الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة

كلية الحقوق

برنامج الملتقى الوطني الحضوري وبتقنية التحاضر عن بعد، الموسوم بـ:

تطور قانون العقود: واقع وتحديات

يوم: الأربعاء 10 ماي 2023

على الساعة التاسعة صباحا

حضوريا بمدرج الملتقيات وبتقنية التحاضر عن بعد من خلال برنامج:

Google Meet

على الرابط التالي:

https://meet.google.com/sbu-fbav-rbs

المداخـــــلات

قائمة المداخلات

	اسم المتدخل	عنوان المدتخلة	ص
01	د/ بناسي شوقي – جامعة الجزائر 1	قانون العقود في ثوبه المعاصر	04 – 15
02	د/ بدري جمال – جامعة الجزائر 1 ط.د/ لوناس أحلام - جامعة الجزائر 1	تطور العقد: تعدد الأبعاد وتجدد القراءات	16 – 23
03	د/ كودي فاطمة الزهرة - جامعة الجزائر 1	مظاهر تطور قانون العقود – العقود المصرفية أنموذجاً-	24 - 33
04	ط.د/ سامية لقرب - جامعة الأغواط د/ راضية عيمور - جامعة الأغواط	مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية	34 - 46
05	د/ بن شيخ راضية - جامعة الجزائر 1	مظاهر تطور قانون العقود في التشريع الجزائري: ظهور مبدأي التوازن العقدي والعدالة العقدية	47 - 58
06	أ.د/ شهيدي محمد سليم - جامعة سيدي بلعباس	الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي	59 - 69
07	ط.د/ وباصير أحمد - جامعة بجاية	تأصيل فكرة الالتزام بالسلامة في العقد	
08	د/ جمال ميمي - جامعة الجزائر 1	خيار العدول آلية جديدة لحماية المستهلك في التشريع الجزائري	70 - 83
09	د/ حيتم هبة - جامعة الجزائر 1	الضوابط القانونية لممارسة حق العدول عن العقد الإلكتروني	84 - 95
10	د/ رقاني عبد المالك – تمنراست د/ عقباوي محمد عبد القادر – تمنراست	إشكالية تحديد الطبيعة القانونية للوقف في التشريع الجزائري قرآءة للمادة 04 على ضوء القانون رقم:91-10، المتعلق بالأوقاف	96 - 108
11	أ.د/ عبد الحميد عزوز - جامعة المدية ط.د/ فرشيشي سعاد - جامعة تيارت	أثر تطور قانون العقود في مواجهة الشروط التعسفية في ظل القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية	109 - 119
12	د/ بوداود نشيدة - جامعة الجزائر 1 د/ جادي فايزة – جامعة الجزائر 1	عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص كمظهر من مظاهر تطور العقود في الجزائر	120 - 129
13	ط.د/ إصولاح سهيلة - م. ج. تيبازة د/ عنان كريمة - جامعة الجزائر 1	إعادة توازن الأداءات العقدية بين الأصول التّقليدية والمبادئ المُستحدثة	130 - 144

14	د/ بن خدة حمزة - جامعة بشار	أثر الاجتهاد القضائي في تغيير ملامح القانون المدني الفرنسي "التصرف القانوني نموذجا"	163 - 145
15	ط.د/ وريدة أفتيسان – جامعة البليدة 2	دور وسائل الدفع الإلكتروني في تطوير المعاملات التجارية	179 - 164
16	ط.د/ سفيان مرايصي - جامعة بسكرة أ.د/ بدرة لعور - جامعة بسكرة	مظاهر التجديد في القانون المدني الفرنسي المعدل بمقتضى المرسوم 131-16 (مرحلة المفاوضات نموذجًا)	195 - 180
17	د/ مخالفة كريم - جامعة بجاية	إصلاح قانون العقود الجزائري . بين الخضوع وحتمية التشريع	208 - 196
18	د/ عثماني بلال - جامعة بجاية	La caractérisation du principe de bonne foi lors de l'exécution du contrat	
19	أ.د/ قاشي علال – جامعة البليدة 2	أخلقة الروابط العقدية واعتبارها مشروعا مشتركا	229 - 209
20	أ.د/ حليس لخضر - جامعة المدية	نظرية العقد في مواجهة التشريعات الخاصة بصمة تجديد وارتقاء	241 - 230
21	لازلي صارة - جامعة الجزائر 1	العقد الإلكتروني: آلية جديدة للتعاقد	
22	د/ زنون عمار - جامعة تيارت د/ عياد خيرة - جامعة تيارت	تطور أحكام العقد الإلكتروني في الجزائر	255 - 242
23	د/ كحل الراس ريمة - جامعة الجزائر 1 د/ أوسعيد إيمان - جامعة الجزائر 1	مواكبة التشريع الجزائري لاستخدام الوسائل لإلكترونية في مجال التعاقد	271 - 256
24	أ.سميرة بومخيلة – برج بوعريريج ط.د/ زكرياء بومخيلة – جامعة خنشلة	العقد المدني بين ثوابت المبادئ التقليدية لنظرية العقد ومتغيرات المبادئ الحديثة	300 - 272
25	د/ لشهب نادية ليلى - جامعة الجزائر 1	قانون العقود والذكاء الاصطناعي: رؤى وتحديات مستقبلية	
26	أ.د/ عياشي جمال ط.د/ منصوري مونية	تطور صيغ عقد الزواج بين المصلحة والمشروعية	

المداخلة رقم 01
قانون العقود في ثوبه المعاصر

مداخلة في إطار الملتقى الوطني "تطوّر قانون العقود: واقع وتحديات"

المنعقد بجامعة الجزائر 1 - كلية الحقوق في 10 ماي 2023

د/ شوقي بنّاسي
أستاذ محاضر (أ)، كلية الحقوق
جامعة الجزائر 1

مقدمة

منذ سنوات الخمسينيات من القرن الماضي تحدّث الأستاذ الفرنسي الشهير (R. Savatier) في كتابه المعروف (Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui) عن انفجار المفهوم التقليدي للعقد (L'éclatement de la notion traditionnelle de contrat)[1]، وبالفعل فإن قانون العقود يعرف، في الربع الأول من القرن 21، انفجارا رهيبا، كما وكيفا، على جميع المستويات، وهذا راجع، في اعتقادنا، إلى عدة أسباب نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

منها ما يرجع إلى تطوّر وظيفة الدولة، إذ انتقلت من وظيفة الحراسة إلى وظيفة التدخل إلى وظيفة الضبط، مع ما صاحب ذلك من ظهور قوانين جديدة كقانون المنافسة، وقانون الممارسات التجارية، وقانون حماية المستهلك، ومنها ما يرجع إلى بروز ما يسمى بالتكتلات الإقليمية، ولعل أبرزها الاتحاد الأوروبي، مع ما رافقه من صدور تعليمات أوروبية مسّت قانون العقود في الصميم، مثلما هو الشأن بالنسبة للتعليميات المتعلقة بمسؤولية المنتج، ومكافحة الشروط التعسفية، وغيرها من التعليمات المعروفة، ومنها ما يرجع إلى التطوّر التكنولوجي الهائل الذي تعرفه البشرية في الآونة الأخيرة، مع ما لازمه من ظهور ما يسمى العقود الإلكترونية، والعقود الذكية، وغيرها من التقنيات الحديثة في التعاقد.

وانطلاقا من كل هذا حق لنا طرح التساؤل الآتي: **ما هي أبرزها مظاهر تطوّر قانون العقود في الربع الأول من القرن (21) ؟**

في اعتقادنا أن هذه المظاهر تكمن فيما يلي: الحيوية من حيث الممارسة **(أولا)**، والتوسّع من حيث النطاق **(ثانيا)**، والتجديد من حيث المفاهيم **(ثالثا)**، والتعقيد من حيث الأحكام **(رابعا)**، والتخصّص من حيث الأنواع **(خامسا)**، والاحترافية من حيث الأطراف **(سادسا)**، والحمائية من حيث المضمون **(سابعا)**، والأخلاقية من حيث التوجّهات **(ثامنا)**، والاقتصادية من حيث الموضوع **(تاسعا)**، والنموذجية من حيث التعامل **(عاشرا)**.

[1] R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, Paris, 1952, p. 19.

أولا: الحيوية من حيث الممارسة: لقد فسحت المبادرة الفردية، في البلاد الأوروبية، المجال إلى انفجار الظاهرة التعاقدية، كمًا وكيفًا، ففي البلاد الأنجلوسكسونية المعروفة بقوتها الاقتصادية برزت عقود (ing)، من أمثال (Leasing) و(Factoring) و(franchising)[1]، وفي البلاد اللاتينية المعروفة بالإبداع التوثيقي برزت عدة عقود جديدة لعل أبرزها عقود بيع العقار في طور الإنجار (Vente d'immeuble à construire)، كالبيع المؤجّل (Vente à terme)، والبيع بحسب الحالة المستقبلية للإنجاز (Vente en l'état futur d'achèvement)[2]. لقد استفاد المشرع من هذا "الابداع التعاقدي" وأضفى هو الآخر الحيوية على الظاهرة العقدية من خلال تنويع العقود من أجل مواجهة التطوّرات التي يعرفها المجتمع، سواء تعلّق الأمر بالقانون العام أو القانون الخاص، ففي مجال الإسكان نشير إلى عقد البيع بالإيجار[3]، وفي مجال العمل نشير إلى عقود الإدماج، وعقو تكوين – تشغيل، وعقود العمل المدعّم[4]، وفي مجال العقار الفلاحي نشير إلى عقد الإمتياز[5]، وفي مجال المحروقات نشير إلى عقد مشاركة، وعقد تقاسم الإنتاج، وعقد خدمات ذات مخاطر[6]، وفي مجال الصيرفة الإسلامية نشير إلى عقد المرابحة، وعقد المشاركة، وعقد المضاربة، وعقد الإجارة، وعقد السّلم، وعقد الاستصناع[7].

---

[1] راجع بالنسبة لعقد (*Factoring*): مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 27 أبريل 1993 يعدّل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 27 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري. ج ر 1993، ع 27، مؤرخة في 27 أبريل 1993.راجع بالنسبة لـ (*Leasing*): أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 يناير 1996 يتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر 1996، ع 03، مؤرخة في 14 يناير 1996.

[2] راجع بخصوص عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم: مرسوم تنفيذي رقم 13- 431 مؤرخ في 18 ديسمبر 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها. ج ر 2013، ع 66، مؤرخة في 25 ديسمبر 2013.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 01-105 مؤرخ في 23 أبريل 2001 يحدّد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك المعدّل والمتمم. ج ر 2001، ع 25، مؤرخة في 29 أبريل 2001.

[4] قرار مؤرخ في 24 يوليو 2008، يحدّد نماذج عقود الإدماج وعقود تكوين- تشغيل وعقود العمل المدعّم، ج ر 2008، ع 49، مؤرخة في 3 سبتمبر 2008.

[5] قانون رقم 10-03 مؤرخ في 15 غشت 2010، يحدّد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر 2010، ع 46، مؤرخة في 18 غشت 2010.

[6] قانون رقم 19-13 مؤرخ في 11 ديسمبر 2019 ينظم نشاطات المحروقات، ج ر 2019، ع 79، مؤرخة في 22 ديسمبر 2019.

[7] نظام رقم 20-02 مؤرخ في 15 مارس 2020 يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج ر 2020، ع 16، مؤرخة في 24 مارس 2020.

ثانيا: التوسّع من حيث النطاق: يعيش قانون العقود تمدّدا واسعا على المستوى الزمني والمستوى المكاني، فلم يعد محصورا في مجال ضيق كما كان عليه الحال في القرن (19) ومطلع القرن (20).

من **حيث الزمن** كان العقد يبرم بطريقة بسيطة من خلال تطابق الإيجاب والقبول، وكان العقد – عادة - عقدا فوريا، وأما اليوم فقد أصبحت للمفاوضات مكانة متميزة في تكوين العقد، وأصبحت العقود الزمنية تزاحم العقود الفورية، ومن ثم احتاج الأمر إلى تنظيم قانوني يحكم المفاوضات من حيث بيان الالتزامات التي تقع على المتفاوضين في هذه المرحلة، وتحديد طبيعة المسؤولية الناتجة عن قطع المفاوضات[1]، وغير ذلك من المسائل المهمة، كما احتاج الأمر إلى تنظيم قانوني يحكم العقود المستمرة من حيث تحديد أنواعها (عقد محدّد المدة – عقد غير محدّد المدة)، وبيان كيفية إنهائها، وغير ذلك من المسائل المهمة[2]. أما من **حيث المكان** فقد توسّعت مواضيع قانون العقود بشكل ملفت للانتباه، وهو ما يتطلب بذل مزيد من الاجتهادات القضائية والفقهية، فمن حيث المبادئ ظهرت مبادئ حديثة كالمساواة العقدية والتوازن العقدي والتضامن العقدي، ومن حيث التصنيفات برزت تصنيفات حديثة كالتمييز بين العقود التقليدية والعقود الإلكترونية[3]، والتمييز بين العقود المتعادلة الأطراف وعقود الاستهلاك وعقود التبعية[4]، والتمييز بين العقود البسيطة والعقود المركّبة[5]، ومن حيث التقنيات وُجدت آليات جديدة كالالتزام بالإعلام[6]، ومهلة التفكير[1]، وحق

---

[1] نظم المشرع الفرنسي، بموجب تعديل 2016، هذه المرحلة في المواد من 1112 إلى 1112-2 مدني. انظر:

) M. Jaouen, *Négociations et obligation de confidentialité*, AJCA, 2016, p. 275. O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, op. cit, p74..(

[2] Voir : *Durée et contrats*, RDC. 2004, 1, n° spécial. A. Etienney, *La durée de la préstation*, LGDJ, 2008.

[3] انظر: قانون رقم 15-04 مؤرخ في أول فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر 2015، ع 6، مؤرخة في 10 فبراير 2015. قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر 2018، ع 26، مؤرخة في 16 مايو 2018.

[4] انظر: قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر 2009، ع 15، مؤرخة في 8 مارس 2009، المعدل والمتمم. انظر: محمد عماد الدين عياض، عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، دكتوراه، جامعة البليدة 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016.

[5] انظر: أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 يناير 1996 يتعلق بالاعتماد الإيجاري. ج ر، ع 03، مؤرخة في 13 يناير 1996. انظر: منيرة جربوعة، الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، ع 2، 2017، ص. 541. عمر عمور، العقود المركبة: حقيقة قانونية فرضها الواقع الاقتصادي، مجلة الدراسات القانونية المعاصرة،جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ع 2، 2018، ص. 165.

[6] راجع المادة 17 حماية المستهلك، والمرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك. ج ر 2013، ع 58، مؤرخة في 18 نوفمبر 2013. انظر: ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2009. فرحات ريموش، الالتزام بالإعلام، دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2012.

التراجع[2]، ومكافحة الشروط التعسفية بواسطة القوائم السوداء والرمادية[3]، وحوالة العقد[4]، ومن حيث الجزاءات استحدثت جزاءات جديدة في قانون العقود الفرنسي الجديد (2016) كسقوط العقد (المادة 1186 مدني فرنسي)[5]، وإمكانية الفسخ بالإرادة المنفردة (المادة 1224 مدني فرنسي)[6]، ووقف العقد (المادة 1217 مدني فرنسي)[7]، والدفع بعدم التنفيذ المسبق (المادة 1220 مدني فرنسي)[8].

ثالثا: التجديد من حيث المفاهيم: يعيش قانون العقود المعاصر فترة تجديد مفاهيمه العتيقة من أجل مواكبة التطوّرات التي يعرفها المجتمع سياسيا واقتصاديا واجتماعيا، ويمكن أن نشير، في هذا المقام، إلى مثالين بارزين هما على التوالي: الشكلية، والنظام العام.

كانت الشكلية، إلى عهد قريب، تنقسم إلى قسمين: الشكلية المباشرة والشكلية غير المباشرة، تمثل الأولى شكلية الانعقاد، وهي على نوعين: رسمية وعرفية، وتمثل الثانية شكلية الإثبات

---

(1) تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، إذ تنص: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات **ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه**".

(2) تنص المادة 119 مكرر1/3: من قانون النقد والقرض "يمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن **يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام** من تاريخ التوقيع على العقد". وتنص المادة 19-2/3-4 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش: "**العدول هو حق المستهلك في التراجع** عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب...للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية...تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية، عن طريق التنظيم".

(3) راجع المواد 5/3 و 29 و 30 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية. انظر: شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية، 2009، ع 04، ص. 141.

(4) راجع المادة 511 مدني، والمادة 23 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، والمادة 74 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل. انظر: مفيدة عفافسة، التنازل عن العقد، ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2011.

(5) **Art. 1186.** « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît….Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie…La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement* ».

(6) **Art. 1224.** « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ».

(7) **Art. 1217. « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation…* ».**

(8) **Art. 1220.** « *Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle…Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ».

والنفاذ[1]، وبفضل التشريعات الخاصة برز نوع جديد من الشكلية وهو الشكلية الإعلامية (Formalisme informatif)، وغرضها تنوير إرادة الطرف الضعيف في العقد حتى يقدم على إبرام العقد وهو على بيّنة من أمره[2]، ويكون ذلك – عادة – عن طريق البيانات الإجبارية (Mentions obligatoires)[3]، مثلما هو الشأن بالنسبة لعقد التأمين (المادة 7 من الأمر 95-07) فيما يتعلق بالتأمينات البرية[4]، وعقد النشر (المادة 87 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة)[5]، وعقد القرض الاستهلاكي (المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي)[6] وغير ذلك من العقود، وطرحت هذه الشكلية نوع الجزاء المترتب على تخلّفها، فهل يتعلق الأمر بالبطلان المطلق أم بالقابلية للإبطال؟ وهل تتعلق بالنظام العام أم لا؟ وهل يجوز التنازل عنها؟ وكلها أسئلة تحتاج إلى جواب حاسم[7].

أما بالنسبة للنظام العام فقد وردت الإشارة إليه صراحة في المادتين 93 مدني (المحل)، و 97 مدني (السبب)، وارتبط بفكرة المصلحة العامة، ومن ثم كان جزاؤه البطلان المطلق للعقد[8]، ويظهر أن التشريعات الخاصة قد أدخلت تحويرا مهما على مفهومه، فبعد تدخّل الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي برز ما يُعرف بـ "النظام العام الاقتصادي" (Ordre public économique)[9]، وهو على نوعين: النظام العام التوجيهي (Ordre public du direction)، والنظام العام الحمائي (Ordre public de protection)، يهتم الأول بتنظيم المنافسة الحرة

---

(1) انظر: علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط3، 2013، ص. 301. غنيمة لحلو خيار، نظرية العقد، بيت الأفكار، 2018، ص. 105.

(2) Voir : S. Fortich, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, th. Panthéon-Assas, 2016.

(3) انظر: شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2016، ص. 34 وما بعدها.

(4) أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم. ج ر 1995، ع 13، مؤرخة في 8 مارس 1995.

(5) أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة. ج ر 2003، ع 44، مؤرخة في 23 يوليو 2003.

(6) مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي. ج ر 2015، ع 24، مؤرخة في 13 مايو 2015.

(7) V. Magnier, *Les sanctions du formalisme informatif*, JCP, éd. G, 2004. I. 106.

(8) انظر: علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 278 وما بعدها. غنيمة لحلو خيار، المرجع السابق، ص. 89.

(9) G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in Mélanges F. Gény, 1934, t. II, p. 374 ; R. Savatier, *L'ordre public économique*, D. 1965, Chron. 31 ; G. Farjat, *L'ordre public économique*, th. Dijon, 1963.

والنزيهة في السوق، ويمثله بالدرجة الأولى قانون المنافسة[1]، ويهتم الثاني بتوفير الحماية للفئات الضعيفة، ويمثله بالدرجة الأولى قانون حماية المستهلك وقمع الغش[2]، ويبدو أن هذه القسمة الثنائية قد تجاوزتها النصوص القانونية وأصبح قانون العقود أمام مجموعة من الأنظمة العامة كالنظام العام الصحي والنظام العام البيئي والنظام العام العمراني وغير ذلك من الأنظمة العامة الحديثة[3].

رابعا: التعقيد من حيث الأحكام: كان قانون العقود يجد مصدره الأساسي في القانون المدني، ومن ثم كانت أحكامه تتميّز بنوع من البساطة، فالعقد يبرم دون مفاوضات، ودون شكليات معينة، وينفذ فورا، والنظام العام محصور النطاق، والجزاء يتعلق عادة بالبطلان (مرحلة تكوين العقد)، والفسخ (مرحلة تنفيذ العقد)، والعقود الخاصة لا تعدو أن تكون مجرد نماذج تطبيقية معروضة على المتعاقدين في شكل قواعد مكمّلة في غالب الأحيان[4]، ولكن الأمور تغيّرت كثيرا على إثر تدخّل الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، وتطوّر وسائل النقل، وازدهار التجارة الدولية، وعودة اللبيرالية في ثوب جديد، وظهور التكنولوجية الحديثة، وانتشار السلطات الإدارية المستقلة، وبروز التكتلات الإقليمية (الأوروبية – الإفريقية – العربية)، واستحداث الاتفاقيات الدولية[5].

لقد أدّت كل هذه العوامل مجتمعة إلى تعقيد كبير في الأحكام المنظمة للعقد مردّه التشريعات الخاصة بالعقود، وهو ما فتح الباب واسعا لتساؤلات كثيرة أصبحت تشغل بال المشرعين والقضاة والفقهاء، ويظهر أن هذا التعقيد يتعلق بثلاثة مستويات: يتعلق **المستوى الأول** بكيفية إعادة تنظيم قانون العقود، فهل يجب تركه بعيدا عن التشريعات الخاصة بالعقود وتعقيداتها، من أجل إقامة توازن بينه وبين هذه الأخيرة، إذ يبقى قانونا مجردا ومحايدا في حين تكون هي قانونا واقعيا منحازا، أم يجب الاستفادة من هذه التشريعات من أجل جعله محور القانون الخاص، فيدور الكل في فلكه؟ وإذا تمت الاستفادة من هذه التشريعات، فهل يكون ذلك من خلال دمج بعض

---

(1) انظر: نوال صاري، قانون المنافسة والقواعد العامة للالتزامات، دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بعلباس، 2010.
سامي بن حملة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، حوليات جامعة الجزائر1، 2016، ع 5، ص، 276.

(2) انظر: شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2016.
محمد عماد الدين عياض، تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك، حوليات جامعة الجزائر1، 2016، ع 5، ص، 246.

(3) *L'ordre public à la fin du XX siècle*, coord. Th. Revet, Dalloz, 1996 ; *L'ordre public : ordre public ou ordres publics*, M.-J. Redor (dir), Bruylant, Nemesis, 2001.
انظر: التحوّل في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، ملتقى دولي، بجاية 07 و08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015.

(4) علي فيلالي، العقود الخاصة. البيع، موفم للنشر، 2018، ص. 19.

(5) E. Cashin Ritaine, *Nouvelles tendances en droit des obligations – Quel droit s'applique ?* Rev. dr. unif, 2008, n° 1-2, p. 69.

تقنياتها فحسب، أم من خلال اعتماد مبادئها الجديدة وتصوّراتها الحديثة؟[1] ويتعلق **المستوى الثاني** بالتعقيد الذي أصبح مصاحبا لكل نظام قانوني من أنظمة قانون العقود، فما هو التكييف القانوني للعقود الإلكترونية، هل هي تعاقد بين حاضرين أم تعاقد بين غائبين؟[2] وما هو القانون الواجب التطبيق على العقود المركبة؟[3] وما هي الجزاءات المترتبة على مخالفة أحكام النظام العام الاقتصادي بشقيه التوجيهي والحمائي؟[4] وكيف يمكن التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في إطار البطلان؟[5] وما مصير العقود المترابطة عند فسخ أحدها؟[6] ويتعلّق **المستوى الثالث** بعلاقة قانون العقود بقانون العقود الخاصة والتشريعات الخاصة بالعقود، فقد أصبح النظام القانوني الذي يخضع له عقد معين متعدّد الطبقات، إذ يتجاور قانون العقود (النظرية العامة للعقد) والقانون المتعلق بهذا العقد (مثلا المواد 351 -412 مدني المتعلقة بالبيع) والقانون الخاص بالصنف (مثلا بيع عقاري) والقانون الخاص بالتنوّع (مثلا بيع على التصاميم)، فكيف يمكن التوفيق بين كل هذه القوانين؟[7]

خامسا: التخصّص من حيث الأنواع: أشارت دراسات عديدة في الفقه الحديث إلى مظهر التخصّص الذي يعرفه اليوم قانون العقود، بحيث أوضحت بأنه تحت دافع التطوّر الاقتصادي تعدّدت العقود، ليس من الناحية الكمية فحسب، بل أيضا من الناحية التنوعية والتخصّصية (diversification et spécialisation)[8]، فإرادة إدراك الحقائق الملموسة، عن قرب، أدى إلى انفجار قانون العقود، فبعض الاتفاقات الخاصة، وبواسطة ظاهرة الانقسام، انفصلت عن الفئة - الأم لتكتسب وفق قانون التخصّص استقلالية تامة، فالفئات المسماة في القانون المدني، والتي

---

(1) L. Cadiet, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives, Economica, 1987, p. 7.

(2) انظر في خصوصيات التراضي في العقد الإلكتروني: نور الدين بعجي، إشكاليات التراضي في العقد الإلكتروني، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر1، 2014، ع 3، ص. 201. جمال بوشنافة، خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018، ع 10، ص. 126. أحمد بوقرط، إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2019، ع 6، ص. 99.

(3) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, Les obligations, Dalloz, 2019 , p. 145 et s.

(4) M. Luby, *A propos des sanctions de la violation de l'ordre public*, CCC, fév. 2001, p. 4.

(5) Voir : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat,* LGDJ, 2004 ; D. Sadi, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Mare&Martin, 2015.

(6) Voir : S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II. 2001 ; S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle*, Dalloz, 2007 ; I. Najjar, *La notion d'ensemble contractuel*, Mélanges A. Decocq, 2004, p. 509 ; C. Aubert de Vincelles, *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC 2007. 983.

(7) N. Delegove, *Le droit commun et le droit spécial*, th. Paris II, 2011 ; Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009; *Droit commun et droit spécial*, RDA, 2013, p. 29 ; N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016.

(8) F. Leclerc, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 2007, p. 6.

كانت سابقا تمثل أصنافا لجنس تعاقدي، أصحبت هي نفسها أجناسا تتطوّر بداخلها عقود أكثر فأكثر خصوصية، يخضع كل منها لنظام قانوني خاص به[1]، فلم نعد أمام بيع، بل أمام بيوع (مدنية، تجارية، منقولة، عقارية...)، ولم نعد أمام إيجار، بل أمام إيجارات (فلاحية، سكنية، تجارية...)[2]، مما يمكن معه القول، على حدّ تعبير أحد الفقهاء، أننا من جنس نتّجه إلى أصناف خاصة ثم نحو عقود جد خاصة، وتنظيمها المستقل يؤكد استقلاليتها، وهكذا فإن الانفصال عن الفئة - الأم يتم، شيئا فشيئا، بتصفية الموضوع إلى الحدّ الذي يجعل "رابطة النسل" الموجود بين الفصيلة sous espèce والجنس الذي ينتمي إليه جدّ رقيقة[3].

سادسا: الاحترافية من حيث الأطراف: برز مظهر احترافية العقود مع نهاية القرن العشرين، ففي قلب التطوّرات الاقتصادية والاجتماعية كان من الطبيعي جدا أن تعمل العقود على خدمة نشاط مهن كثيرة متواجدة في الحياة القانونية، هذه الاحترافية أفرزت، في نظر بعض الفقه الحديث، أمرين مهمين: **أولهما** بروز تعديل مهم في مراتب العقود الواردة في القانون المدني، فعلى مدار زمن طويل كان رجال القانون يقيمون مقابلة بين ما يُعرف بـ "العقود الكبيرة" كالبيع والإيجار والمقاولة، وما يُعرف بـ "العقود الصغيرة" كالقرض والوديعة والوكالة، ولكن ها هي اليوم "العقود الصغيرة" تفرض وجودها وتتحوّل إلى عقود أعمال كبيرة، فبإطلالة سريعة على نشاط البنوك يمكن، بسرعة كبيرة، إدراك مدى صحة هذا الكلام. **ثانيهما** نشأة تعديل مهم ومحسوس في المضمون العقدي في حدّ ذاته، حيث عمل الاجتهاد القضائي على تقوية العقد، وذلك من خلال إدخال التزامات كثيرة لم تكن معروفة من قبل أبرزها على الإطلاق الالتزام بالإعلام والنصح والسلامة[4].

سابعا: الحمائية من حيث المضمون: لم يكن محرّرو القانون المدني الفرنسي يهتمون بصفة المتعاقدين، ولكن القانون المعاصر، على خلاف ذلك، أولى أهمية كبيرة لهذا العنصر بغية حماية الطرف الضعيف في العقد[5]، مما أوجد قواعد كثيرة مخالفة لقانون العقود، وصلت إلى حد ميلاد قوانين مستقلة في حدّ ذاتها كقانون العمل وقانون المنافسة وقانون حماية المستهلك، وجب أخذها بعين الاعتبار عند دراسة قانون العقود، عاما كان أم خاصا[6]. ولا شك أن قانون حماية المستهلك يحتل المرتبة الأولى في سلم القوانين التي تخالف القانون الكلاسيكي للعقود، ذلك أن المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في العقد، تجب حمايته سواء كان طرفا في البيع أو المقاولة أو القرض

---

(1) P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 7e éd, 2017, p. 7.
(2) P-H. Antonmattei et J. Raynard, *Droit civil. Contrats spéciaux*, Litec, 4e éd, 2004, p. 6.
(3) P. Puig, op cit, p. 8.
(4) P-H. Antonmattei et J. Raynard, op cit, p. 7.
(5) P-H. Antonmattei et J. Raynard, op cit, p. 7.
(6) P. Puig, op cit, p. 8.

أو الوكالة[1]... مثل هذه المخالفة جعلت بعض الفقه ينتقد بشدة قانون حماية المستهلك[2] إلى حدّ اعتباره مسخا للقواعد العامة[3]، والحق يقال أن قانون حماية المستهلك قد ساهم في تجديد قواعد قانون العقود، كما أن هذا الأخير ساهم بدوره في مدّ قانون حماية المستهلك بجملة من المبادئ والقواعد الحمائية[4].

ثامنا: الأخلاقية من حيث التوجّهات: لا يمكن الزعم أن الأخلاقية في قانون العقود ظاهرة جديدة، ذلك أنها كانت معروفة منذ كتابات الأستاذين (Domat) و(Pothier)، وقد أوضح ذلك الأستاذ (Ripert) في كتابه الشهير (La règle morale dans les obligations civiles)، ولكن ما يمكن قوله اليوم هو أن الجانب الأخلاقي يعرف تطوّرا كبيرا[5]، فقد عاد الكلام، في قانون العقود، عن مبدإ حسن النية بقوة، فبعد أن كان مجاله محصورا في تنفيذ العقد، أصبح من المتفق عليه اشتراط حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، وفي المرحلة اللاحقة على ذلك، سواء تعلق الأمر بتكوين العقد أو بتنفيذه[6]. ويجري الكلام، اليوم بين الفقهاء، عن الالتزام بالنزاهة[7] والالتزام بالتعاون[8] وعن الشفافية في العقود[9] والأخوة العقدية[10]، وعن مبادئ التوازن العقدي[11]، والتناسب العقدي[12]، والتنسيق العقدي[13]، وعن محاولة إقامة قانون العقود على جديدة كالنافع والعادل[14]، والتضامن العقدي[15]، ومؤخرا ارتقى المشرع الفرنسي بحسن النية مصاف المبادئ التوجيهية للعقد (1104 مدني فرنسي).

---

(1) P-H. Antonmattei et J. Raynard, op cit, p. 7.
(2) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 8 éd, 2002, Dalloz, p. 54.
(3) D. Mazeaud, *L'attractation du droit de la consommation*, RTD com, 1998, p. 95.
(4) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص. 14.
(5) انظر في الفقه الجزائري: فطيمة نساخ، أخلقة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2015، ع 4، ص. 299.
(6) S. Desgorces, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992 ; B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats. Etudes comparative des droits français, allemand et japonais*, th. Lyon 3, 2001.
(7) Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th Dijon, 1987.
(8) Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP 1988.I.3318.
(9) N. Vignal, *La transparence en droit privé des contrats*, PUAM, 1998.
(10) D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges. F. Terré, 1999, p603.
(11) L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002.
(12) S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé du contrat*, LGDJ, 2000.
(13) D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2000.
(14) J. Ghestin, *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, chr.1.
(15) L. Grynbaum et M. Nicod (dir), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; A.-S. Courdier, *Le solidarisme contractuel*, LGDJ, 2006.

ويبدو أن المشرع قد استفاد من هذه الاقتراحات إذ كرّس مبدأين مهمين: الشفافية في الممارسات التجارية، والنزاهة في الممارسات التجارية[1]، لقد فرض المشرع الشفافية في الممارسات التجارية من أجل ضمان إطار قانوني واضح يساهم في إيجاد سوق تنافسية تعود بالفائدة على المستهلك في نهاية المطاف. ويظهر من مضمون المواد من 4 إلى 13 أن الشفافية تكمن في توفير مجموعة من المعلومات لصالح العون الاقتصادي والمستهلك من حيث الأسعار والسلع والخدمات، فالأمر يتعلق بالتزامات بفعل تقع على العون الاقتصادي تجاه عون مثله وتجاه المستهلك، وهي: الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع والفوترة. كما فرض المشرع، إلى جانب الشفافية، النزاهة في الممارسات التجارية، وذلك في المواد من 14 إلى 30، ويظهر من مضمون هذه المواد أن الأمر يتعلق بالتزامات بعدم فعل، أي التزامات بالامتناع تقع على عاتق العون الاقتصادي تجاه عون اقتصادي مثله أو تجاه المستهلك، وهي على النحو الآتي: الممارسات التجارية غير الشرعية، ممارسة أسعار غير شرعية، الممارسات التجارية التدليسية، الممارسات التجارية غير النزيهة، والممارسات التعاقدية التعسفية[2].

تاسعا: الاقتصادية من حيث الموضوع: لقد أدى انفجار الظاهرة العقدية إلى طغيان الجانب الاقتصادي على العقد تحت تأثير جملة من العوامل الاقتصادية، وقد نتج عن ذلك أن أصبح العقد من حيث الموضوع أقرب إلى العملية الاقتصادية مثلما هو معروف في الشريعة الأنجلوسكسونية إلى درجة أن المشرع نفسه أخذ يستعمل مصطلح "عملية" إلى جانب مصطلح "عقد"، من ذلك مثلا أن المشرع لا يتردّد في تعريف التأمين على أنه عقد (المادة 2 تأمينات)، ولكنه إلى جانب ذلك يشير في كثير من النصوص إلى "عمليات التأمين" (المواد 201، 204، 204 مكرر...)[3]، ومن ذلك أيضا أن المشرع يعتبر الاعتماد الإيجاري عقدا (المواد 2/2، 7، 8...)،

---

(1) تنص المادة الأولى: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه".

(2) انظر في موضوع الممارسات التجارية: محمد شريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010. محمد عماد الدين عياض، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية، ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق، ورقلة، 2006. نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2011. حمّار نسيم، حسن النية في العلاقات الاقتصادية، ماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2012. بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، دكتوراه، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق، بسكرة، 2014.

(3) يقول الأستاذ عبد الرزاق بن خروف: "سبق وأن رأينا أن المشرع الجزائري قد أكّد في عدة مناسبات أن التأمين عقد **ولكنه في نفس الوقت يشير في عدة نصوص إلى عمليات التأمين**، انظر المواد 201، 204، 204 مكرر، 205، 212، 215، 218،... وعلى الخصوص م 206 من الأمر المتعلق بالتأمينات والمرسوم التنفيذي رقم 02-293 المعدل والمتمم والمحدد لعمليات التأمين،

ولكنه في نفس الوقت يشير في كثير من النصوص إلى "عمليات الاعتماد الإيجاري" (المواد 1، 2...)[1].

عاشرا: النموذجية من حيث التعامل: لقد انتشرت ظاهرة العقود النموذجية بشكل ملف للانتباه من أجل ضبط المعاملات العقدية لاسيما من قبل السطات، فقد لجأ المشرع إلى هذه التقنية في عقود كثيرة منها على سبيل المثال: عقد الإيجار، وعقد البيع بالإيجار، وعقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، وعقود التشغيل[2]، ويمكن أن نضيف إلى هذه الظاهرة ظاهرة أخرى هي ما يسمى بـ "الشروط العامة"، وهي شروط يضعها المحترفون في عقودهم (بيع – إيجار - تأمين...) حماية لمصالحهم، وربحا للوقت، وتوحيدا للمعاملة مع المستهلكين، تتعلق بدفع الثمن، آجال التسليم، الضمان وغير ذلك من المسائل التفصيلية، وهو ما دفع المشرع إلى التدخل لحماية الطرف الضعيف[3].

خاتمة

يبدو أن قانون العقود في المستقبل سيعرف تطورات هائلة بعد تغيّر المعطيات الوطنية والدولية، منها ازدهار التجارة الدولية على حساب التجارة الوطنية، وساعتها تتداخل العقود الوطنية بالعقود الدولية، ومنها عودة الحيوية إلى الشريعة الإسلامية، فيجري التمييز آنذاك بين العقود الشرعية والعقود الوضعية، ومنها غزو الروبوت للبشرية، وعندئذ يتعيّن التمييز بين

والذي يحصرها في 27 صنف، تماشيا مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي وتشريع الاتحاد الأوروبي". التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، ج1 التأمينات البرية، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص. 17، هامش رقم 1.

[1] راجع: أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 يناير 1996 يتعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر 1996، ع 03، مؤرخة في 14 يناير 1996. انظر: نوال قحموس، عقد الاعتماد الإيجاري، دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2014. حميد فرحات، الإيجار: آلية جديدة للبيع، دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2018.

[2] راجع بخصوص عقد البيع بالإيجار: قرار مؤرخ في 4 مايو 2004، يعدّل القرار المؤرخ في 23 يوليو 2001 المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار. ج ر 2004، ع 43، مؤرخة في 4 يوليو 2004. راجع بخصوص عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم: مرسوم تنفيذي رقم 13- 431 مؤرخ في 18 ديسمبر 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها. ج ر 2013، ع 66، مؤرخة في 25 ديسمبر 2013. قرار مؤرخ في 24 يوليو 2008، يحدّد نماذج عقود الإدماج وعقود تكوين- تشغيل وعقود العمل المدعّم، ج ر 2008، ع 49، مؤرخة في 3 سبتمبر 2008. انظر: مليكة محمودي، احتكار الإرادة، الحقيقة للوجه الجديد للتعاقد – نماذج العقود -، مجلة بحوث، جامعة الجزائر1، 2020، ع. 14، ص. 183.

[3] يقول الأستاذ علي فيلالي: "كانت هذه الشروط العامة في بداية الأمر من اختيار المحترف حماية لمصالحه، غير أنها أصبحت اليوم إجبارية إذ تندرج ضمن حماية المستهلك، فالمادة 8 من القانون رقم 04-02 تلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بشروط البيع وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية، وتعاقب المادة 32 من نفس القانون عدم الإعلام بشروط البيع بغرامة مالية، كما تلزم المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378: "... مقدم الخدمة أن يضع تحت تصرف المستهلك، بصفة واضحة ودون لبس، المعلومات الآتية:.. الشروط العامة المطبقة على العقد...". العقود الخاصة، البيع، المرجع السابق، ص. 30. انظر: فوزية عمروش، الشروط العامة في العقود: مصدر للقانون، حوليات، جامعة الجزائر1، 2021، عدد خاص، ص. 292.

العقود الآلية والعقود البشرية، ومنها انهيار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، وعودة الحضارة إلى المشرق من حيث بدأت، وغير ذلك من التغيّرات التي بدأت بوادرها في الظهور.

وفي ظل هذه المعطيات يتعيّن من الآن إعداد العدة لوضع منظومة قانونية محكمة للعقود من أجل إضفاء مرونة كبيرة على ما يسمى "نظرية العقد" تحضيرا لمواجهة التحديات المستقبلية، لذلك يتعيّن الإسراع في تعديل القانون المدني، وعلى الأقل العمل على ملء الفراغات القانونية التي يعرفها تنظيم العقد (المرحلة السابقة على التعاقد – أحكام مدة العقد – سقوط العقد...)، وتزويده بالميكانيزمات القانونية الحديثة (الالتزام بالإعلام – مهلة التفكير – التراجع عن العقد – حوالة العقد ...)، وتقويته من حيث الفعالية الاقتصادية (تحديد الثمن بالإرادة المنفردة في عقود الإطار وعقود الخدمات – البطلان بالإرادة المنفردة – الفسخ بالإرادة المنفردة ...)، وأخيرا تنقيح نظرياته العتيقة من أجل إخراجها في شكل حديث (الالتزام بمنح – السبب – البطلان ...).

المداخلة رقم: 02

تطور العقد: تعدد الأبعاد وتجدد القراءات

Evolution of the contract: multidimensional and renewed readings

1- د/ بدري جمال dj.badri@univ-alger.dz **جامعة الجزائر 1** - بن يوسف بن خدة - كلية الحقوق	2- ط/د لوناس أحلام a.lounes@univ-alger.dz جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة - كلية الحقوق

ملخص:

لم يعد العقد شأنا يهم المتعاقدين كما كان من قبل، بل أصبح شأنا يهم المجتمع كذلك، الأمر الذي فتح المجال واسعا أمام تطورات كثيرة تأثر بها واقع العقد كما تأثرت بها أسسه التي يقوم عليها، ومن أهمها القوة الملزمة للعقد، ولكن، الملاحظ في هذه العملية أنه مهما كانت تلك التغييرات فإنها لم تقض على العقد ولا على أسسه، كل ما في الأمر، أنها فرضت نوعا من التأقلم معها، وبالتالي بقاء العقد وبقاء أسسه، ولم يمس التطور إلا القراءات التي تعطى لهما، وذلك، من خلال إعادة توجيه تلك الأسس نحو أهداف جديدة تتماشى والواقع المستجد، ومن ثم إلى تطور العقد.

الكلمات المفتاحية: العقد، القوة الملزمة للعقد، العقد شريعة المتعاقدين، الحرية التعاقدية، الفعالية العقدية، استمرارية العقد.

Abstract:

The contract is no longer a matter for the contractors as before and has become a matter of interest to society as well, which has opened up a wide range of developments that have been influenced by the realities of the Decade as well as its underlying foundations The most important of them is the binding force of the Decade, but it is noted in this process that whatever those changes, they have not eliminated the contract or its foundations, All in all, she imposed some kind of coping with her, Thus, the survival of the contract and the survival of its foundations, the development of which has affected only the readings given to them, By reorienting those foundations towards new goals aligned with emerging realities, hence to the development of the contract.

Keywords: contract, binding force of contract, pacta sunt servanda, contractual freedom, contractual effectiveness, continuity of contract.

مقدمـــة:

إذا انعقد العقد صحيحا مستوفيا جميع أركانه وشروطه، انبثقت عنه قوة ملزمة، فيصبح مضمونه واجب التنفيذ، وهذا ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد.[1]

ارتبط العقد وقوته الملزمة منذ ظهورهما رتباطا وثيقا بالتغيرات التي تطرأ في الواقع، والتي تؤثر بدورها في كل شيء يحيط بهما، وشيئا فشيئا، أصبح العقد من شأن يهم المتعاقدين إلى شأن يهم كذلك المجتمع، لأن العقد ليس معزولا عن المؤثرات الخارجية الكثيرة، فهو ليس منفصلا عن حركة دائمة ومستمرة للحياة الاقتصادية والاجتماعية وعن تطور يساهم فيه بالضرورة، كما يتأثر بما يفرزه الواقع من مستجدات كثيرة، الأمر الذي ساهم إلى حد كبير في تفاعل بين العقد وذلك الواقع المتغير باستمرار.

بعد أن كان هذا الأخير شأنا يخص المتعاقدين فقط، تغيرت اليوم تلك النظرة في ظل التطورات الحاصلة، بحيث أصبح العقد شأنا يهم المجتمع أيضا، وهو ما يتجلى في حالات كثيرة كان الغرض منها حماية الأطراف الضعيفة من جهة، واستقرار المراكز التعاقدية المفضي إلى استقرار المجتمع، من جهة أخرى.

لم يعد العقد في وقتنا الحالي مجرد أداة للتعاقد فقط وإشباع الحاجات الاقتصادية، ولكنه بالإضافة إلى ذلك أصبح أداة لبلوغ أهداف اجتماعية ليس أقلّها تطور المجتمع واستقراره[2]، ومع هذه الحقيقة يظهر جليّا أن العقد بوصفه كذلك أداة اجتماعية[3]، وله وظيفة معينة يؤديها، لا يجب النظر إليه من خلال الآليات التي يتم بها فحسب، ولكن يجب النظر إليه كذلك من خلال الوظائف التي يؤديها داخل المجتمع.[4]

مع كل التطورات السابقة، بدأت المفاهيم المتعلقة بالعقد تتغير[5] ولم يعد الفرد أو بالأحرى إرادته مقدسة كما كانت في السابق بل أصبح يُنظر إلى الفرد على أنه كائن في وسط مجتمع وأن إرادته يجب أن تخضع لصالح الجماعة[6]، وهو ما أدى إلى إضعاف العلاقة ما بين مبدأ سلطان الإرادة والحرية الفردية وفتح المجال أمام تغيير الكثير من المفاهيم القانونية[7] وظهرور مفاهيم أخرى تتماشى مع التطورات الحاصلة وتستجيب لمعطيات الواقع الجديدة.[8]

إنه مع تغير ظروف أي مبدأ يتغير تبعا لذلك مفهومه، وتغير المفهوم في حدّ ذاته لا يعدو أن يكون قراءة جديدة له في ظل أوضاع متجددة تُحتّم هذا الاتجاه وهذه المنهجية[9].

من خلال ما سبق، يظهر جليا أن هناك تأثير مباشر للتطورات التي تحصل في الواقع على العقد والأسس التي يقوم عليها، وعلى الرغم من بقاء هذه الأخيرة فإن القراءات التي تعطى لها تتغير باستمرار في عملية تأقلم مع الواقع الجديد، وهذا ما يفرض طرح إشكالية حول هذه الظاهرة والمنهجية التي تتم بها، وعلاقة ذلك بتطور العقد؟

للإجابة عن الإشكالية السابقة، سيتم تقسيم الموضوع إلى محورين، يعالج **المحور الأول، تعدد أبعاد العقد، أما المحور الثاني، سيتطرق إلى تطور العقد من خلال تجدد قراءاته.**

المحور الأول: تطور العقد: تعدد الأبعاد

يمكن النظر للعقد من خلال زاوية المصلحة العامة واستقرار المجتمع، وهذا ما يطلق عليه البعد الموضوعي، كما يمكن النظر إليه من زاوية المتعاقد وحدها، وهذا ما يطلق عليه البعد الذاتي، **(أولا)**، وقد أثرت التطورات الحاصلة في الواقع على هذا الأخير وتجددت بذلك قراءاته **(ثانيا)**.

أولا: العقد: بعد ذاتي وموضوعي

يمثل كلاّ من البعدين الذاتي والموضوعي في العقد عنصران مهمان لفهم الكثير من الأوضاع المحيطة بالعلاقة التعاقدية، وعادة ما يمثلان معا وجهان مختلفان لا يمكن الاستغناء عن أحدهما لصالح الآخر.

سيتم التطرق إلى العقد في بعده الذاتي (1)، ثم بعد ذلك التعرف عليه في بعده الموضوعي (2).

1-العقد في بعده الذاتي

يجد المتتبع لتطور العقد أنه تأثر بالدين والأخلاق خاصة عند الحديث عن الوفاء بالعهد[10] واحترام الكلام المُعطى[11]، وهذا في الحقيقة ترجمة للعبارة اللاتينية «**pacta sunt servanda**»[12] التي شهدت انتعاشا خلال القرن الثالث عشر تحت تأثير عوامل عديدة منها محاولة إحياء القانون الروماني، والعوامل الدينية من خلال تدخل الكنيسة، وكذا العوامل السياسية والاقتصادية السائدة.[13]

ساهمت كل تلك العوامل في تقوية دور الإرادة وأعطت لها مكانة كبيرة، وهذا بالموازاة مع الاستغناء عن شكليات القانون الروماني شيئا فشيئا،[14] فإذا انعقد العقد صحيحا تولدت عنه قوة ملزمة توجب احترام الكلام المعطى وتمنع تعديله أو نقضه سواء بالإرادة المنفردة أو من خلال تدخل القضاء[15].

لا يكمن أساس القوة الملزمة للعقد في البحث عن توازن العقد ولا في البحث عن الظروف التي أحاطت به عند انعقاده، ولكن يتمثل الأساس في وجوب احترام الالتزام الواقع على كلا المتعاقدين، وقد عبّر أحد الفقهاء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد قائلا "**يربط الثور من قرونه، ويُربط الرجل من كلامه**"[16].

2-العقد في بعده الموضوعي

أمّا فيما يخص البعد الموضوعي للعقد فالأمر يتجه نحو اعتباره "رابطة مالية يكون فيها محل الالتزام لا أشخاصه العنصر الأساس فيه، وبذلك يعدّ العقد شيئا ماديا العبرة فيه بقيمته المالية"[17].

يمكن من خلال استقراء تاريخ النظرية العامة للعقد ملاحظة التذبذب في تبني أحد المفهومين السابقين، أي أنه مع أخذها بهما معا في مواضع كثيرة، فإنه مع ذلك لم يسيطر مفهوم على آخر بصفة مطلقة، ولكن الاتجاه الحديث يبين تغلّب المفهوم الموضوعي للعقد على المفهوم الذاتي في ظاهرة أُطلق عليها "**موضوعية العلاقة التعاقدية**".[18]

تتجسد تلك الموضوعية في كثير من المظاهر الاجتماعية التي تصبو أساسا إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية كالعامل في عقد العمل والمستهلك في عقد الاستهلاك، وهو ما يطلق عليه "جميعة العقد"[19]، كما تظهر هذه الموضوعية أيضا في تدخل الدولة في كثير من الأمور التعاقدية، حيث ظهر ما يسمى "العقود الموجهة" و"عقود الإذعان"، وهو ما يُطلق عليه "عيممة العقد"[20].

ثانيا: تجدّد قراءة البعد الذاتي للعقد

الحديث عن تجدد قراءة البعد الذاتي للعقد يقتضي التطرق إلى مسألة البحث عن قراءة جديدة للعقد (1)، هذا من جهة، ثم بعد ذلك، الوقوف على نتائج هذه القراءة الجديدة (2)، من جهة أخرى،

1-مضمون القراءة الجديدة

كان للتطورات المتسارعة التي يشهدها قانون العقود تأثيرا كبيرا على العلاقات التعاقدية خاصة من خلال التدخل المتزايد لكل من القاضي والمشرع في هذا المجال وكذا تنامي دور الإرادة المنفردة في العقد.

لقد بدأ ذلك الدور يعرف انتعاشا أكبر في العلاقات التعاقدية وذلك من خلال حالات كثيرة متزايدة سواء في القانون المدني أو القوانين الخاصة، الأمر الذي استدعى البحث عن قراءة جديدة للعقد في ظل المعطيات السابقة.

تختلف هذه القراءة حتما عن القراءات الأخرى التي سادت في ظل ازدهار مبدأ سلطان الإرادة، لأنّ الأهداف التي يرمي إليها هذه المرة ليست تلك التي كانت سابقا، بل تهدف القراءة الجديدة للعقد إلى الفائدة الاقتصادية التي يصبو إلى تحقيقها المتعاقدان.

2-نتائج القراءة الجديدة

تظهر عدة نتائج مهمة من خلال النظر للعقد من زاوية الفائدة الاقتصادية التي يصبو إلى تحقيقها المتعاقدان، تتمثل أساسا في الانتقال من التركيز على مرحلة تكوين العقد إلى الاهتمام كذلك بمرحلة تنفيذه، أي الاهتمام كذلك بالظروف التالية لتكوين العقد والتي يمكن أن تؤثر على تحقيق تلك الفائدة[21].

لم تعد النظرة إلى الالتزام تقتصر فقط على النشاط الذي يقوم به المدين، ولكنه بالإضافة إلى ذلك هو عملية يُفترض من خلالها أن يحقق ذلك النشاط فائدة ينتظرها الدائن من العقد[22].

تُظهر هذه النظرة الجديدة للالتزام البعد الاقتصادي للعقد كوسيلة لإشباع الرغبات وتحقيق المنافع الاقتصادية والاجتماعية الخاصة بالمتعاقد، فإذا انتفت تلك الفائدة والمنفعة أو أصبحت ضئيلة وصار العقد يثقل كاهل أحد المتعاقدين ويضعف مركزه الاقتصادي، فإن العقد يصبح عديم الفائدة والفعالية، ويفتح المجال بذلك أمام حله ولو بالإرادة المنفردة .[23]

تأتي كل هذه المعطيات الجديدة في سياق تعزيز البعد الذاتي في العقد وتجديد قراءته بما يُعزّز أكثر دور العقد وفعاليته.

المحور الثاني: تطور العقد: تجدد القراءات

إن التطور الحاصل في كل المجالات خاصة المجال الاقتصادي والاجتماعي وكذا التأثر الكبير للقوانين الوطنية بالقوانين المقارنة، جعلت من الاكتفاء بنظرة تقليدية لمبدأ القوة الملزمة للعقد عائقا فعليا أمام الانفتاح والتبادل بين التشريعات والقوانين، وعائقا حقيقيا أمام تطور العقد، ومن شأن ذلك خلق حالة من الجمود في القوانين الداخلية ذات الصلة وعدم انسجام مع واقع متجدد باستمرار لا يمكن تجاهله.

في سبيل إيجاد تجانس بين الواقع والقانون وجب الاعتراف بضرورة تجديد[24] قراءة القوة الملزمة للعقد، لأن من شأن ذلك إيجاد حلول لمشاكل أصبحت القراءات التقليدية المعروفة عاجزة عن الإجابة عنها، كما أنه قد حان الوقت لتفكير قانوني جريئ يأخذ بعين الاعتبار المستجدات العصرية ويحاول من خلال منطق سليم أن يجعل القوانين تواكبه وتعبر حقيقة عن ما يطرحه من انشغالات وهو السبيل إلى خلق انسجام حقيقي ما بين الواقع والقانون ومنه إلى خلق استقرار حقيقي داخل المجتمع.

من خلال ما سبق، سيتم معالجة المسألة من خلال التعرّف على منهجية ربط مبدأ القوة الملزمة للعقد بأهدافه **(أولا)**، ثم إعادة توجيهه بعد ذلك إلى أهداف جديدة كلما لزم الأمر **(ثانيا)**.

أولا: مبدأ القوة الملزمة للعقد: ربط المبدأ بأهدافه

نتعرض هنا إلى المنهجية التي تم اتباعها في سبيل الوصول إلى ربط مبدأ القوة الملزمة للعقد بأهدافه **(1)**، ثم بعد ذلك الوصول إلى نتائج من عملية الربط **(2)**.

1- منهجية ربط المبدأ بأهدافه

طرح الفقيه "**Ghestin**" [25] تصورا يهدف من خلاله إلى تحديد مفهوم القوة الملزمة للعقد يعتمد على مبدأي النفع والعدل كأهداف يصبو إليها العقد[26]، وقد جاءت هذه الأفكار في سياق **منهجي يصلح كمثال للوصول إلى نتائج منطقية تربط ما بين المبدأ وأهدافه** التي تتغير بتغير الواقع المتجدّد باستمرار.

لقد جاء عرض الفقيه "**Ghestin**" لنظريته حول فكرتي النفع والعدل في العقود كتبرير جديد لمبدأ القوة الملزمة للعقد،[27] ويأتي ذلك في ظل عجز الإعتماد على إرادة المتعاقدين وحدها وتقديسها في شرح الكثير من الأوضاع المستجدة.

لقد حاول الفقيه في طرحه السابق، إبراز أن كل من فكرة النفع والعدل في العقود تمثلان الأهداف الموضوعية للتعاقد[28]، على عكس ما كان في السابق من ربط تلك الأهداف باحترام إرادة المتعاقدين وحدها، وبالتالي فان التصور الذي جاء به الفقيه يتحدّد بالغاية التي يصبو إليها العقد والمتمثلة في الفكرتين السابقتين.[29]

يقول الفقيه "**Ghestin**" في هذا الصدد: "لقد نادينا منذ **1981** بالأخذ بالنفع والعدل كمبادئ موجهة للقانون المشترك للعقود، فاتفاق الأطراف يُمثل العنصر الذاتي الجوهري في العقد، ولكنه يتّحد مع النفع العام الاجتماعي ليشكّل أداة للتبادل في المجتمع، والتي يجب أن تتحقّق عن طريق العدالة"[30].

2- نتائج ربط المبدأ بأهدافه

لقد حاول الفقيه هنا تحليل العقد على أنه أداة قانونية هدفها البحث عن حل عادل ونافع، ويهدف العقد حسبه إلى تحقيق غايات مُحددة يؤدي التعرف عليها بدقة إلى المساهمة في تفسيره وتكييفه ومنه إلى تحديد مضمون القوة الملزمة له.[31]

لقد ربطت النظرية السابقة العقد بأهداف تتمثل أساسا في فكرتي النفع والعدل مبتعدة بذلك عن الربط المقدس الذي كان سابقا ما بين القوة الملزمة للعقد من جهة، وإرادة لمتعاقدين من جهة ثانية، ومن شأن المنهج الذي استحدثه الفقيه "**Ghestin**" السماح بإيجاد قراءة جديدة لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

إن توجيه المبدأ نحو غايات جديدة من شأنه تبرير الكثير من الأوضاع المستجدة في النظرية العامة للعقد كفكرة التعاون بين المتعاقدين[32]، وتدعيم الأمن القانوني وغيرها.

لقد أظهرت هذه النظرية التي طرحها الفقيه "**Ghestin**" كيف أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يتجدّد بتجدّد الأهداف التي يصبو إليها، ويشكل هذا بحدّ ذاته مثالا منطقيا لتفسير المتغيرات الجديدة التي تعرفها النظرية العامة للعقد.

لم يتوقف الأمر عند فكرتي النفع والعدل التي جاء بها الفقيه "Ghestin" لتبرير بقاء مبدأ القوة الملزمة للعقد والتغيير الذي طرأ في قراءاته، بل تعداه الأمر إلى ظهور قراءات جديدة ساهمت بدورها في تفسير المنهجية التي جاء بها الفقيه.

ثانيا: القوة الملزمة للعقد: توجيه المبدأ نحو أهداف جديدة

يساهم توجيه مبدأ القوة الملزمة للعقد نحو أهداف جديدة إلى تفسير بقاء المبدأ على الرغم من التغييرات الحاصلة في الواقع باستمرار، وقد رأينا سابقا المنهجية التي اتبعها الفقيه "Ghestin" في تفسير التعديلات التي طرأت على المبدأ، ووصوله إلى أن تلك التعديلات لا تعدو أن تكون تغييرا في القراءات التي تعطى له، بعد توجيهه إلى الأهداف الجديدة المستجدة، وكان من أهمها فكرتي النفع والعدل كأهداف مستجدة.

لم يتوقف الأمر عند ذلك الحد، بل تعداه إلى ظهور أهداف جديدة أفرزتها المتغيرات المتسارعة في الواقع، وكان من شأن ذلك التأثير على العقد والأسس التي يقوم عليها، ومن أهم تلك الأهداف الجديدة يمكن ذكر **الفعالية العقدية (1)**، وما ترتب عليها من آثار ، خصوصا على **الحرية التعاقدية** وتجديد قراءتها (2).

1- الفعالية التعاقدية: هدف جديد للمبدأ

تعرف الفعالية العقدية على أنها "**قدرة أي عقد على تحقيق الآثار القانونية التي أُبرم من أجلها**"[33]، ويأتي هذا التعريف كتأكيد على ربط الفعالية التعاقدية بمدى الوصول فعلا إلا الآثار التي يصبو إليها العقد أو بالأحرى تلك التي يسعى إلى تحقيقها المتعاقدان[34].

إن فعالية أي عقد مبرم يمكن التحقق منها من خلال مقارنة آثاره مع الأهداف والنتائج التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها، فكلما تحققت تلك الأهداف تحققت تلك الفعالية واستقرت المراكز القانونية تبعا لذلك.

إذا كانت الأهداف المرجوة من إبرام العقد هو حماية إرادة المتعاقدين، فإن الفعالية التعاقدية تقاس بمدى تحقق تلك الغاية، وهو ما كان سائدا في ظل ازدهار سلطان الإرادة وتقديس إرادة الفرد، أمّا إذا كانت الأهداف المرجوة هي تحقيق منفعة اقتصادية بحتة، فتتمثل الفعالية هنا، في مدى إشباع تلك الرغبة الاقتصادية، أما إذا كانت تلك الأهداف تصبو إلى البحث عن عدالة أكبر، فتقدير الفعالية عندئذ يُقاس بمدى تحقق تلك العدالة وهكذا[35].

تبعا لذلك، يكون مبدأ القوة الملزمة للعقد ذي فعالية إذا نجح في تحقيق ما توقعه المتعاقدان عند إبرام العقد، وهذا يقتضي طبعا أن ينفذ كلا المتعاقدان ما تعهدا به وبحسن نية.

في ظل التطورات المستجدة على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي، وجب البحث عن فعالية مبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال هذين الصعيدين، ولا شك أن استمرار العلاقات التعاقدية هو دليل على فعاليتها وهذا بالتأكيد ينعكس إيجابا على استقرار المراكز القانونية.

يهدف الاعتراف بمبدأ الاستمرارية التعاقدية كمعيار للفعالية التعاقدية إلى تحسين الفعالية الاقتصادية للعقد مع الاحتفاظ بالبعد الأخلاقي له، والمتمثل في الرابطة المقدسة بين المتعاقدين الناتجة عن احترام الاتفاق الذي تم بينهما.

يعطي معيار الاستمرارية كهدف من أهداف القوة الملزمة للعقد قراءة جديدة للمبدأ يختلف عن القراءة التقليدية له في ظل ازدهار مبدأ سلطان الإرادة.

2- نحو تجديد قراءة الحرية التعاقدية

إن التعبير التقليدي للحرية التعاقدية يقترب كثيرا من مفهوم الرضائية الذي ازدهر في ظل مبدأ سلطان الإرادة[36]، حيث كانت الغاية حينها احترام إرادة الفرد الحرة[37]، وكان للعقد في حدّ ذاته قدرة على خلق عدالته الذاتية[38]، فكلّ التزام كان أساسه الرضا والاختيار الحرّ، وهو ما كان يتماشى ومبادئ القانون الطبيعي أين كانت الإرادة الحرة تمثل مبدأ القانون والغاية التي يهدف إليها[39].

يهدف مبدأ القوة الملزمة للعقد في قراءته الجديدة إلى تشجيع الحرية التعاقدية لا بهدف تمجيد وتقديس الفرد كما كان في السابق، وإنما لكونها تسمح للمتعاقدين من إيجاد الأداة القانونية الملائمة لإشباع رغباتهم، لأجل ذلك كان لا بدّ من دعم فعالية العقد[40] بتجديد مفهوم الحرية التعاقدية.

لقد أصبحت مقولة "**كل ما هو عقدي يكون عادلا**" أمرا غير مقبول[41]، تبعا لذلك وجب أن تستجيب الحرية التعاقدية "للمنفعة الاجتماعية والعدالة"[42]، فمصلحة الفرد يجب أن تساهم في خدمة المصلحة العامة[43]، وفي هذا السياق الجديد يصبح العقد أداة فعالة ونافعة أكثر في محيطها الاجتماعي والاقتصادي.

لقد سيطرت في المقاربة التقليدية للعقد فكرة الحرية التعاقدية على مرحلة تكوينه بينما سيطرت فكرة الأمن القانوني على مرحلة تنفيذه[44]، بينما تراجعت في المقاربة الحديثة فكرة "قدسية العقد" لصالح فكرة العدالة الاجتماعية، كما تعزّز أكثر دور الإرادة مما أدى إلى تجديد مفهوم الحرية التعاقدية[45] والاعتراف بسلطة أكبر للمتعاقدين.[46]

لقد ساهم القضاء الفرنسي في تجديد المفاهيم السابقة عبر الأحكام التي أصدرها وهي تعكس حقيقة تصورا جديدا للواقع يختلف عن النظرة التقليدية للمبادئ والقراءات الحرفية للنصوص[47].

سبق للقضاء الفرنسي أن أعطى قراءة جديدة لمبدأ الحرية التعاقدية عبر قراره الشهير[48]، أين اعترف لأحد المتعاقدين بحق حل الرابطة العقدية تحت مسؤوليته وفي غياب الشرط الفاسخ في العقد.

لم يكن هذا القرار الأخير معزولا، بل توالت بعده قرارات محكمة النقض الفرنسية بغرفها المختلفة متبنية نفس الاتجاه، وهو نفس الحال بالنسبة لمجمل مشاريع تجديد قوانين العقود سواء في فرنسا أو حتى خارجها، وجاءت كل هذه القرارات والمشاريع لتعطي حرية أكبر للمتعاقدين، وتُعزز بذلك الحرية التعاقدية عبر قراءتها الجديدة.[49]

الخاتمة

إن التطورات الكثيرة التي تشهدها النظرية العامة للعقد والتي مسّت أهم مبادئها جعلت من الضروري البحث عن قراءات جديدة تسمح لتلك المبادئ أن تستوعب الأوضاع المستحدثة والانسجام مع الواقع المتغير باستمرار.

لو رجعنا مثلا إلى التشريع الجزائري وتشريعات بعض الدول الأخرى نجدها قد تعاملت مع وقائع كثير مستجدة بخلق حلول تظهر للوهلة الأولى أنها مناقضة لمبدا القوة الملزمة للعقد، كما هو الحال مثلا، في

الواقع الذي فرضته أزمة السكن في بعض الدول، أين أقرت قوانينها حلولا للمشكلة تقضي بفرض حق البقاء على المؤجر في عقد الإيجار، كما ذهب إليه المشرع الجزائري في تعامله مع الأزمة بداية تسعينيات القرن الماضي، وكان الهدف من وراء ذلك هو ضمان الاستقرار الاجتماعي والتأقلم القانوني مع واقع جديد متغير.

يبدو ظاهريا أن الأمر يمثل تعديا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، خاصة إذا نظرنا إليه من زاوية حماية الحرية التعاقدية، لكنه مع ذلك يصلح كمبرر للمبدأ ذاته إذا نظرنا إليه من زاوية استقرار اجتماعي مطلوب وحماية المصلحة العامة.

لم يعد وسط هذه التطورات القبول بتقديس إرادة المتعاقدين وإطلاق الحرية التعاقدية وجعل العقد مقدسا لا يُمس، بل أصبح الاعتراف بقراءات جديدة لمبد القوة الملزمة للعقد أمرا منطقيا أفرزه الواقع المتغير باستمرار.

الملاحظ في الظاهرة السابقة، أن التغييرات الحاصلة، لم تقض على العقد ولا على الأسس التي يقوم عليها، بل فقط تم إعادة توجيهها نحو أهداف جديدة، وبالتالي، أخذت قراءات ومفاهيم جديدة تتماشى مع ذلك الواقع الجديد، في عملية أقل ما يقال عليها أنها نوع من التأقلم المستمر تفاديا لخطر الزوال.

تهدف القراءات الجديدة للعقد وأسسه إلى الحفاظ على الفعالية التعاقدية في جو من حسن النية المفترضة[50]، كما تضمن مقتضيات الأمن القانوني والحرية التعاقدية في قراءاتها المتجددة، وهو ما يظهر قراءة موضوعية أكبر للعلاقة التعاقدية المتطورة باستمرار.

في الأخير، نقترح في سياق هذا الموضوع بعض التوصيات نراها مهمة في سياق تطور العقد وتجدد قراءاته، ومنها:

1–تعديل المادة 106 مدني، بحيث نظيف إليها الفقرة الأولى من المادة 107 من ذات القانون، ويصبح نصّها كالأتي "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الّا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّرها القانون.**

يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

يؤدي الأخذ بهذا التعديل إلى انسجام ما بين مبدأ القوة الملزمة للعقد والأهداف التي يصبو إليها والمتمثلة بالإضافة إلى إبراز بعده الموضوعي، إبراز كذلك بعده الإقتصادي، المتمثل في الوصول إلى **فعاليتة الحقيقية؛**

2–ضرورة التفكير جديا في إصلاح منظومة القوانين المتعلقة بالعقود، وذلك تماشيا مع ما هو موجود في التشريعات المقارنة، والوقوف على آخر المستجدات والحلول؛

3– يقع على عاتق القاضي عند تطبيقه لنصوص القانون ضرورة قراءة الواقع جيدا والحرص على تكييف دقيق للوقائع المستجدة، لأجل مواكبة التطوّرات الحاصلة بصفته المحتك الأول بالواقع المتغيّر باستمرار؛

4–على الفقه أن يأخذ على عاتقه مثل هذه المواضيع المستجدة، وأن يساهم إلى جانب القاضي في تطوير المنظومة القانونية الجزائرية.

عنوان المداخلة رقم (03)

مظاهر تطور قانون العقود – العقود المصرفية أنموذجاً -

المحور الأول

مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية

إعداد:

د. كودي فاطمة الزهـــرة، دكتوراه قانون خاص فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر1،

أستاذة محاضرة (ب) بكلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر 1. مخبر الشريعة.

الإيمايل المهني: f.koudri@univ-alger.dz

ملخص

يتلخص موضوع المداخلة المتعلق بتطور قانون العقود، في اختيار العقود المصرفية كنموذج أو مظهر من مظاهر تطور العقد ، حيث تهدف الدراسة لإبراز سعي المشرع لتحقيق التوازن العقدي والعدالة العـــقـــدية في مرحلة تكوين العقد، من خلال فرض التزامات قانونية على الطرف القوي في العلاقة العقدية (وهو البنك في العـــقـــود المصرفية) ، ومنح الطرف الضعيف (وهو الزبون) حـــقـــوقا إضافية بموجب نصوص آمرة، كإلزام البنك بإعلام الزبون ومنح هذا الأخير مهلة التروي، ومهلة الرجوع عـــن العـــقـــــد، كما يهدف الموضوع إلى الـــوقـــوف على آثار إخلال البنك بالتزاماته في العقد المصرفي وعدم إعلام الزبون، فالجزاء مخلف عن القواعد العامة لأن الإبطال الناتج عن التدليس لا يتلاءم مع مصلحة الطـــرف الضعـــــيف، ولذلك عـــرف الجزاء تطورا هاماً وأصبح يكمن في تعويض الزبون وفـــــرض عـــقـــوبات تأديبية وجزائية على البنك.

كلمات مفتاحية:

تطور العقد، عـــقـــود مصرفية، الالتزام بالإعلام، المستهلك، التوازن العقدي.

Summary.

The topic of the intervention on the evolution of contract law is the selection of bank contracts as a model or manifestation of contract development, where the study aims to highlight the legislator's pursuit of contract balance and contractual justice at the contract formation stage, through the imposition of legal obligations on the strong party in the contractual relationship (Bank), Vulnerable Party Grants (Customer) Additional rights under jus cogens, such as requiring the bank to inform the customer and granting the latter's recollection time, The deadline for the reversal of the contract and the purpose of the subject is to stop the effects of the Bank's breach of its obligations in the banking contract and not to inform the customer, The part was not in conformity with the general rules because the avoidance resulting from fraud was incompatible with the vulnerable party's interest. The penalty has therefore become an important development and lies in the client's compensation and the imposition of disciplinary and penal measures on the bank. Keywords:. Evolution of contract, banking contracts, commitment to information, consumer, contract balance.

مـــقـــــدمـــة:

في ظل تطبيق القواعد العامة الناتجة عن تفعيل مبدأ المساواة بين المتعاقدين، ومبدأ الرضائية الذي كرس المشرع له حماية مفادها ضرورة انعدام عيوب الرضا، كالتدليس الذي لا يفرض على المتعاقد سوى التصريح بالمعلومات التي يعرفها، دون إلزامه بواجب الاستعلام من أجل الإعلام، كما أن جزاء التدليس أي الإخلال بواجب الإخبار بالواقعة الجوهرية التي لو علم بها المتعاقد ما كان ليبرم العقد، يتـــــمثل في الإبطال، ولم يكن للمتعاقد الضعيف الذي يُنظر إليه بعين المساواة إلا الاحتماء بالقواعد العامة وخاصة ما تعلق منها بعقد الإذعان التي تقضي بتفسير الغموض في مصلحة الطرف الضعيف، غير أن هذا الأخير كان يحتاج إلى منطق آخر وفلسفة جديدة تمكنه من الاحتماء من مبدأ سلطان الإرادة الذي تعسف الطرف القوي في استعماله ولم يبق للطرف الضعيف سوى إرادة تشريعية حقيقية مفادها أخلقة العقد بتفعيل دور الأخلاق والسعي للتوازن العقدي، فالعدالة العقدية مطلوبة وإن كان التوازن الكلي صعباً إن لم نقل مستحيلا.

وتكمن أهمية الموضوع في إبراز دور المشرع في تطور قانون العـــقـــــود، هذا الأخير الذي لطالما كان مـــرتبطا بقاعـــدة " العقد شريعة المتعاقدين " ، لكن سرعان ما ترجم المشرع نية الدولة المتدخلة التي تريد تشجيع الاقتصاد و مرونة العقود المصرفية و دعم الاستثمار و القروض البنكية، أما الهدف من هذه الورقة البحثية فيكمن في إبراز تدخل المشرع في العقود المصرفية بفرض التزامات على عاتق البنوك والمؤسسات المالية كالالتزام بإعلام الزبون ومنحه مهلة التروي ، و مهلة الرجوع عـــن العـــقـــــد، ولذلك كان لابد من الوقوف على بعض التزامات البنك وتوضيح مفهومها وتحديد المسؤولية المترتبة عـــن الإخلال بهذه الالتزامات ، وكلها تنصب في موضوع الملتقى المتعلق بتطور قانون العقود " واقع و تحديات"، لكن في إطار العقد المصرفي كنموذج، **فما هي مساعي المشرع لتطوير العقد المصرفي في مرحلة تكوين العقد ؟ و ما هي مظاهر تطور العقد المصرفي من حيث الجزاء ؟ أو بعبارة مختصرة ما هي مظاهر تطور العقد المصرفي ؟**

للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا خطة البحث إلى محورين يتعلق الأول بسعي المشرع لتفعيل الأخلاق و التوازن العقدي ، وذلك بفرض التزامات قانونية على الطرف القوي ومنح الطرف الضعيف حقوقاً إضافية بموجب قواعد قانونية آمرة، أما المحور الثاني فخصصته لتطور مفهوم الجزاء واختلافه عن القواعد العامة حيث تقوم مسؤولية البنك المدنية، التأديبية و الجزائية، بدلا من إبطال العقد لأن الجزاء التقليدي لا يتناسب ومصلحة الزبون.

المبحث الأول : سعي المشرع لتفعيل الاخلاق والتوازن العقدي

حاول المشرع إعادة التوازن للعقد المصرفي بفرض التزامات على البنك ومنح الزبون حقوقاً جديدة بموجب نصوص آمرة، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

المطلب الأول: فرض التزامات قانونية على الطرف القوي

سنتطرق في هذا المطلب للإطار النظري لكل من الالتزام بالإعلام والمصطلحات المشابهة له بالإضافة للالتزام الحيطة و الحذر .

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام: مفهومه وأساسه :

أولا: تعريف الالتزام بالإعلام وتمييزه عما يشابهه:

أ- الالتزام بالإعلام : " يهدف الالتزام بالإعلام إلى تقديم إخبار محايد وموضوعي"[1] ، أو هو " نقل المعلومات التي يمتلكها البنك إلى العميل بصورة موضوعية " [2]

ب-الالتزام بالنصيحة:

هو "الالتزام الذي يهدف إلى إعطاء إعلام ملائم، يتناسب وحاجات المتعاقد مع المحترف، وهو يفترض تقديرا يتماشى ومقتضيات الملائمة، يؤدي إلى توجيه المتعاقد في اتخاذ القرار المناسب"، ويقول الأستاذ "J. Ghestin" في هذا الصدد بأنّ: "الالتزام بالنصيحة يعد أرحب طالما أن الدائن لا يكتفي ببيان الوقائع" فقط[3] ، رغم أن المشرع لم يذكر الالتزام بالنصيحة صراحة إلا أنّه يبدو من نص المادة (02) من المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 أن الالتزام بالنصيحة والتحذير يمكن استنتاجه من عبارتي النزاهة والشفافية ، وهي مبادئ كرستها الشريعة الإسلامية منذ زمن طويل، فقد حرّمت الغِشَ والخِدَاعَ والكِتْمَانَ والكَذِبَ وأَكْل أَمْوال النّاس بالبَاطِل[4].

ت-**الالتزام بالتحذير** "la mise en garde " :

" فهو عبارة عن نصيحة سلبية تفترض إثارة الانتباه إلى العواقب التي يمكن أن تنجز عن عدم الأخذ بالنصائح الموصى بها"[5] ، أو هو " الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد شفاهة أو كتابة ... أن

---

1 راجع أ. بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، سيدي بلعباس، الجزائر، ط1، 2005، (ص 24 وما يليها).

2 فاطمة الزهراء بوقطة ، المسؤولية المدنية للبنك المقرض في مواجهة العميل، مجلة أبحاث قانونية و سياسية ، المجلد2 العدد 1 ، سنة 2017 ، ص 147 .

3 راجع أ. جاك غستان، المطوّل في القانون المدني، "تكوين العقد" ترجمة الأستاذ منصور القاضي. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد). ط2، لبنان، س 2008 ، (ص 651) الفقرة رقم (594).

4 راجع مؤتمر المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مقال بعنوان حماية المستهلك من الغش التجاري في الشريعة الإسلامية للأستاذ رزين بن محمد الرزين، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008، (ص 105 - 109).

5 و قد اختلف الفقهاء حول طبيعة هذا الالتزام، فمنهم من اعتبره التزاماً ببذل عناية ومنهم من اعتبره التزاماً بتحقيق نتيجة، كما اختلف الفقه حول الطبيعة العقدية أو القانونية لهذا الالتزام، راجع لمزيد من التفصيل لبان فريدة، مبدأ حسن النيّة في الانعقاد، رسالة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق س 2009، (ص 88 - 116).

يحذر المتعاقد الآخر وأن يلفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناتجة عن هذا التعاقد"[1] .

ثانيا: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام:

يستمد الالتزام الإعلام أساسه من قانون حماية المستهلك، وقانون النقد و القرض المعدل والمتمم ، والمرسوم التنفيذي 06 – 306 ، وفي نظام بنك الجزائر 2020 – 01 غير أننا سنركز على القوانين المتعلقة بالمؤسسات المصرفية.

أ- الالتزام بالإعلام في قانون النقد و القرض:

يخضع البنك لقانون النقد والقرض (الأمر 03 – 11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10 – 04) ، الذي ألقى المشرع بموجبه على عاتق "مجلس النقد والقرض" التزاما بحماية زبائن البنوك، فقد حددت المادة 62 من صلاحيات هـذا المجلس، من بينها ما ذكرته الـفـقـرة (ط) من المادة 62 أعلاه: "حماية زبائن البنوك والمؤسسات المالية لاسيما في مجال العمليات مع هؤلاء الزبائن".

وقـد تـم تأسيس لجنة مصرفية، كُـلـفت طبقا للمادة 105 من الأمر أعلاه بمراقبة مدى احترام البنوك للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها، كما كُلفت هذه اللجنة بالسهـر على احترام قـواعد حسن سير المهنة ومعاينة كل المخالفات المرتـكـبة من هذه البنوك وسلطة توقيع إحدى العقوبات الواردة بالمادة 114 عليها.

بل إن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك، وألـقى على عاتق البنك الالتزام بإعلام الزبائن، بكل معلومة مفيدة، وذلك طبقا للمادة 119 مكرر 1 من الأمر 10 – 04 المعـدل والمتمم للأمر 03 – 11، المتعلق بالنقد والقرض، حيث تنص هذه المادة في فقرتيها الثانية والثالثة (2)، (3) على أن: "... وتعلم بطريقة دورية، زبائنها بوضـعـيـتـهـم إزاء الـبنك وتُلزم البنك بتزويدهم بكل معلومة مفيدة تتعلق بالشروط الخاصة بالبنك.

يجب أن تستوفي عروض القروض مطلب الشفافية وتشير بوضوح لكل الشروط المتعلقة بها".

و على هذا الأساس يمكن القول بأن أساس التزام البنك بإعلام الزبون قانوني، ويشمل مرحلة ما قـبل التعاقد وما بعده، استنادا للمبررات أعلاه، فالبنك يلتزم بإعلام زبائنه والمتعاملين معه استنادا لصراحة نص المادة 119 مكرر1 من الأمر رقم 10 – 04.

ب-الالتزام بالإعلام في نظام بنك الجزائر

لا يخضع البنك للنصوص أعلاه فحسب، وإنـما لـكـل الأنـظـمـة الـصـادرة عـن بـنـك الـجـزائـر، مثل النظام رقم 2020-01 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية [1]، والذي تنص **المادة 09** منه على أن:

---

[1] انظر إبراهيم عماري، الالتزام بالإعلام و أثره في حماية المستهلك من خطورة المنتوج، مجلة الدراسات القانونية، المجلد1 ، العدد 1، سنة 2015، ص 65، 66.

" يتعين على البنوك والمؤسسات المالية، أن تبلغ زبائنها والجمهور عن طريق كل الوسائل، بالشروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها.

وبهذه الصفة ، يتعين على البنوك و المؤسسات المالية، أن تطلع زبائنها على شروط استعمال الحسابات المفتوحة وأسعار الخدمات المختلفة، التي تسمح بها و كذا الالتزامات المتبادلة بين البنك والزبون ".

ت-أساس الالتزام بالنصيحة و التحذير:

بالرجوع للقانون رقم 04 – 02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجده يَحُث على شفافية الممارسات التجارية (الباب الثاني) ونزاهتها (الباب الثالث)، بالإضافة للمادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والتي تنص على أن: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

فالبنك يلتزم طبقا لعبارتي النزاهة والشفافية بالنصيحة و التحذير كذلك، لأن هاتان العبارتان تتعارضان مع الكذب والكتمان والغش والتدليس، إلا أنّ هذا الالتزام لم يرد بصفة صريحة.

الفرع الثاني: التزام البنك بالحيطة و الحذر:

تلتزم البنوك في إطار احترام قواعد الحيطة و الحذر بحسن إدارة المخاطر و الأزمات والحرص على استفادة البنوك من كل الضمانات المخولة له قانوناً و عموما يقع على البنك:

- لقد نصت المادة 24 من النظام رقم 02 – 03 الذي يتعلق بالمراقبة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية[2] على مبدأ الحيطة و الحذر حيث يجب الاستعلام عن الوضعية المالية للزبون لتجنب مخاطر القروض ، وقد نصت هذه المادة على أنّ: " يجب أن يأخذ تقييم مخاطر القروض بعين الاعتبار على الخصوص العناصر الخاصة بالوضعية المالية للمستفيد، قدرته على السداد وعند الاقتضاء، الضمانات المحصّل عليها..."،
- يتعين على البنوك دراسة مدى ملاءة الذمة المالية للزبون و مدى قدرته على الوفاء عند حلول الأجل.
- اشتراط التأمين على المخاطر، والتأمين على الحياة ، ...
- السير الحسن للعمليات المصرفية و الحفاظ على شفافيتها و مصادرها و تتبعها، و الحرص على صحة المعلومات المالية ، مع الأخذ بعين الاعتبار مجمل المخاطر التي قد يتعرض لها البنك [3].

---

[1] صدر النظام رقم 2020-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية و الذي ألغى النظام السابق رقم 13-01 المؤرخ في 2009/05/26 بموجب المادة 18 منه.

[2] – الصادر بتاريخ 14 نوفمبر 2002، ج ر ع (84).

[3] انظر المادة 97 مكرر من الأمر رقم 10-04 المعدل و المتمم لقانون النقد و القرض 03-11.

- تلتزم البنوك بوضع جهاز رقابة المطابقة الذي يهدف للتأكد من مطابقة النشاط للقوانين والتنظيمات، كما يتعين على البنوك الانخراط في مركزية المخاطر التي يسيرها بنك الجزائر، وذلك من أجل تزويدها بكل المعلومات المتعلقة بأسماء المستفيدين من القروض و المبالغ المسحوبة والمبالغ غير المسددة، والضمانات المعطاة لكل قرض وكل المعلومات التي تتلقاها البنوك من الزبائن[1] .
- بالإضافة إلى **المادة 4/98** من الأمر 03 – 11 المعدل والمتمم، المذكور أعلاه والتي تنص على أنّ:"يبلغ بنك الجزائر لكل بنك ومؤسسة مالية بطلب منهما، المعلومات التي يتلقاها عن زبائن المؤسسة".

المطلب الثاني: حماية الطرف الضعيف: وسيلة لتحقيق العدالة العقدية

إن تـــنـــوير إرادة الزبون، يستدعي من المشرع منحه المدة الكافية، لفحص العقد والاستعلام عن كل لبس قد يشوب عقد القرض المبرم بينه وبين البنك الدائن، وبالرجوع للقانون الجزائري والقانون المقارن، فإن هذه المدة قد تكون سابقة للتعاقد، وتسمى مهلة التروّي أو التفكير ، وقد تكون لاحقة له وتسمى مهلة الرجوع أو خيار العدول عن العقد، ويمكن القول بأن المشرع الجزائري مكّن زبون البنك من الاستفادة من هذه المهلة بنصوص صريحة فماهو مضمونها؟

الفرع الأول: مهلة التفكير أو التروّي:

لقد اهتم المشرع الجزائري على غرار التشريعات الحديثة بحماية المستهلك، فمنحه مهلة للتروّي، وذلك بموجب نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم **06 – 306** المذكور أعلاه، و تـــنص هذه المادة على أنّ: " يتعيّن على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين،... ومنحهم مدّة كافية لفحص العقد وإبرامه ".

يحق للزبون الاســـتـــفـــادة من مهلة للتفكير، قبل الإقبال على تصرف خطير كهذا، فهذه المدة ضرورية لفحص العقد والاستعلام، إلاّ أن المشرع الجزائري لم يحدد مقدار هذه المهلة، على خلاف المشرع الفرنسي، الذي منح للمستهلك [2] مهلة خمسة عشر (15) يومًا للتفكير والتروّي.

الفرع الثاني: منح الزبون خيار الرجوع عن العقد:

يقتضي مبدأ القوة الملزمة للعـــقد، تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، إلا أن الحاجة لحماية المستهلك، دفعـــت المشرع إلى التخفيفِ من حدة هذا المبدأ، ومنحِ هذا المتعاقـــد الضعـــيف الحق في الرجوع عن العقد، على غرار بعـــض التشريعات المقارنة، وقد برَّرَ الفقهاء هذا الخيار بحق المستهلك في مهلة قانونية معـــقـــولة للتأمل

---

[1] انظر المادة 97 مكرر 2 و المادة 98 من الأمر 10-04 المعدل و المتمم لقانون النقد و القرض 03-11.

[2] – أنظر أ. نبيل إبراهيم سعد. ملامح حماية المستهلك في الائتمان، "في القانون الفرنسي"، دراسة للقواعد الموضوعية و القواعد الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، س2008 ، (ص 24 و34).

– انظر المواد (L311-16 ـــــ L311-11) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

في العقد الذي وقَعه في عُجالة من أمره، وتحت ضغط إغراءات المتعاقد المحترف،[1] وترويجه للسلعة أو الخدمة المعروضة، كما قيل بأن التفاوت في القوّة الاقتصادية بين الطرفين، تم تصحيحه بإنشاء ميزة فريدة لصالح الطرف الضعيف، لضمان سلامة رضاءه[2].

واستنادا لهذه المبررات، منح المشرع الجزائري للزبون المتعامل مع البنك حق الرجوع عن العقد، بموجب المادة 119 مكرر 4/1 من الأمر رقم 10 – 04 المذكور أعلاه، والتي تنص على أنّ: " **يُمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (08) أيام من تاريخ التوقيع على العقد**".

و يمكن القول أنّ المشرع الجزائري حسناً فعل باستحداثه لهذا النص، الذي جاء بصيغة عامة "أي شخص"، مما يفيد استفادة كل متعامل أو مقترض من حق الرجوع عن العـــقـــد، إلا أن ما يعاب على هذا النص هو قِصَر المدّة المحددة للتراجع عن هذا التعهد.

ومن باب المقارنة فإن المشرع الفرنسي منح للمستهلك والـــكـــــفيل خيار الرجوع عن العـــقـــد، بعـــد إبرامه وقبل البدء في تنفيذه، حيث يجوز العدول عن العقد بعد إبرامه، خلال سبعة (07) أيام، ولتسهيل ممارسة هذا الحق، ألزم المشرع الفرنسي المؤسسة الائتمانية، إرفاق العرض المسبق باستمارة قابلة للانفصال، تسلّم إلى المستهلك ليعبّر عن عدوله عن التزامه عن طريق البريد، وهذه الوسيلة فعالة لأنها تجنب المستهلك الإحراج ، كما يمكنه التعبير عن خيار الرجوع بكل الطرق.

المبحث الثاني : تطور مفهوم الجزاء في العقود المصرفية :

إذا كان جزاء التدليس في القانون المدني يقتصر على إبطال العقد، في حالة السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة، فإن جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام مختلف في القوانين الخاصة، لأن حماية للطرف الضعيف، أدت بالمشرع إلى استحداث أنواع أخرى من الجزاء تختلف عن الجزاء التقليدي المعروف.

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للبنك :

يقع على الزبون إثبات أركان المسؤولية المدنية المتمثلة في الضرر و إخلال البنك بالتزامه بالإعلام و العلاقة السببية، وإذا كان الضرر يكمن في الخسائر التي تعرض لها الزبون أو تفويت فرصة التعاقد مع بنك آخر أكثر و العلاقة السببية تستخلص من القواعد العامة، فإنه من الضروري الوقوف على صور إخلال البنك لالتزامه بالإعلام لأن ذلك سيحدد حجم الضرر الذي قد يواجه الزبون، ومن هذه الصور :

---

[1] – راجع أ. جمال النكّاس، مقال بعنوان "حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامّة للعقد في القانون الكويتي"، مجلة الحقوق – الكويتية – السنة الثالثة عشرة، ع 2، 1989، (ص 103 – 106).

[2] – راجع أ. محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي – دراسة معمقة في القانون الجزائري – دار الكتاب الحديث، س2006، (ص 576).

الفرع الأول: صور الخطأ كركن في المسؤولية المدنية :

أ- عدم تقيد البنك بمضمون الالتزام بالإعلام:

كعدم إعلام الزبون بشروط تنفيذ العقد أو الضمانات الواجب تقديمها، مدة العقد ، كيفية سداد قيمة القرض، نسبة الفائدة ... إلخ[1] .

