

جامعة مولود معمري

تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية



الشروط التعاقدية في عقود الأعمال

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص قانون الأعمال

إشراف:

د. / نسير رفيق

إعداد الطالبين :

حابت عمر

حدادو هلال

لجنة المناقشة:

د. / آيت وازو زائنة، أستاذة محاضرة أ ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو رئيسة

د. / نسير رفيق، أستاذ محاضر ب، جامعة مولود معمري، تيزي وزو مشرفا ومقررا

أ. / أعراب أحمد، أستاذ مساعد أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ممتحنا

تاريخ المناقشة: 14 جويلية 2016

إهداء

إلى الوالدين الكريمين،

إلى العائلة،

وإلى الزملاء...

حابت عمر

أهدي هذا العمل

إلى والديّ،

إلى إخوتي وأخواتي،

إلى كل أفراد عائلة حدادو،

وإلى أصدقائي كل باسمه.

حدادو هلال

كلمة شكر

اعترافاً بالفضل و الجميل ونوجه بعميق الشكر و التقدير و الامتنان إلى
أساتذتنا

الذين نور نسير رفيق

الذين أشرف على هينا العمل، رغم انشغالهم، ونعجهه بالنصوب وفي
جميع مراحل إنجازه، وزودنا بالنصائح و الإرشادات التي أضاءت
أمامنا سبل البعث، فالحمد والشكر الجزيل له.

كما بنو جب علينا شكر أساتذتنا أعضاء لجنة المناقشة، لقبولهم تقدير
هينا العمل ومناقشته.

نشكر أيضاً جميع معلمينا وأساتذتنا خاصة وفي كلية الحقوق ببلدية
وحملاط، وهينا كل عمال مكتبة الكلية.

قائمة بأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ت.م.ج.	تقنين مدني جزائري.
ت.ت.ج.	تقنين تجاري جزائري.
ت.إ.م.إ.ج.	تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
ج.ر.	جريدة رسمية.
ص.	صفحة.
ص.ص.	من الصفحة إلى الصفحة.
ع.	عدد.

ثانياً: باللغة الفرنسية

éd.	Edition.
J. O. R. F.	Journal officiel de la république française.
L. G. D. J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
N°	Numéro.
op. cit.	opere citato= dans l'ouvrage cité.
p.	page.
p. p.	de la page à la page.

مقدمة

يُعرّف قانون الأعمال بأنه مجموعة القواعد القانونية المرتبطة بنشاط وأعمال المؤسسات بصفة عامة. والمؤسسة كما ورد تعريفها في قانون المنافسة¹ هي كل شخص طبيعي أو معنوي، أيا كانت طبيعته و يمارس بصفة دائمة نشاط الإنتاج، التوزيع، والخدمات. فالمؤسسة بهذا المفهوم تنطبق على مفهوم المتعامل الاقتصادي. كما يُعرّف قانون الأعمال بتشعبه وذلك لاتصاله بعدة مجالات منها ما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية، مجال المنافسة، حماية المستهلك، القانون الجبائي....، وفي هذا الإطار يسعى المتعاملون الاقتصاديون أثناء ممارستهم لنشاطهم إلى التعاقد مع غيرهم لتلبية مختلف احتياجاتهم، وذلك من خلال إبرام اتفاقات وعقود فيما بينهم، فاقترنت هذه الفكرة (فكرة التعاقد) كثيراً بمفاهيم الحياة الاقتصادية وبمجال الأعمال، فسميت هذه العقود بعقود الأعمال.

إن عقود الأعمال لم تعرّف من الناحية القانونية، لذا فهي تتمثل في تلك العقود التي تتم بين المتعاملين الاقتصاديين وفق الحاجات التي يرغبون في تحقيقها عند ممارستهم للنشاط الاقتصادي، فقد تتعلق هذه العقود بالتجارة، كما قد تتعلق بالأموال والاستثمار والخبرة والتكنولوجيا.

تتنوع عقود الأعمال على حسب حاجة المتعامل الاقتصادي والنشاط الذي يمارسه، فمن كان بحاجة لممارسة التجارة من خلال الحصول على السلع سواء لغرض بيعها أو لإعادة تسويقها، فيلجأ إلى إبرام صنف خاص من عقود الأعمال تسمى بالعقود التجارية، كعقد البيع التجاري، عقد التوزيع، عقد الفرانشيز....، كما قد تكون حاجة المتعامل الاقتصادي الحصول على الأموال اللازمة لتمويل مشاريعه ونشاطاته، فنكون هنا أمام صنف من عقود الأعمال تسمى بعقود التمويل، كعقد الاعتماد الإيجاري، عقد تحويل الفاتورة، عقد الاعتماد المستندي....، أما المتعامل الاقتصادي الذي هو بحاجة لاكتساب المعرفة الفنية والخبرة والتكنولوجيا بغرض مواكبة مختلف التطورات، فإنه يلجأ لإبرام عقود نقل التكنولوجيا، نذكر منها عقد التسيير أو المناجمت، عقد الفرانشيز، عقد المفتاح في اليد، عقد ترخيص براءة الاختراع. كما أنه من الاحتياجات الضرورية للمتعامل الاقتصادي مواجهة مختلف المخاطر التي قد تقع له في المستقبل، لذا فإنه يستعين بإحدى عقود الأعمال التي تسمى بعقود الضمان وأهمها عقد التأمين.

¹ المادة 03 من الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، ج. ر. ع. 43، يتعلق بالمنافسة، مؤرخ في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم.

تتميز عقود الأعمال بعدة خاصيات، الأمر الذي يجعلها تختلف عن العقود التقليدية من عدة زوايا، فبالنظر إلى مبدأ نسبية التعاقد المنصوص عليه في المادة 108 من التقنين المدني الجزائري¹، فإن أثر العقد ينصرف فقط إلى الأطراف المتعاقدة، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن الأخذ به في عقود الأعمال؛ إذ ترتب هذه الأخيرة آثاراً قانونية تمتد إلى الغير، وهذا ما نجده في كثير من عقود الأعمال، كعقد التأمين، عقد تحويل الفاتورة وعقد الاعتماد الإيجاري².

أما بالنسبة لأطراف عقود الأعمال، فعلى عكس العقود التقليدية التي تتسم بالبساطة، فإن أطراف عقود الأعمال تتمثل في المتعاملين الاقتصاديين الذين يكونون غالباً خبراء ومهنيين في مجالهم، الأمر الذي يضعنا أمام صورتين: فقد يتم التعاقد بين طرفين يمتلكان الخبرة والمعرفة الفنية، ففي هذه الحالة هناك تكافؤ في المراكز الاقتصادية للأطراف، كما قد يتم التعاقد بين طرف قوي اقتصادياً يمتلك رؤوس الأموال والخبرات، مع طرف يفتقر إليها، فيكون هذا الطرف الضعيف في مركز المستهلك³، وفي هذه الحالة لا يكون هناك تكافؤ في المراكز الاقتصادية للأطراف.

بالرجوع لمختلف عقود الأعمال، نجد أن جل التشريعات لم تنظمها كلها، بل بعضاً منها، وتركت تنظيمها لإرادة الأطراف المتعاقدة وفق مبدأ سلطان الإرادة مع مراعاة المصالح الاقتصادية التي يسعى الأطراف لتحقيقها⁴، فإرادتهم هي التي تنشأ العقد، وهي التي تحدد مضمونه.

وإذا علمنا أن العقد يتكون من مجموعة من الشروط والبنود التعاقدية، فإن مضمون العقد لا يتحدد إلا بمعرفة هذه الشروط التعاقدية وبالإحاطة بها، فمفهوم العقد لم يعد ذلك المفهوم الذي كان

¹ تنص المادة 108 من ت.م.ج. على ما يلي: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام...".

² فعقد الاعتماد الإيجاري يرم بين شركة الاعتماد الإيجاري والمستفيد المستأجر، إلا أن آثار هذا العقد تمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد والممثل في البائع، وهذا فيما يتعلق بأحكام ضمان العيوب الخفية مثلاً، فهذا التصرف يكيف على أنه تصرف قانوني ثلاثي، وفي هذا الصدد ارجع إلى: **نسير رفيق**، محاولة من أجل نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

³ هذا وفقاً للتعريف الموسع للمستهلك، في هذا الصدد، انظر، **بن سعيدي سلمة**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014، ص. 10.

⁴ **نسير رفيق**، "الإرادة في التصرفات القانونية"، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، ع. 01، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص. 304-342، ص. 341: "قد بقي هذا المبدأ (أي مبدأ سلطان الإرادة)، ولوقت طويل، من أهم المبادئ المتداولة في الفقه المدني....، غير أنه مع تراجع الفلسفة الفردية القانونية، تغيرت نظرة رجال القانون تجاه هذا المبدأ....، كما أن التعمق في النصوص القانونية، يظهر أن الأساس فيها ليس الإرادة وإنما المصلحة الاقتصادية التي تسعى الإرادة إلى تحقيقها...". بتصرف.

عليه بالأمس¹. فالشروط التعاقدية هي التي ترسم المسار الذي يمكن للعقد أن يتخذه، منذ بداية المفاوضات وإبرام العقد، لغاية انقضاءه بل حتى بعد ذلك، ومن هنا تكمن أهمية دراسة الشروط التعاقدية.

تعرف الشروط التعاقدية على أنها تلك الأحكام التي تدرج في العقد والتي يكون لها تأثير على هذا الأخير، فهي تمثل الركائز التي يقوم عليها الهيكل التعاقدي².

أمام هذه المعطيات، نتساءل حول تأثير المراكز الاقتصادية للأطراف على أحكام وبنود عقود الأعمال؟.

تنحصر دراستنا للشروط التعاقدية في محاولة لوضع تصنيف لها، وفق وحسب طبيعة وخصائص عقود الأعمال- التي كما ذكرنا- قد يكون فيها الأطراف في حالة تكافؤ اقتصادي، وقد لا يكونون كذلك.

ولمقاربة هذا الإشكال، سنتناول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف (الفصل الأول)، ثم الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف (الفصل الثاني).

¹ L. Cadiet, "Interrogations sur le droit contemporain des contrats", *Economica*, 1987, citée par H. Genevière, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, thèse, Université Paris 2, Paris, L.G.D.J. 2012, p. 01: " le contrat n'est plus celui qu'il était hier, en 1804".

² G. Nicolas, *Essai sur les clauses contractuelles*, thèse, Université d'Auvergne-Clermont Ferrand 1, Clermont Ferrand, 2014. p. 01.

الفصل الأول

الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز
الاقتصادية للأطراف

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف، يمكن لطرفي العقد التفاوض على إدراج شروط تعاقدية بكل حرية، مما يسمح لهم بتكييف العقد على حسب إرادتهم، كما يسمح لهم بضمان تنفيذ العقد، وحسن سير العلاقة التعاقدية.

إن التكافؤ في المراكز الاقتصادية للأطراف المتعاقدة يسمح بتصنيف الشروط التعاقدية في عقود الأعمال وفق المعيار الوظيفي، أي من خلال وظيفة هذه الشروط وتأثيرها على العقد وعلى سير العلاقة التعاقدية. فبعد أن تتجه إرادة الأطراف إلى إبرام العقد، يسعى طرفي العقد للتعبير عن إرادتهم من خلال وضع الشروط والبنود التي تحدد مضمون العقد، تنفيذه، وآثاره، مع الأخذ بالاعتبار الإطار القانوني المحدد للعقد. فمن خلال هذا، تميل إرادة الأطراف لبلوغ أربع غايات أساسية: تنظيم تنفيذ العقد، توقع مختلف المخاطر التي قد تقع وتؤثر على السير الحسن للعلاقة التعاقدية وبالتالي الوقاية منها، تنظيم حالات عدم صحة وعدم تنفيذ العقد، والجزاءات المترتبة على ذلك، وكذا تحديد الجهة المختصة في تسوية النزاعات إن حدثت.

فدراسة الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف تستلزم تسليط الضوء على الشروط التعاقدية التي تؤثر على تنظيم العلاقة التعاقدية (المبحث الأول)، كما تستلزم أيضا التعرض للشروط التعاقدية المتعلقة بتسوية النزاعات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الشروط التعاقدية التي لها تأثير على تنظيم العلاقة التعاقدية

يسعى الأطراف، عند إبرامهم للعقد، إلى وضع شروط تعاقدية بهدف تنظيم علاقتهم، من خلال تحديد وتنظيم التزامات كل طرف، سواء أثناء المفاوضات، أو عند تنفيذ العقد، أو حتى بعد انقضاءه، فتكون لهم كل الحرية في ذلك وفق إرادتهم ووفق المصلحة الاقتصادية التي يسعى الأطراف لتحقيقها، مع وجوب التقيد بالأحكام القانونية الإلزامية التي تُفرض على علاقتهم التعاقدية والتي لا يجوز مخالفتها.

إنّ تنظيم العلاقة التعاقدية من خلال تحديد التزامات أطراف العقد يؤدي لا محالة إلى تنظيم المخاطر التي قد تؤثر على تنفيذ العقد، في هذا الإطار يتم إدراج شروط تعاقدية في العقد سواء لتنظيم مختلف الالتزامات، أو لتنظيم المخاطر.

فإذا كان للشروط التعاقدية المتعلقة بتنظيم التزامات الأطراف تأثير مباشر على تنفيذ العقد (المطلب الأول)، فإن الشروط التعاقدية المتعلقة بتنظيم المخاطر تهدف بالمقابل إلى الوقاية وتوزيع تبعات إمكانية عدم تنفيذ العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشروط التعاقدية المتعلقة بتحديد الالتزامات ما بين الأطراف

للإرادة سلطان كبير في المجال التعاقدي، خاصة بما تتمتع به من حرية سواء في تعديل آثار العقد، وتعديل نتائجه، أي تكييفه على النحو الذي يبتغيه الأطراف، وذلك عن طريق الشروط التعاقدية، إلا أن هذه الحرية (حرية التعاقد) مقيدة من طرف القانون ؛ إذ نجد في كثير من عقود الأعمال أن القانون تدخل سواء عن طريق التشريع أو التنظيم بأحكام إلزامية على شكل شروط تدرج في العقد.

فنتناول أولاً في هذا المطلب حرية الأطراف في تنظيم التزاماتهم التعاقدية (الفرع الأول)، ثم تدخل المشرع في وضع شروط تعاقدية قانونية تدرج في العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط التعاقدية الناتجة عن إرادة الأطراف

بالرجوع لمختلف عقود الأعمال نجد أنّ كثيراً منها لم يُنظم من الناحية القانونية، بل تُرك تنظيمها للأطراف المتعاقدة وفق قواعد وأعراف المعاملات التجارية والاقتصادية، مما يسمح للمتعاقدين بالتعبير عن إرادتهما بكل حرية، وذلك من خلال إدراج شروط تعاقدية في العقد، ويمكن تقسيم

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

هذه الشروط إلى شروط تعاقدية تنظم طرق وأساليب تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين الأطراف (أولاً)، وشروط تضمن استقرار واستمرارية العلاقة التعاقدية (ثانياً).

أولاً- الشروط التعاقدية التي تنظم طرق تنفيذ التزامات الأطراف

يتركز موضوع هذه الشروط حول طرق وكيفيات تنفيذ التزامات أطراف العقد التي لم ينظمها المشرع بل ترك ذلك لإرادة الأطراف، ويتعلق الأمر هنا بالشروط التي تخفف من التزامات أحد أطراف العقد أو الشروط التي تعزز وتقوي من التزاماته وكذا المرتبطة بالبعد الزمني أو الكمي أو النوعي.

فمن أمثلة الشروط التي تخفف أو تعزز التزامات أحد أطراف العقد ما ورد في القسم الثالث من القانون المنظم لعقد الاعتماد الإيجاري¹، حيث نصت المادة 17 منه على إمكانية اتفاق الأطراف على وضع شروط تعاقدية سواء تعلقت بالتزام المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو فردية، أو إعفاء المؤجر من الالتزامات الملقاة على عاتق صاحب ملكية الأصل المؤجر، كتحملة النفقات والمخاطر والالتزام بصيانة هذا الأصل وإصلاحه والالتزام باكتتاب تأمين، كما يمكن أن يحتوي عقد الاعتماد الإيجاري شروطاً تنص على تنازل المستأجر عن ضمان الاستحقاق وعن ضمان العيوب الخفية، وإمكانية المستأجر بمطالبة المؤجر بتبديل الأصل المؤجر في حالة قدم طرازه ونوعه خلال مدة العقد².

من خلال هاتين المادتين نرى بأنه يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على إدراج شروط تعاقدية في عقد الاعتماد الإيجاري حيث تخفف من التزام أحد أطرافه وفي المقابل فإن ذلك يعزز من التزام الطرف الثاني فهو الذي يتحملة.

¹ لقد نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الاعتماد الإيجاري بموجب الأمر رقم 09-96 مؤرخ في 10 جانفي 1996، ج. ر. ع. 03، يتعلق بالاعتماد الإيجاري، مؤرخ في 14 جانفي 1996.

² المادة 17 و18 من الأمر رقم 09-96، السالف الذكر.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

ومن أمثلة الشروط التعاقدية المرتبطة بالبعد الزمن مسألة تحديد المدة اللازمة لتنفيذ عقد الفرائشيز، حيث يرجع ذلك لعدة عوامل ومقتضيات يتعلق معظمها بموضوع عقد الفرائشيز، وكذا طبيعة ونوعية المنتج والخدمة المقدمة والمدة التقديرية لحياة هذا المنتج والخدمة ومدى بقاء الجمهور مرتبطا بهما، كما تتصل بعوامل اقتصادية أخرى كقيمة الاستثمارات التي ينبغي استعمالها من قبل المانح الفرائشيزي وبالأرباح المتوقعة من تقنية الفرائشيز، فيقتضي إذا على طرفي العقد أن يأخذا بعين الاعتبار كل هذه العوامل عند تحديد مدة العقد لتنفيذه بنجاح ولتحقيق مصلحة كلا الطرفين بفعالية¹.

فإذا مدة تنفيذ العقد تعدل وتحدد حسب عدة عوامل مرتبطة بمصالح طرفي العقد.

أما بالنسبة للشروط التعاقدية المتعلقة بالبعد الكمي والنوعي، فإنه لا يستلزم أن تكون الكمية أو النوعية معينة ومحددة ولكن أن تكون قابلة للتعين والتحديد، وفي أغلب العقود فإن المتعاقدين لا يترددان في استخدام هذه المرونة لتنظيم وتوزيع التزاماتهم التعاقدية المرتبطة بالكمية والنوعية².

ثانيا- الشروط التعاقدية المتعلقة باستقرار واستمرارية العلاقة العقدية

بعد تنظيم لمختلف الالتزامات العقدية، يمكن للأطراف وضع شروط تعاقدية لتحديد سلوك كل طرف أثناء تنفيذه للعقد وذلك من أجل استقرار واستمرارية وحسن سير العلاقة العقدية.

فمما يضمن استقرار العلاقة التعاقدية، اتفاق الأطراف على إدراج شرط المواصلة والاستمرار في علاقتهم *la clause de reconduction* لضمان دوامها، ويوجد هذا الشرط بكثرة في العقود محددة المدة، فعند حلول أجل انتهاء العقد وإدراج هذا الشرط فيه، فإنه وبصفة تلقائية وضمنية تستمر العلاقة التعاقدية ويتولد اتفاق جديد بين المتعاقدين³، أي إنشاء عقد جديد بمفاوضات

¹ لبنى عمر مسقاوي، عقد الفرائشيز، دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012، ص. 189.

² G. Nicolas, *Essai sur...*, thèse précitée, p. 57.

³ M. Jacques et R. Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, L.G.D.J, Paris, 2011, p. 883.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

وشروط جديدة قد تختلف عن العقد السابق، وهذا على عكس الشرط الذي يتيح للمتعاقدين بإطالة مدة العقد la clause de prorogation بعد حلول المدة بهدف استمرار العلاقة التعاقدية.

كما يمكن للمتعاقدين إدراج شرط تجديد العقد la clause de renouvellement، مما يضمن ثبات واستقرار العلاقة التعاقدية، فيقوم الطرفان بالتفاوض على تجديد العقد قبل حلول الأجل، أي قبل انتهاء مدة العقد، هذا ما يتيح للمتعاقدين بمواصلة علاقتهم في ظل عقد محل تفاوض¹.

