إنما تكمل الموضوع من اجل حماية الطرف الضعيف² و يقول m-nicod (إن خضوع قواعد الشكل للقواعد الموضوعية لا يستقيم مع مفهوم الشكلية ، و أنه إذا كانت هذه الأخيرة ليست مطلوبة لانعقاد العقد و إنما مكمل لقاعدة موضوعية ، يبقى العقد في هذه الحالة رضائي و لا ينقلب إلى عقد شكلي)³ .

و يتمثل الوسم و الإشهار من أهم الوسائل التي جاء بها المشرع الجزائري بهدف إعلام المستهلك ، حيث تنص المادة الرابعة من القانون 02-89 المؤرخ في 8-2-1989 المتعلق بحماية المستهلك على وجوب إعلام المستهلك بخصوصيات التي تميز المنتج أو الخدمة التي يقتنيها بالطريقة الملائمة ، و تتمثل طبقا للقانون في الوسم⁴ .

و عرفت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش الإشهار أنه : (جميع الاقتراحات أو الدعايات أو العروض أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية)⁵ .

¹ -CAROBONIER (j) , Les obligation ,Presse universitaire de France , 20 eme édition , 1996 P448.

² -جبالي اعمر ، حماية رضا المستهلك عن طريق الاعلام ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، العدد 2 ، 2006 جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، ص 31 .

³ -NICOD (M) , Le formalisme en droit des liberalités , Thèse , Paris XII , 1996 , P 45 .

⁴ - قانون 02-89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، ج ر عدد 6 ، مؤرخة في 8 فيفري 1989 .

⁵ - مرسوم تنفيذي رقم 39-90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، ج ر عدد 5 ، مؤرخة في 31 يناير 1990 المعدل و المتمم بمرسوم تنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001 ، ج ر عدد 61

الفرع الثاني

ظهور مركز تعاقدى قوي أثناء تكوين العقد

إذا كان الأصل أن الأشخاص أحرار في اتفاقاتهم و اشتراطاتهم المتعلقة بمضمون العقد، غير أن التطور الاقتصادي الحديث اتجه نحو أسلوب الإنتاج الضخم¹، فإنه من الطبيعي أن يحل أسلوب التوزيع الواسع محل المساومة، و مثله مثل المنتج أصبح العقد ذاته صناعيا و موحداً بحيث العقد يكرر نفس الشروط ، و يستعمل لبيع مئات الآلاف من السلع المتشابهة، مما أدى إلى ميلاد العقود النموذجية أو عقود الجمهور *contrat type*² .

و نظرا للقوة الاقتصادية الكبرى التي يتمتع بها أحد أطراف التعاقد، نتيجة سلطته الاحتكارية للمنتج أو خدمة، فإن ذلك سمح له من أن يجعل من العقود التي يبرمها عقود غير تفاوضية، و أصبح العقد نموذج حيا و موحداً يعده المحترف مسبقا بنفسه بصفة منفردة، سواء كان منتجا أو موزعا يملئ بموجبه إرادته و شروطه المعدّة سلفا³، على كل مشتري يرغب في التعاقد معه، و الذي لا يملك مناقشة هذه الشروط أو المفاوضة بشأنها، و الذي لم يبق له سوى خيار رفض التعاقد أو الإذعان للعقد، و هو سيدعن لا محال له، لما للمحترف من احتكار على السلعة أو الخدمة و الحاصل يبدو أن الحرية الاقتصادية أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية، فكان من نتائجها عقد الإذعان و العقود النموذجية⁴.

1- منصور حاتم ، ايمان طارق ، القوة الملزمة للشروط الاحادية التحرير ، جامعة بابل ، ص45 ، مقال منشور في موقع www.uobabylone.edu.iq

2- عرف الفقيه " GHESTIN " العقد النموذجي *CONTRAT TYPE* أنه : (نموذج عقد يلزم الاشخاص الذين يقبلون بالتعاقد بشروط التي تضمنها العقد) *La formation du contrat , 3eme edition LGDJ , 1993 , P60* ، GHESTIN (V) ، (المستهلك) المؤتمر السنوي الثاني والعشرين المتعلق بالجوانب القانونية للتأمينات اتجاهاته المعاكسة ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، 2014 ، ص21 .

3- منصور حاتم ، ايمان طارق ، مرجع سابق ، ص56 .

4- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص12.

و نتولى بالبحث من خلال هذا الفرع نقاط اختلال التوازن بين مراكز المتعاقدين، من خلال اختلال التوازن في التعبير عن الإرادة (أولاً)، أو اختلال التوازن في تحديد مضمون العقد (ثانياً) .

أولاً: اختلال التوازن في التعبير عن الإرادة

يترتب على اختلال التوازن في المراكز الاقتصادية اختلال في التوازن في العناصر القانونية للتعبير عن الإرادة، و في هذا الصدد اختلف الفقه في تحديد طبيعة عقد الإذعان بين اتجاه يرى أنه عبارة عن مركز لائحي (1) و اتجاه يرى أنه عقد (2)¹ .

1- النظرية غير التعاقدية أو اللائحية

حيث ذهب بعض فقهاء القانون العام إلى إنكار وصف العقد على (عقد الإذعان) ورأوا²: أنه عبارة عن مركز قانوني منظم ، تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب ، فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه ، لما يفترض في هذا الأخير من التساوي بين أطرافه ، و كذا حرية إبرامه³ . ذلك أن الضرورات الاجتماعية تبرر أحيانا منح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم . فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم، و من ثم وجب تفسيره كما يفسر القانون أو اللائحة ، و قد ترسخ الاعتقاد لدى المستهلك و هو يتلقى هذه العقود المعدة سلفا ، أنه لا تمييز بين النصوص التشريعية أو التنظيمية و بين الوثائق التعاقدية من حيث كونها تفرض عليه فرضا⁴ .

و لا يتفق المشرع الجزائري مع هذا الاتجاه من حيث إنكار وصف العقد على عقد الإذعان ، و يتفق معه من حيث اعتبار عقد الإذعان يتضمن بنود وضعها الطرف القوي بإرادته

1- بودالي محمد ، مرجع سابق ، ص12.

2 - DOMERGUE (M) , Etude d'ensemble sur le contrat d'adhesion , Thèse , Toulouse , 1935 , P109

3- عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري المقارن ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1985 ، ص380

4- بودالي محمد ، مرجع سابق ، ص45.

المنفردة¹ و هذا ما تنص عليه المادة 3 قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية : (يقصد في مفهوم هذا القانون :

-العقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير أحداث تغيير حقيقي فيه).

2-النظرية التعاقدية

إذ كان الرأي السائد الآن في الأوساط الفقهية و القضائية أن عقود الإذعان هي في حقيقتها عقود و ليست مجرد مراكز قانونية² ، إلا أن تفسير طبيعة البنود التي تتضمنها يختلف بين أصحاب التفسير الضيق لعقد الإذعان عن أصحاب التفسير الواسع ، إذ يرى الاتجاه الأول إن عقد الإذعان عقد حقيقي يتقابل فيه الإيجاب مع القبول (أ) ، بينما يرى الاتجاه الثاني أن عقد الإذعان يتضمن نوعين من البنود بنود لائحية و تعاقدية (ب)³ .

أ-عقد الإذعان عقد حقيقي

إن الإيجاب في عقد الإذعان من صياغة أحد المتعاقدين فقط و هو الذي يملك المركز الاقتصادي القوي في العلاقة التعاقدية ، حيث يكون الإيجاب متضمنا للشروط و البيانات التفصيلية و الجوهرية بصورة قاطعة ، و لا يكون للموجب على استعداد للمناقشة و المساومة ومن ثم يمكن القول بغياب التطابق بين الإرادتين بشأن العقد⁴ ، فليس هناك تطابق بين الإرادات الحقيقية طبقا لمفهوم النظرية التعاقدية ، و حتى إذ سلمنا بوجود التطابق بين الإرادات في عقود الإذعان ، فان هذا التطابق لم ينصرف إلا لموضوع واحد فقط ، و هو التعاقد ذاته ، إما فيما

1- رباحي احمد ، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض شروط تعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، مقال منشور في مجلة اقتصاديات شمال افريقيا ، عدد 5 ، ص 359

2 -DOMERGUE (M) , Etude d'ensemble sur le contrat d'adhesion , Thèse précite , P110

3 -CHOLEY (J-Y) , L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion , Thèse , Paris , 1974 , P66.

4- حسن جمعي عبد الباسط ، مرجع سابق ، 35

يخص شروط التعاقد فانه لا يحصل تطابق بشأنها ، حيث نكون أمام إرادة واحدة و هي إرادة مقدم السلعة أو الخدمة¹ .

و يشوب رضا الموجه إليه الإيجاب اكراه ، غير أنه اكراه اقتصادي أكثر منه نفسي فالرضا موجود لكنه مفروض على القابل ، أي " مدعن له " و من هنا سميت عقود إذعان² .

و لقد شكك البعض في طبيعة عقود الإذعان على اعتبار أنها ليست عقودا حقيقية لأن العقد هو توافق إرادتين عن حرية و اختيار ، و هذا غير متوفر في عقود الإذعان³ .

و يرى البعض الآخر أن عقود الإذعان هي عقود حقيقية تلتقي فيها إرادتان ، و ما يلاحظ فيها من خضوع و إذعان يتعلق بالناحية الاقتصادية ، لكن يبقى مع ذلك للقابل الحرية في القبول أو الرفض⁴ .

و يرى أنصار هذا الاتجاه أنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على المدعن، فانه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يفسده ، و بالتالي فان القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي و صحيح ، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة⁵ .

ناد إلى هذه النظرية أصحاب نظرية التفسير الضيق لعقد الإذعان، حيث تطبق النظرية التقليدية على هذه العقود، أخذا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أساسا لتفسيرها و لم تتقبل المحاكم الفرنسية نظرية عقود الإذعان ، و لم تسلم بها كطريقة متميزة في التفسير ، تغاير الطريقة السائدة في عقود المساومة⁶ ، إذ طالما علم المدعن بشروط هذه العقود ، أو كان في إمكانه العلم بها ، فإنها تكون حجة عليه و لا يخلو هذا الرأي من المبالغة و التصنع ، مما أدى الى وضع

1- خولة خدوم محمد ، الإيجاب في عقد الإذعان ، مقال منشور في مجلة المحقق الحلي في العلوم السياسية ، عدد 1 ، 2014، ص 375 مقال منشور في موقع : www.mouhakiq.com

2- محمد مصطفى غازي زيدان ، مرجع سابق ، ص 87

3- محمد مصطفى غازي زيدان ، مرجع نفسه ، ص 87

4- عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد ، مرجع سابق ، ص 293

5- DEREUX(G), Article précité , P 201

6- CHOLEY (J-Y) , Thèse précitée , P45

قواعد خاصة به ، تراعي عند انعقاده و تنفيذه و تفسيره بوصفه عقدا ذو طبيعة خاصة . من حيث اعتبار القبول أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة. و من حيث تفسير الشك الذي يكتنف عباراته لمصلحة المتعاقد المذعن دائئا كان أم مدينا¹ .

ب-نظرية العقود المزدوجة الشروط -اللائحية و التعاقدية-

بصد الجدال الفقهي حول التفسير الواسع الحر، ظهر نظريتان فقهيّتان ، لهما شأن كبير في مجال عقود الإذعان ، هما نظريتا جونو و ديريه .

-نظرية "جونو" يشترط الأستاذ جونو عقد الإذعان إلى شطرين ، و ذلك بالنظر إلى ما يتضمنه من شروط الشطر الأول لائحي يضعه الطرف القوي في العقد ، ليفرضه على الطرف الآخر دون مناقشة² .

و في هذا الشق تسود إرادة الموجب المنفردة، و لا قبل لإرادة المذعن بها، فوثيقة التأمين تتضمن شروط مطبوعة تضعها شركة التأمين بإرادتها المنفردة، و تفرضها على المستأمن ، و لا تقبل نقاشا فيها .فهذا الشق يضم مركزا قانونيا منظما يتمتع فيها الموجب بالسيادة³ .

أما الشطر الثاني فهو عقد شأنه في ذلك شأن كل العقود العادية ، حيث تلعب فيه الإرادتان دورهما المعتاد ، فبالنسبة للوثيقة نجد أن الشروط التعاقدية المتعلقة بمحل التأمين ، و قيمة الأقساط ، و مقدار قيمة التعويض المستحق ، و الخطر المؤمن منه ، هي شروط كانت محل اعتبار من الطرفين و تشكل في حقيقتها عقدا بكل مقومات العقد⁴ .

و يفسر الشق التعاقدي مثل كل العقود الأخرى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أما بالنسبة للشق اللائحي يفسر بعيد عن الجمود الذي يتبع في مادة العقد ، حيث يتمتع القاضي حيال

1-عبد الحكيم فوده ، مرجع سابق ، ص 293 .

2 - GOUNOT (E) , Le principe de l'autonomie de la volente en droit privé Contribution à l'etude de l'individualisme juridique , These , Paris , 1912 , P223

3- عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، مرجع سابق ، ص93

4 - GOUNOT (E), These precite , P225 .

هذا الشق اللائحي بسلطات رقابية و توفيقية واسعة ، إذ لا يطبقها حرفيا ، بل بما يتفق ومقتضيات حسن النية و الأوضاع الاقتصادية¹ .

-**نظرية ديرية:** صاغ الأستاذ ديرية نظريته بمناسبة الحديث عن عقد التأمين ، إذ يرى أن عقد الإذعان يتضمن نوعين من الشروط : شروط جوهرية مكتوبة يتعلق بها اتفاق الطرفين المتبادل ، و تنحصر فيها نيتهما المشتركة الحقيقية . و شروط تبعية، أو على الأقل تعتبر كذلك من وجهة نظر احد الطرفين²، و هي شروط عامة مطبوعة يعدها احد الطرفين ليفرضها على الآخر ، و ليس ذلك قاصرا على التأمين وحده ، بل على كافة عقود الإذعان كالنقل و العمل .فبالنسبة للشروط الجوهرية نجدها تحدد الطبيعة الخاصة للعقد، فبالنسبة لعقد العمل يعد منها تلك الشروط المتعلقة بتحديد الأجرة و طبيعة العمل و عدد ساعاته³. أما بالنسبة للشروط التبعية فتلك المتعلقة بالنظم الداخلية للعمل في المنشأة، كالشروط التي تفرض غرامات مالية عن أوجه المخالفة لللائحة أو بعض الشروط التي تعالج مسائل قانونية

و يرى الأستاذ ديرية أن الهدف من الشروط الجوهرية هو إعطاء الروح التي يجب على القاضي التعرف عليها من خلال النية المشتركة للطرفين ، أما الشروط التبعية فهي شروط ثانوية مكملة او محددة للشروط الجوهرية ، و لا يتعدى دورها أكثر من ذلك⁴ .

ثانيا:اختلال التوازن في تحديد مضمون العقد

تتجلى مظاهر تقييد الإرادة في العقود الآتية :

1-عقود الإذعان

اتسمت التصرفات القانونية في ظل هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على التشريعات المدنية

1-عبد الحكيم فوده ،تفسير العقد ، مرجع سابق ، ص45

2-LITTY (O) , Inégalité des parties et durée du contrat , étude de quatre contrats d'adhesion usuels LGDJ , 1999 , P85 .

3- عبد الحكيم فوده ،تفسير العقد ، مرجع سابق ، ص45

4 -COTTET (P) , Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé , LGDJ , PARIS , 2013 , P401

بالمساواة القانونية، و تفترض المساواة في مراكز المتعاقدين بمجرد صحة التراضي¹ .

و في ظل تطور الحياة الاقتصادية في القرن 19 لسيما الطب الواسع نحو الاستهلاك ، برز تركيز واسع لوسائل الإنتاج و السلع و الخدمات في يد طائفة معينة من أفراد المجتمع، في مقابل طائفة أخرى من المستهلكين الذين يقبلون لاقتناء السلع و الخدمات لإشباع حاجاتهم الضرورية².

لقد ظهر للعيان أن العقد في القانون المدني ظل يتلاءم مع صناعة الوحدة أو المقاس، ومع عقد المساومة أو المفاوض³، بينما التطور الاقتصادي الحديث اتجه نحو أسلوب الإنتاج الضخم ، فإنه من الطبيعي أن يحل أسلوب التوزيع الواسع محل المساومة⁴.

و نظراً للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد أطراف التعاقد نتيجة سلطته الاحتكارية لمنتج أو خدمة فإن ذلك سمح له من أن يجعل من العقود التي يبرمها، عقود غير تفاوضية، و أصبح العقد نموذجياً و موحداً يعده المحترف مسبقاً بنفسه، بصفة منفردة، سواء كان منتجا أو موزعا يملئ بموجبه إرادته و شروطه المعدة سلفاً، على كل مشتري يرغب في التعاقد معه⁵، و الذي لا يملك مناقشة هذه الشروط أو المفاوضة بشأنها و الذي لم يبق له سوى خيار رفض التعاقد أو الإذعان للعقد، و هو سيدعن لا محالة، لما للمحترف من احتكار على السلعة أو الخدمة⁶.

و على اثر ظهور المشاريع الاقتصادية الضخمة ظهرت الحاجة إلى توفير حماية خاصة للعامل في مواجهة الشروط التعسفية التي يفرضها صاحب العمل ، و في نهاية القرن 19 و بداية قرن 20 جاء (R) SALLEILLE بطرح جديد من خلال دراساته لعقود العمل⁷، حيث يرى أنه لا

1 - DEREUX(G) , De la nature juridique des « contrats d'adhesion » ,Article precite , P 205

2 -GHAZAL (J-P) , De la puissance economique en droit des obligations , Tome 1 , thèse pour l'obtention de doctorat en droit , nouveau régime , Unniversité de PIERRE MENDES France , Grenoble , 1996 , P196 .

3- LITTY (O) , Op-cit , P85.

4 - MAGNAN-Fabre (Muriel) , Droit des obligations , Tome 1 , Contrat et engagement unilatérale , 2eme edition , Thémis , Paris , 2007 , P220

5- محمد الصبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 131 .

6- عدنان ابراهيم السرحان و نوري حمد خاطر ، مرجع سابق ، ص 47 .

7 -wysocki (D) , Les apports de Raymond SALEILLES en droit sociale , Document , P16 .

ينطبق وصف العقد بمفهوم القانون المدني مع العقد في علاقات العمل التي تتسم بانفراد صاحب العمل بوضع بنود العقد بإرادته المنفردة. و لا يمكن للعامل إلا أن يسلم لها أو يرفض التعاقد دون مناقشة مسبقة ، و اقترح بذلك (R) SALLEILLE نظرية عقد الإذعان كتقنية قانونية تجسد انعدام المساواة الفعلية في مراكز المتعاقدين ، و ناد إلى ضرورة تكريس القانون نظام خاص بحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان¹ .

غير أنه تحت تأثير مبدأ سلطان الإرادة ظلت نظرية مهجورة لم تعتد بها التشريعات المدنية إلى غاية منتصف القرن 20 و بعد الحربين العالميتين ، بدأت تشريعات مختلف الدول إلى الاعتراف بالنظرية لسيما في بعض تطبيقاتها مثل المسؤولية عن فعل الغير و التزام الضمني بضمان السلامة و الأمن² .

و الحاصل يبدو أن الحرية الاقتصادية أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية، و كان من نتائجها عقد الإذعان، و قد عرف بعض الفقه في مصر ومن بينهم الدكتور عبد المنعم الصدة عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها، و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"³.

فعقود الإذعان ، إذن لا تكون إلا في دائرة معينة ، فهي لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر احتكارا فعلياً أو قانونياً شيئاً يعد ضرورياً للمستهلك، و يصدر الإيجاب

1- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1998 ، ص 55 .

2- السيد محمد السيد عمران ، مرجع سابق ، ص 78 .

3-GHAZAL (J-P) , De la puissance economique en droit des obligations , Thèse précitée , P45 .

4- عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق، ص 55 .

عادة إلى كافة الناس ، و بشكل مستمر ، و يكون واحد بالنسبة للجميع ، و يغلب أن يكون مطبوعاً¹ .

و من أمثلة عقود الإذعان ، عقد العمل في الصناعات الكبيرة ، و عقد التأمين بأنواعه المختلفة² ، و عقد النقل ، و عقد الاشتراك في المياه و الغاز و التليفون ، و التعاقد مع مصلحة البريد و التلغراف ، ففي كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش و لا مفر للطرف الآخر من القبول ، لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة التي لا غنى عنها³ .

إن التقنين المدني الجزائري لم يتناول خصائص عقد الإذعان إلا من جانب القبول فقط، إذ تنص المادة 69 منه : "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشته فيها".

و تناول القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية في المادة 2 فقرة أولى بتكييف عقد الإذعان على أساس أنه عقد⁴ ، و عرفته على أنه : (كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة ، أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه .)⁵

1- السيد محمد السيد عمران ، مرجع سابق ، ص 78 .

2- السيد محمد السيد عمران ، مرجع نفسه، ص 87 .

3--عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق، ص 55 .

4- قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر عدد 41 ، مؤرخة في 27 يونيو 2004 .

5- تنص المادة الأولى فقرة 2 مرسوم تنفيذي رقم 06-306 المتعلق المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المتعلق المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، ج ر عدد 56 : (يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 3 ، الحالة 4 من قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية المؤرخ في 24 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه ، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، ، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع اذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الاخير احداث تغيير حقيقي فيه)

و هو نفس التعريف الذي تبنته المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية¹.

عرف القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش السلعة من خلال المادة 3 فقرة 17 بالنص: "السلعة كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا" فيبدو من هذا التعريف أن نطاق السلعة واسع يشمل كل الأشياء المادية².

و عرف المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش الخدمة في مادته 4/2 بمايلي: "الخدمة هي كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتج و لو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له"³.

و عرفت كذلك في إطار قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش في نص المادة 6/3 بما يلي: "الخدمة كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة حتى و لو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"

و القضاء و الفقه الفرنسي القديم، ذهب إلى وضع شروط أخرى لعقد الإذعان، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تطبيق فكرة ناد بها الفقه الفرنسي القديم في قرار لها مؤرخ في 1969/6/3 و الذي أضاف شروط أخرى لعقود الإذعان و هي⁴:

- أن يكون الموجب في وضع اقتصادي احتكاري سواء كان هذا الاحتكار قانونيا أو فعليا.
- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة من الضروريات الأولية وفقا لاحتياج مجموع الناس .

1- قانون 03-09 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش السالف الذكر .

2- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص 464 .

3- مرسوم تنفيذي 39-90 يتعلق برقابة الجودة و قمع الغش ، عدد 5 ، مؤرخة في 31 يناير 1990

4- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق ، ص 464 .

2-العقود النموذجية

ينفرد الأطراف - من حيث المبدأ- بتحديد التزامات العقد الذي يربطهم، و لكن في عدة حالات يمكن أن يحدد مضمون العقد أو جزء منه من طرف الغير، و هذا ما يعرف بالعقد النموذجي، فيمكن تعريف العقد النموذجي على انه نموذج تعاقد يفرض سلطته، فهو عقد على شكل استمارة أو مطبوعة، و ما على الأطراف سوى ملأ الفراغ (البياض) من أجل تفريد الاتفاق لشخصيته¹، و هو أيضا موجّه لعدد كبير من المتعاقدين و بالتالي فإن الحاجة هي التي دعت إلى إعداد نموذج بدل تحرير عقد خاص في كل مرة، فهذا أسهل وأقل كلفة².

فالعقود النموذجية هي عقود توضع من قبل منظمات متخصصة أو هيئات معينة و أحيانا يكون وضع بعض العقود في شكل نموذج أمر حتمي، و من أبرزها العقود الجماعية، و هي تلك العقود التي تبرمها الهيئة لتنظيم علاقة أفرادها بفرد آخر أو بهيئة أخرى و بتمام إبرامها تنفذ شروطها على كلّ فرد³، فعقد العمل الجماعي يعد أحسن مثال و أهمّها ففي هذا العقد يقوم اتفاق بين رب العمل أو بين اتحاد من أرباب الأعمال، و بين نقابة العمال أو اتحاد نقابات العمال فيتضمن هذا الاتفاق الشروط التي يجب إتباعها في عقود العمل الفردية، و هذا للحد مما قد يفرضه رب العمل على عامل معيّن من شروط قد يضطر هذا الأخير بقبولها⁴.

إن تدخل الغير في العقد يمكن أن يكتسي أشكالا متنوعة و ينتج آثار مختلفة، حيث تتأثر إرادة الأطراف - في عدة حالات- بإرادة الغير، و لكن من الناحية النظرية، يكون الأطراف أحرار في التعاقد بشروط مختلفة، غير أنه في بعض الحالات التطبيقية، لا يقبل الشخص المقبل على التعاقد إبرام العقد إلاّ لشروط معينة يفرضها هو، كما يمكن للأطراف أن يسندوا مهمّة تحديد بعض شروط العقد للغير⁵، فمثلا فيما يخص عقد البيع ليس من الضروري أن يحدّد الثمن من قبل

1- Myelamine, L'autonomie de la volent dans les nouvelles relations, ile: //E: juris Maroc.HTM, P04.

2- MAGNAN-Fabre (M), Droit des obligations, Tome 1, contrat et engagement unilatéral, 2^{ème} éd, Thémis, paris, 2007, P230.

3 -TERRE (A) et TERRE (F) , Droit civil , Les obligations ,Op-cit, P45

4- خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص117.

5 - Well (A) et Terre (F), Op-cit , p109.

الأطراف، بل يمكن أن تكون محددة حسب القانون المدني الفرنسي في مادته 1592 إلى التحكيم من طرف الغير، و كذلك المادة 1854 التي تسمح للشركاء إمكانية اللجوء إلى تحكيم الغير في تنظيم الحصص، أما في التشريع الجزائري فيتم اللجوء إلى تحكيم سعر السوق¹.

من الناحية العملية، يلجأ الأطراف في الكثير من الأحيان بسبب جهلهم وقلة خبرتهم إلى طلب النصح من مختصين مثل موثق أو سمسار، فيحرر هذا الأخير بنود العقد بموجب المشورة فتكون بذلك الشروط التي تعودوا على اقتراحها، و الصيغ التي تعودوا استعمالها هي التي تحدد بنود العقد و تحدد بذلك إرادة الأطراف².

إلا أن تطبيق العقود النموذجية يعطي مثالا آخر لتدخل الغير في تحديد مضمون العقد، ففي العديد من المهن، تحرر التنظيمات المهنية عقود نموذجية، فيكتفي المهنيون الملزمون بإبرام عقود مع مورديهم أو زبائنهم بالرجوع إلى العقد النموذجي، عوض أن يحرروا شروط الاتفاق بأنفسهم³.

و العقود النموذجية المهنية رائجة جدًا، فهي تستجيب للحاجة العميقة للتجارة، بالسماح لهم بتقليص مرحلة ما قبل التعاقد، و كذلك إتباع الحركة السريعة لحياة العمال، كما تسمح أيضا بسدّ النقص الموجود في التقنين المدني و التجاري، فالعديد من الأحكام المتعلقة بمختلف العقود ليست مفصلة⁴.

فالعقود النموذجية هي مبدئيا اختيارية، إذ تكون للمتعاقد الحرية في الانسحاب إذ أراد ذلك و هي ستطبق مادام أنهما اختارا العقد النموذجي ما عدا الأحكام التي تم استثنائها صراحة و في بعض الحالات⁵، لا تحدد بعض الشروط فقط من قبل الغير بل كلها كما يحدث في عقود التوزيع أين يحدد ثمن البيع من قبل المنتج، فحتى لو اشترى البائع النهائي السلعة من الموزع و ليس المنتج فإنه سيلتزم بالثمن الذي حدد هذا الأخير، أو كما لو أن نقابة أرباب العمل قررت أنه لا

1 -NORDMANN (PH) , Op-cit , P61

2-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص60

3 Myelamine, Cour precite, P 104

4 Well (A) et Terre (F), op.cit, p109.

5 -NORDMANN (PH) , Op-cit , P61

يجب على أعضائها أن يتفاوضوا مع الزبائن، إلا بموجب عقد نموذجي محرر من طرف مسيري النقابة¹.

كذلك شروط وثيقة التأمين، عقود النقل، عقود البيع بالجملة، كلها محددة مسبقا من طرف التكتلات المهنية، فإذا لم يحترم بائع التجزئة، أو عضو النقابة توجيهات هذه الأخيرة أو العقد النموذجي في علاقاته مع الزبائن، فالعقد المبرم بشروط أخرى يكون صحيحا بمجرد أن تتم الشروط العامة لصحة العقد، و لكل من يعنيه الأمر أن يطلب التعويض عن الضرر من المتعاقد المذعن².

و العقود النموذجية ليست بالضرورة عقود إذعان و إنما قد تكون وضعت لتوفير الوقت في إعداد العقد في ظل سرعة المعاملات و وفرتها، إذ يكون للمشتري حق مناقشة بنود العقد³.

فبائع السلع الكهربائية في المحلات الكبرى قد يبيع من ذات السلع مائة وحدة في اليوم، وهو ما يعني - في ظل ضرورة إعداد عقد عن كل عملية بيع - ضرورة إعداد مائة عقد⁴، بينما اليوم في ظل العقد النموذجي فإن إعداد هذه العقود لا يتطلب إلا إضافة اسم المشتري و تاريخ الشراء وتحديد اسم البائع و بعض البيانات التكميلية التي يترك مصدر العقد النموذجي مكانا مسبقا لها، وبالتالي يمكن مفاوضة بعض الشروط في العقد عكس عقود إذعان و إن كانت كل عقود إذعان عقود نموذجية⁵ إذ أن العقد النموذجي هو الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان، نظرا لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب و معد لانضمام المتعاقد المذعن، غير أنه ليس كل عقد نموذجي عقد إذعان، لأن هناك الكثير من عقود نموذجية للطرف الآخر مناقشة هذه الشروط و المفاوضة فيها⁶.

1- حسن عبد الباسط جمعي ، مرجع سابق ، ص108.

2- عبد الحكيم فوده، مرجع سابق ، ص55

3 - MAGNAN-Fabre (M), Op-cit , P55

4 -WELL (A) et TERRE (F) , Op-cit , P103

5- حسن عبد الباسط جمعي ، مرجع سابق، ص108.

6- خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص117.

و الهدف من العقد النموذجي ليس بالضرورة فرض شروط العقد، و إنما و بالدرجة الأولى توفير الوقت و النفقات، حيث من الأيسر عدم تكرار الكتابة اليدوية لعدد من العقود يتساوى مع السلع و الخدمات المتماثلة التي تتم بيع الآلاف منها كل يوم¹، و على عكس عقد الإذعان لا يتمتع البائع أو مقدم الخدمة في العقود النموذجية دائماً بوصف الاحتكار، و لا يمكن اعتبار كل هذه السلع و الخدمات من الضروريات اللازمة و التي لا يمكن الاستغناء عنها².

و بالرغم أن مصطلح العقد النموذجي ليس مرادفاً لمصطلح عقد الإذعان، إلا أنه هذه العقود تكاد تطيح بحرية الطرف الذي ينظم إليها في التعبير عن إرادته.

إذ أنها تتميز هذه العقود بالسرعة و التدقيق إلى درجة أن الطرف المنظم إليها يفاجأ بها في اللحظة التي يبرم فيها العقد بما لا يتيح له فرصة للإطلاع عليها و التعرف على شروطها، لاسيما أن هذه العقود لا تنتشر و لا توزع على الطرف المطلوب منه الانضمام إليها³.

كما تدفع سرعة التعامل إلى التوقيع على العديد من هذه العقود النموذجية بما لا يترك مجالاً أمام الأفراد لتوقيع كل عقد على حدة، خصوصاً في ضوء الشعور السائد بأن كل ما هو مطبوع واجب الاحترام كما لو كان قانوناً، كل هذا بالطبع بالإضافة إلى الثقة التقليدية في مقدمها⁴.

و هكذا يتعاقد المتعامل بدون علمه ببند العقد أو على أقل تقدير من غير معرفة بآثاره وبمداها.

1- عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 324.

2 - MAGNAN-Fabre (M) , Op-cit , P55

3 -Idem, P5

4- Ibidem , P55

المبحث الثاني

الحماية القانونية لمركز المتعاقد

يقوم مبدأ سلطان الإرادة على المساواة الشخصية المفترضة ، و يكون صحة التراضي الأساس الذي تقوم عليه قرينة المساواة الشخصية ، بينما أفرزت الحياة الاقتصادية مراكز فعلية غير متساوية¹ ، و الوضع الفعلي الذي أفرزته يستقيم مع عدم ملائمة القواعد التقليدية في إعادة التوازن بين المتعاقدين ، الذي فسح المجال لتدخل القانون لوضع حد لاختلال التوازن في مراكز أطراف المتعاقدين² .

و نتولى في هذا المبحث عن معايير اختلال التوازن في مراكز المتعاقدين (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى عناصر الحماية القانونية لمركز المتعاقد (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

معايير الحماية القانونية لمركز المتعاقد

تتعارض المساواة القانونية التي تفرضها قواعد القانون المدني مع المساواة الواقعية ،حيث أنه بعد أن كان ينظر إلى المساواة على أساس صحة التراضي، أصبح ينظر إليها من خلال تكافؤ المراكز الاقتصادية للمتعاقدين ، حيث أنه لم تعد العلاقة تنحصر بين المتعاقدين و إنما أصبحت العلاقة بين ذمتين ،و نتولى بالبحث عن معايير اختلال التوازن بين المتعاقدين من حيث المعيار الشخصي (الفرع الأول) و المعيار الاقتصادي (الفرع الثاني) و المعيار القانوني (الفرع الثالث)

¹ - CROTEU (N) , Op-cit , P56

² - D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in L'avenir du droit, droit, Mélanges Terré, Dalloz. PUF. Juris-Class., 1999, p.603.

الفرع الأول

المعيار الشخصي

يتضمن مبدأ حسن النية بعدين نفسي و الأخلاقي¹ ، يتعلق البعد النفسي (subjectif criterion) بماهية الاعتقاد الداخلي للشخص المتعاقد على نحو قد يحمله على مراعاة مصالح الطرف المقابل كما يتعامل مع مصالحه² (أولاً)، و اعتدت المدرسة الألمانية فقط دون غيرها بهذا البعد على أساس افتراض الصدق و الأمانة في المعاملات القانونية ، و يتعلق البعد الأخلاقي (objective priterion) بمؤشرات خارجية أساسها سلوك الرجل العادي في المجتمع التي تؤدي إلى تحقيق التوازن العقدي و العدالة³ (ثانياً).

أولاً: البعد النفسي لمبدأ حسن النية (عيوب الإرادة)

يفرض مبدأ حسن النية التزام بالنزاهة ، أي امتناع المتعاقدين عن الغش و التدليس أثناء تكوين العقد و تنفيذه، غير أنه يثور السؤال مدى انطباق نظرية عيوب الرضا على حالة اختلال التوازن في مراكز أطراف العقد بسبب انعدام التوازن المعرفي (1)، وحالة الضرورة الاقتصادية(2).

1-التدليس

تتشكل العلاقة بين اختلال التوازن المعرفي و مبدأ حسن النية في الجزاء الذي تفرضه نظرية عيوب الإرادة على السكوت عمدا عن واقعة ، لأنه لا يشكل هذا الأخير تدليسا إلا إذ وجد

1-عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص324.

ويجتمع البعد الشخصي و الموضوعي لمبدأ حسن النية في التزامين ، الالتزام بالتعاون و النزاهة ذلك أن اطراف العملية التعاقدية ينبغي أن يكونوا على قدر من الاستقامة تؤهلهم أن يكونوا محلا للثقة المتبادلة ، ولذلك جعل المشرع في المواد من 81 الى 90 ق م ج العقود التي تنطوي على التدليس الغلط الاكراه الاستغلال مشوبة بعيب يعرضها الى البطلان، راجع:علي فلالي ، مرجع سابق ، ص158 .

2 -HUYGENS (A) , op-cit , P 40 .

3-ابراهيم عبد العزيز داود ، مرجع سابق، ص61.

التزام سابق بالإعلام ، و يشكل اختلال التوازن المعرفي بين المتعاقدين تدليس معيب للرضا ، لأنه يتمتع المتعاقد القوي بقوة اقتصادية تخوله أن يكون على دراية و علم بكل خصائص المنتج¹ .

غير أن هذا القول مردود فيه لان السكوت عن واقعة لا يشكل تدليسا إلا إذا صاحبه نية تظليل المستهلك ، و هذه النية يصعب على المستهلك إثباتها خصوصا أن إمكانيات المستهلك بسيطة لا تمكنه من إثبات المعلومات التي كان على المتدخل التزام بالإعلام بها² ، و هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي على أنه يجب التمييز بين سوء نية المدين و عدم حيظته ، إذ في الحالة الأولى يشكل سلوك ايجابي من المدين بإتيان فعل يتتافي مع مقتضيات النزاهة و الثقة بين المتعاقدين ، بينما يكون سلوك المدين في الحالة الثانية سلبى ، إذ يتمتع المتعاقد المحترف اتخاذ الاحتياطات اللازمة بهدف إعلام المستهلك وفق سلوك الرجل العادي³ .

2-الاكراه

يكيف بعض الفقه في فرنسا حاجة الطرف الضعيف إلى السلعة و الخدمة و احتكار الطرف القوي بها، ضرورة اقتصادية تفرض على المتعاقد الضعيف الخيار بين قبول التعاقد بشروط مجحفة على التعرض إلى مخاطر اكبر بسبب عدم التعاقد⁴ .

يكيف الفقه هذه الوضعية بالاكراه الاقتصادي المعيب لرضا المتعاقد الضعيف، لأن المتعاقد الضعيف ما كان يتعاقد لو لم يكن في حالة الضرورة الاقتصادية التي تفرض عليه القبول.

تبنى القضاء الفرنسي هذا الموقف في قرار صادر عن محكمة استئناف AIX مؤرخ في 1988/2/14 تتلخص وقائعها⁵ : (بناء على عقد طويل الأمد التزم مورد بتزويد صاحب مصنع قارورة مصنوعة بمادة الألمنيوم ، و على اثر صعوبات اقتصادية لدى المورد افتقر هذا الأخير

1 -CROTEAU (N) , Op-cit, P56 .

2 -BERNGER (F) , Op-cit , P69 .

3-مزغيش عبير ، مرجع سابق ، ص497.

4-مزغيش عبير ، مرجع نفسه ، ص 496.

5 - HUYGENS (A) , op-cit , P 55 .

للقارورات المصنوعة بمادة الألمنيوم ، قام هذا الأخير بتزويد المصنع بقارورات أقل جودة مصنوعة بمادة الحديد ، و على اثر حلول موسم الاصطياف و الإقبال الكبير للزبائن على القارورات اضطر صاحب المصنع قبول القارورات الأقل جودة . رفع صاحب المصنع دعوى قضائية يطالب فيها بالتعويض ، على أساس أن قبوله بالقارورات لم يكن حرا و إنما صادر عن ضرورة اقتصادية فقط تفرض عليه التعاقد و تجنب عزف الزبائن الإقبال على منتوجاته . صدر قرار عن محكمة AIX ورد فيه " تنعدم حرية الاختيار في قبول صاحب المصنع ، لأن القبول صادر تحت ضرورة اقتصادية تفرض عليه التعاقد ، وتشكل هذه الضرورة الاقتصادية إكراه معيب للرضا " ¹ .

غير أنه يرى جانب آخر من الفقه ، على أنه لا يمكن تكييف الضرورة الاقتصادية على أساس الإكراه المعيب للرضا ، لأن هذا الأخير لا يستعمل وسائل غير قانونية لإجبار الطرف الضعيف للتعاقد ² ، و إنما تعود الضرورة الاقتصادية إلى الواقع الفعلي الذي افترسه السوق كما لا يهدف المتعاقد القوي تحقيق غاية غير مشروعة و إنما يهدف إلى تحقيق فائدة مشروعة ³ .

و في رأينا لا يمكن تكييف الضرورة الاقتصادية على أساس الإكراه المعيب للرضا، لأن هذا الأخير يقتضي استعمال المكره وسائل غير مشروعة بهدف تحقيق غاية غير مشروعة، بينما لا تنطبق هذه الشروط على حالة الضرورة الاقتصادية التي هي واقع اقتصادي بحث لا شأن لها بإرادة المتعاقدين.

ثانيا: البعد الأخلاقي لمبدأ حسن النية

يشكل مبدأ حسن النية قاعدة أخلاقية ترتب التزامات على عاتق المتعاقدين ، بالامتثال لسلوك تقتضيه القواعد الاجتماعية، و يشكل معيار الرجل العادي النزيه مقياس في تحديد السلوك التعسفي و الإضرار بالغير ، حاول بعض الفقه تأسيس التعسف في عقد الإذعان على أنه سلوك

1 - HUYGENS (A), op-cit , P 55 .

2- مزغيش عبيد ، مرجع سابق ، ص 55 .

3- عيساوي عزالدين ، العقد كوسيلة لضبط السوق ، مقال منشور في مجلة المفكر ، العدد 3 ، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 66 .

منافي للوضيفة الاجتماعية للحق (1)¹ ، بينما ذهب STOFFEL-MUCK و بعض الفقهاء في فرنسا إلى عكس ذلك و يرى أن التعسف هو تجاوز لحدود الحرية بشكل يخالف القاعدة القانونية الملزمة التي تحد من حرية الإرادة (2)² .

1-التعسف سلوك منافي للوضيفة الاجتماعية للحق -(نظرية التعسف في استعمال الحق)-

يترتب عن الالتزام الثاني في مبدأ حسن النية التزام بالتعاون بين المتعاقدين الأمر الذي يفرض على المتعاقدين سلوك لا يتنافى مع مبدأ حسن النية (التعسف في استعمال الحق)³ .

يرى demogue أنه لا ينحصر مبدأ حسن النية في قواعد النزاهة و الثقة فحسب، و إنما يشمل بعد أخلاقي ، يفرض التعاون بين المتعاقدين، و ذلك لأن العقد بحسب رأيه يحقق مصالح متقابلة، و هذا يقتضي على المتعاقدين سلوك لا يتنافى مع قواعد حسن النية وفقاً لمعيار الرجل العادي، و هذا عملاً بالنظرية الاجتماعية للعقد التي تكون العدالة أساسها⁴ .

و يرى أن استغلال احد المتعاقدين وضعيته الاقتصادية في التعسف في تحديد شروط العقد يشكل خطأ وفق مقتضيات مبدأ حسن النية⁵، و يتضمن الخطأ حسب عنصرين، عنصر موضوعي يتمثل في اعتداء على حق، و عنصر شخصي يتمثل في أن يكون المعتدي مدركاً أو كان في وسعه أن يدرك الاعتداء على حق الغير⁶. ذلك أن مبدأ حسن النية يقتضي التعاون بين المتعاقدين في تكوين العقد، و يجب أن يكون الهدف من التعاون تحقيق مصالح متبادلة بشكل

1 -CROTEAU (N) , Op-cit , P425 .

2 -STOFFEL-MUNCK (P) , L'abus dans les contrat (essai d'une theorie) , LGDJ , Paris , 2013 , P420

3-CATHIARD (A) , L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : L'apport de l'analyse économique du contrat , Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE , 2006 , P281 .

4 -DEMOGUE (R) , De la violence comme vice de consentement , revue ,daloz ,1914 , P 450 .

5 - Idem , P451 .

6- الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير قدمت في القانون الخاص ، دار الرسالة للطباعة ، العراق ، 1975 ، ص45 .

يراعي الطرف القوي في إدراج بنود العقد مصلحة المتعاقد الضعيف، و بالنتيجة فإن استغلال أحد المتعاقدين وضعيته العقدية في إدراج شروط تعسفية يشكل تعسف في استعمال الحق¹.

و حاول جانب من الفقه تبرير هذا الطرح الذي جاء به demogue من خلال مقابلة الحرية التعاقدية بالحق، و يرون أن التعبير عن الإرادة ناتج عن ممارسة الحق²، و هذا الوضع هو الذي يفسر تأسيس الشرط التعسفي على نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن الإرادة عاجزة على إنشاء آثار قانونية ، إن لم يكن التعبير عنها ناتجا عن ممارسة الحق ، لأن الإرادة ما هي إلا العضو المنفذ ، فممارسة الحق هي التي تعطي القدرة لصاحبه حتى ينشأ حقوق أخرى عن طريق العقد³.

و يقارب هذا الاتجاه بين الحرية و الحق لأن حرية التعاقد ليست إلا مظهرا من مظاهر الحرية ، و يرى الأستاذ ANCEL " لا يمكن التمييز بين الحق و الحرية و أن المحاولات الفقهية المختلفة في التمييز بين الحق و الحرية انتهت بنتائج متعارضة ، هذا ما يبين أنه لا يمكن فصل الحق عن الحرية"⁴.

و يرى جانب آخر من الفقه أن الحق وجه من أوجه الحرية، لان مجال الحرية أوسع من الحق، و إذا كان كل حق يقابله حرية فليس كل حرية يقابلها حق، و يقول الفقيه Rouast "الحق وجه من أوجه الحرية لأن الحرية تشمل الحق و لا ترادفه"⁵.

و تبنت محكمة الاستئناف الكندية البعد الأخلاقي لمبدأ حسن النية من حيث إقرار فكرة احتواء التعسف في استعمال الحق وضعية التعسف في استغلال وضعية التفوق الاقتصادي، و

1 - HUYGENS (A) , Op-cit , p 62 .

2- رفيق نسير ، مرجع سابق ، ص 45 .

3- رفيق نسير ، مرجع نفسه ، ص 140 .

4 -ANCEL (P), Critère et sanction de l'Abu de droit en matière contractuelle, cahier de droit de l'entreprise, 1998, P 150.

5 -ROUAST (A) , Les droit discrétionnaires et les droit contrôlés , RTD CIV , 1944 , P 144 .

ذلك من خلال قرار مؤرخ في سنة 1990 في قضية **houle** الذي ورد فيه¹ : (يكون استعمال الحق حسب قواعد العدالة و النزاهة ، و الذي يعد السلوك الذي ترتضيه القواعد الاجتماعية) . وتقول **Brigitte lefebvre** في هذا الشأن " يفرض التفسير الواسع لمبدأ حسن النية جزاء على استغلال المحترف وضعية التفوق الاقتصادي " ² .

و تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه و اعتبرت أن التعسف في الوضعية العقدية يشكل إخلال بمبدأ حسن النية في بعده الأخلاقي، و بالنتيجة إخلال بالالتزام عقدي طبقا لنص المواد 1134 و 1135 من القانون المدني الفرنسي³ ، حيث صدر قرار عن الغرفة المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1 ديسمبر 1995 ورد فيه: (إذ لم يتم تحديد ثمن المبيع في العقد الأساسي ، و اتفق المتعاقدين على أن يقوم البائع بتحديد للاحقا ، يترتب على حالة تعسف البائع في تحديد الثمن فسخ العقد و التعويض ، دون أن يمتد الأثر إلى البطلان) ⁴ .

يتبين من هذا القرار أن التعسف في استعمال الحق هو أساس الشرط التعسفي، و هذا ما يتجلى في الأثر الذي رتبته محكمة النقض الفرنسية على الشرط التعسفي ، اذ لا يشكل عيب في تكوين العقد ، و انما يمتد الى تنفيذه من خلال الجزاء الذي أقرته المحكمة في التعويض و الفسخ⁵.

وأيد الفقه الفرنسي هذا القرار غير أنه اختلف بين طرف يرى أن الشرط التعسفي أساسه نية المتعاقد القوي في الإضرار بالغير الواردة في الحالة الأولى المنصوص عليها في المادة 124 مكرر 1 تقنين مدني جزائري⁶ ، و يرى جانب آخر أن التعسف أساسه الغرض في تحقيق

1 -LEFEBVRE (B) , la bonne foi : notion protéiforme ,article , revue n ° 26 , 1996 , p 4

2 -Idem , 45.

3- Ibidem, p 45.

4 - HUYGENS (A), Op-cit , p.65 .

5 -Idem , p.66 .

6- تنص المادة 124 مكرر قانون مدني جزائري : (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

- إذا كان يرمي إلى تحقيق فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .)

فائدة غير مشروعة، و هذا المفهوم ينطبق مع الحالة الثالثة التي جاءت بها نص المادة السالفة الذكر، لأن التعسف يأتي فعل خارج عن النظام العام و الآداب¹.

و هذا المفهوم لا ينطبق مع مفهوم الشرط التعسفي، لأن المتعاقد القوي لا يهدف من خلال تعاقد الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، و إنما يهدف المتعاقد القوي إلى تحقيق ميزة مفرطة²، و هذا ما ذهب إليه بعض الفقه على أساس أن المتعاقد القوي يبحث عن ميزة مفرطة، و التعسف غالبا ما يصاحبه نفوذ اقتصادي، فالميزة المجففة التي تمثل نتيجة الشرط التعسفي و هدفه، تتمثل في ذلك التفاوت الشاسع بين الضرر الذي يلحق الغير و بين المنفعة التي تعود على صاحب الغير، دون أن تقترن بغاية غير مشروعة³.

2-التعسف تجاوز حدود الحرية التعاقدية

يرى جانب من الفقه أنه لا يشكل التعسف تجاوز في حدود الحق، لأنه يستند بطبيعته الى قانون يقره، بينما التعسف ما هو إلا ممارسة حرية بشكل يجاوز حدودها على أساس قواعد قانونية خاصة تحد من هذه الحرية بهدف حماية المصلحة العامة و الخاصة⁴، فالتعسف إذن ما هو إلا تعسف في ممارسة سلطة واقع (أ)، و هو مستقل عن مبدأ حسن النية يستند إلى نصوص خاصة تخره (ب).

1- عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة - 2012-2013، ص 13.

2 - PLEIGN-ZIKA (C-M), La notion de clause abusive au sens de l'article 132-1 de code de la consommation, These de doctorat, Droit privé, Université Panthéon-Assas, Paris, 2013, P55

3- اختلف الفقه في تكيف نظرية التعسف في استعمال الحق، بين رأي يرى أنها ليست الى تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، وانقسم هذا الرأي الى اتجاهان، اتجاه يرى أن التعسف هو تصرف خارج حدود الحق، واتجاه آخر يرى أن التعسف هو تصرف في حدود الحق غير أنه خطأ ذو طبيعة متميزة، ويرى الاتجاه الثاني أن التعسف يختلف اختلافا كليا عن المسؤولية التقصيرية وانقسم هذا الرأي الى اتجاهان، اتجاه يرى أن التعسف وسيلة اخلاقية تندمج في استعمال الحق، ويرى اتجاه آخر أن التعسف يتجاوز المبادئ العامة في القانون، و الرأي الراجح فقها هو الرأي الأول القائل أن التعسف في استعمال الحق هو خطأ تقصيري، للمزيد من التفاصيل، الرجوع الى محمد مصطفى غازي زيدان، مرجع سابق، ص 228.

4 - STOFFEL-MUNCK (P), L'abus dans les contrat (essai d'une théorie), Op-cit, P420.

أ-التعسف ممارسة سلطة واقع

لا تخلو نظرية التعسف في استعمال الحق من النقد سواء لاعتبارات شكلية أو موضوعية فبالنظر إلى موقع المادة 124 مكرر 1 تقنين مدني جزائري بعد تعديل القانون المدني بموجب أمر 10-05 الذي قام بنقل المادة 41¹، التي كانت تقع ضمن الأحكام العامة للقانون إلى نص المادة 124 مكرر 1 الواردة ضمن أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي، و بالنتيجة فان التعسف في استعمال الحق نظرية أجنبية عن العقد لأنها لم ترد ضمن الأحكام العامة و لا في المواد الخاصة بالعقد².

و إن الاتجاه الذي تبنى نظرية التعسف في استعمال الحق أساس الشرط التعسفي ، يساوي بين الحق و الحرية ، من حيث أن كلاهما يؤديان وظيفة اجتماعية ، حدد القانون مضمونها غير أنه تتعارض الوظيفة اجتماعية مع مبدأ الحرية التعاقدية بذاته ، حيث يرى STOFFEL MUNCK أنه لا يمكن أن تؤدي الحرية التعاقدية وظيفة اجتماعية ، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ التي يقوم عليها النظام الرأس مالي ، في إزالة القيود أمام المبادرة الفردية³، و ما في الأمر أنه تحافظ الحرية التعاقدية على قداستها لكن تدخل الدولة في الحقل الاقتصادي ، يجعلها مبدأ غير مطلق و إنما محدد بقيود لا يجوز للمتعاقد تجاوزها ، المتمثلة في القانون الذي يسمو على إرادة الفرد⁴.

1- تنص المادة من أمر 75-58 المتعلق بالقانون المدني : (يعتبر استعمال الحق تعسفا في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- إذا كان يرمي إلى تحقيق فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .)

2- عنصري بوزار شهناز ، مرجع سابق ، ص 13.

3-STOFFEL-MUNCK (P) , L'abu dans les contrat (essai d'une theorie) , Op-cit , P420

4 -LUCAS de LEYSSAC (C) , Transparence , dépendance et partenariat , Colloque Lille , 1996 , P5 :

(L'époque de l'économie administrée est révolue [...] La règle de droit ne doit pas peser sur le fonctionnement normal du marché) .

و يختلف الحق عن الحرية خاصة في أساس كل منهما، حيث إذا كان أساس الحق واقعة قانونية يستند إلى قاعدة قانونية في نشأته، بينما لا تستند الحرية إلى نص قانوني معين و إنما تنشأ الحرية مستندة إلى المبادئ العامة ، كما أن الحق ينشأ للشخص الذي حدده القانون بينما الحرية تنشأ لأشخاص غير محددين، و يكون موضوع الحق محدد بينما موضوع الحرية غير محدد و وواضح¹ .

و يتبين من خلال التمييز بين الحق و الحرية أن التحديد الأحادي لبنود العقد حرية و ليس حق لأنه لا يستند إلى نص قانون معين ، و إنما ينشأ عن الواقع الاقتصادي الذي أفرز مراكز عقدية غير متساوية، و يمثل التحديد الأحادي لبنود العقد ممارسة سلطة واقع ، و هذا ما جاء به Lasbordes (V) في كتابه العقود الغير المتساوية² " les contrats desequilibrés " أنه أفرز الواقع الاقتصادي سلطة فعلية يتمتع بها صاحب المركز القوي في الساحة الاقتصادية يخوله سلطة فرض بنود العقد على الطرف الضعيف و لا يمكن لهذا الأخير مناقشتها، و يرى lasbordes أنه يترتب عن تعسف المتعاقد القوي في استعمال سلطة التفوق الاقتصادي انتشار الشروط التعسفية³ .

ب-التعسف يخالف قاعدة قانونية

يختلف التعسف عن الاخلال بالقواعد الأخلاقية المنبثقة عن مبدأ حسن النية⁴، حيث لا يشترط إثبات أن التعسف مخالف لقواعد النزاهة و الثقة في التعامل، و إنما يكفي إثبات أن السلوك

1- محمد السعيد جعفر ،مدخل الى العلوم القانونية ، دروس في نظرية الحق ، الجزء الثاني ، دار هومة ،الجزائر

2011 ، ص45

2 -LASBORDES (V) , op-cit , p . 214 .

3 - Idem , P . 214 .

4 - STOFFEL-MUNCK (P) , L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie) , Op-cit , P420 .

يحظره القانون لأنه يشكل إخلال بتوازن العقد الذي ينظمه قانون حماية المستهلك¹، أو يشكل اعتداء على توازن السوق الذي يحدد قواعده قانون المنافسة².

-الإخلال بتوازن العقد (الإخلال بقانون حماية المستهلك)

تبنى القضاء الألماني من خلال نص المادة 142 قانون مدني مبدأ حسن النية أساس في إبطال الشروط التعسفية ، إذ أن المادة 10 من قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة³ منحت القضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي ، و العمل على تحقيقه ، كما نصت المادة 9 من نفس القانون على تحديد معنى الشروط العامة التي تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية⁴.

و على عكس القضاء الألماني ، لم يتبنى القضاء الفرنسي مبدأ حسن النية كمعيار في تحديد التعسف في عقد الإذعان ، و إنما ربطه بالقانون الذي يحدد السلوك الذي يمكن اعتباره تعسفاً⁵ وهذا ما ذهب إليه طرح STOFFEL-MUNCK ، أنه يمثل القانون قيد على حرية الإرادة في تحديد مضمون العقد ، و يشكل تجاوز المحترف حدود حريته في تحديد مضمون العقد تعدي على القوة الملزمة للقواعد القانونية⁶.

و هذا ما ذهب إليه قانون حماية المستهلك رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية إلى تحديد الشروط التي تعد تعسفية من خلال نص المادة 29 منه⁷ ، و كذا نص المادة 1-132 قانون الاستهلاك الفرنسي ، و على هذا الأساس لا يمكن للقاضي تبني مبادئ عامة أمام وجود نص خاص .

1-LUCAS de LEYSSAC (C) , Op-cit , P85

2-CATHIARD (A) , Op-cit , P89

3-سي طيب محمد امين، الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك -دراسة مقارنة- ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان ، 2008 ، ص56 .

4- سي الطيب محمد أمين ، نفس المرجع، ص56 .

5-CATHIARD (A) ,Op-cit, P56 .

6-STOFFEL-MUNCK (P) , L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie) , Op-cit , P420 .

7-وتضمنت المادة 29 من القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية على ثمانية شروط تعسفية ،والتي تتمثل في: اخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك (.....) .

-الإخلال بتوازن السوق (الإخلال بقواعد قانون المنافسة)

يضمن قانون المنافسة أحكاما تخص حماية المستهلك من الآثار السلبية للممارسات المنافسة للمنافسة التي ترمي إلى تقييد المنافسة و احتكار السوق و هذه الممارسات تعد إخلال بمبدأ حسن النية في بعده الأخلاقي الذي يفرض التعاون بين المتعاقدين قبل التعاقد و أثناء تكوين العقد و تنفيذه¹ .

و من المعروف أن المنافسة ترمي إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية و تحسين معيشة المستهلكين ، و المستهلك هو المعني بالدرجة الأولى بالعملية التنافسية ، بما توفره له من الاختيار الحر بين عدد من السلع و الخدمات و بما تحققه من خفض للأسعار تساعد على رفع قدراته الشرائية و لذا فان تقييد المنافسة و إخراجها عن مسارها الطبيعي يعتبر عملا غير مشروع وسلوكا محظور يخل بأهداف المنافسة الحرة كوسيلة للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية² .

و يندرج قانون المنافسة الجزائري الصادر في 1995 ضمن الإصلاحات الاقتصادية التي تستمد أساسها القانون 88-01 من القانون التوجيهي الخاص بالمؤسسات العمومية الاقتصادية³ كما تكمن أهميتها أيضا في كونه من النصوص الرسمية التي اعترفت ضمنا بمبدأ حرية التجارة و الصناعة قبل أن يكرسها الدستور في 1996 حيث نص على أن " حرية التجارة و الصناعة مضمونة "⁴ .

وإن قانون المنافسة فتح المجال واسعا للتزاحم و التنافس في المجالات التجارية و الصناعية، و هذه الحرية المتاحة لممارسة النشاط الاقتصادي تحتاج إلى تنظيم و ضبط⁵ ، و إذا كانت القيود

1 - LEFEBVRE (B) , la bonne foi : notion protèiforme , Article précité , P47 .

2- محمد الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة، مجلة المدرة الوطنية للإدارة ، العدد 23 ، 2002 ، ص 57 .

3- قانون 88-01 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 1988

4 - المادة 37 من دستور 96، ج ر عدد 76 ، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 .

5- محمد الشريف كتو ، مرجع سابق ، ص 57 .

التي تضعها السلطة على حرية المنافسة متعددة و متنوعة ، تلعب دور في حماية المستهلك وضمان سلع و خدمات بأقل ثمن و أكثر جودة¹ .

غير أنه يختلف التعسف في قانون حماية المستهلك عن نظيره في قانون حماية المنافسة فالأول يهدف إلى حماية المستهلك من اختلال توازن العقد ، بينما الثاني لا يهدف إلى حماية العون الاقتصادي الضعيف ، و على العكس يضمن بقاء المتعاملين الاقتصاديين الأكثر كفاءة الذين يزودون السوق بالمنتجات الأكثر جودة ، فقانون حماية المستهلك يضمن توازن العقد بينما قانون المنافسة يضمن توازن السوق² .

و يؤثر القانونين على النشاط الاقتصادي بصفة عامة ،بينما يختلفان من حيث أنه يضمن قانون حماية المستهلك توازن العقد من خلال السعي إلى استقرار المعاملات القانونية و ذلك بالتدخل في إبطال أو تعديل الشرط التعسفي دون إبطال العقد ، بينما يضمن قانون المنافسة توازن السوق من خلال الحفاظ على المنافسة الحرة ، بمنع العراقيل التي تزيل حرية العون الاقتصادي في الدخول إلى السوق ، و حرية المستهلك في اختيار المنتجات الأكثر جودة و الأقل ثمن الأمر الذي يؤدي إلى زوال المتعاملين الاقتصاديين الأقل كفاءة نتيجة المنافسة الحرة النزيهة³ .

و يختلف الإخلال بقواعد المنافسة عن السلوك المنافي لمبدأ حسن النية من حيث عدة و أوجه⁴ ، و من أهمها أن هذا الأخير يمس المصلحة الخاصة و تنطبق عليه قواعد المسؤولية، بينما يمس السلوك المنافي لقواعد المنافسة بالمصلحة العامة المتعلقة خصوصا بتوازن السوق ، ويرتب القانون جزاءات جزائية في مواجهة السلطة العامة⁵ .

1- ارزيل الكاهنة ، الموازنة بين النشاط التنافسي و حقوق المستهلك ، مقال منشور في المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، العدد 2 ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2011 ، ص126 .

2 - STOFFEL-MUNCK (P) , L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie) , Op-cit , P440 .

3 - Idem ,P441 .

4 - CROTEAU (N) , Op-cit , P425 .

5 - STOFFEL-MUNCK (P) , L'abu dans les contrat (essai d'une tehorie) , Op-cit , P440 .

الفرع الثاني

المعيار الاقتصادي

عكف الفقه القانوني على دراسة عقد الإذعان و بيان الخصائص المميزة لها، إلا أن التنوع المعاصر للمنتوجات و تعقدها التقني أبرز عقوداً تتماثل في ظروفها مع عقد الإذعان¹، فبات التساؤل ملحا، هل أن أساس الإذعان في العقود هو احتكار السلع و الخدمات بالمفهوم التقليدي؟ (أولا) ، أم أن فكرة الإذعان تشمل واقع المستجدات العلمية الحديثة؟² (ثانيا).

أولا: التبعية الاقتصادية

نكون أمام حالة تبعية اقتصادية في حالتين، حالة الاحتكار (1) و حالة المركز الاقتصادي القوي في السوق(2).

1- حالة الاحتكار

يكاد ينعقد الإجماع لدى الفقه التقليدي على أن عقد الإذعان هو عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا تقبل المناقشة ، و يكون ذلك متعلق بسلعة أو مرفق ضروري سجل احتكار قانوني أو فعلي و موضع منافسة محدودة النطاق³. و لتقدير الاحتكار، حاول بعض الفقهاء إعطاء تفسير للمقصود بالقوة الاقتصادية للمهني على أساس حجم المشروع الذي يستغله المهني و بالنظر إلى الوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطه و كذلك حصة المشروع في السوق⁴.

1- منصور حاتم و إيمان طارق ، مرجع سابق ، ص50

2- منصور حاتم و إيمان طارق، مرجع نفسه ، ص56 .

3-LASBORDES (V) , Op-cit , P231.

4-NORDMAN (PH) , Op-cit , P96

و في هذا السياق، ذهب جانب من الفقه و القضاء في مصر¹ إلى أن المقصود بالاحتكار ذلك المركز الاقتصادي الذي يخول صاحبه احتكار سلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية التي لا يمكن للمتعاقد المذعن أن يصرف النظر عنها².

و أمام عدم تنظيم المشرع الفرنسي إلى وقت غير بعيد للحماية اللازمة للطرف المذعن، ترك الباب واسعا للقضاء للاجتهاد إلى حد بسط نطاق الحماية على من لا ينطبق عليهم هذا الوصف بالمعنى القانوني السليم³.

عرف القضاء الفرنسي الاحتكار أنه خاصية من خصائص عقد الإذعان ، إذ صدر قرار عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 28 جانفي 1992 ورد فيه: "إن ميزة الاحتكار لدى شركة FR3 تتجلى في تفوق الشركة في رقم أعمالها عن منافسيها، و كذا الوسائل التي تملكها في ممارسة نشاطها، و بذلك تكون العقود التي تبرمها الشركة محددة مسبقا"⁴.

و عليه نجد أن عقد الإذعان يقتصر نطاقه على حدود ضيقة، لم تعد تتلاءم مع ضرورات حماية المستهلك في مواجهة تجمعات الإنتاج و شبكات توزيع السلع و الخدمات، التي أصبحت لا تتعامل إلا من خلال شروط معدة سلفا لا يكون بوسع المستهلك الذي يرغب في التعاقد إلا قبولها دون السماح له بتعديل مضمونها أو مناقشتها⁵، إلا أن تراجع القضاء الفرنسي في موقفه، و قضى بأن الإذعان لا يقتصر سببه في احتكار السلعة و الخدمات، و ذلك لعدة اعتبارات أهمها أن فكرة الاحتكار نفسها نسبية تختلف من شخص لآخر، إذ قد يحتاج أحد الأشخاص إلى السلعة أو الخدمة محل العقد أكثر من غيره، و هذا ما يدفعه إلى قبول بنود العقد كما وضعها الشخص الذي

1- إيمان طارق منصور حاتم و إيمان طارق ، مرجع سابق ، ص20.

2- ويقول الدكتور عبد المنعم فرج الصدة أن الاحتكار يعني " القدرة على فرض شروط العقد مع اليقين من عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد لأنه لن يجد بديلا عن المتعاقد المحكرو لن يتمكن من الحصول على محل التعاقد نظر لنوعية السلعة أو الخدمة النادرة في السوق." راجع عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ، مصر ، 1960 ، ص 50 .

3-LARDEUX (G) , Op-cit, P222.

4- Lasbordes (V), Op.cit, p237.

5- إيمان طارق و حاتم منصور، مرجع سابق ، ص20.

يقدم السلعة أو تلك الخدمة الضرورية، فهنا يعد هذا العقد بالنسبة له عقد إذعان¹، في حين أنه ربما لا يعد كذلك بالنسبة لشخص آخر ليس في ظروفه نفسها و ليس مضطر إلى السلعة محل العقد².

و من خلال ما سلف توصل الفقه و القضاء في فرنسا إلى أن الاحتكار ليس الميزة الوحيدة للتبعية الاقتصادية ، و لكن انعدام حرية اختيار المتعامل الاقتصادي يولد مركز اقتصادي قوي في السوق يفرض هذا الأخير شروطه على المتعاقد معه³.

2- المركز الاقتصادي في السوق

ترتب على تطور الحياة الاقتصادية ، نمو علاقة وثيقة بين الإنتاج و التجارة ، ينشأ عن هذه الوضعية تعدد الأطراف الفاعلة في الحقل الاقتصادي ، وذلك في ضمان انتقال المنتج أو الخدمة من المنتج إلى المستهلك النهائي⁴ ، غير أنه تختلف موازين القوى الفاعلة في زمرة العقد ، و يترتب على ذلك أن احتكار السلعة أو الخدمة لم يعد السبب الوحيد للهيمنة الاقتصادية على السوق⁵ ، حيث تركيز مبيعات المورد في جانب موزع معين ، يؤدي إلى نشوء علاقة تعاقدية غير متساوية، مما يؤدي إلى هيمنة الموزع في فرض شروط العقد على المورد، و لا يمكن لهذا الأخير إلا قبول شروط العقد دون مناقشة⁶.

1- إيمان طارق و حاتم منصور ، مرجع سابق، ص22.

2 - وبادر القضاء الفرنسي بالعدول عن موقفه السابق، ويبدو موقفه رافضا لتأصيل صفة الإذعان باحتكار السلع والخدمات إذ قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 14 نوفمبر 1985 في قضية T eiseire أن استحواذ شركة Ladite على نسبة 27.9% من إجمالي العرض في السوق من شراب الأدوية لا يجعلها مركز قوي في العلاقة العقدية" انظر lasbordes (V) , Op-cit , p237 .

3- وصدر قرار آخر عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 نوفمبر 1995 في قضية NIKOU ورد فيه " إن احتكار الشركة لبيع قطع الغيار في السوق لا يكفي وحده لتبرير صفة الإذعان على العقود التي تبرمها الشركة" انظر : lasbordes (V) , Idem , p237 .

4- مزغيش عبير ، مرجع سابق ، ص20

5-LARDEUX (G) , Op-cit, P222 .

6- مزغيش عبير ، مرجع سابق، ص 500.

يرى مجلس المنافسة في فرنسا أن أسباب التفوق الاقتصادي للموزع على المورد، قد تكون ضعف المورد اقتصاديا، أو بسبب التبعية الاقتصادية بالنسبة للموزع¹.

و يبرز اختلال التوازن الاقتصادي في هذه الحالة ، في انعدام الحرية في اختيار المتعاقد معه ، مما يفرض المتعاقد القوي اقتصاديا على المتعاقد الضعيف شروط العقد لان هذا الأخير ليس له الخيار في التعاقد مع متعاقد آخر².

و تحدث وضعية الهيمنة على السوق ، في حالة التجمعات الاقتصادية التي تقيد المنافسة في السوق ، و تبرز هذه الحالة لسيما في حالة استغلال احد الموزعين وضعية التبعية الاقتصادية بحيث يفرض تعديل العقد بشروط تجارية غير مبررة يفرضها الموزع بإرادته المنفردة تحت طائلة قطع العلاقة التجارية³.

حيث أنه في سابقة cora، كان مجمع كورا أحد الموزعين لسلع المورد و تبلغ حصة 100/67.5 من الواردات التي يشتريها مجمع كورا، و لم تكن السلع التي يوردها المورد ذات جودة عالية و إنما تتعرض لمنافسة شديدة، و بالتالي يعد مجمع كورا من المتعاملين الهامين للمورد، و بالنتيجة فرض مجمع كورا على المورد تعديل العقد بالإرادة المنفردة للمجمع و ذلك تحت طائلة الفسخ الانفرادي للعقد ، غير أن هذا السلوك لم يعتبره مجلس المنافسة في فرنسا سلوك منافيا للمنافسة⁴ ، في تفسيره لنص المادة 8-2 من الأمر الصادر بتاريخ 1 ديسمبر 1986 ، و بصدر قانون 1 جويلية 1996 أصبح تعسفا البند الذي ينص على تعديل العقد بشروط تجارية غير مبررة تحت طائلة قطع العلاقة التجارية ، و في هذه الحالة يعفى المتعاقد الضعيف من عبء

1- LASBORDES (V) , op.cit, p227.

2 -HUYGENS (A) , Thèse précite , P . 45

3 - Idem , P75

4 -THIBIERGE (L) , op-cit, p 247.

إثبات التعسف من قبل المؤسسة المهيمنة¹، و تقوم المسؤولية التقصيرية على عاتق المؤسسة التي تتعسف في استعمال وضعيتها التبعية الاقتصادية .

ثانيا: انعدام التوازن المعرفي

دعا البعض من الفقه القانوني إلى هجر الفكرة التقليدية لعقود الإذعان لتحل محله فكرة حديثة مؤداها أن عقد الإذعان هو العقد الذي يستغل أحد أطرافه قبل الإبرام، بتحديد مضمونه كلياً أو جزئياً²، و بصورة عامة و مجردة، و ينحصر دور الطرف المذعن في قبول هذا العقد الذي تم إعداده مسبقاً بمعرفة الطرف الآخر دون مناقشة أو مفاوضة، و لا محل لاشتراط الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة ضرورية لإشباع صفة الإذعان على العقد³، بل أن صفة الإذعان تنأتى من عدم قدرة المستهلك على مناقشة شروط العقد المعدة مسبقاً من الطرف الآخر، و قلة خبرته في النواحي الفنية و الاقتصادية و القانونية و تفوق المنتج في مجال التعاقد و تمكنه من فرض الشروط المختلفة دون مفاوضة⁴.

و في هذا السياق قضت محكمة استئناف Toulouse بموجب قرار صادر بتاريخ 9 جانفي 1996 ورد فيه: "يتبين من اختلاف نوع النشاط الذي يباشره أطراف العلاقة العقدية، التفاوت في الخبرة و المعرفة في مجال المعاملة بين المتعاقدين المحترفين، و بالتالي فإن مشتري البرنامج

1 -selon ordonnance de 86-1243 du 1^{er} decembre 1986 relative a la liberte du prix et de la concurrence modifiee par loi 96-588 du premier juillet 1996 ;(Engage la responsabilite de son auteur et l'oblige a reparer le prejudice cause le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

.....- D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des prix, des delais de paiement, des modalites de vente ou des conditions de cooperation commerciale manifestement derogatoires aux conditions generales de vente).

2- إيمان طارق و حاتم منصور ، مرجع سابق، ص22.

3- إيمان طارق و حاتم منصور، مرجع نفسه، ص22.

4-CALAIS-AULOY (JE) , TEMPLE (HE) , DROIT DE LA CONSOMMATION ,8eme edition , DALLOZ , France , 2010 , P55 .

المعلوماتي لم يكن من أهل الاختصاص و الخبرة الفنية التي تمكنه من مناقشة بنود العقد¹.

الفرع الثالث

المعيار القانوني

أفرز الواقع الاقتصادي فئتين غير متساويين في المراكز الاقتصادية، المستهلك من جهة الذي يمثل الطرف الضعيف و العون الاقتصادي الذي يمثل الطرف القوي الذي يفرض بنود العقد على المستهلك².

لا يتلاءم معيار الرجل العادي في تحديد الطرف في ظل الواقع الاقتصادي الجديد ، لأن المساواة القانونية التي فرضتها قواعد القانون المدني ، لا يمكنها تحقيق المساواة الفعلية (أولا) مما تدخل المشرع في ضمان حماية خاصة للمركز القانوني للمستهلك، و ذلك من خلال تحديد مفهوم الطرف و تمييز المستهلك عن العون الاقتصادي (ثانيا)، و وضع قرينة قانونية باختلال التوازن المعرفي بين المتعاقدين³ (ثالثا) .

أولاً:مركز المتعاقد في ظل أحكام القانون المدني (الرجل العادي) .

يعتد القانون المدني بالمساواة في مركزي المتعاقدين، و تكمن هذه المساواة في نظر المشرع المدني في العناصر النفسية و الجسدية لشخص المتعاقد دون أن يولي الاهتمام لظروف التعاقد

1- LASBORDES (V) , Op-cit, P227.

2-LAITHIER (Y-M) , A propos de la réception du contrat relationnel en droit français ,Op-cit , P 1005 .

3 -Collart-Dutilleul (F) , Op-cit , P58 .

و تقاس تصرفات المتعاقد بمعيار الرجل العادي في نفس الظروف الزمانية و المكانية¹، و لا يولي القانون للظروف الشخصية التي تحيط بالمتعاقد، لأن القاعدة القانونية عامة و مجردة تخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم و على هذا الأساس أطلق الفقه المدني القديم على معيار الرجل العادي اسم المعيار القانوني.

و تلازم ظهور فكرة المعيار القانوني بفكرة الإنصاف ، التي ناد إليها أرسطو بمناسبة عجز العدل القانوني عن معالجة الحالات الفردية المستعصية بموجب القانون الذي يمتاز بالعمومية و هو ما لم يحقق فكرة إدراك الحلول الملائمة ، ووجد معيار الرجل العادي صدق في القانون المدني الجزائري بموجب عدة نصوص² ، إذ يجد هذا المعيار مجال في التطبيق في نص المادة 172 تقنين مدني جزائري التي ورد فيها : (في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحذر في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، و لو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك . و على كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم) .

و تنص كذلك المادة 495 تقنين مدني جزائري : (يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة أن يحافظ عليها مثل ما يبذله الرجل العادي) .

غير أنه عجز معيار الرجل العادي في تحقيق المساواة ، إذ ترتب على تطور الحياة الاقتصادية انقسام المجتمع إلى فئتين ، مستهلك و محترف ، و يمثل هذا الأخير الطرف القوي في العلاقة التعاقدية يفرض شروط بإرادته المنفردة على المستهلك الذي يمثل مركز ضعيف يرضخ لشروط العقد دون مناقشتها³ .

1 -Collart-Dutilleul (F) , Op-cit , P58 .

2-أمانح رحيم أحمد ، مرجع سابق ، ص 55

3-LASBORDES (V) , Op-cit , P78 .

و يكمن ضعف المستهلك في انعدام المعرفة و الخبرة في شؤون السلعة و الخدمة، غير أن لا يعود سبب نقص الإدراك إلى وقوع إرادة المستهلك في عيوب الرضا أو إصابته بعارض من عوارض الأهلية¹، و إنما إلى إخلال المحترف بالتزامه بتوضيح خصائص السلعة و الخدمة و على هذا الأساس لا يمكن اعتبار المستهلك رجل عادي في ضوء ظروف العقد الغير متساوية².

و هذا ما جاء على لسان Portalis احد مؤسسي القانون المدني لسنة 1804 ، الذي يرى ضرورة صدور تشريعات خاصة لحماية المستهلك³ ، لأن طبيعة القاعدة القانونية عامة ومجردة تخاطب جميع أفراد المجتمع بصفاتهم و ليس بذواتهم ، و القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لا ينصرف إلى فئة معينة على حساب فئة أخرى ، أو إلى أشخاص محددين و لا يمكنه أن يعالج نزاعات فردية منعزلة ، لأن في ذلك يتعين صدور تشريعات خاصة بكل نوع من النزاعات يوميا⁴.

ثانيا: مركز المتعاقد في ظل القوانين المستحدثة

عرفت بعض التشريعات و من ضمنها التشريع الجزائري المستهلك (1) و العون الاقتصادي (2) غير أنه لم تتفق التشريعات في شأن الحماية المقررة للعون الاقتصادي الذي يتعامل في غير تخصص (3).

1 -Collart-Dutilleul (F) , Op-cit , P58

2 -LASBORDES (V) , Op-cit , P7 .

3 -BERENGER (F), op-cit , p 65 .

4 -Idem , p 65 : (la loi statue sur tous , elle considère les hommes en mass , jamais comme particulier , elle ne doit point se mêler des faits individuelle ou des litiges qui divisent les citoyens s'il en était autrement , il faudrait journellement faire de nouvelles lois sur leur multitude étoufferont leur dignité et nuirait à leur observation le jurisconsulte seront sans fonctionset le législateur entraîné par les détails se serai bientôt plus que jurisconsulte , les intérêts particulières assiègeraient la puissance législative ils la détourneraient à chaque instants de l'intérêt générale de la société) .

1-المستهلك

لم يتضمن أي من القانون المدني المصري أو الفرنسي من أي من نصوصها لفظ المستهلك صراحة ، كما خليا من أي من أحكام تنظم عقود الاستهلاك¹ .

و عرفتة المادة 2 فقرة ب من التوجيه الأوروبي رقم 13 الصادر عن مجلس الجماعات الاقتصادية الأوروبية في الخامس من ابريل عام 1993 بأنه (كل شخص طبيعي يتصرف في عقود لغايات لا تدرج في إطار النشاط المهني)².

و عرف المشرع الجزائري المستهلك في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية بالنص في المادة 3 منه على أنه: (كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني)³.

ثم أعاد صياغة تعريفه في إطار القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش في المادة 3 بالنص : " المستهلك : كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني ، بمقابل أو مجانا ، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به "⁴ .

و بدراسة هذه التعريفات السابقة يتبين أنها تشمل على عدة عناصر، منها ما يتعلق بشخص المستهلك، و منها ما يتعلق بمحل الاستهلاك، و منها ما يتعلق بالدافع إلى التعاقد⁵ .

ميزت التعريفات السابقة ضمنا بين المستهلك في جانب، و المهني في جانب آخر ومناطق هذا التمييز هو احتواء اختصاص المهني لمضمون المعاملة محل التعاقد دون المستهلك الذي لا

1-عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 73 .

2-عنري بوزار شهباز ، مرجع سابق ، ص 36 .

3- قانون 04-02 يحدد بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر عدد 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004

4- قانون 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، ج ر عدد 15 مؤرخة في 8 مارس 2009.

5-عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 55

يتمتع بالقدرة الفنية للحكم على ما يسعى لاقتنائه أو الحصول عليه من سلع و خدمات¹ .

يدخل في هذا النطاق تعاقد المستهلك على السلع و الخدمات ، و لا تميز بين السلع القابلة للاستهلاك الفوري مثل المواد الغذائية و المنتجات الصيدلانية ، و بين السلع المعمرة مثل السيارات و الأثاثات و الأجهزة المنزلية التي تستهلك على التراخي² ، أما الخدمات فهي متعددة سواء كانت مادية كالنقل و الإصلاح و التنظيف، أم مالية كالتأمين، أم فكرية أو ذهنية كالعلاج الطبي و الاستشارات القانونية³ .

يهدف المستهلك إلى استهلاك السلعة متى كانت قابلة للاستهلاك الفوري، و إلى استعمالها حتى تستهلك متى كان استهلاكها يتم على التراخي، و بالتالي لا يعد مستهلكا من يتعاقد على السلعة بهدف إعادة البيع، لأن المال لا يستهلك في هذه الحالة⁴ .

2-العون الاقتصادي

يعتبر المهني الطرف الثاني في عقود الاستهلاك يعرف بأنه الشخص الذي يتعاقد من خلال ممارسة مهنة و ليس بالضرورة أن يكون له صفة التاجر، أما بالنسبة للتعريف التشريعي يكون جدير بالذكر أن للمحترف في القانون الجزائري تعاريف عدة و تطلق عليه اصطلاحات عدة⁵ .

فيعرفه المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات في نص المادة 2 باستعمال مصطلح المحترف أنه " المنتج أو الصانع أو الوسيط أو حرفي أو تاجر أو

1- BERENGER (F), op-cit , P 65 .

2-RZEPECKI (N) ,prèface WIEDERKEHR Georges ,droit de la consommation et théorie gènèrale du contrat , press universitaires D'AIX – MARSEILLE , année 2002, P 361 .

3- وتطبيقا لذلك و فيما يتعلق بالخدمات على وجه الخصوص ، قضى مجلس الدولة الفرنسي في 27 أفريل 1998 بأن الالتزام بإعلام المستهلك الذي أنشأته الفقرة الأولى من المادة 2/113 من تقنين الاستهلاك منوط بجميع مؤدى الخدمات دون مراعاة للصفة التجارية التي يتسم بها نشاطهم و يتعلق بصفة خاصة بالأداءات ذات الطبيعة الطبية ، وقد خلاص الفقه من ذلك الى أن الراغب في العلاج ينبغي اعتباره في مواجهة الطبيب مستهلكا بشكل نهائي ، راجع : عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 55 .

4- عمر محمد عبد الباقي ، مرجع نفسه ، ص 73 .

5-عنتري بوزار شهيناز ، مرجع سابق ، ص 38 .

موزع و على العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك¹ ، و يستعمل قانون الممارسات التجارية رقم 04-02 مصطلح عون اقتصادي فيعرفه في ضوء المادة 3 بأنه " كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو يقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"².

أما قانون حماية المستهلك و قمع الغش رقم 09-03 فسماه بالمتدخل و عرفه ضمن المادة 3-7 بمايلي : " المتدخل هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك "³ .

3-امتداد صفة المستهلك إلى العون الاقتصادي

اختلف الفقه في شأن اعتبار المهني الذي يتعامل في غير تخصصه مستهلك (أ) غير أنه يظهر من نصوص قانون الاستهلاك الجزائري أن المشرع الجزائري يمد إليه الحماية (ب) .

أ-مدى ملائمة اعتبار المهني الذي يتعامل في غير تخصصه مستهلكا

انقسم الفقه في هذا الشأن إلى طرف مؤيد لاعتبار المهني الذي يتعامل في غير تخصصه مستهلكا و طرف معارض لذلك، و طرف وسط بين الاتجاهين الذي تبنى معيار عدم الارتباط المباشر بين تخصص المهني و العملية المتعاقد عليها⁴ .

-الاتجاه المؤيد

يهدف أنصار هذا الاتجاه إلى امتداد الحماية القانونية المقررة للمستهلك إلى المهني الذي يقوم بإبرام التصرفات التي تخدم مهنته خارج نطاق تخصصه ، لما يؤدي ذلك إلى استفادة أكبر عدد ممكن من الأشخاص المتعاقدين من القواعد الحمائية التي تضمنتها قوانين الاستهلاك⁵ ،

1-مرسوم تنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتجأتوالخدمات ، ج ر عدد 40 مؤرخة في 19سبتمبر 1990 .

2-قانون 04-02 يحدد بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر عدد 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004 .

3-قانون 09-03 الذي يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج ر عدد 15 مؤرخة في 8مارس 2009 .

4-LASBORDES (V) , op-cit , P 214 .

5- محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 55 .

ومثال لذلك : الطبيب الذي يشتري المعدات الطبية اللازمة لعيادته و التاجر الذي يشتري الأثاث اللازم لمباشرة نشاطاته¹ ، و من رواد هذا الرأي الأستاذ مازو الذي يرى أنه لا يقتصر معيار تحديد مفهوم المستهلك على محل العقد أو هدفه و إنما يشمل انعدام تخصص المتعاقد في موضوع السلعة أو الخدمة² .

و يجد هذا الاتجاه أساسه في نص المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 م و الذي جمع بين المستهلك و غير المهني - بالمفهوم السابق - في جانب ، و المهني في جانب آخر³ .

و يرى بعض الفقه الفرنسي تعليقاً على هذا الحكم الأخير ، أنه رغم أن الحل الذي توصل إليه يلبي مقتضيات العدالة ، إلا أنه لا يكفي أن يكون موضوع العقد أجنباً عن مهنة المحترف إنما ينبغي أن يكون عدم اختصاص صاحب المهنة حقيقياً على نحو يظهر كنتيجة حتمية للتقنية العالية المتعلقة بالمنتج محل المعاملة⁴ ، و يرى الأستاذ **huet** أن الفجوة الاقتصادية بين المتعاقدين ينتج عنها وضعية تبعية اقتصادية أساسها انعدام المساواة بين المتعاقدين لكن في صورة جديدة عن الصورة التقليدية التي تنحصر بين المستهلك في مفهومه التقليدي و العون الاقتصادي⁵ .

1- وأيدت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها هذا الاتجاه و ذلك حينما اعتبرت أنه يعد من قبيل المستهلكين كل من بائع الأسماك تعاقد لأغراض المهنة على شراء جهاز لإطفاء الحريقومزارع تعاقد على تركيب نظام لإطفاء الحريق أيضاً بموقع نشاطهوكذلك أحد المشتغلين بالعقارات لدى تعاقدته على شراء جهاز إنذار تأسيساً على أنه بالنسبة لمضمون العقد ، كان في نفس حالة الجهل التي يصاب بها أي مستهلك آخر ، وبالتالي يجوز أن يستفيد من أحكام القانون الصادر في 10 يناير 1978. انظر : **LASBORDES (V)** , op . cit , P 224 .

2 - **Mazeaud (D)** , Le juge face au clauses abusives , AIX Marseille , France , 1993 , P 47 .

3 - article 35 de la Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services modifié la loi n°89-421 du 23 juin 1989 :

(Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat.) .

4 - **LASBORDES (V)** , op . cit , p 223 .

5- (l'inegalité des parties n'est pas nouvelle , mais elle présente aujourd'hui des aspects nouveaux) , **Ghestin (J)** , Traité de droit civil , Le contrat , formation , LGDJ , 3eme éd , 1993 ,P65 .

-الاتجاه المعارض

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب تخصيص الحماية القانونية المقررة للمستهلك لطرف العقد الأقل خبرة ، و الأقل كفاءة فيما يتعلق بمجال المعاملة سواء من الجوانب الاقتصادية ، أم من الجوانب الفنية و الإدارية و القانونية ، و من ثم يخرج ضمنا عن أطر هذه الحماية كل من يقوم بإبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض المهنة أو الحرفة بالمعنى الواسع¹ .

و تعرض هذا الاتجاه بدوره إلى النقد من طرف بعض الفقه ، الذين يرون أنه يجب قصر الحماية القانونية المقررة للمستهلكين لهذه الفئة دون سواها ، خاصة أن التمييز بين المهنيين بحسب تخصصاتهم يؤدي إلى صعوبات في التطبيق يتعذر حلها في ضوء أن القانون يحتاج دائما لوضع المخاطبين به في طوائف محددة² .

. الاتجاه الوسط .

أضاف الفقه الفرنسي شرطا لاعتبار صاحب المهنة الذي يتعاقد في غير تخصصه مستهلكا و هو ألا تكون العملية المتعاقد عليها ذات صلة مباشرة بممارسة مهنة ، بمعنى تتوافر في هذا المهني صفة المستهلك إلا بقدر عدم الارتباط المباشر بين تخصصه و العملية المتعاقد بشأنها³ ، و بالتالي فان صاحب المهنة حتى يصير مستهلكا يجب ألا يكون مضمون تعاقدته تنفيذا لعمل من

1- ولعل ذلك هو ما حدا بالتوجيه الأوروبي الصادر في 5 ابريل 1993 م في شأن الشروط التعسفية إلى أن حث صراحة على تبني مفهوم أكثر حصرا للمستهلك فقد نص في مادته الثانية بأن المستهلك: " هو كل شخص .. يتجه سلوكه لأغراض لا تندرج في إطار نشاطه المهني " ، وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 15 افريل 1986 ...الذي ورد فيه (لا يتساوى المهني الذي تعاقد خارج اختصاصه مع المستهلك ،ومن ثم لا يجب استفادته من القواعد القانونية المقررة لحماية المستهلك) . انظر: LASBORDES (V) , op . cit , p 223 .

2 -RZEPECKI (N) ,Op-cit ,P 361 .

3 -LASBORDES (V) , Op-cit , p 223

أعمال حرفته ، حتى إذا جاء تعاقدته بمناسبة نشاطه المهني فإن عمله يجب ألا ينصب على غايات مريحة¹ .

ب-موقف المشرع الجزائري

و جاء موقف المشرع الجزائري موافقا لهذا الاتجاه الفقهي الذي يرى امتداد الحماية القانونية إلى العون الاقتصادي ، ما دام يظهر المحترف أحيانا غير مختص عند إبرامه لعقد معين² ، و ذلك عند إصداره القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و الذي رأى أن يضع فيه نظاما عاما للحماية من الشروط التعسفية ، يهتم بحماية المستهلك والعون الاقتصادي على حد سواء من تعسف العون الاقتصادي . و تجلى هذا الموقف بوضوح من خلال نصه في المادة الأولى من القانون السابق على أنه يهدف إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين ، و بين هؤلاء و المستهلكين ، و كذا حماية المستهلك و إعلامه³ .

و هكذا أصبح لازما للإفادة من قواعد الحماية التي يوفرها القانون رقم 04-02 قيام عقد الإذعان بين محترف و محترف أو بين محترف و مستهلك.

و يثور التساؤل حول مدى ملائمة هذا الاتجاه التشريعي الذي يذهب إلى التسوية في الحماية من الشروط التعسفية بين المحترفين و المستهلكين.

1-وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في 24 يناير 1995 في شأن عقد مبرم بين شركة كهرباء فرنسا واحدى الشركات التجارية ، بان المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي تسري على عقود توريد الأموال و الخدمات اللتين لهما صلة مباشرة بالنشاط المهني الذي يزاوله الشريك في العقد ، وكان ذلك بصدد النظر في نزاع تتلخص وقائعه في تمسك دار الطباعة بالصفة التعسفية لشروط وارد في عقد ابرم بينها و بين مؤسسة كهرباء فرنسا يقضي بعدم مسؤولية هذه الشركة عن الأضرار التي قد تلحق بدار الطباعة بسبب انقطاع التيار الكهربائي متى كان ذلك راجعا إلى إضراب العاملين ، حيث استخلصت أن هذا العقد له صلة مباشرة بالنشاط الذي تمارسه دار الطاعة. انظر : RZEPECKI

(N) , Op-cit , P155

2- بودالي محمد ، مرجع سابق ، ص89

3- بودالي محمد ، مرجع نفسه، ص89

ذلك أن الحماية الحقيقية للمستهلك لا يمكن وضعها موضع التنفيذ إلا إذا كانت الإفادة من القواعد المهيأة للحمايته غير قابلة لمدّها على جميع الأعوان الاقتصاديين، و الذي تعد حاجات حمايتهم غير متماثلة على حد تعبير الأستاذ L. Leveneur.¹

و يبدو أن المشرع اختار الانضمام إلى الاتجاه الفقهي في فرنسا و الذي يعارض فكرة إفادة المستهلكين فقط من الحماية ضد الشروط التعسفية، و يرى توسيع نطاق الحماية إلى المحترفين في هذا المجال. ما دام أن المحترف يظهر أحيانا غير مختص عند إبرامه لعقد معين، و يوجد في وضعية إذعان وقت إبرام العقد، مع غياب كل سلطة تفاوضية نتيجة علاقات القوي غير المتكافئة بينه و بين المتعاقد الآخر².

ضف إلى ذلك أننا أصبحنا في إطار قانون حماية المستهلك في الجزائر ازاء مفهومين للمستهلك : مفهوم أول ضيق أورده المادة 3/9 من قانون 04-02 و مفهوم ثاني واسع لم يستثن المستعمل الوسيط أورده المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة النوعية و قمع الغش بأنه : كل شخص يقتني - بئمن أو مجانا - منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي ، لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به³.

ثالثا : نتائج تحديد القانون لمركز المتعاقد

يترتب على تحديد القانون مفهوم المستهلك و العون الاقتصادي، إضفاء قرينة العلم بموضوع السلعة أو الخدمة لدى العون الاقتصادي (1) و قرينة الجهل لدى المستهلك (2).

1-LEVENEUR (L) , Vente entre professionnelles et clause limitative de responsabilité Contrats , Conc.,consom.,1994 , Chron.3 .

2 -MAZEAUD (D) , L'attraction du droit de la consommation , REVUE , DALLOZ , 1998 , P105

3-المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش ، ج ر عدد 5 ، مؤرخة في 31 يناير 1990 .

1-صفة العون الاقتصادي قرينة على العلم

أفرزت التطورات الاقتصادية علاقات تعاقدية يحكمها تفاوت معرفي صارخ بين المحترف المهني الذي يمتلك كل وسائل المعرفة و بين المستهلك الذي يفتقر إلى معظمها الأمر الذي يتطلب وسائل قانونية ملائمة لحماية المستهلك¹ ، و على هذا الأساس وضع تقنين الاستهلاك الفرنسي قرينة مطلقة بالعلم على عاتق المهني دون إحاطته بأي قيد أو شرط ، و لا نجد في التشريع الجزائري اثر لهذه القرينة غير أنه يمكن استنباطها من فرض قانون الاستهلاك الجزائري على المحترف المهني التزام بالإعلام دون تقييده بشروط ، و هذا ما يدل على قرينة العلم التي تقع على عاتق المحترف المهني لأنه بطبيعة الحال لا يمكن فرض التزام بالإعلام على شخص يجهل بالمعلومات الواقعة على عاتقه بالإعلام بها² .

2-انعدام العلم مفترض لدى المستهلك

و ذهب الفقه في فرنسا إلى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، يمثل أحد أهم الوسائل القانونية المستخدمة في تحقيق المساواة بين طرفي العقد³ ، و يكتسب أهمية خاصة في قوانين الاستهلاك⁴، حيث وضع المشرع الفرنسي في تقنين الاستهلاك على عاتق المهني قرينة مطلقة بالعلم دون إحاطتها بأي قيد أو شرط ، و بالمقابل وضع لصالح المستهلك قرينة مطلقة بالجهل ، و هو أمر يجعل شروط وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد تكاد تكون منعدمة ، بحيث أن هذا الالتزام أصبح يطبق بشكل تلقائي دون حاجة إلى إحاطتها بقيود⁵ .

و تعليقا على هذا المسلك التشريعي يرى الفقيه "N.RZEPECKI" أنه بالإضافة إلى قرينة العلم المفروضة على عاتق المهني ، أضاف المشرع الفرنسي قرينة ثانية تنص على الجهل

1- ابراهيم عبد العزيز داود ، مرجع سابق ، ص 49 .

2- ابراهيم عبد العزيز داود ، مرجع نفسه ، ص 49 .

3 -GHESTIN (J) , La formation du contrat , Le contrat-Le consentement , Op-cit , P56 .

4 - PEGLION-ZIKA (C-M) ,Op-cit , P120 .

5 -CANSELIER (G) , A propos de la distinction de la reticence dolosive et de l'inexécution de l'obligation d'information , La revue de la recherche juridique , Droit prospectif , N° , 2005 , P1444 .

المطلق للمستهلك ، هذه القرينة الغير قابلة لإثبات العكس تؤدي إلى تعديل مفهوم الدائن بالالتزام بالإعلام¹ .

و مما لا شك فيه أن النظرة إلى المستهلك كطرف ضعيف دفع الفقه إلى تحليل العلاقات الاستهلاكية من منظور اجتماعي يراعي مصلحة المستهلك عن طريق قواعد حمائية وقائية ، فإذا كانت النظرية العامة للعقد تحتوي على بعض النظريات التي توفر بعض الحماية لهذا الطرف مثل نظرية عيوب الإرادة إلا أن عيوب و مثالب هذه النظرية أصبحت تحول دون تقديم حماية فعالة لهذا الطرف² .

المطلب الثاني

الوسائل البديلة لحماية رضا المتعاقد

يترتب على اختلال المساواة في المراكز الفعلية للمتعاقدين، عجز المساواة القانونية التي تفترضها النظرية التقليدية للعقد في تحقيق توازن معرفي بين المتعاقدين، حيث يكون المستهلك عديم الخبرة و المعرفة بموضوع السلعة و الخدمة، و بالمقابل يكون العون الاقتصادي في مركز قوي ملم بكل خصائص المنتج³، غير أنه لا يعود اختلال التوازن المعرفي إلى عيب في الرضا لأنه لا يشترط في إثبات الشرط التعسفي وقوع المستهلك في عيوب الرضا ، و إنما الواقع الاقتصادي و ظروف التعاقد تخلق فجوة بين المتعاقدين اقتصاديا و معرفيا ، يؤدي ذلك الى

1 - RZEPECKI (N), OP-CIT, P 78 : « Faisons pendant à la présomption irréfutable de connaissance qu'il fait peser sur le professionnel, le droit de la consommation a mis en place une seconde présomption au profit du consommateur, une présomption irréfutable d'ignorance légitime qui entraîne une modification de la définition du créancier de l'obligation d'information » .

2- إبراهيم عبد العزيز داود ، مرجع سابق ، ص69.

3- إبراهيم عبد العزيز داود ، مرجع نفسه ، ص69.

استثنى العون الاقتصادي بحرية ادراج بنود العقد بإرادته المنفردة دون مناقشة مسبقة من المستهلك ، و له سوى قبول شروط العقد أو رفضها¹ .

و ترتب على انعدام التوازن المعرفي بين المتعاقدين تدخل القانون لحماية المستهلك و ذلك من خلال الحماية القانونية للتراضي سواء في حق المستهلك في الإعلام (الفرع الاول) و إما في حق العدول (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الالتزام بالإعلام

فسح تدهور مبدأ سلطان الإرادة في العقد المجال أمام تدخل القانون ، بتشريعات خاصة تضمنت قواعد خاصة ، تتميز عن القواعد التقليدية في القانون المدني ، غير أن السؤال الذي يثور هو ما دور القواعد الخاصة في حماية المستهلك هل هو دور مكمل للقواعد التقليدية أم بديل عنها؟² .

و يجد الالتزام بالإعلام مكانته ضمن القواعد التقليدية (أولاً) ، غير أنه يعتبر وسيلة بديلة لبعض النظريات التقليدية في حماية الرضا و الوقاية من عيوب الرضا (ثانياً)³ .

أولاً : الوجود القانوني و الفعلي للالتزام بالإعلام ضمن القواعد التقليدية

سنتناول من هذه القواعد مبدأ حسن النية(1)، ضمان العيوب الخفية (2)، و شرط العلم الكافي بالمبيع(3).

1-مقابلة الالتزام بالإعلام بمبدأ حسن النية.

إن مبدأ حسن النية مبدأ عام، ورد في المادة 1/107 تقنين مدني التي تنص فيها:

1- PEGLION- ZIKA (C – M) ,Op-cit , P120 .

2 - RZEPECKI (N), Op-cit , p 47 .

3 -Idem , p 47 .

(يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية).

و بالرجوع إلى القراءة الحرفية لنص المادة 107 تقنين مدني نقول أنه يشمل مبدأ حسن النية مرحلة تنفيذ العقد دون تكوينه ، غير أن هذا القول مردود فيه لأن مبدأ حسن النية يجد تطبيقات عديدة في نصوص القانون المدني المتعلقة بتكوين العقد و من هذه التطبيقات نظرية عيوب الإرادة¹ الواردة في المواد 81 إلى 90 تقنين مدني.

و يقول الفقيه **MESTER** أنه إذا كانت المادة 3/1134 تقنين مدني فرنسي تشير إلى تنفيذ العقد فذلك ليس إلا لدواعي شكلية فقط² ، لأن هذه الأخيرة واردة في القسم المعنون " آثار العقد " من نصوص القانون المدني الفرنسي³ .

و يرى **jack guestin** أنه لا يلتزم أحد بإعلام الطرف الآخر إلا إذا أدى إخلال المدين بهذا الالتزام وقوع رضا الدائن في عيوب ، لأنه إذا كان لهذا الالتزام دور في حماية رضا المتعاقدين ، فانعدامه يؤدي إلى عيب في الرضا⁴ .

و هو نفس التحليل الذي جاء به الفقيه **M.LUCAS de LESSAC** ، الذي يرى أن الالتزام بالإعلام ليس مستقل عن المبادئ العامة للعقد⁵ ، و انما يتفرع منها «un organisme juridique parasite» ، و يرى أن الامتناع عن الكتمان التدليسي هو المبرر لوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، إذ ذهب أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو وسيلة قانونية

1-MESTRE (J) et LAUDE (A), L'interpretation active du contrat par le juge et l'exécution du contrat, PUAM , 1993 , P45 .

2 -Idem, P45 .

3 -GHESTIN (J) , La retisance , le dol et l'erreur sur la qualité substantielle , DALLOZ , 1971 , P 152

4- LUCAS de LEYSSAC (C) , L'obligation de renseignement dans les contrats , LGDJ , 1978 , P 305

5-Idem, P 305 .

لمحاربة الكتمان التدليسي¹ . و هذا الالتزام المبني على مبدأ حسن النية يتضمن شقين أولهما سلبي و الثاني ايجابي ، و يتمثل الشق السلبي بضرورة عدم كتمان الحقيقة و أما الشق الايجابي فهو يتصل بالإدلاء بالبيانات و المعلومات² .

يفرض مبدأ حسن النية مساواة قانونية تتجسد في الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين سواء أثناء تكوين العقد أو تنفيذه ، و يقوم القاضي بتقدير وفاء المتعاقدين بالتزامهما وفق معيار الرجل العادي ، و هذا ما جاء به القضاء الفرنسي الذي يرى أن إعلام البائع المشتري بالعناصر الجوهرية في العقد كاف في تشكيل رضا المشتري³ .

غير أن اعتبار اختلال التوازن المعرفي بين المتعاقدين مفترض يعفي الدائن من إثبات نية التظليل التي يقتضيها التدليس ، فلا يشكل نية المحترف بتظليل المستهلك عنصر في إثبات إخلال المحترف بالالتزام بالإعلام ، و هذا ما يبين أن الالتزام بالإعلام مستقل عن مبدأ حسن النية⁴ .

و من الفقهاء الذين جاهدوا من أجل الاعتراف بالالتزام بالإعلام كالتزام مستقل عن النظرية العامة الفقيه Julgart الذي ناد إلى ضرورة وجود هذا الالتزام كالتزام مستقل، و أوضح أن حكمة فرض هذا الالتزام تكمن في عدم كفاية نظرية عيوب الرضا لحماية المتعاقدين الضعيف بسبب وجود قصور في الحماية المقررة ، نتيجة للصعوبات التي يواجهها المتعاقد في إثبات وقوعه في الغلط أو التدليس⁵ .