ب- مخالفة الشكل القانوني للإعلام :

يمكن للعميل الاستناد لعيب الشكل كصغر الخط أو اللغة الأجنبية أو البنود التعسفية أو عدم قراءة كل البنود بل التوقيع بصفة مستعجلة دون استلام نسخة من الاتفاقية [2] .

ت-إخلال البنك التزامه بالحيطة و الحذر:

الفرع الثاني : الجزاء المدني: تعويض الزبون عن الضرر:

يحق لدائني البنوك رفع دعوى للتعويض عن الأضرار التي لحقتهم ، إما بصفة فردية أو جماعية ، لكن الالتزام بالإعلام، ليس من حق الزبون فقط، بل قد يكون ضده، ففي حالة وجود شبهة لتبييض الأموال يجب على البنك الإخطار عن العمليات المالية المشبوهة، وهنا البنوك معفية من المسؤولية الجزائية عن الإخلال بالسر المصرفي[3] ، وفي حالة الخطأ حول هذه الشبهة لا يوجد نص يعاقب البنك كونه معفى من المسؤولية في هذا الإطار ، لكن لا يوجد ما يمنع تمسك الزبون بحقه في التعويض عن الضرر استنادا للقواعد العامة.

ويخضع تقدير التعويض للسلطة التقديرية لقاضي الذي يستعين بالخبرة للوقوف على حجم الضرر.

المطلب الثاني: المسؤولية التأديبية :

يخضع البنك للعقوبات الواردة بالأمر رقم 03 – 11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، فـــقـــد أسس المشرع لجـــنة مصرفية تسهر على مراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها، و نصت في هذا الإطار المادة 114 من الأمر رقم 03– 11 أعلاه، على العـــقـــوبات التي يمكن للجنة المصرفية توقيعها على أحد البنوك، في حالة إخلالها بأحد الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه، حيث :

- توجه اللجنة المصرفية تحذيرا لهذه المؤسسة المالية.
- إذا لم يؤخذ هذا التحذير بعين الاعتبار، يمكن أن تقضي بالإنذار أو التوبيخ .
- المنع من ممارسة بعض العمليات.
- التوقيف المؤقت أو إنهاء مهام أحد مسيري هذه المؤسسة .
- سحب الاعتماد من المؤسسة نهائيا.
- عقوبات مالية ضد هذا البنك أو المؤسسة المالية.

---

[1] فاطمة الزهراء بوقطة ، مرجع سابق ، ص 148 و 149.

[2] المرجع نفسه ، ص 149.

[3] عربي باي يزيد ، المسؤولية المدنية للبنك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلد 5 عدد 3 السنة 2018 ، ص 440.441. بتصرف.

المطلب الثالث : المسؤولية الجزائية:

تقوم المسؤولية الجزائية للبنك نتيجة مخالفة نصوص قانون النقد و القرض ، حيث نظم هذا الأخير في الكتاب الثامن منه المسؤولية الجزائية، وبتصفح هذه النصوص(المواد 131 – 139)، لا نجد نصا صريحا يعاقب البنك على إخلاله بالالتزام بالإعلام ، لأن هذا الالتزام نصت عليه المادة 119 مكرر1 /2 من الأمر 10-04 المعدل و المتمم لقانون النقد والقرض وهذا التعديل لم يمس بالكتاب الثامن المتعلق بالمسؤولية الجزائية، غير أن المادة 120 مكرر من الأمر 10- 04 ، ألزمت البنوك باحترام قواعد السير الحسن، وضرورة حرص المسيرين على مطابقة نشاط المؤسسات المالية لأخلاقيات المهنة وقواعدها تحت طائلة العقوبات المذكورة في المادة 114 من قانون النقد و القـــرض 03-11.

وبالرجوع لنص المادة 139 من الأمر 03-11 نجدها عامة ولم تحدد نوع الجريمة ولكنها نصت على عقوبة لمن يخالف أحكام الباب السادس بالحبس من شهر إلى ستة (6) أشهر وبغرامة قد تصل إلى 20 بالمئة من قيمة الاستثمار [1] .

خاتمة :

وختاما نذكر بأننا حاولنا إبراز سعي المشرع لتحقيق التوازن العقدي والعدالة العـقـدية في مرحلة تكوين العقد، من خلال فرض التزامات قانونية على الطرف القوي في العلاقة العقدية (وهو البنك في العـقـود المصرفية) ، ومنح الطرف الضعيف (وهو الزبون) حـقـوقا إضافية بموجب نصوص آمرة، وكذلك أبرزنا تطور مفهوم الجزاء وبقي أن نذكر بعض النتائج والتوصيات:

- الالتزام بالإعلام يختلف عن النصيحة و التحذير فهو نقل المعلومات التي يمتلكها البنك إلى العميل بصورة موضوعية ، أما الالتزام النصيحة فهو الالتزام الذي يهدف إلى إعطاء إعلام ملائم، يتناسب وحاجات المتعاقد مع المحترف استنادا لمعطيات النزاهة و الشفافية، في حين يعد الالتزام بالتحذير هو أن يحذر المتعاقد الآخر أو أن يلفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناتجة عن هذا التعاقد.
- ألـقى المشرع على عاتق البنك الالتزام بإعلام الزبائن بكل معلومة مفيدة، وذلك طبقا للمادة 119 مكرر 1 / 2، 3 من الأمر 10 – 04 المعـدل والمتمم للأمر 03 – 11، المتعلق بالنقد والقرض، حيث تنص على أن: "... وتعلم بطريقة دورية، زبائنها بوضـعـيـتـهـم إزاء الـبنك وتُلزم البنك بتزويدهم بكل معلومة مفيدة تتعلق بالشروط الخاصة بالبنك.
- نصت المادة 09 من النظام رقم 2020-01 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية ، على أن: " يتعين على البنوك والمؤسسات المالية، أن تبلغ زبائنها والجمهور عن طريق كل الوسائل، بالشروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها.

[1] وحتى بالرجوع للقانون رقم 17-10 المعدل و المتمم للأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض.

- منح المشرع للطرف الضعيف مدّة كافية لفحص العقد وإبرامه تسمى مهلة التروي، غير أنه لم يحددها على خلاف المشرع الفرنسي الذي حددها بمدة قدرها 15 يوم .
- منح المشرع الجزائري للزبون المتعامل مع البنك حق الرجوع عن العقد، بموجب المادة 119 مكرر 4/1 من الأمر رقم 10 – 04 المعدل والمتمم لقانون النقد و القرض، والتي تنص على أنّ: **" يُمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (08) أيام من تاريخ التوقيع على العقد".**
- تطور مفهوم الجزاء من الابطال إلى المسؤولية المدنية و التأديبية و الجزائية.
- المسؤولية المترتبة عن إخلال البنوك بالتزاماتها نظمتها المادة 114 من الأمر رقم 03– 11، وتكمن في توجيه اللجنة المصرفية تحذيرا لهذه المؤسسة المالية ، و إذا لم يؤخذ هذا التحذير بعين الاعتبار، يمكن أن تقضي بالإنذار أو التوبيخ ويمكن أن تصل العقوبة للمنع من ممارسة بعض العمليات ، التوقيف المؤقت أو إنهاء مهام أحد مسيري هذه المؤسسة ، سحب الاعتماد من المؤسسة نهائيا ، عقوبات مالية ضد هذا البنك أو المؤسسة المالية.
- عدم وجود نصوص صريحة تجرم الإخلال بالالتزام بالإعلام. (رغم أن نص المادة 139 من الأمر 03-11 نصت على عقوبة لمن يخالف أحكام الباب السادس بالحبس من شهر إلى ستة (6) أشهر وبغرامة قد تصل إلى 20 بالمئة من قيمة الاستثمار).
- وختاما نقترح على المشرع الجزائري التوصيات التالية:
- تحديد أركان المسؤولية الجزائية في الامتناع عن الالتزام بالإعلام لأن ذلك فيه مساس بمصلحة الزبون.
- تحديد المدة في مهلة التروّي.

عنوان المداخلة رقم (04)

مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية

اسم ولقب الباحثة الأولى: سامية لقرب.

الرتبة العلمية: طالبة دكتوراة/ سنة ثالثة.

اسم ولقب الباحثة الثانية: راضية عيمور.

الرتبة العلمية: أستاذة محاضرة بجامعة عمار ثليجي، الأغواط – الجزائر.

التخصص: قانون خاص معمق، حقـــــــــــــــــوق.

المؤسسة الجامعية: جامعة عمار ثليجي، الأغواط – الجزائر.

مخبر البحث: مخبر البحث في الحقوق والعلوم السياسية، الأغواط – الجزائر.

رقم الهاتف: 0665.78.02.41.

البريد الالكتروني E-mail: s.lagreb@lagh-univ.dz

Samia1987smq@gmail.com

محور المداخلة: المحور الأول/ مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية

الملخص:

إن القانون كما هو معروف ظاهرة اجتماعية تتأثر بتغيرات وتطورات المجتمع ما يضطر المشرع في كثير من الأحيان إلى تطويع أحكامه لتتلاءم مع مستجدات العصر، وهو ما يفرز أحكاما جديدة كثيرا ما تتناقض مع الأحكام السابقة مثل تقييد الحرية العقدية وبروز مبادئ جديدة على الساحة القانونية بسبب قصور المبادئ السابقة ما جعل البعض يعتقد أن النظرية العامة للعقد تعيش أزمة شيخوخة في حين يستبشر آخرون بتنوع وتعدد العقود وما يستتبعها من أحكام جديدة ملائمة لها والتي تساعد حتما على ازدهار الحرية التعاقدية وتكريس التوازن الاقتصادي والاجتماعي وحماية الأطراف الضعيفة.

نتناول في هذه الورقة البحثية مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية بالولوج على أهم مبادئ التعاقد التقليدية والتي انجرّ عن عدم فاعليتها في هذا العصر مجموعة مستحدثة من المبادئ في

ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية ومن ثم عرض مجموعة من العقود الخاصة مع تبيان تداعيات انتشارها على النظرية العامة للعقد.

الكلمات المفتاحية: النظرية العامة للعقد، العقود الخاصة، الحرية التعاقدية، التوازن العقدي، حماية الأطراف الضعيفة، النظام العام الحمائي والتوجيهي.

Abstract:

Law is a social event reacts with society's transformations therefore the legislator sometimes be compelled to give favorable dispositions else which may be conflicting with previous dispositions such as contractual liberty restricting and emergence new principles due to the lack of last rulings, that made other some thinks that the general theory of contract lives an aging crisis and at the same time other some optimizes diversity and multitude of contracts with their new suitable dispositions which would assist to promote the liberty of contract and devote the social and economic balance moreover protecting of the weakest parts.

In this research paper we are going to study the occurrences of development of contracts law in Algerian legislative system by displaying the most important ancient principles of contract which became ineffective in this time therefore we find new matching principles then elaboration of their effects on the general theory of contract.

Keywords: the general theory of contract, autonomous contracts, contractual liberty, contractual balance, protecting of the weakest parts, the directive and protector public order system.

مقدمة:

يعدّ مبدآ الحرية العقدية وحسن النية مبدآن عامان في مختلف التشريعات المدنية عموما والعقدية خصوصا من أجل ضمان الاستقرار القانوني وتكريس روح قانون العقود إلى جانب مجموعة أخرى من المبادئ التي أفرزها التطور الاقتصادي والاجتماعي، يُترجَم المبدأ الأول في حقوق ثلاث هي: الحق في التعاقد، الحق في اختيار المتعاقد معه، الحق في اختيار مضمون العقد وهو ما يجسِّد مبدأ سلطان الإرادة الذي يكرّس خلوّ أصحابها من عيوب الرضا إضافة إلى مبدأي القوة الملزمة للعقد والعقد شريعة المتعاقدين.[1]

أما المبدأ الثاني فله وظيفتان إحداهما توجيهية بمعنى تقديم الحلول وإعطاء الأولوية للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة أما الوظيفة الثانية فهي تصحيحية بمعنى السعي نحو التوفيق بين النظام التشريعي والمستجدات الحاصلة وهو ما يؤكد مدى مرونة هذا المبدأ في احتواء الوقائع الجديدة والذي رغم وجوبه إلا أنه يخلو من الطبيعة الآمرة كما أن معاييره تختلف من تصرف لآخر وليس ذو معايير موحّدة، من مظاهره

[1] علي فيلالي، الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد 05، الجزائر، 2018، ص 09.

النزاهة أي شفافية التنفيذ وعدم الغش[1] ومبدأ التعاون للمحافظة على مصالح الأطراف المشتركة ومبدأ التنسيق الذي يكرس عدم تناقض التصريحات التي يبديها المتعاقد ووضوح التعبير.[2]

من هنا يتضح الهدف من وراء هذه الدراسة وهو الولوج عبر أسس العقود المتدرّجة في التطور بتطور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية عن طريق إبراز مظاهر ذلك التطور في المنظومة التشريعية الجزائرية لتقصّي المتغيرات الحاصلة ومعرفة مآلها وأما الأهمية فتظهر في توضيح نتائج تلك الثورة العقدية خصوصا وأنها ثورة عالمية باقتحام التكنولوجيا والرقمنة أغلب المعاملات وبذلك تتّحد في الكثير من النتائج الواقعية والاستشرافية باستخدام المنهج الوصفي التحليلي والاستقصائي والمقارن (بين القوانين الوطنية).

ولمعالجة هذه المتغيرات استعنّا بمجموعة من الفرضيات وهي الصيغة التضمينية الشرطية والصيغة التقريرية التصريحية لنطرح بعدها الاشكالية الآتي ذكرها: *ماهي المبادئ المستحدثة لقانون العقود في المنظومة الجزائرية في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية وماهي تداعيات ظهور العقود الخاصة على النظرية العامة للعقد؟* وبمعنى آخر: *هل احتفظت النظرية العامة للعقد بمكانتها وقوتها وصلاحيتها بعد ظهور التشريعات الخاصة أم أنها آلت للانهيار والسقوط؟* وللإجابة على هذه الاشكالية نقترح خطة البحث الآتي ذكرها:

المبحث الأول: مبادئ التعاقد المستحدثة في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية.
المبحث الثاني: تداعيات انتشار العقود الخاصة على النظرية العامة للعقد.

المبحث الأول: مبادئ التعاقد المستحدثة في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية

نعالج في هذا المبحث مجموعة من النظريات والمبادئ الحديثة التي أفرزها التحول الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي نقسّمهم إلى مجموعتين ضمن المطلبين التاليين.

المطلب الأول: نظرية الرغبة المشروعة ومبدأ العادل والنافع

نتطرق في هذا المطلب إلى نظريتين تتبنيان مبادئ مستحدثة عن تلك المبادئ المعروفة سابقا والمذكورة أعلاه تتمثلان في نظرية الرغبة المشروعة (الفرع الأول) ونظرية العدالة وتحقيق المنافع (الفرع الثاني).

---

[1] تنص المادة 18 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية على: "يمنع أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذا على أي عون اقتصادي آخر. . . لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية **النزيهة والشريفة**".

[2] جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 12، البليدة، 2017، ص ص 227-230.

الفرع الأول: نظرية الرغبة المشروعة: ملخص النظرية يتجلى في نص المادة 11 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش حيث جاء فيها: "يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.

كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه".

وما نستخلصه من هذه المادة هو ضرورة مطابقة المنتوج لما تم التصريح به من طرف المهني وهو نفس المنحى الذي اتّجه إليه الأستاذ Gino Gorla الذي اعتبر الرغبة المشروعة المعقولة ذات الطابع الاجتماعي والموضوعي هي أساس القوة الملزمة للعقد بحيث يجسّدها الغلط الي قد يقع فيه المتعاقد ونفس المعيار اعتمده الفقيه Mekki حينما ربطها بفكرة الوفاء العقدي أيضا مفهوم الثقة الوارد في المادة 02/111 ق.م التي تكرس رغبة الدائن المشروعة في الالتزام.[1]

الفرع الثاني: مبدأ العدل والمنفعة: برز ما يُعرف بالفقه القستيني الذي يعتدّ بالمصلحة الاجتماعية والعدل الاقتصادي الذي يخلّفه العقد، وأن هاته المبادئ هي ما تجسد القوة الملزمة للعقد وليس اتفاق المتعاقدين لأن هذا الأخير ما هو إلا إجراء متّبع في جميع مراحل العقد وهو إجراء ضروري طبعا لكنه لا يرقى لمرتبة القوة الملزمة له، وما نستخلصه من هذا الكلام هو أن تطور الأنظمة الاقتصادية فرض مبدأ التبادل الاقتصادي عوضا عن مبدأ التراضي.[2]

بالنسبة للمشرع الجزائري نجده اتخذ ذات المنحى من خلال بعض النصوص المدنية كالمادة 103 حيث توضح آثار بطلان العقد بتقريرها إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها في حالة عدم استحالة ذلك وإلا فإن الحكم بالتعويض هو البديل عنه ومن ثم تُعفي ناقص الأهلية من هذا الالتزام ولا تطالبه إلا بإرجاع المنافع التي اكتسبها بمناسبة تنفيذه للعقد ليس إلا وفي هذا تكريس للمبدأ القائل بالعدالة وتحقيق المنافع وليس لمبدأ الرضائية، إضافة إلى المادة 182 التي تقرر التعويض للدائن الذي لحقته خسارة أو فاته كسب ما بسبب المدين أما إن لم يكن بسبب هذا الأخير وكان سببه العقد فالمدين لا يعوض إلا الضرر التوقّع عادةً أثناء التعاقد، والمادة 370 التي تتيح للمشتري إما أن يطالب بفسخ العقد وإما بإنقاص الثمن في حالة ما إذا تلف المبيع قبل تسليمه وأدى ذلك إلى نقص قيمته نقصا جسيما.

المطلب الثاني: مبدأ التضامن العقدي ومبدأ التناسبية

---

[1] جمعة زمام، المرجع السابق، ص 230.

[2] المرجع نفسه، ص 232.

بالنسبة لهذا المطلب نتطرق فيه إلى مبدأين أخريين أحدهما التضامن التعاقدي (الفرع الأول) والآخر التناسبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ التضامن العقدي: حيث أن العقد عبارة عن أداة تصبو لترقية المصالح المشتركة للمتعاقدين تكريسا لمبدأ حسن النية أثناء التنفيذ ومن هنا يبرز دور القاضي أثناء مراجعته للعقد في مجال الظروف الطارئة للتعديل الاقتصادي له وليس لفسخه وحظر البنود التعسفية سواءً بتعديلها أو الإعفاء منها كلّيةً (المادة 01/107 ق.م) إضافة إلى المتعاقد حسن النية الذي يكتشف وقوع المتعاقد معه في غبن فيسعى إلى إصلاح الأمر من باب التكافل العقدي (المادة 90 ق.م).[1]

إن الجزاءات الجنائية والإدارية المقررة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وفقا لطبيعته الآمرة المرتبطة بالنظام العام تؤكد مسألة التضامن حين الإخلال بالأمن من المنتج المضرّ والخطير مثلما جاء في المادة 04 منه التي تلزم المتدخل باحترام سلامة المواد الغذائية الاستهلاكية وعدم إضرارها بصحة المستهلكين والمادة 05 التي تحظر عرض مواد غذائية ذات تلوث زائد عن الكمية المسموح بها بما يضر بصحة البشر والحيوانات على حد سواء خصوصا ما هو سامّ منها.

الفرع الثاني: مبدأ التناسبية: إن مسألة التناسبية موجودة في كل الأحوال لكن الفرق يكمن في انقسامها بين تناسب ذاتي وآخر موضوعي، إن التناسب الذاتي يهدف إلى حماية حقوق المتعاقدين من منطلق الحرية الفردية في التعاقد وتكريس الرضائية المعهودة إلى جانب بقية الأركان من محل وسبب يضاف إليها ضرورة تحلّي الأطراف بحسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق وغيرها بينما يهدف التناسب الموضوعي إلى تكريس الملائمة والاعتدال وهو خروج عن الذاتية التي تقف في كثير من الأحيان كحاجز يمنع منتحقيق التوازن الاقتصادي الاجتماعي بين حقوق الأطراف والتزاماتهم.[2]

من ضمن النصوص المدني الجزائرية التي جسدت هذا المبدأ نذكر على سبيل المثال المادة 477 التي تسمح للمستأجر بالاختيار بين طلب الفسخ وبين إنقاص ثمن الأجرة في حال اكتشاف عدم صلاحية العين المؤجرة للانتفاع بها مع التعويض في كلتا الحالتين عند الاقتضاء ونفس الشيء بالنسبة للمادة 489 في حال وجود عيب فيها، هذا بالإضافة إلى نصوص قانون حماية المستهلك وقمع الغش الذي يحظر الممارسات التعسفية كأخذ أحد الأطراف امتيازات دون أن يأخذ الطرف الآخر امتيازات مماثلة لها وتهديده بقبول شروط جائرة لا تتكافأ مع بنود العقد الطبيعية أو منع المستهلك من حق فسخ العقد . . .[3] وفي كل هذه النصوص

---

[1] المرجع نفسه، ص 231.

[2] جمعة زمام، المرجع السابق، ص 232.

[3] أنظر نص المادة 29 من القانون رقم 04-02.

وغيرها تكريس للمبدأ ما يستدعي تعاون الاطراف على تحقيقيه تفاديا للوقوع في استحالة عقدية مطلقة ترتب البطلان.[1]

المبحث الثاني: تداعيات انتشار العقود الخاصة على النظرية العامة للعقد

رغم تأثر النظرية العامة للعقد بالأنظمة العامة الاقتصادية الحمائية الحديثة التي طغت عليها وأضعفتها في كثير من الجوانب ذلك أن قواعدها التقليدية لم تنجح في مسايرة المستجدات وإيجاد حلول مناسبة للمسائل الشائكة متسارعة الوتيرة إلا أنها لا تزال تحمل في طياتها قواعد فعالة ومعاصرة وضرورية مع ضرورة تعديلها، وأهم هذه العقود الخاصة قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة نتطرق إليهما تباعا.

المطلب الأول: قانون 09-03 وقانون 03-03

نتناول في هذا المطلب القانونين الأكثر تأثيرا وتداولا على النظرية العامة للعقد وهما: قانون رقم 09-03 (الفرع الأول) وقانون رقم 03-03 (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03: نجد في أحكام قانون حماية المستهلك **تقييدًا** لأحكام النظرية العامة للعقد خصوصا لمبدأ سلطان الإرادة بتقييده بنص المادة 01/17 المورّد حيث ألزمه بضرورة إعلام المستهلك فيما يُعرف "بالشكلية الإعلامية" بالإضافة إلى تقييد مضامين العقود ومنع رفض التعاقد من غير سبب ذو مشروعية[2] في حين أن هناك من اعتبرها **تحديثًا** يساهم في تطوير النظرية العامة للعقد يستهدف تحسين رضا المستهلك عن طريق الإلزام بالإعلام لمكافحة الشروط التعسفية والإلزام بالمطابقة والضمان،[3] ومن يرى بأنها تكييف لتطور النظرية العامة للعقد في المجالين الاقتصادي والاجتماعي عبر الانتقال من المساواة المجردة إلى الفعلية ومن العدالة التبادلية إلى التوزيعية وبالتالي فصدور قانون حماية المستهلك ما هو إلا تكريس للمساواة الفعلية والعدالة العقدية المفقودة في النظرية العامة للعقد التي تتضمن نفس الأحكام لكنها نسبية أثناء التطبيق![4]

كان الالتزام بالإعلام مرتبطا بالفعل التدليسي تأسيسا على مبدأ حسن النية دون مراعاة للتفاوت في المراكز العقدية لكن بمفهومه الحديث بات التزاما قانونيا محضا يستمد قوته الإلزامية من المستهلك في حد ذاته بصفته المعني بالحماية القانونية والغاية من تنظيمه بهاته الطريقة إنما كان من أجل المحافظة على

---

[1] جمعة زمام، المرجع السابق، ص 233.

[2] بخيت عيسى، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، العدد 20، الشلف، 2018، ص 112.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 17-18.

[4] جمعة زمام، المرجع السابق، ص 235.

شفافية ونزاهة المعاملات في السوق وتجسيدا لقواعد قانون المنافسة[1] والقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية[2] فضلا عن حماية المستهلك وتحقيق التوازن في المراكز وبالتالي تم إعفاء هذا الأخير من عملية الاستعلام على محل العقد وألقى بعبء الإعلام على المتدخل.[3]

هذا بالإضافة إلى حق المستهلك في مهلة التفكير ليواصل التعاقد بعدها أو يتراجع عنه والمحددة بثمانية أيام ضمن القانون رقم 10-04 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 المنظّم للنقد والقرض (في المادة 119 مكرر 04/1)، ومدة 30 يوما ضمن القانون رقم 06-04 المنظّم للتأمينات (في المادة 90 مكرر التي تضمّنتها المادة 22 بعد التعديل)، المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

كما تعدّ أحكام قانون 04-02 امتدادا لأحكام قانون 09-03 فيما يتعلق بحماية المستهلك تدعيما للتوازن العقدي وهو ما تضمّنته أحكام القانون المدني أيضا غير أن هذه الأخيرة كانت قاصرة من حيث عدم توفير الحماية المطلوبة فيما يخص الالتزام بضمان العيوب الخفية في المواد 379 و 384 و 385 منه حيث تلزم المشتري بأن يثبت بأن قيمة الشيء المبيع قد انتقصت بسبب ذلك العيب وأجاز الاتفاق على تعديل الضمان سواءً بزيادته أو بإنقاصه أو بإسقاطه برمّته بشرط عدم غش البائع المتعمّد.

وينتفي الضمان في البيوع القضائية والإدارية المعروضة عن طريق المزاد فضلا عن قيام مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة المضرّة بالغير ولو لم يكن متعاقدا معه ضمن نص المادة 140 مكرر، بينما قانون حماية المستهلك تدارك هذا القصور بتقريره البطلان لكل شرط مخالف لضمان العيب كما قرر له جزاءً جنائيّا.

الفرع الثاني: قانون المنافسة رقم 03-03: إن الغاية من إصدار هذا التشريع هو تحديد شروط ممارسة المنافسة داخل الأسواق مع تفادي تلك الممارسات المقيّدة لها بالإضافة إلى تحسين مستوى المعيشة للمستهلك والمتعامل الاقتصادي ومراقبة المتدخلين وبالتالي يمكن تعريفه على أنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تتحكم التنافس أو التزاحم بين المتعاملين الاقتصاديين والمؤسسات للمحافظة على الزبائن والعملاء".[4]

ضمّن المشرع نصوص هذا القانون بقاعدة "حظر الاحتكار والتعسف في استعمال وضعية الهيمنة" بهدف حماية كل من المتدخل والمستهلك على حدّ سواء أضف إلى ذلك شفافية الممارسة الاقتصادية وضبط

---

[1] صدر أول قانون للمنافسة في الجزائر سنة 1995 تحت رقم 95-06 ثم تلاه قانون رقم 03-03 الصادر في 19 جويلية 2003 ومن ثم طرأت عليه بعض التعديلات أولها سنة 2008 تحت رقم 08-12 ثم عُدّل سنة 2010 تحت رقم 10-08.

[2] قانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية الجزائري، المرجع السابق.

[3] ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، مجلة حوليات، المجلد 30، العدد 03، الجزائر، 2016، ص 93.

[4] غنية باطلي، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مجلة المفكر، المجلد 10، العدد 12، سطيف، 2015، ص 335.

سيرورة الأسواق ضمن المادة 07 منه محدّدا مظاهرها على النحو التالي: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها؛
- تقليص مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني؛
- اقتسام الأسواق أو مصادر التموين؛
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار ولانخفاضها؛
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة؛
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية".

كما استحدث قاعدة "الاستعمال التعسفي لوضعية التبعية بين المؤسسات" بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بعد قصور قاعدة "حظر التعسف في استعمال الحق" المتضمَّنة في المادة 124 مكرر من القانون المدني،[1] عدّد قانون المنافسة مظاهر هذا التعسف في المادة 11 بقوله: "يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخلّ بقواعد المنافسة.

يتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي؛
- البيع المتلازم أو التمييزي؛
- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا؛
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى؛
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة؛
- كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل سوق".

ومن خلال هذان النصان نجده جسّد عيب الإكراه المنصوص عليه في القانون المدني لكن تحت مسميات أخرى هي "الهيمنة الاقتصادية" و "التبعية الاقتصادية" واللتان تنمّان عن وجود ضغط اقتصادي تنافسي ممَارس على إحدى المؤسسات دون وجه حق.[2]

---

[1] زمام جمعة، المرجع السابق، ص 236.

[2] المرجع نفسه، ص 237.

المطلب الثاني: التعاقد الإلكتروني وانعكاسات تدخل الدولة في تنظيم بعض العقود

نتحدث في هذا المطلب عن العقد الإلكتروني المستحدث بواسطة الوكيل الإلكتروني ضمن الفرع الأول ثم ننتقل بعدها إلى عرض مجموعة أخرى من العقود المستحدثة لكن بالتركيز على انعكاسات وتداعيات تدخل الدولة في تنظيمها ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعاقد الإلكتروني: هو عملية تعاقد عادية لكن الجديد فيها هو إتمامها عبر وسائط إلكترونية وليست يدوية كما كانت في السابق، عرفت المادة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة بشان استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الوساطة الإلكترونية (المؤتمتة) بأنها: "برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو أي وسيلة أخرى، تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستعمل فيها النظام إجراء ما أو ما ينشئ استجابة ما".[1]

ما نفهمه من هذا التعريف هو إمكانية إبرام العقود مثل السابق لكن تأثير التكنولوجيا والمعلوماتية الرقمية أثرت بشكل واضح على هذه العملية فقلبت طرقها رأسا على عقب وهو ما اضطر المشرع الجزائري إلى مواكبة هذه الثورة الإلكترونية بتعديل نصوص القانون المدني كإدراج الكتابة والمحررات والإثبات الإلكتروني وقانون النقد والقرض كإدراج الدفع الإلكتروني.

من المسائل الشائكة والمعاصرة في هذا المضمار نجد معضلة الالتقاء الحكمي بين الأطراف المتعاقدة (تحديد المكان والزمان)، الإرادة وعيوبها، التراضي الرقمي من إيجاب وقبول صريحين كانوا أم ضمنيين، ضمان العيوب الخفية، التسليم والاستلام، أهلية التعاقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تثار مسألة الشخصية القانونية لهذه الوسائط من أهلية وذمة مالية واسم وتقاضي . . . ومسألة الوكالة العادية إن كان بالإمكان إسقاط أحكامها على الوكلاء الإلكترونيين حالهم حال الوكلاء البشر أم لا![2]

الفرع الثاني: انعكاسات تدخل الدولة في تنظيم بعض العقود: المُلاحَظ هو أن الدولة بدأت تتجه نحو فرض بعض الشكليات على العقود كالحصول على الرخص والسعي للمصادقة وغيرها وهو ما يوضح لنا اتجاهها نحو ضبط النشاط الاقتصادي وتكريس النظام العام التوجيهي الحمائي فنصّبت مجموعة من السلطات الإدارية المستقلة (كمجلس المنافسة) بالإضافة إلى خروج بعض اتفاقيات العمل الجماعية عن قاعدة "الأثر النسبي للعقد" في نص المادة 114 من القانون المنظّم لعلاقات العمل رق 90-11 بحيث تُبرَم علاقات تعاقد جماعية وتمتد آثارها إلى أطراف متعددة من مؤسسات وممثلي العمال عبر التفاوض بينهم وبين أرباب العمل وهو ما

---

[1] سامية لقرب، راضية عيمور، الوكيل المؤتمت في ظل الجيل الحديث من الذكاء الاصطناعي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 06، العدد 02، الأغواط، 2022، ص 668-669.

[2] المرجع نفسه، ص ص 674-677.

يجعلنا نشهد التراجع الملحوظ لسلطان الإرادة وما يقابلها من ميلاد لسلطان القانون (الدولة)[1]، أضف إلى ذلك عقود ما قبل التشغيل لإدماج العاطلين عن العمل لمدة محددة وفق شكل نموذجي محدّد في القرار الوزاري الصادر بتاريخ 2008/07/24، عقود بيع المباني في طور الإنجاز الملزمة للمرقي العقاري بإتمام عملية البناء ومن صوره عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، قروض الاستهلاك (أقر المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 01-114 العروض في مجال القرض الاستهلاكي بتحديد شروطها وكيفياتها لارتباط العقود ببعضها كعقود البيع والقرض نظرا لوحدة المحل والسبب) والمقاولة والإيجار والتأمين من المسؤولية المدنية (يمنع المشرع في كل من القانون المدني ضمن المواد 507 و 565 وقانون التأمين رقم 25-07 ضمن المادة 55 المستهلك من رفع الدعاوى المباشرة ضد المتدخل دون توفر نص قانوني صريح مع أن البعض يطالب بفتح المجال لرفعها).

أيضا عقود الكفالة واكتتاب الأسهم و عقد الوديعة بصفتها عمليات بنكية التي لم تجد الإحاطة الكافية من طرف أحكام القانون المدني فأصدر المشرع قانون النقد والقرض الحامل لرقم 03-11 لتدارك الوضع قدر الإمكان،[2] فضلا عن تخطّي الدولة في معاملاتها مع الأشخاص لأسلوب إصدار القرارات الإدارية لتنتقل إلى أسلوب التعاقد وهو ما يكرس الاتجاه نحو امتداد المعاملات العقدية إلى القانون العام بعد أن كان منحصرا في القانون الخاص.[3]

أجاز المشرع للخواص إنشاء المباني والتجهيزات ذات الطابع العقاري في الأملاك الوطنية العمومية من باب ترشيد العقود العقارية في حدود 65 سنة ضمن المادة 69 مكرر من قانون 08-14 كما أجازت لهم التنازل عنها أو اندماج أو انفصال الشركات عن بعضها أو نقل ملكيتها بين الأحياء ورهنها من أجل ضمان القروض فضلا عن منح الامتيازات على تلك الأراضي لإنجاز مشاريع استثمارية.

كما نلاحظ عدم تطابق فكرة القوة القاهرة المؤدية إلى انقضاء العقود ضمن القوانين الداخلية مع عقود التجارة الدولية التي تتجه نحو تعليق تنفيذها وليس إبطالها (اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي لعام 1980) من هنا توجب على جميع البلدان إعادة صياغة وتنظيم بنودها العقدية كي لا تتضارب مع الاتفاقيات الدولية والأعراف التجارية السائدة والسعي نحو جلب المستثمرين الأجانب وهو ما كرسه التوجه التشريعي الجزائري من خلال تعديل القانون المدني الأخير (2005) بتجسيد فكرة العقود المدمجة والمجموعات العقدية.

وفي ذات السياق نجد مسألة "دولية قانون البيئة" و "دستورية قانون البيئة" كتطورات بارزة منذ بدايات القرن العشرين وهو بذلك يسعى لتحقيق أغراض اقتصادية مثله مثل النظرية العامة للعقد عبر تكريس حماية

---

[1] – سفيان مرابطين، مستقبل العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون المدني وقانون التأمين، جامعة الجزائر 1، 2020-2021، ص 30.

[2] جمعة زمام، المرجع السابق، ص 239.

[3] سفيان مرابطين، المرجع السابق، ص 279.

المصالح البيئية فظهر ما يسمى بـــ "العقد البيئي" ضمن القانون رقم 03-10 المتعلق بالبيئة حيث فرض مجموعة من الضوابط منها ضرورة الإعلام البيئي وتفعيل بطلان الاتفاقيات المخلّة بالنظام البيئي العام وبالتالي وقع الترابط الوثيق بين حرية إبرام العقود وبين المعطيات البيئية بضرورة التنسيق بينهما ومن أمثلة ذلك العقود الاستثمارية (أنظر المادة 04 من الأمر رقم 06-08 المتعلق بقانون الاستثمار).[1]

الخاتمة:

إن التدخل التشريعي الحمائي والتوجيهي الذي طغى على الحرية التعاقدية بسن قوانين خاصة تخرج بأحكامها عن المألوف إنما استدعته الضرورة الملحّة التي فرضتها التحولات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية من أجل تحقيق المساواة الفعلية والاستقرار والعدالة العقدية عموما، فتطور منظومة العقود رهن التطور والانفتاح الاقتصادي والتكنولوجي العالمي بفعل ظاهرة العولمة ما نتج عنه مجموعة من المظاهر المتمثلة في هيمنة قانون الأعمال والتعاملات الرقمية ورفع الحدود التي كانت تفصل بين القانون المدني والتجاري والبنوك والبورصة والتنافس الاقتصادي والملكية الفكرية.

بعد عرضنا لمجموعة المبادئ العقدية المستحدثة في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية وتبيان انعكاسات وتداعيات انتشار العقود الخاصة على النظرية العامة للعقد كقانون المنافسة وقانون حماية المستهلك استنتجنا أن مبدأ حرية التعاقد لا غنى عنه على الرغم من سيطرة العقود الشكلية والتقييد من تلك الحرية فأصبحت نسبية الأثر، وإن ذلك التقييد إنما حاصر سلبيات هذا المبدأ ولم يحاصر المبدأ في حد ذاته بهدف تحقيق التوازن الاقتصادي ومعاصرة التحولات التكنولوجية الراهنة في ظل حرية الاقتصاد والتجارة. من هنا نتقدم ببعض المقترحات الآتي ذكرها:

- إعادة النظر في أحكام القانون المدني عموما والأحكام العقدية خصوصا وتطويعها بتبني مشروع إصلاح يهدف إلى تجسيد التطابق والانسجام بينها وبين أحكام القوانين الخاصة التي تشهد تناميا متواصلا فيما يتعلق بجميع المراحل التعاقدية من قبلية وأثناء وبعدية خصوصا فيما يتعلق بإحداث التوازن بين الحرية التعاقدية وبين العدالة التعاقدية (وطبعا العدالة لا تعني المساواة) في ظل النظام العام الاقتصادي الحمائي والتوجيهي سواءً إصلاحا شاملا أو جزئيا وتدريجيا على غرار ما جسده نظيره الفرنسي في تعديل 2016 دون نسيان ضبط دور القاضي في كل هاته المراحل فهل سيبقى مراقبا أم أنه سيكون متدخلا وكأنه طرف ثالث في العقد أم ينبغي أن تكون له وظيفة أخرى؟!
- محاولة إنعاش النظرية العامة للعقد وإخراجها من أزمتها و هرمها عن طريق إطلاق الأحكام المرنة التي يمكنها أن تتلاءم مع مستجدات العصر خصوصا وأن التطورات الاقتصادية والتكنولوجية واقفة على قدم وساق بلا توقف ولا أحد يمكنه التنبؤ بالمدى الذي قد تصل إليه وبالتالي وجب التركيز على الدقة والمرونة منعا لهرمها من جديد بالإضافة إلى التركيز على الأمن القانوني ذلك أنها محط

[1] جمعة زمام، المرجع السابق، ص 239-240.

الأنظار ويمكن الاعتماد عليها في جلّ القضايا باعتبارها الشريعة العامة بخلاف التشريعات الخاصة التي وُضعت من أجل معالجة مساءل بعينها.

- ربما بات من الضرورة تجاوز التقسيم التقليدي المتعارف عليه في الساحة القانونية من فروع قانون عام وفروع قانون خاص نظرا للتداخل القائم بينهما والذي كانت طبيعة القاعدة القانونية هي الفيصل بينهما لتتحول إلى وظيفة القاعدة القانونية وهو ما أثبتته التشريعات الخاصة القائمة على تكريس المصلحة الخاصة والمصلحة العامة معا وخير دليل على ذلك قانون المنافسة، إضافة إلى تدخل الدولة في تنظيم مختلف العقود فضلا عن التعاقد العابر للحدود والانفتاح على الأسواق العالمية والتجارة الدولية (النطاق الدولي).
- تطويع مفهوم النظام العام الكلاسيكي الذي انتقل من نظام عام حمائي إلى نظام عام توجيهي وربما إلى نظام عام تنافسي مرتبط بضبط الأسواق وتكريس التوازن العقدي بدل التساوي العقدي المرتكز على الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، كما ننوه إلى أن التوازن العقدي لا يخلو من ضرورة مراعاة مصالح المتدخلين والمورّدين أيضا نظرا للتلاعب المشهود من طرف بعض المستهلكين والمتعاملين الاقتصاديين الذين يستغلون التركيز التشريعي الحمائي لمصالحهم (قانون الاستهلاك وقمع الغش) ونخص بالذكر العقود الإلكترونية وهو ما يتطلب ضرورة تدخل المشرع المتوازن والمدروس والملائم لمقتضيات المجتمع بعينه وتركيبته وبنيته الخاصة لضبط مجال الحماية وعدم تبنّي قوانين أجنبية لا تخدم الأوضاع الداخلية وإنما تزيد الأمر سوءًا كما لا يجب ترك الباب مفتوحا بضبط آجال ومدد التفكير –مثلا– للإقدام على التعاقد أو التراجع نظرا للخسائر المزدوجة التي يتكبدها المورّد والبائع بعد الاتفاق النهائي على التسليم ليجد المستهلك قد تهرب بشتى الطرق –غير المشروعة– من الالتزام الذي ألقى بعبئه على البائع وحده!

قائمة المراجع:

I. القوانين والأوامر:

1. الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
2. قانون رقم 03–03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المعدل والمتمم بالأمر رقم 08–12 ثم الأمر رقم 10–08 والمتعلق بقانون المنافسة.
3. قانون رقم 04–02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 المتعلق بتحديد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية.
4. قانون رقم 09–03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

II. الرسائل الجامعية والأطروحات:

1. سفيان مرابطين، مستقبل العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون المدني وقانون التأمين، جامعة الجزائر 1، 2020–2021.

III. المقالات:

1. جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 12، البليدة، 2017.
2. ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، مجلة حوليات، المجلد 30، العدد 03، الجزائر، 2016.
3. سامية لقرب، راضية عيمور، الوكيل المؤتمت في ظل الجيل الحديث من الذكاء الاصطناعي، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 06، العدد 02، الأغواط، 2022.
4. علي فيلالي، الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد 05، الجزائر، 2018.
5. عيسى بخيت، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، العدد 20، الشلف، 2018.
6. غنية باطلي، نطاق تطبيق قانون المنافسة في الجزائر، مجلة المفكر، المجلد 10، العدد 12، سطيف، 2015.

عنوان المداخلة رقم: (05)

مظاهر تطور قانون العقود في التشريع الجزائري: ظهور مبدأي التوازن العقدي و العدالة العقدية

المشارك الأول:

الإسم و اللقب: بن شيخ راضية

المؤهل العلمي: دكتوراه في القانون

أستاذة محاضرة قسم ب

المؤسسة الأصلية: كلية الحقوق جامعة الجزائر1-الجزائر

رقم الهاتف: 0557599052

البريد الالكتروني:www.bencheikh.radi@gmail.com

محور المداخلة: الأول

مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية

ملخص:

إن التطورات الاقتصادية والاجتماعية و التكنولوجية الحديثة، أثبتت قصور النظرية القانونية الكلاسيكية المبنية على مبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد، على تحقيق التوازن العقدي و العدالة العقدية، حيث أدى إتباع نظام اقتصاد السوق في أغلب دول العالم، إلى بروز طائفة من العقود ذات التعقيد الفني و المالي و القانوني، فأضحى التصور البسيط للمرحلة التعاقدية، لا يتناسب مع هذه المستجدات، مما دفع معظم الدول إلى الحد من سيطرة مبدأ حرية التعاقد.

و قد مر التشريع الجزائري بكل هذا التطور بداية من صدور القانون المدني الجزائري سنة 1975 لغاية اليوم، و كل ذلك تمخض عنه تراجع أحكام قانون العقود في مقابل صدور تشريعات خاصة أصبحت تنافسه كونها انطلقت من تصورات و فلسفات جديدة عن مفهومه، أهمها قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، قانون 04-03 المحدد لقواعد الممارسات التجارية، قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية:

حرية التعاقد، التوازن العقدي، العدالة العقدية

Résumé :

Les récents développements économiques, sociaux et technologiques ont prouvé l'insuffisance de théorie juridique classique fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, afin de réaliser l'équilibre et la justice contractuelle. l'adoption du système d'économie de marché dans la plupart des pays du monde a donné naissance à l'émergence d'une gamme de contrats de complexité technique, financière et juridique, qui est devenue une simple

perception du stade de la contractualisation, n'est pas à la mesure de ces évolutions. Ce qui a conduit la plupart des pays à limiter le contrôle du principe de la liberté contractuelle.

La législation algérienne a connu toute cette évolution, depuis la promulgation du code civil algérien en 1975 jusqu'à aujourd'hui, et tout cela s'est traduit par une baisse des dispositions du droit des contrats en échange de la promulgation d'une législation spéciale qui est devenue sa concurrence. Telle quelle a été lancée à partir de nouvelles perception et philosophique sur son concept, dont la plus importante est la loi 09-03 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, la loi 04-02 précisant les règles des pratiques commerciales, la loi 18-05 relative au commerce électronique.

Mots clés :
Liberté contractuelle- l'équilibre contractuelle - la justice contractuelle

مقدمة:

عندما قام منطق القانون المدني على مبدأ المساواة القانونية بين المتعاقدين في المراكز و الحقوق بتكريسه لمبدأ سلطان الإرادة أي الحرية التعاقدية، فلأنه تم التأكيد على البحث في تحقيق مصالح كل منهما و الدفاع عنها في مواجهة الآخرين، إلا أن هذا لم يسمح إلا بتدخل قانوني محدود، بسبب السعي وراء إرادات حرة، فماذا عن مجال زاد فيه سلطان ذوي النفوذ و المركز الاقتصادي الأقوى.

لذا فإن التطورات الاقتصادية و الاجتماعية و الصناعة الحديثة، أثبتت قصور النظرية القانونية الكلاسيكية المبنية على مبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد و المساواة بين الأطراف المتعاقدة، في تحقيق التوازن العقدي و العدالة العقدية، حيث برزت في ظل اقتصاد السوق و ما يرتبه من التجارة الحرة طائفة من العقود ذات التعقيد الفني و المالي و القانوني، فأضحى التصور البسيط لمرحلة التعاقد و التي طالما سيطر عليها مبدأ حرية التعاقد دون منازع لا يتناسب مع هذه العقود و لا يحقق العدل و المساواة العقدية فيها مما أوجبت قيد حرية التعاقد وضبطها وطنيا و دوليا بما يتماشى مع هذه العقود و يحقق العدل و الأمن القانوني فيها هذا من جهة.

و من جهة أخرى و باعتبار العقد من أهم صور التصرفات القانونية التي يهتم القانون المدني بتنظيمها تحت ما يسمى النظرية العامة للعقد من جهة، و العقود الخاصة من جهة أخرى، لكن إثر الثورة الصناعية ظهرت مرحلة جديدة تمثلت في حركة العقود الخاصة أين انفصلت عن أحكام قانون العقود و انتقلت لفروع مستقلة بذاتها، و انفجرت هذه الظاهرة إثر التطور التكنولوجي و الاقتصادي فاختل التوازن العقدي بشكل ملحوظ بحيث ترك بصمته على النظام القانوني التقليدي للعقود في مقابل زيادة حركة العقود من الخاص إلى التخصص.

فأدى التطور الهائل الذي مس وسائل الإنتاج و التوزيع والاستهلاك و الاتصال كذلك، إلى خلق عدم توازن ظاهر بين طرفي العقد فأصبح الطرف القوي و المسيطر يملي شروطه على الطرف الضعيف، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى استحداث قوانين تضمن حد أدنى من الحماية للطرف الضعيف و تحد من نطاق الحرية التعاقدية المكرس ضمن قواعد القانون المدني، هذه الحرية التي أثبتت نقصها في مثل هذه العقود و التجاء بها نظاما لاقتصاد الحر، لكنها تبقى من أهم أسس قانون العقود و ضماناته.

هذا الأمر ساهم طبعا في البحث و التنقيب عن آليات قانونية تلين و تحد من صلابة المبادئ التقليدية للعقد و جمودها، خاصة أن العمليات الاقتصادية اليوم أضحت تتميز بنوع من المرونة، وقد ترتب عن ذلك تخصص تشريعي مفرط، فلم يبق الأمر محصور في مجالات محددة حيث أصبحنا أمام تشريعات خاصة بالبيئة، حماية المستهلك، المنافسة...، والتي نجدها بالضرورة قد انتهجت أساليب وأسس تتعارض مع الأساليب التي اعتمدتها الشريعة العامة (القانون المدني) في تنظيم أحكام العقود نظرا لانطلاقها من تصورات مغايرة تماما.

و قد مر التشريع الجزائري بكل هذا التطور، فبعد الإستقلال سنة 1962 تم تمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية، و في سنة 1975 صدر القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 75-58[1]، و الواقع أن هذا الأمر قد اعتمد أسلوب المزج، فمن جهة يعد إرث موروث عن المدونة الفرنسية لقانون نابليون لسنة1804 و تقليد له بطريقة مباشرة الوضع الذي جعل من القانون المدني الجزائري في تبعية تشريعية عمياء، كما يعد نقل حرفي لبعض أحكام القانون المدني المصري الصادر سنة 1948 والذي ينتهج هو كذلك نزعة لاتينية واضحة متأثرا بقانون نابليون بطريقة غير مباشرة من جهة أخرى.

و منه تضمن القانون المدني الجزائري في مرحلة أولى صنفين من الأحكام في نفس التقنين، أحكام عامة منظمة لنظرية العقد و أحكام خاصة منظمة للعقود الخاصة، ثم في مرحلة ثانية خرجت عن نطاقه بعض العقود التي أصبحت تفقد توازنها إذا ما استمرت في الخضوع لأحكام قانون العقود، فانتقلت بدورها لفروع قانونية مستقلة، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد إذ استمر الحال في مرحلة ثالثة على ظهور أنواع جديدة من العقود تتميز بتفوق أحد المتعاقدين الذي تهيمن مصلحته مصلحة الطرف الضعيف منها عقد البيع على التصاميم، البيع بالإيجار، العقود الالكترونية...، و أدى ذلك إلى الحد من فعالية أحكام قانون العقود للتطبيق على هذه العقود المتخصصة جدا.

هذا الأخير الذي تقادم و شاخ و أصبح عاجزا تمخض عنه ما سمي" بأزمة العقد" لدى البعض، [2] في مقابل صدور تشريعات خاصة أصبحت تزاحمه و تنافسه إن صح التعبير لأنها انطلقت من تصورات وفلسفات جديدة عن مفهوم قانون العقود.

و طبقا لهذه الأسباب التي يمكن القول بأنها قد زعزعت القواعد التقليدية لنظرية العقد، يدفعنا للبحث و التساؤل: لماذا يعتبر مبدأي التوازن العقدي و العدالة العقدية مظهرا من مظاهر تطور قانون العقود ؟.

و إجابة على هذا التساؤل سنقسم ورقتنا البحثية إلى مبحثين: نتناول مبدأ التوازن العقدي (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى مبدأ العدالة العقدية (المبحث الثاني).

---

[1]- القانون رقم 05- 10 المؤرخ في20-06-2005 يعدل و يتمم الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26- 09- 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم الصادر بالجريدة الرسمية عدد 44 .

[2]- موهاب سارة، علاقة العقود الخاصة بقانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، المجلد 7، العدد1، لسنة 2021.

المبحث الأول: تكريس مبدأ التوازن العقدي في التشريع الجزائري

بما أن القوة الاقتصادية أدت إلى تحكم أحد الأطراف في العلاقة العقدية من حيث فرض الشروط التعسفية خلق ما يسمى بالطرف الضعيف لتدني وضعه من حيث الكفاءة الذهنية و المعرفية و القدرة على التفاوض، مما جعله في وضع غير متساو مع الطرف الآخر، فكان تدخل المشرع أمرا ضروريا لإيجاد آليات للوقاية من هذا الاختلال و تحقيق التوازن العقدي و ذلك بمكافحة الشروط التعسفية (المطلب الأول)، و تدخل الدولة في مضمون العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مكافحة الشروط التعسفية

إن العقود التي تبرم بين المهنيين و غير المهنيين و بعد سيادة المذهب الفردي الذي يكرس الحرية الفردية، و ما تبعه من زيادات في الإنتاج و التوزيع و تعدد و تعقد لسلسلة التوزيع، و نظرا للسرعة التي تتم فيها هذه العمليات و لما يتمتع به المهنيين من قوة و نفوذ اقتصاديين في مواجهة المستهلكين أو غير المهنيين، فإننا نجد أن هؤلاء المهنيين سواء أكانوا صناعيين أم موزعين أم بائعين بالجملة أم بالتجزئة دأبوا على أن يدرجوا في عقودهم شروطا وضعوها مسبق و بدون حرية مناقشة لها ومن جانب واحد[1] و هي ما يعرف بالعقود النموذجية أو عقود الجمهور أو بعقود الإذعان.

هذه العقود تطورت من عقود شفهية إلى عقود مكتوبة معدة سلفا، و صارت إحدى أدوات ممارسة القوة ما يضمنه المتعاقد القوي من شروط تعتبر مجحفة أو تعسفية[2] بالطرف الآخر باعتبارها توفر مزايا فاحشة للمهنيين على حساب المستهلكين أو غير المهنيين، و بالتالي اختل مبدأ المساواة العقدية بين الطرفين، مما أخل بالتوازن العقدي الذي يحكم العقود.

و في غياب مبدأ يهدف إلى التوازن العقدي في القانون الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى على اعتبار أن التعاقد يخضع لحرية التعاقد و سلطان الإرادة، و في هذا الصدد بحث الفقه مسألة القوة الملزمة للعقود غير متوازنة و مدى إمكانية استبعاد الطابع الإلزامي بالنسبة لهذه العلاقات التعاقدية، حيث ظهرت أربع نظريات:

---

[1]- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك –دراسة مقارنة-، ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، السنة الجامعية 2007-2008، ص 9،10.

[2]- إن تنظيم الشروط التعسفية لدى الفقه الغربي يعد تنظيم حديث و هو معروف في القوانين الغربية و في القانون الجزائري و كذا المصري، و لكن وضع تنظيم خاص له يعتبر أمرا حديث النشأة، و الولايات المتحدة الأمريكية أولى دول العالم التي وضعت تنظيما خاصا للشروط التعسفية و ذلك في سنة1962، ثم تبعتها الدول الأوروبية منها فرنسا في 10 جانفي 1978بالقانون المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين عُرف بقانون Scrivener ثم تلاه قانون 05 جانفي 1988 الذي نظم دعوى إلغاء الشروط التعسفية ثم أدمجت كافة النصوص التشريعية في قانون 98-249 المؤرخ في 26 جويلية 1998 المتضمن قانون الاستهلاك.

انظر: بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، الجزائر، دار هومة، سنة 2007، ص 17، 18، 19.

نظرية السبب و نظرية الغبن و الاستغلال[1] و مبدأ حسن النية على أساس أن العقد يبنى على أساس هذا المبدأ، أما النظرية الأخيرة فتأخذ بالتعسف في استعمال الحق التي تحمي حق الطرف الأخير في مواجهة الطرف القوي على اعتبار أنه لا يملك الخبرة الكافية و الدراية اللازمة.[2]

و هذا خلافا للتشريع الفرنسي الذي رأى في ذلك مساس بالأمن القانوني للعلاقات التعاقدية، غير أن القضاء الفرنسي قد لعب دورا في الشروط التفضيلية و الشروط الاستثنائية التي ظهرت في العلاقات التعاقدية، حيث استقر القضاء على تفسير الشروط المبهمة و الغامضة لصالح الطرف الضعيف و تفسيرها ضد صاحبها باعتباره الطرف القوي في العقد.[3]

و لقد نظم المشرع الجزائري الشروط التعسفية ضمن أحكام القانون المدني في إطار عقود الإذعان، و هذا ما نصت عليه المادة 110 منه بقولها: "إذا تم العقد بطريق الإذعان و كان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

و عليه يتضح من خلال هذا النص أن المشرع ميز من حيث جزاء البطلان بين الشرط التعسفي و العقد الذي تضمنه، بحيث رتب البطلان على الشروط التعسفية مع الإبقاء على العقد قائما.

فدور القاضي إذا في تحديد الشرط التعاقدي أو الإعفاء منه يتوقف على تحقيق التوازن العقدي و هذا ما قصدته المادة 110 بعبارة " و ذلك وفق ما تقضي به العدالة"، فإن الشرط التعسفي إذا ما تعلق بإحدى الصور المنصوص عليها في المادة 29 فإنه يبطل و لو أدى بطلانه إلى رجحان كفة العقد لصالح المستهلك.[4]

و هذا خلافا لما نصت عليه المادة 426 من القانون المدني التي جعلت البطلان كجزاء لعقد الشركة التي تتضمن الشروط الأسدية التي تعفي أحد الشركاء من تحمل الخسارة، و إلى جانب ذلك فقد حصر المشرع تطبيق المادة 110 من القانون المدني على الشروط التعسفية التي ترد على عقود الإذعان، بحيث لا يجوز

---

[1]- لقد اهتمت معظم التشريعات المدنية بمسألة اختلال تعادل التزامات المتعاقدين، و سلكت في هذا مسلكين: أولهما مادي(موضوعي)، و ثانيهما معنويا، لأول يهتم بالتفاوت بين القيمة المادية لالتزامات المتعاقدين، وهو ما يعرف بالغبن، و الثاني يهتم بالتفاوت بين ما يعطيه المتعاقد و الفائدة المحصل عليها نتيجة ضعف المتعاقد الآخر و استغلال هذا الضعف، و هو ما يعرف بالاستغلال أو الغبن الناتج عن الاستغلال.

المشرع الجزائري اقتدى بالمشرع المصري، فأخذ بالغبن الناتج عن الاستغلال في المادة 90 ق م معتبرا إياه عيبا من عيوب الرضاء، في حين لم يأخذ بالغبن في القانون المدني إلا على سبيل الاستثناء في حالات محددة أهمها :الغبن في بيع العقار (المادة 358 ق م) ونقض القسمة(المادة 732 ق م)

[2]- بن حملة سامي، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك و المتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، مارس 2015، العدد الخامس، ص 91.

[3]- Roger bout, les clauses abusives, Revue Lamy droit économique ,éd Wolters Kluwer, paris,2009,p.448

[4]- ابراهيمي هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 04-02 المتعلق بقانون الممارسات التجارية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة -1-، السنة الجامعية 2012-2013.، ص 168.

للقاضي التدخل لتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي بالنسبة لعقود الاستهلاك التي لا يظهر فيها الطرف الذي أدرج هذه الشروط في وضعية الاحتكار.[1]

مما يستلزم على المشرع النص على بطلان هذه الشروط ضمن النصوص الخاصة و عدم قصرها على عقود الإذعان فقط.

غير أنه و في جميع الأحوال على القاضي عند تقريره الجزاء أن يراعي بعض المسائل في تقديره للطابع التعسفي للعقد، ثم يقرر القاضي في سبيل مواجهة الشروط التعسفية إما تعديل الشرط التعسفي، أو إلغاء الشرط التعسفي مع الإبقاء على العقد قائما إن أمكن ذلك.

و أيضا نظم الشروط التعسفية في نصوص خاصة و ذلك في قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2] و المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

و تجدر بنا الإشارة هنا أن المشرع قد أخذ بمعيار"الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي"، فوفقا لنص المادة 5/2 من قانون 04-02 فإن معيار الشرط التعسفي يتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات طرفي العقد، و قد أخذ المشرع هذا المعيار عن المشرع الفرنسي (المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي)، و الذي نقله بدوره عن التعليمة الأوروبية لسنة 1993.

و المقصود بالتوازن هنا المساواة أو التكافؤ بين أطراف التعاقد و التوازن الموضوعي[3] بين الأداءات المتقابلة[4]، هذا من جهة.

و من جهة أخرى لم تعد مسألة مكافحة الشروط التعسفية قائمة على حماية المستهلك فقط بل على كل متدخل في العجلة الاقتصادية بمناسبة علاقاته التعاقدية، و أن تعديل صيغة الحماية من قضائية علاجية إلى صيغة ثلاثية متلازمة هي التي تصور الفرق الواضح في حماية الطرف الضعيف في العقد، فيسبقه آلية

---

[1]- بن حملة سامي، مرجع سبق ذكره، ص 98.

[2]- القانون رقم 10-06 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010، المؤرخ في 18-08- 2010 في المعدل و المتمم لقانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41 الصادرة في 2010.

[3]- و نعني بالتوازن الموضوعي العقدي أنه: " يكون التوازن العقدي عندما يسمح العقد بتحقيق ثراء بأداء مقابل يستطيع أحد الأفراد على الأقل تنمية ثروته دون الإساءة إلى الطرف الآخر".

[4]- و قد أشار المشرع إلى التوازن و اصطلح عليه التفاوت الكثير صراحة في المادة 90 من القانون المدني و التي نصت على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد، و مع التزامات المتعاقد الآخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يُبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، و يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

و أشار إلى التوازن باصطلاح الأداء المعادل في المادة 57 من القانون المدني التي نصت: " يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له إذا كان الشيء المعادل محتويا على خط ربح، أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإنّ العقد يُعتبر عقد غرر".

تشريعية تنتهج أسلوب تعداد قائمة بنود تعسفية تم حظرها[1]، و تتبعه آلية قضائية تستند إلى سلطة تقديرية للقاضي[2]، للبحث عن الصيغة التعسفية و دوره هنا سيكون وقائيا استبقائيا أكثر من علاجي[3].

من خلال سن قوانين لها فلسفتها الخاصة التي تختلف عن فلسفة القانون المدني كان الغرض منها أساسا حماية النظام العام الاقتصادي و الاجتماعي في الدولة كما هو الحال مثلا في قانون الممارسات التجارية، حيث أصبح الحديث عن تراجع دور الإرادة التعاقدية لصالح القانون أمرا متداولا بين الفقهاء، و ظهرت مصطلحات و مفاهيم جديدة تتماشى مع الواقع المستجد، كأخلقة العلاقات التعاقدية، التوازن العقدي....إلخ.

المطلب الثاني: تكريس الطابع الآمر للنظام العقدي

يعتبر توجيه الحرية التعاقدية بتقييدها أو تهذيبها أو تحديدها من خصائص تدخل الدولة الحديث، فمع التزايد المستمر للتدخل التشريعي في مجال المعاملات الاقتصادية الذي له مقاصد أخلاقية و تدخلية أنتج لنا صنفا جديدا من عقود قانون خاص بتنظيم عمومي Contrat de droit privé a régulation publique، كما أنه أفرز عن تدخل الدولة بشكل إيجابي دون المساس بكينونة العقد، و هذا ما عمق المنهج الاقتصادي التوجيهي أكثر من السابق،[4] حيث نجد أن المشرع قد ورث الفكر القانوني و مبادئ المذهب الفردي لكنه في الحقيقة قد اعتنق المذهب الاجتماعي في سياسته، حيث كان يقتنص النصوص القانونية التي تلائم توجهه، غير أن هذه النصوص القانونية تبدو و كأنها مترددة في ما جاء به من فكر قانوني.

كما تراجع مبدأ الحرية العقدية بعدما تأثر المشرع بالتوجهات الحديثة التي تقوم على قاعدة المنفعة الاجتماعية و العدالة العقدية، حيث يسمح بالتدخل في إرادة الأطراف و يكون ذلك إما عن طريق التدخل التشريعي أو التدخل القضائي ومن ثم تحل إرادة المشرع أو القاضي حسب الحالة محل إرادة الأطراف في مثل هذه العقود تحقيقا لغاية نفعية و اجتماعية، و فرض توازن و عدالة عقدية.[5]

و من جهة أخرى يعتبر التوازن التعاقدي هدف كل التشريعات، حيث يعد من أهم التحديات الحديثة لقانون العقد، مما أدى إلى التوسع في النظام الحمائي و فرض على الدولة التدخل لإقامة التوازن بمواجهة سلطة المتعاقد الاقتصادية أو القانونية، فالقوة الاقتصادية و تحكم أحد أطراف العلاقة العقدية من حيث فرض الشروط خلق ما يسمى بالطرف الضعيف الذي أصبح في وضع غير متساو مع الطرف الآخر هذا التفاوت يأخذ في المجال التعاقدي منحى خطير من حيث نتائج هذا العقد، فيفرض شروط و بنود قاسية تسمى بالتعسفية تقضي على كل توازن .

---

[1]- و قد أكدها نظام محاربة الشروط التعسفية في سياق المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 2006/09/10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر عدد 56.

[2]- و هذا يعد تطورا ملموسا للدور التقليدي الذي كان يلعبه القاضي بمناسبة مراقبة عقود الإذعان لفحص الطابع التعسفي.

[3]- لأن الدور التقليدي كان مجرد سلطة مألوفة لا توفر الحماية الفعالة، و إنما منح القاضي سلطة تقييد مبدأ حرية الإرادة متى اقتضت العدالة ذلك و حتى البعض راح يقيسه على حسن النية و شرف التعامل.

[4]- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص 273.

[5]-موهاب سارة، مرجع سبق ذكره، ص 551.

إن التكريس التشريعي الخاص بنظام الممارسات التعاقدية التعسفية، أصبحت مسألة توضيح أن هذه الممارسات هي إحدى أهم أسباب عدم التوازن العقدي التي لم تعد مرتبطة بالقوة الاقتصادية فقط[1]، بل بتوفر بعض الأدوات القانونية التي تساهم في تكريس عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، إضافة إلى ما تسبب فيه مبدأ سلطان الإرادة من عدم تكافؤ طبيعي، كلها أثرت على غاية العقد أكثر من مضمونه.

لذا أصبحت اليوم أخلاقيات العقد تشكل إطارا هاما لتقويم سلوكيات عقدية لتجنب الإضرار بحقوق المتعاقد، و بها يتحقق لنا التوازن العقدي.

المبحث الثاني: تكريس مبدأ العدالة العقدية في التشريع الجزائري

لا شك أن القاعدة الأخلاقية تلعب دورا لا يستهان به في ضمان أكبر عدالة في العقد، و التي بدورها تخدم العلاقات التعاقدية فمن بين الأخلاقيات الواجب احترامها في إطار العقد واجب النزاهة و التعاون و حسب الفقه هذان الواجبان يدخلان في الالتزام الايجابي لمبدأ حسن النية في المعاملات(المطلب الأول)، [2]و رغم أن فكرة التعاون مصدرها القضاء إلا أنه يمكن أن يساعد و بشكل كبير على التوازن العقدي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مبدأ حسن النية كمظهر لتحقيق العدالة العقدية

يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ عام يُظل العقود جميعها، سواء فيما تعلق بانعقادها و تحديد مضمونها أو تنفيذها،[3] و الاتجاهات الحديثة تستوجب مد نطاق حسن النية إلى نطاق الإبرام للعقود، فحسن النية يجب أن يتوافر في مرحلة انعقاد العقد أولى منه من مرحلة التنفيذ، و ذلك من شأنه أن يضفي على القانون طابع الخلقي[4].

و يلاحظ أن المشرع لم يشترط حسن النية إلا في تنفيذ العقد و ذلك في المادة 1/107 من القانون المدني الذي جاء فيها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية"، و مع ذلك فإن المشرع أشار إلى حسن النية في مرحلة تكوين العقد، حيث أعطاه مكانا هاما في التراضي لاسيما في عيوب الرضاء.[5]

و رغم أن مبدأ حسن النية معترف به في فرنسا، لما له من دور في العلاقات التعاقدية لكنه لم ينص عليه كتقنية مستقلة لإقامة التوازن العقدي.[6]

---

[1]- بودالي محمد، مرجع سبق ذكره، ص 15، 29.

[2]- عنتري بوراز شهيناز، التعسف في العقود، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013، ص 97.

[3]- Anne-Sophie Lavefve Laborderie, pérennité du contrat, LGDJ, 2005, p.407.

[4]- الرفاعي محمد أحمد، الإكراه الاقتصادي، مصر، دار النهضة العربية، سنة 2006، ص07.

[5]- أما التشريع الجزائري...بالرغم من أنه لم يجعل من مبدأ حسن النية مبدأ عاما يغطي جميع مراحل العقد بنصوص محددة، إلا أن مختلف التطبيقات القانونية توحي بوجوده خلالها .لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص04.

[6]- أما المشرع الألماني فهو أحسن من اعتد بهذا المبدأ و بصريح نص المادة 242 مدني ألماني بوصفه مبدأ عام، و المحاكم الألمانية تستعمل هذا المبدأ و بشكل مباشر لمواجهة اختلال التوازن في العقود و منحت للقاضي بهذا المبدأ الوسيلة الفعالة لإعادة التوازن المفقود في العقد.انظر حمآر نسيم، حسن النية في العلاقات الاقتصادية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2011-2012، ص 89.

و لا شك أن حسن النية كقاعدة أخلاقية أريد لها أن تصبح قاعدة قانونية للدور الذي تؤديه في خدمة العلاقة التعاقدية لما تحمله من مبادئ تثري و تطور سلوكات الأطراف بما يحقق العدالة العقدية بهدف تحقيق التوازن.[1]

و لإقامة التوازن العقدي يعتبر بعض الفقه أن مبادئ العدالة و حسن النية صنوان فلا يؤخذ حسن النية في موضع إلا و العدالة تقف وراءه و تسانده،[2] و من الفقه من يعتبر حسن النية يدخل تحت مظلة نظرية توابع العقد la théorie des suites du contrat و تؤدي نظرية توابع العقد، و هي مما يمكن الوصول إليه بتفسير العقد و بتأويل النصوص القانونية أيضا و الأمرين مختلفين فالتفسير لا يتجاوز العقد و يبقى في إطاره، أما تأويل النص يشمل الالتزام الذي أرساه المشرع في العقد و الطريقة التي يتم بها تنفيذ ذلك الالتزام، فنظرية توابع العقد معتمدة قصد إثراء العقد. [3]

المطلب الثاني: مبدأ التعاون كمظهر لتحقيق العدالة العقدية

إلى جانب مبدأ حسن النية هناك واجب التعاون الذي يساعد على التوازن العقدي ذلك أنه و بالنسبة للعقد يعني التعاون "التصرف بشكل مشترك مع الطرف الآخر"، أو المساهمة في عمل مشترك أو السعي في مساعدته أو "إعانته"، و هي بذلك تفترض أخذ مصالح الآخر بعين الاعتبار وفقا لما يضمن تطور العقد.[4]

غير أن فكرة التعاون مصدرها القضاء إلا أن الأحكام القضائية لم تتناول التعاون إلا بطريقة غير مباشرة، إذ يقتصر عمل القضاء و الفقه على استخراج هذا المبدأ من بعض الأحكام التشريعية و بعض قواعد السلوك العامة.

و عندما تم الاعتراف بالتعاون العقدي كقاعدة سلوك لدى المتعاقدين، فذلك بفضل تحوله أي "التعاون" من كونه "واجبا" إلى "التزام أصيل"[5]، و هذا لم يكن ليتحقق لولا إرادة خالصة من المتعاقدين في تثبيت أخوة عقدية تضمن ديمومة العقد و استقراره من جهة، و كذلك لأن القاضي هو ما اكتشف ذلك في خضم محاولات إنقاذه للعلاقات العقدية.

و واجب التعاون واجب متبادل بين الأطراف، لأن العقد شركة ذات هدف مشترك يعمل الأطراف على تكريسه، و من أجل تفعيل العقد على مستوى التنفيذ يتعهد الدائن بجملة من الواجبات من ضمنها واجب التعاون لمساعدة المدين على تنفيذ التزامه.

و في هذا السياق يرى البعض[6] أن مبدأ حسن النية لا يقيد المدين في كيفية تنفيذ التزامه فقط بل يقيد الدائن في طريقة المطالبة بحقه، فليس للدائن مطالبة المدين بتنفيذ العقد في وقت اختل فيه التوازن الاقتصادي

---

[1]- Mustapha El-GHARBI," Justice contractuelle et liberté de la volonté, R.R.J 2005, p 180.

[2]- القوني عبد اللطيف عبد الحليم ، مبدأ حسن النية و أثره في التصرفات، مصر، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، سنة 1997، ص 321.

[3]- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص207.

[4]- J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ, 1985,p 100.

[5]- و من المعلوم أن مفهوم الالتزام يتجذر في أرضية قانونية تبعده عن أي مضمون أخلاقي و فلسفي مثلما يجيب عنه مفهوم الواجب، بل أكثر من ذلك يمكن أن يكون مصدر الالتزام بالتعاون إرادة الأطراف أو المشرع أو القاضي، و لعل الفعالية هنا تتحقق بالنسبة لوضع ضيق لفائدة المدين، و الذي يمكنه فرض التزام باتفاق مسبق عليه مع المدين، و هو يوجه فعلا و يسهل تقدير السلوك العقدي.انظر زمام جمعة، مرجع سبق ذكره، ص 324.

[6]- بن شنيتي حميد، مرجع سبق ذكره، ص 327.

لهذا العقد، لأن هذه المطالبة من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالمدين، فحسن النية يستوجب من الدائن مساعدة المدين حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته دون مشقة و دون إصابته بأضرار أخرى.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة يتضح لنا أن نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود يتمثل في بقاء مبدأ حرية التعاقد كأصل في قانون العقود و انحصاره بموجب قيود محددة كاستثناء على ذلك.

لكن بالرغم من وجود هذه القيود على مبدأ حرية التعاقد و التي تجعلها نسبية و ليست مطلقة، غير أنها لا تبطل مفعول مبدأ حرية التعاقد ولا تلغيه بل تحد من سلبياته و تجعله متماشيا مع التطور القانوني الحاصل في مجال العقود و المترتب عن ازدهار التجارة في ظل الاقتصاد الحر.

و قد أدى تطور قانون العقود في التشريع الجزائري إلى ظهور مبادئ جددت المفاهيم العامة لنظرية العقد، فبعدما كان هدف المشرع تكملة إرادة الأطراف المتعاقدة عبر تطبيق المبادئ العامة لنظرية العقد، ثم حاول حماية الطرف الضعيف في بعض العقود الخاصة كعقد العمل و التأمين، و أخيرا وسع الحماية لتشمل الفئات الضعيفة في العقود المتخصصة متبنيا في سبيل تحقيق ذلك مبدأي التوازن العقدي و العدالة العقدية هذا من جهة.

غير أنه و من جهة أخرى فإن التخصص المفرط للعقود ومن ثم الإفراط في إصدار التشريعات الخاصة لها من ايجابيات بما لها من سلبيات، فمن **ناحية الايجابيات:** ساهمت في ظهور مبادئ جددت المفاهيم العامة لنظرية العقد، والتي لابد أ تعمل على إثراء الشريعة العامة وإصلاحها من أجل عالم عقدي جديد، أما من **ناحية السلبيات:** فقد أدت هذه الظاهرة إلى ظاهرة أخرى سلبية وهي تشتت وتعقد أحكام العقود الخاصة نظرا لتنظيمها عبر مستويات مختلفة، وهو الأمر الذي يزيد من صعوبة البحث عن النصوص و التحكم فيها.

كما أن القانون هو أداة للإصلاح و التطوير و هو المنحى الذي يجب أن يسير عليه قانون العقود بشرط أن يكون وليد الواقع الاجتماعي الجزائري كأصل، ذلك أن الاستناد على الإصلاحات التي تعتمد على القوانين الأجنبية يمكن اعتبارها حافز للبلدان التي تتبع نفس النهج لإعادة النظر في تقنينها لجعله مواكبا للعصر، لكن يمكن الاصطدام بالفشل في تفعيل تلك النصوص لأنها قانون مستورد أي مجرد نقل حرفي للقوانين الأجنبية أي لم يكن وليد البيئة الاجتماعية و متطلبات الواقع.

و أخيرا يمكن القول أنه قد تبدو مهمة إصلاح و تجديد قانون العقود صعبة لكنها ليست مستحيلة، و إنما تتطلب تظافر جهود كبار فقهاء القانون المدني و القضاة و المحامين المتخصصين من أجل البحث ضمن أحكام قانون العقود و ذلك بزرع المبادئ الجديدة في صلب هذا القانون كضرورة حتمية، و القضاء على ظاهرة التشتت و الإفراط التشريعي.

قائمة المراجع

1- النصوص القانونية

1-القانون رقم 05- 10 المؤرخ في20-06-2005 يعدل و يتمم الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26-09- 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم الصادر بالجريدة الرسمية عدد 44 .

2-القانون رقم 10-06 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق ل 15 غشت سنة 2010، المؤرخ في 18-08- 2010 في المعدل و المتمم لقانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41 الصادرة في 2010 .

3-المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 2006/09/10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر عدد 56.

2- الكتب

أولا- باللغة العربية

1-الرفاعي محمد أحمد، الإكراه الاقتصادي، مصر، دار النهضة العربية، سنة 2006.

2- القوني عبد اللطيف عبد الحليم، مبدأ حسن النية و أثره في التصرفات، مصر، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، سنة 1997.

3- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، الجزائر، دار هومة، سنة 2007.

ثانيا- باللغة الأجنبية

[1] - Anne-Sophie Lavefve Laborderie, pérennité du contrat, LGDJ, 2005.
[2] - J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ, 1985.
[3] - Mustapha El-GHARBI," Justice contractuelle et liberté de la volonté, R.R.J 2005.
[4]- Roger bout, les clauses abusives, Revue Lamy droit économique, éd Wolters Kluwer, paris, 2009.

3- الرسائل و المذكرات الجامعية:

أولا: الرسائل

1- بن شنيتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1990 .

2- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.

3- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.

ثانيا: المذكرات

1- ابراهيمي لامية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 04-02 المتعلق بقانون الممارسات التجارية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة -1-، السنة الجامعية 2012-2013.

2- حمّار نسيم، حسن النية في العلاقات الاقتصادية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2011-2012.

3- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك -دراسة مقارنة-، ماجستير، كلية الحقوق، تلمسان، جامعة أبو بكر بلقايد، السنة الجامعية 2007-2008.

4- عنتري بوراز شهيناز، التعسف في العقود، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013.

5- لبان فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.

4- المقالات العلمية

1- بن حملة سامي، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك و المتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، العدد الخامس، مارس 2015.

2- موهاب سارة، علاقة العقود الخاصة بقانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، المجلد 7، العدد1 ،لسنة 2021.

عنوان المداخلة رقم (07)

تأصيل فكرة الالتزام بالسلامة في العقد

محور الدراسة:مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية.

ط/د. أحمد بوباصير

جامعة بجاية

ahmed.boubacir@droit.univ-bejaia.dz

الملخص :

يعتبر مبدأ الالتزام بالسلامة مبدأ قضائي، وذلك للدور الفعال الذي لعبه هذا الأخير في إيجاده، باعتباره ضمانة أساسية لحماية المستهلك، سواء كان طرف في العقد أم من الغير فبعد التطور العلمي والتكنولوجي الذي شهده العالم ، حيث أصبحت المنتجات تشكل خطورة على المستهلك وأمام عجز القواعد العامة في القانون المدني عن توفير الحماية اللازمة للمضرورين، باعتبارها تحمله عبء الإثبات، تدخل القضاء لضمان تعويض عادل لهؤلاء المضرورين، فاوجد الالتزام بالسلامة كالتزام ضمني في العقد تسهيلا للإثبات

الكلمات المفتاحية: الالتزام بالسلامة ،القضاء،المستهلك،التعويض

Résumé :

Le principe d’engagement de sécurité est considéré comme un principe jurisprudentiel, en raison du rôle prépondérant de celui-ci dans sa création, comme garantie fondamentale de la protection du consommateur, qu’il soit partie au contrat ou tiers. , et assurer la protection nécessaire au lésé, car c'est à lui qu'incombe la charge de la preuve, et le pouvoir judiciaire intervient pour assurer une juste indemnisation du lésé.

Mots clés : Le principe d’engagement de sécurité, jurisprudentiel, dommage ,consommateur.

مقدمة:

نتيجة لظهور أنواع جديدة من العقود وتطور أهميتها وازدياد تأثيراتها عل المتعاقدين والغير على حد سواء ، وكذا التطور العلمي والاقتصادي صاحبه اختلال واختلاف وعدم تكافؤ المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية ، مما أدى إلى عدم التوازن العقدي ، فكان من المنطقي والضروري إعادة النظر في مسالة التوازن العقدي لتوفير حماية اكبر لمن يمكن اعتبارهم ضحايا هدا التطور، وأمام عجز النظرية التقليدية للالتزامات عن مواكبة ومسايرة هذا التطور، تدخل الفقه والقضاء لسد الفراغ وإعادة التوازن المفقود في العلاقة العقدية وذلك عن طريق فرض واجبات والتزامات عقدية التي من شانها إعادة التوازن ومن بين هذه الالتزامات وأهمها الالتزام بالسلامة.

تم تكريس مبدأ الالتزام بالسلامة على يد القضاء بداية في عقد النقل، ثم انتقل إلى بقية العقود لاسيما تلك التي تهدد السلامة الجسدية والصحية للإنسان، وتلك العقود التي يكون محلها تقديم خدمات أو تسليم منتجات .

إن أهمية هدا المبدأ فقد سارعت مختلف التشريعات، لاسيما المشرع الجزائري إلى العمل على تكريس هدا المبدأ في التشريعات الخاصة(عقود الاستهلاك)، وبالتحديد في العقود الخاصة ومن ثم نتساءل عن طبيعة وأساس هذا المبدأ؟وهل استطاع هذا المبدأ توفير الحماية الكافية المنتظرة؟.

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي لاستخلاص النتائج، والمنهج الاستقرائي لاستقراء مختلف النصوص القانونية النبي لها علاقة بالإشكالية ولمقاربة هذه الأخيرة تم تقسيم الموضوع على النحو التالي:

المحور الأول: تحديد فكرة الالتزام بضمان السلامة

المحور الثاني: طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة

المحور الأول: تحديد فكرة الالتزام بضمان السلامة

أصبح تدخل القاضي في العملية التعاقدية أمرا واقعيا لا يمكن إنكاره وذلك من اجل تكملة إرادة المتعاقدين والمحافظة على استمرار العقد، ودلك بفرض التزامات بقوة القانون في نطاق العقد لم يتفق عليها المتعاقدين مسبقا.

يعتبر الالتزام بضمان السلامة من ابرز و أقدم الالتزامات التي فرضها القضاء في العملية التعاقدية لدلك يمكن إطلاق وصف الالتزام القضائي عليه أي انه صنيعة قضائية.

أولا : النشأة القضائية للالتزام بالسلامة

كان للقضاء المدني الفضل في إنشاء الالتزام بالسلامة في بعض العقود بوصفه التزاما تبعيا وضمنيا يقع على احد المتعاقدين، فظهر بداية في عقد النقل في نهاية القرن التاسع عشر على يد الفقيه الفرنسي SAUZE ، في صورة التزام الناقل بضمان سلامة الراكب، بموجب القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21 نوفمبر 1911 ، ومن عقد النقل امتد لعقود أخرى منها عقد العمل وأخيرا عقد البيع مع نهاية هذا القرن، ويذهب الفقه في فرنسا إلى تأسيس هذا الالتزام على نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي وتقابلها المادة 107 ف 2 القانون المدني الجزائري[1].

كان هدف القضاء من وراء ذلك هو تحميل المتعاقد المخل بالتزامه بالسلامة المسؤولية المدنية، غير إن الاجتهاد ظل يعوزه التوحيد لان مضمون هذا الالتزام ظل يتغير بتغير العقود، إلى أن تكرس هدا الالتزام في فرنسا بقانون 21 جويلية 1983 والذي نص على ان كل: "المنتجات والخدمات يجب في

[1] الأمر رقم 75 59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري ،المعدل والمتمم.

ظروف الاستعمال العادية، أو في ظروف كان يتوقعها المحترف بشكل معقول –أن تتوفر على السلامة المشروعة التي يجوز لنا انتظارها بشكل معقول وان لا تمس بصحة الأشخاص" [1]

ثانيا : تعريف الالتزام بضمان السلامة

لقد تعددت محاولات تحديد تعريف دقيق للالتزام بضمان السلامة، من الناحية الفقهية قد ثار جدل حول تعريف الالتزام بضمان السلامة فهناك من يرى بأنه يعرف من خلال شروطه[2] في حين يرى جانب آخر من الفقهاء بان تعريفه يتحدد وفق طبيعته.

1–تعريف الالتزام بضمان السلامة من خلال شروطه

عرفه احد الباحثين على انه ممارسة المدين(الملتزم) سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضررا للدائن أو المستفيد من السلعة[3]، إن تعريف الالتزام بضمان السلامة من خلال شروطه يتحدد وفق ثلاثة عناصر تعتبر بمثابة شروط لوجوده في الوقت ذاته وهي :

–أن يتجه احد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر بان يعهد بنفسه إلى المتعاقد معه من اجل الحصول على منتج أو خدمة معينة.

–أن يوجد خطر يهدد السلامة الجسدية للمتعاقد طالب هذه الخدمة أو المنتج.

–أن يقوم الملتزم بتقديم الخدمة أو المنتج اي المدين بالالتزام بضمان السلامة مهنيا محترفا[4].

إن تعريف الالتزام بضمان السلامة بالاستناد على شروطه جعل هذا التعريف عرضة للانتقاد على اعتبار انه لم ينصب على المعرف، وإنما استند إلى شروطه وأثاره، فتعريف الشيء بالنظر إلى شروطه لا يبين المقصود منه[5] .

2–تعريف الالتزام بضمان السلامة من خلال طبيعته

إن تعريف الالتزام بضمان السلامة من خلال طبيعته، يقتضي التعرض للمقصود بفكرة السلامة في ذاتها ، ثم مضمون الالتزام بالسلامة.

ا–فكرة السلامة

السلامة هي الحالة التي يكون فيها الكيان الجسدي والصحي للمتعاقد محفوظا من أي اعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الاتفاق المبرم بين هذا الأخير وبين مهني محترف .

---

[1] دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد–دراسة مقارنة–، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقا يد، تلمسان، 2015 2016، ص230 231.

[2] محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة،1980 ، ص143.

[3] مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية) ، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد العاشر(10) ، ص414

[4] أقصاصي عبد القادر، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص211.

[5] عابد فايد عبد الفتاح فايد، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة في ضوء قواعد حماية المستهلك، دار الكتب القانونية، القاهرة ،، 2010 ص17.

يقتضي معنى السلامة أن يمارس المدين بها سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضررا للدائن بها، و أن تكون هذه العناصر داخلة في إطار العقد الذي يربط الدائن بالمدين.

– ضرورة السيطرة الفعلية على العناصر المسببة للضرر حيث أن السيطرة الفعلية على العناصر التي يمكن أن تسبب الضرر للدائن في الالتزام ، تستوجب أن تنتمي إلى العقد المبرم بين الدائن والمهني أو المحترف وليس خارجة عنه.

–العناصر المسببة للضرر تدخل في إطار العقد الذي يربط الدائن بالمدين، بمعنى أن شرط انتماء العناصر المسببة للضرر في العقد يترتب من كون أن حقيقة هذا الأخير عبارة عن دائرة مغلقة على عاقديه، يتبادلان فيه اداءات مختلفة ، وان هذا العقد يجب أن يعرض الدائن إلى خطر أكثر مما يتعرض له الغير، فشرط انتماء العناصر للعقد أو شرط الداخلية يبلور إذن الالتزام بضمان السلامة المرتبط بوجود وتنفيذ العقد المبرم بين الدائن والمدين تنفيذا صحيحا[1].

ب–مضمون الالتزام بضمان السلامة

إن الالتزام بضمان السلامة يتطلب أن يلتزم المهني من جهة بتوقع الحادث الذي يمكن أن يخل بسلامة المتعاقد الآخر، ومن جهة أخرى التزامه بالتصرف لأجل منع حدوث الضرر أصلا أو على الأقل تجنب آثاره.

انطلاقا مما سبق يمكن تحديد المقصود بالالتزام بضمان السلامة بالقول بأنه التزام يقع على عاتق مدين يتمثل في السيطرة على الأشخاص والأشياء، التي من شانها المساس بالسلامة الجسدية للدائن ومن اجل تنفيذ كامل وسليم لهذا الالتزام وجب اتخاذ الإجراءات اللازمة التي تمنع الضرر أو كحد أدنى العمل على التقليل من الآثار الضارة للحادث[2] .

ثالثا شروط الالتزام بضمان السلامة

يتعين توافر ثلاثة شروط لإضافة القضاء الالتزام بضمان السلامة إلى العقود وهي :

1وجود خطر يهدد جسد احد طرفي العقد –

تنطوي بعض العقود على العديد من الأخطار بالنسبة لأحد المتعاقدين، مثل عقد العمل وعقد النقل وعقد العلاج الطبي وعندما تتعرض سلامة هذا المتعاقد للخطر فيتدخل القضاء لضمانها[3].

2– انتقال حق احد المتعاقدين في سلامته الجسدية للمتعاقد الاخر

قد يفقد الإنسان خيارات المحافظة على سلامته الجسدية في بعض العقود، مثل عقد العلاج الطبي حيث يقتضي هذا العقد إعطاء الطبيب قدرا من الحرية في التصرف في جسد المريض، ويمكنه من جسده،

---

[1] حمر العين عبد القادر، الإطار القانوني للالتزام بضمان السلامة في العقود، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس المدية، الجزائر، العدد 02 ، جوان 2020، ص18 19.

[2] المرجع نفسه ص19.

[3] البكباشي سحر، دور القاضي في تكميل العقد دراسة تحليلية تاصيلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص296.

ويخضع للعلاج تأسيسا على ثقته في عمله وأمانته، وكذلك في عقد النقل حيث يسلم الراكب نفسه للناقل ولوسيلة النقل المستخدمة في عملية النقل ويخضع لرقابة وإشراف الناقل، فينتقل تبعا لذلك حق المتعاقد في المحافظة على سلامته الجسدية إلى الطرف الثاني، وفي مقابل ذلك يلتزم هذا الأخير بضمان سلامة هذا المتعاقد[1].

3-توافر صفة الاحتراف للمدين في الالتزام بضمان السلامة

يقصد بالاحتراف[2] توافر الخبرة لدى المتعاقد في احد المجالات، نظرا لاستمراره في عمله لفترة طويلة تتيح له الوصول لدرجة رفيعة من المستوى الفني، والمدين في الالتزام بضمان السلامة مدين ذا طبيعة خاصة، فهو محترف في مهنته ويمتلك خبرة لا يستهان بها، تدعو إلى ضرورة إلقاء التزام على عاتقه بضمان من يتعامل معه في إطار سلامته الجسدية، وينتظر المتعاقد الآخر من المدين المحترف أن يبذل جهدا كبيرا في تنفيذ التزاماته العقدية، وفي ضمان سلامة المتعاقد الآخر أيضا[3] .

إن الالتزام العام بالسلامة أوسع نطاقا من نظيره الخاص، حيث أن الأول يشمل جميع الدائنين المتدخلين في عملية العرض للتداول، على خلاف الثاني الذي يشمل المتدخل المباشر في العقد والذي يكون في غالب الأحيان بائع التجزئة إذا تعلق الأمر بمنتج مادي[4] .