وتكمن أهمية إدراج هذا الشرط في العقد - أين يتضمن هذا الأخير الأسس التي يتم عليها تجديد العقد - في حماية طرفيه، ودرءاً لما قد يرافق التفاوض على شروط التجديد من مشكلات قد ينتج عنها التضحية بمصالح أحد طرفي العقد².

فهذه الشروط التعاقدية المذكورة هي من بين الشروط التي تسمح بثبات واستقرار العلاقة التعاقدية، إلا أن استمرار وإبقاء هذه العلاقة يكون بتحديد السلوك الذي يجب أن يتخذه أطراف العقد وذلك أثناء تنفيذ العقد وحتى بعد زواله.

من بين أهم الشروط التعاقدية التي تفرض على طرفي العقد اتخاذ سلوك معين، نجد شرط السرية la clause de confidentialité، الذي يدرج هذا الشرط في غالبية عقود الأعمال التي يكون موضوعها تبادل الخبرات والمعرفة الفنية والتكنولوجيا والحقوق المتصلة بالملكية الفكرية، كعقد الفرانشيز، وعقد التوزيع.

فالالتزام بالسرية من بين أهم العناصر التي يحرص الأطراف عليها سواء تم إبرام العقد أم لا، أي تم التعاقد أم لا، والمفهوم بالسرية ليس فقط إجراء المفاوضات بشكل غير علني، وإنما السرية في المحافظة على المعلومات الفنية والخبرات، هذا لأنه في مرحلة المفاوضات يمكن لكل طرف الاطلاع

¹ G. Nicolas, *Essai sur ...*, thèse précitée, p. 73.

² إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد اللينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص. 375.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

على المركز المالي للطرف الآخر وما إذا كانت تواجه صعوبات أم لا، فلا يجوز له أن يفشي كل هذه الأسرار أو يستغل كل ما يتحصل عليه من معلومات¹.

فإدراج شرط السرية في العقد يمكن أن يخص سرية المفاوضات التي تجري بين الطرفين، من حيث شروط وأسس إبرام العقد، كما يمكن أيضا أن يخص سرية المعلومات والتكنولوجيا التي يجري التفاوض عليها والتي تعد موضوع العقد².

وعلى هذا يحرص المتعاقدان على أن يتضمن العقد شرطا صريحا ينص على الالتزام بالحفاظ على السرية سواء في مرحلة المفاوضات أو حتى بعد إبرام العقد، ويتضمن هذا الشرط نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص الذين يشملهم التزام عدم إفشاء الأسرار كالخبراء مثلا، ويشمل هذا الشرط حظر الترخيص، إذا لا يمكن للطرف الملقى عليه الالتزام بالسرية أن يرخص للغير باستخدام المعلومات الفنية والتكنولوجيا موضوع العقد، كما ينص هذا الشرط أيضا على السرية حتى بعد انتهاء مدة العقد³.

كما نجد في بعض عقود الأعمال، إدراج الأطراف المتعاقدة لشرط الحصرية la clause d'exclusivité، مما يتيح لهم بضمان استمرارية علاقتهم التعاقدية، ففي عقد الامتياز التجاري مثلا، يتفق المتعاقدان على أن يتضمن العقد شرط الحصرية في الشراء فنكون أمام حصرية الشراء، وكذا في البيع فتسمى حصرية البيع أو التموين، أو تتعلق هذه الحصرية بمنطقة جغرافية معينة، وفي هذه الحالة تسمى الشرط الحصري التراي⁴.

ومن الشروط التعاقدية التي تسري على الأطراف حتى بعد انقضاء العقد فتطيل من الالتزام التعاقدي، شرط عدم المنافسة la clause de non-concurrence، حيث يدرج خاصة في

¹ ربيع شندب، التقنية العقدية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2014، ص. 26.

² علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 483.

³ جلال وفاء مجدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة المجدد، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص. 73.

⁴ آيت وازو زينة، "خصوصية عقد الفرانشيز في البروق"، ملتقى وطني حول عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الوطني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 16 و 17 ماي 2012، ص. ص. 129-172، ص. 147.

عقود الفرانشيز، وعقود التوزيع. فهذا الشرط يفرض على أحد طرفي العقد أن يلتزم بعدم مزاوله أي نشاط يمكنه منافسة الطرف الثاني، وهذا خلال مدة العلاقة التعاقدية، أو حتى بعد انقضاءها¹. ففي عقود الفرانشيز والتوزيع يتضمن شرط عدم المنافسة منع أحد الأطراف أو كلا الطرفين من مزاوله نشاط الطرف الآخر، وبالتالي تجنب المنافسة المتبادلة، وهذا خلال مدة زمنية يجب أن تكون معقولة تسري ابتداء من تاريخ انقضاء العقد².

الفرع الثاني

الشروط التعاقدية القانونية

يمكن تعريف الشرط القانوني أنه ذلك الشرط الذي يكون وجوده في العقد ومحتواه مفروضا من طرف القانون³، فالشروط القانونية هي تلك الأحكام القانونية المدونة في العقد، فمصطلح "شرط" يظهر إدراجه في المجال التعاقدي، في حين أن وصف "قانوني" يذكر بمصدره التشريعي أو التنظيمي⁴. إن هذا التعريف يدفع إلى التساؤل عن طابع هذه الشروط التعاقدية (الفرع الأول)، كما يظهر من خلاله أيضا تنوع هذه الشروط فهي لا تتعلق بمجال واحد (ثانيا).

¹ H. Genevière, *les clauses du contrat...*, thèse précitée, p. 55.

² مختور دلية، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2015، ص. 203.

³ M. Jacques et R. Jean-Christophe, *Les principales...*, Op. cit., p. 564.

⁴ G. Nicolas, *Essai sur...*, thèse précitée, p. 26.

أولا- طابع الشروط التعاقدية القانونية

بمراجعة مجمل الشروط التعاقدية القانونية المدرجة في عقود الأعمال، نجد أن هناك من الشروط التي تتسم بالطابع الآمر، وأخرى تتسم بالطابع المكمل.

1- الشروط التعاقدية القانونية الآمرة:

انطلاقا من تقسيم القواعد القانونية من حيث سلطة الأفراد في الخضوع لها¹، فإن الشروط التعاقدية القانونية تكتسي طابعا آمرا أو مكملا حسب رغبة وتقدير المشرع².

إن الشروط التعاقدية القانونية التي تكتسي الطابع الآمر هي في الحقيقة قواعد قانونية آمرة، وعليه فتعرف القواعد القانونية الآمرة بأنها تلك التي تأمر بفعل ما أو تنهى عن إتيانه، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها³، أو الاتفاق على عكسها. يتضح من هذا أن هذه القواعد الآمرة تمثل القيود على حرية الأفراد وهي قيود ضرورية سواء لتحقيق المصلحة العامة، أو لعدم مخالفة النظام العام.

كما أن المشرع يتدخل في المجال التعاقدى بقواعد آمرة تدرج على شكل شروط تعاقدية قانونية لحماية مصلحة أحد المتعاقدين، ويظهر ذلك خاصة في عقود الاستهلاك، وعقود التوزيع، وعقود التأمين، وكذا في مجال المنافسة، إذ يتطلب اتخاذ شكلا معيناً في إبرام هذه العقود.

فإذا الشروط التعاقدية القانونية الآمرة هي قواعد فرضت على المتعاقدين ولا خيار لهم في اتباعها أو عدم اتباعها، وإنما عليهم الأخذ بها والعمل بمقتضاها والخضوع لمحتواها، وكل اتفاق يخالف أحكامها يعد باطلاً⁴.

¹ بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص. 19.

² M. Jacques et R. Jean-Christophe, *Les principales...*, Op. cit., p. 57.

³ جعفرور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون الجزء الأول، الطبعة الثامنة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص. 109.

⁴ جعفرور محمد سعيد، مدخل إلى ...، المرجع نفسه، ص. 110.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

ومن أمثلة القواعد الآمرة، ما نصت عليه المادة 08 من قانون 89-01 المؤرخ في 07 فيفري 1989 والمتعلق بعقد التسيير¹، حيث نص المشرع على وجوب إدراج وتحديد أجر المسير في العقد، حيث يتم الاتفاق على الثمن خلال مرحلة المفاوضات ويجب تحديده في العقد، ولا يترك للتقديرات المختلفة، وهذا خلافا للقواعد العامة². فإذا تحديد أجر المسير في عقد التسيير مسألة جوهرية لإبرام العقد، ولا يمكن للأطراف الاتفاق على ما يخالفها، وبالتالي فهي قاعدة متعلقة بالنظام العام³.

2- الشروط التعاقدية القانونية المكملّة :

خلافا للشروط التعاقدية القانونية الآمرة التي تفرض على المتعاقدين ولا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، فإن الشروط التعاقدية القانونية المكملّة، هي تلك القواعد القانونية التي تدرج في العقد، حيث يخضع لها الأفراد، لكن بإمكانهم تجنبها بالاتفاق على مخالفتها⁴، مع محافظتها على صفتها الإلزامية.

فمن أمثلة القواعد المكملّة، الأحكام المتعلقة بالوفاء بالقسط من حيث المكان في عقد التأمين⁵، فإذا لم يحدد في العقد مكان دفع القسط، فوفقا للقواعد العامة فإن هذا الوفاء يكون في موطن المؤمن له، طبقا لقاعدة الدين مطلوب وليس محمول، فالمؤمن هو الذي يسعى إلى المؤمن له لتحصيل مبلغ قسط التأمين، وبالرجوع إلى القانون المنظم لعقد التأمين، لا نجد ما ينص على

¹ يسمى عقد التسيير *contrat de gestion*، أو عقد المناجحت *Contrat de management*، إلا أن كلمة مناجحت هي الأكثر ملائمة وتعبيرا عن المعنى الصحيح وعن الدور الذي يؤديه هذا العقد، وللمزيد انظر: كمال آيت منصور، *عقد التسيير*، دار بلقيس، الجزائر، 2009، ص 17 وما يليها. ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام عقد التسيير بموجب قانون رقم 89-01 مؤرخ في 7 فيفري 1989، يتعلق بعقد التسيير، متمم للأمر 85-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر. ع. 06، مؤرخ في 08 فيفري 1989.

² بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، نجد أن مسألة تحديد الثمن متروكة لحرية الأطراف المتعاقدة وفق لقاعدة العقد شرعية المتعاقدين، وذلك سواء في ما يتعلق في تحديد الثمن وإدراجه في العقد أو في ما يتعلق بكيفية تقدير الثمن الذي قد يكون هو سعر السوق، أو يخضع للتقديرات المختلفة، وهذا وفقا للمادتين 356 و 357 من ت. م. ج.

³ آيت منصور كمال، *عقد التسيير آلية لخصوصية المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي*، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص. 237.

⁴ A. Jean-Luc et S. Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Dalloz, Paris, 2014, p. 19.

⁵ لقد نظم المشرع الجزائري عقد التأمين بموجب الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، ج. ر. ع. 13، يتعلق بالتأمينات، مؤرخ في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

وجوب دفع مبلغ القسط في مكان معين، فالتالي نرجع إلى القواعد العامة التي تفيد بأن الوفاء بالدين يكون في موطن المدين وهو المؤمن له، وهذه القاعدة ليست من النظام العام إذ يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها¹.

القواعد القانونية كلها ملزمة، لكن نتساءل كيف يمكن أن تكون القواعد المكملة ملزمة بالرغم من جواز مخالفتها من قبل المتعاقدين؟ والجواب على هذا السؤال هو أن الشروط التعاقدية القانونية المدرجة في العقد لا تكون ملزمة بالنسبة للأطراف المتعاقدة إلا بعد إبرام العقد باتفاق المتعاقدين، فإرادة الأطراف تبقى شرط ضروري كي تصبح الأحكام القانونية شروطا تعاقدية².

ثانيا- تنوع الشروط التعاقدية القانونية

إن فكرة الشروط التعاقدية القانونية ناتجة عن تدخل الدولة في المجال التعاقدى، أين يكون محتواها مستمد من نص قانوني على اختلاف مصدره، فالقانون تدخل في كثير من عقود الأعمال بأحكام إلزامية تكون على شكل شروط تعاقدية، سواء بوجوب إدراج بيانات قانونية في العقد، أو بتحديد التزامات أطراف العقد.

1-البيانات الإلزامية:

لقد نظم المشرع عددا كبيرا من عقود الأعمال، وبالرجوع إلى هذه العقود نجد أنه ألزم المتعاقدين على إدراج عدة بيانات في العقد بتنوع باختلاف طبيعته.

فإذا أخذنا عقد الاعتماد الإيجاري، فقد اشترط المشرع الكتابة لتحرير العقد، وألزم المتعاقدين على وجوب إدراج بعض البيانات الضرورية في العقد على شكل شروط، وهو ما نصت عليه المادة 11 من القانون المنظم للاعتماد الإيجاري: "يجب أن يشير عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة

¹ مريم عمارة، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014، ص. 106.

² G. Nicolas, *Essai sur...*, thèse précitée, p. 45.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

الموافق للاعتماد الإيجاري المالي، تحت فقدان هذه الصفة، إلى مدة الإيجار ومبلغ الإيجار وحق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند انتهاء العقد، وكذا إلى القيمة المتبقية من سعر اقتناء الأصل المؤجر". فالكتابة إذا ليست شرطا لانعقاد عقد الاعتماد الإيجاري، إلا أن بعض المعطيات العملية تجعل من الكتابة أمرا ضروريا، فالتحقق من أن العقد يشتمل على العناصر التي لا يمكن اعتبار العقد اعتمادا إيجاريا إلا بها، يستلزم الكتابة في تحرير العقد¹.

وبالرجوع كذلك إلى عقد التأمين الذي يكون بين شخص يسمى المؤمن له وشركة التأمين، نجد أن المادة السابعة منه تنص على إلزامية تحرير العقد، واستعمل المشرع عبارة "ينبغي أن يحتوي إجباريا"، أي ينبغي على عقد التأمين أن يحتوي إجباريا على عدة بيانات هي: اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما، الشيء المؤمن منه، طبيعة المخاطر المضمونة، تاريخ الاكتتاب، تاريخ سريان العقد ومدته، مبلغ الضمان، ومبلغ قسط أو اشتراك التأمين².

كما يلاحظ أيضا في عقد تحويل الفاتورة، الذي يكون بين مؤسسة مالية وهي شركة تحويل الفواتير تسمى "عميل"³، وبين الدائن للمدين أو المتنازل عنه ويسمى "المنتمي"⁴، أن المشرع الجزائري لم ينص على ضرورة إفراغ العقد في شكل معين لأن عقد تحويل الفاتورة من العقود الرضائية، إلا أن العرف استقر على ضرورة تحرير هذا العقد لإظهار جميع شروطه بشكل واضح وصریح، فبما أن عقد تحويل الفاتورة ينصب على المعاملات التجارية، فإنه يخضع للشروط الشكلية التي تستوجبها عملية انتقال الحقوق أو الديون⁵، مما يستلزم على الدائن وهو المنتمي ضرورة تحرير الفاتورة -التي تعتبر كسند تجاري- وفقا لما جاء به المرسوم التنفيذي 468-05 المؤرخ في 10

¹ نسير رفيق، نظرية التصرف القانوني....، مرجع سابق، ص. 74.

² المادة 07 من الأمر رقم 95-07، السالف الذكر.

³ المادة 543 مكرر 14 من ت. ت. ج.

⁴ ينعقد عقد تحويل الفاتورة بين شركة تحويل الفواتير، وبين الدائن، أما المدين للدائن فلا يعتبر طرفا في العقد، إلا أن آثار العقد تمتد إليه، في هذا الصدد انظر: ميلاط عبد الحفيظ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص. 175.

⁵ بارة سعيدة ومحمدي شريفة، عقد تحويل الفاتورة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص. 44.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

ديسمبر 2005، المحدد لشروط تحرير الفاتورة¹، إذ نصت المادة الثالثة منه على إلزامية احتواء الفاتورة على عدة بيانات منها التي تتعلق بالبائع (وهو الدائن أو المنتهي)، و منها البيانات التي تتعلق بالمدين المشتري.

2- تحديد التزامات الأطراف:

بالإضافة إلى الشروط التعاقدية القانونية التي توجب إدراج بيانات إلزامية في العقد، وبالرجوع إلى عقود الأعمال المنظمة قانونا أي العقود المسماة، نجد أن هذه العقود تتضمن شروطا تعاقدية محددة ومفروضة من قبل القانون، هذه الشروط تنظم التزامات أطراف العقد.

ففي عقد التسيير، المحددة قانونا أطرافه وفقا للقانون رقم 01-89 المؤرخ في 7 فيفري 1989، المتعلق بعقد التسيير، والمتمثلة في المسير و المؤسسة العمومية الاقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد، ومن خلال المادة 02 إلى المادة 08، نجد أن المشرع الجزائري قد ألقى على عاتق طرفي عقد التسيير عدة التزامات، فمن جملة الالتزامات المفروضة على المؤسسة العمومية الاقتصادية أو الشركة مختلطة الاقتصاد ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم 01-89 السالف الذكر على أن تلتزم المؤسسة العمومية الاقتصادية أو الشركة مختلطة الاقتصاد بالمحافظة على الملك المسير في حالة جيدة طيلة مدة الاستعمال، وبقاء هذا الملك حرا من أي التزام ماعدا الالتزامات التي لا تضر بحسن سيره، كما أنه على الطرف الثاني المتمثل في المسير أن يلتزم قانونا بعدة التزامات منها ما ورد في المادة الرابعة من القانون 01-89 المتعلق بعقد التسيير بأن يلتزم المسير المردودية الاقتصادية والمالية للملك، واقتحام الأسواق الخارجية لا سيما عن طريق رفع شأن المنتوجات والخدمات المقدمة². فنلاحظ أن المشرع الجزائري حدد الإطار العام لحقوق والتزامات أطراف عقد التسيير ولم يتركها لحريةها وذلك حفاظا على مبدأ المساواة في العقد³.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 468-05 مؤرخ في 10 ديسمبر 2005، ج. ر. ع. 80، مؤرخ في 11 ديسمبر 2005، يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصول التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفية ذلك.

² المادة 04 من قانون 01-89، السالف الذكر.

³ "معاشو فطة"، "اختلال التوازن في عقد التسيير"، ملتقى وطني حول عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الوطني جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 16 و 17 ماي 2012، ص. ص. 53-68، ص. 60.

كما نجد أيضا أن المشرع الجزائري تدخل في عقد التأمين وفرض التزامات على عاتق المؤمن والمؤمن له، وخصص لها القسم الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول، وهو ما أورده في المادة 12 إلى المادة 25 من قانون التأمينات.

كما أن المشرع الجزائري نظم حقوق والتزامات أطراف عقد الاعتماد التجاري، وأوردها في الباب الثاني للأمر 96-09 السالف الذكر والمتعلق بالاعتماد التجاري، من المادة 19 إلى المادة 45، فعلى أن المستأجر يلتزم بدفع للمؤجر مبالغ مالية مقابل حق الانتفاع بالأصل المؤجر وفي المدة المتفق عليها، كما يجب عليه أيضا المحافظة على الأصل المؤجر وصيانتها خلال مدة الإيجار. في المقابل يلتزم المؤجر بتسليم الأصل المؤجر وفقا للمواصفات المتفق عليها في العقد، وضمان المستأجر ضد عيوب الأصل المؤجر أو نقائصه¹، هذه من بعض الالتزامات التي فرضها المشرع على أطراف عقد الاعتماد التجاري.

نلاحظ من خلال تناول الشروط التعاقدية القانونية، أن المشرع يتدخل عادة في العقود في وضع الإطار التعاقدية بحيث لا يمكن للمتعاقدين الخروج في علاقتهم التعاقدية عن هذا الإطار، وذلك سواء لغرض تحقيق المصلحة العامة أو إقامة النظام العام، كما أن المشرع يتدخل أيضا بوضع قواعد قانونية تتيح للأطراف المتعاقدة مخالفتها، وبالتالي ترك لهم حرية التصرف وفق إرادتهم.