1-LASBORDES (V) , op-cit , P 214 .

2- محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 55

3- LUCAS de LEYSSAC (C) , Op-cit , P 305

4-Idem,P21

5 -M.De . JULGART, l'obligation de renseignements dans les contrats , DALLOZ , 1945 , P85 .

2-ضمان العيوب الخفية

تحقق حماية المستهلك من خلال تقرير الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، عن طريق إمداده بكل المعلومات و البيانات التي يكون لها تأثير على رضائه بالقدر الذي يتحدد به موقفه، و قد تتماس دوائر كل من الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، و الالتزام بضمان العيوب الخفية¹، و ذلك عندما يكون عدم الإفضاء بالبيانات متعلقا بالإخفاء في محل العقد، حيث يمكن في هذه الحالة إضافة إلى تقرير مسؤولية المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تحريك المسؤولية العقدية للمتعاقد، من خلال إثارة ضمان العيب الخفي، و تطبيقا لذلك قضت محكمة باريس بمسؤولية مؤجر عن عدم إخطاره المستأجر بقرب المنزل المؤجر من بيت يدير أعمال منافية للآداب العامة².

و يساعد على ذلك التداخل الواقع بين أحكام الضمان، و أحكام الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وجود قدر من التطابق بين الشروط اللازمة لقيام كل منهما ، حيث يشترط التزام البائع بالضمان أن يكون العيب خفيا ، و مؤدى ذلك أن البائع لا يضمن العيب الظاهر ، و يستفاد من نص المادة 2/379 تقنين مدني³ أن معيار ظهور هذا العيب هو عدم علم المشتري به وقت البيع و بالتالي فإن البائع لا يضمن العيب متى قام بإعلام المشتري بكافة أوصاف المبيع و من بينها العيب الذي أصبح ظاهرا أو معلوما له⁴.

و رغم التداخل بين الالتزام بالإعلام و نظرية ضمان العيب الخفي ، إلا أنه يبقى لكل من الالتزامين ذاتيته المستقلة و ذلك استنادا إلى إمكانية قيام المسؤولية عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام⁵ ، بعيدا عن نظرية الالتزام بالضمان حيث يلتزم بتعويض الدائن عن الضرر

1-عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص105 .

2-ابراهيم عبد العزيز داود ، مرجع سابق ، ص 15

3-المادة 2/379تقنين مدني: (غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع)

4-بن يوب هدى ، مبدأ حسن النية في العقود ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون العقود المدنية ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم بواقي ، 2012-2013 ، ص 90 .

5-عمرمحمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص105 .

الذي لحق به جراء مخالفة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام على أساس المسؤولية التقصيرية لأنه لا يتطلب أن يكون هناك ما يوجب الضمان على عاتقه¹.

3- شرط العلم الكافي بالمبيع

تتص المادة 352 تقنين مدني جزائري التي تقابلها المادة 419 قانون مدني مصري : (يجب أن يكون المشتري عالم بالمبيع علما كافيا، و يعتبر العلم كافيا إذ اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعريفه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال المبيع بدعوى عدم علمه به ، إذا أثبت تدليس البائع) .

و يقصد بالعلم الكافي الإحاطة بأوصافه الأساسية التي تبين للمشتري مدى صلاحيته لأداء الغرض المقصود منه ، و لذلك يعتبر العلم الكافي أوسع نطاق من مجرد تعيينه وفقا للقواعد العامة ، و هو ما يبرر النص عليه استقلا ، رغبة في تحقيق حماية أفضل للمشتري².

و بتحليل عناصر هذه المادة نجد تقابلا بين أحكام العلم الكافي بالمبيع و بين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في النقاط الآتية³ :

فانه فيما يتعلق بالوقت الذي استلزم فيه المشرع للمشتري العلم الكافي بالمبيع ، و بأوصافه الأساسية ، نجد أن مثل هذا العلم لن يجد أهميته بالنسبة للمشتري إلا في مرحلة ما قبل التعاقد⁴.

و يتمثل الهدف المرجو منه مع هدف تقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام و هو العمل على تنوير رضا الطرف الضعيف المقبل على التعاقد بدرجة تسمح له بالإقبال على إبرام العقد في

1- عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص210

2- بن يوب هدى ، مرجع سابق ، ص91

3- عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص212

4 -RZEPECKI (N) , Op -CIT , P 47 .

ظل وجود إرادة حرة خالية من العيوب المبطله لها¹ .

ثانيا: الالتزام بالإعلام وسيلة وقائية من عيوب الرضا

تتجلى حقيقة الالتزام بالإعلام في استقلاليته عن المبادئ و القواعد العامة، و هذا ما تبنته قوانين حماية المستهلك بهدف تحقيق حماية فعالة للمستهلك² .

يقوم الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك بتوسع مجال الحماية المقررة للمستهلك و ذلك يتجلى من خلال عدة أحكام خاصة و لا يتسنى لنا دراستها إلا بمقارنتها مع النظرية العامة³ .

و نقوم بإبراز خصوصية الالتزام بالإعلام من خلال تحديد مضمونه (1)، و آثاره من حيث الإثبات(2)و الجزء (3).

1- مضمون الالتزام بالإعلام : يلتزم المتعاقد المحترف بالإدلاء بكل المعلومات الوثيقة الصلة بموضوع العقد (أ) و بصياغة عبارات العقد بوضوح (ب) .

أ- التزام الإدلاء بالمعلومات الوثيقة الصلة بموضوع العقد

لا تفرض النظرية العامة للعقد على المحترف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد إلا تلك المعلومات الوثيقة الصلة بموضوع العقد، أما المعلومات الغير جوهرية أو الثانوية، فإنها لا تدخل في محل الالتزام و بالتالي لا يلتزم المدين الإدلاء بها⁴ .

لكن متى تكون هذه المعلومات وثيقة الصلة بموضوع العقد ؟ .

تكون المعلومات وثيقة الصلة بموضوع العقد إذا كان لها دور في تحديد رضا الدائن بالمعلومات و تقوده إلى تعديل و تغيير سلوكه ، سواء كانت هذه المعلومات هي التي ستدفعه إلى

1 - RZEPECKI (N) , Op -CIT , P 47 .

2 -M.De . JULGART , Op-cit , P85

3-ابراهيم عبد العزيز داود ، مرجع سابق ، ص 45 .

4-ابراهيم عبد العزيز داود ، مرجع نفسه ، ص 45

عدم التعاقد أو أنها ستدفعه إلى التعاقد و لكن بدون شك نحو الحصول على مزايا أفضل ، و جاءت النصوص القانونية الخاصة بحماية المستهلك و اشتملت على البيانات و المعلومات التي يجب على المحترف نقلها إلى المستهلك¹ ، و هذا ما جاء به المشرع الجزائري بمقتضى المادة 17 قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش التي تنص : (يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بوساطة الوسم و وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة)² .

ب- وضوح صياغة العبارات

إن الغاية من الصياغة هي وضع موضوع التعاقد في قوالب تقيم التواصل بين طرفيه بطريقة واضحة و تكفل تنفيذه دون منازعات أو خلافات ، فالصياغة لن تقوم من فراغ بل يفترض وجود موضوع له معنى محدد يراد التعبير عنه بشكل صحيح وواضح و كامل ، و على هذا هناك تبادل بين الموضوع و الشكل عند تحرير أي وثيقة عقدية³ ، و هذا ما ينسجم مع القواعد العامة في تفسير العقد، إذ لا تعتد هذه القواعد بالتعبير بحد ذاته ، وإنما بأداة التعبير و هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي و المصري⁴ .

و ما تجدر ملاحظته أن المشرع الجزائري و على غرار المشرع المصري قد تشدد في بعض أنواع العقود و لا سيما عقد التأمين ، من حيث صياغة بعض شروطها بشكل ظاهر، و هذا ما نصت عليه المادة 622 تقنين مدني جزائري المقابلة لنص المادة 750 تقنين مدني مصري⁵ .

1- عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد ، مرجع سابق ، ص 92 .

2- قانون 03-09 ، ج ر عدد 15 ، مؤرخة في 8-03-2009 ، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش .

3 - GHESTIN (J) , La formation du contrat , Le contrat –le consentement , Op-cit , P45

4- ايمن احمد الدلوع ، مبدأ الملائمة و اثره في تفسير العقود ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2017 ، ص85

5- نصت المادة 622 تقنين مدني جزائري: (يقع باطلا كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الاتية :

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي الى البطلان ، والسقوط .
- شرط التحكيم اذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة ، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة)

و درج القضاء الفرنسي بشأن وثائق التأمين المحررة بحروف دقيقة يصعب قراءتها ، فإنه حظر استخدام الحروف الدقيقة في صياغة الشروط الهامة التي تمس مصالح المستأمنين حيث استلزم أن تكون مدونة بحروف واضحة متميزة عن باقي شروط الوثيقة فلا يكفي أن تكون بحروف كبيرة إذا كانت تماثل غيرها من شروط الوثيقة و لا تميزها عما عداها¹ .

2-انعدام الشكلية قرينة على عيوب الرضا: و هذه الشكلية تتميز عن الشكلية التقليدية من حيث طبيعتها الوقائية و هي غير مقصودة بذاتها (أ) و لا يشترط العلم الفعلي بشروط العقد² (ب) و هذا ما يبرر اخذ الشروط بحرفيتها دون مراعاة الهدف منها³ (ج) .

أ-الشكلية المصاحبة للالتزام بالإعلام وقائية

يرى J- flour أنه يقصد بالشكلية: (التعبير عن الإرادة في قالب ينص عليه القانون ، ويترتب على مخالفة الشكلية التي ينص عليها القانون انعدام الفعالية القانونية للعقد المراد إبرامه)⁴ لا يتطابق هذا التعريف ل J- flour مع الشكلية الواردة في النظرية العامة للعقد لأن الشكلية المنصوص عليها في قواعد قانون حماية المستهلك ، هي شكلية وقائية ، ليست مقصودة بذاتها بل هي وسيلة لتحقيق التوازن المعرفي بين طرفين غير متكافئين، أي من شأنها تحقيق مبدأ المساواة ، و هي شكلية لا يترتب البطلان على مخالفتها، و إنما من شأنها تأكيد توافق الإرادتين تكمل القواعد الموضوعية لحماية الطرف الضعيف المتمثلة في عيوب الإرادة ، و الهدف منها تحقيق التوازن المعرفي بين الطرفين بإعلام المستهلك القليل الدراية و العلم بالمنتوج و الخدمة⁵ .

و إذ كان انعدام الشكل لا يؤثر على تكوين العقد ، فإنه يؤثر في آثار العقد و هذا ما ذهبت إليه 311-33 قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنص: (في حالة إخلال المقرض بالتزامه

1-ايمن احمد الدلوع ، مرجع سابق ،ص85

2-أكدت المادة 4-2 قانون 02/04 فقرة 2 المتعلق بالممارسات التجارية السالف على الشكلية في عقود الإذعان بقولها : (يمكن أن ينجز العقد على شكل 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 مسبقا) .

3-عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد ، مرجع سابق ، ص381

4-FLOUR (J) , AUBERT (J-L) et SAVAUX (E) , Les obligations , l'acte juridique , Paris , Armand-colin , 9eme èd , 2000 , citè par Frédéric Béranger , Op-cit , p 158

5-Idem , P 158 .

بالإعلام اتجاه المقترض طبقا للمواد 12-311 و 13-311 من قانون حماية المستهلك يكون المقترض ملتزما فقط بأصل الدين ، و يتبرأ المقترض من التزامه بتسديد الفوائد على القرض¹.

و يقول الأستاذ مازو في هذا الشأن أنه يجب التوفيق بين الجزاء المقرر لانعدام الشكلية واثـر إخلال المحترف بالالتزام بالإعلام في اتخاذ المستهلك قرار التعاقد ، حيث ينتقد أحكام قانون الاستهلاك الفرنسي ، التي تبرأ المستهلك من التزامه بدفع فوائد على القرض ، لإخلال المؤسسة المالية بالتزامها بالإعلام² ، و يرى مازو أن هذه الأحكام من شأنها عرقلة الائتمان الذي تقوم عليه المعاملات التجارية و عقود الأعمال ، و تفسح المجال للمستهلك المدين سيء النية التذرع بإخلال المؤسسة المالية بالتزاماتها بالإعلام ، من اجل التملص من تسديد ديونه³ .

و يرى J-carbonnier أن الشكلية المقصودة في الالتزام بالإعلام غير مقصودة بذاتها و هي شكلية غائية ، تركز على المحتوى و الموضوع ، و الإخلال بالالتزام بالإعلام لا يرتب آثاره إلا في حالة إخلال المحترف بالعناصر الجوهرية للعقد، و بالنتيجة إذ كان المستهلك يتعاقد و علم بعناصر العقد محل إخلال المحترف بالتزامه بالإعلام، فانه لا مجال لتطبيق إحكام قانون الاستهلاك التي تبرأ المستهلك من التزاماته⁴ .

و رتب قانون حماية المستهلك الجزائري عقوبات جزائية على مخالفة الالتزام بالإعلام ، دون أن تصل إلى حد التعديل من التزامات المستهلك أو تخفيضها أو إبطالها ، إذ تنص المادة 31 قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية : (يعتبر عدم الإعلام بالأسعار و التعريفات مخالفة

1 -ARTICLE311-33 crée par loi 93-949 , daté de 26-7-1993 annexe JORF ,27juillet 1993 : (Le prêteur qui accorde un crédit sans saisir l'emprunteur d'une offre préalable satisfaisant aux conditions fixées par les articles L. =311-8 à L. 311-13 est déchu du droit aux intérêts et l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu. Les sommes perçues au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux légal à compter du jour de leur versement, seront restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dû) .

2- ابراهيم عبد العزيز داود ، مرجع سابق ، ص 45 .

3 -MAZEAUD (D) , la notion de clause pénale , LGDJ , 1992 , cite par BERENGER Frédéric , op-cit , P 73 .

4- CARBONNIER (J) ,Les obligations ,TIV , éd ., 1975 , P448 .

لأحكام المواد 4 و 6 و 7 من هذا القانون ، و يعاقب بغرامة من خمسة آلاف دينار (5.000 دج إلى مائة ألف دينار (100.000 دج) ¹ .

ب- عدم اشتراط العلم الفعلي بشروط العقد

إن الشكلية التي يفرضها المشرع في الالتزام بالإعلام تختلف عن الشكلية التي جاءت في النظرية العامة للعقد ، لان الشكلية المصاحبة للالتزام بالإعلام ليست مقصودة بذاتها²، و إنما شكلية غائية تكمل القواعد الموضوعية التي جاءت بها النظرية التقليدية للعقد لحماية رضا المتعاقد مثل نظرية عيوب الرضا ، و لا يؤدي مخالفتها إلى بطلان العقد ، و يقتصر دورها في تأكيد توافق الإرادتين ، و يقول Aynes - (L) : (انعدام الشكل المصاحب للالتزام بالإعلام قرينة عيب في الرضا)³ .

و اذا كان انعدام الشكل المصاحب للالتزام بالإعلام لا يؤدي بحد ذاته إلى بطلان العقد غير أنه تشكل قرينة بحد ذاتها في وقوع المستهلك في عيب الرضا ، و تعفي المستهلك من إثبات عناصر التدليس أو الغلط⁴ ، حيث يتسنى للمستهلك المطالبة بإبطال العقد ، لأن إثبات شروط هذا الالتزام و الإخلال به يتخذان مظهرا ماديا يسهل فيه الإثبات و يعوض ضيق نظرية عيوب الإرادة⁵ .

و هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي الذي لم يعد يشترط نية التضليل كعنصر معنوي لقيام التدليس بل يكفي مجرد الكتمان ، و لذلك ذهبت محكمة فيري الفرنسية إلى أن الكتمان لا يمكن

1- قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية ، ج ر عدد 41 مؤرخة في 27 يونيو 2004 .

2- ابراهيم عبد العزيز داود ، مرجع سابق ، ص 45 .

3 -AYNES (L) , Formalisme et prevention , in le droit de credit au consommateur , LITEC , 1982 , P63

4-ABDALLA (F-A) , Aspects du formalism dans les contrats civils (etude comparative) , Publication de l'université du Caire à khartoum , le Kaire , 1974 , P56

5 -RZEPECKI (N) , Op-cit , P45

اعتباره تضليلا مؤديا إلى تطبيق نص المادة 1116 مدني فرنسي¹ ، إلا إذا شكل ذلك مخالفة للالتزام بالإعلام المفروض على البائع² .

ج- اخذ الشروط بحرفيتها دون مراعاة الهدف منها

و بصدد عقد التأمين يتضمن شرطا بضمان المؤمن للأضرار التصادم الحادث من السيارة المؤمن عليها ، سواء وقع الحادث لأحد المشاة أو لسيارة أخرى أو إحدى الدواب ، قضت محكمة الدرجة الأولى الفرنسية باستحقاق المستأمن للتعويض بسبب الأضرار الحادثة لسيارته من ارتطامها بالرصيف لتفادي -على حد قول المستأمن - الاصطدام بسيارة أخرى ، اثر خطأ وقع من قائدها³ و اعتبرت محكمة الموضوع أن كلمة تصادم « collision » تشمل كل حادث تسببت فيه واحدة أو أكثر من المركبات ، حتى ولو لم يحدث اتصال مادي Contact matériel بينها و بين السيارة المؤمن عليها ، و لكن محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم على أساس أن محكمة الموضوع حرفت الألفاظ الواضحة و المحددة للشرط ، مخالفة بذلك حكم المادة 1134 قانون مدني فرنسي⁴ .

و في مجال التفسير الضيق أيضا، نقضت محكمة النقض الفرنسية حكما ألزم شركة التأمين بدفع تعويض للمستأمن رغم تغيير استعمال السيارة الواردة بالوثيقة على أنها مخصصة للنزهة و أعمال المهنة إلى الاستعمال التجاري . فقد فسرت محكمة الدرجة الأولى عبارة Lux et Affaires تفسيراً واسعاً ليشمل حالة الاستعمال التجاري الذي كانت عليه السيارة وقت الحادث وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم و استندت في ذلك أن كلمة Affaires عامة تمتد لتشمل

1-Article 1116 code civil francais napoleon 1804 , decret de 24mars1804 : (Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté.)

2- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص377.

3 - ABDALLA (F-A) , Aspects du formalism dans les contrats civils (etude comparative) , Op-cit , P89

4-عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد ، مرجع سابق ، ص381 .

كل نشاط ، و قد أخذت محكمة النقض على قضاة الموضوع تحريفهم لعبارات الشرط الواضحة¹ إذ إن كلمة أعمال لا يجب فهمها خارج النشاط الوظيفي الذي أعلن عنه المستأمن بالوثيقة. فإذا أعلنت محكمة الاستئناف أن المستأمن لم يرتكب أي إهمال في إعلانه عن الخطر، فإنها تكون قد حرفت شرط العقد مخالفة بذلك نص المادة 1134 مدني² .

وواضح من هذه القرارات عدم مراعاة النية المشتركة للمتعاقدين أو الهدف الاقتصادي، حيث لا يجوز للقاضي تحريف عبارة غامضة تحت ستار التفسير³ .

3-جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام : ينفرد الالتزام بالإعلام عن نظرية عيوب الرضا سواء باعتباره التزام غير تعاقدى (أ) أو باعتباره التزام تعاقدى (ب) .

أ-المسؤولية التقصيرية

لم ير القضاء المصري و الفرنسي مانعا من الحكم بالتعويض ، و ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية ،بالإضافة إلى الحكم ببطلان العقد⁴، حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول بأنه : (يجوز بطلان العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعا في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد ، و يجوز مع القضاء ببطلان العقد ، أن يحكم بالتعويض إذا ترتبت أضرار بأحد المتعاقدين ، و يكون ذلك لا على اعتبار أنه تصرف قانوني ، بل باعتباره واقعة مادية ، متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسؤولية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال)⁵.

1-عبد الحكيم فوده ، مرجع سابق، ص382 .

2-code civile francais de1804 napoleon article 1134:(Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites .)

3-عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد ، مرجع سابق ، ص381

4 - ABDALLA (F-A) , Op-cit , P89

5- عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 260 .

ب-المسؤولية التعاقدية

يرى جانب من الفقه و من بينهم Fabre- MANGNAN أن العبرة في تكييف الالتزام بالإعلام ليس بمعيار زمني الذي يستند إلى وقت نشأة الالتزام ، و إنما بمعيار وظيفي¹ يستند إلى وقت حدوث أثره ، إذ أن الالتزام بالإعلام ليس إلا التزام تعاقدى لأن يرتب أثره وقت تنفيذ العقد و لو أن نشأته هو قبل تكوينه² .

و لا يقتصر جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقدى بالإعلام على البطلان مثل ما هو عليه في نظرية عيوب الإرادة، و إنما تشمل أيضا التعويض³ .

و يأتي دور الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام في سد الفجوة الناشئة فيما يتعلق بحماية المستهلك من الغلط، إذ يكفي في هذه الحالات إثبات قيام شروط هذا الالتزام حتى يتسنى له طلب إبطال العقد ، و يذهب جانب من الفقه أنه يعتبر إخلال أحد المتعاقدين بالإفضاء للمتعاقد الآخر من أهم الحالات الأساسية للكتمان التدليسي المؤدي إلى بطلان العقد⁴ .

و قد أيد قضاء النقض الفرنسي الحديث ذلك المبدأ ، حيث ذهب إلى أن مجرد السكوت و الكتمان يعتبر تدليسا، و ذلك في كل حالة يقع فيها على عاتق أحد الطرفين التزام بتقديم معلومات أو بيانات معينة إلى المتعاقد الآخر⁵ ، فقد قضى بأن التدليس يمكن أن يتكون من مجرد السكوت من جانب الطرف الذي يخفي عن المتعاقد الآخر واقعة ما، و التي يكون من شأن علمه بها قبل

1 -Fabre- MANGNAN (M), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ. 1992, Cité par : GHAZEL (J-P) , *Le nouveau droit des contractants : Est ont-allè trop loin ?* , Article precite , P10 .

2-رضا متولي وهدان ، الخداع الاعلاني وأثره في معيار التدليس (دراسة مقارنة في القانون المدني و قانون حماية المستهلك و الفقه الاسلامي) ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، 2008 ، ص55

3-أن العبرة بتكييف الالتزام بالإعلام ليس بوقت تنفيذ الالتزام و إنما بوقت سريان اثره ، إذ يرى Huet أنه يتوقف تحديد طبيعة الالتزام بالإعلام على المنفعة التي يحققها ، وهذا ما يبرر تكييف الالتزام بالإعلام على أنه تعاقدى ، إذ أنه يحقق منفعة تعاقدية تترجم الى توازن عقدي أثناء تنفيذ العقد للمزيد من التفاصيل الرجوع:

Huet ,*Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Thèse , Paris , 1978 , P45

4 - CANSELIER (G) , Op-cit , P144

5- رضا متولي وهدان ، مرجع سابق ، ص55

إبرام العقد أن يحول بينه و بين التعاقد دون إبرام العقد، و أن الإخلال بالتزام قبل التعاقد بالاعلام يعتبر كتماناً تدليسيا مؤدياً إلى إبطال العقد¹.

و يرى بعض الفقه أن الإشهار التجاري يعتبر دعوة إلى التعاقد، غير أنه استقر الفقه على اعتبار الإشهار التجاري إيجاباً باتاً و ملزماً لصاحبه، و حتى يكون الإيجاب ملزماً لابد من اقترانه بميعاد صريحاً كان أو ضمناً ، و تتوفر فيه شروط الإيجاب بوصفه عرضاً باتاً بنية إبرام العقد، و ذلك إذ تضمن عناصر و شروط البيع الجوهرية².

و هذا ما ذهب إليه الفقه في فرنسا ، حيث ترى الأستاذة Fabre magnan في رسالتها المعنونة (obligation d'information dans les contrats) ، أن للوثيقة الاشهارية قيمة تعاقدية لأن الإيجاب الصادر في الوثيقة الاشهارية إيجاب ملزم³ ، و يترتب على تضليل المستهلك جزاءات مدنية ، غير أنها لا تمس تكوين العقد ، و إنما تلحق بتنفيذه ، لأنه يترتب على الجهل بالمعلومات عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، و متى كان الإخلال بهذا الالتزام بحد ذاته مؤثراً على انتفاع المتعاقد بالشيء المقتنى الانتفاع الكامل وفقاً للغرض المخصص له⁴.

و في هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 25-10-1994 بفسخ عقد بيع أجهزة معلوماتية لإخلال البائع بإعلام و نصح المشتري ، و قررت المحكمة في هذا الصدد أن البائع نظراً لما يتمتع به من خبرة في مجال المعلومات⁵ ، و نظراً لما تتسم به هذه الأجهزة من تعقد في تركيبها ، كان عليه أن يقدم للمشتري كافة البيانات و النصائح اللازمة عن

1 - CANSELIER (G) , OP-cit, p1444

2 -DOUCHE (D-N) , La sanction de la violation du droit de la consommation , Thèse de doctorat en droit privée, université de lorraine , France , 2012 , P 50 .

3 - MAGNAN-FABRE (M) ,De l'obligation d'information dans le contrats , Essais d'une theorie , LGDJ , PARIS 1994 ,P144 .

4 -Idem , P144 .

5-عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص260

هذه الأجهزة، و كان عليه كذلك أن يقوم بدراسة احتياجاته، و أن يوجهه نحو اختيار الجهاز الأفضل، كما كان عليه أن يقدم له المساعدة الفنية لتسهيل تشغيل هذه الأجهزة¹.

الفرع الثاني

حق العدول

لا يجد حق العدول أساس ضمن النظرية العامة للعقد، لأنها تنفرد بأحكام تخالف المبادئ العامة و الأنظمة القانونية ، و هذا من خلال اقرار السلطة الانفرادية للمستهلك في العدول عن العقد (أولاً)، و هذا ما تقتضيه ضرورة الحماية القانونية للطرف الضعيف من عيوب الرضا (ثانياً).

أولاً : حق العدول سلطة انفرادية للمستهلك

يخول القانون للمستهلك سلطة العدول عن العقد بإرادته المنفردة تقابل السلطة الفعلية للمتعاقد المحترف في فرض بنود العقد بإرادته المنفردة.

يمثل حق العدول اعتداء على بعض المبادئ العامة في العقد، مما ينفرد حق العدول على بعض الأنظمة القانونية المشابهة بأحكام استثنائية، و من هذه الأحكام التي استحدثها حق العدول فكرة العقد الغير اللازم² (1) ، و استقلالية حق العدول عن بعض النظم القانونية (2) .

1-انعدام القوة الملزمة للعقد

لا يمثل حق العدول اعتداء على مبدأ الرضائية (أ) غير أنه يشكل اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد (ب) .

1- احمد خديجي ، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي ، مقال منشور في مجلة السياسة و القانون ، العدد

11 ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، ص15

2- ريان ناصر ، حق الرجوع عن العقد ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2016 ، ص69.

أ- استقلالية حق العدول عن مبدأ الرضائية

اختلف الفقه في فرنسا بصدد هذه المسألة حيث ذهب البعض و من بينهم الفقيه الفرنسي M.Code أن تكوين العقد يتراخى إلى غاية نهاية الأجل الذي حدده القانون للمستهلك لممارسة حق العدول، و في محاولته لتوضيح رأيه يرى أن التوقيع على العقد لا يقصد به القبول و إنما يمثل فقط تعبير عن الإرادة و يشكل بذلك حق العدول اعتداء صارخ على مبدأ الرضائية¹، حيث أن العقد الذي يتضمن حق العدول لا يبرم بصفة نهائية، و إنما هو في الحقيقة ما زال في طور التكوين ، و أن المهلة القانونية التي منحها المشرع للمشتري ما هي إلا فترة للتفكير و التروي في أمر هذا العقد².

و من الواضح أن القول بفكرة انعقاد العقد على مرحلتين هو قول لا يستند إلى أي أساس قانوني، إذ من المعلوم أن العقد ينشأ من التراضي عليه ، و لم يعترف أي تشريع بفكرة انقسام التراضي على مرحلتين³ ، وهذا ما ذهبت إليه النظرية الألمانية (la ponctuation) ، حيث ذهب الفقه الألماني و من أبرزهم الفقيه Rieg أنه لا يمكن تجزئة التراضي إلى عناصر شخصية و عناصر موضوعية و إنما يشكل وحدة⁴ ، و ينعقد العقد بمجرد تلاقي الإرادتان ، و ما في الأمر أن العقد يكون قابل للإلغاء بالإرادة المنفردة للمستهلك، و يكون ذلك على أساس رخصة

1 - BERENGER (F) , Op-cit , P 105 .

2- وقد حاول البعض الآخر البحث عن أساس العقد المتضمن الحق في العدول في الوعد بالتعاقد، وشبهوا الفترة المتاحة للمشتري في التمسك بحق في العدول بفترة الوعد ، لكن انتقاد شديد وجه لهذا الرأي على اعتبار أن الواعد يبقى مالكا للشيء ولثماره في فترة الوعد بينما تنتقل الملكية للمشتري صاحب الحق في العدول ، كما أن المشتري في العقد المتضمن حق العدول يملك أن فسخه ، أو ألا يمارس هذا الحق فيحصن العقد بينما الموعد له لا يملك الا أن يوافق على الوعد فيقتصر دوره على التعبير عن القبول . والتمس آخرون الأساس القانوني للعقد المتضمن الحق في العدول في البيع بشرط التجربة ، و ذلك أن المتعاقد الذي يملك حق العدول يتاح له رؤية المبيع وتجربته فان لم يقبله أرجعه للبائع ، وفي هذا تطابق مع البيع بشرط التجربة ، والواقع أنه من غير المقبول الأخذ بهذه النظرة القاصرة إلى الحق في العدول ، ففي العقد المقترن بشرط التجربة يقتصر حق المشتري على قبول المبيع أو رفضه ، في حين يتسع المجال لصاحب الحق في العدول فهو يملك الإبقاء على العقد مع تغيير البيع أو رده مع استرداد الثمن للمزيد من التفاصيل الرجوع : عجالي بخالد النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، جامعة مولود معمري ، 2014 ، ص 244.

3 - BERENGER (F) , Op-cit , P 82 .

4-RIEG (A) , La « punctuation » , Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Mélanges JAUFFRET (A) , 1974 , P593 , Cité par : BERENGER (F) , Idem , P 106 .

من القانون الذي يجيز المستهلك ذلك، و يشكل ذلك إهدار للقوة الملزمة للعقد على أساس نص القانون¹.

و في رأينا لا يشكل حق العدول اعتداء على مبدأ الرضائية لأن العقد يرتب كل آثاره بمجرد تكوينه و خلال مهلة المقررة للعدول ، و على هذا الأساس يعرض الفقه الراجح فكرة العقد غير اللازم كأساس لحق العدول .

ب-حق العدول استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد

يرى carbonnier أنه لا يمكن إعمال القواعد التقليدية التي كرستها مبدأ سلطان الإرادة على المستهلك ، باعتبار أن قواعد القانون المدني تعتد بالمساواة القانونية، بمعنى المتعاقد رجل عادي متوسط الحذر و الحيلة ، بينما يظهر المستهلك طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية²، و بالتالي يتدخل القانون بقواعد خاصة لحماية الرضا من خلال حق العدول ، و هذه القواعد تشكل استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد ، و هذا ما ذهب إليه الفقيه (J) Foyer أنه يمثل حق العدول اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد تكريسا للمنظومة القانونية الجديدة³.

و بالرجوع إلى النصوص القانونية التي أقرت حق العدول فانه يتم تنفيذ العقد بين المتعاقدين بمجرد تبادل الرضا و خلال المهلة القانونية المقررة لحق العدول، و ذهب القضاء الفرنسي من خلال استقراء نص المادة 1 من القانون الفرنسي رقم 88-12 المؤرخ في 06-01-1988 المتعلق بالأنصبة التراثية التي جاء فيها (في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فان المشتري المنتج و ذلك خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع ، الحق في إعادته

1 -BERENGER (F) , Ibidem , P 105

2 -CARBONNIER (J) , Les biens , Les obligations ,Tome 2 , PUF ,2004, P221 .

3 -BERENGER (F) , Op-cit , P397 .

إلى البائع لاستبداله بأخر ، أو رده و استرداد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى رد المصاريف¹.

و في رأينا لا يشكل حق العدول اعتداء على مبدأ الرضائية لان العقد صحيح يرتب كل آثاره ، غير أن حق العدول يشكل اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد لأن المستهلك يعدل عن العقد بإرادته المنفردة مخالفا نص المادة 106 تقنين مدني جزائري² .

2-استقلالية حق العدول عن بعض النظم القانونية المقاربة

ينفرد حق العدول عن بعض صور إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، في العديد من الخصائص، و سنكتفي في هذه الصور بثلاث التي تتمثل في طلب إبطال العقد لتعيب الإرادة (أ)، و حق احد المتعاقدين في فسخ العقد بالإرادة المنفردة (ب).

أ-حق العدول و طلب إبطال العقد لتعيب الإرادة

يهدف حق العدول إلى تجنب التسرع و عدم التأني الذي يقع فيه المستهلك، و لا يدرج هذا الأخير ضمن العيوب التقليدية للرضا، إلا أنه يتعلق بالرضا و الإرادة، ليس في شكلها التقليدي، و إنما في مظهر جديد لها هو عيب التسرع في التعاقد³، غير أنه لا تتحدد مجال الحماية في هذا العيب بالنظر إلى سلوك المتعاقدين الأخر، و إنما بالنظر إلى ضرورة حماية المستهلك من ضعفه الشخصي و الذاتي و عدم خبرته في موضوع المعاملة⁴ .

1-عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص96.

2-عجالي بخالد ، مرجع سابق ، ص 245.

3-BERENGER (F) , Op-, cit P58

4-عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 221 .

و لا يمتد إعمال خيار العدول، ليشمل كل تعامل بين المستهلك و البائع، و إنما يقتصر على تعاقدات معينة و مثال ذلك في القانون الفرنسي¹ ، البيع الذي يبرم بين المستهلك في غير أماكن البائع ، باعتبار أن البائع عندئذ يحاول بوسائل الإغراء و التسهيلات المختلفة انتزاع رضا المستهلك ، دون ترو منه أو تفكير في أمر التعاقد ، و ذلك خلافا لنظرية عيوب الإرادة التي تصلح للتطبيق في كافة المعاملات² .

ب-الحق في العدول في التعاقد و فسخ العقد بالإرادة المنفردة

يتأسس الحق في فسخ العقد على قواعد العدالة و مبادئ حسن النية ، فالعدالة تقضي عدم التزام شخص بعقد لم ينفذ طرفه الآخر الالتزام المقابل ، و يتنافى مع قواعد حسن النية الإبقاء على عقد لم يقم أحد طرفيه بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، و ذلك خلافا للعدول في التعاقد الذي وجدت الدراسات أن أساسه فكرة العقد الغير اللازم التي سبق و أن شرحناها³ .

و يختلف الحق في العدول عن الفسخ ، في أن هذا الأخير جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي ، و يلتزم المدين بالتعويض جزاء عدم تنفيذ العقد⁴، بينما الحق في العدول في التعاقد هو حق إرادي محض يبتعد عن فكرة الجزاء ، و لا يترتب على المدين دفع أي تعويض و ذلك في ضوء هدفه المتمثل في الاستيثاق من رضا المتعاقد فيما يتعلق بتمهله و تريثه لدى إبرام العقد⁵ .

1- ريان عادل ناصر ، مرجع سابق ، ص85.

2 -LASBRDES (V) , Op-cit , P255-

3- ROMAIN (L) ,les fondements de l'exigence de la bon foie en droit français des contrats ,Mémoire de DEA de droit français de contrats , 2001-2002 , école doctoral , lil 2 , P155

4 - Idem , P58

5-عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص . 250 .

ثانيا : الحق في العدول وسيلة علاجية من عيوب الرضا

لا تتحدد مجال الحماية في هذا العيب بالنظر إلى سلوك المتعاقد الآخر مثل ما هم في نظرية عيوب الرضا، و إنما بالنظر إلى ضرورة حماية المستهلك قبل أو أثناء التعاقد من عدم رؤية المبيع أو من التسرع و عدم التدبر¹(1)، و على عكس المشرع الفرنسي و بعض التشريعات الأخرى لم يتناول المشرع الجزائري الحق في العدول في التعاقد عن بعد رغم أنه كرس عدة قوانين تنظم العقد الالكتروني ، غير أنه تدارك هذا الأمر و نظم حق العدول في بعض العقود التي يتحاشى فيها تسرع المستهلك في الإقبال عن التعاقد، و كرس نوع جديد من البيوع لم يكن معروف يتمثل في البيع المنزلي² (2).

1-الحق في العدول في التعاقد لعدم رؤية المستهلك للمبيع قبل أو أثناء إبرام العقد

يعد عدم رؤية المستهلك للمبيع قبل و أثناء إبرام العقد من أهم الأسباب التي تمنحه الحق في العدول في التعاقد لدى رؤيته ، لذلك اهتم الفقه الإسلامي بهذا الأمر وواجهه بما يسمى بخيار الرؤية³ (أ).

و تضمن القانون الفرنسي الحق في العدول في البيع عبر المسافات و ذلك لمواكبة الأساليب الحديثة في التعامل التي لا يؤلفها المجتمع التجاري أو الاقتصادي أو القانوني⁴ (ب).

1 -RZEPECKI (N) , op.cit , p 84 .

2- عرار عسالي ، التوازن العقدي عند نشأة العقد ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة علوم في القانون ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2014-2015 ، ص 163 .

3- ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2015 ، ص 72 .

4- محمود عبد المجيد المغربي ، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، 2002 ، ص 25 .

أ- خيار الرؤية في الفقه الإسلامي

يرى الإمام الحنفي أنه يجوز بيع عين لم يراها المشتري سواء قام البائع بتعيين المبيع أو لم يتم ، و يجوز للمشتري في هذه الحالة فسخ العقد و الامتناع عن تنفيذه لعدم رؤية المبيع ، و بينما يرى الإمام الشافعي أن بيع العين التي لم يراها المشتري باطل ، حيث لا يصح بيع العين الغائبة سواء تم تعيين ووصف المبيع وصفا ينفي عنها الجهالة أو لم يتم¹ ، و يرى البعض الآخر من الفقه أن في العين الموصوفة وصفا ينفي عنها الجهالة، لا يجوز فيها أعمال خيار الرؤية فالعقد صحيح لازم بمجرد إبرامه ، بينما في العين الغير معينة بالذات ، فيجوز للمشتري فسخ العقد لعدم رؤية المبيع² .

و بما أن المشرع الجزائري اعتد بالمذهب المالكي كمصدر تفسيري للشريعة الإسلامية فهو المذهب الذي يهمننا، حيث يرى المالكي أنه إذا كانت العين المباعة حاضرة في مجلس العقد و لم يكن في رؤيتها مشقة وجب أن يراها ليصح العقد فإذا اشتراها بعد رؤيتها كان البيع صحيحا وناظرا و لا خيار للرؤية فيه أما إذ اشتراها دون أن يراها فلا يصح البيع أصلا و هو الحكم أيضا إذا كانت العين قريبة من مجلس العقد بحيث يمكن رؤيتها دون مشقة³ . أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد أو كان في رؤيتها مشقة جاز بيعها شرط وصفها بكل الصفات المميزة التي تنفي عنها الجهالة ، و يكون للمشتري في هذه الحالة حق فسخ العقد إذا جاءت العين على خلاف الأوصاف التي أسندت إلى العين المباعة⁴ .

و في رأينا و رغم عدم اعتداد المشرع الجزائري بحق العدول في بيوع المسافات غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 1 تقنين مدني جزائري فإن الشريعة الإسلامية مصدر احتياطي أول في

1- ريان عادل ناصر، مرجع سابق ، ص 72 .

2- رباحي احمد وعماري ابراهيم ، مشروعية خيار الرؤية في الفقه الاسلامي ، مقال منشور في مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية و الاسلامية ، عدد 2016، 15 ، ص110 .مقال منشور في موقع WWW.UNIV-CHLEF.DZ .

3- ريان عادل ناصر ، مرجع سابق ، ص73 .

4 - رباحي احمد و عماري ابراهيم ، مرجع سابق ، ص110

حالة عدم وجود نص تشريعي ، فانه يمكن إعمال خيار الرؤية الذي تبناه الفقه الإسلامي على بيوع المسافات .

ب- التعاقد عن بعد في القانون الوضعي

يقصد ببيع المسافات البيع التي تتم دون الوجود المادي للبائع ، فهذا الأخير يتفاوض مع المشتري على عملية البيع بواسطة وسيلة الاتصال المسافي و المشتري يبادل الموافقة بذات الوسيلة أيضا¹ .

و لقد أشار المشرع اللبناني في الفصل 51 منه و ذكر الوسائل التي تتم عبرها هذه البيوع منها الهاتف أو الانترنت أو أية وسيلة أخرى معتمدة لذلك² .

أما فيما يتعلق بالبيع عبر التلفزيون فإننا نجد وجود فاصل مكاني بين البرنامج -البائع و بين المشاهد -المشتري ، و بالتالي يدخل هذا النوع من البيوع بالبيع عبر المسافات³ .

هذا و لقد حددت المهلة التي بموجبها يستطيع المستهلك العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة و ذلك خلال مهلة 10 أيام تسري اعتبارا إما من تاريخ التعاقد فيما يتعلق بالخدمات أم من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة⁴ .

فقد جاء في المادة 121-01/20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي أن للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في العدول عن العقد أما التوجيه الأوربي فقد عبر عنها في المادة 6 منه

1- عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص55

2- ريان عادل ناصر، مرجع سابق ، ص 72

3- ريان عادل ناصر، مرجع نفسه ، ص 72

4- باستقراء نصوص التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بالتعاقد عن بعد وأحكام تقنين الاستهلاك الفرنسي المضافة إلى هذا التقنين بالمرسوم رقم 2001-741 يلاحظ أن حق المشتري في العدول عن العقد يشمل كل عقود البيوع عقود الخدمات التي تتم بوسائل الاتصال الالكترونية و إذا كان ذلك أصلا ثابتا في تلك النصوص و نظيراتها ، فإنها من جانب آخر أوردت استثناءات لا تقبل ممارسة الحق في العدول عن العقد ومن تلك الاستثناءات:
-عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول :
-العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها .
-السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك و التلف .

بسبعة أيام عمل¹ .

ولم يتناول المشرع الجزائري الحق في العدول عن العقود الالكترونية رغم أنه أصدر عدة قوانين تنظم التعاقد عن بعد و منها قانون 04-15 المتعلق بالتوقيع و التصديق الالكترونيين².
2-الحق في العدول في التعاقد لمعالجة تسرع المستهلك في الاقبال على التعاقد (البيع على مستوى المنزل)

أصدر المشرع الجزائري في عدة قوانين و تنظيمات نصوص تتضمن حق العدول عن التعاقد خلال مدة قانونية معينة³ ، و تناوله في نص المادة 119 مكرر 1 من الأمر رقم 03/ 11 المتعلق بالنقد و القرض⁴ المعدل بأمر 04/10 التي نصت: (يمكن أي شخص اكتب تعهد أن يتراجع عنه في اجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع عن العقد) ، و هذا ما ورد في المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 15- 114 المؤرخ في 23 رجب 1436 الموافق 12 مايو سنة 2015 المتعلق بشروط و كفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي: (لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصله على القرض. غير انه يتاح للمشتري اجل للعدول مدته ثمانية أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما)⁵ .

وكرس المشرع الجزائري لأول مرة البيع على مستوى المنزل و حدد مدة سبعة أيام للمستهلك للعدول عن العقد فجاء نص المادة 11 من المرسوم أعلاه المتعلق بشروط و كفيات العروض في

1 - RZEPECKI (N) , Op.cit , p 84 .

2- قانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين ، ج ر عدد 6 مؤرخة في 6 فبراير 2015

3-عرعار عسالي ، مرجع سابق ، ص 163 .

4-أمر 11/03 ، ج ر عدد 52 ، مؤرخة في 27 غشت 2003 المتعلق بالنقد والقرض ، المعدل و المتمم بأمر 04-10 ج ر عدد 50 مؤرخة في 1 سبتمبر 2010

5-المرسوم التنفيذي رقم 15- 114 ، ج ر 24 ، مؤرخة في 13 مايو 2015 ، يتعلق بشروط و كفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي

مجال القرض الاستهلاكي كما يلي¹ : (عندما ما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فان مدة العدول تكون سبعة أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة . لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة) .

كما أنّ المشرع الجزائري يذهب إلى أبعد من ذلك إذ يمد المدة القانونية لمهلة التفكير إلى ثلاثين يوماً لممارسة حق الرجوع وأطلق صراحة مصطلح الرجوع عن العقد ، وذلك ما جاء في نص المادة 22 من قانون 04/06 الذي يعدل و يتم الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات و التي تنص: (باستثناء عقود تأمين المساعدة ، يجوز لمكتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين يوماً ابتداء من الدفع الأول للقسط.

يجب على هذا الأخير إعادة القسط الذي تتقاضاه، بعد خصم تكلفة عقد التأمين خلال ثلاثين يوماً المالية لاستلام الرسالة الموجهة من قبل المكتب إلى مؤمنه، والتي موضوعها التراجع عن العقد)² .

و صدر القانون الفرنسي رقم 1138 في 22 ديسمبر 1982 و نصت المادة الثالثة منه: "يجوز للعميل في الرجوع في التعاقد بموجب خطاب موصى عليه يرسله خلال سبع أيام كاملة . أيام العطلّة تحسب من تاريخ تقديم الطلب أو التعهد به وكل تنازل عن هذا الحق يعتبر باطلاً"³ .

1- المرسوم 15-114 المتعلق بشروط و كفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي السالف الذكر

2- قانون 04/06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006 ، ج ر عدد 15 مؤرخة في 12 مارس

2006 المتعلق بالتأمينات. الذي يعدل و يتم الامر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415

3- عرعار عسالي ، مرجع سابق ، ص 163 .

الفصل الثاني

الموازنة بين مركز المتعاقد و حقوقه

و فق تصور المشرع لفكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي، يكون من الطبيعي والمنطقي ألا يعتد بالتفاوت المادي معيارًا للتوازن، و على هذه النهج سارت كل التشريعات التي تبنت النظرة الشخصية للالتزامات.

إن عدم تأثير الغبن على العقود مرده فكرة التوازن في حد ذاتها، لأنها تشترط المساواة في الالتزامات المتقابلة و المترتبة عن التصرفات القانونية، و لكن هذه المساواة لا ينظر إليها من جانبها المادي الذي يقاس بمعيار خارج عن إرادة المتعاقدين، و إنما العبرة بالمساواة الذاتية النابعة عن إرادة الشخص نفسه، بحيث يكون في مركز قانوني يخوله أن يلتزم مدركا لنتائج تعاقد، والذي يفترض أن يكون مميزًا لأثار تصرفه، و التي لا يعقل إلا أن تعود عليه بالنفع المجرّد من القياس المادي البحث، لأن فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي، لا يمكن لها أن تلتقي مع نظرية الغبن المجرّد، فضلا عن تبنيها¹.

إن مصطلحي التوازن و المساواة يلتقيان مع الغايات و هي العدالة، حيث تطبق قاعدة العدالة على العقد الذي يفترض أن العلاقات بين طرفيه تكون متوازنة، فالعدالة كقيمة سامية تبرر المساواة و التوازن بين المتعاقدين في علاقات التبادل، لأن التصور المجرّد للعدالة، مبني على تقسيم مجرد للحقوق و الواجبات، و هو مستقل عن الرجوع إلى الوضعية الحقيقية للأطراف².

و بما أن العدالة المجرّدة تتناول اختلافات وضعية الأطراف خلال تكوين العقد فقط، فإنه بعد تكوينه صحيحا تستبعد كل أمكانية التدخل لتحقيق التوازن، الذي قد حسم فيه أطراف العقد أنفسهم

1- دحمون حفيظ ، التوازن في العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص90.
2 -MONTERO (E) et DEMOULIN (M) , Op-cit , P85

بمعنى آخر تهتم العدالة التعاقدية بالتوازن الانطلاقي، أي أن اختلال توازن الانطلاق يبرر تدخل القانون، أما فقدان النتيجة فيتحمله المتعاقدان، و هذه مهما كانت النتائج¹.

غير أن الواقع الاقتصادي الجديد افرز انعدام مساواة فعلية بين المتعاقدين، و يتمثل انعدام المساواة كما يقول Stoffel MUNCK في سلطة واقعية مستقلة عن العقد و القانون يمارسها المتعاقد القوي على الضعيف، بحيث يرضخ هذا الأخير لشروط وضعها مسبقا².

و أفرز انعدام المساواة الاقتصادية انعدام المساواة المادية في حقوق و التزامات الطرفين حيث انفراد المتعاقد المحترف بإدراج بنود العقد بإرادته المنفردة من شأنه تعسف هذا الأخير، و يشكل القانون حدا لها من خلال منع الشروط التي تعد تعسفية بنصوص خاصة³.

و في هذا الفصل نتناول في (المبحث الأول) التعارض في التوازن بين المنظور الشخصي و الفعلي و في (المبحث الثاني) الحماية القانونية للشروط التعسفية⁴.

1-LASBORDES (V) , Op-cit , P55

2-STOFFEL (M) , L'abu dans le contrat (essai d'une theorie), Op-cit , P85

3-HELLERINGER (GE) , Les clauses du contrat (Essai de typologie) , LGDJ , France , P85

4-STOFFEL (M) , L'abu dans le contrat (essai d'une theorie), Op-cit , P155 .

المبحث الأول

التعارض في التوازن العقدي بين المنظور الشخصي و الفعلي

لا تتلاءم المساواة القانونية التي تفرضها قواعد القانون المدني مع المساواة الاقتصادية الفعلية ، إذ برز في السوق علاقات تعاقدية غير متكافئة ، غير أنه لا تعود انعدام المساواة بين المتعاقدين إلى عدم تكافؤ المراكز¹ ، فليست كل عقود إذعان تتضمن بنود غير متوازنة ، و إنما تعود إلى سلوك المتعاقد المحترف الذي يتنافى مع القانون و قواعد العدالة و المنفعة² .

و يترتب على انعدام المساواة الفعلية في مراكز المتعاقدين انعدام المساواة المادية في مضمون العقد، مما أصبح مبدأ سلطان الإرادة غير كافي في توازن العلاقات القانونية، و على هذا الأساس ظهرت الضرورة إلى تبني نظام قانوني جديد يعايش الواقع الاجتماعي للعقد³ .

و لهذا نتناول بالبحث التوازن العقدي في ظل منظور شخصي (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى تطور وظيفة العقد (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

التوازن العقدي في ظل المنظور الشخصي

تأثر المشرع في التقنيات المدنية بمبدأ سلطان الإرادة، و يكرس المشرع المدني مقولة فويي: "كل ما هو عقد عدل"⁴، إذ أنه في نظر المشرع المدني، فإن صحة التراضي هو مقياس التوازن العقدي، دون أن يولي الأهمية للتفاوت المادي⁵ .

و نتناول بالبحث مسألتين تتمثل الأولى في دور الإرادة في تحقيق توازن الالتزامات الجوهرية (الفرع الأول)، و تتمثل الثانية في عدم كفاية الإرادة في تحقيق توازن مادي (الفرع الثاني).

1 -STOFFEL (M) ,L'abu dans le contrat (essai d'une tehorie), Op-cit , P155 .

2- دحمون حفيظ ، مرجع سابق ، ص85.

3-HELLERINGER (GE) , Op-cit , P95

4- دحمون حفيظ ، مرجع سابق ، ص85 .

5-MONTERO (E) et DEMOULIN (M) , Op-cit , P85

الفرع الأول

دور الإرادة في توازن الالتزامات الجوهرية

لا ينظر إلى التوازن العقدي في المنظور الشخصي إلى التقابل المادي و إنما إلى تقابل الالتزامات باعتبارها تقابل إرادتان¹ (أولا) ، و هذا من خلال قرينة قانونية بوجود توازن عقدي على أساس صحة الرضا² (ثانيا) .

أولا : دور الإرادة في تحديد الالتزام الجوهري

تلعب الإرادة دور في تحديد الالتزامات الجوهرية من خلال نظرية عيوب الرضا(1) ، و تأثر هذه الأخيرة أيضا في قواعد المحل و السبب (2) .

1- نظرية عيوب الرضا

إن صحة التراضي شرط من شروط العقد ، و العبرة هي سلامة رضا المتعاقد من العيوب، وقيام رضا سليم تنشأ التزامات جوهرية ، ما كان يتعاقد المتعاقد دونها ، و نتناول هذه العيوب، ونحاول استظهار هذه الفكرة الجوهرية في عنصر الرضا.

أ-الغلط

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها ، إنه تصور خاطئ للأمور و الأشياء ، حيث يتبين للشخص أن للشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة غير ذلك³ .

1-ROMAIN (L) , Op-cit , P5

2- لبنى مختار ، وجود الارادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن ، جامعة باتنة ، 1984 ، ص 45.

3- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة)، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 1992، ص 180. وهذا ما يتبين من نص المادة 82 : (يكون الغلط جوهريا إذ بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط) .

و حدد المشرع الجزائري في المواد 81 إلى 85 تقنين مدني الغلط الجوهرى المعيب للرضا و الذي يقع فيه التعاقد وقت إبرام العقد، و يستخلص مما ورد في الأحكام القانونية أن الغلط الجوهرى غلط جسيم من جهة، و مؤثر من جهة أخرى¹ .

و الغلط الجوهرى الجسم هو الغلط الذي بلغ حدا من الخطورة، و الأهمية تستدعي تدخل القانون لحماية الضحية، و العبرة في تقدير جسامه الغلط هي بنفسية التعاقد و النتائج المترتبة على هذا الاعتقاد الخاطئ .

و زيادة إلى الميزة التي اشرنا إليها أنفا ، لابد أن يكون الغلط الجوهرى مؤثرا ، أي أن يكون هو الدافع إلى التعاقد، و أنه كان وراء تصميم و عزم التعاقد على انجاز العقد .

و بقيام شروط الغلط الجوهرى في نفس التعاقد تخوله نص المادة 81 تقنين مدني حق مطالبة إبطال العقد² .

ب- التدليس

تناول المشرع الجزائري أحكام التدليس في المادتين 86 و 87 تقنين مدني ، غير أنه لم يعرفه ، أما الفقهاء فقد عرفوه بأنه حيل يلجأ إليها التعاقد لإيقاع معه في غلط يدفعه للتعاقد³ .

و يتكون التدليس من عنصرين مادي و معنوي ، إذ يتمثل العنصر المادي في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل التعاقد و دفعه لإبرام العقد⁴ ، و هذه الوسائل كما يتضح من نص المادة 86 تقنين مدني لا تقتصر على الحيل المختلفة و الكذب بل تشمل كذلك بعض حالات السكوت العمدي ، أي الكتمان⁵ .

1- علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 200 .

2- تنص المادة 81 تقنين مدني جزائري: (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد ، أن يطلب إبطاله).

3- مما أدى ببعض الفقه إلى القول أن العقد يبطل ليس بسبب التدليس في حد ذاته ، وإنما للغلط الذي وقع فيه المتعاقد وفي رأينا فان الغلط لا يغني عن التدليس ، لأن عيب الغلط يقع فيه التعاقد من تلقاء نفسه بينما المدلس يقع في غلط بسبب الغيروهذا ما يجعل تطبيق نص المادة 85 قانون مدني في حق المدلس عليه مستحيل ، لأن المادة 85 قانون مدني تمنع من وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية ، بينما المدلس يكون دائما سيء النية تحرمه من حماية القانون ، راجع : علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 200 .

4-GRYNBAUM (L) , Op-cit , P85

5- علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 185

و يتمثل العنصر المعنوي في نية التضليل و الخداع عند المستهلك، و يقتضي أن يكون الغرض من الحيل المستعملة بشتى أنواعها خداع المدلس عليه و إيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد¹.

ج- الإكراه

الإكراه عند الفقهاء هو ضغط تتأثر به إرادة الفرد في دفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه.

و في الحقيقة ليست وسائل الإكراه هي التي تفسد الرضاء² ، و إنما الرهبة أو الخوف الذي تحدثه هذه الوسائل في نفس المتعاقد هي التي تفسد الرضاء ، وهذا ما يستخلص من نص المادة 88 قانون مدني التي تقضي ببطلان العقد إذ تم تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المكره في نفس المتعاقد دون وجه حق³ .

و عرفت المادة 88 تقنين مدني الرهبة البينة بأنها : (و تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو احد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف ، أو المال) .

و يترتب على الرهبة البينة إفساد الرضاء، و هذا يعني أن المتعاقد ما كان يتعاقد لو لم تكن ظروف الحال تصور له أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو احد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف، أو المال⁴ .

1- و يشترط في التدليس أن يكون مؤثرا، وهذا يعني أن يكون الغلط الذي وقع فيه المداس عليه هو الدافع الى التعاقد، وتتص المادة 86 قانون مدني : (يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها احد المتعاقدين او النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد...)، ويشترط في التدليس أيضا أن يكون صادر من المتعاقد أو ممن يمثله أما إذا كان صادرا من الغير فتقضي المادة 87 أنه ليس : (... للمتعاقد المدلس عليه ان يطلب ... ابطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس) ، اذ يعتد المشرع اذن بالتدليس الصادر من الغير بشرط ان يكون المتعاقد المستفيد منه عالما به حقيقة او حكما ، راجع : محمد الصبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 159 .

2- محمد الصبري السعدي ، مرجع نفسه ، ص 85.

3- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الخامسة ، 2003 ص 35 .

4- علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 25 .

د-الاستغلال

الاستغلال لغة هو الانتفاع بدون حق ، أما اصطلاحا : فهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض¹ .

وأبرز تطور المجتمع حقائق جديدة، منها عدم المساواة بين أفراد المجتمع في شتى الميادين الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، بحيث أصبح الأقوياء يفرضون شروطهم على الضعفاء، الأمر الذي جعل الفقهاء و المشرعين يهتمون بهذه الظاهرة² .

وعالج المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 90 من التقنين المدني على أنه: (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد).

و في رأينا فان الاستغلال عيب من عيوب الرضا لأن العبرة بالدرجة الأولى هي بالضعف النفسي للمغبون ، بينما يترجم الاختلال في تعادل التزامات المتعاقدين النتيجة المترتبة على عملية الاستغلال ، و هذا ما يتبين من الحكم الاستثنائي الذي أورده نص المادة 90 تقنين مدني في فقرتها الثالثة (و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذ عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن) ، و يفيد هذا الحكم الاستثنائي الخاص بعقود المعاوضة أن عقود التبرع تخضع لنظرية الاستغلال ، و بالنتيجة فان العبرة في تقدير الاستغلال هي بالعنصر النفسي .

1-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 58.

2-THIBIERGE (L) , Op-cit P155 .

2-تكييف بعض الأنظمة الخاصة بالمحل و السبب على أساس نظرية عيوب الرضا

يقتصر دور الإرادة في تقدير سلامة الرضا ، دون أن يمتد ذلك إلى تحديد شروط المحل و السبب الذي يتولى القانون تحديدها¹ ، غير انه يمتد دور الإرادة في تحديد بعض عناصر المحل (أ) و السبب(ب) إذا كانت جوهرية بالنسبة إلى المتعاقدين و كانت تلك العناصر مرتبطة أساس بمصلحة المتعاقدين² .

أ-المحل

يضبط قواعد النظام العام العقدي الفكرة الجوهرية التي يقوم عليها المحل ، و يحدد ماهية العقد، و يرتب القانون البطلان المطلق على مخالفة القاعدة الجوهرية في ركن المحل ، حيث أنه إذا كان محل الالتزام معين بالذات ، وجب تعيينه بكل صفاته الجوهرية التي تميزه عن غيره و إذا تعلق محل العقد بأشياء مثلية يكفي تعيين المحل بنوعه حتى يقوم العقد و هذا ما تنص عليه المادة 94 تقنين مدني³ .

و لا يشترط القانون المدني تعيين المسائل الثانوية في العقد، و لذلك ذهب رأي في الفقه المصري إلى أن فهم النصوص التشريعية على هذا النحو يقود إلى قبول الشروط التي تسمح للبائع بتعديل أوصاف المبيع طالما أنها لا تؤدي إلى تغيير نوعه⁴.

1-نسير رفيق، مرجع سابق، ص75 .

2-صالح ناصر العتيبي ، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية (دراسة مقارنة) ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، 2009 ، ص85

3-تنص المادة 94 تقنين مدني جزائري فقرة أولى: (اذ لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ،ومقداره ،والا كان باطلا .)

4-حسن جمعي عبد الباسط ، مرجع سابق، ص45 .

و تطبيقا لذلك فإن بائع السيارات يمكن أن يسلم سيارة من ذات النوع مع إجراء ما يشاء من تعديلات على تصميمها أو تركيبها أو أوصافها الداخلية بدون أن يكون للمشتري حق الاعتراض على ذلك¹.

و بهدف حماية التوازن العقدي ، يرى بعض الفقه أنه من الأفضل التوجه نحو الرضا والمحل ، فهما يؤديان دور مهما في تحديد الالتزام الجوهري² ، فالرضا و المحل يرتبطان من حيث أن الرضا يرد على المحل ، فإرادة الأثر القانوني للعقد تقتضي بالضرورة أن تنصب تلك الإرادة على موضوع أو محل معين ، فالمحل يعتبر تجسيد للرضا³ ، إذ يترتب البطلان النسبي على عدم تعيين نوع المحل إذا كان الالتزام معين بالنوع أو الصفات الجوهرية للمحل إذا كان الالتزام معين بالذات .

و في رأيي فإنه يختلف المحل و التراضي من حيث أنه يضبط القانون -قواعد النظام العام- ركن المحل ، بينما تضبط إرادة المتعاقدين ركن التراضي بحيث تتحول المسائل الثانوية بطبيعتها إلى جوهرية إذا كانت دافع إلى التعاقد بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، و يترتب البطلان النسبي بسبب عدم تعيين البائع لأوصاف المبيع و لو قام بتعيين نوعه و ذلك إذ كانت هذه الأوصاف دافعة للتعاقد بالنسبة للمشتري و هذا ما يميز نص المادة 94 تقنين مدني جزائري عن المادة 352⁴ منه التي تفرض علم المشتري بالمبيع علما كافيا بحيث يترتب على إخلال البائع بالتزامه بالإعلام بطلان نسبي على أساس تعيب الرضا⁵ . بينما تكتفي المادة 94 ق م ج بتعيين محل الالتزام المثلي بنوعه .

1- حسن جمعي عبد الباسط، مرجع سابق، ص 45 .

2- صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق ، ص 71 .

3-تنص المادة 352 تقنين مدني جزائري فقرة الاولى : (يجب أن يكون المشتري عالما علما كافيا ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية التي يمكن التعرف عليه .)

4-عمر عبد الباقي، مرجع سابق ، ص 45 .

5-عمر عبد الباقي، مرجع نفسه ، ص 45 .

ب - السبب

نتناول بالبحث علاقة السبب غير الصحيح بكل من الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال .

-مدى العلاقة بين السبب غير الصحيح و الغلط

لقد طرح مشكل الغلط في الباعث مع ظهور النظرية الحديثة للسبب حيث يختلط الغلط في السبب بالغلط في الباعث¹ ، فأصبح شيئاً واحداً في حين يترتب على كل منهما جزاء معيناً فالغلط في السبب يجعل العقد باطلاً أما الغلط في الباعث يجعله قابل للإبطال فقط ، و لقد تمت معالجة هذا الوضع من طرف التشريعات بطرق مختلفة².

فبالنسبة للقانون الفرنسي طرح هذا المشكل عند هجر القضاء الفرنسي المعيار الموضوعي للغلط و اعتمد المعيار الذاتي الذي يتطلب البحث عن نفسية المتعاقد ، و ما إذا كانت الاعتقادات الخاطئة هي الدافع إلى التعاقد³ ، غير أن هذا لم ينل من موقف القضاء الفرنسي الذي بقي متمسكاً بالمجال التقليدي للغلط متجاهلاً الغلط في الباعث كونه أمراً خارجاً عن دائرة التعاقد و لا علاقة له بالحالتين اللتين تمثلان دون غيرهما محل الغلط الجوهرية ، و هي الصفة الجوهرية للشيء أو في ذات صفة المتعاقد و هكذا لا يعتد بالغلط في الباعث إلا في الحالتين التاليتين :

- إذا كان متصلاً بالصفة الجوهرية للشيء.

- إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً من شروط العقد⁴ .

و المعلوم أن القضاء الفرنسي يتمسك منذ زمن بعيد بالسبب بمعنى سبب الالتزام ، دون أن يغفل البواعث الدافعة إلى التعاقد ، و استناداً للغلط في الفاعلية القانونية للسبب قضى القضاء

1-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 85 .

2-محمد الصبري السعدي، مرجع سابق، ص 85 .

3-HELLERINGER (G) , Op-cit , P86

4-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 168 .

الفرنسي ببطان عقد التأمين ضد خطر معين¹ ، إذا تبين أن والدته المؤمن له قد سبق لها إبرام عقد التأمين مماثل ضد ذات الخطر ، حيث لا يستفيد الإبن من هذا التأمين الثاني ، إذ لن يستحق من الشركتين معا إلا ما يغطي الضرر المؤمن منه حال تحققه² .

مما سبق يتضح أن المستقر عليه هو التمييز بين سبب الالتزام و سبب العقد. فإذا انصب السبب الموهوم على الأول كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، باعتباره غلطا مانعا يحول دون انعقاد العقد و هذا ما تقتضيه المادة 1131 تقنين مدني فرنسي . أما إذ انصب السبب الموهوم على الثاني كان العقد قابلا للإبطال باعتباره أحد عيوب الرضا³ .

-مدى العلاقة بين السبب غير الصحيح و التدليس

يرى جانب من الفقه و أبرزهم الفقيه الفرنسي Chauvel من خلال رسالته للدكتورة حول عيب الإرادة⁴ ، أن عدم التوازن الاقتصادي الناشئ عن التدليس ، يعد في ذات الوقت غيابا جزئيا لسبب الالتزام ، و ذلك بقدر الخلل الاقتصادي الحادث ، فالتوازن المأمول بين التزامات و الأداءات المتقابلة يجب أن تتم بدون تشويه لإرادة المتعاقدين⁵ .

و تعرض هذا الاتجاه الفقهي للنقد على أساس أنه يمثل خلطا بين سبب العقد و سبب الالتزام من حيث أنه يتحدث عن السبب الملائم الدافع للتعاقد و الذي ما كان العقد ليتم دون وجوده ، و

1-علي فلالي ، لمرجع سابق ، ص169 .

2-مصطفى أحمد ابو عمرو ، السبب بين نظريتي السبب و عيوب الارادة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2016 ، ص104 .

3- مصطفى احمد ابو عمرو، مرجع سابق، ص 105 .

4- CHAUVEL (G) , Le vice de consentement , Thèse , Paris II , 1981 , P 55 .

5- مصطفى أحمد ابو عمرو ، مرجع سابق ، ص 117 .

الواقع أن السبب الدافع أو السببية الملائمة تتعلق بسبب العقد لا سبب الالتزام ، فمسلم أن المشروعية بكافة درجاتها تتدرج ضمن علاقة عيوب الرضا بسبب العقد ، و ليس ضمن تلك العلاقة بسبب الالتزام¹ .

-علاقة السبب غير الصحيح بالإكراه

يذهب جانب من الفقه و أبرزهم الفقيه الفرنسي Chauvel إلى وجود علاقة بين الإكراه و سبب الالتزام، و تأتي هذه العلاقة من حيث أن الإكراه عيب في الإرادة يؤثر على توازن الالتزامات المتقابلة فينشئ خلا بين الالتزامات و الأدعاءات المتقابلة ، و الذي لولاه لما وقع هذا الخلل في التوازن العقدي، فالتوازن المأمول لا ينشأ إلا من خلال إرادة حرة مستتيرة و مستقلة² .

و لم يسلم هذا الاتجاه من النقد على أساس أنه يخلط بين سبب الالتزام و سبب العقد لأن فكرة السبب الدافع أو السببية الملائمة ترتبط بسبب العقد³ ، حيث أن الإكراه لا يعيب الإرادة إلا إذ نشأت عنه رهبة أو خوفا كان هو الدافع الأساس إلى التعاقد ، بحيث لولا وجود تلك الإرادة و ذلك الخوف لما تم إبرام العقد⁴ .

-علاقة السبب غير الصحيح بالاستغلال

تمثل حالة الضعف النفسي الدافع الشخصي إلى التعاقد الذي يحمل المغبون على التعاقد و هذا هو سبب العقد ، و الذي يختلف من عقد لآخر ، بحسب ظروف كل حالة على حدة . و لا يكفي لدى المغبون أحد أوجه الضعف الواردة بالنص المعني ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون هناك استغلال المتعاقد المستغل لهذه الحالة لدى المغبون بحيث يكون هذا المتعاقد قد أراد أن

1-مصطفى أحمد ابو عمرو ، مرجع سابق ، ص 117 .

2 - CHAUVEL (G) , Thèse précitée , P 23

3-مصطفى أحمد ابو عمرو ، مرجع سابق ، ص 129 .

4-علي فلالي ، مرجع سابق، ص170 .

يستغل هذه الحالة لدى ضحيته، و من ثم يكون عالما بتلك الحالة، بل قد يكون هو الذي دفع المغبون إلى التعاقد¹ .

و صفوة القول أنه توجد علاقة واضحة بين سبب العقد و الاستغلال، و ذلك خلافا لعلاقة الأخير بسبب الالتزام، و بعبارة عامة فإن عيوب الإرادة تستقل عن سبب الالتزام، بينما ترتبط بسبب العقد ارتباطا واضحا² .

ثانيا : صحة التراضي قرينة على التوازن العقدي

يقوم التوازن العقدي في التشريعات المدنية على المساواة الشخصية بين المتعاقدين دون المساواة المادية (1)، الأمر الذي يفرض كفاية التراضي لقيام بعض العقود الغير متوازنة من الناحية المادية³ (2) .

1-عدم كفاية دور المحل و السبب في تحقيق التوازن الموضوعي في العقد

تضمن القانون المدني السبب باعتباره ركن من أركان قيام العقد، دون أن يولي الأهمية إلى دوره الوظيفي في تحقيق التوازن العقدي (أ)، و يترتب على ذلك عدة نتائج قانونية⁴ (ب) .

أ-عدم إقرار المشرع المدني بفكرة السبب الجزئي

إن فكرة التعادل أو التناسب بين الأداء المتقابلة في العقد، إنما هي غريبة عن نظرية السبب. كما أنها لم ترد صراحة، لا في القانون المدني الفرنسي و لا في نظيره المصري و الجزائري⁵ . و يرى البعض أن فكرة السبب لا تحتل أن توصف بأنها غير كافية أو أنها زائدة بل هي ركن يتطلبه

1- توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1966 ، ص176

2- مصطفى أحمد ابو عمرو، مرجع سابق ، ص 117 .

3 -Moury (J), Une embarrassante notion : L'économie du contrat , Recueil DALLOZ , N°24 , 2000 , P381

4- دحمون حفيظ، مرجع سابق ، ص 85 .

5- عرعار عسالي، مرجع سابق ، ص 85 .

القانون ليس له أي مقاييس ، و قد يحدث أن يتخلف هذا الركن و في هذه الحالة لا ينعقد العقد ، أما مسألة الكم فهي بعيدة عن فكرة السبب . فالسبب إذا هو ركن قانوني ليس له أي وجود مادي¹ .

و رغم أن نظرية الاستغلال تقوم على شق مادي و شخصي ، فالقاضي يستند لنظرية عيوب الرضا و ليس لنظرية السبب- لإعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة ، فمن خلال نظرية عيوب الرضا يستطيع القاضي التعرف إلى ما إذا كان سبب عدم التعادل ناتجا عن عيب في الإرادة من عدمه² .

ب- استبعاد رقابة موضوعية على توازن العقد

يترتب على عدم إقرار المشرع المدني بنظرية السبب الجزئي انعدام مبدأ عام للغبن، وأخلقة التصرفات القانونية³.

-انعدام مبدأ عام للغبن

يؤثر الغبن على ناقصي الأهلية الذين هم محل الحماية القانونية بصفة خاصة، و على ذلك فالقاصر أو كبير السن الذي توفر له عارض من عوارض الأهلية يستطيع إبرام العقود مع تمكنه من الطعن عليها في حالة إثبات الغبن ، و بالمقابل فان الغبن لا يسمح لكامل الأهلية بطلب إبطال العقد إلا على سبيل الاستثناء⁴ .

و على غرار نظيره الفرنسي وردت العقود التي تتأثر بالغبن على سبيل الحصر في القانون المدني الجزائري، و لقد حرص المشرع على التشدد في هذا النحو لدرجة أنه وضع الحدود الدنيا التي تسمح بفتح باب الطعن بالغبن⁵ ، و من حالات الغبن ما نصت عليه نص المادة 358 تقنين

1-مصطفى أحمد أبو عمرو ، مرجع سابق ، ص 141 .

2-مصطفى أحمد أبو عمرو ، مرجع نفسه، ص 141 .

3-زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص85

4-LARROUMET Christian , Les obligation , Le contrat , Tome 3 ,Edition ECONOMICA , PARIS , P 373 .

5- حسن عبد الباسط جميعي ، مرجع سابق ، ص110.

مدني : "إذ بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل" .

– أخلفة التصرفات القانونية

يقوم العقد لدى القانون الروماني و الكنسي على فكرة العدالة التبادلية و التناسب بين الأداءات و هذا ما ناد به القديس توماس لاكوييني و أسسها على ثلاث قواعد هي : الثمن العادل الأجر العادل ، مبدأ تحريم القرض لفائدة¹ . غير أنه من الصعوبة البحث عن الثمن العادل في ضوء تطور المبادلات التجارية و قيامها على ربح أو خسارة ، كما أن العدالة التبادلية تتعارض مع ضرورة استقرار المعاملات القانونية ، و في هذا الصدد يرى بوتيي أنه يجب أن يكون الغبن فاحش من أجل إعمال فكرة العدالة التبادلية² .

و في منتصف القرن الثامن عشر و غداة الثورة الفرنسية و تحرير تقنين نابوليون ، تأثر الفكر الاقتصادي بالثورة الليبرالية، فتكريسا للحرية الاقتصادية تتحدد قيمة الشيء بواسطة حرية التجارة ، وفق قواعد العرض و الطلب، و ليس للقاضي و لا المشرع إلزام المتعاقدين دفع ما لم يتفقا عليه³، و أيدت المدرسة الفيزيوقراطية أفكار الليبرالية الاقتصادية، إذ لا يتوقف تحديد قيمة الشيء على معايير أو مؤشرات خارجية عن إرادة المتعاقدين مثل الندرة أو الوفرة ، و إنما يقتصر تحديد قيمة الشيء على ضوء إرادة المتعاقدين و القيمة الذاتية للشيء⁴ .

بعد تكوينه صحيحا يستبعد كل إمكانية التدخل لتحقيق التوازن الذي قد حسم فيه أطراف العقد أنفسهم ، حيث يرى LASBORDES أن اختلال توازن الانطلاق يبرر تدخل القانون أما فقدان توازن النتيجة فيتحمله المتعاقدان ، و هذه عدالة توازنية لأنها تمنع أي تدخل في محتوى

1- زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص85.

2- عرعار عسالي ، مرجع سابق ، ص 78 .

3 -Moury (J) , Une embrassante notion : L'économie du contrat , Article precite , P381.

4- عرعار عسالي ، مرجع سابق ، ص 78 .

العقد في الوقت الذي يبدأ فيه مسار التنفيذ مهما كانت النتائج ، و يجب أن يحترم العقد بعد نشأته و تكوينه كاحترامنا للقانون¹ .

و مما لا ريب فيه أن هذا الاتجاه الذي يبحث في سلامة إرادة كل من الطرفين المتعاقدين، لا يبطل العقد بسبب الغبن إلا إذا كان مظهرًا لانتهاز حالة الضعف النفسي لدى أحد المتعاقدين من طرف المتعاقد الآخر، و هي حالة استغلال أحد المتعاقدين الهوى الجامح أو الطيش البين لدى المتعاقد المغبون و ذلك وفقا لما نصت عليه نص المادة 90 تقنين مدني².

و المشرع الجزائري و على خلاف المشرع الفرنسي و توافقا مع المشرعين الألماني والسويسري و على مبدأي التضامن الاجتماعي و الثقة المشروعة في المعاملات، أسس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية و التي جعل منها سبب إبطال العقد، و هي نظرية لا تعتد عند تقدير الشيء على قيمته المادية بل على قيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف التعاقد³.

2-إقرار المشرع لبعض العقود الغير المتوازنة

أقر المشرع ببعض العقود رغم ما يعتريها من التباين البين حصوله أو توقعه بين تقديمات أطراف العملية التعاقدية، و ذلك من خلال قرينة التوازن الاقتصادي أو المادي في ذات العقود متى صح فيها التراضي⁴.

و الطارق لهذه العقود، يظهر له لأول وهلة أن المشرع لا يهتم بالتوازن في العقود، و لا يأبه بالتعادل، و لا يعني بالتكافؤ، إذ بالتأمل للعقود التي يقرها المشرع⁵، يتجلى التباين البين حصوله أو توقعه من تقديمات أطراف العملية العقدية، سواء كان سبب اختلال التوازن هو الظروف الاقتصادية

1 -LASBORDES (V) , Op-cit , P420

2- دحمون حفيظ، مرجع سابق، ص43.

3-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 202

4- دحمون حفيظ، مرجع سابق، ص43.

5 -LASBORDES (V) , Op-cit , P85

في حالة عقد الإذعان ، أو طبيعة العقد في حالة عقود الغرر، أو عقد مستقل يدعى بالنيابة في التعاقد¹.

غير أن هذا القول مردود فيه، لأن القانون لا يقر الظلم و هو فن العدل و الخير، غاية الأمر أن المشرع يعتد بالعدالة المفترضة بين التزامات التعاقدية بمجرد صحة التراضي، وقدرة الإرادة بحد ذاتها بتحقيق التوازن²، و تتمثل هذه العقود على الخصوص في ما يأتي:

أ- عقد الغرر

تولى المشرع، على غير عادته، تعريف العقد الاحتمالي مطلقا عليه لفظ الغرر متأثراً شكلياً بفقهاء الشريعة³، إذ تنص المادة 2/57 تقنين مدني : "إذ كان الشيء المعادل محتويًا على حظ الربح أو الخسارة لكل واحد من الطرفين على حساب حادث غير محقق، فإن العقد يعتبر عقد غرر".

و الحكمة من إقرار المشرع عقود الغرر هو اعتداده بالمساواة المجردة دون الموضوعية و بالتالي فإن الغرر هو من عناصر تكوين العقد الذي يفترض وجوده في ذمة الطرفين⁴.

إن التوازن في عقود الغرر ينظر إليه من أن المتعاقدين في درجة متساوية من الاحتمال بأن يكونا غير متأكدين من نتيجة العملية العقدية، فيأمل كل طرف في العقد أن تكون العملية لصالحه دون أن يتأكد من ذلك، و أن لا يكون أي طرف متأكد من انه سوف يتعرض لأية مخاطر من خلال العملية التعاقدية، بحيث تتوافر لديهم نفس العناصر التي يمكنهم من تقدير الخطر⁵.

1 - LASBORDES (V) , Op-cit , P85

2-دحمون حفيظ، مرجع سابق، ص44.

3-للمزيد من التفاصيل راجع : علاء الدين الزعتري ، قاعدة الغرر في الشريعة و علاقاتها بعقد التأمين ، ص 3 ، بحث منشور في موقع WWW.IEMFPEDIA.COM

4-دحمون حفيظ، مرجع سابق، ص45.

5-BENABENT (A) , Droit civil , les contrats spéciaux civils et commerciaux , LGDJ , 15eme edition , 2016 ,P42 .

و هو ما يظهر بجلاء في عقد التأمين، حيث يتناسب مقدار مبلغ التأمين مع درجة أهمية الخطر، و لهذا السبب يقع على المؤمن له عند إبرام العقد، التزام بالإعلان عن جميع المعلومات المتوفرة لديه و التي تسمح لشركة التأمين بتقدير المخاطر التي تتحملها¹، و يترتب على إغفال إعطاء هذه المعلومات أو إعطاء معلومات كاذبة من طرف المؤمن له بطلان عقد التأمين².

ب- عقد الإذعان

عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي ينفرد الموجب بوضع شروطه و بنوده بوصفه محتكراً و يسلم لها القابل دون مناقشة أو مساومة و لا تفاوض، و إن سمي شبه عقد إلا أن المشرع اعتد به عقداً و أقر بصحته³ من خلال المادة 70 من التقنين المدني الآتي نصها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا تقبل المناقشة فيها"⁴.

فالقاعدة العامة في القضاء الفرنسي هي تطبيق حكم المادة 1/1134 مدني ، باحترام حرية التعاقد ، و لا ينال من ذلك اختلال التوازن الاقتصادي بين طرفي التعاقد ، أو عدم مناقشة شروطه أو شدتها ، طالما أن الطرف المذعن تعاقد حراً مختاراً ، إذ ليس هناك ثمة عيب من عيوب الرضا ، و طالما أتاحت له فرصة العلم بشروط العقد فقد قام الرضا صحيح و العلم يكفل التراضي⁵.

من هذا المنطلق خلعت محكمة النقض الفرنسية صراحة على عقد التأمين صفة الرضائية ، التي تحتم اللجوء للنية المشتركة للمتعاقدين ، و أعمال حكمها ، فسوت بذلك بين عقد الإذعان و العقود العادية⁶.

1-article 1974 code civil français crée par la loi 1804-03-10 promulgue le 20mars 1804 stipule : (tout contrat de rente viager crée sur la tête d'une personne qui est morte au jour du contrat , ne produit aucun effet).

2- دحمون حفيظ ، مرجع سابق ، ص70 .

3 -LITTY (O) , Inégalité des parties et durée du contrat , étude de quatre contrats d'adhesion usuels – Op-cit , P85

4- دحمون حفيظ ، مرجع سابق ، ص60 .

5-عرعار عسالي ، رجع سابق ، ص22

6-LASBORDES (V) , Op-cit , P155

ج- عقد الهبة

يشكل عقد الهبة مظهرا لاختلال التوازن في العقود بطبيعتها ، غير أن العقد يبقى صحيح ما دام رضا المتعاقدين صحيح ، غير أن هذا لا يعني أن عقود التبرع تخلو كليا من التقابل و إنما ينظر إليه وفق منظور شخصي ، حيث أن المقابل هو منفعة معنوية تتجسد في اختلال نية التبرع لدى المتبرع¹ ، و تختلف عقود التبرع عن عقود المعاوضة في هذا الأمر في أن في الأولى تتجه إرادة المتعاقد الواهب إلى الحصول على منفعة معنوية بينما تتجه إرادة المتعاقد في الثانية نحو مقابل موضوعي، ففي العقود الصورية يكون الثمن زهيدا لا يتناسب مع طبيعة عقد البيع فيكيف على انه عقد هبة وفق نص المادة 199 تقنين مدني : (إذا أخفى المتعاقدين عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين و الخلف العام هو العقد الحقيقي) .

و في البحث عن معيار التمييز بين عقد المعاوضة و التبرع ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 14 فيفري 1989 إلى أن علاوة على العنصر المادي يكون جوهر عقد الهبة في نية التبرع ، و تتمثل عناصر عقد الهبة في عنصر مادي من خلال تصرف الواهب في ماله دون عوض، و عنصر معنوي المتمثل في نية التبرع² .

و يجمع الفقه على أن انعدام التوازن في عقد الهبة يقصده و يريده الواهب ، لذلك فالغبن لا يقبل في عقد الهبة، و هناك من يستبعد أيضا عيب الاستغلال في عقد الهبة و هذا ما ذهبت إليه صراحة القانون المدني الألماني في نص المادة 138 لأن جوهر العقد اللاتوازن³ .

1-عرعار عسالي ، مرجع سابق، ص 63 .

2-عرعار عسالي ، مرجع نفسه، ص 63 .

3-دحمون حفيظ ، مرجع سابق ، ص 60 .

فرع الثاني

عدم كفاية مبدأ سلطان الإرادة في تحقيق التوازن المادي في الالتزامات

يفرض مبدأ سلطان الإرادة تحقيق العدالة المجردة بين المتعاقدين، من خلال سلامة الرضا من عيوب الإرادة، غير أن الواقع الاقتصادي الجديد أفرز انعدام المساواة الفعلية بين المتعاقدين، ويترتب على ذلك غياب عناصر العدالة العقدية من التقابل (أولا) و التناسب¹ (ثانيا).

أولا: انعدام التقابل

يتجسد انعدام التقابل في الالتزامات في انعدام التقابل في الالتزامات الثانوية (1) و الجوهرية (2) .

1- انعدام التقابل في الالتزامات الثانوية .

نقوم بإيراد عقد البيع كنموذج من هذه العقود و نقوم بدراسة مرحلة تكوين العقد (أ) و تنفيذه (ب) و انقضائه² (ج) .

أ- أثناء تكوين العقد

يتبين من نص المادة 94 تقنين مدني جزائري أن المشرع لم يتشدد في تحديد أوصاف المبيع بل انه اكتفى بأن يتم تحديد المحل بالنوع فقط ، و يعني ذلك أن ركن المحل يتوفر في العقد حتى و إن لم يقم البائع في عقد البيع بتحديد كافة أوصاف المبيع و مميزاته طالما اكتفى بتحديد نوعه و بيان مميزاته الأساسية³ .

1- LASBORDES (V) , Op-cit , P355 .

2 -Idem , P355 .

3-تنص المادة 94 من التقنين المدني: (إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا .

و يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه إذ تضمن العقد ما يستطاع تعيين مقداره.....) .

و يعني ذلك أن ركن المحل يتوفر في العقد، حتى و إن لم يتم البائع بتحديد كافة أوصاف المبيع و مميزاته طالما اكتفى بتحديد نوعه و بيان أوصافه الأساسية¹.

و يقود فهم هذه النصوص التشريعية على هذا النحو إلى قبول الشروط التي تسمح للبائع بتعديل أوصاف المبيع طالما أنها لا تؤدي إلى تغيير نوعه².

ب- أثناء تنفيذ العقد

نتطرق إلى أحد أهم مظاهر اختلال التوازن المتمثلة في :

-الإعفاء عن المسؤولية من مخاطر التسليم

لا نعثر في نصوص القانون المدني الجزائري أي نص يحدد مكان تسليم المبيع، حيث فسحت في ذلك المجال للمتعاقدین للاتفاق³.

و إذ كانت الأعراف التجارية قد جرت على أن يتم تسليم السلع الكبيرة الحجم أو الأجهزة الكهربائية التي تحتاج إلى عناية خاصة في المكان الذي يحدده المشتري، فإن البائعون يحرصون على أن تتضمن عقود البيع شروطا تجعل تبعة أخطار النقل على عاتق المشتري⁴، و لا يتطرق إلى ذهن المشتري العادي أن يناقش مثل هذه الشروط أو أن يطالب باستبعادها نظرا لأن هذه الشروط -من حيث الأصل- لا تخالف أي مبدأ قانوني، بل و تبدو مثل هذه الشروط مقبولة في

1- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق ، ص110

2- جمعي حسن عبد الباسط ، مرجع نفسه ، ص150 .

3- تنص المادة 347 من القانون المدني المصري : (إذا كان محل الالتزام معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك) .

4 -LASBORDES (V) , op-cit , p395

ضوء النصوص القانونية التي تقرر انتقال الملكية فور التعاقد و بدون حاجة لتسليم المبيع ، و على ذلك فالمشتري باعتباره المالك يتحمل المخاطر التي تهدد المبيع منذ لحظة التعاقد¹ .

و لقد تضمنت الدائرة التجارية في محكمة النقض الفرنسية وجهة النظر الداعية إلى إعادة التوازن في العقود التي يرد بها مثل هذه الشروط و ذلك في حكمها الصادر في 3 مايو 1971، و جاء في منطوق هذا الحكم بعدم الاعتداد بهذا الشرط لثبوت وصف التعسف فيه بسبب غياب رضا المشتري و لأنه و إن كان قد وقع على العقد فان رضائه لم يكن إلا ظاهري² .

-الإعفاء عن المسؤولية للتأخر في التسليم

للأطراف كامل الحرية في تحديد الوقت الذي يتم فيه التسليم، و المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي لم ينظم زمان التزام البائع بالتسليم تاركا ذلك إلى حرية اختيار المتعاقدين³.

و بالرجوع إلى الدراسات الفقهية في هذا المجال فلا نجد أي موقفا معارضا لإيراد شرط الإعفاء من المسؤولية عن التأخر في التسليم .

و إذا ما أردنا بحث هذه المسألة في العقود المتداولة لوجدنا على سبيل المثال أن الشروط العامة في عقود البيع، و منها بيع السلع الكهربائية تقضي بالإعفاء من مسؤولية التأخر عن التسليم، و إذا كان من غير الممكن منع مثل هذه الشروط فإنه من الواجب أن يحرص الأطراف و القضاء على تطبيقها بحسن النية، و يعني ذلك التأكد من عدم انطواء عمل البائع على الغش⁴.

¹- وهذا ما تقضي به نص المادة 165 قانون مدني جزائري على العين المعينة بالذات ، وذلك مع مراعاة الإشهار العقاري إذ ورد البيع على عقار : (الالتزام بنقل الملكية ، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني ، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري).

2 -LASBORDES (V) , Op-cit , P395 .

³-تنص المادة 1/347 من التقنين المدني المصري (يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد انم يترتب الالتزام نهائياً في ذمة (المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك) .

⁴-حسن عبد الباسط جميعي ، مرجع سابق ، ص 150 .

ج-أثناء انقضاء العقد

يحاول المحترف بشتى الطرق أن يجعل الطرف الذي يتعامل معه يقبل ما يقوم به من أعمال دون أن يحق له المطالبة بفسخ العقد، و من ذلك على سبيل المثال ما ورد في عقد نموذجي محرر بمعرفة إحدى الشركات المنتجة للسيارات بأنه في حالة تغيير موديل السيارة أو تجهيزاتها أو مكملاتها، لا يتعدل عقد الشراء في أي شرط من شروطه¹.

و على النقيض من ذلك فإن المحترف يضع شروطا تسمح له بفسخ العقد بإرادته المنفردة في الظروف التي يقدر ضرورة فسخ العقد فيها².

و قد يضع المتعاقد عادة شروطا تهدف إلى تقييد حق الطرف الآخر في استخدام سلطة فسخ العقد بإرادته المنفردة.

و من بين هذه الشروط ما يرد اشتراط مهلة قصيرة لإعلان الرغبة في فسخ العقد³. و من هذه الشروط كذلك التزام المتعاقد بدفع مبلغ من المال مقدما على سبيل البدء في تنفيذ العقد، و ليس باعتباره دلالة عدول مع اعتبار هذا المبلغ تعويضا للمحترف إذ لم يرغب العميل في الاستمرار في تنفيذ العقد⁴.

2-انعدام التقابل في الالتزامات الجوهرية

يترتب على الإرادة تحديد الالتزامات الجوهرية التي كانت دافعة إلى التعاقد غير أنها تعجز في تحديد الالتزامات الجوهرية لطبيعتها و التي تؤدي دور في توازن الالتزامات الجوهرية، و على هذا الأساس تدخل المشرع في تنظيم الغبن المجرد في بعض العقود، و إرساء الشق المادي في نظرية عيوب الرضا⁵.

1- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص150

2 -LITTY (O), Op-cit, P85.

3 -GRYNBAUM (L), Op-cit, P85.

4-حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص150

5-عرعار عسالي، مرجع سابق، ص55

أ- الوجود القانوني و الفعلي لحالات الغبن المجرد : كرس المشرع بعض حالات الغبن المادي المجرد و من بينها الغبن في بيع العقارات و القسمة الرضائية¹ .

- الغبن في بيع العقار

على غرار نظيره الفرنسي وردت العقود التي تتأثر بالغبن على سبيل الحصر في القانون المدني الجزائري و لقد حرص المشرع على التشدد في هذا النحو لدرجة انه وضع الحدود الدنيا التي تسمح بفتح باب الطعن بالغبن ، و من حالات الغبن ما نصت عليه نص المادة 358 ق.م: "إذ بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل"².

و يحمي المشرع البائع دون المشتري متأثرا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1118 تقنين مدني : (الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا بالنسبة لعقود معينة أو بالنسبة للأشخاص معينين...)³ و في رأينا فان اقتصار الحماية على البائع دون المشتري يبين أن الغبن استثناء من النظرية العامة في العقد التي تكون الإرادة أساس إبرام و تنفيذ التصرفات القانونية .

- الغبن في القسمة الرضائية

لقد عالج المشرع القسمة الرضائية بنص خاص إذا تعلق الأمر بتفاوت حقوق و ليس التزامات الطرفين ، فإذا لحق أحد المتقاسمين غبن جراء تفاوت في القسمة جاز نقضها⁴، و حق النقض يتقرر عادة في التصرفات الناقلة للملكية كما في البيع ، و مع ذلك فان تحويل المتقاسم مثل هذا الحق له ما يسوغه ، لأن القسمة يجب أن تقوم على مبدأ العدالة و تحقيق المساواة بين المتقاسمين و هذا ما

1 - COTTET (P) , Op-cit , P85

2 - Bencheneb (A), Op-cit , P97

3 -art 118.ccf : (la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou a l'égard de certain personnes , ainsi qu'il sera expliqué en la même section) .

4- عرار عسالي ، مرجع سابق ، ص87 .

نصت عليه المادة 732 من التقنين المدني الجزائري¹.

و قضت المحكمة العليا بأنه يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت فيها غبن يزيد عن الخمس و يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، و من ثم فإن القضاء ببطلان القسمة التي تمت سنة 1956 لوجود الغبن و كونها غير منصفة يعتبر خطأ في تطبيق القانون ذلك أن القسمة الودية إذا مرت عليها مدة قانونية تعتبر نهائية و لو كانت غير عادلة².

ب-إقرار المشرع الشق المادي في نظرية عيوب الرضا

لا تركز نظرية عيوب الإرادة على العنصر الإرادي فقط و إنما تشمل الشق المادي في صورة الاستغلال و الغلط في القيمة.

-نظرية الاستغلال

باستقراء نص المادة 90 من التقنين المدني فإن المقصود بالمظهر المادي هو التفاوت بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذا لالتزامه و ما يأخذه من عوض في مقابل ذلك، و هو يكون في عقود المعاوضة في التفاوت بين التزام و عوض، و يكون في عقود الغرر في التفاوت في حظ الربح و الخسارة³.

1-نصت المادة 732 تقنين مدني جزائري: (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة ،ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، وللمدعي عليه أن يوقف القسمة و يضع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته) .

التالية للقسمة ، وللمدعي عليه أن يوقف القسمة و يضع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته) .

2-قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 12 / 16 / 1987 ملف القضية 43462 المجلة القضائية 1992 ، العدد الثالث، ص 14.

3-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 206 .

و حسب المادة 90 من التقنين المدني، فالتفاوت شكلان قد يكون ما بين التزامات المغبون و ما حصل عليه بموجب العقد من فائدة ، أو بين التزامات المغبون و التزامات المستغل.

و ثار تساؤل في الفقه فيما إذا كان تصور عيب الاستغلال ممكنا في عقود التبرع ، حيث يذهب الأستاذ **Bencheneb** إلى وجوب تطبيق نظام الاستغلال على عقود المعاوضة و التبرع على حد سواء ، و يؤيد هذا الرأي بعض الفقه من خلال استقراء نص المادة 90 تقنين مدني التي لم تستبعد عقود التبرع من مجال تطبيقها على أساس الفقرة الثالثة من نفس المادة و التي نصت : " و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن "¹ .

و يرى اتجاه آخر عدم تصور نظام الاستغلال في عقود التبرع ، من حيث أن شروط الاستغلال يقوم على وجود تفاوت بين الأداءات و هذا غير متصور في عقود التبرع² .

و في رأينا لا يمكن أن ينصرف الاستغلال إلى عقود التبرع لأن هذه الأخيرة يكون المقابل فيها نية التبرع بينما تقوم نظرية الاستغلال على التفاوت المادي في التزامات المتعاقدين .

-الغلط في القيمة

يرى الأستاذ **benchaneb** أن الغلط في القيمة أو في الحساب الاقتصادي لا يجد أساسه في نظرية عيوب الإرادة، و لكنه أكثر صلة بتوازن الأداءات، و هذا ما يقربه من نظرية الغبن³ و قد استند القضاء الفرنسي على فكرة الغلط لتبرير وجود غبن إذا وقع في صفة جوهرية للشيء فالغلط في شيء يخفي عادة غلط في القيمة ، و ذهب **carbonnier** أن الغلط في الحساب الاقتصادي الذي لا يقترن بالتدليس هو في الحقيقة غلط في القيمة و لا يؤثر في صحة الرضا على أساس أن الغلط في الحساب الاقتصادي يتحملة عادة من وقع فيه ، لأنه مخاطر للأعمال و الائتمان⁴ ، بينما يرى بعض الفقهاء أن عدم التوازن الاقتصادي لا يمكن تأسيسه على الغلط في

1- علي فلاحي ، مرجع سابق ، ص 207 .

2- زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص 201 .

3 -Bencheneb (A), Op-cit , P97

4 -CARBONNIER (J), Le droit civile , Op-cit , P72 .

في القيمة خاصة أن المشرع لم يأخذ بالغبن كقاعدة عامة تطبق على كل العقود ، و لم يهتم بالتفاوت الذي قد يوجد بين الالتزامات ، و ذلك في ظل وجود أحكام الاستغلال الواردة في نص المادة 90 تقنين مدني التي لا يستفيد فيها المتعاقد من الحماية القانونية لمجرد أن التزاماته غير متعادلة مع التزامات المتعاقد الآخر ، بل يجب أن يكون هذا التفاوت الكبير بين الالتزامات ناتجا عن استغلال طيش أو هوى المتعاقد المغبون¹ .

ثانيا: انعدام التناسب

تسمح نص المادة 2/5 قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية بالقول بأن تقدير الطابع التعسفي للشرط أو البند لا ينظر إليه بصفة منعزلة، و إنما ينظر إليه في إطار كلي للعقد وللشروط المختلفة التي يتضمنها² .

و يلاحظ أن صياغة النص السابق لم يكن بالتوفيق اللازم الذي عليه نص المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي. و يبدو هذا التوجه منطقيا من حيث أنه لا يمكن اعتبار الشرط تعسفيا بمجرد أنه يمنح أحد المتعاقدين مزايا معينة إذ من الممكن أن يكون هناك شرط آخر يعطي للمتعاقد الثاني مزايا تعيد التوازن في العقد³. و إذ كان هذا الأمر مسلم به في حالة إذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة واحدة إلا أن الصعوبة تكمن في تقدير المقابل في حالة ما إذ كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة مختلفة، كما هو الحال إذ وجد من جهة أولى شرط يقضي بتحديد مسؤولية يعطي للمستهلك الحق في فسخ العقد بإرادة منفردة⁴ .

1- علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 170 .

2 -Bencheneb (A) , Op-cit , P97

3- بودالي محمد ، مرجع سابق ، ص 95

4- بودالي محمد، مرجع نفسه ، ص 94

و مع ذلك ليس هناك من حل آخر غير النظر للعقد باعتباره كلا لا يتجزأ، أو كيانا واحد يتضمن العديد من الشروط ، و انه يجب النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها من اجل اعتبار الشرط تعسفي و التأكد من عدم وجود التوازن العقدي¹، و يتجلى ذلك في الشرط الجزائي المفرط (1) و تعارض الالتزامات التعاقدية مع هدف العقد (2) .

1-الشرط الجزائي المفرط

يترتب على التفاوت في حقوق و التزامات المتعاقدين الإخلال بالتوازن الظاهر بين المتعاقدين، و يشكل ذلك شرط تعسفي وفقا للمادة 29 قانون 04-02 و المادة 1-132 قانون الاستهلاك الفرنسي² .

و يظهر الطابع التعسفي للشرط في البند الذي يفرضه المحترف على المستهلك بأداء تعويض على عدم تنفيذ التزام لا يتناسب مع الضرر الذي أصابه، و قد يتمثل التعسف في الفائدة على القرض المفرطة التي يفرضها البنك على المتعامل معه، و يقدر الطابع التعسفي في الشرط بالنظر إلى شروط العقد بأكملها و الهدف من العقد³ .

2-تعارض الالتزامات التعاقدية مع هدف العقد

يتمثل التفاوت في هذه الحالة بالنظر إلى مدى توافق البند التعاقدية مع الهدف من العقد بحد ذاته⁴ .

و تتجلى مظاهر التعسف في عقد مبرم بين الموزع و المورد ، إذ يلتزم المانح (الموزع) بتوريد المنتجات محل العقد خلال مدة العقد إلى الممنوح له (المورد) ضمن الإطار الجغرافي المحدد و بالمقابل يكون للممنوح له (المورد) حق القصر⁵ ، أي أن يكون هو الموزع الوحيد لهذه

1-RZEPECKI (N) , Op-cit , P85

2-GRYNBAUM (L) , Op-cit , P85

3-LASBORDES (V) , op-cit , p 319 .

4-طارق بكر البشتاوي ، عقد الفرنشايز و اثاره ، مذكرة للحصول على درجة الماجستير ، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين ، 2008 ، ص 20 .

5-LASBORDES (V) , op-cit , p 319

المنتجات في منطقة نشاطه ، و هو ما يعرف بعقد التوزيع الحصري¹ : « contracte or Agreement Exclusive Distribution » .

و يقوم عقد الفرانشيز² على الاعتبار الشخصي ، و هذا يعني أنه تلاحظ فيه شخصية المتعاقد على مستوى انعقاد العقد و تنفيذه³ ، و يترتب على الطبيعة الشخصية لهذا العقد اختلال التوازن العقدي بين المانح و المانح له ، إذ لم تقم في شخصية هذا الأخير مقومات تمكنه الحفاظ على سمعة المانح و شهرته التجارية ، و هذا ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 10-1-1995 المتعلق بعقد الفرانشيز ، حيث قضت بإبطال قرار محكمة الاستئناف على أساس أن عقد التوزيع الحصري المبرم بين الموزع و المورد يتعارض مع هدف المانح بالحفاظ على سمعته و شهرته التجارية⁴ .

المطلب الثاني

تطور وظيفة العقد

يترتب على مبدأ سلطان الإرادة انحصار الرابطة العقدية في العلاقة الشخصية بين المتعاقدين باعتبارها رابطة مديونية، يلتزم أحد المتعاقدين أو كلاهما في مواجهة المتعاقد الآخر بالتزام يتعلق محله بقيام أو الامتناع عن العمل أو إعطاء شيء⁵ .

غير أنه بظهور المذاهب الاجتماعية، أصبحت الرابطة العقدية عبارة عن رابطة مالية يكون فيها محل الالتزام لا أشخاصه العنصر الأساس فيه ، و بذلك يعد العقد شيئاً مادياً العبرة فيه

1-LASBORDES (V) , op-cit , p 319

2-عرفه الاتحاد الدولي للفرانشيز : عملية الفرانشيز هي علاقة تعاقدية بين طرفين هما المانح franchisor والمانح له franchisee يلتزم بمقتضاها المانح بنقل المعرفة الفنية والتدريب للممنوح له ، الذي يقوم بالعمل تحت اسم معروف ، او شكل اجراءات مملوك ومسيطر عليها من قبل المانح franchisor وفي هذا العقد يقوم الممنوح له franchisee باستثمار امواله الخاصة في العمل محل الفرانشيز - بحيث تكون مخاطر استغلال هذه العملية عليها يتحملها وحده : نقلا عن دعاء طارق بكر البشتاوي عقد الفرانشيز واثاره ، مرجع سابق، ص 20 .

3-RZPECKI (N) , Op-cit, P 60 .

4-LASBORDES (V) , op-cit , p 319 .

5-علاء حسين علي ، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية "دراسة في دور الارادة المنفردة في النطاق العقدي " ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2011 ، ص 37 .

بقيمتها المالية¹ .