انطلاق مما تم عرضه يمكن القول أن الالتزام بضمان السلامة نشا في أحضان القضاء، الذي تكفل به، ثم تبلور وتطور بعمل من الفقه، فإذا انتقل حق المحافظة على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر بمقتضى احد العقود وأحدق بالسلامة الجسدية لهذا المتعاقد خطر ما وكان المتعاقد مهنيا محترفا، التزم هذا المحترف بمقتضى العقد بضمان سلامة المتعاقد الآخر وذلك لحماية الطرف الضعيف في العقد، وقد توصل القضاء إلى هذه الفكرة من خلال إعمال سلطته التقديرية لإضافة التزام تفصيلي إلى هذه العقود[5] .

المحور الثاني: طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة

الالتزام بالسلامة من الالتزامات الجوهرية التي على المهني احترامها، لأنه بات من الضروري أن يعرف المستهلك مخاطر السلع والخدمات التي يمكن أن تمس بسلامته بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وصعوبة إثبات الضرر بناءا على العلاقة التعاقدية القائمة بين المستهلك والمهني، وهو ما شكل غموضا وجدالا بين الفقهاء حول طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة، لذلك وجب التطرق بداية لتحديد طبيعة الالتزام بضمان السلامة**(اولا)** ، ثم التطرق إلى أساس الالتزام بضمان السلامة**(ثانيا)** .

---

[1] البكباشي سحر، المرجع السابق ، ص295.

[2] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، 2008 ،ص654.

[3] يؤيد ذلك أن محكمة النقض الفرنسية أقامت مسؤولية المنتج بوصفه بائعا محترفا على أساس الالتزام بضمان السلامة بدون الإشارة إلى أي نص من النصوص المنظمة لها في القانون المدني.

[4] المر سهام، التزام المنتج بالسلامة –دراسة مقارنة– ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2008 2009، ص69 70.

[5] دالي بشير، المرجع السابق، ص235.

أولا: طبيعة الالتزام بضمان السلامة

إن الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة قد ثار بشأنها خلاف في الفقه والقضاء، فهناك من اعتبره مجرد التزام ببذل عناية، في حين اعتبره البعض الأخر التزام بتحقيق نتيجة على أن تحديد الطبيعة القانونية من شانه أن يحدد عبء الإثبات اللازم لقيام المسؤولية.

1- الالتزام بضمان السلامة التزام بتحقيق نتيجة

كان الغرض من ابتداع الاجتهاد الفرنسي للالتزام بالسلامة في عقد النقل منذ سنة 1911 تيسير الأمور على الضحية، للحصول على التعويض عن الأضرار الجسمانية في إطار المسؤولية العقدية، دون الحاجة إلى إثبات الخطأ، لصعوبة ذلك أو لاستحالته في أكثر الأحيان، وطالما أن الضحية معفاة من إثبات الخطأ ولا يمكن للمسئول دفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي فان الالتزام بضمان السلامة التزام بنتيجة[1].

لقد سار الاجتهاد القضائي الفرنسي على هذا المنوال في عدد من العقود أبرزها عقد نقل الدم، عقد البيع..... وقد سايره في ذلك الاجتهاد القضائي الجزائري[2].

اعتبر الفقه الالتزام بضمان السلامة التزاما بتحقيق نتيجة، يؤدي إلى استبعاد الالتزام بضمان السلامة من مضمونه وجعله عديم الجدوى، وجعل الأحكام المطبقة على المسؤولية الناجمة عن الأضرار المترتبة عن حراسة الأشياء غير الحية مغايرة، والفقه الفرنسي يؤيد القضاء الفرنسي في وجوب تكليف المستهلك بإقامة الدليل على الخلل أو العيب الذي أدى إلى خطورة السلعة، مستندا في ذلك على أمرين هما

الأول: إن الالتزام بالسلامة هو مجرد بديل عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، وعلى المشتري في ظل الالتزام بالسلامة أن يثبت تدخل السلعة في إحداث الضرر، والبرهان على دورها الايجابي في ذلك والذي كان سببه عيب أو خلل اكسبها صفة الخطورة.

الثاني: اعتبار المنتجات في ظل التطور التكنولوجي تتسم بالخطورة، مما يستوجب الحيطة والحذر أثناء استعمالهما فقد يكون الضرر نتيجة لإهمال المستهلك باخد الحيطة أو لاستعماله الخاطئ، مما يؤدي تحميل المنتج المسؤولية إلى قتل روح الإبداع[3].

---

[1] بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي) ،دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص ص 455 456.

[2] بناسي شوقي، الالتزام بالسلامة تطور مستمر بأبعاد مختلفة، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، الجزائر، السنة 13 العدد 24 ، جوان 2018، ص18.

[3] محجوب جابر علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة (دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري والفرنسي)، القسم الثاني، مجلة الحقوق –القانون–،مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ، مجلد 20 ، عدد 04 ، ديسمبر 1996 ، ص277 278.

2- الالتزام بضمان السلامة التزام ببدل عناية

هذا الالتزام لا يكون الهدف فيه تحقيق غاية معينة، وإنما يلتزم المدين فيه ببدل ما في وسعه للوصول إلى الغرض أو الهدف المرجو من الالتزام، بغض النظر عن تحقق النتيجة من عدمها، فهو التزام بعمل لا تضمن نتيجته، المهم فيه أن يبدل المدين لتنفيذه مقدارا معينا من العناية، والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبدلها الشخص العادي، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعا لما ينص عليه القانون أو يقضي به الاتفاق، ومتى بذل المدين العناية المطلوبة منه يكون قد نفد التزامه حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود. وحتى تقوم مسؤولية المدين هنا يتعين على الدائن إثبات أن المدين لم يوف بالتزامه أي يجب عليه أن يثبت إهمال المدين أو تقصيره أو عدم بذله للجهد الكافي، أو عدم توخيه للحيطة اللازمة من اجل الوصول إلى النتيجة المرجوة، فادا اثبت المدين انه وضع كل ما في وسعه وبذل الجهد اللازم لتنفيذ التزامه فان مسؤوليته لا تقوم حتى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة[1] .

القول بان الالتزام بضمان السلامة هو التزام ببذل عناية لا يضيف جديدا، إذ أن على المدين أن يبذل في تنفيذ التزامه العناية الواجبة، سواء وجد التزام بضمان السلامة أم لم يوجد[2].

يهدف الالتزام بضمان السلامة حصول المستهلك على مبيع يتضمن مستوى من الأمان بالنسبة له أو المحيطين به، بينما الالتزام بضمان العيوب الخفية يهدف إلى ضمان حصول المشتري على مبيع صالح للاستعمال الذي اعد له، وبالتالي تختلف قواعد المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامين[3].

إن الالتزام بضمان السلامة ليس التزاما ببذل عناية بل هو أكثر، حتى نعفي المستهلك من إثبات العبء لان العبرة في قيام المسؤولية تتجاوز سلوك المنتج أو البائع إلى ما تنطوي عليه السلعة من خطورة، فالمسؤولية تقوم بمجرد ثبوت العيب حتى لو كان يجهله، أو حتى يستحيل علمه به، ولكنه اقل من الالتزام بتحقيق نتيجة فيتمكن المنتج من دفع المسؤولية بإثباته للسبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، أو فعل الغير أو نتيجة للمخاطر الناتجة عن التطور التكنولوجي، لأنه بالإضافة إلى إثبات الضرر، يجب إثبات رجوع الضرر إلى عيب أو خلل في التصنيع، مما اكسب السلعة صفة الخطورة وبالتالي تسببها في الضرر[4].

إن هذا الرأي لا يمكن الاخد به في القانون الجزائري، ذلك أن البحث في هذا الإطار يتعارض مع نصوص صريحة، والسبب في ذلك أن هذه المسؤولية تعتبر مسؤولية موضوعية مبنية على أساس الضرر

---

[1] بوختالة سعاد، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2015 2016 ، ص ص169 170 .

[2] أبو بكر منى الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2013 ، ص77

[3] حداد العيد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة بن عكنون، الجزائر ، 2004 ، ص249 .

[4] بطيمي حسين وغزالي نصيرة، طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط ، العدد الثالث عشر (13) ، مارس 2017 ، ص68 .

وليس لها علاقة بالخطأ ، مما يعني أن هذا الالتزام ذو طبيعة خاصة، تتمثل في انه متى لحق شخص ضرر بسبب عيب في المنتوج لزم المتدخل التعويض، وهذا طبقا لنص المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري[1] .

ثانيا : أساس الالتزام بضمان السلامة

القضاء عندما اقر فكرة الالتزام بضمان السلامة كان ذلك بكل تأكيد من اجل تحسين موقف المتعاقد وحمايته من الضرر، سواء من السلعة التي اشتراها مهما كانت طبيعتها، أو الخدمة التي تقدم له (نقل علاج في المستشفى وغيرها) ، فيتقرر التعويض عن الضرر الذي يصيب جسمه وحياته استنادا لمفهوم ضمان السلامة، حتى ولم لم ينص عليه في العقد صراحة وبذلك يكون التعويض في هذه الحالة أساسه المسؤولية العقدية، أي إخلال المدين بمقتضيات العقد، لكن القضاء في بعض الحالات وجد[2] صعوبة في الحكم بالتعويض استنادا لأحكام المسؤولية العقدية، لهذا كان لابد من اعتماد أساس آخر للمسؤولية عن التعويض وهي المسؤولية التقصيرية إذا تسبب المنتوج بضرر للغير[3].

1- المسؤولية العقدية أساس الالتزام بضمان السلامة

يعود الفضل لاجتهاد القضاء الفرنسي في إنشاء الالتزام بالسلامة في بعض العقود بوصفه التزاما تبعيا وضمنيا، يقع على عاتق احد المتعاقدين، وظهر الالتزام بالسلامة لأول مرة في عقد النقل في صورة التزام الناقل بضمان سلامة الراكب بموجب القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 نوفمبر 1991 [4] وظل القضاء الفرنسي قبل سنة 1989 يغلب المفهوم الموسع للمسؤولية العقدية قصد تعويض المضرورين عن الحوادث التي تقع لهم في فناء المحطة، على الرغم من ان عقد النقل يبدأ من اللحظة التي يصعد فيها الراكب الى العربة وتنتهي بنزوله منها[5].

إلا أن هذا الاجتهاد ظل قاصرا لتغير مضمون التزام المنتج بالسلامة لتغير العقود فلو اعتبر التزام الطبيب بأنه التزام غير عقدي فان الإخلال بالعقد الذي يربط الطبيب بالمريض يرتب عليه قيام المسؤولية التقصيرية التي قوامها الإخلال بواجب قانوني عام، وهو عدم وجوب الإضرار بالغير وفقا لما نصت عليه المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، وقد رجح اغلب الشراح إلى إعادة النظر في أساس

---

[1] فتاك علي، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، دار الفكر الجامعي، مصر ، 2008 ، ص203.

[2] مواقي بناني احمد، المرجع السابق، ص420.

[3] المر سهام، المرجع السابق،ص70.

[4] بودالي محمد، المرجع السابق، ص402.

[5] رحماني مختار محمد، المسؤولية المدنية عن حوادث نقل الأشخاص بالسكك الحديدية، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2003، ص ص60 61 .

التزام الطبيب بسلامة المريض، وهدا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 بان مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية[1].

منذ قضاء محكمة النقض الفرنسية سنة 1911 سعى الفقه إلى البحث عن تفسير لتبرير توسيع القضاء لمقتضيات العقد، فهناك من قال "أن التبرير يستند إلى نصوص قانونية، خاصة مقتضيات المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي وهي التي أعطت أساس مرن وموسع للعقد[2] وهي التي تقابل نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة حسب طبيعة الالتزام ".

وواضح أن أساس التوسع مستمد من النص، وهو الذي يبرر تدخل القضاء وإضافة التزامات أخرى غير مدرجة في العقد صراحة، فهي تمثل التزامات ضمنية إضافية للالتزامات التي أدرجها واتفق عليها المتعاقدان صراحة ضمن بنود العقد[3].

لقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن نص المادة 1135 أساس منطقي لتبرير وتفسير وجود التزام تبعي بضمان السلامة، فقررت محكمة النقض وجود هذا الالتزام في العديد من العقود، ويذهب رأي في الفقه إلى القول انه "لما كان الالتزام بالنقل في عقد النقل هو التزام جوهري فان الالتزام بالسلامة يصبح هو الأخر التزاما جوهريا، لان الإخلال بهذا الأخير يعتبر إخلال بالالتزام ذاته وضياع للهدف منه"[4] .

ويذهب رأي آخر في الفقه للقول "أن استناد محكمة النقض الفرنسية إلى المادة 1135 في العديد من المنازعات يؤكد إرادتها في تقوية المضمون الإلزامي للعقد مستخلصة في ذلك اعتبارات العدالة"[5].

وهكذا عندما يدخل الشخص في علاقة تعاقدية ينبغي أن يدرك أن التزاماته لا ترتبط بما هو متفق عليه صراحة في العقد، بل ينبغي عليه التنفيذ الحسن لهذا العقد، لان مفهوم الالتزام العقدي تطور كما يذهب في ذلك احد الآراء في الفقه، من مفهوم شخصي مرتبط بمنفعة الأفراد إلى مفهوم موضوعي يرتبط بما هو نافع وعادل[6].

إذا كان الالتزام بضمان السلامة قد وجد تفسير وجوده انطلاقا من المسؤولية العقدية، سواء تأكد النص صراحة أو استخلص وفقا للقواعد المفسرة الموسعة لمفهوم العقد، وتوصيل ذلك إلى حد مقتضيات العدالة، التي تأبى النيل من السلامة الجسمية والصحية للمتعاقد لمجرد انه اشترى سلعة أو تلقى خدمة إلا أن الواقع

---

[1] علي محمد عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 1980، ص89 .

[2] C ALBIGES, DE L'EQUITE EN DEOIT PRIVE, EDITE L. G. D. J, PARIS, 2OOO, P 211.

[3] بطيمي حسين وغزالي نصيرة، المرجع السابق، ص69.

[4] العتيبي صالح ناصر، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية –دراسة مقارنة–،دار الكتب القاهرة، 2001 ، ص262.

[5] محمود وحيد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 ، ص181.

[6] G viney et P jourdain, traite de droit civil les conditions de la responsabilité, 2eme édit, L.G.D.J PARIS, 1998, P351.

في تبرير ذلك استنادا لقواعد المسؤولية العقدية غير كافي للحماية ما يقتضي إيجاد أساس أخر لحماية الالتزام بضمان السلامة[1].

2-المسؤولية التقصيرية أساس الالتزام بضمان السلامة

تكرس هذا الأساس في فرنسا بموجب قانون 21 جوان 1983 بموجب المادة 221 فقرة01[2] بحيث لم يعد الالتزام بالسلامة حبيس العقد الذي نشا فيه، بل ينشا من متطلبات الحياة والمجتمع وهو التزام يقع عل كل من يعرض الخدمة في السوق[3].

وبعد صدور قانون التوجيه الأوروبي في 25 جويلية 1985 وجب على المشرع الفرنسي حصر الالتزام بالسلامة في إطار تعاقدي أو غير تعاقدي، وهذا ما حصل فعلا من خلال المادة 1386-01 من القانون 98 -389 المتعلق بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة[4].

ومن بين الأحكام التي كرست هذا الأساس الحكم الصادر بتاريخ 17 جانفي 1995 عن محكمة النقض الفرنسية، والذي أقرت بموجبه التزام المهني بطرح منتوج خال من أي عيب من شانه تهديد سلامة الأشخاص والأموال ويكون مسئولا عنه قبل الغير وقبل المتعاقد معه[5].

المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر وضع أساس للالتزام بضمان السلامة استنادا لقواعد المسؤولية التقصيرية في حالة عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة، ووسع في أنواع المنتجات التي تكون مصدر تهديد ينال من الالتزام بضمان السلامة، سواء كان مصدرها زراعي أو صناعي أو نتاج تربية الحيوانات أو طبيعتها[6] .

كما وسع المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 09 03 المؤرخ في 25 فيفري2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[7] ، من نطاق المسؤولية من حيث الأشخاص الذين يقع عليهم واجب الالتزام بضمان السلامة بموجب المادتين 03 و 14 منه، جاعلا كل من له علاقة بوضع المنتوج في متناول المستهلك ضمن دائرة المسؤولية لتفادي حالات الإهمال التي قد تظهر في أي مرحلة من مراحل التدخل[8] .

---

[1]مواقي بناني احمد، المرجع السابق، ص422.

[2]تنص المادة 221 فقرة 01 من القانون 21 جوان 1983 على "كل المنتجات والخدمات يجب في الظروف العادية أو في ظروف كان يتوقعها المحترف بشكل معقول، أن تتوفر على السلامة المشروعة التي يجوز لنا انتظارها بشكل مشروع وان لا تمس بصحة الأشخاص"

[3]المر سهام، المرجع السابق، ص75.

[4]نصت المادة 1386-01 من القانون 98 -389 المتعلق بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة على أن "كل منتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتجه سواء ارتبط بعقد مع الضحية أم لا" .

[5]شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2007 ص217.

[6]مواقي بناني احمد ، المرجع السابق، ص422.

[7]القانون رقم 09 03 ، المؤرخ في 25 فيفري، 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ،ج ر ، العدد 15، صادرة في 08 مارس 2009.

[8]مواقي بناني احمد، المرجع السابق، ص422.

الخاتمة:

إن المشرع الجزائري أولى أهمية بالغة لحماية الأفراد بإقرار الالتزام بضمان السلامة، فتم تكريس هذا المبدأ بشكل صريح خاصة بالنسبة لعقود الاستهلاك التي واكبت سياسة الانفتاح الاقتصادي وحرية المعاملات التجارية والصحية ،وكذا عقود العمل فيما يخص الوقاية الصحية والأمن في أماكن العمل فتحول بذلك الالتزام بالسلامة من مبدأ قضائي إلى التزام قانوني وواجب عام يقع على عاتق كل فرد في المجتمع.

واعتبر المشرع الجزائري أن الالتزام بالسلامة ذو طبيعة خاصة، تتمثل في انه متى لحق شخص ضرر بسبب عيب في المنتوج لزم المتدخل التعويض أي أن المشرع الجزائري قد تبنى المسؤولية الموضوعية.

عنوان المداخلة رقم (08)

خيار العدول آلية جديدة لحماية المستهلك في التشريع الجزائري

المحور الأول: مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية الوطنية

د. جمال ميمي
بكلية الحقوق، جامعة الجزائر 1
djamel72mimi@gmail.com

الملخص بالعربية والإنجليزية:

ملخص البحث: يعتبر الحق في العدول عن العقد آلية قانونية جديدة لحماية رضا المستهلك، أجاز من خلالها المشرع الجزائري للمستهلك الذي وقع ضحية تسرع نتيجة الضغوط والمغريات التي مورست عليه من طرف المحترف أو المهني، أو مدفوعا بالحاجة الملحة لما هو معروض من سلع وخدمات، فأباح له المشرع بموجب هذه المكنة الرجوع عن العقد خلال مهلة محددة (مهلة الرجوع) فيصبح العقد بموجبها كأن لم يكن دون تبعات مالية أو قانونية.

الكلمات المفتاحية: الرجوع في العقد، المستهلك، حماية المستهلك، التعاقد، العدول.

Abstract: The right to renounce the contract is a new legal mechanism for the protection of consumer satisfaction, through which the Algerian legislator authorized the consumer who was victimized by the pressure and temptations exerted by the professional, or driven by the urgent need for the goods and services offered. The legislators give the consumer the permission to renounce the contract within a specified period (the limit Time for renunciation). That's which make end to the contract without financial or legal consequences.

مقدمـــــــة:

على الرغم من الضمانات التي توفّرها النظرية العامة للالتزام للمتعاقد، خاصة إذا تعلق الأمر بسلامة إرادته، لأن الإرادة هي أساس التعاقد، إلا أن هذه النظرية لم تتمكن من معالجة كل الحالات التي تكتنفها عيوب مؤثرة في إرادة المتعاقدين على غرار التسرع وعدم التريث أو التدبر قبل اتخاذ القرار بالتعاقد.

هذا بالإضافة إلى طبيعة بعض العقود، أو طبيعة علاقة أطرافها من جهة، والتطور التقني الذي باتت تعرفه المعاملات والعقود الاستهلاكية من جهة أخرى.

إن ذلك يقتضي استحداث آليات جديدة لحماية رضا المستهلكين، دون المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وهي المعادلة التي دفعت ببعض التشريعات إلى سن قوانين تجيز لمن وقع ضحية تسّرع في التعبير عن إرادته، أو كان التعبير عنها عن غير يقين، أن يتراجع عن العقد كوسيلة حماية غير تقليدية لرضائه، أو وسيلة صد لما يمكن أن يكون المتعاقد الأخر قد ارتكبه نتيجة امتلاكه للمعرفة والقوة الاقتصادية مع التفوق الفني والتقني من خلال استخدام الوسائل المغرية الدافعة للتعاقد[1].

والمشرع الجزائري لم يتبنى هذه الآلية القانونية تشريعيا لفائدة المستهلك إلا في سنة 2018 من خلال تعديله للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بموجب القانون 18-09 المؤرخ في 10 جوان 2018المعدل والمتمم له[1]، فما حقيقة هذه الآلية القانونية (العدول عن التعاقد) ؟ وكيف يمكن تمييزها عن الأحكام المشابهة لها؟

للإجابة على إشكالية البحث سوف نتناول مفهوم خيار العدول "الرجوع" في (المطلب الأول)، ثم كيف يمكن تمييزه عن الأحكام المشابهة له في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم خيار العدول عن العقد وطبيعته القانونية

جاء في نص المادة 02 من القانون 18-09 المتممة للمادة 19 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ما يلي: "تتم أحكام المواد11و16و19و53و54 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق25 فبراير سنة 2009 المعدل والمذكور أعلاه، وتحرركما يلي:

المادة 19: يجب أن لا يمس المنتوج المقدم للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا يسبب له ضررا معنويا، العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب، للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية.

تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية، عن طريق التنظيم."

سوف نحاول في هذا المطلب تحديد مفهوم خيار العدول[2] كمصطلح قانوني ثم توضيح طبيعته القانونية.

الفرع الأول: مفهوم خيار العدول

هو قدرة المتعاقد على المفاضلة والاختيار بين البقاء على التعاقد أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة[3] وهو حق يكفله القانون اتفاقا مع نظرية الخيارات في الفقه الإسلامي.

البند الأول: خيار العدول

للوقوف على المفهوم خيار العدول، لابد من تحديد مفهوم الخيار، ثم مفهوم العدول أو الرجوع.

أولا. الخيارات: الخيارات في اللغة جمع خيار، ومعناه اختيار المرء ما يراه خيرا له من أمرين والاتجاه إليه[4]

ثانيا. العدول لغة: يقال عدل عن الشيء يعدل عدلا وعدولا أي حاد، وعن الطريق جار، وعدل إليه عدولا رجع ومال، معدل أي مصرف[5]، ويقال قرّر العدول عن العمل في الليل أي العزوف عنه، ويقال عدل عن رأيه أي حاد ورجع عنه، وهو الميل أو تغيير الجهة أو الرأي[6]

ثالثا. خيار العدول اصطلاحا: عرفه بعض الفقه على أنه سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الأخر[7]،وعرفه الدكتور آمانج رحيم أحمد بأنه: "خيار المستهلك في

العدول عن العقد بإرادته المنفردة خلال المدة التي تحدد بموجب اتفاق أو نص في القانون، دون أن يحتاج ذلك إلى إلزام المستهلك بتقديم أسباب أو مبررات لمطالبته بنقد العقد، ولو لم يخل البائع المحترف بأي من التزاماته ويتم العدول بدون مقابل."[1]

وهو أيضا الإعلان عن إرادة مضادة يعتزم من خلاله المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي، أو سيكون لها في المستقبل.[2]

كما يعرف بأنه سلطة أحد المتعاقدين بالإنفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر[3].

من خلال ما تقدم يمكن تعريف خيار العدول(الرجوع) بأنه حق منحه القانون لأحد العاقدين لصفته(مستهلك)، يمكنه بموجب هذا الحق نقض العقد بصفة منفردة، ووقف كل أثر له في الماضي والمستقبل، دون تحمل تبعات ذلك، وفق الآجال المحددة.

رابعا. خيار العدول قانونا: عرفه المشرع الجزائري على أنه : " حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب ."

المقصود من ذلك أن المشرع منح أحد المتعاقدين (المستهلك) خيار الرجوع في التعاقد، على الرغم من أن العقد انعقد صحيحا ونافذا، وهذه مكنة ليست خيارا بين عدة أشياء كما هو الحال في الالتزام التخييري، وإنما هو إباحة قررهـــا المشرع استثناءا لمن قررت له (المستهلك)، ومرتبطـــة بعقود الاستهلاك، والقول بغير ذلك إنما يهدم نظرية العقد من أساسها[4].

وكون هذه الميزة تقررت للمستهلك بإرادة تشريعية، فإنها لا تُسلب منه أو تُقيّد إلا بموجب تلك الإرادة التشريعية[5]ومبرر ذلك موقف المستهلك الضعيف في مواجهة كل مهني محترف، وهو إذ يستفيد من هذه المكنة في تعاقداته تلك، فإنه لا تترتب عليه أية مسؤولية أو جزاء اتجاه المتعاقد الآخر عما يمكن أن يصيبه من أضرار جرّاء ذلك الرجوع[6]، وهو في الوقت ذاته غير مطالب بإبداء أسباب عدوله.

البند الثاني: صور خيار الرجوع

يجب التفرقة بين حالات يمكن الرجوع فيها قبل التعاقد، وأخرى يمكن فيها للمتعاقد الرجوع بعد انعقاد العقد.

أولا. الرجوع عن التعاقد قبل إبرام العقد: الأصل أن العقد ينعقد بمجرد تطابق إرادتي طرفيه ما لم يشترط القانون لذلك شكلا أو صيغة معينة كالكتابة أو التسليم، والمشرع حين يقر صيغة الرجوع إنما يعمد إلى تأخير إبرام العقد فيعطي للمستهلك الفرصة لإمكانية العدول عن العقد[7]على الرغم من تمام تطابق إرادتي الطرفين،

بمعنى أنه لم يعد يكفي تطابق الإرادتين بل لا بد من مرور فترة زمنية معينة[1]يحددها المشرع يمكن خلالها للمتعاقد(المستهلك) ممارسة حقه في العدول.

هذا الأمر يتيح للمستهلك فرصة التروّي للتدبّر في العقد الذي هو بصدد إبرامه فإن وجد صالحه فيه استمرّ في التعاقد، فيصبح العقد كاملا، أما إذا رأى غير ذلك مارس حقه في العدول، فلا يبرم العقد ولا يفسخ ولا يتم إنهاءه إنما يعطل إبرامه[2].

أول من تناول هذا المكنة كان القانون الفرنسي لسنة1971 الخاص بالتعليم بالمراسلة الذي يتضمن نصا يقضي بعدم إبرام العقد قبل مرور مدة سبعة أيام من تاريخ تسلم وسائل التعليم[3]مع إمكانية الرجوع دون تبعات قانونية طالما أن الطرف الأخر يعرف مسبقا بذلك وعليه بالتالي الاحتياط والحذر وحماية نفسه من أي ضرر قد يلحقه نتيجة رجوع الطرف الآخر عن إبرام العقد، والمشرع بإقراره ذلك حقق أمرين هامين:

- الأمر الأول: عدم خرق مبدأ القوة الملزمة للعقد، ذلك لأن الرجوع يحدث قبل اكتمال تكوين العقد ما يحفظ ثبات المعاملات وسلامة رضا المتعاملين في الوقت ذاته.
- الأمر الثاني: متمثلا في تلك الفرصة الممنوحة للمتعاقد صاحب المركز الاقتصادي والفني الضعيف من أجل التفكّر والتدبّر قبل التعاقد.

ثانيا. الرجوع في التعاقد بعد إبرام العقد: لم تكتفي بعض التشريعات بإقرار حق الرجوع قبل إبرام العقد، ولكن تعدّت ذلك إلى حق المستهلك بالرجوع بعد البدء بتنفيذه[4]، حيث وفي إطار تطور قوانين حماية المستهلك بالموازاة مع تطور أساليب عرض السلع والخدمات أين لم تعد القواعد العامة لنظرية العقد كافية لتوفير الحماية المطلوبة والفعالة للمستهلك[5] اتجهت معظم تلك التشريعات، ومن بينها المشرع الجزائري إلى وضع قواعد خاصة[6]تنظم العقود الاستهلاكية بصفة خاصة مستقلة عن القواعد العامة والتقليدية من شأنها توفير الحد الكافي من الحماية للطرف الضعيف[7]، وألزمت المهني بإعلام المستهلك بشروط العقد المزمع إبرامه[8]مع إعطاءه مهلة إضافية للتفكير حتى يتسنى له تقدير الفائدة التي تعود عليه، فتمتد المهلة إلى ما بعد التعاقد[9] وتبيح للمستهلك العدول عن العقد بعد إبرامه[10].

الجدير بالذكر هو أن هذا الخيار، وإن كان لا يثبت في العادة إلا في العقود المستمرة التنفيذ أو العقود الزمنية[11]على غرار عقد التأمين، فإن المشرع الجزائري اختار تحديد المنتجات المعنية بهذه المكنة عن طريق التنظيم، حيث جاء في الفقرة الأخيرة من المادة19المعدلة من نفس القانون ما يلي:" تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية، عن طريق التنظيم."[12]

أما ما يبرره فيكمن في ضرورة تحقيق الانتفاع الكامل للمستهلكين من العقود ذات المدى الطويل اقتصاديا واجتماعيا من خلال تمتّعهم بهذا الحق مع عدم إلزامهم بالتزامات غير ذات فائدة لمدد طويلة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق العدول عن العقد

خيار العدول باعتباره مركزا قانونيا يخوّل صاحبه سلطات معينة تمكنه من التأثير في المراكز القانونية بإرادته المنفردة واختياره الحر، وهو بذلك حق منحه إياه المشرع قصد استعماله وفق ما يقرره القانون، فمـــــــــا هي الطبيعة القانونية لهذا الحق؟

البند الأول: خيار العدول في التعاقد حق شخصي

من المعروف أن الحق الشخصي هو رابطة فيما بين شخصين، حيث صاحب الحق هو الدائن، أما المدين فهو الملتزم بأداء معين والعلاقة بينهما مباشرة[1]، بينما العلاقة بين الدائن وموضوع الحق، فإنها تكون غير مباشرة، لأن الدائن ليست له تلك السلطة المباشرة عليه.

بالاستناد إلى ذلك وإلى السلطة والقدرة التي يملكها الدائن في مواجهة المدين ومطالبته بأداء معين، فإن ما يتبادر إلى الذهن هو أن خيار الرجوع يندرج ضمن طائفة الحقوق الشخصية[2] ذلك لأنه يعطي الدائن سلطة تخوله الخيار بين تنفيذ العقد أو العدول عنه بإرادته المنفردة في مواجهة المتعاقد الأخر[3] وهي العناصر التي يشترك فيها حق الرجوع في التعاقد مع الحق الشخصي، فهو حق شخصي مصدره تشريعي منحه المشرع لأحد المتعاقدين (المستهلك) على شكل إباحة لمحظور[4] بغرض حماية رضاءه ومنحه فرصة التفكير والتدبر، ثم تقرير ما إن كان يرغب في الاستمرار في العقد أو الانصراف عنه.

غير أن هذا الرأي منتقد[5] كون المتعاقد صاحب الحق في العدول لا يملك في الحقيقة أي سلطة في مواجهة المتعاقد الآخر، ولا يمكنه بالتالي مطالبته بأي أداء، سواء كان إيجابي أو سلبي فضلا عن أن صاحب الحق في العدول لا يقع عليه في الغالب أي التزام حتى يستفيد من هذا الحق، وهو الرأي الذي نؤيده لأن الحق الشخصي يمثل علاقة دائنية بين شخصين تخوّل الدائن سلطة على المدين بالأداء أو الامتناع عن فعل، وهو الأمر الذي لا يتحقق في مكنة العدول التي يقررها القانون لطرف في العقد بحكم صفته لا لأمر آخر، ولا يحتاج إلى أي تدخل من جانب المحترف المتعاقد معه[6].

البند الثاني: خيار العدول في التعاقد حق عيني

يمثل الحق العيني تلك السلطة المقررة لشخص على الشيء[7] محل الحق تمكنه من الانتفاع به في الحدود التي يقررها القانون، ولا يظهر في هذا الحق إلا صاحبه والشيء أو العين التي يرد عليها الحق، وهو سبب تسميته بالحق العيني[8]، وعليه لا يمكن بحال من الأحوال اعتبار الحق في العدول حقا عينيا لأن هذا الأخير

غير مخصص لعين بذاتها أو شيء بعينه، إنما هو رخصة منحها المشرع للشخص تمكنه من هدم العقد[1] دون تبعات، بالإضافة إلى أن حق العدول في التعاقد هو حق مؤقت لا يمكنه تجاوز المدة التي حددتها التشريعات للمتعاقد (المستهلك) حتى يمارسه .

البند الثالث: حق العدول في التعاقد رخصة قانونية

من خلال ما تقدم بيانه يتبين أن حق المتعاقد في العدول عن العقد ليس بالحق الشخصي ولا هو بالحق العيني، ولا يمكن اعتباره حرية يمارسها المتعاقد في إباحة المحظور في النظرية العامة للعقود، إنما هو من طبيعة خاصة[2]تمثل استثناءا على القاعدة العامة للعقود، وعنصر الزمن في خيار العدول لا يخضع لإرادة طرفي العقد إنما تقرره قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تخوّل المستهلك الخيار بين الاستمرار في العقد أو إنهاءه بإرادته المنفردة إن هو رأى أنه لا يصب في مصلحته، وعند انتهاء المدة دون أن يمارس حقه في العدول فإن العقد عندئذ يصبح نافذا بقوة القانون.

وعلى ذلك، فالحق في العدول يعتبر رخصة استثنائية تشريعية[3]أملتها ضرورة حماية أطراف معينة في العقود(المستهلكين) نظرا لطبيعة العلاقة التعاقدية وقوة طرف على حساب طرف، وتفوقه عليه من الناحية الفنية والاقتصادية، ومصدر هذه الرخصة القانون، من خلال نص المادة 19 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون 18-09، الهدف منها ضمان رضا المتعاقدين والتأكد من وجوده وأن هذا العقد يحقق الرغبة الفعلية والمصلحة المطلوبة لديهم[4]تجسدها فترة التفكير والتروي ووزن ما يعود عليهم من نفع أو ضرر على بيّنة وتبصّر وأن العقد لا يوجد فعلا إلا بعد انقضاء تلك الفترة[5]،لأن الرضا هو جوهر العقود.

المطلب الثاني: تمييز حق العدول عن بعض النظم المشابهة له

إن ما يترتب على العدول في التعاقد هو زوال العقد، لكنه ليس النظام الوحيد الذي يؤدي إلى تلك الآثار، إذ تشترك معه في ذلك عدة أنظمة قانونية تؤدي كلها إلى إنهاء العقود لاسيما تلك التي تمارس بالإرادة المنفردة. وحتى يمكن إعطاء صورة واضحة عن نظام العدول في التعاقد، نحاول تمييزه عن تلك الأنظمة القانونية المشابهة له على غرار البطلان(الفرع الأول)، والعقد الموقوف (الفرع الثاني)، وفسخ العقد بالإرادة المنفردة(الفرع الثالث)، وأخيرا تمييزه عن إلغاء العقد بالإرادة المنفردة(الفرع الرابع).

الفرع الأول: تمييز العدول في التعاقد عن البطلان

إن كل من العدول في التعاقد والبطلان يؤدي إلى زوال العقد بصفة كلية من لحظة إبرامه، غير أن ذلك لا يلغي ما بينهما من فروق إذ أن البطلان هو جزاء يلحق عقدا أصيب بخلل في أحد أركانه أو أكثر عند تكوينه يحول دون ترتيب كل أثر له لأن العقد في هذه الحالة يكون منعدما من الناحية القانونية[6]، ولا حاجة بعد إذ إلى تقرير ذلك البطلان ما لم ينازع فيه أحدا المتعاقدين، كما أنه لا يزول بالتقادم، فالعقد يبقى باطلا

مهما تقادم الزمن[1]، في حين أن العدول في التعاقد يلحق عقدا صحيحا نافذا يتوفر على جميع شروطه وأركانه سليمة، لكن المشرع لاعتبارات معينة(حماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك)أعطى لأحد المتعاقدين إمكانية إنهاء العقد خلال مدة معينة بعد نشوؤه، أو أن يعطل إبرام العقد بعد صدور القبول بمدة معينة[2].

هذا إذا كان البطلان مطلق، أما إن كان البطلان نسبيا، فإن التقارب بينه وبين العدول في التعاقد يكون أكثر وضوحا، ذلك لأن العقد القابل للإبطال يكون قرار إنهائه بيد من قُرّر لمصلحته وهو من عيبت إرادته بغلط أو تدليس أو إكراه، وبالتالي هو عقد منتج لكامل آثاره مثله مثل العقد الصحيح، غير أنه باستطاعة معيب الإرادة أن يطلب إبطاله في غضون المدة المقررة قانونا، ومع ذلك فإن النظامين يختلفان من حيث أن القابلية للإبطال لا تمنع من أن ينتج العقد آثاره، أما الحق في العدول فإنه يمنع من ترتيب أي أثر للعقد.

من ناحية أخرى، فإن قرار العدول في التعاقد يعود إلى الإرادة الخالصة للمستهلك دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، أما في حالة العقد القابل للإبطال فإن تعطيله يتطلب رفع دعوى واستصدار حكم ببطلان العقد لمصلحة من قُرّر له ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[3].

الفرع الثاني: تمييز العدول في التعاقد عن العقد الموقوف

العقد الموقوف هو التصرف المشروع بأصله ووصفه الذي يتوقف ترتب أثره عليه بالفعل على الإجازة ممن يملكها شرعا[4]، فهو يرتب أثره في الحال، وتكون صحته مرهونة بإجازته أو نقضه[5] غير أنه مثله مثل العقد اللازم والنافذ يعتبر عقدا صحيحا[6]،وحيث أن العدول المقرر لمصلحة المستهلك يحول دون أن ينتج العقد أثره حتى تمر المدة المحددة دون أن يستعمل المستهلك حقه في العدول، يكون النظامين متشابهين إلى حد ما، غير أنه يمكن التمييز بينهما من ناحية أن أسباب وقف العقد معروفة مسبقا[7]مثل عيوب الرضا أو عدم الولاية على التصرف من حيث النوع أو من حيث المحل[8]على عكس العدول عن التعاقد.

كما يكمن الاختلاف بين العقد الموقوف والعدول في العقد في دور المدة لكل منهما، ومن يملك الحق في نقض العقد الموقوف هو من يكون الوقف في مصلحته فيجيزه[9] أو ينقضه في مدة معينة وفق ما تقتضيه مصلحته، وانقضاء المدة يكون بمثابة إجازة ضمنية، باستثناء الحالات التي يتجاوز فيها الوكيل حدود وكالته، ومن يملك الإجازة أو النقض، فإنه المتعاقد نفسه أو شخص آخر أسند له القانون تلك السلطة.

في حين أن العدول في التعاقد مخول فقط للمستهلك وحده، يمارسه بإرادته المنفردة، ضمن المدة المحددة شرعا، والتي بانقضائها دون أن يبدي رغبته في الرجوع كان ذلك بمثابة تنازلا منه عن ذلك الحق وأنتج

العقد آثاره وأصبح نافذا في حقه[1] أما الهدف المنشود منه بخلاف العقد الموقوف هو أن يقدم المستهلك خصوصا على إبرام العقود الاستهلاكية وتنفيذها عن تروّ وبرضاء سليم ومتنور.

الفرع الثالث: التمييز بين العدول في التعاقد وفسخ العقد بالإرادة المنفردة

باعتبار العدول في التعاقد وفسخ العقد بالإرادة المنفردة نظامين يجسدان صور لإنهاء العقود، فإنهما يشتركان في بعض المظاهر ويختلفان في أخرى، وقبل الخوض في ذلك يجب تحديد حالات الاتفاق على فسخ العقد، ثم المقارنة بينه وبين العدول في التعاقد كمكنة منحها المشرع للمستهلك بصفة خاصة.

يجوز في أي مرحلة كان عليها تنفيذ العقد من غير شرط خاص أن يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد لاغيا، أو ما يطلق عليه تفاسخا[2] أو تقايلا[3] وهو بخلاف الحالة التي يخلّ فيها أحد الطرفين بالتزامه الناشئ عن العقد.

فالفسخ الاتفاقي أو التفاسخ أو التقايل هو اتفاق طرفي العقد على إنهاء العقد بعد إبرامه دون وجود لأسباب تدعو إلى ذلك[4] سواء كان ذلك قبل البدء في التنفيذ أو أثناء التنفيذ[5]، وعليه فإن التقايل يتفق مع العدول عن التعاقد في كثير من الخصائص، فكلاهما يمكن أن يكون في المرحلة التي تلي إبرام العقد، أي في مرحلة التنفيذ ولا يشترط فيهما استصدار حكم قضائي بإنهاء العقد ولا بتقديم أسباب يبررون من خلالها إقدامهم على إنهاء العقد.

في المقابل يتميز الحق في العدول في التعاقد أنه يكون دائما من حق من تقرر الخيار لمصلحته بإرادته المنفردة(المستهلك) بعكس الإقالة التي تتطلب اتفاق الطرفين على إنهاء العقد[6].

أما صور الفسخ الاتفاقي أو الشرط الفاسخ الذي يجعل العقد مفسوخا تلقائيا دون الحاجة أحيانا إلى حكم قضائي، أو دون أن يكون للقاضي سلطة تقديرية في الفسخ، أو استمراره في حالة تحقق الشرط الداعي إلى الفسخ، وقد لا يقع الفسخ إلا بعد إعذار المدين[7]، وعلى ذلك فإن للفسخ الإتفاقي ثلاث حالات:

*الحالة الأولى: أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، وذلك يتطلب الإعذار مع الحكم القضائي بفسخ العقد، والحكم في هذه الحالة منشأ لا كاشفا، وللقاضي السلطة التقديرية في فسخ العقد أو رفض الفسخ[8] بأن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه إن وجد في الظروف ما يبرر ذلك.

*الحالة الثانية: أن يكون العقد مفسوخا دون الحاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يغني عن الإعذار، إنما يقتصر على سلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع إعطاء المدين مهلة، ولا يملك إلا النطق بالفسخ، والشرط في هذه الحالة لا يغني عن رفع الدعوى حيث الحكم يعتبر كاشفا لا منشأ[9].

- الحالة الثالثة: هي التي يتفق فيها طرفا العقد على أن يكون هذا الأخير مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى إعذار أو حكم. وهي الحالة التي يتشدّد فيها المتعاقدان في الاحتياط[1]، بحيث يشترطان أن العقد ينفسخ حتما من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى إعذار، ولا إلى حكم قضائي، فيعتبر العقد مفسوخا إذا تحقق الشرط، بأن يتخلّف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، وهي الحالة التي تقترب من الحق في العدول في العقد أين يتوقف إنهاء العقد وانحلاله على إرادة المتعاقد الدائن بالالتزام، وهو الذي يقرّب الشرط الفاسخ من العدول في التعاقد.

أما مظاهر الاختلاف، فإنها تتمثل في:

- أن الحق في الفسخ يجد أساسه في قواعد العدالة وحسن النية التي تقضي بعدم إلزام شخص بعقد لم يلتزم به الطرف الآخر، أما العدول في التعاقد فإن أساسه يكمن في مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وفكرة العقد غير اللازم إذا قرّره الشارع بنص قانوني[2] (المادة 19 من القانون 09-03).
- أن العدول في التعاقد يعتبر حقا صرفا للمستهلك المتعاقد، فله أن يمارسه أو أن يتنازل عنه، أما الفسخ فهو جزاء عدم القيام بالالتزام العقدي، فيأتي في إطار الخطأ العقدي الذي قد يصل فيه الأمر إلى التعويض، في حين أن الرجوع في العقد ليس جزاءا ولا خطأ ولا ينجم عنه ضررا ولا تعويضا.

الفرع الرابع: التمييز بين العدول في التعاقد وإلغاء العقد بالإرادة المنفردة

كلا النظامين تصرف منفرد يؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية دون اشتراط توفر إرادة المتعاقد الآخر أو أن يكون تحت الرقابة القضائية[3]، أما الاختلاف بينهما، فإنه يكمن في أن ممارسة الحق في إلغاء العقد بالإرادة المنفردة يكون في العادة في العقود الزمنية[4] أين الإلغاء فيها يقتصر على المستقبل دون الآثار التي رتبها العقد قبل الإلغاء،[5] أما العدول في التعاقد، فإنه يهدم العقد ويزيله برمته إذا حصل بعد الإبرام.

من جهة ثانية، فإن إلغاء العقد يكون إما نتيجة لطبيعة العقد كما هو الحال في عقود الوكالة أو الكفالة أو العارية، وإما لحق ينشئه القانون لأحد الطرفين كما هو الحال في الرجوع في الهبة[6] ، في حين أن العدول في التعاقد يقرره المشرع لأطراف بعينها في عقود معينة، وهم المستهلكين في عقود الاستهلاك، استثناءا على قاعدة أن العقد لا يمكن إنهاءه إلا باتفاق الإرادتين وتوافقهما، بالإضافة إلى أن الحق في إلغاء العقد بالإرادة المنفردة لا يحول دون قيام العقد ولا يهدد وجوده، بل يقتصر أثره على المستقبل[7]، في حين أن العدول في التعاقد يمنع إبرام العقد أصلا.

الخاتمة:

بعد أن ثبت قصور النظرية العامة للالتزام في حماية المستهلك، ذلك الطرف الضعيف الذي يفتقر في العادة إلى مقومات التكافؤ في مواجهة المهني أو المحترف المتفوّق من الناحية الاقتصادية، والمعرفية، والتقنية، والذي بدوره يستغل تلك القوة وذلك التفوق في فرض شروطه في تعاقداته.

ولأن الأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد جاءت لمعالجة ما يمكن أن يكون قد شاب إرادة المتعاقد من عيوب على غرار الغلط، التدليس، الإكراه... ، فإنها بالتالي جاءت بأحكام علاجية، ناهيك على أنها تتعامل مع أطراف العقد على قدم المساواة.

لذلك، وقصد بسط الحماية القانونية اللازمة والفعالة للمستهلك قرر له المشرع الجزائري استثناءا حقا هو بمثابة رخصة تشريعية في مواجهة كل مهني محترف وذلك بمنحه الحق في العدول عن العقد أو الرجوع عن التعاقد، حيث يمكنه بموجب هذا الحق أن يتراجع عن عقد أبرمه مع المحترف تبيّن له أن لا فائدة منه، دون تبعات مالية أو قانونية.

وبغرض تعميم الاستفادة من هذه المكنة نقترح أن يوسّع المشرع الجزائري قدر المستطاع من قائمة السلع والخدمات التي يستفيد مستهلكوها من الحق في العدول عن العقود التي أبرموها، وأن يراعي في ذلك طبيعة المنتج (بسيط أو معقد)،طريقة التعاقد، وقيمة المنتج، وأن يعمل على حفظ مصالح كل الأطراف المتعاقدة بما فيها المحترف، دون الإخلال باستقرار المعاملات.

التهـــميش:

1 بخللي عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد و أثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر،بسكرة ، العدد الرابع، أفريل 2017، ص 336

2 بخللي عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد و أثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق و الحريات، جامعة محمد خيضر،بسكرة ، العدد الرابع، أفريل 2017، ص 336

3 قد يستعمل شرّاح القانون مصطلح الرجوع أو العدول، وهي في هذا المقام تحمل نفس المعنى و نفس المدلول، كما قد يستخدم مصطلحات أخرى قريبة في المعنى نذكر منها: إعادة النظر، رخصة الندم، رخصة السحب، و غيرها...

يقابلها في اللغة الفرنسية:

Délai de réflexion, délai de rétractation, droit de repentir, droit de renonciation...

4 إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد و الإرادة المنفردة و التصرف القانوني،مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى،1995،ص274

– " الأصل أن العقد الذي ينعقد صحيحا نافذا لا يجوز لأحد العاقدين أن يرجع فيه بإرادته المنفردة ، لكن هناك عقود تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين دون توقف ذلك على إرادة الطرف الأخر كالوكالة ، الشركة و الهبة و الوديعة ، و العارية، و الرهن و الكفالة ... " عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة، مكتبة القطب، القاهرة، 1968، ص22

5 محمد السعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 1998، ص07 أنظر أيضا علي الخفيف ، أحكام المعاملات،ص 331

6 حشلافي لخضرو الود الود، مقاصد العدول الصرفي في صورة البقرة، المنهل، https ;//platform.almanhal.com

7 القاموس المعجم الوسيط، اللغة العربية المعاصر، عربي عربي

8 إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص274، أنظر أيضا وهبه الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 2012، ص25

-"le délai de réflexion consiste à offrir au contractant, aptes la signature du contrat un délai pendant lequel il pourra revenir sur son engagement" Françoise Domont-Naert, les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge (rapport belge) in la protection de la partie faible dans les rapport contractuels, comparaisons, Fronco, Belges, Jaques Ghestin et marcel fontaine L.G.Dj-1996,p227

9آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني،شركة المطبوعات للتوزيع و للنشر، بيروت،الطبعة الأولى، 2010، ص321

10Barrére. S , la rétraction du juge civil, Mélangées en hommage a p. hebraud, 1981, p1

11 أيمن مساعدة و علاء خصاونة، خيار المستهلك في البيوع المنزلية و بيوع المسافة ، مجلة حماية المستهلك ، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة ، الطبعة الأولى، 2014

12 إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا ، مجلة المحامي الكويتية ، عدد جويلية و أوت، 1985، ص19

- عرف بعض الفقه الرجوع بأنه: "سلطة أحد المتعاقدين الإنفراد بنقض العقد و التحلل منه دون توقف ذلك على إرادة و مشيئة الطرف الآخر." إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 274
- وعرفه آخر: " أمر عارض محقق الوقوع يرد على العقود اللازمة فيفقدها اللزوم أثناء مدة الخيار يستطيع أحد المتعاقدين أو كلاهما فسخ العقد أو إجازته بإرادة منفردة." عبد الله عبد الله محمد العلفي ، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، جامعة عين شمس ، 1988، ص26
- كما عرفه آخر: " قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد المفاضلة و الإختيار بين إمضائه أو الرجوع ..." عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك(دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون)، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2008، ص767
- M. cornu définit la faculté de rétraction comme : " le fait de revenir, en vue d'en détruire les effets juridique, sur un acte qu'on avait volontairement accompli. ,"
- David basco le droit de rétraction, université de Marseille, 1999, p03
- البيع إما أن يكون لازما أو غير لازم، و العقد اللازم هو الخالي من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه و إبطاله ، أما العقد غير اللازم فهو أن يكون للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد (الإبقاء عليه) وعدم إمضاءه بفسخه إن كان خيار شرط أو رؤية ، أو عيب أو خيار تعيين ، و الأصل في البيوع اللزوم ، إلا أن المشرع الإسلامي أثبت فيه الخيار رفقا بالمتعاقدين. أ.د وهبه الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضاء المعاصرة، دار الفكر، دمشق، الجزء الحادي عشر، 2012،ص 25

13 سليمان براك دايح، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك ، مجلة النهرين، كلية الحقوق جامعة النهرين ، العدد14، المجلد08، سبتمبر 2005،ص169

14كما يجوز أن يتفق المتعاقدان أن يكون لأحدهما حق العدول في مدة معينة فيكون العقد مقترن بشرط فاسخ هو العدول خلال تلك الفترة فإذا حدث العدول تحقق الفسخ و زال كل أثر للعقد "سليمان مرقس ، عقد البيع ، دار الهنا للطباعة ، مصر، الطبعة الرابعة، 1980، ص70

15سليمان براك دايح، مرجع سابق، ص 170

16 سليمة لدعش،حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، مجلة الحقوق و الحريات ، العدد، الرابع، أفريل2017،ص375

17 سليمان براك دايح، مرجع سابق، ص196

18 المادة 09 من القانون الفرنسي الصادر في 12 جوان 1971 المتعلق بالتعليم بالمراسلة ، دالوز(DALLOZ)1971

- عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2005 ،ص 69 ،70

19 عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص512

20 يوسف شندي ، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة و القانون، العدد الثالث و الأربعون يوليو،2001، ص 356

21 مثال ذلك حين أصدر المشرع الجزائري التشريع المتعلق بالقانون المتعلق بالقرض والنقد فكرس بالأمر 03-11المعدل ومتمم للأمر 10/04 والمادة الجديدة 119 مكرر 1 المكملة للأمر رقم 03/11والتي تتضمن الفقرة 4 منه ما يلي: " يمكن أي شخص اكتتب تعهد أن يتراجع عنه في اجل ثمانية «8 «أيام من تاريخ التوقيع على العقد."

22 المشرع الفرنسي في قانون1972/12/22 المتعلق بالبيع بالمنزل (la vente a domicile) في المادة 03 و 04 سمح للعملاء أن ينسحبوا من العقد بعد توقيعه بسبعة أيام دون تحمل لأي تبعات من خلال إرسال خطاب مضمون الوصول و مسجل العلم به دون إبداء الأسباب التي دفعتهم إلى ذلك

- نصت المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 21-88 الصادر في 06 جانفي 1988على أنه: " في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن للمشتري خلال سبعة أيام من تاريخ تسليم المبيع ، الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر ، أو رده و استرداد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد"

Pour toutes les opérations de vente a distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs a compter de la date de la livraison de sa commande pour faire retourner ce produit au vendeur pour échange ou remboursement sans penalties a l'exception des frais de retour.

23 يوسف شندي ، مرجع سابق، ص257

24 عامر القيسي، تطور القانون الوضعي في أساليب حماية المستهلك، مجلة النهرين،ص08

- منح المشرع الفرنسي في عقود القرض الاستهلاكي من خلال القانون رقم 10لسنة 1978 الخاص بحماية المستهلكين، و تنظيم العلاقة بين المقرض و المقترض لاسيما المادة 05 مهلة سبعة أيام للتدبر و التفكير ابتداءا من تاريخ قبول العرض المقدم من المقرض مع إلزام هذا الأخير بالبقاء على إيجابه مدة 15 يوما.

25 Jean calais –Auloy. L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, Rot. D. civ 1994 p.244

26 عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق،ص 513

27 لم يصدر المشرع الجزائري المرسوم الذي يحدد المنتوجات المعنية، و لا الكيفية التي يمارس من خلالها حق العدول إلى حد كتابة هذا البحث

28 عبد الرزاق السنهوري، نظريه العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثانية، 1998، ص07

29 رشا علي جاسم العامري، الرجوع في التعاقد، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2017، ص29

30 ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول، نظرية العقد، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2003،ص 51

31 سليمان براك دايح، مرجع سابق، ص 169

32 منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني(دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ص45 – رشا علي جاسم العامري، مرجع سابق، ص

33 آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني،شركة المطبوعات للتوزيع و للنشر، بيروت،الطبعة الأولى، 2010، ص 324

34 عبد الرزاق السنهوري، نظريه العقد، الجزء الأول، مرجع سابق، ص07

35 محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص14

36 منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، مرجع سابق، ص 45 – رشا علي جاسم العامري، مرجع سابق، ص30

37 يوسف شندي ، مرجع سابق، ص 284

38 يرى الفقيه الفرنسي كريستيانوس (Christianos) : " الاعتراف القانوني بخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد لا يمنع انعقاد العقد بصورة فورية بمجرد اتفاق الإرادة ، إلا أن وجود عقد صحيح لا يعني بالضرورة نفاذه بصورة آلية فور انعقاده، فخيار الرجوع رغم بقاءه خارج العلاقة التعاقدية إلا أنه يوقف نفاذ العقد طوال المدة المحددة قانونا للرجوع..." ، يوسف شندي، مرجع سابق، ص 283

39 محمد السعيد جعفور، مرجع سابق، ص 09

40 آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني،شركة المطبوعات للتوزيع و للنشر، بيروت،الطبعة الأولى، 2010، ص322

41 المواد 99 و ما يليها من القانون المدني الجزائري

42 رشا علي جاسم العامري، مرجع سابق، ص48

43 سليمان براك دايح، مرجع سابق، ص 171

44 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 531

45 فرج عبد الرزاق حسن، المرجع السابق، ص43

46 منصور حاتم محسن أبو حبط، العقد الموقوف، محاضرة على موقع كلية الحقوق جامعة بابل www.uobabylon.edu.iqc بتاريخ 2018/02/02 سا 18:20

47 أحمد علي عويدي ، نوفان منصور العجارمة، خالد رضوان السمامعة، إجازة العقد الموقوف في القانون الأردني، دار إهابة، علوم الشريعة و القانون، المجلد43، الملحق 04،2016، ص 1595

48 سليمان براك دايح، مرجع سابق، ص172

49 أحكام الوكالة المواد571 و ما يليها، و المواد من 74 إلى 77من القانون المدني الجزائري

50 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول ، مرجع سابق، ص 209

51 سليمان براك دايح، مرجع سابق، ص173

52 محمد حسين منصور، مصادر الالتزام – العقد و الإرادة المنفردة–، دار الجامعة للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ص 246

53 لم يرد في القانون المدني الجزائري تعريفا للتقايل، إلا أن تعريفه لغة هو: " الرفع و الإزالة و ذلك لقولهم : أقال الله عثرته، و قيل تقايل البيعان أي تفاسخا صفقتيهما ، و قيل أقلته أي فسخته و استقاله أي طلب إليه أن يقيله. "
سندس عبد الله السراج، إنحلال العقد بالتقايل– دراسة تحليلية– رسالة ماجستير،جامعة الأزهر غزه ، فلسطين، 2013، ص05

54 عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1996، ص343
رشا علي جاسم العامري، مرجع سابق، ص54

55 محمد حسن قاسم ، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية و التشريعية الحديثة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق،جامعة الإسكندرية، العدد الأول،ص20

56 رشا علي جاسم العامري، مرجع سابق، ص 55

57 المادة 120من القانون المدني الجزائري

58 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني ، مرجع سابق، ص694

59 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني ، مرجع سابق، ص696

60 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني ، مرجع سابق، ص696

61 رشا علي جاسم العامري،مرجع سابق، ص60

62 رشا علي جاسم العامري، مرجع سابق، ص62

63 إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد و الإرادة المنفردة و التصرف القانوني، مرجع سابق، ص436

64 عبد المنعم فرج صده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص395

65 عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني ، مرجع سابق، ص723

66 سليمان براك دايح، مرجع سابق، ص 174

عنوان المداخلة رقم (09)

عنوان المداخلة: الضوابط القانونية لممارسة حق العدول عن العقد الإلكتروني.

المحو الأول: مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية.

د/ هبة حيتم

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

أستاذة مؤقتة

hitem.hiba.univ1.droit@gmail.com

الملخص :

تعرضنا في هذه الورقة البحثية إلى الضوابط والشروط التي وضعها المشرع الجزائري حتى يتمكن المستهلك من ممارسة خيار العدول عن العقد الإلكتروني.

ولقد حدد المشرع العقود التي لا يستعمل فيها الحق في الرجوع إلا بإتفاق الطرفين، واستبعد عقودا أخرى من حق العدول كونها من العقود التي يكون محلها توريد سلع استهلاكية شائعة.

غير أن المشرع الجزائري، وعلى غرار معظم التشريعات التي نظمت خيار العدول عن العقد الإلكتروني لم يحدّد مدة معينة يمارس فيها المستهلك حق العدول وإنما تركها للاتفاق ولا كيفية العدول.

وفي حالة استعمال المستهلك لهذا الحق، تنشأ على عاتق الطرفين التزامات أهمها التزام المهني أو المتدخل برد المبالغ المدفوعة من قبل المستهلك. أما هذا الأخير فيقوم برد السلعة إلى المنتج.

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، العدول، المستهلك، المنتج.

Abstract :

In this research paper, we discussed the controls and conditions set by the Algerian legislator so that the consumer can exercise the option of withdrawing from the electronic contract. The legislator has defined contracts in which the right of recourse is used only by agreement of the parties, and excluded other contracts from the right of revocation as they are contracts that are replaced by the supply of common consumer goods. However, the Algerian legislator, like most of the legislations that regulate the option of withdrawing from the electronic contract, did not specify a specific period within which the consumer exercised the right of revocation, but left it to the agreement or the method of revocation. In the event that the consumer uses this right, the parties have obligations, the most important of which is the obligation of the professional or intervener to refund the amounts paid by the consumer. The latter return the commodity to the producer.

***Key words**: electronic contract, withdrawing, consumer, producer.*

مقدمة

أدى التطور التكنولوجي وتطور الوسائل الإلكترونية، إلى أخذ العقود بجميع صورها وأشكالها بعداً مختلفا عما عهدنا، فأصبحت عمليات البيع والشراء الإلكتروني أكثر مرونة، ممّا عدّها الكثير بأنها ميزة تساهم في تسهيل عمليات التبادل التجاري والخدمات وإبرام الصفقات التجارية، وبالتالي تشجع الأفراد على اعتمادها في تصرفاتهم القانونية. وذلك لكونها تبرم عن بعد في العالم الافتراضي دون الحاجة لوجود مجلس العقد. ولقد زادت أهمية التجارة الإلكترونية خاصة بعد ظهور جائحة كورونا سنة 2020.

وتتوفر عمليات البيع والشراء الإلكتروني على العديد من المزايا أهمها السرعة في إبرام الصفقات وتوفير الجهد والنفقات، مما يمكن المستهلك من التسوق في العديد من دول العالم من خلال الشبكة المعلوماتية.

غير أنه بالمقابل، غالبا ما يقوم المستهلك بإبرام العقد الإلكتروني دون اطلاعه على جودة السلعة أو الخدمة. بل رأى صورتها فقط على شاشة الحاسوب أو اعتمادا على وسائل الإشهار التي يلجأ إليها المهني والتي تؤثر في نفسية المستهلك. لذلك لجأت بعض التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري، إلى استحداث آلية لحماية المستهلك في العقد الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف، بحكم عدم خبرته، وذلك عبر النص ضمن أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/18[1]، على خيار العدول عن العقد، وضمن قانون التجارة الإلكترونية[2] في ظل التعاقد الإلكتروني، وأبقى على ضمانات ممنوحة للمستهلك عند ظهور عيب في السلعة أو المنتج.

غير أن خيار العدول، يعد وسيلة خطيرة للمهني لكونه يبقى مهدّداً ينتظر رجوع المستهلك عليه، خاصة أن هذا الخيار مكفول للمستهلك فقط، مما يؤدي إلى تهديد استقرار المعاملات المالية، كما يعد خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد التي نصت عليه المادة 106 من القانون المدني.

لذلك عمل المشرع على تحديد الضوابط التي يتم الإلتزام بها من أجل ممارسة خيار العدول، إذ يجب ألا يكون وراء استعمال المستهلك لهذا الخيار مضرة للمهني وذلك ضمانا أو حفاظا على التوازن العقدي.

بناءاً على ذلك، تثور الإشكالية الآتية: ما هي الضوابط القانونية لممارسة المستهلك لخيار العدول عن العقد الإلكتروني؟

من أجل الإجابة على هذه الإشكالية، ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين : نبيّن في الأول، ممارسة المستهلك لخيار العدول، أما المبحث الثاني، نخصصه للحديث عن آثار ممارسة خيار العدول عن العقد الإلكتروني.

المبحث الأول: ممارسة المستهلك خيار العدول عن العقد الالكتروني

إن خيار العدول عن العقد المقرر للمستهلك في المعاملات الالكترونية، له نطاق يجب أن يمارس فيه (المطلب الأول)، كما يجب ممارسته من قبل المستهلك خلال المدة المقررة لذلك (المطلب الثاني).

---

[1]- القانون رقم 03/09، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 مؤرخة في 8 مارس 2009، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، ج.ر عدد35.

[2]- القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر عدد 28 صادرة بتاريخ 16 ماي 2018.

المطلب الأول:نطاق تطبيق خيار العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني

يتحدد نطاق خيار العدول بالنظر إلى الأشخاص أي أطراف العلاقة الاستهلاكية (الفرع الأول)، و كذا محل التعاقد أي النطاق الموضوعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النطاق الشخصي لخيار العدول عن العقد

يتحدد النطاق الشخصي لخيار العدول بين المستهلك الممارس و المستفيد لخيار الرجوع، و المتدخل أو المهني الذي يتحمل هذا العدول.

1-المستهلك صاحب الحق في العدول

المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يحصل على سلع أو خدمات بمقابل أو مجانًا للاستعمال النهائي للمنتجات سواء كان استعمالا شخصيا أو عائليا، و بذلك لا يعتبر مستهلك من يتعامل من أجل مهنته أو نشاطه[1].

و لقد عرفت المادة 3 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل و المتمم-السالف الذكر- المستهلك كما يلي: "**المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".**

فهذا التعريف الذي أورده المشرع، ضيق ويشوبه القصور، لأنّه ربط الاستهلاك بغاية معينة وهي تلبية حاجة شخصية أو عائلية أو غيرها دون الأخذ في الاعتبار عنصر التخصص. إذ أقصى من نطاق الحماية، الأشخاص الذين يقتنون الأشياء لغاية مهنية خارج تخصصهم[2].

و المستهلك حسب المادة 03 من قانون الممارسات التجارية رقم 02/04[3]هو:" **كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع، أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني".**

هذه التعاريف خاصة بالمستهلك الذي يتعامل بطريقة تقليدية مع المهني. أما المستهلك الذي يتعامل بالطرق الالكترونية عرفه القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية- السالف الذكر-كما يلي: "**كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية، سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي".**

2-المتدخل أو المهني

وهو الطرف الثاني في العلاقة الاستهلاكية، ويعتبر في مركز قوة بالنظر الى الخبرة و المعرفة التي يملكها في مجال السلع والخدمات التي يتعامل فيها.

وحسب المادة7/3 من القانون رقم 09-03، السالف الذكر فان المتدخل هو: "**كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك...".**

---

[1]- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص08.

[2]- سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 2018/02، ص 19.

[3]- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23، المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 41.

ويقصد بعملية عرض المنتجات للاستهلاك، مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة وهذا طبقا للمادة 8/3 من القانون رقم 09-03 السالف الذكر.

إن الهدف الذي توخاه المشرع من توسيع طائفة المتدخلين، هو توسيع حماية المستهلك حتى يتمكن من اختيار الشخص الأكثر ملاءة. وبهذا يكون قد ألقى التزام بالسلامة على عاتق كل محترف سواء كان بائعا، منتجا، مستوردا أو موزعا. كما أنه لم يخص هذا الالتزام المهني في علاقته بالمستهلك، بل يفهم بأيّ متعامل معه. ولذلك يكون قد انتهج مسلك المشرعين الأوروبي والفرنسي اللذان وسّعا من نطاق المسئولين (منتجين حقيقيون، حكميون)[1].و هذا خلافا لما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر من القانون المدني[2]، أين حصر المتدخل بالمنتج دون أن يعطي تعريفا له و دون أن يحدد من هو المنتج هل المنتج الحقيقي أو الحكمي؟ و هذا يعد تعارضا مع أحكام القانون رقم 03/09 المعدل و المتمم.

أما قانون التجارة الإلكترونية- السالف الذكر-أطلق على المتدخل مصطلح المورد الإلكتروني في المادة 4/6 و هو: "**كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية** ...".

فالمورد الالكتروني حسب هذا التعريف يقتصر فقط على الذي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع والخدمات، و هذاخلافا لما ذهب إليه المشرع في القانون رقم 03/09 المعدل و المتمم.

الفرع الثاني: النطاق الموضوعي لحق العدول عن العقد

للمستهلك مكنة الرجوع عن العقد الالكتروني الذي أبرمه مع المهني، ولا يهم الوسيلة التي بواسطتها تم التعاقد، سواء حصل بالفاكس، التيلكس أو الانترنيت، و مهما كان محل العقد سلعة أو خدمة.

فإذا كان الرجوع عن العقد الالكتروني الذي يكون محله سلعة لا يثير أي إشكالية مادام أن السلعة شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا[3]،غير أن الإشكالية تثور حول العدول عن الخدمات الالكترونية التي لا تتجسد في مظهر مادي والتي تسلم إلى المستهلك بمجرد العقد. و بالتالي فكيفية العدول عنها تعد غير ذات أهمية خاصة إذا قام المستهلك بتحميل(télécharger)الخدمة الإلكترونية التي استقبلها[4].

ثار خلاف فقهي حول مدى تخويل المستهلك رخصة الرجوع في العقود التي يكون محلها تقديم خدمة معينة، كالخدمات التي تعرض من خلال القنوات التليفزيونية، مثل تذاكر الطيران وخدمات السياحة والفندقة وتذاكر السينما والمسرح وغيرها[5].

هناك رأي[1] يذهب إلى القول بمساواة المستهلك للخدمة مع المستهلك للمنتج أي السلعة بصفة عامة. إذ يحق الرجوع في الخدمة المقدمة إذا وجدها غير ملائمة، لأن الأحكام التي كرّسها المشرع للمستهلك تمتد إلى

---

[1]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص19.

[2]- القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 59/75 ج.ر عدد 78، صادر في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

[3]- درماش بن عزوز، حماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، العدد 2011/02، ص384.

[4]- مساعد زيد عبد الله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة 2007، ص 195.

[5]- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، دار المعارف، الإسكندرية، ص95.

مجال الخدمات. أمّا الرأي الآخر[2]،يستند إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة الأولى من القانون رقم 88–21 المنظم لعمليات البيع عن بعد المؤرخ في 6 جانفي 1988[3]التي لم تشر لا من قريب و لا من بعيد إلى عقود تقديم الخدمات، إضافة إلى ذلك أن عملية إرجاع الخدمة إلى من قدمها تثير صعوبة خاصة إذا كان قد استفاد منها قبل العدول، فهنا لا مجال للعدول أصلا.

و إذا كان للمستهلك الحق في العدول عن التعاقد بصورة انفرادية ودون أي التزام، إلّا أن هناك بعض من العقود لا يمكن استعمال حق العدول فيها، وهو ما أشار إليه القانون الأوروبي الاسترشادي للمعاملات و التجارة الالكترونية وذلك في المادة الخامسة منه و أيضا المشرع الفرنسي في المادة 121–20 من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما يلي:

- عقود تسليم الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق قبل انقضاء مهلة 7ايام.
- عقود تسليم السلع والخدمات التي يرتبط ثمنها بتقلبات السوق المالية والتي لا يمكن للبائع مراقبتها.
- عقود تسليم السلع التي صنعت وفقا لتعليمات ومواصفات اشترطها المستهلك. لأنه في هذه الحالة أصبحت ذات طابع شخصي ولا يمكن أن تكون محل طلب من الغير.
- عقود تسليم أشرطة فيديو أو برامج معلوماتية وقام المستهلك بنزع أغلفتها.
- عقود تسليم الصحف والمجلات والدوريات[4].

في الحالات المحددة أعلاه، يمتنع على المستهلك استعمال حق الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة. لكن رغم ذلك يمكن للمستهلك أن يستعمل حقه في الرجوع في هذه الحالات إذا وقع اتفاق بينه وبين المهني، وهذا لم يشر إليه المشرعين الأوروبي والفرنسي عكس المشرع المغربي[5].

أما العقود التي يكون محلها توريد لسلع استهلاكية شائعة التي تتم في مكان سكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة، و كذلك العقود التي يكون محلها أداء خدمات التسكين، النقل، المطاعم والترفيه التي يجب أن تقدم في تاريخ زمني معين أو على فترات دورية محددة فانه لا يمكن للمستهلك استعمال خيار العدول عنها.

و يمكن إضافة نوع من العقود التي تخص بيع العقارات، فلا يشملها أيضا حق العدول،إذ يشترط فيها المشرع الرسمية والتأجيل، وهذه الإجراءات كافية لمنح المشتري فرصة التفكير والإقدام على التعاقد.

أما في القانون المصري، فإن حق المستهلك في العدول غير مقيّد، بل هو مطلق يستعمل في كل البيوع المقتصرة على السلع والخدمات إذا اتضح أنها غير مطابقة للمواصفات أو الغرض[1].

---

[1]- عبد العزيز مرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقد البيع الذي يتم عن بعد مع التطبيق على البيع عن طريق التليفزيون بوجه خاص، الطبعة لم تذكر،دار المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 83.

[2]- زروق يوسف، حماية المستهلك مدنيا من مخاطرالتعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مجلة دفتر السياسة والقانون، العدد 09/جوان 2013، ص139.

[3] - *Loi N°88-21 du 06 janvier 1988, relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de télé-achat, publié sur site internet : legifrance.gouv.fr.*

[4]- محمد يونس، محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد، كوسيلة للحماية المدنية، اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، مجلة أكاديمية شرطة دبي، 2016، ص26.

[5] أنظر المادة 38 من القانون المغربي رقم 31/08، المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

المطلب الثاني: تحديد مدة ممارسة المستهلك لخيار العدول عن العقد الالكتروني

يعتبر العدول عن العقد من الوسائل الحديثة التي أقرها المشرع لحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، يمارسها دون تعسف خلال المدة المقررة و دون إلحاق ضرر بالمتدخل، و هو يعد من الخيارات المؤقتة التي تنقضي إما باستعمال العدول أو بانقضاء المدة المحددة لممارسته.

و في هذا الإطار نجد اختلاف بين التشريعات في تحديد مدة العدول.فمثلا التوجيه الأوروبي رقم 9/97 حدد المدة الممنوحة للمستهلك لممارسة خيار العدول بسبعة (7) أيام عمل على الأقل.

أما قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل فوفقا لنص المادة 222–7 منه، فأنّ المدة التي يلتزم فيها المستهلك بإبداء رغبته في العدول هي 14 يوم[2]. غير أن المشرع الفرنسي رأى فيما بعد أن هذه المدّة غير كافية في الحالة التي يكون فيها المهني لم يقم بتنفيذ التزامه بإعلام المستهلك عن إجراءات العدول والاستثناءات الواردة عليه، فجعل المدة هي ثلاثة أشهر بدلا من 14يوم.[3] وقد جاء قانون شاتلCHATEL المؤرخ في 3 جانفي 2008 حول تطوير المنافسة في خدمة المستهلكين، في المادة 30[4]بما يلي: **"..إن المؤسسات ملزمة بتقديم إعلام كامل لزبائنها حول الإجراءات القانونية الخاصة بحق الرجوع".** لكن إذا تدارك المهني هذا الخطأ وقام بإعلام المستهلك خلال هذه المدة، فإن مدة 14 يوم هي الأصل وتحسب من تنفيذه الالتزام بالإعلام[5]. إلّا أنه بمجيء قانون ماكرون LOI MACRONالمؤرخ في 6 أوت 2015[6]، فإن مدة الرجوع عن العقد هي 15 يوما يبدأ حسابها من يوم طلب السلعة أو الخدمة عبر الانترنت، وهذا بالفعل في غير صالح المستهلك –بل هو في صالح المهنيين– ولا يحقق له حماية فعالة، لأنه مضطر لانتظار التسليم حتى يستعمل حقه في الرجوع وربما مدة 15 يوم تكون قد انتهت ولن يتمكن من استعماله حقه في الرجوع[7].

أما القانون المصري، فقد نص على مدة ممارسة حق العدول في المادة الثامنة من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006، كما يلي: **"...للمستهلك خلال 14 يوما من تسلم أية سلعة، الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تمّ التعاقد عليها من أجله. ويلتزم المورد في هذه الحالة بناء على طلب المستهلك، بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية".**

---

[1]-سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الالكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 07، العدد 2018/02، ص 22.

[2]- سي يوسف زاهية حورية، نفس المرجع السابق، ص 22.

[3]-Article *30 de La loi no 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrenceau service des consommateurs, dispose :(…les entreprises seront obligées de fournir une information complète à leurs clients sur le cadre juridique applicable au droit de rétractation) ,publié sur site internet : legifrance.gouv.fr*

[4]- عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 27 ، العدد 1، 2013، ص 17.

[5]- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص22..

[6]- *www.droitdu.net/2015/09/loi-macron*

[7]-منصور حاتم محسن، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 02،سنة 2012 ،ص19.

أما المشرع الجزائري، فقد حدد مدة العدول بأربعة (04) أيام عمل و ذلك في المادة 1/22 من قانون التجارة الالكترونية –السالف الذكر–، و التي جاء نصها كما يلي: «**....يمكن المستهلك إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج...**". و نفس الحكم تضمنته المادة 23 من نفس القانون.

يجوز الاتفاق على زيادة المدة التي حددها المشرع –سواء في القانون الفرنسي أو المصري – ولكن لا يجوز الاتفاق على إنقاصها أو إسقاطها، لكون الزيادة تمنح للمستهلك حماية أكثر.

أما بالنسبة لبدء سريان هذه المدة، فهي تختلف باختلاف محل العقد. فإذا كان محل العقد سلعا أي منتوجات، فإن بدء سريان المدة يكون من يوم تسلم المنتوج. وإذا كان المحل هو خدمة، فيكون بدء سريان المهلة من يوم تقديمها. أمّا بالنسبة لمعظم التوجيهات الأوروبية، فترى أن المهلة بالنسبة للخدمات تبدأ من لحظة إبرام العقد. أما بالنسبة للسلع، فهي تبدأ من لحظة تسلمها من قبل المستهلك.

و لم يحدد المشرع من يقع عليه إثبات واقعة التسلم، فالأصل أن يقع الإثبات على عاتق المهني لإثبات تاريخ التسليم. فما دام أن واقعة التسليم، مادية فيجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات المعروفة في القواعد العامة ومنها الإثبات بالشهود والكتابة وغيرها.(المواد 323 إلى 350)

المبحث الثاني: أثار ممارسة الحق في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني

يرتب استعمال المستهلك لخيار العدول عن العقد الالكتروني آثارا على المتدخل (المطلب الأول)، و أخرى على المستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أثار ممارسة خيار العدول على المتدخل

يكمن الأثر الجوهري للعدول عن العقد بالنسبة للمتدخل برد الثمن الذي دفع له من قبل المستهلك مقابل السلعة أو الخدمة التي قدمت له، إذ يترتب على حق العدول اعتبار العقد كأن لم يكن، وهو أثر طبيعي للعدول حيث يلتزم المهني برد كافة المبالغ التي دفعت له من قبل المستهلك في المدة المحددة قانونا.و هذا ما نصت عليه المادة 13 من التوجيه الأوروبي رقم 83–2011.

كما أخذ المشرع الفرنسي بنفس الفكرة في المادة 15/222 من قانون الاستهلاك الفرنسي 2017[1]، حيث يتعين على البائع رد المبالغ التي دفعها له المستهلك مقابل حصوله على السلعة أو الخدمة خلال 30 يوما من قيام المستهلك بإبلاغه بأنه يريد العدول عن التعاقد أي تنفيذ العقد.

أما إذا لم يقم المتدخل برد الثمن في الميعاد المحدد قانونا و انقضت المدة، فانه يقع عليه التزام بدفع فوائد التأخير للمستهلك. كذلك رتب المشرع الفرنسي عقوبة جزائية في حالة ما إذا رفض المتدخل إرجاع المبالغ التي تسلمها من المستهلك، تتمثل في غرامة مالية، و هو ما نصت عليه المادة 121–2/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 2000/83 فقد حدد أجل رد الثمن بعشرة أيام (عمل)و ذلك ابتداءا من تاريخ إرجاع السلعة أو العدول عن الخدمة، أما المشرع المغربي في المادة 37 من القانون

[1]- ج.ر عدد 5932 صادرة بتاريخ 17 أبريل 2011، ص1072.

رقم 31/08[1] فقد ألزم المتدخل بإرجاع المبلغ المدفوع في أجل 15 يوما من يوم ممارسة الحق في الرجوع.و في حالة رفض المتدخل إرجاع الثمن للمستهلك و انقضت المدة المحددة قانونا، فانه يتعرض لوجوب دفع غرامة مالية تتراوح بين1200 إلى 50000 درهم، و في حالة العود تضاعف هذه الغرامة، إلا إذا أثبت المتدخل أن عدم التزامه بدفع الثمن يرجع إلى السبب الأجنبي[2].

في حين نجد أن المشرع اللبناني لم يقم بتحديد أجل معين لرد الثمن رغم أنه نص على وجوب الرد من طرف المتدخل، كذلك القانون المصري.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 4/23 من قانون التجارة الإلكترونية–السالف الذكر– بأنه يجب إرجاع المبالغ المدفوعة خلال مدة 15 يوما من تاريخ تسلم المنتج.

و طبقا لنص المادة 1/22 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري فأن للمستهلك الإلكتروني الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم احترام المورد الإلكتروني آجال تسليم المنتج، كما نصت المادة 3/23 من نفس القانون على ذات الإمكانية في حالة الضرر الذي يلحق المستهلك من جراء تسليم منتج معيب أو غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، وعليه بالإضافة للخيارات المتاحة للمستهلك من قبل المشرع والمتمثلة في العدول عن التعاقد أو المطالبة باستبدال المنتج أو إصلاح عيبه، يمكنه أيضا المطالبة بجبر الضرر الذي لحقه بسبب تلك الأخطاء.

و تجدر الإشارة أنه إذا كنا أمام الحالة التي يكون فيها تمويل العقد المبرم عن بعد بين المستهلك و المنتج سواء كليا أو جزئيا عن طريق عقد ائتمان مبرم بين المورد و شخص آخر و مارس المستهلك خيار العدول عن العقد الأصلي، فذلك سيؤدي حتما إلى زوال العقد التابع لكون هذا الأخير مرتبط بالعقد الأصلي، فالمستهلك يقوم بإبرام عقد الائتمان من أجل تمويل العقد المبرم عن بعد و ممارسة العدول تؤدي إلى نقض العقد الأصلي و بذلك يفسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات، ما عدا المصروفات المحتملة لفتح الائتمان[3]، و هذا ما تضمنته المادة 4/6 من التوجيه الأوروبي و التي جاء نصها كما يلي: " **.... ممارسة المستهلك لحق العدول يؤدي الى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات...**"

المطلب الثاني: أثار ممارسة حق العدول على المستهلك

يترتب على المستهلك الذي استعمل حقه في العدول عن العقد التزامين و هما رد السلعة الى المنتج و دفع مصاريف رد السلعة.

أولا : الالتزام برد السلعة للمتدخل

عند عدول المستهلك عن تنفيذ العقد ينشأ التزام على عاتقه برد السلعة إلى المتدخل في نفس الهيئة التي تسلمها عند تنفيذ العقد الذي عدل عنه، ذلك لأن ممارسة المستهلك لخيار العدول هو نقض للعقد و إعادة

---

[1]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص784.

[2]- راجع المواد 37 إلى 40 والمادة 26 من القانون المغربي رقم 31/08، القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

[3]- محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، الطبعة لم تذكر دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص154.

الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.[1]

و لقد رتب المشرع الجزائري هذا الالتزام على عاتق المستهلك و ذلك في المادة 2/23 من قانون التجارة الالكترونية –السالف الذكر–، حيث يلتزم المستهلك الالكتروني بإعادة ارسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة (04) أيام عمل ابتداءا من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج.

و لكن الإشكالية التي تثور في هذا الشأن هي من يتحمل تبعة الهلاك خلال مهلة العدول؟ فالمشتري تسلم السلعة، لكن ملكيتها لم تنتقل اليه في الفترة ما بين اعلان خياره في العدول أو الابقاء على العقد، حيث يكون هنا مجرد حائز و يظل المتدخل هو المالك و بالتالي يتحمل هذا الأخير تبعة الهلاك[2].

ثانيا : تحمل المستهلك مصاريف رد السلعة

يتحمل المستهلك نتيجة ممارسة حقه في العدول عن تنفيذ العقد جميع المصاريف والمتمثلة في المبالغ التي يقوم بصرفها لإرجاع السلعة إلى المحترف وتشمل مصاريف الشحن والنقل والتأمين...

وهذا ما نصت عليه العديد من التشريعات كالقانون التونسي في المادة30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التي تنص على: " يتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

كما نصت على هذا الالتزام المادة 121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، و المادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني.

وإذا كان المستهلك وفقا لهذه القوانين يتحمل مصروفات إعادة السلعة أو المنتج الذي تم التعاقد عليه مع المورد باعتباره نتيجة مباشرة لاستعمال حقه في العدول، فإن الأمر مختلف بالنسبة للقانون الجزائري حيث لا يتحمل المستهلك أي تكاليف أو مصروفات إعادة السلعة أو استبدالها ويتحملها المورد الالكتروني و هذا ما نصت عليه المادة 2/22 من قانون التجارة الالكترونية – السالف الذكر– و التي جاء نصها كما يلي: " **....يجب على المورد الالكتروني أن يرجع الى المستهلك الالكتروني المبلغ المدفوع و النفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج....**"و أيضا المادة 2/23 من نفس القانون و التي جاء نصها كما يلي: " **... و تكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الالكتروني**".

الخاتمة

بناءا على ما تقدم، يعتبر خيار عدول المستهلك عن العقد الإلكتروني من الآليات القانونية التي استحدثها المشرع الجزائري، وذلك من أجل حماية المستهلك بغض النظر عن خروجها عن مبدأ القوة الملزمة للعقد. وذلك لاعتبار المستهلك هو الطرف الضعيف في العقد مما يتوجب حمايته من المهني.

ولقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج وهي:

---

[1]– الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015، ص243.

[2]- أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، 2010، ص 360.

أن خيار العدول عن العقد يعتبر من النظام العام، حيث لا يمكن للمتعاقدين الاتفاق على اسقاطه قانونا.

- أن محل العقود التي يمارس فيها خيار العدول قد يكون سلعة أو منتوجا أو خدمة.
- أن المشرع استبعد بعض الأنواع من العقود من خيار العدول عن العقد الإلكتروني.
- أن المشرع تدخل لتقييد الحق في العدول، و السماح به في حالة عدم مطابقة السلعة أو الخدمة لما تم الإعلان عنه أو في حالة عدم التزام المورد بمواعيد التسليم.
- أن تحديد مدة العدول بأربعة (04) أيام عمل تحسب من تاريخ التسليم الفعلي، نراها قصيرة و قد لا تحقق الغاية المرجوة من استعمال المستهلك لخيار العدول.
- أن الالتزامات التي تنتج على طرفي العقد نتيجة استعمال خيار العدول، يتوجب الوفاء بها خلال الفترة المحددة.
- أما التوصيات التي يمكن اقتراحها هي كالتالي:
  - ضرورة تنظيم كيفية العدول في عقود الخدمات الإلكترونية.
  - ضرورة تحديد إجراءات الرجوع وإجراءات استرداد المنتوج، حيث أن معظم القوانين التي نظمت حق العدول لم تتعرض إلى هاتين النقطتين وهذا يعد تقصيرا تشريعيا.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1. القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 58/75/ المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 78 صادرة في 1975/09/30.
2. القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد15 صادرة في 08 مارس 2009 معدل ومتمم بموجب القانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، ج.ر عدد35.
3. القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية ج.ر. عدد 28 صادرة بتاريخ 16 ماي 2018.
4. القانون رقم 02/04، المؤرخ في 2004/06/23، المتعلق بالممارسات التجارية، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 41.
5. القانون رقم 2000/83 المؤرخ في 09 أوت 2000، المتعلق بالقانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، منشور عبر الموقع الإلكتروني: data.over-blog-kiwi.com

ثانيا:المراجع

أ- الكتب:

1. السيد محمد السيد عمرانـــ حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الطبعة لم تذكر، دار المعارف، الإسكندرية، 1986.

2. عبد العزيز مرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقد البيع الذي يتم عن بعد مع التطبيق على البيع عن طريق التليفزيون بوجه خاص، الطبعة لم تذكر، دار المعارف، الإسكندرية، 2005.
3. الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015.
4. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية، والدولية وحماية المستهلك، الطبعة لم تذكر، دار الفكر الجامعي، سنة 2006.
5. أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، 2010.
6. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة لم تذكر، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

ب- الأطروحات والمذكرات

1. مساعد زيد عبد الله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 2007.

ج-المقالات

1. زروق يوسف، حماية المستهلك، مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)ـ مجلة دفتر السياسة والقانون، العدد 09 جوان 2013.
2. محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، مجلة أكاديمية، شركة دبي، سنة 2016.
3. سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد، آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 2018/02.
4. عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 27، العدد01/ 2013.
5. منصور حاتم محسن، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسة، العدد 02، سنة 2012.
6. درماش بن عزوز، حماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1-، العدد 02/ 2011.

المراجع باللغة الأجنبية

1. *Loi N° 88-21 du 06 janvier 1980, relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de télé-achat, publié sur site legigrance.gouv.fr*
2. *Code de la consommation français, publié sur site internet : legifrance.gouv.fr*
3. *Loi N° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, J.O N° 0003 du 04 janvier 2008, publié sur site*

internet : legifrance.gouv.fr.

4. *Loi Macron du 06 Aout 2015 sur le droit du consommation d en ligne pat internet, publié sur site internet : droitdu.net.*

عنوان المداخلة رقم (10)

إشكالية تحديد الطبيعة القانونية للوقف في التشريع الجزائري قرآءة للمادة 04 على ضوء القانون رقم:91-10، المتعلق بالأوقاف.

The problem of determining the legal nature of endowments in Algerian legislation, a reading of Article 04 in the light of Law No. 91-10, related to endowments.

المحور الأول: مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية

رقاني عبد المالك

– أستاذ محاضر قسم ب–

التخصص: الحقوق– أحوال شخصية.

reggani.droit@gmail.com

جامعة الحاج موسى أق أخموك تمنغست

0662288146

عقباوي محمد عبد القادر

– أستاذ محاضر قسم ب–

التخصص: الحقوق– القانون الجنائي

okbaoui6@yahoo.com

جامعة الحاج موسى أق أخموك تمنغست

0698060780

ملخص:

أثارت الأوقاف عدة إشكالات قانونية كمسألة انتقال الملكية، والوقف بأكثر من الثلث، والوقف على وارث، وما يهمنا في هذا المقام الطبيعة القانونية للوقف وما يترتب عليه من أثار من حيث التكييف القانوني وتحرير السند الوقفي وخاصة على العقار الموقوف مما أثار جدلا قانونياً واسعاً.

حيث تهدف هذه الورقة البحثية؛ لمعالجة أهم الإشكالات القانونية التي تثيرها الطبيعة القانونية للوقف، وخاصة ما جاءت به المادة الرابعة من قانون الأوقاف رقم: 91–10 المعدل والمتمم، هل هو عقد أم تصرف صادر بإرادة منفردة.

الكلمات المفتاحية: الوقف؛ العقد؛ التصرف بإرادة منفردة؛ الواقف؛ التأبيد.