المطلب الثاني

الشروط التعاقدية المتعلقة بتنظيم المخاطر

يسعى طرفي العقد بعد تنظيمهم لمختلف الالتزامات التعاقدية إلى حماية وتحسين علاقتهم التعاقدية من كل حدث، مهما كان مصدره، بإمكانه أن يؤثر على تنفيذ العقد، ولا يكون ذلك إلا في

¹ باستثناء العيوب والنقائص التي يسمح العرف بها، وقد علم بها المستأجر وقت إبرام عقد الاعتماد التجاري، وهذا وفقا للمادة 38 من الأمر 96-09، السالف الذكر.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

حدود الإطار التعاقدية، حيث يمكن للأطراف أن يتوقعوا مختلف المخاطر التي قد تحدث فتخل بحسن سير علاقتهم التعاقدية.

وللوقاية من مختلف هذه المخاطر يتم إدراج شروط في العقد، تسمح بضمان حماية العلاقة التعاقدية من كل ما يمكن أن يتعرضها فيؤثر على تنفيذ العقد. كما تتضمن هذه الشروط وفي حالة وقوع الخطر، تحديد مسؤولية كل طرف.

وعليه، فتنظيم المخاطر التي قد تتعرض للعلاقة التعاقدية يقتضي أولا الوقاية من هذه المخاطر (الفرع الأول)، ثم توزيعها على الأطراف المتعاقدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشروط التعاقدية المتعلقة بالوقاية من المخاطر

تختلف المخاطر التي قد تؤثر على العلاقة التعاقدية، فمنها التي يكون مصدرها طرفي العقد، فيؤثران في تغيير ظروف ومجريات تنفيذ العقد، وتسمى بالمخاطر الداخلية (أولا)، كما يمكن أن يكون مصدر هذه المخاطر خارجي عن إرادة الأطراف، فتسمى بالمخاطر الخارجية (ثانيا).

أولا- الوقاية من المخاطر الداخلية

من أهم المخاطر الداخلية والتي يكون مصدرها طرفي العقد ما تعلق بعنصر الثمن¹ وكذا استقرار الذمة المالية للمتعاقدين وخاصة المدين في العلاقة التعاقدية. وللوقاية من هذه المخاطر

¹ يعتبر الثمن عنصر جوهري في عقود الأعمال التي تتم بين المتعاملين الاقتصاديين نظرا لشموله على العلاقة التعاقدية التي من شأنها تحقيق غاية اقتصادية، فالثمن قد يكون عرضة للتعديل والتغيير سواء كان ذلك في عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو التأخير في دفع الثمن، بمعنى كل العناصر الداخلية التي يمكن أن تؤثر على تغير الثمن أو تعديله.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

الداخلية يعمل الأطراف على تنظيم العقد بشكل يضمن استقراره، وذلك من خلال إدراج شروط تعاقدية من خلالها يسعى أطراف العقد إلى ضمان استقرار العقد عامة وجميع عناصره¹، بحيث تتأقلم وتتكيف هذه الشروط مع تغير المخاطر التي قد تتعرض العلاقة التعاقدية، وهذا لكي لا تعيق تنفيذ الالتزامات التعاقدية لكلا الطرفين.

هذه الشروط التعاقدية التي تمكن من التأقلم مع التغيرات والظروف الاقتصادية والسياسية التي تؤثر على أحد أطراف العقد تسمى *les clauses d'adaptation contractuelle*، بحيث تضمن للأطراف الحماية من المخاطر المرتبطة بتنفيذ العقد، فمن خلالها تسمح للأطراف - منذ إبرام العقد - بتوقع المخاطر الداخلية التي بإمكانها أن تعطل العلاقة التعاقدية أو أن تخل بتنفيذ الالتزامات².

من بين هذا الصنف من الشروط التعاقدية، نجد شرط توقيف العقد *la clause de suspension du contrat*، بحيث يتضمن هذا الشرط المخاطر التي يتوقعها أطراف العقد والتي قد تحدث³، فإذا تحقق الخطر المتوقع والمدرج في الشرط فإن ذلك يؤدي إلى توقيف تنفيذ العقد خلال مدة زمنية معينة⁴.

أما في ما يخص الخطر المتعلق باستقرار الذمة المالية للمدين في العلاقة التعاقدية، وللوقاية من هذا الخطر، يمكن للأطراف إدراج الشرط المتعلق بالضمانات *clauses de garanties*، وهذا ما نجده في كثير من عقود الأعمال التي تبرم بين المتعاملين الاقتصاديين كعقد تحويل الفاتورة وعقد الاعتماد الإيجاري، إذ غالبا ما يفرض الدائن في العلاقة التعاقدية على المدين إعطائه ضمانات

¹ موكه عبد الكريم، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2016، ص. 234.

² G. Nicolas, *Essai sur ...*, thèse précitée, p. 100.

³ M. Jacques et R. Jean-Christophe, *Les principales clauses...*, Op. cit., p. 1019.

⁴ تجدر الإشارة، أنه خلال مدة توقيف تنفيذ العقد، فإن الطرفان يلتزمان بكل الشروط التعاقدية التي توجب اتخاذ سلوك معين، كشرط السرية وشرط عدم المنافسة.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

وتأمينات سواء كانت تأمينات شخصية أو عينية¹، وهذا لحسن تنفيذ العقد. هذه الضمانات التي يفرضها الدائن على المدين قد تكون أثناء إبرام العقد أو أثناء تنفيذه².

فمن خلال هذا الشرط التعاقدي، يكون للدائن حق على الضمان العام للمدين³، وهذا للوقاية من خطر عدم استقرار الذمة المالية للمدين.

فكما يجوز للأطراف إدراج شروط تعاقدية للوقاية من المخاطر الداخلية، يمكن لهم كذلك توقع المخاطر الخارجية التي تعيق تنفيذ العقد، وبالتالي يتفقون على وضع شروط تعاقدية للوقاية منها.

ثانيا- الوقاية من المخاطر الخارجية

تتعدد وتنوع المخاطر الخارجية التي قد تؤثر سلبا على حسن سير العلاقة التعاقدية، فمنها ما كان سببها اقتصاديا، سياسيا، أو تجاريا، فبالنظر إلى العقد يكون تحت تأثير تغير الظروف الخارجية المحيطة به. وللوقاية من هذه المخاطر الخارجية، يتفق الأطراف على إدراج شروط تهدف إلى توقع كل خطر ما قد يتعرض لعلاقتهم التعاقدية، تهدف هذه الشروط في مجملها إلى مراجعة أحكام العقد الذي تأثر بموجب تغير الظروف الخارجية، ويتنوع مضمون هذه الشروط التعاقدية من عقد لآخر حسب اتفاق الأطراف وطبيعة كل عقد⁴. فمنها ما هو متعلق بتعديل العقد بصفة تلقائية، ومنها ما هو متعلق بمراجعة العقد.

¹ فالضمانات الشخصية كالكفالة مثلا، أما الضمانات العينية كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي.

² محمودي بشير، عقد تحويل الفاتورة، وسيلة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وأداة حديثة لشراء الديون التجارية الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص. 64: "فالضمانات التي تكون أثناء إبرام العقد تتمثل في التأمينات الشخصية أو العينية، أما تلك التي تكون أثناء تنفيذ العقد فتتمثل في الحق على الضمان العام للمدين يعني اقتطاع مبلغ مالي يخصص لتغطية المخاطر التي يمكن وقوعها ويعاد هذا المبلغ عند التحصيل الفعلي للحقوق من المدين، كما يمكن أن تتمثل هذه الضمانات أثناء تنفيذ العقد في حق الدائن في الرقابة لضمان ولعرفة مدى انتظام المعاملات التي يقوم بها المدين". بتصرف.

³ G. Nicolas, *Essai sur ...*, thèse précitée, p. 126.

⁴ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص. 5.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

فالشروط التعاقدية المتعلقة بتعديل العقد تلقائياً تهدف إلى تعديل العقد وشروطه بصفة تلقائية دون تدخل الأطراف خلال التعديل¹. من بين هذه الشروط شرط التقييس النقدي la clause d'indexation²، هذا الشرط متعلق باستقرار عنصر الثمن في العلاقة التعاقدية.

فآلية التقييس النقدي هي وسيلة قانونية اتفاقية يلجأ إليها المتعاملون الاقتصاديون من أجل ضمان استقرار الثمن في العقد، حيث يكون هذا الأخير قابل للمراجعة تلقائياً دون تدخل الأطراف، وذلك من أجل تدارك خطر انهيار قيمة عملة الوفاء³. وهذا الشرط يتفق مع شرط السلم المتحرك la clause d'échelle mobile أو ما يسمى بشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة، حيث يلجأ الأطراف إلى هذه الشروط لضمان استقرار العلاقة التعاقدية من خلال جعل عنصر الثمن يتغير بتغير الظروف المؤثرة في العقد.

تعتمد هذه الآلية على عنصرين اثنين يحددان مسبقاً في الشرط التعاقدية، فيجب أولاً على الأطراف تحديد ثمن الوفاء عند حلول الأجل والنص عليه صراحة في العقد، ثم يلجئون إلى الاعتماد على مؤشر يسمى الرقم المرجعي له علاقة مباشرة بعنصر الثمن، فيمكن لهم مثلاً تقييس ثمن محل التعاقد بمادة أولية مشابهة لها في السوق، وغالباً ما يلجأ الأطراف إلى الاعتماد على مؤشر سعر الذهب أو سعر عملة أجنبية كمؤشر للتقييس، وذلك من أجل الحفاظ على استقرار الثمن من خطر انهيار العملة⁴.

¹ شريف محمد غنام، *أثر تغير الظروف...*، مرجع سابق، ص. 5.

² M. Jacques et R. Jean-Christophe, *Les principales clauses ...*, op. cit., p. 499: « la clause d'indexation est surtout utile:

- en période d'instabilité monétaire lorsque la monnaie se déprécie et lorsque la somme due est exigible à terme;
- dans les pays où l'inflation est sensible aux variations et régresse dans des époques de stabilisation monétaire;
- pour les produit dont la valeur d'une composante est changeante.».

³ مولد عبد الكريم، *تأثير تغير الظروف...*، مرجع سابق، ص. 240.

⁴ موكه عبد الكريم، *تأثير تغير الظروف...*، المرجع نفسه، ص. 241 و 242: "تم عملية مراجعة الثمن من خلال شرط التقييس النقدي باتفاق الأطراف المتعاقدة وباعتمادهم على مؤشر معين، ووفقاً لمعادلة رياضية تحدد تحديداً دقيقاً من قبل الأطراف، فمجرد تغير الظروف المحيطة بالعقد والمؤثرة على عنصر الثمن كارتفاع سعر المواد الأولية، أو انخفاض العملة المعتمدة في العقد، فيتغير الثمن وفقاً للمؤشر المحدد ونسبة مئوية معينة تتحدد وفقاً للثمن الأصلي والثمن الحالي بعد تغير الظروف المؤثرة في العقد". بتصرف.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

أما الشروط التعاقدية المتعلقة بمراجعة العقد والتي تهدف إلى إعادة تعديل العقد عن طريق إدراج شرط إعادة التفاوض *la clause de hardship*، فالتعديل هنا لا يتم بصورة تلقائية.

يعرف شرط إعادة التفاوض بأنه: "شرط يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة، يحددها الأطراف في العقد، سواء في نفس الشرط الوارد في العقد أو في اتفاق متصل، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح. والهدف الذي يسعى الشرط إلى تحقيقه هو تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتماشى مع الظروف الجديدة وإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي تسببت فيها هذه الظروف".¹

كما عرفه الأستاذ OPPETIT بأنه: "اتفاق الأطراف على إمكانية تعديل العقد في حالة تغير الظروف بشكل يمس بالعناصر الأساسية للعقد عما تم الاتفاق عليه عند التعاقد، مما يخل بتوازنه ويسبب ضررا جسيما لأحد المتعاقدين".²

من خلال هذين التعريفين نلاحظ وجود عنصر تغير الظروف نتيجة لوقوع أحداث مستقلة عن إرادة الأطراف، أين نجده أيضا في مفهوم القوة القاهرة³، فشرط إعادة التفاوض يختلف عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، إلا أنه يتقارب مع المفهوم الحديث لها.

فبالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة التي وفي حالة وقوع الحدث غير المتوقع وغير ممكن الدفع والمستقل عن إرادة الأطراف فإن ذلك يؤدي مباشرة إلى استحالة تنفيذ العقد، وهذا ما ورد في

¹ شريف محمد غنام، *أثر تغير الظروف...*، مرجع سابق، ص. 38.

² V.B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship*.

قلنا عن: هني عبد الطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة

الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص. 22.

³ فمفهوم القوة القاهرة هو كل حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه، وخارج ومستقل عن إرادة الأطراف بإمكانه أن يؤثر في العقد فيخل بالالتزامات التعاقدية.

انظر: موكه عبد الكريم، *أثر تغير...*، مرجع سابق، ص. 72.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

المادة 121 من التقنين المدني الجزائري¹، فالنتيجة التي يرتها وقوع القوة القاهرة هي انفساخ العقد بقوة القانون، والانفساخ هو انحلال العقد التبادلي بقوة القانون نظرا لانقضاء الالتزام بسبب أجنبي². وهذا على عكس النتيجة التي يرتها وقوع الحدث في ظل شرط إعادة التفاوض، بحيث لا ترقى إلى استحالة التنفيذ.

أما بالمفهوم الحديث للقوة القاهرة، ونظرا للتطور الاقتصادي من جهة، ولإعطاء مجال أكبر للحرية التعاقدية للأطراف من جهة أخرى، فقد أصبح مفهوم القوة القاهرة يتسم بالمرونة على عكس المفهوم التقليدي الذي اتسم بالثبات، ونتيجة لذلك فلا يؤدي وقوع الحدث إلى الاستحالة المطلقة لتنفيذ العقد، بل يسعى طرفي العقد إلى العمل من أجل الحفاظ على العلاقة التعاقدية لما تمثله من أهمية اقتصادية لكليهما وذلك من خلال إعادة التفاوض للتخفيف من تبعات وآثار القوة القاهرة، فلم يعد أثرها ينصرف مباشرة لإنهاء العلاقة التعاقدية، بل يتيح إعمالها إمكانية تعديل العقد³، وهنا يتقارب المفهوم الحديث للقوة القاهرة مع إعادة التفاوض. فبالتالي أصبح بإمكان أطراف العقد إدراج شرط القوة القاهرة *la clause de la force majeure*، وهذا للوقاية من كل حدث خارجي قد يقع فيؤثر على تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

فبعد تنبأ وتوقع الأطراف المتعاقدة لكل المخاطر الداخلية والخارجية التي قد تتعرض علاقتهم التعاقدية من خلال إدراج شروط في العقد للوقاية منها، فإنه من الضروري توزيع تبعات هذه المخاطر في حالة وقوعها وتحديد مسؤولية كل طرف، وهذا لضمان السير الحسن لتنفيذ العقد.

¹ تنص المادة 121 من ت. م. ج. على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون".

² فيلالي علي، *الالتزامات، النظرية العامة للعقد* موف للنشر، الجزائر، 2008، ص. 439.

³ هني عبد اللطيف، *حدود الأخذ...*، مرجع سابق، ص. 37.

الفرع الثاني

الشروط التعاقدية المتعلقة بتوزيع المخاطر

يُمكن الأطراف المتعاقدة توقع نتائج عدم تنفيذ العقد، سواء كان ذلك لأسباب داخلية أو خارجية، فيتم الاتفاق على إدراج شروط تعاقدية متعلقة بتوزيع المخاطر، تتمثل في الشرط الجزائي (أولا)، وفي شرط المسؤولية (ثانيا).

أولا- الشرط الجزائي¹ la clause pénale

قد يتفق طرفا العقد مسبقا على مقدار التعويض المستحق في حالة عدم قيام المدين بالتزامه، وهذا التعويض يكون في حالة عدم تنفيذ الالتزامات، أو في حالة التأخر في تنفيذها، هذا الاتفاق مقدما على التعويض يسمى بالشرط الجزائي، فيدرج عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي، وقد يكون في اتفاق لاحق للعقد².

ولكي يعتبر كل اتفاق على التعويض شرطا جزائيا، فيشترط أن يبرم قبل الإخلال بالتنفيذ، أما إذا تم الاتفاق بعد الإخلال، فهذا يسمى تصالحا وليس شرطا جزائيا³.

فالشرط الجزائي إذا يكون باتفاق طرفي العقد على تحديد قيمة التعويض مسبقا إذا أخل المدين بتنفيذ العقد سواء تنفيذا كليا أو جزئيا أو تأخر في ذلك، ولقد أكد المشرع الجزائري على

¹ يسمى كذلك بالتعويض الاتفاقي، أي يكون باتفاق الأطراف المتعاقدة. وهو جزء لعدم تنفيذ العقد.

² عبد الرزاق أحمد السهوري الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات وآثار الالتزام الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص. 851.

³ حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص. 146.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

مشروعيته من خلال المادة 183 من التقنين المدني الجزائري إذ نصت على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...".

تكن أهمية إدراج الشرط الجزائي - إذ تتضمنه أغلب عقود الأعمال - في تجنب المتعاقدين الإجراءات الطويلة والمعقدة وذلك في حالة لجوءهم إلى القضاء لطلب التعويض جراء عدم تنفيذ العقد، فقد تأخذ هذه العملية وقتا طويلا نظرا للمراحل المختلفة التي تمر بها الخصومة القضائية من رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم فيها، زيادة على ذلك المصاريف القضائية المكلفة، وبالتالي اتفاق الأطراف على إدراج الشرط الجزائي في العقد يوفر لهم الوقت والمال، وإرادتهم هي التي تحدد مبلغ التعويض المستحق. كما تمثل أهمية الشرط الجزائي في حث المدين على تنفيذ التزامه على أكمل وجه كي يتفادى دفع مبلغ التعويض¹، وهذا ما يزيد من القوة الملزمة للعقد.

ثانيا- شرط المسؤولية la clause de responsabilité

يتضمن شرط المسؤولية توزيع تبعات المخاطر التي قد تؤثر على تنفيذ العقد، فيتم تحديد مسؤولية كل طرف في العلاقة التعاقدية، وقد أكد المشرع الجزائري على مشروعية شرط المسؤولية من خلال المادة 178 من التقنين المدني الجزائري، حيث تنص: "يجوز للأطراف على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أم الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية عن العمل الإجرامي".

¹ قارس بوكري، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015، ص. 22.

يظهر من خلال نص المادة أن شرط المسؤولية يكون باتفاق الأطراف على تعديل مسؤولية المدين سواء بالتشديد أو التخفيف، ويعد باطلا في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم. فيمكن تعديل نظام المسؤولية التعاقدية عن طريق الاتفاق بين طرفي العقد، فقد يتفقان على إعفاء أحدهما من مسؤولية عدم تنفيذ العقد أو التأخر في التنفيذ، أو على تحديد مسؤولية أحدهما في حالة وقوع خطر بإمكانه التأثير على تنفيذ العقد¹.

المبحث الثاني

الشروط التعاقدية المتعلقة بتسوية النزاعات

من بين أهم العقبات التي يمكن أن تواجه الأطراف المتعاقدة والتي قد تبرز أثناء تنفيذ العقد، هي نشوء نزاع ما فيما بينهم، ثم البحث عن كيفية الوقاية منه وتسويته؛ من أجل ذلك يسعى طرفي العقد إلى تجنب حصول نزاع بينهم، بهدف تحصين العلاقة التعاقدية، والحفاظ على السير الحسن لتنفيذ العقد وفقا لما اتفق عليه الأطراف، وذلك من خلال إدراج شروط تعاقدية متعلقة باستقرار واستمرار العلاقة التعاقدية -كما تم ذكرها سابقا- إلا أنه وفي كثير من الأحيان لا يمكن تجنب حدوث نزاع بين طرفي العقد، وهذا قد يرجع لعدة عوامل.

تدرج غالبا في العقد شروط تتعلق بتنظيم حالات عدم تنفيذ العقد أو عدم صحته، وتسوية النزاعات في حالة وقوعها، فيتفق الأطراف مسبقا على الجزاءات المقررة وكذا على تحديد الجهة المخولة بحل النزاع الذي قد ينشأ، كما يمكن لهم وفي حالة عدم إدراج الشرط المتعلق بتسوية النزاعات، وعند وجود نزاع قائم، الاتفاق على تحديد الجهة المختصة بحل نزاعهم.