و أمام عجز مبدأ سلطان الإرادة في تحقيق التوازن العقدي ، ظهر توجه جديد إلى تأسيس العقد على متطلبات المنفعة و العدالة و التي ترى ضرورة مد وظيفة العقد إلى تحقيق العدالة و المنفعة و ذلك إما وفقا منظور كمي (الفرع الأول) أو نوعي² (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

التوازن العقدي في ظل المنظور الكمي (تطور الاجتهاد القضائي)

عجزت النظرية التقليدية في السبب تحقيق توازن عقدي، و سمحت بذلك جهود القضاء الفرنسي مد نطاق تطبيق نظرية السبب إلى حد تحقيق التوازن الكمي ، و ذلك من خلال ارساء وظيفة جديدة للالتزام الأساسي(أولا) ، غير أن التوازن الكمي لا يحقق بالضرورة التوازن النوعي لأن توازن الالتزامات الجوهرية لا يتوافق مع تقنية مكافحة الشروط التعسفية(ثانيا) .

أولا: الالتزام الأساسي أداة في توازن الالتزامات العقدية

يترتب على المفهوم المادي للعقد تطور جهود القضاء في تبني نظرية جديدة في السبب (1) ومن شأن هذه النظرية إرساء مبادئ العدالة و المنفعة في التعاقد (2)³ .

1-تطور وظيفة السبب المادي

يرى الفقه التقليدي أن وجود السبب ركن في قيام العقد فالتزام كل متعاقد هو سبب التزام المتعاقد الآخر، و يترتب على عدم وجود السبب بطلان العقد، و يقصد بتقابل السبب تقابل الالتزامات الجوهرية التي تحدد جوهر العقد و تكييفه القانوني⁴ .

1-علاء حسين علي ، مرجع سابق ، ص38 .

2 -LARROUMET (Ch) , op-cit , p 380 .

3- زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص85 .

4-GUEGUEN (J-M) , Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle , Article , DALLOZ , n°44 , 1999 , P352.

إن فكرة البطلان الجزئي للعقد لم تكن معروفة لدى الفقه و القضاء ، إذ يترتب على تخلف سبب الالتزام بطلان العقد كلياً ، و بظهور النظرية الاجتماعية للعقد في القرن 20 تطورت وظيفة السبب ، و أصبح البطلان يقتصر في الالتزام الذي لا يقابله سبب ، دون ان يمتد إلى العقد كله¹ .

غير أن القاضي لا يقوم بإبطال الالتزامات الجوهرية التي تمثل مقومات العقد، و إنما يقوم بإبطال الالتزامات الثانوية ، لأن هذه الأخيرة التابعة للالتزامات الجوهرية تضمن فعالية تنفيذ الالتزامات الجوهرية².

حاول الأستاذ **M. louis Lucas** إعادة صياغة مفهوم سبب الالتزام ، يتناسق مع تطور وظيفة العقد ، و يرى انه من الضروري تقدير السبب وفقاً لمنظور مادي اقتصادي، دون أن تكون الاعتبارات الشخصية أهمية عند تقدير تقابل الالتزامات، و على هذا الأساس يكون معيار تقابل الالتزام كمي و موضوعي ، دون مراعاة المنظور النوعي في تقديره³ .

غير أنه لا يتلاءم تطبيق المفهوم المادي للسبب مع عقود التبرع التي تقوم على الاعتبار الشخصي، و على هذا الأساس يرى الفقيه **M.louis Lucas** انه يجب التمييز بين عقود المعاوضة و التبرع ، حيث إذا كان معيار تقدير السبب في عقد المعاوضة مادي ، فان معيار تقدير السبب في عقد التبرع شخصي⁴ .

و تعود قضية Chronopost السابقة الأولى في البطلان الجزئي للعقد لانعدام سبب الالتزام اذ صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1991 الذي تتلخص وقائعه في⁵ : سلمت أحد الشركات التجارية الواقع مقرها خارج العاصمة الفرنسية طرد يحتوي على

1- LARROUMET (Ch) , op-cit , p 380 .

2- رفيق نسير ، مرجع سابق ، ص 225 .

3 -LUCAS (P, L), La lésion et le contrat, L.TENINE, France, 1926, PP 122-125. (De part son caractère objectif, la cause doit s'arrêter devant ce qui est d'ordre subjectif, elle n'intéresse que le patrimoine et non la personne, de part son caractère quantitatif elle doit s'arrêter devant ce qui est d'ordre qualitatif, elle exprime l'équilibre des patrimoines et non l'indépendance des personnes).

4-ARSSAC RIBEYROLLE Audrey, Essai sur l'économie du contrat, thèse de doctorat, université Clermont 1, P 300.

5- صالح ناصر العتيبي ، مرجع سابق ، ص 288 .

بعض الوثائق لشركة نقل شهيرة ، و ذلك في 23 يناير 1991 لإرساله إلى إحدى الجهات في باريس ، و قد سلم الطرد إلى المرسل إليه بتاريخ 24 يناير و ليس في 23 يناير كما هو متفق عليه ، و اعترضت الشركة المرسل إليها على هذا التأخير¹ .

فقد كان الطرد يحتوي على المستندات الخاصة بدخول إحدى المزايدات و كان يتعين تقديم العرض في 23 يناير، و قد ردت الشركة الناقلة برفضها تعويض الشركة المرسلة على أساس الشروط العامة التي تم التعاقد عليها ، و المتضمنة شرط ينص على أن الشركة تلتزم بأن تبذل كل جهدها من أجل أن تسلم المراسلات في المواعيد المحددة و لكن إذا أصاب المرسل ضرر من ذلك فان الشركة لا تلتزم بإيراد إلا مقابل النقل² ، و بناء على ذلك قامت الشركة المتضررة برفع دعوى قضائية للمطالبة بتعويضها عن الأضرار التي أصابتها ، و قد قضت المحكمة بإلزام الشركة الناقلة بتعويض الشركة المرسلة عما أصابها من ضرر ، و رفضت تطبيق الشرط المخفف من المسؤولية استنادا إلى أن الشركة الناقلة قد برهنت على عدم قدرتها على تحقيق المواصفات و الضمانات اللازمة للخدمة المنوط بها و التي تحمل فيها كل خصوصيتها و فائدتها ، و هو ما يشكل خطأ جسيم³ ، غير أنه ذهبت عكس ذلك محكمة الاستئناف و رأت أن الشركة المرسلة قد عجزت عن إثبات ارتكاب الشركة الناقلة لخطأ يندرج تحت فكرة الخطأ الجسيم ، و لذلك قد رأت وجوب احترام الشرط المحدد لمسؤولية الشركة الناقلة ، و لكن محكمة النقض الفرنسية تجاوزت البحث في مسألة مدى توافر جسامه الخطأ ، و قضت بأن الشركة الناقلة و بوصفها متخصصة في النقل السريع يفترض فيها أن تحافظ على مستوى و سمعة معينة للخدمة التي تقدمها ، فقد التزمت بأن تسلم الطرود الخاص بالشركة المرسلة في ميعاد محدد، و بسبب تقصيرها في أداء هذا الالتزام الجوهري فإن الشرط المحدد للمسؤولية في العقد و الذي يتناقض مع محتوى الالتزام الذي التزمت به ، يجب أن يعتبر و كأنه غير مكتوب⁴ .

1 - ARSSAC RIBEYROLLE Audrey, Essai sur l'économie du contrat, Thèse précitée, P85

2 - GUEGUEN (J-M) , Article précité , P352

3- صالح ناصر العتيبي ، مرجع سابق ، ص 288 .

4- RZPECKI (N), Op-cit, P 60.

و هذا الالتزام الجوهرى للشركة الناقلة هو نفسه جوهر العقد ، فهل يمثل الالتزام المقابل الذي يقع على عاتق من يتعاقد معها و الذي ارتضى أن يدفع مقابلا أكثر بكثير من ذلك الذي كان يتعين عليه أن يدفعه مقابل النقل العادي للبريد¹ .

2-إرساء مبادئ العدالة و المنفعة في التعاقد

يترتب على تطور نظرية السبب الجزئي محاولة القضاء إرساء مبادئ العدالة و المنفعة في التعاقد ، و يتجلى ذلك بجلاء في التقابل (أ) ، و التناسب (ب) .

أ-التقابل-جهود القضاء الفرنسى في مد نطاق نظرية الغبن-

بالإضافة إلى التدخل التشريعي المتعارض مع تقنية الاعتداد بالغبن، تدخل القضاء الفرنسى لفرض التوازن بين الالتزامات التعاقدية ، لذلك لم يتردد القضاء² في قبول الطعن بالغبن بالرغم من غياب النص حينما بدا من الضروري تفضيل العدالة في العقد³ على حساب إهدار المبدأ المقيد الوارد بنص المادة 1/1118 من القانون المدنى الفرنسى ، فعلى سبيل المثال أخذت محكمة النقض منذ زمن طويل في تكريس قبول الطعن بالغبن و قضت بتخفيض أتعاب الوكلاء ، و الوسطاء المحترفين في حالة عدم توازن الأتعاب مع الخدمة المقدمة⁴ .

كما قضت محكمة النقض بتخفيض أجور المهنيين في شأن العقود المبرمة بين المهنيين و عملائه سواء كان هذا المهني محاميا أو طبيبا أو جراحا....الخ حينما ثبت عدم توازن الأتعاب مع ما يقدمه المهني من خدمة. هذا و قد بحث الفقه عن الأساس القانوني لتلك الحلول القضائية فجاء عن MAURY⁵ أن : (الخدمة لها طابع فني مهني تقدم بواسطة مهنيين و رجال قانون وأطباء

1- صالح ناصر العتيبي ، مرجع سابق ، ص 288 .

2 -CHENEde (F) , De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité , Annuaire de l'institut Michel villey , 2012 , P155

3 - Idem , P582 .

4- حسن جمعي باسط ، مرجع سابق ، ص 250

5 -Maury , Essai sur le rôle de la notion d'équilibre en droit civile français , Thèse , Toulouse , 1920 ,P39

ومهندسين الخ، أما المتعاقد المحترف فيمكن أن يخطئ في القيمة المقدرة مقدما للخدمة واستثناء فان القضاء يمكنه أن ينقص من مقابل الخدمة دون أن يتمكن من إبطال العقد¹ .

و يعتبر هذا القضاء المستقر في غاية الأهمية نظرا لأنه يمثل الخطوة الأولى نحو تحقيق حماية المتعاقد الأقل كفاءة و خبرة في مواجهة المتعاقد الأكثر كفاءة (المهنيين)، فالقضاء قد أخذ في الاعتبار اختلاف صفات المتعاقدين و اتجه الى حماية الطرف غير المحترف عديم الخبرة في مواجهة المهني المحترف²، لذلك فإننا نجد أن أحكام القضاء فرضت تخفيض الأتعاب لأن المتعاقد الآخر كان هو نفسه محترفا قادرا على التقييم الدقيق للأتعاب في مقابل الخدمة المطلوبة وبذلك قضت محكمة NANCY أن : (تدخل القاضي جعل إرادته محل إرادة الأطراف غير أنه ليس له محل حينما يكون أطراف التعاقد محترفين او مهنيين)³ .

و في رأينا فان مد محكمة النقض نطاق الغبن يوضح وجود الفراغ التشريعي في القانون الفرنسي، و بالتالي لا يؤدي ذلك الى جعل الغبن مبدأ عام للتوازن العقدي لأن الاجتهاد القضائي لا يرقى إلى مبدأ قانوني عام .

ب-التناسب-حالة الالتزام التعسفي-

تأثر القضاء الفرنسي بتطور وضيفة السبب و يظهر ذلك خلال عدة قرارات قضائية أسست بطلان الشرط التعسفي على أساس انعدام السبب⁴ .

حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 19 ديسمبر 1990 إلى إبطال الشرط الذي يحدد ميعاد رفع دعوى التعويض ضد شركة التأمين بميعاد سريان عقد التأمين أي قبل

1- حسن جمعي باسط ، مرجع سابق ، ص 250

2 -COTTE (P) , Op-cit , P95

3- حسن جمعي باسط ، مرجع سابق ، ص 250

4 -GUEGUEN (J-M), Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, Article précité, P352

انقضاء العقد، و أسست البطلان على انعدام السبب طبقا للمادة 1131 قانون مدني فرنسي¹ لأن هذا الشرط يحرم المؤمن له من مزايا عقد التأمين، و يقابل ذلك حصول شركة التأمين على ميزة مفرطة لا يقابلها سبب، و على هذا الأساس قضت محكمة النقض بإبطال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف².

و في نفس السياق صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1991 الذي تتلخص وقائعه في³: سلمت أحد الشركات التجارية الواقع مقرها خارج العاصمة الفرنسية طرد يحتوي على بعض الوثائق لشركة نقل شهيرة ، و ذلك في 23 يناير 1991 لإرساله إلى إحدى الجهات في باريس، و قد سلم الطرد إلى المرسل إليه بتاريخ 24 يناير و ليس في 23 من نفس الشهر كما هو متفق عليه، و اعترضت الشركة المرسل إليها على هذا التأخير، و قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الشركة الناقلة و بوصفها متخصصة في النقل السريع يفترض فيها أن تحافظ على مستوى معين و سمعة معينة للخدمة التي تقدمها، فقد التزمت بأن تسلم الطرود الخاصة بالشركة المرسلة في ميعاد محدد و بسبب تقصيرها في أداء هذا الالتزام الجوهري فان الشرط المحدد للمسؤولية في العقد و الذي لا يتناسب مع محتوى الالتزام الذي التزمت به يجب أن يعتبر وكأنه غير مكتوب⁴.

و هذا الالتزام الجوهري للشركة الناقلة هو نفسه جوهر العقد، فهل يمثل الالتزام المقابل الذي يقع على عاتق من يتعاقد معها و الذي ارتضى أن يدفع مقابلا أكثر بكثير من ذلك الذي كان يتعين عليه أن يدفعه مقابل النقل العادي للبريد⁵.

1-LASBORDES (V) , Op-cit , P582

2-RZPECKI (N), Op-cit, P 60.

3-DOUCHE (D-N), Thèse précité, P137.

4-حسن جمعي باسط ، مرجع سابق ، ص 250

5-صالح ناصر العتيبي ، مرجع سابق ، ص 288

ثانيا: عدم توافق فكرة توازن الالتزامات الجوهرية مع تقنية مكافحة الشروط التعسفية

لا يكفي التقابل الكمي في الالتزامات الجوهرية في قمع الشروط التعسفية لأن هذه الأخيرة لا تنصب على الالتزامات الجوهرية، و لبيان ذلك نبين ذلك بمحاولة معالجة الشرط التعسفي من خلال تقنية الغبن (1) و السبب¹ (2).

1-الغبن

تقترب فكرة الميزة المفرطة في الشرط التعسفي مع فكرة الغبن، كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية يؤدي الى عدم التوازن بين حقوق و التزامات المتعاقدين²، و تقترب فكرة الغبن مع معيار عدم التوازن الظاهر الذي يعد تبني مغلف لفكرة الغبن المجرد أي النظرية المادية للغبن ، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة ، غير أن معيار عدم التوازن الظاهر يختلف عن الغبن من عدة وجوه منها :

عدم تحديد عدم التكافؤ برقم معين ، و من حيث عدم اقتصاره على عدم التعادل في الثمن وامتداده لمختلف الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان، و أخيرا من حيث عدم اقتصاره -مثل الغبن- على المزايا المالية ، و إنما يشمل المزايا الغير المالية³ .

و للتأكيد على هذا الاختلاف بين فكرة الغبن و عدم التوازن الظاهر ، حرص المشرع الفرنسي على إضافة الفقرة السابعة إلى المادة 1-132 من قانون الاستهلاك التي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد ، و لا على تعادل الثمن مع المبيع او الخدمة، و هو تأكيد على أن الهدف من هذا النظام مكافحة عدم التوازن الملازم لشروط العقد و ليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة .

1 -COTTET (P) , Op-cit , P95

2-GUEGUEN (J-M) , Article precite , P352

3-RZPECKI (N) , Op-cit, P 61 .

4-بودالي محمد ، مرجع سابق ، ص150 .

5 - RZPECKI (N) , Op-cit, P 60 .

يضاف إلى ذلك أن الأصل في أسعار المنتجات و الخدمات يتحدد عن طريق المنافسة الحرة وفقا لآليات السوق مع مراعاة مصلحة المستهلك كما أن المحل الرئيسي للعقد تراعى فيه إرادة الطرفين مما يجنب المساس بالتوازن العقدي المنشود¹.

و لازال الفقه في فرنسا يرى منذ عهد G.Ripert تعميم نظرية الغبن لحماية جميع

المتعاقدين "الضعفاء اقتصاديا" « économiquement faibles » بما فيهم المستهلكين². كما انه كلما كنا بصدد عقد إذعان وجب إبطاله بسبب الغبن الذي يلحق بالطرف الضعيف، غير أن فكرة تعميم نظرية الغبن تصطدم - بحق - بمانعين هما³:

- أنه وسيلة غير مجدية، لأن الغبن هو عدم توازن الأداءات المتبادلة، و أنه ليس هناك تلازم بين الإذعان و بين عدم تعادل الأداءات، أو انه لا يترتب دائما عدم تعادل بين الأداءات من واقع إذعان أحد المتعاقدين للشروط التي انفرد الطرف الآخر بوضعها. ذلك أن فكرة الغبن تتعلق بمحل العقد، أما الإذعان فيتعلق بالإرادة، و من ثم فإنه لا يجوز أن نحمي فكرة متعلقة (بالكيف)

Une notion qualitative بواسطة فكرة ذات طابع كمي **Une notion quantitative**⁴

لو افترضنا العمل بالغبن على نطاق واسع يؤدي ذلك إلى عدم الاستقرار في المعاملات و اهتزاز الأمن القانوني .

و في رأينا لا يمكن تمديد نظرية الغبن الى الشروط التعسفية ، لأن المشرع الجزائري حصر الشرط التعسفي في عقود الإذعان دون سواها التي تنفرد عن انعدام التعادل في الأداءات في نظرية الغبن و ذلك من خلال نص المادة 3 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية التي تنص: (يقصد بمفهوم هذا القانون ما يأتي:

1-بودالي محمد ، مرجع سابق ، ص150 .

2 -RIPERT (G) . , La règle morale dans les obligations civiles, 4ème éd, LGDJ, Paris, 1949, P96.

3-بودالي محمد ، مرجع سابق ، ص150 .

4-LARROUMET (Ch) , op-cit , p 380 .

عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير أحداث تغيير حقيقي فيه .

2- السبب

نصت المادة 1131 (مدني فرنسي) على: إن الالتزام لا ينتج أي اثر إذ لم يكن مبنيا على سبب وكان مبنيا على سبب صحيح¹ ، أو على سبب غير مشروع .و يعتبر هذا النص أثرا من أثار الأخذ بالنظرية التقليدية في السبب . و التي كانت تشترط في السبب وجوب أن يكون صحيحا ومشروعا ، علاوة على اشتراطها أن يكون موجودا² .

و لما كانت هذه النظرية تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنما هو محل الالتزام المقابل و هو تنفيذ هذا الالتزام المقابل، فإن عدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب ، مما يؤدي إلى بطلان العقد³ .

و لا يمكن تطبيق نظرية السبب على الشروط التعسفية، لأنها تنصب على تقابل الالتزامات الجوهرية ، التي تحدد مقومات العقد و تكييفه القانوني ، و يترتب بطلان العقد عند انعدام وجود السبب ، بينما يختلف الأمر في الشرط التعسفي ، حيث يقتصر البطلان على الشرط التعسفي دون أن يمتد إلى العقد برمته ، لأنه ينصب على التزامات ثانوية تابعة للالتزامات الجوهرية ليست ضرورية في تكوين العقد و إنما تلعب دور أثناء تنفيذ العقد⁴، و هذا ما نصت عليه نص المادة 132-1 فقرة 7 من قانون حماية المستهلك الفرنسي على أن تقدير الشرط التعسفي لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد و لا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة⁵ .

1-RENAULT-BRAHINSKY (C) , L'essentiel du droit des obligations , Gualino , 7eme édition , 2011-2012, P53

2- بودالي محمد ، مرجع سابق ، ص54 .

3- بودالي محمد ، مرجع نفسه، ص54 .

4 - RENAULT-BRAHINSKY (C) , L'essentiel du droit des obligations, Op-cit , P85

5- DOUCHE (D-N) , Thèse-précité , P137 .

و ما قلناه في نظرية الغبن يقال في نظرية السبب ، إذ لا تشمل نظرية السبب الشروط التعسفية لأن هذه الأخيرة ينحصر نطاقها في عقود الإذعان طبقا للمادة 3 من قانون 02-04 السالف الذكر ، و علاوة على ذلك فالقضاء الجزائري لم يتبنى تطبيقات لنظرية السبب الجزئي إذ تبقى نظرية قضائية بحثة تبناها القضاء الفرنسي و لا يمكن تعميم النظرية في كل الأنظمة القانونية.

الفرع الثاني

التوازن العقدي في ظل المنظور النوعي (تطور القواعد القانونية)

لا يقتصر المنظور النوعي على المفهوم الكمي للتوازن العقدي و إنما يشمل المزايا الغير مالية التي يستأثر بها المحترف عند إدراجه شروط تعسفية.

و تتضمن الشروط التعسفية نظام قانوني مستقل عن القواعد العامة¹ (أولا) ، و يستقل الشرط التعسفي في عقود الإذعان عن الشروط التعسفية في النظرية العامة (ثانيا) .

أولا: عناصر الشرط التعسفي

يتميز النظام القانوني للشرط التعسفي عن النظام العام الكلاسيكي سواء من حيث العنصر العضوي (1)، أو الموضوعي (2) ، أو الوظيفي (3) .

1-العنصر العضوي

يختلف مفهوم الحماية التي يوردها قانون حماية المستهلك من الشروط التعسفية مع مفهوم الحماية التي تقررها التشريعات المدنية للمتعاقدين² ، حيث تقتض هذه الأخيرة المساواة القانونية بين

1- محمد بودالي ، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفعيها لقانون حماية المستهلك ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ،

عدد 24، 2002، ص 52

2- محمد بودالي ، نفس المرجع، ص 21.

المتعاقدين ، إذ تنصب الحماية على موضوع التعسف دون التمييز في نطاق الحماية من حيث الأشخاص¹ .

و يختلف الأمر في قانون حماية المستهلك الذي يفرض حماية قانونية خاصة لمركز المستهلك، و هذا ما ذهب إليه القانون الفرنسي الذي افرد للمستهلك حماية خاصة ضد الشروط التعسفية بموجب القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10-1-1978 المتعلق بحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية، و الذي ألحقه فيما بعد كجزء لا يتجزأ من قانون حماية المستهلك² .

و من جهته لم يتوان المشرع الفرنسي في سن تعليمية خاصة في 5 ابريل 1993 تتعلق بالشروط التعسفية المبرمة مع المستهلكين ، مما يجعل هذه الحماية تنصرف للمستهلكين فقط فضلا عن وضع التعليمات لتعريف المستهلك في المادة 2 و استثناء المحترفين صراحة من الحماية، وعلما أن نصوص هذه التعليمات قد تم إدخالها في القانون الفرنسي بموجب قانون 1 فيفري 1995، و الذي عدل مواد قانون الاستهلاك و بوجه خاص المادة 1-132 ، و بالنتيجة فإن نصوص قانون الاستهلاك لسنة 1995 قد عوضت نصوص قانون 1978 و الذي تم إلغاؤه³.

أما موقف المشرع الجزائري فجاء موافقا للاتجاه الأول عند إصداره للقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و الذي رأى أن يضع فيه نظاما عاما للحماية من الشروط التعسفية يهتم بحماية المستهلك و العون الاقتصادي⁴، و تجلّى هذا بوضوح من خلال نصه في المادة الأولى من القانون السابق على أن يهدف إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة

1- وهذا ما يتبين من نص المادة 426 قانون مدني جزائري التي لا تميز بين الشركاء في الحماية القانونية من شرط إعفاء احد الشركاء في المساهمة في أرباح الشركة أو في الخسارة ، إذ تنص المادة 426 فقرة 1 : (إذا وقع الاتفاق على إن احد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها ، كان العقد باطلا) .

2- بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 86 .
3- DOUCHE (D-N), Thèse-précité , P137 .

4- محمد بودالي ، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفعيها لقانون حماية المستهلك ، مرجع سابق ، ص 78 .

الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء و المستهلكين و كذا حماية المستهلك و إعلامه¹ .

و أخيرا طرح إشكال بشأن المرافق العامة، و مدى اعتبارها من المحترفين، و مدى اعتبار المنتفعين من خدماتها من المستهلكين للإفادة من الحماية التي يوفرها قانون حماية المستهلك².

دأب مجلس الدولة في فرنسا على تحرير المرافق الاقتصادية من قيود ووسائل القانون العام على الأقل فيما يتعلق بالجوانب المالية و كذا طرق الإدارة . بينما يختلف الأمر في المرافق العامة الإدارية التي قامت على أسسها مبادئ القانون الإداري تبقى خاضعة لقواعد القانون العام و لا تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إلا استثناء ، و خاصة تلك التي تقدم خدمات دون مقابل و كانت بداية هذا التمييز مع صدور قرار محكمة التنازع في قضية " Bac d'eloka " ³ .

أما عن موقف المشرع الجزائري تميز المادة 5 من القانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات الاقتصادية الاقتصادية بين هذه الأخيرة والهيئات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي من جهة⁴ ، و بين الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري من جهة أخرى ، اذ تبقى الأولى خاضعة لقواعد القانون الخاص و بالتالي يمكن أن يستفيد المنتفعين من خدماتها من الحماية المقررة للمستهلك، بينما تخضع الثانية الى قواعد القانون الاداري و لا يستفيد المتعاملين معها من الحماية المقررة للمستهلك، كما نصت المادة 2 من القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 جانفي الخاص بالقواعد المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية

1- محمد بودالي، مرجع سابق ، ص 52 .

2 - PEGLION-ZIKA (P-M) , Thèse-précité, P25 .

3-قانون رقم 88-01 لمؤرخ في 12جانفي1988 المتعلق بالقانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر عدد 2 مؤرخة في 13 جانفي 1988 .

4- قانون 88-04 يتعلق بالقواعد المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر عدد 2 ، مؤرخة في 13 جانفي 1988

على أن هذه الأخيرة عبارة عن أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري¹.

2-العنصر المادي

مقتضاه ضرورة توفر مزايا مبالغ فيها للمحترفين تؤدي بالضرورة الى اختلال التوازن العقدي بين الالتزامات المتقابلة المترتبة على العقد².

و في الحقيقة هذه المزايا تشمل المزايا المالية و الغير مالية ، حيث تغطي جميع أنواع المزايا لأن الغرض من القانون بحد ذاته هو حماية المستهلكين أو غير المحترفين من خطر الشروط التعسفية³ ، لذلك فإن الحماية من المزايا غير المالية قد تكون أهم من المزايا المالية لأنه في مجال المزايا المالية يعرف المتعاقد المبلغ الذي يدفعه ، أما في مجال المزايا غير المالية فقد تكون مبهمة بالنسبة للمستهلك أو غير المحترف⁴.

و على هذا الأساس يختلف معيار عدم التوازن الظاهر الوارد في نص المادة 29 من قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية عن الغبن من عدة وجوه منها : أن الشرط التعسفي لا يحدد فيه القانون عدم التكافؤ برقم معين⁵ ، و من حيث عدم اقتصار الغبن على عدم التعادل في الثمن و إنما يمتد إلى مختلف الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان . و أخيرا من حيث عدم اقتصاره مثل الغبن على المزايا المالية، و إنما يشمل المزايا الغير المالية⁶.

1-PEGLION-ZIKA (P-M) , Thèse-précité, P25 .

2- حسين عبد الله عبد الرضا ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية (دراسة مقارنة) ، جامعة بغداد ، ص 270 .

3 -GUEGUEN (J-M), Article précité, P352

4- حسين عبد الله عبد الرضا، مرجع سابق، ص 271.

5- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق ، ص 97

6- بودالي محمد، مرجع نفسه، ص 68

3- العنصر الوظيفي

يختلف الشرط التعسفي في عقد الإذعان عن الشرط التعسفي الذي تضمنته النظرية العامة للعقد سواء من حيث طبيعة الالتزام الذي ينصب عليه (أ) ، أو النظام العام الذي يخضع له كل واحد منهما (ب) .

أ- تطور دور الالتزام الثانوي في العقود

بعد أن كان الالتزام الثانوي يخضع إلى حرية التعاقد إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ، أصبح يلعب دور في تحقيق التوازن العقدي من خلال الحماية القانونية من الشرط التعسفي ، إذ لا يقع الشرط التعسفي على الالتزام الجوهري في حالة العبارات الواضحة ، و إنما يقع على الالتزامات الثانوية ، غير أنه يعتبر القاضي عبارة العقد الغامضة شرط تعسفي يفسره القاضي لمصلحة الطرف المذعن¹.

-المبدأ: حالة عبارة العقد واضحة

يرى جونو أنه يتضمن عقد الإذعان عقد حقيقي يماثل العقود العادية يتضمن الالتزامات الجوهرية التي يقوم على أساسها تتعلق بها اتفاق الطرفين المتبادل² ، تنحصر فيها نيتهما المشتركة الحقيقية، و تنظيم بإرادة منفردة للمركز القانوني الناشئ عن هذا العقد تتضمن الالتزامات الثانوية، وهي شروط عامة مطبوعة يعدها أحد الطرفين ليفرضها على الآخر، و هي التزامات ليست جوهرية في قيام العقد، و إنما التزامات تابعة للالتزام الجوهري و ضامنة لتنفيذه³، و على هذا الأساس فإن الشرط التعسفي يتعلق بالالتزام الثانوي فقط، لأن هذا الأخير هو الذي كان محل تنظيم بإرادة منفردة

1 - GOUNOT (E) , Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ,Op-cit , P45 .

2- Idem , P45 .

3 - Ibidem , P45 .

للمحترف ، بينما الالتزامات الجوهرية كانت محل اتفاق متبادل بين الطرفين¹ .

و ساند القانون الفرنسي هذا الاتجاه التوجيه الأوروبي من خلال التعلية المؤرخة في 5 افريل 1993 و قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 78-23 المؤرخ في 10-1-1978 المتعلق بحماية المستهلك التي تقضي أن الشرط التعسفي لا ينصب على التزام جوهري ، و ذلك مع مراعاة أن تكون عبارات العقد واضحة² .

و في رأينا إذ كان لا يتضمن القانون الجزائري صراحة نص يقضي باستثناء الالتزامات الجوهرية من نطاق الشروط التعسفية ، لكن يمكننا أن نستشف ذلك ضمنا من خلال نص المادة 110 قانون مدني التي ورد فيها : (يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط و أن يعفي الطرف المدعن منها ، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

حيث يتبين من نص المادة 110 أنه ينحصر البطلان في الشرط التعسفي وحده دون أن يمتد إلى كامل العقد ، و هذا ما يؤخذ بنا إلى القول أن الشرط التعسفي ينصب على الالتزام الثانوي فقط ، لأن إذا انصب الشرط التعسفي على الالتزام الجوهري القاضي يمكنه أن يقضي ببطلان العقد لان الالتزام الجوهري يحدد ماهية العقد و مقوماته الأساسية ، فابطال القاضي الشرط الذي يتضمن الثمن في عقد البيع يؤدي الى بطلان العقد بقوة القانون ، لأن الثمن يحدد ماهية العقد³ .

1- تنص التعلية الأوروبية المؤرخة في 2 افريل 1993 :

(L'appréciation du caractère abusif de la clause ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'une autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible)

2- وتنص المادة 132-1 قانون الاستهلاك الفرنسي:

(L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du première alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible).

3 - Douche (D-N), Thèse-précité, P137.

- الاستثناء : حالة عبارة العقد غامضة

تقضي القواعد العامة في التفسير بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، و ينطبق هذا التفسير على الالتزامات الجوهرية التي تنحصر فيها نية المتعاقدين المشتركة.

و إذ لم يتوصل القاضي التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين يفسر القاضي الشك لمصلحة الطرف المذعن، و يختلف هذا التفسير عن عقود المساومة التي تقضي أن يتم تفسير الشك لمصلحة المدين¹.

و يعود هذا الاختلاف إلى تكييف العبارة الغامضة على أنها شرط تعسفي، أي أنها صادرة عن الإرادة المنفردة للمحترف دون أن يتمكن المتعاقد معه مناقشتها.²

و هذا ما ذهب إليه التوجيه الأوروبي من خلال التعليمات المؤرخة في 5 افريل 1993³ و قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 78-23 المؤرخ في 10-1-1978 المتعلق بحماية المستهلك التي تقضي أن الشرط التعسفي لا ينصب على التزام جوهري ، و ذلك مع مراعاة أن تكون عبارات العقد واضحة⁴.

ب-تطور مفهوم النظام العام (النظام العام الحمائي)

مع التطور الذي عرفه مجال المنافسة و الاستهلاك في السنوات الأخيرة تدخل النظام العام الاقتصادي الحمائي لحماية المستهلك⁵ ، و لهذا منع المشرع الجزائري الشروط التعسفية في العقود

1- عبد الحكيم فوده ، تفسير العقد ، مرجع سابق ، ص 66 .

2- مندي أسيا يسمينة ، النظام العام و العقود ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة يوسف بن خدة ، 2008-2009 ، ص8

3-تنص التعليمات الأوروبية المؤرخة في 2 افريل 1993 :

(L'appréciation du caractère abusif de la clause..., pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible)

4- وتنص المادة 132-1 قانون الاستهلاك الفرنسي:

(L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du première alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principale du contrat ni sur l'adéquation du prix ou service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible).

5 - مندي أسيا يسمينة ، مرجع سابق ، ص 55.

المبرمة ما بين المنتجين أو البائعين (المهنيين) و المستهلكين، و قد يلزم الأطراف المتعاقدة بالالتزامات كما هو الحال في النظام العام الحمائي الاجتماعي الهادف إلى حماية الأطراف المتعاقدة الضعيفة¹.

و يختلف النظام العام الاقتصادي الحمائي مع النظام العام الكلاسيكي في أن هذا الأخير يهدف إلى المحافظة على المبادئ الأساسية في المجتمع، و يترتب البطلان المطلق للعقد على مخالفته²، بينما يقتصر مجال النظام العام الحمائي في المجال الاقتصادي ، و يهدف إلى حماية المتعاقدين الضعيف ، يترتب البطلان النسبي على مخالفته ، اذ لا يثير القاضي بطلان الشرط التعسفي اذ لم يثيره الطرف الضعيف لأنه بطلان يتعلق بالمصلحة الشخصية للمستهلك³ .

و يختلف النظام العام الحمائي مع النظام العام التوجيهي في كون هذا الأخير يهدف إلى حماية المصلحة العامة التي تشمل كل القواعد الملزمة و الهادفة إلى توجيه الاقتصاد مثل القواعد المتعلقة بمالية الدولة و قانون النقد⁴ .

و ثار جدل في الفقه الفرنسي، حول مدى اعتبار إدراج شرط باطل طبقا للنظرية العامة في القانون المدني شرط تعسفي بمفهوم قانون حماية المستهلك⁵؟.

يرى الأستاذ **stoffell-munk** أنه يتضمن الشرط التعسفي عنصرين: العنصر الأول يتمثل في سلوك المحترف الذي يتجاوز حدود حريته التعاقدية ، و يتمثل العنصر الثاني في القانون الذي يحد من القوة الملزمة للشرط التعسفي و لا يرتب عليه أي اثر ، بينما قواعد النظام العام العقدي في ظل النظرية العامة للعقد لا تتضمن إلا العنصر الثاني، لأنها تعد من النظام العام بمجرد نص القانون عليها بصيغة الوجوب و يترتب البطلان على مخالفتها، و لا يولي القانون أهمية لطبيعة سلوك المتعاقدين في تكييف القاعدة على أنها أمرة، بينما يفرض القانون إثبات الطبيعة التعسفية للشرط

1 - PEGLION-ZIKA (P-M) , Thèse-précité, P25

2- STOFFEL-MUNCK (Ph), L'abu dans le contrat (essais d'une théorie), Op-cit P65 .

3 - Idem, P45 .

4 -Ibidem , P78

5 - PEGLION-ZIKA (P-M) , Thèse-précité, P25

بأن العلاقة التعاقدية تجمع بين مستهلك و محترف، و أن هذا الشرط يترتب عليه إخلال في توازن ظاهر بين حقوق و التزامات المتعاقدين.

و توصل **stoffell-munk** الى أن الشرط التعسفي قيد على حرية المحترف في تحديد بنود العقد، بينما تتعدم هذه الحرية كليا في قواعد النظام العام العقدي التي يمنع القانون مخالفتها ويرتب القانون البطلان المطلق في حالة الاتفاق على مخالفتها¹.

و على غرار القانون الفرنسي، باستقراء نصوص القانون المدني الجزائري نجد أن هناك تداخل بين الشرط التعسفي و الشرط الباطل بطلان مطلق، حيث أنه تنص المادة 29 قانون 04-02 : " تعتبر بنود و شروط تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك و البائع لا سيما التي تمنح هذا الأخير :

فرض التزامات فورية على المستهلك في العقود ، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد"

و هذه النصوص لا تخالف نصوص القانون المدني الذي تضمن قواعد أمرة يترتب البطلان على مخالفتها، إذ تنص المادة 205 تقنين مدني جزائري (لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط، واقف يجعل وجود الالتزام متوقف على محض إرادة الملتزم).

و حاولت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا إيجاد أساس في المقاربة بين الشرط التعسفي والشرط الباطل، و ذلك من خلال تكييف سلوك المحترف الذي يدرج بند باطل في العقد بإرادته المنفردة³ ، على أنه تعسف في استعمال حريته في التعاقد ، و بررت سلوك المحترف في التعاقد على أنه يكون إما تعسف في استغلال القوة الاقتصادية لإدراج شرط تعسفي و إما أنه إيهام المستهلك على أنه ملزم بالقاعدة المخالفة لقواعد النظام العام⁴ ، و هذا ما جاءت به التعليلة

1 - STOFFEL-MUNCK (Ph), L'abu dans le contrat (essais d'une théorie), Op-cit P65.

2- قانون 02-04 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر .

3- STOFFEL-MUNCK (Ph), L'abu dans le contrat (essais d'une théorie), Op-cit ,P65 .

4 -Idem,P32 .

رقم 94-05 الصادرة عن لجنة الشروط التعسفية التي ورد فيها : (في عقود تقديم خدمات الضمان في السيارات المستعملة تعد باطلة البنود التي تتضمن :

- إيهام المستهلك أنه لا يخوله العقد حق المطالبة القضائية¹ .

غير أن هذه المقاربة التي تبنتها لجنة الشروط التعسفية مردود فيها ، لأن قواعد النظام العام الكلاسيكي لا تولي الأهمية لسلوك المحترف لأنه يعد البند باطل بمجرد مخالفة النصوص القانونية التي نصت على الزاميتها ، بينما يتضمن الشرط التعسفي عنصرين سلوك المحترف و مضمون البند بحد ذاته²، و بالتالي يمكن للمحترف إثبات عكس قرينة التعسف التي وضعها القانون في القائمة الرمادية من قانون الاستهلاك الفرنسي بإثبات أنه لم يتجاوز حدود حريته في التعاقد و أن البند لا يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الظاهر بين حقوق و التزامات المتعاقدين ، مثلاً يمكن للمحترف إثبات أن شرط الاختصاص المحلي ليس شرط تعسفي لان إلزام المستهلك بالانتقال آلاف الكيلومترات من مسكنه إلى المحكمة لا يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الظاهر بين حقوق و التزامات المتعاقدين ، بينما لا يمكن للمحترف إذ توصل المستهلك إلى إثبات أن بند من العقد باطل بطلان مطلق ، إثبات عدم مخالفته للقاعدة الآمرة لأن مخالفة بنود العقد لمضمون لقاعدة الآمرة قرينة مطلقة على أن النص مخالف لقواعد النظام العام³ ، و يعود هذ الفرق بين البند التعسفي و القاعدة الآمرة في أن في هذه الأخيرة لا يملك المحترف الحرية في إدراج بند مخالف لقواعد النظام العام ، بينما تتقيد حرية التعاقد في إدراج شرط تعسفي دون أن تلغي حرية الإرادة كاملة ، و هذا ما ذهب إليه التوجيه الأوروبي المؤرخ في 5 افريل 1993 في نص المادة 1/2 منه التي ورد فيها : " لا تخضع البنود

1-recommandation n° 94-05 qui préconise : « que soient éliminées des contrats de prestataires de garantie de véhicules d'occasion les clauses ayant pour objet ou pour effet :

- De laisser croire au consommateur que tout recours judiciaire est exclu ».

²-Douche (D-N), Thèse-précité, P137.

³-Idem, P137.

المنصوص عليها في النصوص التشريعية و التنظيمية و الاتفاقيات الدولية لنصوص هذا القانون¹.

ثانيا :الذاتية المستقلة للشرط التعسفي

يقوم القانون المدني على المساواة المجردة بين المتعاقدين ، الأمر الذي يوسع من دائرة الاتفاقات بين المتعاقدين ، دون الاعتبار للمساواة المادية بين المتعاقدين مادام رضا المتعاقدين صحيح ، بينما تتدخل قوانين حماية المستهلك لوضع حد لتعسف المحترف ، مما لا تتلائم الاتفاقات ما بين المتعاقدين تطبيقا للقاعدة المكملة مع الشرط التعسفي² .

1-الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع

على غرار زيادة الضمان أجاز المشرع الجزائري كمبدأ عام إنقاص الضمان و إسقاطه بموجب نص المادة 384 تقنين مدني و لكنه نص على بطلان شرط إنقاص الضمان أو إسقاطه إذا كان عالما بعيب المبيع و تعتمد إخفائه عن المشتري غشا منه ، و هو بمثابة اشتراط منه لعدم مسؤوليته عن الغش و هو أمر غير مشروع³ .

علما أن المشرع الفرنسي قد اعتبر الشرط الذي يرمي إلى إنقاص أو إسقاط ضمان البائع المحترف للعيب في الشيء المبيع غير مكتوب و بالتالي باطلا وفقا لما نص عليه المادة 1643 قانون مدني ، و هذا هو الصائب لأن علم البائع المحترف مفترض ، و بالتالي فان تعتمد إخفائه عن

1-directive de 5 avril 1993 , article 1/2 stipule ; (les clauses contractuelles qui reflètent les disposition législative ou réglementaire ainsi que dispositions ou principe des conventions internationales , dont les états ou la communauté sont parties , notamment dans le Domain des transports , ne sont pas soumise au disposition de la présente directive) , Claire – Marie Peglion – Zika , Thèse-précité , p 16.

2 -LAROMET (ch), Op-cit, P98.

3-تنص المادة 185 تقنين مدني جزائري : (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في لاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب من هذه القيمة إلا إذ أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما).

المشتري مفترض ، و هذا ما كرسه المشرع الفرنسي منذ الخمسينات من تشبيه البائع المحترف سيء النية نتيجة لما يفترضه من علم البائع بالمبيع و بعيوبه¹ .

2- شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها

قد يرمي الشرط الاتفاقي إلى الإعفاء من المسؤولية مطلقا و قد يرمي إلى التخفيف منها فقط : كالاتفاق على إنقاص مدى التعويض ليقصر على تعويض بعض الأضرار دون البعض الآخر، و كالاتفاق على تقصير الأجل القانوني الذي ترفع خلاله دعوى المسؤولية² .

و الأصل وفقا لنص المادة 178 قانون مدني هو جواز شرط الإعفاء من المسؤولية في مجال المسؤولية العقدية و بطلانه في المسؤولية التقصيرية³ .

و الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعدها و ذلك نتيجة منطقية للاعتراف بحقهم في إنشاء الرابطة العقدية كل ذلك في حدود القانون و النظام العام و الآداب، و بمفهوم المخالفة لنص المادة 2/178 مدني جزائري فإن هذا الجواز ينص على الأخطاء التشريعية اليسيرة فقط⁴ .

أما إذا كان الشرط يرمي إلى الإعفاء مما قد ينشأ عن الغش و ما يلحق به من خطأ جسيم فإنه يعد باطل⁵ ، غير انه ذهب خلاف ذلك المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي تنص في مادته 5 أنه (تعتبر تعسفية البنود التي يقوم خلالها العون الاقتصادي:

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو

1-بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 69

2-LASBORDES (V) , Op-cit , P329 .

3-تنص المادة 178 فقرة أولى تقنين مدني جزائري: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة) .

4-بودالي محمد، لشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 69 .

5- بودالي محمد، مرجع نفسه ، ص 70 .

الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته .¹

و في نفس السياق قطع المشرع الفرنسي دابر الخلافات و الجدل الفقهي و القضائي الذي ثار بشأن جواز أو عدم جواز الشروط المعفية أو المخففة من المسؤولية، فاستغنى عن التفرقة السالفة الذكر بين الأخطاء اليسيرة و الأخطاء العمدية أو الجسيمة ، و نص صراحة في المادة 1-132 قانون الاستهلاك على أنه في مجال عقد البيع فان الشرط الذي يرمي إلى إسقاط أو إنقاص حق المشتري في التعويض يعتبر شرط تعسفي و يعتبر في ذات الوقت غير مكتوب² .

و في رأينا فان القدرات الفنية التي يتمتع بها المحترف تجعل شرطا الخطأ الجسيم و الغش مفترضان، و هذا ما يفسر إعفاء المستهلك من إثبات الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عن البائع المحترف .

3-الاتفاق على مسؤولية المستهلك في حالة القوة القاهرة

تنص م 178 تقنين مدني في الفقرة الأولى : (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة) .

يتبين من نص المادة 178 السالفة الذكر أن نص المادة 127 تقنين مدني ليست من النظام العام و إنما يجوز الاتفاق على مخالفتها و هذا ما يميز نظرية الحادث الطارئ عن نظرية القوة القاهرة³ .

غير أن قوانين حماية المستهلك ذهبت عكس ذلك، و جعلت شرط تحمل المستهلك تبعة القوة القاهرة تعسفي ، و هذا ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 06-306 في مادته 12 على أنه :

1-مرسوم تنفيذي 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 المؤرخة في 11 سبتمبر 2006 .

2- بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق ، ص 70 .

3- بودالي محمد، مرجع نفسه ، ص 70.

(تعتبر تعسفية البنود التي يقوم خلالها العون الاقتصادي:

-عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد الا بمقابل دفع تعويض)¹.

المبحث الثاني

الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية

بعد عجز مبدأ سلطان الإرادة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، ذهبت مختلف التشريعات إلى البحث عن نظام قانوني خاص بحماية المستهلك من الشروط التعسفية² ، و هذا ما كرس فكرة عدم كفاية الإرادة في تحديد مضمون العقد ، حيث ذهبت معظم تشريعات الدول إلى إرساء فكرة سمو الحق الوضعي على الشخصي من خلال تشريعات خاصة بحماية المستهلك³ .

و سنقوم في هذه المبحث بتحديد مضمون العقد و العناصر التي تتدخل فيه ، و ذلك بدراسة العنصر المادي في تحديد مضمون العقد في المطلب الأول، و نتناول في المطلب الثاني القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير⁴ .

المطلب الأول

عدم كفاية الارادة في تحديد مضمون العقد

للاللتزام و العقد مفهومان موضوعي يعتبر العقد رابطة مالية و شخصي يعتبره رابطة بين شخصين دائن و مدين⁵ ، غير أن هذا الأخير عجز عن تفسير بعض النظم القانونية و ذلك من

1- مرسوم تنفيذي 306-06 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية السالف الذكر.

2 -LASBORDES (V) , Op-cit , P89

3-علاء حسين علي ، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية (دراسة في دور الإرادة المنفردة في النطاق التعاقدية) زين الحقوقية للنشر والتوزيع ، بيروت ، 2011 ، ص37

4- ايمان طارق وحاتم منصور ، مرجع سابق ، ص85

5-علاء حسين علي ، مرجع سابق ، ص37

خلال مقابلته بالالتزام بالإرادة المنفردة (الفرع الأول)، مما ظهرت الضرورة إلى تبني نظام آخر في تصنيف التصرفات القانونية و هو معيار تقابل المصالح (الفرع الثاني)¹ .

الفرع الأول

عدم كفاية الإرادة في التمييز بين العقد و الالتزام بالإرادة المنفردة

قابل الفقه الكلاسيكي العقد بالتصرف بإرادة منفردة مقابلته كمية، فالتمييز بين العقد و التصرف بإرادة منفردة يتم على الشكل التالي: التصرف بإرادة منفردة هو تعبير عن إرادة شخص واحد، بينما العقد هو تلاقي إرادتين على الأقل.²

عبر الأستاذان « Flour » و « Aubert » عن هذه الفكرة بقولهما: "مقابلة العقد الذي يتكون عن طريق تلاقي إرادتين على الأقل، فإن التصرف بإرادة منفردة هو تعبير عن إرادة يحدد بموجبها شخص - يتصرف بمفرده- أثار قانونية"³.

و عليه إذ كان التصرف ناتجا عن إرادة واحدة فإنه يوصف على أنه تصرف بإرادة منفردة بينما إذا كان ناتجا عن إرادات فهو عقد⁴.

غير أنه في ملاحظة بعض العقود، و عند محاولة مقابلة فكرة العقد بالتصرف الانفرادي مقابلة كمية⁵ ، نجد أن معيار تقابل الإرادات معيار لا يكفي لتبرير فكرة التعاقد مع النفس (أولا)، هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإنه لا تتسق فكرة العقد مع طبيعة الشركة (ثانيا)، و على هذا الأساس ظهر اتجاه فقهي جديد يرى أن تقابل المصالح معيار قيام العقد⁶ .

1-RENAULT-BRAHINSKY (C) , Op-cit , P51.

2-نسير رفيق، مرجع سابق، ص142.

3-FLOUR (J) et Aubert (J-L), L'acte juridique, Op-cit, P 362.

4 -Idem, P 362.

5-نسير رفيق، مرجع سابق، ص142.

6-علاء حسين علي ، مرجع سابق ، ص37

-أولاً: التعاقد مع النفس : أول من لاحظ نقائص هذا المعيار هو الفقيه « Demogue » عندما حاول أن يفسر الطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس، في مؤلفه "المفاهيم الأساسية للقانون الخاص (محاولة نقدية)"¹.

أين تساءل عن جواز التعاقد مع النفس، بحيث يتعارض معيار تعدد الإرادات مع جواز التعاقد مع النفس، ليخلص أن معيار تعدد الإرادات لا يكفي لوحده كمعيار للعقد، وإنما تكمن فكرة العقد أيضاً في تقابل المصالح²، لأن تقابل المصالح تتم بصفة معينة و غير نزيهة، فمن المنطق أن ينحاز النائب لمصلحته على حساب مصلحة الأصل هذا ما يبرر فكرة أن التعاقد مع النفس لا يكون صحيحاً إلا بإجازة من الأصل⁽³⁾.

بنقل هذا المفهوم إلى الشركة، يتضح أن إضفاء الطبيعة العقدية لشركة أمر مردود فيه، لأن الشركة طبيعتها تقتضي تعاون الشركاء من أجل تحقيق مشروع ذو هدف مشترك⁴.

ثانياً: الشركة

عرفت الشركة في أغلب التشريعات الغربية منها و العربية على أنّ إرادة الأطراف هي التي تنشئ العقد، و تحدد آثاره عملاً بمبدأ "سلطان الإرادة" فيكفي توافق الأطراف على هدف واحد مريح لإعطاء ميلاد الشركة⁵.

غير أن اعتبار الشركة عقد أمر مردود فيه، لأن فكرة العقد لا تتسجم مع بعض أنواع الشركات، التي يولي المشرع للعنصر المادي أهمية في قيام الشركة، إذ لا يكفي المساواة المجردة و إنما تتطلب الشركة قيام عناصر موضوعية⁶.

1 - DEMOGUE , Les notion.... , Op-cit , P 202 .

2- نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص144.

3- نسير رفيق ، مرجع نفسه ، ص144.

4- نسير رفيق ، مرجع نفسه ، ص144.

5- تركي مصلح حمدان ، الوسيط في النظام القانوني لمجالس إدارة الشركات المساهمة العامة (دراسة مقارنة) ، دار الخليج للنشر والتوزيع، 2014، ص 84 <http://books.google.fr>

6- تركي مصلح حمدان ، نفس المرجع ، ص84

بعد ملاحظة نقائص معيار عدد الإرادات، اقترح الأستاذ « Demogue » معيارًا تقابل المصالح¹، غير أن موقفه ظل مهجورًا حتى مجيء السيد « Martin de la moute » الذي تبنى تبنى أفكاره إثر دراسته للتصرف بإرادة منفردة².

و على إثر هذه الدراسة، ينقسم التصرف القانوني إلى تصرف بإرادة منفردة و العقد ، حيث يكون أساس هذا التقسيم هو عدد المصالح في كل تصرف، فالتصرف بإرادة منفردة يعبر دائما عن مصلحة واحدة ، بينما العقد يعبر عن توافق مصلحتين متقابلتين (3).

بنقل هذا المفهوم إلى الشركة، يتضح أن الشركة هو تصرف بإرادة منفردة، لأن التقابل الذي يعرفه العقد في القاعدة العامة، لا تعرفه فكرة الشركة التي تفرض بالضرورة نوعا من التعاون الوثيق لتحقيق هدف مشترك، و تطبيقا لهذه الفكرة استحدث القانون التجاري الجزائري الشركة ذات المسؤولية المحدودة ذات الشخص الوحيد بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 في المادة 564 منه التي تتأسس من شخص واحد فقط⁴ و هذا ما لا يتناسق مع مفهوم الشركة في نص المادة 416 قانون مدني التي تجعل الشركة تتكون من شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر

و رغم أن الشركة تعبير عن عدة إرادات⁵، إلا أنه يجب التمييز بين تعاون الإرادات (Collaboration de volente) و توافق الإرادات (Accord de volente) فعقد الشركة ينتج من تعاون إرادات الشركاء من أجل تحقيق غرض مشترك و هو غرض الشركة بينما العقد يعبر عن توافق مصلحتين متقابلتين⁶.

و انقسم الفقه إلى اتجاهين في تحديد الطبيعة القانونية للشركة:

أ- نظرية العقد

تعود الأصول التاريخية لهذه النظرية إلى شريعة حمو ربي في العهد البابلي في العراق لتنتقل أصول هذه النظرية بعد ذلك إلى القانون الفرنسي⁷، إذ لازال جانب من الفقه و أحكام القضاء الفرنسي يميلان للأخذ بالفكرة العقدية للشركة على الرغم من أن نظرية النظام وجدت تأييدا من

¹ - DEMOGUE , Traité des obligations en général, sources des obligations, T1, ROUSEAU , 1923 , Paris, P35

² - DE LAMOUTE (M), L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa technique en droit civil, Serey , Paris , 1951 , P38.

³ - نسير رفيق، مرجع سابق، ص144.

⁴ - الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، ج ر عدد 77 مؤرخة في 1996/12/11

⁵ - DE LAMOUTE (M) , Op-cit, P38.

⁶ - نسير رفيق ، مرجع سابق، ص 144

⁷ - تركي مصلح حمدان ، مرجع سابق، ص84

بعض الباحثين الفرنسيين في تحديد طبيعة الشركة، و التي لا ترى في الشركة إلا فكرة حديثة أساسها التنظيم و ليس العقد¹، و لتحديد الطبيعة القانونية للشركة وفقا لهذه النظرية، فان الفقه التقليدي يرى ضرورة الاعتماد مباشرة بالعمل الإرادي الناشئ للشركة باعتبارها عقدا بين شخصين فأكثر، و بالتالي فان الشركة من وجهة نظرهم ماهي إلا نتاج ذلك العمل الإرادي الناتج عن أطراف هذا العقد².

2- اضمحلال الفكرة التعاقدية

تراجعت الفكرة التعاقدية في الشركة بعد اضمحلال مبدأ سلطان الإرادة في أواسط القرن 19 و ظهور شركات الأموال التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي و إنما على الاعتبار المالي³، و عجزت الفكرة التعاقدية للشركة تفسير بعض المظاهر العقدية التي تقوم عليها شركة الأموال و هذا ما أدى بالفقه القانوني إلى البحث عن نظرية جديدة قادرة على معالجة الضعف و القصور التي شابته النظرية العقدية⁴.

و يعود ظهور هذه النظرية إلى العمل المنشئ للشركة و هو العقد، غير أنه لا يقوم مثل سائر العقود على التضارب و التعارض في المصالح، بل بدلا من ذلك أن المصالح تتضافر لتحقيق هدف مشترك واحد يكمن في تحقيق الربح و اقتسامه فيما بينهما⁵.

و لم يقف أحد على التشكيك في النظرية التعاقدية عند حد تقابل و تعارض المصالح بين أطراف العقد، و إنما أخذ البعض يشكك فيها على أساس أن المشرع يتدخل في تنظيم الشركات فالعديد من الشركات تتضمن نصوص أمرة لا يسع الشركاء إلا الانصياع لها ، لا سيما في شركات

1- تركي مصلح حمدان ، مرجع سابق، ص 84.

2- DE LAMOUTE (M) , Op-cit, P38.

3- أحمد بن علي، الحميدي السعدي ، دور غير المتعاقدين في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، مصر 2016 ، ص 85 .

4- تركي مصلح حمدان ، مرجع سابق، ص 84

5- MAHMOUDI (R) , La gouvernance de société par action simplifié ,Thèse de doctorat , Université de Paris Saclay , 2016 , P85 .

الأموال¹، حيث تضاءلت الصفة التعاقدية لهذا النوع من الشركات و أصبحت أقرب إلى التنظيم القانوني عنها إلى العقد ، إذ لم يعد تكوين الشركة و إدارتها متروكا للشركاء ، و إنما أصبح الأمر يتوقف إلى حد كبير على إرادة المشرع و ما يفرضه في هذا الصدد من أحكام أمرة².

و نتيجة لذلك أخذ المفهوم التعاقدي للشركة بالتراجع في بداية القرن العشرين بفعل التطور الصناعي و التجاري الكبيرين، و كان ذلك موعدا لميلاد نظرية النظام المستوحاة من نظريات القانون العام التي تستند بالدرجة الأولى إلى تحقيق مصلحة الجماعة³.

و في بداية القرن العشرين أخذت الدولة تتدخل في النشاط الاقتصادي و الاجتماعي، مما ترتب عليه تدخل المشرع بنصوص أمرة في تنظيم الشركات، و تركزت هذه النظرية على أن وجود تنظيم للشركات يعني وجود قيود على الحرية التعاقدية، و بالتالي فإنه لا يجوز للشركاء مخالفة القواعد الآمرة لنظام الشركة ، بمعنى أن الشركة عبارة عن شخص معنوي ذات كيان مستقل يسيطر على الإرادات الفردية التي ساهمت في إنشائه⁴.

الفرع الثاني

العقد تقابل مصالح

تشكل المصلحة معيار في قيام العقد، إذ يشكل التعبير عن الإرادة في الحقيقة التعبير عن المصلحة التي يريدها المتعاقد من العقد.

يحدد المفهوم المادي للعقد عناصر تكوينه (أولاً)، و على هذا الأساس يمكن تكييف بعض النظم المتعلقة بالتراضي على أساس السبب (ثانياً).

1- علاء حسين علي ، مرجع سابق ، ص30 .

2- علاء حسين علي ، نفس المرجع ، ص 47.

3- أحمد بن علي بن الحميدي السعدي ، مرجع سابق ، ص85

4- تركي مصلح حمدان ، مرجع سابق، ص84

أولاً: عناصر تحديد مضمون العقد

يترتب على معيار المصلحة في تصنيف العقود إعطاء مفهوم جديد لطرف العقد (1) ، و إرساء المفهوم المادي للمحل و السبب (2)، و بالنتيجة يصبح التراضي واصف و تابع للسبب الذي نعبر عنه بعنصر الصياغة (3) .

1-العنصر العضوي (الطرف)

ذهب جانب من الفقه في مصر إلى تحليل الخصائص التي يتضمنها الطرف¹ ، إذ يكون الطرف هو من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية ومباشرة ، فيتأثر بأحكامها ، و يتسع مفهوم مصطلح المصلحة من خلال الهدف الذي يسعيان المتعاقدان من العقد بإيجاد توازن و توافق بين مصالح قانونية متعارضة² .

و على هذا الأساس لا يعد النائب طرف في العقد لأنه لا تتصرف إليه آثاره ، و بالتالي لا يحقق العقد له مصلحة ، و إنما هو وسيلة أو أداة في يد الأصل استعملها للتعبير عن إرادته³ .

حيث أن الأثر المترتب على إحداث أي تصرف قانوني معين هو في حقيقة الأمر

المصلحة المرجوة التي اتجهت إليها إرادة شخص التصرف⁴ التي يريد تحقيقها من وراء إبرام هذا التصرف، و من ذلك نخرج بنتيجة مفادها أن مصلحة شخص التصرف تكمن في اعتبار هذه المصلحة هي المصدر الفعلي لإرادته، فهدفه من التعبير عن إرادته لا تتعدى في واقع الأمر تحقيق فائدة أو منفعة معينة أو إشباع حاجة ضرورية⁵ .

1-أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثاني ، نظرية الحق ، ط5، بدون ناشر ، 1982 ، ص184

2- أحمد سلامة ، مرجع نفسه، ص184

3-أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، مرجع سابق، ص 222

4- أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، مرجع نفسه، ص 222

5- أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، نفس المرجع، ص 223

و ليست المصلحة هي السبب الدافع للتصرف من خلال التعبير عن الإرادة، بل هي ذاتها تعد قرينة عن قيام هذه الإرادة.

و على غرار المشرع المصري اعتنق المشرع الجزائري المذهب الموضوعي في تحديد الطرف ، من خلال تبنيه لأنظمة متعددة الأطراف¹ ، و ذلك بإقراره للتطبيقات التي يتطلبها التطور القانوني و الاقتصادي ، كما في حالة نقل الحق و الالتزام² من شخص أحد المتعاقدين-المدين و الدائن- الى ذمة غير هذين المتعاقدين ، فضلا عن اقراره جواز الاشتراط لمصلحة الغير³ .

2-العنصر المادي

يترتب على معيار المصلحة إرساء مفهوم مادي للمحل (أ) و السبب (ب).

أ- المحل

يتم التمييز في القانون المدني بين محل العقد و محل الالتزام، و محل الأداء فالشيء هو محل الأداء، و الأداء هو محل الالتزام بينما يكون الالتزام محلا للعقد، فمجموع الالتزامات تشكل محل العقد و هي تشكل العملية القانونية المراد تحقيقها من وراءه، و عليه يكون محل العقد العملية القانونية المراد تحقيقها من إبرامه، بمعنى أنه الغاية من التعاقد، أو باستعارة تعبير "Duguit" نقول أن محل العقد هو المركز القانوني المراد إحداثه⁴.

1-تنص المادة 239 تقنين مدني جزائري: (يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدان ، أو طبيعة الالتزام و تتم الجولة دون حاجة إلى رضا المدين) .

2-تنص المادة 251 تقنين مدني جزائري : (تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين و شخص آخر يتحمل عنه الدين) .

3-تنص المادة 116 تقنين مدني جزائري : (يجوز للشخص أن يتعاقد عن التزامات يشترط لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية) .

4-نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 147 .

و سنقوم بدراسة تقابل المراكز القانونية في عقد البيع، ثم ننقل هذا المفهوم إلى العقود التي نظمها القانون بتشريعات خاصة¹.

باستعارة تعبير "Duguit" نقول أن المحل في العقد هو المركز القانوني المراد إحداثه، ففي البيع مثلاً يكون محل الأداء الشيء و النقود، و محل الالتزام هو تسليم الشيء و تسليم النقود². بينما يكون محل العقد الالتزام بتسليم الشيء و الالتزام بتسليم النقود، مما يحقق عملية البيع، فيتولد مركز قانوني مقابل، و هو المشتري³.

بتطبيق هذا المفهوم على المصلحة، يمكن القول أن المصلحة في التصرف القانوني تعبر عن المركز أو المراكز القانونية التي تنشأ عن هذا الأخير، و بتطبيق هذا المفهوم على عقد العمل، يتكون من عناصر أساسية هي العمل و الأجر، إذ يكون من مصلحة صاحب العمل قيام العامل بالعمل، و يكون من مصلحة العامل التزام صاحب العمل بتسديد أجره، و يتولد في هذه الحالة مركزين قانونيين هما صاحب العمل و العامل⁴.

و يترتب على ربط المصلحة بالمحل تدخل القانون في ضبط شروط المحل و عناصره، حيث يتدخل القانون في فرض حد أدنى للأجر الوطني و عناصر الأجر الأساسية التي يجب أن يتضمنها⁵، و ذلك بهدف ضمان مصلحة المتعاقدين و حماية النظام العام الاجتماعي.

¹ - DE LAMOUTE (M) , Op-cit, P38

² -DUGUIT (L) , Traité de droit constitutionnel , A.Fonemoing édition ., Paris , 1927 , P85

³- نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 147

⁴- محمد مصطفى غازي زيدان ، مرجع سابق ، ص 109 .

⁵- تنص المادة 81 من قانون 90-11 ، ج ر عدد 17 مؤرخة في 25 أبريل 1990 : (يفهم من عبارة مرتب حسب هذا هذا القانون ، مايلي :

- الأجر الأساسي الناجم عن التصنيف المهني في الهيئة المستخدمة .

- التعويضات المدفوعة بحكم أقدميه العامل ، أو مقابل الساعات الإضافية بحكم ظروف عمل خاصة ، لا سيما العمل لتناوبي

و العمل المضرو الإلزامي ، بما فيها العمل الليلي وعلاوة المنطقة .

-العلاوات المرتبطة بإنتاجية العمل و نتائجه (معدل و متمم ب:قانون 91-29 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991 ج ر عدد 68

-مرسوم تشريعي 94-03 مؤرخ في 11 أبريل 1994 ج ر عدد 20

- مرسوم تشريعي 94-09 مؤرخ في 26 مايو 1994 المتضمن الحفاظ على الشغل و حماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية، ج ر عدد 34

-أمر رقم 96-21 مؤرخ في 9 يوليو 1996 ، ج ر عدد 43.

ب-السبب

طبقا للمفهوم الكلاسيكي أو ما يعرف بنظرية السبب الموضوعي فإن السبب هو الغرض المباشر و النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه، و السبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام و ليس سبب العقد، و هو بهذا المفهوم قد يتمثل في محل التزام المتعاقد الآخر، أو في الاستلام المسبق للشيء محل التعاقد أو في الوفاء المسبق بالتزام سابق، أو في نية التبرع⁽¹⁾.

أما مفهوم السبب حسب النظرية الحديثة أو ما يعرف بنظرية السبب الشخصي، فإن العبرة تكون بسبب العقد لا بسبب الالتزام و يتمثل السبب في الاعتبار النفسية و الشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، و السبب بهذا المفهوم يغطي السبب غير المشروع⁽²⁾.

و بمقارنة المصلحة بالسبب، يمكن التوفيق بين السبب الموضوعي و الشخصي ، إن سبب الالتزام يقترب من الباعث باعتباره تمثل ذهني للغرض و هو تنفيذ الالتزام المقابل، و مما هو أكد أنه تتضمن عقود المعاوضة عدة بواعث تشكل في مجموعها السبب⁽³⁾، غير أن عنصر المصلحة يوحد مفهوم السبب، لأنه يجب أن تكون المصلحة موجودة و مشروعة و بالتالي فهي تجمع نتائج النظريتين: الوجود و المشروعية و المصلحة بهذا المفهوم تتفق مع مفهوم السبب عند الأستاذ "Hausser" الذي يرى أن السبب لا يتلخص في الدافع أو في المقابل، فهو ليس بالضرورة ماديا أو شخصيا فالمقابل لا يغطي مفهوم السبب إلا بتركيب العنصر المادي و بالعنصر الشخصي⁽⁴⁾.

3-العنصر الشكلي - التراضي تابع وواصف للسبب-

إن نظام العقد لا يتحلل بالانطلاق من التراضي كإرادتان التقت، و إنما عن طريق تحليل الحياة الاجتماعية، و إن كان يجب أخذ الإرادة بالاعتبار، فإن ذلك سيكون مع ضمها إلى الأمور

1-علي فلالي، مرجع سابق، ص 246.

2-علي فلالي، مرجع نفسه ، ص 255.

3-محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مرجع سابق، ص 85.

4-HAUSSER , objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique , LGDJ , PARIS , 1971 , P 278.

و العناصر التي جعلتها تظهر إلى حيز الوجود¹، و ينتج عن هذا التحليل القانوني للعقد أن التعبير عن الإيجاب و القبول ليس إرادة و إنما يمثل رغبة فقط ، يعلن فيها المتعاقدان عن تمام السبب و المحل ، أو عن وجود مصلحة تتحقق بجمع شقيها لدى طرفي العقد، و يقول جونو " إن دور التصريح بالإيجاب و القبول هو توضيح التصرف القانوني و تمييزه عن غيره، و وصف الالتزام المقابل، و ما يعرضه الطرف الآخر، أي إعطاء تفصيل للعقد "² ، و يقابل هذا الرأي الرأي القائل أن الذي يلتقي في الإيجاب و القبول هو التقاء و تماثل وصف السبب عند متعاقد مع وصف المتعاقد الآخر للسبب³ .

و دليل أن التراضي واصف للسبب و تابع له، أن التراضي يصطلح عليه في التعامل بالقدر الذي يصف السبب ، فنجد في العقود المتكررة يتم بتبادل عبارات بسيطة بل أنه في بعض العقود يستغنى عنه و يفترض وجوده افتراضا، مثال ذلك الذي يشرع في تنفيذ نتيجة العقد، كأن يضع مشتري الخبز النقود أمام البائع⁴، و يأخذ ما يقابل ذلك من الخبز، و قد لا يتدخل البائع في العملية، و أن التراضي يزداد توضيحا عندما يتم في العقود الغير متكررة و التي سببها لا يعرف من قبل الطرفين على وجه الدقة، و كذلك البيع عن طريق الآلات الأتوماتيكية، فان ما يتم فعله هو أن البائع يتم السبب من ناحيته فيضع الآلة و السلع بداخلها و لا يعرف من ذا الذي سيتعاقد معه ، فنلجأ إلى افتراض أنه وجه إيجابه للكافة هنا ، و لا نستطيع القول بوجود التراضي إلا افتراضا⁵ .

و يتساءل الفقيه سفيراديس عن العلاقة الضيقة بين التراضي و السبب ، حيث أن التراضي يحتوي على السبب، و الحقيقة أن هذه العلاقة بين التراضي و السبب هي التي ساعدت على

1- محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مرجع سابق، ص 85.

2-GOUNOU (E) , Le principe de l'autonomie de volonté en droit privé ,Op-cit ,P116

3- محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مرجع سابق، ص 240

4 -FLOUR (J) et Aubert (J-L) , L'acte juridique , Op-cit , P 362 .

5- محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مرجع سابق، ص 240

الاستغناء عن السبب بين نصوص القانون كنتيجة من هذه الدراسة و جعلتنا نقول أن شرط المشروعية يلحق بالتعبير عن الإرادة أو النتيجة¹.

و أهم ما يمكن أن يقال عن صلة الإرادة بالتراضي، أن الصلة تنقطع بين رغبات الأطراف و الأثر الناتج عنها منذ حصول التراضي، حيث أن هذه النتيجة كانت مرغوبة من قبل المتعاقدين لكن هذه الرغبة لا تنتج التزامات، فالرغبة كافية للدخول في نظام العقد، و ما ينتج من التزامات من العقد مصدرها القوة الإلزامية للعقد، و ذلك شرط عدم مخالفة النصوص القانونية².

ثانيا: تكييف بعض النظم المتعلقة بالتراضي على أساس السبب

يترتب على المفهوم المصلحي للسبب تكييف بعض الأنظمة القانونية المتعلقة بالتراضي أساسا على أساس السبب ، و من هذه النظم نظرية عيوب الإرادة (1) ، و مجموعة العقد (2) .

1-عيوب الإرادة

إن عيب الإرادة عيب عارض يخرج التراضي عن الصورة المعتادة، هذا العارض يجعل المتعاقد يعلن تمام السبب و كفايته بالنسبة له دون أن يكون ذلك مؤكدا نتيجة للعارض، و في هذه الحالة لا يقاس صحة العيب على العيب بحد ذاته³، و إنما يقاس صحة العقد على كفاية السبب بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في العيب من عدمه، فإذا كان السبب كافيا عند المتعاقد الذي وقع في العيب عد العقد صحيحا، و إذا كان السبب غير كافيا عند المتعاقد الذي وقع في غلط عد العقد غير صحيح⁴.

و يعود الحق في رفع دعوى البطلان لعدم تمام السبب إلى المتعاقد أو من ينوبه دون سواهما ، لأن البطلان من النظام الخاص و يخص المصلحة الخاصة للمتعاقدين دون سواهما ، و

1-محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مرجع سابق، ص 240 .

2-BLOUGH (R) , Op-cit , P85 .

3-محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مرجع سابق، ص 240 .

4-محمد السعيد جعفر ، اجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار هومة ، الجزائر ، 2000 ، ص152 .

انطلاقاً من هذا الأساس تتبلور فكرة البطلان النسبي و الإجازة ، فما هو البطلان النسبي و ما هي إجازة العقد¹ .

يقصد بالبطلان النسبي ، الحق الذي يخوله القانون للمتعاقد الذي شابت إرادته عيب من عيوب الإرادة للتمسك بحق البطلان خلال مدة معينة حددها القانون، و في هذه الحالة يكون السبب غير كاف لتمام العقد بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في عيب الإرادة فيتمسك بحق البطلان بينما إذا رأى المتعاقد الذي يشوب إرادته عيب من عيوب الإرادة أن السبب كاف بالنسبة له رغم أن إرادته معيبة، و أنه كان يتعاقد و لو وقع في عيب الإرادة ،أصبح العقد جائز وصحيح² .

يتبن من نظام البطلان النسبي أن كفاية السبب من عدمه هو أساس البطلان، و أن الشخص الذي شابت إرادته عيب من العيوب (الغلط ، التدليس الإكراه الاستغلال) يمكنه إجازة العقد إذ رأى أن السبب كاف بالنسبة له ، و أنه كان سيتعاقد لو علم بالعيب وقت إبرام العقد³ .

2-مجموعة العقد

لاحظ الأستاذ **teyssie** أن التطور الذي عرفته الحياة الاقتصادية لا سيما فكرة التخصص و سرعة انتقال الأموال أدى إلى ظهور عمليات اقتصادية مركبة ، أين يتم فيها اللجوء إلى عدة أشخاص من أجل تحقيقها ، فمن أجل شراء منزل يلجأ المشتري إلى اقتراض مبلغ من المال في بنك مقابل شراء منزل⁴ .

و قد ركز هذا الأخير تحاليله على دراسة هذا الرابط و نقل مفهومه الاقتصادي إلى مفهوم قانوني و توصل إلى النتيجة الآتية : إن تحقيق هذه العملية الاقتصادية لا يكون إلا عن طريق

1- محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مرجع سابق، ص 229.

2- محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مرجع نفسه، ص 229.

3- محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة، مرجع نفسه، ص 229.

4 - TEYSSIE (B), Les groupe de contrats, LGDJ,1975., P8 .

مجموعة من العقود تكون متداخلة و مترابطة فيما بينها بطريقة تجعل نظامها مستقلا عن باقي النظم المعروفة في النظرية الكلاسيكية¹ .

كما انه ترجم الرابط الاقتصادي بين هذه العقود إلى القانون بفكرة وحدة المحل ، أو و حدة السبب و قد قاد هذا التحليل إلى تقسيم زمرة العقود إلى قسمين ، فإذا تم إبرام عدة عقود و كان محلها واحد ، فإنها ستوصف بسلسلة العقود ، و إذ تم بسبب واحد فتسمى مجموعة العقود² .

غير أن وحدة السبب ، أو وحدة المحل لا يشكلان وحدهما الرابط الاقتصادي بين هذه العقود ، ففي المثال السابق إذا كان سبب عقد القرض هو واقعة الشراء ، فان القرض وسيلة للشراء و ليس سبب له ، و هكذا تبني بعض الفقه في فرنسا الباعث الدافع إلى التعاقد ، إذ يمثل عملية الشراء الهدف الاقتصادي من عقد القرض ، و يترتب عن بطلان عقد البيع بطلان عقد القرض والعكس صحيح ، إذ يترتب على بطلان عقد البيع بطلان عقد القرض³ .

و يترجم الباعث الدافع إلى التعاقد الرابط الاقتصادي بين هذه العقود، و على هذا الأساس يتم تقدير التوازن الاقتصادي في العقد بالرجوع إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر⁴ ، و هذا ما جاء به نص المادة 132-5/1 قانون استهلاك التي تذهب إلى أنه يقدر طبيعة الشرط التعسفي بالرجوع إلى الشروط التي قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما قانونا للأخر كما هو الحال بالنسبة للقرض المرتبط بالبيع⁵ .

1-رفيق نسير ، مرجع سابق ، 121 .

2 -RZEPECKI (N) , Op-cit , 420 .

3-رفيق نسير ، مرجع سابق ، 121 .

4-بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 26 .

5-ARTICLE 132-1/5 abrogé par ordonnance n°2016-301DU 14 MARS 2016 article 34 (sans préjudice des règles d'interprétation aux articles 1156 à 1161 . 1163 et 1164 du code civil , le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant au moment de la conclusion du contrat , à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion , de même qu'à toutes les clauses du contrat . il s'apprécie également au regard de celle contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution du contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre .)

و بظهور المذاهب الاجتماعية ظهرت ضرورة تكييف العقد مع العدالة و المنفعة، و حاول Maury البحث عن وضيفة السبب استنادا إلى موقف القضاء و عرفه: (الدافع أو الباعث الذي يحث الشخص على الالتزام ، غير أن هذا الدافع أو الباعث يكون مختارا ، بحيث يحمل في طياته عنصرا موضوعيا)¹، و يتبن من خلال مراجعة أحكام القضاء الفرنسي - خلال العشرين سنة الماضية - أنه لا يمكن تفسيرها من خلال مفهومي : سبب الالتزام (السبب الموضوعي) و سبب العقد (السبب الشخصي)، إذ أنه تعتمد على عناصر شخصية: (الهدف الذي سعى إليه الأطراف) ، و عناصر موضوعية المتمثلة في العدالة و المنفعة² .

و لتوضيح ذلك نذكر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 11 مارس 1992 ، و الذي قضى أن إبطال عقد البناء يرتب إنهاء عقد القرض و بأثر رجعي، فقد جاء هذا القرار في قضية تتلخص وقائعها كالآتي: أراد شخص أن يبني منزلا شخصيا ، فاتجه إلى البنك للحصول على القرض من أجل إبرام عقد بناء منزل مع المقاول³ .

ظهر بعد مباشرة الانجاز أن البناء غير مطابق لدفتر الشروط المتعلق بذلك التخصيص (lotissement) ، فتم إبطال عقد البناء ، و عليه بقيت مسألة صحة عقد القرض موضوع نقاش؟

لم تكن مشروعية سبب القرض مطروحة لأن الدافع الى التعاقد مشروع ، اذ أن بناء المنزل لا يخالف النظام العام و الآداب العامة، غير أن مسألة السبب و التي يتم مراقبتها عن طريق فحص سبب الالتزام كانت مطروحة⁴.

بالرجوع إلى أحكام النظرية التقليدية أي وجود المقابل ، فان التزام البنك بدفع القرض يقابله التزام المقرض بدفع الأقساط ، و هذا الأخير يقابله التزام البنك بدفع القرض، فالسبب موجود ، غير أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى عكس ذلك فحكمت بعدم وجود السبب معتمدة في ذلك

1 - MAURY (J) , « Le concept et le rôle de la cause des obligation dans la jurisprudence », Bulletin de société de législation comparée , 1950 , P39

2 - نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 225 .

3 - RZEPECK (N), Op-cit , P250

4 - MAURY (J) , Op-cit , 1950 , P39

على انعدام الدافع إلى إبرام عقد القرض ، فالمقترض قد اقترض من أجل بناء منزل ، و بما أن عقد البناء تم إلغائه ، فإن القرض ينعدم فيه السبب¹.

يظهر من هذا القرار أن محكمة النقض اعتمدت عنصرا شخصيا في تقرير وجود السبب ، و الذي هو مفهوم مادي (المقابل)، فقد ركزت على موضوع إنفاق القرض، مخالفة بذلك القرار المبدأ الصادر سنة 1989، و الذي يقضي بأن موضوع إنفاق القرض لا أهمية له في تقرير وجود السبب².

و يتوافق هذا التلون الشخصي لمفهوم سبب الالتزام مع التعريف الذي يقترحه régné ، بعد دراسته لمجموعة من الحالات التي يكون فيها العقد متاخلا مع عقود أخرى و يرى أن : (السبب هو الهدف المشترك بين الأطراف، أو الهدف الذي يتوخاه أحد الأطراف، و يأخذه الطرف الآخر بعين الاعتبار ، فيترجم عدم وجود السبب في استحالة بلوغ الأطراف لهدف العقد)³.

المطلب الثاني

القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير

ترتب على مبدأ الحرية التعاقدية انفراد المحترف بسن شروط العقد، و لا يكون أمام المتعاقد معه سوى الرضوخ أو رفض التعاقد، و لا يستقيم هذا الواقع العملي مع المساواة المفترضة التي أقامتها قواعد القانون المدني ، مما ظهرت الضرورة إلى تدخل المشرع بقوانين خاصة لحماية الطرف الضعيف⁴.

تدخلت الدولة في الحقل الاقتصادي بقوانين خاصة لحماية المستهلك الذي يشكل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، غير أن هذا لا يستقيم مع بعض المبادئ التقليدية التي تدعو إلى

1-رفيق نسير، مرجع سابق، ص 225 .

2-رفيق نسير، مرجع نفسه، ص 225 .

3-رفيق نسير، مرجع نفسه، ص 225 .

4-حسن جمعي عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 85 .

سلطان إرادة الفرد، و تكريس القوة الملزمة للإرادة في العلاقات التعاقدية، و على هذا الأساس ظهرت الضرورة إلى تبني أساس جديد للقوة الملزمة للعقد، و هو أولوية الحق الوضعي على الشخصي¹ (الفرع الأول)، الذي أدى إلى حماية قانونية خاصة للمتعاقد في مواجهة الشروط التعسفية و البنود غير متوازنة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تطور فلسفة قانون جديد

يترتب على تدخل القانون في العلاقات التعاقدية تقييد الإرادة في تحديد مضمون العقد ، ويتعارض ذلك مع اعتبار الإرادة أساس القوة الملزمة للعقد²، و على هذا الأساس من الضروري البحث على أساس جديد لمبدأ القوة الملزمة للعقد (أولا) ، و الذي يرتب نظام قانوني جديد يخضع له العقد (ثانيا) .

أولا : القانون أساس القوة الملزمة للعقد

تري مدرسة القانون الطبيعي أنه يمكن اكتشاف القانون عن طريق العقل، فأنصارها يرون أن العقل بإمكانه إيجاد نظام يطلقون عليه القانون الطبيعي³، و الذي ما هو سوى وسيلة لتعايش الإرادات الفردية داخل المجتمع ، و بذلك تكون الإرادات المصدر الوحيد لكل الالتزامات القانونية هذا ما دفع بجانب من الفقه يعرف بالمدرسة الموضوعية إلى انتقاد هذه النظرية ، فهو يرى أن القانون يتمثل في تلك القواعد التي تنتج عن الوعي الجماعي . و عليه فان دور المشرع ينحصر في جمع هذه القواعد ، أما الإرادة فلا دور لها على الإطلاق⁴.

1-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص89

2 -PENIN (O) , La distinction de la formation et de l'exécution du contrat , LGDJ , Paris , 2012 , P48.

3-نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص45 .

4-PENIN (O) , Op-cit , P8.

غير أن دور القانون ليس تفسير الوقائع ، و إنما يرسم ما يجب أن يحدث، و هو علم التنظيم ، لأن التنظيم يسعى إلى تحقيق أهداف و مبادئ، و بالتالي فإن العقد أداة لتحقيق الحق الوضعي¹ ، و هذا يعني أن الأفراد لا يملكون إلا تلك الممنوحة بالقاعدة القانونية ، فليس من أحد يستطيع أن يتمسك أمام المحكمة بحق غير مكرس بالحق الوضعي ، فعندما يعالج الفقه المدني مسألة مصادر الحقوق الشخصية، و بالتحديد العقود ، فإن الشروط التي يفرضها القانون هي التي تسمح للإرادات الفردية بأن تنتج الآثار القانونية التي يأخذها الفقه بالاعتبار² .

غير أن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه ، و لا يمكن تصويره خارج المجتمع ، له كيان خاص ، و متميز عن باقي أفراد المجتمع³ ، و عليه بإمكان إرادته أن تنشئ التصرفات القانونية ، و بالتالي فإن المسألة لا ينبغي أن تطرح من زاوية الأهمية المعطاة للحق الوضعي أو الإرادات الفردية ، وإنما من زاوية أخرى تبين العلاقة بين الحق الوضعي و الشخصي، إذ أن الأول يرسم الإطار أما الثاني يترجم ذلك الإطار ، و نقصد بذلك أن الإرادة هي القاسم المشترك في تكوين كل عقد ، لكن يجب أن تكون الاراد في إطارها القانوني⁴ .

ثانيا : دور القانون في تكوين العقد

يتدخل القانون في تحديد العناصر الأساسية للعقد (1)، و في تحديد التوازن الظاهر بين الالتزامات التعاقدية⁵ (2) .

1- تحديد العناصر الأساسية في العقد

يتدخل القانون في تحديد العناصر التي تدخل في تكوين كل من المحل (أ) و السبب (ب) .

1- DOUCHE (D-N) , Thèse-précité , P137 .

2 -Idem, P137 .

3 -Ibidem , P78 .

4- عنصري شهيناز ، مرجع سابق ، ص78 .

أ-المحل

لم يكتف المشرع الجزائري في تحديد معنى العقد بمفهومه الكلاسيكي الوارد في المادة 54 من القانون المدني بل ذهب إلى تبني مفهوم حديث للعقد ، حيث عرفه في المادة 02-04 فقرة أولى من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية إلى أن : " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق ، مع إذعان الطرف الآخر ، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه " ¹ .

و من خلال التعريف السابق يمكن القول أن المشرع الجزائري اهتدى إلى إعطاء تعريف لعقد الإذعان، بعدما اكتفى في القانون المدني ببيان الأحكام المتعلقة بتكوينه و تفسيره² .

و قد جرت عادة المشرع إلى استعمال مصطلح " منتج " بدلا مصطلح سلعة . و يبدو أن مفهوم المنتج أعم من مفهوم السلعة ، بدليل ان المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات عرفت المنتج من جهتها بأنه : كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي او خدمة³ . كما أن المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش عرفت المنتج من جهتها بأنه : كل منقول مادي يمكن ان يكون موضوع معاملات⁴ .

1-قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر .

2-عنصري شهيناز ، مرجع سابق ، ص78 .

3-مرسوم تنفيذي 266/90 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات ، المؤرخ في 30يناير 1990 ، ج ر عدد 5 ، الصادر بتاريخ 31يناير 1990 .

4-مرسوم تنفيذي 39/90 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش السالف الذكر .

و بناء على ذلك يمكن القول أن السلعة تقتصر على المنقولات المادية سواء تلك التي تهتك بأول استعمال لها كالغذاء ، أو تلك التي تهتك بعد مرور فترة من الزمن و هي السلع المعمرة كالسيارات و الأجهزة المنزلية و غيرها¹ .

غير أن النص المذكور -مثل النصوص التي سبقته - لم يتحدث عن المسكن أو العقار ذو الطابع السكني ، و نظرا للأهمية التي ينالها المسكن في حياة الناس كان من الأجدر لدى المشرع اعتباره محل الحماية التي تقرها القوانين الحمائية و منها الحماية التي يوفرها القانون رقم 04-2002.

و طبقا للنظرية العامة للعقد يجب تحديد العناصر الجوهرية في العقد ، و لضرورات حماية المستهلك يحدد المشرع الجزائري العناصر الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، و ذلك في المادة 2 منه التي تنص: (تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي و المستهلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك و نزاهة و شفافية العمليات التجارية و أمن و مطابقة السلع و/أو الخدمات و كذا الضمان و الخدمة ما بعد البيع .)³ .

و طبقا لنص المادة 3 من هذا المرسوم تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 2 أساسا بما يأتي :

-خصوصيات السلع و/أو الخدمات و طبيعتها .

-الأسعار و التعريفات .

1 -RZEPECKI (N) ,Op-cit , P85 .

2-قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر .

3-مرسوم تنفيذي 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين البنود التي تعتبر تعسفية السالف الذكر .

-كيفية الدفع .

-شروط التسليم و أجاله .

-عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم .

-كيفية الضمان و مطابقة السلع و/أو الخدمات .

-شروط تسوية النزاعات.

-إجراءات فسخ العقد .)

ب-السبب

نستخلص من تعريف المستهلك في نصوص قانون الاستهلاك الجزائري أن السبب في عقد الاستهلاك هو الاستهلاك الشخصي لسلعة أو خدمة¹ ، و هذا ما جاءت به نص المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق بمراقبة النوعية و قمع الغش التي عرفت المستهلك على أنه: (كل شخص يقتني - بئمن أو مجانا - منتوجا او خدمة معدين للاستعمال الوسيط او النهائي لسد حاجاته الشخصية أو خاصة بشخص آخر أو حيوان يتكفل به)² .

و عرفت المادة 2/3 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية³ المستهلك أنه : (شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع و مجردة من كل طابع مهني .)

و المشرع الجزائري خالف بذلك غالبية التشريعات التي تركت أمر التعريف للفقهاء و القضاء. حيث يرى M-Raymond أن السبب في عقد الاستهلاك هو الاستهلاك الشخصي لسلعة أو خدمة، إذ أن السبب الشخصي هو الأقرب إلى تكييف العقد من السبب الموضوعي لان سبب

1-عن تري شهيناز، مرجع سابق ، ص85

2-مرسوم تنفيذي 90/39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش السالف الذكر .

3-قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر .

الالتزام هو نفسه في كل العقود بينما سبب العقد يختلف من عقد لآخر ، إذ يتوقف تكييف العقد على دافع المتعاقدين إلى إبرام العقد¹ .

بينما يرى Maury أنه يجب الرجوع إلى السبب الموضوعي لتكييف العقد و يستند في ذلك إلى التمييز بين عقد الغرر و عقد المساومة ، حيث إذا كان السبب في عقد الغرر هو حظ الرياح أو الخسارة ، فإن السبب في عقد المساومة هو الالتزام المقابل² ، غير أن هذه النظرية تعرضت للنقد من قبل جانب من الفقه ، لأن سبب الالتزام هو سبب قريب مباشر قصدي ، بينما السبب في عقد الاستهلاك هو غير مباشر و دافع إلى التعاقد يتمثل في الشراء لأغراض شخصية غير مهنية³ .

و جاء L- Boyer بطرح جديد ، و يرى أن السبب هي العناصر الموضوعية التي تنشأ الالتزام ، بحيث غيابها يجعل تحقيق الهدف التعاقدي مستحيل ، و يقدم مثال عن ذلك في عقد الصلح ، إذ غياب واقعة متنازع فيها تجعل عقد الصلح بدون موضوع⁴ .

و تعرضت نظرية L- Boyer إلى النقد على أساس أن عقد الاستهلاك يستند إلى عناصر شخصية في قيام السبب و هي تلبية حاجات شخصية و لا يستند عناصر موضوعية⁵ .

و في رأينا تبقى نظرية الباعث الدافع إلى التعاقد الأقرب إلى تكييف عقد الاستهلاك ، لأن الباعث يتغير من عقد إلى آخر ، بحيث يكون الغرض من إبرام عقد الاستهلاك تلبية حاجات شخصية للمستهلك ، بينما يكون سبب الالتزام هو نفسه في كل العقود .

1-RAYMOND , Commentaire de la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 , Renforçant la protection des consommateurs dans les contrats consommation , 1992 , P56.

2-MAURY , Observations sur la jurisprudences tant que source du droit , DALLOZ , 1950 , P55

3-RZEPECKI (N) , Op-cit , P 363

4-BOYER (L) , La notion de transaction , Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif , Thèse Toulouse , 1947 , P 10 .

5-RZEPECKI (N) , Op-cit , P 363

2-التحديد القانوني للتوازن الظاهر

يتدخل القانون في تحديد مضمون العقد من خلال قواعد أمرة و مكملة التي تضمن التوازن في بنود العقد (أ) و منع الشروط التعسفية (ب) .

أ-البنود المتوازنة

تتمثل البنود المتوازنة في قواعد أمرة و مكملة¹ .

-القاعدة الآمرة

يلتزم المدين بدفع الثمن الذي يمثل المقابل المالي للسلعة، كما يلتزم اتجاه الدائن بناء على الوضع الظاهر، مما يضيف القانون حماية تشريعية على المركز القانوني للمستهلك، في تقدير الثمن، و كذا في التزامه اتجاه الدائن الظاهر².

المبدأ العام أن الأسعار تحدد وفقا لقانون العرض و الطلب، لكن استثناء يقوم القانون بتحديد ثمن السلع الإستراتيجية .

نصت المادة 3 من قانون 05-10 المؤرخ في 15 غشت 2010 الذي عدل المادة 4 من الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/7/19 المتعلق بالمنافسة³ على أن تحدد بصفة حرة أسعار السلع و الخدمات اعتماد على قواعد المنافسة الحرة و النزاهة⁴.

هذا المبدأ وضع أساسا لمسايرة الوضع الجديد نسبيا المتمثل في ذلك التوجه الذي شرعت الجزائر في تبنيه بعد 1989 ، و القائم في الأساس على الحرية الاقتصادية، غير أنه استثناء من

¹ - J. CALAIS-AULOY et TEMPLE (H) , *Droit de la consommation*, 8e éd., Dalloz, coll. Précis droit privé, 2010 , P45

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظام العام العقدي ، تأصيل قواعد القانون المدني في الفقه والقضاء المصري و الفرنسي ، مصر ، 2013 ، ص 155 .

³ - أمر 03-03 يتعلق بالمنافسة ، ج ر عدد 43 مؤرخة في 20 يوليو 2003

⁴ -قانون 05-10 المؤرخ في 15 غشت 201 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 4، مؤرخة في 18 غشت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 03 - 03 و المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003

المبدأ العام يتدخل القانون لتحديد أسعار السلع ذات الطابع الاستراتيجي أو تتدخل الدولة في حالات استثنائية أخرى¹.

و رغم التأكيد على المبدأ العام القاضي بحرية الأعوان الاقتصادية في تحديد أسعار السلع والخدمات وفقا لقواعد اللعبة التي تحكم المنافسة في ظل الاقتصاد الحر²، إلا أنه يمكن للدولة في بعض الحالات الاستثنائية أن تتدخل و تفرض قيود على حرية العون الاقتصادي بتحديد الأسعار و فرضها بالنسبة لبعض السلع ذات الطابع الاستراتيجي، حيث تنص المادة 5 من الأمر 03-03 على ما يلي: «يمكن تقنين أسعار السلع و الخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي، بموجب مرسوم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة».

كما نصت المادة 4 قانون 05-10 المؤرخ في 15 غشت 2010 المتعلق بالمنافسة التي عدل المادة 5 من أمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه: «تطبيقا لأحكام المادة 4 أعلاه يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم»³.

معنى ذلك أن الدولة يمكنها وضع إجراءات استثنائية للحد من مشكلة ارتفاع الأسعار أو لتحديدها في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطراب خطير للسوق (أزمة) أو كارثة أو صعوبات في التموين في بعض المناطق و حالة الاحتكار الطبيعي⁴، و ذلك بموجب مرسوم لمدة ستة 6 أشهر بعد أخذ رأي مجلس المنافسة، و نشير في هذا الصدد أن هذه الاستثناءات لم ترد على سبيل الحصر و إنما هي على سبيل المثال⁵.

¹ - أرزيل الكاهنة ، مرجع سابق ، ص126

² - أرزيل الكاهنة ، مرجع نفسه ، ص126

³ - عدلت بالمادة 4 من قانون رقم 08 - 12 مؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429 الموافق 25 يونيو 2008 ج ر عدد 36 مؤرخة في 2 يوليو 2008، و المادة 4 من قانون 05-10 المؤرخ في 15 غشت 2010 المتعلق بالمنافسة السالف الذكر

⁴ - شريف كتو ، مرجع سابق ، ص41

⁵ - كسال سامية ، مرجع سابق ، ص 62 .

و نظم المشرع الجزائري بعض العقود بتشريعات و تنظيمات خاصة ، ففي مجال البيع على التصاميم¹ ، واجه المقتني في المجال العقاري مشاكل دائمة بسبب سيطرة المرقين العقاريين على سوق العقار و قدرتهم على فرض شروط تعسفية أخلت بالتوازن في العلاقة العقدية بينهم و المقتنين، ما تدخلت الدولة لضبط و تنظيم قواعد النشاط العقاري بما يضمن تحقيق التوازن العقدي فصدر قانون 04-11 المحدد لقواعد الترقية العقارية ، و كرس المشرع ضمانات قصد حماية المقتني في مواجهة المرقى العقاري و ذلك في سبيل تحقيق التزام المرقى العقاري بتسليم البناية².

إذ أنه طبقا للمادة 12 قانون 04-11 يشترط في المبادرين بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار أن يكونوا من المحترفين الذين يملكون مهارات في هذا المجال و القدرات المالية الكافية، وتلزم المادة 55 من هذا القانون المرقى العقاري الانتساب لصندوق الضمان و الكفالة الذي يمكن المقتنين من استرجاع ما دفعوه من دفعات الثمن، و يعاقب القانون بالحبس و الغرامة كل امتناع من الانتساب للصندوق³.

ويوسع قانون 04-11 السالف الذكر نطاق المسؤولية عن الضمان العشري من حيث الأشخاص⁴، إذا أن المادة 46 منه تجعل كل من مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بالمرقى العقاري في إطار تنفيذ مشروعه على التصاميم مسئولون بالتضامن مع المرقى العقاري⁵.

وتطبيقا لهذا القانون صدر المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري و الزام المرقى القاري بالاككتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة⁶.

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظام العام العقدي ، مرجع سابق، ص156

2- كتو لامية ، عقد البيع على التصاميم في إطار القانون 11-04 المحدد لقواعد الترقية العقارية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 ، ص 50.

3- كتو لامية ، مرجع سابق ، ص 51

4- قانون 04-11 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، ج ر عدد 14 مؤرخة في 6 مارس 2011

5 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظام العام العقدي ، مرجع سابق ، ص156.

6- المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، ج ر عدد 12 مؤرخة في 26 فبراير 2012.

و من المعروف أن عقد التأمين من العقود التي تنفرد شركات التأمين بإعدادها و طباعتها، بينما ينحصر دور المؤمن على قبول التعاقد و التوقيع على النماذج و العقود التي يقدمها المؤمن¹.

و لقد سعى المشرع الجزائري و على غرار نظيره المصري و الفرنسي إلى التدخل لتبنيه المؤمن له إلى بعض شروط وثيقة التأمين حتى يتعاقد و هو على بينة من أمره² ، و ذلك من خلال وسائل عديدة كاشتراط الكتابة و ألوان مختلفة كذلك ألزم المشرع المؤمن بإدراج شروط و استبعاد البعض منها بهدف مقاومة الشروط التعسفية و تعريف المؤمن له بمدى حقوقه و التزاماته المترتبة على العقد ، لذلك فقد نصت المادة 622 قانون مدني جزائري المقابلة للمادة 750 قانون مدني مصري «يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية³ :

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمديه.
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذ تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر و كان متعلق بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

¹ - أحمد شو قي محمد عبد الرحمن ، النظام العام العقدي ، مرجع سابق ، ص 156 .

² - أحمد شو قي محمد عبد الرحمن، مرجع نفسه ، ص 156 .

³ - قانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم السالف الذكر .

- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه» .
- و قد حددت المادة 12 قانون التأمين 95-07 المعدل و المتمم بقانون 04-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 مضمون محل التزام المؤمن في تأمين الأضرار كما يلي¹:
- الخسائر و الأضرار الناتجة عن الحالات الطارئة.
- الخسائر و الأضرار التي يتسبب فيها أشخاص.
- يكون المؤمن له مسؤولاً مدنيا عنها.
- الخسائر و الأضرار الناتجة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له.
- الخسائر و الأضرار التي تسببها الأشياء أو الحيوانات التي يكون المؤمن مسؤولاً عنها، و هذه الأخيرة تحيلنا إلى المواد من 138 إلى 140 من القانون المدني الجزائري.
- القواعد المكملّة

أفرز تطور الحياة الاقتصادية في القرن التاسع عشر نوع جديد من المعاملات ، لم تكن معروفة في قواعد القانون²، حيث يخضع فيها الطرف المذعن إلى بنود وضعها الطرف القوي بإرادته المنفردة دون مناقشة مسبقة³، و لا يمكن للطرف المذعن سوى قبول أو رفض البنود التعاقدية، و إذا كان الدور التقليدي للقاعدة المكملّة هو تكملة إرادة المتعاقدين ، فان إرادة الطرف المذعن غير حرة في تحديد مضمون العقد و على هذا الأساس يثور السؤال هل تحتفظ القاعدة المكملّة بدورها التقليدي الغير ملزم في عقود الإذعان⁴ .

في بداية القرن العشرين ، ذهب بعض الفقهاء و من أبرزهم سالي ، جيني ، جونو إلى ضرورة إعادة صياغة مفهوم القاعدة المكملّة ، و اكتساء الطبيعة الملزمة ، و ذلك إعمالاً لفلسفة القانون الجديد التي تقوم بتقديس قواعد المنفعة و العدالة على الإرادة . إذ يجب أن لا ينحصر دورها في تكملة إرادة المتعاقدين مادام أن إرادة الطرف الضعيف غير حرة في تحديد مضمون العقد ، و

¹ - قانون 04-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006 ج ر عدد 15 يعدل و يتمم القانون رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1996 المتعلق بالتأمينات .

² - J. CALAIS-AULOY et TEMPLE (H) , *Droit de la consommation*, Op-cit, P45

³ - *Idem*, P45

⁴ - PLEIGN-ZIKA (C-M) , Op-cit , P 241

يجب أن يمتد أثرها إلى تقييد إرادة المحترف في تحديد مضمون العقد ، من خلال ارساء مفهوم وظيفي للقاعدة المكملّة *règle dispositive* و تصبح بذلك قاعدة ملزمة لا يمكن مخالفتها¹ .

و يرى جيني أن متطلبات المنفعة و العدل التي تقوم عليها القاعدة القانونية تجعل القاعدة المكملّة لا ينحصر دورها في تفسير إرادة المتعاقدين، و إنما يمتد إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين وفقاً للأهداف الاجتماعية² .

و يرى سالي أن القاعدة المكملّة من خلال هذا المفهوم الجديد "*règle dispositive*" ليست إلا صورة للقاعدة المكملّة، غير أنه لا يمكن مخالفتها إلا ببيان أسباب ومقولة وواهيّة³ .

و جاء جونو بطرح جديد في تقسيم التزامات المتعاقدين في عقود الإذعان ، حيث يرى أنه يتضمن عقد الإذعان نوعين من الالتزامات التزامات جوهرية تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يتفق المتعاقدين عليها ، و التزامات ثانوية تابعة للالتزامات الجوهرية يقوم المتعاقد المحترف بتحديدّها بإرادته المنفردة . و على هذا الأساس يرى ضرورة إعادة صياغة مفهوم القاعدة المكملّة إذ لا تقتصر في تكملة إرادة المتعاقدين و إنما تمتد إلى تحديد الالتزامات الثانوية في العقد ، و ذلك على أساس قواعد العدالة و المنفعة ، لأن هذه الأخيرة ناجمة عن الإرادة المنفردة للمحترف ، و بالنتيجة يكون دور العقود المسماة ليس في تفسير إرادة المتعاقدين ، و إنما يمتد إلى تجسد العدالة وفقاً للأهداف الموضوعية المألوفة⁴ .