Abstract:

Endowments raised several legal problems, such as the issue of transfer of ownership, endowment of more than one third, and endowment for an heir. What concerns us in this regard is the legal nature of endowment and its implications in terms of legal conditioning and editing the endowment deed, especially on the endowed property, a wide legal controversy.

Where this research paper aims; To address the most important legal problems raised by the legal nature of the endowment, especially what came in Article Four of the Awqaf Law No. 91-10 amended and supplemented, is it a contract or a disposition issued by a single will.

Keywords: endowment; Contract; acting unilaterally; standing; perpetuation.

مقدمة:

تعددت الدراسات المتعلقة بالوقف؛ نظراً لمكانته، وللدور الفعال الذي كان ولا يزال يساهم فيه؛ وخاصة في جوانبه المقاصدية؛ وإبراز أحد أهم أهدافه السامية، وتعزيز أواصر التعاون والتضامن والتكافل الاجتماعي، وهو أجَّل أنواع البرّ والبذل والعطاء، فهو يبلغ صاحبه درجة الإيثار.

كما لا يخفى الطابع الاجتماعي التكافلي التضامني للأوقاف، مما يؤكد الحكمة من مشروعيته، وقد كان للأوقاف دوراً فعالاً في حل العديد من المشاكل أو التقليل منها، كجمع شمل الفرقاء وصرف البعض عن السؤال...وغير ذلك، وهو ما جعل الكثير من المجتمعات تتبنى هذا النظام تحت مسميات مختلفة، كالمؤسسات الخيرية والجمعيات الخيرية...إلخ.

وقد نالت الأوقاف حظّها من الإهتمام بسبب طابعها الديني التعبدي، وخاصة ما يتعلق بالدراسات والأبحاث التي تعالج أهم الأحكام المتعلقة بها، وما يترتب عليها من أثار، وذلك نظراً للدور الأساسي الذي كانت ولا تزال تساهم فيه، فهي بذلك نظام شرعي وقانوني قائم بذاته ومورد مالي مستقل بكيانه، إذ يقوم على حبس العين وتسبيل المنفعة أو التصدق بثمارها على جهة من جهات البر.

من خلال ما سبق؛ يمكن طرح الإشكالية الأتية: **بيان أهم الإشكالات التي تثيرها الطبيعة القانونية من خلال نص المادة 4 من قانون الأوقاف رقم:91-10؟**

وتتفرع على هذه الإشكالية؛ إشكاليات ثانوية؛ تتمثل في:

- ما المقصود بالوقف؟
- التكييف القانوني للوقف؟

وللإجابة على هذه الإشكالية؛ تم اعتماد المنهج الوصفي والتحليلي؛ فالمنهج الوصفي؛ لبيان معرفة الوقف، سواء معناه اللغوي، أو الإصطلاحي؛ ببيان الإختلاف الفقهي، وما اعتمده المشرع الجزائري، أما المنهج التحليلي؛ فللوقوف على ما جاءت به المادة الرابعة من قانون الأوقاف رقم: 91-10 المعدل والمتمم، وقراءة ما بين أسطر المادة.

وقد تم تقسيم هذه الورقة البحثية لمحورين؛ فالمحور الأول: لبيان مدلول مصطلح الوقف، أما المحور الثاني: فللمعالجة أهم الإشكالات التي جاءت بها المادة الرابعة من قانون الأوقاف.

المحور الأول: مدلول الوقف

تقتضي الدراسة؛ بيان المقصود بالوقف من خلال تعريفه؛ بداية بتعريفه لغة، واصطلاحاً، سواء في الإصطلاح الفقهي- الفقهي الإسلامي- ، أو القانوني حسب المشرع الجزائري مع الإستئناس ببعض التشريعات العربية.

أولا: تعريف الوقف لغة: الوقف[1] لغة الحبس[2] التحبيس والتسبيل بمعنى واحد، يراد به الحبس عن التصرف، يقال: وقفت كذا، أي حبسته، ولا يقال: وقفته إلاّ في لغة تميمة[3]، وله معانٍ عديدة عند العرب، فقد جاء في المعجم الوسيط: "وقف وقوفا قام من جلوس وسكن بعد المشي، ووقف على الشيء عاينه، ووقف في مسألة ارتاب فيها ووقف الدار ونحوها حبسها في سبيل الله، ويقال: وقف الحاج بعرفات شهد وقتها[4].

ويأتي بمعنى المنع، تقول: وقفت الدار أي منعتها عن التملك، ولا يقال أوقفتها، فالوقف بهذا الشكل هو الحبس عن التصرف[5].

ثانيا: التعريف التشريعي للوقف: إذا كان الأصل أنّ المشرع لا يعرّف؛ وإنّما يضع الأحكام؛ إلاّ أنّه كثيراً ما تضمنت القوانين تعريفات، وللوقوف على هذه الأخيرة؛ كان لا بد من ذكر المبادرة التي سارع لها المشرع الجزائري عقب الاستقلال بوضع المرسوم رقم: 64-283 المتعلق بنظام الأملاك الحبسية[6]، إلاّ أنّ هذه المبادرة كانت محتشمة، ولم تتجاوز مواده العشر، كما أنّه لم يتطرق من خلالها لتعريف الوقف، وهو ما استدركه في قانون الأسرة[7]، وقانون التوجيه العقاري[8]، وكذا قانون الأوقاف[1].

---

(1) يراد به عند القراء قطع الكلمة بما بعدها بقطع الصوت زمانا بمقدار التنفس عادة وما كان من غير قطع التنفس هي سكتة، والتوقيفي في الشرع كالنص فقال مثلا: أسماء الله توقيفية، انظر: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص239.

(2) لفظ مستعمل مقابل الوقف لدى المشارقة، انظر: مصطفى عبد السلام المهاة، المعجم لألفاظ الحبس المعقب والعام لدى المغرب، ط01، برنس، الرباط، 2006، ص48.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهمّ النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، ج 08، ط02، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985، ص153.

(4) مجموعة من المؤلفين، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية الدولية، ط04، مكتبة الشروق العربية، مصر، 2004، ص272، وانظر أيضا: على بن هادية بلحسين البليش والجيلالي بن الحاج يحي، القاموس الجديد، تقديم محمود سعدي، ط07، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م، ص1340.

(5) صورية زردوم، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010)، ص07.

(6) المرسوم رقم: 64-283 المؤرخ في: 10 جمادى الأولى 1384ه الموافق لـــ: 17 سبتمبر 1964م يتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، (ج.ر، العدد 35، المؤرخة في: 1964/09/52م).

(7) القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404ه، الموافق لـــ: 09 يونيو 1984م المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـــ الموافق لـــ: 27 فبراير 2005م، (ج. ر، العدد 24، المؤرخة في: 2005/02/27م).

(8) القانون رقم: 90-25 المؤرخ في أول جمادى الأولى 1411هـــ، الموافق لـــ: 18 نوفمبر 1990م، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49 السنة 1990م، ص 1560. ووقع تصحيح واستدراك بعض النصوص في الجريدة الرسمية، العدد 55 السنة 1990م، ص 1743.

01-تعريف الوقف في قانون الأسرة الجزائري رقم: 84-11: تنص المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ: " الوقف حبس المال على التملك لأيّ شخص على وجه التأبيد والتصدق"، فالمشرع الجزائري أخرج المال من ملك الواقف للتصرف فيه، ولم يحدد الجهة التي يؤول إليها – لأيّ شخص- وسواء كان شخصاً طبيعياً[2] أو معنوياً[3] كما اعتبر التأبيد شرطاً لازماً فيه، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً بأنّه لا يجوز هبة الأموال المحبوسة؛ لأنّها تنافي التأبيد، وأحكام الحبس"[4]، وفي قرار آخر جاء فيه" من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ العين المحبّسة لا يجوز التصرف فيها بأيّ تصرف ناقل لملكية سواءً بالبيع أو بالهبة أو بغيرها..."[5].

02- تعريف الأملاك الوقفية في قانون التوجيه العقاري رقم: 90-25: عرّف المشرع الجزائري الأملاك الوقفية في المادة 31 من قانون التوجيه العقاري قائلاً بأنّ: "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواءً كان هذا التمتع فورياً أو بعد وفاة الموصين الوسطاء الذين يعنيهم المالك المذكور".

03- **تعريف الوقف في قانون الأوقاف رقم: 91-10:** أورد المشرع الجزائري تعريف الوقف في المادة 03 من قانون الأوقاف، إذ يقول: "الوقـــف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء وعلى وجه من وجوه البر والخير"، والملاحظ أنّ المشرع الجزائري كان أكثر دقة وضبطاً في تعريف الوقف حيث أبقى على مفهوم التأبيد، وهو ما أكده في نص المادة 28 من قانون الأوقاف، حيث جاء فيها: "يبطل الوقف إذا كان محدداً بزمن"، وهذا خلافاً لما أخذت به بعض التشريعات العربية[6]، كما تتجلى

---

(1) القانون رقم: 91-10 المؤرخ في: 12 شوال 1411هـــ الموافق لـــ: 27 أبريل 1991م يتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون رقم: 01-07 المؤرخ في: 28 صفر 1422هـــ الموافق لـــ: 22 يونيو 2001م المعدل والمتمم بالقانون رقم: 02-10 المؤرخ في: 10 شوال 1423هـــ الموافق لـــ: 14 ديسمبر 2002م (ج، ر، العدد 83، المؤرخة في 2002/12/15م).

(2) أحكام المواد من 25-48، من القانون رقم: 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005م (ج، ر، 44، ص20)

(3) أحكام المواد من 49-50-51، من القانون رقم: 05-10، المؤرخ في: 20 يونيو 2005م (ج ، ر، 44، ص21)

(4) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1986/01/13، ملف رقم: 39360، (غير المنشور)، نقلاً عن بالحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، وفقاً لأحدث التعديلات، ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهور خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص579.

(5) قرار المحكمة العليا، غ، أ، ش، الصادر بتاريخ: 1997/07/16، ملف رقم: 157310، م، ق، 1997، عدد01.

(6) التشريعات العربية: كالتشريعين المغربي والأردني:

أ- المادة الأولى، الوقف هو كل ما حبس أصله بصفة دائمة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة برّ وإحسان عامة أو خاصة"، الظهير الشريف رقم: 236-05-01 الصادر في: ربيع الأنوار 1431هـــ الموافق لـــ: 23 فبراير 2010م يتعلق بمدونة الأوقاف المغربية (ج .ر 5847 في: 01 رجب 1431 ه الموافق لـــ: 14 يونيو 2010م).

ب- المادة 1233 "الوقف حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً" القانون المدني الأردني رقم: 1976/43 والذي دخل حيز التنفيذ في: 1977/01/01، ج ر: 2645 في: 1976/08/01م.

دقة التعريف من خلال كلمة "المنفعة" تأكيداً على عدم التصرف في العين الموقوفة، وأنّ قرارات المحكمة العليا دائماً ما كانت تعتبر هذا الأمر جوهرياً، إلاّ في حدود ضيقة نصت عليها المادتين 2 و 24 من قانون الأوقاف، وعملاً بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة. ويُلحظ من خلال التعاريف القانونية السابقة بعض الملاحظات وهي:

1- التصرف الإرادي للوقف يتوقف على إيجاب الواقف، والطابع التأبيدي للشيء الموقوف.

2- عدم صحة وإبطال التصرف في العين الموقوفة سواءً من قبل الواقف أو الموقوف عليهم إلاّ في حالات.

3- التصدق ينصبّ على منفعة الشيء الموقوف من دون أصله[1].

وبما أنّ التعاريف القانونية مستمدة جلّها من أحكام الفقه الإسلامي، كان لزاماً الوقوف على التعريفات الشرعية للوقف.

ثالثاً – التعريف الشرعي للوقف:

01-تعريف الأحناف:

أ- **عرّف الإمام أبو حنيفة** الوقف بأنّه: "حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبرّ في الحال والمآل"[2]، ومقتضى التعريف أنّ العين الموقوفة باقية على ملك الواقف ولا تخرج عنه إلى غيره، وعليه؛ فيحقّ للواقف التصرف في العين الموقوفة بكلّ التصرفات الناقلة للملكية من بيع أو هبة أو إرث، ومنه؛ فالوقف عند الإمام أبي حنيفة يأخذ حكم العارية[3]، حيث ينصب التبرع على المنفعة لا على العيـــــن[4]، ويترتب عنه أيضاً عدم اللزوم، إلاّ في حالات ثلاث هي:

- إذا حكم الحاكم باللزوم؛ لأنّه أمر مجتهد فيه؛ وحكم الحاكم يرفع الخلاف،
- أن يعلقه بموته؛ كأن يقول إذا مت فقد وقفت داري على كذا، فليزم بالوصية من الثلث بالموت لا قبله.
- أن يجعله وقفاً للمسجد؛ ويفرزه عن ملكه ويؤذن فيه للصلاة، فإذا صلى فيه واحد؛ زال ملكه عن الواقف[5].

ب – وعرفه الصاحبان: (أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني**)** بأنّه: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب أو على وجه تعود منفعته على العباد"[1].

ج- المادة 01" يقصد بالأوقاف الخيرية في تطبيق هذه اللائحة كل من الأوقاف العامة كأوقاف الحرمين الشريفين وأوقاف المساجد وأوقاف الأربطة والمدارس وغيرها..."، لائحة تنظيم الأوقاف الخيرية، المملكة العربية السعودية، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الأمانة العامة لمجلس الأوقاف الأعلى.

(1) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر 2009، ص 429. بتصرف

(2) وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ط02، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1993، ص 153.

(3) العارية: تمليك منفعة بلا بدل، انظر: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، المرجع السابق، ص141.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتـــــه، المرجع السابق، ص153. انظر أيضاً: بن مشرنن خير الدين، نظام الوقف في القانون الجزائري، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012)، ص12.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص ص 153-154 .

ويرى الصاحبان أنّ العين تخرج عن ملك صاحبها- الواقف- وتصير حبساً على ملك الله تعالى، ويمنع على الواقف أو الموقوف عليه التصرف فيها، فهما بهذا التعريف قد خالفا إمامهما بخروج العين الموقوفة من يد صاحبها ولا تنتقل إلى ملك العباد، ولا يملك حق التصرف فيها ولا توريثها، وهو الأمر نفسه بالنسبة للموقوف عليهم[2].

02- **تعريف المالكية:** عرّف الوقف الإمام ابن عرفة من المالكية بأنّه: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً"[3]، وبهذا المعنى فالمالكية يوافقون الإمام أبا حنيفة في عدم خروج العين الموقوفة من ملك الواقف، إلاّ أنّه يُمتنع عليه التصرف فيها، فهو شبيه بالمحجور عليه، إذ إنّه يملك ولا يتصرف، كما أنّه لا يشترط التأبيد[4].

03- **تعريف الشافعية:** يعرف الإمام الشربيني من الشافعية الوقف بأنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود"[5]؛ ذلك أن؛ العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف، وتصير حبساً على ملك الله تعالى، فيُمتنع على الواقف التصرف فيها، ويلزم بالتبرع بغلتها على الموقوف عليهم[6].

04- **تعريف الحنابلة:** عرف الإمام أبو قُدامة المقدسي من الحنابلة الوقف بأنّه: "تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة"[7]، فكأنّ الحنابلة استانسوا في ذلك بحديث سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه حينما قال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أُصب مالاً قطّ هو أحب إليّ منها، وقد أردت أن أتصدق بها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" احبس أصلها وأسبل ثمرتها"[8].

---

(1) نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، (المعروفة بالفتاوى العالمكيرية، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان)، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ، 2000م، ج02، ص357.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص154.

(3) أبو عبد الله محمد الأنصاري الرّصاع، الهداية الكافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المشهور بشرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري، ط01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993، ص539.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص156، وانظر: بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص ص 12-13. انظر أيضاً: خير الدين فنطازي، نظام الوقف في التشريع الجزائري، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006-2007)، ص13.

(5) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ط01، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ص485.

(6) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص155.

(7) أحمد بن قُدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تحقيق أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1423هـ-2003م، ص69.

(8) أخرجه: ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق شعيب الأرنائوط، وعادل مرشد، ومحمد كامل قره بللي، وعبد اللطيف حرز الله دار الرسالة العلمية، ط01، 1430هـ، 2009م، باب الوقف، رقم الحديث: 2397، ج03، ص476، وقال: إسناده صحيح،

الحنابلة يقولون: بخروج العين الموقوفة من يد الواقف، ومآلها إلى حكم الله، ويُمتنع على الواقف التصرف فيها، موافقين في ذلك الشافعية[1]، وكما أنّ التعريف اللغوي ميّز بين الوقف والحبس[2]، فإنّ **الشيعة الجعفرية** بدورهم فرّقُوا بين الوقف والحبس اصطلاحاً، ذلك أنّ الوقف عندهم هو: "تحبيس العين وتسبيل المنفعة"، فتعريفهم يشبه إلى حد كبير تعريف الحنابلة، فجعلوا الوقف سببا لزوال ملك العين من الواقف، والتأبيد من شروطه ولا يورث، بينما الحبـــس بقاء العين على ملك الحابس، مع جواز إمكانية جميع التصرفات عليه من بيع أو هبة أو إرث[3].

ومن التعريفات المعاصرة للوقف تعريف الدكتور منذر قحف حيث عرّفه بأنّه: "حبس مؤبد ومؤقت لمال، للانتفاع المتكرر به أو بثمرته في وجه من وجوه البر العامة والخاصة"[4].

من خلال ما سبق يتبين؛ أنّ المذاهب الفقهية تختلف في تعريفها للوقف التكييف القانوني والشرعي له[5]، من حيث انتقالُ العين، والتأبيد، واللزوم، وإمكانية التصرف من بيع أو هبة أو إرث، وهذا مردّه قلّة وغموض النصوص الدالة على الوقف، وكذا النصوص العامة والمجملة للنصوص الواردة في القرآن الكريم، وعدم تعرض السنة النبوية لتفصيله إلاّ في مواضع محدودة، ضف إلى ذلك عدم بلوغ النص الشرعي وأعمال الصحابة في هذا الشأن للفقيه[6].

وعلى العموم؛ فإنّ اختلاف الفقهاء في حقيقة الوقف، على غرار الاختلافات الفقهية بينهم مردها إلى أسباب الاختلاف العامة من تخصيص العام، وتقييد المطلق، وتبيين المجمل، وناسخ ومنسوخ،....الخ[7].

المحور الثاني: الطبيعة القانونية للوقف

على غرار التعريفات الفقهية والقانونية التي وردت للوقف، فإنّ الطبيعة القانونية هي الأخرى تثير جدلاً، وذلك نظراً للغموض الذي جاءت به ألفاظ وعبارات قانون الأوقاف من أن: "الوقف عقد تبرع صادر عن إرادة منفردة..." [8]، وللحديث عن الطبيعة القانونية للوقف قُسّم هذا الفرع إلى مجموعة نقاط:

وابن خزيمة النيسابوري، صحيح ابن خزيمة، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، رقم الحديث: 2486، ج 04، ص 119 وقال الأعظمي: إسناده صحيح.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 155.

(2) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المرجع السابق، ص539، انظر، الحاج محمد باي بالعالم، ملتقى الأدلة الأصلية والفرعية الموضحة للسالك على فتح الرحيم المالك على مذهب الإمام مالك، دار هومه، الجزائر، 2007، ج03، ص161، انظر أيضاً: محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم شافعي، المرجع السابق، ص ص507- 508.

(3) محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم شافعي، المرجع نفسه، ص507- 508.

(4) منذر قحف، الوقف الإسلامي، تطوره، إدارته، تنميته، ط01، دار الفكر، دمشق ، سوريا، 2000، ص ص 62-61. انظر أيضاً: أكرم عوض شحادة الشويكي، حقيقة الوقف وأثر خلاف المذاهب الأربعة فيه، (رسالة لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 1433ه - 2012م)، ص60.61.62 بتصرف

(5) وفي هذا نجد أنّ بعض الفقهاء ومنهم الإمام أبو حنيفة النعمان يلحقون الوقف بالعارية وأحكامها، لعدم استساغتهم التكييف.

(6) علي الخفيف، أسباب اختلاف الفقهاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1365هـ، 1916م، ص ص 57-133-139.

(7) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص07

(8) المادة 04 من قانون الأوقاف رقم: 91-10 علعلى أنّ: "الوقف عقد تبرع صادر عن إرادة منفردة..."

أولاً- اعتبار الوقف عقداً (قانوناً وفقهًا وقضاءً):

01- اعتبار الوقف عقداً قانوناً: بالرجوع لنص المادة 04 من قانون الأوقاف، نجد أنّ المشرع الجزائري أورد كلمة عقد في أول التعريف، بصريح نص المادة 04 السالفة الذكر.

02- **اعتبار الوقف عقداً فقهاً:** يرى أنصار هذا الاتجاه؛ أنّ العقد يرد بمعنيين، معنى عام وآخر خاص[1]؛ **فالمعنى العام:** هو التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي سواءً صدر من طرف أو من طرفين، فهو بهذا المعنى يوافق الالتزام عند القانونيين، ذلك أنّ التصرف عندهم أعمُّ من العقد، وعليه فالعقد: هو "كلّ تصرف يصدر من الشخص المميز بناءً على إرادته ويرتب أثراً من الآثار"[2]، أما **المعنى الخاص:** هو تطابق الإرادتين من أجل مشروع يثبت أثراً معيناً، فالعقد بهذا المعنى هو عقد بمفهومه الضيق والذي قصده المشرع الجزائري في نص المادة 54[3] من القانون المدني؛ ولذلك عرف الدكتور محمد كنازة الوقف بأنّه: "عقد من عقود التبرع يشترط فيه قبول الموقوف عليه المعين، وقبول الهيئة المكلفة بالأوقاف في غير المعين..."[4]

03-اعتبار الوقف عقداً قضاءً: حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: "إنّ الحبس هو عقد خصه الفقه وقيده بشروط خاصة مما لا يمكن اعتباره كوصية بل عقد صحيح يخضع للإرادة المحبس ولا يمكن إبطاله بأيّ وجه من الأوجه ما دام مؤسسه بناه على قواعد فقهية ثابتة كان معمولاً بها وقتئذً، ولا يعاب عليه اختيار مذهب في ذلك ولا إخراج من شاء من المحبس عليهم"[5]، وهو ما المحكمة العليا في في قرار آخر لها حيث جاء فيه: "...إذا كان الثابت – في قضية الحال- أنّ عقد الحبس المحرر وفقاً للمذهب المذكور..."[6].

ثانياً- اعتبار الوقف تصرفا بإرادة منفردة (قانونا وقضاءً): ذهب أنصار هذا الاتجاه[7] إلى أنّ الوقف تصرف انفرادي وذلك لجملة من الأسانيد هي:

---

(1) أحمـــد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 177، وانظر أيضاً: علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، (بحث مقارن)، دار الفكر الغربي، القاهرة، 1365هـــ، 1946م، ص109، وانظر أيضاً: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الغربي، (د ت)، ص 199.

(2) محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص64 .

(3) تنص المادة 54 من القانون المدني على ما يلي: "العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

(4) محمد كنازة، المرجع السابق، ص66 .

(5) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1986/05/05، ملف رقم: 42791، (غير منشور)، نقلاً عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص ص 580-581 .

(6) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1984/12/13، ملف رقم: 35351، م.ق السنة 1989، العدد 04، ص95.

(7) أحمد فراج حسين، محمد أبو زهرة، علي الخفيف، خالد رمول، نادية براهيمي، شيخ نسيمة، عبد الرزاق بوضياف، محمد طرفاني، وحمدي باشا عمر، شيخ سناء .

01- النصوص القانونية الدالة على أن الوقف تصرف صادر بإرادة منفردة:

أ- في القواعد العامة: بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري أقر الإرادة المنفردة من خلال نص المادة 123 مكرر[1]، وكذا نصوص المواد 63[2]-72[3] -305[4]، من القانـــون نفسه[5]، وكذا المادة 48 من قانون الأسرة رقم:05-02 أعلاه[6]؛ وباعتبار أنّ هذه الأحكام تنسحب على الوقف أيضا، فيمكن تطبيق القواعد العامة أيضا على أحكام الوقف سيما المتعلق منها بأحكام الأهلية، وعناصر الإرادة،...

ب- قانون الأوقاف: طبقاً لنص المادة 04 السالفة الذكر من قانون الأوقاف، فإنّ المشرع الجزائري أقرّ بالإرادة المنفردة للوقف حيث قال: "الوقف...التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة..."

02- القرارات القضائية الدالة على أن الوقف تصرف صادر بإرادة منفردة: لقد وردت قرارات عديدة بشأن الطابع الإرادي المنفرد للوقف، حيث كرست قرارات المحكمة العليا الطابع الإرادي الانفرادي للوقف حيث جاء في بعض منها أنّ الحبس يخضع لإرادة المحبس، ولا يمكن إبطاله لكونه مبنيا على أحكام الفقه الإسلامي[7].

ثالثاً- نقد وترجيح: إنّ القارئ لنص المادة الرابعة من قانون الأوقاف يرى أنّ المشرع جمع بين مصطلحي؛ العقد، والإرادة المنفردة، ويترتب على ذلك ما يلي:

- أنّ العقد يكون بين طرفين أو أكثر، أمّا إذا كان من طرف واحد فإنّه لا يرقى لأن يكون عقداً، وإنّما التزاماً[8].

---

(1) تنص المادة 123 مكرر على ما يلي: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير..."

(2) تنص المادة 63 من القانون المدني على أنّه: "إذا عُين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء..."

(3) تنص المادة 72 من القانون المدني على ما يلي:" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر ..."

(4) تنص المادة 305 من القانون المدني على ما يلي: "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختيارياً..."

(5) الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني، (ج، ر، العدد 78، الصادرة في: 30 سبتمبر1975). المعدل والمتمم بالقانون رقم: 88-14 المؤرخ في: 16 رمضان عام 1408 الموافق 3 ماي سنة 1988 (ج، ر العدد 18، الصادرة في: 4 مايو 1988). المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في: 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005 (ج، ر، العدد 44، الصادرة في: 26 يونيو2005).المعدل والمتمم بالقانون رقم: 07-05 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 ماي سنة 2007 (ج، ر، العدد 31، الصادرة في: 13 مايو 2007).

(6) تنص المادة 48 من قانون الأسرة على ما يلي" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."

(7) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1986/05/05، ملف رقم: 42791، (غير منشور)، نقلاً عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 580-581 .

(8) محمد كنازة، المرجع السابق، ص 64. انظر: عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص ص38 39. انظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة الوصية، الوقف، دار هومه، الجزائر، 2004، ص83، انظر: شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري،

– أنّ الجمع بين هاذين المصطلحين– العقد والإرادة المنفردة– وهما شيئان متباينان لا يستقيم؛ ففقهاء القانون لا يعتبرون الإرادة المنفردة عقداً، وهو الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال تعريفه للعقد في نص المادة 54 من القانون المدني.

– أنّ العقد يتطلب إيجاباً وقبولاً، والقبول لا قد يُشترط في التصرف من الإرادة المنفردة طبقاً لنص المادة 123 مكرر من القانون المدني، حيث جاء فيها"... ويسري على الإرادة المنفردة ما يسري على العقد باستثناء أحكام القبول".

خاتمة: في ختام هذا البحث الذي حاولت من خلاله الإحاطة بالموضوع وفق الخطة المنهجية التي تم رسمها، وقد حاولت جهدي الإجابة على الإشكالية الرئيسية المطروحة مع الإشكاليات الثانوية له، وقد توصلت إلى بعض النتائج التي أرجو من المولى العلي القدير التوفيق والسداد فيها، وهي:

- استمد المشرع الجزائري تعريفه للوقف من تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية.
- تطور التعريف القانوني للوقف؛ ليبلغ ذروته في نص المادة 03 من قانون الأوقاف.
- لم يحدد المشرع الجزائري ولم يضبط الطبيعة القانونية للوقف، وذلك من خلال صياغة المادة الرابعة من قانون الأوقاف، بذكره لمصطلحين حصر من خلالهما الطبيعة القانونية للوقف ــوهما: ـــ عقدـــ التزام صادر بإرادةــ منفردة، مما ترتب عليه الجدل في التكييف القانوني والفقهي للطبيعة القانونية للوقف.

التوصيات:

– ضرورة تحديد الطبيعة القانونية للوقف؛ إما عقد، أو تصرف بإرادة منفردة؛ مما يقتضي حذف احدة المصطلحين؛ عبارة "**عقد**"، أو "**تصرف بإرادة منفردة**" من التكييف القانوني، في نص المادة 04 من قانون الأوقاف، والإبقاء على عبارة صادر بإرادة منفردة، أو اكتفاء بإحداهما.

– يستحسن استبدال كلمة الواقف والموقوف موافقة لكلمة الواهب والموهوب أو عبارة يشترط في الوقف ما يشترط في الهبة في نص المادة 215 من قانون الأسرة.

المراجع المعتمدة:

أولاً: الكتب.

1) ابن خزيمة النيسابوري، صحيح ابن خزيمة، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، ج 4، المكتب الإسلامي، بيروت، رقم الحديث: 2486.

2) ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق شعيب الأرنائوط، وعادل مرشد، ومحمد كامل قره بللي، وعبد اللطيف حرز الله دار الرسالة العلمية، ج 3، ط01، 1430هـ، 2009م، باب الوقف، رقم الحديث: 2397.

3) أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الغربي، (د ت)، ص 199.

2012، ص255،انظر أيضاً: أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص245.

4) أحمد بن قُدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تحقيق أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1423هـ-2003م.
5) البليش على بن هادية بلحسين والجيلالي بن الحاج يحي، القاموس الجديد، تقديم محمود سعدي، ط07، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م.
6) بوضياف عبد الرزاق بن عمار، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، الجزائر، 2010.
7) الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر 2009.
8) الحاج محمد باي بالعالم، ملتقى الأدلة الأصلية والفرعية الموضحة للسالك على فتح الرحيم المالك على مذهب الإمام مالك، ج 3، دار هومه، الجزائر، 2007.
9) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات- الهبة- الوصية- الوقف، طبعة جديدة، مزيدة ومنقحة بأحدث الأحكام والقرارات، (د، ذ، ع، ط)، دار هومة، الجزائر، 2004،
10) الخفيف علي، أسباب اختلاف الفقهاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1365هـ، 1916م.
11) الخفيف علي، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، (بحث مقارن)، دار الفكر الغربي، القاهرة، 1365هـ، 1946م
12) الرصاع أبو عبد الله محمد الأنصاري، الهداية الكافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المشهور بشرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري، ط01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.
13) الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهمّ النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، ج 08، ط02، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985.
14) الزحيلي وهبة، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ط02، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1993.
15) بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، وفقاً لأحدث التعديلات، ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهور خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
16) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ط01، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
17) شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري- الهبة- الوصية- الوقف، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، (د، ذ، ع، ط)، دار هومة، الجزائر، 2012.
18) فراج حسين أحمد، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
19) فراج حسين أحمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
20) كنازة محمد، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006.
21) المجددي البركتي محمد عميم الإحسان، التعريفات الفقهية، معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

22) مجموعة من المؤلفين، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية الدولية، ط04، مكتبة الشروق العربية، مصر، 2004.
23) منذر قحف، الوقف الإسلامي، تطوره، إدارته، تنميته، ط01، دار الفكر، دمشق ، سوريا، 2000.
24) المهاة مصطفى عبد السلام، المعجم لألفاظ الحبس المعقب والعام لدى المغرب، ط01، برنس، الرباط، 2006.
25) نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، (المعروفة بالفتاوى العالمكيرية، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان)، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ، 2000م.

ثانياً: النصوص التشريعية.

1) الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني، (ج، ر، العدد 78، الصادرة في: 30 سبتمبر1975). المعدل والمتمم بالقانون رقم: 88-14 المؤرخ في: 16 رمضان عام 1408 الموافق 3 ماي سنة 1988 (ج، ر العدد 18، الصادرة في: 4 مايو 1988). المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في: 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005 (ج، ر، العدد 44، الصادرة في: 26 يونيو2005).المعدل والمتمم بالقانون رقم: 07-05 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 ماي سنة 2007 (ج، ر، العدد 31، الصادرة في: 13 مايو 2007).
2) القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404ه، الموافق لـ: 09 يونيو 1984م المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005م، (ج. ر، العدد 24، المؤرخة في: 2005/02/27م).
3) القانون رقم: 90-25 المؤرخ في أول جمادى الأولى 1411هـ، الموافق لـ: 18 نوفمبر 1990م، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49 السنة 1990م، ص 1560.
4) القانون رقم: 91-10 المؤرخ في: 12 شوال 1411هـ الموافق لـ: 27 أبريل 1991م يتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون رقم: 01-07 المؤرخ في: 28 صفر 1422هـ الموافق لـ: 22 يونيو 2001م المعدل والمتمم بالقانون رقم: 02-10 المؤرخ في: 10 شوال 1423هـ الموافق لـ: 14 ديسمبر 2002م (ج، ر، العدد 83، المؤرخة في 2002/12/15م).
5) القانون المدني الأردني رقم: 1976/43 والذي دخل حيز التنفيذ في: 1977/01/01، ج ر: 2645 في: 1976/08/01م.
6) الظهير الشريف رقم: 236-05-01 الصادر في: ربيع الأنوار 1431هـ الموافق لـ: 23 فبراير 2010م يتعلق بمدونة الأوقاف المغربية (ج .ر 5847 في: 01 رجب 1431 ه الموافق لـ: 14 يونيو 2010م).
7) المرسوم رقم: 64-283 المؤرخ في: 10 جمادى الأولى 1384ه الموافق لـ: 17 سبتمبر 1964م يتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، (ج.ر، العدد 35، المؤرخة في: 1964/09/52م).

ثالثاً: الرسائل الجامعية.

1) بن مشرنن خير الدين، نظام الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
2) زردوم صورية، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010.

3) الشويكي أكرم عوض شحادة، حقيقة الوقف وأثر خلاف المذاهب الأربعة فيه، رسالة لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 1433ه – 2012م.
4) فنطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2006–2007.

رابعاً: القرارات.

1) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1984/12/13، ملف رقم: 35351، م.ق السنة 1989، العدد 04.
2) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1986/01/13، ملف رقم: 39360، (غير المنشور).
3) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1986/05/05، ملف رقم: 42791، (غير منشور).
4) قرار المحكمة العليا، غ، أ، ش، الصادر بتاريخ: 1997/07/16، ملف رقم: 157310، م، ق، 1997، عدد01.

عنوان المداخلة (11)

أثر تطور قانون العقود في مواجهة الشروط التعسفية في ظل القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

The impact of the development of contract law in the face of arbitrary conditions under Law 04-02 that specifies the rules applicable to commercial practices

1- د.عزوز عبد الحميد أستاذ محاضر قسم "أ"

المؤسسة الجامعية : جامعة يحي فارس بالمدية كلية الحقوق والعلوم السياسية الجزائر

البريد الإلكتروني: hamidazzouz2020@gmail.com

2- **الإسم واللقب: فرشيشي سعاد طالبة دكتوراه سنة الرابعة L M D مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي**

المؤسسة الجامعية : جامعة ابن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

البريد الإلكتروني: souad.ferchichi@univ-tiaret.dz

الملخص:

اقتضت خصوصية علاقة الاستهلاك تدخل المشرع لحماية المستهلك – باعتباره الطرف الضعيف– من الشروط التعسفية التي يضعها العون الاقتصادي بصفة انفر ادية ومسبقة، فحدد المشرع الطابع التعسفي لبعض الشروط في ظل أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مع منح سلطة تقديرية للقاضي في تحديد الطابع التعسفي للشرط خارج الحالات المحددة قانونيًا، قصد توفير حماية جزائية ومدنية للمستهلك في حال ورود الشرط التعسفي في عقد الاستهلاك.

الكلمات المفتاحية:

عقد الاستهلاك، العون الاقتصادي، المستهلك، شرط تعسفي، الرغبات المشروعة للمستهلك.

Abstract:

The specificity of the consumption relationship required the intervention of the legislator to protect the consumer – as the weak party – from the arbitrary conditions set by the economic aid unilaterally and in advance. The legislator determined the arbitrary nature of some conditions under the provisions of Law 04-02 that specifies the rules applicable to commercial practices, as well as Executive Decree No. 06 -306 With the granting of discretion to the judge in determining the

arbitrary nature of the condition outside the legally defined cases, in order to provide criminal and civil protection to the consumer in the event that the arbitrary condition is included in the consumption contract.
key words:
Consumer contract, economic aid, consumer, arbitrary clause, legitimate desires of the consumer.

مقدمة:

عنيت تشريعات الاستهلاك الجزائرية بحماية المستهلك –على مدار تطور قانون العقود– باعتباره الطرف الضعيف في علاقة الاستهلاك، خاصة ما تعلق بالشروط التعسفية التي تمس بمبدأ التوازن العقدي إذ ينفرد العون الاقتصادي بوضع بنود وشروط العقد الاستهلاكي بإرادته المنفردة وبصورة مسبقة في شكل إيجاب عام ضمن أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وقد كانت هذه الحماية استجابة لخصوصية عقد الاستهلاك نتيجة قصور أو عجز احكام القانون المدني الجزائري في توفير حماية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية، ومن ثم يمكن طرح التساؤل التالي: كيف عالج المشرع الجزائري الطابع التعسفي للشرط في عقود الاستهلاك في ظل أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية؟

للإجابة على التساؤل المطروح تم الاعتماد على خطة ذات مبحثين تم التطرق في المبحث الأول إلى أثر تطور قانون العقود في تحديد الطابع التعسفي في عقود الاستهلاك في ظل القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وفي المبحث الثاني تم التعرض إلى أثر تطور قانون العقود في حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وتم الاعتماد على المنهج التحليلي للنصوص القانونية المتعلقة بهذه الدراسة مع التعليق عليها متى استدعت الحاجة إلى ذلك.

المبحث الأول: أثر تطور قانون العقود في تحديد الطابع التعسفي للشروط في عقود الإستهلاك في ظل القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

قد كان لتطور قانون العقود أثرًا بالغًا ومهمًا في حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يضعها الطرف القوي اقتصاديًا ومعرفيًا، وتقتضي هذه الحماية ابتداء المعالجة القانونية للشروط التعسفية من خلال وضع أحكام قانونية وأحكام تنظيمية تحدد مظاهر التعسف أو معاييره (المطلب الأول)، مع منح سلطة تقديرية أكبر للقاضي في تحديد الطابع التعسفي للشرط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اتساع دائرة المعالجة القانونية للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

اتسعت دائرة المعالجة القانونية للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك من خلال تقرير مجموعة من الأحكام التشريعية والتنظيمية المحددة لمظاهر التعسف وصوره (الفرع الأول)، مع منح سلطة تقديرية للقاضي في الكشف عن الطابع التعسف في عقد الاستهلاك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مظاهر التعسف وصوره من منظور تشريعات الاستهلاك

عرّف المشرع الجزائري الشرط أو البند التعسفي في الفقرة الخامسة من المادة 3 من القانون 102/04 على أنه: << كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد او عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد>>. في حين أن المشرع الجزائري لم يعرف الشرط التعسفي في القانون المدني2، وهذا يعتبر مظهرًا إيجابيا لتشريعات الاستهلاك أمام تزايد عقود الاستهلاك واستفحال ظاهرة ورود شروط تعسفية فيها. ويعتبر القانون الفرنسي هو مصدر هذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري دون تضمينه لمصطلح حسن النيّة الذي لا يمكن أن يضيف أي جديد في الحماية المقرّرة للمستهلك في هذا المجال3.

غير أن المشرع الجزائري لم يعتمد على رقم معين ومحدد لتقدير الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد4.

والحاصل أن المشرع قد منح بصورة ضمنية سلطة تقديرية للقاضي لتقرير ما إن كان هناك إخلال ظاهر بين حقوق وواجبات طرفي عقد الاستهلاك، وهذا قد ينجر عنه فهما مختلفا بين سائر الجهات القضائية بخصوص هذا المعيار مما يعني صدور أحكام قضائية مختلفة وأحياناً متناقضة، غير أن ضبط المسألة من الناحية الحسابية بخصوص تقدير الإخلال الظاهر هو ضرب من ضروب الاستحالة كون أن كل عقد استهلاك يستقل بظروفه وملابساته الخاصة به مما لا يمكن معه وضع معيار حسابي محدد لتقدير الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي عقد الاستهلاك.

وفي هذا المجال، تنص المادة 29 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: <<تعتبر بنودًا وشروطًا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

---

[1] قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية رقم 41 بتاريخ 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 بتاريخ 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18 أوت 2010، معدل ومتمم بالقانون رقم 17-11 بتاريخ 27 ديسمبر 2017 المتضمن قانون المالية سنة 2018، الجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 28 ديسمبر 2017، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-13 بتاريخ 11 يوليو 2018، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، الجريدة الرسمية رقم 42 بتاريخ 15-07-2018.

[2] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية العدد 31.

[3] شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ظل القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009، العدد 02، ص 141 إلى ص 195)، ص 145. كما يشيد البعض بوجود أزمة للقانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر 24-25 اكتوبر 2016 ، العدد 05 2016.

[4] شوقي بناسي، نفس المرجع، ص 321.

- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ خدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة>>.

وفي هذا الصدد يمكن إبداء الملاحظات التالية:

1- أورد المشرع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 3 مصطلح بند وهو الشرط العقدي، ولا يمكن وصفه بأنه تعسفيًا إلاّ إذا بلغ حدا من الجسامة يؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي عقد الاستهلاك1، غير أنه إذا كان هذا الإخلال لا يصل إلى درجة أنه ظاهر، فإن الشرط لا يمكن وصفه بأنه تعسفي اعتبارًا إلى مجموع شروط العقد2، كما أن تحديد الطابع التعسفي للشرط يكون في إطار السياق الكلي للعقد وما تضمنه من شروط متباينة3.

كما أن قانون العقود بدوره أصبح مهددًا باستبعاده نظرًا للحلول الجديدة التي يقدمها قانون المنافسة4.

2- أورد المشرع الجزائري في المادة 29 السالفة الذكر قائمة الشروط التعسفية على سبيل المثال -لاستعماله عبارة لاسيما- وهي تعسفية بقوة القانون، والمغزى من ذلك حماية المركز القانوني للمستهلك من حيث الإثبات، إذ لا يلزم هذا الأخير بإثبات الطابع التعسفي للشرط الوارد في عقد الإستهلاك والمتطابق مع النموذج القانوني.

كما أن هذه الشروط المعتبرة تعسفية بقوة القانون قائمة على قرينة قانونية قاطعة لا يمكن دحضها بإثبات عكسها من طرف العون الاقتصادي.

والحاصل أن المشرع الجزائري أراد أن يوفر حماية خاصة وفعّالة للمستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها العون الاقتصادي في مرحلة إبرام العقد على المستهلك دون إمكانية مناقشتها من طرف هذا الأخير قصد التعديل فيها أو إلغاء بعضها، والهدف من كل هذا هو إعادة بعث الحرية التعاقدية في مجال العلاقات الاستهلاكية بما يحقق التوازن العقدي فيها والرغبات المشروعة للمستهلك من منطلق تجسيد مبدأ حسن النية في العقود في إطار أخلقة العلاقة العقدية5.

---

[1] خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، القانون المدني بعد أربعين سنة، 2016، العدد 5، ص 328

[2] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 179.

[3] خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 328.

[4] سامي بن حملة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر، 24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016.

[5] فطيمة نساخ بلقان، أخلقة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 2015، العدد 4, ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر 24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016.

الفرع الثاني: انسجام الأحكام التنظيمية مع التشريع في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

تنص المادة 30 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: <<...يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية>>، وفي هذا الإطار، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 12006، وتنص المادة 2 منه على أنه <<بخصوص العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين على أنها تلك: العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وطبيعتها -الأسعار والتعريفات- كيفيات الدفع- أو التسليم- كيفيات الضمان ومطابقة و/ أو الخدمات.

- شروط تعديل البنود التعسفية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد>>.

كما أوضحت المادة 5 من نفس المرسوم البنود التعسفية، حيث نصت على أنه: <<تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصورة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.
- التخلي على مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضًا بدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبرّرة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، عدد 56.

– يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته ويحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته>>.

يرى جانب من الفقه أن لائحة الشروط التعسفية التي تضمنتها المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وتلك المذكورة في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 تلغي دور القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط في عقود الاستهلاك وهو ما يخالف مضمون الفقرة 5 من المادة 3 من نفس القانون التي تقرر سلطة للقاضي بخصوص التثبت والتأكد من الطابع التعسفي للشروط الذي يترتب عنه الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد1.

وفي اعتقادنا أنه لا مجال لوجود التعارض لأن نص المادتين 29 من القانون 04-02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 تقرران شروطًا تعسفية بقوة القانون حماية للمستهلك الذي لا يقع عليه عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط، وهاتين المادتين تتضمن أحكامًا خاصة وتفصيلية بالنظر إلى المادة 3 التي تمنح القاضي سلطة تقدير الشروط من حيث أنه تعسفي أم لا. وإن كانت الشروط التعسفية المحددة في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لم ترد على سبيل الحصر إذ استعمل المشرع عبارة: <<تعتبر تعسفية البنود...>> ولو كان الأمر خلاف ذلك لكانت الصياغة بما يفيد معنى الحصر لا الذكر.

المطلب الثاني: دور القاضي في تحديد الطابع التعسفي للشروط في عقود الاستهلاك

حاول المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وكذا الأحكام التنظيمية المتعلقة به توفير حماية أكبر للمستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها العون الاقتصاد عند إبرام العقد نظرًا لتفوقه المعرفي والاقتصادي2،وذلك من خلا ابتداع آليات جديدة لحماية المستهل تكون أكثر فعالية لتحقيق المساواة الفعلية من تلك المقررة في النظرية العامة للعقد التي تتسم بالتجريد قصد تحقيق المساواة القانونية المجردة3.

وترتكز هذه الآليات الجديدة في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في محاولة لتحديد أهم أوجه التعسف في الاشتراط من قبل العون الاقتصادي تجاه المستهلك بمعنى آخر تدخل إرادة المشرع في تنظيم مسألة البنود التعسفية بشكل أكبر وهذا ليس على حساب مبدأ الحرية التعاقدية الذي أخذ مفهومًا متميزًا في ظل ذيوع مبدأ سلطان الإرادة وما تترتب عنه من أزمة حقيقية عرفها العقد إثر انتكاسه4.

وفي إطار تحقيق هذه الحماية، ظهر مفهوم جديد للنظام العام –الذي كان دوره محدودًا في ظل المبادئ الكلاسيكية للعقد– وهو ما يصطلح عليه بالنظام العام الاجتماعي أو الحمائي الذي يتدخل بشكل أدق

---

[1] خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 329.

[2] علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر 2018.

[3] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013، ص 60

[4] أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002. محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

وفعال في إطار حماية المتعاقد الضعيف وهو المستهلك تجاه الطرف القوي اقتصاديًا ومعرفيًا وهو العون الاقتصادي في هذه الحالة[1].

إن المبادئ والآليات التي تحكم عقود الاستهلاك لا تعدو أن تكون مجرد تكييف للأوضاع القانونية التي عرفتها نظرية العقد وبعض العقود الخاصة المتصلة بها بما يستجيب لتحقيق حماية خاصة ونوعية في إطار ما عرفه قانون العقود من تطور دون التنظير لمبادئ جديدة مخالفة في الأساس لما هو مقرر في النظرية العامة للعقد[2].

غير أن هذا التدخل التشريعي لا يعني إلغاء دور القاضي في تحديد الطابع التعسفي ذلك ان تدخل المشرع في تحديد بعض أوجه أو مظاهر التعسف للشروط في عقود الإذعان لا تعدو أن تكون واردة على سبيل الذكر لا الحصر، مما يستلزم معه منح القاضي سلطة تقديرية في تحديد الطابع التعسفي للشرط في عقد الاستهلاك خارج الحالات المنصوص عليها في الأحكام التشريعية والتنظيمية حسب ظروف وملابسات كل عقد استهلاك[3]، وذلك في إطار تطبيق المادة 03 من الفقرة 05 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

المبحث الثاني: أثر تطور قانون العقود في حماية المستهلك من الشروط التعسفية:

لقد كان لتطور قانون العقود أثرًا ملحوظًا وبالغ الأهمية في تقرير حماية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية من الناحية الجزائية (المطلب الأول)، ومن الناحية المدنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية الجزائية للمستهلك من الشروط التعسفية

استمدت المشرع الجزائري بمقتضى احكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية حماية جزائية للمستهلك من الشروط التعسفية إذ تنص المادة 38 على أنه: <<تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000دج)، وتعكس هذه الحماية الجزائية إرادة المشرع وصرامته في مكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك[4].

إن تقرير حماية جزائية للمستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها العون الاقتصادي من شأنها التقليل من تواجد هذه الشروط وليس الحد منها تمامًا، ومن ثم انتعاش العدالة العقدية، بل الوقاية من الشروط التعسفية ابتداء وتحقيق التوازن المالي للعقد.

---

[1] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق (الالتزامات، النظرية العامة للعقد)، ص 61.

[3] بن شنيتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1997. خديجة فاضل، عيمة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2016/2015، عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1، 2015/2014.

[4] محمد عماد الدين عياض، تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر، 24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016، ص 259.

ومن هنا يظهر التباين في قواعد الحماية القانونية بين أحكام النظرية العامة للعقد في حماية المشتري مدنيًا فقط، بينما تتقرر الحماية القانونية الجزائية للمستهلك في تشريع الاستهلاك بمقتضى أحكام القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بسبب الضعف المعرفي للمستهلك من جهة، والتفوق المعرفي والاقتصادي للعون الاقتصادي من جهة أخرى.

وعلى الرغم من هذا التباين في قواعد الحماية، إلاّ أن هناك مجال مشترك للقانون المدني والقانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، إذ لا تعدو هذه الحماية المقررة في هذا القانون الأخير إلاّ تكييفًا لقواعد القانون المدني مع الحقائق الجديدة في ظل تطور علاقات الأشخاص ضمن دائرة المعاملات المالية1.

ولقد اختلف الفقه بخصوص علاقة القانون المدني بقانون الاستهلاك فإذا كانت هي علاقة تكامل عند البعض، فالبعض الآخر يرى بوجود علاقة تضاد بينهما مع الوصول إلى آثار متباينة في ظل الرأيين2.

على أن هذه الحماية الجزائية في إطار علاقة الاستهلاك بمنظور القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية يتحدد مجال تفعيلها في تلك العقود التي يتفرد فيها الطرف القوي وهو العون الاقتصادي بتحرير بنود عقد الاستهلاك بإرادته المنفردة وفي مرحلة سابقة لإبرامه، أما عقود الاستهلاك التي ينعدم فيها هذا الفرض فلا تتمتع بهذه الحماية القانونية اتجاه البنود التعسفية3.

المطلب الثاني: الحماية المدنية للمستهلك من البنود التعسفية.

المطلب الثاني: الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية

لم يقرر القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية جزاءً مدنيًا عند ورود شرط تعسفي في عقد الاستهلاك. غير أن مصير هذا البند التعسفي حسب البعض هو البطلان على اعتبار أن ورود الشرط التعسفي في عقد الاستهلاك هو جريمة يعاقب عليها القانون 04-02 بالغرامة المالية كما سبق ذكر ذلك، فمن باب أولى أن يكون حكم الشرط التعسفي مدنيًا هو البطلان المطلق4.

على أن عدم تقرير جزاء مدني صريح في حال تحقق الشرط التعسفي يعتبر فراغًا قانونًا فادحًا ينبغي تكملته بحكم قانون مقرر للبطلان المطلق5.

تنص الفقرة الثانية من المادة 65 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: <<...كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم>>، فبمقتضى أحكام هذه الفقرة يتقرر لجمعيات حماية المستهلك حق التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الجماعية الناجمة عن الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك أمام القضاء الجزائي بمناسبة نظر الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق الجزاءات العقابية بمقتضى احكام المادة 38 من القانون

---

[1] محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 259.

[2] محمد بودالي، المرجع السابق، ص 277.

[3] محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 260.

[4] محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص 258.

[5] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 185.

04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية1، بل ويتفرر أيضا للجمعيات المهنية وجمعيات حماية المستهلك، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة حق تقاضي العون الاقتصادي الذي خالف أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

إذ تنص المادة 65 في فقرتها الأولى من القانون 04-02 على أنه: <<دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون>>

الخاتمة:

نخلص من خلال دراستنا البحثية هذه إلى جملة من النتائج نبرزها فيما يلي:

1- نظرًا لخصوصية عقد الاستهلاك تدخل المشرع الجزائري بمقتضى أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يضعها العون الاقتصادي بصفة انفرادية ومسبقة ووضع القائمة السوداء للشروط التعسفية التي تعتبر كذلك بقوة القانون.

2- إن هذا التدخل التشريعي لا يعتبر مساسًا بالحرية التعاقدية، بل حماية لهاته الأخيرة بما يضمن حماية فعالة لمصالح المستهلك وتحقيق رغباته المشروعة ضمن تنفيذ عقد الاستهلاك بحسن نية.

3- يكون دور القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط في عقود الإذعان خارج الحالات المحدّدة قانوناً على سبيل الذكر لا الحصر.

4- لم ينص المشرع الجزائري صراحة على جزاء مدني للشرط التعسفي في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وعليه يمكن اقتراح ما يلي:

1- تفعيل دور القضاء في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ضمن السلطة التقديرية الممنوحة له من قبل المشرع في ظل أحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

2-تدخل المشرع الجزائري في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بالتنصيص صراحة على الجزاء المدني عند توافر الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك بتقرير بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحًا تجسيدًا لأعمال مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود عامة والاستهلاكية خاصة بما يستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب القانونية

1. امحمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
2. أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

[1] خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 330.

3. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013.
4. علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر 2018.
5. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.

أطروحات الدكتوراه:

1. بن شنيتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1997.
2. خديجة فاضل، عيممة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2016/2015.
3. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1، 2015/2014.

ثانيا: المقالات العلمية

1. محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر 24-25 اكتوبر.
2. محمد عماد الدين عياض خديجة فاضل، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، حوليات جامعة الجزائر، العدد 31، القانون المدني بعد أربعين سنة، 2016، العدد 5.
3. سامي بن حملة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر، 24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016.
4. شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ظل القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009، العدد 02.
5. فطيمة نساخ بلقان، أخلقة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، 2015، العدد 4.
6. ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر 24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016.
7. تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك، حوليات جامعة الجزائر، القانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي، الجزائر، 24-25 أكتوبر 2016، العدد 5، السنة 2016.

ثالثا: الصوص القانونية

☒ القوانين:

1. قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية رقم 41 بتاريخ 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 بتاريخ 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18 أوت 2010، معدل ومتمم بالقانون رقم 17-11 بتاريخ 27 ديسمبر 2017 المتضمن قانون المالية سنة 2018، الجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 28

ديسمبر 2017، معدل ومتمم بالقانون رقم 18-13 بتاريخ 11 يوليو 2018، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، الجريدة الرسمية رقم 42 بتاريخ 15-07-2018.

☒ الأوامر:

1. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية العدد 31.

☒ المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 102 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، عدد56.

عنوان المداخلة (12):

عـــــــقود الشراكة بين القطاع العام والخاص كمظهر من مظاهر تطور العقود في الجزائر

د/ بوداود نشيدة، جامعة الجزائر 1 _ بن يوسف بن خدة _ كلية الحقوق

د/ جادي فايزة، جامعة الجزائر 1 _ بن يوسف بن خدة _ كلية الحقوق

مقـــــــدمة

شهدت الدولة الجزائرية تحولات كبرى مع ظهور العولمة وتحرير التجارة الدولية وتداول رؤوس الأموال وظهور الإقتصاد الحر ، فأصبحت كغيرها من الدول تسعى إلى تحقيق النمو الإقتصادي من خلال محاولة جذب عدد كبير من المستثمرين وجلب التكنولوجيات الحديثة لتطوير الصناعات وتحقيق الأهداف التنموية والخروج من مشاكل التمويل والإعتماد كذلك على القطاع الخاص واشراكه في تنفيذ برامج الدولة التنموية في مختلف الميادين .

إذ أصبح القطاع العام غير قادر وحده على مواجهة الصعوبات والتحديات التي تعترض طريق التنمية التي تطمح الدولة إلى تحقيقها ، الأمر الذي دفع العديد من الدول من بينها الجزائر إلى تبني منهج الشراكة مع القطاع الخاص لتحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية للبلاد.

فالشراكة هي آلية حديثة اعتمدتها الدولة الجزائرية من أجل تجسيد التنمية الإقتصادية وتنفيذ المشاريع التنموية والخدماتية، وهي تقوم على استقطاب القطاع الخاص لأجل تطوير ، تمويل وإنجاز المشاريع التي تقدم الخدمات العامة مقابل حصوله على مبالغ مالية تغطي استثماراته .

لكن غياب الإطار القانوني المنظم لهذا النوع من الآليات ، سبب لبعض مؤسسات القطاع الخاص بعض المخاطر والمشاكل سواءا أثناء الإنجاز أو بعد الإنتهاء منه وتسليم المشروع.

فعلى الرغم من أهمية الشراكة بين القطاع العام والخاص ، إلا أن هناك العديد من المسائل القانونية التي تحول دون تطبيق الشراكة المنشودة، قد تكون سبب إختلاف المصلحة بين القطاعين وانعدام القواعد التي تحكم معاملاتهم من حيث الإشراف والتسيير والتوجيه والرقابة ، لذلك فإن الجمع بين القطاعين في إطار عقد الشراكة يستلزم ضبطه من الناحية القانونية من خلال وضع أسس وقواعد تحكم هاته التصرفات القانونية، و تحديد الإطار القانوني لها .

تتمحور الإشكالية في ماهية عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وما هي القواعد الإجرائية التي تضبطها ؟

للإجابة على هاته الإشكالية ، نقترح الفرضية التالية :

إذا إعتمدت الجزائر على عقود الشراكة لأجل جلب الإستثمار والنهوض بالإقتصاد الوطني ،فإن ذلك يوجب وجود نصوص قانونية واضحة تحكمها وتنظمها ،باعتبار أن غياب الإطار القانوني قد يؤدي إلى الوقوع في مشاكل وعقبات.

ولمعالجة هاته الإشكالية إعتمدنا على المنهج الوصفي من خلال بيان مفهوم الشراكة وأهميتها وكذلك على المنهج التحليل من خلال عرض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع ، وهذا بتقسيم الدراسة إلى مبحثين، الأول نتناول فيه الإطار المفاهيمي لعقود الشراكة والمبحث الثاني نتطرق فيه إلى الشروط الجوهرية لإبرام عقد الشراكة والمبادئ التي تحكمها .

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص

تعتبر عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الحديثة ، إعتمدتها الكثير من الدول من بينها الجزائر لأجل تنفيذ برامجها التنموية ، ونظرا لأهمية هذه العقود سنقوم بتحديد مفهومها من خلال تحديد أهم التعاريف التي أوجدت لهاته العقود ومن ثم نستنتج الخصائص التي تتميز بها في مطلب أول ، ثم نقوم بتحديد أهمية هاته العقود وطبيعتها القانونية في مطلب ثاني .

المطلب الأول: مفهوم عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص

إن مفهوم عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص أولى إهتمام العديد من الباحثين ، لذى سنقوم بتعريفها في فرع أول ثم نقوم بتحديد خصائصها في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تعريف عقد الشراكة

لغة : الشراكة هي جمع شريك ، شركاء وإشراك.

إصطلاحا : وهي علاقة تقوم على التعاون وتبادل المصالح في شتى المجالات بين كنايين، وقد وجدت عدة تعريفات لها.

فقد عرفها صندوق النقد الدولي على أنها مجموعة الترتيبات والخدمات التي يقوم بها القطاع الخاص بتقديم الأصول والخدمات وتتعلق بالبنية التحتية ، جرت العادة أن تقدمها الحكومات (1).

وعرفها برنامج الأمم المتحدة للتنمية على أنها العلاقة الممكنة بين القطـــاعين العـــام والخـــاص بغرض تلبية الخدمات العامة أما البنك العالمي فعرفها بأنها عقود طويلة الأجل بين مؤسسة خاصة ووكالة حكومية لغرض تقديم مهام وخدمات عمومية ، يتحمل القطاع الخاص كل أو أغلب المسؤولية المالية والمخاطر عن المشروع (2) .

1_بوراس عفاف ،بوعيسى سمير، الشراكة بين القطاع العام والخاص كخيار إستراتيجي لجذب الإستثمارات الأجنبية وتنمية القطاع الصناعي الجزئري، مجلة القانون والعلوم السياسية، مجلد 8 العدد 1 سنة 2022 ص 607.

2_ لكحل الأمين ، الشراكة بين القطاع العام والخاص في الجزائر ، دراسة حالة شركة المياه والتطهير لوهران، ماجستير تخصص تسيير المالية العامة ، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة تلمسان 2013_ 2014 وهي علاقة تقوم على التعاون وتبادل المصالح في شتى المجالات بين كنايين، ص 39_40 .

كما عرف عقد الشراكة بأنه عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القطاع العام إلى أحد أشخاص القطاع الخاص القيام بتمويل الإستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال المدة المحددة في العقد وذلك مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية ، وتتولى مؤسسات من القطاعين العام والخاص العمل معا لتحقيق مشاريع أو تقديم خدمات للمواطنين وخصوصا بالمشاريع المتعلقة بالبنية التحتية [1] .

يتبين من خلال التعريفات أن مفهوم الشراكة هو مفهوم حديث له أهمية كبيرة ومرتبطة بأبعاد عديدة وميادين مختلفة سواء إقتصادية ، إجتماعية ، قانونية وتنظيمية ، وذلك من خلال سعي القطاع العام إلى تحقيق التنمية الإقتصادية بمساهمة القطاع الخاص بموارده وخبراته وتقنياته من أجل تحقيق أهدا التنمية.

وعليه يمكن تعريف عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص أنها عقود تعهد بها الدولة أو أحد هيئاتها إلى شخص خاص من أجل إنجاز مشاريع المعهود له في فترة زمنية محددة تتناسب مع حجم الإستثمارات.

الفر الثاني : خصائص عقود الشراكة

من خلال التعاريف المذكورة في الفرع الأول ،تبين أن عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص تتميز بجملة من الخصائص التي إختلافها عن غيرها من العقود ومن أهم هاته الخصائص ما يلي :

1_ أنها عقود تجمع بين صنفين من المتعاقدين ، أشخاص من القانون العام كالدولة أو أحد هيئاتها المنصوص عليهم في المادة 49 من القانون المدني والمتمثلين في البلدية، الولاية أو الهيئات العمومية ذات الصبغة الإدارية ، وبين أشخاص القانون الخاص سواءا كانت شركات وطنية أو أجنبية [2] .

2_ أنها عقود تتميز بطول مدتها حتى يكتمل المشروع الإستثماري في كافة جوانبه ومراحله من التصميم ، التحضير الأولي ، التمويل ، التشييد والتشغيل ثم الوضع تحت التصرف أو نقل الملكية .

3_ هي عقود يتعدد فيها المتدخلين في تنفيذها من شركة إنجاز المشروع ، التمويل وتلك المسيرة للمشروع والمراقبة له وحتى تلك الضامنة له .

يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المادة 4 منه ، والمعدل بقانون المالية لسنة 2014 و 2016 .

4_ أنها تتميز بتنوع العقود المبرمة في مجال تنفيذها كتلك التي تبرم مع المقاولين من الباطن لإنجاز المشروع، ومع البنوك لمنح القروض، ومكاتب الدراسات لمتابعة ومراقبة حسن إنجاز المشروع وكذا مع شركات التأمين لأجل التأمين عن المسؤوليات وعن الضمان السنوي أو العشري ، وبالتالي تتنوع المسؤوليات المترتبة عن الإخلال بالإلتزامات سواءا التعاقدية أو التقصيرية .

1_ محمد صلاح، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في رفع عوائد الإستثمار في البنى التحتية للإقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية إلى إقتصاديات الدول العربية ، دكتوراه تخصص نقود وبنوك ، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة الشلف ، 2015 ص 41.

2_ بالنسبة للمستثمر الأجنبي فهو يخضع للأحكام المنظمة للإستثمار وهو قانون 09_ 01 المؤرخ في 22. 07. 2009.

5_ هي عقود تتعدد فيها الميادين ومجالات تطبيق عقودها [1] ، فهي عقود تمس ميادين مختلفة، فمنها ما يعرف بالمشاريع العامة أي مشاريع البنية التحتية الأساسية في مجال الطاقة والمياه والموانئ والمطارات والطرقات وحتى السكنات وغيرها من المرافق باستثناء المرافق السيادية للدولة كمرفق الأمن والدفاع والقضاء التي تديرها الدولة مباشرة ولا يمكن أن تعهد إدارتها للخواص.

6_ أنها عقود تتميز بالتحديد المسبق للمخاطر التي يمكن أن تتعرض أثناء إنجاز المشاريع أو لأجل تنفيذ عقد الشراكة ، أين يتم تنظيم المخاطر التي يتم تحديدها وتحليلها مسبقا ومعالجتها وتوزيعها في صورة بنود عقدية [2].

المطلب الثاني : أهمية عقود الشراكة وطبيعتها القانونية

الفرع الأول: أهمية عقود الشراكة

تلجأ الدولة إلى إبرام عقود الشراكة مع القطاع الخاص نظرا لأهمية هذه العقود من عدة نواحي أهمها :

_ تخفيف الأعباء التمويلية على الدولة وتجنب اللجوء إلى أموال الخزينة العمومية ،

_ تحقيق النمو الإقتصادي من خلال تنفيذ المشاريع الضخمة للبنية التحتية ،

_ زيادة مشاركة القطاع الخاص في التنمية الإقتصادية من خلال تشجيع الإستثمار المحلي والأجنبي ،

_ إقتناء وسائل و مهارات جديدة في مختلف المجالات ، والإستفادة من الخبرات المتوفرة لدى القطاع الخاص وإستغلالها في الإدارات العمومية لتحسينها وتطوير كفاءاتها البشرية والتقنية ،

_تشجيع الإستثمار والمساهمة في خلق فرص عمل وتخفيض معدل البطالة ،

_ تقاسم المسؤوليات والمخاطر لأجل تحقيق نتائج إيجابية .

الفرع الثاني: طبيعة عقود الشراكة

لقد تعددت الآراء الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ، فمنهم من إعتبرها عقود إدارية على أساس أنها عقود أبرمت مع إدارة عمومية أو أحد أشخاص القانون العام ، وأنها تهدف إلى تسيير وإنجاز وتشغيل مرفق عام وتحقيق مصلحة عامة ، وأن هاته الخصائص لا تتوفر في القانون الخاص ، فتتضمن جميع أركان العقد الإداري ، خاصة وأن هدف العقود الإدارية هو إستخدامها في إنشاء وتطوير المرافق العامة التابعة للدولة وتحقيق المصلحة العامة ، فيعقد الإختصاص للقضاء الإداري في حالة نشوب نزاع .

1_ أحمد البرعي ، خصوصية عقود الشراكة وآلية تحقيق نجاعتها بين القطاع العام والخاص ، مجلة الفكر القانوني والسياسي ، مجلد السادس ، العدد الأول ، سنة 2022 ، ص 630 .

2_ عيسى لحاق ، جدة طعابة ، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة الأغواط ، المجلد 3، العدد 1 ، جوان 2019 ص 68.

ومنهم من إعتبرها من عقود القانون الخاص لأنها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد شروط العقد وإبرامه وتقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين التي تمنح القوة الملزمة للعقد، فيطبق عليها أحكام وقواعد القانون الخاص ن وبذلك ينعقد الإختصاص للقضاء العادي وليس الإداري ، خاصة مع إنعدام قانون ينظمها ويحكمها ،فهي بذلك تخضع للقواعد العامة في تحريرها الموجودة في القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة لجميع فروع القوانين .

وفي رأينا ، أن هاته العقود هي من طبيعة د إدارية بتوفر شروط قيام العقد الإداري والذي يبرم مع أشخاص القانون العام ، فكل منازعة تتعلق بتطبيق العقد الإداري تخضع للقضاء الإداري.

وعليه ، فإن تحديد الطبيعة القانونية لهاته العقود له أهمية لمعرفة القانون لواجب التطبيق في حالة نشوب نزاع وكذا الجهة القضائية المختصة .

كما أن تحديد الطبيعة القانونية لهاته العقود يمكن من تحديد مختلف الأشكال التي تتجسد فيه هاته الشراكة ، فقد تأخذ شكل عقود إدارة أو عقود خدمات أو عقود إيجار أو عقود إمتياز .

فقد تتفق هيئة عمومية مع شركة خاصة لأجل إدارة تلك الهيئة بموجب عقود الإدارة ففي هاته الحالة تتحول حقوق التشغيل على الشركة الخاصة وتحصل بعدها على رسوم مقابل خدماتها وتبقى الجهة الإدارية مسؤولة عن نفقات التشغيل والإستثمار .أما بالنسبة لعقود الخدمات ، فإن الشركة المتعاقدة تتعهد بأداء خدمة خلال المدة المحددة في العقد وتحتفظ الدولة بملكية الرقبة وبالتالي تبقى مسؤولة عن المخاطر التي تلحق في إطار تنفيذ ذلك العقد[2].

ويعتبر عقد الإمتياز من أشكال الشراكة إذ تقوم الدولة بمنح ترخيص أو حق إمتياز للشركة المتعاقدة من أجل أداء عمل معين وفي مدة زمنية معينة ، مما يؤدي إلى إنتاج عمل معبن تحت الإسم التجاري للمنشأة صاحبة الإمتياز نظير دفع مقابل مالي لها .

1_ أحمد البرعي ، المرجع السابق ، ص 633 .

2_ كريمة جيدل ، المرجع السابق ، ص 456 .

المبحث الثاني : الشروط الجوهرية لإبرام عقود الشراكة والمبادئ التي تحكمها

تعد عقود الشراكة أسلوبا حديثا من أساليب التعاون بين القطاع العام والقطاع الخاص ، وقد أصدرت العديد من الدول التي أخذت بهذا الأسلوب، قوانين خاصة نظمت هاته العقود أهمها فرنسا[1] ، مصر[2] ، قطر[3] ، عدا الجزائر ، إذ لم يصدر المشرع الجزائري قانون يحكم وينظم الشراكة إلى غاية اليوم ، بل ترك الحرية للمتعاقدين في صياغتها وتحديد شروطها ومضمونها(المطلب الأول) ، وإنما نجده ينص على ضرورة اللجوء إليها ، إذ نص صراحة : " يمكن للدولة اللجوء لتمويل كلي أو جزئي لعمليات الإستثمار العمومي ، في إطار تعاقدي أو شراكة مع شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص " [4] ، فقد إكتفى فقط بالنص عليها دون تحديد قانون خاص بها ،لذلك فهي تخضع في تحريرها لعدة مبادئ أساسية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : الشروط الجوهرية لإبرام عقد الشراكة

إن عقد الشراكة هو ذلك العقد المبرم بين طرفين ، أحدهما تابع للقطاع العام والآخر من القطاع الخاص ، يحدد فيه مختلف البنود الناشئة للعقد ، وتنشأ بموجبه الهيئة التي يمنح لها الشخصية القانونية ، إذ تمتلك الحق في أن تمارس كافة أنواع التصرفات القانونية وتتمتع بالحقوق أمام القانون وتتحمل المسؤوليات وتستقل بذمة مالية منفصلة ، وهي بذلك تمارس النشاط الذي تم إنشاؤها من أجله وفقا للعقد المبرم بين الأطراف.

فعقد الشراكة شأنه شأن أي عقد يتضمن عددا من البنود التي تحفظ حقوق وواجبات كل طرف من الأطراف المتعاقدة، خاصة في حالة وقوع نزاع ، وإن غياب نموذج معين لصياغة هاته العقود ، يستدعي تدخل محامي متخصص في ميدان الأعمال والشركات ، أو تدخل موثق عمومي ، لأجل تحرير الشروط الضرورية لإبرام العقد بين الطرفين .

وعليه نجد أن مختلف التشريعات تضمنت مجموعة من الشروط الجوهرية الواجب إدراجها من قبل المتعاقدين في عقد الشراكة ، بالإضافة إلى الشروط الموضوعية المؤلوفة ، ولا وجود لقالب شكلي معين تحرر فيه تلك العقود وإنما للأطراف المتعاقدة الحرية التامة في ذلك ، ومن أهم هاته الشروط ما يلي:

1_ Ordonnance n° 2004_559 du 17juin2004 relatif au contrat de partenariat _ (www . legisfrance.gov. fr) vu le 28.03.2023 à 10h.

2_ القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ، الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر، بتاريخ 18_05_2010 .

3_ قانون رقم 12 لسنة 2020 المتعلق بتنظيم الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص .

4_ لقد نصت المادة 37 من القانون العضوي رقم 18_15 المؤرخ في 2 _09 _2018 يتعلق بقوانين المالية لسنة 2018 ، جريدة رسمية عدد 53 صادرة في 02_09_2018 .

_ تحديد الأطراف المتعاقدة ، بشكل أدق ، عنوانهم أو مقرهم الرئيسي ، مقدرا رأس المال والغرض من وجود هاته الشراكة ، أهدافها وإسمها ،

_ تحديد نسبة المساهمة لكل شريك وكيفية تقسيم الأرباح أو الخسائر بينهما ،

_تحديد إلتزاملت كل شريك وحقوقه وواجباته ،مع تحديد المتعاقد المؤهل لتسيير وإدارة الشراكة ،

_تحديد الشروط التي تقتضي إنسحاب أحد الشركاء ودخول الشريك الجديد أو دراسة حالة وفاة أحد الشركاء،

_ تحديد آلية حل النزاعات إن وجدت وكذا كيفية وأسباب حل عقد الشراكة [1] .

بالإضافة إلى تلك الشروط ، يتعين على الأطراف المتعاقدة على وجه الخصوص التدقيق في تحديد شرط المدة اللازمة لتنفيذ العقد ، بحيث يتعين تحديدها بطريقة تتلائم مع محل العقد وطبيعة الخدمة التي تطلبها الإدارة من المتعاقد، مع إمكانية طلب تمديد مدة العقد حسب الظروف والدوافع لطلب ذلك.

كما يتعين تحديد طرية الحصول على الحقوق المالية للمتعاقد والأسس التي على أسسها يتم حسابها ودفعها بصفة دورية طوال فترة العقد مع الأخذ بعين الإعتبار أنه لا يتم أداء أية مستحقات مالية إلا بعد إصدار شهادة القبول من قبل جهة الإدارة التي تبين مستوى جودة الأعمال أو الخدمات [2].

إن كل هاته الشروط تخضع لمبدأ سلطان الإرادة ، إذ يتعين على الأطراف المتعاقدة دراسة كل بند من بنود العقد بتمعن ودقة حتى لا يكون هناك خلاف أو اللجوء إلى تفسير العقد أو تأويله ، كما يتعين على الأطراف المتعاقدة من التمعن في قراءة بنود العقد قبل التوقيع عليها ووضع الختم .

ولا وجود لطابع الرسمية في إبرام مثل هاته العقود ، وإنما يمكن إيداعها أمام الموثق حتى يكون لها تاريخ ثابت وإضفاء نوع من الشكلية وتكون بذلك حجة في مواجهة المتعاقدين والغير في نفس الوقت.

1ـــ كمال سي محمد ،أحمد حرير ، إمكانية تطبيق عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في الجزائر، مجلة الإقتصاد الصناعي (خزارتك) ،مجلد 12 ، العدد 1 سنة 2022 ، ص 146.

2_ عامر عاشور عبد الله ، الشروط الموضوعية في عقد الشراكة (دراسة مقارنة) ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 10،العدد 38، سنة 2021 ص 580 .

المطلب الثاني : المبادئ التي تحكم عقود الشراكة

رغم أن المشرع قد ترك الحرية للأطراف المتعاقدة من أجل وضع ما يرونه مناسبا من شروط العقد ، إلا أن هاته الحرية قيدها ببعض المبادئ التي تخضع لها العقود إدارية التي تطبق على الصفقات العمومية والتي تعد الأساس القانوني والقاعدي في تسيير المشاريع العمومية ، وأهم هاته المبادئ ، نجد مبدأ المنافسة ، تكافؤ الفرص و المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات [1].

إن إختيار المتعاقد في عقود الشراكة تخضع لنفس المبادئ التي تخضع لها العقود الإدارية ، وذلك من خلال فتح باب التنافس بين مختلف المترشحين من أجل إختيار أفضل المستثمرين إذ تتيح للقطاع العام تحقيق المصلحة العامة والإستخدام الواعي والعقلاني والفعال للموارد العامة [2]، وهي تقوم كذلك على مبدأ المساواة بين المترشحين والذي يعد صورة للمبدأ العام وهو المساواة أمام القانون ، وحتى يتم تكريس هذا المبدأ من قبل الإدارة العمومية ، يتعين عليها الإعداد المسبق لشروط المشاركة ، إضافة إلى علانية المعلومات المتعلقة بالصفقة وكذا إجراء إختيار المتعامل المتعاقد.

ويعتبر مبدأ المنافسة من المبادئ الأساسية التي تحكم المعاملات التجارية والصناعية وهو العامل الأساسي الذي يضمن استغلال المال العام على أحسن وجه والذي يضمن النجاعة والفعالية في الأداء المالي للمصلحة المتعاقدة ، ويتحقق هذا المبدأ بالإعلان في الجرائد الوطنية باللغتين العربية والأجنبية ، وضمان حق كل من يستوفي الشروط المطلوبة قانونا في تقديم العروض ودراستها دون تمييز من المصلحة المتعاقدة في إطار المساواة في المعاملة [3].

والهدف من إعتماد مبدأ المنافسة وتكافؤ الفرص والشفافية في إبرام عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص هو ضمان فعالية أكبر لعقد الشراكة لأنه ينبني على تحديد دقيق ومسبق لإحتياجات المرفق ، وكذا الإعلان عنه بكافة الوسائل لجعل المنافسة واسعة واختيار أحسن المستثمرين خاصة بالنسبة للبنى الأساسية [4] ، كما أنها تعمل على مكافحة الفساد المالي والإداري من التلاعب والرشوة والتحايل ، ويتحقق بذلك الغاية المرجوة وهي الحفاظ على المال العام وإنفاقه فيما يحقق المصلحة العامة للبلاد.

1_ المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15 _247 المؤرخ في 16. 09. 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، جريدة رسمية عدد 50 الصادرة في 16 . 09 . 2015

2_ عقباوي خديجة ، زقلوي نوال، مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية ، رسالة ماستر،تخصص قانون إداري ، جامعة أدرار،سنة 2019 ص 13.

3_ عمار 127بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15 _ 247 ، القسم الأول ، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2017 ، ص 78.

4_ كريمة جيدل ، مقال حول عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ، مجلة الدراسات القانونية ، جامعة يحي فارس المدية، العدد 2 المجلد 7 سنة جوان 2021 ص 459

الخاتمة

إن عقد الشراكة يعد من أهم العقود الإستثمارية أو العقود ذات الطابع الإقتصادي التي تبرمها الدولة مع أحد أشخاص القطاع الخاص سواء كان وطني أو أجنبي ، الذي يمكن من خلاله إنجاز أحد مشاريع البنية التحتية التي لا يمكن للدولة إنجازها سواءا لقلة خبرتها وكفاءتها أو بسبب نقص الإمكانيات المادية ، المالية والبشرية .

ورغم ذلك ، لقد تم تجسيد عدة عقود شراكة بين القطاع العام والخاص ، لكن المشرع الجزائري لم يصدر أي قانون ينظم هذا النوع من العقود ، عكس تشريعات بعض الدول التي عرفت هذا النوع من العقود والتي عرفته في النصوص القانونية المنظمة له ، لذلك يتوجب الإسراع في إصدار قوانين تتعلق بهذه العقود جملة وتفصيلا لما لها من مزايا عدة في تنفيذ مشاريع الدولة وسير المرافق العمومية .

وفي الأخير يمكن القول أنه لنجاح عقود الشراكة في أية دولة كانت ، ليس بالأمر السهل ، ويتطلب ذلك العديد من العوامل والشروط التي يجب أن تساعد على ذلك ، وعليه بادرنا ببعض التوصيات قد تساهم في إثراء هاته العقود.

التوصيات

_ وضع إطار قانوني محدد لهذا النوع من العقود ،يوضح فيه حقوق وإلتزامات الأطراف المتعاقدة ويضبط طبيعتها القانونية

_وضع خطط شاملة لبرامج عقود الشراكة وتقييم النتائج.

_ الإهتمام بالكوادر البشرية من خلال تكوين الكفاءات التسييرية لتفادي إنهيار المؤسسات العمومية .

_إقامة شراكة مبنية على أسس واضحة وشفافة وتوضيح كافة تفاصيل المشاريع وتحديد المهام والمسؤوليات

_ إنشاء القواعد والوسائل الرقابية لتنفيذ عقود الشراكة على أحسن وجه وبقدر عال من الكفاءة والنزاهة بما يضمن السير الحسن للمشاريع، مع ضرورة فرض الرقابة حتى بعد مرحلة تسليم المشروع.

_ إنشاء هيئات تحكيم خاصة لفصل في النزاعات المتعلقة بهاته العقود.

المراجع

القوانين والمراسيم :

قانون 09 01 المؤرخ في 22. 07. 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المادة 4 منه ، والمعدل بقانون المالية لسنة2014 و 2016 .

_ القانون العضوي رقم 18_15 المؤرخ في 2 _09 _2018 يتعلق بقوانين المالية لسنة 2018 ، جريدة رسمية عدد 53 صادرة في 02_09_2018 .

_ القانون رقم 67 لسنة 2010 الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة ، الجريدة الرسمية العدد 19 مكرر، بتاريخ 18_05_2010 .

_ قانون رقم 12 لسنة 2020 المتعلق بتنظيم الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص .

_ المرسوم الرئاسي رقم 15 _247 المؤرخ في 16. 09. 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، جريدة رسمية عدد 50 الصادرة في 16 . 09 . 2015

_Ordonnance n° 2004_559 du 17juin2004 relatif au contrat de partenariat

.(www . legisfrance.gov. fr)

رسالة الدكتوراه :

_ محمد صلاح ، دور الشراكة بين القطاعين العام والخاص في رفع عوائد الإستثمار في البنى التحتية للإقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية إلى إقتصاديات الدول العربية ، دكتوراه تخصص نقود وبنوك ، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة الشلف ، 2015 .

رسالة ماجستير :

_ لكحل الأمين ، الشراكة بين القطاع العام والخاص في الجزائر ، دراسة حالة شركة المياه والتطهير لوهران، ماجستير تخصص تسيير المالية العامة ، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة تلمسان 2013_ 2014 .

المقالات :

1_ أحمد البرعي ، خصوصية عقود الشراكة وآلية تحقيق نجاعتها بين القطاع العام والخاص ، مجلة الفكر القانوني والسياسي ، مجلد السادس ، العدد الأول ، سنة 2022 .

2_بوراس عفاف ،بوعيسى سمير، الشراكة بين القطاع العام والخاص كخيار إستراتيجي لجذب الإستثمارات الأجنبية وتنمية القطاع الصناعي الجزئري، مجلة القانون والعلوم السياسية، مجلد 8 العدد 1 سنة 2022.

3_ عيسى لحاق ، جدة طعابة ، عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة الأغواط ، المجلد 3، العدد 1 ، جوان 2019.

4_ عقباوي خديجة ، زقلوي نوال، مبدأ المنافسة في إبرام الصفقات العمومية ، رسالة ماستر،تخصص قانون إداري ، جامعة أدرار،سنة 2019 .

5_عامر عاشور عبد الله ، الشروط الموضوعية في عقد الشراكة (دراسة مقارنة) ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 10،العدد 38، سنة 2021 .

6_ عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15 _ 247 ، القسم الأول ، الطبعة الخامسة، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2017 .

7_ كريمة جيدل ، مقال حول عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ، مجلة الدراسات القانونية ، جامعة يحي فارس المدية، العدد 2 المجلد 7 سنة جوان 2021 .

8_ كمال سي محمد ،أحمد حرير ، إمكانية تطبيق عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص في الجزائر، مجلة الإقتصاد الصناعي (خزارتك) ،مجلد 12 ، العدد 1 سنة 2022 .

عنوان المداخلة (13):

إعادة توازن الأداءات العقدية بين الأصول التّقليدية والمبادئ المُستحدثة.

المحور الأول: مظاهر تطور قانون العقود في المنظومة التّشريعية الجزائرية.

إسم المشارك الأوّل : سهيلة

اللقب: إصولاح

المستوى: طالبة دكتوراه سنة ثالثة_ حقوق-

التخصص: قانون خاص-عقود و مسؤولية-

الجامعة:المركز الجامعي مرسلي عبد الله-تيبازة-

رقم الهاتف:12 35 64 0560

البريدالإلكترونيissolah.souhila@cu-tipaza.dz

إسم المشارك الثاني : كريمة

اللقب : عنان

المستوي: دكتوراه-حقوق-

التخصص: قانون عام -جنائي-

الجامعة: كلية الحقوق -سعيد حمدين-الجزائر.

رقم الهاتف: 72 86 54 0558 .

البريد الالكترونيannanekarima83@gmail.com

الملخص:

يُعتبرُ مبدأ سلطان الإرادة مَطْلَبٌ رئيسيٌ لإنشاء التّصرفات القانونية قاطبةً، لاسيما العمليات التّعاقدية، إلاّ أنّه ونتيجة للتّطور الإقتصادي، الإجتماعي والسياسي للمجتمع، إنتكص مبدأ سلطان الإرادة، وبات من الضروري تبني أنظمة قانونية جديدة تصلح لضبط مختلف أصناف التّعاقد بما يتوافق والتّصور الجديد للعقد. فالحريّة العقدية التي ولدت في أحضان المذهب الفردي، وإنتشار الحريّة الاقتصادية، أصبحت لا تخدم العقد، بل نتج عنها إتساع فجوة الفوارق بين أطرافه، وأصبحت المساواة الفعلية صّعبة التحقيق في الواقع. ونتيجة لما آلت إليه الرابطة العقدية، فقد أصبح لزاماً على المشرع التّدخل بهدف إعادة التوازن بين أداءات أطرافه، وقد تجسد ذلك من خلال تقييد مبدأ سلطان الإرادة وحريّة التّعاقد، وكذلك فرض جملة من الإلتزامات القانونية الجديدة، إضافةً إلى تمكين القاضي من سلطة الولوج إلى العقد لتعديله، بهدف تحقيق التوافق بين الإرادة الحرّة وسلطان القانون ومنه تحقيق توازن العقد والعدالة العقدية.

الكلمات المفتاحية: مبدأ سلطان الإرادة، نفوذ إقتصادي، إختلال توازن العقد، تدخل المشرع، توازن عقدي.

Abstract:

The principle of willpower is considered a major requirement for the establishment of all legal dispositions, especially contractual operations. However, as a result of the economic, social and political development of society, the principle of willpower has been retracted, and it has become necessary to adopt new legal systems suitable for controlling the various types of contracts in accordance with the new perception of the contract. The doctrinal freedom that was born in the arms of the individualist doctrine, and the spread of economic freedom, became no longer serving the contract, but resulted in a widening gap between its parties, and actual equality became difficult to achieve in reality. As a result of the contractual bond, it became necessary for the legislator to intervene in order to restore balance between the performance of its parties, and this was embodied by restricting the principle of the authority of will and freedom of contract, as well as imposing a set of new legal obligations, in addition to enabling the judge to have access to the contract to amend it. , with the aim of achieving compatibility between free will and the rule of law, including the achievement of contract balance and doctrinal justice.

Key words The principle of the authority of the will, economic influence, imbalance of the contract, the intervention of the legislator, the balance of the contract.

المقدمة:

في ظل ظهور الأنشطة الصناعية الكبيرة، إلى جانب التطور التكنلوجي المذهل، أصبحت مسألة البحث عن إيجاد و/أو إعادة التوازن بين أداءات أطراف العلاقة التّعاقدية بالغة الأهمية، خاصةً وأنّ البناء التقليدي للنظرية العامة للعقد في القانون المدني كان يستند أساساً على بعض المبادئ الكلاسيكية التي تنادي بتكافؤ المراكز العقدية في ظل المساواة المجرة[1]، كما كان يُعاج الروابط العقدية في أبسط صورها، إلاّ أنّها لم تعد كافيةً للتّكفل بالأوضاع القانونية الجديدة للمعاملات المالية، والناتجة عن هذا التّطور.

فالتقدم الذي أحدثته الثورة التكنلوجية والصناعية كان له الأثر البالغ على العلاقات التعاقدية، حيث ساهم في إحداث تفاوت إقتصادي ومعرفي بين طرفي العقد، إذْ لا نجد شخصا فاعلاً إلاّ وينتمي لإحدى الفئتين، فإما أن يكون محترفاً يحتل مركزاً قوياً، أو مستهلكاً يُوجد في مركز ضعف، حيث إتّسعت الهوة بين الفئتين، مُخلِفةً نوع من العلاقات العقدية غير المتكافئة، أصبح تحقيق المساواة الفعلية[2] بين أطرافها أمراً صعباً، كم أصبحت قواعد الشّريعة العامة للعقد غير كافية لوحدها في تحقيق التّوازن العقدي.

وفي ظل تبني مختلف التّشريعات المدنية، بما في ذلك المشرع المدني الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة الذي يُقدس الحرية التعاقدية، ويمنح للأطراف المتعاقدة كامل الحرية في إبرام العقود، إلاّ أنّ الأصول والمبادئ المتولدة عنه أخذت بالتراجع شيئاً فشيئاً، وقد ظهر هذا التّراجع في تدخل المشرع في الرابطة التّعاقدية بفرض جملة من الآليات القانونية التي تجسدت في تقرير جملة من الإلتزامات، بعدما كانت وفي وقت ليس ببعيد، في ظل المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة محظور على المشرع وحتى القاضي التّدخل في العقد، على إعتبار أنّه بمثابة قيد للحرية العقدية،[3] هذا التّدخل التّشريعي ومن خلاله القضائي أصبح يُمثل أهم مظاهر تطور العقد.

لقد تدخلت الدولة في العقد وإتّسع دورها فيه، بعدما أصبحت تتحكم في النّشاط الإقتصادى بتسييره وتوجيهه حتى أصبحت تشارك الأطراف المتعاقدة في تكوين العقد وتحديد مضمونه، بل وفي حالات عدّة غيّب المشرع فكرة العقد كليةً مُتَجاوز إرادة الأطراف الحرّة في تكوينه، من خلال نصوصه الآمرة التي لا يجوز الإتفاق على مخالفة أحكامها، والتي ترتبت عليها أصناف جديدة من العقود، كان الهدف منها إعادة التكافؤ بين إلتزامات الأطراف المتعاقدة.