¹ T. François et S. Philippe et L. Yves, *Droit civil, les obligations*, 11^e éd., Dalloz. Paris, 2013, p. 659 et suite.

تتطلب دراسة الشروط المتعلقة لتسوية النزاعات تناول الشروط المنظمة للجزاءات التعاقدية في حالتها عدم صحة العقد أو عدم تنفيذ العقد (المطلب الأول)، ثم تحديد الجهة المختصة لحل النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشروط التعاقدية المنظمة للجزاءات التعاقدية

بالنظر إلى قاعدة حرّية الأطراف في تحديد أحكام العقد، وباعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، فالأصل أن يُنفذ العقد، فإذا على الطرفين تنفيذ أحكامه على النحو الذي اتفقا عليه؛ إلا أنه وفي كثير من الأحيان، قد لا يتم تنفيذ العقد، فينشأ نزاع فيما بينهم، فيتفق الأطراف على تنظيم ذلك، ويكون من خلال إدراج شرط تعاقدي للنظر في الجزاءات المقررة، فنكون أمام حالتين، حالة عدم صحة العقد (الفرع الأول)، وكذا حالة عدم تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنظيم حالات عدم صحة العقد

يمكن أن يكون سبب نشوء نزاع بين المتعاقدين هو عدم صحة العقد، وفي هذه الحالة قد يثار هذا النزاع سواء من أحد الأطراف، أو من القاضي، أو حتى من الغير¹.

يعتبر البطلان جزاء عدم صحة العقد، فهو الجزاء الذي فرضه القانون في حالة عدم توفر ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط صحته، فلا يكون للعقد أثر بالنسبة للأطراف المتعاقدة، ولا

¹ GRAS Nicolas, *Essai sur les clauses....*, thèse précitée, p. 250.

بالنسبة إلى الغير. وتختلف قوة الجزاء باختلاف نوع القاعدة التي لم تراعى في تكوين العقد، فإذا كانت المصلحة المحمية هي مصلحة عامة، كان البطلان مطلقا، فلا يكون للعقد وجود، أما إذا كانت المصلحة المحمية هي مصلحة خاصة، فيكون حينئذ البطلان نسبيا¹. هذا وقد اعتمد المشرع الجزائري على التقسيم الثنائي للبطلان²، فيز بين البطلان المطلق (أولا) والبطلان النسبي أي قابلية العقد للإبطال³ (ثانيا).

أولا- البطلان المطلق

يكون البطلان بطلانا مطلقا إذا تخلف فيه ركن من أركان العقد، وأركان العقد ثلاثة وهي التراضي، المحل، والسبب، إضافة إلى ركن الشكلية في العقود التي تتطلب اتخاذ شكلا معينا. فشروط التراضي تطابق الإرادتين، وشروط المحل أن يكون ممكنا، معينا، ومشروعا، وشروط السبب أن يكون مشروعا، فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلا بطلانا مطلقا⁴. فالبطلان المطلق يجعل العقد معدوما غير موجود، فبالتالي لا ينتج أي أثر قانوني، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب هذا البطلان، كما يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه دون طلب⁵، فهو يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافه، فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا ترد عليه الإجازة، وهذا وفقا لما ورد في المادة 102 من التقنين المدني الجزائري إذ تنص على: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة....".

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. 171.

² فيلاي علي، الالتزامات.... مرجع سابق، ص. 324.

³ لقد أورد المشرع الجزائري أحكام البطلان النسبي من خلال المواد من 99 إلى 101 من ت. م. ج.، كما أورد أحكام البطلان المطلق من خلال المادة 102 من ت. م. ج.، وقد خصص المواد من 103 إلى 105 من ت. م. ج. للأحكام المشتركة بين البطلان النسبي والبطلان المطلق.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص. 489.

⁵ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص.

ثانيا- البطلان النسبي

يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال، إذا انعقد صحيحا ويبقى كذلك ما لم يطعن أحد المتعاقدين في صحته. فيكون العقد قابلا للإبطال إذا كان رضا أحد الطرفين مشوبا بعيب من عيوب الإرادة، كالغلط، التدليس، الإكراه أو الاستغلال، أو كان ناقص أهلية¹. وفي هذا الحالة يكون طلب إبطال العقد لمن عُيِّب رضاه، أي لمصلحة المتعاقد الناقص الأهلية، أو لمن وقع في غلط أو للمدلس عليه، أو للمُكْرَه، أو لمن استغلَّ، فإن شاء أحد المتعاقدين أجاز العقد، فيصبح العقد قائما صحيحا منتجا لآثاره، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالإبطال من تلقاء نفسه²، لأنَّ البطلان النسبي ليس من النظام العام، وهذا ما أورده المادة 100 من التقنين المدني الجزائري، إذ تنص: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية....".

هذا ويختلف البطلان المطلق عن قابلية العقد للإبطال من عدة نواحي، فمن حيث المصلحة، فالبطلان المطلق قوامه المصلحة العامة، ولهذا فهو لا يزول بالإجازة، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، أما البطلان النسبي فقوامه المصلحة الخاصة³، ولصاحبها أن يتمسك بإبطال العقد، ويمكن له أن يتخلى عن ذلك بالإجازة.

كما أن قابلية العقد للإبطال تختلف عن البطلان المطلق قبل الحكم، ذلك أن العقد الباطل بطلانا مطلقا غير موجود من بدايته فهو معدوم، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني، في حين أن العقد القابل للإبطال، يكون قائما قبل الحكم بالإبطال- إذ نشأ صحيحا- ومنتجا لكل آثاره القانونية خلال هذه الفترة، لكن متى قُضي بإبطاله، صار كالعقد الباطل بطلانا مطلقا منذ بدايته بأثر رجعي⁴.

¹ فيلالي علي، *الالتزامات....*، مرجع سابق، ص. 321.

² علي علي سليمان، *النظرية العامة....*، مرجع سابق، ص. 78.

³ نسير رفيق، *محاولة من أجل....*، مرجع سابق، ص. 240.

⁴ علي علي سليمان، *النظرية العامة....*، مرجع سابق، ص. 78.

كما أنه يمكن تصحيح العقد القابل للإبطال، فيزول بالتقادم، في حين أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يمكن تصحيحه، ولا يزول بالتقادم إلا أن دعوى البطلان تسقط بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد¹.

فإذاً من خلال تناولنا لأحكام البطلان، نلاحظ أنه في حالة البطلان المطلق لا يمكن للأطراف تصحيح العقد ولا الاتفاق على ذلك، لأنه متعلق بالنظام العام والمصلحة العامة، أما في حالة البطلان النسبي أي قابلية العقد للإبطال فيجوز للأطراف الاتفاق بالتراضي على تصحيح العقد، وهذا بغرض الحفاظ على علاقتهم التعاقدية، وقد يكون ذلك من خلال إدراج شرط تعاقدى يتعلق بالبطلان. كما أنه يمكن للأطراف أن يمارسوا أحكام البطلان دون اللجوء إلى القضاء، وهذا ما يعرف بالبطلان الاتفاقي، حيث يتفق طرفي العقد على أن نشأته كانت باطلة، إلا أن هذا النوع من البطلان نادر، فغالبا ما تنشأ نزاعات في مسائل البطلان تجعل اللجوء إلى القضاء أمرا ضروريا².

الفرع الثاني

تنظيم حالات عدم تنفيذ العقد

إن عدم تنفيذ العقد، سواء كان من أحد الأطراف أو لاستحالة ذلك يؤدي إلى عدة جزاءات، نذكر أهمها: الفسخ بنوعيه القضائي والاتفاقي (أولا)، والانسفاخ (ثانيا).

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة....، مرجع سابق، ص. 177، وهذا ما ورد من خلال المادتين 101 و102 من ت. م. ج.

² نسير رفيق، محاولة من أجل....، مرجع سابق، ص. 241.

أولا- الفسخ

إن عدم تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزاماته التعاقدية يعطي للطرف الآخر إمكانية التحلل من العلاقة التعاقدية، ويكون ذلك بطلب الفسخ. فيعتبر الفسخ أحد طرق انحلال العقد، وهو جزء امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، فيحق للمتعاقد الآخر طلب حل العلاقة التعاقدية عن طريق الفسخ كي يتخلص من الالتزام الملقى على عاتقه¹.

هذا وبالرجوع إلى نص المادة 119 من التقنين المدني الجزائري² نستخلص بأن اللجوء إلى طلب الفسخ ليس من النظام العام، فيمكن طلب تنفيذ العقد أو طلب الفسخ وهذا حسب اتفاق الأطراف. فإذا اتفق طرفي العقد على اللجوء إلى الفسخ، فإن ذلك يتم بإدراج شرط تعاقدي مكتوب وواضح العبارة، مفهوم وليس فيه أي لبس³.

كما يتبين أيضا من خلال نص المادة 120 من التقنين المدني الجزائري⁴ أنه يجوز للأطراف عدم اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، فينتفون مسبقا على فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ، فنكون إذاً أمام حالتين، الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي.

¹ محو حسينية، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص. 07.

² تنص الفقرة الأولى من المادة 119 من ت. م. ج. على ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه.....".

³ CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 159.

⁴ تنص المادة 120 من ت. م. ج. على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة لحكم قضائي....".

1- الفسخ القضائي:

في حالة عدم تنفيذ أحد التعاقدين لالتزاماته ووفقا للمادة 119 من التقنين المدني الجزائري فإنّ للقاضي السلطة التقديرية في أن يقضي بفسخ العقد أو عدمه¹، غير أن الحق في طلب الفسخ مقرون بتوافر شروط معينة.

أ- شروط طلب الفسخ القضائي:

يشترط لطلب فسخ العلاقة التعاقدية أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، وأن يخل أحد الأطراف بالتزاماته التعاقدية، كما يشترط أيضا على طالب الفسخ أن يكون قد نفذ التزاماته.

- العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين:

حتى يتحقق الفسخ يجب أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين²، وبالرجوع إلى عقود الأعمال نجدها من العقود الملزمة للجانبين، فمثلا في عقد الفرانشيز يلتزم المانح بنقل المعرفة الفنية والتكنولوجيا إلى الممنوح له، بينما يلتزم هذا الأخير بدفع الثمن.

- إخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته:

لا يكفي لطلب الفسخ أن يكون العقد ملزما للجانبين، بل يجب أن يكون هناك إخلال من جانب أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد المراد فسخه، وهذا ما يفهم من المادة 119 من التقنين المدني الجزائري، فيكون حق المطالبة بفسخ العقد متى وقع الإخلال بالالتزام فعلا، وأن يستمر هذا الإخلال حتى صدور الحكم النهائي بالفسخ³.

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 119 من ت. م. ج. على مايلي: "... ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

² العقود الملزمة للجانبين هي العقود التي تنشأ التزامات متقابلة وهذا مستنبط من نص المادة 55 من ت. م. ج.، إذ تنص على ما يلي: "يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا".

³ جوهري سعيدة، سلطة القاضي في فسخ العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة ألكلي محمد أولحاج، البويرة، 2012-2013، ص. 15.

أما إذا كان سبب عدم التنفيذ عبارة عن سبب أجنبي كالقوة القاهرة مثلا، فلا نكون بصدد فسخ العقد، بل انفساخه¹.

- أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزاماته التعاقدية:

من غير المنطقي أن يطالب أحد المتعاقدين بفسخ العقد لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، في حين أنه هو لم يوف بالتزامه، فيجب أن لا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ التزاماته. كما يشترط في طالب الفسخ أن يكون بإمكانه إعادة الحال إلى أصلها، فيكون قادرا على ردّ ما أخذ². أما فيما يخص الإجراءات القضائية التي يجب على طالب الفسخ اتباعها فيجب عليه أولا إذار الطرف المخلّ بالتزاماته وهذا تطبيقا لنص المادة 119 من التقنين المدني الجزائري، ثم يرفع دعوى الفسخ إلى المحكمة المختصة.

2- الفسخ الاتفاقي:

قد يتفق الأطراف وفي حالة الإخلال بتنفيذ العقد على عدم اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، فطبقا للمادة 120 من التقنين المدني الجزائري، فقد يتضمن العقد محل الفسخ شرطا تعاقديا يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه بسبب عدم التنفيذ، ويسمى هذا الشرط بشرط الفسخ الاتفاقي la clause résolutoire، فهو الشرط الذي يتحقق معه فسخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي³.

يتمتع المتعاقدين بالحرية التامة في صياغة شرط الفسخ الاتفاقي، فبالإضافة إلى اتفاقهما صراحة على فسخ العقد عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه، فيجب أيضا أن تنصرف إرادتهما إلى استبعاد الفسخ القضائي، أي تجنب السلطة التقديرية للقاضي، حيث يقتصر دوره في هذه الحالة على

¹ هو حسينة، انحلال العقد...، مرجع سابق، ص. 22.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط...، الجزء الأول، نظرية الالتزام...، مرجع سابق، ص. 706.

³ فيلاي علي، الالتزامات...، مرجع سابق، ص. 434.

معايينة مدى توفر شرط الفسخ الاتفاقي من أجل تحقيق الفسخ، فيفسخ العقد لمجرد تحقق هذا الشرط، على عكس الفسخ القضائي؛ حيث يبقى العقد قائماً لغاية صدور الحكم بالفسخ¹.

ثانيا- الانقساخ

تنص المادة 121 من التقنين المدني الجزائري على أنه في العقود الملزمة للجانبين، وفي حالة استحالة تنفيذ العقد فإنه يفسخ بقوة القانون. والاستحالة هنا يجب أن تكون مطلقة فلا يمكن توقعها ولا مقاومتها. فيشترط لانقساخ العقد بقوة القانون أن يكون تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلاً، وأن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي، فيقع عبء الإثبات (إثبات الاستحالة والسبب الأجنبي) على عاتق المدين في العلاقة التعاقدية².

إضافة إلى كل من الفسخ والانقساخ، فإنه يمكن للأطراف اتباع إجراءات أخرى في حالة عدم تنفيذ العقد، والمتمثلة في التعويض الاتفاقي، طلب التنفيذ العيني، والدفع بعدم التنفيذ.

أ- التعويض الاتفاقي: ويسمى بالشرط الجزائي، حيث يتفق الأطراف على تحديد مبلغ التعويض الذي يلتزم بدفعه الطرف المخلّ بالتزاماته إلى الطرف الآخر³.

ب- طلب التنفيذ العيني: بالرجوع إلى المادة 119 من التقنين المدني الجزائري، وفي حالة عدم تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزاماته فإنه يحق للطرف الآخر أن يطالب بالتنفيذ العيني، حيث يعتبر ذلك أفضل وسيلة تضمن استقرار المعاملات بين الأفراد، والذي يستند (أي التنفيذ العيني) لقاعدة القوة الملزمة للعقد ولبدأ حسن النية⁴، فإن رفض الطرف المخلّ بالتزاماته التنفيذ العيني أو تماطل في ذلك جاز للطرف الآخر المطالبة بالتنفيذ الجبري.

¹ فيلالي علي، *الالتزامات...*، مرجع سابق، ص. 435.

² علي علي سليمان، *النظرية العامة...*، مرجع سابق، ص. 108.

³ لقد تم شرح الشرط الجزائي في المطلب الثاني من المبحث الأول المَعْنُون بالشروط التعاقدية المتعلقة بتوزيع المخاطر.

⁴ هو حسينة، *انحلال العقد...*، مرجع سابق، ص. 41.

ج- الدفع بعدم التنفيذ: تنص المادة 123 من التقنين المدني الجزائري على أنه وفي العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، يحق لأحد المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه¹. فالدفع بعدم التنفيذ هو حق المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين في الامتناع عن تنفيذ التزامه ما لم يتم المتعاقد الثاني بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه، فيعتبر هذا الدفع وسيلة دفاعية، يكون الغرض منه تأجيل تنفيذ الالتزامات إلى حين تنفيذ الالتزامات المقابلة².

من خلال ما سبق نستخلص أنه بإمكان الأطراف المتعاقدة الاتفاق على إدراج شروط تعاقدية في العقد، تهدف إلى تنظيم حالات عدم تنفيذ العقد، من خلال اتباع أحد الإجراءات السابقة.

المطلب الثاني

الشروط التعاقدية المحددة لجهات تسوية النزاعات

يسعى طرفي العقد إلى الاتفاق مسبقاً على تحديد الجهة المختصة في الفصل في النزاعات الناشئة والقائمة الناتجة عن عدم تنفيذ العقد على الوجه المتفق عليه، وذلك من خلال إدراج شروط تعاقدية سواء في العقد أو في عقد لاحق لتحديد الجهة المخولة والمتفق عليها للنظر في النزاع. فإذا يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على عرض نزاعهم على القضاء وهو الطريق الطبيعي لتسوية النزاعات (الفرع الأول)، كما يمكن لهم الاتفاق على اللجوء إلى إحدى الطرق البديلة لتسوية النزاعات (الفرع الثاني).

¹ المادة 123 من ت. م. ج.

² فيلالي علي، *الالتزامات...*، مرجع سابق، ص. 443 وما يليها.

الفرع الأول

اللجوء إلى القضاء

قد يتفق طرفي العقد على عرض نزاعهم أمام القضاء، ف يتدخل هذا الأخير الفصل في النزاعات الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات المتفق عليها بين المتعاقدين ، ويعتبر القضاء الوسيلة الأصلية لتسوية النزاعات، فاللجوء إلى القضاء يتطلب اتباع إجراءات معينة قد وردت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبالتالي فإن تحديد الجهة القضائية المختصة للفصل في النزاع يتطلب تحديدها نوعيا (أولا)، ثم إقليميا (الفصل الثاني).

أولا- الاختصاص النوعي

حسب المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، فإن المحكمة تفصل في جميع القضايا التي تعرض أمامها سواء كانت مدنية أو تجارية أو بحرية أو عقارية، كل قضية أمام قسم خاص بها. إلا أنه في المحاكم التي لم يتم إنشاء الأقسام فإن القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية، كذلك في حالة رفع دعوى إلى قسم غير معني في الفصل بتلك الدعوى يتم إحالة القضية إلى القسم المختص من طرف أمانة ضبط المحكمة وذلك بعد استشارة رئيس المحكمة.

أما فيما يتعلق بالاختصاص النوعي للمجلس القضائي ، فيعتبر الجهة القضائية ذات اختصاص عام بالنظر في دعوى الاستئناف، كذلك النظر في الدعاوي المتعلقة بحالة تنازع الاختصاص بين القضاة، في حالة وجود نزاع بين جهتين قضائيتين واقعتين في دائرة اختصاصه². أما المحكمة العليا

¹ قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، ج. ر. ع. 21، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤرخ في 24 أبريل 2008.

² انظر المواد 38، 41، 42 من ت. إ. م. إ.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

فتعتبر الجهة القضائية التي تقوم بالرقابة اللاحقة على الأحكام الصادرة عن كل الجهات القضائية الأخرى¹.

يعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام لا يجب على الأفراد مخالفته بحيث تقضي به الجهة القضائية بصفة تلقائية في جميع مراحل سريان الدعوى وذلك وفق للمادة 36 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري².

ثانيا- الاختصاص الإقليمي

إن الجهة القضائية التي تفصل في النزاع هي التي تقع في دائرة الاختصاص موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له. أما في حالة اختيار الموطن يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 37 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، كذلك في حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع فيها موطن أحدهم³، أما فيما يتعلق بمسالة التعويض أو فإن الجهة القضائية التي تقوم بالفصل إقليميا هي الجهة التي وقع فيها الفعل الضار طبقا للمادة 39 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. الأصل أن قواعد الاختصاص الإقليمي أنه لا يجوز منح الاختصاص للجهة القضائية غير مختصة إقليميا إلا إذا اعتبر الشرط الذي يمنح الاختصاص لاغيا إلا أنه ورد عليه استثناء منح الاختصاص في العقود التي تبرم بين التجار⁴.

أما فيما يتعلق بمنازعات الشركاء في الشركة، بحيث تنظر في تلك النزاعات المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان تواجد مقر الشركة لكون أن تلك المنازعات مرتبطة بالشركة.