و تبني batiffol النظرية الألمانية⁵ (des norme semi –impérative) ، و يرى أن القاعدة المكملّة يمكن للمتعاقدان الاتفاق على مخالفتها في عقود المساومة ، بينما يختلف الأمر في

1-SALEILLES (R), *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, art. 116-144, Pichon, Paris, 1901 , P45

2-GENY (F) , *Science et technique en droit privée , positif , tome 3 , Élaboration technique du droit positif*, Sirey , 1921,P21 : (évaluant en bon sens les intérêts enjeu et mesurée sur l'opinion commun de publique en générale .)

3- SALEILLES (R), *De la déclaration de volonté*, Op-cit ,P45

4 -GOUNO (E), Op-cit , P 97 : (but objectif normale de ces diverses opérations) .

5- حسن عبد الباسط جمعي ، مرجع سابق ، ص220

عقود الإذعان ، حيث تنقلب الى قاعدة ملزمة لأن الإرادات الحقيقية لا تتطابق و لا تتوافق ما دامت إرادة الطرف المذعن غير حرة في تحديد مضمون العقد¹.

و هذا ما جاء به Robert daint Remy في رسالة الدكتوراة المؤرخة في سنة 1971 المعنونة "مراجعة الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان " فقد جاء فيها أن عقود الإذعان ليست إلا مثالا مستمرا على غياب تطابق الإرادات بشأن العقد²، فالإرادات الحقيقية لا تتوافق و لا تتطابق حينما يتعلق الأمر بعقود الإذعان، و حتى ما إذا كان هناك تطابق و توافق بين إرادات المتعاقدين بصدد عقود الإذعان⁴ ، فانه لا تتعلق إلا بموضوع واحد ألا و هو انعقاد العقد ذاته أما عن الشروط الواردة بالعقد فان الإرادات لا تتوافق و لا تتطابق بشأنها لأننا بصدد إرادة واحدة و هي إرادة مقدم السلعة أو الخدمة. و على هذا الأساس تبنى القضاء الفرنسي معيار الشرط غير مغالي فيه أو بمعنى آخر مقبول لنفاذ الشروط الواردة في مواجهة الطرف الأقل خبرة⁵.

و في رأينا إذا كانت الشروط التعسفية تنصب على التزامات ثانوية فإنها تشكل هذه الالتزامات مستلزمات العقد ، و تتدخل القواعد المكملة لتكملة العقد في حالة وجود شروط تعسفية طبقا لنص المادة 107 تقنين مدني التي تنص : (و لا يقتصر العقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة ، بحسب طبيعة الالتزام) .

1-CALAIS-AULOY (J) et TEMPLE (H) , *Droit de la consommation*, Op-cit, P45 : (Par ces règles supplétives les législations cherche à établir un équilibre)-

2-Article 35 de la loi de 10 janvier 1978 qui organisent la lutte contre les clauses abusives : (Sont abusives les clauses qui apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif).

3-حسن عبد الباسط جمعي ، مرجع سابق ، ص220

4-بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 26 .

5-Article 1/1 de la loi de 95/96 de 26juillet 1996 , JORF n°28 : (Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.) .

ب- منع الشرط التعسفي

ذهب المشرع الفرنسي في المادة 35 قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام و حماية المستهلك للسلع و الخدمات إلى وضع تعريف للتعسف من خلال ما يحصل عليه المحترف من نتيجة¹ ، بحيث لا يعتبر الشرط تعسفيا إلا إذا منح هذا الأخير ميزة فاحشة ، و لم يحدد المشرع الفرنسي رقما معيناً تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سبباً لإبطال بعض العقود إذا بلغ حداً معيناً . و على ذلك فإن هذا المعيار لا يصلح وحده لاعتبار الشرط تعسفياً، نظراً لعدم وضوحه و عدم تحديده برقم معين².

لكن بعد إصدار المشرع الفرنسي قانون 95-96 بتاريخ 1 فيفري 1995 المعدل للقانون 26 جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك استجابة للتوجيه الأوروبي المؤرخ في 5 افريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية ، و القاضي بوجوب تعديل قوانين الدول الأوروبية الأعضاء لتتسجم معه في مادة الشروط التعسفية ، أصبح تعريف الشروط التعسفية منصوص عليه بموجب المادة 1/1 من قانون 95-96 بأنها : (تلك التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق على حساب غير المحترف أو المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات أطراف العقد)³

و خلافاً لنظيره الفرنسي ذهب المشرع الألماني إلى أبعد من ذلك⁴، ففي مجال الحماية من الشروط التعسفية أصدر بتاريخ 9 ديسمبر 1976 القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود ، و الذي بدأ العمل به في 1 افريل 1977 ، و قد تبنى النظام التشريعي وضع قائمة بالشروط الباطلة كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط استناداً الى مبدأ حسن النية بموجب المادة 9 من القانون المذكور⁵ .

1- CALAIS-AULOY (J) et TEMPLE (H) , Droit de la consommation, Op-cit , P45

2-Idem,P22 .

3-Ibidem , P 45 .

4-حسن عبد الباسط جمعي ، مرجع سابق ، ص220

5-بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 26 .

و هذا المشرع الجزائري حذو الأنظمة الجرمانية ، فأعطى تعريف عام للشرط التعسفي في المادة 3 من الفقرة الخامسة من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية بأنه : (كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد)¹ .

و يستفاد من المادة السابقة أنه لا تقتصر الحماية القانونية من الشروط التعسفية على المستهلك وحده و إنما تمتد و تشمل العون الاقتصادي.

الفرع الثاني

آليات الحماية القانونية من الشروط التعسفية

يضمن المشرع حماية فعالة من الشروط التعسفية من خلال تعدد مصادر الحماية القانونية ومنتطرق إليها من خلال الحماية التشريعية (الفرع الأول) و التنظيمية (الفرع الثاني) و القضائية (الفرع الثالث) .

أولا :الحماية التشريعية

تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوروبية التي سارعت إلى إصدار قانون في هذا المجال، حيث أصدرت بتاريخ 9 ديسمبر 1976 القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، و التي بدأ العمل به في أبريل 1977 و قد تبنى فيه المشرع الألماني النظام التشريعي، حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة. كما اعترف في نفس الوقت بسلطة القضاء في تقدير بعض هذه الشروط و من ثم الحكم ببطانها. و قسم المشرع الألماني الشروط التعسفية إلى قسمين على أساس مدى قابليتها للتقويم أم لا² .

و تضمن القانون الألماني قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى تدعى القائمة السوداء الواردة في نص المادة 10 من قانون الاستهلاك الألماني تتعلق على وجه الخصوص بإطالة أجل التسليم

1-قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر .

2-بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 26 .

أو تنفيذ التزام المحترف ، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه¹ ، و حقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله أخذاً في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك² .

أما القائمة الرمادية و التي أجاز للقضاء السلطة التقديرية في استبعاده إذا كانت تتسجم مع معايير التعسف، و نصت عليها المادة 11 من هذا القانون و تشمل عشرة أصناف من الشروط التعسفية الباطلة ، و تتعلق على وجه الخصوص³ : بحق المحترف في رفع الأسعار المنتجات والخدمات ، التي لم تسلم أو يوفى ثمنها في خلال مدة أربعة أشهر ، و باستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة ، أو في حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس و غيرها من الشروط التعسفية المذكورة في نص المادة 11 .

و لم يسلك المشرع الفرنسي مسلك المشرع الألماني اليسير، الذي وضع قائمتين للشروط التعسفية الباطلة و إنما اختار نظاماً أكثر تعقيداً يتميز بتعدد مصادر قوائم الشروط التعسفية و باختلاف الالتزام القانوني لكل مصدر من هذه المصادر، حيث يعد التشريع المصدر الثاني بعد التنظيم⁴ .

حيث صدر أول قانون الاستهلاك في 10 جانفي 1978 قام بتعريف الشرط التعسفي في المادة 35 على أنه : (التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من خلال فرض على غير المحترف أو المستهلك بند يخول للمتعاقد معه ميزة مفرطة)⁵ ، غير أنه لم يحدد هذا القانون الشروط التعسفية ، مما اختلف الفقه و القضاء في تحديد مفهوم الميزة المفرطة و التعسف في استعمال القوة

1-CALAIS-AULOY (J) et TEMPLE (H) , *Droit de la consommation*, Op-cit , P45.

2- Idem, P78 .

3-Ibidem, P4.

4-Article 35 de la loi de 10 janvier 1978 qui organisent la lutte contre les clauses abusives : (Sont abusives les clauses qui apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excecif.) .

5-CALAIS-AULOY (J), *Les clause abusives dans les contrats types en France et en Europe* , Les clause abusives en droit Français , Op-cit , P 117.

الاقتصادية، و هذا ما أدى بالمشروع الفرنسي في عام 1995 إلى إضافة ملحقا بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية و غير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية ، إذا توافرت فيها عناصر الشرط التعسفي . و هي قائمة مستوحاة من التعليمات الأوربية لعام 1993. و قد جاءت شاحبة على حد تعبير الأستاذ Calais -auloy¹، إذ من جهة تفتقر للقوة الإلزامية التي تتميز بها المراسيم ، و من جهة أخرى تحمل المدعي عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا لنص المادة 1-132 من قانون الاستهلاك، و يضم الملحق سبعة عشرة نوعا من الشروط التعسفية و تتعلق على الخصوص²:

-استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بإضرار جسمانية ، نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه .

-استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف .

-التزام المستهلك بشكل نهائي ، و تعليق تنفيذ المحترف لالتزامه على محض إرادته

و أخيرا أصدر المشروع الفرنسي قانون 28 جانفي 2005 المسمى قانون la loi chatel نسبة الى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلف قبل عامين بمهمة برلمانية تتعلق بإعلام ، و تمثيل و حماية المستهلكين³ .

و سلك المشروع الجزائري مسلك المشروع الفرنسي من خلال تحديد قائمة الشروط التعسفية في المادة 29 قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، و الإحالة إلى التنظيم في تحديد الشروط التعسفية كمصدر من مصادر الشروط التعسفية⁴ و هذا ما نصت عليه نص المادة 30 قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية : (بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد

1-CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F) , Droit de la consommation , 5ème édition , DALLOZ , 2000 , P 171 .

2-بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 27

3-SAURI (F) , La protection juridique de consommateur contre les clauses abusives a travers la loi 04-02 du 23/6/2004 et le décret exécutif 06/306 du 10/09/2006 , RSJ , N°12 , 2008 , Université Annaba , P 217 .

4-بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 27 .

العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم ، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التعسفية) .

و تضمنت المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على ثمانية شروط تعسفية، و التي تتمثل في¹ :

- أخذ حقوق و / أو امتيازات لا تقابلها حقوق و / أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك .
- فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- امتلاك حق تعديل العقد الأساسية أو مميزات المنتج أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد، أو التفرد في اتخاذ قرارات البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفس بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا اخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير أجال تسليم منتج أو أجال تنفيذ خدمة .
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية ، لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية معينة².

ثانيا :الحماية التنظيمية

نظم المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الحماية التنظيمية من الشروط التعسفية من خلال تحديد قائمة الشروط التعسفية بموجب مرسوم (1) و إنشاء لجنة الشروط التعسفية³ (2).

1-قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر .

2-عنتري شهيناز ، مرجع سابق ، ص 52 .

3-مرسوم تنفيذي 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية السالف الذكر .

1- منع الشروط التعسفية بموجب مرسوم

تشير المادة 30 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية إلى التنظيم كمصدر لتحديد الشروط التعسفية ، حيث نصت على أن: (بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية)¹.

علاوة على القانون 04-02 تعرض المشرع الجزائري إلى الشروط التعسفية في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي نص في المادة 5 منه: " تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم خلالها العون الاقتصادي... " العبارة المستعملة " تعتبر " تبين بوضوح أن الشروط المذكورة في إطار هذه المادة هي من الشروط التعسفية بقوة القانون وتضمنت 12 شرطا نذكر منها:

-تقليص العناصر الأساسية للعقود و التي سبق و أن عرضتها أنفا.

-الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.

-عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد ، إلا بمقابل دفع تعويض)².

2-لجنة البنود التعسفية

هي لجنة مستحدثة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية. و هي لجنة ذات طابع استشاري تابعة مباشرة لوزارة التجارة³ ، تتكون من ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، و ممثل عن وزير العدل و عضو مجلس المنافسة، زائد عضوين عن الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة و عضوين عن جمعيات المستهلكين ذات الطابع الوطني⁴.

1- قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر .

2-عنثري شهيناز، مرجع سابق ، ص 55 .

3-بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 50

4-أرزيل كهينة، مرجع سابق ، ص 140

و أوكلت للجنة البنود التعسفية مهمة البحث في كل العقود التي يحررها الأعوان الاقتصاديين مع المستهلكين على البنود ذات الطابع التعسفي، و إذا لاحظت وجود مخالفات تصدر توصيات ترفع إلى وزير التجارة. أيضا من مهامها إمكانية لجوءها إلى القيام بدراسات و خبرة تتعلق بكيفية تطبيق تلك العقود¹.

ثالثا-الحماية القضائية

تقوم الحماية القضائية من الشروط التعسفية على نظام قضائي خاص مستقل عن القواعد العامة، سواء من حيث دعوى مكافحة الشروط التعسفية (1)، أو من حيث السلطة التقديرية للقاضي (2).

1-من حيث الشكل

تفرض متطلبات الحماية القانونية للمستهلك الخروج عن بعض القواعد التقليدية و السماح لجمعيات حماية المستهلك رفع دعوى ضد الشروط التعسفية (أ)، و التخفيف عن المستهلك من عبء إثبات الشرط التعسفي (ب)².

أ-الصفة الغير مباشرة لرفع الدعوى

تسمى هذه الدعوى بدعوى حذف الشروط التعسفية، ابتدعت من أجل سد نقائص الأسلوب العلاجي، و من أجل جعل نظام الحماية أكثر نجاعة³، تقوم بمباشرة الدعوى الجمعيات المتخصصة لتمثيل جماعة المستهلكين ضد كل عون اقتصادي يكون قد ضمن عقودها شروطا تحمل طابعا تعسفيا، و عموما تباشرها جمعيات حماية المستهلك⁴.

1- أرزيل كهينة، مرجع سابق، ص 143.

2-SAHRI (F), Op-cit , P 217.

3-GAUDEMET (S) , Op-cit , P85 .

4 -AULOY (J-C) TEMPLE (H) , Op-cit , P672 .

تجد هذه الدعوى أساسها ضمن المادة 65 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية التي تنص بإمكان جمعيات حماية المستهلك رفع دعاوي في حالة مخالفة أحكام هذا القانون، و هكذا يعد إدراج الشروط التعسفية مخالف لأحكام قانون الممارسات التجارية ، و بالتالي فيحق لجمعيات حماية المستهلك رفع دعوى بما أن النص جاء عاما ، و تتمثل هذه الدعوى في المطالبة بإلغاء الشروط التعسفية¹.

بالنسبة لنطاق مباشرة هذه الدعوى، فإنها لا تهدف إلى إبطال شروط وردت في عقود قد سبق إبرامها، و إنما غايتها وقائي تهدف إلى حذف للشروط الواردة في وثائق تكون أساسا لعقود ستبرم مستقبلا مع المستهلكين².

ب- إثبات الشرط التعسفي

رأينا سابقا أن المشرع الفرنسي نص في المادة 1-132 L- من قانون الاستهلاك على أن القائمة المدرجة للشروط التعسفية هي على سبيل البيان و الذكر لا الحصر، و يمكن النظر إليها باعتبارها تعسفية بمعايير الشرط التعسفي، كما أردفت نفس المادة على أنه في حالة النزاع حول عقد يتضمن شرط من الشروط السابقة، فإن المدعي لا يعفى من عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط³.

مما جعل قائمة الشروط التعسفية تقف على نقيض القائمة السوداء المعروفة في القانون الألماني كما تضمن العقد لشروط من تلك الشروط لا يمكن اعتباره حتى بمثابة قرينة على الطابع التعسفي للشرط المذكور في القائمة⁴.

1-تنص المادة 65 قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية السالف الذكر : (دون المساس بالمادة 2 قانون الاجراءات

الجزائية يمكن جمعيات حماية المستهلك ،والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون ،وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعاوي أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون .

كما يمكن التأسيس كطرف مدني في الدعاوي للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم .)

2-عن تري بوزار شهيناز، مرجع سابق، ص 67 .

3-AULOY (J-C), Les clause abusives dans les contrats types en France et en europe , Acte de la table ronde du 12 décembre 1990, les clause abusives en droit français , LGDJ ,1990 , P 117 .

4 -SAHRI (F) ,Op-cit , P 217 .

أما في القانون الجزائري فتسمح القائمة المدرجة في المادة 29 بالقول بأن هناك افتراض للطابع التعسفي للشروط الثمانية، و بالنتيجة فإن المتعاقد المضرور يعفى من إثبات الطابع التعسفي للشروط إذا كان من قبيل الشروط المحددة في المادة 29¹.

أما إذا تعلق بشروط أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في المادة السابقة ، فإن المتعاقد المضرور يقع عليه عبء إثبات الطابع التعسفي للشروط وفقا للقواعد الثبوتية البينة على من ادعى².

2-من حيث الموضوع

كرس القانون السلطة التقديرية للقاضي بموجب نصوص خاصة (أ)، تشكل السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الشرط التعسفي أهمية كبيرة سواء في تقدير وجود الشرط التعسفي (ب)، أو جزاءه (ج)³.

أ-تكريس السلطة التقديرية للقاضي

اقتصر بموجب المرسوم المؤرخ في 24 مارس 1978 دور القضاء على إبطال المراسيم التي صدرت تنفيذا للقانون السابق، علما أن هذه الأخيرة ربطت إبطال الشروط التعسفية بوجود مراسيم⁴.

كما تواترت النصوص التشريعية بعد ذلك، و لم يسهم في القضاء على النظام الموروث عن قانون 1978 ، بدءا بقانون 18 جانفي 1992 الذي ساهم في تقوية حماية المستهلكين و مروراً بقانون 26 جويلية 1993 الذي تقنن بموجبه قانون الاستهلاك . و لم تبادر هذه القوانين كلها إلى منح القاضي صراحة سلطة إبطال الشروط التعسفية غير المذكورة في المرسوم⁵.

1-عنتري بوزار شهيناز ، مرجع سابق ، ص 68

2-بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص100 .

3-بودالي محمد، مرجع نفسه ، ص41

4-بودالي محمد ، مرجع نفسه ، ص41

5-AULOY (J-C) ,Les clause abusives dans les contrats types en France et en Europe , Acte de la table ronde du 12 décembre 1990,les clause abusives en droit français ,Op-cit , P118

و أمام غياب النصوص القانونية التي تخول القاضي سلطة تقديرية في معالجة الشرط التعسفي، اتجهت محكمة النقض الفرنسية - في اجتهاد نوعي لها - استنادا إلى نص المادة 132-1 من قانون الاستهلاك إلى اعتبار الشرط التعسفي و كأنه غير مكتوب على أساس الوضعية الاقتصادية للمحترف التي تخول له أن يفرض على عميله ميزة مفرطة¹.

و أخيرا ذهبت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير المؤرخ في 26 ماي 1993، إلى أنه يجوز للقاضي و استنادا إلى نص المادة 132-1 من قانون الاستهلاك و في غياب مرسوم أن يبسط رقابته بشكل او غير مباشر على الشروط التعسفية، و ذلك باستبعاد تطبيقها².

و في هذا الإطار لم ينص المشرع الجزائري صراحة على السلطة التقديرية للقاضي، إلا أننا يمكننا استلزام هذه الإرادة من عبارة استعملها المشرع في نص المادة 29 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية في الفقرة الأولى بالقول: " تعتبر بنود و شروط تعسفية..... لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير....." و هذا دليل أن قائمة الشروط التعسفية واردة على سبيل المثال لا الحصر، لأن المشرع فسخ المجال للقاضي للاجتهاد غير أنه يثور السؤال ما هي المعايير التي يستند إليها القاضي في تقدير الشرط التعسفي؟³.

و وفقا لنص المادة 5/2 من قانون 02-04 فإن معيار الشرط التعسفي يتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات طرفي العقد déséquilibre significatif⁴.

و قد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي من قانون الاستهلاك الفرنسي، و الذي نقله بدوره عن التعلية الأوروبية لسنة 1993. علما أن القانون الفرنسي لسنة 1978 قبل تبنيه للمعيار السابق كان يتبنى معيارين هما: معيار التعسف في

1-GAUDEMET (S), Op-cit, P95.

2-AULOY (J-C), Les clause abusives dans les contrats types en France et en europe, les clause abusives en droit français, Op-cit, P118.

3-عنصري بوزار شهيناز، مرجع سابق، ص 67.

4-GAUDEMET (S), Op-cit, p75

القوة الاقتصادية L'abus de puissance économique، و معيار الميزة المفرطة L'avantage excessif¹ .

ب-تقدير وجود الشرط التعسفي

تتمثل عناصر تقدير الشرط التعسفي في عناصر نص عليها القانون المدني -العدالة-، و عناصر نص عليها قانون حماية المستهلك² .

-في القانون المدني -العدالة-

تنص المادة 110 مدني جزائري - على العدالة كمعيار يتم على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها³، و يرى جانب من الفقه أنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم ، و يبعدهم عن التعسف ، و هذا الإحساس الطبيعي هو الذي يحرك القاضي في تعديله للشرط أو إعفاء المذعن منه . و يضيف هذا الجانب من الفقه أن " العدالة هي قاعدة من قواعد القانون الطبيعي، و أساس القيم الأخلاقية الصحيحة، إذ أن العدالة تهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن بينهم، كما أنها يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله ، سواء في التفاوض، أو عند إبرام العقد او تنفيذه فتخفف بذلك من جمود القانون أو تتلاقى ما به من ثغرات "4 .

و طبقا لنص المادة 110 تقنين مدني، العدالة معيار يعتد به القاضي في تقدير الشرط التعسفي اذن يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا و لا معقب لمحكمة النقض على تقديره ، لأن ذلك من مسائل الواقع⁵ ، فإذا تبين له شرطا أنه تعسفيا، كان له أن يعدله اذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف و إلا فيكون له أن يلغيه، و هو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى

1-بودالي محمد ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 94 .

2-GAUDEMET (S) , Op-cit , p75

3-PONCEAU (R) , Op-cit , P15

4-سي الطيب محمد امين ، مرجع سابق ، ص 45 .

5-سي الطيب محمد امين، مرجع نفسه ، ص 45 .

و في هذه الحالة يقتضي التناسب النظر الى العقد باعتباره كلا لا يتجزأ أو كيانا واحد يتضمن العديد من الشروط ، و أنه يجب النظر الى الالتزامات المتقابلة في مجموعها من أجل اعتبار الشرط التعسفي و التأكد من عدم وجود التوازن العقدي¹ .

و التناسب مصطلح أوسع من التقابل و يشمل، حيث أن التناسب يشمل معيار التعادل و التبادل و يشمل كذلك المساواة ، و هذا ما ذهب إليه GHESTIN أن التناسب هو " أحد أبعاد المساواة"² و انتهاك المساواة يقع عندما يغيب المعقول و التناسب بين الحقوق و الالتزامات بين المتعاقدين³ .

– في قانون حماية المستهلك

تتمثل هذه المعايير في معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات طرفي العقد ، معيار الميزة المفرطة .

يجب الاعتراف – مع البعض – أن معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، اتسم بالغموض و عدم الدقة ذلك أن المحترف يستخدم قوة اقتصادية من أجل الحصول على الميزة المفرطة. غير أن القوة الاقتصادية ليست صفة ملازمة للمشروعات الكبرى و القوية اقتصاديا . فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة ما دام بإمكان تاجر صغير أن يتمتع باحتكار محلي يماثل مشروعا وطنيا⁴ .

و أمام هذا الغموض حاول الفقه البحث عن المقومات و العناصر التي تكشف عن القوة الاقتصادية للمحترف⁵ . فذهب رأي أول إلى أن المؤشر على السلطة أو القوة الاقتصادية للمحترف

1-LASBORDES (V) , Op-cit , P318 .

2- Ghestin (J), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Op-cit, P352 .

3-زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص 220 .

4-بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 93 .

5-AULOY (J-C) , Les clause abusives dans les contrats types en France et en Europe , les clause abusives en droit français ,Op-cit , P118

يتجلى منذ اللحظة التي يماثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم، و هو كاف لاعتبار هذا الشرط باطلا¹.

وذهب رأي ثان إلى أن التعسف يتأتى من الوضع المسيطر، و الذي ينجر بدوره عن حصول المحترف على شروط ملائمة له بصورة مبالغ فيها، لأن التعسف في استخدام السلطة الاقتصادية في نطاق المنافسة يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة².

و ذهب رأي ثالث إلى التشكيك في جدوى هذا المعيار، على أساس أن السيطرة الفنية و التقنية هي التي تسمح للمحترف من فرض الشروط التعسفية على المستهلك³. انتهى هذا الرأي إلى عدم جدوى معيار القوة الاقتصادية، أخذ على المشرع الفرنسي اختيار هذا المعيار.

لم يأخذ المشرع الجزائري بهذا المعيار و اكتفى نص المادة 5/3 من قانون الممارسات التجارية بمعيار الإخلال بالتوازن الظاهر، اذ تنص المادة 5/3: (يقصد بهذا المفهوم ما يأتي:

-الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا، مع بند آخر أو مع بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالتوازن الظاهر في حقوق و التزامات المتعاقدين)، و أحسن المشرع الجزائري عندما لم يتبنى هذا المعيار ذلك أن المشرع الجزائري و على خلاف المشرع الفرنسي لا يعتد بالشرط التعسفي إلا في نطاق عقود الإذعان التي تتسم أصلا بالتفاوت في مراكز المتعاقدين⁴.

و ذهب المشرع الفرنسي من نص المادة 35 قانون 10 جانفي 1978 الذي ينظم قواعد مكافحة الشروط التعسفية، إلى وضع تعريف للتعسف من خلال ما يحصل عليه المحترف من نتيجة بحيث لا يعتبر تعسفيا إلا إذ منح هذا الأخير ميزة مفرطة فاحشة⁵. و لم يحدد المشرع رقما معيناً تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا

1-STARCK (B), Sur le régime juridique de clause de non responsabilité ou limitative de responsabilité, DALLOZ, 1974, P157

2 -Ghestin (J), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Op-cit, P352.

3-Idem,P21.

4- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص42

5- COTTET (P), Op-cit, P85

معينا. و على ذلك فان هذا المعيار لا يصلح وحده لاعتبار الشرط تعسفيا، نظرا لعدم وضوحه و عدم تحديده برقم معين¹.

و ثار تساؤل فيما يخص كيفية تقدير الميزة المفرطة ووجوب النظر إلى جميع الشروط التعسفية أم لكل شرط على حدة، و الراجح هو وجوب النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن العقدي. لأن الشرط إذا نظر إليه - بصفة منفردة - قد يبدو تعسفيا ، إلا أنه قد يكون مبررا إذ نظرنا إليه من خلال جميع شروط العقد كما هو الحال بالنسبة الى تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شروط أخرى تتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك².

و خلاصة القول أن المشرع الفرنسي وضع معيارين لتحديد الشرط التعسفي هما : معيار القوة الاقتصادية للمحترف ، و معيار الميزة المفرطة³.

و لم يتبنى المشرع الجزائري معيار الميزة المفرطة ، و اكتفى بمعيار الإخلال الظاهر في الحقوق و الالتزامات ذلك انه عديم الأثر من الناحية الإصلاحية و هو ترديد لمعيار الإخلال الظاهر في الحقوق و الالتزامات لأن هذا الأخير يؤدي بطبيعته إلى ميزة فاحشة⁴.

و ذكرنا سابقا أن المشرع الفرنسي استعاض عن المعيارين السابقين بمعيار " الإخلال الظاهر بالتوازن " ، و الذي استمده من خلال تبنيه التعليمات الأوروبية لسنة 1993⁵.

و يرى بعض الفقه أن شيئا لم يتغير من حيث الموضوع ، بمعنى أن المعيار الجديد ليس

سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة و الذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية⁶.

1 -HELLERINGER (G) , Op-cit , P75

2 -Idem , P85

3- بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص87.

4- بودالي محمد، مرجع نفسه ، ص77 .

5-CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F) , Droit de la consommation, 5ème édition , DALLOZ , 2000 , P 171 .

6-COTTET (P) , Op-cit , P85

و تسمح قراءة المادة 5/2 من قانون 02-04 بالقول بأن تقدير الطابع التعسفي للشرط أو البند لا ينظر إليه بصفة منعزلة، و إنما ينظر إليه في إطار كلي للعقد و للشروط المختلفة التي يتضمنها، و يلاحظ من صياغة النص السابق لم يكن بالتوفيق اللازم الذي عليه نص المادة : 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي . و يبدو هذا التوجه منطقيا من حيث أنه لا يمكن اعتبار الشرط تعسفيا لمجرد عدم منح أحد أطراف العقد مزايا معينة، إذ من الممكن أن يكون هناك شرط آخر يعطي المتعاقد الثاني مزايا تعيد التوازن في العقد¹.

و إذا كان هذا الأمر مسلم به في حالة ما إذا كانت الأدعاءات المتقابلة من طبيعة واحدة . إلا أن الصعوبة تكمن في تقدير المقابل في حالة ما إذا كانت الأدعاءات المتقابلة من طبيعة مختلفة كما هو الحال إذا وجد من جهة أولى شرط يقضي بتحديد مسؤولية المحترف ، من جهة أخرى يعطي المستهلك الحق في فسخ العقد بإرادة منفردة².

و مع ذلك ، ليس هناك من حل آخر غير النظر للعقد باعتباره كلا لا يتجزأ أو كيانا واحدا يتضمن العديد من الشروط . و انه يجب النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها من أجل اعتبار الشرط تعسفيا و التأكد من عدم وجود التوازن العقد³.

ج- تقدير القاضي جزاء الشرط التعسفي

ذكرنا سلفا أن الشرط التعسفي ينصب على التزام ثانوي ، و على هذا الأساس فمن الطبيعي أن نقوم بربط تقدير جزاء الشرط التعسفي بالتمييز بين المسائل الجوهرية و الثانوية ، و باعتبار العقد تبادل منفعة فمن الضرورة ربط تقدير جزاء الشرط التعسفي بالمنفعة⁴.

1-HELLERINGER (G) , Op-cit , P75 .

2-Idem, P78 .

3-زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص 78 .

4-صالح ناصر العتيبي ، مرجع سابق ، ص 141.

-التمييز بين الالتزام الجوهري و الثانوي

يمكن التمييز بين المسائل الجوهرية و الثانوية من خلال مقارنة جزاء الشرط التعسفي و الجزاءات المقررة لحالات بطلان شرط من شروط العقد طبقا للنظرية العامة و نتناول البطلان المطلق ، و تحور العقد ، و الانعدام .

يرى الاتجاه الحديث في الفقه أن المصلحة هي معيار التمييز بين البطلان المطلق و النسبي ، إذ يكون البطلان مطلق إذا مس الخلل المصلحة العامة باعتبارها مسألة جوهرية تنص على التزامات جوهرية ، بينما يكون البطلان نسبي إذ كان الخلل يمس المصلحة الخاصة التي تشكل مسألة غير جوهرية تنصب على التزامات ثانوية¹

و الشرط التعسفي خلل يمس المصلحة الخاصة ينصب على التزامات ثانوية ، يترتب عنه بطلان نسبي، و ذلك يتلاءم و مصلحة المستهلك لأن من شأن بطلان الشروط التعسفية بطلان مطلق، حرمان المستهلك من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل التي لا غنى له عنها، فإن أعمال البطلان النسبي من شأنه الإبقاء على العقد قائما و بالتالي من السلعة أو الخدمة².

نص التقنين المدني الجزائري على تحول العقد في نص المادة 105 (إذ كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه ، إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد) .

يتبين من نص المادة 105 السالفة الذكر أن التحول يقتضي توفر أنقاض العقد الباطل المسائل الجوهرية اللازمة لقيام العقد الجديد ، فلا يجوز استيفاء تلك المسائل من خارج نطاق العقد

1- صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق ، ص141

2- صالح ناصر العتيبي، مرجع نفسه ، ص141

الباطل ، فلو باع شخص منزلاً سبق أن تهدم ، ووقع البيع لذلك باطلاً ، ما جاز تحول العقد إلى منزل آخر يملكه البائع حتى ولو تبين أن ذلك يتفق مع قصد المتعاقدين¹ .

أما إذ تبين أن المسائل الجوهرية التي اتفق عليها الطرفان بمقتضى العقد الأصلي الباطل تشكل جميع المسائل الجوهرية اللازمة لقيام العقد الجديد ، و لم يمسه البطلان أمكن عندئذ تحول العقد دون النظر إلى المسائل الثانوية التي لا تعد لازمة لقيام العقدي² .

و باعتبار الشرط التعسفي مسألة ثانوية في العقد، فإنه لا يترتب عليه تحول العقد، لأنه لا تدخل المسائل الثانوية في تحديد شروط العقد و أركانه، و إنما يقوم القاضي بإبطال الشرط التعسفي فقط دون أن يمتد ذلك إلى تحول العقد³ .

و يترتب على نص المادة 132-1 من قانون استهلاك فرنسي بطلان الشرط التعسفي، و اعتبرته شرط غير مكتوب ، و بالنتيجة لا يجوز للقاضي تعديل الشرط التعسفي ، و إنما يتعين عليه إبطال الشرط التعسفي و إزالة آثاره المستقبلية⁴ .

و على هذا الأساس يرى بعض الفقه في فرنسا أنه يمكن المقاربة بين بطلان الشرط التعسفي، و انعدام العقد، لأن هذا الأخير نظام جديد للبطلان لا يحتاج إلى نص يقرره يجعل شروط العقد غير مكتوبة لا يجوز للقاضي إعادة كتابة العقد⁵ .

غير أنه يختلف انعدام العقد عن الشرط الغير مكتوب في حالة الشرط التعسفي ، لأن هذا الأخير يشكل مخالفة للالتزام ثانوي و لا ينال من الشروط الجوهرية في العقد⁶ ، بينما يمثل انعدام العقد حالة من حالات البطلان التي ينعدم فيها نص يقرره ، تنعدم فيه الشروط الجوهرية لقيام العقد

1-علي فلالي، مرجع سابق ، ص152.

2-صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق ، ص 141 .

3 - HELLERINGER (G) , Op-cit , P58 .

4 - PLESION-ZIKA (C-M) , Op-cit , P235.

5 - Idem , P89 .

6- صالح ناصر العتيبي ، مرجع سابق ، ص141.

و لا يحتاج انعدام العقد لحكم يقرره و إنما يكون دور القاضي كاشف فقط ، على عكس الشرط التعسفي الغير مكتوب التي تكون فيه للقاضي السلطة التقديرية في إيقاع بطلان الشرط التعسفي¹.

- **المنفعة :** تنص المادة 104 تقنين مدني جزائري: (إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله) .

يتبين من نص المادة 104 قانون مدني جزائري يمكن للقاضي بطلان الشرط الباطل أو القابل للإبطال دون بطلان العقد، و ذلك إذا كان العقد قابلا للانقسام من الناحية المادية والقانونية. و علاوة على القابلية للانقسام، يتطلب لإعمال الإنقاص أن يكون الشق الصحيح من العقد قابل للوجود الذاتي المستقل في نظر المتعاقدين، أي أن يكون انقسام العقد متفقا مع إرادة المتعاقدين ، و هذا لا يتحقق إلا إذا كان الشق الباطل غير جوهري في نية المتعاقدين و قصدهما². و بعبارة أخرى يتعين أن يكون الشق الباطل غير دافع الى التعاقد، و في الحالة العكسية أي إذا كان الشرط الباطل أو القابل للإبطال دافع إلى التعاقد ففي هذه الحالة يقضي القاضي بإبطال العقد كله³ .

غير أن امتداد البطلان إلى كل العقد في حالة كون الشق الباطل جوهريا لدى من يتمسك به ليس مطلقا لأنه قد يتدخل التشريع و القضاء لوضع عدة قيود بهدف الحد من الإبطال الكلي للعقد ،و تحقيق المنفعة و ضمان الأمن التعاقدي⁴، و هذا ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني على : (إذ تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو ان يعفي الطرف المذعن منها ، و ذلك وفقا ما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

1-صالح ناصر العتيبي ، مرجع سابق ، ص141.

2 -COTTET (P) , Op-cit , P85.

3-عبد العزيز المرسي ، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دراسة تحليلية و تأصيلية مقارنة 2006 ، ص 264 .

4-زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص386.

الباب الثاني

تنفيذ العقد في ظل الوضع الاقتصادي الجديد

تأثر قانون نابوليون لسنة 1804 بتعاليم الدين المسيحي و القانون الروماني و استوحى منهما بعض المبادئ القانونية و من ابرز هذه المبادئ ضرورة الوفاء بالعهود ، و ترجمه إلى صيغة قانونية تتمثل في مبدأ القوة الملزمة للعقد *force obligatoire des convention* و ذلك في نص المادة 1134 تقني مدني، و نقل منه القانون الجزائري هذا المبدأ إلى المادة 106 تقنين مدني . و في محاولة لتبرير هذا المبدأ ، حاول بعض الفقه في فرنسا تأسيسه على مبدأ سلطان الإرادة، إذ يرى RIPERT أنه ما دام المتعاقدان تعاقدًا بحرية و إرادة سليمة فإن العقد أداة تبصر و توقع و يشكل تأمين ضد تغير الظروف الاقتصادية أثناء تنفيذ العقد¹ .

و لا يمكن تبرير نظرية التوقع لدى RIPERT و بعض الفقه في فرنسا إلا من خلال التمييز بين تكوين العقد و تنفيذه ، و يقصد بذلك انه لا يمكن للقاضي التدخل أثناء التنفيذ في تعديل العقد أو نقضه بسبب تغير الظروف الاقتصادية ، اذ أن العقد يضمن استقرار المعاملات القانونية و كذلك استقرار المنفعة و المصالح لدى المتعاقدين² .

غير أن حدوث أزمات اقتصادية لسيما بعد الحربين العالميتين، أدت أن أصبح تنفيذ بعض العقود مرهق و في بعضها مستحيل، و هكذا لا تتلاءم توقعات المتعاقدين مع الظروف الاقتصادية المستجدة .

لا يتلاءم هذا الوضع الاقتصادي الجديد مع الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية للمشرع خاصة مع ذلك الدور المنوط بالعقد في تحقيق العدالة و المنفعة، و ذلك اعتباراً أن متطلبات المنفعة و العدالة هي في أعلى مرتبة من توقعات المتعاقدين، و على هذا الأساس نقوم بالبحث في مدى دور القاضي في رد لتوازن الاقتصادي في ظل مبدأ سلطان الإرادة (الفصل الأول) و سلطة القاضي في تطويع العقد (الفصل الثاني) .

1-RIPERT (G) , La règle morale dans les obligations civiles , LGDJ ,4ème edition , P45

2- PENIN (O) , La distinction de la formation et de l'exécution du contrat , LGDJ , 2012 , P45.

الفصل الأول

دور مبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد

يترتب على المساواة المفترضة التي تضعها قواعد القانون المدني، غل يد القاضي في تعديل العقد¹، و ذلك على أساس أن المتعاقدان أبرما العقد بإرادة سليمة حرة، يكونان قد توقعا المستقبل في شكل اتفاق يخولهما تقدير الوقائع المستقبلية و المصالح التي تعود لكل واحد منهما² لا يمكن للقاضي و لا القانون التدخل لإهدار قوته الملزمة، لأن العقد عبارة عن علاقة شخصية بين طرفين، و يكتسي مرتبة القانون من حيث قوته الملزمة، و هذا ما نقلته الإرادة التشريعية الفرنسية عن³ domat بموجب المادة 1134 تقنين مدني فرنسي الصادر سنة 1804 التي تنص:

(les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.)⁴

و يرى GHAZEL أن تأثر PORTALIS و القائمين على إعداد القانون المدني الفرنسي سنة 1804 بأعمال Domat و اعتبار العقد بمثابة قانون⁵، يؤدي إلى ضرورة إيجاد فيصل بين تكوين العقد و تنفيذه ، لأن هذا التمييز هو الوحيد الذي يمكنه تبرير القوة الإلزامية للعقد⁶ .

1- زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص386.

2 -GRYNBAUM (L) , Op-cit , P85 .

3- محمد الصبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 45.

4- نسير رفيق، مرجع سابق ، ص21

5- نسير رفيق، مرجع نفسه، ص21

6 -GHAZAL (J-P) , De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil , RTD .civ , 2001 , P65 .

و يبرز هذا الفاصل بين تكوين العقد و تنفيذه لسيما في المعيار الوظيفي ، إذ تؤدي قواعد تكوين العقد دور في قيام عقد صحيح ، بينما تضمن قواعد التنفيذ فعالية تنفيذ الآثار التي يربتها العقد¹.

غير أن عدم استقرار الظروف الاقتصادية أثناء تنفيذ العقد عن تلك الظروف القائمة في تكوينه ، لا يحقق المساواة القانونية التي يفترضها مبدأ سلطان الإرادة² ، لأن العقد باعتباره علاقة شخصية بين طرفين لا يحقق الأهداف الاجتماعية التي تسعى إلى إرساء قواعد العدالة و المنفعة التعاقدية ، و في هذا المنظور أصبح من الضروري تدخل القانون و القاضي في تعديل العقد وتكريس العدالة و المنفعة في التعاقد كدرجة أعلى من الإرادة، و هذا ما ذهب إليه الفقه و القانون و القضاء³.

و نقوم في (المبحث الأول) بدراسة تنفيذ العقد في ظل هيمنة مبدأ سلطان الإرادة ، و في (المبحث الثاني) إلى تنفيذ العقد في ظل تدهور مبدأ سلطان الإرادة .

المبحث الأول

تنفيذ العقد في ظل هيمنة مبدأ سلطان الإرادة

يفرض مبدأ سلطان الإرادة استقرار المعاملات القانونية و لا يمكن لهذا الأخير أن يقوم إلا من خلال التمييز بين تكوين العقد و تنفيذه⁴ ، حيث إذ تم إبرام عقد صحيح يترتب كل أثره و لا يتدخل القاضي أثناء تنفيذ العقد في تعديل العقد و فسخه تحت مبرر عدم توقع المتعاقدان الظروف الاقتصادية التي أدت إلى اختلال توازن عقدي، و يشكل بذلك العقد أداة تأمين لتغير الظروف

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P75.

2-Idem , P75.

3-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص 98 .

4-PENIN (O) , Op-cit , P85.

الاقتصادية ، حيث يقوم المتعاقدان بإدراج بنود عقدية بهدف ملائمة العقد للحادث غير متوقع أو بنود تخول للأطراف إعادة التفاوض¹ .

نقوم بالبحث في مبدأ القوة الملزمة للعقد في مطلب أول باعتباره ضمان استقرار المعاملات القانونية ، و نقوم بدراسة التضامن بين تكوين العقد و تنفيذه و ذلك ضمان لاستمرار المعاملات القانونية و الحفاظ على التوازن العقدي² (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مبدأ القوة الملزمة للعقد

يرتب العقد الصحيح آثار قانونية ، و تكون إرادة الشخص قد سعت إلى إنشاء الآثار القانونية وتنفيذ المتعاقد للالتزام العقدي ما هو إلا تنفيذا للتصرف القانوني³ ، فنقول أن المتعاقد المدين ينفذ العقد باعتباره تصرف قانوني (الفرع الأول) ، لأن إرادة أطراف العقد هي التي ولدت الآثار القانونية بينما في حالة اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه العقدي ، يرتب القانون آثار قانونية في ذمة المدين الذي أخل بالتزامه العقدي ، دون أن يكون لإرادة الأطراف دور في إحداثها فنقول أن المتعاقد المدين ينفذ العقد باعتباره واقعة قانونية⁴ (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

مبدأ القوة الملزمة للعقد باعتبار العقد تصرف قانوني

يرى الأستاذ (martin de la moutte) أن أساس التصرف القانوني هو الإرادة ، فيجب أن تكون إرادة الشخص سعت إلى إنشاء الآثار القانونية حتى نكون أمام تصرف قانوني، فنقول أن

1 -LAURENT (F) , Principes de droit civil francais , T.I,èd.Bruylant-christophe,1978, P12.

2-عرعار عسالي ، مرجع سابق ، ص102

3 - PENIN (O) , Op-cit , P105

4-رفيق نسير، مرجع سابق ، ص 124.

هناك تصرف قانوني كل مرة تكون نية /إحداث الآثار القانونية ضرورية و لا غنى عنها لإنتاج هذه الأخيرة¹.

و باعتبار أن العقد تصرف قانوني ، فان أطراف العقد ملزمان بتنفيذ مضمون العقد لأن هذا الأخير ذو طبيعته الملزمة لا يحقق غايته²، فالمقصود بالزامية تنفيذ العقد هو التزام الأطراف بما أبرماه (أولا) و تنفيذ العقد بما جاء فيه (ثانيا)، و في الأخير عدم جواز تنفيذ العقد بما يتعارض و حسن النية (ثالثا) .

أولا: التزام الأطراف بالوفاء بالالتزاماتهم العقدية: يتضمن مبدأ القوة الملزمة للعقد التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد (1)، و يترتب على ذلك عدة نتائج (2) .

1-محتوى مبدأ القوة الملزمة للعقد

تنص المادة 106 من تقنين مدني على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين..." .

1 - MARTIN de Lamoute (j) , Op-cit , P 420 .

2-و يرى جانب من الفقه الكلاسيكي ان التصرفات القانونية كل الوقائع القانونية الإرادية المطابقة لإرادة منشئها ،والمرتبة لآثار قانونية ، فيكفي وجود الإرادة لإلحاق وصف التصرف القانوني على الواقعة ،وما يلاحظ بشأن هذا التعريف انه يوسع من نطاق التصرفات القانونية على حساب الوقائع القانونية مما يجعل من معيار التمييز بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية معيارا غير دقيق، لأنه يدخل في زمرة التصرفات القانونية بعض الوقائع كالجرائم ، وشبه الجرائم ،والفضالة ، يرى جانب آخر من الفقهاء أبرزهم جونو أن وجود الإرادة شرط غير كاف لتكييف الواقعة على أساس أنها تصرف قانوني ، فلا يكفي أن تلعب الإرادة دورا سلبيا ، وإنما يجب أن تلعب دور ايجابيا ، وذلك بان تحدد مضمون الآثار التي ستنتج حتى نقول أن هناك تصرف قانوني ، غير أن هذا الرأي بدوره يقلص من زمرة التصرفات القانونية إلى حد الإفراط ، لان هناك من التصرفات القانونية التي يحدد القانون جزء من أثارها ، ويحدد القائم بها الجزء الآخر ، ويرى الفقه الراجحوالذي تؤيده ، وهو أن التصرف القانوني أساسه الإرادة ، غير أنه عوض أن نبحت عما كانت الآثار القانونية مرادة من طرف المعبر عن إرادته حتى نقول أننا أمام تصرف قانوني ، يجب أن نبحت ابيضا فيما إذا كانت نية إحداث هذه الآثار ضرورية لنشأتها . للمزيد من التفاصيل . انظر : رفيق نسير، مرجع سابق ، ص 124-125-126 .

و معنى ذلك أن للعقد قوة ملزمة اكتسبها من إرادة المتعاقدين، و من ثم فإن الحقوق والالتزامات التي تتبع من الحرية المعطاة للفرد في تحديد مضمون العقد تكون واجبة التنفيذ دون نقض أو تعديل، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو للأسباب التي يقرها القانون، و لهذا سنبحث القوة الملزمة للعقد كمظهر من مظاهر سلطان الإرادة في تنفيذ العقد¹.

إن نشأة العقد صحيحا و قام القاضي بتفسيره في حالة الغموض و تكييفه تحددت الالتزامات و تولدت للعقد قوته الإلزامية²، و من ثم وجب على المتعاقدين على حد سواء التقيد به و تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه، و لقد ظهرت هذه القاعدة نتيجة سيطرة مبدأ سلطان الإرادة على قانون العقود الكلاسيكية، فقد وصف أغلب التشريعات العقد بأنه شريعة المتعاقدين³، فمن خلال مبدأ القوة الملزمة للعقد المنصوص عليه في المادة 106 نستخلص ثلاثة نتائج رئيسية هي: العقد لا يمكن أن يتم نقضه بالإرادة المنفردة، و لا يمكن للقاضي أن يعدله، و يجب أن ينفذ بحسن نية...⁴.

وقد تأكدت إلزامية و قداسة العلاقة العقدية منذ قضية قناة كرابور Canal de Craponr سنة 1876 التي تتلخص وقائعها في⁵: " إن مالكا لأحدى القنوات المائية قد تعهد في عام 1567 بري الأراضي المجاورة مقابل مبلغ من النقود يساوي ثلاث سولات يدفعها المنتفعون بالقناة، و بعد مرور ثلاثة قرون صار مقابل الإنتفاع بمياه القناة زهيد القيمة، كما ارتفعت من جهة أخرى نفقات الصيانة التي يتحملها المالك إلى أضعاف ما كانت عليه، رفع خلف المتعاقد دعوى ضد ملاك الأراضي المجاورة يطالب بزيادة الأجرة فاستجابت محكمة استئناف أكس « AIX » لطلبه، و ألزمت المنتفعين

1-article1134 code civile français :

(Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.) .

2 -BERGEL (J-L) , Théorie générale du droit , éd . Dalloz , 3^{ème} édition , 1999 , P78 .

3-أنور سلطان ، الوجيز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص85 .

4 -THIBIERGE (L) , op-cit , P440

5-جاك غستان ، بالتعاون مع كريستوف جامانو مارك بيو ، ترجمة منصور القاضي ، مفاعيل العقد أو آثاره ، المطول في شرح القانون المدني الطبعة الثانية ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، سنة 2008 ، ص373.

من القناة بأجر إضافي، إلا أن محكمة النقض نقضت حكم الاستئناف في 6 مارس 1876م و قررت أن الحكم المطعون فيه جاء مخالفا لنص المادة 1134 مدني، و العقد شريعة المتعاقدين ، و أن هذه القاعدة العامة تطبق على العقود ذات التنفيذ المتتابع في فترات متلاحقة أو أية عقود من صيغة أخرى، و لا يجوز بحال من الأحوال للمحاكم مهما بدت لها عدالة الحلول، أن تأخذ بعين الاعتبار الزمان و الظروف لتعديل اتفاق الطرفين، و أن تستبدل شروطا جديدة بتلك الشروط التي انعقدت عليها الإرادة الحرة للمتعاقدين¹ .

يمنع القانون الوطني و المقارن المساس بقداصة العلاقة التعاقدية، فهذه الأخيرة نشأت بمضمون معين يجب أن تستند به إلى أن تنفذ أو تزول بسبب من الأسباب، بمعنى أن القانون مقدس لا يمس intangible، فالالتزام الناشئ عن المتعاقدين يعد بمثابة شريعة لهم، كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي تماما، و يترتب على ذلك أن ارتباط المتعاقدين بالاتفاق فيما بينهم يعادل التزامهم بنص قانوني².

و لا يمكن للمدين أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة، إلا برضاء الدائن أو جماعة الدائنين كأطراف متعاقد معها، و هذا الإلتزام لا يلزم المتعاقدين فحسب بل يلزم القاضي أيضا، إذ يحظر عليه المساس بالرابطة العقدية الناشئة بين المتعاقدين³.

1- يمكن أن نحري مقارنة بين العقد والقانوني في هذه الحالة ، فإذا كان كلاهما له قوة ملزمة فيمكن أن يحل العقد بالطريقة التي تم بها ، وكذا القانون يلغى بذات الطريقة التي انشئ بها ، وجوب توافر حسن النية في تنفيذ كل منهما ، إلا إنهما يفترقان من حيث أن القانون يمكن أن يخالف قانونا آخر على عكس الاتفاق الذي تم بين الطرفين لا يمكن أن يخالف قواعد أمر من القانون . انظر عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، سنة 2000 ، ص 698.

2- عبد القادر علاق ، أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد وحدودها ، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، جامعة تلمسان ، 2007-2008 ، ص 64 .

3- خليفاتي عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 45 .

2- نتائج مبدأ القوة الملزمة للعقد

يترتب على مبدأ القوة الملزمة للعقد عدة نتائج سواء في مواجهة المتعاقدين (أ) أو في مواجهة القاضي (ب).

أ- قداسة الالتزام بالنسبة للمتعاقدین

متى انعقد العقد صحيحا التزام كل طرفيه بتنفيذه فلا يستطيع أي منهما أن يتحلل منه بإرادته المنفردة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون، كما لا يعتد بأي تعديل فيه تم بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى عدم الاستقرار في المراكز القانونية¹.

ب- قداسة الالتزام بالنسبة للقاضي

لا يملك القاضي إمكانية التعديل أو التغيير في العقد، كما هو ممنوع عليه بالنسبة للقانون فلا يصح للقاضي أن يعدل عقداً صحيحاً بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة ، و يترتب على ذلك أن يكون تطبيق العقد أمام القاضي في حكم تطبيق القانون و ذلك لأن العقد يعتبر قانوناً² للمتعاقدین في حدود ما جاء فيه، وليس المقصود بهذا أن العقد شبيه بالقانون من جميع الوجوه بل يقصد فقط

1- قرار مؤرخ في 7-2-1983 ملف رقم 29500، ذكره عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقاً للأحكام القانون المدني الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2001 ، ص-36 (إذا كان موضوع الطلب الفصل في قضية الطرد من المسكن الذي يملكه المدعي فإن المجلس يفصله في صحة عقد الإيجار يربط المدعي بديوان السكن المعتدل للقراء ، الذي لم يكن طرفاً في النزاع ، خرق أحكام القانونوارتكب هفوة تجاوز السلطة) .

2- تتلخص وقائع القضية في : (كانت تتم الخدمة العسكرية في فرنسا بطريقة القرعة، فأبرم بعض الشبان المتوقع تجنيدهم سنة 1853 عقوداً مع شركة للتأمين ضد مخاطر الاقتراع، فمن وقعت عليه القرعة وكان مؤمناً على نفسه من خطر التجنيد عوضته الشركة بشخص آخر يقوم مقامه بالخدمة العسكرية فلما قامت حرب القرم سنة 1854 صدر قانون 13 أبريل سنة 1854 رفع نسبة المجندين إلى ما يقرب نصف النسبة التي كان يحددها قانون 24 مارس 1832، وبصدور هذا القانون ارتفع معدل وقوع حادثة التجنيد عن طريق الاقتراع ارتفاعاً كبيراً كما ارتفعت أسعار المستبدلين Remplacement فشعرت شركة التأمين أنها مهددة بخسارة فادحة، فامتنعت عن تنفيذ التزاماتها فلما عرضت القضية أمام محكمة استئناف جرونوبل Grenoble قضت بفسخ عقد التأمين في 18 أوت سنة 1854، غير أن محكمة النقض نقلت الحكماء في حكمها أن القانون الذي رفع عدد المجندين لم تكن له صفة القوة القاهرة فلا الحادث الفجائي اللذان يجعلان تنفيذ الالتزام مستحيلاً) انظر: جميلة بولحية، مرجع سابق، ص 61 .

أن الالتزام الذي ينشأ عنه له قوة الالتزام الناشئ عن القانون، أو بعبارة أخرى ما تعهد به المدين له قوة ما يفرضه القانون نفسه¹.

التزمت أحكام القضاء الفرنسي و خصوصا أحكام محكمة النقض بقاعدة عدم قابلية العقد لتعديله من طرف القاضي، حيث قضت هذه الأخيرة في قرار صادر سنة 1856 أن المدين لا يستطيع أن يتحرر أو يتخفف من التزاماته استنادا إلى ظروف طارئة إلا إذا بلغت هذه الظروف مبلغ القوة القاهرة بحيث يعدو تنفيذ الالتزام مستحيلا².

و سار القضاء الجزائري على نهج القضاء الفرنسي بشأن تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد فمن خلال تصفح بعض قرارات الإجتهد القضائي في الجزائر، نجد أنها استقرت على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون³ ، و يجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية . و قد نقض المجلس الأعلى عدة قرارات صدرت عن المجالس القضائية بسبب خرقها و عدم احترامها مقتضيات المادة 106 من القانون المدني الجزائري⁴، نذكر منها على سبيل المثال: "نقض القرار المطعون ضده نتيجة رفض تعويض الطاعن عن الخسارة التي لحقته بسبب عدم تنفيذ المطعون ضده ما التزم به، في حين أنه ثبت أن

1- من المتفق عليه في الشروط العامة لعقد التأمين : أن شركة التأمين تضمن للمؤمن له التبعات المالية الناتجة عن الأضرار الجسمانية و المادية التي يسببها للغير أثناء و بمناسبة سير المركب و لا تضمن الأضرار التي يسببها المؤمن لنفسه ، إلا إذا كان مؤمنا على جميع الأخطار .
و لما ثبت أن المطعون ضده لم يؤمن على جميع الأخطار . فان قضاة الموضوع بقضائهم خلاف ذلك ومنحه تعويضا قد خرقوا نصوص العقد ، واستحق قرارهم النقض : صدر بموجب قرار مؤرخ في 16-6-1992 ملف رقم 78387 ذكره عمر بن سعيد ، مرجع سابق ، 37.

2- من المتفق عليه في الشروط العامة لعقد التأمين : أن شركة التأمين تضمن للمؤمن له التبعات المالية الناتجة عن الأضرار الجسمانية و المادية التي يسببها للغير أثناء و بمناسبة سير المركبة و لا تضمن الأضرار التي يسببها المؤمن لنفسه ، إلا إذا كان مؤمنا على جميع الأخطار أنظر: علي فلالي ، مرجع سابق، ص 38 .

3- عبد القادر علاق ، مرجع سابق ، ص 75 .

4- علي فلالي ، مرجع سابق، ص 38 .

الطرف المطعون ضده هو الذي أنهى تلقائياً عقد الإيجار"، و هو ما اعتبره المجلس الأعلى خرقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المؤكدة قانوناً¹.

ثانياً: تنفيذ العقد بحسب ما جاء فيه

تفرض القوة الملزمة للعقد على أطرافه تنفيذ كل ما تضمنه من شروط أو بنود أي جميع الحقوق و الالتزامات المقررة، و يتمثل تنفيذ العقد بحسب ما جاء فيه الوجه الثاني من مبدأ القوة الملزمة للعقد².

فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، و بهذا تقضي المادة 111 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الأولى: " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين..."، فلا مجال للتفسير أو التأويل إذا كان ما ورد في العقد واضحاً لا يكتنفه الغموض. أما إذا كانت عبارة العقد غامضة تحتمل أكثر من تأويل، فإنه لا مفر من أن يقوم القاضي بتفسيرها، كي يلتبس ما قصده الإرادة المشتركة للمتعاقدين³.

ثالثاً: تنفيذ العقد بحسن النية

إن القانون لا يجيز للمتعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد بطريقة تتم عن سوء نيته أو بطريقة يكون الشخص فيها متعسفاً في استعمال حقه في المجال العقدي⁴، و يقتضي مبدأ حسن النية الإلتزام بالتعاون والنزاهة بين المتعاقدين. و يقصد بالنزاهة و الإخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الإلتزام عسيراً أو مستحيلاً ، و لقد أشار المشرع إلى هذا الإلتزام في عدة مواد منها المادة 361 تقنين مدني التي تنص على: " يلتزم البائع بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً"⁵.

1- عادل جبري محمد حبيب ، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ص26

2- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ص680

3- علي فلاحي ، مرجع سابق ، ص388.

4- الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، دار الرسالة للطباعة والنشر ، بغداد ، 1975 ، ص 45

5 -ROMAIN (L) , Op-cit , P45

و إلى جانب النزاهة يتحمل المتعاقد التزاما بالتعاون طبقا لمقتضيات حسن النية، و يقتضي هذا الإلتزام الإيجابي القيام بعمل يتمثل في إطلاع و إشعار المتعاقد معه بكل الأحداث التي تهم تنفيذ العقد، و لا يقتصر هذا الإلتزام على مرحلة تنفيذ العقد، بل يشمل كذلك مرحلة تكوينه¹.

الفرع الثاني

مبدأ القوة الملزمة للعقد باعتبار العقد واقعة قانونية

في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه العقدي ، يرتب القانون أثار قانونية في ذمة المدين الذي أخل بالتزامه العقدي ، دون أن يكون لإرادة أطراف العقد دور في نشأة هذه الآثار ، و إنما تترتب هذه الآثار باعتبار العقد واقعة قانونية ، فالوضع الفعلي الذي أوجده العقد يتميز عن الحقوق والواجبات التي يتحملها المتعاقدين² ، حيث أن العقد يترتب حقوق و واجبات ناتجة عن إرادة الأطراف بينما لا تترتب الإرادة الآثار القانونية التي يتحملها الأطراف بسبب إخلال المدين بالتزامه العقدي و إنما يعود سببها إلى واقعة مادية تتمثل في إخلال المدين بالتزامه العقدي³ .

و باعتبار أن الآثار التي يترتبها العقد ليست ناشئة عن الإرادة و إنما القانون هو الذي يترتبها فإن العقد يترتب أثار قانونية في مواجهة المتعاقدين (أولا)، و في مواجهة الغير (ثانيا) .

أولا: أثار العقد في مواجهة المتعاقدين

يرتب القانون في حالة إخلال المدين بالتزامه العقدي أثار قانونية ويتمثل في التنفيذ العيني إذا كان تنفيذ الإلتزام مازال ممكنا ، و يكون تنفيذ جبريا لمضمون الإلتزام العقدي⁴ (1) ، بينما في حالة استحالة تنفيذ العقد يترتب القانون جزاءات يقضي بها القاضي و من بينها التعويض (2) و الفسخ⁵ (3).

1-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 263 .

2-رفيق نسير ، مرجع سابق ، ص 223 .

3-رفيق نسير ، مرجع نفسه ، ص 153 .

4-عادل جبري محمد حبيب ، مرجع سابق ، ص 26

5-علاق عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 78 .

1-التنفيذ العيني: يلتزم المدين بتنفيذ عين ما إلتزم به في العقد ، أي في حالة إخلال المدين عن تنفيذ التزامه اختياريًا يتدخل القانون لإجباره على تنفيذه (أ)، و هذا ما يشكل تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد باعتباره واقعة قانونية (ب) ¹.

أ- مفهوم التنفيذ العيني: يقصد بالتنفيذ العيني، انه في حالة إخلال المدين بالتزامه يتدخل القاضي بطلب من الدائن لإلزامه بتنفيذ مضمون التزامه العقدي ².

يبدو لنا من الناحية النظرية وضوح مضمون الالتزام العيني، غير أن موضوعه يُثير إشكالات من الناحية العملية، حيث أنه إذا كان الالتزام العيني لا يطرح سؤال في حالة الالتزام بإعطاء، غير أن الأمر ليس نفسه في حالة الالتزام بالقيام بعمل، مثلاً: مقول يخل بالتزامه بتشديد بنائية، هل يمكن للدائن إلزامه باستعمال الأساليب القسرية؟ ³.

و يرى الفقيه الإيطالي بارتول " BARTOLE "، أن الالتزامات التي تتلاءم مع مبدأ التنفيذ العيني، هي تلك التي ترد على نقل مال، أما حينما يتعلق الأمر بالتزام بعمل فإنه يتنافر مع مبدأ التنفيذ العيني و ينقلب الالتزام العقدي إلى التزام بالتعويض ⁴، و يرى الفقيه "POTHIER" في كتابه الوسيط في عقد الإيجار أنه بمقدور المستأجر حيازة الشيء المؤجر بالاستعانة بالقوة الجبرية "MANU MILITARI" و أضاف أن هذه تشكل واقعة غير مرتبطة بشخص المدين ⁵ فيمكن إكراهه عليها دون المساس بشخصه و حريته غير أنه في حالة التزام شخص بالقيام بعمل كأن يلتزم نحو شخص بنسخ مؤلفات في شكل دعامة مادية، من الواضح أن الدائن لن يستطيع إرغامه قسراً على تنفيذ التزامه فإذا رفض تنفيذ التزامه، يصار بالضرورة إلى التزام بالتعويض ⁶.

1- عادل جبري محمد حبيب ، مرجع سابق ، ص26 .

2- عادل جبري محمد حبيب ، مرجع نفسه ، ص26 .

3- عادل جبري محمد حبيب ، مرجع نفسه ، ص26 .

4- BARTOLE , Cour de droit international privée , www.cour-de-droit.net , p45 .

5- ويرى POTHIER أنه في حالة تصرف المدين بالمال المنيع للغير فإن قاعدة الحيازة في المنقول بحسن النية سند الملكية تفرض نفسها على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويتولد التزام جديد في ذمة المدين بالتعويض لمصلحة الدائن لأن التزامه أصبح مستحيل، أنظر:

POTHIER , Traite de droit des obligations, VOL1 , N°146 , P 173 , CITE PAR PENIN (P), P6 .

6- عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص19.

و في رأينا، فإنه يقصد بالتنفيذ العيني ذلك الالتزام الذي يقتضي تدخل القاضي لتنفيذه، و هذا يعني أنه يمكن تنفيذ الالتزام دون وساطة المدين لكن على نفقته و هذا الرأي يجد صدق في نص المادة 170 قانون مدني جزائري التي تنص: "في الالتزام بعمل، إذ لم يقر المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذ كان هذا التنفيذ ممكنا" و يكون هذا التنفيذ غير ممكن، إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار.

ب-تطابق التنفيذ العيني مع مبدأ القوة الملزمة للعقد: يعارض الأستاذ **MAZEAUD** فكرة انطباق مبدأ التنفيذ العيني للالتزام على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، حيث يرى أن رفض المدين تنفيذ التزامه هو خطأ تنشأ عنه المسؤولية العقدية، و بالتالي فهو أثر للالتزام جديد هو الالتزام بالتعويض¹ ، و جاء على لسان الأستاذ **MAZEAUD** أنه حينما يبرم عقد ينشأ التزام في قيام كل من الطرفين بتنفيذ التزامه² فإذا لم ينفذ ذلك الالتزام، أو نفذ تنفيذا معيبا، أو بعبارة أخرى حينما يكون هناك عدم تنفيذ كلي أو جزئي للعقد، تنشأ رابطة قانونية جديدة يلتزم المدين بمقتضاها بإصلاح الضرر الناجم عن خطئه³.

و في إطار هذه النظرية يمكن فهم أن التعويض العيني، هو التعويض الذي يزيل الضرر بإعادة الحال إلى ما كان يجب أن يكون عليه لو لم يقع الخطأ، فيعتبر حكما بالتعويض العيني الحكم الذي يقضي في الالتزام الإيجابي بالزام المدين بتنفيذ عين ما التزم به، و في الالتزام السلبي بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام⁴.

1 - **GOULZT (J)**, L'exécution forcée en nature ,Thèse Paris II , 2007 , P75

2 -**MAZEAUD (H et L)** :Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , 4eme edition , tome 1 , n°100 ,PARIS , 1946-1947 , P 98

3-Idem, P 9 .

4-و يرى **بوتيه** انه في حالة تصرف المدين بالمال المبيع للغير فان قاعدة الحيابة في المنقول بحسن النية سند الملكية تفرض نفسها على مبدأ القوة الملزمة للعقد ،ويتولد التزام جديد في ذمة المدين بالتعويض لمصلحة الدائن لان التزامه اصبح

مستحيل : **PENIN (O)** , Op-cit , P 67

و الواقع أنه نتج عن رأي فريق **MAZEAUD**، خلط بين التنفيذ العيني و التعويض العيني، و عليه تراجع هذا الفريق على هذا الرأي في مؤلفهم الوسيط النظري و العملي للمسؤولية المدنية التقصيرية و التعاقدية¹.

حيث يشير هذا الفريق في أحد فصول المؤلف إلى الوسائل التي تأدي بالمدين إلى تنفيذ التزامه عينا ، و تتنافى في نفس الوقت مع فكرة التعويض و قد جاء هذا الفصل تحت عنوان **الإدانة العينية (LA CONDAMNATION EN NATURE)**²، و يشير هذا المؤلف أن التنفيذ العيني هو تنفيذ عين ما التزم به المدين، أما التعويض العيني فهو طريق من طرق التعويض يحصل بمقتضاه الدائن على أداء عيني بدلا من الأداء الأصلي. و أهم من ذلك فقد اعترف الأساتذة مازو أنفسهم بأنهم تناولوا في هذا الفصل الحالات التي يكون للدائن فيها الحق في اقتضاء التنفيذ العيني، و ليست حالات التعويض الناشئة عن المسؤولية العقدية³.

و انتقد جانب من الفقه الفرنسي و المصري هذا الرأي فيقول الفقيه جوسران أنه "ليس صحيحا أن الالتزام ينقضي لمجرد أن المدين يرفض تنفيذه، بل على العكس من ذلك تتأكد عندئذ الرابطة القانونية، و يظهر مفعول القوة الملزمة للعقد⁴.

و يذهب رأي آخر إلى أن المسؤولية تعتبر مصدرا لالتزام جديد هو الالتزام بالتعويض، يحل محل الالتزام الأصلي⁵، أما في حالة التنفيذ العيني يظل الالتزام قائما دون أن يحدث أي تغيير سواء في عناصره الشخصية أو الموضوعية، و إذا كان الأمر كذلك، فإن عدم تنفيذ الالتزام من شأنه أن

1 -عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص19

2 -**ROUVIERE (F)** , Le contenu du contrat :Essai sur la notion d'inexécution .Thèse PUAM , 2005 , P78

3 -عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق ، ص 30 .

4- **JOSSERAND (I)**, Cour de droit civil positif français , 2^e edition , Tome11 , Paris , 1933 , n° 480 ; **STARK (B)** :Essai d'une théorie generale de la responsabilité civile concidere en sa double fonction de garantie et de peine privée , paris ,1947 , P 290 et s.

5 -**ROUVIERE (F)** , Le contenu du contrat :Essai sur la notion d'inexécution .Thèse précite , P78.

يحيى و يثير القوة الملزمة التي ينطوي عليها العقد، و بهذا يحل القهر العام «LA CONTRAINTE PUBLIQUE» محل النشاط الإرادي للمدين، و يجبره على تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذا عينيا¹.

و في رأينا فإن التنفيذ العيني للالتزام، هو إثراء و تطبيق لمبدأ القوة الملزمة التي ينطوي عليها الالتزام، حيث أن محل التنفيذ العيني يطابق تماما مضمون العقد، و لا يتجدد الالتزام في حالة التنفيذ العيني، سواء من حيث أطراف أو مضمون الالتزام، لكن يقتضي التنفيذ العيني تنفيذ الالتزام دون الاستعانة بالمدين و على نفقته، و ذلك من خلال القهر العام الذي يحل محل إرادة المدين².

و بالرجوع إلى نصوص القانون المدني المتعلقة بآثار الالتزام، تنص المادة 160 تقنين مدني: "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به". و تنص المادة كذلك "يجبر المدين بعد إذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

من خلال استقراء نص المادتين، يتبين لنا أن التنفيذ العيني هو أثر لمبدأ القوة الملزمة للعقد و لا ينطوي التنفيذ العيني على أي تجديد في مصدر الالتزام، لكن التجديد يكون في أسلوب تنفيذ الالتزام، و الذي يكون باستعمال الإكراه لإجبار المدين على تنفيذ التزامه³ و هذا ما يفهم من عبارة "يجبر المدين..." و التي جاءت في نص المادة 164.

و في حالة استحالة التنفيذ العيني للعقد بسبب المدين ينقلب الأثر الملزم إلى الجزاء المترتب عن إخلال المدين بتنفيذ العقد، حيث أن مصدر الالتزام يكون المسؤولية العقدية و ليس العقد⁴.

2:التعويض: في حالة استحالة تنفيذ التزام المدين عينيا، ينقلب الالتزام بالتنفيذ العيني للعقد إلى التزام بالتعويض(أ) لكن لا يكون مصدره العقد و إنما المسؤولية العقدية⁵ (ب).

1-عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق ، ص30 .

2 -ANCEL (P) , Force obligatoire et contenu obligationnel , RTD .civ , 1999, P771.

3 - عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق ، ص30.

4-PENIN (O) , Op-cit , P78.

5 -ROUVIERE (F) , Le contenu du contrat :Essai sur la notion d'inexécution .Thèse précite , P78.

أ-المقصود بالتعويض

إن إجبار المدين على تنفيذ التزامه في حالة التنفيذ العيني أمر مسلم به، لكن هذا الأمر لا يمكن تصويره إلا إذا كان ذلك ممكناً، أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فلا يمكن للمدين تنفيذه عينا¹. و استحالة التنفيذ قد تكون راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فلا يمكن مسائلة المدين عن عدم التنفيذ، أما إذا كانت الاستحالة راجعة لتصرف المدين، ففي هذه الحالة يسأل المدين عن عدم تنفيذ التزامه و إخلاله بالالتزام العقدي و إلحاقه الضرر بالدائن و بالتالي تترتب المسؤولية العقدية².

و يعتبر التعويض من الجزاءات المقررة لعدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد و الإخلال بقوته الملزمة نتيجة لهذه الالتزامات³، و لا يبقى للدائن إلا أن يلجأ إلى ما يسمى بالتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، الذي يهدف إلى حمايته كطرف متضرر و جبر ما أصابه بالتعويض العيني أو النقدي، و قد أدرج المشرع الجزائري هذه المسؤولية تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض⁴، إذ نص في المادة 176 من القانون المدني على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذ تأخر المدين في تنفيذ التزامه"

ب-المسؤولية العقدية مصدر للالتزام جديد

و يتفق بعض الفقه مع الأستاذ مازو، في أن المسؤولية العقدية مصدر للالتزام جديد، و لكنه لم يذهب إلى حد القول أن الالتزام الأصلي ينقضي بمجرد عدم قيام المدين بتنفيذه اختياراً⁵، بل يرى مع النظرية التقليدية أن قهر المدين على القيام بعين ما إلتزام به، يعتبر تنفيذا عينيا لالتزامه الأصلي، لا

1 - ROUJOU DE BOUBEE (M-E) , Essai sur la notion de réparation , Thèse , LGDJ , 1974 , P78.

2 - OLIVIER Penin, op.cit, p74.

3-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الجزء الاول التصرف القانوني (العقد والارادة المنفردة)،

2001، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ص 264.

4-عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 30.

5-علي فلالي، مرجع سابق، ص 263.

تنفيذاً للإلتزام بالتعويض، أي أن هناك مرحلة تسبق التعويض، هي مرحلة التنفيذ العيني القهري، أما الإلتزام بالتعويض نقدياً أو غير نقدي، فلا ينشأ إلا إذا تعذر الطريق الأول¹.

و نحن بدورنا نرى أن التعويض هو جزاء للقوة الملزمة للعقد، بينما التنفيذ العيني هو أثر للقوة الملزمة للعقد.

3- الفسخ القضائي

يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة و هو يفصل في دعوى الفسخ التي تستهدف حل القوة الملزمة للعقد، إذ خوله القانون إما قبول طلب الفسخ أو رفضه و إقرار مهلة وفاء المدين، أو منح تعويض للدائن مع إعفاء المدين من التنفيذ²، أو فسخ العقد مع منح تعويض للمدين، و رفض طلب الفسخ و منح المدين أجلاً لتنفيذ ما تبقى من الأداء العقدي، إذ تبين للقاضي أن ما بقي في ذمة المدين من التزامات ضئيل بالنسبة لما تم تنفيذه و أن مصلحة الدائن لا تتأثر بذلك و قد يتجنب المتعاقدان فسخ العقد بتنفيذ المدين لإلتزاماته عينا أو عن طريق التعويض³، حينها يتقيد القاضي بما طلبه المتعاقدان، و ذلك مراعاة لمصلحتهما و لظروف النزاع المعروض عليه.

ثانياً: أثر العقد في مواجهة الغير

إن تدخل غير المتعاقد في تنفيذ العقد يحقق أو يكفل توفير استقرار حقيقي و قانوني لمركز الدائن، فالحلول القانوني لغير المتعاقد كطرف أصيل في العلاقات التعاقدية⁴، يظهر جلياً في بعض صور

1- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 75.

2- بلحاج العربي، مرجع نفسه، ص 75.

3- إذا كان سبب استحالة التنفيذ راجعة لتصرف المدين يحكم القاضي بفسخ العقد مع التعويض إذا كان سبب استحالة تنفيذ التزام المدين راجعة لسبب أجنبي عن إرادة المدين، يحكم القاضي بالفسخ دون التعويض. راجع: OLIVIER (P), op.cit, p75.

4 - ANCEL (P), Force obligatoire et contenu obligationnel, Op-cit, P771.

الحالة القانونية للعقود أو الانتقال القانوني للعقود (1)، و المتمثلة في المشتري للعقار المؤجر وصاحب العمل الجديد ، كما يظهر جليا في الأحكام المتعلقة بالأقارب الذين يمتد إليهم عقد إيجار الأماكن وفقا لإرادة المشرع¹ (2) .

1-العائد المستفيد من الحالة القانونية للعقود

يستفيد من الانتقال القانوني للعقود المالك الجديد للعقار و ذلك عند قيام المستأجر ببيع العقار المؤجر إلى غير المستأجر (أ)، و تنتقل كذلك عقود العمل إلى صاحب العمل الجديد ، دون أن يؤثر تغير الشخص صاحب العمل على بقاء ذات المنشأة و استمرار عقود العمل مع صاحب العمل الجديد² (ب) .

أ-مشتري العقار المؤجر

لقد نظم المشرع الجزائري مسألة انصراف أثر عقد الإيجار إلى مشتري العقار اعتبارا أنه خلفا خاص في مادتين 109 و 469 مكرر 3 تقنين مدني، إذ تنص المادة 109 تقنين مدني جزائري :

(إذا أنشأ العقد التزامات و حقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فان هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه)³ .

و تطبيقا لنص المادة 109 تقنين مدني، تنص المادة 469 مكرر 3 من هذا القانون: (إذ انتقلت العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية) .

1- FAUVARQUE-COSSON (B) , Op-cit , P85.

2- Idem , P85.

3-و تقابلها نص المادة 146 تقنين مدني مصري ، في تفاصيل هذه المادة الرجوع الى : أحمد بن علي بن الحميدي السعدي ، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، مصر ، 2016، ص 278

و من نافلة القول نذكر أنه يشترط لنفاذ عقد الإيجار في مواجهة المالك الجديد (المشتري) أن يكون هذا العقد قائماً في مواجهة المالك السابق، و هو لا يكون كذلك إلا إذ صدر صحيحاً غير مشوباً بالغش أو الصورية، إذ يبطل العقد في حالة هنالك توافق بين المؤجر و المستأجر للأضرار بالمالك¹.

و تتمثل الآثار المترتبة على اعتبار المشتري للعقار خلفاً خاصاً للمؤجر في انتقال ملكية العين المؤجرة للمشتري، و من ثم حلول المشتري محل المؤجر في مواجهة المستأجر، و اكتسابه صفة المتعاقد في العلاقة الإيجارية².

و بانتقال العين المؤجرة للمشتري تنتقل كافة الحقوق من المالك المؤجر إلى المشتري في مواجهة المستأجر، و يكتسب صفة المتعاقد في العلاقة الإيجارية، و يلزم البائع فيه بتسليم المبيع للمشتري، و ضمان عيوبه و استحقاقه³، و يلزم المشتري فيه بأداء الثمن للبائع و لما كان المشتري يعتبر خلفاً خاصاً للمؤجر فإن له الحق بعد أخطار المستأجر بالبيع في مطالبة المستأجر بالوفاء له بالأجرة، و هنا يلزم المستأجر بدفع الأجر إلى المالك الجديد للعقار من تاريخ انتقال الملكية من المؤجر إلى هذا المالك⁴.

ب- صاحب العمل الجديد

على الرغم من أن المبدأ الذي يحكم الروابط العقدية هو مبدأ الحرية التعاقدية، فإن أغلب تشريعات العمل الحديثة سعت إلى تكريس و تنظيم فكرة استمرار عقود العمل عند تغير شخص صاحب العمل، مع بقاء ذات المنشأة و استمرار نشاطها، فقررت هذه التشريعات أن تغير صاحب العمل لا يؤثر على استمرار عقد العمل مع صاحب العمل الجديد⁵.

1- أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، مرجع سابق، ص 280.

2- أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، مرجع نفسه، ص 281.

3 -FAUVARQUE-COSSON (B) , Op-cit , P85.

4 -عبد الناصر توفيق العطار، شرح احكام الايجار "في دولة الامارات العربية المتحدة"، مطبوعات جامعة الامارات 1997، ص 353.

5 -GRATTON (L) , Les clauses de variation de travail , Thèse dactyl , Paris I , 2009 ,P75.

حيث ذهب المشرع الجزائري في القانون المتعلق بالنزاعات الفردية 90-11 على أن تغيير الهيئة المستخدمة لا يؤثر على استمرار عقود العمل مع صاحب العمل الجديد إذ تنص المادة 74 من هذا القانون : (إذ حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة ، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد و العمال)¹ .

حيث ذهب المشرع المصري في قانون العمل مخالفا ما ذهب إليه القانون المدني في نص المادة 9 منه على: (لا يمنع من الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة طبقا للقانون، حل المنشأة، أو تصفيتها، أو إغلاقها، أو إفلاسها) . و لا يترتب على إدماج المنشأة في غيرها أو انتقالها بالإرث، أو بالوصية أو بالهبة ، أو بالبيع - و لو كان بالمزاد العلني- أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات ، إنهاء عقود استخدم عمال المنشأة و يكون الخلف مسئولا بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن هذه العقود² . و يترتب على اكتساب صاحب العمل الجديد صفة المتعاقد استمرار عقود العمل مع صاحب العمل الجديد ، حيث بعد أن كانت العلاقة التعاقدية تركز على بعد شخصي أصبحت تركز على بعد موضوعي و هي مصلحة المنشأة التي هي المعيار الأمثل في عقد العمل³ .

و لقد وضع المشرع التزاما على رب العمل الجديد -الذي ألت إليه المنشأة- بمسؤوليته بالتضامن مع رب العمل السابق قبل العمال و من مقتضى هذا الالتزام التضامني أنه لا يتعين توجيه الطلب الخاص به إلى صاحب العمل السابق. و بالتالي لا تبرأ ذمة صاحب العمل القديم من

1-قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل الفردية ، ج ر عدد 17 ، مؤرخ في 25 أفريل 1990 .

2-أحمد بن علي بن الحميدي السعدي ، مرجع سابق ، ص 280 .

3-أحمد بن علي بن الحميدي السعدي ، مرجع نفسه ، ص 280 .

الالتزامات التي نشأت في ذمته قبل انتقال المنشأة ، بل يظل مسؤول عنها بالتضامن مع صاحب العمل الجديد¹ .

2- حق البقاء للأقارب في الأماكن

تنص المادة 469 مكرر 2 تقنين مدني جزائري : (لا ينتقل حق الإيجار إلى الورثة .

غير أنه في حالة وفاة المستأجر ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك ، يستمر العقد إلى انتهاء مدته و في هذه الحالة يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ (6) ستة أشهر إنهاء العقد إذ أصبحت تكاليفه باهظة بالنسبة إلى مواردهم و أصبح الإيجار يزيد عن حاجاتهم) .

و على خلاف القانون الجزائري حدد القانون المصري طائفة الأقارب الذين يستفيدون من حق البقاء في الأماكن المؤجرة بعد وفاة المورث ، و هذا ما ذهبت إليه المادة 29 قانون رقم 49 لسنة 1977 التي حددت على سبيل الحصر بنصوص أمرة لا تقبل الاتفاق على مخالفتها المستفيدين من الامتداد القانوني في حالة وفاة المستأجر الأصلي وهم² : الزوجة و الأولاد ، و أي من والدي المستأجر و هم الأقارب من الدرجة الأولى ، متى توافرت شرط الإقامة مع المستأجر في لحظة وفاته أو تركه للعين³ .

1- السيد عيد نايل ، أحكام الضمان العيني و الشخصي "والمركز القانوني للكفيل العيني " ، بدون ناشر ، 2003/2002 ، ص 50 .

2- السيد عيد نايل ، مرجع سابق، ص 50 .

3- أحمد بن علي بن الحميدي السعدي ، مرجع سابق ، ص 280 .

المطلب الثاني

دور الإرادة في ملائمة العقد مع الواقع الاقتصادي الجديد

تلعب الإرادة دور في استقرار المعاملات القانونية، من خلال الحفاظ على التوازن عقدي، وذلك بإدراج بنود تسمح بالملائمة الآلية للعقد في حالة الحادث الغير مؤكد¹ (الفرع الأول) ، وألتفاوض على ملائمة العقد للحادث في حالة الحادث غير متوقع² (الفرع الثاني)

الفرع الأول

الملائمة الآلية للعقد في حالة حادث غير مؤكد

الحادث غير مؤكد هو حادث توقعه الأطراف أثناء إبرام العقد لكن وقوعه مرهون بظروف معينة مستقلة عن إرادة المتعاقدين ، و من الحوادث التي تقع أثناء تنفيذ العقد تدهور قيمة العملة و على هذا الأساس يلجأ المتعاقدين إلى إدراج بند التقييس في العقد لمواجهة انهيار قيمة العملة (أولاً)³، و نتناول في هذا الصدد التجربة الجزائرية في تطبيق بند التقييس (ثانياً) .

أولاً: بند التقييس

يلجأ الأطراف أثناء إبرام العقد إلى إدراج بنود أكثر فعالية لمواجهة الظروف الاقتصادية بصورة عامة، و محاربة انهيار العملة النقدية على وجه الخصوص، إلى مواجهة الصعوبات الاقتصادية و النقدية التي تعترض الأطراف أثناء تنفيذ العقد، و أهم هذه البنود بند التقييس الذي

1 - THIBIERGE (L) , Op-cit, P29

2 - Idem, P29

3- يتميز الحادث غير مؤكد عن الحادث غير متوقع في أن الأول توقعه المتعاقدين وقت إبرام العقد دون أن يكون وقوعه مؤكدا لاتصال ذلك بحدوث ظروف مستقلة عن إرادة المتعاقدان ، وعليه يقع على المتعاقدين انهيار التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذ العقد لأنه يعتبر سكوت المتعاقدين أثناء تكوين العقد على إدراج بند من شأنه مواجهة اختلال التوازن الاقتصادي قبول ضمنى من المتعاقدين لأثار الحادث الغير المؤكد ويختلف الأمر في حالة الحادث غير متوقع ، لأن هذا الأخير لم يكن في ذهن الأطراف أثناء تكوين العقد والنتيجة فان المتعاقدين لم يقبلوا بأثار الحادث على خلاف القانون الانجليزي لا يعتد القانون الجزائري على غرار القانون الفرنسي بالتمييز بين الحادث غير متوقع الغير مؤكداكتفى بالتمييز بين الحادث المتوقع الغير متوقع من خلال الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة لمواجهة الحادث غير متوقع و بذلك حصر الحادث الغير مؤكد في نطاق الحادث غير متوقع . انظر: Ibid, P29

يسعى في الغالب إلى حماية العملة النقدية و ذلك بتوفير الثقة بين الأفراد ، و السماح لهم بالابتعاد عن تهريب العملة التي تشكل العنصر الأساسي للتضخم، كما يبقى لها دورا فعالا في حماية الاقتصاد الوطني الذي أساسه الثقة و الابتعاد عن عدم التوازن النقدي، و عدم التوازن الاقتصادي و بالتالي الابتعاد عن خطر التضخم¹.

كما أن هذه البنود تنصب على العقود المستمرة (ذات التنفيذ المتتابع، أو المؤجلة التنفيذ) وهي تعمل على بقاء التوازن العقدي رغم تدني العملة بتوقع قيمة الأداء بدلالة معيار اقتصادي أو نقدي².

و يبقى الهدف الأساسي للأطراف من إدراج هذه البنود تحقيق التوازن العقدي، و ذلك عن طريق تحقيق المساواة في الالتزامات المتبادلة، و بالتالي تكريس العدالة و إرضاء مصالح الأطراف.

إلا أن إعداد هذا النوع من الشروط يكون دوما صعبا لأنه لا يفرض فقط على الأطراف توقع المخاطر التي قد تعترض العقد بصورة جيدة، و لكن أيضا تصور الآليات التي تسمح بمعالجة آثار الحادث تلقائيا، فلا يكفي الأطراف بتوقع الصعوبات الاقتصادية و النقدية التي قد تعترضهم أثناء تنفيذ العقد، بل يجب البحث عن حلول لمواجهة هذه الصعوبات تلقائيا، و ذلك بالاختيار الحسن للأرقام المرجعية³.

فبند التقييس هو "البند الذي يغير سعر الدفع بدلالة رقم مرجعي، هذا الرقم الذي يشكل قيمة سلعة أو خدمة" ، إن التقييس بحد ذاته غاية لتدارك انخفاض قيمة العملة، إذ قد يعتمد الأطراف أن

1-GHOZI (A) , La modification de l'obligation pa la volonté des parties , LGDJ , 1980, P75 .

2-PELLERIN (J) , Les clauses relatives à la réparation des risques financiers entre les contractants , Thèse , Paris II , 1977, P78 .

3- GHOZI (A),Op-cit,P45 .

يجعلا سعر الدفع بدلالة رقم مرجعي الذي يشكل قيمة سلعة أو خدمة بعملة أجنبية. إذ أن العملة الأجنبية تشكل إما طريقة دفع قيمة سلعة أو خدمة أو دفع قيمة هذه الأخيرة أو دفع قيمة السلعة أو الخدمة بالعملة الوطنية بسعر يساوي قيمة السلعة أو الخدمة بالعملة الأجنبية¹.

إن العملة الأجنبية يمكن أن تشكل رقم مرجعي يستعين به الأطراف للحفاظ على التوازن العقدي²، و من أبرز الدول التي اعتدت بالعملة الأجنبية كرقم مرجعي بولونيا و إسبانيا، حيث في بولونيا صدر قانون سنة 2009 الذي عدل المادة 358 قانون مدني بولوني و التي نصت: "المدين بالتزام بمقدار بعملة أجنبية يمكنه دفع قيمة الالتزام بالعملة اليونانية المقابلة لقيمة الالتزام بالعملة الأجنبية"³.

غير أن بعض الدول مثل فرنسا و الجزائر لا تعتد بالعملة الأجنبية كرقم مرجعي، فالتقييس هو مجرد آلية (تقنية) تسمح بالتغير التلقائي لقيمة الخدمات⁴، أو البضائع بدلالة رقم مرجعي يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف، مراعين في ذلك التقلبات الاقتصادية و لا يكون التقييس كتقنية فعالة للحد من المخاطر المتوقعة أثناء إبرام العقد، إلا إذا كان الرقم المرجعي المختار من قبل الأطراف صحيحا و مشروعا، و ذلك من أجل ضمان استقرار العلاقة العقدية⁵.

و مع هذا تبقى بنود التقييس الوسيلة الناجعة و الكافية و الممكنة لحماية الأطراف من تدهور العملية النقدية، كما توجد هناك صعوبة تواجه بند التقييس، و ذلك في محاولة معرفة ما إذا كان

1 - Dagmara (P), le déséquilibre contractuelle du au changement imprévisible, master en droit européen comparé, université panthéon-assas banque des mémoires, 2013, P41

2- Idem, P78.

3- تنص المادة 95 من القانون المدني الجزائري (إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها أي تأثير).

4- DELEBECQUE (PH), Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, Thèse, AIX-Marseille, 1981, P15.

5- Idem, P211.

صحيحاً أم لا، مما يدفع بنا إلى البحث عن شروط صحة بند التقييس و الجزاء المترتب عن عدم توفر شروط صحة بند التقييس¹.

إذ كان أساس بند التقييس هو الرقم المرجعي، فإن الأطراف ملزمون بالاتفاق عليه و اختياره مع مراعاة مشروعيته فعاليته، فهذا الأخير يكون مرجع في حالة مواجهة العقد لبعض التقلبات الاقتصادية، و لكي يكون بند التقييس صحيحاً و جب أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بنشاط أحد الأطراف (1) ، أو بمحل العقد(2).

1- علاقة الرقم المرجعي بنشاط أحد الأطراف

يراد بعلاقة الرقم المرجعي بنشاط أحد الأطراف ربط نسبة تغير الرقم المرجعي بنشاط أحد الأطراف مع مراعاة عدة اعتبارات أهمها الزمن، إلا أنه يثار في هذا الصدد مشكل تحديد نشاط أحد الأطراف فهل يقتصر على النشاط المهني أم يمكن أن يتعلق بأي نشاط آخر؟ .

إن ما جرى عليه العمل و الأكثر انتشاراً أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بالنشاط المهني لأحد المتعاقدين².

كما يشترط أن يكون الرقم المرجعي على علاقة بالنشاط المهني الرئيسي لأحد الأطراف فالعناصر المهنية التي تم أخذها و جب أن تكون أساسية بالنسبة للنشاط الرئيسي أولاً و ذلك لارتباطها المباشر به³. و ذلك حتى يمكن اعتبارها فعالة لصحة بند التقييس، مثل ثمن بيع محل تجاري(مخبزة، حلويات) تم تقييسها على سعر الزبدة و الخميرة و اللوز و حب الملوك⁴، فالعنصر المهني الذي تم تقييسه و جب أن يكون أساسياً بالنظر إلى نشاط أحد المتعاقدين، و في حالة تغيير

1- خديجة فاضل، مرجع سابق، ص 46 .

2- خديجة فاضل، مرجع نفسه، ص 46 .

3-EL-GAMMAL (M) , L'adaptation du contrat aux circonstances économique : étude comparée de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie , Thèse paris ,LGDJ , 1967 ,P78 .

4-DENIS (PH), Op-cit,P 144.

النشاط المهني وجب الأخذ بعين الاعتبار النشاط المهني الممارس أثناء إبرام العقد، و في حالة تقاعد أحد المتعاقدين يأخذ بعين الاعتبار النشاط الذي كان يزاوله قبل تقاعده¹.

و في نفس السياق صدر عن الحكومة الفرنسية أمر رقم 58-1374 مؤرخ في 30 ديسمبر 1958 المتعلق بقانون المالية سنة 1959 في المادة 79 منه يحظر كل بند تقييس يتعلق بمستوى العام للأجور أو الأسعار ، أو على ثمن السلع و الخدمات التي لا تمت بعلاقة مباشرة مع محل العقد أو نشاط أحد الأطراف².

و في القانون البلجيكي صدر قانون الإصلاح الاقتصادي المؤرخ في 30 مارس 1976 و قام بتضييق نطاق تطبيق بند التقييس بموجب المادة 57 منه و التي استبعدت العنصر المهني الثانوي من تقييسه بالنظر إلى نشاط أحد المتعاقدين³، و من بين العناصر الثانوية (المصاريف العامة)، حيث أن العناصر المهنية التي أخذها وجب أن تكون أساسية بالنسبة للنشاط الرئيسي أولاً⁴.

إلا أن الصعوبة تثار في حالة تغيير النشاط المهني الممارس أثناء العقد، فهل يبقى العقد صحيحاً أم يتم تعديله إذ كان للأطراف الحرية في التعاقد؟، وذلك بإدراج الشروط التي يرونها مناسبة لمصالحهم، فإن الحيطة و الحذر في اختيار الشروط و فحصها إلزامية للأطراف أثناء إبرام العقد⁵.

فتغيير النشاط المهني يترتب عنه أثر وحيد هو تجميد بند التقييس، لأنه لا يمكن تصور تغيير النشاط المهني بسبب وجود العقد، و بالتالي في حالة حدوثه يؤدي إلى بطلان بند التقييس و العقد

1 -LASBORDES (V) , Op-cit , P 490 .

2-article 79 de l'ordonnance 58-1374 du 30-12-1958 modifiée par l'ordonnance 59-246 du 4-2-1959 stipule: (Dans les nouvelles dispositions statutaires ou conventionnelles, sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliments, sont interdites toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur le prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'I.N.S.E.E) , Idem , P 493 .

3-EL-GAMMAL (M) , L'adaptation du contrat aux circonstances économiques : étude comparée de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie , Thèse précitée, P78

4 -Idem, P78.

5- خديجة فاضل ، مرجع سابق ، ص 48 .

في أن واحد¹، إلا أن هذا الحل لا يتماشى مع الهدف الأساسي من التعديل و هو بقاء العقد وبالتالي الاكتفاء بتجميد بند التقييس و ذلك لضمان الاستقرار في المعاملات، و يجوز مثلا لصاحب المطبعة أن يضع رقما مرجعيا متغيرا لالتزاماته بدلالة الأجر الساعي لعمال المطبعة، و كذا الأمر بالنسبة لثمن بيع محل تجاري لإصلاح السيارات(ميكانيك) ، ففي هذه الحالة يمكن وضع مقياس متحرك بدلالة أجر العامل الميكانيكي ، و يبقى للرقم المرجعي المختار على أساس النشاط المهني لأحد المتعاقدين دور في صحة شروط التقييس، رغم الصعوبات التي تواجهه بمناسبة تغيير النشاط المهني لأحد المتعاقدين من جهة، و الابتعاد عن تدهور العملة النقدية من جهة أخرى².

2-علاقة الرقم المرجعي المختار بمحل العقد

يلجأ الأطراف إلى اختيار رقم قياسي و ربطه بمحل العقد، و يراد بهذا الأخير بمفهومه الواسع محل الالتزام و سبب العقد³.

و محل الالتزام يعني الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، و يكون إما نقلا لحق عيني أو عملا، أو امتناعا عن عمل. أما سبب العقد: فهو الدافع الباعث الذي يحمل المتعاقدين على إبرام العقد⁴.

يكون الرقم المرجعي المختار على علاقة مباشرة بمحل العقد، مثلما هو الحال في عقد القرض المتفق عليه لبناء أو شراء منزل، فالرقم المرجعي لسعر البناء يدرج في عقد القرض، حيث يكون مشروعا لوجود علاقة مباشرة مع محل القرض، فيكفي هنا أن يكون الرقم المرجعي لسعر البناء مشروعا و على علاقة مباشرة بمحل العقد⁵.

و ضيق القانون البلجيكي من نطاق تطبيق بند التقييس ، إذ صدر قانون الإصلاح الاقتصادي المؤرخ في 30 مارس 1976، و اشترط في الرقم المرجعي في مادته 57 ما يأتي : (لا

1-GRYNBAUM (L) , Op-cit , P78 .

2-خديجة فاضل ، مرجع سابق ، ص48 .

3 -DENIS (PH), Op-cit,P15 .

4 -DAGMARA (P) , Op-cit , P42 .

5-LASBORES (V) , Op-cit , P 495 .

يقاس الرقم المرجعي على الثمن المعروض للمستهلك لكنه يقاس على القيمة الحقيقية للسلعة أو الخدمة¹.

- يجب أن يكون الرقم المرجعي على علاقة مباشرة بالعناصر المهنية الأساسية بالنسبة للنشاط الرئيسي و ذلك لارتباطها المباشر به، أما المصاريف العامة و الثانوية بالنسبة لنشاط أحد الأطراف فلا تدخل في تقييسها على سعر الخدمة، أو السلعة².

- تعديل العقد يكون في حدود 80% من السعر الإجمالي الجديد للسلعة أو الخدمة.³

و مثلا إذ كان ثمن المنتج هو 200.000 فرنك ، و يتمثل أجور العمال 50% من قيمة المنتج ، و المصاريف العامة تمثل 25% و المواد الأولية تمثل 25% من قيمة المنتج، لا يمكن تعديل ثمن المنتج إلا في حدود 80% من سعر المنتج الحقيقي. فالسعر القابل للتعديل هو 1600 فرنك، المصاريف العامة أو الثانوية غير قابلة لتقييسها، و بالتالي تكون الأسعار الخاضعة للآلية التقييس هي سعر المواد الأولية و التي تمثل 25% من ثمن المنتج القابل للتعديل و التي تحصل عليها بضرب نسبة 25% × ثمن المنتج القابل للتعديل و نتحصل على ثمن 40.000 فرنك و نفس العملية تطبق على الأجور و نتحصل على ثمن الأجور يقابل 80.000 فرنك خاضع لآلية المعالجة الاتفاقية⁴.

ثانيا : التجربة الجزائرية: من الصعب الحديث عن التجربة الجزائرية في هذا المجال بالنظر إلى حساسية عنصر الثمن في العقود التي تبرمها الشركات الجزائرية⁵ ، إلا أنه يمكن لنا الإشارة إلى بعض الممارسات الخاصة بآلية التقييس خاصة في عقود التوريد بالغاز التي أبرمتها شركة سوناطراك مع العديد من الشركات الأجنبية، و المؤشر المرجعي في هذه العقود مرتبط بسعر

1- خديجة فاضل ، مرجع سابق ، ص48

2- خديجة فاضل ، مرجع نفسه ، ص48

3-DENIS (Ph) ,Op-cit , p15 .

4 - Idem, P15 .

5- موكه عبد الكريم ، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراة ،جامعة تيزي وزو ، 2007 ، ص 350 .

البتترول الخام بمعنى أن سعر الغاز يتغير بصفة آلية بتغير سعر البترول سواء بالارتفاع أو الانخفاض¹.

و طبقت هذه الآلية لمراجعة ثمن الغاز في العقود المبرمة مع الشركتين الايطاليتين (Eni,Edison) و الشركة الاسبانية Gaz Natural ، و نظرا لارتفاع أسعار مادة البترول التي وصلت إلى تحقيق أرقام قياسية كان كذلك مصير ثمن الغاز باعتباره مرتبطا بثمان البترول بفعل آلية التقييس الواردة في العقود²، إلا انه ما يعاب على الشركة الوطنية أنها خلال الاتفاقات التعاقدية مع مختلف الشركات الأجنبية تم الاشتراط في العقود على عنصر تغير الظروف clause de bouleversement الذي يؤدي بالضرورة إلى مراجعة الثمن في حالة تغير الظروف المحيطة أمام المنافسة الشديدة التي يعرفها سوق الغاز (المعروفة بتسمية Marché Spot) خاصة من دول الولايات المتحدة الأمريكية التي تسوقه بأثمان منافسة جدا ، هذا ما يدفع بالشركات الأجنبية المطالبة بإعادة التفاوض على الثمن في عقود التوريد المبرمة مع الشركة الجزائرية تأسيسا على الاشتراط العقدي بتغير الظروف clause de bouleversement³.

أما فيما يخص عملية التقييس القائمة على المؤشر المرجعي الخاص بالعملة ، فان التجربة الجزائرية في هذا المجال قليلة إن لم نقل منعدمة على اعتبار أن عنصر مراجعة الثمن وفقا لهذه الآلية غير معمول به ، كما أن الشركات الوطنية تستبعدا تماما⁴ ، على اعتبار أن سوق الصرف

1-موكه كريم ، مرجع سابق ، ص357

2-موكه كريم ، مرجع نفسه ، ص357

3-الشركة الوطنية سوناطراك استعملت لصالحها بند تغير الظروف لتفعيل بند التقييس الخاص بتقييس ثمن الغاز بثمان البترول أمام الهيئة التحكيمية سنة 2007 في العقد الذي يجمعها مع الشركة الاسبانية ، اذا طالبت سوناطراك بقيمة الثمن الحاصل وفقا لعملية التقييس نتيجة لارتفاع ثمن البترول ، اذا وصلت قيمة الثمن المستحق وفقا لعملية التقييس وواجب الوفاء به من الشركة الاسبانية 115 مليار اورو ،وهو الموقف الذي اتخذته المحكمة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية لصالح الشركة الوطنية سنة 2010 : موكه عبد الكريم ، مرجع نفسه ، ص 350 .

4- قويدري قوشيح بوجمعة ، إنعكاسات تقلبات أسعار البترول على التوازنات الاقتصادية الكلية في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية ، جامعة الجزائر 2008-2009 ، ص78 .

في حركة دائمة و غير مستقرة مما ينشأ تذبذب العملات بالارتفاع و الانخفاض ، و بالتالي نجد أن أغلب الشركات الوطنية تعتمد على الوفاء بالعملة الأكثر استقرارا في السوق المالية الدولية¹ .

الفرع الثاني

الملائمة الاتفاقية للعقد في حالة حادث غير متوقع

يتفق المتعاقدان في العقد على أنه في حالة حادث غير متوقع يلتزمان بإعادة التفاوض غير أنه على خلاف الحادث غير المؤكد، فالحادث الغير متوقع لم يكن في ذهن الأطراف أثناء تكوين العقد و بالنتيجة فإن المتعاقدان لم يقبلوا بآثار الحادث² .