---

[1] –يُراد بالمساواة المجردة تلك المساواة السياسية أي المساواة في الحقوق و الواجبات بغض النظر عن المراكز الاقتصادية للأطراف، وبغض النظر عن معارفهم الفنية و مدى قدرتهم على مناقشة بنود العقد.شوقي بناسي، تأملات في تعريف العقد، حوليات جامعة الجزائر01، 2018، العدد 32، ص15.

[2] – لقد أقام المشرع التّشريعات الخاصة على عامل التفاوت بين الأفراد، سعياً منه لتحقيق المساواة الفعلية ما بين الأفراد تحقيقاً للعدالة العقدية .فطيمة نساخ، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة: فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحوث جامعة الجزائر01،الجزء الأول، العدد 14، 2020، ص258.

[3]– أزوا عبد القادر،إعادة التوازن العقدي بين المبادئ القانونية التقليدية والمستحدثة، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 03، العدد 01، السنة 2020، ص 32.

بناء عليه، تظهر أهمية هذه الدراسة التي تهدف للبحث عن آليات إعادة التوازن العقدي في ظل المبادئ التقليدية، وكيف أنها أثبتت قصورها وعدم كفايتها في ذلك، وكيف كان تدخل المشرع ومن خلاله القاضي أيضاً لازماً وضرورياً من أجل إعادة التوازن بين أداءات أطراف العلاقة العقدية.

وممَّا تقدم فإنّ إشكالية هذه الدراسة تتمحور حول: **" إلى أي مدى تمكنت الأسس التّقليدية للعقد في الإبقاء على توازن العقد وكيف تدخل المشرع لإعادة هذا التوازن ؟**

تبعا لذلك، ولدراسة الإشكالية المطروحة قُمنا بحصر موضوع هذه الورقة البحثيّة في ظل تقسيم ثنائي المبحثين على النّحو التالي:

-**المبحث الأول:** قصور المبادئ التّقليدية في إعادة توازن الأداءات العقدية.

-**المبحث الثاني:** التّدخل التّشريعي ضرورة لإعادة توازن الأداءات العقدية.

المبحث الأول: قصور المبادئ التّقليدية في إعادة توازن الأداءات العقدية.

إن إبراز مواضع قصور وعدم كفاية المبادئ التقليدية للنظرية العامة للعقد، يستوجب تناول وفي مرحلة أولى أثر مبدأ سلطان الإرادة في إحداث وضعية اللاتوازن بين أداءات أطراف العقد، مونه يُمثل الأصل الذي تقوم عليه الإتفاقات التّعاقدية **(المطلب الأوّل)**، و في مرحلة ثانية سيتم إبراز مظاهر قصور المبادئ التقليدية في إعادة التوازن للعقد**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأوّل: أثر مبدأ سلطان الإرادة في إختلال توازن العقد.

إنّ دراسة الأثر الذى خلفه مبدأ سلطان الإرادة في إحداث اللاتوازن في العقد، والذي يُثبت تراجعه كمبدأ أساسي للعلاقات التّعاقدية**(الفرع الثاني)**، يقودنا إلى التطرق لمضمونه، وما حمله من مبادئ وأحكام منظمة للعقد **(الفرع الأول)**.

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة أصل للعلاقات العقدية.

يقضى أصل المعاملات المالية أن ذوي الشأن أولى بتنظيم علاقاتهم بمحض إرادتهم، وبالكيفية التي يرغبون بها، وفي إطار الحدود التي يريدونها، أمّا ما إتُفِق على وصفها بالأصناف الكبرى للعقود والتي ضبطها المشرع المدني الجزائري بأحكام خاصة ضمن الشّريعة العامة للعقد فإنها لا تعدو أن تكون إلاَّ إستثناءاً عن هذا الأصل، إذْ تَدَخَل المشرع هنا مُسخّراً الأحكام المُنَظمة لهذه العقود الخاصة من أجل خدمة إرادة المتعاقدين ومساعدتهم من خلال الطابع المكمل لقواعدها[1]، والتى تسري فيما أغفله المتعاقدان من مسائل تفصيلية في العقد، وهو ما يندرج ضمن إطار حريّة أطراف العقد في تحديد مضمون العقد تحت غطاء أوسع وهو حرية التّعاقد بمفهومها التّقليدي، هذه الأخيرة التي تستند بدورها على مبدأ أصيل، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة.[2]

---

[1] -علي فيلالي، العقود الخاصة-البيع-، موفم للنشر، السداسي الثاني، 2018، ص 19.

[2] -على فيلالي،الحرية العقدية مفهوم قديم وواقع متجدد،مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال،العدد05،ديسمبر 2018،ص09.

يُعد مبدأ سلطان الإرادة المحرك الرئسي للعقد، نشأ في أحضان المذهب الفردي الذي لاقي رواجاً واسعاً في القرن الثامن عشر، وكذا إنتشار الحرية الإقتصادية خلال القرن التاسع عشر، حيث يستند على الفلسفة الفردية القائمة على تقديس الحرية الفردية، إذ يجعل من الفرد محور القانون، أمّا المجتمع فهو في خدمة الفرد تحقيقاً لمصلحته الخاصة، كما أنّ الفرد لا يتعاقد إلاّ لأنّه أراد ذلك، فلا يتحمل إلاّ الإلتزامات التي إرتضاها بإرادته الحرّة، فيكون العقد تبعاً لذلك بمثابة قانون لأطرافه، فكل ما هو عقدي فهو بالضرورة عادل، وكما قال Fouillée من قال عقداً قال عدلاً[1].

إنّ مبدأ سلطان الإرادة الذي هو أساس النّظرية التقليدية للعقد[2]، تولدت عنه مبدأ حرية التّعاقد، ومبدأ القوّة الملزمة للعقد، اللذان يُلزمان كل من المشرع والقاضي بعدم التّدخل في العلاقات التّعاقدية التي إرتضاها أطرافها بإرادتهم الحرة المستقلة، فبما انّ العقد تمّ بإتفاق إرادتين سليمتين ومستقلتين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلاّ بإتفاق هاتين الإراتين اللتين أنشأته، إذْ لا يجوز لأحد المتعاقدين المبادرة بإراته المنفردة بتعديل العقد، ويشمل هذا المنع القاضي أيضا[3]، أمّا القانون فمُسخر لخدمتها، فلا سلطان له على أطراف العقد، وإنماّ هو بمثابة الحامي للحقوق والإلتزمات الإتفاقية المُنشأة من طرفهم بمحض إرادتهم، إذ يكمن دوره في ضمان تنفيذ هذه الإلتزامات العقدية من خلال توقيع الجزاء على من يتجاوزها.

<u>الفرع الثاني:</u> تراجع مبدأ سلطان الإرادة كأصل في العقد.

سرعان ما إنهار مبدأ سلطان الإرادة، وتراجعت معه المبادئ المتولدة عنه، حتى أنّ الفكر القانوني أخذ يُنكرُ ما نادى به المذهب الفردي من جعل الفرد محور التّشريع و غايته، و أخذ منحاً مغايراً، فعلى الرُغم من بلوغ مبدأ سلطان الإرادة أوّج مراحل تطوره مع إنتشار أفكار المذهب الفردي، وإتساع الحرية الإقتصادية، إلاّ أنّه لمْ يُعمر طويلاً على هذا الحال، إذْ أدت التّغيرات الاجتماعية والاقتصادية الحاصلة في المجتمع إلى بروز تصورات فكرية، وفلسفية مغايرة تماماً لفلسفة المذهب الفردي الذي كان يجعل المجتمع والقانون في خدمة الفرد، فقد برزت الفلسفة الإشتراكية لتأتي بمعادلة عكسية مفادها ترجيح مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، وتسخير القانون لتحقيق العدالة والتّكافل الاجتماعي.

أدّت المغالاة في الأخذ بالحرية العقدية المتولدة عن مبدأ سلطان الإرادة، إلى إتساع الهوّة الاقتصادية و/أو المعرفية بين أطراف العلاقة العقدية والذي كان ملازماً للتطورات الحالية على كافة الميادين وهو ما ترتب عليه إختلال فادح مسّ توازن العقد، بسبب التّفاوت الذي أصبح ظاهرا بين أطرافه و الذي غَيَّبَ معه حقيقة تجسيد المساواة الفعلية بين أطراف العقد، لتغوص في غَيَابَاتِ الخيال، وهذا راجع لإجتماع عدّة

---

[1]– أيمن إبراهيم عشماوي، مفهوم العقد و تطوره (دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية،مصر،2002، ص25.

[2] –المقصود بالنظرية التقليدية للعقد :"مجموعة المبادئ التي إستقر عليها العقد أثناء فترة إزدهاره في ظل المذهب الفردي،وهي مجموعة الأفكار الفلسفية و الاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع الليبيرالي"على فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر،الجزائر، ط3، ص 51.

[3] –عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام)، بيروت لبنان،منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 158.

عوامل ذاتية، إقتصادية، أو معرفية التي أصبحت تُشكل في ذاتها صور الضعف التعاقدي[1] والذي قد يكون ضعفا إقتصاديا، أو ضعفاً ذاتياً ،أو ضعفاً معرفياً.[2]

لقد أثبت عدم التوازن الظاهر في العقد، عدم كفاية الأسس الكلاسيكية المتولدة عن مبدأ سلطان الإرادة على التّكفل بإعادة توازن العقد بين أطرافه، في كافة مراحله سواء ما تعلق بمرحلة تكوينه أو مرحلة تنفيذ العقد، حيث مسّ القصور العديد من المبادئ التقليدية للنظرية العامة للعقد، وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: مظاهر قصور المبادئ التقليدية في تحقيق توازن العقد.

لقد تسببت المُستجدات والتطورات الحاصلة في المجتمع، إلى تجاوز العقد المصالح الخاصة لأطرافه، إذ أصبحت الغاية من العقد خدمة المصلحة العامة اوّلاً بسبب سيطرة المتعاقد القوي على العقد فيما يخص تكوينه وسريانه **(الفرع الأول)**، والذي أفل معه مبدأ سلطان الإرادة متخذا عدّة مظاهر كانت قد مسّت الأسس التقليدية التي قام عليها العقد **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأوّل: المصلحة العامة غاية العقد.

لم يَعد العقد مقتصرا على تلبية جاجات المعبرين عنه فحسب بتحقيق مصالحهم الشخصية، بل تجاوز هذا التّصور ليصبح في خدمة المصلحة العامة، مستجيبا لمقتضيات التأقلم و فن التّعايش التي تفرض توجيه دور الإرادة بما يتناسب وحاجات الأفراد الإقتصادية، والإجتماعية على حد سواء و في نطاق ما يُمليه القانون، وهو الوضع الذي أثبت عدم كفاية المبادئ التقليدية للعقد المتولدة عن مبدأ سلطان الإرادة في إعادة التوازن العقدي، حيث يظهر ذلك في مرحلة تكوينه و تنفيذه.

أمّا مرحلة تكوين العقد، فإذا كان الأصل يقضي أنّ العقد شريعة المتعاقدين[1]، أي أن مضمونه متوقف على ما إتفق عليه أطراف العقد إستنادا لمبدأ الحرية العقدية، فقد أصبح ضبط وتحديد بنود العقد وشروط

---

[1] – عبدوا أحمد، الحماية القانونية للطرف الضعيف في تكوين العقد و تنفيذه، دفاتر البحوث العلمية، المجلد10،العدد01، 2022،ص 491.

[2]– نقصد بالضعف الذاتي هو الضعف اللّصيق بالشخصية أو الملازم للشخصية la faiblesse inhérente ، إذْ تتمثل أسباب الضعف التعاقدي اللّصيق بشخصية المتعاقد في: إنعدام أو نقص الأهلية: عديم التمييز أو الصبي المميز،–عوارض الأهلية، الجنون السفه و الغفلة، إضافة إلى إصابة إرادة المتعاقد بعيب من عيوب الرضا أي الغلط ،التدليس الإكراه و الإستغلال. أمّا الضعف الاقتصادي أو الضعف النسبي :infériorité relative, infériorité économique فيتمتع المتعاقد في هذه الحالة بأهلية التّعاقد و رضا سليم من أيِّ عيبٍ و يكون مُدْرِكًا و مميِّزاً لما يأتيه من تصرفات قانونية، إلا أنّه يكون مضطرا لذلك أي غير مُخيّر بين قبول أو رفض الشروط المفروضة عليه من طرف المتعاقد معه صاحب النفوذ بسبب حاجته الماسّة لمحل العقد "سلعة و/أو خدمة" وهو الوضع الذي إصطلح بعض الفقه على تسميته بالضعف الاقتصادي ويو الذي يُعرف أيضاً بالضعف النسبي.محمد حسين عبد العال ،مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية،دراسة تحليلية مقارنة ،القاهرة ،دار النهضة العربية ،2011، 34 ، أمّا بخصوص الضعف المعرفي : infériorité –ignorance :يقع تحت مظلة الضعف النِّسبي أو الإقتصادي إلا أنّ مصدر الضعف التّعاقدي الذي يعدم التّوازن بين أطراف العلاقة العقدية هنا ليس التّفاوت الإقتصادي، وإنَّما يَنْصبُ على التّفاوت المعرفي والدراية الكافية بموضوع العقد الَّتي تجعل رضاهُ ليس سليماً و هذا ما إصطلح على نعته فقهاً بالتفاوت المعرفي. عبدوا أحمد، المرجع نفسه ص 495 .

التّعاقد رهين إرادة الطرف القوي إقتصادياً و/أو معرفياً، وفي الإتجاه الذي يخدم مصالحه الشخصية، دون إعتبار للشروط المشروعة للمتعاقد معه .الأمر سيّان بالنسبة لمرحلة تنفيذ العقد، والتي صار فيها المتعاقد القوي يوجه تنفيذ العقد بفرض جملة من الشروط التّعسفية التي تُعْدِمه من تحمل أي إلتزام سواء بطريقة كلية أم جزئية في مقابل إثقال كاهل المتعاقد الآخر بهذه الإلتزامات التي ليس لهُ أن يرفضها لحاجته للسلعة أو الخدمة.

الفرع الثاني: مظاهر قصور الأسس التقليدية للعقد.

إنّ عدم كفاية كل من نظرية عيوب الإرادة **(أوّلاً)**، و نطرية الضمان في القواعد العامة**(ثانياً)** في توفير الحماية اللازمة للمتعاقد، وكذا حصر المشرع نطاق البنود التعسفية في عقد الإذعان **(ثالثاً)**، تمثل أهم مظاهر قصور الأسس التقليدية لنظرية العقد.

أوّلاً: عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة.

أماعن مظاهر قصور **نظرية عيوب الإرادة**، والتي ترتبط إرتباطا وثيقاً بمبدأ سلطان الإرادة، فيتمثل في ثبوت عجزها عن التّكفل بأوضاع إختلال التوازن العقدي، والذي غالباً ما يعود السّبب الرئيس فيه لنقص أوانعدام الخبرة، والحاجة للسلعة أوالخدمة، في حين أنّ كل من الحاجة، وعدم الخبرة، لا تصنف على أنها عيب من عيوب الإرادة الواردة في إطار نظرية عيوب الإرادة الواردة ضمن النظرية العامة للعقد.

كما أنّ ثبوت عيب من عيوب الإرادة سواء تعلق الأمر بالتدليس، الغلط، الإكراه، الإستغلال، يُجيزُ لمن عيبت إرادته اللجوء إلى القضاء، عن طريق المطالبة القضائية لإقتضاء حقه، هذا ما يُؤكد طبيعة الحماية التي توفرها، إذْ أنها مُقررة بعد وقوع الضرر أيْ أنّها **حماية لاحقة** له[2]، ظف أنّه غالباً ما ينتهي تسوية النزاع فيها، بالحكم بإبطال العقد، وهو ما يُؤدي إلى عدم تمكين أطراف العقد من تحقيق الأهداف التي من أجلها تمّ إبرام العقد، على الرغم من التّخلص من عدم التوازن الواقع فيه.

ثانياً: عدم كفاية نظرية الضمان.

لقد أثبت الواقع عدم كفاية نظرية الضمان الواردة ضمن النظرية العامة للعقد لحماية المتعاقد الضعيف، إذ أنّها تُقدم حلولاً قانونية لا تتوافق ومصلحة المتعاقد مما يجعلها غير ملائمة له، كما أنّ الإلتزام بالضمان إلتزام إتفاقي، عكس ما هو وارد في التشريعات الخاصة، فهو إلتزام قانوني، أحكامه من النظام العام[3].

ثالثاً: ضيق نطاق الشروط التّعسفية.

أمّا فيما يتعلق بمكافحة الشروط التّعسفية في عقد الإذعان، فإنّ حصر نطاقها في هذا الصنف من العقود دون سواها من خلال نص المادة 110 من القانون المدني[1]، من شأنه أنْ يخلق أزمة ضيق تصور هذه

---

[1] –المادة 106 من القانون المدني.

[2]– لقد قدّمت النظرية العامة للعقد الحماية للمتعاقد كمتعاقد ، وهي حماية لاحقة للتصرف القانوني او الواقعة القانونية، تتخذ شكل جزاء قضائي لا يخدم مصلحة الطرف الضعيف.نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2012–2013، ص 197.

[3]– فطيمة نساخ، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة: فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، مرجع سبق ذكره، ص257.

الشروط في هذا النوع من العقود فقط، أي إستحالة وُرودها خارج هذا الحيز الضيق ، وهو ما يتعارض مع ظاهرة تنوع العقود التي أصبحت وتيرتها تتزايد يوما عن يوم.

المبحث الثاني: التّدخل التّشريعي ضرورة لإعادة توازن الأداءات العقدية.

لقد أدى التّطور الذي عرفه المجتمع، إلى تقلص دور الحريّة العقدية، إذْ قيّد ظهور المذاهب الإجتماعية التي تُرجح مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد من نتائج المذهب الفردي، وأصبحت غاية القانون هي الجماعة على حساب الفرد، وهو الأمر الذي هزّ قلعة مبدأ سلطان الإرادة، إذْ ونتيجة لهذا المذهب الاجتماعي، أصبح المشرع يتدخل في تحديد مضمون المعاملات التّعاقدية[2] التي يباشرها الأفراد فيما بينهم بصفة مباشرة و ذلك بتقييد إرادتهم **(المطلب الأول)**، كما يتدخل المشرع في العقد من خلال تخويل القاضي سُلطة الوُلوج في العقد **(المطلب الثاني)**، رغبةً من المشرع في إعادة التوازن لأداءات أطراف العقد[3].

المطلب الأول: تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد.

لقد أثبت الواقع عدم صحة الفرضية الفلسفية لمبدأ المساواة بين المتعاقدين في العقد، وهو الأمر الذي فرض ضرورة تدخل المشرع في مضمون العقد[4]، من أجل إعادة التوازن العقدي، وتحقيق العدالة العقدية، سواء بإقراره قواعد تفرض إلتزامات جديدة لم يتم الإتفاق عليها بين أطراف العقد، لا سيما عقد العمل **(الفرع الأول)**، وعقد الإستهلاك **(الفرع الثاني)**، أولمواجهة الشروط التعسفية **(الفرع الثالث)**، إضافة لتدخله باسم النظام العام الاقتصادي **(الفرع الرابع)**.

---

[1] –تنص المادة 110: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية،جاز للقاضي أن يُعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة.و يقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك"

[2] – لقد تغير دور الدولة من دولة حارسة، متدخلة إلى دولة ضابطة إذ تبنى المشرع الجزائري هذا الدور دستورياً من خلال نص المادة 43 من القانون رقم 16–01 المتضمن التعديل الدستوري بنصه :"حرية الإستثمار و التجارة معترف بها،و تمارس في إطار القانون. تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال و تشجع على إزدها المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.تكفل الدولة ظبط السوق و يحمي القانون حقوق المستهلكين. يمنع القانون الإحتكار و المنافسة غير النزيهة ".التعديل الدستوري لسنة 2016.

[3] –إنّ البعد الموضوعي والذاتي لفكرة التوازن العقدي، يُمثل تحدٍ كبير لقانون العقود في إطار النظرية الحديثة، فلقد خلقت القوة الاقتصادية و سيطرة أحد أطراف العلاقة العقدية على الطرف الآخر ما يسمى بالطرف الضعيف في العقد نظراً لقلة كفاءته أو معرفته، هذا التفاوت فتح المجال أما الطرف القوي فرض ما تمليه مصلحته الخاصة من شروط. لهذه الأسباب فقد أصبح تدخل الدولة في العقد أمراً حتمياً من أجل إعادة التوازن،و فرض آليات وإلتزامات تُساعد في ذلك. عرعار عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق ،جتمعة الجزائر01، ص165.

[4]– يُقصد بمضمون العقد في القانون المدني الجزائري ،كل المسائل الواردة فيه صراحةً من حقوق وواجبات و حتى تلك التي لم ترد فيه، ولكنها من مستلزماته.علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة ،موفم للنشر، الجزائر،2013، ص 163.

الفرع الأوّل: التّحديد التشريعي لمضمون عقد العمل.

أمّا بالنسبة **لعقد العمل** المنظم بموجب القانون رقم 90-11[1]، فيّعد من العقود التي تدخل المشرع لتحديد مضمونها بصفة كلية[2]، إذ نظّم البنود التعاقدية فيه بالكيفية التي تحقق الحماية لفئة العمال، وقد مسّت هذه البنود المسائل الجوهرية في عقد العمل، كالأجر وتحديد ساعات العمل، وشروط السلامة والصحة والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي، بل أنّ عقد العمل أصبح مجرد تطبيق وإقرار للنصوص القانونية الملزمة والإتفاقيات الجماعية للعمل[3].

كما يظهر تدخل المشرع في العديد من الأحكام لاسيما ما تنص عليه المادة 53 من القانون رقم 90-14 المؤرخ في 06/02 1990 المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي من أنّه: "لا يجوز للمستخدم أن يسلط على أي مندوب نقابي بسبب نشاطاته النقابية عقوبة العزل أو التحويل أو أي عقوبة تأديبية كيفما كان نوعها."

وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك فروقات جوهرية بين عقود الإدماج وعقود العمل من حيث الشروط والأركان، حيث أنّ عقود الإدماج من أبرز العقود النموذجية التى إستحدثها المشرع في شكل قوالب جاهزة للتّعاقد، والتي نظّمها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 30 أفريل 2008 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني[4]، في حين تخضع عقود العمل لأحكام القانون رقم 90-11المتعلق بعلاقات العمل المذكور أعلاه، فقد إستحدث المشرع الجزائري هذه الصيغة الجديدة من العقود إستجابةً منه للحاجات الاجتماعية والإقتصادية للشغل، التي أصبحت تفرض وُجودها، والتي أضحى من الأهمية بمكان التّكفل بها من خلال خلق مناصب شغل جديدة[5].

الفرع الثاني: التّحديد التشريعي لعقد الإستهلاك.

وبخصوص **عقد الإستهلاك**، نجد أنّ واقع المعاملات التجارية، لا سيما في المجال العلمي، الصناعي والتكنلوجي، قد فرض أنماط وقيم إستهلاكية جديدة بسبب إستعمال أساليب الدعاية، والتي أدت إلى ارتفاع الحاجيات الإستهلاكية.

---

[1]-القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990،المتعلق بعلاقات العمل،ج.ر عدد 17، الصادر بتاريخ 25 أفريل 1990، المعدل و المتمم

[2]-بسبب ما لحق العمال من أضرار نتيجة تسلط أرباب العمل و الزيادة المفرطة في ساعات العنل وعدم إمتلاك وسائل الإنتاج التي تمّ إحتكارها من طرف أرباب العمل ،بالإضافة إلى الأجور الزهيدة ،و عدم وجود التأمين الاجتماعي، كل هذه الأسباب وأخرى أدت إلى إنتفاضة العمال بإضرابات شلت الحياة الاقتصادية،مما إستدعل تدخل الدولة بقوانين و تشريعات لإصلاح الوضع ،حيث صار عقد العمل محل تنظيم تشريعي.

[3] -حسيني عزيزة، أث صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد، بحوث جامعة الجزائر، العدد 14،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر01، 2015،ص 163.

[4]-جريدة رسمية عدد 22 الصادرة بتاريخ 30 أفريل 2008 ، المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم13-142 المؤرخ في 20 أفريل 2013،جريدة رسمية عدد 21 الصادر بتاريخ 23 أفريل 2013

[5] – لقد وَجد المُشرع في عقود الإدماج المنفذ الوحيد لذلك حيث تدخل بصفة مباشرة لتنظيم و توجيه العقد تحقيقاً للمصلحة الاجتماعية.

لقد أصبحت عقود الإستهلاك تحمل شروط محررة مُسبقاً، التي ليس للمستهلك سوى خيار الإذعان لها نظرا لحاجته الماسّة للسلعة أوالخدمة، وهو ما أدى بالنتيجة إلى إختلال توازن العقد، بسبب ما توفره الشروط الواردة به من ميزة فاحشة للمهنيين على حساب مصلحة المستهلك أو غير المهني.[1]

فرض هذا الوضع الجديد، ضرورة تدخل المشرع في عقد الإستهلاك، لاسيما بعد أن ثبت عدم كفاية الضمانات المحددة ضمن النظرية العامة للعقد لحماية المتعاقد والمستهلك خاصةً، نخص بالذكر نظرية عيوب الإرادة، نظرية ضمان المبيع من العيوب الخفية، العلم الكافي...اللخ

لقد تدخل المشرع في العلاقة التّعاقدية الإستهلاكية بإقراره إلتزامات جديدة وإضافية، يترتب على مخالفتها مسؤولية المتدخل أو المحترف كالإلتزام بالإعلام، الإلتزام بضمان السلامة، الإلتزام بالمطابقة.[2]

من خلال ما تقدم، فإنّ تدخل المشرع بهذا الشكل في هذا النوع من العقود لا يُعدُّ مساساً بالحرية العقدية، كونُه يهدفُ إلى حماية الطرف الضعيف في العقد باسم النظام العام الحمائي[3]، بغية إعادة التوازن العقدي.

الفرع الثالث: تدخل المشرع لمواجهة الشروط التعسفية.

كما تدخل المشرع في العقد من أجل محاربة الشروط التعسفية، بمنعها والنص على بطلانها، فقد أورد قائمتين للشروط التّعسفية على سبيل المثال لا الحصر، وردت في كل من نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم[4]، والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يُحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التى تعتبر تعسفية،المعدل والمتمم[5].

كان هدف المشرع من إقراره لهاتين القائمتين، هو التّسهيل على المستهلك في إثبات الطابع التّعسفي للشرط، بخصوص بعض البنود ىالتعاقدية الواردة في عقود الإذعان[6].

---

[1] -سلم بن سعيد، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في الإستهلاك،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ،باتنة الجزائر،2013-2014، ص 01.

[2] -ليلى كراش، قانون حماية المستهلك: تجاوز التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد07، العدد 01 ،2023، ص 225 ،227و228.

- عرعار عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد،مرجع سبق ذكره، ص 226 وما يليها.

[3] -تعتبر فكرة النظام العام الحمائي، تطورا جديدا لفكر النظام العام، الذي هدفه حماية الطرف الضعيف في العقد في مواجهة الطرف القوي، بهدف الوصول إلى تحقيق توازن أفضل في العلاقة العقدية عن طريق تدخل المشرع لتعديل مضمون العقد، وذلك خلافاً لما حمله التصور التقليدي لفكرة النظام العام.

[4]-القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،ج.ر رقم 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004 ، المعدل و المتمم.

[5]- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأسسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية،المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 ،جريدة رسمية عدد 07 الصادر بتاريخ 10 فيفري 2008

[6] -لم يرد تعريف لعقد الإذعان ضمن الأحكام العامة للعقد، في حين ورد بنص المادة عرّفت المادة عقد الإذعان

الفرع الرابع: النّظام العام الإقتصادي آلية لتحقيق التوازن العقدي.

ومن مظاهر إنتكاصة مبدأ سلطان الإرادة أيضاً، تطور فكرة النظام العام، حيثُ ضاق نطاق المبدأ المبدأ، ليُفسح المجال لقيود المشرع المفروضة والتي ألزم الإرادة بها، كما جعل المشرع في بعض الحالات من التّعاقد إجبارياً كعقد التأمين مثلاً.

لقد دعت ضرورات النظام العام الإقتصادي إلى تدخل الدولة في العقد بالرقابة والتوجيه، إذْ تُعَد فكرة النظام العام الاقتصادي بدفتيه التوجيهي والحمائي قيداً يحد من إتساع نطاق الحرية التّعاقدية بهدف إعادة التوازن لمراكز القوى المختلفة في الرابطة العقدية من جهة، وتغليب المصلحة العامة للمجتمع على المصالح الخاصة الضيقة للمتعاقدين إذا وُجد تعارض بينهما.[1]

أصبح النظام العام الإقتصادي بمثابة منفذ للدولة تَلج للولوج في العقد لإعادة ضبط المعاملات الاقتصادية، هذا ما فرض على المشرع ومسايرةً منه للوضع الذي آلت إليه النظرية العامة للعقد، إستحداث تقنيات جديدة للتّعاقد تتماشي وفكرة رقابة وتوجيه الدولة للعقد وبما يتلاءم والنظام العام الاقتصادي بمظاهره المختلفة.فلقد تراجعت الرضائية لحساب الصيغ الحديثة للشكلية التّعاقدية التي فرضتها موجبات النظام العام التّوجيهي كالرخصة و شهادة المطابقة.....اللخ، هذا ما نتج عنه إستحداث أنواع جديدة من العقود وبصيغ حديثة للتعاقد أبرزها أصناف عقد بيع البناية في طور الإنجاز، والتى نعني بها عقد البيع بناء على التصاميم، عقد حفظ الحق، والتي نظمها المشرع بموجب القانون رقم 11-04 المنظم لنشاط التّرقية العقارية[2] والنصوص التنظيمة له.[3]

المطلب الثاني: تدخل المشرع من خلال القاضي في العقد.

إنطلاقاً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإنّ العقد بمثابة قانون بالنسبة لأطرافه والقاضي أيضاً، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ بإتفاق الأطراف أو للأسباب التي يقررها القانون.إلاّ أنّ ضمان إستمرار العقد وفقاً لما ترغب فيه إرادة عاقديه، وفي إطار تكريس العدالة العقدية أصبح صعباً، وهو ما دفع المشرع إلى إيجاد حل يسمح من خلاله للقاضي الوُلوج في العقد لتعديله في مرحلتي التكوين**(الفرع الأول)** و السريان **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تدخل القاضي لتعديل العقد في مرحلة تكوينه.

لقد أضحي القاضي يتدخل في مرحلة إبرام العقد، وفي إطار ما يسمح به القانون، إذا ما تبين له إختلال في توازنه، نتيجة وجود غبن أو إستغلال في العقد**(أوّلاً)**، أو بفعل إدراج أحد المتعاقدين لشرط تعسفي من

---

[1]-مصطفى بن أمينة، النظام العام الاقتصادي وتطبيقاته في قانون حماية المستهلك الجزائري-مقاربة تشريعية لضبط سلوك العون الاقتصادي-مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية،مجلد 05،العدد 01، 2020،ص 1185.

[2]- القانون رقم 11-04 المؤرخ في 2011/02/17 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية،جريدة رسمية عد14 الصادر بتاريخ 2011/03/06

[3] -لا سيما المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يُحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كيفية دفعها

شأنه خلق عدم التوافق بين إلتزامات أطراف العلاقة العقدية**(ثانياً)**، وذلك بعدما كان مبدأ سلطان الإرادة هو المسيطر على التعاملات العقدية، حيث كان يُمنع على القاضي أن يُغير من بنود العقد، ذلك أنّه كان مُناط بدور يقتصر في البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين في حالة غموض عبارات العقد[1].

أولاً: تعديل القاضي لمضمون العقد في حالة الغبن.

وقد تناولت المادة 90 من القانون المدني واحدة من حالات تدخل القاضي في العقد، تتعلق بوجود تفاوت كبير في النسبة بين إلتزامات أحد المتعاقدين بالمقارنة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بمناسبة العقد أو بالمقارنة مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وثبَتَ له أنّ المتعاقد المغبون قد أبرم العقد نتيجة إستغلال المتعاقد الآخر للطيش البيّن أو الهوى الجامح الذي وجدهُ فيه .

يتبن من المادة 90 أنّ المشرع أخذ بالغبن[2] عندما يَتَبين عدم التّعادل بين إلتزامات احد المتعاقدين مع الفائدة التي تحصل عليها المتعاقد معه، كما أخذ أيضاً بحالة إستغلال الضعف النفسي للمتعاقد الآخر.

وعليه فإنّ الإعتداد بحالة عدم توازن أداءات العاقدين يكون منذ لحظة إبرام العقد، بسبب إستغلال المتعاقد الضعف النفسي للمتعاقد المغبون والمتمثل في الهوى الجامح والطيش البيّن.

وعلى القاضي عند تدخله لتعديل العقد مراعاة قيمة عدم التعادل الحاصل، إضافة إلى الظروف النفسية للمتعاقد المغبون، لأنّه لولا الإستغلال لما قام المتعاقد المغبون بإبرام العقد[3].

ثانياً: تدخل القاضي في تعديل الشّرط التّعسفي.

كما يتدخل المشرع ومن خلاله القاضي في مضمون العقد بالتعديل، إذا تضمن شروطا تعسفيّة من شأنها المساس بمقتضيات العدالة والإنصاف الواجبة التحقيق في العقد.

وقد نظّم المشرع هذا التدخل بموجب نص المادة 110 من القانون المدني[4]، والتي على أساسها يجوز للقاضي بمقتضي السلطة المخوّلة له قانوناً التّعديل في عقود الإذعان متى إكتنفتها شروطا تعسفيّةً تمس بمصالح أحد أطرافه، أو يتدخل لإعفاء الطرف المُذعَن منها، وذلك بحكم طبيعة عقود الإذعان التي يُسيطرُ

---

[1] –تنص المادة 02/111 من القانون المدني:"أمّا إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات." الامر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ،ج.ر عدد 78 ،الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

[2] –الغبن هو المظهر المادي للإستغلال، الذي هو عدم التعادل بين الأداءات، وبمعنى أصح خسارة تلحق أحد المتعاقدين، والغبن لا يُمكن تصوره إلاّ في عقود المفاوضة، وبذلك تخرج عقود التبرع و العقود الإحتمالية من صفة الغبن.حشلافة ملوكة، عجالي بخالد، تدخل المشرع في مضمون العقد، مجلة آفاق للعلوم، المجلد07، العدد 04، 2022، ص508.

[3] –عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام،مصادر الإلتزام،(العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي ،لبنان، ص 366.

[4] –تنص المادة 110 مدني:"إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو ان يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وَفقاً لما تقضي به العدالة .و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك." الامر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، مرجع سبق ذكره.

فيها أحد المتعاقدين على الآخر، حيث تجعل الطرف المُذعَنْ يرضخُ للشروط التي وضعها المُوجب، ولا تقبل المناقشة فيها، وهي الحالة التي جعلت المشرع ومن خلاله القاضي أمام حتمية التدخل في العقد بالتّعديل، لأجل الموازنة بين الإرادة الحرّة، وعدم الخضوع لعوامل النفوذ الاقتصادي، والإستغلال الأحادي من أحد أطراف العلاقة العقدية[1].

الفرع الثاني: تدخل القاضي لتعديل مضمون العقد في مرحلة سريانه.

يقضي أصل المعاملات المالية بين الأفراد طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني، أنّ العقد إذا ما نشأ صحيحاً، تقَررت له قوته الملزمة، وهو ما يُعرف قانوناً بمبدأ القوّة الملزمة للعقد، الذي يحول حصناً منيعاً أمام أي تدخل قضائي[2].

إلاّ أنّ المشرع فضلاً على منحه القاضي سلطة التّدخل في العقد خلال مرحلة تكوينه، فقد سمح له أيضا الولوج في العقد في مرحلة سريانه، من أجل إعادة التوازن العقدي المُختل، أي تعديل مضمون العقد على غير الإرادة المشتركة للمتعاقدين،لاسيما عند إعمال نظرية الظروف الطارئة**(أوّلاً)**، التي تُعدُ إستثناء من مبدأ القوّة الملزمة للعقد، أو منح أجل قضائي للمدين**(ثانياً)**، وتدخل القاضي لتعديل التّعويض الإتفاقي**(ثالثاً)**.

أوّلاً: تدخل القاضي تعديل العقد بسبب ظرف طارئ.

تُعد نظرية الظروف الطارئة[3] ،والتي نجد أساسها القانوني في الفقرة الثالثة من نص المادة 107 من القانون المدني[4]، أداة تشريعية بحوزة القاضي لتحقيق العدالة القانونية، وإعادة التوازن الإقتصادي إذا ما إختلّ

---

[1] –نجية معداوي، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد 04، ص62.

[2] –عثماني بلال، القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة ، بجاية، المجلد 15،العدد 01، 2017، ص 435.

[3]– إنّ إعمال نظرية الظروف الطارئة التي تعد إستثناء عن مبدأ القوّة الملزمة للعقد، يستوجب توافر مجموعة من الشروط وهي: ان يقع حادث إستثنائي عام لم يكن في الوسع توقعه، وان يكون هذا الحادث الإستثنائي غير مألوف ونادر الوقوع للعامة، وليس على الشخص المدين فقط، إضافة إلى أن يكون الظرف الطارئ مستقبلي و ليس موجوداً وقت إبرام العقد، وأن يُصبح الإلتزام التعاقدي مرهقا للمدين ويُهدده بخسارةٍ فادحةٍ.رشيذ دحماني، عمار زغبي، وقف تنفيذ العقد لمصلحة المدين،بين الظروف الطارئة و مهلة الميسرة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،العدد 02، ص125.

–عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تخفيف المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النيّة، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه علوم،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2018، ص103.

[4]– تنص المادة 03/07 من القانون المدني:"غير أنّه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يكن مستحيلاً ، صار ممرهقاً للمدين بحيث يُهددمه بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد مراعاة مصلحة الطرفين ان برد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك."

في العقد، ما يعنى تكريس العدالة التّبادلية دون العدالة التّوزيعية، أيْ العدالة التبادلية التي من شأنها أن تُعيد التوازن الذي كان قد إختل بفعل الظرف الطارئ[1]، في الأداءات العقدية المتقابلة.

إنّه وفي حالة النزاع بين أطراف العقد، واستنادا لنظرية الظروف الطارئة، منح المشرع للقاضي صلاحية تعديل بنود العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هذا ما يعد تجاوزا لمبدأ سلطان الإرادة، واستثناءا عن مبادئه المتمثلة في العقد شريعة المتعاقدين، والقوة الملزمة له.

أقرّ المشرع من خلال نظرية الظروف الطارئة ضرورة إعمال مبدا حسن النية في تنفيذ العقد وذلك ب:

1-تعديل العقد بالزيادة أو بالإنقاص: إذْ إشترط من خلال الفقرة الأولى لنص المادة 107 من القانون المدني ضرورة التحلي بحسن النيّة " أي ضرورة النزاهة و التعاون " عند تنفيذ مضمون العقد، والذي يجوز بناء على هذا المبدأ تعديل العقد بالزيادة أو بالإنقاص وذلك بما يخدم مصلحة الطرف الضعيف ويحميها.

2-التعديل بالزيادة في مضمون العقد: إلاّ أنّ مضمون العقد لا يقتصر على ما حمله من إلتزامات كانت محل إتفاق أطراف العقد، فطبقا لنص الفقرة 02 من المادة 107 فإنّ النطاق الملزم للعقد يتسعُ ليشمل مستلزماته أيضاً إستنادا لما أقره القانون والعرف وقواعد العدالة والتي تتلاءم مع طبيعة الإلتزام العقدي ،وفي هذا إقرارٌ بجواز التعديل بالزيادة في مضمون العقد إعمالا لمبدأ حسن النية في تنفيذه.

ثانياً: تدخل القاضي بمنح أجل قضائي للمدين.

كما يجدُ القاضي مبرراً لتدخله في مرحلة سريان العقد مستندا في نص المادة 119 من القانون المدني، حيث أنّه وفي العقود الملزمة لجانبين إذا ما أخلّ أو تراخى أحد المتعاقدين في تنفيذ إلتزامه، جاز للقاضي و بناء على طلب المتعاقد الدائن بفسخ العقد، وفي إطار سلطته التقديرية التي يتمتع بها، أن يختار ما بين فسخ العقد لمصلحة الطرف الدائن، من عدمه، وهو ما يعنى هنا منح مهلة أو أجل قضائي للمدين حتى يتمكن من تنفيذ إلتزامه، وهذه الحالة تُعرفُ قانوناً **بنظرية الميسرة.**

إلاّ أنّه وتطبيقا لأحكام المادة 210 من القانون المدني، فإنّ حكم القاضي بمنح المدين مهلة الميسرة تقترن بوجوب توافر مجموعة من الشروط، التي يُلزَم القاضي بمراعاتها خلال إعماله لسلطته التقديرية إذ تنص المادة210 مدني:" إذا تبيّن من الإلتزام أنّ المدين لا يقوم بوفائه إلاّ عند المقدرة او الميسرة، عيّن القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، مع إشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بإلتزامه."

---

[1]- نص المشرع على نظرية الظروف الطارئة بموجب نص المادة 107 مدني، وهو نفس الإتجاه الذي أخذ به المشرع المدني العراقي من خلال نص المادة 2/146 و التى خوّل بموجبها المشرع العراقي القاضي صلاحية تعديل العقد وفق ما تقتضيه العدالة إذ تنص المادة 02/146 : "إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أنّ تنفيذ إلتزام المتعاقدين و إن لم يكن مستحيلا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ،جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

ثالثا: تدخل القاضي لتعديل التّعويض الإتفاقي.

كما قد يتدخل القاضي أيضاً لتعديل شروط العقد المتفق عليها من قبل أطرافه، في حالة الشرط الجزائي الذي أدرجه المتعاقدان، وذلك في حالة ما إذا تراجع أحدهما عن تنفيذ الإلتزام الواقع على عاتقه، أو قيامه بتنفيذ إلتزامه لكن على عكس ما تم الاتفاق عليه، هنا جاز للقاضي تخفيض مبلغ التّعويض المتفق عليه في العقد، في حالة ما إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطاً أو أنّ الإلتزام الأصلي قد نُفِذَّ في جزء منه و ذلك تطبيقا لنص المادة 184 من القانون رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

الخاتمة :

إنَّ ما يُمكن إستخلاصه من خلال ما تمَّ تنظيرُه، هو أنّ التطورات الحاصلة في المجتمع قد تسببت في تراجع العديد من الأصول والمبادئ التي قامت في ظلها نظرية العقد، نخص بالذكر مبدأ سلطان الإرادة و المبادئ المتولدة عنه، حيث أصبحت هذه الأخيرة عاجزة عن التّكفل بالأوضاع القانونية المستجدة، والمتولدة عن تأرجح كفتي ميزان العقد، حيث ظهر طرف قوي أخذ على عاتقه الإنفراد بسن وفرض شروط العقد التي تخدم مصلحته على المتعاقد الآخر الذي ليس أمامه إلا القبول بها لحاجته للخدمة أو السلعة .

إلاّ أنّ تراجع العقد بمفهومه التّقليدي لم يصل أبدًا إلى حد التّخلي عنه وإختفائه، إذْ أنّه رغم ذلك لا يزال يحتل الصدارة في أنّه أهم التّصرفات القانونية الإرادية المحركة للمعاملات بين مختلف أشخاص القانون الخاص والعام على حد سواء، إذ يكاد يكون الأداة الوحيدة لتداول الثروات، فالحركة التي مسّته والتي فرضت تدخل المشرع، ومن خلاله القاضي أيضاً لضبطه، تنظيمه، وتعديله، تجعلنا نقول بتطوره لا إضمحلاله على إعتبار أنّ تطوره هذا ما هو إلا إستجابة لحتمية تطويع النُّظم القانونية لحاجات الحياة المتوازنة، والتي فرضت ظاهرة التّنوع العقدي كماً وكيفاً، أيْ الإزدياد اللاّمتناهي لعدد العقود ذات المضمون المُلْزِم.

كما أنّ الدرور الجديد للدولة، ومن خلالها المشرع في توجيه وضبط الاقتصاد، وإن كان يتم على حساب مبدأ سلطان الإرادة، أيْ الإرادة الحرّة لأشخاص القانون، إلا أنّه لا يُغيب دور الإرادة مطلقًا لما لها من أهمية في المعاملات المالية لهم، إنّما أخذ المشرع يخطو نحو توجيهها قانوناً منعاً للتّعسف، والإستغلال الممكن صدوره من أصحاب النُّفوذ الإقتصادي والمعرفي، والذي أدى لإختلال موازين العقد.

وعليه فإنَّ تدخل الدولة لتوجيه وظبط الإقتصاد أضحى ضرورة حتمية من أجل ضمان التّوازن بين حقوق وإلتزامات أطراف العقد.

وبناء على ما تمّ إستخلاصهُ من نتائج، نقترح جملة من التّوصيات، يُمكن حصرها في أنّه:

-ومن أجل الإبقاء على الطابع الخاص للروابط العقدية، أصبح من الأهمية بمكان أن لا يكون تدخل المشرع في العقد ومن خلاله القاضي أيضا مفرطاً، وإنما بالقدر الذي يقضي على اللاّتوازن العقدي.

-من الأفضل أن يكون إعادة التّوازن للعلاقات العقدية من خلال محاولة تحيين الأُسُسْ والقواعد العامة التي تحكم العقد، وهذا بما يتلاءم مع ما أفرزته التّطورات الحاصلة من أوضاع قانونية مستحدثة تستوجب التّكفل بها من خلال إعمال مبادئ الشريعة العامة للعقد بعد إعادة دراستها وتكييفها، على أن يُحتفظ

بخصوصية التّشريعات الخاصة فيما يُستحال ضمُّهُ لمنظومة العقد التقليدية، عوضاً من فسح المجال للقوانين الخاصة، و بالتالي إستفحال ظاهرة التّضخم التّشريعي غير الفعّال، وهو الأمر الذي لا يخدمُ النّظرية العامة للعقد، التي لا يُمكن الإستغناء عنها كمرجع أساسي وأصيل يحكم العقد، فالواقع أثبت عدم إمكانية إستقلال مبدأ سلطان الإرادة وحده كأساس يحُكم العلاقات التّعاقدية، وإنّما يجب وإلى جانبه إعمال سُلطان القانون أيضاً، من أجل تحقيق توازن الأداءات العقدية، وبالتالي إستقرار المعاملات المالية، ومنه الوصول إلى تكريس العدالة التّعاقدية، وأخيراً تحقيق مصلحة الجماعة والمجتمع على حد سِواء.

عنوان المداخلة: 14

أثر الاجتهاد القضائي في تغيير ملامح القانون المدني الفرنسي

" التصرف القانوني نموذجا "

د. بن خدة حمزة
كلية الحقوق والعلوم السياسية، بشار
benkhedda.hamza@univ-bechar.dz

مقدمـــة:

لا يخفى على متتبع لتاريخ القانون المدني الفرنسي منذ نشأته أن تعديلاته تكاد تكون قليلة مقارنة بفروع القانون الأخرى، ذلك أن هذا الأخير ظل محتفظا بتماسكه واستقراره نتيجة اعتماده على أحكام مرنة مشكلة نظريات كبرى، يتقدمها العقد ثم المسؤولية، فضلا عن الالتزامات ثم الملكية.

إلا أن ثبات القانون المدني واستقراره التشريعي وإن كان دليل جودة استثنائية لعمل منجز منذ 1804، تصادم مع تطورات اقتصادية واجتماعية بداية من القرن الـــ 20. وهو ما حتم البحث عن حلول وجدت ضالتها في السوابق القضائية، أكثر من بحث القضاة في النصوص التشريعية الخاصة[1].

وعلى هذا الحال، ظلت الاجتهادات القضائية تتوالى لعقود من الزمن حتى 2016، باعتبارها سنة اصلاح القانون المدني الفرنسي، حيث عدل هذا الأخير بالأمر 2016-131[2] الذي يعتبر بمثابة ثورة تشريعية غيرت معالم العقود والالتزامات، ذلك أن هذا الإصلاح وإن لم يمس كل القانون المدني الفرنسي المكون من قرابة 2534 مادة. إلا أنه مس أكثر النظريات شهرة في هذا الأخير ألا وهي نظرية الالتزامات، حيث خصها بتعديلات جذرية في بعض مناحيها الكلاسيكية[3].

وبخصوص تركيز التعديلات عن نظرية الالتزامات، يمكن القول ودون مبالغة أن هذه النظرية تعتبر واحدة من أرقى النظريات الوضعية التي صاغها العقل البشري في المجال القانوني، بل هي أقرب لحجر الزاوية للفكر القانوني عامة، وذلك لما لها من صلة بصناعة المنطق القانوني النظري، ومن ثمة الواقع العملي التطبيقي الذي يجعلها أداة مرنة بيد القضاء لغرض مواكبة التطورات[4].

هذا وقد ابتغى المشرع الفرنسي من هذه الثورة التشريعية تحقيق عديد الأهداف المبينة في التقرير الذي صاحب الأمر أعلاه[5]، يتقدمها تبسيط أحكام العقود والالتزامات، وإعادة بريق القانون المدني الفرنسي المفتقد، فضلا عن تعزيز مبدأ الأمن القانون، ومراعاة تطور القوانين المدني الأوربية في هذا المجال. ليفصل التقرير

---

[1]- François Ancel, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Juliette Gest, Aux sources de la réforme du droit des contrats, Paris, Dalloz, 2017, pp. 1-2.

[2]- Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016-texte n° 26.

[3]- بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضعدد 11، سبتمبر، 2018

[4]- Jean-Philippe Lévy; André Castaldo, Histoire du droit civil, 2e édition, Paris, Dalloz, 2010, p.677.

[5]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016-texte n° 25.

أكثر في أهم مقاصد هذا التغيير الجذري ممثلة في تبني السوابق القضائية المتوالية منذ 1804، خاصة أن هذه الأخيرة انتهت إلى اجتهادات مهمة اضطر المشرع الفرنسي لمجرد تقنينها سنة 2016.

ومن هذا المنطلق، لعب الاجتهاد القضائي ممثلا أكثر في كبرى قرارات محكمة النقض الفرنسية الدور الأبرز في استحداث تعديلات 2016 للقانون المدني الفرنسي، ذلك أن الوظيفة الأولى لمحكمة النقض وإن تمثلت في مراعاة مدى مطابقة أحكام وقرارات الجهات القضائية لقواعد القانون دون أن تكون درجة من درجة التقاضي. إلا أن أدوات تعاملها مع النصوص خولها ابتكار الحلول القانونية حال قصور النص أو عدم كفائيته للمستجدات. وهو ما انتهي في كثير من الأحيان إلى ابتداع مبادئ قانونية جديدة في فكرتها، دونما تصادم مع النص التي بنيت عليه. ويتقدم هذه الأدوات أداة تفسير النصوص، حيث تدور وظيفة التفسير في هذا المقام بين سد ثغرة في النص، أو توضيح معنى غامض، إذ يكفي الإشارة في هذا المعنى للمادة 1134[1] وكيف أنها من أكثر المواد التي توسعت محكمة النقض في تفسيراتها[2].

ثم حين الحديث عن مكانة الإجتهاد القضائي بين المصادر الموضوعية لتعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016، يثار التساؤل حول حدود هذا الاجتهاد أمام عتبة المذهب الفردي المميز لقانون مصبوغ منذ نشأته بعقيدة مؤسسة على سلطان الإرادة، ومن ثمة تركيزه في الالتزام على كونه رابطة شخصية أكثر منه قيمة مالية، في مقابل مذهب مادي تتزعمه المدرسة الألمانية، حيث انتهى لنتائج تتصادم والمذهب الفرنسي اللاتيني المقدس للنزعة الذاتية[3]. ويكفي في إطار التمثيل لتقديس المذهب الفردي للإرادة على حساب المذهب الاجتماعي الإشارة إلى المقولة الشهيرة للفقيه فويي "Fouillée" حينما قال أن "كل ما هو *تعاقدي*، فهو عادل"[4].

وتأسيسا على ما سبق، ينصرف الاشكال الجوهري لهذه الورقة لبحث دور أهم قرارات محكمة النقض الفرنسية المساهمة في تغيير ملامح القانون المدني الفرنسي، ومدى بقاء هذا الأخير من جراءها متمسكا بتقاليده المتشبعة بمذهب سلطان الإرادة ؟ وبمعنى أخر، هل كرس الاجتهاد القضائي المنتهي لنصوص قانونية سنة 2016 سلطان الإرادة، أو مالت دفته لمصلحة سلطان القانون؟

وبخصوص المنهجية المتبعة في بحث هذه الإشكالية، فهي الاستدلالية المرتكزة على شقها الاستقرائي، حيث نحاول من خلالها التوقف عند أهم الاجتهادات القضائية التي تعتبر بمثابة تغير لوجهة القانون المدني الفرنسي مقارنة بموقفه الثابت اتجاه سلطان الإرادة، والانتهاء بعد ذلك إلى مدى تغير ملامح هذا القانون من خلال تلك الاجتهادات التي توالت لتتجلى في قواعد مقننة سنة 2016. مع الاكتفاء بالقرارات المتعلقة

---

[1] – كانت تنص على : "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها. ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاء متبادل أو لأسباب يجيزها القانون. ويجب أن تنفذ بحسن النية". مع الإشارة إلى أن هذا النص يقابل الآن نص المادة 1193 بعد تعديل 2016 باستثناء عبارة " ويجب أن تنفذ بحسن النية"، ذلك أن المشرع الفرنسي وسع من مبدأ حسن النية ليشمل كافة المراحل التعاقدية كما سيتضح حين التعرض لمبدأ حسن النية.

[2]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, Droit civil : les obligations, Dalloz, 12e éd, 2018, pp. 696-700 ; Marie Lamoureux, Le contrôle des pouvoirs du juge par le contrat, L'efficacité du contrat, Sous la direction de Gwendoline Lardeux, Dalloz, 2011, pp.40-56

[3]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp. 33-38 ; Jean-Philippe Lévy; André Castaldo, op.cit., p. 826-827.

[4] - « Qui dit contractuel dit juste ». Cités par, Jean-Philippe Lévy; André Castaldo, op.cit., p.828.

بالتصرف القانوني نموذج الدراسة، ذلك أن هذا الأخير يضم العقد باعتباره أهم مصدر من مصادر الالتزام، فضلا عن كونه الميدان الخصب لتحرك الإرادة المنتهبة إلى إلتزام.

وعلى ذلك، سنحاول تتبع الاجتهادات القضائية الفاصلة في مجالين، يتعلق الأول بمساهمة تلك القرارات في إعادة النظر في الأحكام العامة للتصرفات القانونية وتوجيه أهمها بقواعد آمرة، للنتقل في الثاني لمظاهر تكريسها للتوازن العقدي أثناء تكوين العقد وتنفيذه.

أولا: إعادة النظر في الأحكام العامة للتصرفات القانونية وتوجيه أهمها بقواعد آمرة.

حيث نحاول التوقف عند هذه الأحكام من خلال بحث تكريس الاجتهادات القضائية لدور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزامات مقارنة بالعقد (أ)، وعلى نفس النهج نتتبع القرارات القضائية الكبرى الموجهة للعقد بقواعد أمرة من خلال تقييد الحريات التعاقدية بالنظام العام (ب)، ثم التوسع في حسن النية وجعله من النظام العام (ج)، انتهاء بتوجيه الالتزام بالاعلام بنفس الآلية (د).

أ. مزاحمة الإرادة المنفردة لوحدانية العقد في إنشاء التصرفات القانونية:

نتيجة لتشبع القانون المدني الفرنسي بمبدأ سلطان الإرادة منذ نشأته، كان من المستحيل تصور تبنيه للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام، ذلك أن اعتمادها يتصادم والمذهب الشخصي المؤسس على ضرورة توفر توافق الإرادتين لقيام التصرفات القانونية. وهو ما أدى إلى وحدة العقد في نطاق هذه الأخيرة[1].

ويكفي في هذا الصدد التدليل بموقف للفقيه الشهير بلانيول -PLANIOL- باعتباره أبرز خصوم نظرية الإرادة المنفردة، حيث رد على حجج المدافعين عن هذه النظرية حينما انطلق من التشكيك في أساسها، ومن ثمة التساؤل عن مبررات فهم كيف يصبح الدائن دائنا دون إرادته، ذلك أن أي تبرير سينتهي إلى وجود إرادة مطابة لهذه الإرادة المعتبرة منفردة. وهو ما يعيدنا لدائرة العقد باعتباره مصدرا وحيدا منشئا للتصرفات القانونية[2].

وتأثرا بهذا الموروث، سار القانون المدني الفرنسي منذ نشأته مخلصا لوحدانية العقد كمصدر إرادي للالتزام، إلى غاية تغير موقفه جذريا سنة 2016 والتحاقه رسميا بركب التقسيم الخماسي الحديث لمصادر الإلتزام[3]، حيث نظم هذه الأخيرة تحت عنوان "مصادر الالتزامات" من المادة 1100 إلى 1103-4، وبدأ هذه المصادر بتبيان تعدادها في ثلاثة مواد (1100 إلى 1100-2).

---

[1] - ينظر في ذلك، بن خدة حمزة، حدود قدرة التصرف الانفرادي في ترتيب الالتزام الإرادي، دراسة مقارنة بين الفقه الغربي، والفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية الحقوق ببومرداس، الجزائر، العدد الأول، ماي 2016، ص. 170 وما يليها.

[2]- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952, pp. 11-14.

[3]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp. 25-27.

ومن خلال هذه المواد، استهل المشرع الفرنسي ترتيبها بتبني التسمية الفقهية لطوائفها ممثلة في التصرف القانوني والواقعة القانونية، فضلا عن الحالات التي يرد الالتزام لحظة نشأته للقانون مباشرة 1100[1]، لتنص الفقرة الثانية عما يعتبر من قبيل الالتزام الطبيعي حينما يكون تنفيذ الالتزام طوعا وفقا لما يمليه الضمير اتجاه الغير.

وبخصوص التصرف القانوني، عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1100-1 على أنه اتجاه إرادي لإحداث أثر قانوني. إذ يمكن أن يكون اتفاقيا عندما يقترن بإرادة أخرى فيسمي عقدا. كما يمكن أن ينشأ دون اقتران بإرادة أخرى فيسمي إرادة منفردة[2]. مع الإشارة إلى خضوع التصرف الإرادي للأحكام التي تنظم العقد[3] عدا تلك التي تتعلق بتوافق الإرادتين بداهة.

هذا وبمعزل عن الأحكام التفصيلية التي تحكم الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام لا يزاحم العقد ولكنه يكمله في مجال التصرف القانوني[4]، لا يمكن القول أن الاجتهاد القضائي الفرنسي تجاهل جملة الاعتداد بقدرة الإرادة المفردة على ترتيب الالتزامات قبل 2016، حيث اسقتر القضاء الفرنسي[5] من قبل على ضرورة بقاء الموجب على الزامه المدة التي اختارها بإرادته لرد الطرف الثاني عليه، وهو ما يعرف "بالإجاب الملزم"، إذ يلتزم الموجب حينها بالبقاء على إيجابه طيلة الوقت المحدد بدون أن يكون في حاجة إلى تعبير إرادي من الطرف الموجه إليه، وفي ذلك إقرار غير مباشر بقدرة الارادة المنفردة على انشاء الالتزام ولو استثناء، خاصة أن بعض الفقه الفرنسي مال حينها إلى اعتبار الإيجاب الملزم تصرفا بالإرادة المنفردة حين بحثه في أساس الإيجاب الملزم في هذا المجال[6].

أما بعد 2016، ارتقى المشرع الفرنسي بهذا الاجتهاد ليكون قاعدة قانونية مقررة من خلال تعديل 2016، حيث تبنت المادة 1116 صراحة الإيجاب الملزم وقالت فقرتها الأولى بعدم إمكان الرجوع فيه متى اقترن بمدة، أو من خلال مدة معقولة حال عدم ارتباطه بمدة. لتبين الفقرة الثانية جزاء الرجوع في الإيجاب الملزم ممثلا في عدم إمكان قيام العقد متى حدث الرجوع من الموجب من جهة، ثم تنتهي الفقرة الثالثة من جهى أخرى لتقرير قيام المسؤولية التقصيرية في حق الموجب على أساس إخلاله بجابه الملزم، لا على أساس فوات الربح على المتعاقد الثاني وعدم انعقاد العقد. وكلها أحكام قضائية التقرير[7] كما تمت الإشارة إليه أعلاه.

---

[1]- Article 1100 al.1: « Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi ».

[2]- Article 1100-1 al.1 : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. ».

[3]- Article 1100-1 al.2 : « Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. ».

[4]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.101-106.

[5]- Cass. Civ., 1 re**, 25 juin 2014,** n° **13-16529 ;** Cass. Civ., 1 re**, 19 janvier 1977,** n° **75-14096** ; Cass. Civ., 3ème**, 8 février 1968,** n° **65-10600,** www.legifrance.gouv.fr.

[6]- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 8e édition, 1998, pp.92-94, 371-372 ; MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Tome 2, V 1, Montchrestien, 2000, pp.126-127.

[7]- Rémy Cabrillac, Droit des obligations, Dalloz, 13e éd, 2018, pp.58-59.

ثم وإن اعتبر الايجاب الملزم استثناء لتعلقه بمباحث الإيجاب عامة، ذهبت الكثير من القرارات القضائية لتقرير الالتزام بالإرادة المنفردة عامة، ومن ذلك توسع محكمة النقض في تفسير المادة 1134 قبل تعديلها سنه 2016، إذ يمكن التمثيل لهذا الموقف بتقرير مبدأ قدرة الإرادة المنفردة على انشاء الالتزامات من خلال الالتزام الأحادي الجانب من رب العمل الذي ينطلق من نص المادة 1134 أعلاه، وكيف أن رب العمل حينما التزم بإرادته المنفردة بدفع مكافئة آخر كل سنة شريطة توفر الموارد الاقتصادية الكافية. هو ما يقيم التزاما على عاتقه مرده إلى الإرادة المنفردة[1].

ومنه كذلك، إلزام رب العمل بعدم تسريح العمال خلال فترة زمنية محددة، متى نشأ هذا الالتزام من الإرادة المنفردة لهذا الأخير، ولم تكن مسوغات التسريح تحت بند القوة القاهرة [2]، دون التغافل في هذا النطاق عن الاجتهاد القضائي الذي خول رب العمل حق إعادة النظر في التزامه الانفرادي عندما يعلق التزامه الانفرادي بداية على أجل غير محدد[3].

وفي نفس النطاق، يتسع الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية ليشمل مجالات أخرى عديدة غير متعلقة بتفسير نص المادة 1134 أعلاه، ومنها مثلا، الاستقالة من العمل بصفتها عملا انفراديا[4]، ثم كفالة الطفل على سبيل التعهد الانفرادي[5]، واعتبار التنازل عن الحق عملا انفراديا[6].

ب. تقييد الحريات التعاقدية باحترام النظام العام:

بالعودة للتعديل الجذري الذي مس القانون المدني الفرنسي سنة 2016، يتضح أن المشرع الفرنسي استهل العقد بأحكام تمهيدية بداية من المادة 1101 إلى 1111-1، حيث يلاحظ أنه اعتنى فيها بمبادئ تعتبر أهم ما يجب أن يحترم في العقود كافة مراحلها.

وعلى هذا الأساس، نصت المادة 1102 بفقرتيها [7] على ما يعتبر حريات أربعة[8] تحكم العقود ألا وهي حرية التعاقد أو عدم التعاقد، ثم حرية اختيار المتعاقد الآخر، وصولا لحرية اختيار موضوع التعاقد، انتهاء بحرية اختيار شكل التعاقد ضمن الحدود التي يرسمها القانون، وكل ذلك دون المساس بما يتطلبه النظام العام.

فمن خلال هذا النص الذي يعتبر أهم تكريس لمبدأ سلطان الإرادة في العقود، يتضح أن المشرع الفرنسي لم يأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، بل وازن بين الحريات التعاقدية واحترام النظام العام، ذلك أن إقرار الحرية التعاقدية لا يجب أن يتخطى الحدود التي يرسمها القانون، وهو ما يبرز ضرورة احترام فكرة النظام

---

[1]- Cass. Coc., 27 juin 2000, 99-4192.
[2]- Cass. Coc., 25 novembre 2003, 01-17.501.
[3]- Cass. Coc., 4 avril 1990, 86-42.626.
[4]- Cass. Civ., Chambre sociale, 9 mai 2007, 05-40.518, www.legifrance.gouv.fr.
[5]- Cass. Civ., 1re, 21 juillet 1987, 85-16.887.
[6]- Cass. Civ., 2ème, 2 février 2017, 16-13.521.
[7]- Article 1102 : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».
[8]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.158-159.

العام التي تعتبر بمثابة تدخل مباشر للمشرع لأجل تأطير العقد، أكثر من نزوحه لتكريس مبدأ سلطان الإرادة أو المذهب الشخصي في الالتزام[1].

أما بخصوص التكريس القضائي المسبق لاحترام الحريات التعاقدية المذكورة في المادة للحدود التي يرسمها القانون، فنذكر منه رفض التعاقد دون مبرر واعتباره من الأسباب القانونية لقيام المسؤولية التقصيرية[2]. لينطبق الأمر كذلك على الحدود التي يرسمها النظام العام عامة للحريات التعاقدية، ومن قبيلها مثلا ذهاب محكمة النقض الفرنسية لاعتبار أي اتفاقيات بخصوص تأجير الأرحام باطلة لمخالفتها النظام العام، بمعزل عن موقف قانون الدولة التي منحت شهادة ميلاد جراء عملية التأجير[3].

ج. التوسع في حسن النية وجعله من النظام العام:

ما يلاحظ بهذا الخصوص، أن المشرع الفرنسي وسع من مبدأ حسن النية ليشمل كل مراحل التعاقد، ولم يعد يثار مرحلة تنفيذ العقد فقط كما كان المشرع الفرنسي ينص عليه في آخر المادة 1134، حيث نصت المادة 1104 التي أقرها تعديل 2016 على مبدأ حسن النية في العقود كمبدأ عام يبدأ من التفاوض مرورا بالتكوين وصولا إلى التنفيذ. وأن هذا المبدأ من النظام العام[4].

فمن هذا النص، يتضح أن مبدأ حسن النية بات من الحدود التي لا يجب للمتعاقدين أن يتخطوها عند التمسك بالقوة الملزمة للعقد، وأن هذه الحدود تتعلق بكل المراحل التعاقدية بداية بمرحلة المفاوضات، مما يجعله من الواجبات القانونية التي تتيح تدخل القاضي دونما مراعاة للعقد كشريعة للمتعاقدين يمكن أن يتخطى حسن النية[5].

هذا ولقد توالت الاجتهادات القضائية لسنوات عديدة دعما لما انتهى إليه المشرع الفرنسي في المادة 1104 أعلاه، ومن ذلك:

1. الانطلاق من افتراض العلم باحترام مبدأ حسن النية ونتائج تجاوزه في العلاقات التعاقدية، دون حاجة كل طرف لأن يذكر الثاني بضرورة احترام المبدأ ومعرفة عواقب تجاوزه[6].
2. الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، وهو ما أكدت عليه بشكل تطبيقي كذلك المادة 1112 بفقرتيها[7] المنضوية تحت عنوان المفاوضات، حيث أكدت الفقرة الأولى على حرية المفاوضات من حيث

---

[1]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.159-161.

[2]- Cass. Com., 9 avril 1996, 94-14.649.

[3]- « En l'état de droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public ». Cass. Civ., 1re, 6 avril 2011, 10-19.053.

[4]- Article 1104: « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public ».

[5]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.162-164

[6]- Cass. Civ., 1re, 31 octobre 2012, 11-15.529, www.legifrance.gouv.fr.

[7]- Article 1112 : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour

objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu ».

استمرارها أو قطعها شريطة مراعاة حسن النية، لتأتي الفقرة الثانية وتعلق التعويض في مرحلة المفاوضات على شرط سوء النية المؤسس على الترك التعسفي للمفاوضات، لا الضرر المرتبط بضياع المصالح المادية المرتبطة بالعقد الذي لم يبرم.

ومن خلال البحث في جذور هذه المادة، نجدها مجسدة قبل تبنيها بهذا الشكل في الكثير من قرارات محكمة النقض الفرنسية، حيث اعتبرت أن الانقطاع المفاجئ للمفاوضات دون وجود عذر معتبر هو انقطاع بسوء نية يستوجب التعويض. كما يتم تقدير سوء النية بالنظر إلى طول مدة المفاوضات قبل انقطاعاها[1].

3. الالتزام بحسن النية أثناء تكوين العقد، وهو ما يحيل إلى اعتبار التدليس من أهم مظاهر سوء النية وفق معاني المادة 1137 ق م ف[2]، فمن خلال هذا الأخيرة، نجد الفقرة الأولى عرفت التدليس بأنه استعمال أحد المتعاقدين لطرق تحايلية بغية الحصول على رضاء المتعاقد الثاني، بينما نصت الفقرة الثانية على كون مجرد الإخفاء لمعلومة كان على الطرف الثاني أن يعلمها تدليسا، لتنص الفقرة الثالثة عن صدور التدليس من غير المتعاقدين. غير أن الفقرة الثالثة نصت استثناء على أن عدم افصاح المتعاقد عن تقديره لقيمة الخدمة لا يعد من قبيل التدليس[3].

وعلى ذلك، دعمت هذه المادة الاجتهادات القضائية القاضية باعتبار مجرد الصمت عن معلومة مهمة كان من شأنها أن تؤثر على قبول المتعاقد الثاني لو علم بها غشا[4]، وكيف أن عدم اعلامه بها يعتبر من قبيل التدليس المخالف لحسن النية في العقود. أما عن الاستثناء الوارد في الفقرة 3 من ذات المادة، فمثاله القرار الذي انتهى إلى أن المشتري، حتى لو كان محترفا، غير ملزم بإبلاغ البائع بالقيمة التقديرية العادلة لقيمة الأصول المشتراة[5].

4. الالتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد: ومنه الاجتهاد الذي يعتبر عدم احترام الشروط المسبقة المتفق عليها اخلالا بحسن النية، ذلك أن عدم تنفيذ الشرط وفق المتفق عليه يعتبر مسا بشريعة المتعاقدين[6]. وفي نفس الإطار، ذهبت محكمة النقض الفرنسة إلى أبعد من ذلك حينما اعتبرت أن اشعار المتعاقد بطلب قضائي يتضمن فسخ التعاقد، لا يخوله التوقف عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ذلك أن مبدأ حسن النية يستوجب استمرار التنفيذ إلى حين الفصل في الطلب[7].

---

[1]- Cass. Com, 20 mars 1972, 70-14.154 ; Cass. Com., 7 avr. 1998, 95-20.361; Cass. Com, 20 juin 2000, 96-16.497 ; Cass. Com, 2 juillet 2002, 00-13.459, http://www.legifrance.gouv.fr/; Cass. Com, 26 novembre 2003, CAPITANT Henri, François Terré, Yves Lequette, François Chénedé, Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés Broché , 13e édition , 2015.

[2]- Article 1137: « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.
Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.
Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation ».

[3]- Rémy Cabrillac, op.cit., pp.73-75.

[4]- Cass. Civ., 3ème, 2 octobre 1974, 73-11.901; Cass. Com, 8 novembre 1983, 82-10.493, www.legifrance.gouv.fr.

[5]- Cass. Civ., 3ème, 17 janvier 2007, 06-10.442.

[6]- Cass. Civ., 3ème, 14 septembre 2005, 04-10.856.

[7]- Cass. Com., 7 octobre 2014, 13-21.086.

د. الالتزام بالإعلام:

من خلال تعديل 2016، يلاحظ أن المشرع الفرنسي نظم الالتزام بالاعلام في مرحلة المفاوضات من خلال مادتين هما 1112-1، ثم 1112-2، فبخصوص المادة 1112-1 المتضمنة ست فقرات، بدأها المشرع بتبيان المقصود بالمعلومات المهمة التي يجب على كل متعاقد إطلاع المتعاقد الآخر عليها من قبيل الالتزام قبل التعاقدي بالنصيحة أو الاعلام، وكيف أن العبرة هنا بحاجته للعلم ما دام جهله بها مشروعا أو أنه يثق بالمتعاقد الآخر. لتنتقل المادة بعدها لتبيان عبء الاثبات، فضلا عن تعلق هذا الالتزام بالنظام العام كون الأطراف لا يمكنهم الاتفاق على استبعاده أو مخالفته. وصولا للجزاءات المترتبة في حالة الاخلال به ممثلة أكثر في البطلان النتائج عن تطبيق نظرية عيوب الإرادة المشار إليها من خلال الإحالة إليها بالمادة 1130 من القانون المدني الفرنسي وما يليها[1].

وكما هو الحال مع الكثير من مواد التعديل الجذري لسنة 2016، يعتبر الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات وفق المادة 1112-1 مجرد توثيق تشريعي لتطبيقات قضائية شهيرة قالت بها محكمة النقض الفرنسية في معرض تقريرها للالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد[2]. مع الإشارة إلى أن تتبع تاريخ الاجتهادات القضائية في مجال فرض الالتزام بالإعلام ينتج ملاحظة انتشاره في ميدانه الأمثل متمثلا في عقود الاستهلاك ثم تأثيره على قانون العقود عامة[3]، وصولا للتفرقة بين المتعاقد المحترف[4] الواجب تشديد تطبيقه عليه، مقارنة بالمتعاقد العادي[5].

وفي إطار الأحكام التفصيلية التي وردت في المادة 1112-1 أعلاه، يكفي التمثيل لها بالتطبيق القضائي لمشروعية الجهل بالمعلومة الواجب التحصل عليها من المتعاقد المحتاج معرفتها، ذلك أن عدم العلم مفترض ولو تعلق بمعلومات يعلمها الغير لشيوعها، لكون الامتناع هو ما يعتبر خطأ من المحتمل أن يقيم مسؤولية الطرف الواجب عليه التصريح بها[6]. وفضلا عن ذلك، كرس الاجتهاد القضائي عبء الاثبات على مدعي جهل المعلومة التي كان يجب أن يعلم بها من المتعاقد الثاني[7]، لتنتهي الاجتهادات القضائية في هذا النطاق إلى جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام ممثلا في قيام مسؤولية المدين بالإعلام المخل بالتزامه[8]، مع إمكانية وجود جزاء آخر أشارت إليه المادة ممثلا في الإحالة لنظرية البطلان مستندة إما إلى الغلط، أو التدليس حينما يشكل عدم الاعلام احتيالا[9].

---

[1]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.367-375.

[2]- Cass. Civ., 1re, 25 février 1997, 94-19.685 ; Cass. Civ., 1re, 3 mai 2000, 98-11.381 ; Cass. Civ., 3ème, 17 janvier 2007, 06-10.442; Cass. Mixte, 29 juin 2007, 05-21.104 ; Cass. Civ., 1re, 30 octobre 2007, 06-17.003, http://www.legifrance.gouv.fr/.

[3]- Jean Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ. 1994, p.239.

[4]- Cass. Com., 14 novembre 1977, 75-15.185, www.legifrance.gouv.fr.

[5]- Cass. Civ., 3ème, 21 juillet 1993, 91-20.639.

[6]- Cass. Com., 17 juillet 2001, 97-17.259.

[7] « Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation .. », Cass. Civ., 1re, 25 février 1997, 94-19.685.

[8]- Cass. Civ., 1re, 25 février 1997, 94-19.685 ; Cass. Civ., 1re, 15 mars 2005, 03-17.835.

[9]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., p.374.

أما المادة 1112-2، فتضمنت الالتزام بضمان سرية المعلومات المتحصل عليها خلال مرحلة المفاوضات، ذلك أن افشاءها يعتبر بمثابة خطأ يستوجب قيام المسؤولية ومن ثمة حصول المتضرر على التعويض[1]، مستندا في ذلك على نفس منطق المواد السابقة المقننة لتطبيقات قضائية شهيرة، حيث قننت هذه المادة الاجتهاد القضائي القائل بقيام المسؤولية على الكشف عن معلومات سرية تم التحصل عليها بموجب الالتزام بالإعلام مرحلة المفاوضات، واعتبار هذا الفعل من قبيل المنافسة غير المشروعة[2].

ثانيا: تكريس التوازن العقدي أثناء تكوين العقد وتنفيذه.

ونبحث معالم هذا التكريس من خلال تقرير أهم الاجتهادات القضائية لما يعتبر من قبيل التوازن العقدي ممثلا في مراعاة استقرار مراكز الأطراف التعاقدية (أ)، مرورا بالإكراه الاقتصادي (ب)، وصولا لمفاهيم مادة العقد أو مضمونه (ج)، ثم تأثير تغير الظروف على العقود (د).

أ. مراعاة استقرار المعاملات التعاقدية:

يلحظ المتوقف عند نصوص التعديل الجذري للقانون المدنية الفرنسي لسنة 2016 أنه أبقى على التمييز الكلاسيكي الثنائي في البطلان بين المطلق منه والنسبي من خلال المادة 1179. إلا أن أهم مستجد جاء به المشرع الفرنسي في هذا النطاق هو ما يمكن اعتباره دعوى استفهامية، وإن كانت أقرب للإعذار منها للدعوى، حيث نصت المادة 1183 على أن المتعاقد يستطيع أن يتوقى دعوى الإبطال من خلال إرسال طلب مكتوب للمتعاقد الآخر الذي قرر الإبطال لمصلحته، وذلك إما لإجازة العقد أو إقامة دعوى البطلان خلال 6 أشهر، وإلا سقط حقه في التمسك بالبطلان. مع اشتراط الفقرة الثانية من ذات المادة أن يتضمن الطلب المكتوب صراحة أنه في حال عدم مباشرة دعوى الإبطال قبل انقضاء مدة الـــ 6 أشهر، يعتبر العقد في حكم المجاز ضمنيا[3].

ومن هذا المنطلق، تضمن الإصلاح الجديد للقانون المدني الفرنسي بعض الدعاوى يمكن وصفها بالاستجوابية في كل من الوعد بالتفضيل (م 1123 ق م ف)، والنيابة في التعاقد (م 1158 ق م ف)، انتهاء بدورها في البطلان، حيث يفهم من غايات إعمالها تكريس الإصلاح الجديد لاستقرار المعاملات من خلال تفادي خطر بقاء تصرفات قانونية معلقة لوقت طويل من الزمن. وهو ما يؤلد عديد الأضرار يتقدمها إمكانية تغيير مراكز قانونية وإعادتها إلى ما قبل التعاقد حينما يختار من تقرر البطلان لمصلحته ممارسة حقه في إبطال عقد تم إبرامه سنوات عديدة مضت[4].

أما الذي يهم في مجال الدراسة بمعزل عن الأحكام التفصيلية لهذه التطبيقات الثلاث التي تعود في أغلبها إلى نصوص مؤسسة على قرارات قضائية، فهو التكريس القضائي للدعوى الاستفهامية فيها، حيث نكتفي في

---

[1]- Article 1112-2 : « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ».

[2] - Cass. Com., 3 octobre 1978, 77-10.915 ; Cass. Com., 3 juin 1986, 84-16.971, http://www.legifrance.gouv.fr/

[3]- Article 1183 : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.
L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé ».

[4]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.267, 293-294, 629-630.

هذا المقام بالعودة إلى الدعوى الاستفهامية الواردة في عقد التفضيل في المادة 1123 ق م ف، إذ أنها الأولى ترتيبا بخصوص تقرير هذه الدعوى، فضلا عن كون أحكامها تكاد تكون مكررة حرفيا في كل في المادة 1158 ق م ف، والمادة 1183 ق م ف، ذلك أن الاجتهاد القضائي قرر حق الغير في أن يطلب من المستفيد من عقد التفضيل أن يؤكد نيته في الاستفادة من حق أفضلية التعاقد من عدمه[1]، خاصة أن التطبيقات الثلاث للدعوى الاستفهامية على المنهج التشريعي تقريبا.

هذا وفضلا عن تعلق الدعوى الاستفهامية أعلاه بعقد التفضيل كأول تطبيق يكرسها الاجتهاد القضائي من خلاله، يعتبر هذا العقد في مجمله وليد الاجتهاد القضائي. ويكفي التمثيل لذلك بعدم اشتراط التحديد المسبق للثمن كأصل عام في عقد التفضيل ليكون صحيحا. وهو الأمر نفسه بالنسة لعدم اشتراط تحديد مدة التنفيذ أو الموعد النهائي للتنفيذ[2]. مع انتهاء الاجتهاد القضائي لجزاء الاخلال بوعد التفضيل حينما يستطيع المستفيذ من الوعد المطالبة ببطلان التصرف مع الغير إذا كان هذا الأخير سيء النية يعلم بوجود الوعد، أو إمكانية حلوله محله في التصرف [3].

ب. الاكراه الاقتصادي:

يعتبر الاكراه الاقتصادي من أهم المستجدات التي جاء بها تعديل 2016 في مجال تحقيق التوازن العقدي، ذلك أن ممارسة المتعاقد لحريته التعاقدية لا يجب أن يكون على حساب العدالة التعاقدية، حيث انتقل فيه المشرع الفرنسي من تكريس النزعة الذاتية في إنشاء العلاقات التعاقدية، إلى الحرص على موضوعية الإرادة من خلال عدم حدوث اختلال مرده إلى استغلال وضعية اقتصادية في متعاقد آخر، هي بمثابة ضغط يقلل من فرص تكافئه تعاقديا مع الطرف الثاني[4].

ومن هذا المنطلق، نصت المادة 1143 من ق م ف على: " يتوفر الاكراه أيضا عندما يستغل أحد الأطراف حالة التبعية في المتعاقد الآخر، فيدفعه لقبول تعهدات ما كان ليرضى بها في غياب هذا الضغط، فيحصل جراء ذلك على منفعة مفرطة بشكل واضح"[5].

أما ما يلاحظ بهذا الخصوص، أن الاكراه الاقتصادي يعتبر من أهم مستجدات تعديل 2016 التي تعتبر وليدة الاجتهاد القضائي بامتياز، ذلك أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت في قرار لها سنة 2000 إلى أن الاكراه الاقتصادي يرتبط بالضغط الذي يولد رهبة، ولا يجب أن يتوقف على حدوث الضرر في هذا المجال[6].

---

[1]- Cass. Civ., 3ème, 29 juin 2010, 09-68.110, www.legifrance.gouv.fr.
[2]- Cass. Civ., 1re, 6 juin 2001, 98-20.673 ; Cass. Civ., 3ème, 15 janvier 2003, 01-03.700.
[3]- Cass. Chambre mixte, du 26 mai 2006, 03-19.376 ; Cass. Civ., 1re, du 11 juillet 2006, 03-18.528.

[4]- Hugo Barbier, La violence par abus de dépendance , La semaine juridique, Edition Générale, LexisNexis , N° 15 , 11 Avril 2016, p.722
[5]- Article 1143 : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».
[6]- Cass. Civ., 1re, 30 mai 2000, 98-15.242, www.legifrance.gouv.fr.

وبعد هذا القرار، اتجهت محكمة النقض في قرار شهير أكثر وضوح سنة 2002 لتعريف الإكراه الاقتصادي كعيب من عيوب الرضاء، حيث ربطته برهبة وضغط يتولد نتيجة استغلال تعسفي لحالة التبعية الاقتصادية، والسبب يعود إلى أن الواقع تحت الرهبة يخاف على مصالحه الاقتصادية نتيجة استغلال الأول لحالة التبعية[1].

وقبل التعرض لما يمكن اعتباره شروطا للتمسك بالإكراه الاقتصادي قررتها المادة 1143 أعلاه نتيجة اجتهادات قضائية متوالية، جدير بالذكر إلى ارتباط مفهومه أول ما ارتبط بقانون المنافسة، إذ أن هذا الأخير يعرف من قبل حالة هي من قبيل الممارسات المنافية للمنافسة ممثلة في الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية. مع الإشارة هنا إلى أن وضع الهيمنة الاقتصادية ليس معاقب عليه لذاته، بل يعتبر حق لكل متعامل اقتصادي، ذلك أن امتياز عون عن غيره من الأعوان الاقتصادية بسبب جودة سلعه وخدماته من الغايات المشروعة ولو أدت إلى هيمنته على السوق. غير أن التعسف في استعمال وضعية الهيمنة هو الذي يعد من الممارسات المقيدة والمنافية للمنافسة. وهو كله ما جعل قانون المنافسة يعالج هذا التعسف الاحتكاري قبل تبنيه من القانون المدني سنة 2016 في المادة 1143 أعلاه[2].

وبالعودة إلى شروط التمسك بالإكراه الاقتصادي وفق المادة 1143 أعلاه، يلاحظ أنها ثلاثة[3] متمثلة في: وجود حالة التبعية الاقتصادية، ثم استغلال أحد المتعاقدين لتلك الحالة، وأخيرا الحصول على منفعة مفرطة الوضوح نتيجة استغلال حالة التبعية.

ولأن هذا النوع من الاكراه نتيجة مباشرة للاجتهاد القضائي بامتياز، نجد محكمة النقض من قبل تكريسه التشريعي سنة 2016 قد ذهبت لتقييده بهذه الشروط في كثير من القرارات، فبخصوص الشرط الأول، تتحقق التبعية الاقتصادية حينما لا يكون للمتعاقد بديلا يمكنه الحصول من خلاله على السلعة أو الخدمة التي يحتاجها[4]، ذلك أن وجود البديل، وإصرار المتعاقد على التعاقد لا يخوله التمسك بوضعية التبعية الاقتصادية[5]. أما شرط استغلال المتعاقد الأول لحالة التبعية، فتنطبق عليه حالة الاكراه عامة التي كانت منضمة في المواد القديمة بداية من المادة 1111 (المادة 1140 الحالية)، وتعليقها حدوث الاكراه على استغلال حدوث رهبة خاصة حينما تتوفر علاقة تعاقدية يخشى انقطاعها. ومن ذلك، تهديد أعضاء نقابة العمل بتوقيف رواتبهم لإجبارهم على ترك مطالب معينة[6]، وابطال الاختيار الارادي لانهاء العلاقة التقاقية من عامل هدده رب العمل بنشر أخطاءه المهنية مما سيؤثر على مساره المهني مستقبلا [7].

---

[1]- « Attendu, cependant, que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement .. » Cass. Civ., 1re, 3 avril 2002, 00-12.932.

[2]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.355-356.

[3]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., p.360.

[4]- Cass. Com., 9 octobre 2007, 06-16.744, www.legifrance.gouv.fr.

[5]- Cass. Com., 6 juin 2001, 99-20.831.

[6]- Cass. Soc., du 8 novembre 1984, 82-14.816.

[7]- Cass. Civ., Chambre sociale, 23 mai 2013, 12-13.865

ليبقى شرط الحصول على منفعة مفرطة نتيجة استغلال حالة التبعية، إذ أن العبرة من استحداث الاكراه الاقتصادي هي العدالة التعاقدية ودفع ما يخل بالتوازن العقدي، حيث تنزح الكثير من القرارات القضائية الى اعتبار الشروط التي تحدث خللا فادحا في التوازن العقدي من قبيل الشروط التعسفية[1]. مع الإشارة أخيرا إلى أن تحقق هذه الشروط يخول المكره اقتصاديا التمسك بإبطال العقد وفق المعنى المذكور في المادة 1142 ق م ف.

ج. مضمون العقد:

تعتبر نصوص مضمون العقد من أكبر التعديلات التي مست القانون المدني الفرنسي سنة 2016، ذلك أنها وفضلا عن الاستغناء عن مباحث المحل والسبب تحت مسمى " مضمون العقد"، جاءت بمفاهيم مادية صرفة تنظر إلى العقد بمنظار مالي أقرب للاقتصادي، وتبتعد كثيرا عما كان عليه القانون المدني الفرنسي المتشبع بسلطان الإرادة[2].

وعليه، كان المشرع الفرنسي قبل 2016 ينضم ركن المحل في المواد 1126 إلى 1130، ومن خلالها، درج شراح القانون المدني الفرنسي على بحث تفاصيل هذا الركن ببحث شروطه، بحيث انتهوا إلى ضرورة توفره على شروط ثلاثة ممثلة في: الوجود أو القابلية للوجود، التعيين أو القابلية للتعين، المشروعية أو القابلية للتعامل[3].

وبخصوص نظرية السبب المتعلقة بالمواد 1131 إلى المادة 1133 قبل تعديلها سنة 2016، فكانت من أكثر النظريات التي ثار الخلاف بخصوصها في الفقه الفرنسي، مما أنتج نظرية تقليدية منتقدة أنتجت أخرى حديثة معتبرة السبب هو الغرض غير المباشر أو ما عرف بالباعث الدافع إلى التعاقد[4].

أما بعد تعديل 2016، استحدث المشرع الفرنسي فكرة مادية دمج فيها بين المحل والسبب ممثلة في "مضمون العقد" بداية من المادة 1162 إلى 1170، ذلك أنه في الوقت الذي مزج بينهما وتخلى عن النظريات الشخصية المرتبطة بالسبب خاصة، ضمنها مفاهيم توجيهيه لا مكان فيها لسلطان الإرادة نحاول تتبع الاجتهادات التي كرستها قبل تقنينها.

وتبعا لهذا التوجه الجديد، انطلق المشرع الفرنسي من تسمية العنوان بمضمون العقد بما يدل على فلسفته الجديدة في هذا الشأن، حيث استهل هذا المضمون بالمادة 1162 التي جاء فيها: " لا يجوز للعقد أن يخالف النظام العام لا من خلال شروطه أو غرضه، سواء كان هذا الأخير معروفا من قبل جميع الأطراف أم لا"[5].

---

[1]- CAPITANT Henri, François Terré, Yves Lequette, François Chénedé, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op.cit., pp. 130-143.

[2]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.384-385.

[3]- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp.267-316 ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 8e édition, 1998, pp.164-177.

[4]- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., p 316-356.

[5]- Article 1162 : «Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

فمن هذا النص، يهم في مضمون العقد المشكل من محله وسببه معا أن العبرة بمشروعيته، ذلك أن اجتهادات محكمة النقض الفرنسية لطالما اهتمت في العقود بمدى مشروعية شروطها[1]، أو دراسة مشروعية الغرض الذي تم التعاقد لأجله[2]. ففي هذا الصدد، ذهبت محكمة النقض إلى مشروعية اتفاقية عدم المنافسة، بحث اعتبرت الالتزام الذي يتعهد به المتعاقد الآخر بعدم النشاط في منطقة معينة، التزاما قانونيا مشروعا[3]، وفي مقابل ذلك، ذهبت إلى عدم مشروعية العقود التي يرد موضوعها إلى نشاط غير مصرح به قانونا[4].

وفي نطاق قدسية جسم الانسان، قضت محكمة النقض بعدم مشروعية تأجير الأرحام امتدادا للحالة التي يكون فيها التأجير دون مقابل، ذلك أنه تصرف يخالف النظام العام بطبيعته[5].