¹ بوشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص. 271.

² تنص المادة 36 من ت. إ. م. إ. ج. على مايلي: "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى".

³ المادة 38 من ت. إ. م. إ. ج.

⁴ المادة 45 من ت. إ. م. إ. ج.

كذلك الدعاوي المتعلقة بالنقل البحري مثل عقود نقل البضائع ترفع أمام الجهة القضائية التي يوجد فيها ميناء الشحن أو التفريغ. كذلك يجوز للشخص أن يختار موطن خاص له لتنفيذ عمل قانوني بشرط أن يثبت ذلك كتابيا، بالتالي يجوز له رفع دعوى سواء إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصه أو الموطن المختار¹.

فالملاحظ إذاً أن الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، فيجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته، وذلك بحضور الخصوم أمام القاضي غير المختص إقليمياً². فإذاً يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على تحديد الجهة القضائية المختصة إقليمياً للفصل في نزاعهم.

الفرع الثاني

الطرق البديلة لحل النزاعات

يُعَدُّ القضاء الطريق الطبيعي لحل النزاعات، فالأصل في الأطراف اللجوء إلى المحاكم القضائية لتسوية نزاعاتهم، لكن طول الإجراءات، والتكاليف المالية، والرغبة في السرية والسرعة والفعالية هو ما يدفع للجوء إلى الطرق البديلة عن القضاء. ف في حالة اختيار الأطراف لهذه الطرق لحسم النزاعات وتسويتها بطرق ودية فإن عليهم تحديدها كشرط أو بند تعاقدى يدرج العقد. تتمثل الطرق البديلة لحل النزاع في كل من الصلح (أولاً)، الوساطة (ثانياً)، والتحكيم (ثالثاً).

أولاً- الصلح

يعتبر الصلح وسيلة من الوسائل البديلة لتسوية النزاعات، بحيث يلتزم الأطراف بحل نزاعاتهم أو بتنازل أحد الأطراف عن حقوقه للآخر. وقد عرفته المادة 459 من التقنين المدني الجزائري التي

¹ - بوبشير محمد أمقران، النظام القضائي...، مرجع سابق، ص. 293.

² المادة 46 من ت. ل. م. ل. ج.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

تنص: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". فيعتبر الصلح من العقود الملزمة لجانين، كما أن للطرف الآخر حقوق يتنازل عليها، بالتالي فهو من عقود المعاوضة. للصلح مجموعة من الأركان، تتمثل في الرضى، المحل والسبب.

يشترط في ركن الرضا تطابق الإرادتين حول ماهية ونوع النزاع من أجل إبرام الصلح أي صدور الإيجاب والقبول من الطرفين¹، إذ لا يجب أن يصدر الصلح بإرادة منفردة، كأن ينشأ نزاع بين المسير والمسير له في عقد التسيير، واختار الطرفين إجراء الصلح لحل النزاع، فيجب صدور الإيجاب والقبول من الطرفين لحل ذلك النزاع.

بالإضافة إلى ركن الرضا يجب أن يحتوي الصلح على ركن المحل، الذي يكون موضوع النزاع، فمشروعية هذا المحل يخضع لقواعد خاصة نصت عليها المادة 461 من التقنين المدني الجزائري، حيث تنص على ما يلي: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية". فالمسائل الواردة في هذه المادة لا يجوز الصلح فيها.

إلى جانب ركني الرضا و المحل يجب أن يحتوي الصلح أيضاً على ركن السبب، فلم يتطرق المشرع الجزائري إلى ركن السبب في عقد الصلح بصفة خاصة، فبالتالي يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني التي تشترط في أن يكون السبب موجوداً، صحيحاً ومشروعاً². نلاحظ أنه ومن خلال المادة 459 من التقنين المدني الجزائري أن الصلح هو نتيجة التنازل المتبادل، فنفهم من نص المادة باللغة العربية بأن التنازل يرد على حقوق كلا الطرفين، مما يدل على أن كل طرف يتخلى عن حقوقه، في حين أن المفهوم القانوني للتنازل ليس التخلي عن حق، وإنما طرف يتخلى ويتنازل عن بعض حقوقه بالمقابل مع التنازل المتبادل للطرف الآخر³.

¹ زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص. 16.

² زيري زهية، الطرق البديلة... المرجع نفسه، ص. 20.

³ NAAR Fatiha, "La transaction pénale en matière économique ou l'extension des modes alternatifs de règlement des litiges à la sphère pénale", *Revue critique de droit et sciences politiques*, N° 01, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2011, p.p. 34- 70, p. 52.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

ينهي الصلح النزاعات التي تولاهما، وله أثر مسقط للحقوق والإدعاءات التي تخلى عنها وبصفة نهائية أحد الأطراف . فالصلح يضع حدا للنزاع الموجود بين الطرفين، ويستلزم رفض كل طعن قضائي يكون موضوعه نفس النزاع الذي تم الفصل فيه¹.

ثانيا- الوساطة

قد يتفق الأطراف على آلية الوساطة للفصل في نزاعهم، فهي من أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات الناشئة بين أطراف العقد، في حالة إخلال أحد أطراف العقد بالالتزامات التعاقدية، ويلجأ إليها الأطراف في حالات عدم رغبتهم في اللجوء إلى القضاء². و تعتبر الوساطة من النظم المستحدثة في القانون الجزائري.

يمكن تعريف الوساطة بأنها: "عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم وذلك من خلال اتباع واستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر وتقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء السرية"³. فيجب أن تتوفر في الوسيط من الشروط، منها أن يكون من الأشخاص المعروفين بنزاهتهم، استقامتهم وإنصافهم، واستقلاليتهم، كما يجب أن لا يكونوا قد أُدينوا قبلا، وأن يتمتعوا بحقوقهم المدنية، وأن يتمتعوا بالاختصاص للفصل في النزاع المعروض عليهم⁴.

إلا أنه ورد على الوساطة مجموعة من الاستثناءات وذلك حسب المادة 994 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، التي تنص على ما يلي : " يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا المالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام".

¹ Ibid, p. 52.

² زيري زهية، الطرق البديلة...، مرجع سابق، ص. 44.

³ سولام سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2013-2014، ص. 41.

⁴ NAAR Fatiha, *La transaction pénale en matière économique*, thèse, Université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2013, p. 38.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

تنتهي الوساطة بنجاح عندما يتوصل أطراف النزاع إلى حل ودي، سواء بتنازل عن بعض الحقوق المتعلقة بالعقد، وتنتهي بالفشل عندما لا يتم التوصل إلى حل ودي يرضي الطرفين المتخاصمين.

ألزم المشرع الجزائري الوسيط وكل من شارك في اجتماعات الوساطة بحفظ السرية والخصوصية، لأنه قد يمس بسمعتهم، وميزة الخصوصية أيضا أنها منفردة عن الإجراءات العلنية التي تقوم بها المحاكم القضائية¹.

تتسم الوساطة بالسرعة والمرونة وذلك على خلاف المحاكم القضائية التي تتسم بطول إجراءاتها، في حين أن الوساطة حددها المشرع الجزائري بثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة بطلب من الوسيط². يمكن دور الوسيط في استشارة الأطراف و اقتراح لهم مجموعة من الحلول أثناء المفاوضات من أجل الوصول إلى حل ودي، ويمكن للأطراف في العقد وفقا لمبدأ حرية التعاقد اختيار الوسيط وفقا لما يسمى الوساطة الاتفاقية، بحيث يقوم الأفراد بكامل الحرية باختيار الوسيط، كما نجد أيضا الوساطة المؤسساتية أين يتم اللجوء إلى مراكز الوساطة، وفي كلتا الحالتين، يتفق الأطراف بكل حرية لإخضاع نزاعهم على الوسيط³.

ثالثا- التحكيم

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات الناشئة بين المتعاقدين، بحيث يرجع تواجده إلى بداية البشرية إلا أنه لم يظهر إلى الميدان لكون أن القضاء هو الذي كان يفصل في جميع النزاعات المتعلقة بالأفراد. ولكن مع تطور العلاقات في المجال التجاري والاقتصادي وكثرة النزاعات المعروضة على القضاء، وكذلك بسبب طول الإجراءات أصبح التحكيم محور الاهتمام من طرف العديد من المؤسسات وأصبح المتعاملين الاقتصاديين يلجئون إليه كوسيلة بديلة لحل النزاعات.

¹ بوزنة ساجية، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012، ص. 19.

² بوزنة ساجية، الوساطة في ظل...، المرجع نفسه، ص. 20.

³ NAAR Fatima, *La transaction pénale...*, thèse précitée, p. 26.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

فقد أصدرت مختلف التشريعات عدة قوانين من بينهم المشرع الجزائري بعدما كان ضد التحكيم التجاري، إلا أنه أصبح يجيد فكرة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات، بحيث يسمح لأطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم وذلك بصور قانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية¹.

فالتحكيم هو نظام يسمح للمقاضين بإخراج منازعات معينة عن القضاء الوطني وعرضها على التحكيم، سواء كان ذلك نزاعاً قائماً أو مستقبلياً. فالحكم يستمد سلطته من إرادة واتفاق الأطراف، فبالنسبة للمشرع الجزائري، وفي إطار تقنين الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنه تعرض لأحكام التحكيم، حيث تنص المادة 1040 من القانون السالف الذكر بأن اللجوء إلى التحكيم يكون على شكل اتفاقية تبرم بين أطراف النزاع وتسري على النزاعات المستقبلية والقائمة، ويكون ذلك على شكل شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم².

1- شرط التحكيم

نصت المادة 1007 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية على شرط التحكيم كما يلي: "هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة، لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم". بمعنى أن شرط التحكيم يراد داخل العقد في حالة نشوء نزاع في المستقبل، يتم الاتفاق بين الأطراف داخل الاتفاقية باللجوء إلى التحكيم ويكون على شكل بند من بنود العقد. أما في حالة عدم تحديد في تلك الاتفاقية يكون ذلك في عقد لاحق³.

¹ نورة حليلة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، 2013-2014، ص. 1.

² نبيهة بومعزي، "الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 35، جامعة باجي مختار، 2013، ص. 220-230، ص. 221.

³ بن زكري راضية، "التحكيم التجاري الدولي بين متطلبات التجارة الدولية ومقتضيات النظام العام"، الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 08-09 ماي 2013، ص. 4.

2- اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو ذلك التصرف الذي يتم بمقتضاه الأطراف على حل نزاع سبق نشوؤه، بحيث يتم عرضه على التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة 1011 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم على نوع النزاع الذي تم عرضه على لجنة التحكيم لجنة تعين المحكمين و أسماء المحكمين، كما يجب أن يكون الاتفاق كتابيا¹.

كما يعتبر شرط التحكيم واتفاق التحكيم صور تان لاتفاقية التحكيم لذلك نجد المشرع الجزائري في المادة 1040 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية لم يعرف اتفاقية التحكيم بل ذكر صوره فقط. وبالرجوع إلى هذه المادة تنص فقرتها الثانية على ما يلي : " ... تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما".

أما فيما يتعلق بسير الخصومة التحكيمية يجب على الأطراف تقديم مستنداتهم وكل الأدلة اللازمة قبل انقضاء أجل التحكيم أي 15 يوم على الأقل، وبالتالي ينتهي التحكيم حسب المادة 1024 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية بوفاة المحكمين أو بانتهاء المدة أو انقضاء الدين أو بصدور الحكم، أم فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم يختص به رئيس المحكمة التي تم صدور حكم التحكيم أو محل تنفيذ الحكم، لذلك نجد بالنسبة للمشرع الجزائري أنه قد ميز بين حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر وهو قابل للطعن بالبطلان، بحيث نجد أن هذا التحكيم ينفذ مباشرة باعتبار أنه تم الاعتراف به على عكس حكم التحكيم الذي صدر في الخارج بحيث لا ينفذ إلا بعد الاعتراف من طرف القضاء الوطني. أما فيما يتعلق بالطعن بالنقض في حكم التحكيم فهو قابل للطعن فقط من الناحية الشكلية أما من الناحية الموضوعية غير قابل للطعن²، وهو ما تؤكدته المادة 1034 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص على ما يلي : " تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

¹ HOCINE Farida, *L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, thèse, université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2012, p. 106.

² نورة حليلة، التحكيم التجاري....، مرجع سابق، ص. 81 و 82.

الفصل الأول الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

يظهر من خلال ما سبق، أنه إذا كان أطراف العقد في مركز اقتصادي متساوٍ، فسيتاح للأطراف المتعاقدة التفاوض ومناقشة كل أحكام العقد، فيسعى طرفي العقد للاتفاق على إدراج ووضع الشروط التعاقدية التي تبين مضمون العقد وآثاره، وفق مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، مع الأخذ بعين الاعتبار المصلحة الاقتصادية للأطراف. غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، إذ يجب على المتعاقدين الخضوع للقواعد القانونية الآمرة المفروضة في المجال التعاقدية من قبل القانون.

الفصل الثاني

الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز
الاقتصادية للأطراف

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين فهو يقوم بمجرد تبادل الأطراف التعبير عن إرادتهما مما ينتج أثره في الوقت الذي يصل إلى علم الطرف الآخر في العقد.

يتم إبرام العقد باقتران الإيجاب والقبول أي رضا الطرفين باعتبار أن هذا العقد وليد المفاوضات والمناقشات التي تسود بين طرفيه، أي الإرادة المشتركة لإبرام ذلك العقد بين الطرفين.

لكن من الناحية العملية قد يظهر خلاف ذلك في عقود الأعمال الناتجة عن التطور الصناعي والاقتصادي، مما أدى إلى ظهور كتلتين أو طبقتين، طبقة اقتصادية ذات نفوذ ومركز اقتصادي قوي، أما الكتلة الثانية فهي الطبقة الضعيفة اقتصاديا وصناعيا وه ذا ما أدى إلى ظهور بعض العقود التي تبوم بين طبقتين بحيث أن الطرف القوي هو الذي يضع شروط العقد ولا يُشرك الطرف الضعيف في صياغتها ولا مناقشتها. هذه الشروط تسمى بالشروط التعسفية التي هي نتيجة التفاوت في المراكز الاقتصادية لطرفي العقد.

ولبيان هذه الشروط التي تكون في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف، ستمحور دراستنا في مفهوم الشروط التعسفية (المبحث الأول)، ثم عن تدخل التشريع والقضاء لمعالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الشروط التعسفية

تقوم العقود بصفة عامة على مبدأ الحرية التعاقدية، بحيث يشترك كلا الطرفين في تحديد شروط العقد وأحكامه، ومضمونه؛ فيحرص كلٌّ من طرفي العقد على تحقيق مصالحه دون أن يؤدي ذلك إلى الإضرار بمصالح الطرف الآخر. إلا أن التفاوت في المراكز الاقتصادية للأطراف أدى إلى إحداث فجوة اقتصادية بين طرفي العقد، الأمر الذي فسح المجال للطرف القوي في العقد على فرض شروطه على الطرف الآخر بصفة تعسفية فليس لهذا الطرف الضعيف سوى قبولها أو رفضها دون أن يناقشها.

في هذا الإطار وللإحاطة بمفهوم الشروط التعسفية، يستلزم تعريفها وبيان خصائصها (المطلب الأول)، ثم التعرض لمعايير تقديرها وتحديد ما يميزها عن الشروط الأخرى التي قد ترد في العقد ولا تصنف على أنها تعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية الشروط التعسفية

تُعتبر الشروط التعسفية نتيجةً للتفاوت في المراكز الاقتصادية للأطراف المتعاقدة، لذا فسنحاول في هذا المطلب تعريف الشروط التعسفية سواء من الناحية الفقهية والتشريعية (الفرع الأول)، و نبرز أهم خصائصها (الفرع الثاني)، ثم نتطرق لبعض أمثلة الشروط التعسفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الشروط التعسفية

يُعتبر موضوع الشروط التعسفية من أهم المواضيع التي احتدم فيها النقاش في العصر الحديث، خاصة مع التطور الاقتصادي وتطور مفهوم الاستهلاك. ولتعريف الشروط التعسفية، نتناول فيما يلي تعريف الشروط التعسفية من الناحية الفقهية (أولا)، ثم من الناحية التشريعية (ثانيا).

أولا- التعريف الفقهي للشروط التعسفية

تعددت الآراء الفقهية المختلفة التي أعطت تعريفا للشروط التعسفية، واختلفت باختلاف زاوية الرؤية للشرط التعسفي. فهناك من يعرفها على أساس أطراف العلاقة التعاقدية، وجانب آخر يعرفها بالنظر إلى الآثار المترتبة عنها، وآخرون يعرفونها على أساس مصدر فرضها¹.

1- من حيث أطراف العلاقة التعاقدية:

عرّف فقهاء هذا الرأي الشرط التعسفي على أنه: " الشرط الذي يتم فرضه على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"².

¹ رباحي أحمد، "أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، ع. 05، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، 2008، ص. 343-368، ص. 346.

² السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص. 32. نقلا عن: حسين عبد الله عبد الرضا الكلبي، "اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، ع. 02، كلية الحقوق، جامعة بغداد، بغداد، 2011، ص. 204-285، ص. 222.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

2- من حيث آثار الشرط التعسفي على العلاقة التعاقدية:

يترتب على الشرط التعسفي في العقد الإضرار بمصلحة المستهلك بسبب اختلال التوازن في الحقوق والالتزامات بين كل من الحرفي والمستهلك، فيترتب على العلاقة التعاقدية أن يحصل المهني على ميزة مبالغ فيها في مواجهة المستهلك الذي يفتقر إليها، والذي لا تتوفر فيه الخبرة أو المعرفة الفنية أو الاقتصادية¹.

3- من حيث مصدر فرض الشرط التعسفي:

يرى أنصار هذا الرأي إلى الشروط التعسفية على أنها تلك الشروط التي تُحرر مسبقاً ويفرضها الطرف القوي في العقد والذي يملك نفوذاً اقتصادياً على الطرف الضعيف، مما يُكسبه ميزة مفرطة عن الطرف الآخر². فالشرط التعسفي من خلال هذا التعريف هو الشرط الذي يحمل منفعة لصالح الطرف القوي في العقد على حساب الطرف الضعيف، لما يملكه الطرف القوي من قوة اقتصادية أو معرفة فنية، وينتج عنه اختلال في التوازن العقد بين حقوق والتزامات الأطراف.

يعرّف الشرط التعسفي أيضاً بأنه: "ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقدته مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقتضيه العدالة"³. يلاحظ من هذا التعريف أنه تبني معيارين في آن واحد لتمييز الصفة التعسفية للشرط، معيار الميزة المفرطة، وكذا معيار العدالة، إلا أن هذا المعيار الأخير يُعدّ نسبياً لتباين مفهوم العدالة من شخص لآخر ومن قاضٍ لآخر، ولاختلاف مفهومها (العدالة) باختلاف الزمان والمكان.

¹ حمودة نجوى وهشاي وهيبة، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص. 32.

² رباحي أحمد، "أثر التفوق..."، مرجع سابق، ص. 346.

³ نقلاً عن: سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص. 97.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

وفي هذا الإطار صرح الفقيه BERLIOZ بأنه بدلا من أن يكون العقد وسيلة للتوافق بين مصالح الأطراف المتعاقدة، فإنه أصبح أداة يفرض بموجبها أحد المتعاقدين شروطه على الطرف الآخر¹. كما يُعَدّ التعسف في إملاء أحد أطراف العقد شروطه على الطرف الآخر من بين أهم الأسباب لأفول وتراجع مبدأ سلطان الإرادة، مما سمح باستغلال الأقوياء للضعفاء، وهذا ما ذهب إليه الفقيه STARCK².

على الرغم من تعدد هذه التعريفات الفقهية للشروط التعسفية، غير أنها تشترك في نقطتين أساسيتين هما: لا يوصف الشرط بأنه تعسفياً إلا إذا كان العقد عقد إذعان، وأن العلاقة التعاقدية تربط بين المحترف أو المهني والمستهلك.