و نتناول أساس المعالجة الاتفاقية للحادث غير متوقع (أولا)، و التفاوض كألية لاعادة التوازن العقدي (ثانيا) .

أولا :أساس المعالجة الاتفاقية

تتمثل أساس المعالجة الاتفاقية في بند القوة القاهرة (1) و بند التفاوض (2).

1-بند القوة القاهرة

نتطرق إلى بند القوة القاهرة في القانون المدني (أ)، ثم القانون الدولي باعتباره المجال الطبيعي لتطبيقه (ب).

أ-بند القوة القاهرة في قواعد القانون المدني

حرية التعاقد أو الحرية التعاقدية للأطراف مبدأ أساسي معترف به في كافة القوانين الوطنية و في قانون التجارة الدولية، و تترجم أهميته في هذا المقام في منح الأطراف حرية كبيرة في تنظيم

1-موكح كريم، مرجع سابق، ص258 .

شروط القوة القاهرة أو شروط الإعفاء من المسؤولية بصفة عامة¹.

إن القواعد المتعلقة بالقوة القاهرة، في كل القوانين ليست كلها من النظام العام، فمن الممكن أن تحدد هذه القواعد بالاتفاق بين الأطراف²، و قد يأخذ تنظيم الأطراف لهذه الشروط أكثر من شكل، فيستطيعون أن يعدلوا في مفهوم الفكرة أو وصف الأحداث المشكلة لها أو وظيفة القوة القاهرة. و الأمر يتعلق في جميع الحالات باختيار الشكل الملائم بطبيعة علاقاتهم و الطبيعة المفضلة لهم في تنظيم هذا الشرط³.

و يتفق فقه التجارة الدولية في أنه نظرا لاختلاف تنظيم القوانين الوطنية للقوة القاهرة ، أو لشروط انتقاء المسؤولية أو الإعفاء منها بصفة عامة، فإنه يقع على الأطراف في العقد عبء إعطاء مفهوم معين للشرط و تحديد مجال تطبيقه و تعيين النتائج التي تترتب على حدوثه⁴.

و يتضمن القانون المدني الجزائري قواعد تدلنا أن نظرية القوة القاهرة ليست من النظام العام يجوز تنظيم شروطها ، و ذلك من خلال عدة نصوص قانونية، نستنتج من خلالها أنه يمكن اتفاق المتعاقدين على تنظيم شروط القوة القاهرة⁵ ، حيث تنص م 127 تقنين مدني على ذلك : (إذ أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه القوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو إتفاق يقضي بغير ذلك). كما تنص المادة 120: (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي) .

1-EL-GAMMAL (M) , Thèse précite,P78

2-Idem , P78

3-شريف محمد غنام ، مرجع سابق ، ص 202 .

4-شريف محمد غنام، مرجع نفسه ، ص 54 .

5-THIBIERGE (L) , Op-cit , P29

يتبين من النصوص السابقة على أنه يجوز للأطراف الاتفاق على تنظيم شروط القوة القاهرة بحيث تكون أكثر مرونة، و تتلاءم أكثر مع الظروف الاقتصادية¹.

ب- بند القوة القاهرة في قانون التجارة الدولية

تؤدي القوة القاهرة بمفهومها التقليدي إلى نتيجة لا خلاف عليها في الفقه أو في القضاء و تتمثل هذه النتيجة في انفساخ و انتفاء مسئولية عن عدم التنفيذ².

و هذه النتيجة و إن كانت معروفة أيضا في عقود التجارة الدولية إلا أنها لا تطبق إلا نادرا فاللجوء إلى فسخ العقد لا يكون في هذه العقود إلا حل أحير في غياب جميع الحلول الأخرى التي تحفظ العقد و تضمن له الاستمرار في التنفيذ ، و من أهم هذه الحلول إعادة التفاوض³.

فالمبدأ المطبق في عقود التجارة الدولية هو مبدأ الحفاظ على العقد⁴، و بقاء العلاقات التعاقدية بين الأطراف، و لهذا نجد أنه من النادر أن يتفق الأطراف على إنهاء العقد أو فسخه بسبب حدوث القوة القاهرة ، فالغالب في الشروط التعاقدية و في آراء الفقه أن يتفق الأطراف على إعادة التفاوض بهدف تعديل العقد حتى تتماشى أحكامه مع المعطيات الجديدة⁵.

و يرى الفقه باقتراب العلاقة بين القوة القاهرة بمفهومها الحديث و شرط إعادة التفاوض بالنظر إلى النتيجة التي تترتب على كل منهما⁶.

فالأستاذ "فونتان" FONTAINE يعبر عن ذلك بقوله " يتفق الأطراف في الغالب في

شروط القوة القاهرة على إعادة التفاوض، و في هذه الحالة يمكن أن يندرج شرط القوة القاهرة

1-DELEBECQUE (PH) , Les clauses allègent les obligations dans les contrats , Thèse , AIX-Marseille , 1981 , P15.

2- شريف محمد غنام ، مرجع سابق ، ص 202 .

3-THIBIERGE (L) , Op-cit , P29.

4-Idem, P29.

5-DENIS (Ph), Op-cit, P150.

6-Idem, P 45 .

ضمن طائفة شروط مراجعة العقد¹ .

و يرى الأستاذ "أوبيد" OBEID أن : (هناك حالات يكون من المستحيل فيها الفصل أو وضع الحدود بين شروط القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض HARDSHIP و يكون ذلك عندما تتشابه الأحداث التي يواجهها كل منهما، و عندما يؤدي حدث القوة القاهرة بمفهومه الجديد إلى إيجاد حل على أساس إعادة التفاوض بين الأطراف)² .

و بعد أن أكد وجود الاقتراب بين شرط القوة القاهرة و شرط إعادة التفاوض، أثار الأستاذ OSMAN التساؤل حول ما إذا كان هذا التشابه يعكس خلطاً بين فكرتين قانونيتين مختلفتين أم يعبر عن حقيقة علاقة قانونية بين مفهوم الفكرتين خلقها الواقع التعاقدية³. و خلص هذا الأستاذ إلى أن إرادة الأطراف متجسدة في الشروط التعاقدية خلقت نوعاً من التقارب بين الشرطين ، إلا أن هذا التقارب لا يعني في مفهومه تساوي الفكرتين⁴ .

و اقتراب القوة القاهرة بمفهومها الحديث من شرط إعادة التفاوض يظهر بوضوح عند تحليل شروط القوة القاهرة المنصوص عليه في عقود التجارة الدولية⁵ . تتخذ الشروط التعاقدية التي اتفق فيها الأطراف على إعادة التفاوض HARDSHIP في حالة وقوع القوة القاهرة صوراً عديدة نذكر منها الأمثلة التالية :

الشرط الذي ينص على أن " سوف يتقابل الأطراف في أقرب مدة ممكنة لفحص

الآثار التعاقدية التي سببتها أحداث القوة القاهرة ، و بصفة خاصة أثرها على الثمن و مدة التنفيذ و مدى الاستمرار في العقد⁶ ، و قد يأتي اتفاق الأطراف على النحو التالي : " إذا استمرت القوة

1-FONTAINE (M) , Droit des contrats internationaux , Analyse et rédaction de clause , FEC , 1989 , P 241 .

2-OBED (E) ,le calcul du prix dans les contrats internationaux, thèse, MONTPELLIER, 1990, P 257.

3 -OSMAN (F) , Les principes généraux de la lex mercatoria , Thèse , Paris , LGDJ , 1980 , P 159 .

4 -Idem , P159 .

5- حسن علي كاظم ، اشتراطات الهاردشيب و أثرها على تعديل العقود الدولية ، مقال منشور في مجلة الحقوق ، السنة الثالثة ، العدد 2 ، 2011 ، جامعة كربلاء ، العراق ، ص 12 .

6 - DENIS (Ph) ,Op-cit , P150 .

القاهرة مدة أكثر من شهرين ، فإن المتعاقدن سوف يتفقون على إيجاد حل يواجهون به الأحداث التي وقعت " . أو يتفقون على أن " المتعاقدين سوف يبذلون جهودهم للوصول إلى اتفاق مناسب خلال مدة جديدة قدرها شهر " ¹ .

2- بند إعادة التفاوض (clause de hard schip)

تتضمن بنود إعادة التفاوض إلزام الأطراف بإعادة تنظيم العقد من جديد إذا ما كانت هناك ظروف أدت إلى التغيير في المسائل الجوهرية للعقد ²، و بالتالي إلى الاختلال في التوازن العقدي. إذن يترتب على بند إعادة التفاوض إلزام الأطراف بمناقشة و تبادل الاقتراحات في ظروف حسنة، نتيجة لتغيرات خارجة عن إرادتهم، و التي اعترضت العقد أثناء تنفيذه، مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثل ما يحدث في الاتفاقات الجماعية للعمل ³ .

و يضع بند إعادة التفاوض على عاتق الأطراف مجموعة من الالتزامات أهمها إلزام الأطراف باتخاذ جميع التدابير المنصوص عليها في العادات و مبدء حسن النية، لأن سير المناقشات و جب أن تكون نزيهة و جديرة ⁴ ، أي و جب عليهم تقديم اقتراحات عادلة، يقوم بمقتضاها كل طرف بتقديم ما في وسعه لتسهيل التنفيذ للطرف الآخر، و ذلك بتقديم اقتراحات تبين حسن نيتهم باتجاه إرادتهم على بقاء الرابطة العقدية المشتركة، دون تضحية بمصالحهم لإعادة التوازن العقدي ⁵.

يفرض بند إعادة التفاوض على الأطراف الالتزام بالتعاون، و يتم إثبات روح التعاون بتواصل تبادل الحد الأقصى للمعلومات حتى تبقى العلاقات قائمة على أسس صلبة، وذلك لتسهيل

1- شريف محمد غنام ، مرجع سابق، ص 379 .

2- خديجة فاضل ، مرجع سابق، ص 45 .

3- خديجة فاضل ، مرجع نفسه، ص 45 .

4- حسن علي كاظم، مرجع سابق، ص 12.

تنفيذ العقد، و الوصول إلى اتفاق يتمشى و مصالحهم، كما تشترط هذه المرحلة سير المناقشات في أجال معقولة، لأنه قد ينجم عن تمديد الآجال، إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين¹.

و علاوة على إدراج بند صريح بإعادة التفاوض في العقد، يرى فقهاء القانون الكنسي بالتزام الأطراف بإعادة التفاوض إذ تغيرت ظروف إبرام العقد أثناء تنفيذه و ذلك على أساس وجود شرط ضمني في كل العقود ذات الطبيعة المتعاقبة أو التي يتراخى تنفيذها إلى المستقبل، و مقتضى هذا الشرط بأن تنفيذ العقود مرهون ببقاء الظروف التي أبرم في ظلها على حالها حتى تمام التنفيذ ، فإن تغيرت تلك الظروف تغييرا أدى إلى وقوع ضرر في جانب أحد المتعاقدين تعين فسخ العقد أو تعديل شروطه على الأقل² . حاولت بعض المحاكم أن تمس حرمة العقد بقبول نظرية الظروف الطارئة و تطبيق القاعدة الكنسية - الشرط الضمني للعقود- التي تقضي بتعديل أحكام العقد إذا تبدلت الظروف التي تم فيها، من هذه الأحكام حكم محكمة روان الصادر بتاريخ 9 فيفري سنة 1844 ، و الذي قضى بتعديل شروط العقد، التزم بموجبه متعهد بتقديم خدمات للنقل البري بين مدينتي باريس و روان على أساس المنافسة الغير متوقعة للسكك الحديدية³ .

غير أن محكمة النقض الفرنسية أعلنت رفضها المطلق لتعديل العقد بسبب تغير الظروف، و أurst اجتهداها برفض نظرية الظروف الطارئة كلما عرضت عليها، و سنذكر على سبيل المثال قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1856/1/9 في قضية عقد البذل الشخصي في الخدمة العسكرية سنة 1856 ، و ورد فيه (إن القانون الذي رفع عدد المجندين لم تكن له صفة القوة القاهرة و لا الحادث الفجائي اللذان يجعلان تنفيذ الالتزام مستحيلا . و بهذا خلصت المحكمة إلى أن المدين لا يستطيع أن يتحرر من التزاماته استنادا إلى ظروف طارئة إلا إذا بلغت هذه الظروف مبلغ القوة القاهرة بحيث يغدو تنفيذ الالتزام مستحيلا⁴) .

1- lasbordes (v) ,op-cit , P 520 .

2-موسى سلمان أبو ملموح، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ،غزة ، 2012 ، ص 10 .

3-بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص 60 .

4-بولحية جميلة ، مرجع نفسه ، ص 61 .

و في رأينا أن تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي استنادا إلى فكرة وجود بند ضمني في العقد ، من شأنه أن يهدد حرمة العقد ، كما أن القانون يحظر تفسير العبارات الواضحة بناء على المادة 111 تقنين مدني .

أ- طبيعة الظرف الاقتصادي

إذ كان مصدر الالتزام إعادة التفاوض هو بند إعادة التفاوض clause de hard schip فعلى العموم يتضمن بند إعادة التفاوض تحديد الظرف الاقتصادي سواء كان تعديل التشريعات، الإضراب، ارتفاع الأسعار¹.

فالمتعاقدان يحددان في العقد نوع الظرف الاقتصادي الذي يقتضي تطويع العقد مثل تغيير تشريعات ، تغير سعر عملة نقدية² ، و إذا كان الأطراف على دراية بالأخطار و تغير الظروف التي تصاحب تنفيذ العقد إلا أنهم يجهلون طبيعة الظروف ووقت حدوثها و نطاق الحادث، و هذا ما يدفع بهم إلى جهلهم لها وقت إبرام العقد، مما يتطلب أن يكون الحادث غير متوقع³ .

و يجب أن يتصف الظرف بالعمومية أي يؤدي إلى قلب موازين العقد ، بمعنى له تأثير على كل العقود المبرمة في ذات الفترة و ذات محل التعاقد ، كما يقصد بالعمومية هو تغير الوضع العام أو في الظروف التي أبرم في ظلها العقد و اختلال توازن الالتزامات الأساسية للعقد⁴.

و علاوة على شرط العمومية يشترط أن يكون الظرف كذلك استثنائي غير مألوف أو مما يندر وقوعه ، إلا أن الأخذ بهذا العنصر يجعل من أطراف العقد يستبعدون كل الظروف خاصة الاقتصادية منها، على اعتبار أن الظروف الاقتصادية دائما في تغير مستمر خاصة و أن لها التأثير المباشر على عنصر الثمن بالإضافة إلى علمهم بآثارها⁵، لكن العكس من ذلك فإن الظروف

1-Dagmara (P), op-cit , Page39

2-Idem, P85.

3-PENIN (O) , Op-cit , P420 .

4-LASBORDES (V) , Op-cit , P204

5-يحيى شارف، ضرورة اسقاط الشرط عمومية الظرف الطاريء في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية ، 2010 ، ص52 . www.univ-chlef.dz

الاستثنائية ترتبط بوقت حدوث الظرف ، و الهدف من اشتراط عنصر الاستثنائية في البنود الخاصة بإعادة التفاوض يكمن في احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد و ذلك من أجل التوفيق بين الحفاظ على استقرار الثمن و مختلف عناصر العقد و ما يتطلبه ثبات الروابط العقدية و الاستمرار في تنفيذها¹ .

و علاوة على نوع الحادث ، يجب أن يكون الحادث مستقل عن إرادة الطرف الذي يطالب بإعادة التفاوض من خلال مدى مساهمته في تحقق الظرف الذي يؤدي إلى حدوث اختلال في اقتصاديات العقد ، و هذا أمر منطقي على اعتبار انه لا يعقل أن يتسبب المدين بالثمن في إعاقة تنفيذ التزامه ثم يتمسك بأحكام إعادة التفاوض على العقد في حين أن ما حدث كان نتيجة لتصرفاته أو أمرا مدبرا منه² .

هذا ما يعبر عليه في عقود التجارة الدولية بتنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسن النية ، و لقد أكدت أحكام المبادئ الموحدة للعقود الدولية على عنصر استقلالية الظروف في مادتها 2-2-6 عند استعمالها لمصطلح أن يكون الظرف أو الحادث يفلت عن سيطرة الطرف المضرور³ .

أما إذ كان مصدر التزام إعادة التفاوض هو مبدأ عام بالتزام بتنفيذ العقد بحسن النية و اختلف الأطراف في مفهوم الظرف الاقتصادي الذي يقتضي إعادة التفاوض فإن للطرف الذي يهيمه الأمر اللجوء إلى القاضي من أجل تحديد الظرف الاقتصادي الذي يقتضي إعادة التفاوض⁴ .

ب-اختلال اقتصاديات العقد

رغم الوصف التعاقدي لشرط إعادة التفاوض مما يجعله متنوعا من حيث أشكاله و طرق التعبير عنه من عقد إلى آخر⁵ ، فإن فقه التجارة الدولية يجمع على وجوب أن تؤدي الأحداث و

1- يحي شارف ، مرجع سابق ، ص 75 .

2- خديجة فاضل ، مرجع سابق ، ص 55 .

3-LASBORDES (V) , Op-cit , 527

4- Idem , 527.

5-PENIN (O) , Op-cit , P420 .

تغير الظروف التي يواجهها شرط إعادة التفاوض إلى اختلال توازن العقد بشكل يؤثر سلبا على قدرة المتعاقد على تنفيذ التزامه، و يعتمد فقه التجارة الدولية على المعيار الشخصي و الموضوعي من أجل إثارة إعادة التفاوض، فالمعيار الموضوعي يرتبط أساسا بطبيعة و درجة حدة الظروف المؤثرة على استقرار الثمن¹، و في هذه الحالة ينحصر دور المحكم أو القاضي في حالة تحققها في دراسة شروط العقد، و ما هي الأحداث و الظروف التي طرأت أثناء التنفيذ و مقدار الاختلال الناجم عن تلك الأحداث وفقا لما يستطيع أن يتحملة الشخص العادي الموضوع في نفس الظروف التي يوجد فيها المدين².

لكن قد يكون اشتراط إعادة التفاوض الذي يقوم على درجة من الاختلال غير محدد بدقة خاصة في تفسير إرادة الأطراف و مقصدهم من استعمال مصطلح الاختلال إضافة إلى أن هذا المعيار لا يهتم بالجوانب و العوامل الشخصية للمضروور من تغير الظروف³، لهذا استوجب الاعتماد كذلك على المعيار الشخصي الذي يتحقق في حالة تحمل المدين بالثمن ضررا شديدا من جراء فقدان العقد لتوازنه إلى درجة عدم استطاعته تحمل الضرر، و تعبر هيئة التحكيم التجاري الدولي عن موقفها في العديد من القضايا على اعتمادها المعيار الشخصي لتقدير اختلال التوازن في ذلك قرار رقم 5617 لسنة 1989 الذي ورد فيه: "اختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد ناجم عن التغيرات الجوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في التنفيذ المتبادل للالتزامات المتعاقدين أنفسهم بحيث تجعل التزامات أحد المتعاقدين غير معقولة و غير عادلة بالنسبة للالتزامات المتعاقد الآخر"⁴.

ثانيا: التفاوض : يلتزم المتعاقدان بإعادة التفاوض في حالة حادث غير متوقع (1)، و يترتب على التفاوض إما النجاح أو الفشل (2)⁵.

1- DENIS (Ph), Op-cit, P45.

2-LASBORDES (V), Op-cit, P 527.

3-BESSON (CH), La force obligatoire du contrat et les changement de circonstances, Thèse, Lausanne, 1955, P75.

4- موكه عبد الكريم، مرجع سابق، ص 301

5 -THIBIERE (L), Op-cit, P98.

1-سير التفاوض : يقوم التفاوض على أساس التزام تعاقدى بالتفاوض(أ)، غير أنه يثور سؤال على مال العقد أثناء التفاوض ؟ (ب)¹ .

أ-الالتزام التعاقدى

إذ حدثت ظروف اقتصادية أدت إلى انهيار التوازن الاقتصادي للعقد رأساً على عقب أصبح التزام المدين مرهقاً أو مستحيل، يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض لإعادة التوازن في العقد على أساس بند إعادة التفاوض أو المبدأ العام في التزام المدين بتنفيذ العقد بحسن نية. و عموماً إذ كان مصدر التزام الأطراف بإعادة التفاوض هو بند إعادة التفاوض فإن هذا الأخير يحدد شروط الحادث غير متوقع و مقدار اختلال التوازن الاقتصادي الذي يقتضي تطويع العقد، أما إذ كان مصدر التزام الأطراف بإعادة التفاوض هو مبدأ حسن نية في تنفيذ العقد، فإن حالة اختلاف الأطراف على إعادة التفاوض، يلجأ الطرف الذي يهيمه الأمر إلى القاضي لتقدير إذ كانت طبيعة الحادث غير متوقع تقتضي إعادة التفاوض² .

الالتزام بالتفاوض بحسن النية هو التزام يبذل عناية الرجل العادي، إذ أنه يمنع القانون كل غش أو تدليس يؤدي إلى فشل التفاوض و من مظاهر الغش أثناء التفاوض، القيام بتصرفات تعيق سير التفاوض، أو عدم الرد على اقتراحات أو إيجاب المتعاقد الآخر لأن هدف إعادة التفاوض، هو استمرارية العقد و ليس المماطلة في تنفيذ العقد ،غير أن مبدأ التفاوض بحسن نية يتناقض مع تضارب المصالح العقدية، إذ أن تضارب المصالح العقدية يستبعد الالتزام بحسن النية³.

و يرى الفقه الراجح أنه في حالة قيام حادث غير متوقع يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي في العقد، فإن الالتزام بالدخول في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة، أما بعد دخول

1-GRYNBAUM (L) , Op-cit , P78 .

2-Ibidem,P21 .

3-BESSON (CH), Thèse précite , P75.

المتعاقدين في التفاوض و النقاش من أجل إيجاد الحل المناسب لإعادة التوازن العقدي فهو التزام بحسن النية، و الالتزام بحسن النية هو التزام ببذل عناية¹.

ب- مآل العقد أثناء عملية التفاوض

يفرض مبدأ القوة الملزمة استمرار المتعاقدين في تنفيذ العقد أثناء عملية إعادة التفاوض، و لا تقف هذه الأخيرة عائقاً أمام استمرار تنفيذ العقد و هذا ما يفرضه قانون التجارة الدولية² في المادة 6.2.3.2 منه التي تنص :

(La demande de renégociation ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution des obligation).

غير أن هذا لا يسري على حالة القوة القاهرة التي تقتضي طبيعتها إيقاف سير العقد خلال التفاوض لأن تنفيذ العقد أصبح مستحيلاً²، و يعتمد الأطراف أثناء التعاقد إدراج بند القوة القاهرة الذي يفرض إيقاف سير العقد خلال مدة إعادة التفاوض، و يفرض مبدأ حسن النية على المتعاقدين التزام بإجراء التفاوض في أقصر الآجال حفاظاً على ديمومة العقد و استقرار المراكز القانونية³، و في حالة استئناف سير العقد بعد نجاح التفاوض ، تقع على عاتق المتعاقدين تنفيذ التزامات العقد التي كانت محل إيقاف العقد، و ذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف⁴.

2- نتائج التفاوض

نتطرق الى الأثر الذي يترتب عن حالة نجاح المفاوضات (أ) ، و المسؤولية التي تقع على عاتق أحد الأطراف الذي يرد منه سلوك منافي لقواعد حسن نية في حالة فشل المفاوضات (ب) .

1-GRYNBAUM (L) , Op-cit , P78 .

2- حسن علي كاظم ، مرجع سابق ، ص 12 .

3-LASBORDES (V) , Op-cit , p 53 : (Pendant la durée de la force majeure le présent contrat suspendra ses effet jusqu'au rétablissement normale de la situation , la durée des suspension éventuelles et les quantités non livrées étant purement et simplement annulées .) .

4-Idem,P21 .

أ- حالة نجاح المفاوضات

إذ تم احترام مرحلة إعادة التفاوض كما ذكرنا سابقاً، وذلك بتحمل الأطراف كافة الأعباء الناجمة عن صعوبة تنفيذ العقد، أخذين بعين الاعتبار أهم الالتزامات الناتجة عن تنفيذ العقد، من التعاون لتسهيل عملية التفاوض، و الامتناع عن كل إرادة تسعى إلى فشل المفاوضات، و إعلام كليهما عن كل الصعوبات (المسائل) التي تعترض تنفيذ العقد، و ذلك إعمالاً بمبدأ حسن النية و ما تقرضه من الثقة و الإخلاص من الطرفين، و أخذ المناقشات و الاقتراحات بجدية و نزاهة من كلا المتعاقدين¹.

فالنتيجة تكون حتماً ايجابية لتوفر كافة شروط إعادة التفاوض، لأن الهدف من بند إعادة التفاوض هو المحافظة و الإبقاء على العقد دون إلحاق الضرر بأحد المتعاقدين .

ب- حالة فشل المفاوضات

مؤدى فشل المفاوضات في هذه الحالة أن الأطراف لم تسعى إلى إنجاح المفاوضات كما امتناع أحدهما عن التفاوض، أو تقديم اقتراحات تخدم مصالح أحدهما دون الآخر، مما يسبب ضرر للطرف الآخر² .

و نكون أمام إخلال أحد المتعاقدين للالتزام بالنزاهة إذ ما تمسك بتعديل العقد دون أن يلحقه خسارة تبرره ، و نكون أمام نفس النتيجة في حالة رفض التفاوض، و قطع المفاوضات بسوء النية كرفض الالتقاء أو الرد عن مراسلات الطرف الآخر، فيكون بذلك قد ارتكب خطأ عقدياً ،لأنهم ملزمون بالتمسك بإبداء اقتراحات جدية، و هو التزام بقيام بعمل³، و لا يجوز لأحدهما استغلال هذه المرحلة لإفشالها كما يجوز للطرف المتضرر من رفض التفاوض أو قطع المفاوضات اللجوء إلى العدالة و المطالبة بالتعويض على أساس الضرر الذي ألحق به نتيجة فشل المفاوضات بسبب

1 -PENIN (O) , Op-cit , P78

2-BESSON (CH) , Op-cit , P78

3- خديجة فاضل ، مرجع سابق ، ص 23 .

4-خديجة فاضل ، نفس المرجع ، ص 45 .

الطرف الآخر، أي الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية طبقاً لأحكام نص المادة 124 تقنين مدني كما أن العقد يستمر بصفة مبدئية في إحداث أثاره أثناء فشل المفاوضات في حالة الظروف المعادية.

أما إذا كانت الظروف التي يتم فيها التفاوض قد أدت إلى ظهور قوة قاهرة، فإنه يتم وقف العقد، لاستحالة التنفيذ و في هذه الحالة و يعتمد الأطراف إلى إدراج بنود الفسخ إلى جانب بنود إعادة التفاوض في العقد، لأنه في حالة فشل المفاوضات، أو عدم الوصول إلى إتفاق يكون لهم حق فسخ العقد.

المبحث الثاني

تنفيذ العقد في ظل تدهور مبدأ سلطان الإرادة

يشكل العقد في ظل مبدأ سلطان الإرادة أداة تأمين ضد تغير الظروف الاقتصادية في المستقبل، حيث أن العقد في هذا المنظور عبارة عن علاقة شخصية، لا تولي الاعتبار إلى الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية ، إذ يفترض من خلال آلية العقد أن الأطراف تتبأو بكل المستجدات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد¹.

غير أنه على اثر ظهور أزمات اقتصادية لسيما بعد الحربين العالميتين انهار التوازن الاقتصادي في العقود المستمرة التنفيذ ، مما أصبح من الصعوبة و في بعض الأحيان يستحيل استمرار تنفيذها ، و يترتب على ذلك أن أحد المتعاقدين تلحق به خسارة فادحة من عدم تنفيذ العقد أو التنفيذ المرهق، و على هذا الأساس ظهرت فلسفة قانونية جديدة تدعو إلى اعتبار العقد أداة في تحقيق المنفعة و العدالة ، و هذا ما ذهب إليه GHESTIN الذي يرى أن العقد لا يكون ملزم إلا لأنه يحقق العدل و المنفعة².

1-ALVAREZ (I) , Essai sur la notion d'exécution contractuelle , Thèse pour obtenir le grade de doctorat , Montpellier 1 , 2014 , P45.

2 -GHESTIN (J) , La formation du contrat , le contrat-le consentement , Op-cit , P78.

و ترتب على هذا الوضع القانوني الجديد عجز مبدأ سلطان الإرادة في مواكبة النظام القانوني الجديد ، مما أصبح من الضرورة ملئمة العقد مع متطلبات المنفعة و العدالة¹ (المطلب الأول) و مع القواعد القانونية المعاصرة (المطلب الثاني)² .

المطلب الأول

ضرورة ملائمة العقد مع متطلبات المنفعة و العدالة

تتعارض العدالة المجردة القائمة على مبدأ سلطان الإرادة مع الأحكام الاقتصادية المستجدة في ظل الانقلابات الاقتصادية التي عرفها العالم، إذ أن المساواة الذاتية التي كان يفترضها مبدأ سلطان الإرادة على أساس صحة الرضا أصبحت لا تتحقق في ظل عدم استقرار الأوضاع الاقتصادية بين تكوين العقد و تنفيذه (الفرع الأول) ، و بالتالي كان من الضروري إيجاد أساس جديد لتطويع العقد يقوم على أسس موضوعية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تعارض الملائمة الذاتية للعقد مع الواقع الاقتصادي الجديد

إن فكرة العدالة المجردة لا تجد مجال لتطبيقها أمام التقلبات و الأزمات الاقتصادية التي أفرزت أحكام اقتصادية جديدة لا تتلاءم مع الأحكام النابعة من مبدأ سلطان الإرادة³ ، فلا نظرية عيوب الرضا (أول) و لا المعالجة الاتفاقية للعقد (ثانيا) استطاعت ملائمة العقد مع الواقع الاقتصادي الجديد .

أولاً: أثناء تكوين العقد (عيوب الإرادة)

لا تستقيم نظرية عيوب الرضا مع الأحكام الاقتصادية المستجدة في ظل الانقلابات الاقتصادية المتكررة، و هذا ما يتجلى عند دراسة أحكام هذه النظرية من خلال أحكام الغلط (1) و الإكراه (2)⁴ .

1-محمود ابراهيم موسى ، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، 2005 ، ص 45 .

2-علاق عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 45 .

3 -THIBIERGER (L) , Op-cit , P45.

4 -Idem, P45.

1- الغلط

الغلط هو تصور خاطئ للحقيقة يقع على أحد الالتزامات الأساسية في العقد، و يتم تقديره وقت إبرام العقد في صورة الغلط في الظروف المستقبلية¹ (أ) و الغلط في القيمة (ب) .

أ-الغلط في الظروف المستقبلية

الغلط هو تصور خاطئ للوقائع يقوم في ذهن المتعاقد أثناء تكوين العقد، و يقتضي أن يكون جوهرياً²، و يقصد بالغلط الجوهرى طبقاً للمادة 81 تقنين مدني الغلط في الصفة الجوهرية للشيء أو في صفة الشخص إذا كانت شخصيته محل اعتبار، و يكون الغلط هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد بحيث لولا وقوع المتعاقد في غلط لما أبرم العقد³ .

و يقوم الغلط أثناء تكوين العقد دون أن ينصرف إلى المستقبل⁴ ، و ذهب القانون السويسري من خلال نص المادة 24 قانون الالتزامات السويسري إلى مد نطاق تطبيق نظرية الغلط إلى مرحلة تنفيذ العقد (erreur sur des faits futurs)⁵ ، و هذا ما أدى ببعض الفقه في سويسرا القول أن نظرية الغلط في تقدير الظروف المستقبلية ما هي إلى تطبيق لنظرية الظروف الطارئة و تؤدي إلى تعديل العقد ، غير أن المحكمة الفدرالية السويسرية قضت ببطالان العقد على أساس الغلط في تقدير الظروف المستقبلية ، و يعود هذا القرار إلى اعتداد القانون السويسري بنظرية الغلط في الباعث⁶، بينما القانون الجزائري و على غرار نظيره الفرنسي لا يعتد به، و هذه النظرية التي تبناها القانون و القضاء السويسري يقترب مع مبدأ حسن النية التي اعتد بها القضاء الألماني بهدف إيجاد مبدأ عام لنظرية الغبن⁷ .

1 -BARBIER (J-J) , Vers un nouvel équilibre contractuel ? , Recherche d'un nouvel équilibre des prestation dans la formation et l'exécution du contrat, Thèse dactyl ., Toulouse , 1981 , p78

2 -THIBIERGE (L) , Op-cit , P78

3-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 160

4 -BARBIER (J-J) , Vers un nouvel équilibre contractuel ? , Recherche d'un nouvel équilibre des prestation dans la formation et l'exécution du contrat, Thèse précite, P78

5 -THIBIERGE (L) , Op-cit , P111 .

6 -GUGGENHEIM (D) , Le droit suisse des contrats , La conclusion des contrats , Georg , 1991 , P156.

7-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 167.

و يتجلى عدم انطباق نظرية الغلط مع نظرية الحادث الطاريء من خلال دراسة أحكام الغلط في استقرار ظروف التعاقد ، و الغلط في تحقق آثار الظروف المستقبلية.

-الغلط في استقرار ظروف التعاقد

ينصرف الغلط إلى وقائع و ظروف كانت جوهرية في تكوين رضا المتعاقدين ، و تقوم الرضائية بمجرد تبادل المتعاقدين إرادتهما خالية من عيوب الرضا¹ ، بينما عدم تغير ظروف التعاقد أثناء تنفيذ العقد لا يدخل في العناصر الجوهرية في تكوين رضا المتعاقدين و إنما تعد عناصر ثانوية لم تكن دافع إلى التعاقد، و هذا ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 19 جانفي 1999 ورد فيه : تدهور حالة القطعة الأرضية أثناء تنفيذ العقد لا يؤدي إلى إبطال العقد إذ أصبحت القطعة الأرضية غير صالحة للبناء ما لم يكن سبب ذلك يعود إلى تدليس أو عيب خفي ، و على هذا الأساس لا تنطبق نظرية الغلط على نظرية الحادث الطاريء² .

-الغلط في تحقق آثار العقد المستقبلية

يرمي المتعاقدين أثناء تكوين العقد إلى تحقيق أهداف اقتصادية معينة ، بينما قد تتغير ظروف إبرام العقد و تحدث ظروف اقتصادية معينة تجعل تحقيق تلك الأهداف مستحيل، و هذا لا يمكن أن يشكل غلط في تقدير الوقائع و آثار العقد المستقبلية لأن رضا المتعاقدين أثناء تكوين العقد صحيح³ ، و العقد وسيلة تبادل اقتصادية تجعل أمر تتبأ المتعاقدين بكل الظروف المستقبلية مستحيل، و بالتالي فإن كل عقد و لو لم يكن عقد غرر يتحمل فيه المتعاقدين جزء ربح أو خسارة و هذا ما يفسر عزف القانون الجزائري و الفرنسي على الاعتداد بنظرية الغلط في الباعث⁴ ، و استثناء يمكن للمتعاقد المضرور المطالبة بتعديل العقد أو فسخه إذ تضمن العقد شرط ينص صراحة على ذلك إعمالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁵ .

1 -AUVERNEY-BENNETOT (J) , La théorie de l'imprévision : droit privé , droit administratif , droit des ouvrier , Thèse , Paris , 1938 , P78 .

2 -THIBIERGE (L) , Op-cit , P112 .

3 -STOFFEL-MUNK (PH) , technique de gestion du patrimoine , Cours de DEA , 2005 , P 45 .

4 - THIBIERGE (L) , Op-cit , P112 .

5 - AUVERNEY-BENNETOT (J) , La théorie de l'imprévision ,Thèse précite , P45 .

و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 30 مارس 2006 برفض إبطال عقد البيع الذي كان محل مطالبة المشتري بالبطان بسبب عجزه الحصول على رخصة البناء، و يمكن تفسير هذا القرار بعدم اعتداد المشرع الفرنسي بالغلط في الباعث¹.

ب-الغلط في القيمة

يتمثل الغلط في القيمة الخطأ الذي يقوم في ذهن المتعاقد في تقدير القيمة النقدية للشيء يدفعه إلى التعاقد بحيث لو علم بالقيمة الحقيقية للشيء لما قبل التعاقد، و يتم تقدير الغلط وقت إبرام العقد، و يترتب على الغلط في الصفة الجوهرية للشيء غلط في تقدير قيمة الشيء لأن الثمن يشكل مقابل للشيء²، غير أنه يختلف جزاء الغلط في الصفة الجوهرية في الشيء عن جزاء الغلط في القيمة حيث إذا كان الجزاء في الحالة الأولى بطلان العقد يقتصر الجزاء في الحالة الثانية على تصحيح العقد و هذا ما نصت عليه نص المادة 84 تقنين مدني³.

و يعود التمييز بين الغلط في الصفة الجوهرية للشيء و الغلط في القيمة إلى أنه في الحالة الأولى الغلط دافع إلى التعاقد، بينما في الحالة الثانية يتحمل المتعاقد جزء من الغرر، إذ أن العلاقات التعاقدية لا تستند إلى الثمن العادل⁴، و يتفق الغلط في القيمة مع الغبن من حيث أنه لا ينال من صحة العقد و إنما يكتفي القاضي بتصحيح العقد، و يختلف عنه من حيث أنه يستند على معيار شخصي لقيام الغلط بينما الغبن يستند على معيار مادي⁵.

و يقيم أنصار هذه النظرية فكرتهم على النحو التالي :

-يحول الغلط في التعاقد دون توافر عنصر الإدراك لأن الإرادة التي تتجه إلى تنفيذ الالتزام في المستقبل، و كذلك الإرادة التي تتجه إلى تحمل الالتزام يرتبطان ارتباط السبب بالمسبب مع الصورة

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P113 .

2-BENABENT (A) , Les contrat spéciaux civils et commerciaux , Montchrestien , 1997 , P78.

3- تنص المادة 84 من الأمر 58-75 المتعلق بالقانون المدني : (لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب و لا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط).

4 -THIBIERGE (L) , Op-cit , P113.

5 -PENIN (O) , Op-cit , P455.

التي تقع في ذهن المتعاقدين عن تعادل الالتزامات أثناء تنفيذ العقد¹ ، إلا أن المدين لم يدرك وقت التعاقد أن حادثاً طارئاً سيقع عند تنفيذ العقد و بالتالي يكون قد أقام إرادته و التزامه الذي تحمله على تصور غير حقيقي مما يجعله واقعا تحت تأثير غلط في القيمة² .

-لا أهمية لوقوع الحادث الطارئ بعد إبرام العقد لأنه لا ينفي أن المتعاقد كان يهمله وقت التعاقد خاصة و إن شرط عدم توقع الحادث الطارئ ينظر إليه وقت إبرام العقد³ .

غير أنه لا يمكن تطبيق نظرية الغلط في القيمة على حالة التغير الغير متوقع للظروف الاقتصادية التي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد، لأن الغلط تصور خاطئ للوقائع و الظروف التي تقوم وقت إبرام العقد و لا ينصرف الغلط في القيمة إلى ظروف تنفيذ العقد و ذلك عملاً على استقرار المراكز القانونية⁴. و زيادة على ذلك يخضع تقدير الغلط لمعيار شخصي يتعلق بذات المتعاقد الواقع في الغلط ، بينما يقدر مدى توقع الظرف الطارئ و القدرة على دفعه بمعيار موضوعي بحسبانه حادثاً عاماً ليس في الوسع توقعه و لا يمكن دفعه⁵ .

2-الإكراه

الإكراه هو إجبار شخص على إبرام عقد تحت سلطان رهبة بينة يبيتها المكره في نفس المكره عليه بأن خطر محقق وشيك يهدده في جسمه و ماله و شرفه ، بحيث لو لا الإكراه لما قبل إبرام العقد و هذا ما نصت عليه نص المادة 88 تقنين مدني⁶ .

و يتفق الإكراه مع نظرية عدم التوقع الظرف الطارئ أو القوة القاهرة أن الخطر ينصرف إلى المستقبل ، تفرض الرهبة البينة حالة ضرورة يوازن المتعاقد المكره عليه بين الضررين ، إذ يختار

1-BENABENT (A) , Les contrat spéciaux civils et commerciaux , Op-cit , P78.

2-THIBIERGE (L) , Op-cit , P114 .

3-LAROMET , Op-cit , P36.

4-AUVERNEY-BENNETOT (J) , La théorie de l'imprévision ,Thèse précite , P45.

5-ويرى بعض الفقه في فرنسا أنه يستطيع المتعاقد المضروب المطالبة بتعديل العقد أو فسخه في حالة وجود بند صريح في العقد يخول للمتعاقد التمسك بشرط استقرار ظروف التعاقد ، غير أن هذا البند يحيل إلى تطبيق قواعد الشرط في مواد القانون المدني و لا يتعلق بتطبيق نظرية الغلط :PENIN (O) , Op-cit , P80.

6-تنص المادة 88 تقنين مدني جزائري : (يجوز ابطال العقد لأكراه اذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق) .

الضرر الأقل تكلفة لیتفادی ضرر اكبر¹، وتعد حالة الضرورة في هذه الحالة غير مشروعة لأنها صادرة عن إرادة المتعاقد المكره و سلب الإرادة هو الوصف الأقرب إلى الإكراه من عيوب الرضا² لأنه على عكس الغلط و التدليس المتعاقد المكره لا يقع في غلط و إنما يتعاقد وهو على دراية أن التصرف لا يعود إليه بمصلحة ، غير أنه يتعاقد لیتفادی خطر أكبر محقق به أو بأحد أقاربه³.

و من الوسائل الغير مشروعة التي يستعملها المكره لإجبار المتعاقد معه على التعاقد، عدم تجديد الامتياز رفض تسليم السلعة، فسخ العقد بإرادة منفردة، و قد يكون مصدر هذه الرهبة البيئة في تعسف في استغلال قوة اقتصادية ، حاجة المتعاقد الملحة للسلعة أو الخدمة⁴...

و إذا كان يتفق الإكراه مع نظرية عدم التوقع الظرف الطارئ أو القوة القاهرة أن الخطر ينصرف إلى المستقبل، فإنه يختلف عنهما في أن نظرية القوة القاهرة أو الحادث الطارئ تشترط عدم توقع الظرف بينما الإكراه يكون الخطر وشيك محقق الوقوع⁵.

ثانياً: أثناء تنفيذ العقد (انعدام الجدوى من المعالجة الاتفاقية)

إذ كان من الحكمة في مجال القانون العام أن يخول القانون القاضي الحق في التدخل في العقد و الحكم بالتعويض لإعادة التوازن العقدي بين الطرفين، و ذلك لضمان استمرارية سير المرافق العامة⁶، لأن الأمر يتعلق بالمصلحة العامة التي هي جديرة بالحماية على حساب المصلحة الخاصة و بالتالي يجوز للقاضي التدخل في ضمان استمرار سير المرفق العام ومواجهة تعسف المدين السيئ النية الذي يتماطل في تنفيذ التزامه ، بهدف التذرع بنظرية القوة القاهرة إذ أصبح تنفيذ الالتزام مستحيل و ذلك للإفلات من المسؤولية المدنية⁷.

أما في مجال القانون الخاص، فإن الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين و يراعي القاضي بالدرجة الأولى المصلحة الخاصة بالمتعاقدين ، لأن تدخله لتعديل العقد على أساس مبادئ العدالة،

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P114 .

2 -LAROUMET , Op-cit , P36.

3-THIBIERGE (L) , Op-cit , P122.

4-FABRE-MAGNAN (M) , Op-cit , P 299 .

5-THIBIERGE (L) , Op-cit , P122.

6-RIALS (S), Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité) , Thèse , LGDJ , 1980 , P78

7-THIBIERGE (L) , Op-cit , P21 .

لا يحقق بالضرورة التوازن العقدي الذي يريده المتعاقدان، لأن أطراف العقد أكثر دراية من القاضي بما يحقق مصالحهما الشخصية¹، و بالتالي فإن تدخل القاضي في تعديل العقد، قد يؤدي إلى تقاعس أحد المتعاقدان في تنفيذ التزامه، لأنه طالما أبى الأفراد أساليب تدخل السلطة في علاقات القانون الخاص، و خروج القاضي عن إرادة المتعاقدان، قد يؤدي إلى الأضرار بمصالح أحد المتعاقدين، فأسلوب المعالجة الاتفاقية للحادث الطارئ يضمن تنفيذ الالتزام، و علاوة على ذلك فإن تدخل القاضي بتعديل العقد، قد يتعارض مع سرعة المعاملات العقدية، لأن من طبيعة المعالجة القضائية، كثرة الإجراءات و تعقيدها الأمر الذي يطيل أمد النزاع، و يؤثر ذلك سلبا على سير المعاملات التجارية، و يكبد الأطراف نفقات إضافية تثقل عبء ذمتها².

غير أن أسلوب المعالجة الاتفاقية للعقد، لا يحقق دائما المنفعة التعاقدية (1) و قد تؤدي في بعض الأحيان إلى تضارب المصالح بسبب تعارضها (2).

1-انعدام المنفعة من التفاوض

لا يأخذ الأثر الذي يترتب عن الحادث الغير متوقع صورة واحدة، و إنما يتدرج من الإرهاق في تنفيذ الالتزام العقدي، إلى الاستحالة في تنفيذ الالتزام العقدي، و يكون التفاوض دون جدوى بسبب الزوال الدائم للمنفعة في استمرار العقد نهائيا(أ)، و حالة زوال كل منفعة في تنفيذ العقد (ب)³.

أ-الزوال الدائم للمنفعة في العقد

إذا كان الحادث الطارئ محصور في الإطار الذي يهدد فيه الحادث المدين بخسارة فادحة دون استحالة تنفيذ الالتزام العقدي، و بالتالي تبقى المعالجة الاتفاقية ممكنة، أما في حالة استحالة تنفيذ الهدف الذي تعاقد المتعاقدان من أجله⁴، فإن تنفيذ الالتزام العقدي يصبح مستحيل لأن الاستحالة ليست مادية، و إنما اقتصادية، إذ أن تنفيذ الالتزام ماديا ممكنا، لكن الأهداف التي

1-FABRE-MAGNAN (M), Op-cit , P 299 .

2-lardeux (W),l'équilibre du contrat ,Article précite , P62 .

3-THIBIERGE (L) , Op-cit , P78 .

4-Idem,P78.

يتوخاها المتعاقدان من العملية التعاقدية قد يستحيل تحقيقها لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين و غير متوقعة بالنسبة لهما¹ .

و هذا ما ذهب إليه demogue إلى انه لا تكمن فكرة العقد في تعدد الإرادات فقط و إنما في تقابل المصالح و المنفعة و اهتمامها بالنتيجة المراد إنشاؤها² .

يستخلص مما سبق أن تنفيذ العقد لا يقتصر على التنفيذ المادي للالتزام و إنما يمتد إلى تنفيذ المنفعة التي يريدها المتعاقدان من الالتزام³ ، حيث يترتب على انعدام المنفعة في تنفيذ العقد انعدام المصلحة من العقد الأمر الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد و بالنتيجة المنفعة التي تعود على المدين ضئيلة مقارنة بالخسارة التي تلحق به⁴.

و يجب التمييز بين الاستحالة المادية و استحالة تحقيق الهدف، إذ في الحالة الأولى يستحيل تنفيذ الالتزام ، أما في الحالة الثانية فإن تنفيذ العقد مازال ممكناً إلا أنه زال الهدف الاقتصادي الذي دفع المتعاقدان إلى التعاقد⁵ ، فمثلاً إذ أدى زلزال إلى انهيار العقار الذي يكون محل إيجار سكن ، يترتب استحالة تنفيذ التزام المؤجر بنقل حق الانتفاع إلى المستأجر، و إعفاء المستأجر من التزامه ، بينما يترتب عن الأشغال التي تقوم بها البلدية في منطقة سياحية استحالة تحقيق الهدف الاقتصادي الذي سعى إليه المتعاقدين من مشروع إنجاز مركب سياحي⁶ .

ب- الزوال الكامل للمنفعة في تنفيذ العقد

تختلف هذه الحالة عن الحالة الأولى، إذ أن الهدف الاقتصادي الذي يرميان المتعاقدان تحقيقه ما زال ممكناً، لكن تنفيذ العقد يؤدي بالمدين إلى خسارة فادحة بسبب حادث غير متوقع أجنبى عن المدين بحيث لا تتناسب مع أي منفعة يمكن المدين الحصول عليها⁷ .

1-AUVERNEY-BENNETOT (J) ,Thèse précitée , P45.

2-demogue (R) , Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, Op-cit , P245.

3-AUVERNEY-BENNETOT (J),Thèse précitée , P45.

4-JAROSSON (Ch) , « Les clauses de renégociation , de conciliation et de médiation » , in les principales clauses des contrats conclus entre professionnels , PUAM , 1999, P156 .

5-AUVERNEY-BENNETOT (J) ,Thèse précitée , P45.

6-THIBIERGE (L), op-cit , P 475 .

7 -Idem, P 475 .

يترتب على هذه الحالة الموازنة بين ضررين ضرر فسخ العقد و إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، و ضرر تنفيذ الالتزام و تحمل نفقات إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل حدوث الحادث، و تميل الكفة إلى فسخ العقد حيث أن إلزام المتعاقد بتحمل مصاريف تنفيذ العقد يحمله خسائر تساوي أو تفوق قيمة التزام الدائن و هذه الخسارة تفوق الخسارة التي يتحملها الطرفين في حالة فسخ العقد¹، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 6 أفريل 1951 تتلخص وقائعه : " على اثر إتلاف قنوات صرف المياه على مستوى عقار معد للاستعمال التجاري، بسبب لا يعود إلى خطأ المدين ، الحق أضرار معتبرة بالعين المؤجرة ، إلى حد أن مصاريف صيانة العين المؤجرة تقارب قيمة التزام الدائن ، حيث تساوي المصاريف التي يجب أن يتحملها المدين في إصلاح الخسائر مبلغ 90513 فرانك بينما تساوي قيمة العقار المؤجر مبلغ 100000 فرانك قضت محكمة النقض الفرنسية بفسخ العقد على أساس أن مصاريف تنفيذ المدين لالتزامه تساوي أو تقارب قيمة العقار محل التزام الدائن² .

و في نفس السياق تبنى القضاء الانجليزي نظرية "consumer surplus" في سابقة Ruxley Electronique و ذلك في قرار مؤرخ في سنة 1996 تتلخص وقائعه³ : (أبرم رب عمل مع مقاول عقد يتضمن التزام هذا الأخير انجاز مسبح ، و على اثر تنفيذ المقاول لالتزامه أنجز مسبح يقل ارتفاعه عن المتفق عليه ، قضى القضاء الانجليزي بإلزام المقاول بالتعويض لرب العمل ، على أساس الموازنة بين الضرر الذي لحق رب العمل و الأداء الذي يتحصل عليه بسبب عدم التنفيذ الكامل للمقاول لالتزامه .

2-تعارض المصالح عائق في إعادة التوازن العقدي

يؤدي اختلال توازن العقد إلى تحمل أحد المتعاقدين ضررا كبيرا خاصة إذا استخدم الطرف الآخر الذي يكون مستفيدا من هذا الاختلال وسائل تسويقية لرفض المشاركة في إعادة التفاوض أو

1 -JAROSSON (Ch) , « Les clauses de renégociation , de conciliation et de médiation »,Op-cit , P78.

2-THIBIERGE (L) , Op-cit , p407 .

3-LAITHIER (Y-M), L'incidence de la crise économique dans les droits de common law , Intervention lors du colloque de la revue des contrats consacré aux préversion contractuelle à l'épreuve de la crise économique , Paris , 22octobre 2009 , RDC , 2010 , P 357.

تأخيرها¹، فالبائع في عقد توريد مثلا من مصلحته طلب إعادة التفاوض و المراجعة السريعة لأحكام العقد إذ حدث ارتفاع كبير في الأسعار لأنه سيتحمل ضررا كبيرا إذ ظل ملتزما بتسليم البضاعة محل العقد بثمن أقل من سعرها في السوق². و لكن في الجهة المقابلة نجد المشتري مستفيدا من تسليم البضاعة بثمن منخفض، و لذلك قد لا يكون متحفزا في شأن العقد بنفس درجة تحفز البائع، بل وقد يرفض الدخول في عملية إعادة التفاوض، و الأمر على عكس ذلك إذ هبطت الأسعار هبوطا شديدا، فالمشتري في هذه المرة هو الذي سيسعى إلى المراجعة السريعة للعقد و طلب إعادة التفاوض في شأنه³.

في مثل هذه الحالات يثور التساؤل عن الوسيلة التي يستطيع بها المتعاقد صاحب المصلحة في مراجعة العقد إجبار المتعاقد الآخر، الذي يرفض الدخول في إعادة التفاوض بدون مبرر، على الجلوس على مائدة التفاوض⁴.

و قد استخلص بعض الفقهاء و على رأسهم الأستاذة فونتان Fontaine و التي درست التعديل الاتفاقي للعقود طويلة المدة عام 1976 بعض الحلول التي من الممكن أن يتبناها محررو شروط إعادة التفاوض Hardship في هذا الصدد⁵.

و يتمثل الحل الأول في اتفاق الأطراف على أنه في حالة عدم قبول أحدهما الدخول في إعادة التفاوض فإن العقد الأصلي يستمر في السريان، غير أن هذا الحل جانب الصواب لأن استمرار تنفيذ المدين لالتزامه المرهق يؤدي به إلى خطر الإعسار أو الإفلاس، ضف إلى ذلك استحالة تنفيذ التزامه، مما يقضي بظلاله على استقرار المعاملات القانونية⁶، علاوة على ذلك فإن المتعاقد المستفيد من تغيير الظروف و الذي يرغب في استمرار تنفيذ العقد بشروطه الأصلية، يمكنه أن يرفض الدخول في إعادة التفاوض و لن يجد الطرف الآخر في هذه الحالة طريقة مناسبة لإجباره

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , p407

2 -JAROSSON (Ch) , « Les clauses de renégociation , de conciliation et de médiation »,Op-cit , P78

3-THIBIERGE (L), Op-cit, P406

4-شريف محمد عبد الغنام ، مرجع سابق ، ص 78 .

5 -FONTAINE (M) , Droit des contrats internationaux , Analyse et rédaction de clause , Op-cit , P459.

6- شريف محمد عبد الغنام ،مرجع سابق ،ص 80 .

على إعادة التفاوض. و الحل الثاني: الذي اقترحه الفقهاء يتمثل في اتفاق الأطراف على أنه يجوز لأي منهما أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة إذ رفض المتعاقد الآخر الدخول في إعادة التفاوض بشرط إخطار المتعاقد الآخر بنيته في فسخ العقد و على الرغم من بساطة هذا الحل، فإنه لا يستحب استخدامه في عقود التجارة الدولية طويلة المدة التي يكتسي تنفيذها أهمية كبيرة و تهدف إلى تحقيق مصالح كبيرة للمتعاقدين، و يؤدي بذلك إلى عدم استقرار المعاملات القانونية¹.

أما الحل الثالث فيتمثل في لجوء الأطراف إلى الغير للتقريب وجهات نظر الأطراف أو ليقرر ما إذا كان الحادث تتوفر فيه أم لا الشروط التي يتطلبها إعادة التفاوض Hardship و التي يلتزم بناء عليها المتعاقدان بالدخول في التفاوض²، و في رأينا فإن الرأي جدير بالقبول لأنه يتوافق مع مصالح الطرفين و استقرار المعاملات القانونية .

الفرع الثاني

ملائمة العقد مع الوضع الاقتصادي الجديد

يرى الفقه الحديث ضرورة تجديد مفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد ، ليتلائم مع الأوضاع الاقتصادية المستجدة ، و ذلك من خلال بسط قواعد المنفعة و العدالة على العقد باعتبارها أساس جديد لمبدأ القوة الملزمة للعقد، غير أن تقدير وجود المنفعة و العدالة يختلف بين الحال الأولى التي يفرضها الوضع الاقتصادي و تخضع للسلطة التقديرية للقاضي (أولاً)، و الحالة الثانية التي يخول القانون أحد المتعاقدين تقديرها³ (ثانياً) .

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P406.

2-محمد ابراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص23.

3-نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية (دراسة تحليلية و تطبيقية) ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، 2002 ، ص25 .

أولاً: الملائمة الواقعية للعقد

يخضع تقدير وجود المنفعة و العدالة في حالة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بسبب ظروف اقتصادية إلى السلطة التقديرية للقاضي (1)، و يتدخل في رد التوازن الاقتصادي في العقد على أساس قواعد المنفعة و العدل¹ (2) .

1- العدل و المنفعة مسألة واقع

يقوم العدل (أ) و المنفعة (ب) على معيار موضوعي بحث يقوم القاضي بتقديره:

أ- العدل التبادلي أساس استقرار التوازن الاقتصادي

سعى الطرح الكلاسيكي لنظرية العقد، حماية أمن نقل الحقوق على التوازن في الحقوق والحفاظ على التوازن الذاتي المراد من أطراف العقد، و ذلك دون اعتبار لتوازن موضوعي. هذا ما يبرر تدخل التشريع و القضاء لدعم التناسب الموضوعي² .

و يمكن إدراج القياس العادل أو مبدأ الملائمة و الاعتدال في مضمون ملموس للتناسب حيث يسمح بتحقيق فكرة المقياس العادل تحت طائلة ملائمة الوسائل المستعملة مع الأهداف المتبعة، و هذا ما يسمح للقاضي ممارسة رقابة على إرادة الأطراف تحت سياق حسن النية والإنصاف، حيث يتمكن من تعديل أو مراجعة العقد ، و يصبح هناك رقابة لاحقة على التناسب و يصبح الحل عندئذ كل عقد متوازن في البداية يكون كذلك في النهاية³ .

و نستشف من المادة 3/107 من التقنين المدني الجزائري تبني المشرع الجزائري معيار العدالة كمعيار في تقدير أثر الحادث الطارئ على العقد و ذلك من خلال عبارتي (و تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين) ، و يتبين كذلك من نص المادة 107 أنه لا يقتصر تقدير العدالة على مرحلة تكوين العقد و إنما تمتد هذه الرقابة إلى مرحلة تنفيذه⁴ .

1- محمد ابراهيم موسى ، مرجع سابق ، ص 23.

2- زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص 204 .

3-OUELHAZI (R) , Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat , These doctorat, Université robert schuman de strasbourg , 1997 , P45.

4- زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص 205 .

و اعتدت التشريعات بالعدالة في أعمال فكرة تطويع العقد ، و من بينها القانون المدني الألماني في المادة 313 من التقنين المدني BGB .

« Des résultats qui autorise la révision du contrat lorsque l'imprévision emporte des résultats incompatible avec le droit et la justice »¹

و هذا ما ذهب إليه القانون النيرلندي الذي يرى أنه يجب سمو العدالة و المعقول في تكوين العقد و تنفيذه (la raison et l'équité)² .

و في معاملات التجارة الدولية دأب المتعاقدان الاستناد إلى العدالة كأساس في تقدير اثر الحادث لذي يفرض على المتعاقدين إعادة التفاوض و ذلك من خلال إدراج بند الهاردشيب.

و تبنت المحاكم الابتدائية الفرنسية و محاكم الاستئناف هذا الرأي و تطبيق أحكام النظرية انطلاقا من مبادئ العدالة إلا أن محكمة النقض تصدت لهذا الاتجاه في قرارها الصادر بتاريخ 8 أوت 1990 ورد فيه (لا يجوز للقضاة أن يعدلوا تحكما الاتفاقات التي أبرمت بحرية و على وجه مشروع بين الطرفين المتعاقدين و التي تقوم مقام القانون و ذلك تحت مبررات العدالة)³.

و يعاب على هذه النظرية في أن معيار العدالة معيار واسع و ليس دقيق ، و يختلف بين المدين و الدائن ، و معيار العدالة أجنبي عن العقد و المتعاقدين في حين عدم توقع الحادث لصيق بالمتعاقدين⁴ .

و يرى الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني في كتابه " العلم و الصنعة في القانون الخاص الوضعي " أن فكرة العدالة نقطة بداية ضرورية لكل بحث ، لكن تظل في غاية العموم و الغموض بحيث لا تكفي لان تكون أساسا لبناء علمي لقواعد القانون و كل ما يمكن أن تقوم به أنها تقف في مرحلة وسطى و بصفة ثانوية بين القاعدة القانونية و المبدأ الأولي لتبرير تلك القاعدة⁵.

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P78 .

2-شريف محمد عبد الغنام ، مرجع سابق ، ص 80

3-THIBIERGE (L) , Op-cit , P35 .

4-Idem, p 78 .

5-GENY (F) , Op-cit , P 78 .

ب- استقرار قيمة المنفعة أساس استقرار القيمة المادية للالتزام

يرى أنصار المدرسة الكلاسيكية أن قوام تحديد قيمة الالتزام هي بحسب قيمة المنفعة المترتبة عن تنفيذ الالتزام أو قيمة العمل *valeur de travail* الضرورية في تنفيذ الالتزام و تتناسب المنفعة و حجم العمل مع قيمة الالتزام تناسباً طردياً ، بحيث ترتفع قيمة الالتزام بارتفاع قيمة المنفعة *valeur utilité* أو حجم العمل المترتبان عن تنفيذ الالتزام¹ .

و من رواد هذه النظرية **Marx , Adam Smith, Ricardo** غير أنها ظلت مهجورة إلى غاية نهاية القرن 18 و جاء بها **Ricardo** ، إذ استند في ذلك إلى تعاليم الدين المسيحي بحيث يرى أن قيمة المنفعة هي قوام تحديد قيمة الالتزام بغض النظر عن حجم العمل الضروري في عرض السلعة أو ندرتها²، و على عكس **Ricardo** تبنى كارل ماركس **Carle Marx** قيمة العمل كمؤشر في تغير قيمة الالتزام ، و يرى أنه لا يتم تقدير قيمة الالتزام على أساس قيمة المنفعة، إذ أن قوام تقدير قيمة الالتزام هو حجم العمل الضروري في تنفيذ الالتزام³ .

و تعقيباً على أطروحة ماركس يرى الفقيه **Walras** أن قيمة العمل ليس معيار في تحديد قيمة الالتزام ، إذ أنه يتم تحديده على أساس قيمة المنفعة غير أن هذه الأخيرة لا تكفي وحدها في تحديد قيمة الالتزام ، و إنما يضاف إليها مؤشر ندرة الشيء و يعطي في هذا الصدد مثال لتوضيح رأيه : فالماء ضروري و يرتب منفعة أكثر من الماس غير أن قيمته في السوق بخسة أقل بكثير من

1-LASBORDES (V) , Op-cit , P45 .

2-RICARDO , Des principes politiques et de l'impôt , 1817 , chapitre 1er , Cite par **THIBIERGE (L)** , Idem , P362 : (Si une marchandise n'avait aucune utilité , [...] si elle ne contribuait en rien à notre satisfaction , elle serait privée de sa valeur d'échange , quelles que puissent être sa rareté et la quantité de travail nécessaire pour se la procurer) .

3-MARX (C) , Le capital, Livre 1 , 1867 : (l'utilité d'une chose fait de cette chose une valeur d'usage . déterminée par les propriétés du corps de la marchandise , elle n'existe point sans lui . Ce corps lui-même , tel que fer , froment , diamant , ect .. , est conséquemment une valeur d'usage , et ce n'est pas le plus ou moins de travail qu'il faut à l'homme pour s'approprier les qualités utiles qui lui donne ce caractère . quand il est question de valeur d'usage , on sous-entend toujours une quantité déterminée , comme une douzaine de montres , un mètre de toile , un tonne de fer , ect. les valeurs d'usage des marchandises fournissent le fonds d'un savoir particulier , de la science et de la routine commerciales) , cité par **THIBIERGE (L)** , Ibidem , P 363.

قيمة معدن الماس، و يعود هذا الفرق إلى ندرة معدن الماس بالمقارنة مع الماء الوفيرة¹ .
و مسابقة لفلسفة المذهب الليبرالي ، فإن مؤشر المنفعة و الندرة يحددان حجم الحادث و
أثره في تنفيذ الالتزام ، بحيث يعود صعوبة تنفيذ الالتزام إلى ارتفاع قيمة التزام المدين ، و ذلك
انطلاقاً من أحد العناصر اللذان يحددان قيمة الالتزام و هي المنفعة و ندرة الشيء مثلاً ارتفاع
الطلب في السوق الدولية على السكر يؤدي إلى ارتفاع ثمنه و بالتالي يكون المستوردين للسكر في
حالة صعوبة تنفيذ العقود المستمرة مع الموردين لأن ارتفاع ثمن مادة السكر من الأحداث غير
متوقعة أثناء تكوين العقد² .

ويتربط عن دور المنفعة في تحديد قيمة الالتزام البحث عن الوظيفة الاقتصادية في العقد
، إذ يرى الأستاذ GHESTIN -J من خلال شرحه الظاهرة العقدية أن العقد وسيلة تحقيق الفعالية
الاقتصادية إذ جاء في طرحه تزواج بين قانونية العقد و اقتصاديته لأنه إذ كان -العقد- اتفاق
إرادات متوافقة في المصلحة و الغاية فهذا لأنه يضمن³ : " التعبير عن الإرادة الحقيقية و الفعالة
للأطراف وذلك بضمان عدم ترتيب اللامساواة بين الطرفين نتائج تؤدي إلى القبول بشروط تبادل
مناقضة لمصالحها . "4 .

2- سلطة القاضي في ملائمة الواقع الاقتصادي للعقد مع متطلبات المنفعة و العدالة .

يرى بعض الفقهاء الفرنسيين بأن ثمة حاجة ملحة إلى تجديد مفهوم القوة الملزمة للعقد
يستوعب الأوضاع القانونية التي لا يسمح بها المفهوم التقليدي، ذلك أن هذا المفهوم بدى متناقضاً
مع الأوضاع القانونية المستجدة ، و عائقاً أمام التوصل إلى حلول لتحقيق التوازن العقدي الذي

1-Warlas ,Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale ,1889 , Réédité en 1952
à la LGDJ ,Passim , ,citè par thibierge luis ,Ibidem , P 363.

2-زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص 77 .

3-GHESTIN (J) , L'utile et le juste dans le contrat , Op-cit , P14

4-ويتربط على ذلك ربط القوة الملزمة للعقد بمصدرها التبادلي أي المنفعة التبادلية ، وحرص الأستاذ Maury إلى ضرورة
استقرار قيمة المنفعة الاقتصادية للعقد أثناء تنفيذ الالتزام ، حيث أن العقد عملية مبنية على التوازن الموضوعي أو الذاتي
للقيم المتبادلة ، ثم ان العقد تبادل قيم . الرجوع إلى :

MAURY , Le concept et le rôle de la cause d'obligations comparé dans la jurisprudence , Op-cit , P15

يختل في بعض العقود¹، و يعبر عن هذا العجز في المفهوم التقليدي كثرة الاستثناءات على القوة الملزمة للعقد في القانون المدني و من هذه الاستثناءات تدخل القاضي لتعديل العقد في الظروف الطارئة و إقرار حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير² .

اقترح (GHESTIN) مفهوما جديدا للقوة الملزمة للعقد ، و بدأ يؤسس قواعده و أحكام ناظمة للعقود في تكوينها و تنفيذها ، بعد أن رأى عجز مبدأ سلطان الإرادة³ و ما يتفرع عنه من قوة ملزمة للعقد عن تفسير الحالات و الأوضاع القانونية التي تمثل خروجاً على هذا المبدأ، فذهب إلى أن العقد لا يستمد قوته الملزمة من إرادة المتعاقدين و ما يتمتعان به من سلطان يحظر إنهائه أو تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين ، و إنما يستمد قوته الملزمة من كونه نافعا و عادلا ، و من خلال هاتين الفكرتين (المنفعة و العدالة) فك (GHESTIN) الارتباط بين القوة الملزمة للعقد و استقلالية الإرادة و ربطها بعناصر موضوعية من خارج الجانب الإرادي في العقد ، وعلى هذا الأساس ظهرت بعض النظريات مثل نظرية التوقع المعقول و اقتصاد العقد⁴ .

و العقد بهذا المفهوم رابطة مالية يكون فيها محل الالتزام لا أشخاصه العنصر الأساسي فيه و بذلك يعد العقد شيئا ماديا العبرة فيه بقيمته المالية ، و هو بهذا الوصف يتدخل القاضي في تطويع العقد بتعديله و ذلك لملائمة العقد مع المنفعة و العدالة التي يقوم عليها⁵ .

ثانيا: الملائمة القانونية

الأصل في العقود الإلزام أي وجب تنفيذها من عاقيدها، غير أنه يسمح القانون استثناء في بعض العقود التي يراعى فيها المنفعة و العدالة التعاقدية الرجوع عن التعاقد بالإرادة المنفردة لأحد

1-علاء حسين علي ، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية (دراسة في دور الارادة المنفردة في النطاق العقدي)، منشورات زين الحقوقية ، 2011 ، ص37 .

3-جاك غستان ، مفاعيل العقد (المطول في القانون المدني) ، مرجع سابق ، ص45.

4-جاك غستان ، نفس المرجع ، ص45.

5- علاء حسين علي ، مرجع سابق ، ص37.

و تقتضي المنفعة و العدالة التعاقدية تحريم الالتزام لمدى الحياة و حماية مصالح و الثقة المشروعة بين المتعاقدين، و لا يمكن أن يتم ذلك إلا من خلال منح أحد المتعاقدين حق الرجوع عن التعاقد أثناء تنفيذ العقد¹، و هذا ما نتعرض إليه من خلال عقد الوكالة(1) و عقد الشركة (2) و عقد العمل (3) .

1-في عقد الوكالة

تقوم بعض العقود أساس على الثقة ، بالتالي فإذا انعدمت هذه الثقة لا يمكن استمرار هذا العقد، و في هذه الحالة يسمح المشرع للمتعاقد إنهاء أو تعديل شروط العقد بارادته المنفردة ، و هذا هو الحال في عقد الوكالة مثلا، اذ يكون شخص الوكيل محل اعتبار².

يقصد بالوكالة طبقا لنص المادة 571 تقنين مدني جزائري : (الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل لحساب الموكل و باسمه) ، في حين تنص الفقرة الأولى من المادة 1984 في التقنين المدني الفرنسي على أن : (الوكالة عقد بمقتضاه يفوض آخر بعمل شيء لحساب الموكل أو باسمه)³ .

و من أهم خصائص الوكالة بأنه عقد غير لازم إذ يجوز للموكل عزل الوكيل و للوكيل أن يتتحي عن الوكالة قبل انجاز التصرف القانوني و حتى قبل البدء فيه.

حيث تنص المادة 587 تقنين مدني جزائري : (يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدھا و لو وجد اتفاق يخالف ذلك) .

1-ريان عادل ناصر، مرجع سابق ، ص 42 .

2-علي فلاحي ، مرجع سابق ، ص352.

3-Article 1984 du code civil francais : (Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom).

و يعتبر حق العزل من مستلزمات الوكالة و لا يجوز اشتراط عدم العزل ، فعقد الوكالة يقوم على ثقة الموكل بالوكيل ، و لا يكفي توفر هذه الثقة أثناء إبرام عقد الوكالة و إنما تستمر إلى تنفيذ العقد ، حيث ينتهي عقد الوكالة بفقدان الثقة ، و إلا تحمل الموكل نتائج خطأه بوضع ثقة في شخص ليس أهلاً لها¹ .

كما أن الموكل قد لا يرغب رغم استمرار هذه الثقة بمتابعة العملية التي أجرى التوكيل فيها لأسباب تتعلق بتقديره ، أو لظروف كانت قد دعتة للتوكيل وزالت ، كأن يكون مسافراً و عاد من السفر ، أو مريضاً و تعافى ، و ذلك سواء كانت الوكالة بأجر أو بغير أجر² .

و لا بد من الإشارة أن مبدأ جواز العزل يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز مخالفته تحت طائلة بطلان الاتفاق المخالف ، و ذلك بعكس ما هو الحال في القانون المدني الفرنسي حيث يجوز الاتفاق على عدم العزل شرط أن تكون الوكالة خاصة بعمل محدد أو يعمل بها ضمن مهلة محددة³ .

2- في عقد الشركة

تتنافى حرية الفرد -وهي من حقوقه الأساسية- مع الالتزام مدى الحياة ، و من ثم فإن العقود الزمنية التي لم تعين مدتها تكون بمقتضى ترخيص من القانون ، قابلة للإنهاء من طرف واحد و دون الطرف الثاني⁴ ، حيث تنص المادة 440 من التقنين المدني الجزائري : (تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذ كانت مدتها غير معينة) .

و يتمثل الاعتبار الشخصي العمود الفقري في شركات الأشخاص ، و هو يعني الثقة المتبادلة بين الشركاء و التفاهم القائم من أجل الوصول إلى تحقيق هدف الشركة ، و من البديهي أن يكون

1-ريان عادل ناصر ، مرجع سابق ، ص 42.

2-علي ابراهيم ، العقود المسماة ، دار الفكر العربي ، لبنان ، 2002 ، ص 320 .

3- ريان عادل ناصر ، مرجع سابق ، ص 42 .

4- ريان عادل ناصر ، مرجع نفسه ، ص 42 .

لهذا الاعتبار أثر مهم في قيام الشركة و في بقائها، و الاعتبار الشخصي ليس شرط قيام العقد فقط و إنما شرط في بقاءه أيضا¹ .

3- في عقد العمل

ينتهي عقد العمل غير المحدد المدة انتهاء عاديًا بإنهائه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه .
و الإنهاء بالإرادة المنفردة ليس مقصورا على عقد العمل غير المحدد المدة وحده، و إنما هو عام في شأن العقود غير المحددة المدة على اختلاف أنواعها ، إذ لو يتوقف إنهاء هذه العقود على رضا الطرفين معا لانتهى الأمر إلى تأبيدها تأبيدا يقضي على الحرية الفردية . فضلا عن أن عدم تحديد المتعاقدين مدة للعقد مقتضاه رضاه سلفا بالترخيص لأي منهما بوضع حد لعلاقته بالآخر وقت ما يشاء² .

و يعتبر حق إنهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه من النظام العام، و بالتالي لا يجوز التنازل عنه أو تقييده كما يشكل المعيار الفاصل بين عقد العمل محدد المدة و غير محدد المدة ، و تبنت المادة 66 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل حق الإنهاء الانفرادي لعقد العمل بالإرادة المنفردة للعامل و ذلك ضمن حالات إنهاء عقد العمل³، و خولت المادة 68 للعامل حق الاستقالة التي تنص : (الاستقالة حق معترف به للعامل، على العامل الذي يبدي رغبته في إنهاء علاقة العمل مع الهيئة المستخدمة أن يقدم استقالته كتابيا)

فالأغاية من إمكانية وضع حد للعقد العمل غير محدد المدة بالإرادة المنفردة تبررها اعتبارات عدة أهمها⁴ :

- 1- علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 381 .
- 2- ريان عادل ناصر ، مرجع سابق ، ص 46 .
- 3- المادة 66 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل الفردية ، ج ر عدد 17 مؤرخة في 25 افريل 1990 تنص :
تنتهي علاقات العمل في الحالات التالية :
- البطلان او الالغاء القانوني .
- انقضاء أجل عقد العمل ذي المدة المحدودة .
- الاستقالة .
- العزل .
- 4- ريان عادل ناصر ، مرجع سابق ، ص 46.

- عدم تأبيد علاقة العمل، أي جعلها لمدى الحياة لأن ذلك يتنافى مع حرية الفرد-و هي من حقوقه الأساسية- مع الالتزام مدى الحياة¹.

-تمكين كل طرفي العقد في وضع حد له إذا توافرت لهما أو لأحدهما شروط عمل أفضل، كما أنه لازم أيضا في حالة الأزمات الاقتصادية في الوقت الذي يكثر فيه الإنتاج و يكون رب العمل بحاجة إلى انقاص الأيدي العاملة².

و من جهة أخرى، نجد أن تخويل العمل الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، لا يجعله أسيرا لدى رب العمل ، فقد يرى العامل أن هناك من هو أفضل من رب العمل أو قد يجد عملا آخر ينال أجرا أكبر هذا إلى جانب شعور الأجير بكرامته ، و بأنه في حالة تبعية لرب عمل واحد³.

غير أنه بالرجوع الى القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل فان حق عزل العمال من طرف المستخدم ليس مطلق و انما مقيد بالنظام الداخلي في حالة ارتكاب العامل خطأ جسيم⁴ ، و لأسباب اقتصادية في حالة التسريح الجماعي للعمال.

المطلب الثاني

القانون أساس ملائمة العقد

يشكل العقد أداة تحقيق الحق الوضعي، اذ لا يتمثل دور الإرادة في إنشاء العقد، و لكن يقصد بالإرادة: الإرادة في إطارها القانوني، فالأفراد لا يملكون من الحقوق إلا تلك الممنوحة بالقاعدة القانونية و مع ذلك يبقى الحق الشخصي و الوضعي حقوق مكتملة في الطبيعة و الأثر و من يطلق مبدأ سلطان الإرادة يركز على إطلاق الحقوق الشخصية الذاتية : فالحق الشخصي الذاتي

1-علي فلالي، مرجع سابق ، ص362 .

2-ريان عادل ناصر، مرجع سابق ، ص 42 .

3- ريان عادل ناصر، مرجع نفسه ، ص 42 .

4-تنص المادة 73 قانون 90-11 المتعلق بقانون العمل السالف الذكر : (يتم العزل في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة، حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي) .

-تنص المادة 69 قانون 90-11 المتعلق بقانون العمل السالف الذكر: (يجوز للمستخدم تقليص عدد المستخدمين اذ بررت ذلك أسباب اقتصادية) .

هو المبدأ، و القانون الذي يحد من الإرادة هو الاستثناء، و باعتبار العدالة و المنفعة مبادئ أسمى من الإرادة، يتدخل القانون في تقييد الإرادة أثناء تنفيذ العقد و يخول القاضي سلطة التدخل في تعديل العقد أو نقضه في حالة حدوث ظروف اقتصادية تجعل تنفيذ العقد مرهق أو مستحيل.

يشكل تدخل القاضي في تعديل العقد أو نقضه ، رخصة من القانون لمواجهة تغير الظروف الاقتصادية التي تؤدي إلى انهيار التوازن العقدي أو استحالة تنفيذه ، و ذلك من خلال تكريس القانون عدم التوقع في العقد (الفرع الأول) ، و تحديد شروط تدخل القاضي في تطويع العقد (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تكريس نظرية عدم التوقع

يشكل تدخل القاضي في تعديل العقد أو نقضه استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد و يشكل رخصة من القانون حولها للقاضي في حالة حدوث ظروف اقتصادية غير متوقعة، و نتناول بالبحث نظرية القوة القاهرة (أولاً) و نظرية الظروف الطارئة¹ (ثانياً) .

أولاً : نظرية القوة القاهرة

نتناول بالبحث مراحل ظهور نظرية القوة القاهرة في ظل القوانين القديمة (1) إلى قانون نابليون (2) .

1- القوة القاهرة في ظل القوانين القديمة

تتضمن القوة القاهرة حسب النظرية التقليدية ثلاث عناصر، سبب أجنبي، عدم التوقع، عدم إمكانية الدفع، غير أن القانون الفرنسي لسنة 1804 لم يحدد معايير التفرقة بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة و ذلك لاعتبارات تاريخية و تجسيدا للمبادئ التي كانت قائمة في القانون الروماني² (أ)، و سارت عليه بذلك القوانين الفرنسية القديمة (ب) .

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P78.

2-Idem, P45.

أ- في القانون الروماني

لم يعتد القانون الروماني البدائي بالقوة القاهرة سبب لإعفاء المدين من التزاماته، إذ يقع على عاتق المدين تنفيذ التزاماته إلى غاية الوفاء بها، و تقع عليه المسؤولية العقدية في حالة إخلاله بالتزامه¹ ، و لا يمكنه التذرع بالقوة القاهرة للإعفاء منها².

إن القداسة التي حولها القانون الروماني للعقد اللفظي³ ، أدت إلى استبعاد فكرة القوة القاهرة سبب لإعفاء المدين من التزامه. غير أن اتساع مجال المعاملات و سرعة المبادلات و نمو النشاط التجاري و ازدهاره، أدى في مرحلة لاحقة إلى تطور القواعد القانونية الرومانية فتحررت العقود من طغيان الشكلية و انتقلت إلى الرضائية، كما واكبت القواعد القانونية الرومانية التطورات في الحياة التجارية وذلك بتكريس نظرية القوة القاهرة سبب لإعفاء المدين من التزامه أثناء تنفيذ العقد.

اثر تطور الحياة التجارية و سرعة المعاملات التجارية واكبت القواعد القانونية الرومانية التطورات الحاصلة في الحياة التجارية بإدراج قواعد قانونية تعفي المدين من التزامه بسبب وقوع قوة القاهرة أو حادث جبري طرأ أثناء تنفيذ العقد يجعل تنفيذه مستحيلاً⁴. غير أن فقه القانون الروماني حاول التمييز بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي ، إذ يرى أن القوة القاهرة تتضمن ثلاث عناصر سبب أجنبي لا يمكن توقعه لا يمكن دفعه، و على عكس القوة القاهرة ، فإن الحادث الفجائي يمكن مقاومته يعود إلى سبب أجنبي عن المدين غير انه غير مستقل عنه استقلالية مطلقة كأن يحدث الحادث داخل مقولة المدين مثل حريق، حادث⁵...

1-علاق عبد القادر ، مرجع سابق، ص78

2-حيث سادت فيها ألفاظ المشاركة كطقوس شكلية لإبرام تلك العقود² وفق أوضاع معينة من حركات وإشارات معينة وألفاظ و كتابات و تأثر القانون الروماني بالقانون اليوناني الذي قدس العقد اللفظي، حيث يرى فقهاء القانون الروماني أن اللفظ هو الذي يكرس القوة الملزمة للعقد لأن اللفظ هو تعبير عن إرادة الفرد و الذي يلتزم بالوفاء بهده ، انظر : عبد القادر علاق ، مرجع سابق ، ص 29 .

3- BENABENT (A) , Droit civil , les obligation ,Op-cit , P20

4-Idem , P45

5- Ibidem, P20

و على عكس القوة القاهرة لم يتشدد القانون الروماني في تحديد عناصر الحادث الفجائي خاصة في تحديد سلوك المدين، و اكتفى أن يكون الخطأ غير جسيم ، و يترتب عنه تقاسم المدين و الدائن الخسارة إذ يتدخل القاضي لتحديد مقدار الخسارة التي يتحملها كل من الدائن و المدين¹ .

ب- في القانون الفرنسي القديم

لم يميز فقهاء القانون الفرنسي القديم بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي، و ركزوا في دراساتهم على الحادث الفجائي كسبب لإعفاء المدين من التزامه² .

- رأي Domat

لا يقيم Domat للتمييز بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي أهمية في دراساته لأسباب إعفاء المدين من المسؤولية³، و اكتفى بدراسة شروط الحادث الفجائي و أثره على الالتزام العقدي و عرف الحادث الفجائي من خلال كتابه (les loi civiles dans leur ordre naturel) الصادر سنة 1689 أن هذا الأخير يكون مستقل عن إرادة المدين و يعود مصدره إلى إرادة الإنسان أو الحيوان أو الطبيعة⁴ .

و استند Domat إلى قواعد المسؤولية العقدية عن الخطأ في تأسيس قيام حادث الفجائي و يرى أنه حادث لا يعود سببه إلى خطأ المتعاقدين، و لا يعير الأهمية لعنصر عدم التوقع و عدم إمكانية الدفع في قيام الحادث الفجائي⁵ ، و لم يرد في أعمال Domat شرط استحالة التنفيذ صراحة كشرط لإعفاء المدين من المسؤولية ، لكن يمكن أن نستشفه ضمناً من بعض تطبيقات

1- شريف محمد غنام ، مرجع سابق ، ص 222 .

2 -THIBIERGE (L) , Op-cit , P75.

3 -DOMAT , Les lois civiles dans leur ordre naturel , 1689 , citè par THIBIERGE (L) ,Idem, P151.

4 -Idem, P151.

5 -BESSON (CH) , Thèse précite , P78 .

انقضاء الالتزام عن هلاك العين¹ .

- رأي Pothier

على غرار Domat لا يقيم Pothier الأهمية في تحديد مفهوم القوة القاهرة إلى طبيعة الحادث بحد ذاته، وإنما على سلوك الشخص الذي يتواجد في نفس الزمان و المكان و الظروف² ، و ذلك وفق معيار الرجل العادي ، و يقصد بالرجل العادي بالشخص متوسط الحيطة و الحذر بحيث تكون القوة القاهرة حادث لا يمكن دفه بواسطة الرجل العادي و إنما يتطلب أن يكون الشخص شديد الحيطة³.

و استند Tunc في تحديد مفهوم القوة القاهرة إلى أعمال Pothier على بعض العقود الخاصة ، غير أنه اختلف بوتتييه بين هذه العقود في تحديد عناصر القوة القاهرة ، إذ اكتفى في عقد البيع و الإيجار بعنصر انعدام خطأ المدين⁴ ، و اشترط في عقد عارية الاستعمال توفر عنصر عدم التوقع و عدم إمكانية الدفع ، و يرى أن المدين يعفى من التزامه إذا أثبت أن الحادث لا يعود سببه إلى خطئه، و إنما يعود إلى حادث غير متوقع لا يمكن دفعه⁵ . و نستشف ضمناً من أعمال بوتتييه اعتداده بعنصر عدم التوقع في قيام حالة القوة القاهرة و ذلك عندما اشترط في إعفاء المزارع عن مسؤوليته عن فساد المحصول أن يكون الحادث استثنائي .

1 -DOMAT , Les lois civiles dans leur ordre naturel , 1689 , Op-cit , P151

(personne n'est tenu dans aucune espèce de convention de répondre des pertes et de dommages causés par des cas fortuits , comme sont un coup de foudre , un débordement , un torrent , une violence et autres semblables avènements et la perte de la chose qui péricule ou qui est endommagée par un cas fortuit tombe sur celui qui en est le maître , si ce n'est qu'il n'eut été autrement convenu , ou que la perte ou le dommage puissent être imputés à quelque faute , dont l'un des contractants doit répondre , comme si une chose qui devait être délivrée vient à périr pendant que celui qui doit la délivrer n'y satisfait point) .

2-POTHIER (R-J) , Traité des obligation , T1 , 1774 , éd.debure , cité par THIBIERGE (L) , Op-cit , P152

3-Idem , P152

4-Tunc , (force majeure et absence de faute en matière contractuelle) , RTD , 1945 , P243 , Cité par cité par THIBIERGE (L) , Idem , P 151 .

5-POTHIER (R-J) , Traité des obligation , Op-cit , P152 : (le fait d'une autre personne , que l'emprunteur n'a pu ni prévoir ni empêcher , Pêcher .) .

(un accèdent extraordinaire)، على أساس أن كل حادث استثنائي يجب أن يكون غير متوقع¹.

2- قانون نابوليون

تأثر قانون نابوليون الصادر سنة 1804 بأعمال بوتيه على القوة القاهرة ، حيث استند إلى انعدام خطأ المدين في إعفائه من المسؤولية الناجمة عن القوة القاهرة²، و شبه هذا الأخير بالحادث الفجائي Le cas fortuit حيث تنص المادة 1148 قانون مدني بأنه : " ليس هناك تعويض عن الأضرار بسبب قوة القاهرة أو حادث الفجائي منعت المدين إعطاء، أو القيام بعمل كان ممنوعا عليه"³.

و استند فقهاء القرن التاسع عشر في تحديد عناصر القوة القاهرة إلى أعمال بوتيه التي تقوم على معيار شخصي يتمثل في معيار الرجل العادي و مدى قدرته على تجنب الحادث و هذا ما ذهب إليه العديد من الفقهاء في فرنسا أمثال ⁴ TOULIER ،UBRY et RAU و جاء هذا الأخير بفكرة جديدة لنظرية القوة القاهرة و استند إلى بعض أعمال بوتيه لكن بصورة معدلة من خلال نقد بعض أفكاره، و يرى أن القوة القاهرة لا تشكل حادث استثنائي extraordinaire و إنما يشكل حادث غير متوقع و يختلف عن الحادث الفجائي من حيث أن هذا الأخير يمكن توقعه⁵.

و بقى هذا المفهوم سائدا في ق 19 إلى أن جاء Baudry-lacantinerie و barde في منتصف القرن العشرين بطرح جديد من خلال كتابه المعنون (traité théorique et pratique de droit civil) الذي نشره عام 1896 ، حيث قام بدمج نظرية الحادث الفجائي في

¹و يرى بوتيه ان هلاك الشيء محل الالتزام يؤدي الى انقضاء الالتزام اذ كان محل الالتزام معين بالذات ،ويختلف الامر اذا كان محل الالتزام معين بالنوع ، لا يترتب انقضاء الالتزام على حالة هلاك الشيء وانما يلتزم المدين بالحصول على مثله في السوق انظر : POTHIER (R-J) , Traité des obligation , Op-cit ,P21.

²-THIBIERGE (L) , Op-cit , P163.

³-article1148code civil francais :

Il n'y a lieu a aucun dommages et intérêts, lorsque par d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce a qui lui était interdit..)

⁴-AUBRY et RAU , Cour de droit civil francais , T.IV, 4e éd.,Paris , 1871 , P78.

⁵-TOULIER ,Le droit civil français suivant l'ordre du code , 5eme édition , 1837 , P208 .

نظرية القوة القاهرة في مفهوم واحد ، و حدد شروط القوة القاهرة في العناصر الثلاث¹: عدم التوقع ، استحالة الدفع ، و أجنبي عن المتعاقدين و استند في ذلك إلى بعض أعمال فقهاء القانون الروماني **cuja** و **vinnius** الذين انتقدوا تعريف **casus** للقوة القاهرة و يرون أن لا يكفي عنصر عدم التوقع في تحديد القوة القاهرة ، و إنما يقتضي أن يكون الحادث لا يمكن دفعه² .

ثانيا : نظرية الظروف الطارئة

تتعارض نظرية الظروف الطارئة مع المبادئ التقليدية في العقد التي لا تخول تعديل العقد بالإرادة المنفردة للمتعاقدين ، وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين³ ، غير أن اثر تطور الحياة الاقتصادية ظهرت النظرية الاجتماعية للعقد و من خلالها سارت التشريعات الحديثة و الأنظمة القضائية في اتجاه تكريس نظرية الظروف الطارئة⁴ .

تبنت القوانين الحديثة نظرية الظروف الطارئة اتساقا مع تطور الحياة الاقتصادية و عدم استقرار الظروف التي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي⁵ ، و نتناول بالبحث عن اعتداد القضاء بالنظرية (1) ثم موقعها ضمن التشريعات الحديثة (2) .

1-القضاء

نتناول في البحث عن مدى اعتداد القضاء العادي (أ) و الإداري (ب) بنظرية الظروف الطارئة .

أ-القضاء العادي

تبنت بعض الأنظمة القانونية فكرة الدور المنشأ للقاضي في إنشاء القواعد القانونية للوصول إلى تطويع العقد مع الظروف الاقتصادية ، و ذلك كلما لم يشمل القانون على حل للنزاع و من أهم هذه الأنظمة القانون الانجليزي⁶ .

1-Baudry-lacantinerie Barde,Traite théorique et pratique du droit civile , des obligations , 3eme edition ,1906 , P455.

2-THIBIERGE (L) , Op-cit , P152 .

3-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص251.

4 -AUBRY et RAU , Cour de droit civil francais , Op-cit , P7.

5 -BESSON (CH), Thèse précite , P78 .

6- سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص78.

و قد تصدى القضاء الإنجليزي للعديد من المنازعات المتعلقة بهذا الغرض، و انتهى فيها إلى المساواة بين الاستحالة المادية التي تثار فيها القوة القاهرة و بين ما يسمى في الفقه استحالة الهدف و يرتب القضاء عنها نفس الجزاء المتمثل في فسخ العقد، ففي سابقة "جاكسون" ضد شركة الاتحاد للتأمين¹ قررت محكمة المنازعات المالية ، أن التراخي في تنفيذ العقد لفترة زمنية معينة قد يترتب عليه في بعض الأحيان إحباط للمقاصد و الأهداف التجارية للمتعاقدين²، مما يقتضي إعمال فكرة الاستحالة الاقتصادية على الرغم من أن تنفيذ العقد ما زال ممكناً من الناحية المادية و في هذا الحكم، لا يمكن القول أن هناك استحالة مادية في تنفيذ الأداءات المتولدة عن العقد، بل إن التنفيذ الحرفي للعقد لازال ممكناً، لكن الذي صار مستحيلاً هو تنفيذ العقود وفقاً للقصد منها، أي وفقاً للأهداف المبتغاة من تنفيذها³.

ب-القضاء الإداري.

وكان القضاء الإداري في فرنسا سابقاً في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة حيث أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير بتاريخ 30 مارس سنة 1916 في قضية شركة غاز بوردو، وقد لقي هذا الحكم من الشهرة ما لم يحظ بهما أي حكم آخر للمجلس بشأن الظروف الطارئة⁴، فبالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي اعتاد إصدار أحكامه في صيغ مختصرة، إلا أنه في هذه القضية أورد حكماً طويلاً ومفصلاً، احتوى على معظم المبادئ والقواعد الرئيسية التي يركز

1-والتي توجز وقائعها في أن عقد نقل بحري أبرم بين مالك السفينة "روح الفجر" وبين شخص ناقل على هذه السفينة، بمقتضاه يجب أن تتجه هذه السفينة من ميناء ليفربول إلى ميناء نيويورك لتسحق بكمية من القضبان الحديدية كان مقرراً نقلها إلى مدينة سان فرانسيسكو(1). وتنفيذاً لشروط هذا العقد أفلعت السفينة المذكورة فعلاً من ميناء ليفربول، إلا أنها وهي تواصل رحلتها، ارتطمت بصخور خليج "كارنافور" وبقيت لاحقاً بهذه الصخور إلى أن تم سحبها و إصلاحها بميناء ليفربول، وللمزيد من التفاصيل راجع :

TREITEL (G.H) , Frustration and force majeure , LONDON Sweet et Maxwell , 2004 , P7

2-رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على العقد ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1994 ، ص 78 .

3-رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع نفسه ، ص 78.

4-HACHICH (A) , La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs , étude comparée du droit français et du droit de la république arabe Unie , Thèse ,Caen , 1962 , P78.

عليها تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حتى من الممكن اعتبار ما تضمنه هذا الحكم بمثابة دستور لهذه النظرية¹.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه في عام 1904 أبرمت الشركة العامة للإضاءة عقد امتياز مرفق عام مع مدينة بوردو لإمداد المدينة بالغاز لمدة ثلاثين عاماً²، وقد تحددت الأسعار في القائمة الملحقة بعقد الامتياز طبقاً لما كان عليه ثمن الفحم في ذلك الوقت، ذلك أن الفحم هو المادة الأولية التي يستخرج منها الغاز، حيث كان يقدر ثمن الطن من الفحم وقت إمضاء العقد بثلاثة وعشرين فرنكاً، وكان أقصى ما يتوقعه المتعاقدان من زيادة في هذا الثمن هو ثمانية وعشرون فرنكاً، ولما قامت الحرب العالمية الأولى اجتاحت الجيوش الألمانية مناطق الفحم الفرنسية تعذر على الشركة شراء الفحم من بلادها واضطرت إلى استيراده من الخارج بأثمان باهظة جداً حيث ارتفع سعر الغاز ارتفاعاً فاحشاً ووصل سعر الطن من الفحم إلى مائة وسبعة عشرة فرنكاً، فلما رفع النزاع بين الشركة والمدينة إلى مجلس الدولة الفرنسي قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى³.

2-التشريع

بسبب الانتقادات التي تعرض لها المذهب الفردي، نشأت أزمة عقد جديدة أدت إعطاء مفهوم جديد لمبدأ القوة ملزمة للعقد، مما تدخلت التشريعات الحديثة بسن قوانين بإدراج النظرية الظروف الطارئة⁴، غير أنه اختلفت بين تشريعات اعتدت بالنظرية كنظرية عامة (أ)، و تشريعات لم تعتد بها كنظرية عامة (ب).

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P78.

2-هبة محمد الديب، مرجع سابق، ص12.

3-هبة محمد الديب، مرجع نفسه، ص14.

4- بولحية جميلة، مرجع سابق، ص45.

أ-موقف التشريعات التي اعتدت بنظرية الظروف الطارئة كنظرية عامة

صدر المرسوم رقم 57-162 الذي نص على استمرار العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية مما يتضح أن القانون الجزائري لم يعتد بنظرية الظروف الطارئة بعد ما دام أن القانون الفرنسي لا يعتد بها¹.

غير أنه بصدور القانون المدني لسنة 1975 رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كرس المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة بموجب المادة 3/107 تقنين مدني التي ورد فيها: (غير انه إذ طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فبالوسع توقعها أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)²، و هذا ما ذهب إليه المشرع المصري في القانون الصادر سنة 1948 من خلال المادة 147 الفقرة الثانية منه³.

و اعتدت بعض القوانين الغربية بنظرية الظروف الطارئة كنظرية عامة، غير أنه لم تتفق القوانين الغربية على وسيلة واحدة يرد بها الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، و من أبرز هذه

1- سعيد مقدم ، الوضيفة العمومية بين التطور و التحول من منظور تسيير الموارد البشرية و أخلاقيات المهنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2009-2010 ، ص 58.

2- تنص المادة 107 أمر 75-58 المتعلق بالقانون المدني جزائري المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 أنه: (غير انه إذ طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فبالوسع توقعها و ترتبت على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

3- لاتنص المادة 147 من التقنين المدني المصري الصادر سنة 1947 على : "ومع ذلك إذ طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية و أن لم يصبح مستحيلا مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". أنظر: محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ، دار النهضة العربية ، مصر ، ص 39.

القوانين القانون البولوني¹ و الهولندي² .

ب- نظرية الظروف الطارئة في ظل التشريعات التي لم تعدد بها كنظرية عامة

حدث بعد الحربين العالميتين أن وقع اضطراب في الأوضاع الاقتصادية في العالم ، وذهبت بذلك تشريعات أغلب دول العالم على إصدار تشريعات استثنائية مؤقتة كما يواجه المتعاقدان في علاقاتهما العقدية صعوبات متكررة و دائمة مما أدى بالتشريعات إلى سن نصوص قانونية لمجابهة هذه الصعوبات³ .

و صدر عن القانون الفرنسي عدة قوانين مؤقتة لمجابهة الاضطرابات في الأوضاع الاقتصادية السابقة عن الحربين العالميتين و في مقدمة هذه القوانين القانون المعروف قانون فايو « failliot » الصادر بتاريخ 21 جانفي 1918، و يشمل قانون فايو الصفقات و العقود ذات الصبغة التجارية بالنسبة للطرفين أو أحدهما⁴، و المتضمنة تسليم بضائع أو مواد غذائية أو أدوات أخرى مستمرة أو مؤجلة التنفيذ بشرط أن تكون مبرمة قبل أول أوت سنة 1914 تاريخ اندلاع الحرب⁵.

غير أن قانون فايو لا يجيز للقاضي تعديل العقد بل حصر سلطته في جواز فسخ أو وقف العقود و الصفقات المذكورة، و بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا ثبت للقاضي أنه بسبب ظروف

1-منح قانون الالتزامات البولوني سلطة واسعة للقاضي في التدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فقد نصت م 269 من هذا القانون على انه (إذا جددت حوادث استثنائية، أصبح على أثرها تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد احد المتعاقدين بخسارة فادحة، فانه يجوز في هذه الحالة للمحكمة أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام، أو تحدد مقداره بلوأن تقضي بفسخ العقد) ، أنظر: **جميلة بولحية** ، مرجع سابق ، ص128 .

2- تنص م 11-3-5-6 من القانون الهولندي على: (أن المحكمة بناءا على طلب احد طرفي الرابطة على تعديل العقد، أو استعادته كليا أو جزئيا، بسبب ظروف غير متوقعة ذات طبيعة من تلك التي لا يكون للطرف الآخر الحق فيها بتطبيق معياري السبب و العدالة، وذلك حرصا على استمرار العقد) ، أنظر : رشوان حسن رشوان احمد، مرجع سابق ، ص580

3-**جميلة بولحية** ، مرجع سابق ، ص128.

4-**جميلة بولحية** ، مرجع نفسه ، ص128.

5-loi de 21 janvier 1918 dite loi « **Failliot** » , Relative aux marchès commerciaux conclus avant la premiere guerre mondiale , JO 23 janvier 1918 , P837 .

الحرب أصبح تنفيذ الالتزام يشكل أعباء ثقيلة و أضرار تفوق بكثير تلك الأضرار التي يمكن توقعها عند إبرام العقد¹ .

و في خلال الحرب العالمية الثانية أخطر المشرع الفرنسي أن يتدخل من جديد فأصدر التشريع رقم 49-547 في 22 أبريل سنة 1949 على الصفقات و العقود المبرمة قبل 2 سبتمبر 1939 و المنظمة للالتزامات مستمرة أو مؤجلة التنفيذ¹ و تلزم المادة 4 من القانون على الحكم بفسخ العقد إذا كان المدعي ، قد أثبت أن تنفيذ التزامه يهدده بخسارة فادحة تفوق إلى حد كبير تلك الأعباء التي توقعها وقت التعاقد، غير أن القاضي غير ملزم بالحكم بالفسخ إذا كان العقد مبرم بعد الحرب العالمية الثانية².

أما في القانون الإنجليزي اتجه المشرع بسبب الحرب العالمية الثانية إلى إصدار مجموعة من تشريعات الحرب، حدد فيها جزاء الظروف الطارئة بالإعفاء من التعويض أو التخفيف من عبئه، ومن بين هذه التشريعات قانون المسؤولية عن أضرار الحرب لسنة 1939 و قانون وزارة التموين لسنة 1939 و أوامر تحديد الإمدادات لسنة 1940³.

و صدر في بلجيكا بتاريخ 18 يوليو سنة 1914 قانون منح سلطة خاصة للحكومة تستطيع بموجبه أن تعدل شروط العقد عن طريق زيادة فئات النقل لصالح الملتزمين بتسيير خطوط الالتزام⁴. و في القانون الإيطالي صدر مرسوم بقانون بتاريخ 25-01-1920 نصت أحكامه على تعديل عقود الامتياز في حالة وقوع الظروف الطارئة، و قد أوكل هذا المرسوم للجان خاصة أن تستعين عن شروط العقد المتفق عليها بشروط أخرى تتوافق مع واقع الظروف المستجدة⁵.

1-THIBIERGE (L) , Op-cit ,p191.

2- بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص 45 .

3-ZAKI (H) , Thèse précitée , P45 .

4 -Idem , P78 .

5-جميلة بولحية ، مرجع سابق ، ص 57 .

الفرع الثاني

شروط ملائمة العقد

لا ينشأ الالتزام دائما عن العقد، بل أن هذا الأخير هو واحد من مصادر متعددة يمكن لكل منها أن يولد الالتزامات¹، و يشكل الطرف الاقتصادي واقعة قانونية ليس ناتج عن العقد لأن إرادة المتعاقدان لم تتجه إلى وقوعه، و إنما يشكل حادث غير متوقع، يربط القانون آثار على وقوعه². تتمثل شروط تطويع العقد في شروط متصلة بالعقد (أولا) و شروط متصلة بالواقعة القانونية (ثانيا)، و شروط متصلة بالآثار المترتب على التغير (ثالثا).

أولا: الشروط المتصلة بالتصرف القانوني

أجمع الفقه على إجراء العديد من التقسيمات على العقود، بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى العقد، يهمنها منها ثلاث تقاسيم³، لاتصالها بموضوع البحث أول هذا التقاسيم الثلاث هو تقسيم العقود إلى عقود فورية و عقود مستمرة، الأولى لا يكون الزمن عنصرا أساسيا فيها كالبيع و الشراء في حين أن الثانية يكون الزمن فيها عنصرا أساسيا يتحدد على مقتضاه، كم الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين أو على عاتق أحدهما كعقد العمل أو عقد الإيجار⁴.

و التقسيم الثاني للعقود هو تقسيمها إلى عقود محددة و عقود احتمالية، و يكون التزام المتعاقد و حقه في الأولى، معروفا منذ إبرام العقد، في حين أن معرفة التزام و حق المتعاقد تتوقف في النوع الثاني على أمر لاحق على إبرام العقد⁵.