أما بخصوص الغرض والهدف المنشود من العقد أو ما كان يندرج تحت معاني السبب سابقا، فمثاله الاجتهاد القضائي الذي قال بعدم مشروعية تأسيس نقابات مهنية لهدف غير مشروع، وحاله بطلان تأسيس اتحاد ينظم اخصائيين تقويم العظام بالعلاج الطبيعي[6]. ومثاله أيضا مخالفة الوسيط في الزواج بمقابل للآداب العامة[7]. والحال ذاته بالنسبة للاتفاق الذي يكون هدفه تحديد المبلغ الواجب دفعه مقابل خدمات الوساطة بهدف التبني[8]، فضلا عن عدم مشروعية الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المرشح لمنصب انتخابي أنه سيعوض نفقات الحملة الانتخابية حال نجاحه، ذلك أن السبب غير مشروع لصلته بشيء غير تجاري[9].

وفي مقابل تدخل المشرع بمادة آمرة في المادة 1162 أعلاه، نص في المادة 1164 على إمكانية الاتفاق على تحديد السعر من جانب واحد في عقود الإطار باعتباره من العناصر الأساسية المبينة في هذا النوع هذه العقود المستحدثة بموجب المادة 1111 ق م ف[10]. إلا أن اخضاع الفقرة الأولى للاتفاق التعاقدي

---

[1]- أشهر اجتهاد قضائي في هذا المجال صدر منذ سنة 1929، حيث صار بعده من المقبول بعده أن يكون للقاضي دورا في تحديد مشروعية تعلق شروط محل الالتزام عام بالمشروعية، وذلك من خلال ربطها بفكرة النظام العام والآداب العامة، ولتفصيل هذا القرار راجع،

CAPITANT Henri, François Terré, Yves Lequette, François Chénedé ,Tome 1, op.cit., pp.108-112.

[2]- كما هو الحال مع تعلق شروط المحل بالمشروعية، تدخل الاجتهاد القضائي في كثير من الإشارة القرارات الشهيرة المتعلقة بالغرض من العقد (أو سببه) وصلتها بالنظام العام والآداب العامة، خاصة أنها بنيت على السبب الحديث حينها ممثلا في السبب الباعث إلى التعاقد.

Cass. Civ., 1 re, 12 juillet 1989 ; Cass. Com., 22 octobre 1996 ; Cass. Civ., 1 re, 7 octobre 1998 ; Cass. Civ., 1 re, 14 mai 1991, CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, op.cit., pp.90-121.

[3]- Cass. Civ., 1 re, 4 janvier 1995, 92-16.519, www.legifrance.gouv.fr.
[4]- Cass. Civ., Chambre commerciale, 4 novembre 2008, 07-19.805.
[5]- Cass, Assemblée plénière, du 31 mai 1991, 90-20.105.
[6]- Cass, Chambre mixte, du 10 avril 1998, 97-13.137.
[7]- Cass. Civ., 1 re, 4 novembre 2011, 10-20.114.
[8]- Cass. Civ., 1 re, 22 juillet 1987, 85-15.947.
[9]- Cass. Civ., 1 re, 3 novembre 2004, 02-10.880.

[10]- عقد الإطار هو من العقود المستحدثة في تعديل 2016 بموجب المادة 1111، حيث ضمنها المشرع الفرنسي فكرة عقد يتضمن القواعد الأساسية التي تطبق على عقود سيتم إبرامها مستقبلا هي عقود التنفيذ والتطبيق. وهي من العقود التي كرستها عديد الاجتهادات القضائية قبل تتبينها تشريعيا، ينظر، بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، المرجع السابق، ص 429.

ليس على إطلاقه، حيث نصت الفقرة الثانية[1] من نفس المادة على حالة تعتبر من قبيل التعسف في استعمال هذه الحرية، ومن خلالها يستخدم الاتفاق استخداما ضارا بمصالح المتعاقد الآخر وهو ما يخوله اللجوء إلى القضاء مطالبة بالتعويض.

ومما يلاحظ بخصوص الفقرة الثانية من المادة 1164، أنها تكون تطبيقا واضحا للتعسف في استعمال الحق. وهو مما يعتبر من التطبيقات المرفوضة تقليديا في القانون الفرنسي الصادر سنة 1804. أما مصدر هذا الحكم غير المألوف في القانون الفرنسي المتشبع قبل 2016 بتقديس الرابطة التعاقدية، فهو الاجتهاد القضائي الذي انطلق من كون عدم تحديد السعر في الاتفاقات الأولية غير مؤثر على صحتها، غير أن إساءة استخدام تحديد السعر بعد ذلك قد يؤدي فقط إلى الحق في التعويض[2].

وعلى نفس منوال المادة 1164 أعلاه، نص المشرع الفرنسي في المادة 1165 على نفس الحكم تقريبا، مع اختلاف نوع العقد وهو عقد تقديم الخدمات، ذلك أنه في الحالة التي لا يوجد في هذا النوع من العقود اتفاقات قبل تنفيذها، جاز للدائن تحديد الثمن مع تحمل عبء تبريره عند النزاع. أما إذا أساء استخدام هذا الاتفاق حق للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر[3].

أما آخر ما يمكن التوقف عنده بخصوص المواد المنضوية تحت عنوان مضمون العقد، فهو المادة 1171 وما تضمنته من تجسيد نموذجي للعدالة التعاقدية، فمن خلالها، نص المشرع على استبعاد كل شرط في عقود الإذعان يؤدي إلى حدوث اختلال كبير بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهي مفاهيم تتعلق بما يعرف بالشروط التعسفية.

ولأن موضوع حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية وليد ترسانة من التطبيقات القضائية خاصة في مجال قانون حماية المستهلك، والقانون التجاري عامة[4]، يكفي في هذا الصدد الإشارة إلى ما ذهبت إليه مؤخرا محكمة النقض في موضع تعليقها على المادة 1171 إلى أن نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص يعود إلى الذي يقع ضحية شرط تعسفي دون أن تتوفر فيه شروط الحماية الخاصة في قانون الاستهلاك والقانون التجاري، وبمعنى آخر، تطبق المادة L 212-1 من قانون المستهلك على العلاقة بين المهنيين والمستهلكين (أو غير المتخصصين)، بينما تنظم المادة L. 442-6 من القانون التجاري العلاقات بين التجار، لتبقى المادة 1171 من القانون المدني بمثابة شريعة عامة لكل متعاقد آخر تنطبق عليه شروط المادة 1171 ق م ف، دون توفر الحمايات الخاصة في القوانين الخاصة[5].

---

[1]- Article 1164 al.2 : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

[2]- Cass, Assemblée plénière, du 1 décembre 1995, 91-15.999.

[3]- Article 1165: « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.
En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat ».

[4]- CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, op.cit., pp.130-143.

[5]- « Il ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant ladite ordonnance, que l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation.
L'article 1171 du code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas

د. نظرية الظروف الطارئة:

منذ نشأة القانون المدني سنة 1804، ظل من تقاليده الشهيرة أن العقد شريعة للمتعاقدين، حيث لا يمكن الرجوع عنه إلا برضاء متبادل من المتعاقدين أو لأسباب يجيزها القانون وفق المادة 1134 القديمة المقابلة للمادة 1193 الحالية. ومعناها أن العقد هو القانون الاتفاقي الذي يلزم به المتعاقدين، فهو يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية، ويطبقه القاضي عليهما كما يطبق القانون، ذلك أن الإرادة المشتركة التي أنشأت العقد هي وحدها التي تستطيع إنهاء العقد أو تعديل العلاقة المتولدة عنه.

وعلى هذا الحال، ولد القانون المدني الفرنسي مشبعا بمبدأ سلطان الإرادة، وأرسى التشدد في هذا المبدأ بحيث لا يمكن تعديل العقد نقضه مهما كانت الظروف التي أبرم فيها ومهما طرأ عليه من ظروف لم تكن في الحسبان ومهما أثرت هذه الظروف على كيانه الاقتصادي. وبذلك غابت هذه النظرية عن الأنظار في دائرة القانون الخاص[1]. كما دعم الاجتهاد المدني الفرنسي لمحكمة النقض الوصول إلى هذا الاندثار، حيث أرست اجتهادات هذه الأخيرة رفض النظرية كلما عرضت عليها[2].

على أن نظرية الظروف الطارئة بالرغم من اندثارها في القانون الخاص، ازدهرت في القانون العام، حيث بدأت في القانون الدولي العام كشرط ضمنيا مفروضا في المعاهدات الدولية، فهي تنقضي بتغير الظروف. ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري، وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي أتاحت لمجلس الدولة الفرنسي الأخذ بها في قضية الغاز المشهورة، ذلك أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع السعر عند نشوب الحرب من 28 فرنك للطن في سنة 1913 إلى 73 فرنك في سنة 1915، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد مما يتناسب مع السعر الجديد في القرار الصادر بتاريخ 30 مايو 1916، حيث كان أول قرار صدر بهذا الشأن، ثم أعقب هذا الحكم أحكاما أخرى من القضاء الإداري في هذا المعنى[3]. مما يجعل بوادر نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا تعود للاجتهاد القضائي الإداري، دون الاجتهاد القضائي العادي[4].

أما بعد 2016، فرغم محافظة المشرع الفرنسي على نفس مبدأ المادة 1134 افي المادة 1193 الحالية، وقوله فيها بعدم جواز تعديل العقود أو نقضها إلا إلا برضاء متبادل أو لأسباب يجيزها القانون كما اتضح أعلاه، تبنى المشرع تعديل العقود للظروف الطارئة في المادة 1195 بما يجعلها من الأسباب التي يقرها القانون، أما نصها فتتثل في:" على أنه إذا حدث تغير في الظروف غير ممكن التوقع، عند إبرام العقد، ترتب

---

de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, applicable en la cause, tels que les contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement, lesquels, pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du code monétaire au financier, ne sont pas soumis aux textes du code de commerce relatifs aux pratiques restrictives de concurrence (Com. 15 janv. 2020, n° 18-10.512) », Cass. Com., 26 janvier 2022, 20-16.782, www.legifrance.gouv.fr.

[1]– PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, op.cit., pp. 526-528; CARBONNIER Jean, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22e édition refondue, Presses Universitaires de France, 2000, pp.285-290.

[2]– CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, op.cit., pp.172-183.

[3]– Conseil d'Etat, du 30 mars 1916, n° 59928, www.legifrance.gouv.fr.

[4]– François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.706-707.

عليه أن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لأحد الأطراف الذي لم يقبل تبعة هذا التغير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد.

وفي حال رفض أو فشل إعادة التفاوض، جاز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتبارا من التاريخ والشروط التي يحددونها، أو أن يطلبوا من القاضي باتفاقهم المشترك تعديل العقد. وفي حال عدم الاتفاق خلال فترة زمنية معقولة، يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الطرفين تعديل العقد أو فسخه في التاريخ وبالشروط التي يحددها"[1].

فمن خلال هذا النص، يتبين أن المشرع الفرنسي انتهى أخيرا إلى تقرير نظرية الظروف الطارئة في نص قانوني يخالف ما استقر عليه حاله منذ نشأته حينما أصر على تقديس العلاقة العقدية بدل مراعاة التوزان والعدالة بين التزامات الإطراف، مع ملاحظة أن تشريع هذه النظرية بهذا الشكل يتوقف على تحقق شروط تضمنتها الفقرة الأولى، حيث يرد أحدها إلى السبب وهو شرط وجود طرف طارئ غير متوقع أثناء ابرام العقد مما يحيلنا إلى عقود المدة كالإيجار والتوريد بدل العقود الفورية كالبيع. أما الشرط الثاني فيتعلق بأثر الظرف الطارئ ممثلا في أن يكون تنفيذ الالتزام مع الظرف الطارئ مرهقا من جهة وهو ما يخرجنا عن نطاق الاستحالة المؤدية إلى الانفساخ، انتهاء باشتراط عدم وجود موافقة مسبقة للطرف الاخر من جهة أخرى بحيث يقبل بموجبها تحمل تبعات أي تغيير للظروف[2].

وفي الأخير، لعل أهم ما يلاحظ بهذا الخصوص، أن اشتراط عدم قبول المتعاقد الثاني لتغير الظروف يجعل من هذه النظرية قاعدة مكملة غير متعلقة بالنظام العام، وهو ما يتنافى مع روحها الساعية لتحقيق العدالة التعاقدية، ذلك أن المشرع الفرنسي وإن يحسب له تقنينها رغم التأخر. إلا أن النص عليها بهذا الشكل يعدمها أهميتها مقارنة بربط جل الأحكام التشريعية المستحدثة الأخرى بالنظام العام مراعاة للتوازن العقدي.

الخاتمة:

ختاما لما سبق، يجب الإقرار بأن حجم التعديلات التي مست التصرف القانوني خاصة، والالتزامات عامة من الاتساع الذي لا يمكن لورقات قليلات أن تتبع اجتهاداته القضائية كلها، ومن ثمة البحث عن مدى تغير وجهة المشرع الفرنسي بعدها إلى سلطان القانون بدل سلطان الإرادة، أو بقاءها على نهجها بعد التعديل. إلا أنه ومن خلال الأحكام التي تتبعتها الدراسة، والتي لطالما اعتبرت مواقف فاصلة لتحديد وجهة المشرع المدني بين المذهب الشخصي اللاتيني، أو المذهب الاجتماعي المادي الموجه، يمكن القول إن الدراسة انتهت للنقاط التالية:

---

[1] Article 1195: « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

[2]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, op.cit., pp.715-717 ; Rémy Cabrillac, op.cit., pp.128-130.

- أن إقرار المشرع الفرنسي لقدرة الإرادة المنفردة على ترتيب الالتزامات يعتبر من التحولات الفاصلة الكبرى طيلة حياة القانون المدني الفرنسي، ذلك أن من تقاليد مبدأ سلطان الإرادة أن ينشأ الالتزام الإرادي حصرا من توافق الإرادتين. إلا أن التعديل الأخير مدفوعا بالاجتهاد القضائي تبنى حكما يعتبر من قبيل أهم النتائج المترتبة على اعتبار الالتزام ذو قيمة مالية، أكثر منه شخصية.
- أن استهلال نظرية العقد، بل التصرف القانوني عامة بمبادئ موجهة يدل على أهميتها في التعاملات العقدية جميعا، فضلا عن أن تعلقها بالنظام العام يعدم الأطراف اعمال إرادتهما الاتفاقية حينما تنزح لمخالفة تلك المبادئ، وهو ما تجسد أكثر في تقييد الحريات التعاقدية بالنظام العام، حيث لا سلطان للإرادة إلا إذا التزمت بحدود النظام العام. وهو الأمر ذاته بخصوص حسن النية والتوسع فيه ليشمل كل المراحل العقدية. وكلها أحكام مفضية إلى مبادئ كرستها اجتهادات قضائية، فضلا عن ترقية المشرع الفرنسي لاجتهادات قضائية نظمت المرحلة السابقة للتعاقد وتبنيها رسميا، حيث فصل في أحكام الالتزام بالإعلام في هذه المرحلة بداية بالمقصود به، وعبء اثباته، والجزاءات المترتبة على مخالفته، مع ربطه كمبدأ عام بالنظام العام.
- أن الدعوى الاستفهامية من بين أهم الأحكام الجديدة المكرسة لاستقرار المعاملات بمعزل عن عدم تأثر حقوق الأطراف حال عدم إعمالها، ذلك أن مرور الزمن على المعاملات العقدية، وبقاءها مثقلة بحقوق أطراف، يؤثر على مركز الطرف الثاني غير المقررة لمصلحته، ليهتدي المشرع الفرنسي بدفع من الاجتهاد القضائي إلى مراعاة التوازن بين الحقوق من خلال منح الطرف الذي يخاف على المعاملة العقدية أن تتأثر بممارسة الطرف الثاني حقوقه، فيقطع خطر مرور الوقت بممارسة حقه في سؤال الطرف الثاني عن نيته في ممارسة الحق في أجل محدد من عدمه.
- أن استحداث نوع جديد من الإكراه، يتعلق باستغلال حالة التبعية الاقتصادية ومفهومها المادي المحض مقارنة بالإكراه التقليدي المؤسس على النزعة الشخصية، لهو نزوح بخطوة عملاقة نحو تكريس المفاهيم المادية في العقد، ذلك أن فكرة الاكراه الاقتصادي كما تقدم تتصادم جملة مع منطق احترام ما انتجته الإرادة التعاقدية. وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي الذي نظم هذا الاكراه بكل تفاصيله قبل تقريره تشريعيا في التعديل الأخير.
- أن الاستغناء عن المحل وعن السبب معا تحت مسمى مشترك يتمثل في مضمون العقد، هو من أهم التحولات التي ميزت التعديل الأخير، ذلك أن الاهتمام بالمضمون المادي للعقد، والتركيز أكثر على بحث شروطه وربط محتواها وهدفها بالمشروعية المتصلة بالنظام العام، هو من قبيل التوجه الموضوعي لتأطير العقود بدل الاهتمام فيها بالنزعة الشخصية. مع ملاحظة أن هذه الفلسفة الجديدة هي الأخرى كرست أول ما كرست بعديد التطبيقات القضائية.
- أن المشرع الفرنسي وبعد إصرار غير مبرر على استبعاد نظرية الظروف الطارئة كسبب عادل لإعادة النظر في العقود، اضطر لمسايرة قضائه في هذا الشأن وقنن هذه النظرية في مادة عديدة التفاصيل.

وهو ما يؤكد من خلاله أن التوازن العقدي والعدالة التعاقدية باتت أهم من احترام ما تقرره شريعة المتعاقدين.

وبناء على ذلك كله، يمكن الانتهاء إلى القول بتوجه المشرع الفرنسي نحو تأطير العقود بأحكام جديدة راعى فيها احترام سلطان القانون بدل تقديس قانون الإرادة. وهو ما يعتبر دعامة حقيقية لتكريس اجتماعية العقود مقارنة بفرديتها المطلقة، وأن الأمر أكبر من التوسع في القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة. وإلا صارت الاستثناءات أكثر شمولية من القاعدة العامة!

قائمة المراجع:

أولا: المؤلفات:

- CAPITANT Henri, François Terré, Yves Lequette, François Chénedé, Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés Broché , 13e édition , 2015.
- CARBONNIER Jean, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22e édition refondue, Presses Universitaires de France, 2000.
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 8e édition, 1998.
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Tome 1 : L'acte juridique, Armand Colin, 8e édition, 1998.
- François Ancel, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Juliette Gest, Aux sources de la réforme du droit des contrats, Paris, Dalloz, 2017.
- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, Droit civil : les obligations, Dalloz, 12e éd, 2018.
- Jean-Philippe Lévy; André Castaldo, Histoire du droit civil, 2e édition, Paris, Dalloz, 2010.
- MAZEAUD Henri, Léon, Jean et CHABAS François, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, Tome 2, V 1, Montchrestien, 2000.
- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, Tome VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952.
- Rémy Cabrillac, Droit des obligations, Dalloz, 13e éd, 2018.

ثانيا: المقالات:

- Hugo Barbier, La violence par abus de dépendance, La semaine juridique, Edition Générale, LexisNexis, N° 15, 11 Avril 2016.
- Jean Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ. 1994.
- Marie Lamoureux, Le contrôle des pouvoirs du juge par le contrat, L'efficacité du contrat, Sous la direction de Gwendoline Lardeux, Dalloz, 2011.
- بن خدة حمزة، حدود قدرة التصرف الانفرادي في ترتيب الالتزام الإرادي، دراسة مقارنة بين الفقه الغربي، والفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية الحقوق ببومرداس، الجزائر، العدد الأول، ماي 2016.

- بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، سبتمبر، 2018.

ثالثا: مواقع الأنترنت:

- http://www.legifrance.gouv.fr/.
- https://www.courdecassation.fr/

عنوان المداخلة (15):

دور وسائل الدفع الالكتروني في تطوير المعاملات التجارية

ط/د. افتيسان وريدة

جامعة البليدة 2

eo.iftissen@univ-blida2.dz

ملخص:

تشكل التجارة الإلكترونية ووسائل الدفع الإلكتروني أهم مفرزات تطور تكنولوجيا الاتصال والمعلومات بحيث ترتبط كل من التجارة الإلكترونية وأنظمة الدفع في إطار علاقة تكاملية من شأنها دفع عجلة التطور الاقتصادي و المالي وهو الأمر الذي جعلنا نطرح موضوع الدفع الإلكتروني في المعاملات التجارية كأهم بيئة لانتشار وسائل الدفع الالكترونية

.

Résumé

Le commerce électronique et les méthodes de paiement électroniques constituent les facteurs les plus importants dans le développement des technologies de la communication et de l'information, de sorte que le commerce électronique et les systèmes de paiement sont liés dans le cadre d'une relation intégrée qui fera progresser le développement économique et financier, ce qui nous a fait élever le niveau question du paiement électronique dans les transactions commerciales comme environnement le plus important pour la diffusion des méthodes de paiement électronique .

مقدمـــــــة:

أحدثت تكنولوجيا الاتصال طفرة تطور في العديد من المجالات لاسيما التجارية منها حيث تأثر المجال التجاري بمفرزات تكنولوجيا الاتصال وعلى رأسها احتوائه لأنظمة الدفع الإلكتروني مما خلق علاقة تأثير وتأثر بين هذه الأنظمة والمعاملات التجارية.

نظرا لتطور التجارة الالكترونية وانتشارها الواسع والمتزايد في كل أرجاء العالم، مما جعل منها إحدى أساسيات اقتصاد دول العالم الحديث، بل وأصبحت إحدى أساسيات الاقتصاد الوطني اللازمة لقيام التبادل التجاري.

وهذا الأمر قد أثار العديد من المشاكل خاصة ما تعلق منها بالجانب القانوني والتنظيمي لأنظمة الدفع المتعلقة بها، مما استوجب طرح هذه المسألة لدراسة والتحليل انطلاقا من مشروع تحديث وسائل الدفع و تنويع مكوناته و كذا ترقيم بعض السندات و الأنظمة التقليدية لتتلاءم .

يعد موضوع التجارة الإلكترونية من أكثر الموضوعات عصر المعلومات إثارة للجدل القانوني في وقتنا الحاضر مما يستوجب توضيح مفهومها، وخصائصها وأنواعها والتطرق لممارساتها وإطرافها كذلك التعرض لعقودها ووسائل الدفع المعتمدة فيها وهو ما يجعلنا نتناول الموضوع تحت إشكالية:

إلى أي مدى ساهمت وسائل الدفع الالكتروني في تطوير المعاملات التجارية؟

للإجابة على هذه الإشكالية ثم الاعتماد على المنهج الاستقرائي بحيث يتم تحليل مختلف الأحكام القانونية لانسنباط فاعلية أنظمة الدفع الالكترونية في تطوير المعاملات التجارية و المنهج الوصفي بغرض تحديد ملامح هذه الوسائل.

المبحث الأول

إعمال وسائل الدفع في المعاملات التجارية

يتم استخدام وسائل الدفع الالكتروني في مختلف المعاملات التجارية سواء العادية أو التجارية بحيث تتيح هذه الوسائل تحقيق أبرز مبادئ القانون التجاري والمتمثلة في سرعة المعاملات التجارية والإثمان التجاري في حال توافر حماية قانونية فعالة، إلا أن الحقل الأكثر استعمالا لأنظمة الدفع الإلكتروني يتمثل في المعاملات التجارية الإلكترونية و هو الأمر الذي يجعلنا نركز على المعاملات التجارية الالكترونية في المطلب الأول، ثم نتطرق لتحديد ماهية نظام الدفع الإلكتروني المعول عليه من أجل تحقيق الوفاء الالكتروني في هذه المعاملات في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول

مفهوم المعاملات التجارية الإلكترونية

يأخذ مفهوم المعاملات التجارية الالكترونية عدة معاني، ولتحديد مفهوم دقيق ومحدد لما يسمى بالتجارة الالكترونية ليس بالأمر السهل واليسير، لاسيما إذا أخذنا في الاعتبار تنوع التقنية المستخدمة في هذا النوع من التعامل، وتطورها المستمر، والتوسع في أساليبها ووسائلها.

وعلى ضوء كل النقاط التي تحتويها التجارة الإلكترونية، حاولت القيام بتعريف التجارة الإلكترونية **(الفرع الأول)**، والتطرق كذل كل أنواع التجارة الإلكترونية ومميزاتها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف المعاملات التجارية الإلكترونية

تشكل المعاملات التجارية عصب حياة الأعمال والتي تم تناولها بالدراسة العديد من المتخصصين ومن أجل التفصيل في معنها ونفض الغبار عن مفهومها سوف نتطرق لتعريفها الفقهي ثم التعريف القانوني.

أولا – التعريف الفقهي للمعاملات التجارية.

من بين التعريفات الفقهية للتجارة الالكترونية نجد جانب من الفقه قد عرفها على أنها:**"عرض المشروع للسلع والخدمات على موقع الانترنت ليحصل على طلبات من العملاء".**

وعرفها جانب آخر بأنها: "تلك العملية التجارية التي تتم بين طرفين –بائع ومشتري – وتتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الالكتروني عبر شبكة الانترنت، وذلك دون حاجة لإنتقال الطرفين أو لقاؤهما، بل يتم التوقيع الكترونيا على العقد (la signature électronique)"[1]

---

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية (نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا)، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص45

اعتمادا على التعاريف السابقة نلاحظ أن التعاريف ترتكز على الوسيلة المستخدمة في التعاقد، وهي شبكات انتقال يتم عن طريقها وبواسطتها هذا النوع من التجارة، وبشكل خاص الانترنت.

ثانيا: التعريف القانوني لمعاملات التجارية الالكترونية

قام المشرع الجزائري بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكتروني بتعريف التجارة الإلكترونية وذلك في المادة 1/6 التي تنص على: **"النشاط الذي يقوم بموجبه مورد الكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك الكتروني، عن طريق الاتصالات الالكترونية**[1]

من خلال نص المادة أعلاه يستخلص أن التجارة الإلكترونية هي ذلك العمل التجاري الذي يمارسه المورد إلكتروني عن بعد عبر شبكة الانترنيت، وذلك باقتراح أو ضمان توفير سلع أو خدمات لمستهلك إلكتروني.

لقد أشار المشرع الجزائري في القانون الخاص بالمعاملات التجارية الالكترونية إلى طرق الدفع وهذا ما تضمنته المادة 27 من القانون 18-05 "يتم الدفع في المعاملات الالكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به.

عندما يكون الدفع الكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الالكترونية عبر شبكة المتعامل العمومي، المواصلات السلكية واللاسلكية.

يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الالكترونية

يفهم من نص المادة 27 من القانون 18-05 أن الدفع في المعاملات الالكترونية يتم إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، وذلك يتم طبقا للتشريع المعمول به، والدفع عندما يكون الكترونيا لابد ان يتم من خلال منصات مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة من قبل البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر، أما بالنسبة للدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود فإنه يتم عن بعد، عبر الاتصالات الالكترونية.

ونجد المادة 28 من نفس القانون أوجبت أن يكون وصل موقع الانترنت الخاص بالمورد الالكتروني بمنصة الدفع الالكترونية مؤمنا بواسطة نظام تصديق الكتروني.

وكذلك المادة 29 من ذات القانون أشارت إلى أن منصات الدفع الالكتروني المنشأة والمستغلة طبقا للمادة 27 أعلاه، تخضع لرقابة بنك الجزائر، كل ذلك لضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيني وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها.

([1])- قانون رقم18-05 مؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج.ر.ج.ج عدد28 صادر في 16 مايو 2018.

الفرع الثاني

أنواع لمعاملات التجارية الالكترونية

يمكن تشبيه المعاملات التجارية الالكترونية بسوق الكتروني يتقابل فيه الموردون والمستهلكون والوسطاء، وتقدم فيه المنتجات والخدمات في صورة رقمية أو افتراضية، وتختلف أنواع التجارة الالكترونية نظرا لأطراف العلاقة التجارية، وتنقسم إلى الفئات التالية:

أولا- لمعاملات التجارية الالكترونية بين وحدة أعمال ووحدة اعمال (B_2B)

يمكن القول أن هذا النوع من التجارة الالكترونية وجد بشكل مبكر بين وحدات الأعمال بعضها مع بعض، وذلك منذ ظهور نظام تبادل البيانات الالكتروني حيث كان يتم عن طريق الشبكات الخاصة، وعندما أتيحت شبكة الانترنت للاستخدام التجاري فقد أصبحت الاختيار الأمثل لتبادل الوثائق الالكترونية من أجل العمل[1].

تقوم وحدة الأعمال بتقديم طلبات الشراء إلى وحدات أعمال الأخرى، وبعد ذلك يتم تبادل البيانات والمعلومات حتى يتم التوصل إلى اتفاق بينهما، وعندئذ يستطيع الطرفان ابرام عقد الكتروني لتوريد السلع او الخدمات، وتسلم الفواتير وتسدد الدفعات الكترونيا، أما التسليم فقد يكون الكترونيا أو ماديا حسب الاتفاق أو طبيعة السلع والخدمات[2].

1. التجارة الالكترونية بين وحدة الأعمال والمستهلك (B_2C)

يمثل هذا المستوى من التجارة الالكترونية البيع بالتجزئة في التبادل التجاري العادي ولقد توسع بشكل كبي مع ظهور شبكة الانترنت، فهناك الآن ما يسمى بالمراكز التجارية للتسوقShopping malls تقوم بعرض السلع والخدمات لصالح المؤسسات، وتقوم بتنفيذ الصفقات التجارية من حيث عمليات الشراء والبيع عن طريق شبكات الانترنت ويتم الدفع بطرق مختلفة كبطاقات الائتمان أو الشبكات أو نقدا عند التسليم[3].

2. التجارة الالكترونية بين مستهلك ومستهلك آخر (C_2C)

ظهر هذا النوع من التجارة بعد توسع استخدام الانترنت، وظهور التقنيات الحديثة الخاصة بشبكة الانترنت، أين يكون التعامل بين الافراد المستهلكين أنفسهم، وفيه تكون عملية البيع والشراء بين مستهلك ومستهلك آخر، من خلال وضع إعلانات على المواقع الشخصية أو على مواقع الالكترونية، يلتقي فيها

---

[1]- لزهير بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، د.ط، دار هومة، الجزائر،2012، ص26.

[2]- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)،د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص40.

[3]-صارة بالساكر، التجارة الالكترونية وآفاق تطورها في البلدان العربية (دراسة حالة الجزائر)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، التخصص التجارة الدولية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الشهيد لخضر، الوادي، 2015، ص11.

المستهلكون بهدف بيع الأغراض الشخصية أو تقديم خدمات لمستهلكين آخرين، ويشمل ذلك المزادات الالكترونية التي تتم فيها المعاملات التجارية بين الأفراد[1].

ثانيا- التجارة الالكترونية بين وحدة أعمال والحكومة(B2G)

يعتبر هذا النوع من التجارة الالكترونية من الأنواع التي تتم بين منظمات الأعمال والجهات الحكومية، وذلك في إطار تنفيذ التعاقدات الموقعة بين الطرفين، والتي بموجبها تنجز هذه المنظمات بنود هذه التعاقدات للوفاء بالتزاماتها تجاه تلك الجهات ومثال على ذلك: يتم في الولايات المتحدة الإعلان عن المشتريات الحكومية من خلال شبكة الأنترنت، ويمكن للشركات أن تتبادل الردود معها الكترونيا، بغرض توريد احتياجات الحكومة من الأجهزة والمعدات[51].

المطلب الثاني

مفهوم نظام الدفع الإلكتروني في التعاملات التجارية

نظرا لتطور وسائل الاتصال الحديثة التي شهدها العالم في الآونة الأخيرة، والتوسع في استخدامها من قبل الأفراد والمؤسسات والشركات بمختلف أحجامها وفي شتى مجالات الحياة، شاع مفهوم التجارة الالكترونية وأصبح وحدا من التعبيرات الحديثة والتي أخذت بالدخول على حياتنا اليومية.

الفرع الأول

تعريف نظام الدّفع الالكتروني

تُعرّف أنظمة الدّفع الالكتروني بتعريفات مختلفة،أين حضي هذا النظام باهتمام الفقه والتشريع وبالتالي سنتطرق لأهم التعريفات الفقهية أولا ثم نتطرق لتعريفات التشريعية ثانيا

أولا- التعريف الفقهي لأنظمة الدفع الالكتروني.

فجانب من الفقه عرّفها بأنّها:" النُظم التي تُمكّن المتعاملين بتطبيقات التجارة الالكترونية من التبادل المالي الكترونيا بدلا من استخدام النقود المعدنية والورقية، أو الشيكات الورقية، حيث يقوم البائعون عن طريق الانترنت بتوفير طرق سهلة وسريعة وآمنة للحصول على أثمان منتجاتهم من الزبائن".[2]

كما عرفت على أنها تلك الأنظمة التي تتم الكترونيا بدلا من الورق (النقد، الشيكات) يستطيع الشخص أن يحاسب فواتيره إلكترونيا أو يقوم بتحويل النقود إلكترونيا عبر حسابه البنكي الخاص".[3]

عرّفت أيضا بأنّها: " منظومة متكاملة من النظم والبرامج التي توفرها المؤسّسات المالية والمصرفية، بهدف تسهيل إجراء عمليات الدفع الإلكتروني الآمنة، وتعمل هذه المنظومة تحت مظلّة من القواعد والقوانين التي تضمن سرية تأمين وحماية إجراءات الشراء وضمان وصول الخدمة".

---

[1]- فاتح بهلولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص41.

[2]- محمد عبد حسين الطائي، التجارة الالكترونية، المستقبل الواعد للأجيال القادمة، ط2، دار الثقافة، الأردن، 2013م، ص 178.

[3]-محمد نور صالح الجداية، سناء جودت خلف، تجارة الكترونية، ط1، دار الحامد، عمان،2009م، ص 231.

وفي تعريف أخر الدفع الالكتروني هو المال أو العملة التي تُتبادل بصفة الكترونية، يتضمّن ذلك حوالات الأموال الالكترونية والدفع المباشر ويُسمى أيضاً النقود الالكترونية. وعبّر آخرون عنه بأنّ الدفع الالكتروني عبارة عن: "[1] عملية تحويل الأموال هي في الأساس ثمن لسلعة أو خدمة بطريقة رقمية أي باستخدام أجهزة الكمبيوتر، وإرسال البيانات عبر خط تلفوني أو شبكة ما أو أي طريقة لإرسال البيانات. [2]

ثانيا– التعريف التشريعي لأنظمة الدفع الإلكتروني

مسايرة للأوضاع والمتطلّبات التي فرضتها عولمة التكنولوجيا سارعت الكثير من التشريعات إلى إعطاء تعريف للدّفع الالكتروني، فبرزت تعريفات لوسائل الدّفع الالكتروني باعتبارها أهمّ مكونات نظام الدفع الالكتروني، فنجد من ذلك قانون الولايات المتحدة الأمريكية يعرّف هذا المصطلح بأنّه: " "تقنية كهربائية، رقمية مغناطيسية، بصرية الكهرومغناطيسية أو أي شكل آخر من أشكال التكنولوجيا، يضم إمكانات مماثلة لتلك التكنولوجيا".وعرّفه قانون المبادلات الالكترونية المصري بأنّه "وفاء بالتزام نقدي بوسيلة الكترونية مثل الشيكات الالكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة".[3]

أمّا المشرّع الجزائري ضمّن تعريف الدفع الالكتروني في المادة 69 من القانون 03-11[4]التي صرّحت: " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكّن كلّ شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"، وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري تطرّق لمعنى الاتصالات الالكترونية بموجب القانون 18-04 [5] في المادة 10 فقرة 1 منه حيث جاء: " اتصالات الكترونية هي كلّ إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية، أو بطريقة كهرومغناطيسية "، ليأتي بعدها القانون نفسه ويعترف بتقنية التحويل الالكتروني، حيث وردت في الفقرة 4 من المادة 46منه: " يتم كلّ تحويل للأموال عن طريق جميع وسائل الدفع الكتابية أو الالكترونية". كما سمحت المادة 60 من القانون 18-04 السالف الذكر بتحويل الأموال عن طريق الاتصالات الالكترونية بقولها:" يمكن أن ترسل الأموال ضن النظام الداخلي بواسطة الحوالات الصادرة عن بريد الجزائر والمحوّلة بالبريد أو عن طريق الاتصالات الإلكترونية". ويأتي المشرّع

---

[1]- روان عبدالرحمن العبدان، تطبيقات آمنة في عمليات الدفع الالكتروني، مركز التميز لأمن المعلومات، 2009م، https://kenanaonline.com/users/ahmedkordy/posts/323324 ، يوم 2021/8/24م.

[2]- لوصيف عمار، إستراتيجيات نظام المدفوعات للقرن الحادي والعشرين مع الإشارة إلى التجربة الجزائرية، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008م، 2009م، ص 29.

[3]-مصطفى يوسف كافي، التجارة الالكترونية، دار رسلان، سوريا، 2010م، ص 68

[4]- الأمر 03-11 المؤرّخ في 26 غشت سنة 2003 م يتعلّق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصدرة في 27 غشت 2003م، المعدل والمتمم.

[5]- القانون 18- 04 المؤرخ في 10 مايو2018م، يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 27، الصادرة في 13 مايو 2018م.

الجزائري بعدها في قانون التجارة الالكترونية 18-05[1]ويعرّف وسيلة الدفع الالكتروني من خلال الفقرة 5 من المادة بنصه : "وسيلة الدفع الالكتروني كلّ وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكّن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية". ومن خلال هذه المادة نجد أنّ تعريف المشرّع الجزائري لوسيلة الدفع الالكتروني تعريف مرن وواسع يشمل أيّ وسيلة تسمح بإجراء عملية الدفع، سواء كان ذلك عن قرب أو عن بعد، يشترط فقط أن يكون مرخص لها قانونا.

الفرع الثاني

مقتضيات استخدام الدّفع الالكترونيّ في المعاملات التجاريّة الالكترونيّة في القانون الجزائريّ

أصدر المشرّع القانون 18/ 05 المتعلّق بالتجارة الالكترونية وخصّص الفصل السادس من الباب الثاني للدفع في المعاملات الالكترونية مشيرا في ثلاثة مواد تضمنها هذا الفصل إلى الشروط والمتطلّبات التي ينبغي أن تتوفر وتُراعى في هذا الإطار، نذكر هذه الشروط فيما يلي:

أولا- أن يكون الدّفع إلكترونيا بالوسائل المرخّص بها لتسوية المعاملات التجاريّة الالكترونية: نصت المادة 27 من القانون 18-05 على أنّ الدّفع الالكتروني في المعاملات التجاريّة الالكترونيّة يكون إمّا عن بعد أو عند تسليم المنتوج باستعمال كلّ الوسائل المرخّص بها وفقا للتشريع المعمول به، ويشمل استخدام هذه الوسائل المرخّص بها المعاملات التجاريّة الالكترونيّة التي تتم داخل حدود التراب الوطني والتي نظّمت أحكامها كلّ من المادة 8 و9 من هذا القانون، أو تلك المعاملات التجارية الالكترونية العابرة للحدود التي أطّرت أحكامها المادة 7 من قانون التجارة الالكترونية 18-05.

ثانيا- أن يكون الدّفع عبر منصات دفع مخصّصة:

أوجب المشرّع الجزائري من خلال المادة 27 من القانون 18-05 على أنّ الدفع الالكتروني يتم عبر منصات دفع مخصّصة لهذا الغرض، حيث اشترط أن تكون هذه المنصات منشأة ومستغلّة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر، موصولة بأي نوع من أنواع محطات الدّفع الالكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكيّة. وتعتبر منصات الدفع الالكتروني وسيط بين أطراف عدّة في أي عملية تسوّق وشراء عبر الإنترنت من أي متجر من المتاجر الالكترونية، فهي تعمل كحلقة وصل بين التاجر والمستهلك، إذ تُمكّن المستهلك من الدفع لمشترياته باستخدام البطاقات الائتمانية. ويحلو للبعض تسميتها "بوابة الدفع الالكتروني"، فهي ببساطة تطبيق **برمجي**، بمثابة قناة بين متجر إلكتروني والبنك الذي يصرّح (أو يرفض) دفع بطاقة ائتمان العميل تتم من خلالها معالجة بطاقات الائتمان والخصم. [2]ويمكن القول بأنّها وسيلة تساعد على إتمام عمليات الشراء إلكترونيا، أيْ باستخدام بطاقة الدفع، فهي تسمح للمشتري بإتمام عملية الدفع لمشترياته وتساعد البائع في تحصيل أمواله من المشتري. فعندما يرغب أيّ شخص بشراء أي منتج أو خدمة من أي موقع إلكتروني يقوم

---

[1]- قانون رقم 18/ 05المؤرخ في 10 مايو 2018م، يتعلّق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 28 الصادر في 16 مايو 2018م.

[2]-

بإدخال بيانات بطاقة الدفع الخاصة به بعد ذلك تقوم بوابة الدفع التي يتعامل معها الموقع بإرسال بيانات المشتري إلى البنك الذي يتعامل معه للتأكد من توفر المبلغ المطلوب في البطاقة على سبيل المثال، ومن ثَمّ تقوم بوابة الدفع بإبلاغ الموقع لإتمام عملية الشراء.

ثالثا- تأمين عملية الدّفع الالكتروني بواسطة نظام تصديق الكتروني:

اشترطت المادة 28 من القانون 18-05 على وجوب وصل الموقع الخاص بالمورّد الالكتروني بمنصة الدّفع الالكتروني بنظام التصديق الالكتروني، تأمينا لعملية الدفع الالكتروني، وتجدر الإشارة إلى أنّ عملية التصديق مرحلة تأتي بعد مرحلة التوقيع الالكتروني الذي حدّد قواعده العامة القانون رقم 15-04.[1] جاء في المادة 2 منه: " التوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة ومرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق". فالتوقيع الالكتروني عبارة عن أصوات أو إشارات أو رموز، أو أي إجراء آخر، يتصل منطقيا بنظام معالجة المعلومات الكترونيا و يقترن بتعاقد أو مستند أو محرر ويستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر المستند. [2]

فالمشرّع الجزائري اعتمد في القانون 15-04 المتعلّق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين مصطلحا جديدا " وهو شهادة التصديق الالكتروني". حيث بيّنت المادة 2 من القانون 15-04 مفهومها في هذا القانون بأنّها " وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التوقيع الالكتروني والموقع". فيما حدّدت المادة 15 من القانون 04/15 متطلبات شهادة التصديق.

ويقوم التصديق الالكتروني على وظيفتين أساسيتين:

1- الثقة والأمان في العقود الالكترونية لتمام هذه العقود، وذلك عن طريق إثبات هوية الأطراف وتحديد حقيقة الاتفاق ومضمونه.

2- السرية على اعتبار أنّ وظيفة التصديق ترتبط بتقنية الكتابة المشفرة وبهذه الطريقة يتحقّق الارتباط بين السرية والتصديق. [3]

---

[1]- القانون 15/ 04 المؤرخ في2015/2/1م، يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 06، الصادرة في 10 فيفري 2015م.

[2]- ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، ماهيته، مخاطره،وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، القاهرة،2007م، ص60.

[3]- دريس كمال فتحي، آلية التصديق الالكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، العدد 24 ، 2017 م، ص163 .

المبحث الثاني

الوسائل المكونة لنظام الدفع الإلكتروني في المعاملات التجارية

تعد حداثة التجارة الالكترونية أهم أسباب ظهور وسائل الدفع الالكترونية الحديثة، والتي أتت بحل للعقبات والمشاكل التي كانت وليدة وسائل الدفع التقليدية وبالفعل تمكنت هذه السائل الحديثة للدفع من الانتشار وبسرعة.

بناء على هذا سأقوم بعرض تعريف لوسائل الدع الحديثة وبخصائصها واهم أنظمة الدفع الالكترونية.

المطلب الأول

وسائل الدفع في المعاملات التجارية المرقمة

نقصد بأنظمة الدفع الالكتروني المرقمة تلك الأنظمة التي وجدت في البيئة العادية لاستيفاء في المعاملات التجارية و بتطور هذه الأخيرة تم ترقيمها و من أمثلتها النقود السفتجة و الشيك أين أصبح لدينا نقود الكترونية و سفتجة الكترونية و شيك الكتروني و هي الوسائل التي سنتطرق إليها قبل تناول المكونات الجديدة لنظام الدفع في الجزائر.

الفرع الأول

الأوراق التجارية الإلكترونية

و التي تعتبر من الوسائل الحديثة والتي لاقت ترحيبا كبير في الوسط التجاري الإلكتروني خصوصا الشيك الإلكتروني ، و تقوم هذه الأوراق كذلك على تقنية التحويل الإلكتروني للأموال.

أولا : السفتجة الإلكترونية

لم يعط المشرع الجزائري تعريف للسفتجة وإنما حدد طبيعتها واعتبرها عمل تجاري حسب الشكل طبقا لنص المادة 332 من القانون التجاري وعلى اعتبار التعريفات الفقهية لسفتجة العادية كمقدمات في دراستنا فإن السفتجة الالكترونية تعد من أهم وسائل الدفع الالكتروني التي نتجت عن التطور الحاصل في النظام المصرفي، لما توفره من مزايا نظرا لطبيعتها الرقمية مقارنة بالسفتجة العادية لأنها امتدادا لها، حيث اعتمدت الجزائر الدفع بواسطة السفتجة الالكترونية ولو بشكل محتشم من خلال تحديث نظام الدفع المعتمد في القطاع المصرفي.

والسفتجة الإلكترونية لا تختلف عن هذا المفهوم إلا أنها تتم إلكترونيا، ويمكن تعريفها بأنها "محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا بصفة كلية أو جزئية ،يتضمن أمر من شخص يسمى الساحب لشخص آخر يسمى المسحوب عليه،بأن يدفع مبلغا من النقود إلى شخص ثالث يسمى المستفيد، لدى الاطلاع أو في تاريخ معين"[1].

(1)- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005ص 346.

كما عرفت بأنها "محرر معالج الكترونيا صادر وفقا لأشكال حددها القانون، يتضمن امرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بدفع مبلغ من النقود إلى شخص ثالث يسمى المستفيد في تاريخ معين ومكان معين"[1].

لم يتمكن فقهاء القانون من تحديد تاريخ نشأة السفتجة التقليدية بالضبط إلا أن هناك إجماع فقهي على أن السفتجة الالكترونية فرنسية المنشأ، حيث ظهرت كنتيجة لتقارير اللجان التي وضعت في فرنسا من أجل العمل على الوصول الى حلول للمشاكل المالية والإدارية التي يطرحها التعامل بالسفاتج واستخدمت لأول مرة في 02 يونيو 1973 كثمرة لجهود لجنة Gillet[2]،

1- أنواع السفتجة الالكترونية

السفتجة الالكترونية وعلى غرار كافة الأوراق التجارية الالكترونية، تتخذ شكلين أو صورتين هما: السفتجة الالكترونية الورقية والسفتجة الالكترونية الممغنطة.

أ- السفتجة الالكترونية الورقية

هي أحد السندات التجارية الالكترونية التي تصدر منذ البداية بصورة تقليدية على محرر ورقي يتم معالجته الكـــترونيا وإدخال مضمونها على دعامة الكـــترونية، و هي عبارة عن تخزين معلوماتي للمعلومات المشكلة في السفتجة الورقية.

حيث تتضمن نفس البيانات الشكلية التي تخضع لها السفتجة عادة بالإضافة إلى معلومات بنكية خاصة بالمسحوب عليه

ب- السفتجة الالكترونية الممغنط

هذا النوع من السفاتج يختلفعن السفاتج الالكترونية على دعامة ورقية إذ يختفي في هذا النوع الورق منذ بداية إنشاء السفتجة حيث يتم تسجيل بيانات السفتجة مباشرة على شريط ممغنط وبالتالي فهي شكل جد متطور بالمقارنة مع السفتجة التقليدية تتسم بالبساطة الشديدة وذلك من الناحية المادية و العملية حيث تتجنب ضرورة التحرير المبدئي

2 -الإيداع للتحصيل:

التحصيل هو عمل يقوم به البنك لفائدة عملائه مقابل عمولة يتم الاتفاق عليها، ليجنبهم عناء التنقل ويوفر عليهم الجهد والمال، والمقصود بالتحصيل هنا:

"استيفاء قيمة السفتجة الالكترونية من المسحوب عليه بصرف قيمتها في تاريخ الاستحقاق، وإرسالها إلى بنك المستفيد من بنك المسحوب عليه بعد طلب موافقة المسحوب عليه على الوفاء، ثم يقوم بنك المستفيد بقيد

---

(1)- بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 83، نقلا عن: كردي نبيلة "السفتجة الالكترونية"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد الثاني، العدد الثاني، مارس 2017، ص 93.

(2)- واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 54.

القيمة في حساب المستفيد، ويرسل له اشعارا بتمام العملية، كما يرسل بنك المسحوب عليه إلى المستفيد كذلك اشعارا بتمام عملية الوفاء بالورقة التجارية"[1].

3 –الإيداع للخصم:

خصم السفاتج من الخدمات التي تقدمها البنوك لعملائها الراغبين في تحصيل قيمتها قبل حلول الأجل، قصد الحصول على السيولة النقدية الآنية، ويعرف الخصم بأنه:

" اتفاق يعجل به البنك القائم بعملية الخصم لطالب الخصم قيمة ورقة تجارية، أو سند قابل للتداول أو مجرد حق آخر مخصوم منها مبلغ يتناسب مع المدة الباقية، حتى استيفاء قيمة الحق عند حلول أجل الورقة او السند أو الحق، وذلك في مقابل أن ينقل طالب الخصم الى البنك هذا الحق على سبيل التمليك وأن يضمن له وفاءه عند حلول أجله"[2].[3]

فالخصم إذا يقوم على تظهير السفتجة الالكترونية للبنك تظهيرا ناقلا للملكية قبل حلول تاريخ استحقاقها، حيث يقوم البنك بأخذ السفتجة من مالكها مقابل دفع المبلغ المحدد فيها.

ثانيا : الشيك الالكتروني

من وسائل الدفع الالكترونية التي ظهرت حديثا نجد أيضا الشيكات الالكترونية والتي تعتبر مكافئة للشيكات الورقية التقليدية، وهناك من يتوقع أن تحل محلها على المدى البعيد.

الشيك الالكتروني يعتبر بديل عن الشيك الورقي ة ،يحتوي على نفس المعلومات الموجودة في الشيك العادي مثل المبلغ و التاريخ و المستفيد و الساحب و المسحوب علبه و لكنه يأخذ شكلا الكترونيا.

لشيك الالكتروني عبارة عن بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الالكتروني المؤمن، وتتضمن هذه البيانات التي يحتويها الشيك البنكي تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من أصدر الشيك وتوقيعه، ويكون هذا التوقيع عن طريق رموز خاصة

الشيك الالكتروني هو عبارة عن محور ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا بشكل كلي آو جزئي يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب الالكتروني موجه إلى المسحوب عليه الكترونيا و هو البنك بان يدفع مبلغا من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد الكترونيا.

و الشيك الالكتروني يعتبر كبديل للشيك الورقي و هو يتمتع بقوة الشيك الورقي لاسيما في الدول التي تعترف بالتوقيع الالكتروني .

ويمكن تعريفه بأنه "رسالة موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك (حامله) ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الانترنت ليقوم البنك أولا بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك وبعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك وإعادته الكترونيا إلى مستلم الشيك (حامله) ليكون دليلا على أنه قد تم صرف الشيك فعلا ويمكن لمستلم الشيك أن يتأكد من أنه قد تم بالفعل تحويل المبلغ لحسابه . "ويتوقع اختفاء النقود

---

(1)-.كردي نبيلة، المرجع السابق، ص 105.

(2)- نفس المرجع، ص 105.

(3)– نفس المرجع، ص 106.

التقليدية، لأن الشيكات الالكترونية تستخدم لإتمام عملية السداد الالكترونية بين طرفين من خلال وسيط، ولا يختلف ذلك كثيرا عن نظام معالجة الشيكات العادية ما عدا أنه يتم توريد الشيكات الالكترونية وتبادلها عبر الانترنت، و يقوم الوسيط بخصم من حساب العميل ويضيف إلى حساب التاجر، كما توجد طرق عديدة لضمان وتوفير الأمان لعملية السداد عبر الانترنت، كما أن تطوير الشيكات الورقية والانتقال إلى الشيكات الالكترونية يتماشى مع مقتضيات الالكترونية.

الفرع الثاني

النقود الإلكترونية و حافظة النقود الإلكترونية

تعتبر النقود الالكترونية و حافظة النقود أبرز وسائل الدفع المرقمة بحيث كانت النقود صالحة للاستعمال اليدوي فقط ثم بعد تطور تكنولوجيا الاتصال و أتساع مجالات المعاملات التجارية ثم ترقيمها من خلال أنظمة معالجة إلكترونية أعطتها إمكانية التداول في البيئة الإلكترونية وسنتطرق في العنصر الأول للنقود المرقمة ثم ثانيا نتطرق للمحفظة الالكترونية كأبرز وسائل للدفع في المعاملات التجارية.

أولا : النقود الالكترونية

تعتبر من بين الوسائل التي يتم بها الوفاء مباشرة عبر الإنترنيت و هي عبارة عن مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية و تستعمل للوفاء عند التسوق عبر الإنترنيت ولا تحتاج لوجود حساب بنكي عند إجراء المعاملة و تستخدم كأداة محمولة مدفوعة مسبقا.

ومما سبق ذكره يمكن استنتاج الخصائص التي تميز النقود الالكترونية كما يلي:

– **ذات قيمة نقدية مخزنة إلكترونياً:** فهي خلافاً للنقود القانونية عبارة عن بيانات مشفرة يتم وضعها على وسائل إلكترونية في شكل بطاقات بلاستيكية أو على ذاكرة الكمبيوتر الشخصي.

– **ثنائية الأبعاد:** إذ يتم نقلها من المستهلك إلى التاجر دون الحاجة إلى وجود طرف ثالث بينهما كمصدر هذه النقود.

–**عدم التجانس:** حيث أن كل مصدر يقوم بخلق وإصدار نقود إلكترونية مختلفة، فقد تختلف هذه النقود من ناحية القيمة وقد تختلف أيضاً حسب عدد السلع والخدمات التي يمكن أن يشتريها الشخص بواسطة تلك النقود .

– **سهولة الحمل:** تتميز النقود الإلكترونية بسهولة حملها نظراً لخفة وزنها وصغر حجمها، ولهذا فهي عملية أكثر من النقود العادية

–**النقود الإلكترونية هي نقود خاصة:** على عكس النقود القانونية التي يتم إصدارها من قبل البنك المركزي ف، إن النقود الإلكترونية يتم إصدارها في غالبية الدول عن طريق شركات أو مؤسسات ائتمانية خاصة.

النقود الإلكترونية تتشابه مع النقود العادية في صلاحية كلا منهما كوسيلة للدفع، علاوة على تمتعهما بقدر واسع من القبول وإن كانت النقود العادية تتمتع بقبول أكثر نظراً لحداثة النقود الإلكترونية واعتمادها على تكنولوجيا متقدمة ربما لا تكون متوافرة إلا في الدول المتقدمة.

من ناحية أخرى، فإن هذه التكنولوجيا قد تتباين داخل الدولة الواحدة مما يقلل من اعتماد السكان على النقود الإلكترونية كوسيلة للدفع ويدفعهم إلى استخدام النقدية .Money Cash ومع هذا فإن النقود الإلكترونية تختلف عن النقود العادية في عدة أمور ، فالبنك المركزي في كل دولة هو الجهة العامة المنوط بها إصدار وطبع النقود القانونية بكل فئاتها وتحديد حجم هذه النقود التي يتم تداولها بالقدر الذي لا يؤثر في السياسة النقدية للدولة، وعلى العكس من هذا فإن مصدر النقود الإلكترونية هي مؤسسات ائتمانية خاصة قد تخضع لرقابة الأجهزة الحكومية المعنية، من ناحية أخرى فإن النقود الإلكترونية – على عكس النقود العادية – لا تستطيع أن تغل فائدة وذلك لعدم قابلية وضعها كوديعة مما يتعارض مع ما تذهب إليه النظرية النقدية من اعتبار النقود أصل مربح .

ثانيا – المحافظ الالكترونية:

المحافظ الالكترونية تقوم بتحويل النقد إلى سلسلة رقمية، وتخزن على القرص الثابت في موقع العمل، وهذا يحد من استخدام النقود في المعاملات التجارية التي تتم على شبكة الانترنت.

ومعظم الحقائب الالكترونية تقوم بتخزين النقد الالكتروني على البطاقات الذكية التي تتمكن من دفع أي مبلغ من الحقيبة الالكترونية في أي مكان محفظة النقود الالكترونية.

من هنا تعرف الحقيبة الإلكترونيا بأنها "وسيلة دفع افتراضية تستخدم في سداد لمبالغ قليلة القيمة بشكل مباشر أو غير مباشر . "ومن الأسباب التي أدت إلى ابتكار المحفظة الالكترونية هو حماسة المتسوقون بالنسبة إلى التسوق المباشر Line One ،حيث أصبحوا يتعبون من الدخول المتكرر إلى معلومات الشحن والسداد في كل مرة يقومون فيها بالشراء، والمشكلة الأخرى التي تحلها المحافظ الالكترونية هي توفير مكان تخزين آمن بالنسبة لبيانات بطاقة الائتمان والنقد الالكتروني وبهذا فان المحفظة الالكترونية، تشبه في خدماتها الوظيفة المماثلة للمحافظ المادية، أما المعلومات التي تخزنها هذه المحفظة كحد أدنى، هي تخزين معلومات الشحن والفواتير شاملة أسماء المستهلكين وعنوان الشارع والمدينة والولاية والدولة والرقم البريدي، ومعظم المحافظ الالكترونية يمكنها أن تحمل أسماء وأرقام بطاقات الائتمان، كما تحمل نقدا الكترونيا من مختلف الموردين .ويمكن استنتاج الخصائص الرئيسية التي تميز المحافظ الالكترونية فيما يلي

– المحفظة الالكترونية تعطي حلاً متطوراً للدفع بمبالغ صغيرة، وعليه يمكن التخلص من أسعار معالجة الشيكات وباقي وسائل الدفع الورقية، في كل عملية أو صفقة تجارية ذات المبالغ الصغيرة.

• تسمح بتخفيض عمليات الدفع بالنقود، وبالتالي التخلص من تكاليف المعالجة

. هي وسيلة ملائمة تماما للصفقات التجارية لما توفره من سرعة في العمل .والمدفوعات التي تخص المحفظة الالكترونية هي • : الموزع الآلي للنقود• .

آلات توزيع التذاكر من أجل ركن السيارات، دفع رسوم في الطرق السريعة، النقل الحضري، •بطاقات الهواتف العمومية، بطاقات مختلفة، (كبطاقات الزيارة، بطاقات أخذ الصور السريعة(

المطلب الثاني

وسائل الدفع الالكترونية المستجدة

تعددت وسائل الدفع الالكترونية واتخذت اشكالا تتلام مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنت ومن هذا المنطلق سوف نتعرض في هذا الفع على مجموعة من أنواع وسائل الدفع الالكترونية.

الفرع الأول: بطاقات الائتمان

أطلق فقهاء القانون العديد من التعريفات على بطاقات الائتمان بحيث تتفق كلها في بيان الوصف المصرفي القانوني الملائم لها.

وقد قام المشرع الجزائري بتنظيم أحكام بطاقة الدفع من خلال تعديله الأخير للقانون التجاري سنة 2005، في الفصل الثالث من الباب الرابع من القانون التجاري، تحت عنوان "ي بطاقات الدفع والسحب". حيثي تنص المادة 543 مكرر 2" على تعريف بطاقة الدفع كما يلي "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال. وتعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها فقط بسحب أو تحويل أموال"[1]. وهكذا يكون المشرع الجزائري قد عرف بطاقة الاتمان على أساس الوظيفة التي تؤديهان فبطاقات الدفع تستعمل في تحويل وسحب الأموال، أما بطاقات السحب فلا يمكن تحويل بواسطتها الأموال بل يستطيع حاملها فقط سحب الأموال[2].

تتميز هذه البطاقات بأنها توفر كلا من الوقت والجهد لحاملها، وأيضا تزيد من إيرادات البنك المصدر لها لما يحصل عليه من رسوم مقابل الخدمات أومن فوائد عن التأخر في السداد.

وتحمل هذه البطاقات صورة العميل تفاديا للتزوير أو السرقة، ويمكن لحاملها سداد المبالغ المسحوبة من هذه البطاقات بالعملة المحلية سواء كان المبلغ المنصرف محليا أو خارج الدولة[3].

ثانيا: بطاقات الشيكات

تتضمن هذه البطاقة اسم العميل وتوقيعه ورقم حسابه والحد الأقصى الذي يتعهد البنك بالوفاء به في كل شيك يحدده العميل، ويقوم هذا الأخير بإظهار البطاقة للمستفيد والتوقيع على الشيك أمامه، كما أيضا يقوم المستفيد بكتابة رقم البطاقة على ظهر الشيك، زيادة على ذلك التأكد من مدة صلاحية البطاقة للاستعمال، إذا توفرت هذه الشروط وصحة توقيع الساحب، فإن البنك المسحوب عليه يلتزم بدفع قيمة الشيك للمستفيد بغض النظر عن وجود أو عدم وجود رصيد كاف لديه[4].

---

[1]- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر. عدد 79 لسنة 1975،معدل ومتمم.

[2]-

[3]- عبد المطلب عبد الحميد، اقتصاديات التجارة الالكترونية، الدار الجامعية للنشر، 2014، ص131.

[4]- عبد الفتاح بيومي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية لنظام التجارة الالكترونية وحمايتها المدنية، الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص112.

ثالثا: بطاقات الوفاء (الدفع)

هذه البطاقات تخول حاملها سداد ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها من بعض المحلات التجارية التي تقبلها بموجب اتفاق مع الجهة المصدرة لها، وذلك بتحويل ثمن البضائع والخدمات من حساب العميل –حامل البطاقة– إلى حساب التاجر، وهذه البطاقة تعتمد على وجود أرصدة فعلية للعميل لدى المصرف، ولذلك فهذا النوع من البطاقات لا يحتوي على أي نوع من أنواع بطاقة الائتمان.

رابعا: البطاقة الذكية

عبارة عن بطاقات من البلاستيك تتضمن معالج صغير جدا وتستخدم في تخزين النقود لتستخدم بعد ذلك في شراء السلع والخدمات عبر الأنترنت، تحتوي البعض من هاته البطاقات على شريحة تتضمن سجل عن عمليات استعمال مالك البطاقة للنقود الالكترونية، وفي حالة قيامه باستخدام مزدوج للنقود فإن عملة تحويل النقود لن تتم[1].

والمحلات التي تقبل هذا النوع من الدفع يجب أن تكون مزودة بقارئ بطاقة مقابل عند الدفع (الخزينة) ومثال عن استعمال البطاقات الذكية في التجارة الالكترونية Secure ElectronicTransactions أي التعاملات الالكترونية الآمنة[2].

الفرع الثاني – التحويلات المالية الالكترونية :

حيث تقوم العديد من المصارف الآن بالمشاركة في شبكة حاسبات تتولى التداول الالكتروني لملايين القيود المحاسبية التي تسجل المديونية والدائنية فيما بين المصارف، وبذلك تؤدي الدور التقليدي لغرفة المقاصة المصرفية ولكن بشكل فوري وبدرجة عالية من الكفاءة، ومن المتوقع استخدام الأقمار الصناعية لتشمل المصارف العالمية في نطاق التسويات المصرفية.

يهدف هذا النظام إلى تسهيل وتعجيل المدفوعات والتسويات بين المصارف، وسيكفل هذا النظام للمصارف المحلية قدرة تقديم خدمات أفضل للعملاء، إذ سيتيح لهذه المصارف إمكانية التسوية الفورية من دفع وتلقي الأموال عبر حساباتها الجارية لدى المصارف المركزية وتوفير دفع فوري .كما يتيح هذا النظام تسوية المدفوعات عن طريق شبكة 25 لعملائها المدفوعات والنظام الالكتروني لتداول الأسهم ومقاصة الشيكات.

وتتمثل إجراءات عملية التحويل المالي الالكتروني بتوقيع العميل نموذجا معتمدا لصالح الجهة المستفيدة، ويمّكن هذا النموذج من اقتطاع القيمة المحددة من حساب العميل وفق ترتيب زمني معين (يوميا أو أسبوعيا أو شهريا)، ويختلف نموذج التحويل الالكتروني عن الشيك في أن صلاحيته تسري لأكثر من عملية تحويل واحدة، وعادة ما يتعامل البنك والعميل مع وسطاء وظيفتهم توفير البرمجيات اللازمة للتحويلات.

---

[1]- صابر ايمان، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كليةالحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون الاعمال، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2016-2017ن ص49.

[2]- فاروق سيد حسين، التجارة الالكترونية وتأمينها، الطبعة الأولى، هلا للنشر والتوزيع، د. ب.ن، 2001، ص30.

الخاتمة

ظهرت وسائل الدفع الالكترونية كنتيجة للتطور التكنولوجي والمعلوماتي وبالأخص نتيجة ظهور شبكة الانترنت والتجارة الالكترونية، فوسائل الدفع التقليدية كالشيك والسند لأمر كلها وسائل تتلاءم وطبيعة التجارة التقليدية، حيث يكون البائع أمامك فعندما تستلم سلعتك مباشرة تعطي في المقابل قيمتها إما نقدا في حال توفر المبلغ لديك أو عن طريق الشيكات في حال عدم توفرها، لكن في التجارة الالكترونية تختار سلعتك عن بعد وقد تكون هذه السلعة في بلد آخر غير البلد الذي تتواجد فيه، مما فرض ضرورة إنشاء وسائل أكثر تقدما تمكنك من الدفع أيضا عن بعد.

نظام الدفع الإلكتروني عبر شبكة الانترنت يتطلب تعاضد الجهود بين الدول لوضع التشريعات المناسبة لتلافي سلبيات ومعوقات التجارة الإلكترونية بشكل عام ولتفادي عيوب الدفع الإلكتروني بشكل خاص من خلال إيجاد آلية وجهاز مالي يستهدف مراقبة وتنظيم الدفع الإلكتروني عن بعد بشكل آمن وموثوق به بالاعتماد على اتفاقات التحويلات المالية وانتقال النقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت ووضع الضوابط والقواعد الملائمة التي تحكم عمل الجهات العاملة بهذا المجال.

- ✓ الدفع الالكتروني هو عملية دفع لمبلغ من النقود تتّم بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعامات ورقية، بل على آليات الكترونية.
- ✓ وفّرت أنظمة ووسائل الدفع الالكتروني بيئة جديدة في مجال الصيرفة والمعاملات التجارية خصوصا، وتعتبر إضافة حقيقية في الحياة الاجتماعية والاقتصادية وقفزة نوعية تنوّعت معها الخدمات.
- ✓ تعريف المشرّع الجزائري لوسائل الدفع الالكتروني مرن وواسع، يشمل كلّ وسيلة تسمح بإجراء عملية الدفع، سواء كان ذلك عن قرب أو عن بعد، بشرط أن يكون مرخّص لها قانونا.
- ✓ تقوم وسائل الدفع الالكترونية على علاقة رباعية الأطراف: المنظّم، المصدر، التاجر، حامل البطاقة.
- ✓ تبنّي الجزائر مشروع تحديث نظام الدفع الالكتروني وما تضمّنه من محطات يعكس جهودها ومساعيها لتطوير وعصرنة أنظمتها على المستوى التجاري والاقتصادي؛ وأحسن فِعْلا بتبنيه هذه الإستراتيجية مواكبة للتغيّرات.
- ✓ تعدّ التجارة الالكترونية والبنوك الالكترونية البيئة الخصبة لعمليات الدفع الالكتروني.
- ✓ نظّم المشرّع الجزائري أحكام التجارة الالكترونية في القانون 05/18، وأرسى بموجبه متطلّبات استخدام نظام الدفع الالكتروني من خلال المادة 29/28/27 من القانون السالف الذكر.

عنوان المداخلة (16):

مظاهر التجديد في القانون المدني الفرنسي المعدل بمقتضى المرسوم 131-16

(مرحلة المفاوضات نموذجًا)

ط.د /سفيان مرايصي **المشرف/أد. بدرة لعور**

a.laouar@univ-biskra.dz **sofiane.meraissi@univ-biskra.dz**

كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر بسكرة

ملخص:

تضمن الأمر 131-16 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي الكثير من المستجدات، ومن بينها تنظيم مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، في إعتراف صريح من المشرّع بالدّور الكبير، والأهميّة البالغة التي تكتسيها هذه المرحلة التمهيديّة، وعكف على إبراز الأسس التي تبنى عليها، والمبادئ التي تحكمها، من خلال التّأكيد على حريّة التفاوض المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة، وفقًا لمقتضيات مبدأ حسن النيّة وتحت فلسفة عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر، بالإظافة إلى تركيزه على تكريس مبدأ الإلتزام بالإعلام، وكذا التنويه إلى حماية المعلومات بالنّص على الإلتزام بالسريّة.

الكلمات المفتاحيّة: القانون المدني الفرنسي، المفاوضات، حسن النيّة، الإلتزام بالإعلام.

_ Résumer :

L'ordonnance 131-16, modifiant et complétant le Code civil français, a apporté de nombreuses évolutions, dont l'organisation de la phase de négociation qui précède la conclusion du contrat, dans une reconnaissance explicite par le législateur du grand rôle et de l'importance de cette phase préalable, et il s'est efforcé de mettre en évidence les fondements sur lesquels elle est édifiée, et les principes sur lesquels elle est édifiée. Elle la régit, en mettant l'accent sur la liberté de négociation émanant du principe de l'autonomie de la volonté, et conformément aux exigences de bonne foi et sous la philosophie de ne pas nuire à l'autre partie, en plus de se concentrer sur le devoir de l'information, ainsi que de mentionner la protection de l'information en stipulant un engagement de confidentialité.

_ Les mots clés : Le code civil français, Les négociations, Le bonne foi, Le devoir d'information.

مقدّمة:

لا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار القيمة التاريخية للقانون المدني الفرنسي، الذي وضعه نابليون في 1804، وقدرته على مسايرة الأوضاع بصموده في ظل التطورات الحاصلة على مدار قرنين من الزمن، من خلال قواعده التي تميّزت بالعمومية والتجريد، وكانت مَعلمًا ومنارة للكثير من التشريعات، كما لا يمكن

التنكّر لفضل إجتهادات القضاء الفرنسي، والذي لعب دورا كبيرا في التعامل مع الكثير من القضايا، رغم غياب نصوص قانونية صريحة تكفل الفصل في بعض النزاعات، من خلال حلول مبتكرة ساهمت بشكل كبير في بلورة وعي المشرع، ودفعه إلى إعادة النظر في قواعد ونصوص القانون المدني الفرنسي، وهو ما تمخّض عنه المرسوم 131-16[1]، والذي حمل في طيّاته الكثير من المستجدّات، دون أن نغفل التقرير[2] ذي الصلة، والذي رُفع إلى رئاسة الجمهورية الجمهورية، ومن بين أبرز المستجدات تلك المتعلّقة بالمرحلة التي تسبق التعاقد، أو ما يعرف بمرحلة المفاوضات، والتي جاءت نتاجًا للتطورات الحاصلة في مجال العقود، هاته الأخيرة التي تجاوزت المفهوم التقليدي المبني على البساطة في تكوينها، بالنظر إلى التعقيدات التي باتت تكتنفها، واتّساع مداها وطول وامتداد الحدود الزمنية والجغرافية لها، وبالتالي أضحت تطرح العديد من المشاكل القانونية، في ظل الفراغ التشريعي السائد لمدّة معتبرة من الزمن، هذا الفراغ دفع بالقضاء إلى التصدّي للنّزاعات التي تثور في هذه المرحلة الحسّاسة من حياة العقد، والتي أصبحت محطّ إهتمام القضاء والفقه قبل مختلف التشريعات، بإعتبارها نقطة البداية للعلاقة التعاقدية وهجر فكرة أن إرتباط الإيجاب بالقبول هو البداية الفعلية للعقد، بالإظافة إلى أنّ القاضي ملزم بالفصل في النزاع المرفوع إليه مهما كان نوعه، متى استوفت الدعوى شروط قيامها وكان المختص بالفصل فيها، وإلّا وقع في مأزق إنكار العدالة، وعلى ضوء هذا كلّه كان لزامًا على المشرع التعرّض لهذه المسألة، ومعالجة الجوانب القانونية للمرحلة التي تسبق التعاقد، وهذا ما يجرّنا إلى طرح الإشكالية التالية:

كيف عالج المشرع الفرنسي الفراغ التشريعي المتعلّق بمرحلة المفاوضات في تعديله للقانون المدني بمقتضى الأمر 131-16 ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، قمنا بتقسيم مضمون الورقة البحثية إلى جزئيتين رئيسيتين، حيث نتناول في القسم الأوّل منها النظام القانوني للمفاوضات، ثمّ نعرّج بعد ذلك إلى تناول المبادئ المؤطّرة لهذه المرحلة، وفقًا للمنهجين الوصفي والتحليلي، من خلال إسقراء نصوص المواد والتعليق عليها، مع تحسّس آراء الفقهاء والباحثين، ورصد بعض ما قيل في هذا الشأن.

المحور الأوّل: النظام القانوني للمفاوضات

قبل الخوض في الحديث عن الجديد الذي حملته نصوص القانون المدني الفرنسي، في شقّه المتعلّق بالمرحلة التي تسبق العقد، أو ما يُعرف بالمفاوضات، إرتأينا أن نتطرّق للمفهوم العام لهذه الأخيرة، ولو بشيء من الإختصار، لننتقل بعد ذلك للحديث عن كيفيات أو طرق تسيير هاته المرحلة الهامّة، تمهيدًا لإبرام عقد متماسك، وأهمّ النتائج المترتبة على ذلك.

---

[1]- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035.

[2]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016.

أولًا: مفهوم المفاوضات

ونبدأ في هذا بتعريف المفاوضات، ثمّ الخصائص التي تتميّز بها، بالإستناد إلى ما جاد به الفقه في هذا الصدد، على إعتبار أنّ التعاريف هي مَهَمّة الفقه بالأساس.

1- تعريف المفاوضات:

عرفها البعض[1] على النحو التالي:" المفاوضة إجراء مرحلي يسبق إبرام العقد، ويهدف إلى تكوين تصور مشترك بشأن العقد المزمع إبرامه، والإعداد له، ويتصل بعلم طرفيه ".

وعرفها البعض الآخر[2] أيضًا على أنها تلك المرحلة التي يتم فيها تبادل المقترحات والمقترحات المضادة، والتي يمكن أن تختلف من حيث دقتها، لكنها تهدف إلى الدخول في محادثات يمكن أن تنتهي بإبرام عقد محدد المعالم والشروط.

ويرى الأستاذ بلحاج العربي أن المفاوضات هي تلك المرحلة التي يتبادل فيها أطراف التفاوض الإقتراحات والمناقشات والمراسلات، ومختلف المحررات والتقارير والأوراق والمستندات، وكذا الدراسات الفنية والمالية وحتى الإستشارات القانونية، مع مكنة الإستعانة في هذا كله بخبراء متخصصين في شتى الميادين والمجالات، بهدف وضع تصور شامل للعقد المزمع إبرامه في المستقبل، ليكون كلى الطرفين على بينة من أمره، وعلى دراية بما يحقق ويضمن مصالحه[3].

ومن خلال ما تقدم، يمكن القول أن التفاوض أو المفاوضات في عمومها، هي تبادل للعروض ووجهات النظر بشتى الوسائل المتاحة، والعمل على التقريب بينها للتوصل إلى توافق يخدم مصالح الأطراف معا، من خلال بعض التسهيلات والتنازلات المتبادلة بغرض إبرام عقد مستقبلي، يكون ثمرة لهاته الجهود والمحادثات.

2- خصائص المفاوضات:

تتميّز المفاوضات التي تسبق التعاقد بعدّة خصائص، سنحاول التطرّق لبعضها فيما سيأتي بيانه.

أ- التفاوض عدالة خاصة:

إن المفاوضات التي يتم الإعداد لها بِتَرَوٍ وتبصّر وبشكل جيد، غالبا ما تنتهي بإبرام عقد ناجح، يتم تنفيذه بهدوء وسلاسة، فيحقق كل طرف ما يرمي إليه من ورائه[4]، ذلك أن عملية التفاوض على العقد تشبه – إلى حد كبير– في مضمونها تشييد بناء أو مبنى معين، يُبنى بعناية طرفيه حجرًا بحجر، فيتم وضع الحجارة وإزالة البعض أو إضافة أخرى في الهيكل عند الحاجة، وفقا لإحتياجات الأطراف وبما يخدم مصالحهم، بناءا

---

[1]– محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 39.

[2] - Schmidt Joanna. La période précontractuelle en droit français. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. Etudes de droit contemporain. p 546. https://doi.org/10.3406/ridc.1990.1979

[3]– بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، ص 13.

[4]– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 31.

على المشاورات الثنائية، بهدف الحصول على بناء أكثر صلابة وإنسجاما وإحتراما للأهداف المشتركة التي تصبو الأطراف إلى تحقيقها[1].

وعليه فإن المفاوضات الحقيقيّة تضمن في أغلبها قدرًا كبيرًا من العدالة التعاقدية، لأن الأطراف المتفاوضة تُمهّد لعقدٍ يُبنى على أرضية صلبة وأُسس قويّة ومتينة، من خلال المُحادثات والمُناقشات والمُساومات، والتّقريب بين المصالح لضمان أكبر قدر من التعادل والتوازن الإقتصادي، فمعها تنتفي مظاهر الإذعان وتتجلّى مظاهر العدالة.

ب- إحتمالية نتائج المفاوضات:

إحتمال إنعقاد أو إبرام العقد المنشود من عدمه هو أمر قائم بل ومؤكد، فليس كل تفاوض يؤدي إلى إبرام العقد النهائي الذي دارت المحادثات بشأنه، فكما يمكن للمفاوضات أن تكلل بالنجاح ومنه إبرام العقد، يمكنها كذلك أن تُمنّى بالفشل إذا وصلت إلى طريق مسدود، وهو أمر وارد ومتنوع الأسباب[2]، أي أنه من البداهة أن تنتهي المرحلة التي تسبق العقد بإبرام هذا الأخير، كما يمكن أن تنتهي بالفشل سواء قبل تقديم الإيجاب البات للتعاقد، أو بعد تقديمه[3]، فالأطراف وعند مباشرة التفاوض، لا تكون مُلزَمةً بإبرام العقد النهائي، وإنما يقع على عاتقها بدء المفاوضات والحرص على الإستمرار فيها وفقا لمبدأ حسن النية.

ج- خاصية الشمولية (نطاق المفاوضات):

عند الحديث عن المفاوضات يتم التركيز على المرحلة التي تسبق العقد، بالنظر إلى الأهمية البالغة التي تكتسيها هذه المرحلة، والدور المُسند للتفاوض بإعتباره حجر الأساس للكثير من العقود، لكن من غير المنطقي التسليم بأن المفاوضات تقتصر على المرحلة السابقة عن التعاقد، لأن الواقع على العكس من ذلك، فعنصر المفاوضة يمكن أن يُعَاصر مختلف المراحل التي يمرُّ بها العقد، أي أنّ التفاوض يرافق العقد من قبل ميلاده وعند إبرامه وفي مراحل تنفيذه وحتى عند الوصول لوضع حدّ له أو إنهائه.

في كثير من الحالات يتمُّ إدراج شرط التفاوض لإعادة التوازن العقدي، ويلجأ إليه الأطراف في حالة إختلال هذا التوازن، الذي تتسبّبُ به ظروف طارئة غير متوقّعة، وقد يتساءل البعض عن جدوى إدراج هذا الشرط في ظلّ وجود مُكنة تدخّل القاضي لإعادة التوازن للعقد، إلّا أنّ تدخّل القاضي هو أمر جوازي، كما أنّه يتمّ وِفقًا لشروط معيّنة، كوجوب أن يكون الحادث الإستثنائي عامًّا، بينما شرط التفاوض الإتفاقي يكون ملزمًا للأطراف، حتّى ولو كان الظّرف خاصًّا[4]، وقد شاع إستخدامه في إطار التجارة الدّولية، تحت مسمّى شرط إعادة التفاوض "Clause de renégociation"، خاصّة في العقود الطّويلة الأمد[5].

---

[1] - Guillemard Sylvette. (1993). De la phase préalable à la formation de certains contrats. Revue générale de droit, 24(2), p 165. https://doi.org/10.7202/1056950ar

[2]- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2012، ص 58.

[3] - Guillemard Sylvette, De la phase préalable à la formation de certains contrats, op cit. p 166.

[4]- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي، دون دار ومكان النشر، 2005، ص 50.

[5]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 59.

وقد يعكف الأطراف إلى تضمين عقدهم بُندًا يلتزمان بموجبه تسوية المنازعات النّاشئة عن العقد عن طريق التفاوض بشأنها، وذلك قبل عرضها على القضاء أو التحكيم، وعادةً ما يتمُّ ربط التفاوض بمدّة زمنيّة مُحدّدة، فإن فشلت المفاوضات في فضّ النّزاع خلال هذه المُدّة يتم اللّجوء إلى القضاء أو التحكيم بحسب الإتّفاق[1].

ثانيا: طريقة سير المفاوضات

تحتمل طريقة سير المفاوضات نَمَطين اثنين، فإمّا أن تتمّ مباشرةً بدخول الأطراف في محادثات حول العقد المنشود (التفاوض الحر)، وإمّا أن يتمّ إفراغ هاته الإرادة في شكل عقد أو إتفاق، تُدرجُ فيه مختلف جوانب المفاوضات (التفاوض المنظّم).

1- التفاوض الحر:

ونبدأ من الطبيعة القانونية لهذا التفاوض، حيث تباينت الآراء في هذا الشأن، لنتطرق بعد ذلك إلى أهمية تحديد هذه الطبيعة، بالإستناد إلى الآثار المترتبة على ذلك.

أ- الطبيعة القانونية للتفاوض الحرّ:

ذهب بعض فقهاء القانون[2] إلى إعتبار التفاوض الحرّ محض عمل مادي، وبالتالي وكأصل عام لا يرتب أي أثر قانوني، وعليه فإن حق العدول عن التفاوض مكفول لأطرافه، وبمعنى آخر أن قطع المفاوضات لايرتب أية مسؤولية، حتى أنه يعفي صاحبه من تقديم أي مبرر عن هذا الفعل، إلا أنه إذا ترتب ضرر من جراء ذلك، يُنسَب إلى خطأ من صدر عنه العدول، جاز للمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، كتفويت فرصة الظّفر بصفقة أخرى إعتمادًا على العقد محل التفاوض، أو حتى المصاريف والجهد المبذول في سبيل التفاوض، ويقع عليه عبئ الإثبات في هذه الحالة، لأن البيّنة على من ادّعى.

في حين يرى بعض الباحثين[3] في هذا الشأن، أنّ أطراف التفاوض لا يمكن بأي حال أن يجدوا أنفسهم يتفاوضون حول عقد معين بالصدفة، من دون سابق إنذار، خاصة إذا كانت طبيعة العقد وقيمته تتطلب بعض الأمور التي يجب مناقشتها، والتي بدورها تستهلك مدة زمنية معينة، لذا فلا بد من وجود إتفاق سابق بين الأطراف فحواه دعوة للتعاقد أو للتفاوض بشأن عقد يُرجَى إبرامه مستقبلاً، وإن كان هذا الإتفاق يُستخلص ضمنًا، ومنه فالمفاوضات أو التفاوض يكون دومًا ذو طبيعة عقدية رضائية.

ومن معالجة بعض الفقه لهذه المسألة، نستشف أنّها قد أقرّت بإعتبار التفاوض الحرّ مجرد عمل مادي، من خلال إصباغ المسؤولية التقصيرية على قطع المفاوضات، وبالتالي فهي لا تعترف لها بالطابع التعاقدي إلاّ ما تمّ في إطار العقود التمهيدية[4]، أمّا بخصوص التعويض فيكون عمّا تكبّده المتفاوض المتضرر من مصاريف،

---

[1]- عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 51.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص172. - عبدالمنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974، ص123.

[3]- هلدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص140.

[4] - Schmidt Joanna. La période précontractuelle en droit français op.cit. p 547.

دون التعويض عمّا فاته من ربح في حال إبرام العقد، أو فرصة الظفر بصفقة أخرى[1]، إذ لا يُعقل أن يتمّ التعويض عمّا فات من ربح، لأنّه يتنافى مع الحريّة التعاقديّة.

ب- أهميّة تحديد الطّبيعة القانونية للتفاوض الحر:

يترتب على تحديد الطبيعة القانونية للتفاوض الحرّ، معرفة نوع المسؤولية الّتي تنجُم عن إتيان سلوك خاطئ، يصدر عن أحد أطراف التفاوض مُلحقاً الضرر بالطّرف الآخر، فإذا إعتبرنا أنّ التفاوض الحرّ مجرّد عمل مادّي، كانت المسؤولية تقصيرية، ويستوجب ذلك إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية، أمّا إذا إستندنا إلى الرأي القائل بالطبيعة العقدية للتفاوض الحرّ، فتكون المسؤولية عقدية.

ويرى الأستاذ "مصطفى محمّد الجمال" أنّه مهما كانت طبيعة المسؤولية المترتبّة على التفاوض الحرّ، فإنّها تقود إلى نتيجة واحدة، ما دام الإلتزام بالتفاوض هو محض إلتزام ببذل عناية، يتحقق ببدء المفاوضات والإستمرار فيها بحسن نيّة، وعدم قطعها على نحو ضار بالطرف الآخر، وليس إبرام العقد المنشود، ومنه ففي كلتى الحالتين يقع على الطرف المتضرر من عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه، إثبات خطأ المدين به، وأنّه لا يمكنه إلّا المطالبة بالتعويض في ظلّ إستحالة المطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام، حتّى ولو كان هذا الإلتزام عقديًا، لما فيه من مساس بالحريّة الشخصيّة حيث لا يُتصوّر الإجبار على تنفيذه[2].

2- تنظيم المفاوضات بموجب عقد:

وعليه سنحاول التطرق لمفهوم عقد التفاوض ولو بشكل مقتضب، بالنظر إلى المساحة الممنوحة للمداخلة، ثم نتطرق للإشكالات التي يثيرها هذا الأخير.

أ- مفهوم عقد التفاوض

إنّ طول مدّة المفاوضات والتعقيدات التي تسودها، وكذا بعض الدراسات التي تتطلبها، تُعدّ من أهمّ المعايير التي تدفع بالأطراف إلى الإتفاق مسبقًا على تأطير مسار المحادثات، وتحقيقاً لهذه الغاية تدخل الأطراف المعنية في إتفاقات، تسمّى الإتفاقات التحضيرية أو المؤقتة أو عقود التفاوض، والغرض منها هو تنظيم عملية التفاوض[3]، وأبرز ما يحتويه عقد التفاوض هو إلتزام أطرافه ببدء التفاوض والإستمرار فيه، وتنظيم وتحديد وتوفير الظروف الملائمة لسير المفاوضات على أحسن وجه، وفي حالة إخلال أحد الأطراف بتعهداته، يتحمّل تبعة المسؤولية العقدية[4]، فهو يُعتبر من أبرز الأدوات الإتفاقية التي تمخضت عنها المرحلة السابقة عن التعاقد، بهدف تمديد المظلة الحمائية للمفاوضات، وتنظيمها بتحديد حقوق وإلتزامات كل طرف، للتوفيق بين الحفاظ على أمن المفاوضات وحريّة التفاوض[5].

---

[1] - Art 1112 du code civil français.

[2]- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص ص 240-246.

[3]- Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, La formation du contrat, Tome1 : Le contrat- Le consentement, 3e édition, Lextenso édition, paris, France, 2013, p 517.

[4]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 97.

[5]- بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2016-2017، ص ص 3-4.

ومن خلال ما تقدّم، يمكن أن نخلص إلى نتيجة مفادها أن إتفاق التفاوض هو عقد يحتاج لإنعقاده صحيحًا، قيام جميع أركانه وإستفاء شروط صحّته، فيُفترض فيه وجود سبب ومحل مشروعين، وتراضي أطرافه على الدّخول في مفاوضات، يمكن من خلالها التوصّل إلى إبرام العقد المنشود، ينتهي هذا العقد بإنتهاء عمليّة التفاوض سواء بإبرام العقد المتفاوض بشأنه، أو بفشل الأطراف في الإتفاق على بناء العلاقة التعاقدية المرجوّة، وقد ينتهي بعقد آخر كالوعد بالتفضيل أو الوعد بالتعاقد، بالإظافة إلى توافر الأهلية اللازمة لعقد التفاوض، ولو أنّ هذه المسألة فيها ما يُقال، إذ أنّ الأمر لايتعلق بعقد نهائي في مرحلة التفاوض التي قد تأخذ وقتًا، بل العبرة بإبرام العقد المُتوخّى، حيث يُمكن لناقص الأهلية أن يستكمل أهليّته خلال فترة المفاوضات.

ب- الإشكالات القانونية التي يُثيرها عقد التفاوض:

تزخر فترة المفاوضات – خاصة الطويلة الأمد منها- بتصرفات قانونية جمّة، تُستشف من المحررات والمستندات التي يتمّ تبادلها بين الأطراف المتفاوضة، كخطابات النوايا والتعهدات الشرفية وغيرها، والّتي يمكن أن تتضمّن مايجعلها تكتسي الصّفة الإلزامية، وبالتالي إرتقائها إلى مرتبة العقد، بغضّ النظر عن الوصف الذي يُعطيه الأطراف لهاته المحرّرات، فالقضاء غير ملزم به، بل يلجأ إلى تكييفها وفقًا لما بين يديه، وبالنّظر إلى الظّروف المحيطة بالوقائع، التي تُفضي إلى تكوين قناعة القاضي.

ويثور الإشكال في هذا الشأن في الإختلاف بين القوانين الوطنية والقانون العام للعقود وتباين الأنظمة القانونية الوطنية في حّد ذاتها، بين النظام اللاتيني والأنجلو ساكسوني، حول التأهيل القانوني لخطابات النوايا ومدى إعتبارها عقود تفاوض خاصة في ظل التجارة الدولية[1]، ومايزيد من الصّعوبة في ذلك غموض عبارات هذه الخطابات والمراسلات، ويُوعَزُ السبب في ذلك إلى عدم تخصص مُحرّريها ممن لا يتقنون لغة القانون، من مهندسين وفنّيين وخبراء في مجالات شتّى، فلا يُولون العناية اللازمة للمصطلحات القانونية، كما يمكن أن تتعمّد بعض الأطراف ذلك للتملّص ممّا تحتويه من تعهدات وإلتزامات[2].

ويبقى أن نشير إلى التداخل الموجود بين ركني السبب والمحل في عقد التفاوض، حيث يرى البعض[3] أنّ السبب فيه هو إتمام العقد النّهائي، أمّا محلّه فهو محاولة التوصل إلى إبرام العقد النّهائي، في حين يرى البعض الآخر[4] أنّ سبب عقد التفاوض هو إبرام العقد النهائي، بينما محلّه هو ببساطة تحديد شروط وكيفيات التفاوض، وعليه فالتعبير عن المحلّ والسبب يكاد يكون نفسه، وإذا كان محل عقد التفاوض هو المفاوضات نفسها، فلا يمكن إنكار إرتباطها الوثيق والأكيد بالعقد المزمع إبرامه، بحيث تُشكل في أغلب الأحيان مكونات

---

[1]- Filali Osman, Les principes généraux de lex mercatoria à l'étude d'un ordre juridique national. L.G.D.J, Paris, France, 1992, p59.