هذا وبالرغم من إنكار جانب من الفقه للطبيعة العقدية للاتفاقات التي يكون فيها إذعان، إلا أن غالبية الفقهاء لا يرون بأن الإذعان يُغيّر من الطبيعة العقدية للعقد، ولعلّ السبب الرئيسي في ذلك يكمن في أنّ فكرة العقد لا تستلزم المساواة بين الأطراف، بدليل أن القانون نظم عدة أحكام تتعلق بالشروط التعسفية³.

ثانيا- التعريف التشريعي للشروط التعسفية

قامت العديد من التشريعات التي كرسّت الحماية القانونية للمستهلك بتعريف الشروط التعسفية، فنحاول تبين هذه التعريفات للدول التي كرسّت هذه الحماية وصولاً إلى التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري.

تعتبر ألمانيا من أوائل الدول التي سارعت إلى سنّ قانون في هذا المجال، حيث عرّف القانون الألماني الشروط التعسفية بمقتضى القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود المؤرخ في 09 ديسمبر 1973 على أنها: "تلك الشروط التعاقدية التي حُررت مسبقاً لعدد كبير من العقود، والتي يفرضها المشتري على الطرف الآخر. فيتضرر هذا الأخير بصفة مفرطة،

¹ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 13.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية...، المرجع نفسه، ص. 13.

³ نسير رفيق، محاولة من أجل...، مرجع سابق، ص. 308.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

لأنها تخالف مبدأ حسن النية أو الأحكام التنظيمية"¹. نلاحظ أنّ المشرع الألماني تمسك بمبدأ حسن النية في جميع العقود سواء في عقود التي تمت بالتراضي أو عقود الإذعن. فالهدف من هذا القانون هو حماية المستهلك في مواجهة عدم التوازن الناتج من العقود المحررة مسبقا بإرادة أحد الأطراف، مما يؤدي إلى سوء استخدام الشروط العامة في العقود إلى التحايل على مبدأ حرية التعاقد، وبالتالي ينتج عنه الإضرار بأحد المتعاقدين².

أما المشرع الإسباني فقد عرف الشرط التعسفي بأنه ذلك الشرط الذي تم تحريره مسبقا بإرادة منفردة من أحد المتعاقدين ولم يشارك الطرف الآخر في صياغته وبالتالي لا يستطيع استبعاده متى أراد الحصول على منتج أو خدمة³. فحسب المشرع الإسباني فإنّ شروط العقد التي تحرر مسبقا ليست كلها شروطا تعسفية، فقد اعتمد على معيار دقيق لتحديد الشروط التعسفية وهو اختلال التوازن بين أطراف العقد.

كما أنّ المشرع البلجيكي قد عرف الشرط التعسفي من خلال المادة 31 من قانون 14 جويلية 1991 الخاص بالممارسات التجارية على أنه كل شرط تعاقدية يؤدي إلى التفاوت وإلى الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة. فنلاحظ أن المشرع البلجيكي قد أخذ أيضا بمعيار اختلال التوازن العقدي⁴.

بينما المشرع الفرنسي وفي إطار قانون 23-78 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك، يعرف الشروط التعسفية في المادة 35 بأنها تلك الشروط التي تكون مفروضة بواسطة المحترف أو المهني على غير المحترفين أو على المستهلكين من خلال التعسف في النفوذ الاقتصادي للطرف القوي وتمنح هذا الأخير ميزة مفرطة⁵. فالملاحظ

¹ M. FROMONT, *Droit Allemand des affaires, Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail*, MONTCHRESTIEN, Paris, 2001, p. 10. نقلا عن: بن حميدة نهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة

مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007، ص. 21.

² حمودة نجوى وهمشاوي وهيبة، الحماية القانونية...، مرجع سابق، ص. 24.

³ بن حميدة نهات، حماية الطرف...، مرجع سابق، ص. 23.

⁴ رباحي أحمد، "أثر التفوق...، مرجع سابق، ص. 345.

⁵ زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة دكتوراه لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص. 90.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

من هذا التعريف أنه يقوم في تحديده للشرط التعسفي على معيار التعسف في النفوذ الاقتصادي، وعلى معيار الميزة المفرطة التي يحصل عليها المحترف أو المهني.

كما أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية حسب المادة 132-1 من القانون 95-56 الصادر في 01 فيفري 1995 المعدل لقانون الاستهلاك¹، والتي تنص على أنه في العقود التي تبرم بين المحترفين المهنيين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون الشروط تعسفية إذا كان موضوعها أو أثرها خلق اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة ؛ هذا الاختلال يكون على حساب الطرف غير المهني أو المستهلك². فاشتراط التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي قد اختفى في هذا التعريف الحالي، فما يميز الشرط التعسفي هو غياب التوازن بين طرفي العقد، طرف مستفيد، وآخر غير مستفيد³.

أما بخصوص المشرع الجزائري فإنه طبقا للمادة 110 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يُعفي الطرف المذعن منها..."، كما ورد أيضا في المادة الثالثة من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁴، حيث تنص: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: ...

4- عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حُرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الكرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي منه..."

¹ la dernière modification du code de la consommation français était en 2016 par l'ordonnance N° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, J. O. R. F., N° 64 du 16 mars 2016.

² Selon les termes de l'article L.132-1 du code de la consommation français: " 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 consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. "

³ زوية سميرة، الأحكام القانونية...، مرجع سابق، ص. 92.

⁴ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. ع. 41 مؤرخ في 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

5- شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

يظهر من خلال هاذين النصين أن المشرع الجزائري يربط بين مفهومي التعسف والإذعان، فلا يكون الشرط تعسفياً إلا في عقود الإذعان، عكس المشرع الفرنسي الذي يعترف بفكرة التعسف في العقود الرضائية، وذلك لتوسيع مجال الحماية في هذا النوع من العقود، فالشرط التعسفي من شأنه إحداث اختلال التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف، سواء بالنظر إليه بمفرده، أو مشتركاً مع شرط أو شروط أخرى، فقد يكون الشرط غير تعسفي بالنظر إليه منفرداً، إلا أنه قد يكون تعسفياً إذا كان مشتركاً مع شرط أو شروط أخرى في العقد¹.

الفرع الثاني

خصائص الشروط التعسفية

يعتبر الشرط التعسفي ذلك الشرط الذي يفرضه أحد المتعاقدين بالنظر إلى مركزه الاقتصادي القوي على المتعاقد الآخر، مما ينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقد، لعدم إمكانية الطرف الضعيف اقتصادياً من مناقشة ذلك الشرط ولا تعديله. وعليه فللشروط التعسفية عدة خصائص نذكر منها:

¹ تسيير رقيق، محاولة من أجل...، مرجع سابق، ص. 309 و 310.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

1- الشروط التعسفية صحيحة غير مخالفة للنظام العام:

إن الشرط التعسفي شرطٌ صحيح¹ مشروع لا يكون مخالفاً للقواعد الآمرة كما يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة أي أنه لا يجب على من له نفوذ اقتصادي أن يقوم بفرض شروط تعسفية ضد الطرف الضعيف في العقد بطريقة غير مشروعة أي أنه يستعمل ذلك الحق بطريقة تعسفية خاطئة، وهذا ما ورد من خلال المادة 124 مكرر من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

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

فإذاً في العقود التي تحتوي على شروط تعسفية لا مجال فيها للمفاوضات ولا المساواة بين الطرفين، فشروط العقد تُعدّ مسبقاً من الموجب دون مناقشة من الطرف الآخر، أما إذا ما كانت بعض الشروط مخلة بالنصوص القانونية المتعلقة بالنظام العام فتكون باطلة².

2- التفاوت في المراكز الاقتصادية للأطراف:

يجب أن يكون هناك تفاوت في المعرفة الفنية والاقتصادية بين المحترف والمستهلك ، ولهذا تسعى مختلف التشريعات لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الشروط التعسفية، فإذا كان طرفي العقد في مركز اقتصادي متكافئ فلا مجال لإثارة موضوع الشروط التعسفية، لأنّ على كل متعاقد أن يسهر على المحافظة على حقوقه ومصالحه من خلال إمكانية مناقشته لمختلف شروط العقد، فلا يكون في هذه الحالة بحاجة للحماية³. وهذا ما قد نجده في عقود الأعمال، فمثلاً في عقد الفرانشيز ؛ المانح يملك الخبرة والمعرفة الفنية

¹ حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، "اختلال التوازن..."، مرجع سابق، ص. 230.

² لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص. 92.

³ حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، "اختلال التوازن..."، مرجع سابق، ص. 230.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

والتكنولوجيا، وحقوق الملكية الفكرية كبراءة الاختراع، هذا ما قد يجعله في مركز اقتصادي قوي مقارنة بالمتعاقد الآخر وهو الممنوح له، الذي يفتقر إلى تلك الخبرات والمعارف الفنية، مما يفسح المجال للمانح على أن يفرض شروطا تعسفية على الممنوح له نظرا للتفاوت في المراكز الاقتصادية بينهما.

3- الشروط التعسفية ناتجة عن إرادة منفردة:

كما في عقود الإذعان فإن الشروط التعسفية تُنشأ بإرادة منفردة، حيث يسعى الطرف القوي في العلاقة التعاقدية بفرض شروطه على الطرف الآخر دون أن يناقشه فيها، وهذا نتيجة للتفاوت في المراكز الاقتصادية بينهما، وفي هذا الإطار يرى أنصار هذا الرأي من القانون الخاص يترجمهم الفقيه SALEILLES، حيث يرى في كتابه الموسوم: "التعبير عن الإرادة، مساهمة في دراسة التصرف القانوني في التقنين الألماني" أن عقد الإذاع هو تصرف بإرادة منفردة، لأن إرادة الطرف المذعن ليست أساسية في عملية إبرام العقد، وإنما شرط يضعه الطرف القوي في العلاقة التعاقدية لتنفيذ العقد¹.

الفرع الثالث

أمثلة عن الشروط التعسفية

لا يمكن تعداد وحصر كل الشروط التعسفية² فهي تتنوع وتتغير حسب أنواع العقود التي يبرمها الأطراف، لذلك هناك العديد من التشريعات التي أعطت أمثلة وأنواعا للشروط

¹ نسير رفيق، محاولة من أجل....، مرجع سابق، ص. 307، كذلك: لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان....، مرجع سابق، ص. 43.

² إن مسألة حصر جميع الشروط التعسفية تُعدّ مستحيلة، وهذا راجع لعدة عوامل، أهمها تطور العقود الاقتصادية وتطور مفهوم الاستهلاك مما يجعل الطرف القوي في العلاقة التعاقدية يفكر دائما في كيفية التحايل على فرض شروط تعسفية على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، في هذا الصدد، انظر: جميعي حسين عبد الباسط، أمر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

التعسفية، من بينهم المشرع الفرنسي الذي يعتبر الشرط تعسفيا إما بالنظر إلى محل التعاقد، أو بالنظر إلى الظروف التي تجعل من الشرط تعسفيا¹.

أما المشرع الألماني فقد قسم الشروط التعسفية الباطلة إلى قسمين على أساس قابليتها للتقويم وللسلطة التقديرية للقاضي²:

1- القائمة السوداء:

هي الشروط التي تبطل بقوة القانون دون الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي، وتمثل مجملها في³:

- إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف.
- النص على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزاماته.
- الحق في إبطال العقد دون مبرر أو أساس مادي أو في تعديله دون الاكتراث بمصلحة الطرف الآخر المتعاقد معه.
- الحق في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة الطرف الآخر بإبطال العقد أو فسخه.
- حق الطرف القوي اقتصاديا في العلاقة التعاقدية في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق إن لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة.

=ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الأنجلو أمريكية دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص. 115.

¹ زوية سميرة، الأحكام القانونية...، مرجع سابق، ص. 96.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية...، مرجع سابق، ص. 19.

³ بن سعيدي سلمة، حماية المستهلك...، مرجع سابق، ص. 76.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

2- القائمة الرمادية:

تضم هذه القائمة عشرة أصناف من الشروط التعسفية ، تتمثل على سبيل المثال في الشروط التالية¹:

- حق المهني أو المحترف في حالة عدم التسليم برفع أسعار المنتجات أو خدمات خلال مدة أربعة أشهر.

- حالة إعفاء المحترف من المسؤولية سواء كان الإعفاء كلياً أو جزئياً.

- الشروط التي تمنع الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في ممارسة حقه في المقاصة.

- الشروط التي تقيد حق الطرف الضعيف (المستهلك) في استبدال منتج ما إذا ظهر فيه عيب خفي ، أو بسبب عدم مطابقته لمضمون العقد.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ذكر بعض الأمثلة عن الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي في العلاقة التعاقدية على الطرف الضعيف، فقد وردت في المادة 29 من القانون 04- 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية عدة أمثلة عن الشروط التعسفية، نذكر منها:

- أخذ حقوق و امتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات ماثلة معترف بها: أي انه احد الأطراف في العقد (الطرف القوي) يكون له بعض الحقوق و الامتيازات لا يملكها الطرف الآخر (الطرف الضعيف)، وهذا نتيجة للتفاوت في المراكز الاقتصادية للأطراف.

- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد بالشروط التي يحققها متى أراد: يعد هذا الشرط من بين الشروط التعسفية التي تؤثر على توازن العقد، فيمنح الطرف القوي وهو المحترف أو المهني لنفسه إمكانية التعاقد متى أراد، في حين يُفرض على الطرف غير المهني وهو المستهلك الإمضاء بصفة فورية وتفرض عليه التزامات نهائية، بالرغم من إمكانية عدم حصوله على السلعة أو الخدمة محل التعاقد².

¹ بن حميدة نهات، حماية الطرف...، مرجع سابق، ص. 22.

² زوبة سميرة، الأحكام القانونية...، مرجع سابق، ص. 99.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك: قد يتفق المتعاقدان على سلعة معينة (فطرياً العقد مثلاً مورد أو بائع وآخر مشتري)، ثم يُحدّد في العقد الكمية المطلوبة وكل المواصفات المتفق عليها والمتعلقة بالسلعة محل التعاقد، إلا أنه وعند تنفيذ العقد وتسليم السلعة، قد تكون بمواصفات غير تلك المتفق عليها في العقد سواء من حيث الكمية أو النوعية.

- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة الشروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية: قد يعتمد المهني عدم إظهار خصوصية الشيء محل التعاقد، أو الغرض الذي يريد المستهلك أن يستخدمه من أجله في وثيقة العقد ذاته، فيفرض المحترف شرطاً في العقد يتحفظ فيه بعدم لزوم موافقة السلعة أو الخدمة للغرض الذي يتوقع المستهلك استخدام محل التعاقد من أجله¹.

- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم المحترف نفسه بها: فقد يقوم الطرف القوي في العلاقة التعاقدية بوضع شرط تعسفي يفرض به على الطرف الضعيف وهو المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يقوم هو بتنفيذ التزاماته.

- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو (المحترف) بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته: يمكن للمحترف وهو الطرف القوي أن يدرج شرطاً في العقد يتضمن عدم إمكانية الطرف الآخر لفسخ العقد في حالة إخلال المحترف بالالتزاماته، ومثال ذلك في عقود نقل التكنولوجيا، أين يقوم المانح بفرض شرط تعسفي في العقد يقضي بعدم إمكانية الممنوح له لفسخ العقد في حالة الإخلال بواجب الإعلام.

- التفرد بتغيير أجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة: عند إبرام العقد بين المحترف وغير المحترف، فيتفقان على آجال تسليم السلعة أو المنتج أو تنفيذ الخدمة، إلا أنّ المحترف يقوم وبصفة منفردة بتغيير هذه المواعيد دون الرجوع إلى الطرف الآخر، فهذا يعتبر شرطاً تعسفياً.

¹ زوبة سميرة، الأحكام القانونية...، مرجع سابق، ص. 98.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة: فقد يسعى الطرف القوي إلى إدراج شرط في العقد يقضي بإنهاء وقطع العلاقة التعاقدية في حالة عدم قبول الطرف الضعيف الخضوع للشروط الجديدة غير المتكافئة، فيعد هذا الشرط تعسفياً.

إن هذه الشروط التعسفية لم توضع على سبيل الحصر، وإنما وردت على سبيل المثال، مما يترك للقاضي مجالاً واسعاً في تقدير درجة التعسف الذي يخل بالتوازن العقدي.

المطلب الثاني

معايير تقدير الشروط التعسفية

لا يعتبر كل شرط يرد في العقد على أنه شرط تعسفي، هذا وقد تعددت وتنوعت التعريفات سواء الفقهية أو التشريعية للشروط التعسفية، مما يسمح بإمكانية تحديد معيار اعتبار أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي. و كي يعتبر الشرط كذلك (أي تعسفياً)، يجب أن يتوافر على معايير تجعل الأطراف في مراكز اقتصادية متفاوئة أي غير متوازنة، بحيث يكون هناك طرف قوي ذات نفوذ اقتصادي يسمح له بوضع مجموعة من الشروط، وطرف ضعيف يخضع لهذه الشروط دون مناقشتها. تتمثل هذه المعايير في معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية (الفرع الأول)، معيار الميزة المفرطة (الفرع الثاني)، ومعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

إن الشروط التعسفية هي تلك التي يخضع إليها المستهلك بدون رغبته ، فهي تفرض عليه باعتبار أن المحترف ذو مركز قوي يملك نفوذا اقتصاديا مما يفرض شروطه على الطرف الضعيف في العقد¹.

لذلك، فيعتبر معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من أهم معايير تحديد الشروط التعسفية ، بحيث نجد أن المحترف يعتمد على القوة الاقتصادية من أجل الهيمنة والسيطرة في السوق إلا أن هذا المعيار اتسم بالغموض وعدم الدقة باعتبار أنه ليست القوة الاقتصادية وحدها كافية من أجل أن نحدد مدى تعسف الشرط².

لقد تعرّض هذا الموقف للانتقاد من طرف الفقهاء ، حيث يرون أنه ليست بالضرورة أن يكون المهني أو المحترف ذا نفوذ اقتصادي حتى يفرض شروطه على المستهلك لذلك يمكن أن يكون المحترف بسيطا لا يملك نفوذا اقتصاديا إلا أنه يفرض إراداته على المستهلك. وظهرت القوة الاقتصادية للمهني حسب المشروع الذي يقوم به ، وبالنظر للتقنيات التي يمتلكها، لكون أن ضخامة المشروع لا تعني، أو ليس بالضرورة أن يكون المشروع ذات قوة اقتصادية ، حيث يمكن للتاجر العادي أن يتمتع بقوة احتكار تشبه المشروع الوطني، بالرغم من عدم تمتعه بالقوة والنفوذ الاقتصادي³.

إن معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية غير دقيق ومبهم، لأنه لا يستند إلى مقومات تكشف عن هذا التفوق.

¹ سي طيب محمد أمين، الشروط التعسفية...، مرجع سابق، ص. 110.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية...، مرجع سابق، ص. 93.

³ حمودة نجوى وهشاوي وهيبة، الحماية القانونية...، مرجع سابق، ص. 28.

الفرع الثاني

معيار الميزة المفرطة

لكي يعتبر الشرط المدرج في العقد تعسفياً، فيجب أن يكون مفروضاً بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي الذي يملكه الطرف القوي (المحترف) من جهة، على أن يمنح هذا الشرط ميزة المفرطة للمحترف من جهة أخرى، لذلك يبدو أن معيار الميزة المفرطة ما هو إلا نتيجة للمعيار الأول الذي هو النفوذ الاقتصادي أو الهيمنة التي يتمتع بها المهني في السوق مما يسمح له بوضع شروط تعسفية، إلا أن هذا المعيار تعرض لكثير من الانتقادات من طرف الفقهاء حول طبيعة هذه الميزة باعتبار أنه ناتج عن النفوذ الاقتصادي الذي يتمتع به المحترف، لذلك تم طرح العديد من الإشكالات حول طبيعة هذه الميزة فهي غير محددة الكمية، وهل هي ذات طابع مالي؟ وكذا كيفية تقدير هذه الميزة¹.

تقترب فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن المعروفة في القواعد العامة من حيث تأثيرهما على التوازن العقدي، فعلى عكس الغبن الذي قد يكون سبباً في إبطال العقود إذا بلغ حداً معيناً باعتباره عيباً من عيوب الرضا، أي أنه محدد الكمية، فالميزة المفرطة لم تُحدد كميتها برقم معين².