أما التقسيم الثالث للعقود فهو تقسيمها إلى عقود ملزمة للجانبين و عقود ملزمة لجانب واحد، الأولى عقود تبادلية، و تولد منذ إبرامها التزامات متقابلة في ذمة طرفيها، كعقد البيع أو الإيجار أو الشركة، في حين أن العقود الملزمة لجانب واحد تنشأ منذ إبرامها التزاما أو التزامات على عاتق أحد

1 -LASBORDES (V) , Op-cit , P78 .

2-محمد السناري، مرجع سابق، ص36 .

3-Laubadère (A) , Moderne (F) , devolve (P) , Traité de contrats administratif , LGDJ , 1984 , T1 P 494 .

4 -Idem,P 494 .

5-محمد السناري، مرجع سابق، ص39.

الطرفين، دون أن تقابله التزامات على عاتق الطرف الآخر، كالهبة و الوديعة غير المأجورة. لذلك سنتطرق في بحثنا هذا إلى المسائل الآتي¹ :

1-مدى اشتراط أن يكون العقد مستمرا .

اختلف الفقهاء عن مدى قصور إعمال حكم تغير الظروف على عقود المدة دون غيرها². حيث يرى الأستاذ " والين " أن النظرية تطبق فحسب على العقود التي تستغرق تنفيذها مدة طويلة من الزمن، بما يتيح من ظهور بعض الظروف غير متوقعة و التي يترتب عليها الإخلال باقتصاديات العقد³ .

و يتجه غالبية الفقه الفرنسي⁴ و المصري⁵ و قضاء مجلس الدولة في فرنسا أن نظرية الظروف الطارئة يمكن تطبيقها على العقود التي يتراخى تنفيذها متى توافرت شروط تطبيق النظرية فليس هناك ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد الفوري إذا طرأت حوادث استثنائية عقب إبرامه مباشرة و قبل تنفيذه و ترتب على تلك الحوادث أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا⁶.

و باستقراء نص المادة 107 تقنين مدني نستنتج أن العقد تتخلله مدة زمنية بين إبرامه و تمام تنفيذه ، حيث عبارة " صار مرهقا للمدين " الوارد في المادة 107 فقرة 2 تحتل العقود الفورية المؤجلة التنفيذ و العقود المستمرة ، لأن الظروف الاقتصادية حدثت بعد إبرام العقد و صار تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، و أن التغير في الظروف الاقتصادية يتطلب فاصل زمني بين إبرام العقد و تنفيذه ، و يستبعد بذلك العقود الفورية الغير مؤجلة التنفيذ لتتخصص نظرية الظروف الطارئة في عقود الفورية المؤجلة التنفيذ و العقود المستمرة⁷ .

1-رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 405 .

2-جميلة بولحية، مرجع سابق ،ص 95 .

3-Walin (M) , Traite de droit administratif , Sirey , 9e edition , 1963 , P623 .

4-Laubadère (a.De) , Moderne (F) , devolve (P) , Op-cit , P 494 .

5-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ص642.

6-محمد السناري ، مرجع سابق ، ص 40.

7-العقد المحدد هو عقد يعلم كل متعاقد وقت التعاقد بالمقدار الذي يعطيهوالمقدار الذي يأخذه بمقتضى هذا العقد أنظر:نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 289.

2-مدى اشتراط أن يكون العقد محدد

يتبادر على الذهن، و نحن بصدد أعمال فكرة تطويع العقد لمواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة، التساؤل عن مدى شمول الفكرة للعقود الاحتمالية إلى جانب العقود المحددة¹.

من المتصور أن نجد الإجابة على هذا التساؤل بالنفي لدى بعض المتشددین، كما أنه من المتصور أن نجد الإجابة بالإيجاب لدى بعض المتسامحين، و انقسم الفقه إلى فريقين².

و يرى الاتجاه الأول أن من طبيعة العقود الاحتمالية كسب أو خسارة باهظة، فالإرهاق متلازم مع هذه العقود و متوقع من المتعاقدين وعلى هذا الأساس تخرج هذه العقود من نطاق نظرية الظروف الطارئة³.

بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى غير الرأي المتقدم سابقا، حيث ناد بتطبيق النظرية على جميع العقود بما فيها العقود الاحتمالية استنادا إلى عمومية النصوص المقررة لنظرية الظروف الطارئة⁴. و في رأينا هذا الرأي مردود فيه لأن الحياة الاقتصادية تتميز بالتقلب السريع في المعطيات يستحيل فيها القياس على معطيات ملموسة أو ظروف معينة، سيما في التشريعات التي لا تعير معيار توقع الحادث الطارئ أهمية .

1-تنص المادة 57 تقنين مدني جزائري انه : (...إذ كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير لامحقق فان العقد يعتبر عقد غرر).

2-وتطبيقا لذلك تذهب محكمة النقض المصرية إلى أن فكرة التطويع لا تنطبق على عقود الغرر، إذ أنها تعرض بطبيعتها العاقدین لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة كما قضت بأنه "إذا كان الحكم أقام قضاءه برفض اعمال نظرية الحوادث الطارئة ، على أن عقود بيع القطن " الكونتراتات " تقوم بطبيعتها على فكرة المخاطرة والمضاربة على المستقبل، وأنه لذلك يتعين على المتعاقدين أن يتوقع فيها جميع الاحتمالات و الحوادث الطارئة قد تأثر في التزامه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة فإن قضاة الاستئناف عندما قضا برفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة طبقوا صحيح القانون، انظر : رشوان حسن رشوان احمد ، مرجع سابق ، ص 418.

3-علي فلالي، مرجع سابق، ص62.

4-EL-GAMMAL (M) , Thèse précite , P85 : « On n'a pas tardé à trouve dans les contrats aléatoires des bouleversement susceptible d'un contrôle de leur économie , comme c'est le cas dans les rentes et les assurances . Ce n'est que pour des contrats comme le jeu et le pari que le contrôle doit être exclu ».

3-مدى اشتراط أن يكون العقد ملزم لجانبين

و للوهلة الأولى قد يقال أن العقود الملزمة للجانبين هي المجال الوحيد لإعمال فكرة التطويع لسيما أن العبارة الواردة في نص الفقرة الثالثة من المادة 107 تقنين مدني و بعد مراعاة -مصلحة الطرفين- توحى بضرورة وجود تقابل بين الالتزامات و بالتالي لا تطبق فكرة التطويع على العقود الملزمة لجانب واحد باعتبار أن هذه الأخيرة لا تعطي للملتزم حقوقا مقابل ما يقع على عاتقه من التزامات¹.

غير أنه إذ كان أساس نظرية الظروف الطارئة تحقيق العدالة العقدية، يرى جانب آخر من الفقه يستوي أن يكون للأداء مقابل يقع على عاتق الطرف الآخر، أم ليس له مثل هذا المقابل لإعمال نظرية الظروف الطارئة لأن العدالة على كلتا الحالتين تقتضي مراجعة شروط العقد نتيجة تغيير الظروف الاقتصادية التي أبرم هذا العقد في ظلها².

فالوكيل الغير المأجور الذي يصير التزامه مرهقا ، بفعل تغيير الظروف الاقتصادية التي أبرم فيها العقد³، يستطيع أن يطلب مراجعة العقد على الرغم من أنه لا يوجد التزام على عاتق الموكل مقابل لالتزام الواقع على عاتقه، و يستند الوكيل في هذا الطلب إلى قواعد العدالة التي تأبى أن يتحمل بالتزامات جديدة وليدة تغيير الظروف الاقتصادية، و لم تخطر بباله عند الدخول في عقد الوكالة⁴.

1-بولحية جميلة، مرجع سابق ، ص 98.

2-رشوان حسن رشوان احمد، مرجع سابق، ص 43.

3-علي فلالي، مرجع سابق، ص 62.

4-EL-GAMMAL (M) , Thèse précitée , P85.

و نحن في رأينا نعتد بالرأي الثاني لأنه إذ كان الأساس الذي اعتدت به التشريعات بنظرية الظروف الطارئة هي العدالة، يقتضي أن تتسم أداءات المتعاقد بالتقارب ما بين فترة انعقاد العقد وفترة تنفيذه.

ثانيا: الشروط المتصلة بالواقعة القانونية

إن التغيرات في الظروف الاقتصادية أمر كائن لكنه بالإضافة إلى ذلك قد يتجاوز التوقعات و يؤدي إلى قلب التوازن العقدي رأسا على عقب¹، و من هذه الناحية يمثل الضابط الثاني لتطبيق فكرة تطويع العقد لملائمة الظروف الاقتصادية، و تتمثل الشروط المتصلة بالحادث فيما يأتي²:

1-حادث أجنبي

لم يحدد القانون المدني عناصر القوة القاهرة ، و اكتفى بتحديد الأثر المادي و القانوني للقوة القاهرة ، بينما قام المشرع بتحديد عناصر نظرية الظروف الطارئة و على هذا الأساس لا تختلف نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة من حيث شروط الحادث بذاته³ .

أ-حادث أجنبي عن المدين

يكون الحادث أجنبي عن المدين إذا كان أجنبي عن الأطراف و عن العقد.

-حادث أجنبي عن الأطراف

يكون الحادث أجنبي عن المدين إذ لم يصدر خطأ شخصي من المدين ، يترتب عنه الحادث أو كان الحادث يعود إلى مسؤولية المدين ، بسبب فعل الشيء كان تحت حراسته أو فعل الغير تربطه به رابطة رقابة أو تبعية⁴ .

1-PONCEAU (R) ,Op-cit , P6.

2-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 311.

3- Idem , P 311.

4-JOURDAIN (J) , « L'exteriorité de la force majeure » , RTD civ , 1994 , P873 .

يستند بذلك إلى قواعد المسؤولية على أساس الخطأ في إعفاء المدين من التزامه بسبب قوة القاهرة جعلت تنفيذ الالتزام مستحيل¹ .

و هذا لا يعني بأن انعدام خطأ شخصي من المدين يمكن دفع الحادث، فيمكن أن يصدر من شيء تحت حراسة المدين أو من شخص يكون تحت رقابة المدين أو تابع له فعل يتسبب في الحادث و هذا ما ذهب إليه أنصار المذهب المادي و اتفاقية فيينا سنة 1980 التي ترى أن الحادث يجب أن يكون أجنبي عن نشاط المدين² .

يرى أنصار المذهب المادي أنه يعتبر السبب أجنبي عن المدين إذ لم تربط الحادث صلة بنشاط المدين، و بذلك لا يعتبر السبب أجنبي عن المدين إذ تسبب في الحادث شيء في حراسة المدين أو شخص تربطه بالمدين رابطة تبعية أو خاضع لرقابة المدين³ ، مثلاً : عند تقديم نادل لدى مطعم وجبة الأكل ، عثر الزبون على جرائيم ، فالحادث ليس أجنبي عن صاحب المطعم ، أو إذ حالة إضراب عمال الشركة بسبب انعدام ظروف العمل حادث ليس أجنبي عن مدير الشركة⁴ .

يقيم أنصار المذهب المادي رأيهم على أساس المسؤولية دون خطأ، و هذا ما أخذ به القضاء الإداري في مسؤولية الإدارة عن أعمال تابعيها على أساس فكرة التبعية أو الغرم بالغنم، إذ من يجني فائدة من نشاط ينشئ تبعة للضرر الصادر بمناسبة ممارسة نشاطه، يجب إذا تحققت هذه التبعة أن يكون مسئولاً عن الضرر المسبب ، إذ لا يمكن أن يجني النفع من نشاط دون أن يتحمل أعباءه⁵ .

و علاوة على المخاطر التي تفرض على المتعاقدين بقوة القانون توجد مخاطر يتفق المتعاقدين على تحملها أثناء إبرام العقد⁶.

1-POTHIER (R-J) , Traité de la vente , in œuvre complètes de POTHIER par Rogron et firbach , Paris , 1830 , P 26 .

2-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 314.

3-GRYNBAUM (L) , préface de GOBERT Michelle , le contrat contingent , l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,Op-cit, p56

4-JOURDAIN (J) , « L'extériorité de la force majeure » Op-cit , P873 .

5-عبد القادر عدو ، المنازعات الادارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص360.

6-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 314.

ب- حادث أجنبي عن العقد

يكون الحادث أجنبي عن العقد إذ كان لا يدخل ضمن الأحداث التي تتبأ المتعاقدين بحدوثها أثناء تنفيذ العقد، و على هذا الأساس يجب التمييز بين الحادث غير توقع و الحادث غير مؤكد¹ فهذا الأخير حادث ليس أجنبي عن العقد لأنه حادث تتبأ المتعاقدين بحدوثه مستقبلاً² غير أن حدوثه يتوقف على واقعة غير مؤكدة الوقوع³.

2- حادث غير متوقع

يكون الحادث غير متوقع إذ لم يكن في وسع المتعاقدين و على وجه الخصوص المتعاقد المدين توقعه وقت إبرام العقد و إلا احتاط لذلك⁴، و يتميز عن الحادث غير معروف من حيث أن هذا الأخير يمكن أن يطرأ أثناء تكوين العقد بينما الحادث غير متوقع يطرأ أثناء تنفيذ العقد⁵.

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 314.

2-وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 10 جويلية 2007 قضت بنقض قرار محكمة الاستئناف الفرنسية في قضية تتلخص وقائعه: (ابرم شخصين عقد إيجار مسكناتفاقا على تحمل المؤجر التزام ثانوي يقضي بحراسة العين المؤجرة بينما اتفقا على بدل اجار منخفض لا يقابل التزامات المؤجر ، توفي المؤجر أثناء تنفيذ العقد ، رفع ورثة المستأجر دعوى قضائية يطالبون فيها إلزام المستأجر بدفع مقابل حراسة المورث للعين المؤجرة ،وقضت محكمة الاستئناف D'AIX –en Provence بالزام المستأجر بدفع بدل الحراسة للورثة ، طعن المؤجر في القراروصدر قرار عن محكمة النقض قضت فيه بنقضوابطال قرار محكمة الاستئناف على أساس مخالفة قضاة الموضوع نص المادة 1134 قانون مدني فرنسي ، فالعقد شريعة المتعاقدين لا يمكن لقضاة الموضوع أعمال نظرية الظروف الطارئة بهدف تعديل العقد لأن حادث موت المؤجر حادث متوقعومؤكد) انظر : THIBIERGE (L), Op-cit ,P21

3-يجوز الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة فالحادث في هذه الحالة ليس أجنبياً وإنما سبق على الأطراف الاتفاق على تحمل المدين المخاطر التي يمكن أن تنجم أثناء تنفيذ العقد ،وهذا ما تنص عليه نص المادة 1/178 قانون مدني جزائري : (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة) .

4-علي فلالي ، مرجع سابق، ص 374.

5-THIBIERGE (L) , Op-cit , p 260.

و يرى جانب آخر من الفقه أن عدم التوقع ينصرف إلى نتائج الظرف الطارئ¹. لأن ما يترتب عنه من أثار هي التي تكون غير متوقعة تؤدي إلى الاختلال بين الأداءات المتقابلة".

و في رأينا، إن كل حادث غير متوقع لا ينتج عنه إلى نتائج غير متوقعة، لكن قد ينتج عن حادث متوقع نتائج غير متوقعة، و بالتالي يمكن أن ينصرف عدم التوقع إلى أثار الحادث الطارئ، خصوصا إن نص المادة 510 أمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني في فقرتها الثانية تنص: (غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته إن يطلبوا فسخ عقد الإيجار إذ اثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من إن تتحملها مواردتهما، أو أصبح الإيجار يتجاوز حاجاتهم).

و يأخذ الفقه و القضاء في هذا الشأن بمعيار موضوعي قوامه الرجل المعياري المعتاد بالنظر إلى الظروف و الأحوال الموضوعية التي أحاطت بالعملية العقدية².

3- حادث استثنائي

الحادث الاستثنائي هو حادث غير مألوف لكونه نادر الوقوع فهو حادث لا يقع في ظروف عادية، و من بين الحوادث الاستثنائية يؤكد الفقهاء على سبيل المثال الفيضان، الوباء الزلزال و الحرب، و قد أورد القانون البولوني بعض الأمثلة للحادث الطارئ منها الحرب، الوباء أو هلاك المحصول هلاكا كلياً³.

1- غير أن المادة 269 ق م ب أوردت لنا حالات على سبيل المثال للحادث الطارئ تتمثل في حرب، وباء، تلف المحاصيل بأسرها، أو أية كارثة طبيعية أخرى، والتي تنص " إذا اعترضت تنفيذ العقد صعوبات مرهقة أو هددت تنفيذه أحد المتعاقدين بخسارة فادحة، ولم يتمكن المتعاقدان من توقعها حين إبرام العقد كالحرب أو الوباء أو تلف المحاصيل بأسرها أو أية كارثة طبيعية أخرى، جاز للمحكمة بعد أن تستعين بمبادئ حسن النية وتوازن بين مصلحة الطرفين، إذ رأت ضرورة لذلك أن تعين طريقة تنفيذ العقد أو مقدار الالتزام بلوالحكم بفسخ العقد " أنظر: جميلة بولحية، مرجع سابق، ص 230.

2- يرى بعض الفقه في فرنسا صعوبة إيجاد معيار دقيق يقاس به سلوك الرجل العادي، حيث أن الحياة الاقتصادية أفرزت فجوة بين أفراد المجتمع بين محترف يحوز على وسائل الانتاج والمال تخوله وسائل الادراك والمعرفة و مستهلك ضعيف قليل الفطنة و الدهاء أنظر:

KHAIRALLAH (G), (Le « raisonnable » en droit privé français-Développement récent), RTD , civ ,1984 , P43

3- بولحية جميلة، مرجع سابق، ص 120

و من هذا المنطلق يربط الفقه بين شرط الاستثنائية و شرط عدم التوقع باعتبار أن الأخير يقوم أيضا على عدد مرات حدوث التغيير، فكلما قل عدد مرات حدوث التغيير كلما كان التغيير غير متوقع أما إذا زاد عدد مرات حدوثه فإنه يصبح مألوفاً و متوقعا¹.

و بناء على هذا الارتباط بين شرط الاستثنائية و شرط عدم التوقع ذهب بعض الفقهاء إلى أن شرط عدم التوقع يغني عن شرط الاستثنائية ، باعتبار أن التغيير غير المتوقع لابد و أن استثنائيا².

غير أنه إذ كان التغيير الغير المتوقع لا بد و أن يكون استثنائيا، فإن التغيير الاستثنائي قد يكون متوقعا و قد يكون غير متوقعا³.

و ينسب بعض الفقهاء وصف الاستثنائية إلى آثار الحادث الطارئ و ليس للحادث نفسه فقد يكون الحادث في ذاته مألوفاً كالتضخم إلا أن الآثار التي تترتب عليه هي التي تخرج عما هو معتاد، فتغير القوانين-مثلا- أمر معتاد، و لكن قد يترتب عن تطبيقها آثار غير مألوفة كقانون تأميم المحروقات، أو قانون تحرير الأسعار الذي قد يترتب عليه ارتفاع⁴ باهض للأسعار، و يرى علي فلالي أن العبرة تكون بالآثار الاستثنائية للحادث كما تكون كذلك بالحادث نفسه إذا كان استثنائيا⁵ ، و في رأينا فإن الاستثنائية ينصرف إلى الحادث و آثاره لأن العبرة في تقدير الظرف الطارئ هو بآثره على التوازن العقدي و بالتالي فيجب أن يكون الأثر استثنائي كذلك .

4-تدرج الأثر المترتب على الحادث-عدم امكانية الدفع-

تختلف نظرية القوة القاهرة عن نظرية الحادث الطارئ في عنصر عدم إمكانية الدفع ، سواء من حيث الموضوع(أ) ، أو من حيث الأشخاص(ب)⁶ .

1-علي فلالي ، مرجع سابق، ص 374 .

2-THIBIERGE (L) , Op-cit , p 260.

3-رشوان حسن رشوان احمد، مرجع سابق ص 45 .

4-علي فلالي، مرجع سابق ، ص 374 .

5-فؤاد محمود معوض ، دور القاضي في تعديل العقد ،(دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2004 ، ص75.

6-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 335 .

أ- من حيث الموضوع

تتفق نظرية الحادث الطارئ مع القوة القاهرة من حيث أن الحادثان لا يمكن تجنبهما مهما بذل المتعاقدين من الحذر و الحيلة، و يختلف الحادثان من حيث عدم إمكانية الدفع ، فالحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيل لأنه يمكن دفع الحادث لكن يترتب على تنفيذ العقد خسارة فادحة للمدين ، بينما يستحيل تنفيذ العقد في القوة القاهرة بحيث عدم إمكانية الدفع في الحالة الأولى نسبية بينما في الحالة الثانية مطلقة¹ .

و هذا ما ذهب إليه **POTHIER** و ذلك من خلال التمييز بين محل الالتزام المعين بالذات و محل الالتزام المعين بالنوع ، حيث يترتب على هلاك الشيء محل الالتزام انقضاء العقد غير أنه يختلف الحال إذ كان محل الالتزام شيء معين بالنوع ، فهلاك الشيء لا يترتب عليه انقضاء العقد و إنما يلتزم المدين بتسليم شيء من النوع ذاته و لو تكبد المدين خسارة فادحة²، لأن استحالة تنفيذ التزام نسبية ، بينما إذا كان محل التزام المدين شيء معين بالذات فهلاك الشيء يترتب عليه انقضاء العقد بقوة القانون لان استحالة تنفيذ العقد مطلقة ، لا يتوفر المدين على بديل للشيء في السوق³ .

¹-ويرى بعض الفقه في فرنسا أن عنصر عدم التوقع لا يستقل عن عنصر عدم إمكانية الدفع ، لأن الحادث الذي لا يمكن دفعه يكون بحد ذاته غير متوقع ، غير أن محكمة التحكيم الأوروبية ترى عكس ذلك في قرار صادر سنة 1983 قضت برفض تعديل العقد على أساس أن حادث تدني أسعار النفط متوقع والعقد أبرم في ظل انهيار أسعار حدوث أزمة في السوق العالمية سنة 1973 أنظر : **POTHIER** , Traite de la vente , Op-cit , P52 .

²-Idem, P45 .

³-**THIBIERGE (L)** , Op-cit , P 335 .

⁴-Idem,P211 .

و على هذا الأساس تتطبق نظرية الحادث الطارئ على الالتزام بتسليم شيء معين بالنوع حيث أن الحادث يمكن دفعه من خلال التزام المدين بتسليم الدائن شيء مثلي و لو ارتفعت قيمة الشيء في السوق ، بينما تتطبق نظرية القوة القاهرة على الشيء المعين بالذات ، بحيث هلاك الشيء يؤدي إلى استحالة تنفيذ المدين التزام¹ .

و يرى TUNC أن القوة القاهرة حادث يفوق يقظة و حذر المدين و لا يمكنه دفعه إلا من خلال بذل المدين لأقصى حد من اليقظة و الحذر².

ب- من حيث الأشخاص

يشترط كذلك في الحادث الطارئ أن يكون عاما يمس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم و لا يخص المتعاقدين وحده، كحالة الإفلاس أو إتلاف ممتلكاته، و في هذا السياق لا بد من التمييز بين الظروف الطارئة و القوة القاهرة، فهذه الأخيرة هي كذلك حادث استثنائي غير متوقع إلا أنها ليست عامة ، فهي تتمثل في حادث فردي خاص بالمدين دون غيره³، غير أنه و بالرغم من اشتراط جل التشريعات العربية هذا الشرط ، إلا أن هناك فريق من الفقه أنكر عمومية الظرف الاستثنائي لتعارضه مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة، و هو العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق عن المدين و بذلك تتحقق العدالة⁴ .

1- رشوان حسن رشوان احمد، مرجع سابق، ص 45 .

2- ويرى فريق آخر من الفقه بان شرط العمومية يجد تبريره في كون فكرة تعديل العقد لظروف طارئة تمثل استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، لذا يجب الحد من أعمالها ما أمكن لكونها تؤدي إلى هدم استقرار الروابط العقدية و باشتراط العمومية تتحقق هذه الغاية : انظر : غير أن تدخل القاضي لفسخ العقد لقوة القاهرة و إعفاء المدين من التزامه يهدر مبدأ القوة الملزمة للعقد. فكيف نبرر سقوط هذا الشرط بالنسبة للقوة و القاهرة وهي اشد وطأة إذ تجعل تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا .وإذ كان الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة العقدية، فلا تبرر اشتراط صفة العمومية في الحادث الطارئ ، خاصة و انه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط و يترتب على تطويع العقد إعفاء المدين بجزء من الالتزام المرهق فقط ، في حين يترتب على القوة القاهرة إعفاء المدين كليا من تنفيذ التزامه، انظر : بن يحيى شريف ، مرجع سابق ، ص 15 .

3- يقول أنصار هذه الفكرة يصعب البحث عن أساس الفسخ دون النظر الى فكرة العدل التي قام عليها ، في القانون الكنسي ، واستندت اليه دعوى الاسترداد في القانون الروماني ، للمزيد من التفاصيل ، الرجوع الى : بلعير عبد الكريم ، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986 ، ص 103 .

4 - THIBIERGE (L) , Op-cit , P 335 .

ثالثاً: أثر الحادث على العقد

يعد ضابط الأثر الناشئ عن التغير من أهم ضوابط فكرة التطويع، فلا قيمة للشروط السالفة الذكر في شأن موضوعنا ما لم يترتب على اجتماعها تأثير في الالتزام العقدي، حيث تقضي قواعد العدالة و مقتضيات الإنصاف بضرورة أخذه في الاعتبار و مراجعة العقد لهذا السبب¹.

يترتب على تغير في الظروف الاقتصادية انعدام المنفعة و العدالة أو إنقاصها التي من أجل تحقيقها ابرم المتعاقدان العقد ، حيث يترتب على اختلال التوازن الاقتصادي في العقد مساس بالعدالة التعاقدية من حيث التقابل (1) و التناسب (2)² .

1-انعدام التقابل

يرتب الحادث إخلال بالتوازن الاقتصادي في العقدي، غير أنه اختلف الفقهاء حول المعيار المناسب في قياس اختلال التوازن الاقتصادي.

أ-انعدام التقابل في العقد

يمكن تحديد انعدام التقابل في الالتزامات في العقد ككل من حيث عدة معايير تتمثل:

-انعدام العدالة الحسابية

اعتنق فقه القانون الإداري منطق حسابي في تقدير أثر الحادث على العقد، يعتمد على قيمة حسابية يتم تقديرها على أساس الفرق بين قيمة التزام المدين و قيمة التزام الدائن، و من ثم تحديد الخسارة التي يتكبدها المدين و مدى استحقاقه إعمال فكرة تطويع العقد لمواجهة الظروف الاقتصادية³ .

و يعاب على هذه النظرية على أنها لا تولي الأهمية لعنصر المنفعة، و إنما تحصر أثر الحادث في عملية حسابية بحثة دون الاعتبار للمنفعة التي تحصل عليها الدائن على حساب المدين بسبب الحادث ، و يعود إهمال هذه النظرية لعنصر المنفعة إلى جذوع هذه النظرية المستمدة من الفقه الإداري و تطبيقاتها على المرفق العام ، إذ أن هذا الأخير لا يهدف إلى تحقيق المصلحة

1- رشوان حسن رشوان احمد ، مرجع سابق ، ص 482

2-رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع نفسه ، ص482

3-GRYNBAUM (L) , « De la regle morale à une morale sociale : vers un nouvel ordre ? » RDC , 1^{er} juillet 2004 , n°3 ,p853 .

الخاصة، و إنما يسعى الى استمرار سير المرفق و تحقيق المصلحة العامة بينما يهدف الفرد من خلال التعاقد إلى تحقيق مصلحة خاصة¹ .

و زيادة على ما سلف، عجزت هذه النظرية في تفسير بعض المظاهر العقدية التي تترتب على الحادث، من بينها استحالة تنفيذ الهدف من التعاقد الذي يتضمن أبعاد شخصية لا يمكن تقديرها بعملية حسابية² .

-اختلال التوازن الظاهر

يقصد باختلال التوازن الظاهر، حالة الاختلال في الالتزامات الأساسية بين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد، أي اختلال التوازن في الحقوق و الواجبات التعاقدية، و على هذا الأساس لا يعد اختلال التوازن الظاهر اختلال توازن الالتزامات الثانوية ، و لا يعد اختلال توازن ظاهر إذ لم يصل إلى حد الجسامة بحيث يهدد المتعاقد المدين بخسارة فادحة³ .

غير أنه يعاب على هذا المعيار أن ليس دقيق، لأنه من الصعوبة تقدير اختلال التوازن الظاهر، إذ لا يستند إلى أسس يمكن للقاضي الاعتماد عليها⁴ .

-قلب اقتصاديات العقد

تبنى فقهاء القانون الإداري فكرة قلب اقتصاد العقد رأساً على عقب كأساس في أعمال فكرة تطويع العقد بسبب حادث طارئ ، و يقصد به أنه لا يحق للمتعاقد أن يطالب تطبيق نظرية الحادث الطارئ إلا إذ كان من شأن الحادث أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بأن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب⁵ .

و لا يعتبر هذا الشرط متحققا إذ كان الضرر الذي أحاط بالمتعاقد ضررا معقولا، و لا يكفي لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يفقد المدين ما عساه أن يجني من أرباح أو بعضها لكن في

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 34.

2-Idem ,P 56 .

3-GRYNBAUM (L) , « De la regle morale à une morale sociale : vers un nouvel ordre ? »,Op-cit , P853 .

4-fin-langer (L) , L'équilibre contractuelle , these , Orlèon ,LGDJ , 2000 , P 45.

5-نبيل إبراهيم سعد،مرجع سابق، ص 36.

الوقت ذاته تكفي صعوبة تنفيذ الالتزام دون استحالة التنفيذ لأن في هذه الحالة نكون أمام حالة القوة القاهرة¹.

و يعاب على معيار قلب اقتصاد العقد أنه واسع و ليس دقيق، و زيادة على ذلك يستحيل إعمال نظرية القوة القاهرة .

ب- انعدام التقابل في الالتزامات

و هو المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في تحديد أثر الحادث و هذا ما نستشفه من خلال نص المادة 107 تقنين مدني التي ورد فيها (يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)² ، و كذلك نص المادة 121 من خلال عبارة : (إذ انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه)³ ، و تنعدم العدالة بذلك في حالتين إذ أصبح الالتزام مرهق أو مستحيل.

-الالتزام مرهق

يترتب على الحادث غير المتوقع صعوبة تنفيذ العقد، و ذلك بأن يصبح تنفيذ التزام المدين مرهقا يهدده بخسارة فادحة، و يكون التزام المدين مرهقا إذ ارتفعت قيمة تنفيذه، إذ تتناسب قيمة تنفيذ الالتزام مع قيمة الالتزام تناسباً طردياً بحيث ترتفع قيمة الالتزام بارتفاع قيمة تنفيذ الالتزام بحيث تدخل قيمة تنفيذ الالتزام من ضمن قيمة الالتزام مثلاً ارتفاع قيمة البنزين يترتب عليه ارتفاع تأشيرة النقل ، إذ انه تدخل قيمة البنزين من ضمن عناصر سعر تأشيرة النقل .

و يجب على المدين تنفيذ التزامه بحسن النية بحيث لا يمكنه التمسك بارتفاع قيمة التزامه بسبب ارتفاع قيمة تنفيذ العقد إذ تسبب بخطئه في الحادث⁴.

1-STOFFEL-MUNCK , Regards sur l'imprevision , Op-cit , P 58

2-تنص المادة 107 فقرة 3 تقنين مدني جزائري: (غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على وقوعها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى و ان لم يصبح مستحيل ، صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي و تبعاً للظروف و بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

3-تنص المادة 121 تقنين مدني جزائري : (في العقود الملزمة للجانبين اذ انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة له وينفسخ العقد بقوة القانون) .

4-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 361.

و لم يعين المشرع مقدارا حسابيا، أي مقدار التفاوت ما بين الالتزامات الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقا، بل اكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة أي الخسارة غير المألوفة مما فسخ المجال للقضاء لتقديره حسابيا حسب مقتضى الظروف¹.

و انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه يتطلب لإعمال فكرة تطويع العقد لظروف طارئة أن تكون خسائر المشروع قد تجاوزت الحد الأقصى للأسعار أو الحد الأدنى للإيرادات ووصلت إلى ما يطلق عليه فقهاء القانون الإداري قلب اقتصاديات العقد².

و ترى المحكمة العليا في الجزائر وجوب مراعاة قضاة الموضوع زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد³.

-استحالة تنفيذ الالتزام

تنص المادة 121 تقنين مدني جزائري : (في العقود الملزمة للجانبين إذ انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة له و يفسخ العقد بقوة القانون)، يتبين من نص المادة 121 أنه قد يترتب على الحادث استحالة تنفيذ الالتزام العقدي و ذلك في الاستحالة المادية ، التي يرجع عدم إمكانية القيام بالأداء إلى طبيعة الأشياء ، لذلك إن هذه الصورة هي التي تمثل الاستحالة بمعناها الحقيقي و المنطقي⁴ ، و قد تكون الاستحالة قانونية إذ كانت الاستحالة لا ترجع إلى طبيعة الأشياء بل ترجع إلى سبب في القانون بمعنى أن الالتزام إذ نظرنا إليه من زاوية طبائع الأشياء يكون ممكن الأداء ، لكن إذ نظرنا إليه من زاوية المنع أو الإباحة القانونية كان غير ممكن التنفيذ مثلا: تعهد سيدة بإمداد وكر للدعارة بالعاهرات لفترة زمنية معينة يعتبر بالنظر إلى طبائع الأشياء ممكن التنفيذ، أي ليس مستحيل استحالة مادية، و لكن هذا الأداء بالنظر إلى

1 -STOFFEL-MUNCK (P) , Regards surl'imprevison , Op-cit , P 58.

2-أحمد السناري، مرجع سابق ، ص 86.

3-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 377.

4-رشوان حشن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 482.

مخالفته لقواعد الآداب العامة و النصوص القانونية الآمرة التي تحرم إقامة علاقات جنسية في غير رابطة الزواج ، يعد مستحيل التنفيذ استحالة قانونية¹ .

2-انعدام التناسب

إن قابلية الشيء الكامنة على إشباع الحاجة وحدها ، لا تعني بالضرورة استيفاء المنفعة منها، بل لا بد من غاية أو هدف يراد تحقيقه من وراء الانتفاع ، فالمصلحة في الانتفاع تبدأ من مرحلة ما قبل الانتفاع، و يجب أن لا يقف في الطريق بين المنفعة و هدف مردها مانع ،لأن المنفعة تستلزم الموائمة مع هدف²، و على هذا الأساس عرف النظام الانجلوساكسوني نوعا آخر من الاستحالة يسمى باستحالة الهدف frustration ، و تسمى هذه الاستحالة أيضا الاستحالة الاقتصادية³ .

و نقطة البداية في عرض هذا النوع من الاستحالة تتلخص في أن المتعاقدين يبرمان العقد بقصد تحقيق مجموعة من الأهداف الاقتصادية لكل منهما، و تمثل هذه الأهداف بالنسبة لكل متعاقد أساس دخوله في العملية التعاقدية. لكن الأهداف التي يتوخاها المتعاقدان من العملية التعاقدية قد يستحيل تحقيقها السباب خارجة عن إرادة المتعاقدين و غير متوقعة بالنسبة لهما ، و ذلك على الرغم من أن الأداءات المتولدة عن العقد ما زالت ممكنة في ذاتها و لم يلحقها وصف الاستحالة⁴ .

و قد تصدى القضاء الانجليزي للعديد من المنازعات المتعلقة بهذا الفرض و من بينها سابقة نيكول و نايت ضد اشتون و الدرج و شركائهما و التي تتلخص وقائعها في أن عقدا كان قد أبرم بين اشتون و نيكول ببيع كمية من بذرة القطن و شحنها على سفينة خاصة سميت باسمها .

و لكن قبل حلول موعد الشحن جنحت السفينة و أصيبت بخسائر جسيمة جعلتها غير صالحة للقيام بعملية النقل ، قررت محكمة منصة الملك أن الاستحالة في هذه القضية تعتبر قائمة

1-سليمان الطماوي، مبادئ القانون الاداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثالث، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، ص 338.

2-ضمير حسن ناصر المعموري، منفعة العقد و العيب الخفي (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، طبعة 2، 2011، بيروت ، ص45.

3-رشوان حشن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص482.

4-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 365.

على الرغم من أن تنفيذ العقد ممكن من الناحية المادية ، و أن الأمر يتعلق باستحالة الهدف أو الاستحالة الاقتصادية¹ .

و في هذه القضية إن العقد لم يواجه استحالة بالمعنى المادي ، إذ لا يزال ممكن التنفيذ عن طريق سفينة أخرى غير المسماة في العقد ، لكن مقاصد أحد المتعاقدين لا يمكن تحقيقها ، إذ يستحيل على الرغم من استئجار سفينة أخرى نقل بذرة القطن المسماة، الأمر الذي أصبح فيه كل متعاقد في مواجهة استحالة اقتصادية² .

لكن فكرة الاستحالة الاقتصادية كما لم يتقبلها بعض الفقهاء، حيث يقول جانب من الفقهاء أن : (تمثل استحالة الهدف في النظام الانجلوساكسوني نظرية شرط بقاء الشيء على حاله تماما ، في نطاق القانون الدولي) ، فنظرية استحالة الهدف نقلت من الميدان الداخلي إلى الميدان الدولي بواسطة الفقهاء الانجلوساكسون و لها اليوم أثر كبير في هذا النطاق³ .

و من الجانب الثاني في هذا الصدد هناك من ينتقد القضاء الإنجليزي أنه يخلط بين الباعث إلى التعاقد من ناحية و بين الموضوع أو السبب من ناحية أخرى، لأنه يقيم القضاء قراراته على فكرة الباعث إلى التعاقد، و الذي بطبيعته عنصر خارج عن العقد، و من ثم فهو لا يبطل العقد إلا إذا كان باعثا غير مشروع، أما إذا استحال تحقق مثل هذا الباعث فإن العقد لا يتأثر، لأن استحال تحقق الباعث لا تعني استحالة تنفيذ العقد⁴ .

و في رأينا فإن القضاء الإنجليزي لم يستند إلى الباعث الدافع إلى التعاقد و لا إلى شرط بقاء الشيء على حاله ، و لم يستند إلى أية قاعدة قانونية ، و إنما يؤسس قضاؤه على دوره المنشأ في خلق قاعدة قانونية جديدة.

1-HUGH (C) , The law of contract , Fourth edition , 2003 , LONDON , P28.www.books.google.dz.

2-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 365.

3-رشوان حسن رشوان احمد ، مرجع سابق ، ص 482.

4-رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع نفسه ، ص482.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في تطويع العقد

ترتب على هيمنة مبدأ سلطان الإرادة في القرن 18 أثر على التشريعات المدنية ، حيث وضعت بالنظر إلى العلاقات التعاقدية التي سادت في وقت لم تكن الثورة التكنولوجية و الصناعية قد وصلت إلى هذا الحد الكبير من التقدم ، غير أن تطور الحياة الاقتصادية اظهر نوع جديد من المعاملات الاقتصادية و تقلب سريع في الأوضاع الاقتصادية¹ ، حيث شهد العالم عدة أحداث متسارعة كالحربين العالميتين الأولى و الثانية ، و الأزمة الاقتصادية سنة 1929 جعلت تنفيذ المدين لالتزامه في العقود المستمرة مرهق أو مستحيل ، و أمام عدم وجود نص قانوني صريح يخول للقاضي التدخل في تعديل العقد ، فسح المجال للقاضي إلى الاجتهاد من خلال تفسير العقد تارة و تفسير المبادئ العامة لقانون تارة أخرى² (المبحث الأول) ، غير أن الظروف الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية جعلت من غير الممكن قبول ذات المبدأ "سلطان الإرادة " على النحو الذي أدى إلى تشكيل نصوص التشريع التي تخول القاضي سلطة التدخل في تطويع العقد بنص صريح³ (المبحث الثاني) .

1- جمعي حسن عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 97 .

2- جمعي حسن عبد الباسط ، مرجع نفسه ، ص 97 .

3 - HUGH (C) , The law of contract , Op-cit , P 482 .

المبحث الأول

التفسير

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة الذي نشأ في ظل الحرية التي حملت مشعلها الثورة الفرنسية¹ اقتضى في التقنين المدني الفرنسي و التقنيات التي صدرت في ظل ظروف مماثلة لظروف صدور التقنين الفرنسي أن يقف القاضي مغلول اليدين اتجاه أحكام العقد، دون أن يستطيع إجراء أي تعديل أو تغيير فيه، إعمالاً لمبادئ العدالة، إلا أنه ظل يحتفظ بسلاح غاية في الأهمية، هو سلطته في تفسير العقود علاوة على سلطته في تفسير القانون .

ترتب على هيمنة مبدأ سلطان الإرادة انعدام وجود نص قانوني صريح يخول للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقد ، الأمر الذي فسح المجال إلى اجتهد القضاء من خلال آلية تفسير العقد²

(المطلب الثاني) و تفسير القانون (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تفسير العقد

قد انقسم الفقه، بشأن الوسائل التي تعين القاضي على الوصول لمضمون العقد يقتنع به و يقضي على أساسه في النزاع المعروف عليه، إلى مدرستين: مدرسة التفسير الشخصي و مدرسة التفسير الموضوعي

يتدخل القاضي في رد التوازن العقدي استناداً إلى التفسير و ذلك سواء من خلال التفسير الشخصي (الفرع الأول) أو الموضوعي (الفرع الثاني)³ .

1 - GENY (F) , Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif , LGDJ , 1954 , P75 .

2- رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 482 .

3- رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع نفسه ، ص482.

الفرع الأول

المذهب الشخصي

يذهب أنصار المذهب الشخصي في التفسير إلى أنه يجب، عند التفسير البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من واقع الألفاظ و العبارات التي استخدمها المتعاقدان أنفسهما في العقد ، و يستبعد هؤلاء الشراح إلى أن العقد نجد سند وجوده في سلطان الإرادة. هذا المذهب الذي تبناه فقهاء و قضاة القرن 19 يجد سنده في نص المادة 1156 في التقنين المدني الفرنسي الذي تقضي بأنه: "في الاتفاقات يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ"¹. لذلك قال أنصار هذا المذهب بالتفسير السيكولوجي في نفسية كل من المتعاقدين².

إن القاضي في ظل المذهب الشخصي يفترض إرادة المتعاقدين ، لأن هذه الإرادة ليست تلك الواردة صراحة في العقد لكن مقتضيات حسن النية تفرض عدم إلزام المتعاقد بتنفيذ التعهد عندما لا يكون الأساس التعاقدي موجودا أصلا أو عندما لم يعد موجودا لاحقا لتغير الأوضاع العقدية أساسا³(أولا) و يستند في ذلك القاضي إلى وسائل مختلفة (ثانيا) .

أولا: مطابقة الإرادة بالوقائع VOLONTE RATIONNEL

يرى إن المتعاقدين يفترضون في كل علاقة عقدية سلسلة من الظروف و الأوضاع و يفترضون استمرارها ، و أنهم لم يكونوا ليبرموا العقد إذا كانوا قد أدخلوا في حسابهم تغير تلك الأوضاع أو زوالها⁴، غير أن هذه الإرادة غير واردة صراحة في العقد إلا أن القاضي يفترضها ، لأنه حسب مقتضيات حسن النية ، لا يمكن أن نلزم المتعاقد بتنفيذ التعهد عندما لا يكون الأساس التعاقدي موجودا أصلا أو عندما لم يعد موجودا لاحقا لتغير الأوضاع العقدية أساسا⁵ .

1-Article 1156 code civile français : (On doit dans les convention rechercher quelle a été la commune intention des partis contractantes , plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes).

2-دالي بشير ، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة) ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2007-2008 ، ص 85 .

3-سامي بديع منصور، مرجع سابق ، ص98.

4-رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص482.

5-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص 45 .

و على هذا الأساس ضيق أنصار المذهب الشخص في التفسير من دور عناصر التفسير التي وجه القانون القاضي إلى الاستعانة بها كفكرة حسن النية، و فكرة العدالة، و فكرة العادة، و فكرة القانون، فقالوا إن فكرة حسن النية لا يمكن أن تفسر إلا من خلال نية المتعاقدين. و إرادة الأطراف ليست مثالية ، فلا يمكن البحث عن نية الأطراف استنادا إلى القواعد المكملية ، و أحكام العرف و النظر إلى طبيعة التعامل ، إذ لا يمكن تفسير العدم¹ .

ما يتم تحديده في هذه الحالة هو تبعات الإرادة في مواجهة الظروف غير المتوقعة، أو ما عبر عنه الأستاذ "جونو" بمطابقة الإرادة بالوقائع من أجل تفسير الإرادة² ، بمعنى أن القاضي لا يفسر في هذه الحالات ، إذ لا يوجد ما يفسر ، و إنما يحاول أن يفترض ما ستكون الإرادة قد حددته في حالة معالجتها لهذه الظروف³ .

إن القول أن القانون و العادة و العدالة تمثل إرادة المتعاقدين هو افتراض ليس في محله، إذ يعد ذلك تحريف لإرادة المتعاقدين و التي من طبيعتها تختلف من شخص لآخر و لو جرت العادة على سلوك تصرف معين⁴ .

أشارت المادة 111 تقنين مدني جزائري و كذا المواد 1156 و ما يليها من القانون المدني الفرنسي إلى سلسلة من القواعد التي تمكن القضاء من التوصل إلى النية المشتركة عند المتعاقدين فالنية التي ينبغي اعتبارها هي القصد الحقيقي للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للنصوص⁵ . و تتلخص هذه النية في حق كل من المتعاقدين بطلب التعديل العقدي و رده إلى الحد الذي قصده المتعاقدين وقت التعاقد، أو بفسخه أساسا، لأن الإخلال الحاصل في التوازن العقدي كان بسبب

1-GOUNOT , le principe de l'autonomie,Thèse précité , P207 : (les incertitudes et les obscurités ne proviennent pas de se que sur un point déterminé la volonté est mal exprimé , mai de se que sur se point elle n'a pas existé) .

2-رفيق نسير ، مرجع سابق ، ص280 .

3-رشوان حسن رشوان أحمد، مرجع سابق، ص482.

4-GOUNOT , le principe de l'autonomie,Thèse précité , P207 : (les incertitudes et les obscurités ne proviennent pas de se que sur un point déterminé la volonté est mal exprimé , mai de se que sur se point elle n'a pas existé) .

5 -GENY (F) , Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif , Op-cit , P45.

خارجي غير متوقع¹، فالمتعاقد لو علم مسبقا بحصول الحادث الفجائي لما أقدم على التعاقد أو على الأقل، وفقا لنفس الشروط المطلوب تعديلها، وإنما وفقا لشروط أفضل لمصلحته .

و تبنى الفقه الألماني نظرية أساس التعاقد، حيث يطرح الأستاذ اورتمان OERTMANN تحديدا ذاتيا و نفسيا، و بنظره الأساس التعاقدي هو: "التصور المشترك من أطراف العلاقة التعاقدية و الذي يتناول وجود أو حدوث بعض الظروف التي على أساسها تركز الإرادة العقدية"². و للتعبير عن هذه الصياغة المعقدة بعبارات أوضح يرى الأستاذ RIEG أن المقصود بذلك هو أن الأساس التعاقدي يتكون من التوقعات التي "تغذيها" الإرادة العقدية و التي سببت بتلك الإرادة"³.

فحسب مقتضيات حسن النية لا يمكن أن نلزم المتعاقد بتنفيذ التعهد عندما لا يكون الأساس التعاقدي موجود أصلا أو عندما لم يعد موجودا لاحقا لتغير الأوضاع العقدية أساسا⁴.

و لقد رحبت محكمة الرايش الألمانية بهذه النظرية و طبقتها في بعض القضايا من أشهرها قضية تتعلق بعقد مزارعة أبرم سنة 1904، حصل فيها المستأجر على مزرعة ، قيمتها التقديرية يوم إبرام العقد 130 ألف مارك ، على أن يردها يوم انتهاء الإيجار بهذه القيمة، و حين أعيدت المزرعة إلى مالكيها سنة 1922 كانت قيمتها التقديرية قد بلغت 4 مليون مارك نتيجة للظروف الاقتصادية الناتجة عن الحرب العالمية الأولى ، طالب المستأجر بزيادة القيمة في حين رفض المالك متمسكا بالظروف الطارئة ، فقضت المحكمة بتعديل العقد مراعية في ذلك تحقيق مصلحة الطرفين⁵ ، كذلك طبقت المحكمة الاتحادية الألمانية بعد الحرب العالمية الثانية فكرة أساس التعاقد في القضية المعروفة بقضية شركة "فولكس فاجن " و تتلخص وقائعها في أن هذه الشركة أبرمت قبل الحرب العالمية الثانية عقودا مع المدخرين بتسليم السيارات⁶ ، و تأخرت في التسليم بسبب الحرب ثم صادرت سلطات الاحتلال رصيда من أرصدة الشركة لدى أحد البنوك ، رفع اثنان من المتعاقدين دعوى بتسليم السيارات المتعاقد

1-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص 105.

2-These de OERTMANN (M) , Cité par RIEG (A) , Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand , 1961 , LGDJ , P45 .

3- RIEG (A) ,Op-cit , P45.

4-GENY (F) , Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif , Op-cit , P45 .

5-جميلة بولحية، مرجع سابق، ص 91.

6-سامي بديع منصور، مرجع سابق ، ص 105.

عليها قبل الحرب و أعلن استعدادهما للموافقة على الشروط التي تحددها المحكمة من حيث زمان التسليم و ثمن الشراء ، و قضت المحكمة بتعديل العقد مبررة سلطتها في التعديل بأن أساس التعاقد يخولها على نطاق واسع في العلاقة بين الطرفين بالتعديل على نحو يحقق مصلحتهما¹.

و قد كرس المشرع الجزائري مبدأ حسن النية في المادة 111 تقنين مدني في صورتها الأمانة و الثقة حتى يستلهمها القاضي في بحثه عن النية المشتركة للمتعاقدين. و في هذا المجال حدد المشرع للقاضي سلوكا معيناً للمتعاقدين إذ يجب عليهما أن يتحليا بالأمانة و الثقة المتبادلة، و هذان العنصران ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للطرف الآخر، و يترتب على الأمانة و الثقة بين المتعاقدين التزام كل متعاقد بالامتناع عن كل عما يجعل تنفيذ المدين للالتزام عسيرا أو مستحيلا ، و كذا التعاون بين المتعاقدان في تنفيذ العقد².

و الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين يفترض مساعدة المدين على تخطي العقبات غير المتوقعة وقت التعاقد، و ذلك إما بعدم الإصرار على تنفيذ العقد في التاريخ المحدد، و إما تعديل العقد و ذلك بتوزيع العبء الإضافي و غير المألوف بينه و بين دائنة³.

ثانيا: وسائل التفسير الشخصي للعقد

هناك العديد من الضوابط يستأنس بها القاضي في البحث عن نية الأطراف، قد تكون ضوابط داخلية أو خارجية، و ذلك للوصول لإعمال الإرادة في تطويع العقد.

يمكن تصنيف ضوابط تفسير العقد إلى صنفين ضوابط يحتويها التصرف ، و ضوابط لا يحتويها التصرف يستهدي القاضي للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة ذكرتها المادة 111 تقنين مدني التي تنص: (أما إذا كان محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل ، و بما ينبغي أن يتوفر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات)⁴.

1-بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص91 .

2-علي فلاحي، مرجع سابق، ص391.

3- GENY (F) , Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif , Op-cit , P45.

4-محمد الصبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 282.

ذكرت المادة 111 تقنين مدني طبيعة التعامل و ما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، و يضيف القانون المدني الفرنسي إلى هذه القواعد ، يستأنس القاضي في تفسيره بالرجوع إلى العقد ذاته ، لا على سبيل الإلزام لكن على سبيل الإرشاد ، من ذلك ما إذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد ، فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج اثر قانونيا¹ .

و يستهدي القاضي بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين و الأمانة واجب على المتعاقد ، و الثقة حق له و بيان ذلك² ، و الأمانة توجب على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عباراته فإذا حدث خطأ في التعبير ، و استطاع أن يبين ذلك أو كان في استطاعته أن يبينه فالأمانة تقضي عليه ألا يستغل الإبهام الذي وقع في التعبير ، طالما أنه فهمه على حقيقته ، أو كان يستطيع أن يفهمه³ .

و يكون لمن وجه إليه الإيجاب الحق في أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، و أن يعتبرها تدل على المعنى الذي قصده الموجب ، فهذه هي الثقة المشروعة بين المتعاقدين⁴ .

إذ لم تسعف الوسائل الداخلية القاضي في تفسير العقد فعليه اللجوء إلى وسائل خارجية ، و هذه ما أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 111 تقنين مدني بقولها: (مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات)⁵ .

و من الوسائل الخارجية ، ذكرت نص المادة 111 السالفة الذكر طبيعة التعامل و العرف الجاري في المعاملات ، و يضيف الأستاذ السنهاوري الطريقة التي ينفذ بها العقد⁶ .

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل، أي بحسب طبيعة العقد و موضوعه ، فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة ، اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشاركة ، إذ المعقول أن

1-دالي بشير ،مرجع سابق، ص 45.

2-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص351.

3-RIEG (A) , Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil francais et allemand , Op-cit , P4.

4-محمد الصبري السعدي ، مرجع سابق ، ص283.

5-محمد الصبري السعدي ، مرجع نفسه ، ص283.

6-دالي بشير ، مرجع سابق ، ص75.

المتعاقدين قصداً أن يتركوا العقد محكوماً بالقواعد التي تقتضيها طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك و يفسر العقد أيضاً وفقاً للعرف الجاري في المعاملات¹، فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف، و لكن ينبغي ملاحظة أنه إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص فيقتضي العمل² بالعرف الخاص، كما يجب أن يكون العرف غير مخالف للقانون أو النظام العام و الأداب. و تطبيق العرف لا يكون إلا في حالة عدم وجود نصوص قانونية أو سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية معينة فيما تعاقدوا عليه أو يكون تنظيمها غامضاً³.

و من الوسائل الخارجية أيضاً الطريقة التي ينفذ بها المتعاقدين العقد، فإذا كان المتعاقدين قد نفذوا العقد مدة معينة من الزمن على نحو معين، فإن تفسير إرادتهما المشتركة يكون في ضوء طريقة التنفيذ التي وافقوا عليها⁴.

الفرع الثاني

المذهب الموضوعي

لا تقتصر نص المادة 111 تقنين مدني على الوسائل الداخلية للتفسير و إنما نصت على مجموعة من الوسائل الخارجية التي يستطيع القاضي أن يستند إليها لكي يصل إلى تفسير العقد، بل إن المادة 111 المقابل لنص المادة 1156 تقنين مدني فرنسي نفسها تحت القاضي على البحث على النية المشتركة للمتعاقدين دون أن تلزمه بوسائل معينة للتفسير، يحرم عليه الاستناد إلى غيرها⁵. لذلك يمكن القول أن الاتجاه السائد الآن سواء في فرنسا أو في الجزائر هو الاتجاه الموضوعي في التفسير، أي الاستعانة في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين بكل وسائل التفسير الممكنة للقاضي، يستوي أن تكون وسائل داخلية متمثلة في العرف السائد أو طبيعة التعامل أو حسن النية أو غيرها⁶.

1-DEREUX (G) , De l'interpretation des actes juridique privés , Thèse,Paris , 1905 , P753 -

2-Idem,P1 .

3- محمد أبو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، دكتوراه ، القاهرة ، 1948 ، ص54

4-MARTY , La distinction du fait et du droit , Thèse , Toulouse , 1929 , P45.

5- محمد الصبري السعدي ، مرجع سابق ، ص283

6 -Van Ommesleghe (P), La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique ,L.G.D.J. Paris , 2001 , P885.

هذا الاتجاه الحديث الذي يأخذ بفكرة التفسير الواسع للعقود يمكنه أن يستوعب التغيير الحادث في الظروف الاقتصادية¹، و يمنح من ثم القاضي سلطة التدخل في العقد و تطويعه ليتلاءم مع ما حدث من ظروف. و يتم علاوة على الوسائل التقليدية في التفسير (أولاً) استعانة القاضي بوسائل عصرية تبنتها مختلف الأنظمة القانونية(ثانياً)².

أولاً:الوسائل التقليدية في التفسير

فهذه الأفكار و إن كانت محددة في علم الفلسفة إلا أنها في مجال القانون مرنة، و تخول لمن يستخدمها بسلطة واسعة في التأويل و التفسير، على النحو الذي تفصله فيما يلي:

1-الاستناد إلى قواعد العدالة

تلعب العدالة دوراً هاماً في تفسير العقد، حيث يفترض أن المتعاقدان قد تعاقدتا تحت سيادتها و أنهما قد ابتعدا عن الوسائل غير المشروعة في التعاقد كالغش و التدليس و الصورية، و سلكا الطريق الذي سلكه عامة الشرفاء من الناس الذين يتوفر لديهم الإحساس بالعدالة، و تجنب الأضرار بالآخرين، و في هذا المجال يثور التساؤل حول المقصود بالعدالة و متى يلجأ إليها؟³.

أما عن المقصود بالعدالة، فإنه يحوط هذا المبدأ الكثير من الغموض و الإبهام، لاختلاف الإحساس به من شخص لآخر، بل قد يتغير باختلاف الأزمنة و الأمكنة⁴.

و لكن رغم هذا التغير الشكلي فهو ثابت موضوعياً، وهو في حقيقته عبارة عن مجموعة أسس ثابتة، و النظام المثالي الذي يتعين الوصول إليه، و هو في ذلك أعلى من كل كتابة رسمية أو عرفية، فهي قاعدة من قواعد القانون الطبيعي، إن لم تكن جوهر ذاته، و أساس القيم الأخلاقية الصحيحة⁵.

1-عبد الحكيم فوده، مرجع سابق، ص179.

2-DEREUX (G) , De l'interpretation des actes juridique privés , Thèse précite , P75.

3-Idem,P21 .

4-محمد أبو عافية، مرجع سابق، ص179.

5- محمد أبو عافية، مرجع نفسه، ص179.

و استخدام المشرع فكرة العدالة عندما أحال إلى قواعدها للبحث عن حكم يحسم النزاع المعروض عليه عند عدم وجود نص تشريعي أو عرف يحكم النزاع¹، و ذلك بالنص في المادة الأولى تقنين مدني : " و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي و قواعد العدالة" كما استخدم فكرة العدالة أيضا عند كلامه عن آثار العقد، حينما نص في الفقرة الثانية من المادة 107 تقنين مدني على أنه يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا القانون، و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام²، و هو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1135 تقنين مدني فرنسي التي تقضي بأن: (الاتفاقات لا تكون ملزمة فقط بما هو منصوص عليه فيها و إنما تشمل كل ما هو من مستلزماته طبقا للعدالة و العرف و القانون بحسب طبيعة الالتزام)³.

و في رأينا فإذا كانت العدالة مصدر احتياطي للقانون، فالأولى أن تكون العدالة مصدر احتياطي للعقد، حيث أن مبدأ سلطان الإرادة يفرض على الأطراف مناقشة بنود العقد، و من الطبيعي أن المتعاقد لا يقبل بالبنود التي لا تخدم مصالحه⁴.

2-فكرة النظام العام : تضمنت المجموعة المدنية الفرنسية نص المادة السادسة يقضي بعدم جواز الخروج باتفاقات خاصة على القوانين المتعلقة بالنظام العام و الآداب العامة⁵. و تضمنت المادة 97 تقنين مدني جزائري أحكام المادتين 1128 و 1133 تقنين مدني فرنسي ، فالمادة 97 تقنين مدني : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا".

و فكرة النظام العام و الآداب الحميدة لا يقتصران في مصدرهما على النصوص التشريعية

1-عبد الحكيم فودة، تفسير العقد، مرجع سابق، ص179.

2-خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2012 ، ص78 .

3-Article1135 code civile français : (Les obligations obligent non-seulement à se qui est exprimé, mai encore a toutes les suites que l'équité l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature) code napoleon promulgue le 21 mars 1804 .

4-BENCHABANE (H) ,L'alea dans le droit des contrats , these de doctora ,office des publication universitaires,institut de droit ben aknoun , 1992 , P78 .

5-Idem , P45 .

بل أنهما تمتدان إلى ما يعتبره العرف و القضاء داخلا في مضمون النظام العام و الآداب¹.

فإلى جانب النظام العام و الآداب العامة المنصوص عليها يمكن القول بوجود نظام عام و آداب حميدة ضمينا²، أي لم ينص عليهما القانون ، لذلك يذهب الفقه إلى أن الفكرتين "ليستا إلا مجرد فكرتين تستعصيان على التحديد الجامد الثابت، فهما مثلان من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التي تصل القانون بأسباب التطور و تيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع³.

و عليه إذ كان القاضي يفسر العقد و يستعين في ذلك بالنظام العام و الآداب الحميدة كفكرتين مرنتين تماشيا مع مقتضيات الزمان و المكان ، يمكن القول أنه يصل إلى تطويع العقد عن طريق تفسيره مستندا في ذلك لفكرة النظام العام أو الآداب، لأن مما لا شك فيه أن آراء الجماعة وأخلاقيها في عصر ينادي بالسلام الاجتماعي و العدالة كعصرنا هذا⁴ تنبذ أن يتحمل متعاقد أثر التغيرات الحادثة في الظروف الاقتصادية، و التي تتلاحق بسرعة رهيبية في أيامنا هذه، فهذا لا يتفق مع النظام العام ولا للآداب الحميدة بغض النظر على أثر التغيرات الحادثة في الظروف الاقتصادية، بل يجب أخذها في الاعتبار و إعمال أثرها في تخفيف التزامات المتعاقد المتضرر من التغير أو زيادة التزامات المتعاقد الآخر أو سلوك أي درب يؤدي إلى تطويع العقد ليتلاءم مع المستجد من الظروف الاقتصادية⁵.

حيث بالرجوع إلى نصوص المادتين 900 و 1172 من القانون المدني الفرنسي يتبين أنه إذ كان بند النقيس النقدي باطل دافع إلى التعاقد، يبطل العقد كليا، و لضرورات الحفاظ على النظام العام الاقتصادي و مراعاة قواعد العدالة ذهب الفقه و القضاء في فرنسا إلى الخروج عن إرادة المتعاقدين للوصول إلى إرادة قضائية ، حيث تقول الأستاذة **ديفيشي**⁶ في الطرح الأول أن إبطال العقد عند بطلان البند النقدي الذي يتضمنه يؤدي إلى مكافأة البائع الذي وضع البند لمصلحته بتمكينه عند إبطال

1-رشوان حسن رشوان احمد ، مرجع سابق ، ص 334.

2-سامي بديع منصور ، مرجع سابق، ص78.

3-سامي بديع منصور ، مرجع نفسه، ص78.

4-دالي بشير ، مرجع سابق ، ص85.

5-رشوان حسن رشوان أحمد، مرجع سابق، ص337.

6-DUVICHI (J.R) , L'irrévocabilité de l'action civile et la notion gènèrale , Paris , 6eme edition , MO NTCHRESTIEN , 1965 , P45.

البيع كلياً ، من استعادة المبيع مقابل رد الثمن الذي قبضه ، مما يسمح له بإعادة المبيع في ظروف أكثر ملائمة تمكنه من تحصيل الربح و جني فوائد، و بالمقابل إن بطلان البيع جزئياً يشكل معاقبة للطرف الذي وضع البند لمصلحته، و بالنتيجة يفرض توازننا بين إبقاء العقد بمنع استعمال وسائل غير مشروعة تقضي بالمضاربة على سعر النقد و الاستفادة من ذلك¹ ، و بين تشجيع المدين الذي يطلب الإبطال، طالما أن البطلان لا يتناول العقد كلياً ، و إنما ينحصر في البند النقدي، و قد لا يكون في مصلحته في الواقع الغالب، و في الطرح الثاني إن إبقاء العقد بإبطال البند الاقتصادي الذي يتضمنه هو أمر تفرضه قواعد النظام العام الاقتصادي و غاياته بمعزل عن الإرادة العقدية أو تأثيرها في التعاقد²، و هذا ما برز من خلال الهدف الاقتصادي للتشريعات الجديدة بتنظيم اقتصاديات العقد عن طريق منع الاختلال في التوازن الاقتصادي في العقود و ذلك ما يتجلى في نظريات جزئية كنظرية الظروف الطارئة ، الغبن. فالنظام العام الاقتصادي كما يقول الأستاذ فرجا FARJAT يشمئز REPUGNE من البطلان الكلي للعقد³ ، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 15 أكتوبر 1970 تتلخص وقائعها : (يتضمن عقد البيع ثمن، يتجزأ إلى قسمين : الأول يدفع عند إبرام العقد و الثاني لاحقاً مع ربطه ببند نقدي متغير)، و على اثر صدور قانون يحدد ثمن البيع ، أصبح الثمن يتجاوز الثمن المسموح به في القوانين و الأنظمة ، قضت المحكمة بإبطال البند النقدي عن عدم مشروعيته ، مما يؤثر في المهلة الممنوحة لأنها تشكل جزءاً لا يتجزأ من ذلك البند حسب نية الأطراف المتعاقدة و لكن دون أن يؤثر البطلان في وجود عقد البيع و صحته⁴، و يعارض الأستاذ لوسوارن LOUSSOUARN هذا القرار و يرى أن في ذلك خروج عن النية المشتركة للمتعاقدين و خطوة أساسية نحو القبول بسلطة القضاء بتصحيح العقد المدني لأن البند النقدي هو بند جوهري في التعاقد⁵ ، و يلاحظ الأساتذة مازو أن تضمن العقد بند نقدي قرينة على أنه جوهري في التعاقد⁶، و هذا

1-Planiol .Ripert . ESMEIN , Droit civil francais , Des obligations , Paris , LGDJ , 1952 , P56

2-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص85

3-FARJAT (G) , L'ordre publique économique , Paris , LGDJ , 1963 , P75

4-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص66

5-FARJAT (G),Op-cit, P78

6-MAZEAUD (H.L et J) , Lecon de droit civil , Tome 2et3 , Pariq 4ème et 6ème edition , MONTEHCRSTIEN ,P 45

ما ذهب إليه كابيتان إلى أن إبقاء العقد معناه عدم الاعتراف بالإرادة العقدية و تجاهل للنية العقدية الكامنة وراء وضعه¹.

و هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من خلال عدة قرارات بالخروج عن الإرادة العقدية و ذلك مراعاة لمقتضيات العدالة و النظام العام ، و هذا ما يتجلى من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 13 مارس 1945 تتلخص وقائعها² : (بموجب عقد رسمي باع شخص كافة أمواله إلى شخص آخر و في المقابل يلتزم هذا الأخير في إيواء البائع و تأمين احتياجاته من الأكل و توفير رعاية صحية و طبية بالإضافة إلى إعطائه دخلا سنويا محددًا ، إلا أنه استحال فيما بعد متابعة الحياة المشتركة بين المشتري و البائع ، مما جعل التنفيذ العيني للالتزامات المشتري مستحيلة ، قضت محكمة الاستئناف باستبدال الالتزامات العينية المنصوص عليها في العقد بالتزامات نقدية ، و قد أكدت الغرفة المدنية لدى المحكمة هذه النظرة : إما أن يعلن فسخه لذلك العقد و إما أن يستبدل الالتزام بأداء عمل بالتزام آخر نقدي ، له نفس الموضوع و الهدف) ، فتحويل موضوع الالتزام لا يشكل للمحكمة تجديد للالتزام، و إنما استبدال شكل تنفيذ الالتزام في شكل آخر أكثر اتفاقا مع تطور الأوضاع ، و أشد انسجاما مع العلاقات الطبيعية لأطراف التعاقد دون المساس في جوهر العقد³.

و في الحقيقة فإن محكمة الاستئناف الفرنسية خرجت عن إرادة المتعاقدين ، فهي أولا قد استبدلت الطبيعة القانونية لعقد الإيجار بتأمين المعيشة BAIL A NOURRITURE و هو عقد ذو تنفيذ عيني ، و حولته إلى عقد آخر ذو طبيعة مختلفة⁴، يتمثل في عقد الدخل لمدى الحياة RENTE VIAGERE و هو عقد ذو تنفيذ بدلي و مختلف . و هي ثانيا ، قد تجاهلت الأسباب الشخصية التي حملت على إجراء التعاقد في صور الإيجار بتأمين المعيشة BAIL A NOURRITURE⁵.

1-CAPITAN , Op-cit , P1.

2-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص89.

3-سامي بديع منصور ، مرجع نفسه ، ص88.

4-دالي بشير ، مرجع سابق ، ص85.

5-رشوان حسن رشوان أحمد، مرجع سابق، ص337.

3-قواعد العرف : إذ لم يوجد نص في القانون، يرجع القاضي إلى العرف الجاري في المعاملات، و إذا كانت بنود العقد تشير صراحة إلى هذا العرف المعمول يفترض في المتعاقدين أن يكونا على علم به، و أن يكونا قد رضا به في التعاقد، و إلا لصرحا بمخالفته¹.

و تظهر أهمية العرف خاصة في القضايا التجارية، حيث يتوجب على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري أن يطبق العرف المعمول به، إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف، أو كان العرف متعارضا مع النصوص الشرعية الإلزامية، على أن يعتبر العرف الخاص و العرف المحلي مرجحين على العرف العام².

و العرف الذي يعتبر مكملا لإرادة المتعاقدين ليس له قوة القانون، و لا حتى قوة الاتفاق، و لذلك لا يطبق إلا في حالة غياب النص القانوني، أو في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية مما تعاقدوا عليه، أو كان في تنظيمها غموض يستدعي التفسير، على أن العرف يظل صحيحا و يمكن اعتماده في التفسير إذ خالف نصوص شرعية غير إلزامية³.

و بموجب العرف يمتلك القاضي أداة مرنة تساعد بالاستناد إليها في تطويع الالتزامات المتولدة على الرابطة العقدية بهدف مواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة، فالعرف يعد إذن من عوامل تحديد نطاق العقد التي يستعين القاضي بها في تطويع الالتزامات المتولدة عن العقد بهدف مواجهة تغير الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها⁴.

ثانيا:التفسير استنادا إلى الوسائل العصرية

تبنّت بعض التشريعات بعض النظريات للوصول إلى تطويع العقد استنادا إلى التفسير .

1-عبد الحكيم فوده، تفسير العقد ، مرجع سابق، ص169.

2-يرى الأستاذ Galladay أن يمكن اللجوء إلى العادة بالرغم من وضوح لعقد،وعلى عكس Galladay فإن القضاء الفرنسي لا يجيز تطبيق العادة إلا حينما يكون هناك غموض يحيط عبارة العقد، أنظر: أحمد شوقي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص85.

3-دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد ،(دراسة مقارنة) ، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في القانون الخاص ، 2015-2016 ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، ص31.

4-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص85.

1- نظرية التوقع المعقول

و تبني الفقه الفرنسي نظرية جديدة تدعى " التوقع المعقول " للمتعاقدين للوصول إلى تفسير إرادة المتعاقدين و ملائمة العقد للظروف الاقتصادية ، حيث يرى STOFFEL-MUNCK أن الزام المتعاقد بتنفيذ التزام المرهق ليس نتيجة تنفيذ الالتزام محل التصرف القانوني و إنما هو تنفيذ للالتزام افرضه واقعة قانونية مستقلة عن إرادة المتعاقدين¹:

(CE N'EST PAS SON DU QUE LE CREANCIER RECLAME , MAI LE PRODUIT DE L'IMPREVU :UNE CHARGE PRECONTRACTUELLE)² .

و يستند في ذلك إلى معايير موضوعية: -مقياس الرجل العاقل- بحيث أن السؤال الذي يجب طرحه في تحقيق هذا المقياس هو: هل أن العقد الذي يطلب تنفيذه أو إنهائه هو عقد مختلف كلياً عن العقد الأساسي الذي تم إبرامه لدرجة أن أي رجل عاقل لا يرى فيه العقد الذي سبق إبرامه³؟ ، و المقياس الثاني الذي استند إليه هو مقياس المنفعة ، إذ أن زوال المنفعة أثناء تنفيذ العقد مناط عدم توقع ، و هذا ما ذهب إليه هوريو :

(L'EXECUTION DU CONTRAT SE MAINTIENT RIGOREUSEMENT DANS LA DONNEE DES PREVISION CONTRACTUELLES)⁴ .

و يرى carbonnier أنه بسبب غموض و تناقض عبارات العقد لا يمكن الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين استناداً إلى معيار شخصي بحث ، و إنما يحل القاضي محل المتعاقدين في محاولة إعادة الاتفاق إلى غايته كما يفعل رجل عاقل و عادل، و من ثمة على القاضي أن يكتشف المعقول من التشريع لأن الهدف الذي يسعى إليه المشرع هو تحقيق المنفعة للمخاطبين بأحكامه وتكريس المساواة بينهم⁵ .

1-STOFFEL-Munck , Regards sur la theorie d'imprevision , Vers une souplesse contractuelle en droit privé Français contemporain , PUAM , 1994 , P45

2-Idem , P75 .

3-PARELMAN (Ch) , Le raisonnable et le déraisonnable en droit , éd .Sirey , 1978 , P78.

4-M.HAURIOU , Principe de droit public , Sirey , 2eme éd , 1915 , p201.

5-Carbonnier , Les obligations , Op-cit , P257 .

و يرى الفقه في فرنسا أن المعقول آلية يستعملها القاضي بترخيص من المشرع ليقدر من خلالها بعض الوقائع التي يستحيل على التشريع تقديرها بدقة نظرا لتنوع السلوك الإنساني ، و بالتالي فلا نفع في فراغ تشريعي و يتدخل القاضي في سد هذا الفراغ عن طريق المعقول¹ .

و قد تم تكريس فكرة المعقول في القانون الجزائري في نص المادة 553 قانون مدني جزائري² :
(إذ أثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به بشكل معيب أو مناف لشروط العقد جاز للقاضي أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول ..) .

و على ضوء نص المادة 133 قانون مدني ألماني يتجه المشرع الألماني إلى الاعتداد بالإرادة المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ ، و التي تتوفر لدى كل رجل عاقل أمين يوجد في وضعية مماثلة مع المتعاقدين³ .

2- نظرية إحباط الهدف التعاقدی (النظرية الانجليزية)

يتميز القانون الانجليزي انه قانون قضائي ، قواعده من إعداد القضاء ، التشريع لا يعتمد إلا منذ إعطاء تفسيراً من القضاء ، فالقضاء الانجليزي لا يجد نفسه أسير قوالب جامدة ، و إنما يعالج حالات خاصة بغرض إعطائها حلولاً منصفة⁴، حيث أن المبدأ الاستحالة بذاتها لا تؤثر في وجود العقد أو بقاءه أو الاستمرار في تنفيذ ما نص عليه من التزام ، و هذا ما ذهب إليه في قرار (PARADINE/JANE) . و استثناء يستخلص القاضي من خلال العقد أو طبيعته أو تنفيذه أو من بنوده⁵ ، بندا يقضي بإنهائه تلقائياً عند الاستحالة في تحقيقه و هذا ما ذهب إليه القضاء الانجليزي في قضية (TAYLOR /CALDWEL) أنه (ففي العقود التي يتعلق تنفيذها باستمرار وجود شخص معين أو شيء معين ، يوجد شرط ضمني بأن هنالك استحالة في التنفيذ تنشأ عند زوال الشخص أو الشيء تؤدي إلى الإعفاء من التنفيذ .) ، و أطلقت المحكمة كذلك في قضية JACKSON /UNION MARITIME

1-PENIN (O) , Op-cit , P 78 .

2-زمام جمعة ، مرجع سابق ، ص78.

3-زمام جمعة ، مرجع نفسه ، ص 387.

4 -ZAKI , Op-cit , P190.

5 -Idem , P190.

(INSURANCE C° ,LTD) نظرية "إحباط الهدف من العملية أو الصفقة- و هو ما يسميها البعض " باستحالة تحقيق الهدف ترجمة لعبارة (FRUSTRATION DE L'AVENTURE) و قد اعتمدت في قضايا مختلفة تتعلق بالتجارة البحرية أساسا أو في المواد المدنية ، و نكون في الحالة الأولى أمام تفسير العقد (قرار TAYLOR /CALDWEL) أما في الحالة الثانية نكون أمام استبدال العقد JACKSON (UNION MARITIME INSURANCE C° ,LTD) /¹ .

فبالنسبة للحالة الأولى، فالقضاء لم يتوان - مرتكزا إلى بنود العقد - عن تعليق العمل بالعقد أو إنهائه. البند الذي استند إليه القضاء أثناء التفسير هو في الغالب البند الذي تتضمنه بعض العقود بحيث يرتقب فيه أطراف العلاقة حالة القوة القاهرة ، بوضع حلول اتفاقية لما تعكسه من أثر على علاقاتهم العقدية ، و يختلف معنى القوة القاهرة باختلاف نظرة أطراف العقد أو نظرة القضاء إليها²، فبنظر القضاء، و من الناحية التقنية المجردة ، القوة القاهرة هي الحادث غير متوقع الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ماديا أو من الناحية القانونية ، بينما يختلف مفهوم القوة القاهرة بنظر أطراف العقد ، إذ قد يتصف بالقوة القاهرة الحادث الذي يجعل التنفيذ أكثر صعوبة HINDER ، و انطلاقا من ذلك اعتد القضاء في تفسيره للاستحالة بوصف الأطراف للقوة القاهرة و هذا ما ذهبت إليه المحكمة في سابقة BLYTHE ET C /RICHARD ET C° و اعتبرت أن: (البند الذي يعلق العمل بالعقد كليا أو جزئيا إذا نتج عن الحرب مانع يحول دون أن يتم التصدير في ظروف عادية هو بند كاف بذاته لإعفاء المدين من التنفيذ عندما يصبح أكثر إرهاقا) و في قضية أخرى اعتبر القضاء الانجليزي أن: (البند العام الوارد في عقد الذي يسمح للمورد بتعليق التسليم في الحالة التي تحصل فيها أحداث تنقص بشكل هام كمية البضائع في السوق يطبق على الحالة التي تقفل فيها الحرب مصادر التموين) فرغم أن التنفيذ لم يصل إلى مرتبة الاستحالة بالمفهوم التقني ، و إنما أصبح مرهق عند التفتيش عن مصادر التموين ، قضت المحكمة بإعفاء المدين من تنفيذ التزامه و في سابقة E.A.TAMPLIN STEAMSHIP.C°LTD يرى القضاء الانجليزي أنه تشكل الزيادة الملحوظة في الأسعار سببا للإعفاء عندما يكون الارتفاع متجاوزا "يقترّب من الاستحالة " - و هو ما يعرف بالاستحالة التجارية COMMERCIAL

¹- DAVID (M) ,Op-cit P385 .

²-Idem , P78 .

IMPOSSIBILITY - . و نظرية الاستحالة التجارية هي كالأستحالة المادية عندما يصبح التنفيذ متعذرا IMPRACTICABLE بالمفهوم التجاري للكلمة .

و بالنسبة إلى الحالة الثانية (إحباط الهدف) ذهب القضاء الانجليزي إلى الحكم بفسخ العقد أو إنهائه على أساس إحباط الهدف من العملية أو الصفقة (المجازفة ADVENTURE) أو من العقد . فالمسألة لا تتصل باستحالة التنفيذ أو إمكانيته و إنما بالهدف من العملية ، أو الصفقة - المجازفة - أو من العقد ووضعيته¹ . التغير الجوهرى في الأوضاع وحده يستتبع " خيبة كلية للمتعاقدین " (DECEPTION TOTALE DES CONTRACTANTS) و إحباط كلياً للهدف من العقد (FRUSTRATION DU CONTRAT) و هو ما ينعكس على التنفيذ أو العقد ، يترتب عنه فسخ العقد و هذا ما ذهب إليه القضاء الانجليزي في عدة قضايا و من أهمها قضية² JACKSON / UNION (MARITIME INSURANCE LTD C°) ، حيث الهدف كان إيصال البضائع في مهلة معقولة . غير أن المدة التي تطلبتها ضرورات إصلاح السفينة امتدت إلى فترة زمنية وضعت حداً بالمفهوم التجاري للعملية الأساسية التي جرت بين مجهزة السفينة و المستأجر ، ما جعل وجود بند في العقد يستثنى أحداث الملاحه من مخاطر المجهز لا يبرر ابقاء العقد ، فالعقد منظورا إليه من خلال المدة المستغرقة أصبح عقداً آخر³ ، و في قضية HORLAK/BEAL قضت المحكمة أن أسر السفينة من قبل العدو طيلة مدة العقد ينهي عقد العمل المبرم مع أحد البحارة لإحباط الهدف⁴ .

و يعتبر تغير ظروف إبرام العقد هو أساس احباط الهدف، حيث أن العقد الحاضر و الذي يمكن تنفيذه ليس هو العقد الذي التزم به أطرافه بفعل التغير الذي طرأ في ظروف العقد⁵ ، إذ ينشأ عقد جديد بالتزامات مختلفة ، و المعيار الذي اعتمده القضاء الانجليزي في فسخ العقد أو إنهائه بسبب إحباط الهدف هو معيار الرجل العاقل HOMME RAISONNABLE ، و السؤال الذي يطرح في تحقيق ذلك

1-رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص45

2 -DAVID , Op-cit , P404 .

3 -THIBIERGE (L) , Op-cit , P338 .

4-رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص45

5 - DAVID , Op-cit , P404 .

المعيار¹ ، هو كالتالي : هل أن العقد الذي يطلب تنفيذه أو إنهائه هو عقد مختلف كلياً عن العقد الأساسي الذي تم إبرامه لدرجة أن أي رجل عاقل لا يرى فيه العقد الذي سبق إبرامه؟، و عند الإيجاب تتحقق نظرية الإحباط ، فالقضاء الانجليزي يبتعد عن كل نظرة شخصية إلى التعاقد ، ففي قضية (JACKSON / UNION MARITIME INSURANCE LTD C°) اعتبر أن الرحلة البحرية التي اتفق على إتمامها في فصل الصيف أصبحت رحلة شتاء² .

تعتبر نظرية «إحباط الهدف» نظرية شاملة تستوعب في تطبيقاتها تغير الظروف الاقتصادية. فالنظرية هي مصدر إنهاء العقد بمعزل عن مصدر الإحباط، فقد يكون ظرفاً خاصاً: مصادرة السفينة ، مرض المتعاقد....أو عاماً: صدور تدبير يمنع التصدير، أو العمل. و قد يكون متوقفاً بذاته أو غير متوقع و هذا ما ذهب إليه القضاء الانجليزي في قضية SOC.FRANCO – TUNISIENNE حيث أن إقفال القناة البحرية (قناة السويس) كان سابقاً لإبرام العقد الذي طلب إنهاؤه³ .

3- الأساس التعاقدي

في مرحلته البنائية كرس القضاء الألماني في إقامة نظرية عامل التغير على أساس مستقل ، و بشكل ينفصل عن مبرراته، و هي متعددة : حسن النية ، العدالة ، إقامة التوازن العقدي....و الأساس المعتمد هو زوال الأساس التعاقدي (CONTRACTUELLE) (DISPARITION DU FONDEMENT) عند التغير الجذري في الظروف العقدية ، إذ أن المتعاقدين يفترضون في كل علاقة عقدية سلسلة من الظروف و الأوضاع و يفترضون استمرارها⁴ ، و أنهم لم يبرموا العقد إذا كانوا قد ادخلوا في حسابهم تلك الأوضاع أو زوالها ، ذلك لا يكون متوفراً إلا إذا لحظ المتعاقدون الغياب اللاحق لهذه الأوضاع مما يشكل شرطاً في التعاقد⁵ ، و لكن هذا لا يعني أن المسألة هي مسألة أسباب شخصية ، ذاتية ، دافعة إلى التعاقد ، و إنما هي مسألة عناصر موضوعية تمثل أساس العمل القانوني منظوراً إليه

1-PERLMAN (CH) , Op-cit , P78 .

2-ZAKI ,, Op-cit , P78 .

3-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص105.

4 -PACLOT (Y) , Recherche sur l'interprétation juridique , Thèse , Paris , 1988 , P45.

5-THIBIERGE(L) , Op-cit ,P78.

لذاته. و من الظروف التي تمثل الأساس التعاقدي¹ : التوازن بين الالتزامات العقدية في العقود المتبادلة ، ثبات الأسعار المشتربة ، إمكانية الحصول على سلعة معينة² .

و يطرح الأستاذ LARENZ تحديدا موضوعيا لفقدان الأساس التعاقدي ، حيث اعتبر " إن مدلول الظروف التي تدخل في تكوين الأساس التعاقدي لا يتركز على واقعة أن تلك الظروف كانت دافع لتعاقد أطراف العقد"³ . فإعطاء الأهمية لظروف معينة إنما ينشأ عن أنه بدونها يفقد العقد كل معنى ، فما يفهم بالأساس التعاقدي بنظره ، هو " كل الأحداث " التي يكون وجودها أو استمرارها مفترضا لحظة إبرام العقد على ضوء محتواه ، هدفه و مدلوله الاقتصادي ، و هذه الأحداث وحدها تسمح بأن يعتبر العقد وسيلة تنظيمية نافعة ، حيث يترتب على زوال الأساس التعاقدي وفق هذا المفهوم ، أن يصبح العقد وسيلة عبثية "ABSURDE" لا تلزم أطرافها⁴ .

و بين هاتين النظريتين : الذاتية و الموضوعية ، يطرح الأستاذ لمان LEHMANN تحديدا مختلطا ، توفيقيا ، يقوم على المزج بين كلا النوعين من العناصر المعتمدة : الذاتية النفسية ، والموضوعية . فالمطلوب بنظره هو التساؤل عما إذا كان المتعاقد ، على ضوء اعتبارات حسن النية و هدف العقد⁵ ، سيقدم على إبرام العقد إذا خطر له عدم الثبات في الظروف المتصورة ، إذ يتوقف تحديد الأساس التعاقدي لدى LEHMANN من حيث الظرف الاقتصادي بحد ذاته إلى عنصر شخصي الذي جاء به اورتمان المتمثل في الدافع إلى التعاقد ، و من حيث اثر الظرف الاقتصادي إلى التحديد الذي جاء به لارنز LARENZ المتمثل في عنصر موضوعي يحقق الهدف من التعاقد⁶ .

1-RIEG , Op-cit , P55.

2-SPARWASSER (R) ,sous la direction de RODIERE (R) , Les modifications du contrat au cour de son execution en raison de circonstances nouvelles ,Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marchè commun , Les contrats de droit privé ,Almagne , A,PEDONE , Paris , P127

3-RIEG , Op-cit , P55

4-Idem , P55

5-Ibidem , P55

6 -جلال محمد إبراهيم، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الإسراء، القاهرة، 2003-2004 ، ص45 .

المطلب الثاني

تفسير القانون

لم يسلك الفقه و لا القضاء مسلكا واحدا لمواجهة مشكلة تفسير القانون ، بل مناهج التفسير تعددت ، و سنحاول أن نعرض هذه المناهج في التفسير ، و أن نبين مدى ملائمة كل منهج في تطويع العقد لحادث طارئ¹ .

و نقوم بالبحث في التفسير بين الشكلية و الموضوعية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى التفسير من خلال التوفيق بين العناصر الموضوعية و الشكلية للحق (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

التفسير بين الشكلية و الموضوعية

إن التفسير الشكلي و الموضوعي اتجاهاً متطرفان في التفسير، حيث يدعو الاتجاه الأول إلى ضرورة تفسير نص القاعدة القانونية على ضوء إرادة المشرع في النصوص القانونية المكتوبة² (أولاً) ، بينما يدعو الاتجاه الثاني إلى ضرورة البحث عن جوهر القاعدة القانونية دون الرجوع إلى النصوص المكتوبة³ (ثانياً) ، و ذهبت بعض الأنظمة القانونية و أبرزها القانون الانجليزي إلى الاجتهاد و إيجاد حلول للوصول إلى تطويع العقد و ذلك دون الرجوع إلى النصوص المكتوبة (ثالثاً) .

أولاً:التفسير الشكلي

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التشريع هو المصدر الوحيد في التفسير (1)، إلا أنه لم يتمكن من معالجة اختلال التوازن الاقتصادي أثناء تنفيذ العقد بفعل تغير الظروف الاقتصادية (2).

1-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص 45 .

2-ياسر حسن سليمان ، تفسير القانون ، مقال ، مجلة القانون ، عدد14 سنة 2008 ، كلية الحقوق ، جامعة عدن ، اليمن ، ص29 .

3 -سامي بديع منصور ، مرجع سابق، ص 45.

1-التشريع المصدر الوحيد في التفسير

ترى مدرسة الشروح على المتون أن التشريع هو المصدر الوحيد في التفسير (أ)، و ذلك من خلال تفسير الإرادة الحقيقية للمشرع أو المفترضة(ب)¹ .

أ-مدرسة الشروح على المتون

تسمى هذا المذهب أيضا بمدرسة تفسير النصوص ، و مدرسة التزام النصوص و يرجع ذلك إلى التزام فقهاء هذه المدرسة للنصوص في شروحهم للقانون و تفسيره ، و هم ينطلقون من قانون نابوليون سنة 1804 و يرون أنها نصوص تضمنت كل الأحكام القانونية المطلوبة² ، و المطلوب البحث عنها و استخراجها من ثنايا هذه النصوص ، حيث ما صاحب انبهار هؤلاء الفقهاء بها انبهارا أدى إلى اعتقادهم في أنها جاءت شاملة لكل شيء و صالحة لكل زمان ، فلم تترك كبيرة و صغيرة إلا أحصتها، و من أشهر فقهاء هذه المدرسة Aubry و Rau³ و Remolombe وفي فرنسا و Laurent في بلجيكا⁴.

أجمع الكتاب و الشراح على أن مدرسة الشروح على المتون ، تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون⁵ ، و جعلوا منطلق عملهم مجموعة نابوليون التي شرع في وضعها بداية القرن التاسع عشر ، و يعتقدون جازمين أن تقنيات نابوليون تضمنت جميع الأحكام و ما على الفقهاء و الشراح إلا الالتزام بهذه النصوص و تفسيرها بجد و اجتهاد لاستخراج الأحكام منها ، باستعمال أساليب المنطق الشكلي ، و الاستنتاج بأسلوب مفهوم المخالفة و القياس للتعرف على إرادة المشرع⁶ .

1- ياسر حسن سليمان ، مرجع سابق، ص29.

2- ياسر حسن سليمان ، مرجع نفسه، ص29.

3 -AUBRY (C) et RAU (C) , Cour de droit civil francais , Op-cit , P45.

4 -LAURENT (F) , Principe de droit civil francais , T.XXIV, 3ème éd .,Bruylant-christophe, 1878 , P45.

5- ياسر حسن سليمان، مرجع سابق، ص29.

6-تومي أكلي، مرجع سابق، ص 153 .

و تأثر المشرع الجزائري بمدرسة الشروح على المتون، و جعل التشريع هو المصدر الرسمي الأول غير أنه لم يجعل التشريع هو المصدر الوحيد في التفسير¹، و هذا ما يتبين من نص المادة 1 فقرة ثانية من التقنين المدني الجزائري : (و إذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي) .

ب-وظيفة التفسير

يلزم القاضي الأمانة و الدقة في تطبيق النصوص ، إذ يجب على القاضي أن يطبق النصوص كما هي على الوقائع و على النزاعات المطروحة أمامه ، و ليس له نقدها أو ادعاء النقص فيها ، فهي نصوص كاملة² تتضمن جميع الأحكام للقضايا المطروحة لذلك فالقاضي لا يجوز له العدول عنها إلى نصوص أخرى ، و هي مقدسة عند أنصار المدرسة فالقاضي يجب أن يطبق النصوص كما هي و لا شيء غيره³ .

و تكون الإرادة حقيقية réelle إذا كان النص واضحا في عبارته و لا خفاء في معناها بشكل يمكن معه الوقوف ببسر على نية المشرع بالاستعانة بألفاظ النص و قواعد اللغة و المنطق و هي تكون مفترضة présumée إذا لم يكن النص واضحا و كان استنباطها يستلزم استخدام وسائل إضافية للكشف عنها كمقارنة النصوص التي تحكم الحالات المشابهة⁴، و البحث عن الحكمة من التشريع و المبادئ الأساسية للقانون و اللجوء إلى المصادر التاريخية التي استمد منها النص، و يقصد بالنية المفترضة النية التي يفترض أن المشرع يكون قد قصدتها وقت وضع النص لو أنه أراد أن يضع حلا للنزاع القائم⁵ .

1-تومي أكلي ، مرجع سابق ، ص 150 .

2-ابراهيم أبو ، محاضرات في فلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط13 ، 2006 ، ص 95.

3-ابراهيم أبو ، مرجع سابق ، ص 95 .

4-عجة الجيلالي ، مدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون بين التقليد والحداثة ، دار الخلدونية ، الجزائر ، سنة 1998 ، ص 732 .

5-عجة الجيلالي، مرجع نفسه، ص 732 .

2-جمود التفسير الشكلي

تعرضت مدرسة الشراح على المتون إلى النقد و من أهمها أن هذه المدرسة تؤدي إلى الجمود ، حيث تعمل على تجريد القاضي من القدرة على الأخذ بالتغيرات التي تتلاءم مع الظروف السائدة عند القيام بتفسير النص و تطبيقه¹. و قد كان "فراونسوا جيني" أول من هدم هذا المبدأ في كتابه (طريقة تفسير و مصادر القانون الخاص الوضعي) الذي نشره لأول مرة سنة 1981² .

و حصرت شروحات أنصار المدرسة للقانون في حدود التشريع، و الحد من الاجتهاد إلى جانب ذلك دفع الشراح إلى الافتراض عند عدم التعرف على الإرادة الحقيقية للمشرع، و كل ذلك إقرار ضمنى بقصور التشريع و عجزه على الإحاطة و إيجاد الحلول لكافة القضايا³ .

إن مبادئ المذهب القائم على تقديس النصوص و التزامها ، تؤدي إلى جمود التفسير ذاته وتمنعه من التطور و التحسن و الاستفادة من التطور و تغير الظروف⁴ .

ثانيا:التفسير الموضوعي

نجم عن انتقاد المذهب الشكلي ظهور مذهب جديد أطلق عليه الفقه المذهب الموضوعي و الذي يهتم بموضوع القانون أو جوهره ، أكثر من اهتمامه بشكل القاعدة القانونية و يقصد بجوهر القانون المصادر المادية التي تتكون منها القاعدة القانونية و انقسم الفقه إلى أطروحتين أطروحة مثالية (1) أو أطروحة واقعية (2)⁵، غير أن كلا المدرستين لم تسلما من النقد (3) .

1-المدرسة المثالية

أجمع فقهاء فلسفة القانون على أن الاتجاه المثالي في التفسير أساس و مصدر القانون يكاد ينحصر في مذهب القانون الطبيعي القديم و الحديث⁶، و هذا الأخير يطلق عليه الكتاب مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة و يجمع فقهاء مذهب القانون الطبيعي على أن القواعد التي

1-إبراهيم أبو ، مرجع سابق ، ص78 .

2-سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1986 ، ص 751 .

3- AUBRY (C) et RAU (C) , Op-cit , P45 .

4 - LAURENT (F) , Op-cit, P45.

5-عجة الجيلالي، مرجع سابق ، ص 732.

6- تومي ألكي ، مرجع سابق ، ص 187 .

تشكل و تنظم واقع الأفراد و الجماعات، و التي تنكشف بالملاحظة و المشاهدة و التجربة لا تكفي وحدها لتكوين القاعدة القانونية بل يجب تفسيرها بقيمة معينة تكون أساسها و مصدرها و تبرر وجودها و مساهمة لهذا المنهج حاول بعض الفقهاء تطويع العقد استناد لهذه المثل العليا¹.

أ-فكرة الأخلاق : إن رجل القانون لا ينبغي أن يكون رجل تقنية مجردة، غرضه تطبيق النصوص القانونية و العمل على تفسيرها و إنما أيضا أن يدخل فكرة الأخلاق في إطار وظيفته². فالقانون ليس في حقيقته سوى التحليل لما هو منصف و صحيح. و النظرة إلى أية علاقة إنسانية لا بد من أن تتم على أساس ارتباط بين شخصين و ليس بين ذمتين، فالعنصر الإنساني لا بد من أن يكون ماثلا عند أي بحث³.

من هنا على القاضي أن يحاول التوفيق بين هذه الأهداف بإزالة كل تعد ممكن و بمحو كل تعسف أو استغلال، و تحقيقا لذلك عليه أن يكون حارسا للأخلاق العامة، يراقب كل استظهار متجاوزا تقوم به الإرادة الفردية⁴.

و تقييد الإرادة في العقد يقتضي حماية مبدأ أخلاقي لم يحدد المشرع مضمونه، لكن تضمنت التشريعات المدنية مبادئ عامة تجسد سمو المبدأ الأخلاقي⁵، انطلاقا من هذه القواعد يرى جانب من الفقه تأسيس تعديل العقد لحادث طارئ على فكرة الأخلاق و الفضيلة. لأن الدائن يرتكب ظلما فاحشا باستعماله حقه حتى آخر حدوده رغم ما قد يتركه وراءه من مصاعب لمدينه، حيث يرى Ripert أن التفسير الأخلاقي لنظرية الغبن هو رفض الاستغلال تملي بالأخذ بنظرية تطويع العقد لظرف اقتصادي، مسترشدا بذلك بالفقه الكنسي الذي يدعو إلى محاربة الغبن و الاستغلال بكافة صورته⁶.

1-عجة الجبلاي، مرجع سابق، ص 732.

2-سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 298.

3-DEMANTE (A-M) ., Cour analytique de code Napoléon , T.V ,7D.Thorel et Plon , 1865 , P78.

4-سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 298.

5-وذلك من خلال التطبيق الموسع لحالات الإبطال العقدي لسبب غير مشروع المخالف للنظام العاموالآداب العامة، وإبطال العقد لعب في الرضا، والتدابير الحمائية التي يأخذ بها الاجتهاد لحماية الطرف الضعيفوالمستغل في عقود الإذعانومنع الإثراء على حساب الآخرين دون مبرر شرعي يؤيده، وقواعد التعسف في استعمال الحق، انظر: سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 59.

6-RIPERT , La règle morale dans les obligations civiles , Paris , LGDJ , 1949 , P 6 .

ب- إعمال فكرة الحق: يرى بعض الفقه أن تطويع العقد لا يتعارض مع تقنيات قانونية مكرسة أو مع نظريات قانونية مستقرة، فهو مقبول في التشريع المدني الوضعي على نفس المستوى الذي تكرست به نظريتي الإثراء بلا سبب و التعسف في استعمال الحق في التطور القانوني للحق الوضعي¹. إن فكرة الحق تتفق كلياً مع الموجهات العامة التي تحرك التشريع المدني، "فكرة الحق" بذاتها قادرة على تأسيس تلك القواعد دون أدنى حاجة إلى نص وضعي منظم "فهو فوق النصوص و التقنيات"²، و من هذه القواعد الإثراء بلا سبب و التعسف في استعمال الحق التي لا تمثل إلا صدى واسع لفكرة الحق³.

و السؤال الذي لا بد من طرحه في هذا المجال هو لماذا لا نستعين بنفس الموجهات التي أملت الأخذ بقواعد قانونية مشابهة، و هي بطبيعتها تسمو على التشريعات الوضعية، عند البحث في إيجاد أساس لتعديل العقد المدني و ذلك باستقلال عن نص صريح يكرسها؟⁴. إن الأساس السليم لتطويع العقد لا يكون حسب هذه النزعة، إلا بالعودة إلى أساس و جوهر "فكرة الحق". و لو كان ذلك يؤدي بنتيجته إلى "الارتطام" بقواعد أساسية تقوم عليها فكرة العقد و بمبادئ رئيسية تنظم العمل القانوني عموماً، فالخلاف المترتب على النظرية هو عملياً بين فكرتين الأولى سامية و عليا، و هي فكرة الحق، و الثانية مادية هي فكرة العقد و العمل القانوني⁵. و لاشك بأن الحل هو في الارتفاع إلى مرتبة الفكرة الأولى، و هي الأولى بالرعاية متخطين بذلك كل اعتراض أو مساومة، غير أن هذا لا يعني أن فكرة الحق غير منسجمة مع القواعد القانونية المعمول بها، فهي لا تعمل بصورة قاسية على حساب تخطي الأوضاع القانونية عند تكريسها لقاعدة أو نظرية، ففي حالة الإثراء بلا سبب نجد في النظرية مكملاً للقانون الوضعي⁶، تظهر عند

1- ترماني عبد السلام ، نظرية الظروف الطارئة ، دراسة تاريخية مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأوروبية و تطبيقاتها في البلاد ، بيروت ، دار الفكر ، 1971 ، ص 365.

2- سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص 305.

3- سامي بديع منصور ، مرجع نفسه ، ص 306 .

4-BERENGER (F) , Op-cit , p 82 .

5 -Idem , P78 .

6- Ibidem , p 82 .

غياب أو فقدان الوسيلة القانونية الوضعية التي تسمح بإعادة التوازن المالي بين ذمتين عند زواله دون مبرر مسوغ. و في حالة التعسف في استعمال الحق فإن النظرية تتجه إلى أبعد من ذلك، فهي تصبح كواق أو حافظ يقف في مواجهة الحق الوضعي و تجاوزه، فهي تمنع الحق نفسه من أن يتحول عن هدفه فيولد الظلم تحت ستار من المشروعية الظاهرة¹.

غير أن نظرية ظروف طارئة تتجاوز المنطق القانوني لنظرية الإثراء بلا سبب و التعسف في استعمال الحق. فهي لا تكتفي بمنع الإثراء أو قسر الحق عن كل تجاوز، و إنما تتجه في مواجهة الحق نفسه و تناقضه فهي تحول في الحق الوضعي و تهدد بإزالته².

و عليه يذهب البعض من الفقه إلى أن مطالبة الدائن المدين بتنفيذ التزامه المرهق، لا يمثل خروج عن الحق، لأن مصادر الحق هي حق شخصي و وضعي، إذ أن تصرف الدائن بمطالبة المدين بتنفيذ التزامه حق شخصي لا يتعارض مع أي حق وضعي³، و في نظرية الإثراء بلا سبب لا يوجد سبب للحق، بينما في نظرية الظروف الطارئة فإن العقد هو سبب ممارسة الدائن حقه الشخصي⁴. أما نظرية التعسف في استعمال الحق و إن كان تصرف المتعسف داخل حدود الحق، و لكنه تصرف جانب هدف الحق الذي يتمثل في تحقيق العدل و المساواة، غير أن سلوك الدائن في مطالبة المدين بالتنفيذ هو ضمن الحدود الموضوعية للحق و هدفه، لأن الدائن لا يبتغي وراء مطالبة المدين بتنفيذ التزامه المرهق سوى بإتمام التنفيذ للأداء المقابل للالتزام⁵.

2- المدرسة الواقعية

تعتمد هذه النظرية على اعتبار القانون انعكاس لواقع معاش (أ) ، و لا يملّي ما يجب أن يكون، و يترتب على ذلك اعتداد القاضي في تفسير القانون بالإرادة المحتملة للمشرع (ب) .

1- سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص 306 .

2-LARDEUX (W) , L'équilibre contractuelle , Op-cit , P 59 .

3- ترماني، مرجع سابق ، ص 364

4- سامي بديع منصور، مرجع سابق ، ص 300.

5- سامي بديع منصور، مرجع نفسه، ص 300.

أ- القانون انعكاسا واقع معاش

تعتمد هذه النظرية تحليلا مختلف لفكرة القانون توصلنا إلى بناء نتائج لها أثرها على صعيد القبول بالنظرية¹، فالقانون ليس مجرد علم قائم على التجريد و حسب، و لا مجرد عمل عقلي بحث بل هو من العلوم ذات الصلة الوثيقة بالمجتمع، ينصهر في طبيعته يؤثر فيه و يتأثر به²، إخضاع القانون لمقتضيات الضرورة هو من الأسباب الأساسية لحياة الدول، إذن إن حياة التشريع لا تكون إلا في المدى الذي ينسجم به مع التطور، فإذا كان الثبات القانوني هو السبيل للاستقرار، فإن التحول في النصوص هو السبيل لحياتها³.

و انقسم أنصار هذه الأطروحة إلى تيارين.