كما أن الميزة المفرطة التي يتحصل عليها المحترف لا تتعلق بالطابع المالي فقط، فبالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالثمن والتقسيم، فإن الشرط التعسفي قد يرد على عدة مجالات أخرى، فقد يرد على تنفيذ الالتزامات التعاقدية وتنظيمها، كما قد يرد على فسخ العقد وإنهاءه، أو تجديده، كما قد يرد على تسليم الشيء محل التعاقد³، فينصب التعسف على مختلف الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد وليس فقط على الطابع المالي.

¹ سي طيب محمد أمين، الشروط التعسفية...، مرجع سابق، ص. 114.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية...، مرجع سابق، ص. 94.

³ حمودة نجوى وهشاوي وهيبة، الحماية القانونية...، مرجع سابق، ص. 28.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

أما فيما يخص مسألة كيفية تقدير الميزة المفرطة، فهل يُنظر إلى الشرط الذي منح الميزة المفرطة للمحترف منعزلاً، أم يجب النظر إلى كل شروط العقد في مجملها؟. صحيح فقد يكون أحد الشروط قد منح المحترف بعض المزايا، ولكن إذا نظرنا إلى الشروط الأخرى قد نجد أن بعضها في صالح المستهلك، إذ منحت له بعض المزايا ما بإمكانه إعادة التوازن العقدي في مجمله، فإذاً ولتقدير عدم التوازن العقدي، يجب أن يُعتدّ بمجموع شروط العقد، وليس فقط بالشرط التعسفي المانح لميزة مفرطة لصالح المحترف منعزلاً عن غيره من الشروط¹. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

فلتقدير الصفة التعسفية لشرط ما، يجب الأخذ بعين الاعتبار إلى مجموع الأداءات المتبادلة في مجملها من أجل التحقق من اختلال التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة، مفروضة عن طريق مجموعة من الشروط الموجودة في العقد. لذلك فمسألة تقدير هل الشرط تعسفي أو ليس شرط تعسفي، تعود لحكمة القاضي².

الفرع الثالث

معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات

قام المشرع الجزائري بتعريف الشرط التعسفي من خلال القانون رقم 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر، بحيث ورد في المادة الثالثة منه على أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط أو الهند سواء بمفرده أو يكون مشتركاً مع عدة

¹ بن سعيدي سلمة، حماية المستهلك...، مرجع سابق، ص. 73.

² بن سعيدي سلمة، حماية المستهلك...، المرجع نفسه، ص. 74.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

شروط ويؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، فنلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

هناك من يرى بأن معيار الإخلال الظاهر بالتزامات ما هو إلا ترديد لمعيار الميزة المفرطة، فيختلفان فقط من حيث التسمية، لذا فإنه تبين للنظرية المادية للغبن من حيث عدم التكافؤ في الأداءات المتقابلة، وعلى هذا فإن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي يختلف عن الغبن من عدة زوايا منها¹:

- عدم تحديد التكافؤ بحد معين، على عكس الغبن الذي يبطل فيه العقد إذا بلغ حدا معيناً.

- عدم اقتصار معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي على عدم التعادل في الثمن، بل يمتد لمختلف الشروط التي يتضمنها العقد.

- عدم اقتصار هذا المعيار على المزايا المالية فقط، وإنما يشمل المزايا غير المالية، على عكس الغبن الذي يشمل على المزايا المالية فقط.

قد أضاف المشرع الجزائري إلى هذا المعيار شرطاً آخر يتمثل في وجوب كون العقد من عقود الإذعان، كما أنه يجب أن تكون الظروف التي أدت إلى وضع الشروط التعسفية هي ظروف اقتصادية، لأنها إذا كانت غير اقتصادية كالإكراه أو العنف، فإن هنا لا مجال للتحديث عن الشروط التعسفية، وإنما نتحدث عن عيوب الرضا المؤدية لإبطال العقد².

كما أن المشرع الجزائري وعلى عكس المشرع الفرنسي³، لم ينص على زمن تقدير معيار التعسف الظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات الأطراف، فقد يكون الاختلال غير ظاهر زمن الإبرام، ثم يصبح ظاهراً أثناء مرحلة تنفيذ العقد نتيجة لمعطيات لم يكن يعلمها الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، هذا ما يسمح بتوسيع مجال الحماية⁴.

¹ بودالي محمد، الشروط التعسفية... مرجع سابق، ص. 97.

² نسير رفيق، محاولة من أجل...، مرجع سابق، ص. 310.

³ Article L.132-1 alinéa 05 du code de la consommation français: "le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat..."

⁴ نسير رفيق، محاولة من أجل...، مرجع سابق، ص. 311.

المبحث الثاني

تدخل التشريع و القضاء لمعالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية

إن التفاوت في المراكز الاقتصادية للأطراف المتعاقدة قد يتيح للطرف القوي فرض شروط تعسفية على الطرف الضعيف، فيضر بمصلحته الاقتصادية، الأمر الذي يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين المتعاقدين.

ولمعالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية سعت العديد من التشريعات، إلى إصدار مختلف القوانين المتعلقة بحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، حيث يعتبر المشرع الألماني والفرنسي من الأوائل اللذين قاما بمكافحة الشروط التعسفية الواردة في العقد.

كما يمكن للقاضي أن التدخل من أجل إعادة اختلال التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك عن طريق مراجعة الشروط التعسفية أو تفسير العبارة الغامضة. فلمعالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية يتطلب الأمر تدخل التشريع (المطلب الأول)، كما يتطلب أيضا تدخل القضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تدخل التشريع لمعالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية

يتدخل التشريع لإعادة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية و لحماية الطرف الضعيف في العقد عن طريق قواعد إلزامية آمرة، وذلك بإدراج بعض الشروط المتضمنة بعض الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقدين (الفرع الأول)، وكذا عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إدراج بعض الشروط لإعادة التوازن العقدي

تدخلت العديد من التشريعات لإعادة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية وحماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك عن طريق وضع مجموعة من الشروط التعاقدية التي تهدف لمحاولة إعادة أطراف العقد إلى مراكز متساوية، و من بين هذه الشروط نجد، مبدأ حسن النية (أولاً)، والالتزام بالإعلام (ثانياً).

أولاً- مبدأ حسن النية

ظهر مبدأ حسن النية لأول مرة في القانون الروماني، فموجبه يستطيع القاضي إعادة التوازن العقدي من خلال التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، سواء عند إعفاء

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

أحد الأطراف نفسه من المسؤولية العقدية أو تمتع أطراف العقد بسلطة تعديل أو إنهاء العقد بإرادة منفردة أو فرض على أحد أطراف العقد مبلغ تعويضي لا يتناسب مع حجم الضرر¹.

يقصد بمبدأ حسن النية الإخلاص والأمانة في التعامل مع الطرف المتعاقد الآخر، فيتنافى هذا المبدأ مع كل من الغش أو التدليس، فيكون المتعاقد حسن النية، في استقامة دائمة من أجل الوفاء بالعقد الذي التزم به². وقد عرفه الفقيه الفرنسي G. Cornu بأنه: "الوضع الذي يترجم الاعتقاد، أو الإرادة بالخضوع للقانون الذي يسمح لصاحبه بالإفلات من التطبيق الصارم للقاعدة القانونية"³. ولقد نصت العديد من التشريعات على مبدأ حسن النية، من بينها التشريع الجزائري، حيث تنص المادة 107 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي⁴ على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبجسنة نية...".

يقوم العقد في مضمونه على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يسمح إلى حرية الأطراف التعاقدية في تحديد الحقوق والالتزامات التي اتفقا عليها، فيرتكز هذا المبدأ على فكرة أن كل طرف في العقد قادر على تحديد احتياجاته وتحقيق مصلحته بعيداً عن كل تدخل سواء من قبل التشريع أو القضاء، لكن ومع بروز عقود الأعمال والتي كما ذكرنا قد يكون فيها أطرافها في مركز اقتصادي غير متكافئ، مما يسمح للطرف القوي أن يتعسف في فرض شروط تضر بمصلحة الطرف القوي، فيؤدي هذا إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف، ومن هنا تكمن أهمية إدراج شرط الالتزام بمبدأ حسن النية، باعتباره آلية يمكن من خلالها إعادة التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية، وتحقيق العدالة العقدية⁵. فالهدف من فرض مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية هو حماية الطرف الضعيف في العقد الذي تضرر من فرض الطرف القوي لشروط تعسفية تخل بالتوازن العقدي.

¹ فياض محمود، "مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، ع. 54، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص. 223-264، ص. 228.

² دهمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2011-2012، ص. 60.

³ Ph. le Tourneau, *Bonne Foi*, répertoire civil, Dalloz, Janvier 2009, N° 01, p.03. نقلاً عن: درماش بن عزوز، التوازن، 2013-2014، ص. 239.

⁴ Article 1134- 3 du code civil français: "les conventions légalement formées...elles doivent être exécutées de bonne foi".

⁵ دالي بشير، دور القاضي في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص. 79.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

يظهر مبدأ حسن النية خاصة في عقود الأعمال، ففي عقد التأمين مثلا، يجب على كلا طرفي العقد أن يقدم معلومات صحيحة مطابقة للواقع، وأن لا يخفيا بيانات أساسية في العقد، كتلك المتعلقة بتحديد قيمة القسط، كما يعد خرقا لمبدأ حسن النية إذا وضع المؤمن شروطا لم يتم الاتفاق عليها مع المؤمن له¹.

ثانيا- الالتزام بالإعلام

حاولت مختلف التشريعات، وللحد من الاختلال البين في التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية حماية الطرف الضعيف اقتصاديا، وذلك من خلال اشتراط شكليات معينة في العقود. ويُعدّ الالتزام بالإعلام من أهم هذه الشروط، فيعرّف بشكل عام بأنه الالتزام بنقل المعلومات التي يملكها أحد أطراف العقد إلى الطرف الآخر الذي يجهلها كليا أو جزئيا، فالهدف من هذا الالتزام هو تأمين قدر معقول من المساواة بين الأطراف المتعاقدة من حيث المعلومات، فيتم إبرام وتنفيذ العقد على قدر من التوازن².

فالالتزام بالإعلام هو واجب فرضه القانون على المتعاقد المحترف بتقديم كافة المعلومات المتعلقة بموضوع العقد للطرف المتعاقد الآخر، وتزويده بكل التفاصيل وبتصحيح المفاهيم الخاطئة المتعلقة بمحل التعاقد، كما يلتزم المحترف بتوضيح جميع التفاصيل المتعلقة بالتنفيذ وفقا لطبيعة ونوع الاتفاق³.

نص المشرع الجزائري على واجب الالتزام بالإعلام الذي يقع على الطرف القوي أو المهني، من خلال القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴، وكذا بموجب القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فيلتزم المهني بإعلام المستهلك حول طبيعة السلع والخدمات وهو المقصود بالفقرة الأولى من المادة 17 من قانون الاستهلاك التي تنص على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"، كما تنص المادة الثامنة من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على إلزام

¹ تكاري هيفاء رشيدة، النظام القانوني لعقد التأمين، دراسة في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص. 92.

² لبني عمر مسقاوي، عقد الفرائشيز...، مرجع سابق، ص. 100.

³ دالي بشير، دور القضاء...، مرجع سابق، ص. 189.

⁴ قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر. ع. 15 مؤرخ في 08 مارس 2009.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

المهني بإعلام المستهلك بكل شروط المبيع وكل الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية المتعلقة بالمبيع أو الخدمة.

يشمل نطاق شرط الإعلام مرحلة التفاوض ومرحلة تنفيذ العقد، ففي مرحلة التفاوض يلتزم المهني بتسليم كافة المعلومات المتعلقة بخبرته ومعارفته الفنية، ومكانته في السوق وسمعته، وهذا ما يسمى بالإعلام المسبق، وفي هذا الصدد، يوجب قانون DOUBIN المانع في عقد الفرانشيز بأن يسلم للطرف الآخر وهو الممنوح له كافة الوثائق المتضمنة لمعلومات جديدة حتى تتيح له التعاقد وهو على دراية وبينة من أمره¹، أما في مرحلة تنفيذ العقد، فيلتزم الطرف القوي التي يتمتع بالمعرفة الفنية والخبرة والتكنولوجيا بإعلام الطرف الضعيف الذي يفتقر لهذه المعارف والخبرات الفنية، فيقتضي ذلك أن يعلمه كيفية استخدام تلك التكنولوجيا وحقوق الملكية الفكرية كبراءة الاختراع مثلاً، من خلال القيام بدورات تكوينية بصفة دورية وتوفير كل المعلومات الكافية والمتعلقة بمحل التعاقد، ويقابل واجب الالتزام بالإعلام الملقى على عاتق الطرف القوي في العلاقة التعاقدية واجب الالتزام بالسرية الذي يقع على عاتق الطرف الضعيف، وهذا حفاظاً على مصالح الطرفين.

إن إدراج شرط الإعلام في العقد يهدف إلى حماية الطرف الضعيف، فهو يعد كآلية أساسية لتحقيق التوازن العقدي، تساهم في تفادي كل تعسف صادر من قبل الطرف القوي.

الفرع الثاني

حظر الشروط التعسفية واستبعادها

تدخلت العديد من التشريعات من أجل حظر الشروط التعسفية المدرجة في العقد من قبل الطرف القوي، وكما ذكرنا سابقاً فإن المشرع الألماني كان السباق في وضع قائمتين

¹ لبني عمر مسقاوي، عقد الفرانشيز...، مرجع سابق، ص. 102.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

لتحديد الشروط التعسفية، الأولى تضم تسمى بالقائمة السوداء، فتعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية وهي القائمة الرمادية، يُفترض فيها الطابع التعسفي ويقع على المحترف عبء الإثبات بأنها لا تحقق ميزة مفردة¹.

أما بخصوص المشرع الفرنسي فقد أجازت المادة 132-1/2 من قانون الاستهلاك إلى إصدار الحكومة لمرسوم يحدد أنواعا من الشروط واعتبارها شروطا تعسفية، بحيث تصبح ملزمة للمحترفين والمحاكم، فيجوز إبطالها لمخالفتها نصا قانونيا لأنها غير مشروعة². وفي 18 مارس 2009 أصدر هذا المرسوم، وقد ضم قائمتين، قائمة سوداء تضم اثني عشرة شرطا تعسفيا لا يحتاج المستهلك إلى إثباتها، وقائمة رمادية تحتوي على عشرة شروط تعسفية يفترض فيها التعسف فيقع عبء الإثبات بأنها ليست تعسفية على عاتق المحترف، وهذا حماية ورعاية لمصلحة المستهلك³.

هذا ووفقا للمادة 132-1/6 و 8 من قانون الاستهلاك الفرنسي فإن الشروط التعسفية غير مكتوبة، ويفسر ذلك بمعنى البطلان، ويبقى العقد قائما صحيحا إذا أمكن ذلك، فللبطلان يمس فقط تلك الشروط التعسفية لا العقد، وهذا ما يتلاءم مع مصلحة المستهلك⁴.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد حذا حذو المشرعين الألماني والفرنسي، من خلال إعداده لقائمة تضم بعض الشروط التعسفية التي وردت على سبيل المثال لا الحصر في المادة 29 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. كما أنه ومن خلال المادة 30 من القانون 04-02 نلاحظ بأن المشرع يتدخل في تحديد الشروط الأساسية للعقود المبرمة بين المحترف والمستهلك، إذ تنص على أنه: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية". فيتدخل التشريع

¹ زوبة سميرة، الأحكام القانونية...، مرجع سابق، ص. 116.

² بودالي محمد، الشروط التعسفية...، مرجع سابق، ص. 27.

³ زوبة سميرة، الأحكام القانونية...، مرجع سابق، ص. 117.

⁴ بودالي محمد، الشروط التعسفية...، مرجع سابق، ص. 32.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

في هذه الحالة بقواعد آمرة لتحديد أحكام العقد وبنوده الأساسية، وهذا بغرض حماية المستهلك من الشروط التعسفية المفروضة من المحترف.

المطلب الثاني

تدخل القضاء لمعالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية

نص المادة 110 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعن، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المذعن منها. و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". فالمرجع منح السلطة للقاضي بأن يتدخل لحماية الطرف الضعيف، سواء أثناء إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه، وذلك بهدف تحقيق التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين. وعليه، فتدخل القاضي لمعالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية يكون عن طريق مراجعة تلك الشروط (الفرع الأول)، وفي تفسير شروط العقد (ثانيا).

الفرع الأول

سلطة القاضي في مراجعة الشروط التعسفية

يتدخل القاضي لمراجعة الشروط التعسفية في العقد سواء عند تكوين العقد أو أثناء تنفيذه، لذلك يظهر دوره في كل مراحل العقد في مواجهة الشروط التعسفية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

إن فكرة منح السلطة للقاضي بالرقابة على الشروط التعاقدية والتدخل لتعديلها كانت محل جدال فقهي، فهناك من يرفض تدخل القاضي، لأن المشرع قد منح الإرادة الحرة في تقرير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا، ودور القاضي ينحصر في إقامة العدالة، إلا أن هذا الدور مستبعد في مجال شروط العقد، وبالرجوع إلى المادة 106 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، إلا أن المشرع أضاف عبارة "أو للأسباب التي يقررها القانون"، ففسرت هذه العبارة بالسلطة التي منحها القانون للقاضي بإمكانية التدخل في المجال التعاقدي. كما هناك من يرى بإمكانية تدخل القاضي لتعديل أو إبطال الشروط التعسفية، حتى ولو لم يصدر مرسوم تنظيمي يعتبرها كذلك، فلا يمكن الاستغناء عن القاضي في هذا المجال لاعتباره القاضي الطبيعي لحل النزاعات¹.

فإذا كان العقد عقد إذعان، ويحتوي على شروط تعسفية، يجوز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقتضي به قواعد العدالة، ففي هذه الحالة للقاضي كل السلطة التقديرية لبيان مقدار التعسف في الشرط، وبالتالي إمكانية تعديل أو إلغاء كلية بإعفاء الطرف الضعيف منه².

هذا ولحماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية، سعت العديد من التشريعات لإقرار الرقابة القضائية على الشرط التعسفي بالرغم من تعارضه مع مبدأ سلطان الإرادة ولبدأ الحرية التعاقدية، فيمنع على القاضي مراجعة مضمون العقود، طالما كانت عبارات هذا العقد وشروطه واضحة ولا غموض فيها، وطالما كانت هذه الشروط غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وأمام عجز تدخل التشريع عن مواجهة الشروط التعسفية، سعت معظم الأنظمة القانونية لتكريس تدخل القضاء بالرقابة على الشروط التعاقدية، وتقدير درجة

¹ بن سعيدي سلمة، حاية المستهلك...، مرجع سابق، ص. 161.

² زوبة سميرة، الأحكام القانونية...، مرجع سابق، ص. 127.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

التعسف¹، هذا ما نجده في التشريع الفرنسي، إذ ووفقا للمادة 141-4 من قانون الاستهلاك فإنه يمكن للقاضي التدخل من تلقاء نفسه واعتبار الشرط أنه تعسفي².

في حالة إلغاء الشرط التعسفي بتدخل من القاضي، يجب أن نميز بين حالتين، الحالة التي يكون فيها قد صدر مرسوم تطبيقي يحدد الشروط التعسفية، فإن دور القضاء يتمثل في ضمان تطبيق هذا المرسوم، فإذا نشأ نزاع بين المحترف وغير المحترف، فإن على القضاء إعلان بطلان الشروط التعسفية التي صدر بشأنها المرسوم. أما في حالة عدم إدراج الشرط في القائمة التي يتضمنها المرسوم، فللقاضي التدخل معتمدا في تحديد مدى تعسف الشرط على المعايير التي حددها المشرع لاعتبار الشرط بأنه تعسفي، وتبقى المسألة خاضعة للسلطة التقديرية لكل دولة بين تلك التي تمنح للقاضي سلطة التدخل وبين التي تمنعه³.