تيار أول: يؤسس الواقعية على متطلبات التطور التاريخي و عرف هذا التيار لدى الفقه بالمذهب التاريخي⁴.

تيار ثاني: يؤسس الواقعية على مقتضيات التضامن الاجتماعي و الذي شكل فيه بعد مذهبها قائما بنفسه⁵.

ب- اعتداد القاضي بالإرادة المحتملة للمشرع

يرى أنصار المدرسة التاريخية⁶ أن وجود التشريع ليس من شأنه الحيلولة دون تطور القانون بتطور ظروف المجتمع ، إذ إن النصوص التشريعية بمجرد وضعها، تتفصل عن إرادة المشرع حتى

1-RIPERT , La règle morale dans les obligations civiles ,Op-cit , P78.

2-LARDEUX (W) , L'équilibre contractuelle , Article précité , p 59.

3-حمدي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 60

4-محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، طبعة 15، سنة 2007، ص 292.

5-عجة الجليلي، مرجع سابق، ص 739 .

6-يرجع الفضل الأول في ظهور المذهب التاريخي إلى الفقيه الفرنسي مونتيسكيو الذي وضع مبادئه الأولى في كتابه روح القوانين (Esprit des lois) حيث يرى " أن القانون وليد بيئته والظروف المحيطة به" وتبعه فيما بعد الفقيه بورثاليو الذي عبر صراحة عن تأثره بهذه الفكرة قائلا: "القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل إرادة الإنسان" ويتابع "تتكون تقنيات الشعوب مع مر الزمن فهي في الحق لاتصنع" انظر:

MONTESQUIEU ,De l'esprit des lois ,tome 1 , Geneve , 1758 , edition ,P10 ,
www.classiques.uqac.ca .

تتمكن من التكيف مع التطورات المتعاقبة، و هذا معناه أن القانون وليد البيئة الاجتماعية يتطور بتطورها، فلا يوجد قانون طبيعي واحد يصلح للتطبيق في كل زمان و مكان¹.

بنقل هذا المفهوم إلى موضوع دراستنا، للقاضي إمكانية تطويع العقد بقصد مواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة و ذلك بالاستناد إلى تفسير القانون، و بالتالي فإن نصوص القانون يجب أن ينظر إليها وقت تطبيقها، لا وقت وضعها، فعند التطبيق فقط ينبغي أن يحقق النص الغرض منه، و هو إقامة العدل بين الناس². و تكون العبرة في التفسير بالإرادة المحتملة، بمعنى ما كان يريده المشرع لو أنه وجد في الظروف الاقتصادية و الاجتماعية المحيطة بالقاضي وقت الحاجة إلى التفسير، فالإرادة المحتملة للمشرع هي التي تتماشى مع الظروف التي تحيط بالمفسر أما إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة، و إن كانت تعبر عن رغبات المجتمع وقت صدور التشريع، فقد لا تعبر عن ذلك عندما يراد تفسير التشريع و تفسيره، و لا يمكن للمشرع التنبؤ بما قد يحدث مستقبلا من مشكلات³.

و تأثر المشرع الجزائري بالمدرسة التاريخية، و هذا ما نستشفه من نص المادة الأولى في الفقرة الثانية من التقنين المدني الجزائري التي تنص على تعدد مصادر القانون⁴، و المشرع الجزائري في ذلك يستلهم بوضوح مبادئ و نظريات المدرسة الموضوعية التاريخية التي تفسر القاعدة القانونية من خلال مختلف الحقائق الطبيعية، الاقتصادية، الاجتماعية، الدينية، و الأخلاقية و غيرها... فإذا اعتبرنا أن الأخذ بالعرف تجمع هذه الخصائص فهو في نفس الوقت تبني واضح لتفسير المدرسة التاريخية لجوهر القانون و لو بصفة جزئية⁵.

1- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 739.

2- رشوان حسن رشوان أحمد، مرجع سابق، ص 349.

3- محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 292.

4- تنص المادة 2/1 من تقنين مدني جزائري من الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 78 : (واذ لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة).

5- تومي أكلي، مرجع سابق، ص 187.

و لم تسلم هذه المدرسة من النقد، إذ أن تبني الإرادة المحتملة للمشرع بصدد عملية التفسير، و مع العلم أن هذه الإرادة غير مقيدة بضوابط ، ينتج عنه تعد على روح النص و تعديل ضمنى له على نحو يتناقض و غاية المشرع¹ .

3-عدم ملائمة التفسير الموضوعي للقاعدة القانونية مع مفهومها

عجزت نظرية التفسير الموضوعي في تبرير العنصر الشكلي في القاعدة القانونية (أ) ، كما أنها فكرة لا تزال غامضة (ب) .

أ-تعارض التفسير الموضوعي مع مفهوم القاعدة القانونية

إن الأطروحة المثالية و الواقعية نظريات تصلح لتفسير الشق المادي من القاعدة القانونية، و لكنها لا تصل إلى مرحلة إبراز الشق الشكلي لتلك القاعدة²، و هو أساس لتكوينها، فتعديل العقد لعامل التغير إن كانت تفرض تطبيقه، الفكرة الأخلاقية³ أو الاجتماعية التطورية أو فكرة الحق، إلا أن هذه المعطيات تبقى ناقصة، لا تصل مرتبة الإلزام ما لم تقترن بمحرك شكلي كفيل بإعطائها صفة القانونية ، فالقاعدة القانونية ليست " معطى " conduit و حسب بل " مبنى " construit⁴.

ب-غموض فكرة التفسير الموضوعي للقاعدة القانونية

و علاوة على ما سبق، إن الأفكار التي جاءت بها المدرسة الواقعية و المثالية لا تحتل عمليا لمفهوم واضح فهي أفكار غامضة تترك المجال مفتوحا لاستتساب القضاء في هذا المجال و بسط نفوذه. و هذا ما أقره الأستاذ بونكاز (Bonnetcase) نفسه عند تحديده لفكرة الحق⁵، لقد حاول بونكاز أن يميز في القاعدة بين نوعين من المصادر: مصادر حقيقية sources réelle و مصادر

1- محمد سعيد جعفرور ، مرجع سابق ، ص293 .

2- محمد سعيد جعفرور، مرجع نفسه ، ص293 .

3-فالتبيعة الإنسانية على ضوء العقل البشري هي التي تضع الواجبات العامة المجردة،والضمير الفردي على ضوء اليقظة والتبصر هو الذي يستخرج لسلوكه الخاص تلك القواعد الطبيعية،وبالتالي فإن القاعدة الأخلاقية ليست ملزمة إلا للضمير وحده، فهي تنظم علاقة الفرد بمثل عليا يترتب على مخالفتها لوم النفسوتأنيب الضمير، بينما القاعدة القانونية لا يمكن فرضها إلا من طرف ذلك المجتمع الممثل من طرف السلطة العامة التي تفرض جزاء على مخالفتها أنظر : RZEPECKI (N) , Op-cit, P35.

4 -GENY , Science et technique en droit privé positif , Tome1 , Paris , (4v.1913-1924) , P263 .

5 -BONNECASE (J) , La pensée juridique française de l'heure présente , A.P.D. , 1932 , P45 .

شكلية source formelle، و المصادر الحقيقية بنظره هي مصدر اختباري source expérimentale، يسميه بالعنصر الاختباري élément expérimentale، و مصدر عقلي source rationnelle و يسميه بالعنصر العقلي élément rationnelle و كلا العنصران مولد للقاعدة القانونية¹.

إن العنصر الاختباري يجد كيانه في الوسط الاجتماعي و الطبيعة الدائمة للإنسان و لكن هذا العنصر متروك لذاته، دون موجه أو منظم، الأمر الذي يؤدي بنظر بونكاز إلى قواعد متعارضة مع المنافع الخاصة للمجتمع و مع الاحترام الطبيعي للإنسان²، من هنا ضرورة وجود العنصر المنظم للمعطيات التي يطرحها ذلك العنصر، بأي شكل من الأشكال لكي تأتي القواعد المستخرجة مؤمنة للانسجام الاجتماعي في الوسط الطبيعي الدائم للإنسان، إن ذلك العنصر المنظم هو ما يسميه بونكاز بالعنصر العقلي، ترجمته بنظره في فكرة الحق الموجودة في جوهر القاعدة القانونية كما بينا، و لكن ما هو مضمون هذه الفكرة؟ ما هي طبيعتها؟، يعترف بونكاز بوجود تناقض في تحديدها، بل إن البعض كان أكثر تطرفاً فرفض وجودها في القاعدة من أساسه. فالغموض كما هو واضح، يتناول فكرة الحق عند محاولة إبرازها، و فكرة الحق عند محاولة تحديد مضمونها³.

و حاول بعض الفقه إزالة هذا التناقض، باقتراح فكرة الاستناد إلى جوهر الحق، مع تأسيس تطويع العقد على المبادئ العامة التي نص عليها القانون⁴.

ثالثاً: موقف القانون الانجليزي من تفسير القانون .

يرى بعض الفقه أن القضاء من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، يلجأ إلى التفسير بمفهومه الواسع، أي حين لا توجد أمامه قاعدة قانونية تطبق على النزاع، فيبتدع حلولاً تتطوي على

1- سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 302.

2-BONNECASE (J) , Op-cit , P45.

3- سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 203

4- رشوان حسن رشوان أحمد، مرجع سابق، ص 354

خلق قاعدة قانونية جديدة¹، لكونه مضطر إلى ذلك تجنباً لاتهامه بارتكاب جريمة إنكار العدالة، فإن القضاء في هذه الحدود أي في حدود الخلق و الإنشاء يعد مصدر للقانون² و قد تصدى القضاء الإنجليزي للعديد من المنازعات المتعلقة بهذا الغرض، و انتهى فيها إلى المساواة بين الاستحالة المادية التي تثار فيها القوة القاهرة و بين ما يسمى في الفقه استحالة الهدف و يترتب القضاء عنها نفس الجزاء المتمثل في فسخ العقد³.

ففي سابقة "جاكسون" السالفة الذكر ضد شركة الاتحاد للتأمين قررت محكمة المنازعات المالية أن التراخي في تنفيذ العقد لفترة زمنية معينة قد يترتب عليه في بعض الأحيان إحباط للمقاصد و الأهداف التجارية للمتعاقد، مما يقتضي إعمال فكرة الاستحالة الاقتصادية على الرغم من أن تنفيذ العقد ما زال ممكناً من الناحية المادية و في هذا الحكم⁴، لا يمكن القول بأن هناك استحالة مادية في تنفيذ الأداءات المتولدة عن العقد، بل إن التنفيذ الحرفي للعقد لازال ممكناً، لكن الذي صار مستحيلاً هو تنفيذ العقود وفقاً للقصد منها، أي وفقاً للأهداف المبتغاة من تنفيذها⁵.

و إذا عرف دور القاضي في إنشاء القواعد القانونية راجعاً في النظام الأنجلوساكسوني، فإن الرأي الغالب يذهب إلى عكس هذا الاتجاه و يرفض أن يكون للقضاء مثل هذا الدور في إنشاء القواعد القانونية، لأن في ذلك اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات⁶، الذي يقتضي اقتصار دور القاضي في تطبيق قاعدة قانونية موجودة و موضوعة سلفاً من سلطة مختصة بذلك غير السلطة القضائية، بينما صناعة القانون مجال محصور للسلطة التشريعية⁷.

1-ZAKI , Op-cit , P 305

2-ياسر حسن سليمان، مرجع سابق ، ص 23.

3-ZAKI , Op-cit , P 305.

4 -DEMANTE (A-M) ,Op-cit , P 305 .

5 -DAVID (M) , Op-cite , P601

6 -Idem , P601

7-رشوان حسن رشوان أحمد، مرجع سابق، ص 371.

الفرع الثاني

التوفيق بين العنصر الشكلي و المادي للحق

بسبب ما جد من تطورات في ظروف الحياة من تقدم علمي و تكنولوجي و انقلاب في المبادئ المثالية و الأخلاقية ، عجزت النصوص المكتوبة في أعقاب الثورة الفرنسية على استيعاب أي من هذه التغيرات و التطورات عند تفسيرها تفسيراً حرفياً، و نجحت مدرسة التفسير العلمي الحرفي في استنباط حكم هذه التغيرات من النصوص¹.

و انطلاقاً من ذلك بادر هؤلاء الكتاب إلى اقتراح أطروحة تجمع بين المذاهب المثالية و المذاهب الواقعية لتفسير القانون (أولاً) ، وصولاً إلى تطويع العقد على أساس تفسير القانون (ثانياً).

أولاً: مدرسة التفسير العلمي الحر

يبدو ميل الفقه و القضاء إلى مدرسة التفسير العلمي واضحاً في خصوص نظرية العقد، وعلى التحديد في المحاولات الدعوية لتطويعه قصد مواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة، بالاستناد إلى تفسير القانون، و من أبرز الدعاة إلى هذه الأطروحة الفقيه جيني GENY الذي أرسى دعائمها في مؤلفه الشهير "العلم و الصياغة في القانون الخاص الوضعي" حيث يرى أن القانون يقوم على عنصرين هما عنصر العلم من جهة و عنصر الصياغة من جهة أخرى².

و تبنى المشرع الجزائري التفسير العلمي الحر، و يتبين بجلاء من خلال نص المادة 2/1 من تقنين مدني التي تنص: (و إذ لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....) أن المشرع تأثر بمنهج مدرسة البحث العلمي الحر و ذلك من حيث النص على تعدد مصادر القانون، و من خلال ترتيب طريقة الرجوع إلى مختلف المصادر تكون البداية بالتشريع ثم الشريعة الإسلامية ثم العرف³، و أخيراً مبادئ القانون الطبيعي و العدالة . و يفهم من هذه الفقرة أيضاً أن المشرع يقر بعدم كفاية التشريع بحكم العلاقات الاجتماعية المتعددة داخل

1-DURANTON (M) , Cours de droit français suivant le code civil , 4 ème èd , Paris , 1844 , P48 .

2-GENY (F) , Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif , Op-cit , P164.

3-تومي أكلي، مرجع سابق ، ص 186 .

المجتمع و ذلك بطريقة ضمنية ، و يفهم أيضا أن المشرع يضيف مبدأ الاجتهاد في القضاء و استنباط الأحكام العلمية عند تفسيره للنصوص القانونية و هو مبدأ أصيل في المناهج الأصولية الإسلامية¹ .

تتمثل عناصر التفسير التي تبنتها مدرسة التفسير العلمي الحر فيما يأتي:

1-عصر العلم

يتميز القانون حسب جيني بطابعه العلمي و الذي يجعل منه علم قائم بذاته شبيها بعلوم الطبيعة و لو أنه يميل إلى العلوم الإنسانية لصلته بالإنسان و على هذا الأساس يتكون علم القانون من العناصر التالية:

أ-عصر واقعي و تجريبي

يتمثل في مجمل الحقائق المرتبطة بالبيئة الاجتماعية للأفراد و هذه الحقائق قابلة للملاحظة مثلها مثل الظواهر المادية، و قد تكون إما طبيعية، اقتصادية، سياسية أو اجتماعية أو تاريخية².

ب-العصر المثالي

يتخذ العنصر المثالي مظهر العدل باعتباره المثل الأعلى للقانون، و قد يتمثل هذا العمل في العدل التبادلي الذي يحقق التوازن بين الأفراد³، كما قد يتمثل هذا العدل في التوازن المفترض بين حقوق الفرد و واجباته، و قد يتمثل هذا العدل في العدل الاجتماعي أي تسخير الفرد لخدمة الجماعة أو تحقيق المصلحة العامة⁴.

2-عصر الصياغة

يقصد بالصياغة إفراغ الحقيقة الاجتماعية في قالب نص تشريعي و يتخذ هذا القالب حسب "جيني" شكلين، صياغة جامدة تضع حلولاً ثابتة لا تتغير بتغير الظروف⁵، و يقتصر القاضي على

1-تومي أكلي ، مرجع سابق ، ص 186 .

2-محمد السعيد جعفر ، مرجع سابق ، ص294 .

3-محمد السعيد جعفر ، مرجع نفسه ، ص294 .

4-عجالي بخالد ، مرجع سابق ، ص796 .

5-GENY (F) , Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif , Op-cit , P164.

تطبيقها كما وردت دون تفسير، و قد تتخذ شكل صياغة مرنة، و مثل هذه الصياغة تضع حولا تقديرية أكثر منها تقريرية و يتمتع القاضي بسلطة واسعة.

ثانيا: الاستناد إلى تفسير القانون قصد تطويع العقد

أملت الحدود العليا التي تجد تأييدا لها في النصوص القانونية نفسها ضرورة التوفيق بين العناصر الموضوعية و الذاتية للحق¹ (1)، كما أن هذه الحدود العليا لابد لها من عنصر الإلزام و ترجمتها إلى قواعد قانونية مطبقة في الواقع (2) .

1-التوفيق بين العناصر الذاتية و الموضوعية للحق

يرى الأستاذ « jack ghestin » أن العقد عبارة عن "مزج ثابت من عناصر موضوعية و ذاتية"². النظرة ليست جديدة فالأستاذ Hauriou قد لاحظ مركز الأهمية القصوى للعوامل الموضوعية في الحق و الأستاذ Hébrau وجد في العقد تركيبا دياكتيكيا بين الإرادة و العناصر الخارجية التي تتحلل بذاتها إلى عالمين من جهة "الحق الوضعي الذي ليس هو وحسب قواعد مجردة و عامة"³. و إنما يحتوي أيضا "المؤسسات الحسية" التي تشكل أساس المجتمع "الهيكل العظمي للمجتمع"، و من جهة ثانية "العالم المادي" و هو ما سمح للأستاذ هابرو و بعد ذلك الأستاذ هوسر⁴ Hauser بتحليل العقد في القانون الوضعي. و في نفس السياق يرى الأستاذ غستان GHESTIN أنه من الواجب "التأكيد في العقد على أولوية الحق الوضعي على الحق الذاتي"⁵ ، و الحق الوضعي هو شكل الحق الذي تحدده القاعدة القانونية، يتصف بخصائصه التجريد و الإلزام و العمومية، فالقاعدة القانونية تحدد أحكاما سلوكية يقتضي مراعاتها في بعض الأوضاع للوصول

1-عجالي بخالد ، مرجع سابق ، ص796 .

2-GHESTIN (J) ,Traité de droit civile , Les obligations , Op-cit , P45 .

3-HEBRAUD , Role respectif de la volenté et des èlément objectifs dans les arts juridiques , P426-426 .

4-HAUSER , Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique , Op-cit , P45.

5-GHESTIN (J) ,Traité de droit civile , Les obligations , Op-cit , P1.

إلى أهداف معينة بشكل مجرد، و هذه الأهداف تشكل مصدر القاعدة القانونية، تسعى إلى تحقيق اعتبارات عليا تتمثل في تحقيق العدالة¹.

فالنظم الوضعية يقتضي أن تستخدم كموجهات في عملية البحث عن حلول عادلة تتجسد في فكرة الأخلاق، الحق، المبادئ الاجتماعية، التي هي في حقيقتها الحق الوضعي باعتبارها مصادر للقاعدة القانونية طبقا لنص المادة 1 تقنين مدني جزائري .

فالقضاء إن كان ملزما بتطبيق القواعد القانونية، إلا أنه ملزم أيضا بالخضوع إلى قواعد العدالة و أن يفتش بوسائل المنطق عن حلول عادلة و منصفة².

2-التوفيق بين العنصر الشكلي و الموضوعي للحق

يترتب على انعدام نصوص قانونية خاصة في إعمال نظرية الحادث الطارئ فسح المجال أمام القضاء في تفسير المبادئ العامة التي نصت عليها نصوص القانون المدني على أسس مثالية وواقعية سواء تلك المتعلقة بتكوين العقد (أ) ، أو تنفيذه (ب)³.

أ-زوال عناصر تكوين العقد

يترتب على الظروف الاقتصادية زوال العناصر الجوهرية التي اتفقا عليها الطرفان أثناء تكوين العقد ، من التراضي و المحل و السبب⁴ .

-التراضي

تجاهل القضاء الفرنسي الغلط في الباعث كونه أمرا خارجا عن دائرة التعاقد ، و لا علاقة له بالحالتين اللتين تمثلان - دون غيرهما - محل الغلط الجوهري و هما الصفة الجوهرية في الشيء ، أو ذات صفة المتعاقد ، حيث فسرت بعض المحاكم في فرنسا نص المادة 1110 تقنين

1-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص 307.

2-سامي بديع منصور ، مرجع نفسه ، ص78.

3-GRYNBAUM (L) , « De la regle morale a une moral sociale,ver un nouvel ordre ? » , Op-cit ,p 43

4-THIBIERGE (L) , Op-cit ,p 43

مدني فرنسي ، على نحو يقارب الغلط في القيمة ، وقضت بأن للمشتري أن يطلب إبطال عقد بيع قطعة أرض اشتراها من أجل أن يقيم مباني ، إذ اتضح له أنها تحتاج إلى نفقات باهضة لردمها¹ . وهو حكم يمكن تفسيره على أن المحكمة تراءى لها أن إضافة نفقات الردم إلى كامل الثمن يقود إلى عدم التعادل بين أداءات الطرفين ، و هو عدم تعادل ناشئ عن أمر لاحق على إبرام العقد ، أي ناشئ عن إضافة نفقات الردم إلى كامل الثمن و على هذا يمكن القول بأن: (القاضي يملك شيئاً من حرية التصرف من أجل أن يمارس رقابته على القيمة الاقتصادية للأداءات مستنداً إلى نظرية الغلط في مادة الشيء عندما يترأى له أن ذلك ضروري² .

و قد اعترض على هذا التبرير بحجة أن فكرة الغلط لا تتحرك إلى عند إبرام العقد، بينما تتحرك نظرية الظروف الطارئة بعد هذا الإبرام و عند تنفيذ العقد. كما أنه لا يترتب على الظرف الطارئ قابلية العقد الأبطال و لا حتى الفسخ.

-المحل

أصبح الفقهاء الفرنسيين لا يهتمون بمفهوم الشيء باعتباره محلاً للأداء و ليس باعتباره محلاً للالتزام أو العقد فالمهم في نظرية المحل حالياً هو مضمون الالتزامات الناشئة عن العقد و بهذا بدأ يخرج مفهوم المحل عن المادية التي عرف بها ، إذ كان ينظر إليه على أنه شيء أما الآن أصبح ينظر إليه على أنه العملية المراد تحقيقها³ .

و في هذا السياق تقترب نظرية المحل بنظرية السبب و بالتحديد بنظرية اقتصاد العقد ، و يثور السؤال هنا بمدى إمكانية تأسيس نظرية اقتصاد العقد على أساس المحل⁴ ؟ .

إذا كان مفهوم المحل هي العملية القانونية المراد تحقيقها ، يصبح العقد باطلاً إذ استحال تحقيق الهدف الاقتصادي أثناء تنفيذ العقد ، غير أنه لا يتوافق هذا الحل مع نظرية اقتصاد العقد

1-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص45.

2-رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 356.

3- نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص218.

4-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص45.

من خلال اعتبارين¹ :

الاعتبار الأول: يتمثل في أن القضاء لا يعتد بالمحل في تأسيس نظرية اقتصاد العقد ، و إنما يكتفي بالسبب كأساس للنظرية² .

الاعتبار الثاني :تطبيق القضاء لنظرية اقتصاد العقد كان على أساس أن انعدام الهدف الاقتصادي كان قائم أثناء إبرام العقد ، و لا تولي نظرية اقتصاد العقد الأهمية لحالة زوال المحل أثناء التنفيذ.

-السبب

يرى بوتيه أن السبب في العقد الملزم للجانبين هو سبب الالتزام ، و يقصد بسبب الالتزام السبب المباشر، و هذا يعني أن صحة العقد تقتضي أن تكون الالتزامات متقابلة و متوازنة أي إن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر³ .

و أخذ التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 بأعمال بوتيه في السبب في المادة 1131 تقنين مدني فرنسي التي تنص: (الالتزام بدون سبب أو المستند إلى سبب وهمي أو إلى سبب غير مشروع ، لا ينتج أي أثر) ، و من هنا يتبين أنه تنحصر فكرة السبب في تكوين العقد دون تنفيذه⁴ . و ابتداء من سنة 1920 بدأ الفقه في فرنسا في طرح فكرة امتداد نظرية سبب الالتزام إلى مرحلة تنفيذ العقد ، ومن هؤلاء الفقهاء Capitain كابيتان الذي أيد النظرية المادية للسبب و لكن بصورة معدلة، و ذلك من خلال مؤلفه الشهير في السبب المعنون « De la cause des obligations الصادر سنة 1927⁵، وطرح فكرة جديدة و أخرج فيها نظرية السبب التقليدية بصورة معدلة ، إذ لا يمكن القول باستحالة أن يكون كل التزام سببا للالتزام الآخر، إلا إذ فهم السبب

1-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص45 .

2 -MOURY (J) , « Une embarrassante notion : l'économie du contrat » , Op-cit , P45.

3 -POTHIER , Traité de la vente , Op-cit , P124 .

4-THIBIERGE , Op-cit ,P 114 .

5- Capitant (h) , De la cause des obligations , (Contrats , Engagement unilatéraux , Legs) , Dalloz , 3eme édition 1927 , P 39 .

بمعنى السبب المنشئ (المصدر)، إذ يستحيل أن يكون الشيء منشأ لشيء آخر و ناشئاً منه في نفس الوقت¹.

و انطلاقاً من هذه الفكرة عدل الفقيه كابيتان في النظرية التقليدية للسبب، و اعتبر أن سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين ليس وجود الالتزام المقابل فحسب، و إنما تنفيذ الالتزام أيضاً و مقتضى هذا أن السبب في هذه العقود يجب أن يظل قائماً من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه، و يصبح مصير كل من الالتزامين المتقابلين معقوداً بمصير الالتزام الآخر².

و يستتيراً كابيتان في هذا الطرح الجديد، ببعض تطبيقات قواعد القياس في أحكام القانون المدني، و التي يكون بمقتضاها فكرة انعدام السبب مبرراً لتطويع العقد لاختلال التوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد بسبب ظرف طارئ³.

و لم تخلو نظرية كابيتان من النقد، إذ يرى الأستاذ السنهوري أن اعتراض كابيتان على النظرية التقليدية بأنها تجعل الشيء الواحد سبباً و مسبباً إنما هو مبني على خلط بين "السبب المنشئ" و "السبب القسدي"، و تخط بين السبب و الإرادة⁴، لأن العبرة لدى النظرية التقليدية هو بالسبب القسدي، أي الغرض الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه، و يسهل مع هذا المعنى أن نفهم أن الغرض الذي قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر، و لا يكون في هذا خروج على المنطق⁵.

و على هذا الأساس أيد الفقه الحديث و من بينهم Marty في رسالته الصادرة سنة 1995 المعنونة⁶ « De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son

1-Capitant (h), De la cause des obligations, Op-cit, P 39.

2-وانتقد جانب من الفقه في فرنسا كابيتان، على أساس أن تقابل الالتزام لا ينحصر في تنفيذ الالتزام المقابل وإنما في المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد وهذا ما ذهب إليه carbonier إلى أن السبب يتضمن منفعة أكثر ما هو مقابل إذ يتطابق مفهوم المصلحة مع المصطلح الاتيني causa أنظر CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, Op-cit, P10

3-THIBIERGE (L), Op-cit, P 75.

4- محمد يحي عبد الرحمن المحاسنة، مرجع سابق، ص 8.

5- محمد يحي عبد الرحمن المحاسنة، نفس المرجع، ص 8.

6-MARTY (R), De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son role dans les contrats à titre onéreux, Thèse, Paris 2, 1995, P55.

« rôle dans les contrats à titre onéreux » فكرة امتداد السبب لدى كاييتان لكن بصورة معدلة ، حيث يمتد السبب إلى تنفيذ العقد لكن ليس على أساس الإرادة و إنما باعتبار السبب ذو طبيعة موضوعية فقط، إذ أن طرح فكرة تمديد نظرية السبب إلى تنفيذ العقد وسيلة قانونية لتحقيق التوازن و العدالة العقدية، و يترتب على هذا الطرح الجديد أن نظرية السبب لا تتلخص في الجزاءات الثلاث التي قررها كاييتان لانعدام السبب، و إنما يتدخل القاضي في تعديل العقد، لأن انعدام سبب التزام لا يقتصر في عدم التنفيذ الكلي للالتزام المقابل، و إنما في عدم التنفيذ الجزئي للالتزام و الذي ينطبق مع نظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ التزام المدين مرهق، تقتضي تدخل القاضي لتعديل العقد من أجل رد التوازن العقدي إلى الحد المعقول¹.

و تبنى القضاء الفرنسي فكرة الانعدام الجزئي للسبب أثناء تنفيذ العقد على أساس كمي في عدة تطبيقات و قضى إما بالتعويض أو تخفيض قيمة الأداء المقابل² ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 21 ديسمبر 1981 بتخفيض أتعاب الوكيل بسبب عدم التنفيذ الحسن للالتزام، و في قرار آخر مؤرخ في 5 مارس 1894 قضت بتخفيض بدل الإيجار بسبب عدم التنفيذ الحسن من المؤجر التزامه بتسليم العين المؤجرة³ .

1-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 75.

2-تعرضت كل محاولات الفقه في تأسيس نظرية الظروف الطارئة على بعض الاوضاع القانونية التي تبرر نظرية سبب الالتزام الى النقد الشديد حيث حاول بعض الفقه تأسيس نظرية الظروف الطارئة على الدفع بعدم التنفيذ غير أنها لم تسلم من النقد على أساس انه لا يمكن الاستناد إلى الدفع بعدم التنفيذ لتطويع العقد لأن نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى استمرار تنفيذ العقد بينما الدفع بعدم التنفيذ يوقف تنفيذ العقد وذهب البعض الآخر الى تأسيس نظرية الظروف الطارئة على الاثراء بلا سبب بينما تختلف هذه الاخيرة عن الاولى لان العقد الذي أصبح تنفيذه مرهقا للمدين بسبب الظروف الطارئة هو سبب للإثراء الدائن على حساب المدين ، بينما في نظرية الاثراء بلا سبب ، ينعقد فيها سبب الاثراء ، سواء كان العقد ، الارادة المنفردة ، العمل المادي ،وانما يعد افتقار المدين السبب الوحيد لاثراء الدائن ، راجع في هذا الصدد:

SOUCHON (CH) ,sous la direction de RODIERE (R) , Les modifications du contrat au cour de son execution en raison de circonstances nouvelles ,Op-cit , P16.

3-THIBIERGE (L) , Op-cit , P77 .

و في رأينا فان نظرية كابيتان لا يمكن التسليم بها لأعمال نظرية الظروف الطارئة لأنه يتبين من خلال الجزاءات المقررة لعدم تنفيذ الالتزام أنها تنحصر في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه بسبب يعود إليه ، بينما نظرية الحادث الطارئ لا يمكن أن ينسب الحادث إلى عمل المدين و إنما يكون أجنبي عن المتعاقدين .

و هذا جاء به الفقه الحديث لدى المحاولة في المزج بين المذهب الشخصي و الموضوعي في إعطاء مفهوم مزدوج للسبب، و من هؤلاء الفقهاء الفقيه موري¹ ، فيرى بأن السبب هو المعادلة بين الأداءات، و المرغوبة من قبل كل متعاقد في عقود المعاوضة، و هو ينطلق من مفهومين للسبب، موضوعي و الذي عرفه بأنه مبرر الوجود الاقتصادي للالتزام، و المفهوم الثاني ذاتي (نفسي) و الذي حدده بالبائع ، و بالتوفيق بين المفهومين توصل إلى أن السبب هو المعادلة المرغوبة من المتعاقد² .

و في الاتجاه الهادف إلى مواجهة التغيرات التي تطرأ بعد إبرام العقد، بأداة تفسير قواعد القانون تسيير بعض المحاكم الفرنسية عندما تفسرها للنصوص المتعلقة بسبب الالتزام العقدي مستوحية في ذلك ما ذهب إليه بعض الفقهاء إلى أن سبب العقد يقتضي التقابل الكمي و النوعي لالتزامات المتعاقدين أثناء تكوين العقد و تنفيذه³، أي أن المحكمة رتبت على اختلال أحد الالتزامات المتولدة عن العقد انهيار العقد الذي سبق و توافرت كافة أركانه عند إبرامه، ففي حكم صدر بتاريخ 1977/10/25 نقضت محكمة النقض الفرنسية الحكم المطعون فيه⁴، و الذي كان قد قضى ببطلان اتفاق يتعلق بأداء بعض الأعمال في مقابل القيام بإعلانات إخبارية لصالح الشركة ، على أساس أن إفلاس هذه الشركة يجعل هذا الإشهار مستحيل ، مما يصبح معه الالتزام بأداء الأعمال المذكورة في العقد بلا سبب⁵.

1-MOURY (J) , « Une embarrassante notion : l'économie du contrat » , Op-cit , P45.

2-نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 225 .

3-THIBIERGE (L) ,Op-cit , p 71

4-نسير رفيق ، مرجع سابق ، ص 225 .

5-رشوان حسن رشوان أحمد، مرجع سابق، ص 355.

و بنت محكمة النقض قضاءها على أساس أن هذا الطرف اللاحق على إبرام العقد و المتمثل في استحالة القيام بإعلانات إشهارية يعود إلى فعل الدائن نفسه، فهي بقضائها هذا أقرت بأن السبب يجب أن يكون موجودا، ليس فقط وقت التعاقد، و إنما أيضا أثناء التنفيذ¹.

2-انعدام عناصر تنفيذ العقد

تتمثل عناصر تنفيذ العقد في مبدأ القوة الملزمة للعقد (أ) و مبدأ حسن النية (ب).

أ-مبدأ القوة الملزمة للعقد

تنص المادة 106 تقنين مدني جزائري التي تقابلها نص المادة 1134 قانون مدني فرنسي على : (العقد شريعة المتعاقدين ، لا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقرها القانون) ، يتبين من نص المادة 106 أنه لا يجوز تعديل أو نقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين إلا برخصة من القانون² ، و لا يقصد بالقانون وفق أنصار مدرسة البحث العلمي التشريع بحد ذاته، و إنما يقصد به كل المصادر الاحتياطية للقانون الشريعة الإسلامية العرف، العدالة الخ.. و هذا ما ذهب إليه (J) GHESTIN إلى أن العقد لا يكون ملزم إلا لأنه يحقق العدل و المنفعة³، و يرى STOFFEL Munk أن العدل و المنفعة مبادئ سامية تحتل أعلي مرتبة في الهرم التدريجي في النظم القانونية ، إذ لا يمكن للإرادة العقدية مخالفتها⁴.

1-و ترى الفقيه السيد Rochfeld أن (العبرة ليست بالتمييز بين تكوين العقود وتنفيذها، وإنما بالتمييز بين مضمون العقد و تجسيد هذا المضمون في أرض الواقع ، لأنه يمكن تعديل العقد في أية مرحلة كانت إذ كان هذا المضمون لا يجسد المعادلة المرغوبة من المتعاقدين، والأهداف الاقتصادية التي تضمنها العقد .) ، أنظر : PENIN (O) , Op-cit , P45. 2-علي فلالي، مرجع سابق ، ص 125 .

3 -GHESTIN (J) ,La formation du contrat , Le contrat-Le consentement , Op-cit , P204.

4 -STOFFEL-MUNCK (PH) , L'abus dans le contrat , Essai d'une théorie , Op-cit , P45.

-المنفعة

يرى غستان أن العقد أداة مهمة و مفضلة لدى الأفراد للتبادل و تحقيق المنفعة الاقتصادية المبنية على الائتمان و التبصر و التوقع ، و هو ما يتناسب مع الاقتصاد الحر الذي يأخذ منحى خاص في الحضارة الغربية و تقوم على تقديس حرية الإنسان¹ .

ويرى جونو : (يشعر الناس بالحاجة إلى إدراك المستقبل في عمل توقعي. و الحصول على مقابل منافع مستقبلية، أو مقابل منافع مستقبلية للخدمات الآتية .)².

تبنى القضاء الفرنسي المنفعة في التعاقد في صورة الهدف الاقتصادي الذي من أجله تعاقد الطرفان و يسمى الفقه في فرنسا اقتصاد العقد، التي تمثل العملية التي يريد الطرفان تحقيقها بعناصرها و هيكلتها و البحث عن الفائدة و المنفعة التي تصب في اقتصاد العقد³ .

و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 6 أبريل 1999 إلى فسخ عقد الفرنشيز على أساس انعدام المنفعة من تنفيذ العقد ، إذ أخل الممنوح له بالتزامه بعدم بيع منتجات مزاحمة لمنتجات المانح، لأن الاسم التجاري للمانح و علامته التجارية تفرض على الممنوح له الحفاظ على السمعة التجارية للمانح⁴ .

-العدل

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العدالة هي الأساس التي ينبغي أن تستند إليه نظرية الظروف الطارئة، و يرى جاك غستان أن العدالة تغني عن نظرية عيوب الرضا ، إذ أن الإرادة هي أداة في

1-جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، مرجع سابق ، ص100 ، مذكور في علاق عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 101.

2-جاك غستان ، نفس المرجع ، ص101 ، مذكور في : علاق عبد القادر، مرجع سابق ، ص101.

3-عسالي عرار ، مرجع سابق ، ص147 .

4-ARSAC-RIBEYROLLES (A) ,Essais sur la notion d'economie du contrat , Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit , Droit privée , Unniversité Clermont I , 2005 , P172.

خدمة العدالة و أن العدالة كمبدأ أخلاقي فوق الإرادة¹، إذ يكون العقد ملزم إذا كان عادلاً، و يستند هؤلاء إلى بعض أفكار الفقه الكنسي في التمييز بين العدالة التوزيعية و التجميعية و التصحيحية². و يعارض بعض الفقه تأسيس نظرية الظروف الطارئة بحجة الحفاظ على استقرار المعاملات القانونية لأن العدالة ليست الغاية الوحيدة للقانون فليست كل قاعدة قانونية تحقق مصلحة عامة تتفق بالضرورة مع روح العدالة³.

ب- قاعدة حسن النية

يشير تطبيق نظرية الظروف الطارئة على أساس مبدأ حسن النية انعدام التعارض بين هذا الأخير و مبدأ القوة الملزمة للعقد و هذا ما ذهبت إليه بعض القضاء الفرنسي⁴، بينما ذهب القضاء الألماني في اتجاه تقييد مبدأ حسن النية لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

-مبدأ حسن النية مكمل لمبدأ القوة الملزمة للعقد -الالتزام بإعادة التفاوض- (في فرنسا)

ذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو إعمال مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد⁵، لأن هذا المبدأ يقتضي عدم تنفيذ الالتزام إلا في حدود ما هو متوقع ومألوف في معاملات الأشخاص، أما إذ تغيرت الظروف على نحو غير عادي بما يقلب التوازن المالي بينهم فإن الواجب يقتضي إجراء التعديل⁶.

و يرى الفقه في فرنسا أن تنفيذ المدين لالتزامه المرهق لا يترتب على تنفيذ العقد و إنما تنفيذ للأثر المترتب عن الحادث الطارئ، أو بمعنى آخر فإن تنفيذ المدين لالتزامه ليس ناجم عن تصرف قانونية و إنما عن واقعة قانونية لم يكن لإرادة المتعاقدين دور في إحداثها⁷، و في هذا الإطار فإن

1-Ghestin Jack , Traité de droit civil , Les effets du contrat , avec la collaboration de C JAMIN ET M.BILLIAU , 2eme edition , LGDJ ,1994, P204.

2 -Idem,P 45 .

3-ريان عادل ناصر ، حق الرجوع عن العقد ، مرجع سابق ، ص453 .

4- الجبار ناجي الملا صالح ، مرجع سابق، ص453 .

5 -THIBIERGE (L) ,Op-cit , P45 .

6 -Idem , P45 .

7 -Ibidem , P394 .

نظرية الظروف الطارئة ليست استثناء لمبدأ القوة الملزمة للعقد و إنما هي مكملتها لأن مبدأ القوة الملزمة للعقد تتوقف في حدود ما هو متوقع و مألوف في معاملات الأشخاص¹ .

و يرى demogue أن الدائن الذي يطالب بالتنفيذ من مدينه المرهق متعسفا في استعمال حقه لإخلاله بواجب التعاون و النزاهة في تنفيذ العقد²، لأنه يشترط الالتزام بتنفيذ العقد بحسن النية ، امتناع الدائن عن كل تصرف يجعل تنفيذ العقد مرهقا أو مستحيلا للدائن ، غير أن مبدأ حسن النية لا يبرر تدخل القاضي في تعديل العقد لأن في ذلك إخلال بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 10 جويلية 2007 ورد فيه : (إذ كان الالتزام بتنفيذ العقد بحسن النية يفرض على المدين جزاءات على تنفيذ التزامه بسوء نية ، غير أن هذا لا يبرر تدخل القاضي في العقد و المساس بجوهر التزامات المتعاقدين بتعديلها و هذا يعد إهدار لمبدأ القوة الملزمة للعقد طبا نص المادة 1134 قانون مدني فرنسي)³ .

و يرى Stoffel-munck في كتابه المعنون " Regards sur la théorie d'imprévision " أن تنفيذ العقد بحسن نية هو التزام إيجابي⁴، و لا يتعلق بالالتزام سلبي لأنه من حق الدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام الواقع على عاتق المدين ، غير أن مبدأ حسن النية يفرض على الدائن التزام أخلاقي بالتعاون مع المدين في تنفيذ التزامه بهدف الحفاظ على استقرار المعاملات القانونية و تجنب فسخ العقد و يكون هذا الالتزام الإيجابي مصدر للالتزام جديد بإعادة التفاوض

(Conçue obligatoirement comme un simple devoir négatif, devient une obligation positive «... » un devoir positif d'ordre moral : celui de soulager la douleur de son cocontractant , celui de l'aider dans les difficulté d'exécution)⁵ .

و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 3 نوفمبر 1992 في قضية تتلخص وقائعها⁶ : (أبرمت شركة إنتاج البترول مع وكالة معتمدة عقد يتضمن التزام الشركة بتوريد الوكالة بالمواد البترولية مقابل ثمن محدد مسبقا، أصدرت الدولة تشريعات تفسح المجال أمام

1 -BESSON (CH) , Thèse précite , P34 .

2 -DEMOGUE (R) , Les notions fondamentales de droit privé, Op, cit, P 112-113.

3 -Idem , P 394 .

4 -STOFFEL-Munck ,Regards sur la théorie d'imprévision ,Op-cit , P 85 .

5 -Idem, P 85 .

6-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 394 .

الخواص بالتحديد الحر للأسعار¹، طلب السيد Huard الشركة تحيين الأسعار الواردة في العقد و جعلها تنافسية، رفضت الشركة الطلب، رفع السيد Huard دعوى قضائية طلب بموجبها تعديل الأسعار الواردة في العقد لتتلاءم مع الأسعار المعروضة في السوق، و إلزام الشركة بتقديم تعويضات للسيد Hauard و ذلك بسبب إخلال الشركة بالتزام تنفيذ العقد بحسن النية²).

قضت محكمة النقض الفرنسية بقرار ورد فيه: (إن الالتزام بتنفيذ العقد بحسن النية يقتضي تدخل الشركة لتعديل الأسعار الواردة في العقد لجعلها تنافسية تتلاءم مع الأسعار المعروضة في السوق، و أن رفض الشركة التفاوض في تعديل الأسعار يعد منافيا للالتزام بتنفيذ العقد بحسن النية و لما كان كذلك فإن المدين يستحق التعويض عن الخسائر اللاحقة به)³.

-مبدأ حسن النية قيد على مبدأ القوة الملزمة للعقد -تعديل العقد- (القضاء الألماني)

و إزاء عدم وجود نص عام يقرر النظرية عمد القضاء الألماني إلى التوسيع في تفسير النصوص القانونية و بذلك يستطيع القاضي تعديل العقد دون فسخه⁴، و تبني مبدأ حسن النية أساس ليقوم عليه النظرية و التمس أسباب التعديل من نص المادة 242 قانون المدني الألماني التي تقضي بأنه: «يجب على المدين تنفيذ الأداء العقدي بحسب ما تمليه مقتضيات حسن النية مع الاستهداء في ذلك بالعرف التجاري»⁵.

حيث أنه بعد الحرب العالمية الأولى تدهورت العملة الألمانية و ارتفعت الأسعار ارتفاعا هائلا ، فتعذر تنفيذ الكثير من العقود، فأقرت المحاكم نظرية الظروف الطارئة و ذلك تحت ضغط الظروف المتغيرة، ففي قضية تتلخص وقائعها⁶: (في أن مالكا أجر عقاره لشخص آخر لأجل استغلاله في الأغراض التجارية، و تعهد المالك بمد المستأجر بالبخار اللازم لتشغيل الماكينات نظر مبلغ أضيف إلى قيمة الإيجار المتفق عليه، غير أن التضخم الناتج عن الحرب أدى إلى ارتفاع

1- جاك غستان ، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو آثاره) ، مرجع سابق ، ص 78 .

2-حسن عبد الباسط جمعي ، مرجع سابق ، ص 455.

3-حسن عبد الباسط جمعي ، مرجع نفسه ، ص 455 .

4-THIBIERGE (L) , Op-cit , P 394 .

5-article 242 code civile almand : (Le débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires.) selon la traduction de fr.jurispedia.org.

6- جميلة بولحية، مرجع سابق، ص 75 .

سعر الفحم اللازم لعملية توليد البخار بنسبة عشرة أمثال القيمة الإيجارية السنوية و على ضوء هذه الأوضاع الجديدة اضطر المالك إلى مطالبة المستأجر بزيادة المبلغ المتفق عليه حتى يزول الاختلال الحادث في التوازن العقدي¹، قضت المحكمة العليا بإجابة الطلبات التي تقدم بها المالك وأسست قضاءها على أن مضمون الأداء العقدي في هذه الحالة حدث فيه تغير كبير من الناحية الاقتصادية²، بحيث لو أجبر المالك على تنفيذه لحدث اختلال في التناسب القائم بين أدائي المتعاقدين بالدرجة التي يصبح فيها هذا التنفيذ مرهقا لا يطاق، و انتهت إلى أن تدخل القاضي في العقد يعد ضروريا و لازما متى كان من نتيجة تغير الظروف قيام مركز تعاقدى جديد لا يتفق مع حسن النية و مقتضيات العدالة.³

و تعرض هذا الأساس للنقد على أساس أنه لا يمكن وصف الدائن بسوء النية، اذ عدم تنفيذ العقد بحسن نية يقتضي غش الذي يتجلى في نية التضليل و الخداع عند الدائن للحصول على مصلحة الإثراء بها دون أي سبب غير أن مطالبة الدائن يدخل في نطاق ممارسة حقه⁴.

و يرى الفقه في الجزائر أن الفقرة الثانية من المادة 107 تقنين مدني كان ينبغي أن توضع استثناء من المادة 106 تقنين مدني أي أن نظرية الظروف الطارئة هي استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، و في هذا الصدد يقول الدكتور علي سليمان : (نظرية الظروف الطارئة التي تقتضي تعديل العقد جاءت استثناء لعدم جواز تعديله، لا استثناء لوجوب تنفيذه بحسن النية)⁵ ، و في رأينا نشاطر الأستاذ علي سليمان في طرحه لأن نظرية الظروف الطارئة هي من تطبيقات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد .

1-N'DIAYE (F) et BENABENT (A) et RANIERI(F) , Le principe de bonn foie :essai de definition unitaire sous l'angle de la confiance en droit almand et en droit francais , Thèse , Villeneuve d'ascq , Unniversité de Lille II , 2005 , P45 .

2-article 242 code civile almand : (Le débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires.) selon la traduction de fr.jurispedia.org .

3-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص152 .

4-علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 ، ص 53 .

5-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص45.

المبحث الثاني

مغايرة دور القاضي في ظل نصوص قانونية خاصة في القانون المدني

لا يحمي القانون الإرادة لذاتها، وإنما يحمي الهدف الذي تسعى إليه، و من ضمن الأهداف التي يحميها المشرع العدالة و المنفعة الاجتماعية، و على هذا الأساس تبنت تشريعات في العديد من الدول نظرية الظروف الطارئة¹.

و إذا كان تفسير العقد أو تطبيق القانون أو تفسيره دور أساسي منوط بالقضاء، فإن تعديل العقد أو فسخه يشكل استثناء من القاعدة العامة العقد شريعة المتعاقدين²، و عليه يتدخل القاضي إما بتعديل العقد في حالة الحادث الطارئ (المطلب الأول) و بفسخ العقد في حالات حصرها المشرع (المطلب الثاني)³.

مطلب أول

تعديل العقد

يشكل تعديل العقد استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد⁴، و هذا طبقا لما نصت عليه المادة 106 تقنين مدني، و جاءت المادة 107 فقرة 2 منه بتطبيق خاص للاستثناء الوارد في نص المادة السالفة الذكر على نظرية الحادث الطارئ .

و باعتبار تعديل العقد استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد ، يفرض القانون قيود على سلطة القاضي في تعديل العقد⁵ (الفرع الأول) ، و يتدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

1- حميد بن شنييتي، مرجع سابق ، ص156.

2- نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق ، ص45.

3- علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 46 .

4- سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص152 .

5- علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 53 .

تطبيقا لنص المادة 107 قانون مدني ، و هذه العبارة - رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول -
تحتمل عدة تأويلات يتولى القاضي بتحديد هذا الجزاء (الفرع الثاني)¹.

الفرع الأول

مدى سلطة قاضي الموضوع في تعديل العقد

يشكل تعديل العقد سلطة استثنائية يخولها القانون للقاضي لإعادة التوازن العقدي، و ذلك من خلال قيود لا يسع للقاضي تجاوزها و ذلك بهدف الموازنة بين استقرار المعاملات القانونية و التوازن العقدي².

يراعي القاضي في تعديل العقد حدود قانونية لا يجوز له تجاوزها (أولا)، ثم نتوقف في الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الطارئة³ (ثانيا) .

أولا-حدود تعديل العقد

تخضع سلطة القاضي في تعديل العقد لعدة قيود ، تتمثل في :

1-سريان القانون من حيث الزمان

و بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري، كرست نظرية الظروف الطارئة في المادة 107 وفق الأمر 58-75 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975، أما قبل صدور الأمر السالف الذكر فإنه كانت كل التصرفات المدنية خاضعة لنصوص القانون المدني الفرنسي⁴ ، حيث أنه بعد الاستقلال صدر قانون 153/62 المؤرخ في 1962/12/31 الذي أجاز العمل بالتشريعات السابقة، إلا ما كان يتنافى مع السيادة الوطنية أو ذو طابع عنصري غير أن نصوص القانون المدني الفرنسي لا تعتد بنظرية الظروف الطارئة كنظرية عامة لأعمال فكرة تطويع العقد لحادث طارئ⁵.

1-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص152 .

2-علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 53 .

3-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص45.

4-محمد سعيد جعفرور ، المدخل الى العلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص45.

5-أحمد محيو ، مرجع سابق، ص52.

و عليه يثور سؤال مصير العقود التي أبرمت قبل صدور أمر 75-58؟ .

و في رأينا فإن المادة 2 تقنين مدني تجيبنا بصراحة على هذا التساؤل و التي تنص: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، و لا يكون له أثر رجعي" و عليه لا يمكن للقاضي أعمال فكرة تطويع العقد في شأن عقد أبرم و انتهى تنفيذه قبل صدور أمر 75-58، و ذلك لأن نصوص القانون المدني الفرنسي لا تجيز للقاضي أعمال فكرة تطويع العقد لحادث طارئ إلا في حالات استثنائية وردت بنصوص خاصة، و بما أن التصرفات المدنية و التجارية في الجزائر خاضعة للقوانين الفرنسية طبقا للقانون رقم 153/62 فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة في شأنها¹ .

و في هذا الصدد تميز بين أحوال ثلاثة:

- الحالة الأولى: عقد أبرم و ينتهي تنفيذه قبل نفاذ القانون الجديد : (لاشك أن القانون القديم هو الذي يسري على هذا العقد فلا يطبق نظرية الظروف الطارئة في شأنه، و هذا ما كان القضاء يجري عليه في ظل القانون القديم² .

- الحالة الثانية: عقد أبرم بعد نفاذ القانون الجديد: لاشك هناك أيضا في أن القانون الجديد هو الذي يسري، و تطبق في شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة³ .

- الحالة الثالثة: عقد أبرم قبل نفاذ القانون الجديد و تراخي تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا القانون: كانت قاعدة استمرار القانون القديم تقضي بسريان القانون القديم على هذا العقد، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة، لكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام، فإنها تسري بأثر فوري على وقائع التنفيذ التي تستجد من نفاذ القانون الجديد، و لا تسري بأثر رجعي على وقائع التنفيذ التي تمت قبل نفاذ هذا القانون⁴ .

1-السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مرجع سابق، ص652.

2-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 46 .

3-سامي بديع منصور ، مرجع سابق ، ص152 .

4-علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 53 .

2- القيود المتعلقة بتحريك الدعوى

فضلا عن الاتجاهات التطبيقية التي تحكم سلطة القاضي في ممارسة التعديل، فإنه يجب القيام بهذه المهمة، المتمثلة في الاستناد إلى وسائل معينة حتى يتمكن من تطبيق مبادئ العدالة، و هذه الوسائل تحكم ممارستها لهذه السلطة¹.

إن القاضي لا يتمتع بسلطة أمرة متميزة في مجال استعمال سلطة التعديل، فهو مقيد بحالات استثنائية معينة، و إذا حاول اللجوء إلى العدالة لتحريكها، حتى يتسنى له استعمال سلطة التعديل على الحالة المطروحة أمامه، فيجب أن يلجأ إلى استعمال آليات قانونية المتمثلة في² :

أ- مبدأ حسن نية المدين: الوسيلة الأولى التي يقدمها القاضي لتبرير استعمال سلطة التعديل تتمثل في حسن النية التي يجب أن تكون متوافرة، فالقاضي لا يستطيع أن يبرر تدخله بالتعديل في العقد لمصلحة المدين، و هذا الأخير سيء النية، فالمدين يجب أن يكون حسن النية لكي يستفيد من الأجل القضائي لتنفيذ التزامه مثلا³.

و يقول DESGORCES أنه يتضمن العقد بند ضمني بالتزام بتنفيذ المتعاقدان العقد بحسن نية و هذا الأخير يجسد مبدأ القوة الملزمة للعقد، و الذي يقتضي في الحالة المعاكسة أي عدم تنفيذ المدين التزامه بحسن نية. تدخل القاضي لإعمال فكرة تطويع العقد لحادث طارئ⁴.

و يترتب عن إخلال المدين بالتزامه بتنفيذ العقد بحسن نية حرمانه من تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁵.

و لاستفادة المدين من تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، يقتضي أن يكون مصدر الحادث الطارئ أجنبي عن المدين⁶، و يقصد بذلك أن لا يتسبب المدين بخطئه في حدوث

1- حميد بن شنييتي، مرجع سابق ، ص156.

2- حميد بن شنييتي ، مرجع نفسه ، ص 158

3- بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص45 .

4-DESGORGE (R) ,La bonne foi dans le droit des contrats : role actuel et perspective , Thèse dactyl , Unniversité Panthéon-Assas , Paris 2 , 1994 , cité par GRYNBAUM (L) , Op-cit , P194 .

5- حميد بن شنييتي ، مرجع سابق ، ص 158.

6 -BLOUGH (R) , Op-cit , P78.

حادث طارئ، حيث أن لا يمكن لمسير الشركة رفع دعوى قضائية للمطالبة بتدخل القاضي لتطويع العقد بحجة أن تنفيذه أصبح مرهق، إذ أثبت الدائن أنه يعود سبب الحادث الطارئ إلى سوء تسيير أو غش، حيث في هذا الأخير الجزاء لا يكون تطويع العقد، وإنما تحمل المسير المسؤولية الجزائية و المدنية¹.

و زيادة على ما قلناه أعلاه، يلتزم المدين بالحيطه و الحذر أثناء تنفيذ العقد، فمثلا لا يستفيد المدين الذي ورد منه إهمال و نقص الكفاءة في تسيير شركته من تطويع العقد لأن المنطق القانوني يقول أن المدين لا يستفيد من خطأه في مواجهة دائنه²، غير أنه يثور السؤال حول زمن تقدير القاضي لحسن نية المدين. هل أن حسن نية المدين مرتبط بتنفيذ العقد أو مرتبط بسبب الحادث الطارئ أو يتعلق بحسن نية المدين في التمسك بالنظرية أمام القضاء³.

و نستشف حسن النية لدى المدين خاصة في تسيير الشركة، حيث لا تستفيد الشركة من التسوية القضائية في حالة إخلال الشركاء أو مدير الشركة بقواعد حسن النية في تسيير الشركة⁴، إذ يفرض مبدأ حسن النية التزام المدين بتقديم الحساب الحقيقي لزمته المالية السلبية و الإيجابية لدى افتتاح التسوية القضائية، و لا يستفيد المدين من الصلح القضائي في المواد التجارية، الذي يرتكب جريمة التقلب بالتدليس و الذي يرتكب إحدى الأفعال المنصوص عليها في المادة 370 تقنين تجاري و التي

1- Grynbaum (L), Op-cit, p194.

2- Idem, p194.

3- حميد بن شنياتي ، مرجع سابق ، ص 158

4- ترى M.DERRIDA أنه يقوم القاضي بتقدير حسن النية بالنظر إلى سلوك المدين والظروف ، إذ يستفيد المدين من التسوية القضائية إذ التزم بالقواعد التجارية والحيطه والحذر في تسيير أموال الشركة غير ان ظروف خارجية أجنبية عن إرادته أدت إلى أن تنفذ التزامه أصبح مرهق ، وتنت مثل حسن النية في هذه الحالة بحسن النية في الإجراءات لأنه يختلف طريقة تقدير التزام المدين بحسن النية في القواعد العامة عن التزامه في تسيير الشركة ، حيث اذا كان معيار الرجل العادي مقياس في تقديره ، فان القانون يحدد قواعد تسيير الشركة في القانون التجاري ومن خلاله يتم تقدير التزام المدين بتنفيذ العقد بحسن النية انظر :

DERRIDA (F) , « Concordat préventif et droit français » ,In dix ans de conférences d'agrégation , Etude de droit commercial offertes à J.Hamel ,DALLOZ , 1961 .

تتمثل خصوص في ثبوت أن مصاريف المدين الشخصية أو المصاريف التجارية مفرطة¹.

ب-مراعاة مصلحة الطرفين

يراعي القاضي مصلحة الطرفين، حيث أن رفض القاضي تعديل العقد لحادث طارئ، يحمل المدين تكلفة الالتزام المرهق، و الذي قد يؤدي به إلى خطر الإعسار أو الإفلاس. و أن تنفيذ المدين للالتزام المرهق يكبد المدين خسارة فادحة، و الهدف من تدخل القاضي لتطويع العقد لأعمال نظرية الحادث الطارئ هو وقاية المدين من أثار انفساخ العقد لقوة قاهرة²، حيث أن هذا الأخير يكبد المدين خسارة فادحة، و ذلك لاستمراره في تنفيذ العقد رغم أن الالتزام مرهق، و علاوة على ذلك، فإن الالتزامات التي سبق للمدين تنفيذها، لا تجد مقابل لها لانفساخ العقد بأثر رجعي، حيث يعد العقد كأن لم يكن³.

أما بالنسبة للدائن، فإن القاضي يراعي كذلك مصلحته عند تطويع العقد، حيث أن إعمال فكرة تطويع العقد لحادث طارئ يمكن أن يجنب مخاطر غش أو تدليس يصدر من المدين من خلال المماطلة بعدم تنفيذ العقد حتى يصبح تنفيذ التزامه مستحيلا⁴. كما يمكن أن يؤدي تنفيذ المدين لالتزامه إلى إعسار أو إفلاس و بالتالي يستحيل عليه تنفيذ التزامه، و عليه فإن تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول يحقق مصلحة الدائن على إعمال انفساخ العقد لقوة قاهرة، حيث أن في هذه الأخيرة لا يتلقى الدائن أي أداء من المدين⁵، و لا يستفيد الدائن من أي تعويض لأن الالتزام أصبح مستحيل بسبب قوة قاهرة لا يد للمدين فيها، و بالتالي فهنا من مصلحة الدائن الاكتفاء بالتنفيذ الجزئي و تجنب مخاطر استحالة تنفيذ التزام المدين، و يراعي كذلك القاضي مدى قيمة الشيء محل التزام المدين بالنسبة للدائن سواء من حيث أوصافه أو مقداره⁶. و يراعي القاضي مصلحة الطرفين و ذلك بالموازنة

1-تنص المادة 337 من الامر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، ج ر عدد 101 يتضمن القانون التجاري جزائري: (تقضي المحكمة في أي وقت اثناء قيام التسوية القضائية بشهر افلاس وذلك :

- اذ حكم على المدين بالافلاس بالتدليس) وتنص المادة 370 تقنين تجاري : (يبعد مرتكبا للتدليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفى حسابه أو بدد أو أخفى كل أو بعض اصوله أو يكون بطريق التدليس قد اقر بمديونته بمبالغ لست في ذمته سواء كان هذا في محرراته أو بأوراق رسمية او تعهدات عرفية أو في ميزانيته) .

2- حميد بن شني، مرجع سابق ، ص 158

3-BOMSEL (M) , La théorie d'imprévision en droit civil français , Thèse , Paris , 1922 , P75

4-THIBIERGE (L) , Op.cit, p407.

5 -MONTERAN (CH) , « La réforme de la prévention des difficultés » , DALLOZ ,2009 ,P382

6 -Idem ,P382

بين مصلحتهما ، فمن المقرر فقها و قضاء أن نظرية الظروف الطارئة لا تعني رفع الإرهاق كله عن كاهل المدين و تلقي به على عاتق الدائن¹ ، و من ثم ينبغي على القاضي أن يتوخى الدقة في توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين، و أن يجري موازنة بينهما فإذا هو اتجه إلى زيادة عبء الدائن، فلا ينبغي أن يبالغ في هذه الزيادة إلى الحد الذي يزيل كل أثر للإرهاق على عاتق المدين².

ج-مراعاة الظروف الاقتصادية: يتبين من العبارة الواردة في نص المادة 107 تقنين مدني فقرة ثانية: (و تبعا للظروف) أنه يأخذ القاضي بعين الاعتبار الظروف لأقتصادية للمدين ، فيلجأ للتخفيف عنه أو عند ما يرى أن هناك نتائج غير عادلة، قد تترتب بسبب تلك الظروف³.

و يراعي القاضي بالخصوص عواقب تنفيذ المدين للالتزام المرهق على ذمته المالية، و ذلك من أجل أن يحول الحادث الطارئ دون أن يلحق المدين بخسارة فادحة، و الذي يؤدي إلى إعساره أو إفلاسه⁴.

و بالتالي فإن تدخل القاضي في العقد بالتعديل، له دور في استمرار العملية الاقتصادية التي يتولى المتعاقدان تحقيقها، و في الحالة العكسية، فإنه لا يقتصر الأثر السلبي للانفساخ العقد على المدين، و إنما يترتب ظلاله أيضا على الاقتصاد الوطني و ذلك أن إفلاس المدين التاجر يترتب آثار مثل : التسريح الجماعي للعمال، عدم دفع أجر العمال، التهرب الضريبي⁵.

د-حالة الاستعجال: قد يأخذ قاضي الموضوع أيضا بالاستعجال كسبب من الأسباب التي تدفعه إلى التدخل في العقد بالتعديل، كأن يؤجل القاضي تنفيذ الالتزام من طرف المدين، و ذلك بمنحه أجلا قضائيا، و قد أخذ المشرع بهذا الظرف في نص المادة 281 تقنين مدني عندما نصت : " و في حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة..."⁶.

1- THIBIERGE (L) , Op-cit , p317.

2- جميلة بولحية، مرجع سابق، ص138.

3- حميد بن شنييتي، مرجع سابق، ص159.

4- حميد بن شنييتي، مرجع نفسه، ص159.

5 -MONTERAN (CH) , Op-cit ,P382

6 - BOMSEL (M) , Thèse précite , P78-

و لكن يجب أن نلاحظ، أن كل هذه الوسائل، التي يستمد منها القاضي قوته لتبرير ممارسة سلطة التعديل، تبقى وسائل تحريك العدالة فقط ، لأنه يتمثل الأساس الحقيقي لاستعمال هذه السلطة من طرف القاضي في مبادئ العدالة دون غيرها¹.

3-القيد المتعلق بسلطة القاضي في التعديل

إن القاضي الإداري لا يمكنه تعديل نصوص العقد كما يملك القاضي المدني ، و من ثم تنحصر سلطة القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة في الحكم بالتعويض².

و يرجع ذلك إلى عدة أسباب، و من أهمها أن مهمة القاضي كقاعدة عامة هي تفسير العقود و تطبيق أحكامها، لا تعديل شروطها. القاعدة في القانون الإداري، هي أن القاضي لا يستطيع أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل، و لو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية . لكن ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة³.

إن الإدارة حين تضمن العقد شروطا معينة و تحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة⁴ . و لو أتيح للقاضي أن يعدل شروط العقد رغم أنف الإدارة ، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر، و من ثم فإن دواعي المصلحة العامة تقتضي أن تظل شروط العقد نافذة ، حتى تقبل الإدارة تعديلها لأنها لن تفعل ذلك إلا بعد أن تتأكد مقدما من أن المصلحة العامة لن تضار من جراء التعديل⁵.

و يمكن تلخيص الأسس التي جاء بها القضاء الإداري للتعويض كأداة من أدوات تطويع العقد في ثلاث، هي فكرة التوازن المالي للعقد، فكرة النية المشتركة للطرفين، و فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية⁶.

1-دالي بشير، مرجع سابق، ص 160.

2-دالي بشير، مرجع نفسه ، ص 160.

3-محمد السناري ، مرجع سابق ، ص 50.

4-رشوان حسن رشوان احمد ، مرجع سابق ، ص 226.

5-محمد السناري ، مرجع سابق ، ص 50.

6 -POPESCU (C-M) , Essai d'une théorie d'imprévision en droit français , Thèse , Paris , 1937 P45

ولم تسلم فكرتا التوازن المالي للعقد ، و النية المشتركة للمتعاقدين من النقد ، فقد أخذ على فكرة التوازن المالي أنها تقود إلى القول بإعادة المتعاقد المضروب إلى المركز الذي كان فيه قبل أن يقع التغيير في الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها¹ . و هذا لا يتفق مع حكم التعويض الذي يعتبر جزئيا. أما فكرة النية المشتركة ، فهي تمثل أساسا تعسفا في معظم الأحوال ، و لا تفسر لنا أعمال التطويع عندما يثبت أن النية المشتركة للمتعاقدين لم تتطرق على الإطلاق لبيان حكم تغيير الظروف² .

و لذلك يرجح بعض الفقهاء تأسيس التعويض كأداة لتطويع العقد قصد مواجهة الظروف الاقتصادية المتغيرة ، على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ، فطبيعة العقود الإدارية تقتضي تلاؤم هذه العقود مع حاجيات المرفق العام ، حتى يسير بانتظام و باضطراد³ ، و هو ما يقتضي من الإدارة أن تقدم العون للمتعاقد الذي تقود تغييرات الظروف إلى تعثره في التنفيذ، حتى ينهض من عثرته ، و يواصل تنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات ، مما يؤدي إلى استمرار نشاط المرفق العام، و بالتالي استمرارية الخدمات المقدمة للجمهور⁴ .

ثانيا: علاقة نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام

اعتبر المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، و هذا ما تؤكد نص المادة 107 تقنين مدني جزائري التي تنص : (....و يقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك)⁵ .

و لقد انقسم جمهور الفقهاء في مصر حول الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الطارئة إلى قسمين:

1- محمد السناري ، مرجع سابق ، ص50

2- رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 25 .

3-chapus (R) , Droit administratif général , Montchrestien , 15eme édition ., 2001 , P45.

4-GAUDMET (Y) , Traité de droit administratif , Op-cit , P45.

5-محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في العلوم الاسلامية ، تخصص شريعة و قانون ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2011-2012 ، ص 263 .

القسم الأول: يرى أن حكم نظرية الظروف الطارئة من النظام العام و بالتالي يسري بأثر مباشر و فوري على كافة العقود القائمة وقت صدور التقنين المدني في 15-10-1949 يستوي في ذلك العقود التي أبرمت في الماضي أو تلك التي أبرمت في ظل القانون الجديد¹.

و يرى بعض أنصار هذا الفريق لتبرير وجهة نظرهم بأن المحاكم المصرية كانت تميل قبل صدور التقنين المدني الحالي إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بالرغم من عدم وجود نص مقرر لها⁽²⁾.

القسم الثاني: و يرى أن نص المادة 2/147 المقابلة لنص المادة 107 تقنين مدني جزائري ليس من النظام العام برغم نص أمر بعدم جواز الاتفاق على ما يخالفها³.

و يبرر هذا الفريق ما ذهب إليه بأن حكم النظرية يرمي إلى حماية مصلحة خاصة للأفراد بهدف توفير الحماية لمن يتعاقد⁴.

و يرى الأستاذ على فلالي أنه تعد نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري من النظام العام، و هذا يعني أنه لا يجوز لأطراف العلاقة العقدية الاتفاق على استبعاد تطبيق حكم نظرية الظروف الطارئة، فأى شرط في العقد يقضي بخلاف نص المادة 107 تقنين مدني يعد شرطاً باطلاً و يستفاد ذلك من آخر عبارة وردت في النص المذكور و التي جاء فيها: (و تقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك)⁵.

و في رأينا فإن نص المادة 107 تقنين مدني واضح في مدلوله، حيث أنه جاء بصيغة الجواز و التي تعني أن نظرية الظروف الطارئة لا تعد من النظام العام بالنسبة للقاضي، حيث أنه من المستقر

1- هبة محمد محمود الديب ، مرجع سابق ، ص 74 .

2- أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام، المكتبة القانونية لدار المطبوعات العربية ، مصر ، سنة 1998 ، ص 383.

3- حسب الرسول الفزاري ، مرجع سابق ، ص 283 .

4- عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقهاء والقضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، الطبعة الثالثة ، 1997 ، ص 299 .

5- على فلالي، مرجع سابق، ص 378.

عليه قانونا و قضاء أن القاضي لا يحكم بأكثر ما طلبه الخصم، حيث أن القاضي لا يمكنه تحريك العدالة دون طلب من الخصم أي المدين و له سلطة تقديرية لإعمال فكرة تطويع العقد لحادث طارئ، لأن إفادة المدين بحكم النظرية يهدف إلى حماية مصلحة خاصة⁽¹⁾، أما بالنسبة للأطراف فإذا كان العقد شريعة المتعاقدين وفق نص المادة 106 تقنين مدني ، إلا أنه يخضع دائما لسلطة القانون التي تفرض على الأطراف التزامات تخضع لها العلاقة العقدية، حيث ورد في نص المادة 107 ق.م.ج في آخر عبارة وردت فيه (...و يقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك)².

و يرى الأستاذ السنهاوري في تعليل سبب إبطال الاتفاق المخالف لحكم النظرية، إلى أن الجزاء قد يغدوا صوريا لا قيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوي أن يملئ شرط المخالفة دائما على المتعاقد الضعيف، و هذا ضرب من الإذعان تقاده القانون الجديد بهذا النص³، غير أنه يتبادر إلى ذهننا تساؤل حول علة التمييز بين الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الطارئة و القوة القاهرة، حيث أنه لم يعتبر هذه الأخيرة من النظام العام⁴، إذ نصت المادة 127 تقنين مدني : " إذ أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص

1-وما يستنتج من ذلك أنه لا تمارس سلطة التعديل في جميع الحالات إلا إذا رأى القاضي طرحت أمامه الحالة، أن صاحبها مستحق لها، ففي لإستغلال نص على ذلك بقوله: " جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد"، وفي شرط الجزائي نص: " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض..."، وفي الظروف الطارئة نص على ذلك بقوله: " جاز للقاضي تبعا للظروف..."، للمزيد من التفاصيل في ذلك الرجوع الى حميد بن شنييتي، مرجع سابق، ص157.

2-وما يستنتج من ذلك أنه لا تمارس سلطة التعديل في جميع الحالات إلا إذا رأى القاضي طرحت أمامه الحالة، أن صاحبها مستحق لها، ففي لإستغلال نص على ذلك بقوله: " جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد"، وفي شرط الجزائي نص: " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض..."، وفي الظروف الطارئة نص على ذلك بقوله: " جاز للقاضي تبعا للظروف..."، للمزيد من التفاصيل في ذلك الرجوع الى حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، ص157.

3-عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص531.

4-وما يستنتج من ذلك أنه لا تمارس سلطة التعديل في جميع الحالات إلا إذا رأى القاضي طرحت أمامه الحالة، أن صاحبها مستحق لها، ففي لإستغلال نص على ذلك بقوله: " جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد"، وفي شرط الجزائي نص: " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض..."، وفي الظروف الطارئة نص على ذلك بقوله: " جاز للقاضي تبعا للظروف..."، للمزيد من التفاصيل في ذلك الرجوع الى حميد بن شنييتي، مرجع سابق ، ص157.

قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"، و معنى ذلك أنه يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة¹.

فما الحكمة من جواز الإتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة و عدم جواز الإتفاق على تحميله نتيجة الظروف الطارئة، مع أن الظروف الطارئة أقل خطر من القوة القاهرة، إذ بينما تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلا، تجعل الظروف الطارئة هذا الالتزام مرهقا فحسب².

حاول الأستاذ السنهاوري أن يبرر سبب الاختلاف في الحكم بين القوة القاهرة و الظروف الطارئة فقال³: و إذا كان القانون الجديد قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين القوة القاهرة و لم يبيح الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارئ و هو أقل خطرا من القوة القاهرة⁴ ، فذلك لأن الإتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة، إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطرا ، أما الإتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارئ فمغامرة قد تهون حالة الاضطراب الأقدام عليها⁵.

و مع ذلك فإن هذا التبرير لم يكن شاف على ما يبدو، حيث ذهب رأي في الفقه إلى أنه لا يوجد ما يبرر تخصيص الحكم بالظروف الطارئة دون القوة القاهرة ، لأنها لا تجعل التنفيذ مستحيلا كالقوة القاهرة و إنما تجعله مرهقا، و ما يصح أن يقال في أحدهما يقال في الآخر، ففكرة التأمين التي تدفع المدين إلى تحمل تبعة القوة القاهرة قائمة بذاتها في الظروف الطارئة أيضا، ففكرة المغامرة في تحمل تبعة القوة القاهرة أشد منها في تحمل تبعة الظروف الطارئة⁶.

في حين ذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى القول بأن المشرع استحدث هذا الحكم بشأن الظروف الطارئة لأنه شعر بأنه حكم لم يألفه الناس بعد . أما القوة القاهرة فهو حكم تقليدي مستقر في النفوس من أزمنة طويلة، فأجيز لهم الإتفاق على ما يخالفه⁷.

1- هبة محمد محمود الديب، مرجع سابق، ص73.

2- هبة محمد محمود الديب، مرجع نفسه ، ص73.

3- هبة محمد محمود الديب، مرجع نفسه ، ص73.

4- عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 299 .

5- مشار إليه لدى عبد الحميد الشواربي ، نفس المرجع ، ص 298 .

6 - THIBIERGE (L) , Op-cit , P45 .

7-Idem,P21

و في رأينا فإن تبرير الفرق يعود إلى غاية المشرع من استمرار الحركة الاقتصادية، حيث أن مصير القوة القاهرة هو انفساخ العقد و زواله، أما مصير نظرية الظروف الطارئة هو بقاء العقد و استمرار الحركة الاقتصادية، مما يقتضي تدخل القاضي لأعمال فكرة تطويع العقد لحادث طارئ ضمانا لاستمرار الحياة الاقتصادية، ذلك أن استمرار العقد يهدف إلى ضمان المصلحة الخاصة سيما في مجال التصرفات المدنية.

الفرع الثاني

وسائل تعديل العقد

إذ توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة ، يجوز للقاضي طبقا لنص المادة 107 تقنين مدني أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، مع مراعاة الظروف و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين¹ .

و بذلك خول القانون القاضي سلطة تجاوز حدود مهمته العادية و هي التفسير، فأجاز له في هذه الحالة أن يعدل العقد، و ذلك بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و في هذا يختلف الحادث الطارئ عن القوة القاهرة ، فهذه تؤدي إلى انقضاء الالتزام، و بذلك تقع تبعة الهلاك على عاتق واحد من الطرفين فحسب²، و هو المدين في العقود الملزمة للجانبين و الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد، أما الحادث الطارئ فيجيز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و بذلك تنتزع الخسارة على عاتق الطرفين³ .

و سلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة ، بمعنى أن له الحرية في اختيار الطريقة التي بها يحد من الإرهاق في تنفيذ الالتزام⁴، لأن وسائل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لم ترد ضمن نص قانوني على سبيل الحصر سواء كان أمر أو مكمل بل كانت ثمرة اجتهادات فقهية و قضائية

1- عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق، ص485.

2- عبد المنعم فرج الصده ، نفس المرجع ، ص487.

3-GRYNBAUM (L) , Op-cit , P45.

4-شوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 565 .

و لذلك لا غضاضة من إضافة وسيلة أو أكثر لها إذ اثبت العمل صلاحيتها لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول¹.

و عموما يتدخل القاضي أثناء تعديل العقد ، إما لتعيين مقدار الالتزام العقدي (أولا) ، و إما لتعيين طريقة تنفيذ العقد (ثانيا) .

أولاً: تعيين مقدار الالتزام

يقوم القاضي بتعيين مقدار الالتزام ، إما بإنقاص المقدار (1) أو زيادته (2)².

1-إنقاص الالتزام المرهق

إن الإنقاص من مقدار الالتزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية و العادية لرفع الإرهاق عن المدين، فقد يرى القاضي أن رفع الالتزام المرهق عن كاهل المدين يكون بإنقاص الالتزام المرهق سواء من حيث الكم أو الكيف، و ذلك إذ كان العقد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبين³.

فمن أمثلة إنقاص الالتزام من حيث الكم إذ ما التزم المدين بكمية من بضاعة معينة لكن هذه البضاعة قل وجودها في السوق نظراً لوقوع حرب مثلاً فيجوز للقاضي أن يخفض هذه الكمية إلى الحد المعقول، و قد يرى القاضي ضرورة وقف تنفيذ العقد إلى أن يزول الظرف الذي حدث إذ كان زواله متوقعا، كأن تنفذ مواد معينة مؤقتاً بحيث أن تواجدها مرة أخرى أمر متوقع⁴.

أما إنقاص الالتزام من ناحية الكيف فمثال ذلك أن يلتزم شخص بتوريد كميات من سلعة معينة و من صنف معين، ثم تطرأ أحداث استثنائية تجعل الحصول على هذا الصنف مرهقاً ففي هذه الحالة يستطيع القاضي أن يرخص للمدين الوفاء بنفس الكمية و لكن من صنف أقل جودة⁵.

إن الغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليل من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين و معنى ذلك أن المدين سيتحمل حتماً الخسارة المألوفة، بينما يحاول القاضي في ضوء

1-رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 456 .

2-بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص 165 .

3-عبد السلام الترماتيني ، مرجع سابق ، ص 167 .

4-خليفاتي عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 81 .

5-عبد السلام الترماتيني ، مرجع سابق ، ص 16 .

ظروف العملية العقدية أن يوزع مقدار الخسارة الفادحة بين المتعاقدين، مراعيًا مصلحة كل منهما¹ مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كمية من الخشب، ثم يرتفع سعره ارتفاعًا فاحشًا بسبب قيام حرب أدت إلى وقف الاستيراد فنقص القدر الموجود منه في السوق إلى حد كبير²، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي التزم المدين بتوريدها و ذلك بالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة³.

و تبنى التقنين التجاري الفرنسي في المادة 145-38 تعديل مقدار الالتزام بسبب تغير الظروف الاقتصادية أدت إلى ارتفاع القيمة الإيجارية للمحل التجاري إلى أكثر من 10% من قيمته الأصلية، أو إذا أدى تغير الرقم المرجعي المختار من الطرفين إلى ارتفاع الثمن الأصلي للإيجار إلى أكثر من 1/4 من القيمة الإيجار الأصلي، مما يخول للقاضي إنقاص قيمة الإيجار الجديد في حدود قيمة إيجار المثل وقت صدور الحكم⁴.

و تبنى المشرع الفرنسي وسيلة إنقاص الالتزام المرهق كأداة من أدوات رد الالتزامات الرابطة العقدية إلى الحد المعقول بموجب قوانين خاصة ، نذكر منها على سبيل المثال قانون 18 أبريل 1933 ، الذي منح المحاكم سلطة تخفيض أجرة الأراضي الزراعية و أجرة المباني المعدة للاستعمال التجاري و الصناعي، و يعد من هذه القوانين الأمر الصادر في 12 يوليو 1935 و الصادر في 8 أوت 1935 اللذان انقضا حقوق كل دائن بمبلغ من النقود بنسبة 100/10 الأمر الذي قاد إلى إنقاص الإيجارات و فوائد الديون و مرتبات الموظفين و أجور العمال و غيرها بنفس النسبة⁵.

و قد طبق التقنين المدني المصري وسيلة إنقاص الالتزام المرهق كأداة لرد الالتزام المرهق إلى الحق المعقول في خصوص عقد الإيجار⁶ حينما نص في المادة 2/569 على أنه: " أما إذا كان

1-محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائريو الفقه الاسلامي ، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في العلوم الاسلامية ، تخصص شريعةقانون ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2011-2012 ، ص 263 .

2-عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق، ص55

3-عبد المنعم فرج الصده ، مرجع نفسه ، ص485

4-Grynbaum (L) , Op-cit , P 261.

5-FLOUR (J) et AUBERT (J-L) , Op-cit , P 319.

6-رشوان حسن رشوان احمد ، مرجع سابق ، ص 578 .

هلاك العين (المؤجرة) جزئيا أو إذا أصبحت العين في حالة لا تصلح معها للانتفاع الذي أجرت من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ، و لم يكن للمستأجر يد في شيء من ذلك ، فيجوز له ، إذا لم يقم المؤجر في ميعاد مناسب بإعادة العين إلى الحالة التي كان عليها، أن يطلب تبعا للظروف، إما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار ذاته، دون إخلال بما له حق في أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقا للأحكام السابقة".

2-زيادة مقدار التزام الدائن

يعتقد بعض الفقهاء أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قد يتحقق عن طريق الزيادة في التزامات الدائن، و بالتالي يزيد مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين. وهكذا فالزيادة في التزامات الدائن تقلل من الخسارة التي يتحملها المدين¹.

فقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، و في هذه الحالة يجب عليه أن يبقى على عاتق المدين ما يعتبر زيادة مألوفة في عبء الالتزام، فلا يوزع على عاتق المتعاقدين سوى الزيادة غير المألوفة²، مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كمية من القمح بسعر ثلاثين دج للكغ من القمح ثم يرتفع السعر بسبب حادث طارئ إلى تسعين دج للكغ، ففي هذه الحالة تعتبر الزيادة المألوفة في سعر القمح بعشرة دج، و هذه تبقى على عاتق المدين، و ما زاد على ذلك وقدره خمسين دج يعتبر زيادة غير مألوفة توزع على عاتق الطرفين ، فيكون السعر الذي يحدده القاضي هو خمسين دينار و نصف³.

و في هذه الحالة فعوض إنقاص القاضي للالتزام المدين يزيد من التزام الدائن، مثلا إذا ارتفع ثمن السكر في السوق و أصبح التزام المدين بتوريد السكر للدائن بالثمن المتفق عليه مرهق، يتدخل القاضي في رفع ثمن السكر إلى حد المعقول⁴.

1-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص578.

2- عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، ص485 .

3-علي فلالي ، مرجع سابق ، ص578.

4- عبد الحميد بن شنييتي، مرجع سابق ، ص 593 .

و بالرجوع الى نص المادة 107 تقنين مدني جزائري نقول أن زيادة مقدار التزام الدائن يخالف نص المادة 107 التي تقيد القاضي بالنظر " في الالتزام المرهق " .

غير أنه تبني المشرع الجزائري فكرة زيادة مقدار الالتزام في عقد المقاولة بموجب المادة 561 من التقنين المدني الجزائري التي تنص "إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر و لو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه و اتفق مع المقاول على أجرة"¹ .

لم يتبنى القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 قواعد قانونية حول حماية الملكية الفكرية غير أنه بتطور العصر ناد الفقه إلى ضرورة تجسيد قواعد خاصة تنص على حماية حقوق الملكية الفكرية و استجاب المشرع الفرنسي لذلك، و أصدر قانون 11 مارس 1957² و الذي تضمن في المادة 37 منه على أنه: (في حالة انتقال حق استغلال حق المؤلف من طرف هذا الأخير إلى الناشر و أصبح التزام المؤلف مرهقا بسبب ظروف طارئة يزيد عن 7/12 من ثمنه الأصلي يتدخل القاضي في تعديل العقد و ذلك برفع ثمن المؤلف لرفع الغبن)³ .

كما نذكر كذلك قانون 8 يوليو 1935 و قانون أول سبتمبر 1948 الذي زاد من أجرة المباني المعدة للسكن بسبب ما أصاب المؤجرين من خسارة ناتجة عن انخفاض قيمة النقود⁴ .

كذلك تبني المشرع الفرنسي بموجب قوانين خاصة أداة زيادة الالتزام المقابل للالتزام الذي صار مرهقا بفعل ظروف العقد الاقتصادية كوسيلة لرد الالتزامات إلى الحد المعقول. نذكر من هذه

1-جاك غستان ، المطول في القانون المدني ،مفاعيل العقد ،مرجع سابق ، ص370

2-Desormais intégré au code de la propriété intellectuelle à l'article L.131-5 ; "En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'oeuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat. Cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'oeuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire. La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des oeuvres de l'auteur qui se prétend lésé" pour une application jurisprudentielle récente , V Paris , 4eme CH . 20decembre 2006 Sofimed c / CAPRIO , RTD .com , 2007 , P366.

3-جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، مفاعيل العقد ،مرجع سابق ، ص370 .

4-جميلة بولحية ، مرجع سابق ، ص58 .

القوانين قانون 8 جويلية 1935 و قانون أول سبتمبر 1948 الذين زاد من أجرة المباني المعدة للسكني بسبب ما أصاب المؤجرين من خسارة ناتجة عن انخفاض قيمة النقود¹ كما نذكر منها قانون 9 يوليو 1927 جويلية 1927 الذي رفع قيمة إيجار الأراضي الزراعية ثم جعل هذه القيمة تتناسب أليا مع الظروف الاقتصادية². و قانون 20 ديسمبر 1974 الذي حل محل قانون 25 مارس 1921 (المعدل) ، و جعل المرتبات العمرية تزداد تلقائيا . كما حدث تغير في الظروف المعيشة على أساس أن الالتزام التعاقدى بدفع مرتب يتم في الغالب نظير أداء مقابل، و أن الانخفاض المستمر في القيمة الاقتصادية للنقود يجعل هذه المرتبات غير متناسبة مع المقابل، مما يقضي رفع الظلم³.

و طريقتا إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المرهق، من بين الطرق التي تبناها قانون الالتزامات البولوني لعلاج آثار الظروف الطارئة ، فقد نص هذا القانون في المادة 269 منه على أنه: (في حالة حدوث ظروف طارئة يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الالتزام العقدي محوطا بصعوبات شديدة⁴، أو يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة، يجوز للمحكمة أن تحدد مقداره أي مقدار الالتزام المرهق) ، و هي عبارة يرى الفقه أنها تحتل إنقاص الالتزام المرهق كما تحتل زيادة الالتزام المقابل للالتزام الذي صار مرهقا⁵.

ثانيا: تعيين طريقة تنفيذ الالتزام

يتدخل القاضي لرد الالتزام العقدي إلى الحد المعقول طبقا لنص المادة 107 قانون مدني و ذلك بتعيين طريقة تنفيذه، من خلال تنفيذ العقد مقدما (1) أو وقف تنفيذه مؤقتا (2) ، و امتداد العقد (3) .

1-AUVERNY-BENNETOT (J) , La théorie de l'imprévision : droit privé , droit administratif , droit ouvrier , Thèse , Paris , 1938 , P45.

2-Idem , P 319.

3-BARBIERI (J-J) , Op-cit , P45.

4-FLOUR (J) et AUBERT (J-L) , Op-cit , P 319.

5- رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 580 .

1- تنفيذ العقد مقدما

يجد القاضي في بعض الأحيان أن خير وسيلة لرد التزامات الرابطة العقدية إلى الحدود المعقولة، هي تنفيذ العقد مقدما¹.

ففي بعض العقود الدورية التنفيذ، أو عقود المدة يكون المدين ملتزما بتوريد المادة المتفق عليها بصفة دورية، أي على فترات زمنية متقطعة، و يكون ذلك أحيانا بهدف جعلها تتوافق مع احتياجات المستورد و التي تعتبر بدورها احتياجات دورية. فإن حدث تغيير في الظروف الاقتصادية التي ابرم العقد في ظلها، كأن تأخذ المواد محل التوريد في الندرة بسبب وباء أو حرب أو غيرها مما يؤدي إلى أن تتجه أسعارها نحو الزيادة بخطوات سريعة و مستمرة²، يجوز للقاضي الذي يعرض عليه هذا النزاع أن يأمر بالزام الدائن باستلام كل العمليات المتعاقد عليها قبل حلول أجلها و ذلك للتخفيف على المدين من تبعه تغير الظروف الاقتصادية³.

فلو تعهد مربى دجاج بتوريد كميات معينة منها لتاجر دجاج بالجملة، على دفعات شهرية لمدة سنتين أو ثلاث، ثم حدث أن انتشر وباء الطاعون بين الأبقار أو بين الدجاج ، مما ترتب عليه ندرة الموجود من أي منهما ، فيرتفع السعر و يستمر في الارتفاع دون أن يتوقف، و لا يتوقع له أن يقف عند حد معين، الأمر الذي قد يؤدي إلى خسارة كبيرة للمدين لو لم يسمح له بتوريد ما يقع على عاتقه مرة واحدة في السعر المتوسط قبل أن يصير الغلاء فاحشا ، يجوز للقاضي أن يقضي بتنفيذ العقد مقدما⁴.

و طريقة تنفيذ العقد مقدما ليست شائعة لا في التشريعات و لا في التطبيقات القضائية ، لكن على عكس ذلك، هناك طريقة وقف تنفيذ العقد لمدة معينة ، كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و التي تعتبر أكثر شيوعا⁵.

1- رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 578 .

2- محمد بوكماش ، مرجع سابق ، ص 264 .

3- محمد بوكماش ، مرجع نفسه، ص 264 .

4- رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 587.

5- رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع نفسه ، ص 587.

2-وقف تنفيذ العقد

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد ريثما يزول أثر الظرف الطارئ، و ذلك إذ ما تبين له أن الحادث الطارئ سوف يزول في وقت قصير¹. كأن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، و ترتفع أسعار مواد البناء ارتفاعا فاحشا بسبب حادث طارئ أدى إلى وقف الاستيراد، كان على القاضي أن يوقف تنفيذ العقد حتى يزول اثر هذا الظرف².

و من المثال السابق نستطيع القول أن الوقف ما هو إلا إجراء يستطيع به القاضي تعطيل تنفيذ التزامات العقد فترة حدوث الظرف الطارئ و أثره. فإذا ما زال الحادث الطارئ و عادت الأمور إلى حالتها الأولى تحركت القوة التنفيذية للعقد مرة أخرى³.

و تنص المادة 281 تقنين مدني جزائري : (يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقر بغير ذلك. غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة، و أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها و في حالة الاستعجال يكون منح الآجال من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة).

و في نفس السياق أيدت المحكمة العليا قرار قضاة الموضوع بمنحهم أجالا للمطعون ضدها للوفاء بالتزاماتها بسبب الظروف الأمنية السائدة في منطقة الاخضرية سنة 1994، و هي حوادث استثنائية عامة ترتب عنها عدم الوفاء بالتزامات الناشئة بصفة مؤقتة⁴.

و أورد المشرع الفرنسي في المادة 1244 -2 من التقنين المدني ذات حكم المادة 281 من التقنين المدني الجزائري، و لم يوقف المشرع الفرنسي عند هذا الحد ، بل أصدر مجموعة من تشريعات MORATOIRES أوقف بمقتضاها إجراءات تتبع المدين لفترة أو فترات محددة ، و ذلك

1 -THIBIERGE (L) , Op-cit , P 343 .

2- بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص 37 .

3- عبد الحكيم قوده ، اثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، 1999، ص 146 .

4- علي فلالي، مرجع سابق، ص 382) انظر قرار العرافة المدنية 2000/1/12 ملف رقم 21287 المجلة القضائية 1، 114، 2001) .

في حالة الحرب أو الأزمات الاقتصادية التي مرت بها فرنسا¹، و ذلك من خلال عدة قوانين مثل قانون 5 أوت 1914 الصادر في أعقاب الحرب العالمية الأولى ، و الذي أوقف استحقاق كل الديون ، أيا كان المدينون لفترة مؤقتة ، و ذلك كمواجهة من المشرع للطارئ الناشئ عن الحرب² ، و كذلك نذكر الأمر الصادر في أول سبتمبر 1939 المعدل و المتمم ، و بمقتضاه أوقفت إجراءات التتبع و التنفيذ في حق المجندين و مسجونى الحرب حتى ستة أشهر عقب الإفراج عنهم ، و منها قانون 31 جويلية 1968 الصادر في أعقاب أحداث ماي و جوان 1968 الذي مدد بعض الأجل منها أجال دفع بعض الديون³ .

و يذهب الفقه إلى أن وقف تنفيذ العقد مؤقتا لا يؤثر في كم التزامات المدين الواجبة الأداء فمهما كانت المدة التي قررها القاضي لصالح المدين يضل كم الأداء بدون تغيير، و لكن التعديل ينصب على وقت التنفيذ فقط و لا يمس في الواقع مضمون هذا العقد سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، فتضل الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها و مقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت⁴. و الحق أن الوقف للتطويع يختلف عن الوقف الناتج عن الدفع بعدم التنفيذ. و ذلك أن الطرف الموقوف التنفيذ ضده في الحالة الأخيرة هو السبب في الوقف ، الأمر الذي يقتضي أن يؤثر الوقف في حقوقه. أما في الحالة الأولى فان الوقف لا يرجع إلى فعل أي من المتعاقدين. و إنما هو كان بفعل الظروف الاقتصادية المتقلبة و ما تقتضيه قواعد العدالة، و هذا يؤدي منطقيا إلى القول بأن وقف التنفيذ لا يؤثر لا في كم الالتزامات و لا في نوعها و لا في جودتها⁵. و فضلا على ما سلف فان لجوء القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، مشروط بالا يتسبب في الإضرار بالدائن. فقد يكون في مسيس الحاجة للسلعة محل الالتزام مهما كلفه ذلك من الاشتراك في العبء الطارئ و هذا الأمر يقدره القاضي وفقا لمجريات الدعوى أمامه⁶ .

1-WEIL (A) et TERRE (F) , Les obligations ,Op-cit , P383 .

2-CARBONNIER (J) , Les obligations , Op-cit , P222.

3-رشوان حسن رشوان احمد ، مرجع سابق ، ص590

4-محمد بوكماش ، مرجع سابق ، ص 266 .

5-رشوان حسن رشوان احمد ، مرجع سابق ، ص ص 494 - 595 .

6-THIBIERGE (L) , Op-cit , P263.

أما المعيار في وقف الالتزام لظرف طارئ، فإنه معيار موضوعي لا يتأثر بظروف المدين و إنما ينظر فيه إلى الرجل المعتاد في مثل ظروف المدين، و الذي يصيبه إرهاب و يهدده بخسارة فادحة إن هو نفذ التزامه في ظل تلك الظروف¹.

3- امتداد العقد

يقصد بامتداد العقد إطالة الفترة الزمنية اللازمة لتنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، فهو وسيلة تدفع العقد إلى الاستمرار في حالة التنفيذ في فترة أخرى تبدأ بعد نهاية المدة المحددة للتنفيذ بإرادة الطرفين المتعاقدين². و بذلك يختلف الامتداد عن الوقف في أن الأخير لا تسري التزامات المتعاقدين في حقهما إلى غاية نهاية مدة الوقف أو زوال الحادث الذي كان سبب الوقف، في حين أن حالة تمديد أجل العقد تظل فيه روح الحركة طوال مدة العقد، و لمدة أخرى تبدأ من نهاية مدته الاتفاقية³.

و حصرت المادة 1244 من التقنين المدني الفرنسي⁴ سلطة القاضي في منح أجل للمدين في تنفيذ التزامه، و هي سنة و ليس له الحق في تجاوزها حتى و لو كانت المهلة أعطيت من قبل محاكم مختلفة في القضية الواحدة و هي سلطة تتعلق بالنظام العام⁵.

و لم يتضمن القانون الجزائري نصوص صريحة تخول القاضي تمديد العقد في حالة حادث طارئ، غير أنه من استقراء بعض نصوص التقنين المدني الجزائري نرى أنه يمكن تطبيقها على نظرية الحادث الطارئ⁶، و هذا ما نجده في نص المادة 119 تقنين مدني جزائري في فقرتها الثانية التي تنص : (و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا ما كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات).

1- عبد الحكيم قوده، اثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، مرجع سابق، ص 447.

2- حسب الرسول الشيخ الفزاري، مرجع سابق، ص 714.

3- حسب الرسول الشيخ الفزاري، مرجع نفسه، ص 714.

4 - Art 1244 "Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, meme Divisible".

5- THIBIERGE (L), Op-cit, P78.

6- WEIL (A) et TERRE (F), Op-cit, P383.

بالرجوع إلى نص المادة 119 تقنين مدني ، إذ كان القاضي يمنح المدين أجل في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه في الأجل المتفق عليها ، فإنه من الطبيعي أن يستفيد المدين من أجل في تنفيذ التزامه في حالة حدوث حادث طارئ أجنبي عن إرادة المتعاقدين¹ .

المطلب الثاني

الفسخ

يشكل تدخل القاضي في إيقاع الفسخ استثناء من القاعدة العامة -العقد شريعة المتعاقدين- حيث لا يجوز للقاضي بناء على المادة 106 تقنين مدني جزائري فسخ العقد أو تعديله إلا برخصة من القانون ، و تشكل حالة القوة القاهرة و نظرية الظروف الطارئة أحد الأسباب التي يجيز فيها القانون للقاضي فسخ العقد² ، غير أن تدخل القاضي في إيقاع الفسخ لم ينل إجماع من الفقه بخصوص حالة الحادث الطارئ ، و هذا ما نقوم بدراسته في صورة مدى سلطة القاضي في إيقاع الفسخ (الفرع الأول) ، ثم نتناول الحالات التي وردت على سبيل الحصر في القانون المدني الجزائري في جواز تدخل القاضي في إيقاع الفسخ إذا أصبح التزام المدين مرهق³ (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

مدى سلطة القاضي في إيقاع الفسخ

يشكل فسخ العقد اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، و بذلك يؤدي إلى النيل من استقرار المعاملات القانونية، و بالتالي فإن سلطة الفسخ استثنائية يخولها القانون للقاضي في حالات محددة دون أن يجوز له تجاوزها⁴ .

نتناول بالبحث عن حالة الفسخ التي يكون سببها القوة القاهرة (أولاً)، ثم تلك التي تعود إلى حادث طارئ (ثانياً).

1- دالي بشير ، مرجع سابق ، 126

2- THIBIERGE (L) , Op-cit, P 345 .

3- محمد عبد الجواد، شرط الإرهاق في تطبيق الظروف الطارئة، مقال منشور بمجلة القانون و الاقتصاد، العدد الرابع، السنة 33 / 196 ، ص 15 .

4- مصطفى العوجي ، القانون المدني (العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية) ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007، بيروت ، ص 456 .

أولاً: إذ كان تنفيذ التزام المدين مستحيل

قد تتمثل الاستحالة في استحالة مؤقتة تزول بعد مرور الطرف الذي كان سبب في الاستحالة (1)، و قد تكون دائمة لا تزول بعد مرور الوقت (2).

1- استحالة مؤقتة: نكون أمام الاستحالة المؤقتة، إذ طرأ عارض من عوارض التنفيذ، يرجى زواله و ينصب العارض إما في وسيلة أو في هدف التنفيذ¹.

ينصب العارض على وسيلة تنفيذ الالتزام ، إذ كان يمس مباشرة الشيء محل الأداء ، إذ يجعل التنفيذ المادي للالتزام مستحيل في الميعاد المتفق عليه، و نضرب مثال على ذلك: تعرض الأستاذ لمرض يستحيل عليه تقديم الدروس للتلاميذ في ساعات الدراسة، غير أنه يمكن له تقديمها عند زوال مرضه².

و يترتب على الاستحالة في وسيلة تنفيذ الالتزام، إما استبدال وسيلة تنفيذ الالتزام و ذلك من خلال تجديد الالتزام بتغيير المحل إذ كان محل الالتزام معين بالنوع³، و إما في وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال العارض، إذ كان مؤقت يرجى زواله، و يترتب على الاستحالة المؤقتة في تنفيذ الالتزام إعفاء المدين من التعويض عن التأخير في تنفيذ التزامه لأن ذلك يعود إلى سبب أجنبي عن إرادته⁴.

و علاوة على الاستحالة التي تنصب في وسيلة تنفيذ الالتزام ، قد تقع الاستحالة على الهدف حيث التنفيذ المادي للالتزام مازال ممكن ، غير أنه قد يؤدي العارض إلى زوال الهدف من العملية الاقتصادية التي يرمي الالتزام إلى تحقيقها ، و ذلك بزوال قابلية الشيء الكامنة على إشباع الحاجة وفق الهدف الاقتصادي المنوط به⁵. و يجب أن يكون العارض من العوارض التي يرجى زوالها في

1- مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 456 .

2 - THIBIERGE (L) , Op-cit, P 345 .

3- مصطفى العوجي ، مرجع سابق ، ص456.

4- ضمير حسن ناصر المعموري ، مرجع سابق ، ص45.

5 -THIBIERGE (L) , Op-cit , P 345.

أجال معقولة، بشكل لا يمس مصالح المتعاقدين ، حيث إذا كان من شأنه الاستمرار طويلا إلى درجة أن يفقد العقد المنفعة في تنفيذه ، قضى القاضي بفسخ العقد¹ .

و إذ كان من شأن العارض زواله في أجل معقولة، قضى القاضي بوقف تنفيذ العقد ريثما يزول العارض

2-استحالة دائمة

إن سلطة القاضي في مجال الانفساخ ليست هي ذات السلطة التي عرفناها من قبل ، و خاصة في مجال الفسخ القضائي ، إذ يجب في مجال الانفساخ ألا يتجاوز دور القاضي التحقق من وقوع الاستحالة من عدمها² .

و يترتب على ذلك أن القاضي الذي يعرض عليه النزاع ، إذ وجد أن الاستحالة قد تحققت فعلا، لا يكون أمامه إلا أن يحكم بفسخ العقد، و حكمه هذا لا يعني أنه منشيء للانفساخ ، بل يعتبر مقررا له فقط ، لأن الانفساخ يكون قد تحقق منذ أن تحققت شروطه³، أما إذ تبين له بعد البحث و التحري أن الاستحالة وهمية، و بالتالي يمكن تنفيذ العقد فإنه يحكم ببقائه قائما ، ذلك أن الاستحالة في هذه الحالة لا يكون لها وجود من الناحية القانونية وفقا لنصوص المواد 121 و 176 تقنين مدني⁴ .

يكون دور القاضي في الحكم بانفساخ العقد كاشف، و هذا يعني أن دوره محدود للغاية ، ذلك أن حل الرابطة التعاقدية عن طريق الانفساخ لا يحتاج إلى صدور حكم قضائي في شأنه كما في حالة الفسخ القضائي ، ولا في منح مهلة للمدين ، لأن هذه المهلة تعطى له عندما يكون العقد قائما

1-THIBIERGE (L) , Op-cit, P 345 .

2-محمد الصبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 360

3-بليور عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 146

4-تنص المادة 121 تقنين مدني : (في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون) ، وتنص المادة 176 من نفس لقانون : (اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ،ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه) .

، في حين أن تحقق شروط الانفساخ يعني زوال العقد، و من ثم فإن القاضي المرفوع إليه النزاع لا يستطيع رفض انفساخ العقد إذا ما تحقق من استحالة التنفيذ¹.

و يختلف الأمر في القضاء الفرنسي الذي يساوي بين الفسخ الذي يتم لعدم استحالة التنفيذ والانفساخ الذي يكون نتيجة الاستحالة في التنفيذ، و يخضع كل منهما لرقابته ، و بالتالي لا بد من صدور حكم بشأنهما². و يعود السبب في ذلك إلى أن القانون المدني الفرنسي لا يعرف نظرية عامة للفسخ، ثم عندما تطرق لحالة استحالة التنفيذ، و انقضاء الالتزام، هنا و هناك لم يضع قاعدة عامة أخرى تقضي بانقضاء الالتزامات المقابلة لها³.

و قد ترتب على هذا الوضع أن القضاء الفرنسي أصبح مضطرا إلى الرجوع في جميع حالات الفسخ إلى المادة 1184 تقنين مدني فرنسي منه لاستنباط الحلول، و هي بطبيعة الحال تستلزم صدور حكم قضائي مهما كان نوع الفسخ⁴.

ثانيا: إذ كان تنفيذ الالتزام مرهقا

اختلف الفقه في تحديد جزاء نظرية الظروف الطارئة بين فقهاء القانون المدني (1) و الإداري (2).

1- في قواعد القانون المدني

إذا توافرت الشروط اللازمة لأعمال نظرية الظروف الطارئة و التي سبق عرضها، جاز للمحكمة تبعا للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك⁵. و بذلك خول القانون للقاضي سلطة تجاوز حدود مهنته العادية و هي التفسير، فأجاز له في هذه الحالة أن يعدل العقد و ذلك بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و لكن هل يمكن للقاضي أن يفسخ العقد نتيجة للظروف الطارئة؟⁶.

1- بلعير عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 146.

2- علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 442.

3- علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 108.

4- بلعير عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 146 .

5- علي فلالي ، مرجع سابق ، ص 442 .

6- علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 45 .

إن المعنى القريب الذي يبادر إلى الذهن لكلمة "رد" هو التقليل من عبء الإرهاق الطارئ أثناء تنفيذ العقد، فالقاضي حينما يتصدى لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فهو يقوم بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، و يقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالتساوي فيما بينهما، و على ذلك فالرد كلمة مرادفة للتعديل¹.

و للقاضي بناء على نص المادة 107 تقنين مدني مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه، ولو أدى ذلك إلى إهدار القاعدة الشهيرة التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين، فهو يستطيع أولاً تعديل مقدار الالتزام بأن ينقص من التزام المدين، أو يزيد من التزام الدائن المقابل للالتزام المرهق، أو يعين القاضي طريقة تنفيذ الالتزام بأن يوقف تنفيذ العقد، أو بمنح أجل للمدين لتنفيذ العقد².

فالمشرع العربي أعطى القاضي سلطة التعديل دون الفسخ، إذ يرغب في الإبقاء على العقد، و توزيع تبعة الحادث الطارئ بين الطرفين المتعاقدين لا أن يتحملها الطرف المدين وحده³.

في هذا المعنى أصدرت محكمة بدائية ببغداد حكماً جاء فيه: " لما كانت هذه الصفقة موضوع الدعوى ستنتزل خسارة محققة قدرها الخبراء بنسبة 33% و لهذا ارتأت المحكمة توزيع تبعة الحادث الطارئ على الطرفين و اشتراكهما في الخسارة⁴ ، إذ أن القاعدة العامة التي يمكن تطبيقها في هذا الصدد أنه لا يسوغ نقل عبء الطوارئ الغير المتوقعة نقلاً كاملاً على عاتق المدين إلى عاتق الدائن كما لا يجوز تحميل المدين وحده تبعة الطوارئ الاستثنائية، و عليه و لغرض التوازن بين مصلحة الطرفين و لتكون الخسارة الناجمة عن الحادث الطارئ موزعة بين السلطة مانحة الالتزام، و بين الملتزم

1-دالي بشير ، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، مرجع سابق ، 166 .

2-عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 306.

3-هبة محمد محمود الديب ، مرجع سابق ، ص 68.

4-جميلة بولحية، مرجع سابق، ص 132.

بحيث يعود للتوازن المالي للعقد شيء من التعادل، فقد ارتأت المحكمة أن توزع الخسارة مناصفة بين الطرفين¹.

كما أن محكمة القاهرة الابتدائية رفضت جزاء الفسخ في حكمها الصادر في 3 أكتوبر سنة 1953، و قررت أن الهدف من النظرية هو توزيع الأعباء غير المتوقعة على الطرفين و ليس إعفاء أحدهما من هذه الأعباء بفسخ العقد².

أما بالنسبة للفقهاء، ذهب غالبية إلى أنه ليس من الجائز أن يحكم القاضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة، ذلك أن النص العام في القانون المدني لا يجعل له إلا أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و تبرير ذلك هو أنه إذ كان للقاضي سلطة في تعديل العقد، أي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، فإنه بموجب هذا التعديل ستتوزع الأعباء غير المتوقعة على الطرفين المتعاقدين معا و ليس إعفاء أيهما من هذه الأعباء، أما إذ تم الاعتراف بجزاء الفسخ فمعنى ذلك إعفاء أحدهما من هذه الأعباء و هو ما يتعارض مع العدالة³. و قد يمتد العقد إلى ما بعد زوال أثر الحادث فتعود قوته الملزمة كاملة كما كانت في الأصل، و هذا الأمر لا يصح أن نحول دونه بإجازة الفسخ ، و لهذا أحسن المشرع صنعا إذ جعل عمل القاضي قاصرا على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول مخالفا بذلك ما نص عليه القانونان البولوني و الايطالي⁴.

و قد حاول بعض الفقهاء أن يجد تبريراً لعدم جواز الفسخ فضلا عما تقدم في فكرة الطبيعة الوقتية للظروف الطارئة، و ما قد تؤدي إليه من عودة العقد إلى الخضوع من جديد للنصوص الأصلية التي عاصرت نشأته⁵، فقد يحدث في مثل هذه الحالات أن يستمر العقد في النفاذ إلى ما بعد زوال أثر

1- هبة محمد محمود الديب ، مرجع سابق ، ص 68.

2- عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، ص 488 .

3- عبد المنعم فرج الصده ، نفس المرجع ، ص 488 .

4- دالي بشير ، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، مرجع سابق ، 166

5- عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 306.

الظروف الطارئ فتعود إليه قوته الملزمة كما كانت في الأصل¹. فإذا ما أجزنا للقاضي أن يفسخ العقد بسبب تغير الظروف فإننا نحول دون عودة العقد إلى مسيرته الأولى إذا ما حدث و اختفى أثر الظروف الطارئة، لأن الفسخ ينهي حياة العقد مطلقا و يؤدي إلى زواله فلا تكون هناك فرصة لرجوع العقد إلى أحكامه القديمة، مع أن غاية النظرية ليست في إزالته بل هي إزالة الإرهاق منه مع بقاءه قائما².

و يرى جانب آخر من الفقه، أن التعديل لا يكون دائما الحل المجدي، فقد يكون ارتفاع الأسعار فاحشا إلى درجة أنه مهما وزع القاضي الزيادة غير العادية على المتعاقدين، و بأي نسبة يتم هذا التوزيع فإن المدين لن يستطيع تنفيذ الالتزام، و عليه ذهب إلى اقتراح ضرورة تعديل النصوص العربية، و منح القاضي سلطة الفسخ فضلا عن سلطة التعديل³.

و يرى جانب آخر من الفقه في مصر أن حق الفسخ مقصور فقط على الدائن الذي يأبى قبول التعديل، أما القاضي فلا يملك سلطة فسخ العقد، كما لا يملك المدين الحق في طلب الفسخ، ذلك أن القانون قصر عمل القاضي على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، كما قصر حق المدين في طلب تعديل العقد⁴.

غير أنه ما يميز سلطة القاضي في فسخ العقد في ظل المبادئ التقليدية، و سلطة القاضي في فسخ العقد في الظروف الطارئة، أن هذه الأخيرة تقيد سلطة القاضي في منح التعويض للدائن على حساب المدين الذي لم ينفذ التزاماته⁵. حيث أن المسؤولية العقدية لا تقوم على عاتق المدين لعدم الوفاء بالتزامه، و ذلك لعدم قيام أركانها في حق المدين لاسيما الخطأ العقدي، و ذلك لأن عدم تنفيذ المدين لالتزامه سببه الحادث الطارئ الخارج عن إرادة المدين⁶.

و في القانون الجزائري نرى أن عبارة "رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" الواردة في نص المادة 107 تقنين مدني جزائري تشمل فسخ العقد، و الدليل على ذلك أنه يخول القاضي فسخ العقد

1- عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 306.

2- عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 488.

3- جميلة بولحية، مرجع سابق، ص 132.

4- عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 299.

5- هبة محمود ديب، مرجع سابق، ص 69.

في حالة الحادث الطارئ في الفقرة الثالثة من المادة 561 تقنين مدني جزائري التي تنص : " على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو يفسخ العقد".

و يسير القانون و القضاء الفرنسي إلى فرض التزام بإعادة التفاوض من خلال مخطط التسوية الودية (Plan de surendettement)، و ينحصر دور القاضي في المصادقة على مضمون العقد الذي أدخل عليه الأطراف تعديلا طبقا لإرادتهما المشتركة. أما إذ لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق فان العقد يفسخ، و ينحصر دور القاضي في الحكم بالفسخ دون أن تكون له سلطة تقديرية في تعديل العقد لأن دور القاضي يبقى كاشف¹.

و يمكن تفسير عزوف المشرع الفرنسي عن الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة المذهب الليبرالي الذي سار عليه و الذي تأثر بالنزعة الليبرالية التي نشأت بعد قيام الثورة الصناعية²، ويتجلى ذلك من خلال عدة نصوص في القانون المدني الفرنسي و التي تكرس الحرية التعاقدية والمصلحة الفردية على حساب المصلحة العامة³.

و على عكس المشرع الفرنسي تبنت مختلف القوانين نظرية الظروف الطارئة وخولت للقاضي فسخ العقد .

حيث تنص المادة 1213 من المشروع التمهيدي للقانون المدني الاسباني على أنه: (يلجأ القاضي إلى فسخ العقد في حالة استحالة تعديل العقد لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول)⁴.

و منح قانون الالتزامات البولوني سلطة واسعة للقاضي في التدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، فقد نصت المادة 269 من هذا القانون على أنه: (إذا جدت حوادث استثنائية أصبح على أثرها تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد احد المتعاقدين بخسارة

1-DAGmARA (P), Thèse précité , P 60 .

2-Idem,P 77 .

3-Ibidem , P 77

4-جميلة بولحية، مرجع سابق، ص132.

فادحة، فانه يجوز في هذه الحالة للمحكمة تعيين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره بل و تقضي بفسخ العقد) ، و على عكس القانون المدني البولوني تتوقف سلطة القاضي في التعديل في القانون المدني الايطالي على موقف المتعاقد الآخر، و إن كان مع ذلك حتى في هذه الحالة يبقى دوره ايجابى من حيث قبول أو رفض العرض بحسب اتفائه أو عدم اتفائه مع روح العدالة¹، حيث نصت المادة 1467 تقنين مدني ايطالي على ما يلي: ".....إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على اثر ظروف استثنائية، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد و للمتعاقد الآخر الحلول دون الفسخ أن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة". .

و نصت المادة 388 تقنين مدني يوناني على أنه : (إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع وفق حسن النية و العرف في المعاملات يجعل تنفيذ التزام المدين مرهق، فيجوز للمحكمة بناء على طلب المدين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و لها أن تقضي بفسخ العقد كله أو الجزء الذي لم ينفذ منه ، فإذا قضت المحكمة بالفسخ انقضت الالتزامات الطرفين و على كل منهما أن يعيد إلى الآخر ما أداه وفقا للأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب) .

و إزاء عدم وجود نص عام يقرر النظرية، ذهب القضاء الألماني في تأسيس النظرية إلى التوسع في تفسير نص المادة 275 قانون مدني التي تقضي بإعفاء المدين من التزامه إذا أصبح التنفيذ مستحيلا بقوة قاهرة، و استخلص فكرة الاستحالة الاقتصادية التي تقضي بمعالجة تغير الظروف، ليس في الحالة التي يكون فيها استحالة تنفيذ العقد مطلقة فحسب²، بل حتى في الحالة التي يكون فيها التنفيذ مرهقا. لكن لاحظ القضاء الألماني أن نظرية الاستحالة الاقتصادية يترتب عنها فسخ العقد عند تغير الظروف حتى و لو كان التنفيذ ممكنا، و لهذا بحث عن أساس آخر يقيم عليه النظرية فعمد تأسيس نظرية الظروف الطارئة على أساس مبدأ حسن النية³ .

1-DAGmARA (P), Thèse précitée , P 60 .

2-Idem,P 77 .

3-جميلة بولحية، مرجع سابق ، ص 75 .

2- في قواعد القانون الإداري

يجب على المرافق العامة أن تؤدي و تقدم خدمات للجمهور بانتظام و اطراد أي بصورة مستمرة تلبية للاحتياجات العامة القائمة و الدائمة¹ (أ).

غير أنه إذ تبين أن العقد لن يعود إلى توازنه و قلب اقتصادياته قد أصبح نهائيا بحيث لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمعاونة الإدارة له بصفة دائمة، فإنه في هذه الحالة يكون لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد² (ب).

أ-المبدأ:استمرار تنفيذ العقد

إن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو معاونة الإدارة على الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة المتمثلة في الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام و باضطراب. فالعقد ليس إلا أحد وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة³.

و بهدف المصلحة العامة، تسعى جهة الإدارة من خلال ابرام عقودها الإدارية إلى إجبار المتعاقد معها باعتباره معاونا لها في سبيل تحقيق هذه الغاية، أن يستمر في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد، على الرغم مما قد يصادفه من صعوبات و ما قد يعترضه من عقبات أثناء التنفيذ⁴.

و من أجل احترام و ضمان تطبيق مبدأ الاستمرارية، ينص القانون على مجموعة من القواعد تضمن استمرارية سير المرفق العام، و استقر الفقه و القضاء الإداري (فرنسا، مصر، الجزائر) على هذا الوضع من أجل إيجاد توافق و معادلة بين عاملين، هما⁵ :

1-محمد الصغير بعلي ،مرجع سابق ، ص232 .

2-محمد السناري ، مرجع سابق ، ص 108 .

3-محمد السناري ، مرجع نفسه ، ص 108 .

4-عبد القادر عدو ، المنازعات الادارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012، ص55.

5-عبد القادر عدو، مرجع نفسه ، ص 108 .

-التزام المتعامل بالاستمرار في تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العاملة و تلبية احتياجات الجمهور .

-ضرورة تدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسد و منع أي اختلال في التوازن المالي للعقد، من خلال تحمل كل أو جزء من الأعباء المالية الإضافية نظير ما تتمتع به من حقوق و سلطات¹ .

و قد حرص مجلس الدولة في تأكيد هذا المعنى في قضية "غاز بورديو" حيث أكد على أن التزام المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد على الرغم من الارتفاع غير المتوقع لأسعار الفحم ما هو إلا التزام مستمد من قاعدة دوام سير المرافق العامة بانتظام و اضطراب² .

و إن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو معاونة المتعاقد مع الإدارة على الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقاً للمصلحة العامة³ .

و تحقيقاً للمصلحة العامة لا يملك القاضي الإداري سلطة تعديل نصوص العقد كما يملك القاضي المدني، و من ثم تنحصر سلطة القاضي الإداري في مواجهة الظرف الطارئ في التعويض⁴ .

و قد عبر مجلس الدولة الفرنسي على سلطة القاضي الإداري في الحكم بالتعويض: أن الهدف من التعويض يقتصر على ضمان استمرارية المرفق العام في أداء خدماته ، و على هذا يجب على المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزامه العقدي⁵ .

و مراعاة لمبدأ استمرارية سير المرفق العام ، فهدف نظرية الظروف الطارئة هو استمرارية تنفيذ العقد ، و علة هذا الأساس لا يمكن للقاضي الحكم بفسخ العقد الإداري ، و استثناء إذا كان

1- ان الحفاظ على التوازن المالي للعقد انما يستند في جوهره الى مبدأ الاستمرارية ، وذلك سواء باعمال : نظرية الامير، أو نظرية الظروف الطارئة ، أنظر : محمد الصغير بعلي ، مرجع سابق ، ص233 .

2 -WALINE (M) , Traité de droit administratif , 9eme èd , Sirey , 1963 , P15

3- عصمت عبد المجيد :اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته \ دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة \ جامعة بغداد ، 1978، ص259

4- عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق، ص259

5 -CHAPUS (R) , Op-cit , P45 .

الحادث الطارئ يشكل قوة قاهرة لأن انقلاب اقتصاد العقد أصبح نهائياً¹ .

ب-الاستثناء : فسخ العقد

إن نظرية الظروف الطارئة تفترض معاونة الإدارة للمتعاقد سوف تكون بصفة مؤقتة إلى أن تزول آثار الظرف الطارئ، و تعود الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها، و يتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما حددها العقد² .

و لكن إذ تبين أن العقد لن يعود إلى توازنه و قلب اقتصادياته قد أصبح نهائياً، بحيث لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمعاونة الإدارة له بصفة دائمة ، فإنه في هذه الحالة يكون لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد³ .

و لقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الحل لأول مرة في حكمه بتاريخ 9 ديسمبر 1932 في قضية ترام مدينة شربورج « Cie des tramways Cherbourg »⁴ .

و تتلخص وقائع القضية في عقد مبرم مع شركة لنقل الركاب ، واجهت فيه الشركة اختلالاً جسيماً في المشروع ابتداء من عام 1912، و ذلك نتيجة انتشار وسائل النقل السريعة الأكثر تقدماً و منافستها القوية للمشروع ، حيث انصرف سكان مدينة شربورج عن استعمال الترام مفضلين استخدام الوسائل الأخرى، و قد تبين أنه لا أمل في أن يعود المشروع إلى توازنه الاقتصادي الذي اختل على الرغم من رفع أسعار الركوب⁵ ، و على الرغم من أنه ما بين عام 1916 و 1932 أبرمت ثمانية ملاحق للعقد الأصلي للترخيص للشركة الملتزمة برفع الأسعار. بل إن الإدارة في آخر هذه الملاحق قد رخصت للشركة بتحديد السعر الذي تراه لمواجهة الخسائر التي منيت بها إلا أنه

1-سحر جبار يعقوب ، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة ، ص 159 ، مقال منشور في موقع www.iasj.net

2-محمد السناري ، مرجع سابق ، ص 108

3-محمد السناري ، مرجع نفسه ، ص 108 .

4-WALINE (M) , Op-cit , P15

5-سحر جبار يعقوب، مرجع سابق، ص78 .

على الرغم من ذلك فإن دخل المشروع ظل أبعد ما يكون من أن يغطي تكاليف الاستغلال بدون إعانة الإدارة له بصفة مؤقتة.

و لما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي ، أكمل أحكام نظرية الظروف الطارئة بوضع الأحكام الكفيلة بمعالجة هذه الحالة و ذلك على النحو التالي¹ :

-إذ ثبت استحالة زوال الظرف الطارئ، فإن لكل من طرفي العقد الحق في أن يطلب من القاضي تسجيل تلك الحالة، و إذ تم ذلك تحررت الإدارة من التزاماتها بالتعويض.

-على طرفي العقد في هذه الحالة، محاولة التفاهم على إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلا للحياة، كمحاولة الاستعاضة عن وسائل النقل القديمة، بوسيلة حديثة تعيد للمرفق توازنه الاقتصادي.

-إذ أخفق الطرفان في الوصول إلى اتفاق في هذا الشأن، يحكم القاضي بفسخ العقد، و ينطق به إما بناء على طلب الإدارة أو بناء على طلب الطرفين.

و مما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أن فسخ العقد في هذه الحالة لم يكن بسبب استحالة تنفيذ الالتزام كما هو عليه الحال في القانون المدني، و لكنه كان بسبب استحالة عودة التوازن المالي للعقد بدون معاونة الإدارة للمتعاقد بصفة مستمرة².

فلقد رأى مجلس الدولة أن استمرار الظرف الطارئ يعتبر بمثابة قوة قاهرة، تسمح لكل من طرفي العقد أن يطلب فسخ العقد. لأن من غير المستساغ أن تجبر الإدارة على دفع تعويضات عن الظرف الطارئ حتى لا يضطر المتعاقد إلى التوقف عن تنفيذ التزاماته³.

و لقد عبر عن ذلك المفوض " Pelloux " في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "ترام شربورج" بقوله " إن مجلس الدولة قد طبق نظرية القوة القاهرة الإدارية، و التي تختلف

1-DE VILLIERS (M.) (Dir) , Droit public général , Litec , 2002 , P58-Idem , P58

2-Idem , P45

3- RICHER (L) , Op-cit , P45.

عن القوة القاهرة التقليدية في القانون المدني¹ .

الفرع الثاني

فسخ العقد في ظل بعض العقود التي نص عليها القانون

يشكل فسخ العقد سلطة استثنائية خولها القانون للقاضي في حالة استحالة تنفيذ العقد، واستثناء يجوز للقاضي الحكم بفسخ العقد في بعض العقود الخاصة إذ أصبح التزام المدين مرهق. و يجب التمييز بين سلطة القاضي في فسخ العقد عن إنهائه (أولاً)، للوصول إلى دراسة العقود التي يجوز فيها للقاضي فسخ العقد لصعوبة تنفيذ الالتزام (ثانياً).

أولاً: الذاتية المستقلة لسلطة القاضي في فسخ العقد عن إنهائه

يختلف الفسخ عن الإنهاء سواء من حيث الموضوع و من حيث الأشخاص، فمن حيث الموضوع تكون جميع العقود الملزمة للجانبين محلاً لسلطة القاضي في فسخ العقد، سواء كانت العقود فورية أو مستمرة، و سواء كانت هذه العقود محددة أو غير محددة²، و يختلف الفسخ عن الإنهاء كذلك من حيث الأشخاص، إذ أن حق الفسخ يمنح لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين إذ أخل المدين بتنفيذ التزامه، الأمر الذي يجعله حقا مشتركا لكلا المتعاقدين في العقد، أما حق الإنهاء فإنه لا يرتبط مطلقاً بالتنفيذ، و إنما قرره القانون لطبيعة العقود المستمرة³، فمنحه في حالات لكلا المتعاقدين كما في عقد الوكالة، إذ يحق لكل من الوكيل و الموكل استعماله، و منحه في حالات أخرى لمتعاقد دون آخر، كما في عقد المقاولة الذي يجوز إلا لرب العمل دون المقاول استعماله .

و يختلف دور القاضي في إيقاع الفسخ عن دوره في إنهاء العقد، حيث أنه في الحالة الأولى تتسع السلطة التقديرية للقاضي في تقرير جزاء إخلال المدين بتنفيذ العقد أو في حالة حدوث

1-RICHER (L) , Op-cit , P45.

2-حنيت عمار ، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر 1، 2015، ص40.

3- حنيت عمار ، مرجع نفسه، ص40.

ظرف طارئ يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي¹، و هذا ما يتبين من نص المادة 119 تقنين مدني جزائري التي تنص: (.... و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات) .

يستفاد من هذا النص أنه إذ رفع الدائن دعواه مطالبا بفسخ العقد إزاء عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، فليس ذلك أن القاضي يكون مجبرا على الحكم بالفسخ، بل له سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ أو عدمه، فيجوز له أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ، و يمكن له رفض طلب فسخ العقد كما يمكنه فسخ العقد جزئيا² .

و يختلف الأمر في حالة إنهاء العقد، حيث تقتصر سلطة القاضي في تقدير مبررات إنهاء العقد، بينما لا يخضع وسيلة إنهاء العقد لرقابة القاضي و إنما يقتصر دوره في رقابة الإنهاء التعسفي للعقد، و ذلك في جدية و مشروعية مبرراته³ .

و بذلك قضى القضاء المصري باعتبار الإنهاء مشروعاً لا يشوبه التعسف ، إذ كان سبب إلغاء الوظيفة التي كان يشغلها العامل ظروف حتمت أو اقتضت هذا الإلغاء، أو بسبب الاستغناء عن خدمات الطبيب المتعاقد مع المنشأة على علاج عمالها بنتيجة التنظيم الجديد في المنشأة الذي أحال الشؤون الطبية الخاصة بهم إلى إحدى شركات التأمين⁴، أو بسبب الاضطرار إلى تخفيض

1-حمو حسينة ، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2011، ص42 .

2-حمو حسينة ، مرجع نفسه ، ص40 .

3-على خلاف المشرع الفرنسي ، لم يولي المشرع الجزائري الأهمية في تحديد مبررات وعناصر قيام السبب الاقتصادي في تسريح الجماعي للعمال طبقا للمادة 90قانون 90-11 ، بينما عين المشرع الفرنسي بعض هذه الأسباب من خلال تعريفه للتسريح للسبب الاقتصادي ، واعيا منه بأهميتها في معرفة وتحديد الاجراءات القانونية والتنظيمية ذات البعد الاجتماعي التي أقرها المشرع لفائدة العمال المسرحين لهذه الأسباب ، اضافة الى كونها تساعد على تحدي طبيعة الانهاء أو التسريح الواقع والقضاء بمشروعيته أو بقيام التعسف في ذلك : فتحي وردية ، ضوابط انهاء عقد العمل لاسباب اقتصادية في القانون الجزائري ، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في العلوم ، تخصص القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 ، ص 66.

4- حنتيت عمار ، مرجع سابق ، ص40.

عدد المستخدمين الأجانب لرفع نسبة عدد المستخدمين المصريين طبقا لما فرضه القانون من ذلك على شركات المساهمة¹.

ثانيا: فسخ العقد في بعض العقود الخاصة

لم تكتف بعض التشريعات التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة بإقرار النظرية بنص تشريعي عام بل أوردت لها تطبيقا في نصوص خاصة ، و نجد أمثلة لهذه النصوص في عقد الإيجار (1) ، و عقد المقاولة (2)².

1-التطبيق الخاص على عقد الإيجار

تنص المادة 510 من التقنين المدني الجزائري على انه: " لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر و لا بموت المستأجر.

غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا فسخ عقد الإيجار إذا اثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها موادهم و أصبح الإيجار يجاوز حاجتهم، و في هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة 477 و أن يكون طلب فسخ العقد في ظروف ستة أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر"³.

بالنظر إلى النص السالف الذكر نلاحظ انه إذا مات المستأجر يحق لورثته طلب فسخ الإيجار متى اثبتوا احد الأمرين التاليين⁴:

1-محمد مصطفى غازي زيدان ،مرجع سابق ، ص 253

2-بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص58

3-حررت في ظل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 وألغيت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، ج ر ، عدد 31 ، ص 6

4-يتدخل المشرع لحماية المستأجرين (الشاغلين) وأسرههم ، باعتبار العائلة من النظام العام ،ومراعاة اعتبارات اجتماعية منها أزمة السكنوالانفجار الديمغرافي .وذلك بإقرار حق البقاء في الأمكنة طبقا لاحكام المادة 514 من التقنين المدني الجزائري ، الا أننا بالرجوع الى المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 1 مارس 1993 ،والمتعلق بالنشاط العقاري ، حيث نصت المادة 20منه على الغاء حق البقاء في الأمكنة في عقود الايجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي : انظر : خديجة فاضل ، مرجع سابق ، ص15 .

- إما أن يثبتوا أن أعباء العقد أصبحت أثقل من أن تتحملها مواردهم بسبب موت مورثهم، كما لو كان المستأجر طبيباً مشهوراً تحقق له من خلال ممارسته للمهنة دخلاً عالياً، يمكنه من استئجار منزل يتفق مع دخله، ثم يموت فينقطع عن الورثة الدخل الذي كان يتأتى من عيادة مورثهم فتكون أجرة المنزل عبئاً ثقيلاً على كاهلهم لعدم تناسب الأجرة هذه مع الراتب التقاعدي فيستطيع الورثة طلب فسخ الإيجار قبل أن تنتهي مدته¹.

- إما أن العين المؤجرة تتجاوز حدود حاجاتهم، كما لو كان المورث قد استأجر داراً كبيرة و حفظ جناحاً منها كمكتب له ثم توفي فلا يكون الورثة بحاجة إلى تلك الدار و يكون لهم الحق بالتالي في طلب فسخ العقد حتى و إن كانت أجرة الدار لا تثقل مواردهم². و على الورثة أن يقوموا بتبنيه المؤجر بالإخلاء طبقاً للمواعيد المبينة في المادة 477 من ناحية و أن يقدموا طلب الفسخ قبل أن تنتهي مدة ستة أشهر على تاريخ وفاة المستأجر من ناحية أخرى³.

إذا كان نص المادة 510 تقنين مدني تطبيقاً تشريعياً خاصاً للنص العام الوارد في المادة

107 تقنين مدني، إلا أنه يوجد اختلاف بين النص العام و تطبيقه من حيث مسألتين :

المسألة الأولى:

معيار الحادث الطارئ في النظرية العامة قائمة على معيار موضوعي، و يعني ذلك أنه تتطلب النظرية العامة للحادث الطارئ العمومية، و ذلك بخلاف التطبيق التشريعي للحادث الطارئ الذي يقوم على معيار شخصي⁴.

حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 510 تقنين مدني يتوقف الحادث الطارئ على ظروف شخصية تتعلق بالورثة، تتمثل في أعباء العقد التي أصبحت بسبب موت مورثهم أثقل من أن تتحملها مواردهم و إن العين المؤجرة تتجاوز حدود حاجاتهم. و من الصعب أن تلحق الظروف الشخصية الواردة في المادة 510 تقنين مدني بالظرف الاقتصادي لعدم اكتسائها صفة العمومية و الاستثنائية

1- بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص141.

2- بولحية جميلة ، نفس المرجع ، ص141.

3-تنص المادة 477 تقنين مدني جزائري : (إذ سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال الذي أجرت من أجله ، أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر ، جاز للمستأجر طلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك) .

4-بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص142.

و التي تضيف على الظروف الاقتصادية¹. غير أنه هناك فريق من الفقه أنكر عمومية الظرف الاستثنائي لتعارضه مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة و هي العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق على المدين و بذلك تتحقق هذه العدالة، فإن نحن قيدنا الحادث الاستثنائي بشرط العمومية امتنع تحقيق العدالة في الحالات التي لا يكون الحادث فيها عاما، ضف إلى ذلك أن شرط العمومية شرط لا تمليه طبيعة الظروف إذ يحيد عن العدل و المنطق، لأنه غير منطقي أن يقاس الأثر الجزئي بمعيار و مقياس الأثر الكلي، و العدالة تقتضي أن يقدر أثر الظرف بقدره سواء المصاب فردا أو مجموعة أفراد في إقليم أو عدة أقاليم.²

المسألة الثانية :

أجاز النص بخلاف النص العام أيضا إنهاء الإيجار و لم يقتصر على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فالنص الوارد في عقد الإيجار قد وسع من نظرية الحوادث الطارئة و لذلك كان تطبيقا تشريعا لم يلتزم حدود المبدأ المطلق³.

و أجاز المشرع الجزائري فسخ عقد الإيجار دون اتفاق المتعاقدين، و ذلك دون أن يربطه بحدوث حادث عام استثنائي خلافا للحادث الطارئ الوارد في نص المادة 107 تقنين مدني، حيث تنص المادة 513 تقنين مدني على ما يلي: "يجوز للموظف أو المستخدم إذا غير محل إقامته لمصلحة العمل أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة، على أن يراعي المواعيد المبينة في المادة 977 و يكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

و يشترط النص لإنهاء العقد ما يلي:

1- أن يكون المستأجر موظفا أو مستخدما سواء كان يعمل في المصالح الحكومية أو في جهة غير حكومية.

2- أن يكون الإيجار معين المدة.

1- بن يحيى شارف ، مرجع سابق ، ص 52 .

2- بن يحيى شارف ، مرجع نفسه، ص 52.

3- عبد الحكيم فوده ، الاثر الحادث الطارئ على الالتزام العقدي ، مرجع سابق ، ص 442.

- 3- أن يكون عقد الإيجار خاصا بمسكن الموظف أو المستخدم.
- 4- أن يكون عمل المستأجر هو الذي أوجب تغيير محل إقامته.
- 5- ألا يكون نقل الموظف أو المستأجر بناء على طلبه أو نتيجة لخطئه.¹
- فإذ توافرت هذه الشروط كان للمستأجر أن يطالب بإنهاء العقد على أن يراعي مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة 477 من التقنين المدني.²

و لم ينص المشرع على إلزام المستأجر بالتعويض، و ربما كان السبب في ذلك أن نقل الموظف أمر متوقع، فالمؤجر يعلم وقت التأجير أنه معرض في أي وقت لأن يطلب منه المستأجر إنهاء العقد بسبب نقله.³

و نلاحظ مما سبق أن المشرع لم يأخذ بعين الاعتبار عمومية عدم توقع الحادث من الظروف التي تبرر طلب إنهاء العقد، حيث إن الظروف الشخصية المتعلقة بالموظف أو المستخدم المتمثلة في تغيير محل الإقامة لمصلحة العمل هي التي تبرر طلب إنهاء العقد ليست ظروف اقتصادية لانعدام عنصر العمومية في الحادث، إضافة إلى ما سلف فإنه خلافا للنظرية العامة للحادث الطارئ فإن المادة 513 ق م تجيز للموظف أو المستخدم طلب إنهاء العقد.⁴

غير أن بصدور المرسوم التشريعي 93-03 ألغيت المواد 271، 472، 509 و كذلك المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 على العقود المبرمة بعد صدور المرسوم التشريعي المذكور أعلاه⁵، حيث أصبح لا يضمن حق البقاء للمستأجر الذي غالبا غالبا ما سعى إلى حمايته اجتماعيا كطرف ضعيف من جشع المؤجر، غير أنه ألغي هذا المرسوم التشريعي بموجب القانون 11-04 المتعلق بتنظيم نشاط الترقية العقارية⁶ في المادة 80 منه و استثنيت من هذا الإلغاء المادة 27 من هذا المرسوم التي تخول حق البقاء للمستأجر في العقارات محل عقود إدارية لمنح الأملاك الشاغرة سابقا أو تأجيرها أو بيعها، و هذا بهدف تحقيق الموازنة بين السياسة الاجتماعية للدولة و ضرورة تحرير الاقتصاد من المسلمات التقليدية و توجه السياسة

¹- بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص 143.

²- بولحية جميلة ، مرجع سابق، ص 143.

³- عبد الحكيم فوده ، الاثر الحادث الطارئ على الالتزام العقدي ، مرجع سابق ، ص 442.

⁴- القانون رقم 07-05 المتعلق بالقانون المدني ، ج ر عدد 31 ، مؤرخة في 13 مايو 2007.

⁵- مرسوم تشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ، ج ر عدد 14 مؤرخة في 3 مارس 1993.

⁶- قانون 11-04 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، ج ر عدد 14 مؤرخة في 6 مارس 2011.

التشريعية للدولة بما تقتضيه من تشجيع للاستثمار في النشاط العقاري و ما اقتضته التحولات الاقتصادية بالانتقال إلى اقتصاد السوق¹.

كما أنه بصدر القانون رقم 07-05 المتعلق بالقانون المدني ألغيت هذه النصوص القانونية من المواد 508 إلى 537 و المتعلقة أساس بحق الورثة في البقاء في المسكن المستأجر من المورث و كذا آثار التمسك بحق البقاء،

أما في القانون المصري أجاز التقنين المدني في مادته 608 لكلا المتعاقدين في عقد الإيجار-إذا كان معين المدة- أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته، إذا حدث ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار مرهقا².

و أشار السنهاوي الى الى تطبيقات أخرى للنظرية التي نص عليها القانون المدني لانتهاء عقد الإيجار منها : عدم تمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور (المادة 572) و موت المستأجر (المادة 601 و 602) و إعساره (المادة 103) و تغيير المستأجر الموظف أو المستخدم لمحل إقامته (المادة 609) و قد وصف فقهاء القانون المصري الحادث الاستثنائي الذي رتب عليه القانون إنهاء عقد الإيجار (بالعدر الطارئ) اقتباسا من الشريعة الإسلامية و قياسا على بعض تطبيقاته فيها³.

2-التطبيق الخاص على عقد المقاوله

تنص المادة 561 من التقنين المدني الجزائري في فقرتها الثانية على أنه: "على أنه اذ انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاوله، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

1-بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص 143.

2-عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص203.

3-عبد الرزاق السنهاوي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،نظرية الالتزام بوجه عام ،الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص55 .

تتمثل شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد المقاولة حسب المادة 561 تقنين مدني

هي:

- 1- أن تطرأ بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة.
 - 2- أن تكون الحوادث الاستثنائية العامة غير متوقعة وقت التعاقد.
 - 3- أن تجعل هذه الحوادث الاستثنائية العامة تنفيذ الالتزام مرهقا¹.
- و هكذا تكون شروط تطبيق النظرية على عقد المقاولة تتفق مع شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام. و ذلك أن التطبيق الخاص لنظرية الظروف الطارئة يستند إلى معيار موضوعي لتحديد مفهوم الحادث الطارئ، و ذلك من حيث عمومية و استثنائية الحادث الطارئ و عدم إمكان توقعه مما يمكن اعتبارها ظروف اقتصادية و ذلك عكس التطبيق الخاص لنظرية الحادث الطارئ² على عقد الإيجار الذي يستند على اعتبارات شخصية لتحديد مفهوم الحادث الطارئ .
- و إذا كان شروط نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام تتفق مع شروط تطبيق النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة، فإن آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مبدئها العام يختلف عن آثار تطبيق النظرية في تطبيقها الخاص بعقد المقاولة ، اذ ترتب هذه الأخيرة عن الحادث الطارئ فسخ العقد فإن تطبيق النظرية في مبدئها العام يقتضي إعادة الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و الذي يستبعد الفسخ كجزء لاختلال التوازن العقدي الناتج عن الحادث الطارئ، و ذلك كما سبق تفصيله³.

و في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "تعطي المادة 147 من القانون المدني القاضي رخصة إجريها عند توافر ظروف معينة و تقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدي

1- جميلة بولحية ، مرجع سابق ، ص 58

2- عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص 55 .

3- عبد الرزاق السنهوري ، مرجع نفسه ، ص 55 .

الى الحد المعقول دون أن يكون له فسخ العقد أو إعفاء المدين من التزامه القائم أو إلزام الدائن برد ما استوفاه¹ .

و يتفق التطبيق الخاص لنظرية الظروف الطارئة في عقد المقاولة مع النظرية العامة في فسخ العقد من حيث السلطة التقديرية للقاضي في إيقاع الفسخ من عدمه²، حيث إذ انعقد العقد صحيحا، التزم كل طرف بتنفيذ التزامه، و إذا حدث و لم يقم أحدهما بما التزم به فإن القانون يجيز للمتعاقد الآخر بعد اعدار المدين أي مطالبة بالتنفيذ في مهلة معينة أن يطالب القضاء بإلزام المدين بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين³، و في الحالة الأخيرة يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ أو لا يحكم به، إذ أنه له سلطة تقديرية في ذلك، فقد يرى أن إهمال المدين واضحا في عدم التنفيذ بالرغم من مطالبة الدائن له، فيحكم في هذه الحالة بفسخ العقد، و قد يرى أن الأمر لا يستدعي فسخ العقد فيمنح المدين أجلا للوفاء⁴ .

و في تطبيق ذلك ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 561 تقنين مدني إلى إجازة فسخ عقد المقاولة أو زيادة الأجرة من طرف القاضي إذا ما طرأت ظروف أدت إلى انعدام التوازن بين التزامات رب العمل و المقاول ، بحيث أصبح تنفيذ التزام المقاول و أن لم يكن مستحيلا صار مرهقا له إذا ما قام به وفقا للاتفاق⁵ .

1- عبد الحكيم فوده ، الاثر الحادث الطارئ على الالتزام العقدي ، مرجع سابق ، ص 463 .

2- تنص المادة 119 من التقنين المدني الجزائري بما يلي : (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك ، ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات) .

3- بلعبور عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 117.

4- خليفاتي عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 111.

5- بولحية جميلة ، مرجع سابق ، ص 75.

خاتمة

قمنا من خلال هذه الدراسة القاء الضوء على بعض المفاهيم التقليدية للعقد، و اعطاء دراسة تطبيقية لها مع الواقع الاقتصادية الجديد في ظل بعض المسلمات السائدة ببروز مبدأ سلطان الإرادة في قواعد القانون المدني.

أدى تطور المعاملات القانونية إلى بروز عناصر اقتصادية جديدة غير مؤلفة في قواعد القانون المدني، فمعيار الإرادة أصبح غير كاف لتحديد المركز القانوني للطرف أمام انقسام المجتمع إلى مستهلك و محترف و تحديد النشاطات المهنية حسب الاختصاص ،و تطور نوع المعاملات الاقتصادية ، كما أن مؤشر الثبات العقدي أصبح غير مجدي أمام عدم استقرار الأوضاع الاقتصادية الذي يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين تكوين العقد و تنفيذه.

أدى تطور الظروف الاقتصادية و الاجتماعية إلى تغيير بعض المفاهيم القانونية، فالإرادة أصبحت معيار غير كاف في تحديد المساواة بين المتعاقدين ، فالمساواة أصبح ينظر إليها على أساس صفة المتعاقدين مستهلك و محترف، فاختلاف صفة الأطراف قرينة على انعدام المساواة لكن ليس على أساس عيوب الرضا و إنما على أساس قرينة انعدام العلم لدى المستهلك .

و يتضح مما سبق أن المساواة القانونية المفترضة على أساس صحة الرضا أصبحت لا تصلح أمام تطور الأوضاع الاقتصادية، مما يتدخل القانون بقواعد صريحة لحماية الطرف الضعيف من جهة و حماية التوازن العقد من الانهيار أثناء تنفيذ العقد حفاظا على استقرار المعاملات القانونية .

يكمن طموحنا في هذا التحليل إلى إعطاء دراسة نظرية و تطبيقية و قانونية تسمح بطرح مفهوم جديد للعقد يتلاءم مع ضرورة الموازنة بين ضرورة استقرار المعاملات القانونية و التوازن العقدي . أصبح العقد لا يتلاءم مع المنظور الذاتي المنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، إذ لا تقتصر العلاقة التعاقدية في العلاقة بين شخصين و إنما تشمل علاقة مالية تربط بين مصلحتين متقابلتين. و على هذا الأساس لا يحقق التوازن في ظل المنظور الشخصي التوازن الفعلي، إذ أصبح التوازن العقدي ينظر إليه بمنظور كمي و نوعي، فالأول تكون العبرة بمقدار الالتزامات المتقابلة و

التناسب بين الالتزام و المنفعة التي تعود عليه ، و الثاني يتولى القانون تحديد الشروط التعسفية و منعها .

يكون المفهوم المادي للعقد وجود في القواعد القانونية الجديدة التي جاءت لحماية الطرف الضعيف من تعسف المتعاقد القوي ، و الحفاظ على التوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد في مواجهة تغير الظروف الاقتصادية ، إذ بالرجوع إلى مرحلة تكوين العقد نجد المشرع في مواد قانون الاستهلاك في نص المادة 29 قانون 04-02 يستعمل عبارة اختلال التوازن الظاهر للتعبير عن الشرط التعسفي ، و في مرحلة تنفيذ العقد يستعمل المشرع المدني في المادة 107 الفقرة الثانية عبارة الالتزام المرهق للتعبير عن أثر الحادث الطارئ عن الالتزام .

يترتب على المفهوم المادي للعقد ضرورة إعادة صياغة بعض المفاهيم القانونية التقليدية ، إذ أن نظام العقد لا يحل بالانطلاق من التراضي كإرادتان التقت ، و إنما عن طريق تحليل الحياة الاجتماعية ، و إن كان يجب اخذ الإرادة بالاعتبار ، فإن ذلك سيكون مع ضمها إلى الأمور و العناصر التي جعلتها تظهر إلى حيز الوجود، و ينتج عن هذا التحليل القانوني للعقد أن التعبير عن الإيجاب و القبول ليس إرادة و إنما يمثل رغبة فقط ، يعلن فيها المتعاقدين عن تمام السبب و المحل ، أو عن وجود مصلحة تتحقق بجمع شقيها لدى طرفي العقد ، و يقول **جونو** " أن دور التصريح بالإيجاب و القبول هو توضيح التصرف القانوني و تمييزه عن غيره" .

غير أنه لا يمكن في أي حال إهمال دور الإرادة في العقد، إذ تحافظ الإرادة عن دورها التقليدي في إنشاء الالتزامات و الحقوق، غير أنها تكون مقيدة بالقانون، فالحق الشخصي الذاتي هو المبدأ، و القانون الذي يحد من الإرادة هم الاستثناء .

فالعقد اذن وسيلة أداة تحقيق الحق الوضعي، و المسألة لا ينبغي أن تطرح من زاوية مدى الأهمية المعطاة للحق الوضعي أو الإرادات الفردية، و إنما من زاوية مختلفة : ديباليكتية الحق الوضعي و الحقوق الشخصية ، الأول يرسم الإطار . الثانية تترجم ذلك الإطار ، بحيث تكون الإرادة هي القاسم المشترك في تكوين كل عقد ، فدور الإرادة لا ينشأ العقد ، و لكن يقصد بالإرادة : الإرادة في إطارها القانوني ، تلك الإرادة التي تنقل الحق المجرد إلى واقع التعامل و من ضمن نطاق ذلك الحق ، فعقد الإذعان هو في طبيعته عقد ، و الإرادة هي في أساس تكوينه و لكن في

الحدود المعينة قانوناً ، و هذا ما يبرر تدخل القانون لإبطال الشروط التعسفية ، و يتدخل القانون كذلك من خلال تشريعات دائمة أو مؤقتة ، ليخول القاضي سلطة تعديل العقد أو فسخه في حالة إذ أصبح تنفيذ التزام المدين مرهق أو مستحيل بسبب ظروف اقتصادية غير متوقعة لا يمكن دفعها. و من خلال هذه القراءة، نلاحظ أن العقد في مرحلة تكوينه يتركب من التراضي و المحل و السبب ، و أن للقانون دور في ذلك ، فاذ كانت القواعد التقليدية تكتفي بالارادة في قيام ركن التراضي ، فإن القانون يتدخل و يضع التزام بالاعلام على عاتق المحترف في حق المستهلك و ذلك تحت طائلة المسؤولية التقصيرية، و بطلان العقد بسبب عيب الرضا، غير أن هذا العيب و على عكس القواعد التقليدية لا يتولى المستهلك اثباته و إنما مفترض بمجرد انعدام الشكلية المصاحبة للالتزام بالاعلام.

و يتدخل القانون كذلك طبقاً للمرسوم التنفيذي 366-06 في تحديد العناصر الأساسية في المحل مما أصبح تعيين المحل بالنوع في المثليات غير كاف طبقاً لما تنص عليه المادة 94 قانون مدني.

و اذا كانت القواعد العامة للعقد تكتفي بمشروعية السبب، تتولى قوانين حماية المستهلك تعريف السبب في عقود الاستهلاك على أنه سد حاجات شخصية أو خاصة بشخص آخر أو حيوان يتكفل به ، و هذا ما جاءت به نص المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي 39-90 المتعلق بمراقبة النوعية و قمع الغش التي عرفت المستهلك على أنه: (كل شخص يقتني - بئمن أو مجاناً - منتجاً او خدمة معدين للاستعمال الوسيط او النهائي لسد حاجاته الشخصية أو خاصة بشخص آخر أو حيوان يتكفل به)¹ .

و يهدف القانون كذلك في مرحلة تنفيذ العقد لحماية التوازن العقدي و ذلك سواء كان اختلال التوازن العقدي أثناء تكوين العقد ، يكون للمستهلك في هذه الحالة الحق في العدول عن التعاقد، أو انهار التوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد بسبب ظروف اقتصادية غير متوقعة ، يخول القانون للقاضي سلطة التدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

¹ - مرسوم تنفيذي 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش السالف الذكر .

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I - الكتب العامة

- إبراهيم أبو ، محاضرات في فلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الساحة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط13 ، 2006 .
- أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الادارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2006.
- أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثاني ، نظرية الحق ، ط5، بدون ناشر ، 1982.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظام العام العقدي ، تأصيل قواعد القانون المدني في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي ، مصر ، 2013 .
- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار العلمية الأولى للنشر و التوزيع، عمان، 2003.
- السيد عيد نايل ، أحكام الضمان العيني و الشخصي " و المركز القانوني للكفيل العيني " ، بدون ناشر ، 2003/2002.
- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية لدار المطبوعات العربية ، مصر ، سنة 1998.
- أنور سلطان، الوجيز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996.
- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري ، الجزء الاول التصرف القانوني (العقد و الارادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر، 2001.
- بلحاج لعربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008.
- بسام مجيد سليمان و أكرم محمود حسن ، "موضوعية الإدارة" (دراسة تحليلية في ضوء إدارة المخاطر و التشريعات القانونية)، جامعة الموصل. ص45جلال محمد إبراهيم : المدخل لدراسة القانون، مطبعة الإسراء، القاهرة، 2003-2004.

- حسام الدين كامل الأهوائي ، شرح قانون الاثبات ، الطبعة الثانية ، دار نصر للطباعة الحديثة ، 2012.
- محمد وحيد سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني (دراسة موازنة بالفقه الإسلامي و المدونات المدنية و العربية) ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 1996.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، طبعة 15، 2008.
- محمد صبري السعدي ،شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات،مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفرد)،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر .
- محمود ابراهيم موسى ، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في مجال عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ، 2005 .
- مصطفى العوجي ، القانون المدني (العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية) ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2007.
- محمود عبد المجيد المغربي ، أحكام العقد في الشريعة الاسلامية (دراسة مقارنة) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، 2002 .
- مصطفى أحمد ابو عمرو ، السبب بين نظريتي السبب و عيوب الارادة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2016 .
- نبيل إبراهيم سعد،الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، (العقد و الإرادة المنفردة)، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، الطبعة الرابعة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009 .
- نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية (دراسة تحليلية و تطبيقية) ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع ،الاسكندرية ، 2002.
- سامي بديع منصور ، عنصر الثبات و التغير في العقد المدني في القانون اللبناني و الفرنسي المقارن ، دار الفكر لبنان، 1987 .

- سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الاداري (دراسة مقارنة) ، الكتاب الثالث ، الطبعة العاشرة ، دار النهضة العربية .
- سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1986 .
- ترمائيني (عبد السلام) : نظرية الظروف الطارئة ، دراسة تاريخية مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأوربية و تطبيقاتها في البلاد ، بيروت ، دار الفكر ، 1971.
- سعيد مقدم ، الوظيفة العمومية بين التطور و التحول من منظور تسيير الموارد البشرية و أخلاقيات المهنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2009-2010 .
- عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن .
- عبد العزيز المرسي ، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، دراسة تحليلية و تأصيلية مقارنة، 2006 .
- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 .
- عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء الفقه و القضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، الطبعة الثالثة ، 1997.
- عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت ، 1974 .
- عبد القادر عدو ، المنازعات الادارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 .
- عدنان ابراهيم السرحان و نور حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات " ، الإصدار الثالث ، عمان ، 2008.
- علاء حسين علي ، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية "دراسة في دور الارادة المنفردة في النطاق العقدي " ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2011 .
- علي ابراهيم ، العقود المسماة ، دار الفكر العربي ، لبنان ، 2002 .

- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة ، 2003.
- **علي فلالي**، النظرية العامة للعقد ، الالتزامات ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2010.
- **عجة الجيلالي** ، مدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون بين التقليد و الحداثة ، دار الخلدونية ، الجزائر، 1998 .
- **علي علي سليمان** ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992.
- **فاضلي إدريس** ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، قصر الكتاب ، الجزائر ، د س ن .
- **توفيق حسن فرج** ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1966.

II: الكتب الخاصة و الرسائل

- **ابراهيم عبد العزيز داود** ، عدم التوازن المعرفي في العقود -دراسة تحليلية مقارنة - دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية.
- **ايمن احمد الدلوع** ، مبدأ الملائمة و اثره في تفسير العقود ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2017 .
- **أمانح رحيم أحمد** ، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني) ، شركة المطبوعات للتوزيع و النشر ،لبنان، 2010 .
- **السيد محمد عمران** ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك) ، منشأة المعارف جلال حزي و شركائه ، الإسكندرية.
- **الجبار ناجي الملا صالح** ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، دار الرسالة للطباعة و النشر ، بغداد ، 1975 .
- **بودالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.

- **حسين عبد الله عبد الرضا** ، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية (دراسة مقارنة) ، جامعة بغداد، د س ن .
- **حسن عبد الباسط جمعي** ، أثر عدم التكافؤ من المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- **محمد السناري** ، الطوابق القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ، دار النهضة العربية ، مصر، د س ن .
- **محمد السعيد جعفر** ، اجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دار هومة ،
- **محمد علي عبده** ، دور الشكل في العقود (دراسة مقارنة) ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2014 .
- **محمد مصطفى غازي زيدان** ، دور القاضي في تحقيق التوازن في عقد العمل (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي) دار الجامعة الجديدة ، 2016 .
- **موكه عبد الكريم** ، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراة ،جامعة تيزي وزو ، 2007.
- **محمد بوكماش** ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في العلوم الاسلامية ، تخصص شريعة و قانون ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2011-2012 .
- **نسير رفيق**، محاولة من أجل : نظرية التصرف الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في العلوم ، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014 .
- **علي ،الحميدي السعدي** ، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد ، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، مصر، 2016 .
- **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون منشاة المعارف ، 2004 .
- **عجالي بخالد**، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، جامعة مولود معمري ، 2014 .
- **عصمت عبد المجيد**، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون و السياسة ،جامعة بغداد ،1978.

- **عرعار عسالي**، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة علوم في القانون ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2014-2015 .
- **فؤاد محمود معوض** ، دور القاضي في تعديل العقد ،(دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2004 .
- **فتحي وردية** ، ضوابط انهاء عقد العمل لأسباب اقتصادية في القانون الجزائري ، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في العلوم ، تخصص القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013.
- **صالح ناصر العتيبي** ، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية (دراسة مقارنة) ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، 2009 .
- **رشوان حسن رشوان أحمد**، أثر الظروف الاقتصادية على العقد ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1999.
- **رضا متولي وهدان** ، الخداع الاعلاني و أثره في معيار التدليس (دراسة مقارنة في القانون المدني و قانون حماية المستهلك و الفقه الاسلامي) ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، 2008 .
- **ريان عادل ناصر**، حق الرجوع عن العقد ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2015 .
- **شريف محمد غنام**، أثر الظروف في عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2007 .
- **خالد شويرب** ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، أطروحة دكتوراة في الحقوق ، فرع الملكية الفكرية ، جامعة الجزائر 2008-2009.
- **III- المقالات بالعربية**
- **ارزيل الكاهنة** ، الموازنة بين النشاط التنافسي و حقوق المستهلك ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، العدد 2 ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2011.
- **احمد خديجي** ، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي ، مقال منشور في مجلة السياسة و القانون ، العدد 11 ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة .
- **حسن علي كاظم** ، اشتراطات الهاردشيب و أثرها على تعديل العقود الدولية ، مقال منشور في مجلة الحقوق ، السنة الثالثة ، العدد 2 ، جامعة كربلاء ، العراق ، 2011 .

- ياسر حسن سليمان ، تفسير القانون ، مجلة القانون ، عدد 14 ، كلية الحقوق ، جامعة عدن ، اليمن ، 2008 .
- محمد الشريف كتو ، مقال ، حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة ، مجلة الادارة الوطنية للإدارة ، العدد 23 ، 2011.
- منصور حاتم محسن ، التغير في جزء من أجزاء العقد و أثره على العدالة التبادلية (دراسة مقارنة) ، مجلة جامعة بابل ، العدد 4 ، 2010 .
- عيساوي عزالدين ، العقد كوسيلة لضبط السوق ، مجلة المفكر ، العدد 3 ، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013.
- رباحي احمد ، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض شروط تعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن ، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا ، عدد 5 .
- خولة خدوم محمد ، الايجاب في عقد الازعان ، مقال منشور في مجلة المحقق الحلبي في العلوم السياسية ، عدد 1 ، 2014.

III:النصوص القانونية

1-الدستور

- دستور 1989 المؤرخ في 23 فبراير سنة 1989.
- دستور 96، ج ر عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996

2-القوانين

- قانون رقم 88-01 لمؤرخ في 12 جانفي 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر عدد 2 مؤرخة في 13 جانفي 1988 .
- قانون رقم 88-01 لمؤرخ في 12 جانفي 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي لاستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر عدد 2 مؤرخة في 13 جانفي 1988 .
- قانون 88-04 يتعلق بالقواعد المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر عدد 2 ، مؤرخة في 13 جانفي 1988 .
- قانون 88-01 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 2 مؤرخة في 13 يناير 1988.

- قانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 6 ، مؤرخة في 8 فيفري 1989.
- قانون 90-07 المتعلق بالإعلام ، ج ر عدد 14 مؤرخة في 4 أبريل 1990 .
- قانون 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 يتعلق بالنقد والقرض ، جريدة رسمية عدد 16 صادر بتاريخ 18 أبريل 1990 .
- قانون 90-11 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17 مؤرخة في 25 ابريل 1990.
- قانون 04-02 يحدد بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004 .
- قانون 04/06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006، ج ر عدد 15 مؤرخة في 12 مارس 2006 المتعلق بالتأمينات. الذي يعدل و يتم الامر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1995.
- القانون رقم 07-05 المتعلق بالقانون المدني ، ج ر عدد 31 ، مؤرخة في 13 مايو 2007.
- قانون 09-03 الذي يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج ر عدد 15 مؤرخة في 8 مارس 2009
- قانون 11-04 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، ج ر عدد 14 مؤرخة في 6 مارس 2011.
- قانون عضوي 12-05 المتعلق بالإعلام ، ج ر عدد 2 ، مؤرخة في 15 يناير 2012
- قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع و التصديق الالكتروني، ج ر عدد 6 مؤرخة في 6 فبراير 2015.

3-الأوامر

- أمر رقم 95-07 المتعلق بالمنافسة ، ج ر عدد 9 ، مؤرخة في 22 فيفري 1995.
- أمر 03-03 يتعلق بالمنافسة ، ج ر عدد 43 مؤرخة في 20 يوليو 2003 .
- أمر 11/03، ج ر عدد 52، مؤرخة في 27 غشت 2003 المتعلق بالنقد و القرض، المعدل و المتمم بأمر 10-04 ج ر عدد 50 مؤرخة في 1 سبتمبر 2010 .

4-المراسيم

- مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 نوفمبر 1996 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية عدد 76 صادر بتاريخ 8 ديسمبر 1996.
 - مرسوم تنفيذي 90/266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات ، المؤرخ في 30 يناير 1990 ، ج ر عدد 5 ، الصادر بتاريخ 31 يناير 1990 .
 - مرسوم تنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، ج ر عدد 5، مؤرخة في 31 يناير 1990.
 - مرسوم تنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات ، ج ر عدد 40 مؤرخة في 19 سبتمبر 1990 .
 - مرسوم تنفيذي 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 المؤرخة في 11 سبتمبر 2006
 - مرسوم تنفيذي رقم 15-114 ، ج ر 24 ، مؤرخة في 13 مايو 2015 ، يتعلق بشروط و كفايات العروض في مجال القرض الاستهلاكي .
 - مرسوم رقم 88-201 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988 يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط أو احتكار التجارة، ج ر عدد 42 صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988.
 - مرسوم تشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ، ج ر عدد 14 مؤرخة في 3 مارس 1993.
- ثانيا: باللغة الفرنسية

I-Ouvrages généraux

- **AUBRY(C.) et RAU (C.)** ,
-1-Cour de droit civil français , T.I , Marchal et billard , 1936 .
2-Cour de droit civil français , T.IV, 4^e éd.,Paris , 1871 .
- **BATIFFOL (H)**, *La « crise du contrat » et sa portée*, Arch. De Philo. Du droit, Tome 12, Sirey, 1968.
- **Baudry-lacantinerie Barde**, *Traite théorique et pratique du droit civile des obligations* , 3^e éd ,1906

- **BLOUGH (R)** , Le forçage du contrat à la théorie centrale, Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE , 2011 .
- **BENABENT (A.):**
 - 1-Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux , 15^e édition, LGDJ, 2016.
 - 2-Les contrat spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien , 1997.
- **BONNECASE (J.)**, La pensée juridique française de l'heure présente , A.P.D, 1932 .
- **CARBONNIER (j.)**
 - 1-Les biens (Les obligations), Tome 2 , Puaf ,2004.
 - 2-Droit civil (Les obligations) , T.IV , 20^{eme} éd ., Puaf, 1996
 - 3-Les obligation, , 20^e édition, Presse universitaire de France ,1996
- **chapus (R.)** , Droit administratif général,15^{eme} èd, Montchrestien , ,2001.
- **CHENEDE (F.)** , De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité, Annuaire de l'institut MICHEL VILLEY , 2012.
- **DEMANTE (A-M)** , Cour analytique de code Napoléon , T.V, D.Thorel et Plon, 1865.
- **DEMOGUE** , Traité des obligations en général, sources des obligations, T1,ROUSEAU , Paris, 1923.
- **DERRIDA (F)** , «Concordat préventif et droit français», in dix ans de conférences d'agrégation , Etude de droit commercial offertes à J.Hamel ,DALLOZ , 1961.
- **DE VILLIERS (M.) (Dir.)** , Droit public général , Litec , 2002 .
- **DUGUIT (L.)** , Traité de droit constitutionnel , A.Fonemoing , Paris , 1927.
- **DURANTON (M)** , Cours de droit français suivant le code civil ,4^{eme} éd , Paris , 1844 .
- **FLOUR (J.) et AUBERT (J-L.)** , Les obligations , L'acte juridique , Tome 1 , 7^{eme} édition , Armon-COLIN , Paris , 1996.
- **GENY (F.):**
 - 1-Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ,Paris, 1954.
 - 2-Science et technique en droit privé positif, Tome1, Paris, 4v.1913-1924
- **HAURIOU (M.)** , Principe de droit publique , Sirey , 2eme éd , 1915 .

- **HAUSSER**, objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique , LGDJ , Paris, 1970
- **JOSSERAND (I)** ,Cour de droit civil positif français , , Tome11 , 2^{ème} Ed ,n° 480,Paris , 1933 .
- **LARROUMET (CH)** , Droit civil , , Les obligations, Le contrat , T.3, 1^{ère} partie , condition de formations , ECONOMICA , Paris , 2007 .
- **LAPOYADE DES CHAMPS (Ch.)**, Droit des obligations, Ellipse , Paris , 1998.
- **MALINVAUD (P.) et FENOUILLET (D.)**, Droit des obligations , 11^{ème} èd ., Litec , Paris , 2010.
- **ONOMICA**, France,2011.
- **TOULIER**,Le droit civil français suivant l'ordre du code , 5^{ème} éd , France,1837 .
- **WELL (A.) et TERRE (F.)**, droit civil, Les obligations, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1975 .

II-Ouvrages spéciaux et Thèses

- **ABDALLA (F-A.)** , Aspects du formalisme dans les contrats civils (étude comparative) , Publication de l'université du Caire à khartoum , Caire , 1974
- **ALVAREZ (I.)** , Essai sur la notion d'exécution contractuelle , Thèse pour obtenir le grade de doctorat , Montpellier 1 , 2014
- **AUBERT (j-l.)** , Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat , LGDJ, Paris,1970.
- **ANTONMATTEL (P-H.)**, Contribution à l'étude de la force majeure, Thèse, Montpellier, 1992
- **ARSAC-RIBEYROLLES (A.)**, Essais sur la notion d'économie du contrat, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Droit privée, Université Clermont I, 2005.
- **AUVERNEY-BENNETOT (J.)** , La théorie de l'imprévision : droit privé , droit administratif , droit des ouvrier , Th 5 BARBIER (J-J) , Vers un nouvel équilibre contractuel? , Recherche d'un nouvel équilibre des prestation dans la formation et l'exécution du contrat, Thèse dactyl ., Toulouse , 1981 .
- **AULOY (J-C.)**, Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe , Acte de la table ronde du 12 décembre 1990, Les clause abusives en droit français , LGDJ ,1990 .
- **AYNES (L)** , Formalisme et prévention , in le droit de crédit au consommateur ,LITEC ,1982 .

- **BENCHABANE (H)**, L'aléa dans le droit des contrats, thèse de doctorat, office des publication universitaires, Institut de droit ben aknoun , 1992.
- **BOMSEL (M)** , La théorie d'imprévision en droit civil français , Thèse , Paris , 1922 .
- **BOYER (L)** , La notion de transaction , Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif , Thèse ,Toulouse , 1947 .
- **Capitant (h.)**, De la cause des obligations , (Contrats , Engagement unilatéraux , Legs) , 3^{ème} éd , Dalloz , 1927 .
- **CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.)**, Droit de la consommation , 5^{ème} éd, DALLOZ , 2000.
- **CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.)** , *Droit de la consommation*, 8^{ème} éd., coll. Précis droit privé, Dalloz, 2001.
- **BESSON (CH.)** , La force obligatoire du contrat et les changement de circonstances , Thèse , Lausanne , 1955 .
- **CATHIARD (A.)** , L'abus dans les contrats conclus entre professionnels: L'apport de l'analyse économique du contrat , Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE , 2006.
- **CHAUVEL (G.)** , Le vice de consentement , Thèse , Paris II , 1981 .
- **CHOLEY (J-Y)** , L'offre de contracter et la protection de l'adhérant dans le contrat d'adhésion , Thèse , Paris , 1974 .
- **COTTET (P)**, Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé , LGDJ , PARIS , 2013.
- **DELEBECQUE (PH)** , Les clauses allégeant les obligations dans les contrats , Thèse , AIX-Marseille , 1981.
- **DEREUX (G)** , De l'interprétation des actes juridique privés , Thèse, Paris , 1905 .
- **DE LAMOUTE (M.)**, L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa technique en droit civil, Sirey , Paris , 1951.
- **DOUCHE (D-N.)**, La sanction de la violation du droit de la consommation, Thèse de doctorat en droit privée, Unniversité de lorraine, France , 2012 .
- **DUVICH (J.R)** , L'irrévocabilité de l'action civile et la notion générale , 6^{ème} èd , Montchrestien, Paris , 1965
- **EL-GAMMAL (M.)**, L'adaptation du contrat aux circonstances économique: Etude comparée de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie, Thèse, Lgdj paris, 1967.

- **FARJAT (G.)** , L'ordre public économique, LGDJ, Paris ,1963 .
- **FIN-LANGER (L.)** , L'équilibre contractuelle , thèse , Orléon ,Lgdj , 2000
- **FOELIX (M.)**, Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en droit international privé, tome 2 ,éd 4 , MARSECQ AINE, LAIBRAIRIE EDITEUR ,Paris ,1866 .
- **FLOUR (J.)**, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle. Études offertes à Georges Ripert, T I ,L.G.D.J., . Paris ,1950.
- **FONTAINE (M.)**, Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clause, FEC, 1989.
- **FOUILLET (A.)**, La science sociale contemporaine, 2^{ème} éd,Galica, 1885
- **GHAZAL (J-P.)** , De la puissance économique en droit des obligations , Tome 1 , thèse pour l'obtention de doctorat en droit , nouveau régime , Université de PIERRE MENDES, Grenoble , 1996 .
- **GHESTIN (J.)**:
 - 1-Traité de droit civil, La formation du contrat (L'objet et la cause- nullité), 4^{ème} éd, Lgdj, France,1994.
 - 2-La formation du contrat, 3^{ème} èd, Lgdj, 1993
 - 3-La retrance, le dol et l'erreur sur la qualité substantielle, Dalloz, Paris,1971.
 - 4-Traité de droit civil, Les effets du contrat, avec la collaboration de C JAMIN ET M. BILLIAU, 2^{ème} Ed, Lgdj,Paris,1994.
- **GOUNOT (E)**,Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé , Contribution à L'étude critique de L'individualisme juridique ,Thèse , Paris ,1912.
- **GRATTON (L.)** , Les clauses de variation de travail , Thèse dactyl , Paris I, 2009 .
- **GRYNBAUM (L.)**, Préface de **GOBERT Michelle**, Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur, Lgdj, paris, 2004 .
- **GUGGENHEIM (D.)**, Le droit suisse des contrats, La conclusion des contrats, Georg, 1991.
- **HACHICH (A.)** , La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs , Etude comparée du droit français et du droit de la république arabe unie , Thèse,Caen , 1962 .

- **HELLERINGER (GE.)**, Les clauses du contrat (Essai de typologie), Lgdj, Paris , 2012 .
- **HUGH (C.)** , The law of contract , Fourth edition , , London, 2003
- **INGRID (B.)** , L'esprit du code civil à travers le titre III du livre III, DEA de droit privé en général , Faculté de Nantes , France , 2003 .
- **JAROSSON (Ch.)** , «Les clauses de renégociation , de conciliation et de médiation» , in les principales clauses des contrats conclus entre professionnels , PUAM , 1999.
- **M.De. JULGART** , L'obligation de renseignements dans les contrats , Dalloz, 1945.
- **LASBORDES (V.)** , Les contrats déséquilibrés , Presses universitaires D'Aix –Marseille , 2000 .
- **LEBOULANGER (P.)** , Les contrats entre états et entreprises étrangères , Thèse , Paris II , 1982 .
- **LAURENT (F)**, Principes de droit civil français, T.I, .Bruylant-christophe,1978.
- **LEFEBVRE (D)**, Le contrat comme acte juridique consensuel, La presse de l'université, Montréal 1962.
- **LITTY (O)**, Inégalité des parties et durée du contrat, Etudes de quatre contrats d'adhésion usuels, Lgdj , 1999.
- **LUCAS de LEYSSAC (C.)**:
 - 1-L'obligation de renseignement dans les contrats, Lgdj , 1978
 - 2-Transparence, dépendance et partenariat,Colloque Lille, 1996
- **Laubadère(A),Moderne (F),devolve (P)** , Traité de contrats administratif , T1, Lgdj , 1984.
- **MAGNAN Fabre- (Muriel)**:
 - 1-Droit des obligations,Tome1,Contrat et engagement unilatéral, 2^{eme} éd,Thémis,Paris,2001
 - 2-De l'obligation d'information dans le contrats , Essais d'une théorie , Lgdj, PARIS, 1994.
- *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Lgdj. 1992
- **MAZEAUD (D)**:

1-Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise - contractuelle, In *L'avenir du droit*, Mélanges Terré, Dalloz. PUF. Juris-Class., 1999.

2-La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence: Vers un juste équilibre , JCP , éd n I, 1993.

3-Le juge face au clauses abusives , AIX Marseille , France, 1993.

4-Leçon de droit civil , Tome 2et3 , 4^{ème} et 6^{ème} ed , MONTEHCRSTIEN, Paris.

- **MAHMOUDI (R)**, La gouvernance de société par action simplifié, Thèse de doctorat, Université de Paris Saclay , 2016.
- **MARTY (R)**, De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux, Thèse, Paris II, 1995 .
- **MAURY (J.)**:
 - 1-«Le concept et le rôle de de la cause des obligation dans la jurisprudence», Bulletin de société de législation comparée , 1950 .
 - 2-Observations sur la jurisprudences tant que source du droit , Dalloz, 1950 .
- **MESTRE (J.) et LAUDE (A.)**, L'interprétation active du contrat par le juge et l'exécution du contrat , Puam, 1993.
- **MONTERAN (CH.)** , «La réforme de la prévention des difficulté » , Dalloz ,2009 .

MORIN (G.) , La révolte de droit contre le code , La révision nécessaire contre le concerté juridiques (contrat, responsabilité , propriété) , SIREY ,PARIS , 1945.

- **N'DIAYE (F.) et BENABENT (A.) et RANIERI(F.)** , Le principe de bonne foie: essai de définition unitaire sous l'angle de la confiance en droit allemand et en droit français , Thèse pour obtenir le grade de doctorat , , Université de Lille II, Villeneuve d'Ascq ,2005 .
- **NICOD (M.)**, Le formalisme en droit des libéralités , Thèse , Paris XII , 1996.
- **OBED (E.)**, Le calcul du prix dans les contrats internationaux, Thèse, MONTPELLIER, 1990.
- **OSMAN (F.)** , Les principes généraux de la lex mercatoria , Thèse , Lgdj, Paris , , 1980 .

- **OUELHAZI (R.)** , Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat , Thèse doctorat, Université robert Schuman de Strasbourg , 1997.
- **PACLOT (Y.)** , Recherche sur l'interprétation juridique , Thèse , Paris , 1988.
- **PAELMAN (Ch.)** , Le raisonnable et le déraisonnable en droit , .Sirey , 1978 .
- **PELLERIN (J)** , Les clauses relatives à la réparation des risques financiers entre les contractants , Thèse , Paris II , 1997 .
- **PLEGION-ZIKA (C-M.)** , La notion de clause abusive au sens de l'article 132-1 de code de la consommation , Thèse de doctorat , Droit privé , Université Panthéon-Assas , Paris, 2013.
- **POPESCU (C-M.)** , Essai d'une théorie d'imprévision en droit français , Thèse , Paris , 1937.
- **Planiol .Ripert . ESMEIN** , Droit civil français , Les obligations , Lgdj, Paris , 1952 .
- **PENIN (O.)** , La distinction de la formation et de l'exécution du contrat , Lgdj, Paris, 2012 .
- **PONCEAU (R.)** , La volonté dans le contrat suivant le code civil , Essai d'une construction nouvel , Librairie nouvelle de droit et de la jurisprudence ,Arthur Rousseau , Paris , 1921.
- **POTHIER (R-J)** , Traité de la vente , in œuvre complètes de POTHIER par Rogron et firbach , Paris, 1830 .
- **RAYMOND (G)** , La protection du consommateur dans les opérations de crédit , Gaz , Pal 2^{ème} sem.,1978.
- **RANOUIL (V)** , L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept , Puaf , Paris , 1980 .
- **RENAULT-BRAHINSKY (C.)** , L'essentiel du droit des obligations , , 7^{ème} édition, Gualino , 2011-2012.
- **RIALS (S.)** , Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité) , Thèse , Lgdj , 1980 .
- **RICHER (L.)** , Droit des contrats administratifs , 5^{ème} éd, Lgdj , , 2006.
- **RIEG (A.)**, La «ponctuation» , Contribution à l'étude de la formation successive du contrat , Mélanges JAUFFRET (A) , 1974 .
- **RIPERT (G.)** , La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd, Lgdj, Paris, 1949.

- **ROUJOU DE BOUBEE (M-E.)** , Essai sur la notion de réparation , Thèse , Lgdj, 1974 .
- **RZEPECKI (N.)** ,Préface WIEDERKEHR Georges ,Droit de la consommation et théorie générale du contrat , Presse universitaires D'AIX – MARSEILLE, 2002.
- **STARCK (B):**
 - 1-sur le régime juridique de clause de non limitative de responsabilité , Dalloz , 1974.
 - 2-Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile
 - Considéré en sa double fonction de garantie et de peine Privée , Paris, 1947
- **STOFFEL-MUNCK (P):**
 - 1-L'Abu dans les contrat (essai d'une théorie) , LGDJ , Paris 2013
 - 2-Regards sur la théorie d'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé Français contemporain, PUAM , 1994
- **TEYSSIE (B)** ,Les groupe de contrats , LGDJ ,Paris, 1975.
- **THIBERGE (L)** ,préface de **AYNES Laurent** , le contrat face a l'imprévu . Lgdj,Paris,2014
- **TREITEL (G.H)** , Frustration and force majeure , LONDON Sweet et Maxwell ,2004 .
- **Van Ommesleghe (P.)**, La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique,,Lgdj, Paris, 2001.
- **Waline**, L'individualisme et le droit, Paris, 1943, cité par Chevallier (J-J) in Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours, 7ème éd ,Dalloz, 1985.
- **Walin (M)** , Traite de droit administratif , , 9^e Edition , Sirey, 1963

III-Articles

- **ANCEL (P.)** , Force obligatoire et contenu obligationel , RTD .civ , 1999.

- **CANSELIER (G.)** , A propos de la distinction de la réticence dolosive et de l'inexécution de l'obligation d'information , La revue de la recherche juridique , Droit prospectif , N°2, 2005 .
- **CROTEU (N.)**, Le contrôle des clause abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi ,RDUS , N°26 , 1996 .
- **DEMOGUE (R.)** , De la violence comme vice de consentement ,Dalloz ,1914.
- **GUEGUEN (J-M)** , Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle , , Revue n°44 , Dalloz, 1999 .
- **GHAZAL (J-P)** , De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil , RTD .civ , 2001 .
- **GRYNBAUM (L)** , «De la règle morale à une morale sociale: vers un nouvel ordre? » RDC n°3,1^{er} juillet 2004 .
- **GWENDOLINE (L)** , L'équilibre du contrat (équilibre contractuelle et sécurité juridique) , Presse universitaires D'AIX Marseille , 2012 .
- **KHAIRALLAH (G.)**, (Le « raisonnable» en droit privé français- Développement récent) , RTD , civ , 1984 .
- **LAITHIER (Y-M.)** , L'incidence de la crise économique dans les droits de common law , Intervention lors du colloque de la revue des contrats consacré aux préversion contractuelle à l'épreuve de la crise économique , RDC ,Paris, 2010 .
- **LAJOYE(Ch.)** , De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle , RDF n° 1 ,université de caen , 2002.
- **LEFEBVRE Brigitte**, la bonne foi: notion protéiforme, Revue n 26 , 1996
- **LEVENEUR (L)** , Vente entre professionnelles et clause limitative de responsabilité Contractuel , Conc.,consom.,1994 , Chron.3 .
- **MAZEAUD (D)**, L'attraction du droit de la consommation, , Dalloz, 1998
- **MAZEAUD (H et L)**,Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle , 4^{ème} Ed , tome 1 , n°100 ,PARIS, 1946-1947 .
- **MINGNOT (M)** , De la solidarité en général , et du solidarisme contractuel en particulier , RRJ , Presses universitaires D'AIX-MARSEILLE , 2004 .

- **Moury (J.)** , Une embarrassante notion: L'économie du contrat , Recueil DALLOZ , N°24 , 2000 .
- **ROUAST (A)** , Les droit discrétionnaires et les droit contrôlés , RTD CIV , 1944.
- **SAHRI (F)** , La protection juridique de consommateur contre les clauses abusives a travers la loi 04-02 du 23/6/2004 et le décret exécutif 06/306 du 10/09/2006, Rsj, N°12 , Université Annaba ,2008 .

الفهرس

1	المقدمة
	الباب الاول:
7	-تكوين العقد في ظل عدم تكافؤ مراكز المتعاقدين
	الفصل الاول:
9	-مركز المتعاقدين في ظل الأحكام الاقتصادية المستحدثة
	المبحث الأول:
10	-تعارض مبدأ سلطان الإرادة مع معطيات التعامل الحديث
10	المطلب الأول: مبدأ الحرية التعاقدية
10	الفرع الأول: أساس مبدأ الحرية التعاقدية
10	أولاً: مبدأ سلطان الإرادة
11	1- القانون الطبيعي
12	2- نظرية العقد الاجتماعي
13	3- الليبرالية الاقتصادية
15	ثانياً: تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في الأنظمة القانونية
16	1- في القانون الجزائري
19	2- في القانون الفرنسي
22	3- في قانون التجارة الدولية
24	الفرع الثاني: التعبير عن مبدأ الحرية التعاقدية
24	أولاً: من حيث قبول التعاقد أو عدم التعاقد
25	ثانياً: من حيث الأشخاص

27.....	ثالثا: من حيث المضمون.....
30.....	رابعا: من حيث الشكل.....
32.....	المطلب الثاني: العقود غير متساوية الأطراف.....
33.....	الفرع الاول: نشأة وضعية قانونية ما قبل التعاقد.....
34.....	أولا: الدعوة الى التعاقد.....
34.....	1-الدعوى إلى التعاقد والإيجاب.....
37.....	2-الدعوى إلى التعاقد ومبدأ حسن النية.....
38.....	ثانيا: تطور شكلية جديدة.....
	الفرع الثاني: ظهور مركز تعاقدى قوي أثناء تكوين العقد
41.....	
42.....	أولا: اختلال التوازن في التعبير عن الارادة.....
42.....	1-النظرية اللائحية.....
43.....	2-النظرية العقدية.....
43.....	أ-عقد الاذعان عقد حقيقي.....
45.....	ب-نظرية الشروط المزدوجة.....
46.....	ثانيا: اختلال التوازن في تحديد مضمون العقد.....
46.....	1-عقد الاذعان.....
51.....	2-العقود النموذجية.....
55.....	المبحث الثاني: الحماية القانونية لمركز المتعاقد.....
55.....	المطلب الأول: معيار الحماية القانونية لمركز المتعاقد.....
56.....	الفرع الأول: المعيار الشخصي.....
56.....	أولا: البعد النفسي لمبدأ حسن النية.....
56.....	1-التدليس.....
57.....	2-الاكراه.....

58.....	ثانيا : البعد الاخلاقي لمبدأ حسن النية
59.....	1-التعسف سلوك منافي للوظيفة الاجتماعية للحق.....
62.....	2-التعسف تجاوز لحدود الحرية.....
63.....	أ-التحديد الاحادي لبنود العقد ممارسة سلطة واقع.....
64.....	ب-التعسف يخالف قاعدة قانونية.....
68.....	الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي.....
68.....	أولا: التبعية الاقتصادية.....
68.....	1-الاحتكار.....
70.....	2-المركز الاقتصادي في السوق.....
72.....	ثانيا :انعدام التوازن المعرفي.....
73.....	الفرع الثالث : المعيار القانوني.....
73.....	أولا: مركز المتعاقد في ظل أحكام القانون المدني.....
	ثانيا :مركز المتعاقد في ظل الاحكامالقانونية
75.....	المستحدثة.....
76.....	1-المستهلك.....
77.....	2-العون الاقتصادي.....
78.....	3-امتداد صفة المستهلك إلى العون الاقتصادي.....
78.....	أمدى اعتبار العون الاقتصادي طرف.....
78.....	-الاتجاه المؤيد.....
80.....	-الاتجاه المعارض.....
80.....	-الاتجاه الوسط.....
81.....	ب-موقف المشرع الجزائي.....
82.....	ثالثا :نتائجتحديد القانونلمركز المتعاقد
83.....	1-قرينة العلم لدى المحترف.....
83.....	2-قرينة الجهل لدى المستهلك.....

المطلب الثاني: الوسائل البديلة لحماية الرضا	84
الفرع الاول: الالتزام بالاعلام	85
أولاً: الوجود القانوني و الفعلي للالتزام بالاعلام في القواعد التقليدية	85
1-مقابلة الالتزام بالاعلام بمبدأ حسن النية	85
2-ضمان العيوب الخفية	88
3-شرط العلم الكافي بالمبيع	89
ثانياً : الالتزام بالاعلام وسيلة بديلة لنظرية عيوب الرضا	89
1-مضمون الالتزام بالاعلام	90
أ-الالتزام بالاعلام بالمعلومات وثيقة الصلة بموضوع العقد	90
ب-وضوح عبارات العقد	91
2-انعدام الشكل قرينة على عيوب الرضا	92
أ-الشكلية المصاحبة للالتزام بالاعلام وقائية	92
ب-عدم اشتراط العلم الفعلي بشروط العقد	94
ج-اخذ الشروط بحرفيتها دون مراعاة الهدف منها	95
3-جزاء الاخلال بالالتزام بالاعلام	96
أ-المسؤولية التقصيرية	96
ب-المسؤولية التعاقدية	97
الفرع الثاني: حق العدول	99
أولاً:حق العدول سلطة انفرادية للمستهلك	99
1-انعدام القوة الملزمة للعقد	99
أ-استقلالية حق العدول عن مبدأ الرضائية	100
ب-حق العدول استثناء لمبدأ القوة الملزمة للعقد	101

2-استقلالية حق العدول عن بعض النظم القانونية	
المقاربة.....	102
أ-حق العدول و طلب ابطال العقد لتعيب الرضا.....	102
ب-الحق العدول في التعاقد و فسخ العقد بالارادة	
المنفردة.....	103
ثانيا : حق العدول وسيلة علاجية لعيوب الرضا.....	104
1-الحق في العدول عن التعاقد لعدم رؤية المستهلك المبيع	
قبل أو أثناء التعاقد.....	104
أ-خيار الرؤية في الفقه الاسلامي.....	105
ب-التعاقد عن بعدفي القانون الوضعي.....	106
2-الحق في العدول عن التعاقد لمواجهة تسرع المستهلك في	
الاقبال على التعاقد.....	107
الفصلالثاني:الموازنة بين مركز المتعاقد و حقوقه...	109
المبحث الأول:التعارض في التوازن بين المنظور الشخصي و الفعلي.....	111
المطلب الأول:التوازن العقدي في ظل المنظور الشخصي...	111
الفرع الأول:دور الارادة في توازن الالتزامات الجوهرية.....	112
أولا:دور الارادة في تحديد الالتزامات الجوهرية.....	111
1-نظرية عيوب الرضا.....	111
أ-الغلط.....	112
ب-التدليس.....	113
ج-الاكراه.....	114
د -الاستغلال.....	114
2-تكييف بعض الانظمة القانونية المتعلقة بالمحل و السبب على اساس عيوب الرضا.....	116
أ-المحل.....	116
ب-السبب.....	118

- مدى علاقة السبب غير الصحيح بالغلط.....118
- مدى علاقة السبب غير الصحيح بالتدليس.....119
- مدى علاقة السبب غير الصحيح بالاكراه.....120
- مدى علاقة السبب غير الصحيح بالاستغلال.....120
- ثانيا : صحة التراضي قرينة على التوازن العقدي.....120
- 1-انعدام دور المحل و السبب في تحقيق توازن موضوعي.....121
- أ-عدم اقرار فكرة السبب الجزئي.....121
- ب-استبعاد رقابة موضوعية على التوازن العقدي.....122
- 2-اقرار المشرع صحة بعض العقود الغير متوازنة 124
- أ-عقد الغرر.....125
- ب-عقد الاذعان.....126
- ج-عقد الهبة.....127
- الفرع الثاني:عدم كفاية مبدأ سلطان الارادة في تحقيق التوازن المادي في الالتزامات.....128
- أولاً: انعدام التقابل.....128
- 1-انعدام التقابل في الالتزامات الثانوية.....128
- أ-أثناء تكوين العقد.....128
- ب-أثناء تنفيذ العقد.....129
- ج-أثناء انقضاء العقد.....130
- 2-انعدام التقابل في الالتزامات الجوهرية.....130
- أ-الوجود القانوني و الفعلي لحالات الغبن المجرد.....132
- ب-اقرار المشرع الشق المادي في نظرية عيوب الرضا...133
- ثانيا : انعدام التناسب.....135
- 1-الشرط الجزائي المفرط.....136
- 2-تعارض الالتزامات العقدية مع هدف العقد.....136

المطلب الثاني : تطور وظيفة العقد.....	137
الفرع الاول: التوازن العقدي في ظل المنظور الكمي...	138
أولاً: الالتزام الأساسي أداة في توازن الالتزامات العقدية.....	138
1-تطور وظيفة السبب المادي.....	138
2-ارساء مبادئ العدالة و المنفعة في التعاقد.....	141
أ-التقابل بين الالتزامات (جهود القضاء الفرنسي في مد نطاق نظرية الغبن).....	141
ب-التناسب (حالة الالتزام التعسفي).....	142
ثانياً : عدم تناغم فكرة الالتزامات الجوهرية مع الشرط التعسفي.....	144
1-الغبن.....	144
2-السبب.....	146
الفرع الثاني: التوازن العقدي في ظل المنظور النوعي.....	147
أولاً: عناصر الشرط التعسفي.....	147
1-العنصر العضوي.....	147
2-العنصر المادي.....	150
3-العنصر الوظيفي.....	151
أ-تطور دور الالتزام الثانوي في العقود.....	151
-المبدأ-حالة العبارة واضحة.....	149
-الاستثناء-حالة العبارات غامضة.....	149
ب-تطور مفهوم النظام العام (نظام عام حمائي).....	153
ثانياً : الذاتية المستقلة للشرط التعسفي.....	154
1-الشرط الرامي الى تخفيف أو الاعفاء من ضمان العيب الخفي في المبيع.....	157
2-شرط التخفيف من المسؤولية أو الاعفاء منها.....	158

3-الاتفاق على مسؤولية المدين في حالة القوة القاهرة.....	159
المبحث الثاني: الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية.....	160
المطلب الاول: تحديد مضمون العقد.....	160
الفرع الأول: عدم كفاية الارادة في التمييز بين العقد و الالتزام بالارادة المنفردة.....	161
أولا: التعاقد مع النفس.....	162
ثانيا : الشركة.....	162
1-بروز الفكرة التعاقدية.....	163
2-اضمحلال الفكرة التعاقدية.....	164
الفرع الثاني: العقد تقابل مصالح.....	165
أولا:عناصر تحديد مضمون العقد.....	166
1-العنصر العضوي-تحديد الطرف-.....	166
2-العنصر المادي.....	167
أ-المحل.....	167
ب-السبب.....	169
3-العنصر الشكلي.....	170
ثانيا :تكييف بعض الانظمة القانونية المتصلة بالتراضي على أساس السبب.....	171
1-عيوب الارادة.....	171
2-مجموعة العقود.....	172
المطلب الثاني: القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير... ..	175
الفرع الأول: تطور فلسفة قانون جديد.....	176
أولا: القانون أساس القوة الملزمة للعقد.....	176
ثانيا :دور القانون في تكوين العقد.....	177

1-تحديد العناصر الاساسية في العقد	177
أ-المحل.....	178
ب-السبب.....	180
2-تحديد القانون التوازن الظاهر في الحقوق و الالتزامات.	
.....	182
أ-البنود المتوازنة.....	182
ب-منع الشروط التعسفية.....	189
الفرع الثاني :آليات الحماية القانونية من الشروط التعسفية.....	190
أولاً: الحماية التشريعية.....	190
ثانياً :الحماية التنظيمية.....	193
1-منع الشروط التعسفية بموجب مرسوم.....	194
2-لجنة البنود التعسفية.....	194
ثالثاً : الحماية القضائية.....	195
1-من حيث الشكل.....	195
أ-الصفة الغير مباشرة في رفع الدعوى.....	195
ب-اثبات الشرط التعسفي.....	196
2-من حيث الموضوع.....	197
أ-تكريس السلطة التقديرية للقاضي.....	197
ب- تقدير وجود الشرط التعسفي.....	199
ج- تقدير جزاء الشرط التعسفي.....	203

الباب الثاني:

تنفيذ العقد في ظل الوضع الاقتصادي الجديد.....207

الفصل الأول :

دور مبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ العقد.....208

المبحث الاول :

تنفيذ العقد في ظل هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على العقد	209.....
المطلب الاول: مبدأ القوة الملزمة للعقد	210.....
الفرع الاول : مبدأ القوة الملزمة للعقد باعتبار العقد	210.....
تصرف قانوني	210.....
أولاً: التزام الاطراف بالوفاء بالتزاماتهم العقدية	211...
1-محتوى مبدأ القوة الملزمة للعقد	211.....
2-نتائج مبدأ القوة الملزمة للعقد	214.....
أ-قداسة الالتزام بالنسبة للمتعاقدین	214.....
ب-قداسة الالتزام بالنسبة للقاضي	214.....
ثانياً: تنفيذ العقد بحسب ما جاء فيه	216.....
ثالثاً: تنفيذ العقد بحسن النية	216.....
الفرع 2 :مبدأ القوة الملزمة للعقد باعتبار العقد واقعة	217.....
قانونية	217.....
أولاً: أثار العقد في مواجهة المتعاقدين	217.....
1-التنفيذ عيني	218.....
أ-مفهوم التنفيذ العيني	218.....
ب- تطابق التنفيذ العيني مع مبدأ القوة الملزمة للعقد	219.....
2-التعويض	221.....
أ-المقصود بالتعويض	222.....
ب-المسؤولية العقدية مصدر للالتزام جديد	222.....
3-الفسخ القضائي	223.....
ثانياً: أثار العقد في مواجهة الغير	223.....
1-العائد المستفيد من القانونية للعقود	224.....

أ-مشتري العقار المؤجر.....	224
ب-صاحب العمل الجديد	225
2-حق البقاء للاقارب في الاماكن.....	227
المطلب الثاني :دور الإرادة في ملائمة العقد مع الواقع	
الاقتصادي الجديد	228
الفرع الاول: الملائمة الالية للعقد مع الحادث الغير	
مؤكد	228
أولا-بند التقييس.....	231
1-علاقة الرقم المرجعي بنشاط أحد الأطراف.....	231
2-علاقة الرقم المرجعي بمحل العقد	233
ثانيا : التجربة الجزائية	234
الفرع الثاني: الملائمة الاتفاقية للعقد مع الحادث غير	
متوقع	236
أولا: أساس المعالجة الاتفاقية	236
1-بند القوة القاهرة	236
أ-في القانون المدني	236
ب-في قانون التجارة الدولية	238
2-بند إعادة التفاوض.....	240
أ-طبيعة الظرف الاقتصادي.....	242
ب-اختلال اقتصاديات العقد	243
ثانيا : التفاوض.....	244
1-سير التفاوض.....	245
أ-الالتزام التعاقدي.....	245
ب- مآل العقد أثناء عملية التفاوض.....	246

246.....	2-نتائج التفاوض
247.....	أ- نجاح التفاوض
247.....	ب- فشل التفاوض
248.....	المبحث الثاني :تنفيذ العقد في ظل تدهور مبدأ سلطان الإرادة
250.....	المطلب الاول:ضرورة ملائمة العقد معمتطلبات المنفعة و العدالة
249.....	الفرع1:تعارض الملائمة الذاتية للعقد مع الواقع الاقتصادي الجديد
249.....	أولا:أثناء تكوين العقد (عيوب الإرادة)
250.....	1-الغلط
250.....	أ-الغلط في الظروف المستقبلية
252.....	ب-الغلط في القيمة
253.....	2-الاكراه
254.....	ثانيا : أثناء تنفيذ العقد
255.....	1-انعدام المنفعة من التفاوض
255.....	أ-الزوال الدائم للمنفعة في العقد
256.....	ب-الزوال الكامل للمنفعة في تنفيذ العقد
257.....	2- تعارض المصالح عائق في إعادة التوازن العقدي
261.....	الفرع2:ملائمة العقد مع الواقع الاقتصادي الجديد
260.....	أولا: الملائمة الواقعية للعقد
260.....	1-العدل و المنفعة مسألة واقع
260.....	أ-العدل التبادلي أساس استقرار التوازن الاقتصادي
262.....	ب-استقرار قيمة المنفعة أساس استقرار القيمة المادية للالتزام
263.....	2-سلطة القاضي فيملائمة الواقع الاقتصادي للعقد مع متطلبات المنفعة و العدالة

264.....	ثانيا : الملائمة القانونية
265.....	1-في عقد الوكالة
266.....	2-في عقد الشركة
267.....	3-في عقد العمل
268.....	المطلب الثاني: القانون أساس ملائمة العقد
269.....	الفرع 1:تكريس نظرية عدم التوقع
269.....	أولا:نظرية القوة القاهرة
269.....	1-القوة القاهرة في ظل القوانين القديمة
270.....	أ-في القانون الروماني
271.....	ب-في القانون الفرنسي القديم
271.....	- رأي Pothier
272.....	-رأي Domat
273.....	2-قانون نابوليون
274.....	ثانيا : نظرية الظروف الطارئة
274.....	1-القضاء
274.....	أ-القضاء العادي
275.....	ب-القضاء الإداري
276.....	2-التشريع
277.....	أ-موقف التشريعات التي اعتدت بنظرية الظروف الطارئة كنظرية عامة
278.....	ب-نظرية الظروف الطارئة في ظل التشريعات التي لم تعتد بها كنظرية عامة
280.....	الفرع الثاني:شروط ملائمة العقد
280.....	أولا: الشروط المتصلة بالتصرف القانوني

1-مدى اشتراط أن يكون العقد مستمرا	281
2-مدى اشتراط أن يكون العقد محددا	282
3-مدى اشتراط أن يكون العقد ملزم لجانبين	283
ثانيا : الشروط المتصلة بالحادث	284
1-حادث أجنبي	284
أ-حادث أجنبي عن المدين	284
ب-حادث أجنبي عن العقد	286
2-حادث غير متوقع	286
3- حادث استثنائي	287
4-تدرج الأثر المترتب على الحادث-عدم امكانية الدفع	288
أ-نطاق عدم إمكان دفع الحادث من حيث الموضوع	289
ب- من حيث الأشخاص	290
ثالثا : أثر الحادث على العقد	291
1-انعدام التقابل	291
أ-انعدام التقابل في العقد	291
ب-انعدام التقابل في الالتزامات	293
2-انعدام التناسب	295
الفصل الثاني: سلطة القاضي في تطويع العقد	297
المبحثا لأول:سلطة القاضي في التفسير	298
المطلب :تفسير العقد	298

299.....	الفرع الاول: التفسير الشخصي
299.....	أولا: مطابقة العقد بالوقائع
302.....	ثانيا : وسائل التفسير الشخصي
304.....	الفرع2: التفسير الموضوعي
305.....	أولا: الوسائل التقليدية في التفسير
305.....	1- قواعد العدالة.....
306.....	2- النظام العام
310.....	3- العرف.....
310.....	ثانيا : الوسائل العصرية
311.....	1-نظرية التوقع المعقول.....
312.....	2-نظرية احباط هدف الاقتصادي.....
315.....	3-نظرية اساس التعاقد
317.....	المطلب الثاني: تفسير القانون.....
317.....	الفرع الأول: التفسير بين الشكلية و الموضوعية
317.....	أولا: التفسير الشكلي.....
318.....	1-التشريع المصدر الوحيد في التفسير.....
318.....	أ-مدرسة الشروح على المتون
319.....	ب-وظيفة التفسير.....
320.....	2-جمود التفسير الشكلي.....
320.....	ثانيا : التفسير الموضوعي.....
320.....	1-المدرسة المثالية
321	أ-الاخلاق

ب-الحق.....	322
2-المدرسة الواقعية.....	323
أ-القانون انعكاسا واقع معاش.....	324
ب-اعتداد القاضي بالارادة المحتملة.....	324
3-عدم ملائمة التفسير الموضوعي للقاعدة القانونية مع مفهومها.....	326
أ-تعارض التفسير الموضوعي مع مفهوم القاعدة القانونية.....	326
ب-غموض فكرة التفسير الموضوعي للقاعدة القانونية.....	326
ثالثا-موقف القانون الانجليزي من التفسير.....	327
الفرع 2:التوفيق بين العنصر الموضوعي و الشكلي للحق.....	329
أولا:مدرسة التفسير العلمي.....	329
1-عنصر العلم.....	330
أ-عنصر واقعي تجريبي.....	330
ب-العنصر المثالي.....	330
2- عنصر الصياغة.....	330
ثانيا :الاستناد الى تفسير القانوننقصد تطويع العقد.....	331
1-التوفيق بين العناصر الذاتية و الموضوعية للحق.....	331
2-التوفيق بين العنصر الشكلي و الموضوعي للحق.....	332
أ-زوال عناصر تكوين العقد.....	332
2-انعدام عناصر تنفيذ العقد.....	344
أ-مبدأ القوة الملزمة للعقد.....	338

ب-مبدأ حسن النية.....	340
المبحث الثاني:مغايرة دور القاضي في ظل نصوص قانونية خاصة في القانون المدني	344
المطلب الأول :تعديل العقد.....	344
الفرع الاول: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد.....	345
أولا:حدودسلطة القاضي في تعديل العقد.....	345
1-سريان القانون من حيث الزمان.....	345
2-القيود المتعلقة بتحريك الدعوى.....	347
أ-مبدأ حسن نية المدين.....	347
ب-مراعاة مصلحة الطرفين.....	348
ج-مراعاة الظروف الاقتصادية.....	350
د-حالة الاستعجال.....	350
3-القيد المتعلق بسلطة القاضي في التعديل	351
ثانيا: علاقة نظرية الظروف الطارئة بالنظام العام.....	352
الفرع الثاني:وسائل تعديل العقد	356
أولا :تعيين مقدار الالتزام.....	357
1-إنقاص الالتزام المرهق	357
2-زيادة مقدار الالتزام.....	359
ثانيا:تعيين طريقة تنفيذ الالتزام.....	361
1-تنفيذ العقد مقدما.....	362

2-وقف تنفيذ العقد.....	363
3-امتداد العقد.....	365
المطلب الثاني:فسخ العقد	366
الفرع 1:مدى سلطة القاضي في فسخ العقد	366
أولا :إذ كان تنفيذ التزام المدين مستحيل.....	367
1-استحالة مؤقتة.....	367
2-استحالة دائمة.....	368
ثانيا: إذ كان تنفيذ الالتزام مرهقا.....	369
1-في قواعد القانون المدني.....	369
2-في قواعد القانون الإداري.....	375
أ-المبدأ:استمرار تنفيذ العقد.....	375
ب-الاستثناء : فسخ العقد.....	377
الفرع الثاني:فسخ العقد في ظل بعض العقود التي نص عليها القانون	379
أولا:الذاتية المستقلةلسلطة القاضي في فسخ العقد عن انهاء.....	379
ثانيا: فسخ العقد في بعض العقود الخاصة.....	381
1-التطبيق الخاص على عقد الإيجار	381
2-التطبيق الخاص على عقد المقاولة	385
الخاتمة.....	388

ملخص

تبنى القانون المدني مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لظروف اقتصادية و اجتماعية و سياسية، التي أدت إلى صدور إعلان الثورة الفرنسية سنة 1789، و تأثر القانون المدني الجزائري بقانون نابوليون لسنة 1804 و استمد منه قواعده.

غير أنه أصبحت قواعد القانون المدني التقليدية لا تلئم الواقع الاقتصادي الجديد، إذ أدت الظروف الاقتصادية الجديدة إلى انقسام المجتمع إلى فئتين غير متكافئة اقتصاديا ، المحترف أو المتدخلين و المستهلكين الذين يمثلون أغلبية المجتمع، مما أدى بالتشريعات التي كانت تتبنى السياسة الليبرالية للتدخل في حماية الطرف الضعيف من خلال قوانين حماية المستهلك غير أن هذا لا يعني أن الدولة تتدخل في الاقتصاد و إنما تحتفظ فقط بدورها في الضبط الاقتصادي.

كما أن الحربين العالميتين أدت إلى انهيار توازن العقود الآجلة مما لا يتسق ذلك مع مبدأ العدالة ، و هذا ما أدت بالتشريعات إلى سن قوانين دائمة و مؤقتة لرد التوازن العقدي إلى الحد المعقول.

Resumé

Le droit civil a adopté le principe de la volonté en raison des conditions économiques, sociales et politiques, ce qui a conduit à la promulgation de la charte de la révolution française de l'année 1789. le droit civil algérien s'est inspiré de code civil français de Napoléon 1804.

à l'époque du code civil la validité du contrat était subordonné à un contrôle assez faible. le contrat était valable à partir du moment où il respectait les valeurs essentielles de la société : l'ordre public classique. Mais à partir du 20^{ème} siècle l'ordre public s'est développée dans l'ordre publique de directions :

Les pouvoirs publics sont intervenus pour corriger les excès du libéralisme économique. les pouvoirs publics ont pris en charge la définition de l'intérêt général. Ainsi l'Etat intervient pour diriger l'activité contractuelle des parties dans un sens jugé conforme à l'intérêt général. Le contrat s'est trouvé soumis à un ordre de direction.

Pour autant, le rejet de la théorie de l'imprévision par l'ordre judiciaire n'est pas allé de soi. Pendant longtemps les tribunaux se sont ponctuellement arrogé le droit de réviser des conventions devenues déséquilibrées suite à la survenance d'un évènement imprévisible. Il aura fallu que la Cour de cassation intervienne par le fameux arrêt du 6 mars 1876 dit «Canal de Craponne» pour que la fronde cesse et que les juridictions chantent enfin à l'unisson, mai malgré sa les legislation n'ont pas adopté la théorie de l'imprévision jusqu' après les deux guère mondiaux suite au bouleversement de l'économie de contrats concluent avant la guere .