يتدخل القاضي لحماية الأطراف عن طريق تعديل مجموعة من الشروط من أجل تحقيق التوازن الاقتصادي وذلك بالتوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف، وكشف النية المشتركة للمتعاقدین. فلا يجوز لهما الاتفاق على تضمين عقودهم لشرط استبعاد سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية، فيبطل كل اتفاق أو شرط في هذا الشأن، فمن حق الطرف المدعى اللجوء إلى القضاء لطلب الحماية، وهذا الحق يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للأفراد مخالفته⁴.

كما يجوز للقاضي أن يتدخل في تعديل الشرط الجزائي، وذلك بالإقصاء من قيمته، أو بالزيادة فيها، ففي حالة الإقصاء التي لا تكون إلا إذا كان الشرط الجزائي مفرطا، فيجوز للقاضي أن ينقص من قيمة الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير مفرطا، وفي ذلك نصت المادة 184 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "... ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا..."، فلا يكفي أن يثبت المدين أن قيمة التعويض تفوق

¹ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم... مرجع سابق، ص. 122.

² Article L. 141-4 du code de la consommation français: "le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. il écarte d'office après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat".

³ زوبة سميرة، الأحكام القانونية...، مرجع سابق، ص. 131.

⁴ بودالي محمد، الشروط التعسفية...، مرجع سابق، ص. 60.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

قيمة الضرر، وإنما يجب عليه إثبات أنه يفوقه إلى حد الإفراط¹. أما في حالة الزيادة التي لا تكون إلا إذا فاقت وتجاوزت الأضرار قيمة التعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي، غير أن القاضي في هذه الحالة لا يمكنه التدخل من تلقاء نفسه، فتدخل القاضي مرهون على أن يطالب به الأطراف، وهذا ما ورد في المادة 185 من التقنين المدني الجزائري: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر هذه القيمة...".

الفرع الثاني.

توسّع القاضي في تفسير شروط العقد وصحة العبارة

يتدخل القاضي في تفسير شروط العقد غير الواضحة و ذلك عن طريق البحث عن النية المشتركة للتعاقدين وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 111 من التقنين المدني الجزائري في الفقرة الثانية: "...أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات". لذلك فإن القاضي أثناء تفسيره العبارات أو لشروط العقد وذلك في حالة وجود شروط تعسفية فإن ذلك التفسير يكون لمصلحة الطرف الأقل خبرة وكفاءة أي الطرف المذعن². أي أنه يجب تفسير الشروط الغامضة من قبل القاضي لمصلحة المدين بحيث يقوم هذا المبدأ على أساس براءة ذمة أحد الأطراف.

¹ نسير رفيق، محاولة من أجل...، مرجع سابق، ص. 314.

² حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم...، مرجع سابق، ص. 141.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

إن مبدأ وجوب البحث عن النية المشتركة للأطراف إذا كانت عبارات العقد غير واضحة، يطرح إشكالين، يتعلق الأول بصعوبة تحديد الفارق بين ما هو محل تأويل، وما هو واضح لا يحتاج إلى تأويل، فهذه المسألة نسبية تختلف من شخص لآخر حسب درجة وعيه وثقافته، أما الإشكال الثاني فيتعلق بالبحث عن نية الأطراف، الأمر الذي يصعب اكتشافه. وبالتالي يستند القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة لضوابط داخلية، منها ما يتعلق بطبيعة التعامل وموضوعه، كما يستند لضوابط خارجية كالعرف¹.

القاعدة هي أن الشك يُفسّر لمصلحة المدين، لأن الأصل في الشخص براءة ذمته، فالدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، كما أن الدائن هو الذي يلي الالتزام لا المدين، فإذا أملاه مُبهماً غير واضح، يحوم حوله الشك، فيجب أن يُفسّر لمصلحة المدين². إلا أنه يجب التنبيه إلى أن الطرف الضعيف في العقد لا يكون دائماً هو المدين، ففي عملية الاعتماد الإيجاري مثلاً، يكون كل طرفيه دائناً ومديناً في نفس الوقت، فالمدين يكون مديناً فيما يتعلق بتفسير بعض الشروط، ودائناً فيما يتعلق بتفسير البعض الآخر، فهذا المبدأ لا يحمي دائماً الطرف الضعيف في العقد، ففي عقود الإذعان قد يكون المدين هو الطرف القوي، فيُفسّر الشك لمصلحته على حساب الطرف الضعيف الذي يكون دائناً وهو الطرف المذعن³، ولهذا نصت المادة 112 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "... غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"، فلا يجوز أن يتم تفسير الشك تفسيراً مضراً بمصلحة الطرف المذعن، سواء كان هذا الطرف دائناً أو مديناً.

يظهر مما سبق، أنه إذا كان أطراف العقد في مركز اقتصادي متفاوت، فنجد طرفاً قوياً يمتلك الخبرات والمعارف الفنية، وطرفاً آخر لا يملكها، مما يتيح للطرف القوي الذي يكون في مركز المهني أو المحترف بأن ينفرد بوضع شروط تعاقدية تخدم مصالحه على حساب مصلحة

¹ نسير رفيق، محاولة من أجل...، مرجع سابق، ص. 287.

² حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، "اختلال التوازن..."، مرجع سابق، ص. 241.

³ نسير رفيق، محاولة من أجل...، مرجع سابق، ص. 289.

الفصل الثاني الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

الطرف الضعيف المتعاقد معه والذي يكون في مركز المستهلك غير المحترف، فلا يمكن له مناقشة هذه الشروط ولا أن يتفاوض عليها، مما يؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العلاقة التعاقدية.

لإعادة التوازن العقدي ولحماية الطرف الضعيف من هذه الشروط التعسفية، تدخلت مختلف التشريعات بقواعد آمرة تفرض على المتعاقدين الالتزام بحسن النية خلال فترة تنفيذ العقد، كما تفرض على المحترف أن يلتزم بواجب الإعلام، وهذا لتعويض الطرف الضعيف افتقاره للخبرة والمعرفة الفنية التي بها يتمتع الطرف القوي، ومحاولة لإبطال مفعول هذه الشروط التعسفية، كما قدمت العديد من التشريعات قائمة تضم شروطا تعسفية يمكن إبطالها. هذا وقد منح التشريع السلطة للقاضي بأن يتدخل في تعديل الشروط التي يراها تعسفية، أو باستبعادها، كما يتدخل القاضي ولحماية الطرف الضعيف بتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، فالمشرع "يمنح القاضي سلطة إحقاق الحق كلما اقتضت أحكام العدالة ذلك، غير مكترث بمبدأ القوة الملزمة للاتفاقات ؛ لأن مبدأ العدالة هو سيد المبادئ والغايات في القانون"¹.

¹ نسير رفيق، محاولة من أجل...، مرجع سابق، ص. 315.

خاتمة

يتبين من خلال هذه الدراسة أن طبيعة المراكز الاقتصادية للأطراف في عقود الأعمال تؤثر على شروط وبنود العقد، إذ قد يكون الأطراف في مركز اقتصادي متكافئ، كما قد لا يكونا في نفس المركز الاقتصادي.

ففي حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف، يتفق طرفي العقد وفق مبدأ حرية التعاقد على وضع وإدراج شروط تعاقدية، تسمح بتحديد مضمون العقد، وكيفية تنفيذه، وآثاره. إذ يمكن تصنيف الشروط التعاقدية في هذه الحالة وفق المعيار الوظيفي، أي تأثيرها على تنفيذ العقد وعلى سير العلاقة التعاقدية، فيكون المجال مفتوحاً أمام حرية الأطراف للتعبير عن إرادتهم من خلال إدراج شروط تنظم سواء الالتزامات الملقاة على عاتق كل طرف، المخاطر التي قد تعترض العلاقة التعاقدية، حالات عدم صحة وتنفيذ العقد، وطرق تسوية النزاعات، إلا أن هذه الحرية مقيدة من قبل القانون، فقد يفرض التشريع بموجب شروط تعاقدية قانونية إلزامية ذات طابع آمر على الأطراف بعض الالتزامات فلا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، كما قد يتدخل التشريع بموجب شروط تعاقدية إلزامية ذات طابع مكمل تدرج في العقد، فيجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

أما في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف، فنكون أمام طرف قوي اقتصادياً يمتلك رؤوس الأموال والخبرات والتكنولوجيا، وطرف ضعيف اقتصادياً، مما يفتح المجال للطرف القوي في أن يفرض ويملي بعض الشروط التعاقدية على الطرف الضعيف الذي لا يمكن له مناقشتها ولا أن يتفاوض عليها بالنظر لمركزه الاقتصادي الضعيف مقارنة بالطرف الآخر، الأمر الذي يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الأطراف الناتج عن هذه الشروط التي تدخل في صنف الشروط التعسفية، مما يجعل العقد يكتف على أنه عقد إذعان.

إن الأخذ بمبدأ الحرية الفردية وبمبدأ سلطان الإرادة في هذه الحالة، والذي مفاده أن الإرادة لا يمكن أن تخطئ في تحقيق العدالة وفي تحقيق التوازن العقدي، وبالتالي منع أي محاولة للتدخل في تعديل الالتزامات غير المتكافئة بين الأطراف، سيؤدي لا محالة إلى إضرار وإهدار مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

ولمعالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية المفروضة من الطرف القوي، وبموجب العدالة العقدية تدخل التشريع والقضاء لمكافأة هذه الشروط وحماية الطرف الضعيف اقتصاديا في العلاقة التعاقدية.

لقد تدخل التشريع لمعالجة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية، بموجب قواعد قانونية آمرة تفرض على الطرف القوي في العلاقة التعاقدية جملة من الالتزامات، أهمها الالتزام بمبدأ حسن النية والالتزام بالإعلام، محاولة منه لإعادة التوازن العقدي بين الأطراف، وكذا أوجب التشريع على الطرف القوي استخدام بيانات واضحة العبارة في كتابة شروط العقد لتسهيل تفسيرها ولعدم احتمال تأويلها حتى لا تضر بالطرف الضعيف.

كما يتدخل القضاء لإعادة التوازن العقدي، من خلال رقابة القاضي على الشروط التعسفية، وتفسير عباراتها لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، كما قد يتدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية لحماية الطرف المذعن.

قائمة المراجع

أولا- باللغة العربية

I. الكتب:

1. إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
2. آيت منصور كمال، عقد التسيير، دار بلقيس، الجزائر، 2009.
3. بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
4. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
5. بوبشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2003.
6. بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
7. جعفر محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الجزء الأول، الطبعة الثامنة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
8. جلال وفاء محمد، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
9. جمعي حسين عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوربية مع إشارة للقوانين الأنجلو أمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

10. ربيع شندب، التقنية العقدية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2014.
11. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
12. عبد الرزاق أحمد السنهوري،
- الوسيط في شرح القانون المدني،
أ. الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- ب. الجزء الثاني، الإثبات وآثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
13. علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
14. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
15. عمارة مريم، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2014.
16. فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
17. لبنى عمر مسقاوي، عقد الفرانشيز، دراسة على ضوء الفقه والاجتهاد والعقد النموذجي المعتمد في غرفة التجارة الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2012.
18. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
19. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول مصادر الالتزام، الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية، العمل النافع في القانون المدني الجزائري الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.

20. محمودي بشير ، عقد تحويل الفاتورة، وسيلة لتمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وأداة حديثة لشراء الديون التجارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

II. الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ. الرسائل الجامعية:

1. آيت منصور كمال ، عقد التسيير آلية لخصوصية المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
2. تكاري هيفاء رشيدة ، النظام القانوني لعقد التأمين، دراسة في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
3. دالي بشير، دور القاضي في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
4. درماش بن عزوز ، التوازن العقدي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
5. زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد ، رسالة دكتوراه لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
6. سولام سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014.

7. مختور دليّة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015
8. موكه عبد الكريم، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
9. ميلاط عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.
10. نسير رفيق ، محاولة من أجل نظرية التصرف القانوني الثلاثي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
11. هني عبد اللطيف ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015.

ب. المذكرات الجامعية:

• مذكرات الماجستير:

1. بن حميدة نيهات ، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007.
2. بن سعيدي سلمة ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014.

3. **بوزنة ساجية**، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2011-2012.
4. **حدي لالة أحمد**، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطوير العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جام ع أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.
5. **حمو حسينة**، انحلال العقد عن طريق الفسخ ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
6. **دحمون حفيظ**، التوازن في العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2011-2012.
7. **زيري زهية**، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المنازعات الإدارية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
8. **سي الطيب محمد أمين**، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
9. **قارس بوبكر**، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015.

• مذكرات الماستر:

1. بارة سعيدة ومحمدي شريفة، عقد تحويل الفاتورة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
2. جوهري سعيدة، سلطة القاضي في فسخ العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012-2013.
3. حمودة نجوى وهمشاوي وهيبة، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون خاص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013.
4. نورة حليلة، التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، 2013-2014.

III. المقالات والمداخلات:

أ. المقالات:

1. حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، "اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة"، مجلة العلوم القانونية، ع. 02، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2011، ص. 204-285.
2. رباحي أحمد، "أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، ع. 05، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008، ص. 343-368.
3. فياض محمود، "مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، ع. 54، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2013، ص. 223-264.

4. نبيهة بومعزي، "الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري" ، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، ع. 35، جامعة باجي مختار، عنابة، 2013، ص. ص. 220-230.

5. نسير رفيق، " الإرادة في التصرفات القانونية " ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع. 01، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013. ص. ص. 304-342.

ب. المداخلات:

1. آيت وازو زائنة، "خصوصية عقد الفرانشيز في السروق" ، ملتقى وطني حول عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الوطني ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 16 و 17 ماي 2012، ص. ص. 129-172.

2. بن زكري راضية، "التحكيم التجاري الدولي بين متطلبات التجارة الدولية ومقتضيات النظام العام" ، الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 08-09 ماي 2013.

3. معاشو فطة، "اختلال التوازن في عقد التسيير" ، ملتقى وطني حول عقود الأعمال ودورها في تطوير الاقتصاد الوطني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 16 و 17 ماي 2012، ص. ص. 53-68.

IV. النصوص القانونية:

أ. النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ع. 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

2. أمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري الجزائري، ج. ر. ع. 101 مؤرخ في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم.
3. قانون رقم 01-89 مؤرخ في 7 فيفري 1989، يتعلق بعقد التسيير، متمم للأمر 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر. ع. 06 مؤرخ في 08 فيفري 1989.
4. أمر رقم 07-95 مؤرخ في 25 جانفي 1995، ج. ر. ع. 13، يتعلق بالتأمينات، مؤرخ في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم.
5. أمر رقم 09-96 مؤرخ في 10 جانفي 1996، ج. ر. ع. 03، يتعلق بالاعتماد التجاري، مؤرخ في 14 جانفي 1996.
6. أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، ج. ر. ع. 43، يتعلق بالمنافسة، مؤرخ في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم.
7. قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. ع. 41 مؤرخ في 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم.
8. قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، ج. ر. ع. 21، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤرخ في 24 أبريل 2008.
9. قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك ووقع الغش، ج. ر. ع. 15 مؤرخ في 08 مارس 2009.

ب. النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 468-05 مؤرخ في 10 ديسمبر 2005، ج. ر. ع. 80، مؤرخ في 11 ديسمبر 2005، يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك.

I. Les Livres:

1. A. Jean-Luc et S. Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Dalloz, Paris, 2014.
2. C. Rémy, *Droit des obligations*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2012.
3. M. Jacques et R. Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, L.G.D.J., Paris, 2011.
4. T. François et S. Philippe et L. Yves, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz. Paris, 2013.

II. Les Thèses:

1. G. Nicolas, *Essai sur les clauses contractuelles*, thèse, Université d'Auvergne-Clermont Ferrand 1, Clermont Ferrand, 2014.
2. H. Genevière, *les clauses du contrat, essai de typologie*, thèse, L.G.D.J., Paris, 2012.
3. HOCINE Farida, *l'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international*, thèse, université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2012.
4. NAAR Fatiha, *la transaction pénale en matière économique*, thèse, université Mouloud Mammeri, Tizi Ouzou, 2013.

III. Les Articles:

1. NAAR Fatiha, *"la transaction pénale en matière économique ou l'extension des modes alternatifs de règlement des litiges à la sphère pénale"*, **Revue critique de droit et sciences politiques**, N° 01, Université Mouloud Mammerie, Tizi Ouzou, 2011, p.p. 34- 70.

IV. Textes juridiques:

- 1- Ordonnance N° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, J. O. R. F., N° 64 du 16 mars 2016.

الفهرس

الفصل الأول

الشروط التعاقدية في حالة تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

- المبحث الأول: الشروط التعاقدية التي لها تأثير على تنظيم العلاقة التعاقدية..... 12
- المطلب الأول: الشروط التعاقدية المتعلقة بتحديد الالتزامات ما بين الأطراف..... 13
- الفرع الأول: الشروط التعاقدية الناتجة عن إرادة الأطراف..... 13
- أولاً: الشروط التعاقدية التي تنظم طرق تنفيذ الالتزامات..... 14
- ثانياً: الشروط التعاقدية المتعلقة باستقرار واستمرارية العلاقة التعاقدية..... 15
- الفرع الثاني: الشروط التعاقدية القانونية..... 18
- أولاً: طابع الشروط التعاقدية..... 19
- ثانياً: تنوع الشروط التعاقدية القانونية..... 21
- المطلب الثاني: الشروط التعاقدية المتعلقة بتنظيم المخاطر 24
- الفرع الأول: الشروط التعاقدية المتعلقة بالوقاية من المخاطر 25
- أولاً: الوقاية من المخاطر الداخلية 25
- ثانياً: الوقاية من المخاطر الخارجية 27
- الفرع الثاني: الشروط التعاقدية المتعلقة بتوزيع المخاطر 31
- أولاً: الشرط الجزائي 31

32.....	ثانيا: شرط المسؤولية
33.....	المبحث الثاني: الشروط التعاقدية المتعلقة بتسوية النزاعات
34.....	المطلب الأول: الشروط التعاقدية المنظمة للجزاءات التعاقدية
34.....	الفرع الأول: تنظيم حالات عدم صحة العقد
35.....	أولا: البطلان المطلق
36.....	ثانيا: البطلان النسبي
37.....	الفرع الثاني: تنظيم حالات عدم تنفيذ العقد
38.....	أولا: الفسخ
41.....	ثانيا: الانفساخ
42.....	المطلب الثاني: الشروط التعاقدية المحددة لجهات تسوية النزاعات
43.....	الفرع الأول: اللجوء إلى القضاء
43.....	أولا: الاختصاص النوعي
44.....	ثانيا: الاختصاص الإقليمي
45.....	الفرع الثاني: اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات
45.....	أولا: الصلح
47.....	ثانيا: الوساطة
48.....	ثالثا: التحكيم

الفصل الثاني

الشروط التعاقدية في حالة عدم تكافؤ المراكز الاقتصادية للأطراف

- المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية 54
- المطلب الأول: ماهية الشروط التعسفية 54
- الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية 55
- أولاً: التعريف الفقهي للشروط التعسفية 55
- ثانياً: التعريف التشريعي للشروط التعسفية 57
- الفرع الثاني: خصائص الشروط التعسفية 60
- الفرع الثالث: أمثلة عن الشروط التعسفية 62
- المطلب الثاني: معايير تقدير الشروط التعسفية 66
- الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية 67
- الفرع الثاني: معيار الميزة المفرطة 68
- الفرع الثالث: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات 69
- المبحث الثاني: تدخل التشريع والقضاء لمعالجة اختلال التوازن الناتج عن الشروط التعسفية 59
- المطلب الأول: تدخل التشريع لمعالجة اختلال التوازن الناتج عن الشروط التعسفية 71
- الفرع الأول: إدراج بعض الشروط لإعادة التوازن العقدي 72
- أولاً: مبدأ حسن النية 72
- ثانياً: الالتزام بالإعلام 74

75.....	الفرع الثاني: حظر الشروط التعسفية واستبعادها
77.....	المطلب الثاني: تدخل القضاء لمعالجة اختلال التوازن الناتج عن الشروط التعسفية
77.....	الفرع الأول: سلطة القاضي في مراجعة الشروط التعسفية
80.....	الفرع الثاني: توسع القاضي في تفسير شروط العقد وصحة العبارة
84.....	خاتمة
87.....	قائمة المراجع
98.....	الفهرس