[2]– جاك غستان، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، ص 356.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 98. أنظر كذلك- علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص ص 366-367.

[4]- Christian Larroumet, droit civil : les obligations le contrat, 3e édition, tome 3, economica, paris, France, 1996, p262.

هذا العقد، ولعلّ عدم الوضوح هذا، من بين الأسباب التي أدّت بالمشرع الفرنسي إلى التخلّي عن ركني المحلّ والسبب والإستعاضة عنهما بمضمون العقد (Le contenu du contrat)[1].

المحور الثاني: المبادئ المؤطّرة لمرحلة المفاوضات

إقتصر تناول المشرّع الفرنسي لمرحلة المفاوضات على ثلاث مواد (1112، 1112-1، 1112-2)، في الفصل الثاني المعنون بتكوين العقد، في قسمه الخاص بإبرام العقد، في قسمه الفرعي الأول تحت مسمّى المفاوضات (Les négociation)، متضمّنة أهم المبادئ التي تحكمها، فأكدّ المبدأ الأوّل المتعلّق بالحريّة، وعمّم المبدأ الثاني المتمثّل في حسن النيّة، واستحدث الثالث في نصوص القانون المدني لأوّل مرّة، والذي جسّده في الإلتزام بالإعلام وتوابعه، وسنتعرض لها تباعًا بشيء من التفصيل.

أوّلا: مبدأ حريّة التفاوض

يقصد بحريّة التفاوض أنّ الشّخص حرّ في الدخول في أي مفاوضات، وفي أيّ وقت شاء، مع إحتفاظه بحقّه في الخروج منها وفقًا لإرادته، وهذا هو الأصل، إلاّ أنّ الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه يمكن أن يؤدي إلى نوع من عدم الإرتياح، الذي يكون نتاج التخوّف من قيام أحد الأطراف بأيّ تصرف يتنافى مع مقتضيلت حسن النيّة[2]، ويتفرّع مبدأ حريّة المفاوضات عن مبدأ الحريّة التعاقدية، والذي كان يتضمنّه القانون المدني الفرنسي في نصوصه، إلاّ أنّه بعد التعديل نصّ عليه صراحةً، بهدف منح القانون المدني أكثر جاذبية وجعله أكثر وضوحاً ومقروئيّة، بما يتماشى مع المستجدّات القانونية في التشريعات المقارنة، على الصعيدين الإقليمي والدّولي، وهذا ما أكّده التقرير السالف الذكر المتعلّق بالتعديل 131-16، الذي رُفع إلى رئيس الجمهورية الفرنسيّة.

وجاء في مضمون المادّة 1102 ق م ف، أنّه لكلّ شخص الحريّة في التعاقد من عدمه، وفي إختيار نظيره في العلاقة التعاقدية، مع تحديد مضمون العقد وشكله، في الحدود التي يرسمها القانون، ودون الإخلال بالنظام العام[3]، ويرى الأستاذ "عرفان الخطيب" أنّ مسألة إختيار الشخص المتعاقد معه، قد ينجرّ عنها عواقب غير مرغوب فيها، حيث أبدى تخوّفًا من إمكانية خروج هذه الحرية عن نطاقها، وذلك برفض التعاقد بداعي التمييز والتعسف في إستعمال هذا الحق، والذي عكفت التشريعات ومنذ زمن على محاربته، إذ أن رفض التعاقد مع شخص بعينه بمبرر حرية إختيار شخص المتعاقد، أمر يحتاج إلى إعادة النظر[4]، ولم يكتفي

---

[1]- Article 1128 du code civil français : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :
1° Le consentement des parties ;
2° Leur capacité de contracter ;
3° Un contenu licite et certain. »

[2]– ميلود حسين، النظام القانوني للمفاوضات السابقة على التعاقد "دراسة في القانون المدني الفرنسي رقم 216-131"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، 2022، ص 952.

[3]- Article 1102 du code civil français : «Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

[4]– محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، 2019، ص199.

المشرع بنصّ المادة أعلاه، بل عاد وأكّد على حريّة المفاوضات من خلال الفقرة الأولى من المادة 1112 ق م ف، والّتي جاء في فحواها حريّة المبادرة بالتفاوض، وكذا حريّة الإستمرار في المفاوضات أو الإنسحاب منها، بحيث لا تترتّب أيّ مسؤولية على ذلك، ما دامت في إطار مقتضيات حسن النيّة.

ومن بين مظاهر حريّة التفاوض الممنوحة للأطراف، تلك المتعلقة بمُكنة إجراء هاته المفاوضات على النّحو الذي يرونه مناسبا، إذ بإمكانهم أن يُفرغوا هذا التصرّف في شكل إتفاق، أي وضعها في إطار تعاقدي، أو التخلّي عن ذلك بجعل المفاوضات خارج علاقة تعاقدية[1]، ناهيك عن إجراء مفاوضات موازية ومتزامنة مع طرف ثالث، على أن لا يجوز الإبقاء على المفاوضات في ظلّ اليقين بأن المفاوضات شارفت على إنتهائها مع الطرف الثالث[2]، ويُفترض الإبلاغ عن وجودها إلّا إذا كان الطرف المتفاوض معه عالما بها، أو أنه يستوي عنده الأمر في ظلّ وجود مفاوضات موازية من عدمه.

ثانيا: مبدأ حسن النيّة

ظلّ مبدأ حسن النية محصورا في تنفيذ العقد، لما يزيد عن القرنين من الزّمن، منذ صدور قانون نابليون لسنة 1804، حيث تضمّنته المادة 1134 من هذا القانون، ليتمّ تعميم المبدأ ليشمل مرحلتي التفاوض وإبرام العقد، وهذا ما تناولته المادة 1104 جاعلة من هذا الحكم من النظام العام، ولعب القضاء الفرنسي دورًا كبيرًا في إرساء هاته المبادئ، بحلول مبتكرة تبنّاها المشرع في تعديله وتأثر بها التشريع المقارن.

ويرى جانب من الفقه[3] أنّه تمّ تمديد مبدأ حسن النيّة ليشمل مرحلة المفاوضات، من خلال تطبيق نص المادة 1134، والتي تكرس ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية، وبما أنّ الإلتزام بالتفاوض يجد مصدره في إتفاق التفاوض، فإنّ هذا الإلتزام يستوجب تنفيذه بحسن نيّة. ونحن نرى بأنّ هذا الطرح يتناسب مع التفاوض المنظّم، إلّا أنّه لا يمكن إعماله بالنسبة للتفاوض الحر.

وعليه سنحاول في البداية التعرّض لمضمون مبدأ حسن النيّة، ثمّ نحاول تبيان بعض صور التفاوض بسوء نيّة، لأنّ هاته المسألة هي الّتي تحرّك القضاء، وتدفعه إلى التصدّي إلى إنحراف سلوك الأطراف.

1- مفهوم حسن النيّة في العقود:

لا يمكن إنكار حقيقة أنّ القواعد الأخلاقية، وحسن النيّة بالخصوص تتخلل المرحلة السابقة عن التعاقد، سواء بحكم إختلاف الأنظمة القانونية، أو بسبب أعراف التجارة الدولية[4]، وأنّ حسن النيّة هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرّع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون[5].

---

[1]-Zouhal Adra. Réforme du droit des obligations : les négociations précontractuelles. In: Revue juridique de l'Ouest, 2016-3. p53.
https://doi.org/10.3406/juro.2016.4878

[2]- Dimitri Houtcieff, Droit des contrats, 4e édition, bruylant, Paris, France, 2018, p 155.

[3]- Schmidt Joanna. La période précontractuelle en droit français op.cit. p 560.

[4]- Guillemard, S. (1994). Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi. Revue générale de droit, 25(1), p 52.
https://doi.org/10.7202/1056403ar

[5]-Ripert, G. La règle morale dans les obligations civiles, 3e éd., Paris, L.G.D.J., n° 157. Citer par Guillemard, S. (1994). Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi, op.cit. p 52

وقد قال فيه أحد القضاة أنّ حسن النيّة وكما نعلم إنّما هو مفهوم يصعب تحديده، إذ يقتضي تقييم السلوك فيما يتعلّق بمجموعة معقّدة من الظروف، والتي لا تتشابه أبدًا من سبب لآخر، حيث يستدعي الأمر مراعاة طبيعة ونوعية العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، نوع الإتفاقية المبرمة وخبرة الأطراف في المجال، وكذا التطور الواقعي لعلاقتهم، وغيرها من الأمور[1]، ويرى البعض أنّ "حسن النيّة" مصطلح مركّب من كلمتين، فأمّا النية فهي القصد بالإجماع، وبالتالي تُنمّ عن إرادة باطنة، يتمّ الإستدلال عليها إذا ترجمت بسلوك أو تصرّف خارجي أو علامات ودلائل وقرائن، وعندها يمكن للقانون أن يرتّب عليها أثر، وأمّا الحسن والسوء فهو عبارة عن وصف توسم به النيّة، حيث يرتبط إرتباطًا وثيقًا بالقيم والعادات والأخلاق السائدة في مجتمع معيّن في زمن محدد، ويتمحور الحسن حول الإستقامة والأمانة والنزاهة والتعاون والثقة، بينما يتجلّى السوء من خلال الغش والغدر والخيانة وغيرها من الأمور المشينة[2]، إذن فحسن النية يقتضي التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بشكل يُمكّن من ممارسة الحق في إطار الغاية المفيدة المتوخاة من إنشاء الإلتزام، بحيث لا ترتب هذه الممارسة أية أضرار للغير[3].

2- مظاهر التفاوض بسوء نيّة:

إرتأينا أن نستعرض بعض مظاهر سوء النيّة في المفاوضات، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، بالنظر إلى وجود الكثير من الحالات من جهة، وإمكانية وجود أو ظهور حالات جديدة من جهة أخرى.

أ- الإنقطاع التعسفي عن المفاوضات:

أشرنا فيما سبق إلى أنّه -ووفقًا لمبدأ حريّة التعاقد والتفاوض- يمكن لأيّ طرف الإنسحاب من المفاوضات، فهو حق مكفول بموجب القانون، فقطع المفاوضات في حدّ ذاته لا يشكّل خرقًا لمقتضيات حسن النيّة، وإنّما الأمر متعلق بالتعسف في استعمال هذا الحق، إذ من غير المعقول أن يتمّ قطع المفاوضات في وقت تكوّنت فكرة حتمية إبرام العقد عند الطرف الآخر، بسبب طول مدّة المفاوضات وسيرها على أحسن وأكمل وجه، ولم يتبقّى على تتويجها بإبرام العقد النهائي إلّا القليل، ويتمّ الإنقطاع من دون سابق إنذار أو تقديم عذر مشروع ومقبول[4]، والقضاء قد إتخذ من تقدُّم المفاوضات معيارًا لوجود الخطأ، فقطع المفاوضات في وقت مبكر لا يشكّل عادةً خرقًا لمقتضيات حسن النيّة، ولكن وبمجرد أن يعتقد الطّرف الآخر بشكل معقول إمكانية

---

[1]-« La bonne foi est, comme on le sait, une notion difficile. Elle demande d'apprécier une conduite par rapport à un ensemble souvent complexe de circonstances qui ne sont jamais les mêmes d'une cause à l'autre. Elle exige de tenir compte de la nature et de la qualité des rapports entre les contractants, du type de convention, de 1'expertise des parties en la matière et du déroulement factuel de leurs relations, entre autres choses. » Citer par Marie Annik Grégoire, Liberté ; responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle, Thèse de doctorat en droit civil, Faculté de droit Université McGill, Canada, 2007, p274.

[2]- عبد الحليم عبد اللّطيف القوني، حسن النيّة وأثره في التصرفات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 86.

[3]- مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 4، بيروت، 2007، ص 123.

[4]- محمود فياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، أفريل 2013، ص 249.

إبرام العقد، من خلال التقدّم الذي تشهده المفاوضات والثّقة التي تزداد جرّاء ذلك، هي التي تجعل هذا القطع "La rupture" يُشكّل خطأً[1]، إذن فمسؤولية الطرف الذي يقطع المفاوضات في هذه الحالة قائمة من دون شك، بغض النظر عن كونها عقدية أو تقصيرية، والمسؤولية لا تقوم بسبب قطع المفاوضات، بل على مارتّبه ذلك من ضرر للطرف الآخر الذي تكونت لديه قناعة إبرام العقد المنشود، وكذا الثقة التي نشأت من خلال المفاوضات بينهما، ويستوي الأمر في حالتي قصد الإضرار من عدمه، وفي حالتي علم الطرف بذلك الضرر أو جهله به، فالعبرة بوقوع الضرر من هذا القطع التعسفي للمفاوضات.

ب- التفاوض دون نيّة إبرام العقد:

من بين مظاهر سوء النيّة في المفاوضات، التفاوض من دون إتجاه الإرادة إلى إبرام العقد المنشود، أو مايُعرف بعدم الجدّية في التفاوض، إذ أنّه ورغم قناعة أحد الأطراف بإستحالة التوصل إلى إبرام العقد المُتوخى، أو صعوبة ذلك على أحسن الأحوال، إلا أنه يواصل التفاوض مع بعث الأمل في نفسية الطرف الآخر باحتمال إبرام العقد، ممّا يدفعه إلى تكبّد مصاريف وتكاليف في سبيل ذلك وتضييع الوقت، ناهيك عن إمكانية الظفر بصفقة أخرى أو إبرام العقد ذاته مع الغير، والأمر سيّان إذا كانت نيّة عدم التعاقد مبيّتة منذ بداية التفاوض أو طرأت أثناءه، ففي كلتا الحالتين يُعدّ خرقاً لمقتضيات التفاوض بحسن نيّة، وإخلالًا بمعيار الثقة المشروعة المتولّدة لدى الطرف الآخر[2]، وقد يوجه سوء نيّة أحد الأطراف إلى التفاوض بغرض التجسس، أي معرفة الحالة المالية أو الوضعية الإقتصادية للطرف الآخر، أو الحصول على معلومات أخرى لإستغلالها لتحقيق فائدة معينة أو إلحاق الضرر بالمنافس وإقصائه، كما يمكن أن يتفاوض بغرض تفويت فرصة التعاقد أو الظفر بصفقة مربحة مع الغير، حتّى ينصرف هذا الأخير، ثمّ يعمد إلى إنهاء التفاوض بطريقة أو بأخرى[3]، ومنه فإنّه إذا ثبت إتجاه إرادة أحد الأطراف إلى التفاوض بنيّة عدم إبرام العقد، قامت مسؤوليته التي تستوجب التعويض عن الضرر الذي لحق الطّرف الآخر.

ج- إجراء مفاوضات موازية:

الأصل أنّ التفاوض مع عدّة أطراف هو أمر جائز، وهذا مصداقًا لحرية التفاوض والتعاقد المكفولة بموجب النصوص القانونية، وفي إطار البحث عن أفضل الفرص، أو الحصول على أجود الخدمات، وحتى التعاقد مع أحسن المتعاملين والإستفادة من عروضهم، ويمكن الحدّ من هاته الحريّة عن طريق الإتفاق على عدم إجراء مفاوضات موازية، لأنّ العقد شريعة المتعاقدين.

والإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية هو إلتزام بالإمتناع عن القيام بعمل، ويكون محدد المدّة، والتي ترتبط عادة بمدّة المفاوضات الجارية، حيث يتمّ إدراجه في إتفاق التفاوض، أو حتى بموجب عقد خاص بين الأطراف المتفاوضة[4]، كما أنّه يمكن أن يستشفّ من طبيعة العقد المتفاوض بشأنه، كأن ينصبّ على التوزيع

---

[1]- Schmidt Joanna. La période précontractuelle en droit français, op.cit. p p 550-551.

[2]- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النيّة في إبرام العقود، الطبعة الأولى، منشورات دار دجلة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2008، ص ص 343-344.

[3]- علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص ص 394-395.

[4]- بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 165.

الحصري لعلامة محددّة، ويمكن إجراء مفاوضات موازية بموجب صفقات أخرى غير تلك التي يتمّ التفاوض بشأنها، وإذا أخلّ أحد الأطراف بهذا الإلتزام عُدّ سيئ النيّة وقامت مسؤوليته.

ثالثا: الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي

يتمّ تناول هذا الإلتزام –عادة– من قبل الفقه تحت لواء مبدأ حسن النيّة، لكن المشرع الفرنسي تناوله بشكل مستقل، وعليه سنحاول التعرّف على مضمون هذا الإلتزام في البداية، لنتطرق بعد ذلك لخصوصيته في القانون المدني الفرنسي، بعدما كان مكرّسا بنصوص التشريعات الخاصّة.

1- مضمون الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي:

يتجسد دور الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي من خلال ضرورة تقديم المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد، من قبل الطرف الذي يحوزها، والتي تعمل على تنوير وتبصير الطرف المتفاوض معه، ليكون لديه تصور صحيح وواضح حول العقد المزمع إبرامه، ومن ثمّة يمكنه إتخاذ القرار بإبرام العقد أو الإنصراف عن ذلك[1]، فتعايش الحقوق والمصالح يعني أنّ الطرف الذي لديه معلومات بحكم ظروف معيّنة أو تبوّئه مركزا مميزًا في العلاقة التعاقدية، يتحتّم عليه توفير بعض المعلومات للمتعاقد معه، لتمكينه من الإعتناء بمصالحه بشكل مناسب، ولا نعني بذلك أبدًا أنّه يقع على عاتقه واجب الإعتناء هو نفسه بمصالح غيره[2]، وتزداد الحاجة إلى هذا الإلتزام وتظهر بشكل واضح في العقود الدولية، كونها تنضوي على تفاوت في مستوى المعرفة الفنيّة والتقنية، والتي قد ينفرد بها أحد الأطراف في ظلّ إنعدامها أو نقصها لدى الطرف الآخر[3]، هذا وقد تناول المشرع الفرنسي هذا الإلتزام بنص المادة 1112-1، وأكّد بذلك على أنّه من يحوز على معلومات أو كان ذلك مُفترضًا فيه، وكانت هاته المعلومات حاسمة في تكوين رضا الطّرف الآخر، وجب عليها الإدلاء بها، ما دام هذا الطرف يجهلها، أو أنّه أودعه ثقته في العلاقة التعاقدية، وأقرّ المشرع مسؤولية الطرف المقصّر بها، والذي يتحمّل التعويض عن الضرر الحاصل للطرف المعني، وقد تصل إلى حدّ إبطال العقد، كما شدّد على ضرورة عدم الإنتقاص من هذا الإلتزام أو إستبعاده نهائيًا. كما أقرّ بالمقابل الحماية للمعلومات السريّة المتداولة أثناء المفاوضات، حيث حظر على المتعاقدين إفشاء هاته المعلومات للغير، أو الإفادة منها بالإستعمال الشخصي تحت طائلة المسؤولية، وهذا ما جاء في فحوى المادّة 1112-2.

2- خصوصية الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي في القانون المدني الفرنسي:

بالإضافة إلى تناول المشرع الفرنسي هذا الإلتزام في قانون الإستهلاك لسنة 1992 بنص المادة 111-1 وتأكيده على ضرورة إلتزام كل محترف يعرض مالاً للبيع أو يقدّم خدمةً، أن يضع المستهلك في إطار المعرفة الكاملة بالخصائص الأساسية لذلك المال أو تلك الخدمة، فقد أكّد أيضًا على ضرورة نقل المعلومات المفيدة من قبل مؤدي خدمة الإستثمار إلى زبونه أثناء التفاوض معه، مع الأخذ في الحسبان الكفاءة المهنية

---

[1]– محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلّة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، 1998، ص 733.

[2]- Marie Annik Grégoire, op.cit. p 332.

[3]– قارون سهام، القيمة القانونية لعدالة التفاوض في العقود الدولية، مجلة دراسات وأبحاث، السنة الثانية عشر، العدد الثالث، جويلية 2020، ص 578.

للزبون[1]، وهذا بموجب المادة 58 من قانون تطوير الأنشطة المالية رقم 597-96[2]، الملاحظ أنّه ورغم تضمّن العديد من التشريعات الخاصة للإلتزام بالإعلام، وتسليم الأغلبية بإنصهاره في مبدأ حسن النيّة، إلّا أنّ المشرع عمد إلى ترقيّته إلى قواعد الشريعة العامّة.

فمن بين الأسباب التي أدّت إلى إدراج الإلتزام بالإعلام في القانون المدني الفرنسي، هو توفير أكبر قدر من الأمن القانوني، وتبسيط قواعده بجعلها سهلة الفهم والوصول إليها، مضاهيةً بذلك التطورات التي شهدتها القوانين الدولية، والتشريعات المقارنة، والّتي تناولت هذا الإلتزام الذي كرّسه القضاء الفرنسي في مختلف أحكامه، ولهذا بدى من المناسب النّص عليه في القانون المدني[3]، كما أنّ إحتواء هذا الأخير للإلتزام بالإعلام، يُتيح للمحترف التمسّك به في مواجهة محترف آخر يتفوق عليه من حيث الدّراية والمعرفة الفنيّة، في ظلّ عدم إمكانية التمسّك به في التشريعات الخاصّة، كقانون الإستهلاك مثلاً، كما يمكن للمتضرر من الإخلال بهذا الإلتزام بالمطالبة بالتعويض، حتّى ولم يتمّ التوصل إلى إبرام العقد المتوخى، بالنظر إلى القيمة الإقتصادية للعقد والمدّة الزمنية التي تستغرقها المفاوضات.

خاتمة:

تناولنا في هاته الورقة البحثية المختصرة موضوعًا لطالما شكّل مادةً للبحث والتحليل، وأتاح للفقه والقضاء فرصة الخوض فيه، ليُدلي كلًّا بدلوه في ظلّ صمت تشريعي دام عقودًا من الزمن، ليستيقظ المشرع الفرنسي أخيرًا مُسلّطًا الضوء على مرحلة المفاوضات، فنظّم هذه الأخيرة بمواد إتّسمت بالعمومية وشموليتها لأهمّ المبادئ التي تحكمها، مستأنسًا بالأحكام القضائية التي أفرزها القضاء الفرنسي في مختلف القضايا والمنازعات المتعلقة بالمفاوضات، فأكّد على حريّة التّفاوض وفاءًا منه لمبدأ الحرية التعاقدية المشتقّة من مبدأ سلطان الإرادة، مع تقييد هاته الحريّة بحدود النظام العام وعدم إلحاق الضرر بالغير، كما وسّع من نطاق مبدأ حسن النيّة ليجعله شاملًا لأغلب مراحل بناء العلاقة التعاقدية بما فيها مرحلة المفاوضات، وعمد إلى تكريس الإلتزام بالإعلام في نصوص القانون المدني، مع التأكيد على ضرورة أمن المعلومات المتبادلة كضمانة في هاته المرحلة، من خلال النص على إلتزام السريّة بعدم إفشائها أو الإستفادة الشخصية منها، وخلصت الدّراسة إلى بعض النتائج نوجزها فيما يلي:

---

[1]– حاتم مولود، إدراج الإلتزام بالتبصير في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2019، ص 78.

[2]- Article 58 du la loi N° 96/597 du 2 Juillet 1996.-publier sur le lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000193847

[3]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 06.

_ لم يكن المشرع الفرنسي السبّاق إلى تبنّي تنظيم المرحلة السابقة عن التعاقد، بل سبقته العديد من التشريعات إلى ذلك، فقد جاء التعديل متأخرًا نوعًا ما، ورغم هذا فقد أحدث زخمًا شفعت له فيه القيمة التاريخية والعمليّة للقانون المدني الذي تجاوز حدود فرنسا بإعتباره منارة التشريعات اللّاتينية.

_ أبقى المشرّع الفرنسي على السلطة التقديرية الواسعة للقضاء، ويظهر ذلك من خلال تقديره للخطأ وجسامته وقيمة التعويض لجبر الضرر النّاجم عنه، مع تقدير أيّ المعلومات تعتبر حاسمة لتكوين رضا الطرف المعني بها، وأيّ من المعلومات يستوجب الحماية من عدمها.

_ جعل المشرّع من مبدأ حسن النيّة عنصرًا من عناصر النظام العام، وهذا في خطوة منه لتكريس العدالة التعاقدية، وتأكيدًا منه على تطور الفلسفة التي تقوم عليها العقود من تضارب المصالح إلى التقريب بينها، من خلال التعاون والثقة المتبادلة والإخلاص في التعامل.

_ حسناً فعل المشرع بترقيّته للإلتزام بالإعلام إلى الشريعة العامّة، لما ذلك من أثر على مرحلة المفاوضات، ولما له من دور في إضفاء الجدّية عليها بالنّظر إلى قيمة الكثير من العقود.

_ المراجع والمصادر:

1_ باللّغة العربيّة:

أ_ الكتب:

- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017.
- جاك غستان، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000.
- هلدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002،
- محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 4، بيروت، 2007.
- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- عبد الحليم عبد اللّطيف القوني، حسن النيّة وأثره في التصرفات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.
- عبدالمنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974.
- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي، دون دار ومكان النشر، 2005.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

– علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2012.
– شيرزاد عزيز سليمان، حسن النيّة في إبرام العقود، الطبعة الأولى، منشورات دار دجلة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2008.

ب_ الرّسائل:

– بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2016–2017.

ج_ المقالات

– محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، 2019.
– محمود فياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، أفريل 2013.
– ميلود حسين، النظام القانوني للمفاوضات السابقة على التعاقد "دراسة في القانون المدني الفرنسي رقم 216–131"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الأول، 2022.
– حاتم مولود، إدراج الإلتزام بالتبصير في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2019.
– قارون سهام، القيمة القانونية لعدالة التفاوض في العقود الدولية، مجلة دراسات وأبحاث، السنة الثانية عشر، العدد الثالث، جويلية 2020.

2_ باللّغة الأجنبية:

A_ Les Livres :

_ Dimitri Houtcieff, Droit des contrats, 4e édition, bruylant, Paris, France, 2018
_ Filali Osman, Les principes généraux de lex mercatoria à l'étude d'un ordre juridique national. L.G.D.J, Paris, France, 1992.
_ Christian Larroumet, droit civil : les obligations le contrat, 3e édition, tome 3, economica, paris, France, 1996.
_ Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, La formation du contrat, Tome1 : Le contrat- Le consentement, 3e édition, Lextenso édition, paris, France, 2013

B_ Les Thèses :

_ Marie Annik Grégoire, Liberté ; responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle, Thèse de doctorat en droit civil, Faculté de droit Université McGill, Canada, 2007

C_ Les Articles :

_ Guillemard Sylvette. (1993). De la phase préalable à la formation de certains contrats. Revue générale de droit, 24(2), pp157-189. https://doi.org/10.7202/1056950ar

_ Guillemard, S. (1994). Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi. Revue générale de droit, 25(1), p 52. https://doi.org/10.7202/1056403ar

_ Schmidt Joanna. La période précontractuelle en droit français. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. Etudes de droit contemporain. pp545-566. https://doi.org/10.3406/ridc.1990.1979

_ Zouhal Adra. Réforme du droit des obligations : les négociations précontractuelles. In: Revue juridique de l'Ouest, 2016-3. pp51-66. https://doi.org/10.3406/juro.2016.4878

D_ Les Rapports :

_Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016.

عنوان المداخلة رقم (17):

إصلاح قانون العقود الجزائري ــ بين الخضوع وحتمية التشريع ــ

المحور الثاني بعنوان قانون العقود في ضوء القانون المقارن والمشاريع الفقهية.

مخالفة كريم

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية–

mekhalfakarim@gmail.com

ملخص:

التعديلات التي أقرّها المشرّع الجزائري على نصوص الأمر رقم 58/75 ، الصادر سنة 1975 المعدّل والمتّمم المتضمن القانون المدني بداية من سنة 2005، والمتعلّقة بمنظومة العقود دعما للتوجهات السياسية والاقتصادية الجديدة التي تبنتها الدولة الجزائرية مع نهاية الثمانينيات ، و إن كانت ذات أهمية فإنها بقيت ناقصة وذات فعالية نسبية، إذ أنها لم تتمكن من مجاراة التطور السريع الذي عرفته المنظومات الاجتماعية والاقتصادية والمالية في الجزائر خلال هذه الحقبة وما بعدها في المجال التعاقدي. كما إن الإرادة التشريعية الوطنية بقيت محدودة في إطار تحديث قانون العقود، إذ أن المنظومة المدنية في هذا الصدد لم تستفد من الإصلاحات الجريئة التي بادر إليها التشريع المدني الأوروبي عموما والفرنسي على الخصوص في المجال التعاقدي انطلاقا من سنة 2006، والتي كان من أهدافها الأساسية، تحديث نظام العقود عبر أحكام ومفاهيم وإجراءات جديدة ، تسهل عملية الولوج إليها في جميع قطاعات النشاط، إلى جانب تطويع آلية العقد وجعلها أداة فعالة في خدمة عمليات الاستثمار الاقتصادي وخلق الثورة، بعيدا عن المنظور الفلسفي والقانوني للمضامين التقليدية التي كان يعرفها نظام العقود سابقا.

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة كشف بعض المواطن من قانون العقود في الجزائر التي لا تزال تشهد جمودا وتأخرا ملحوظين، مقارنة بحقيقة وواقع النشاطين الاجتماعي والاقتصادي اللذين يعرفان تطوراً سريعا في ظل تشريعات الإصلاح الاقتصادي والمالي في المرحلة الراهنة، من جهة مع مقارنتها بنظيرتها الأوروبية والفرنسية على الخصوص التي عرفت نصوصها و أحكامها ثورة تشريعية حقيقية في المجال التعاقدي بداية من سنة 2006 على ضوء ما توصل إليه الفقه و أحكام القضاء من جهة أخرى.

Abstract :

The amendments approved by the Algerian legislator to the texts of Ordinance No.58/75, issued in 1975, amending and supplementing, bearing the Civil law, starting the year 2005 and related to the contract system in support of the new political and economic orientations adopted by the Algerian state at the end of the eighties; although they were important, It remained incomplete and relatively effective and could not keep un with the rapid development that the social and economic systems in Algeria experienced during this era and beyond in the contractual field, noting that the efforts of the national legislative will remained

limited within the framework of efforts aimed at modernizing the contract law, due to the national civil system in this regard did not benefit from all the bold reforms adopted by European legislation in general and French legislation in particular in the contractual field.

Starting In 2006, the reforms that affected the contractual field in Europe tended to achieve two maingoals: the first is to facilitate and simplify the processes and procedures for accessing contracts in civil transactions in general, while the second is to adapt the contact mechanism by making it a practical and effective tool in the service of exchange of benefits and support for economic investment and wealth creation away from the philosophical and legislative perspective of the traditional contents that the contract was going through previously.

This study tries to uncover some of the issues of contract law in Algeria, whose provisions are still witnessing stagnation and remarkable delay, with what society is witnessing from the rapid development in the social and economic fields at the present time, with a comparison of these provisions with the new legislative reality that Europe has known in general and France on in particular in the contractual fields, starting in 2006, with proposing some solutions to rectify this situation.

مقدمـــــــة:

لقد بادر لمشرّع الجزائري انطلاقا من سنة 2005 إلى إجراء العديد من التعديلات على نصوص الأمر رقم 58/75 المعدّل والمتمّم ، المتضمن القانون المدني عموما وعلى المواد المتعلّقة بالعقد على الخصوص، في الفصل الثاني من الكتاب الثاني وذلك تجسيدا وتماشيا مع التوجهات السياسية والاقتصادية التي تبنتها الدولة الجزائرية بعد سنة 1989، والتي تضمنت انتهاج نمط اقتصادي أكثر ليبيرالية، بدعم حرية المبادرة والاستثمار في كل مجالات النشاط، ويحدّ من تدخل الدولة في هذا الإطار، وهذا لفائدة نظام يسمى بالضبط الاقتصادي.

ويتفق الحقوقيون المهتمون والمختصون في قانون الأعمال في الجزائر، أن هذه التعديلات وإن كانت ضرورية وهامة وداعمة للتوجهات الجديدة للدولة، فإنها بقيت ناقصة وذات مفعول نسبي في هذا المجال، إذ أنها لم ترق إلى طموحات المتعاملين الاقتصاديين والتجاريين الرامية إلى تسخير آلية التعاقد في نشاط أكثر حرية، بعيدا عن الجمود من جهة، كما لأنها لم توازي الإصلاحات الجريئة التي تبنتها غالبية الدول الأوروبية وعلى رأسها فرنسا، انطلاقا من سنة 2006 في مجال تحديث وتطوير منظومة العقود من جهة أخرى.

الإصلاحات التشريعية الأوروبية في مجال العقود التي استلهمت مضامينها مما توصلت إليه اجتهادات القضاء، والتي أجمع شراح قانون العقود، وكذا الممارسين في مجالات القضاء والإدارة، أنها شكّلت ثورة فلسفية وقانونية على الأنظمة التعاقدية القائمة في القانون الأوربي، جاءت لتستبدل الأفكار والتصورات والأحكام الموصوفة بالطابع التقليدي التي كانت قبل ذلك تحكم وتؤطر آلية التعاقد في الأنظمة المدنية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804، وذلك من أجل استحداث مبدأين جديدين، لم يكونا موجودين من قبل وهما : ضمان الوضوح والشفافية وسهولة الولوج إلى هذه الآلية القانونية خدمة ودعما للنشاط الاقتصادي وخلق الثروة ، إلى جانب توفير الحماية اللازمة للطرف الذي يعتبر ضعيفا في العلاقة التعاقدية[1].

وعلى الرّغم من أن جزءاً من الفقه المدني الحديث في أوروبا، ورغم مساندته لإرادة الإصلاح ودعمه للتعديلات الواسعة التي طرأت على المنظومة القانونية للعقود خاصة في فرنسا، والتي ساهمت في تجسيدها العديد من المصادر التشريعية وعلى رأسها المرسوم رقم 2016/131، الصادر في 10 فيفري 2016 المتضمن إصلاح القانون الفرنسي للعقود، والذي يعتبر ثمرة العديد من مشاريع الإصلاح السابقة في هذا المجال، منها مشروع "كاتلا" المنشور سنة 2006، ومشروع "تيري" بين سنوات 2009 و2013، فإنه اعتبرها نسبية وذات فعالية قانونية محدودة واصفا إياها بمجرد صياغة جديدة عن طريق لغويات ومصطلحات مستحدثة لمفاهيم متجذرة تضمنتها نصوص القانون الصادر في 1804 الخاصة بالعقود، مبررا أن هذه التعديلات والإصلاحات وجدت أمامها صعوبات كبيرة، بل استحالة في بعض الأحيان في تغيير أو تعديل مضامين وأحكام قواعد موضوعية وصفت بالثابتة التي تحكم هذه الآلية القانونية منذ القدم[2].

وممّا لا شك فيه أن الإرادة التشريعية في الجزائر، ومنذ اعتماد التوجهات الاقتصادية الجديدة مع نهاية الثمانيات، اطلعت إلى تجسيد إصلاحات على عموم المنظومة القانونية الوطنية، خاصة تلك التي لها علاقة وطيدة مع النشاط التعاقدي سواء ما ورد في التشريعات العضوية الأساسية، على غرار القانون المدني والقانون التجاري وقانون العمل وغيرها، أو التنظيمات الخاصة المؤطرة لعديد أنماط النشاط الاقتصادي والتجاري والمالي ، مثل تشريعات الاستثمار والنقد والقرض، والممارسة التجارية وحماية المستهلك وغيرها فإنه ورغم استفادة قانون العقود من حصة وفيرة من مجهود الإصلاح والعصرنة في مجموع هذه المنظومة القانونية، فإن هذه المبادرة لم تنجح في الدفع قدما وبصورة فعلية وعملية لآلية العقد، إذ لم تتجلى ملامح التطور الحقيقي في قانون العقود الجزائري الذي يتماشى وطموحات العصرنة والفعالية المتوخاة الرامية إلى خدمة المشروع الاقتصادي والاجتماعي في الجزائر ، كما أنها لم تحقق الاستفادة اللازمة من المجهودات التشريعية الإصلاحية الواسعة التي تبنتها أنظمة العقود في أوروبا وفي فرنسا على الخصوص، انطلاقا من سنة 2006، التي أسّست لمضامين جدية وحديثة لمفاهيم قانونية وصّفت بالتقليدية والجامدة.

من الواضح أن الثورة الإصلاحية في مجال العقود في أوروبا التي لم يتم اعتمادها إلا بعد دراسات وتحاليل مستفيضة امتدت طوال سنوات كشفت من خلالها على التأثيرات السلبية للإطار التقليدي للآلية العقد على النشاط الإنساني عموما والمبادرة الاقتصادية الحديثة، فإنها تميزت باستحداث أفكار وتصورات جديدة تدعم هذه الآلية وتعطيها مجالا أوسع ومصداقية أكبر منها مثلا استحداث التزامات جديدة توضع على كاهل الطرفين في مرحلة التفاوض، كالالتزام بحسن النية والإعلام، والالتزام بحماية المعلومات السرية خلال التفاوض وحتى بعده، إضافة إلى إخضاع العقد لقواعد جديدة، مثل تلك التي تخص مسائل العرض والقبول وحماية الطرف في حالات التفاوض مع شريك خاضع للتبعية، إلى جانب أحكام جديدة ترتبط بالوعود الأحادية واتفاقيات التفضيل في مرحلة ما قبل التعاقد[3]، وهي التوجهات التشريعية الموضوعية الجديدة، التي لم يبادر المشرّع إلى يومنا هذا لدعم قانون العقود الجزائري بها رغم أهميتها.

ولم تكتف الإصلاحات الأوروبية عموما والفرنسية على الخصوص على جوانب من تنظيمات العقود، بل سارت على استحداث كيفيات جديدة لصياغة وتحرير العقود، تختلف في نّسب متفاوتة مع تلك المعروفة في التشريعات المدنية من أبرزها حكم إقرار عدم صحة الشروط المخلّة بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في عقود الإذعان، وحكم اعتماد طرق جديدة في التحديد الانفرادي للثمن في العقود المسماة " عقود الإطار"، وحكم حماية العقد من البطلان وكيفيات صياغة الشروط المنظمة لتسوية المنازعة التعاقدية وسبل التنازل عن العقد لصالح الغير، إلى جانب إمكانية حماية العقد من المراجعة القضائية بسبب وقائع غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد مرهقا لأحد الأطراف وكذلك طرق صياغة شروط الفسخ والانفساخ[4].

الإشكالية العامة التي اعتمدها الملتقى الوطني المنظم من طرف كلية الحقوق بجامعة الجزائر1 يوم 2023/05/10، بعنوان تطور قانون العقود من حيث واقعه وكذا التحديات المختلفة التي تنتظره مستقبلا في الجزائر، وإلى جانب كونها طيبة وذات طابع آني، فإنها تعتبر في الحقيقة موضوعا قانونيا حيويا وذا أهمية بالغة في المسار الجديد الذي تشهده بلادنا حاليا والرامي إلى إحداث هيكلة فعلية في الأنظمة القانونية

والاقتصادية والمالية وغيرها من خلال إعطاء دفع جديد لقانون العقود وتحديث كل ما يمكن تحديثه فيه، لجعله أداة قانونية وآلية فعالة وحديثة تدعم مجهودات الإصلاح الاقتصادي والاجتماعي الذين تصبو لهما الجزائر.

وفي هذا الصدد وللمشاركة في لبنّات هذا الملتقى، فقد وقع اختيارنا على المحور الثاني منه المتضمن قانون العقود على ضوء القانون المقارن والمشاريع الفقهية، إذ سنحاول من خلاله توضيح وتحليل التوجهات الإصلاحية التي عرفها قانون العقود الأوروبي عموما والفرنسي على الخصوص بداية من سنة 2006، مع طرح إمكانيات استفادة التشريع الجزائري للعقود من هذه الإصلاحات وتجسيد محتوياتها عبر تعديلات وإضافات تشريعية يتم إدراجها في الأمر رقم 58/75 المعدّل والمتمّم المتضمن القانون المدني، وكافة نصوص التنظيمات الاقتصادية المكملة، ستكون دون شك سندا قويا لسياسة الإصلاح الاقتصادي الذي تتطلع إليه الجزائر اليوم.

ومحاولة للإلمام بمختلف النقاط ذات الصلة بهذا المحور، فقد كان من الضروري من الناحيتين الشكلية والموضوعية ، توجيه الجهد عبر ثلاث محاور أساسية تتضمن ثلاث مباحث على النحو التالي :

- **المبحث الأول:** يتم التطرق فيه لإلزامية تضمين قانون العقود الجزائري بمقتضيات تشريعية تعمل على ضمان تأطير مرحلة التفاوض ما قبل التعاقدي في صوره الحديثة.
- **المبحث الثاني:** نخوض فيه إلى ضرورة تكريس نمط جديد في تحرير العقود في القانون الجزائري، عملا بما سار عليه القانون الأوروبي للعقود في هذا المحال.
- **المبحث الثالث:** نحلل فيه ضرورة دعم قانون العقود الجزائري بأحكام جديدة وطرق حديثة في مرحلة تنفيذ العقد، تكون أكثر عملية ودارئة للنزاعات واحتمالات البطلان والفسخ.

المبحث الأول: تحديث أطر مرحلة التفاوض في قانون العقود الجزائري

التفاوض ما قبل التعاقدي هو المرحلة التي يتبادل فيها الطرفان المشاورات والآراء والمواقف، تسبق مرحلة تكوين العقد وهذا بهدف تشخيص وتسوية الإشكالات المحتملة، التي قد تعترض سبيل نشوء العلاقة الاقتصادية المزمع عقدها في المستقبل بين الأطراف، وهو يخضع لمبدأ الحرية التعاقدية إذ يجوز لكل متفاوض قطع المفاوضة دون قيد بأي ارتباط عقدي[5].

وعلى الرّغم من أن المشرّع الجزائري تطرق بصورة ضمنية ومختصرة لواقعة المفاوضة ما قبل التعاقدية مشترطا على الأطراف إظهار حسن النية[6]، إلا أن الشراح يتفقون أن القانون الجزائري ورغم التعديلات التي عرفها سنة 2005، فإنه لم يعط العناية اللازمة لمرحلة التفاوض، بل تركها في طي الغموض ولم يبادر إلى تأطير الالتزامات والاتفاقات التي تنشأ خلال هذه المرحلة الهامة، رغم ما تثيره هذه الأخيرة من منازعات بين الأطراف وبالتالي مسؤولياتهم، وهذا ما اعتبره الحقوقيون في الجزائر من قبيل التقصير والفراغ التشريعي[7].

المطلب الأول: المفهوم الحديث لشروط حسن النية والإعلام وحماية المعلومات السرية في مرحلة التفاوض

على خلاف التشريع الجزائري، فإن الإصلاحات التي تبناها القانون الأوروبي للعقود وكذلك المرسوم رقم 2016/131 في فرنسا، أشارت في مضمونها إلى وجوب تجاوز المفهوم السابق لشرط حسن النية عند إتمام العقد، بل قررت أن يمتد هذا الشرط ليس إلى مرحلة تنفيذ العقد فحسب– مثلما كان يقضي به نص المادة 1134 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي سابقا، بل إلى مرحلتي المفاوضة وتكوين العقد أيضا، فقد تضمنت المادة 1104 الجديدة من ذات القانون حكما يلزم الأطراف بإبداء حسن النية خلال مراحل التفاوض وتكوين العقد وتنفيذه، معتبرة أن الالتزام بهذه الصورة هو من النظام العام لا تجوز مخالفته، وهذا دعما لما سارت عليه أحدث قرارات محكمة النقض الفرنسية في نزاعات طرحت عليها في مرحلة سابقة للإصلاح التشريعي.

واعتبارا أن مرحلة التفاوض تعد في الحقيقة من الفترات الهامة في حياة العقود خاصة تلك ذات النطاق والمضمون الاقتصادي والمالي الهام، فإن شرط حسن النية فيها ليس العنصر الهام الوحيد، بل هناك عناصر أخرى لا تقل أهمية عنه، مثالها الالتزام بالإعلام والالتزام بحماية المعلومات السرية، وهي الالتزامات التي لم يقرر لها المشرّع الجزائري أحكاما رغم الإصلاحات الواردة على نصوص القانون المدني سنة 2005 وما بعدها ، وهي الأوضاع التي يستوجب تداركها بسرعة لتكييف آلية العقد مع المتطلبات الاقتصادية الحديثة، وتوفير الأمن القانوني في التشريع الجزائري.

وما اشتهرت به الإصلاحات الواردة على القانون الأوروبي للعود، وفي فرنسا على الخصوص في هذا الصدد، هو إنشاؤها لالتزام عام بالإعلام يستوجب تنفيذه في مرحلة التفاوض ويقع على كاهل الأطراف التي تحوز معطيات ومعلومات ووقائع هامة، من شأنها التأثير على إرادة المتفاوض ويكون هذا الالتزام من النظام العام وذي نطاق واسع لا يمكن للمتفاوضين الاتفاق على استبعاده في هذه المرحلة. وقد أوضحت المادة 1121 فقرة 1 الجديدة في القانون المدني الفرنسي، أن هذا الالتزام يأخذ صفة الواجب الملزم والواسع تدخل في نطاقه كل المعلومات والمعطيات التي لها علاقة مباشرة وضرورية مع مضامين العقد المزمع إبرامه، وكذلك صفة أطرافه مع ضرورة تفعيله في صالح الطرف الذي يجهل فعليا هذه المعلومات، أو أنه يضع كامل ثقته في المتفاوض الآخر.

وقد اعتمدت اللجان التحضيرية لإصلاح قانون العقود في فرنسا[8]، عند تطرقها لقواعد إنشاء الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي على وثيقة تفاوضية على نظير النمط الذي قررته المادة 330 من القانون التجاري الفرنسي المتعلّقة بالمعلومات التي يستوجب على المورّد إفادة المستورد بها قبل إبرام عقد التوريد أو التوزيع فاعتبرت أنه من قبيل المعطيات اللازم إعلام المتفاوض بها في هذه الحالة، إخطاره بعنوان المقر الرئيسي للمؤسسة الموردة وطبيعة نشاطاتها وشكلها القانوني وهوية رئيسها ومسيرها ، ومبلغ رأسمالها، إلى جانب المعلومات الخاصة برقم تسجيلها في سجل المهن ورقم وتاريخ إيداع الرمز الخاص بها، وآجال إنشائها والمراحل الاقتصادية والمالية التي مرّت بها، إضافة إلى العديد من المعلومات الأخرى مثل مئال صفقات

التوريد السابقة مع متفاوضين سابقين، وعدم خضوع المؤسسة المتفاوضة لإجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية تحت أية تسمية أخرى في السابق.

وعلى غرار الالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض- وخلافا للتشريع الجزائري- فإن الإصلاحات التي مسّت القانون الأوروبي للعقود عموما، والقانون الفرنسي على الخصوص أوردت أحكاما تشريعية تضمن حماية المعلومات والمعطيات السرية المتحصل عليها في إطار عمليات التفاوض، فإلى جانب تشجيع الأطراف على وضع شروط اتفاقية لضمان سرية المعلومات، و إبرام اتفاقيات لحماية هذه المعلومات او جزء منها، فقد قرر المشرّع المدني الفرنسي في المادة 1112 فقرة 2 الجديدة، على تحميل المسؤولية للطرف المتفاوض الذي يبادر إلى استعمال أو استغلال المعلومات السرية المتحصل عليها في إطار المفاوضة، والتي تؤدي بالإضرار بالطرف الآخر سواءً خلال التفاوض أو بعده، وذلك تطبيقا لقواعد المسؤولية المدنية مهما كان مئال المفاوضة، وهي المقتضيات الهامة التي أغفل عنها المشرّع الجزائري ولم يبادر إلى تقريرها صراحة في نصوص قانون العقود، والتي تبقى ضرورة تشريعية ملحة يستوجب تفعيلها في أسرع وقت[9].

المطلب الثاني: أنظمة الوعود الأحادية وتعهدات التفضيل في النظم الحديثة

أنظمة الوعود الأحادية وتعهدات التفضيل هي عقود تبرم بين أطراف مفاوضة مستقبلية يكون محلها التعهد الذي يجريه أحد الأطراف تجاه طرف ثان يلتزم بمقتضاه بتفضيل هذا الأخير على غيره لإشراكه في عملية تفاوض حول موضوع أو صفقة معينة، فعلى الرغم من أن المختصين في المجالين الحقوقي والاقتصادي والمالي في أوروبا يرون في هذه الأنظمة آليات حديثة لها الفعالية الكبيرة في توسيع نطاق التعاقد ودعم مرونته وتسهيل إجراءاته من أجل تشجيع النشاط الاستثماري وخلق الثروة، فإن نصوص تشريع العقود في الجزائر لا يزال يفتقر لمثل هذه الأحكام إلى يومنا هذا ، وذلك خلافا لما سارت عليه منظومة العقود في أوروبا وفي فرنسا التي بادرت من خلال الإصلاحات والتعديلات إلى سنّ هذه المقتضيات بكل وضوح بداية من سنة 2006 معتمدة في ذلك على قضاء محكمة النقض الفرنسية التي منحت قراراتها الصادرة في هذا الشأن، الحق والصلاحية للمستفيد من الوعود الأحادية أو تعهدات التفضيل من طلب إلغاء العقود المبرمة مع طرف من الغير بسبب جهله الحقوق التي توفرها له هذه الوعود والتعهدات، مع إمكانية حلوله محل هذا الطرف بعد توافر بعض الشروط أبرزها علم الغير بوجود اتفاق تعهد بالتفضيل، من جهة، وعلمه بتمسك المستفيد بخوض المفاوضة على ضوء حصوله على التعهد بالتفضيل من جهة أخرى .

أما في مجال الوعود الأحادية الرامية إلى إجراء المفاوضة، فإن الإصلاحات الأوروبية في مجال العقود، استحدثت أحكاما جديدة منها ما يقضي ببطلان العقد المبرم في ظل ثبوت وجود خرق أحادي الجانب من الواعد يتضمن إصدار وعد ثان بخصوص نفس الصفقة لطرف من الغير كان على علم بوجود الوعد الأول ، ومنها ما يرتب أحكاما خاصة في حالات إبطال الوعد الأحادي بالمفاوضة تتضمن تمكين الموعود له المضرور من هذا التصرّف بالتعويضات اللازمة فقط، دون إقرار التنفيذ العيني لبنود العقد والموعود التفاوض من أجله.

المطلب الثالث: أخطار التفاوض مع الشريك الخاضع للتبعية في الأنظمة الجديدة للعقود

لقد نصّت التشريعات المدنية – بما فيها القانون الجزائري– على واقعة الإكراه عند التعاقد، ومنحت للطرف المكّره صلاحية طلب إبطال العقد عند ثبوته، معتبرة الإكراه عيب من عيوب الإرادة[10]، كما وسّعت الاجتهادات القضائية في فرنسا نطاق الإكراه إلى ما يسمى بـــ"الضغط الاقتصادي"، مانحة له نفس الحكم القانوني للإكراه، وبذلك أصبح من الممكن اعتبار حالة الاستغلال التعسفي لواقعة خضوع الشريك لصورة من صور التبعية في مرحلة التفاوض كعيب يجوز عند ثبوته تقرير بطلان العقد، وتتجسد هذه الأوضاع في حالة استغلال المتفاوض حالة تبعية المتفاوض الآخر لسلطة أو هيئة أو طرف تحد من قوته التفاوضية وتضعف مركزه، ولجوءه إلى استغلاله بصورة تعسفية تؤدي حتما إلى تعرّض مصالح المتفاوض التابع للخطر.

والواضح أن الإصلاحات الواردة على مواد العقود في فرنسا قد منحت مفهوما أوسع للإكراه الناتج عن استغلال المتفاوض لواقعة تبعية الطرف الآخر عن ذلك الذي سبق للقضاء تبنيه فيما مضى، والمتمثل في الاستغلال التعسفي الناتج عن التبعية الاقتصادية. وفي هذا المعنى صاغت نصوص القانون المدني الجديدة هذه الأحكام، معتبرة ثبوت واقعة الإكراه من أحد الأطراف الذي يعمد إلى استغلال حالة التبعية التي يخضع لها الطرف الثاني، ويحصل منه على التزام يمكّنه من تحصيل فوائد مبالغ فيها لم يكن للطرف الثاني القبول بها لولا خضوعه لحالة التبعية[11].

ويمكن في هذا الصدد الجزم بأن عدم مبادرة المشرّع الجزائري بتبني هذه الأحكام المهمة والحديثة عن طريق إفراد نصوص لها في قانون العقود،و اكتفائه بالإبقاء على ما ورد من مقتضيات خاصة بعيب الإكراه المنصوص عليه في المادة 88 من القانون المدني وعدم الإقدام على توسيع مفهوم ونطاق و آثار الإكراه الناتج عن الاستغلال التعسفي لواقعة تبعية المتفاوض الآخر عبر نصوص جديدة على غرار ما قضت به المادة 1113 الجديدة في القانون المدني الفرنسي، يعتبر في الحقيقة والواقع قصورا تشريعيا يؤدي بصورة حتمية إلى تعطيل استفادة المجال التعاقدي من آلية جديدة تضمن الأمن القانوني للأطراف المفاوضة ما قبل التعاقدية وهي الوضعية اللازم استدراكها.

المبحث الثاني: ضرورة تكريس نمط جديد في تحرير العقود في القانون الجزائري

التوجهات السياسية والاقتصادية التي انتهجتها الجزائر بعد سنة 1989، الرامية إلى فتح المجال على مصرعيه للمتعاملين والخواص لخوض عمليات التعاقد في شتى المجالات، وعلى رأسها الاستثمار وخلق الثروة رافقتها بعض الإصلاحات المحتشمة لقانون العقود الجزائري بداية من سنة 2005، حاول من خلالها المشرّع جعل الآلية التعاقدية أداة في خدمة هذه التوجهات الجديدة، ضمانا لتحقيق المآرب التنموية والاقتصادية المتوخاة من جهة، وتوفيرا للأمن القانوني الذي يبتغيه أطراف النشاط التعاقدي من جهة أخرى.

غير أن التعديلات التي طرأت على قانون العقود في مكوّنه العضوي والمكمّل، لم ترق إلى الطموحات والتحديات الجديدة في الجزائر في النواحي القانونية والاقتصادية والاجتماعية، هذا ما اتفق عليه المختصون والشرّاح في مجال القانون والاقتصاد واعتبروه خللا واضحا في المنظومة التشريعية الوطنية

للعقود، أنتج صعوبات وعقبات تجلت آثارها في الممارسة والواقع العملي في المجال التعاقدي، مؤكدين بصورة واضحة عدم قدرة العقود على مسايرة ومجاراة الإصلاحات الاقتصادية التي كان ينوي مهندسوها إعطاء آلية التعاقد المكانة الأساسية فيها، اعتبارا أن العقود هي من الأدوات التي يفترض أن تلعب الأدوار الأولى في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتمثل حجرة الزاوية لهذه الإصلاحات على غرار ما يحصل اليوم في أوروبا .

لقد أصبح من الضروري اليوم على المشرّع الجزائري الإسراع في تبنّي إصلاحات كاملة وشاملة لمنظومة العقود في القانون الجزائري، مستلهما في ذلك ممّا استحدثت من أحكام، وما سارت عليه جهود الإصلاح التشريعي في أوروبا وفي فرنسا على الخصوص في هذا المجال، ويمكن أن يتجه المجهود التشريعي الوطني في هذا الإطار صوب ثلاث محاور أساسية، الأول: يتضمن ضرورة توسيع نطاق الأمن القانوني عبر نصوص و أحكام مستحدثة، الأمر الذي يجعل قانون العقود أكثر وضوحا وسهل الولوج إلى مضامينه، أما الثاني: فيتمثل في التشريع من أجل تقوية جاذبيته إضافة إلى خلق توازن حقيقي مبدئي يضمن الحماية القانونية للأطراف المتعاقدة من جهة، وجعل آلية العقد أداة طيعة ومرنة في خدمة التنمية الاقتصادية والاجتماعية من جهة أخرى، وسنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على الأنماط الجديدة في تحرير العقود في بعض الحالات على سبيل المثال لا الحصر.

المطلب الأول: عدم جدوى تحرير عقود غير متوازنة في الأداءات

لم يعد من المقبول في أنظمة العقود الحديثة في أوروبا تحرير عقود غير متوازنة في الأداء يؤدي إلى إحداث اختلال في توازنها المالي وبالتالي المساس بحقوق ومصالح أحد الأطراف فيها، فلم يكتف المشرّع الفرنسي مثلا بما كان واردا في المادة 1169 من القانون المدني بخصوص إمكانية إبطال العقد عند إبرامه حينما يكون الأداء المقابل وهميا أو بخسا، بل ابتكر حكما قانونيا جديدا من خلال المادة 1171 قرر فيه التصدي للشروط التعسفية التي يمكن لعقود الإذعان أن تتضمنها، مؤكدا عدم جواز كتابة هذه الشروط في العقد، إذا ما نتج عنها إخلال أو عدم توازن واضح بين حقوق ومصالح الأطراف و التزاماتها، ولا ترتبط عملية تقدير الاختلال الواضح بين الحقوق والالتزامات لا بتعريف محل العقد ولا بتطابق الثمن مع الأداء.

والملاحظ في هذا الصدد أن المشرّع الجزائري لا يزال من خلال الأحكام الواردة في القانون المدني المنظمة لعقود الإذعان يقدّم الحلول العلاجية لواقعة تضمين العقود الشروط التعسفية من خلال منح الصلاحية للقاضي بالتدخل في العقد وتعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقتضيه قواعد العدالة، في حين و أن نظم العقود في أوروبا قررت- بعد عمليات الإصلاح-إدراج جزاءات على إدخال هذه الشروط التعسفية في العقود، متبنية الحلول القبلية والإستباقية تتجسد في قاعدة عدم جواز تحرير عقود غير متوازنة في الأداءات، وهي الأحكام الحديثة والعملية التي تستوجب على المشرّع الجزائري إدراجها في قانون العقود، تسهيلا لعملية الولوج إليها، ودرءا للنزاعات المتمخضة عن هذا الواقع.

المطلب الثاني: المراجعة القضائية للعقود بعد حوادث غير متوقعة

من بين الإصلاحات الهامة الواردة على قانون العقود في فرنسا على ضوء الأمر رقم 2016/131، مسألة إعادة النظر في قاعدة تمكين القاضي مراجعة محتوى العقد وشروطه عندما تطرأ حوادث استثنائية غير متوقعة بعد إبرامه، تجعل تنفيذه مرهقا لأحد الطرفين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، وهي المقتضيات التي تبناها قانون العقود الجزائري[13]. غير أن المادة 1195 الجديدة في القانون الفرنسي، و إن كانت تتبنى ما هو وارد من أحكام في نص المادة 107 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري[12]، إلا أنها حددت من صلاحية القاضي في هذا المجال، وحصّرت تدخله في مسائل تعديل مضمون العقد في حالة واحدة فقط وهي طلب الطرف الذي لم يعبّر عن إرادته سابقا بعدم تحمل آثار الحوادث غير المتوقعة، التي تطرأ بعد إبرام العقد، وهي الأحكام الغائبة عن قانون العقد الجزائري ، والتي تستوجب إدراجها فيه .

ويرى الشرّاح في فرنسا أنه وبتحليل نص المادة 1195 مدني فرنسي الجديدة، يتّضح أنه بإمكان الطرف الذي لم يبدي موافقته على تحمل تبعات آثار تغيّر الظروف من عادية ومتوقعة إلى ظروف غير متوقعة عند إبرام العقد، طلب إجراء مفاوضة جديدة مع المتعاقد الآخر، و أنه في حالة رفض إجراء هذه المفاوضة أو فشلها فإنه من الجائز للأطراف تقرير فسخ العقد، أو تقديم طلب مشترك إلى القاضي من أجل التدخل قصد إعادة توازن الحقوق والالتزامات الواردة فيه، كما يمكن في حالة غياب اتفاق بين الطرفين في أجل معقول، تمكين أحدهما التماس مراجعة قضائية للعقد، الحكم بإبطاله مع اخذ بعين الاعتبار عاملي الأجل والشروط المقدمة منه.

وعلى الرّغم من ان مصطلح "تغيّر الظروف"، الوارد في نص المادة 1195 مدني فرنسي يُعتبر على مفهوم غامض يفتح الباب واسعا للقضاء لبسط سلطته التقديرية ورقابته على العقود، إلا أن هذا الحكم يدعم إرادة الأطراف ويحفزها على تفضيل الاتفاقات الودّية التي تنطوي على مبدأ سلطان الإرادة، عوض تدخل القضاء في هذه الحالة .

المبحث الثالث: ضرورة دعم القانون الجزائري بطرق جديدة في تنفيذ العقود

من المعروف أن التشريعات في الأنظمة المدنية المعاصرة تتطور بصورة سريعة ومعها أحكام القضاء في مواد المعاملات والعقود، الحتمية التي استوجب معها على أطراف المفاوضة ما قبل التعاقدية إجراء دراسة وتحليل للبيئة القانونية المراد إبرام العقد في ظلها وذاك قبل اتخاذ القرار بخوض غمار هذه المفاوضة، وذلك صيانة للاتفاق من التهديدات والأخطار التي تهدده. وقد أفرز التطور التشريعي في أوروبا وفي فرنسا في هذا الصدد بروز العديد من الرؤى والمواقف التي اعتبرها البعض خروجا صريحا عن المقتضيات المعروفة والمطبقة في قوانين العقود قبل الإصلاحات، وسنحاول في هذا المبحث دراسة أمثلة من هذه الأحكام الجديدة التي يقترح أصحابها إيجاد طرق جديدة وبديلة تخص مرحلة تنفيذ العقود.

المطلب الأول: عدم التصديق الكلي في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

الإصلاحات الواردة على قانون العقود الفرنسي سنة 2016، وإن لم تشكك في حقيقة ومصداقية القاعدة التي تؤكد أن العقد هو بمثابة القانون الذي يخضع له الطرفان، الحكم الوارد في كامل الأنظمة المدنية للعقود بما فيها القانون الجزائري[14]، فإن الشرّاح المحدثين يوصون الأطراف بعدم التصديق كلية بفكرة أن العقد هو تشريعية للمتعاقدين ، أي أنهم وبمفهوم آخر يخضعون لشروط وأحكام واجبة التنفيذ تكون خارجة عن العقد، هذا ما يدفع – حسبهم- الاعتراف بنسبية المضمون القانوني لهذه القاعدة ، وذلك بالنظر لما يخضع له النطاق التعاقدي في عمومه اليوم إلى اشتراطات ومستوجبات تفرضها إما القوانين الخاصة، أو بعض مقتضيات النظام العام على إرادة طرفي العقد عند إبرامه وعند تنفيذه، الأمر الذي يستوجب معه التفكير في طرق أخرى في هذا الصدد.

ومن بين الأمثلة التي يطرحها هؤلاء الشراح لدعم موقفهم المشكك في شمولية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وقداستها القانونية تلك المتعلّقة بآجال الإعذار عند توافر إرادة فسخ العقد لدى أحد الأطراف، فالمادة 442 فقرة 6 من القانون التجاري الفرنسي ، تقرّر إمكانية تطبيق جزاءات على القطع المفاجئ لعلاقة تجارية دون إعذار مسبق ومكتوب يوجه للطرف الآخر خلال مدة كافية، كما أن تفعيل شروط الفسخ في حالة اتفاق الشركاء على مواصلة تنفيذ العقد، يعتبر فسخا تعسفيا يقيم مسؤولية هؤلاء تجاه الطرف الآخر.

المطلب الثاني: إعادة النظر الدورية في تنفيذ العقود والاستعانة بالخبرة القانونية

طريقة تنفيذ العقود بعد الإصلاحات التي عرفتها الأنظمة الأوروبية في هذا المجال لم تعد بالصورة المعروفة سابقا، والموصوفة بإيمان الأطراف أن تنفيذ العقد يخضع لقواعد وقوالب و إجراءات جامدة لا تتغير تم اعتمادها إما قانونا أو طبقا للاتفاق الخاضع للأعراف لا يمكن الخروج عنها ، فالرؤى الجديدة التي اعتمدتها الإصلاحات التشريعية بعد سنة 2006 اقترحت في مجال تنفيذ العقود نوعا من المساندة والدعم والمرافقة، تحمي وتقوى جهود الأطراف المتعاقدة، وتصون مصالحهم خلال مراحل تجسيد ما ورد من بنود فيها . فقد أوصت هذه الإصلاحات مثلا على ضرورة إعادة النظر وبصورة دورية لطريقة تنفيذ العقد، وذلك تماشيا والتغيرات التي يمكن أن تطرأ خلال هذه المرحلة من حياة العقد على التشريعات أو على أحكام القضاء التي تتسم بالتغير والتحديث المتواصلان.

وقد ثبت ذلك في العديد من الحالات حينما راجعت فيها محكمة النقض الفرنسية مثلا عديد الأخطاء المسجّلة في القرارات الصادرة عنها في نزاعات تخص مواد التعاقد، كما أوصت كذلك على الضرورة الملحة في إشراك رجال القانون – خاصة الممارسين منهم –وبصورة آلية، ليس عند مناقشة أو تحليل أو تقييم كل المسائل التي تطرح خلال مرحلة التفاوض فحسب، بل كذلك طوال مدة سريان العقد، وحتى في مراحل تنفيذه. كل ذلك درءًا لكل صورة للتعسف التي يمكن أن تطرأ من أحد المتعاقدين في هذا الإطار، والتي غالبا ما تأخذ صورة محاولة المساس بالتوازن المالي للعقد لفائدة الطرف المتعسّف، أو عند قيام مسؤولية المتعاقد بسبب إخلاله الثابت، إما بالتزام تعاقدي أو التزام قانوني.

وإلى جانب هذا كله، لم تغفل الإصلاحات الأوروبية الخاصة بمرحلة تنفيذ العقود، على طرح العديد من التوصيات التي أعطت مفهوما جديدا لمرحلة التنفيذ تم تكريسها في نصوص تشريعية واضحة، أبرزها عدم ترك المجال واسعا للطرف الآخر لوحده، خاصة في التعاملات الاقتصادية والتجارية و المالية صلاحية فرض تصوره عند تنفيذ مضامين العقود والصفقات الاقتصادية الكبرى، بل يستوجب على المتعاقد فيها إشراك والاستعانة بالمتخصصين من رجال القانون والاقتصاد في المشاركة في هذه المرحلة الحاسمة من حياة العقد، وذلك من خلال تبني آرائهم وتصوراتهم ومواقفهم المتخصصة، من اجل منع أو تصويب الأخطاء المحتملة في مرحلة التنفيذ، وبالتالي حماية المتعاقد من كافة أوجه التعسف ومحاولات الاستغلال المختلفة التي يمكن أن يقع ضحية لها ، بعد مراحل طويلة ومضنية ومكلفة قضاها في التفاوض.

والواضح في هذا السياق، أن هذه التصورات الجديدة التي اقترحتها الإصلاحات على القانون الأوروبي للعقود والخاصة بمرحلة التنفيذ، لا تخلو من الأهمية في الوقت الراهن اعتبارا أن هذه المرحلة تعد في الحقيقة من أهم حلقات العمل التعاقدي و أكثرها عرضة للأخطار و صور التعسّف والاستغلال، خاصة في العقود ذات الأثر المالي الكبير مثالها الصفقات الدولية، الأمر الذي يستوجب معه على تشريع العقود في الجزائر، سواء تعلّق الأمر بالقوانين العضوية أو التشريعات الخاصة، اعتماد هذا المنظور وتبني الأفكار والرؤى في هذا الصدد، وتجسيدها تشريعيا في منظومة العقود الوطنية، دعما لمبدأ الأمن القانوني.

المراجـــــع:

1- N. Blanc : « le juge et les standards juridiques », in le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats, colloque du 15 avril 2016, Co-organisé par le Cour de cassation et l'université Paris-13- Sorbonne, RDC, 2016, page 394. –

2- L- AYNES et A-BENABENT : « Réforme du droit des contrats , quelles innovations ? », Colloque PARIS, 16 février 2016, RDC, avril 2016, Hors Serie .

3- Louis VOGET et JOSEPH VOGEL : « Réforme du droit des contrats et droit des affaires », édition LARCIER ,2020, page 5.

4- بلحاج العربي، "مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري "، ديوان المطبوعات الجامعية (O.P.U) ، 2011 ، الجزائر.

5- O. DESHAYES et T.GENICON et Y. M. LAITHIER : « Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations », commentaire par articles pages 41 et 42.

6- صبري حمد خاطر، " قطع المفاوضات العقدية"، مجلة جامعة النهرين، المجلد الأول، 1997، بغداد، العراق.

7- أنظر المادة 107 من القانون المدني الجزائري .

8- V. sur le contexte de la réforme au sein de la construction européenne d'un droit commun du contrat » F.ANCEL et B.FAUVARQUE – COSSON et J.

GEST, aux sources de la réforme du droit des contrats, DALLOZ, coll,2017, pages 9-62.

9- بلحاج العربي، " نظرية العقد في القانون المدني الجزائري" دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية (O.P.U) ، طبعة 2015 ، ص 114، الجزائر.

10- Art 1112-2, nouveau Code Civil français : « celui qui utilise sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ».

11- أنظر المادة 88 من القانون المدني الجزائري.

12- Art 1143 nouveau du Code Civil français : « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans laquelle se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas sourit en l'absence d'une telle contrainte et en tiré avantage manifestement excessif ».

13- أنظر المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

14- أنظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

مداخلة بعنوان رقم (19):

أخلقة الروابط العقدية واعتبارها مشروعا مشتركا

اعداد : الاستاذ الدكتور قاشي علال

– كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة البليدة 2

ملخص :

العقد هو الأداة القانونية التي يعتمد عليها الأفراد لتلبية حاجياتهم ،حيث يبرز دور الارادة في ذلك، الا أن هذه الأخيرة لم تصبح ضامنة لمصلحة المتعاقد ما جعل الفقه يبحث عن نظرية حديثة تتسم بأكثر موضوعية والقول بضرورة أخلقة الروابط العقلية واعتبار أن العقل مشروع مشترك

الكلمات المفتاحية :

العقد – النظام العام – التضامن الاجتماعي – حسن النية – واجب التعاون – التوازن الموضوعي

مقدمة:

يعتبر العقد الأداة القانونية التي يعتمد عليها الأفراد لتلبية مختلف حاجاتهم اليومية ورغم تعدد العقود إلا أنها تشترك في اعتبارها اتفاق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني معين وهو ما تضمنته المادة 54 من التقنين المدني الجزائري التي تعتبر العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين يمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " ، إذ يتجلى دور الإرادة في العقد من خلال استعمال المشرع لكلمة " اتفاق " والتي تدل على تطابق إرادتي أطراف العقد على محل للالتزام.

تبدو العلاقة وطيدة بين إرادة المتعاقد من جهة باعتبارها مصدر للالتزامات التعاقدية والمصلحة الشخصية للمتعاقد من جهة أخرى ، إذ من الصعب في الواقع تصور قيام المتعاقد بإبرام عقد معين دون وجود دافع إلى التعاقد ، من هذه الزاوية تظهر أهمية الدافع إلى التعاقد باعتباره عنصر فعال في الإرادة ، والدليل على ذلك هو اعتبار المشرع السيب كركن في العقد في المادة 98 من التقنين المدني والتي تنص على أنه : " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك .

تؤدي المصلحة الشخصية دورا أساسيا في منح اتجاه معين لإرادة المتعاقد ، والتي تعتبر ألية أساسية لضمان تحقيق مصلحة المتعاقد ، غير أن ذلك لا يكفي لمنع للمتعاقد من أجل إبرام العقد ، بل يتطلب من المشرع التدخل من أجل ضمان حماية اتفاق الطرفين والسعي للمحافظة على المصلحة التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها ، لذلك تم الاعتراف بالقوة الملزمة للعقد كوسيلة الحماية افاق الأطراف ، حيث تنص المادة 106 من التقنين المدني على أنه : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " .

تشكل القوة الملزمة للعقد آلية قانونية من أجل الاعتراف لهذا الأخير بكيان مستقل قائم بحد ذاته ، لا يتأثر بتغير الظروف الخارجية المحيطة به ، فهو الغلاف الذي يمنح لاتفاق الطرفين الطابع الإلزامي يمكن الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته جبرا ، من خلال الوسائل القانونية.

والاشكالية المطروحة : فيما تتمثل النظرية الحديثة للعقد القائمة على عقاب أزمة النظرية التقليدية للعقد ؟

المبحث الأول

بروز نظرية حديثة للعقد

بدا جليا عند بداية القرن العشرين التباين بين المراكز القانونية للمتعاقدين ، حيث لم تصبح الإرادة ضامنة لمصلحة المتعاقد ، ما أدى إلى ظهور تشققات في البناء التقليدي لنظرية العقد والتفكير في توجه جديد يتسم بأكثر موضوعية بالمقارنة مع الشخصية التي يني عليها العقد .

لم يكن للقاضي في ظل استقلالية العقد عن العوامل المحيطة به سلطة في التدخل لتعديله ولا تغير الظروف كانت تسمح بإجراء تعديلات على مضمونه ، غير أن الوضع مختلف في ظل النظرية الحديثة ، حيث أصبح العقد أداة في يد الأفراد لتحقيق المصلحة الاجتماعية ، يتأثر بالظروف المحيطة به وهو ما قد يبرر تدخل خارجي عن الأطراف من أجل تعديله وضمان فعاليته .[1]

لخص أحد الباحثين[2] فلسفة النظرية الحديثة للعقد بقوله أن هدف هذه الأخيرة " هو محاربة التجاوزات العديدة والمختلفة للبرالية الاقتصادية ، بوضع حدود للأنانية العقدية لصالح التعاون العقدي ، أما عن الوسائل المستعملة لتحقيق الهدف فترتكز على تقنية حسن النية ، وميزة التوازن العقدي والعمل على الاستمرارية العقدية وخاصة عند التدخل المتزايد للقاضي في العقد " .

يتجلى من خلال الفكرة التي تقوم عليها الفلسفة الحديثة للعقد ، أن تغيير النظرة حول المعاملات التعاقدية يشغل حيزا كبيرا في ذهن مساندي هذا التوجه ، من خلال أخلقة الروابط العقدية عبر طرق مختلفة تهدف إلى أخذ كل متعاقد لمصلحة المتعاقد الآخر محل اعتبار عندإبرام وتنفيذ العقد والنظر إلى العقد كمشروع مشترك قبل أن يكون وسيلة لتحقيق المصلحة الشخصية .

كما تعتبر ضمان الفعالية الاقتصادية أحد الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها النظرية الحديثة للعقد من خلال مراقبة توازن العقد رغم المعارضة الشديدة لجانب من الفقه على الاعتراف بهذا الدور للقاضي ، وسواء كان مصدر عدم التوازن هو داخلي كاستغلال الضعف الذي يعاني منه الطرف الآخر ، أو خارجي عن العقد كحدوث ظروف استثنائية غير متوقعة أدت إلى اختلال توازن العقد ، يبقى الالتزام بحسن النية في العديد من الحالات أساسا لتدخل القاضي في العقد.

---

[1] THIBIERGE – GUELFUCCI Catherine , « Libres propos sur la transformation du droit des contrats » , R.T.D.C , N° 2 , 1997 , p . 359 et s

[2] MEKKI Mustapha , « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise » , R.D.C. , N ° 1 , 2010 , p . 388. « En termes d'efficacité , l'adéquation des moyens aux fins dans la pensée solidariste donnerait l'équation suivante : la fin consisterait à lutter contre les excès du liberalisme et la dictature du marché en limitant les méfaits de l'égoisme contractuel au profit d'une plus grande collaboration entre les parties : quant au moyens , ils reposent avant tout sur la technique de la bonne foi , sur le principe d'équilibre contractuel , sur la promotion de la pérennité contractuelle et , surtout , sur une immixtion plus importante du juge dans la » sphère du contrat

المطلب الأول:

أخلقة الروابط العقدية بين الأطراف

يظهر العقد في ظل النظرية الحديثة كوسيلة الاتحاد مصالح الأطراف بعدما كان محل نزاع دائم بينهما في جميع مراحله [1]، هذه النظرة الحديثة تسعى إلى حث المتعاقدين على إنجاح العقد باعتباره مشروع مشترك والتخلي عن الأنانية التي تميز عادة سلوك الأطراف يفرض إحساس بالتضامن في العقد.

إلا أن هذا التوجه لم يحقق الإجماع وسط الفقه الذي يعتبر العقد مشروع شخصي يسعى كل طرف من خلاله إلى تحقيق مصلحته الشخصية ، وأن تعارض المصالح من شأنه خلق توازن افتراضي بين التزامات المتعاقدين .

الفرع الأول : تأسيس النظرية الحديثة للعقد على فكرة التضامن

تسعى النظرية الحديثة للعقد إلى إرساء فلسفة التضامن الاجتماعي الذي اعتبر ليون بورجوا أحد روادها حيث استقبل الفقه هذه الفلسفة وحاول تطبيقها على نظرية العقد من خلال إرساء واجب عام بالتعاون بين المتعاقدين والذي يحضا بتكريس قضائي متزايد.

أولا : التضامن الاجتماعي كأساس للنظرية الحديثة للعقد

يعود الأصل الفلسفي للنظرية الحديثة للعقد إلى فكرة التضامن الاجتماعي ، حيث عبر ليون بورجوا (Léon BOURGEOIS) في كتابه " التضامن " ، على هذه الفكرة بالقول : L'homme » ne devient pas seulement , au cours de sa vie , le débiteur de ses contemporains ; dès le jour même de sa naissance , il est un obligé . L'homme naît débiteur de l'association humaine . [2]

سرد ليون بورجوا هذه الفكرة في الباب المتعلق به بين الفرد تجاه المجتمع ومضمونها هو أن الفرد باعتباره يعيش في مجتمع يتمتع بحرية في تصرفاته ، هذه الحرية هي التي تجعل من الفرد مدين للمجتمع[3] ، بالتالي على القانون السهر من خلال قواعد آمرة على أن يقوم كل فرد بتسديد هذا الذين نحو المجتمع . [4]

---

[1] MEKKI Mustapha , « Les doctrines sur … , Op.cit . , p . 362

[2] BOURGEOIS Léon , Solidarité , Armant Colin , Paris , 1896 , p . 116 , in http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5533901g/f11.image/ Consulté le 15/03/2022

[3] Ibid , p . 101. « L'homme vivant dans la société , et ne pouvant vivre sans elle , est à toute heure un débiteur envers elle . Là est la base de ses devoirs , la charge de sa liberté . »

[4] Ibidem , p . 148. « Au reste , la seule proposition qu'il soit nécessaire d'établir est celle – ci : la loi positive peut assurer par des sanctions imperatives l'acquittement de la dette sociale , l'exécution de l'obligation qui résulte pour chacun des hommes de son état de débiteur envers tous . »

تعتبر فكرة التضامن على النحو السالف الذكر محور التفكير في النظرية الحديثة للعقد [1]باعتبار كل متعاقد ملزم بدين نحو المجتمع الذي يعيش فيه ؛ فحرية المتعاقد في إبرام العقد يقابلها التزام هذا المتعاقد نحو المجتمع ، بمراعاة مصالح المتعاقد الآخر باعتباره عنصرا في المجتمع الذي يدين له بالالتزام ، تبعا لذلك تقع على المتعاقد مجموعة من الالتزامات أو الواجبات ، انطلاقا من عدم الإضرار بالمتعاقد الآخر وصولا إلى التعاون معه من أجل تحقيق الغاية من إبرام العقد .

صاحب تطور فكرة التضامن العقدي انتقادات لمبدأ سلطان الإرادة ، مفادها أن الإرادة ليست لوحدها مصدرا للقوة الملزمة للعقد ، بل أن القانون هو من منح القوة الإلزامية للإرادة وبالتالي للعقد [2]وأن هذا الأخير يفقد قوته الإلزامية إذا فقد المصلحة الاجتماعية من إبرامه فلا يصح القول بأن العقد متوازن بمجرد اتجاه الإرادة إلى إبرامه وفق شروط معينة ، بل أن الإرادة اتجهت إلى إبرام العقد لأنه متوازن[3]، أي أن افتراض توازن العقد بمجرد أن الإرادة اتجهت إلى إبرامه لم بعد مسلم به ، بل أن الإرادة تتجه إلى إبرام العقد إذا كان متوازنا .

ثانيا : الفقه ودوره في إرساء فكرة التضامن الاجتماعي

تجسدت الوجهة التضامنية للنظرية الحديثة للعقد في الفقه على يد مجموعة من الفقهاء الفرنسيين على غرار ريمون ساليلاس (Raymond SALEILLES) اتيان لويس جوسران Etienne Louis) (JOSSERANDوروني ديموج (René DEMOGUE) ، حيث ساهم هؤلاء الفقهاء بأفكارهم في تطوير نظرية العقد ، تقوم على أساس واجب عام بالتعاون بين المتعاقدين .

1- احتضان الفقه لفكرة التضامن الاجتماعي:

يعبر الفقيه روني ديموج (Rene DEMOGUE) على فكرة التضامن بين المتعاقدين بالقول أن العقد شركة مصغرة يسعى كل شخص إلى تحقيق هدف مشترك ، يتشكل من مجموع الأهداف التربية التي يهدف لتحقيقها كل طرف ، تماما مثلما هو الحال في الشركة المدنية أو التجارية [4]الملاحظ هو أن هذا التصور المثالي للعقد هو أسمى معاني التضامن بين المتعاقدين ، إذ يرى الفقيه ديموج العقد كمشروع مشترك رغم تعارض مصالح الطرفين ، حيث تقترب هذه النظرة للعقد من تلك التي تعتبر جميع العقود هي عقود تعاون – إلا أن الوصول إلى هذه الدرجة من التضامن عرض فكرة الفقه ديموجإلى الانتقاد الشديد من طرف جانب

---

[1]JAMIN Christophe , Plaidoyer pour le solidarisme contractuel , in Le contrat au début du XXI siècle , Étude offerte à Jaques GHESTIN , LG.DJ. , Paris , 2001 , p . 446 . 2018

[2]JAMIN Christophe , Plaidoyer , Op.cit . , p .447 .

[3]JAMIN Christophe , Plaidoyer , Op.cit . , p . 448

[4]DEMOGUE René , Traité des obligations en générale (effets des obligations) , T6 , librairie Arthur Rousseau , Paris , 1932 , p . 9. « Les contractants forment une sorte de microcosme . C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun , absolument comme dans la société civile ou commerciale »

من الفقه [1]أما عن الفقيه ريموند ساليلاس (Raymond Saleilles) الذي يعتبر من الفقهاء البارزين في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20 ، فيرى ضرورة تفسير العقد بحسب هدفه الاجتماعي معتبرا إياه وسيلة للتضامن القانوني [2]من هذا الجانب ، تظهر الأهمية التي يكتسبها العقد من خلال الغاية الاجتماعية التي يهدف إلى تحقيقها ، هذه الغاية هي المبرر الذي تقوم عليه النظرية الحديثة للعقد للاعتراف بسلطة القاضي في التدخل من أجل إعادة التوازن للعقد .

تجدر الإشارة كذلك في صدد الحديث عن فكرة التضامن في العقد إلى الفقيه لويس جوسران Louis) (Josserandالذي دافع عن أفكار ونظريات تقوم أساسا على التضامن بين المتعاقدين [3]كنظرية الظروف الطارئة ، أو نظرة الميسرة ، أو إلزام رب العمل بتبرير إنهاء علاقة العمل بصفة منفرد ..... [4]، حيث يعتبر الفقيه جوسران العقد " ظاهرة اجتماعية قبل أن يكون وسيلة في يد الفرد.[5]

2- احتضان فكرة واجب التعاون بين المتعاقدين :

يظهر من خلال الأراء الفقهية السابقة أن الفقه المعاصر يسعى إلى إرساء أكثر تضامن بين المتعاقدين ، والذي سيفضي إلى الاعتراف بوجود واجب التعاون يتجاوز مجرد الامتناع عن الإضرار بمصالح المتعاقد الآخر ، بل يمتد إلى ضرورة العمل معه من أجل تحقيق هدف [6]، وسط جدل فقهي حول الصلة بين حسن النية وواجب التعاون موحد.

---

[1]سيتم التطرق إلى هذه الانتقادات عند دراسة الانتقادات الموجهة لفكرة التضامن الاجتماعي في الفرع الثاني من هذا المطلب

212[2] V.GHESTIN Jacques , LOISEAU Grégoire ... , Op.cit . , p . 300. « Saleilles , à la fin du XIX " " siècle préconise l'interprétation d'après le but social de ce procède de solidarité juridique » qu'est le contrat

[3]V. FENOUILLET Dominique , « Etiene- Louis JOSSERAND (1868-1941) » , Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique , N ° 17 , 1996 , p . 41

[4]215GHESTIN Jacques , LOISEAU Grégoire ... , Op.cit . , p .300 .

[5]JOSSERAND Louis , Cours de droit civil positif français , T2 , (Théorie générale des obligations . Les principaux contrats du droit civil . Les sûretés .) , 3eme éd . , Recueil Sirey , Paris , 1939 , p . 227. « Que les pouvoirs publics se préoccupent d'organiser le contrat . phénomène social et non pas seulement individuel , rien de mieux , notamment , il est desirable que le juge et Je législateur s'efforcent de protéger le plus faible contre le plus fort et d'assurer , par des » mesures préventives ou répressives , l'équilibre de l'opération

[6]في الواقع وأجب التعاون ليس غريب عن العقد في الواقع ، فبالرجوع إلى أصل الكلمة باللغة الفرنسية نجدها تتشكل من كلمتين cum وtrahereوالتي تعني tirer avec ، أي أن العقد هو الجر مع " بمعنى وحدة القوى مع الطرف الآخر للجر معه، راجع في هذا الصدد:

ثالثا : ا القضاء ودوره في ارساء واجب التعاون

استعان القضاء الفرنسي بصفة غير مباشرة بواجب التعاون ، وهو ما يمكن استخلاصه من بعض القرارات التي استندت فيها محكمة النقض الفرنسية من أجل فرض هذا الواجب إلى التزام الأطراف بتنفيذ العقد بحسن نية أو الالتزام بالإعلام الملقى على الطرفين .

1- تقرير واجب التعاون اعتماد على الالتزام بحسن النية:

اعتمدت محكمة النقض الفرنسية على الالتزام بحسن النية لفرض واجب التعاون على الطرفين ، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى قرار الغرفة التجارية في قضية تتلخص وقائعها أن شخص قام بإيداع سيارته القديمة لدى مصالح السيارات ، إلا أن تكلفة الأشغال بعد الانتهاء منها تجاوزت قيمة السيارة بحد ذاتها ، فرفض صاحب السيارة دفع قيمة الإصلاحات مبررا ذلك بأن مصلح السيارة لم يخبره بعدم نجاعة الإصلاحات ، واستجابت محكمة النقض لطلبات المدين معتبرة بأن مصلح السيارة باعتباره تقني متخصص ، ملزم بالإفضاء للمالك بعدم نجاعة إصلاحها بما أن تكلفة الإصلاحات تتجاوز قيمة السيارة . [1]

يتضح من هذا القضية أن محكمة النقض الفرنسية حملت مصلح السيارة مسؤولية بسبب عدم تبصير المالك حول قيمة الأشغال ، وعدم تنبيهه بعدم جدوى هذه الإصلاحات بما أن قيمة السيارة بعد إصلاحها أقل من قيمة تكلفة الإصلاح ، من هذا الجانب يبدو أن محكمة النقض حملت المهني المسؤولية بسبب عدم أخذه بعين الاعتبار مصلحة المتعاقد الآخر ولو على حساب مصلحته الشخصية تكريسا لواجب التعاون .

2- تقرير واجب التعاون اعتمادا على الالتزام بالإعلام :

استندت محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها إلى عيب الكتمان التدليسي لفرض واجب التعاون على الأطراف ، ومنها قرار للغرفة المدنية في قضية تتلخص وقائعها أن سيدة اشترت سيارة اتضح بعد إبرام العقد أنها تعرضت لحادث مرور ، فقامت بمقاضاة البائع (وهو مهني) بسبب عدم إعلامها بذلك ، وقد قضت محكمة النقض بمسؤولية البائع بسبب إخلاله بالتزامه بالإعلام ولو لم تثبت المشترية أن هذا الأخير قد تعمد إخفاء العيب في الشيء المبيع [2]

---

[1]Cass .Com . , 25 février 1981 , N° 79-15.227 , Bull . Civ . , N° 2 , 1981 , p . 83. « Attendu qu'en se déterminant ainsi , alors qu'en sa qualité de technicien spécialiste de la mécanique automobile , blondelet avait l'obligation professionnelle d'éclairer son client incompétent sur l'opportunité de réparations que celui – ci pouvait croire à tort efficaces ou avantageuses , la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa decision.

[2]Cass .Civ . 1 " 15 mai 2002 , N° 99-21.521 , Bull . Civ . N ° 5 , 2002 , p . 101. « Attendu que pour rejeter la demande , l'arrêt retient que Mme X ... ne rapportait pas la preuve de cette dissimulation : qu'en statuant ainsi , alors que le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son client et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation , la cour d'appel a violé le texte susvisé ; » 89

يظهر من خلال القرار أن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية ألزمت المهني بإعلام المتعاقد الأخر حول الشيء المبيع ومميزاته وكذا الكشف عن عيوبه ، وهو في قضية الحال تعرض السيارة لحادث مرور ، والملاحظ هو أن محكمة النقض فرضت على المهني واجب مساعدة المتعاقد الأخر دون البحث عن مدى توجه نيته إلى الإضرار بالمشترية ، ما يثبت بأن واجب التعاون لا يتوقف عند حد علم الإضرار بالغير ، بل يمتد إلى ضرورة بذل الجهد اللازم لمساعدة الطرف الآخر ، ولو كان ذلك على حساب المصلحة الشخصية للمتعاقد .

يسمح القرار السالف الذكر بالرد على جانب الفقه الذي لا يعترف بوجود توجه حديث لنظرية العقد ، معتبرين أن المبادئ التقليدية للنظرية كفيلة بحماية مصالح المتعاقد ، حيث أكدت محكمة النقض أن المهني مسؤول عن صمته ولو لم يتمكن المشتري من إثبات أن هذا الصمت كان تدليسيا ، وهذا إسقاط الشرط التزام المتعاقد بإثبات سوء نية الطرف الآخر والتوجه نحو أكثر موضوعية في النظرية الحديثة للعقد .

الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة النظرية الحديثة للعقد

تعرضت النظرية الحديثة للعقد للعديد من الانتقادات ، لأن الاعتراف بوجود واجب التعاون بين طرفين مصالحهما متعارضة يدخل في درب الخيال والمثالية ، وقد عبر المؤلفون [1]عن رفضه الفكرة التضامن في العقد بالقول Contracter , ce n'est pas entrer en religion , ni même communier dans l'amour de l'humanité , c'est essayer de faire ses affaires : » :

يظهر جليا انه لا يمكن إنكار أي وجود الواجب التعاون في العقد ، بل أن هذا الواجب هي الميزة الأساسية في ما يسمى به العقد التنظيم (le contrat – organisation) " مثلما الحال في عقد الشركة سواء كانت مدنية أو تجارية ، حين يتفق الشركاء عند إبرام العقد على العمل سويا من أجل تحقيق هدف مشترك [2]، إلا أن رافضوا واجب التعاون يرون صعوبة في فرض على الأطراف هذا الواجب في العقد – تبادل le) (contrat – echange، بحكم أن هذا النوع من العقود يقوم على المنافسة بين الطرفين بسبب تعارض المصالح التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها [3].

أبدى الفقه الرافض للنظرية الحديثة للعقد تحفظات عديدة على الأسس التي تقوم عليها ومنها واجب التعاون مستندين في آرائهم إلى بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية ، التي فضلت الأخذ بالمبادئ التقليدية النظرية العقد على حساب الضامن بين المتعاقدين.

---

[1]TERRE François , SIMLER Philippe , LEQUETTE Yves , Op.cit . , p .47 .

[2]DIDIER Paul , « Brèves notes sur le contrat – organisation » , in L'avenir du droit , mélanges en hommage à François TERRÉ , PUF – Dalloz – éditions du juris – classeur , Paris , 1999 , p.637 et s

[3]TERRE Francois , SIMLER Philippe , LEQUETTE Yves , op . cit . , p . 47

أولا : رفض إدراج واجب التعاون في نظرية العقد

وجه الباحثون [1]انتقادات لفكرة التضامن العقدي عامة ولواجب التعاون على وجه الخصوص ، من خلال اعتبار هذا الأخير من دون أساس قانوني ، كما أنه لا يوجد أي مبرر لوجود مثل هذا الواجب الذي قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الأفراد .

1- انعدام الأساس القانوني لواجب التعاون:

يعتبر انعدام الأساس القانوني لواجب التعاون أهم انتقاد تعرضت له فكرة التضامن في العقد فالأخوة بين أطراف العقد (la fraternité entre les contractants) التي ينبثق منها واجب التعاون غير ملموسة في الواقع ، بل أن الفكرة مستبعدة في مجال العقد في ظل التنافر الحاد بين المتعاقدين ، وتبقى المسافة بعيدة بين ما يرغب به المثاليين وما هو موجود على أرض الواقع [2]كما أن القانون يتفادى الاعتراف بهذه الواجبات المعنوية ، ولا يمكن له أن يفرض على المتعاقد أن يكون له إحساسا تجاه المتعاقد الآخر [3].

يشير الباحثون [4]إلى أن القانون لا يأخذ بعين الاعتبار الإحساس لا بالحب ولا بالكراهية طالما أن هذا الإحساس لا يأخذ وصف تصرف خارجي للمتعاقد ، رغم ذلك فلا يمكن إنكار أن هذا الإحساس سيلعب دور لا يستهان به عند تحليل سلوك الأطراف ، وهو ما يمكن التأكد منه بتحليل اجتهاد محكمة النقض الفرنسية ، التي تفصل في بعض النزاعات بناء على سلوك أحد الطرفين باعتباره مخالفا للالتزام بحسن النية ، دون أن يستعمل طرق احتيالية أو مخالفة للقانون ، بل لأنه تصرف بأنانية دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المتعاقد الآخر[5] ، ولا يمكن تجاهل د محكمة النقض الفرنسية في تطوير نظرية العقد ، وهو ما يجعل من إنكار أي دور لواجب التعاون في نظرية العقد أمر مستبعد .

يعتبر غياب المبرر القانوني لإدراج واجب التعاون في العقد من أهم الانتقادات الموجهة للنظرية الحديثة للعقد ، فضمير المتعاقد كفيل يمنع أي استغلال لضعف الطرف الآخر .

يظهر جليا مما سبق أن رفض واجب التعاون في نظرية العقد يقوم أساسا على غياب أي مظهر موضوعي لهذا الواجب والذي يندرج ضمن المثالية المفرطة ، وأن هذا النوع من الأفكار لا أساس لها من الصحة في

---

[1]LEVENEUR Laurent , Le solidarisme contractuel : un mythe , in Le solidarisme contractuel , S / D GRYMBAUM Luc et NICOD Marc , Economica , Paris , 2004 , p . 176

[2]LEVENEUR Laurent , Le solidarisme contractuel . , Op.cit . , p . 176. Que cette fraternité soit , dans l'idéal , souhaitable , c'est une chose . Qu'elle existe en réalité , et même qu'elle soit concevable , en pratique , c'en est une autre . »

[3]MEHANNA Myriam ,Op.cit . , p . 97. « Le droit ne s'intéresse nullement ni aux pensées ni aux sentiments intimes qui par essence ne peuvent être généralisés ou décrétés . Le sentiment d'amour envers l'autre ne peut être institué . »

[4]CORNU Gérard , L'art du droit en quête de sagesse , PUF , Paris , 1998 , p . 72 .

[5] V. JAMIN Christophe , Le procès du solidarisme contractuel : Brèves répliques , in Le solidarisme contractuel , S / D GRYMBAUM Lue et NICOD Marc , Op.cit . , p . 168 et s

واقع لا يعكس وجود واجب التعاون ، إلا أنه بالرجوع إلى تبرير الأستاذ ريبر ، نجده يعتمد على ضمير المتعاقد من أجل وضع حد لأنانيته وفي ذلك تعارض في الأفكار فبعدما أكد الأستاذ أن كل متعاقد كفيل بحماية مصالحه الشخصية وهو اعتراف صريح بأنانية المتعاقين ، فهو يعتمد من جانب آخر على ضمير المتعاقد لوضع حد لهذه الأنانية ، وهو مستبعد لأن الضمير يرتبط بعنصر معنوي آخر هو الأخلاق ، وأن الضمير باعتباره وصف متغير من معاق لأخر لا يمكن أن يكون معيارا موضوعيا لتقدير صحة سلوك الأطراف .

2- خطورة واجب التعاون على استقرار المعاملات :

أشار الباحثون [1]إلى الاضطرابات وعدم الاستقرار الذي سيخلقه واجب التعاون على العقد على اعتباره يبتعد كثيرا عن المعايير الموضوعية (standards normatifs) التي تضمن استقرار العقد ، بالتالي فإن إدراجه في النظرية سيفتح المجال أمام نوع من الاحتمال الناشئ عن تدخل القاضي لمراقبة مدى احترام الأطراف لهذا الواجب ، والذي سيؤدي لا محال إلى فقدان العقد للأمن القانوني الضروري لاستقرار المعاملات وزوال الثقة التي تمنحها القوة الملزمة العقد .

ثانيا : رفض الاجتهاد القضائي الفرنسي لفكرة التضامن الاجتماعي

استند الفقه الرافض للنظرية الحديثة للعقد إلى مجموعة من قرارات محكمة النقض الفرنسية أكدت . من خلالها الثبات على المبادئ التقليدية للعقد خاصة مبدأ القوة الملزمة للعقد ، ولإبراز ذلك يجب الوقوف على قرارين أساسيين .

المطلب الثاني

المحافظة على الفعالية الاقتصادية للعقد من خلال التوازن الموضوعي

يعتبر التوازن الموضوعي أحد مواطن الخلاف الهامة بين النظرية التقليدية والحديثة للعقد ، حيث رفضت النظرية التقليدية أي تقدير موضوعي للتوازن العقدي على اعتبار أن هذا الأخير سيؤدي إلى الحد من مبدأ سلطان الإرادة ، والتي تعتبر كفيلة من أجل ضمان توازن على النحو الذي يريده الأطراف.

إلا أن النظرية الحديثة وضعت التوازن الموضوعي للعقد في مركز محل اهتمامها ، معتبرة أن الإرادة في ظل عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين لم تعد كفيلة لضمان مصالح الأطراف مما يبرر ضرورة تدخل القاضي من أجل حماية مصالح الطرف الضعيف في العقد .

---

[1]RIPERT Georges , La règle morale dans les obligations civiles , 4eme éd . , L.G.DJ. , Paris , 1949 , p . 89 298 MALAURIE Philippe .Op.cit . , 2016 , p . 253 / LEVENEUR Laurent ,Op.cit . , p .186 .

الفرع الأول رفض النظرية التقليدية للعقد لفكرة التوازن الموضوعي

تقوم فكرة التوازن الموضوعي على اعتبارات خارجة عن العقد والمتعاقدين ، إذ يتم مقارنة الالتزامات الملقاة على كل طرف من حيث الكم والكيف من أجل القول ما إذا كان العقد متوازن [1]، هذا التوجه يتعارض مع فكرة التوازن المجرد الذي تبنته النظرية التقليدية ويشكل خطورة على المبادئ التي تقوم عليها هذه الأخيرة وهو ما قد يفسر رفض مختلف التشريعات للتوازن الموضوعي كقاعدة عامة في نظرية العقد .

أولا : تعارض التوازن الموضوعي مع توجه النظرية التقليدية للعقد

تعتبر النظرية التقليدية إشكالية توازن العقد من دون أهمية كبيرة ، لأن توازن العقد ينبثق من إرادة المتعاقدين لا من عوامل خارجية مثلما يسعى إليه التوازن الموضوعي فتوازن العقد في ظل النظرية التقليدية توازن مجرد متصل بإرادة المتعاقدين ، وأي تدخل خارجي سيتعارض بالضرورة مع مبدأ سلطان الإرادة .

1- اعتماد النظرية التقليدية للعقد على فكرة التوازن المجرد:

يعتبر تكافؤ المراكز القانونية المتعاقدين مفترض في ظل النظرية التقليدية ، فينظر إلى الفرد بنظرة شاملة كعنصر في المجتمع دون الأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية لكل فرد على حدا [2] ، ومن هذا المنطلق وبناء على المساواة المفترضة لأطراف العقد[3]، فإن هذه المساواة كفيلة لتحقيق توازن التزامات المتعاقدين .

عبر الفقيه ألفريد فوييه (Alfred FOUILLEE) عن الفكرة السالفة الذكر بالقول أن " من يقول عقد فيقول عدل " [4]، وهي عبارة يستعملها جل الباحثين الذين يساندون حرية التعاقد ويرفضون أي تدخل من القاضي من أجل البحث عن توازن آخر للعقد عدي الذي أراده المتعاقدين ، فالمتعاقد لن يقبل بإبرام العقد إلا إذا كانت مصلحته محققة.. [5]

---

[1] عسالي عرعارة ، **التوازن العقدي عند نشأة العقدة أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون** ، جامعة الجزائر 1 ، 2015 ، ص 4

[2] LEVY Florence , l'égalité contractuelle , mémoire déposé en vue de l'obtention du diplôme de maitrise en droit , institut de Droit comparé , université Mc GILL , Montréal , 1994 , p . 245

[3] V. FILLALI Ali , « Le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats » . Les Annales de l'Université d'Alger 1. N ° 27 , tome II , juillet 2015. p34 .

[4] FOUILLEE Alfred , La science sociale contemporaine , 2 ne éd . , Librerie Hachette et Cte , Paris , 1885 , p . 410. « L'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice , car qui dit organisme dit fraternité et qui dit contractuel dit juste »

V. ROLLAND Louise , « Qui dit contrat dit juste > (fouillée) … en trois petits bonds a reculons » , Revue de droit Mc GILL , N° 4.2006 , p . 767

[5] الشوابكة حازم سالم محمد ، **نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد** ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2009 ، ص 16

يرى جانب من الباحثين [1]أن ما قصده الفقيه فوبيه من خلال استعمال هذه العبارة هو أن العقد عادل منذ إبرامه ، لأن حرية التعاقد تجعل بالضرورة من العقد متوازن ، فالإرادة الحرة للأطراف تمنح للعقد توازن مجرد في ظل تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين ، وهذا التوازن مسألة شخصية لا يمكن لأي طرف خارجي عن المتعاقدان التدخل فيها بأي وجه كان.[2]

2- تعارض التوازن الموضوعي للعقد مع مبدأ سلطان الإرادة :

تجعل فكرة الفقيه فوبيه مبدأ سلطان الإرادة في مركز اهتمامها ، إذ يهدف المبدأ إلى تحرير العقد من أي تبعية وجعل المتعاقدين دون غيرهما من يتحكم في مضمونه [3]فسلطان الإرادة كان حاجزا منيعا أمام النظريات التي تهدف إلى التحكم في العقد باسم عدالة مثالية تتحقق خارج إرادة الأطراف ، من هذا الجانب يظهر تعارض بين سلطان الإرادة والتوازن الموضوعي ، على اعتبار أن هذا الأخير يعتمد التقدير توازن العقد على معايير موضوعية قد لا تتناسب مع ما أراده الأطراف [4].

يتعارض كذلك التوازن الموضوعي للعقد مع النتائج المترتبة عن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ومن بينها أن العقد هو تطابق إرادتين ، لأن تدخل القاضي لتعديل العقد بحثا عن التوازن الموضوعي ، يؤدي في الحقيقة إلى فرض عقد جديد على المتعاقدين لم يتفقا عليه ليصبح العقد لا يشكل تطابق إرادتي أطرافه .

تعرضت فكرة التوازن المجرد للعقد لانتقادات كثيرة بسبب تأسيسها توازن العقد على مبدأ سلطان الإرادة ، لأن هذا التبرير لن يكون صحيحا إلا في حالة تجسيد مطلق الحرية المتعاقد عند التعبير عن إرادته ، في ظل تكافؤ تام في المراكز القانونية للمتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا الوضعمستحيل الحدوث في الواقع بالنظر إلى التباين بين أفراد المجتمع باختلاف الطبقات الاجتماعية التي ينتمون إليها ، هذه الطبقية ستؤدي لا محال إلى تبعية بعض الأفراد للبعض الآخر.

ثانيا : خطورة التوازن الموضوعي للعقد على النتائج المترتبة عن الحرية التعاقدية

يشكل التوازن الموضوعي للعق خطرا على النتائج المترتبة عن الحرية التعاقدية وهي من جهة مبدأ الفردية (l'individualisme)والذي يعتبر الفرد هو مركز اهتمام القانون ، ومن جهة أخرى اللبرالية وهي الحرية التي تضمن للفرد الوصول إلى تحقيق مصالحه الشخصية من إبرام العقد.

1 - خطورة التوازن الموضوعي للعقد على المذهب الفردي :

يعتبر المذهب الفردي :

عنصر أساسي في البناء الفكري التقليدي للعقد ، الذي يعتبر الفرد المصدر الوحيد للحقوق والالتزامات من خلال تصرفاته القانونية ، فالمذهب الفردي يجعل من الشخص مركز الاهتمام باعتباره موضوع وغاية

---

[1]V. HUYGENS Audrey , La violence économique , mémoire pour l'obtention du diplôme de DEA , école doctorale Lille 2. 2001 , p . 13. c … la liberté du vouloir faisait présumer de la justice du contrat …

[2]ROLLAND Louise ,Op.cit . , p . 4

[3]Ibid

[4]FIN – LANGER Laurence . L'équilibre contractuel , L.G.DJ. , Paris , 2002 , p . 36

القانون ، وفي آن واحد المصدر الوحيد لجميع الحقوق [1]، من هذا المنطلق ، فإن الأخذ بالتوازن موضوعي في العقد هو مزاحمة للفرد ، لأن التوازن الموضوعي يفترض تدخل القاضي لإعادة التوازن للعقد ، بالتالي يصبح للقاضي بالإضافة إلى سلطة إعادة النظر فيما اتفق عليه الأطراف ، سلطة فرض التزامات أو منح حقوق لطرفي العقد دون أن يتم الاتفاق على ذلك مسبقا . [2]

يشكل التوازن الموضوعي للعقد خطر كذلك على المذهب الفردي لأنه يعيد النظر في المبادئ التي يقوم عليها هذا الأخير ، فتدخل القاضي للبحث عن التوازن الموضوعي للعقد سيؤدي بالضرورة إلى حماية الطرف الذي لا يستطيع الدفاع أو المحافظة على مصالحه بنفسه على حساب الطرف الآخر ، وهذا ما يتنافى مع التكافؤ بين الأفراد من حيث المراكز القانونية الذي يعتبر حجر الزاوية في المذهب الفردي ..

2- خطورة التوازن الموضوعي للعقد على مبدأ اللبرالية:

تظهر خطورة التوازن الموضوعي للعقد من هذا الجانب على الحرية التعاقدية والتي تضمن للمتعاقد فرصة الوصول إلى تحقيق مصالحه الشخصية عبر إبرام العقد ، إلا أن إدراج التوازن الموضوعي كمبدأ يحكم نظرية العقد سيؤدي بالضرورة إلى التقليص من دور هذه الحرية عن طريق فرض توازن مالي معين ، فتدخل المشرع مثلا لتحديد أسعار بعض السلع أو من أجل التعديل من التزامات الأطراف في حالة اختلال التوازن المالي للعقد يعتبر مساس بحرية المتعاقد في تحديد المحل ، وبالتالي – حسب وجهة نظر أنصار اللبرالية هو مساس بمصلحة المتعاقد[3]

ثالثا : تباين التشريعات المقارنة في الاعتراف بالتوازن الموضوعي للعقد.

يظهر تردد مختلف التشريعات المقارنة على تبني فكرة التوازن الموضوعي في النظرية العامة للعقد ، بالرجوع لبعض النصوص القانونية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة .

1- الرفض الصريح للتشريعات المقارنة لفكرة التوازن الموضوعي للعقد :

ظلت مختلف التشريعات ولمدة طويلة رافضة لإرساء قاعدة عامة تضمن تكافؤ التزامات المتعاقدين من الناحية المالية ، هذا ما يمكن استخلاصه مثلا من نص المادة 1168 من التقنين المدني الفرنسي[4]، والتي لا تعترف بالتوازن الموضوعي لالتزامات المتعاقدين كسبب لإبطال العقد[5] ، كما يمكن كذلك الاستدلال بنص

---

[1] FIN – LANGER Laurence ,Op.cit . , p . 43

[2] Ibid . , p . 44

[3] FIN – LANGER Laurence ,Op.cit . , p . 48

[4] Article 1168 du Code civil français : « Dans les contrats synallagmatiques , le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat à moins que la loi n'en . dispose autrement . »

[5] LARROUMET Christian et BROS Sarah , Traité de droit civil T3 les obligations – Le contrat– , geme éd . , Economica , Paris , 2016 , p . 389

المادة 1112 فقرة 2 [1]من التقنين نفسه والتي تفرض على كل طرف التزام عام بالإعلام ، إلا فيما يتعلق بقيمة السلعة أو الخدمة محل العقد ، والتي يترك لكلا الطرفين الحرية المطلقة في الاتفاق عليها .

2- ابطال العقد على اساس الغبن والاستغلال:

يظهر بيع العقار وفق النص المادة 358 من التقنين المدني [2]، وقد حدد المشرع الجزائري مقدار الغبن بخمس المن عند تاريخ إبرام العقد ، ويبدو أن حصر الغبن في عقد بيع العقار وعدم تمديده إلى العقود الأخرى المتداولة يوميا بين الأفراد ، دليل على رفض المشرع التدخل من أجل فرض قاعدة عامة التكافؤ الالتزامات بين المتعاقدين ، تاركا بذلك حرية للأطراف لتحديد ما هو متوازن مما هو غير ذلك .

الفرع الثاني: اعتماد النظرية الحديثة للعقد لفكرة التوازن الموضوعي

تعرضت الأفكار التي يقوم عليها المذهب الفردي إلى انتقادات عديدة بسبب عدم تناسبها مع الواقع ، إذ أن التطورات الحديثة للمجتمع أظهرت عدم التكافؤ بين الأطراف من حيث القوة الاقتصادية أو المعرفة التقنية في بعض الحالات [3]، ما يؤدي إلى اختلال في المراكز القانونية للمتعاقدين ، هذا الواقع جعل من النظرية الحديثة للعقد تضع فكرة التوازن الموضوعي كأحد المحاور الهامة التي يجب التطرق إليها ، بالنظر إلى الاختلال المستمر والمتزايد بين التزامات المتعاقدين في ظل الحرية التعاقدية ، وذلك عن طريق السماح للمشرع أو القضاء بالتدخل من أجل حماية الطرف الذي يعتبر العقد مضرا بمصالحه إما عن طريق إلغاء مفعول القوة الملزمة للعقد أو تعديل التزامات المتعاقدين على نحو يحقق نوع من التوازن الموضوعي بين الالتزامات [4].

أولا : عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين

أضحى في الوقت الراهن عدم تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين حقيقة يجب معالجتها من الناحية القانونية ، وقد تتعدد أسباب هذا الاختلال الذي يشكل خطرا حقيقيا على مصالح الأطراف المتعاقد

ثانيا : تدخل المشرع والقضاء حماية للطرف الضعيف: وهذا من خلال الغاء مفعول القوة الملزمة للعقد أو تعديل التزامات المتعاقدين

---

[1]Article 1112-1 paragraphe 2 du Code civil français : « Néanmoins , ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation

[2]مادة 358 من التقنين المدني على : " إذا بيع عقار بغين يزيد عن (1/5) الخمس ، فللبائع الحق أن يطلب تكملة الأمن إلى أربع (4/5) أخماس ثمن المثل

[3] CADIET Loic , Une justice contractuelle , l'autre , in Le contrat au début du XXe siècle , Étude offerte à Jaques GHESTIN , L.G.DJ. , Paris , 2015 , p . 178 . 265

[4]CARBONNIER Jean , Droit civil : les biens .... Op.cit . , p . 2049

المبحث الثاني

أزمة النظرية التقليدية للعقد

لاحت في الأفق أزمة النظرية التقليدية للعقد ، تتمثل أساسا في عدم قدرة ا ـ ـ بمضمونها التقليدي على ضمان المصلحة الاجتماعية التي كان من المفروض أن يحققها العقد ، إذ تحول هذا الأخير من وسيلة لتلبية الحاجات وتبادل المصالح بين أفراد المجتمع إلى وسيلة لكسب الثروة وتحقيق المصلحة الخاصة على حساب المصلحة الاجتماعية ، ما جعل التدخل من أجل إعادة الأمور إلى نصابها أكثر من ضروري [1]، في خطوة أعادة النظر في مفهوم العقد .

تتجلى أزمة النظرية التقليدية للعقد من خلال تيلور بعض المفاهيم الأساسية التي كانت قوام لها كمفهوم النظام العام الذي عرف تطورا كبيرا يتمثل في ظهور مفاهيم جديدة تخرج عن مفهوم النظام العام السياسي التقليدي ، والتي سمحت للقاضي بتبرىز نخله في العقد.

بغض النظر عن تيلور المفاهيم التقليدية ، أصبح في الوقت الراهن الخروج على المبادئ التوجيهية لنظرية العقد أمر مقبول ، في حين كان يعتبر ذلك مستبعد في ظل النظرية التقليدية حيث استغل القضاء الفرنسي السلطة الممنوحة له بتفسير العقد من أجل فرض التزامات حديثة على المتعاقدين ، كما أدى ظهور النظام العام بمفهومه الجديد إلى تدخل القاضي للحد من القوة الملزمة للعقد في بعض الحالات .

المطلب الأول

مفهوم النظام العام

تزامن ظهور النظرية الحديثة للعقد مع تيلور بعض مفاهيم النظرية التقليدية ومنها مفهوم النظام العام الذي بات من القيود الأولى التي وضعت من طرف المشرع للحد من حرية المتعاقدين في تنظيم العلاقة التعاقدية.

إلا أن الآونة الأخيرة حملت العديد من التطورات الفقهية والقانونية للمفهوم ، حيث لم يتوقف المدلول القانوني للنظام العام عن التبلور حتى في الزمن المعاصر ، أين أصبحت الاستعانة بالمفاهيم الحديثة للنظام العام لتبرير التدخل القانوني والقضائي للتقليص من الحرية التعاقدية أو الحد من القوة الملزمة للعقد شاع .

الفرع الأول: النظام العام قيد على حرية التعاقد

يعتبر النظام العام من بين أهم القيود التقليدية للحرية التعاقدية ، حيث اعترفت مختلف التشريعات بهذا القيد (أولا) ، إلا أنه لم يرد أي تعريف للنظام العام في النصوص القانونية (ثانيا) على اعتبار أن مهام وضع التعاريف من اختصاص الفقه وليس التشريع .

أولا : اعتراف مختلف التشريعات بالنظام العام والآداب العامة

اعترفت مختلف التشريعات المقارنة بالنظام العام كقيد عن الحرية التعاقدية ، فقد أكدت المادة 93 من التقنين المدني الجزائري[2] فيما يتعلق بركن المحل على قيد النظام العام بالنص على أنه إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلان مطلق ، كما نص المشرع

---

[1] العشماوي أيمن ابراهيم، **مفهوم العقد وتطوره**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002. ص155.

[2] وهي تقريبا نفس مضمون المادة 136 من اللقنين المدني المصري

الجزائري على القيد نفسه في ركن السيب من خلال المادة 97 من التقنين المدني [1]بالنص على أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف النظام العام أو للآداب كان العقد باطلا .

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري اعترف بالنظام العام كقيد عند تطرقه لنظرية العقد ، في حين نجد بعض التشريعات اعترفت بالنظام العام والآداب العامة في مستهل قوانينها عند التطرق إلى المبادئ العامة ، هذا إن دل على شيء إنما يدل على اعتبار هذه التشريعات النظام العام والآداب من المبادئ التي تحكم ذات القانون بمجمله ، في هذا الصدد منع التقنين المدني الفرنسي في المادة 6 [2]أي اتفاق بين الأفراد من شأنه المساس بالقواعد المتعلق بالنظام العام والآداب.

كما اعتبرت بعض التشريعات النظام العام والآداب العامة مبادئ لا يمكن خرقها ليس فقط في مجال العقد ، بل وحتى في ممارسة الفرد لحقوقه أو التنازل عليها ، وهو حال المشرع الكبكي في نص المادتين 8 [3]و 9 [4]من القنين المدني .

ثانيا : مختلف محاولات تعريف النظام العام

ترك المشرع مهمة تعريف النظام العام للفقه ، إلا أنه من الصعب بما كان التحكم في هذا المفهوم اللج ، إذ من العسير إدخاله في وعاء ذو حدود معروفة [5]، فالبحث عن تعريف للنظام ، غير أنه رغم هذه العام هو المغامرة في رمال متحركة مثلما أشار إلى ذلك أحد الباحثين [6]الصعوبة يمكن الوقوف على العديد من

---

[1]وهي تقريبا نفس مضمون المادة 137 من القتين المدني المصري

[2]Article 6 du Code civil français stipule que : « On ne peut déroger , par des conventions particulières , aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes mœurs>>

[3]Article 8 du Code civil québécois stipule que : « On ne peut renoncer à l'exercice des droits civils que dans la mesure où le permet l'ordre public .>>

[4]Article 9 du Code civil québécois énonce que : « Dans l'exercice des droits civils , il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté ; il ne peut cependant , être dérogé à celles qui interessent l'ordre public

[5]CARBONNIER Jean , Droit civil les biens … Op.cit . , p . 2037./ GHESTIN Jacques , LOISEAU Grégoire , SERINET Yves – Marie , Op.cit . , p .380 .

[6]MALAURIE Philippe , Les contrats contraires à l'ordre public (étude de droit civil comparée) – France , Angleterre , URSS– thèse pour le doctorat , université de Paris , 1951 , p . 2. « Chercher à définir l'ordre public , c'est s'aventurer sur les sables mouvants … >>

التعاريف الفقهية للنظام العام ، فيرى أحد الباحثين [1]مجموعة من المبادئ والأسس الضرورية التعايش أفراد الجماعة فيما بينهم فيما شبه الأستاذ Yves LEQUTTE النظام العام بالصخرة التي يبنى عليها المجتمع . [2]

الفرع الثاني: مساهمة النظرية الحديثة للعقد في بلورة مفهوم النظام العام

يعتبر عجز القواعد التقليدية النظرية العقد على حماية مصالح الأطراف السبب الرئيسي في ظهور مفاهيم متعددة للنظام العام ، في ظل تطور المجتمع على نحو لم يعد تكافؤ المراكز القانونية للأطراف مفترض ، ما أدى إلى خلق نوع من التبعية لأحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر ، هذا الوضع أدى إلى استحداث مفاهيم جديدة للنظام العام ، بازدواجية من حيث المضمون.

أولا : ظهور مفاهيم جديدة للنظام العام

ان عجز المبادئ التقليدية لنظرية العقد لم يوفر الحماية اللازمة لمصالح الأطراف المتعاقدة إلى ظهور ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي ، والذي يتميز بخصائص غير تلك المعروفة في النظام العام التقليدي .

1- النظام العام بأولويات جديدة:

ظهرت فكرة النظام العام الاقتصادي في ظل عجز المبادئ التقليدية لنظرية العقد (سلطان الإرادة على وجه الخصوص في حماية مصلحة بعض فئات المجتمع ، فنشأت فكرة تدخل الدولة من أجل توجيه العقد على نحو يضمن الغاية الاجتماعية من إبرامه [3][4]، وتوفير الحماية اللازمة للمتعاقد الذي يتواجد في مركز ضعف بالنظر إلى القوة التي يتمتع بها الطرف الآخر [5].

يظهر من كلام الفقيه ريبر أن النظام العام التقليدي ترك حرية للأفراد في تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد الذي يرغبون في إبرامه من حيث الكم ، لكن هذه الحرية تترك مكانها التنظيم قانوني مفصل يتكفل ببيان كيفية الوصول إلى الميتغي من إبرام العقد ، على نحو موحد لا يمكن للأفراد الانحراف عنه ، بالتالي ينشأ نظام عام بصيغة جديدة لإجبار المتعاقدين على التصرف بطريقة معينة من أجل تحقيق الهدف من إبرام العقد، فظهر نظام عام جديد آمر يختلف عن النظام العام التقليدي المعروف بأنه نظام عام التقنين نفسه، التي

---

[1]عيساوي عز الدين ، " البحث عن نظام عام النظام العام " ، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة المنعقد يومي 07 و 08 ماي 2014 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية ، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة بجاية ، عدد خاص 2015 ، ص 375 .

[2]LEQUETTE Yves , ouverture » , in colloque sur « les mutations de l'ordre public contractuel , Paris , 9 mai 2011 , R.D.C. , N°1 , 2012 , p . 262 .

[3]فاضل خديجة ، **عيمة العقد** ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون جامعة الجزائر 1 ، 2015 ، ص 21

[4]TERRE François , SIMLER Philippe LEQUETTE Yves , Op.cit . , p .427 .

[5]RIPERT Georges , « L'ordre économique et la liberté contractuelle » , in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny , T2 (les sources générales des systèmes juridiques actuels) , Recueil Sirey , Paris , 1934 , p . 348

تمنح للمالك أو الحائز الحرية التامة في التمتع بالملكية أو الحيازة على الوجه الذي يرغب به في ظل احترام القانون والنظام العامه. [1]

2- خصائص النظام العام الاقتصادي:

يظهر التغير الحاصل في النظام العام التقليدي من خلال بعض الخصائص التي يتميز بها النظام العام الاقتصادي ومنها خاصية عدم الاستقرار والصيغة الأمرة التي يستقل بها عن النظام العام التقليدي .

أ- خاصية عدم استقرار النظام العام الاقتصادي .

ب- قيام النظام العام الاقتصادي على أولويات جديدة

ت-النظام العام الاقتصادي نظام عام آمر

ثانيا : ازدواجية مضمون النظام العام الاقتصادي

ميز الفقيه كاربونييه بين نوعين من النظام العام الاقتصادي ، بحسب الغاية من إقراره في هذا الصدد قد يكون الهدف من النظام العام توجيه اقتصاد الدولة نحو اتجاه معين ، في هذه الحالة بالنظام العام التوجيهي ، في حين قد يهدف النظام العام إلى حماية طائفة من الأفراد بحسب مراكزهم القانونية ، فيسمى بالنظام العام الحمائي[2]وفي كلتا الحالتين يتدخل المشع من أجل وضع حد للحرية التعاقدية ، وتظهر أهمية التمييز بين النظامين بالنسبة للأثر المترتب عن الإخلال بكل واحد منهما .

المطلب الثاني

الخروج الواضح عن المبادئ التقليدية لنظرية العقد

بغض النظر عن الانتقادات الموجهة للمبادئ التي تقوم عليها حسن النية ، فإن الاعتقاد بأن الإرادة وحدها كفيلة على ضمان توازن مصالح المتعاقدين اعتقاد ساذج ، لأنه لا يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة إلا إذا كان أطراف العقد على نفس الدرجة من الذكاء وفي نفس المركز القانوني من حيث القوة الاقتصادية مثلا ، إلا أن هذه المساواة صعبة إن لم نقل مستحيلة التحقق .

أدى عجز النظرية التقليدية للعقد على ضمان استمرارية هذا الأخير إلى تدخل المشرع في العديد من الحالات من أجل ضبط العلاقة التعاقدية ، ما أدى إلى انفلات العقد من السلطة المطلقة الإرادة للأطراف ، نحو تزايد للتدخل التشريعي والتنظيمي في المضمون العقدي .

من جانب آخر ، وضعت النظرية الحديثة للعقد العديد من الآليات من أجل التدخل في مرحلة تنفيذ العقد وبالتالي التقليص من حدة قوته الملزمة ، سواء كان ذلك لإعادة التوازن الاقتصادي أو لحماية أحد الطرفين بالنظر إلى مركزه القانوني .

---

[1] بلميهوب عبد الناصر ، " النظام العام في القانون الخاص : مفهوم متغير ومتطور " ، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة المنعقتيومي 07 و 8) ماي 2014 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية ، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة بجاية ، عدد خاص ، 2015 ، ص 388

[2] CARBONNIER Jean , Droit civil , les biens … , Op.cit . , pp . 2038-2039 .

الفرع الأول: الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة

تتعدد المصالح التي تحظى بالحماية القانونية على درجات متفاوتة ، تجعل من البعض منها أجدر للحماية من البعض الآخر ، لتشكل هذه المصالح هرم قمته المصلحة العامة للمجتمع والتي تعتبر أسمى المصالح الجديرة بالحماية ، لذلك يتدخل القانون في العديد من الحالات من أجل الحد من حرية التعاقد مراعاة لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع.[1]

تزايدت مظاهر الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة يسيب تطور مفهوم النظام العام الاقتصادي بنوعيه (التوجيهي والحمائي) حيث نتج عن ذلك التقليص من الحرية التعاقدية للأفراد بطرق وأوصاف مختلفة[2]، سواء كان عن طريق إلزامية التعاقد أو التقليص من حرية اختيار الشخص المتعاقد معه أو التدخل في المضمون العقدي .

أولا : إجبارية التعاقد

تظهر إجبارية التعاقد من بين القيود الحديثة الأكثر تأثيرا على الحرية التعاقدية [3]، حيث يتم إجبار الأفراد على إبرام عقد دون ترك أي مجال لإرادة المتعاقد في ذلك ولم يكن يتصور في ظل النظرية التقليدية للعق وجود مثل هذا الفيد ، على اعتبار أن حرية الفرد في التعاقد من عدمه تكرس مصلحته الشخصية ، إلا أن تطور الحياة الاجتماعية وخاصة زيادة المخاطر الصناعية أجبرت المشرع على فرض بعض العقود .

ثانيا : التقليص من حرية اختيار الشخص المتعاقد معه

يعتبر الحق في اختيار المتعاقد الآخر من النتائج المترتبة عن حرية التعاقد ، إلا أن النظرية الحديثة قلصت من هذا الحق وهو ما يمكن الوقوف عليه من خلال بعض النصوص القانونية والاجتهاد القضائي . [4]

ثالثا : التدخل في المضمون العقدي

يعتبر التدخل في المضمون العقدي أحد القيود الحديثة الأكثر انتشارا من الناحية العملية ، حيث تعددت مظاهر تدخل المشرع أو السلطة التنفيذية وحتى القاضي في المضمون العقدي ، ما أدى إلى إعادة النظر في العديد من الأفكار السائدة في ظل الظرية التقليدية . [5]

---

[1] MekkiMustapha , L'intérêt général et le contrat (contribution a une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé , L.G.DJ. , paris , 2004. p . 1La hiérarchie sied bien la notion d'intérêt général conçu traditionnellement comme s'imposant , voir s'opposant aux intérêts » particuliers

[2] V. RAHAL Mohamed , Essaie sur les atteintes à la liberté contractuelle , thèse de doctorat en droit , université de Paris , 1951 , PP . 35-37

[3] حمدي محمد إسماعيل سلطح، **القيود الواردة على مبدأسلطان الإرادة في العقود المدنية**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، .2007، ص77.

[4] لطروش أمينة ، **رفض البيع ورفض أداء الخدمات (دراسة مقارنة)** ، منكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق جامعة وهران ، 2012 ، ص 3

[5] جميعي حسن عبد الباسط، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة، .1991

ويبدو جليا أن تطور فكرة النظام العام ساهم بشكل كبير في التضخيم من عدد التدخلات التشريعية أو القضائية للتحكم في المضمون العقدي.

الفرع الثاني: التخفيف من حدة القوة الملزمة للعقد عند التنفيذ

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد أساس الثقة التي يضعها المتعاقد في العقد ، غير أن النظرية الحديثة للعقد بررت العديد من حالات الخروج عن المبدأ بضرورة حماية مصلحة أحد الأطراف ، إذ تدخل المشرع في بعض الحالات والقضاء في حالات أخرى للتخفيف من حدة القوة الملزمة للعقد .

أولا : التدخل التشريعي للتخفيف من مبدأ القوة الملزمة للعقد

تحل المشرع في العديد من الحالات للتخفيف من حدة مبدأ القوة الملزمة للعقد ، ولعل نظرية الظروف الطارئة المعترف بها في التقنين المدني في نص المادة 107 فقرة 3 أحد ابرز هذه الحالات 198 ، إلا أنها ليس الوحيدة ، إذ تجدر الإشارة في هذا المقام لفترة الميسرة والتعديل من الشرط الجزائي كصور سعى من خلالها المشرع إلى التعديل من مضمون العقد librement entre les .

ثانيا : التدخل القضائي للتخفيف من حدة القوة الملزمة للعقد

بالإضافة إلى التدخل التشريعي على النحو السالف الذكر ، فإن ما زاد من الأمر تعقيدا هو التوجه العام للاجتهاد القضائي الفرنسي على وجه الخصوص) إلى الزيادة من التدخل في العقد إلى درجة أن هذا الأخير أصبح اليوم يتسم بنوع من عدم الاستقرار .

يعتبر عقد العمل من بين العقود التي يكثر فيها التدخل القضائي للتخفيف من القوة الملزمة للعقد ، لاعتباره عقد يربط بين طرفين ذات مراكز قانونية متباينة ، وهو ما يفتح المجال إلى ظهور التزامات متفاوتة تستوجب تنل القاضي لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية كلما اقتضى الأمر ذلك .

الخاتمة:

مما سبق يمكن القول بأن العقد يعيش أزمة في ظل التطورات الحديثة ، والذي عرف تشكيك في قدرة المبادئ التقليدية للنظرية في ضمان استمرارية العقد ، في ظل التحديات التي يفرضها التطور السريع للمجتمع ، والواقع هو أنه لا يمكن تصور العقد في الوقت الراهن من دون الأفكار الحديثة للنظرية والتي تسعى إلى أخلقة الروابط العقلية والمحافظة على مختلف وظائفه .

يعتبر الالتزام بحسن النية الوسيلة التي تتجسد بها الأفكار الحديثة للعقد ، رغم محاولة التقليل من أهمية هذا الالتزام من خلال فصله عن بعض المفاهيم المشابهة لها ، لكن الواقع يعكس بوضوح أن جميع الأفكار الحديثة في العقد كالتوازن الموضوعي أو الالتزام بالنزاهة في المعاملات أو حتى بعض الواجبات كواجب التعاون كا تشق من الالتزام بحسن النية .

أصبح الالتزام بحسن النية حجر الزاوية في النظرية الحديثة للعقد ، وقد امتد أثره إلى جميع مراحله سواء السابقة عن الإبرام أو مرحلة التنفيذ ، حيث يسعى الالتزام بحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد إلى معالجة التباين في مراكز القوى بين المتعاقدين سواء من الناحية الاقتصادية أو المعرفية .

في حين يهدف الالتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد إلى حماية التوقعات المشروعة المنتظرة من إبرام العقد ، والعمل على ضمان أكبر فعالية العقد بالنسبة للطرفين ، لأن العقد المتوازن عند إبرامه قد يصبح غير ذلك عند تنفيذه سواء بسوء نية المدين الذي سيعمل على تنفيذ العقد بأقل تكلفة ممكنة ، أو بسبب أجنبي عن المتعاقدين .

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1. جميعي حسن عبد الباسط، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
2. حمدي محمد إسماعيل سلطح، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
3. الشوابكة حازم سالم محمد ، **نطاق سلطة القاضي في تعديل العق** ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة عين الشمس ، 2009 .
4. عسالي عرعارة ، **التوازن العقدي عند نشأة العقدة أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون** ، جامعة الجزائر 1 ، 2015 .
5. العشماوي أيمن ابراهيم، **مفهوم العقد وتطوره**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
6. عيساوي عز الدين ، " البحث عن نظام عام النظام العام " ، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة المنعقد يومي 07 و 08 ماي 2014 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية ، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة بجاية ، عدد خاص 2015 .
7. فاضل خديجة ، **عيممة العقد** ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون جامعة الجزائر 1 ، 2015 .
8. لطروش أمينة ، **رفض البيع ورفض أداء الخدمات (دراسة مقارنة)** ، منكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق جامعة وهران ، 2012 .
9. بلميهوب عبد الناصر ، " النظام العام في القانون الخاص : مفهوم متغير ومتطور " ، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة المنعقتيومي 07 و 8) ماي 2014 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية ، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة بجاية ، عدد خاص ، 2015 .

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

1. RIPERT Georges , « L'ordre économique et la liberté contractuelle » , in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny , T2

(les sources générales des systèmes juridiques actuels) , Recueil Sirey , Paris , 1934.

2. V. RAHAL Mohamed , Essaie sur les atteintes à la liberté contractuelle , thèse de doctorat en droit , université de Paris , 1951 .
3. CORNU Gérard , L'art du droit en quête de sagesse , PUF , Paris , 1998
4. JAMIN Christophe , Plaidoyer pour le solidarisme contractuel , in Le contrat au début du 2018 XXI siècle , Étude offerte à Jaques GHESTIN , LG.DJ. , Paris , 2001 .
5. LARROUMET Christian et BROS Sarah , Traité de droit civil T3 les obligations – Le contrat– , geme éd . , Economica , Paris , 2016 .
6. LEQUETTE Yves , ouverture » , in colloque sur « les mutations de l'ordre public contractuel , Paris , 9 mai 2011 , R.D.C. , N°1 , 2012 .
7. LEVY Florence , l'égalité contractuelle , mémoire déposé en vue de l'obtention du diplôme de maitrise en droit , institut de Droit comparé , université Mc GILL , Montréal , 1994 .
8. MEKKI Mustapha , « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise » , R.D.C. , N ° 1 , 2010.
9. TERRE Francois , SIMLER Philippe , LEQUETTE Yves , op . cit . , p . 47LEVENEUR Laurent , Le solidarisme contractuel : un mythe , in Le solidarisme contractuel , S / D GRYMBAUM Luc et NICOD Marc , Economica , Paris , 2004 .
10. THIBIERGE – GUELFUCCI Catherine , « Libres propos sur la transformation du droit des contrats » , R.T.D.C , N° 2 , 1997.
11. V. FENOUILLET Dominique , « Etiene– Louis JOSSERAND (1868–1941) » , Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique , N ° 17 , 1996 .
12. V. ROLLAND Louise , « Qui dit contrat dit juste > (fouillée) … en trois petits bonds a reculons » , Revue de droit Mc GILL , N° 4.2006 .

مداخلة بعنوان (20):

نظرية العقد في مواجهة التشريعات الخاصة: بصمة تجديد وارتقاء

Contract theory in the face of private legislation Imprint renewal and upgrading

محور المداخلة: المحور الثالث: مستقبل قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية

أ.د/ حليس لخضر

جامعة يحيى فارس كلية الحقوق المدية

lakhdarhelis@gmail.com

الملخص:

يَسُودُ التشريعات على اختلافها مواقف متباينة، تنظر لنظرية العقد أو ما يتعارف عليه مؤخرا بقانون العقود من الزاوية التي توافق رؤيتها، والحقيقة أن معالجة هذا الموضوع ليست بالأمر الهين وذلك بالنظر للتحول والتغير في نظرة الفكر القانوني عموما ونظرة رجال القانون في بلادنا للموضوع؛ لعل مَرَد الخلاف يرجع للتوجهات والمدارس التي يميل إليها كل باحث في هذا النوع من الدراسات؛ والتي يمتزج فيها الطابع القانوني بالطابع الفلسفي والإيديولوجي إلى حد كبير.

وهذا الأمر لا يجب أن ينقلنا من تجاوز إلى تجاوز، فمن التطرف في الاعتداد بدور الإرادة وبسمو نظرية العقد إلى درجة إهدار هذه المكانة من خلال بروز ما يصطلح عليه بقانون العقود الخاصة، الذي يوازي أو يطمح للتفوق على نظرية العقد؛ فالهزات والانتقادات التي طالت النظرية، والعيوب التي اعترتها في صورة عدم مسايرتها وتأقلمها مع المعطيات الجديدة التي مست نواحي عدة لم تَكُن لتعدمها من أساسها.

إن نظرية العقد حقيقة لم تعد تستوعب كل الأوصاف الجديدة للعقود، ولكن يمكن للإرادة التشريعية بمعية الباحثين وأهل الاختصاص تضمينها بأحكام عامة تنظم وتضبط الإطار العام الذي يكفل لها وجودها ومكانتها، وفي الوقت نفسه يضمن لها فعاليتها وقدرتها ونِدِيتَهَا للقيام بدورها، ويتأتي لها ذلك من خلال حتمية إضفاء بصمة تجديد وارتقاء عليها، تنطلق من دراسة واقعنا وبيئتنا وخصوصيتنا بعيدا عن مسايرة أي طرح أو توجه، ولنا في فقهنا الإسلامي واعتدال وموضوعية أحكامه ما يكفل ويحقق ذلك.

Summary:

Various positions prevail in different legislations, which look at the contract theory or what is recently recognized as contract law from the angle that agrees with its vision. Perhaps the reason for the disagreement is due to the trends and schools that every researcher tends to in this type of studies. In which the legal character is mixed with the philosophical and ideological character to a large extent.

This matter should not move us from a transgression to a more transgression, from extremism in recognizing the role of the will and the supremacy of the contract theory to the point of abolishing and wasting this position through the emergence of what is termed the law of private contracts, which parallels or aspires to excel over the contract theory; The tremors and criticisms that affected the theory, and the defects that befell it in the form of its failure to cope with and adapt to the new data that touched many aspects, would not have nullified it from its foundations.

The contract theory is a fact that no longer accommodates all new descriptions of contracts, but the legislative will, along with researchers and specialists, can include it with general provisions that regulate and control the general framework that guarantees its existence and status, and at the same time guarantees its effectiveness, ability, and equality to carry out its role, and this comes to it through the inevitability Giving a fingerprint of renewal and upgrading to it, stemming from studying our reality, our environment and our privacy far from keeping pace with any proposition or orientation, and we have in our Islamic jurisprudence and the moderation and objectivity of its provisions what guarantees and achieves this.

مقدمة:

ينظم القانون ويضبط العقود ضمن إطارٍ شَاملٍ يُحقِقُ الغاية بالنسبة للفرد والمجتمع على حَدٍ سواء، وانطلاقا من هذه المعطيات لم يَبقى للمتعاقد الحرية التي كان يتَمتعُ بها من قبل، إذ تم تَقيدُها إلى الحدود التي يقتضيها استقرار المعاملات ومراعاة مصالح الجماعة وتحقيق التضامن.

وشهدت بلادنا مؤخرا تحولات وتغيرات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ما حتم ضرورة إعادة النظر وضبط الكثير من المفاهيم، فاليوم وفي ظل هذه التحولات زادت القيود على الإرادة وتم المساس بالتصور التقليدي لنظرية العقد؛ فازدادت بذلك القيود على حرية التعاقد، وفُرِضَت شَكلِياتٌ معينة، هذا فضلا عن أن الحرية العقدية قُيدَتْ بمفاهيم مستحدثة، بحيث لا يَجُوزُ للإرادة أن تَتجِهَ إلى إحداث أثارٍ تتعارض مع هذه الاعتبارات، كما تزايد تدخل الدولة بقواعد قانونية تستهدف حماية جماعة أو طائفة، وهو ما أقتضى منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، بل وينبغي أيضا تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير.

إن تتبع المراحل والتطورات التي مرت بها نظرية العقد كأساس يقوم عليه القانون المدني ليس بالأمر الهين، وبالمقابل يتوجب في الوقت الراهن ضرورة إعادة النظر في هذا الطرح في ظل المتغيرات التي تمر بها بلادنا وجل الأنظمة القانونية الأخرى، هذه المراجعة كانت نتيجة لتشدُد كل مِن مُناصري نظرية العقد بمبادئها البارزة، ومُعارضيها، الأمر الذي أبان عن إبراز محاسنها ومظاهر قصورها.

وعليه نطرح الإشكالية التالية: ما هو راهن ومستقبل نظرية العقد الإرادة في ظل التحولات التي تشهدها النظم القانونية عموما والقانون المدني الجزائري تحديدا؟

للإجابة على الإشكالية نقسم الدراسة إلي قسمين نتطرق في القسم الأول إلى راهن نظرية في ظل التحولات والمستجدات (المبحث الأول)، ونتطرق في القسم الثاني إلى آفاق ورهان قانون العقود في مواجهة ما صدر من قوانين جديدة، أو تعديلات مست قوانين أخرى (المبحث الثاني).

المبحث الأول: راهن نظرية العقد

نظرا لاعتبارات قانونية فرضتها المصالح الخاصة تطور مفهوم العقد، حيث لم يَعُد هناك مَوقِفٌ ثَابتٌ، وكنتيجة لهذا بدأ التَجاوُز يطرأ على النظرة التقليدية للعقد (المطلب الأول)، وكان من شَأنِ تدخل المشرع في مجال العقود التأثير في تطور نصوص القانون المدني، لا سيما النزعة التقليدية التي تُميزُه، وهو ما انعكس على المبادئ التي قام عليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التوازن ما بين التدخل والحرية

إن كان يَجــِب ألا يُتجَاهلَ المظهر الذاتي للعقد كَونُه مُعداً لتلبية حاجيات المُعبِرُون عنه، فإنه لا بُدَ كذلك من مُراعَاة المؤاخذات التي وُجِهَتْ إليه (الفرع الأول)، فمقتضيات التَأقلُمِ وفَنُ التعايش تُوجِبُ تطويع الإرادة مع المعطيات والأوضاع الجديدة للحياة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قُصورُ الإرادة وتراجع قوتها الملزمة

صار التوجه صَوبَ تَوجيهِ الإرادة لتتوافق مع الواقع الجديد (أولا)، دون استبعاد دورها(ثانيا).

أولا: جِديَة الانتقادات المُوجَهة

أخذت الإرادة بالتراجع أمام ازدياد التدخل في تنظيم أغلبية العقود؛ فلم يَبقىَ التعاقد مقتصرا على طرفيه، بل صار عملية قانونية مُركَبَة[1]. وكون الإنسان يعيش في مجتمع يتفاعل معه ويرتب التزامات، يفرض أن تَعلُو إرادته على إرادة الجماعة، وبالرجوع إلى مسألة المساواة يمكن القول أن الطرفين في الواقع غير متساويين لا في الذكاء ولا في القوة الإقتصادية، ولا حتى في المراكز الاجتماعية.

ثانيا: توجيه الإرادة دون استبعادها

يتجه الأفراد نحو الأنشطة الأكثر رِبحًا، والتي قد لا تكون بالضرورة أكثر نفعا وتوجيه العملية الاقتصادية ضرورة حتمية لا يُمكِنُ الاستغناء عنها، حيث تُراقِب الدولة العديد من النشاطات الاقتصادية، عن طريق تحديدها لقواعد اللعبة، لتترك المجال مفتوحا لقواعد المنافسة، فالمتغيرات وما صاحبها من تطورات علمية وتكنولوجية، أدى إلى اختلال التوازن بين أطراف العقد، من حيث المعرفة التي يَطَلِعُ بها كل طرف[2].

الفرع الثاني: صُعوبَة تجاوز الإرادة

لا يُقصَد بالموضوعية واعتبارات العدالة إهمال دور الإرادة (أولا)، فالتصور الجديد من شأنه أن يُوفِر بيئة مناسبة تَسمَحُ للمتعاقدين باستعمال حريتهم وإعمال مسؤوليتهم بِشكلٍ أفضل (ثانيا).

أولا: تَجَلِي تأثير الإرادة على عناصر التصرف

العمل القانوني دون الإرادة الفردية يَبقَىَ مفهوما مُجَردًا، أما بالإرادة فيُصبِحُ وضعا مَحسُوسًا ومُنتِجًا3، ويرى الأستاذ زمام جمعة أن:" بَحْثَ الفقه المُعَاصِر في إشكالية "مستقبل العقد"، لم يَكُن بغير دافع ولا بغير جدوى، فالمسألة بدأت بأزمة عقدية لا يُمكِنُ لأي قانوني تجاهلها وإنكارها؛ فإذا كان العقد وما زال لمدة طويلة مؤسسة قانونية، فقد اندمج معه وصف "الصيغة" المتعددة الأوجه للبنية الاجتماعية القائمة، بسبب اقتحام العقد للمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية للجماعات والأفراد. فلا الإرادة يمكن تجاهلها، ولا العناصر الخارجية يُمكِن استبعادها كوضعية جديدة للعقود المعاصرة؛ فكان من اللزوم الاعتراف بنوعية دورهما[4].

1- انظر محمد صديق محمد عبد الله،المرجع السابق،ص194.

2- المرجع نفسه،ص195-196.

3- انظر جاب الله عبد الحميد،المرجع السابق،ص59.

4- انظر زمام جمعة،المرجع السابق،ص56 وما بعدها.

ثانيا: الإرادة حرية ومسؤولية

تم تقديم تصور للعقد من شأنه أن يُوفِرَ للمتعاقدين بيئة مناسبة، تسمح لهم باستعمال حريتهم، وبالمقابل مُسَائلتِهم عما يقع منهم، وأبعد من ذلك يجب أن لا يُنظَرَ إلى العقد على أنه تعبير عن مصالح متعارضة بين الطرفين؛ ولكن على أنه إتحاد بين المصالح؛ فإذا كان لا يَحِقُ لها أن تُنشِئ علاقات قانونية بلا مُعَقِب ولا رقابة؛ فإنه يحق لها على الأقل أن تُنشِئ علاقات في حدود القانون، فالتصرف القانوني هو ثَمرَةُ التعاون ما بين القانون والإرادة الفردية[1].

لأجل ذلك لم يَبقَىَ تَدَخُل الدولة في العملية الاستهلاكية مُقتَصِرًا على توفير السلع والخدمات في الأسواق، بل توسع، وذلك بتحقيق مصالح أخرى تتعلق بشؤون العملية الاستهلاكية[2].

المطلب الثاني: العقد قيمة اقتصادية واجتماعية

بالرغم مما لحق نظرية العقد يمكن الحديث عن استمرارها لما لها من أهمية ومزايا، وخاصة إذا تم تنظيمها بعناية(الفرع الأول). ما أدى إلى بروز أفكار جديدة تتوافق مع ذلك(الفرع الثاني).

الفرع الأول: العقد قيمة الإقتصادية

يَطمحُ التوجه الإرادي الجديد إلى تحقيق قِيمٍ اقتصادية مُعتبَرة (أولا)، وتم ضبْطِه بِشَكلٍ مُستَقِلٍ، وإن نُظِرَ إليه من الزاوية الفردية (ثانيا).

أولا: العقد أداة تداول الثروات وآلية للنشاط الاقتصادي

العقد أحد الآليات الرئيسية للنشاط الاقتصادي، ويؤكد الواقع العملي أن ما ينشئه العقد بمفرده من التزامات يفوق بكثير ما تنشئه مصادر الالتزام الأخرى مجتمعة، كما تَسمَحُ هذه الأداة للأفراد، ولفاعلي الحياة الاقتصادية عموما بالتكيف وبأقصى درجة من الفاعلية مع الحاجات والضرورات المتغيرة دوما، ويكفي أن ننظر في هذا الصدد إلى العقود التي يفرزها عالم الأعمال والتجارة، والتي تُعَدلُ بطريقة مبتكرة لِكَي تتلاءم بطريقة فعالة مع ضرورات الحياة الاقتصادية. فتأثير الأسس الاجتماعية والاقتصادية على مبدأ الإرادة، يفوق تأثير المبدأ على هذه الأسس[3].

وتحت تأثير الظروف الاقتصادية تغيرت النظرة للعقد؛ حيث صار ينظر إليه باعتباره كيان مستقل عن الأشخاص الذين أبرموه؛ ما أدي إلي ظهور التكتلات والمجموعات[4].

ثانيا: ضبط المضمون الإرادي للعقود

يُعتَبرُ العقد النظام القانوني الرئيسي الذي يَعمَلُ على توفير الحماية القانونية للمعاملات وحسن استقرارها، ولذلك فإن الدولة تتدخل لِوضْعِ نِظَامٍ قَانُوني سَليم، ولِكَي نَصِلَ إلى موضوعية الإرادة التعاقدية يَتوَجَبُ ضرورة التوازن ما بين التدخل أو التوجيه وبين الإفراط في الحرية، والحل يكون في تدخل مُتَوازن، وبحدود تتطلبها مُقتَضيَات الحاجة، فمن الأهمية بمكان الاستناد إلى مرجعية أساسية تقوم عليها فكرة تجديد نظرية

1- انظر أيمن إبراهيم العشماوي،المرجع السابق،ص ص161-201

2- انظر عبد الرزاق السنهوري،الوسيط،المرجع السابق،ص93.

3- انظر سامي بديع منصور،المرجع السابق،ص93.

4- انظر أيمن إبراهيم العشماوي،المرجع السابق،ص180.

العقد، والتي تتعلق بفكرة استقلالية قانون العقود كأثر ناتج عن استقلال الإرادة وسلطانها، فتنامي العقود وتطورها لا يتناسب والمغالاة في تقديس الإرادة، فالتحديد الانفرادي للسعر أصبح إطارا جد ثري للعديد من الالتزامات[1].

الفرع الثاني: السِمَةَ الاجتماعية للعقد

لا بد من ضَبطِ العقد بِشَكلٍ مُستَقِلٍ، يُنظَرُ فيه إلى الزاوية الفردية بالتوازي مع السمة الاجتماعية(أولا). ويترتب على هذا التحول أن تصير المبادئ التي قام عليها غير ملائمة(ثانيا).

أولا: نُظُم التعاقد الجماعي

أدت حتمية التدخل بالقدر وبالشكل اللازمين إلى بروز الأفكار التي تتعلق بالنظام التعاقدي الجماعي، ومن ثم الاتجاه نحو إضفاء الطابع أو السمة الاجتماعية على العقد[2]، لذلك كان لزاما على المشرع معالجة القصور الذي أفرزه الواقع في البناء القانوني للعقد، وهو برز من خلال إصدار قوانين، كتلك المتعلقة بحماية المستهلك، وتُفَضِل بعض التشريعات وجود قوانين خاصة، وهو طرح يبدو غير سليم، فكان من الأفضل سَدُ ثغرات النظرية العامة، وتدعيمها كي تكون قادرة على مواجهة التغيرات الجديدة بدلا من تجاوزها بقوانين خاصة.

ثانيا: مُلائَمَة التَوَجُه الإرادي مع الاعتبارات الاجتماعية

هناك من يرى أن الدور الإرادي في المجال التعاقدي لم يختفي ولكنه تلاءم مع المفهوم الموضوعي للقانون الحديث، فُيحَافظُ بذلك على الأساس الإرادي مع إعطائه مفهوما نِسبِيًا، يُخضِعُه للتنظيم الموضوعي القانوني. فالواجب من خلال ما آلت إليه الأوضاع هو ضرورة الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي، لأن كِلِيهِمَا مُتطَرِفٌ في توجهاته[3].

ومن أجل بقاء الإرادة ضمن هذا الإطار لا بُدَ من ربطها بأصول ثابتة؛ هذه الأصول التي نجدها مُتجَذِرة في الدين الإسلامي الذي جمع بين الغايتين، فالفقه الإسلامي يقيم الفكرة على أسُسٍ متوازنة فيها من المُرونَة ما يَتسِع لمُتطلبَات التطور الاجتماعي، فلا مغالاة في إعطاء الإرادة كامل الحرية، وبالمقابل لا يُنتَقَصُ من شأنها، السبب في ذلك يرجع إلى أن هذا الفقه يستمد أحكامه من أصول ثابتة لا تتغير بتغيير الزمان والمكان، على خلاف المذاهب الوضعية السابقة، والتي جاءت كنتيجة وَرَدِ فِعلٍ على ظروف مذاهب اجتماعية سادت في فترة زمنية معينة[4].

المبحث الثاني: آفاق ورهان قانون العقود

أفرزت ثورة المعلوماتية والعولمة إلى الدفع نحو التوجه إلى واقع جديد تصطدم فيه نظرية العقد بازدياد التشريعات الخاصة، مواصلة الطريق إلى تشريعات فرعية متخصصة (المطلب الأول). وبدأت تَأثيرًات ذلك تبرز على بعض أحكامها بدافع التطور والتجديد (المطلب الثاني).

1- انظر المواد 356-357 مدني.

2- انظر فاطمة نساخ،،المرجع السابق،ص 10-02.

3- انظر أحمد عيسي،المرجع السابق،ص51-52.

4- انظر محمد بني ياس،المرجع السابق،ص 164.

المطلب الأول: قانون العقود وحتمية التجديد

تطورت الأمور اثر الثورة الصناعية والتكنولوجية فأصبحنا أمام مرحلة جديدة وهي مرحلة ظهور التشريعات الخاصة، إذ أصبحنا أمـــام قانون العقود من جهة والتشريعات الخاصة من جهة أخرى (الفرع الأول)، وازداد الأمر حدة وصولا لنطاق التشريعات المتخصصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: غاية التشريع من مساعدة المتعاقدين إلى حماية الطرف الضعيف

قام مبدأ الإرادة على أساس اقتصادي وانتكس متأثرا بعوامل اقتصادية نفسها، ومن ثم كان لا بد من التدخل التشريعي بعدما أصبح العقد الذي كان شعار العدل يقوم على اللا عدالة، وفي هذه المرحلة بالذات انتقلت بعض العقود الخاصة لتشريعات خاصة قائمة بذاتها بحيث لم تعد غاية المشرع من وراء تنظيم العقود هو مساعدة الطرفين وإنما غايته الجديدة هي حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية والتي تتطلب تجديد أساليب وأسس تنظيم العقود الخاصة، إذ أصبح يهتم أكثر بمنح المتعاقد الضعيف حقوقا دنيا لا يمكن المساس بها[1]

حيث يكاد المشرع يستأثر بتنظيم بعض العقود وهو ما يسمى التأطير القانوني عن طريق أحكام النظام العام الحمائي التي تخول للعامل جملة من الضمانات تمكنه من تقوية مركزه مقارنة بمركز رب العمل، والتي ليس للأطراف مخالفة شروطها، ومن ثم لم يعد دور الدولة يقتصر على دور الشرطي الحارس للحفاظ على الأمن داخل المجتمع.

بل أصبح لها دور ايجابي كدولة متدخلة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية فتعمل على توجيهها وأبرز مثال: تنظيم عقد العمل، حيث جاء في المادة 136 من القانون 11/90 "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"، كما اهتم المشرع بتنظيم عقد التامين في القانون المدني بأحكام عامة، وفي نصوص خاصة بموجب الأمر 07/95 والأمر 15/74، هذا فضلا عن تنظيم عقود أخرى كعقد الفندقة، وعقود السياحة والأسفار[2].

الفرع الثاني: التحول من التشريعات الخاصة إلى المتخصصة

تأثر قانون العقود الخاصة نتيجة أملاءات الهيئات الدولية فيما يتعلق بالنشاط الاقتصادي الأمر الذي أدى إلى بروز فئات متفاوتة في المراكز بدرجة تفوق التفاوت المعروف، حيث أصبحنا أمام معاملات تشمل فئة المحترَف القوي في مواجهة فئة المستهلك كطرف ضعيف ، فلم تبق الغاية من أحكامها الحماية البسيطة، فالتصرفات في المجال الاستهلاكي، تزداد مبررات الحماية فيها استنادا لسببين مهمين: يتمثّل السبب الأول في أن المنتجات أصبحت أكثر تعقيدا من حيث مكوناتها واستعمالها، ويتمثّل السبب الثاني في زيادة عمليات الإشهار والترَويج والدعاية بغرض الإغراء ودفع المستهلك للاقتناء[3].

---

[1]- انظر شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2018،ص 421.

2- انظر موهاب سارة و حليس لخضر، علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 7، العدد 1، 2021، ص 547-550.

3 :شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، في القانون الخاص، جامعة الجزائر ،2016-2015 ،554.1.ص

كما يقوم هذا التوجه على إستراتيجية وقائية وعلاجية في نفس الوقت حيث يتدخل لحماية المستهلك بصفة قبلية كإلزام المتدخل بالإعلام، وبصفة بعدية أيضا كرفع دعوى التعويض لجبر الضرر عكس أحكام نظرية العقد

وما يمكن استخلاصه بخصوص علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود في هذه المرحلة بالذات هي أنها علاقة تجديد للمبادئ العامة لتراجع النظرية العامة للعقد خلافا لقانون العقود الخاصة الذي يعرف تطورا ملحوظا، بما انه انطلق من فلسفة مغايرة باستحداث أساليب ومبادئ جديدة وغريبة عن قانون العقود تصطدم حتما بفلسفة المبادئ التقليدية وعندئذ لابد أن تعمل على إصلاحها وتجديدها1.

المطلب الثاني: مقتضيات ومظاهر الاعتبار لنظرية العقد

أثر التوجه الاقتصادي على النظام القانوني من حيث آليات التشريع أو من حيث الغايات، وهو الأمر الذي انعكس على الإرادة (الفرع الأول). فالإفراط في التشريعات من خاصة إلى متخصصة كان له بالغ الأثر على العقود باعتبارها أداة فعالة للتعاملات المالية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إعادة الاعتبار لنظرية العقد

انعكست تطبيقات المعرفة العلمية والتقنية في معالجة المعلومات على نُظُم التعاقد التقليدية (أولا). فالقوانين في جوانب كبيرة منها هي ترجمة للظواهر الاجتماعية والاقتصادية المُتقَلِبة، فمن النزعة الجماعية إلى تَبَنِي نظام اقتصاد السوق (ثانيا).

أولا: استقرار مبدأ الإرادة: حيث دفعت هذه المتغيرات النظام القانوني نحو الفردية القانونية، من خلال بُرُوزِ حرية المنافسة، وتحرير المجال أمام الأفراد.

1- انعكاسات التحولات على الإرادة: إذ لم تعد حمايتها بالأمر السهل، فهي تتعرض اليوم لمؤثرات كثيرة، لاسيما رواج السوق الإلكترونية[2]، ففي ظل توجهات اقتصاد السوق أخذ دور الإرادة مكانة مُتقدمِة، فقد تَجَلتْ مَلامِحُ الفردية القانونية من خلال إزالة القُيود المفروضة على إرادة الأفراد، وكذا إعادة الاعتبار لمبدأ شريعة المتعاقدين، مع تكريس اعتبارات العدالة الاجتماعية واعتبارات تحقيق الاستقرار القانوني[3].

2- الحرية التعاقدية حقيقة قائمة: حرية التعاقد لا تزال واقعا قائما بمدلولها والذي قد يختلف عن ما جاء عند سَنِ القانون المدني، وحتى في النصوص الخاصة، فعلى الرغم مما قِيلَ حولها إلا أنها تبقى حقيقة قائمة، فكثرة التعديات والتدخلات، والتي جعلت الكثير يتساءلون عن موقعها في مجال العقود عموما، وفي بعضها، لا تعدوا أن تكون اليوم مُجرَد نظريات من الماضي.

يقول في هذا الأستاذ **عبد الحي حجازي**: أن في هذا القول شيء من المبالغة إذ لا يزال للإرادة في عقد العمل الجماعي دور تؤديه، وإن كان دورا صغيرا جدا، فالعامل يستطيع أن يترك العمل إذا لم يرد الخضوع لذلك

1- انظر موهاب سارة و حليس لخضر، المرجع نفسه،ص ص 551.-554.

2- انظر زمام جمعة،المرجع السابق،ص420.

3- انظر جميل محمد بني ياس،المرجع السابق،ص ص126-145.

العقد، وهذه الحرية الضئيلة لا توجد في العقد الجبري[1]. كما يرى الأستاذ **محمد عرفان الخطيب** أن الحرية التعـــاقدية في تشريع العمـــل حقيقة تبحث خصوصيتها[2]

ثانيا: الاعتراف بظهور قانون معاملات وأعمال

أفرزت التطورات عقودا جديدة من طِرَازِ عالم الأعمال والتجارة، حيث ظهرت فيها السياسة التشريعية للقانون المدني على نَحْوٍ من التطور النوعي أكثر من الكمي، لأنه لم يَبقَىَ ظاهرة مُقتَصِرة على الشريعة العامة، وإنما نُقِلَ لبيئة جِدُ ديناميكية، وأكثر تَطلُبًا للانفتاح.

1- مظاهر الفعالية والتطور النوعي في قانون العقود: إن تطور المناخ العام للمعاملات والمبادلات صَاحبَهُ سياسة تشريعية مُتقَدمَة، وبالذات فـــي مجالات حيوية ومتخصصة، كما هو الشأن بالنسبة: لترقية الاستثمار والبيئة المؤسساتية، والتي عرفت تنظيما قانونيا نوعيا لا كميا، خاصة في مجال الإستثمارات المرتبطة بالنشاطات الإقتصادية لإنتاج الأموال والخدمات[3]. كما تم – على سبيل المثال – إِيجَادُ تشريعات جديدة تُشَجِع المستثمر الخاص الوطني، بالقدر الذي يَسمَحُ له بإمكانية تحرك رؤوس الأموال من الخارج نحو الداخل، وهو ما ظهر في جُملَة النصوص التي جاءت بفضل تَجَذر التغييرات المفروضة بواسطة التوجيه الاقتصادي الجديد.

لأجل ذلك يُمكِنُ القول أن عَدِيدِ التعديلات التي وردت في القانون المدني أو في النصوص الخاصة جاءت بانفراج تـــشريعي ذا أهمية على الأشخاص المتعاقدة، وعلى موضوع العقد وغاياته، وهو ما يدعوا إلى الاعتراف، وقبول تفسير الرؤية العصرية للعقد، ليس في قانون مدني بل في قانون عقود اصطبغ مع الوقت بحركية وديناميكية، وحتى لا يُضَار بتنوع وتَعَدُد الظروف المؤثرة فيه، كان من اللازم الاحتكام إلى ما هو عادل وما هو نافع لإعادة تَرشِيدِه، دون تجاوزه[4].

لقد ظهر من خلال ذلك المجال الذي تُغطِيهِ عملية الاستثمار من حيث الأشخاص (المعنوية والخاصة،الوطنية والأجنبية)، ومن حيث الموضوع (الأموال والخدمات)، ومن حيث الإطار والهدف(حركة رؤوس الأموال والامتيازات والضمانات)، والتي حققت فيه حرية الاستثمار[5].

2- الفرص المُتَاحَة لإعادة النظر في مفهوم العقد: لقد أظهر تنامي اللجوء إلى هذه العقود الجديدة تدخلا نوعيا مُغايَرا للتدخل عن طريق المشرع، مثلما هو الحال بالنسبة لعقود الترقية العقارية والبيع على التصاميم، والامتياز العقاري، والعقود المالية،الضمان الاجتماعي...

فقد أُعِيدَ فيه ضَبطُ مبدأ الحرية العقدية من جديد، كما أن الإستفادة من العقد كآلية خارج إطار القانون المدني وتحريرها من ضَوابِطه – مثلما هو الحال بالنسبة لمجالات الاستهلاك، المنافسة، والممارسات التجارية، وحتى الاستثمار مهما كان نوعه – أَفرَزَ عن مَضْمُونٍ مَفادُهُ أن العلاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف تَحكُمُهَا التزامات أكثر من عقود بِمُشارطَاتٍ وبنود اتفاقية.

1- انظر عبد الحي حجازي،المرجع نفسه،ص271 هامش15.

2- انظر محمد عرفان الخطيب،المرجع نفسه،ص32.

3- الأمر 01- 03 المعدل والمتمم والمتعلق بترقية الاستثمار المؤرخ في2001/08/20.

4- انظر زمام جمعة، المرجع نفسه،ص427.

5- انظر القانون المعدل والمتمم بالأمر08- 06 الصادر في15/ 05/ 2006 والأوامر المتعلقة بقوانين الماليـــة التكميليـــة 2009

إن اعتماد أدوات جديدة في قانون العقود (القانون المدني) على غرار القوانين المقارنة، من أجل تقييد حق إنهاء العقود غير المحددة المُدَة من جانب واحد، أو وفق تنفيذ العقد على أساس ظرف معين، بدل الفسخ غير المناسب للعقد، حققت في التصور الغائي للعقد مضمونه النفعي[1]

الفرع الثاني: نماذج لإعادة الاعتبار لدور الإرادة

نَستَعرِضُ مَظاهِرَ من الشريعة العامة لإعادة بعث دور الإرادة، وهو ما أبان عنه المشرع في عقد الإيجار، وفي بعض أنواع عقد الشركة (أولا). كما يعتبر تنظيم قواعد المنافسة في ظلال انفتاح الاقتصادي مظهرا آخر نَتلمَسُه هذه المَرةَ من النصوص الخاصة (ثانيا).

أولا: مظاهر وتطبيقات من الشريعة العامة

تراجع المشرع عن تدخله في عقد الإيجار، تَارِكًا الحرية والمبادرة للمتعاقدين في إدراج ما يتناسب ومصالحهم من شروط في تنظيم علاقاتهم التعاقدية، كما تتبين هيمنة الإرادة في تنظيم المشرع لشركات الأشخاص،لاسيما في ظل ظهور ما يُعرَف بالكيان العقدي.

1: إعادة الاعتبار للإرادة في تنظيم عقد الإيجار: تركت الحرية للمتعاقدين في تنظيم هذا العقد، وجاء هذا التَوَجُه من المشرع استجابة لمُبَرراتٍ اقتصادية، بحيث يُعَدُ مُسَاهمَةً في السوق العقارية، التي تَشْكُو من أزمة المَحلات المُعَدةَ للإيجار[2]، فألغَىَ المواد التي تتكلم عن حق البقاء في الإيجارات المُعَدةَ للاستعمال السكني، والمُبرَمَة بعد تاريخ صدور المرسوم 03/93.

كما منحت الحرية للمتعاقدين في استبعاد التعويض والتنبيه بالإخلاء، وكان عقد الإيجار التجاري قبل تعديل 2005 يقوم على توفير حِمَايةً قانونية لمالك المحل التجاري تتمثل في الحق في تجديد الإيجار عند انقضاء المدة المحددة في العقد، وفي نفس الوقت أعطى للمؤجر حق رفض التجديد، أي إنهاء العلاقة من جانب واحد مقابل تعويض المستأجر، وإجمالا يُمكِنُ القول أن هذا التَوَجُهَ الجديد يَتجِهُ صَوبَ إعطاء الطرفان الحرية الكاملة في تنظيم العلاقة بينهما.[3]

2- ظهور ما يُعرَف بالكيان العقدي أو المجموعات العقدية: لقد أصبح العقد في ظل النظام الاقتصادي الجديد مُرتَبطا بالمشروع، فتنفيذه هو الذي يُوجِهُ نشاط المشروع ويَتحكَمُ فيه، فالعقد صار أداة لتنظيم إستراتيجية المشروع' كما صار وسيلة لإقامة المشروعات الكبرى، وتعد هذه الصورة الجديدة من العقود أحد السِمَاتِ المُمَيزَة للحياة القانونية المُعاصرَة، ويَتبينُ ذلك بصورة جلية في عقود التجارة الدولية[4].

وانتشرت مؤخرا أوصاف جديدة عُرِفَتْ بالمجموعة العقدية، والتي تتمثل في تَجَمُع عِدَة عقود متشابكة، تسمح بإنجاز عملية اقتصادية واحدة، فاتساع النشاط الاقتصادي وتطور المشاريع أظهر قُصُور العقد في صورته الكلاسيكية البسيطة.

1- انظر زمام جمعة،المرجع السابق،ص427.

2- انظر ديدن بوعزة،الإيجارات التجارية بين النظام والتعاقد،المرجع السابق،ص69.

3- انظر أحمد عيسى،المرجع السابق،ص64-66.

4- انظر جمعة زمام،المرجع السابق،ص69 وما بعدها.

ثانيا: التَوجُه التعاقدي في مجال المنافسة

إن مبدأ حرية المنافسة من المبادئ الأساسية التي يَرتَكِزُ عليها نظام اقتصاد السوق، والمُنبَثِق عن حرية التجارة والصناعة، حيث يُحَقِق هذا المبدأ منافع عديدة تَعُودُ على الاقتصاد وعلى المستهلك، وما يعنينا بدرجة أُولىَ في إطار دراستنا انعكاسات ذلك مبدأ الحرية التعاقدية.

1- مبدأ الإرادة وقواعد المنافسة: كرسَ المشرع مبدأ حرية التجارة والصناعة في الدستور[1]، ومختلف النصوص القانونية التي تَلَتْ صدوره، ليبين على تَوَجُه بلادنا نحو تطبيق نظام اقتصاد السوق الذي فرضته العولمة، مُسَايرةً للتطورات الاقتصادية العالمية، وإبرام اتفاق الشراكة مع الإتحاد الأوروبي، ورغبة الجزائر في توفير المناخ الملائم للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية.

لقد تطلب تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة، منح القطاع الخاص حرية أكثر في ممارسة النشاط الاقتصادي، وتَجَلىَ ذلك من خلال إصدار العديد من النصوص التي تُكَرِسُ مبدأ حرية المنافسة، مبدأ حرية الاستثمار، مبدأ حرية ممارسة نشاط التأمين، مبدأ حرية الاستيراد والتصدير، مبدأ حرية الأسعار...، وهذه الأوصاف الجديدة من العقود تَندَرِجُ ضمن طائفة العقود غير المُسمَاة، والتي لم تتصدى لها القوانين المدنية بالتنظيم، فهذه العقود تُجَسِدُ تِقنِيَاتٍ حديثة للتعاون، ابتدعته حاجيات السوق، في فلك التجارة العالمية، بغرض زيادة عدد المؤسسات التجارية، وتوسيع دائرة نشاطها، وتتباين التشريعات الحديثة في إِعطَاءِ هَامِشٍ من الحرية للإرادة في هذا المجال[2].

لقد أدت هذه المتغيرات في النصوص القانونية إلى جعل العقد أهم قواعد اللعبة الإقتصادية، مما يَعنِي تراجع التشريع -الأحادي المركزي- في المجال الاقتصادي، أمام هذا التَوجُه الجديد كان لِزَامًا على المشرع تَبَنِي وسائل قانونية نافعة تتماشى والنهج الجديد؛ فصار الاهتمام بحرية المنافسة، وتأكد ذلك بِهَجْر وبصفة رسمية تعاليم النظام القديم، فتم تحديد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات (لاسيما غير الضرورية منها)[3].

2- انعكاسات ذلك حرية الإرادة التعاقدية: إن تكريس المنافسة الحرة يَرتَكِز أَساسًا على مبدأ حرية التجارة والصناعة، وأي نظام اقتصادي لا يَعتَرِف بهذا المبدأ لا يُمكِنُ أن تكون فيه المنافسة حرة، غير أن الاعتراف بمبدأ حرية التجارة والصناعة، لا يَعنِي الانسحاب الكُلِي للدولة من الحَقلِ الاقتصادي، وإنما الغرض منه التَحوُّل من الدولة المُتدَخِلة إلى الدولة الضَابطة، مع فَتحِ المُبَادرة للقطاع الخاص.

وعليه صار العقد أداة للتواجد في السوق وأداة لضبطه وتوازنه، فالعقد فضاء لقواعد خاصة في السوق، تصنعها إرادة الأعوان الاقتصاديين، ولا يَحُدُ من مجال إِعْمَالِهَا إلا مُخَالفةُ النظام العام الاقتصادي[4]، ويعد العقد تقنية للمبادلات التجارية، كما يعد أداة لضبط وتوازن السوق.

1- المادة 43 من القانون رقم 16-01 المتضمن تعديل دستور 1996

2- انظر خديجة الشباني،المرجع نفسه،ص17-20.

3- المادة 04 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالنافسة المعدل والمتمم بموجب القانون 08-12.

4- هذا ما تجسده النصوص القانونية. انظر المادة 43 من الدستور، والمواد 106 و1/107 مدني، والمادة 6 من الأمر03/03 المعدل والمتمم بموجب القانون 08- 12.

كما صار العقد يسهم في الوصول إلى تَسوِيَاتٍ وحلول في مجال المنافسة ذلك أن حدود مساهمة الآليات العقدية في مجال المنافسة لا يَكادُ يتوقف عند اعتبارها تقنية للمبادلة أو صيَغ لضبط السوق، بل إن إعمَالهَا أصبح مَألوفًا في حالة مخالفة ضوابط المنافسة، فالإجراءات المُتَخَذة من قِبَلِ مجلس المنافسة كهيئة رقابة حِيَالَ الأعمال المُنَافِيةَ لحرية المنافسة أصبح يَأخُذُ شكل تعهدات تأخذها المؤسسة على عاتقها[1].

مما سبــق بيانه يظهر أن التَوجُه التعــاقدي في مجال المنافسة أصبح حقيــقة ليس في الوِسْعِ تَجَاهُلهَا، بل صارت تكتسب كل يوم أرضا جديدة؛ وإذا كان من السابق لأوانه رَسمُ حدود هذا التوجه، فَأَقَلُهُ القول بأن سِيادةَ نظام اقتصاد السوق، ومَوجَةُ التَحرُر الاقتصادي التي تعرفها الدول سَتُعزِزُ وبلا شك من دور الآليات الاتفاقية والتعاقدية، حتى تُوَاكِبَ ديناميكية وحركية السوق وتوازنه؛ ويبــدو أن إدراك هذا المَسعَىَ يتوقف وبشكل كبير على تحديد الأدوار الجديدة للعقد بكونه أداة لتنظيم السوق وإحداث التوازن داخله، بل إن من المأمول أيضا التركيز على مساهمة العقد في إنشاء سوق تنافسية[2].

الخاتمة

بداية لا ينبغي القول بتراجع نظرية العقد، إذ أنه ليس تراجعا نهائيا ودائما، فالنقائص التي فرضتها ظروف الأزمة يُمكِنُ تجاوزها إذا تم احتواؤها والسيطرة عليها، إضافة إلى ذلك فتراجع العقد لم يَصِل أَبَدًا إلى درجة اختفائه، وحتى في التشريعات التي تَنبَأَ وَاضِعُوهَا بِنهَايته عرف العقد، وإن كان مفهومه بالنسبة لها مُختلِفًا عن غيرها من التشريعات، فالعقد لم يَضمَحِل بل تطور، وكان تَطوره استجابة لضرورة تطويع النظم القانونية لظروف الحياة المتوازنة[3].

فالعقد بالفعل قد تَغيَر وتطور، بالنظر لعلاقة التعدي التي أصبح يُمَارِسُهَا خارج بيئته الطبيعية، في إطار الحرية العقدية، وتَجَاوُزًا لمرجعيته القانونية–القانون المدني– بات في صَيرُورَتِهِ أَدَاةً شَرِيكَةً في الاضطلاع بمجال قانون أعمال ومعاملات، دافعا لضرورة أخذ هذا الأخير بعين الاعتبار، حتى لا يتفكك النظام القانوني للالتزامات، وحتى تُعَادَ القيمة والمكانة لمصدره بَدَلَ تهميشه واللجوء إلى البحث عن الحلول في القوانين الخاصة، وعلى المشرع الوطني إِيجَادُ صِيَغٍ توفيقية بين هذا القانون وبقية النصوص[4].

وعليه يمكن القول أن العلاقة بين قانون العقود وقانون العقود الخاصة انطلقت من تكملة إرادة المتعاقدين حيث يبقى الأصل أحكام نظرية العقد والاستثناء هو التدخل بنصوص قانونية لتكملة إرادة الأطراف، إلا انه تم التدخل تدريجيا بهدف حماية الطرف الضعيف في بعض العقود كعقد العمل والتامين... وتوسعت صور الحماية لتشكل مساسا خطيرا بنظرية العقد؛ كحال التدخل في عقود الاستهلاك، كما كان التحول من الأحكام العامة التي تضبطها نظرية العقد إلي العقود الخاصة ثم إلى العقود المتخصصة، وهذا الإفراط في إصدار النصوص الخاصة بقدر ما له من ايجابيات فإنه يحمل في طياته نقاط سلبية؛ أبرزها التشعب في النصوص والأحكام، وكذا التشتت وصعوبة التحكم فيها، ناهيك عن إهدار الأصل العام.

1–المادة 60 من الأمر 03/03 المعدل والمتمم بموجب القانون 12/08

2–انظر قادة شهيدة،المرجع السابق،ص99–101.

3– انظر علي فيلالي،المرجع السابق،ص156.

4– انظر زمام جمعة،المرجع نفسه،ص430–432.

وعليه فالأنسب هو إصلاح وتجديد نظرية العقد لتستوعب الأوصاف الجديدة للعقود، وعلى الفاعلين من إرادة تشريعية وباحثين وأهل اختصاص العمل على تضمين نظرية أو قانون العقود بأحكام عامة تنظم وتضبط الإطار العام الذي يكفل لها وجودها ومكانتها، وفي الوقت نفسه يضمن لها فعاليتها وقدرتها ونِدِيتَهَا للقيام بدورها، ويتأتي لها ذلك من خلال حتمية إضفاء بصمة تجديد وارتقاء عليها، تنطلق من دراسة واقعنا وبيئتنا وخصوصيتنا بعيدا عن مسايرة أي طرح أو توجه، ولنا في فقهنا الإسلامي واعتدال وموضوعية أحكامه ما يكفل ويحقق ذلك.

عنوان المداخلة (22):

تطور أحكام العقد الإلكتروني في الجزائر

د/ زنون عمار

د/ عياد خيرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية،

جامعة إبن خلدون تيارت.

الملخص :

يعتبر العقد الإلكتروني مظهرا من مظاهر تطور العقود من ناحية الإتصال بين المتعاقدين، وقد قام المسشرع الجزائري بتنظيم أحكامه بمجموعة من القوانين، وقد جعله ضمن قانون التجارة الإلكترونية، فبعد أن كان العقد يبرمه المتعاقدين في مجلس عقد وحد يؤمهم جميعا أصبح ولضرورة التجارة الدولية يبرم العقد عن بعد في مجلس عقد إفتراضي، فمن خلال هذه المداخلة سنبين مفهوم العقد الإلكتروني، ونبين مرحلة انعقاد العقد الإلكتروني.

Abstract:

The electronic contract is considered a manifestation of the development of contracts in terms of communication between the contracting parties. The Algerian legislator organized its provisions with a set of laws, and he made it within the electronic commerce law. The remote contract in a virtual contract council. Through this intervention, we will explain the concept of the electronic contract, and show the stage of convening the electronic contract.

مقدمة :

يسعى الإنسان لتحقيق حاجاته فيقوم بإبرام عقود من أجل أن ينتفع بما يحتاجه من خدمات أو سلع، إن العالم يشهد تطور تكنولوجي متسارع شمل جميع مجالات الحياة، المدنية ، التجارية ، الاقتصادية، وغيرها، وقد بعد الثورة الزراعية والصناعية الثورة المعلوماتية، وهي نتاج إقتران نوعين من التكنولوجيا، وهي تكنولوجيا الاتصالات عبر الدول، وتكنولوجيا المعلومات المعالجة بواسطة جهاز الحاسوب، الذي يتميز بالسرعة في التنفيذ، و شبكة الأنترنات والتي تتيح الإتصال عبر آلاف الشبكات في إطار برتوكول يضمن الأتصال بين الحواسيب والشبكات عبر العالم، وقد ظهرت الأنترنات كوسيلة اتصال في الجيش الأمريكي، ثم امتد استعمالها في الجامعات الأمريكية ثم امتد استعمالها عبر العالم، ومن بين المجالات التي وظفت فيها الأنترنات هو المجال التجاري، بحيث أصبحت الوسيلة المناسبة لإبرام العقود التجارية لأنها الأسهل لترويج المنتجات بأقل جهد وأقل تكلفة وبسرعة ، فتطورت التجارة وأصبحت هناك تجارة إلكترونية، والتي لعبت دور فعال في النمو الإقتصادي للدول، وهذا ما أدى إلى ظهور واقعة قانونية جديدة وهي العقود الإلكترونية و التي أصبحت في حاجة ماسة لتنظيمها من طرف المشرع، وقد أنشأت هيئة الأمم المتحدة قانون نموذجي

ينظم التجارة الإلكترونية سنة 1996، وهو غير ملزم لكن يساعد الدول على سن نصوص تنظم التجارة الإلكترونية.

يبلغ موضوع العقد الإلكتروني في الجزائر أهمية كبرى، ذلك أنه موجود ويتم التعامل منذ زمن وهو في حاجة للدراسة، والبحث لأنه موضوع رائج ويؤثر على تطور العقود وتحدياتها، بحيث يعد أهم مظاه تطور العقود حاليا، وحتى وإن اعتبر أنه عقد كغيره من العقود غير أن الفرق هو وسيلة الإتصال فبعدما كان العقد يبرم وجاهيا في مجلس عقد يضم الوجود المادي لأطرافه أصبه يبرم العقد عن بعد في مجلس عقد إفتراضي، بحيث يكون أطراف العقد حاضرين ممن حيث الزمن وغائبين من حيث المكان. يفترض أن المشرع الجزائري سن ما يكفي من النصوص لتنظيم العقد الإلكتروني ي الجزائر، ومنه تطرح الإشكالية التالية: كيف تطور تنظيم أحكام العقد في الجزائر؟

سنوضح مفهوم العقد الإلكتروني وانعقاده على العموم لأنه قد يكون العقد الإلكتروني بهدف شراء منتوج، أو تأجير شيء أو تقديم خدمة، وسيتم بسط موضوع تطور تنظيم أحكام العقد الإلكتروني في الجزائر بالإعتماد على المنهج التاريخي و الوصفي، والتحليلي، في خطة تتكون من فرعين: **الفرع الأول** : مفهوم العقد الإلكتروني، **والفرع الثاني** انعقاد العقد الإلكتروني.

الفرع الأول : مفهوم العقد الإلكتروني على العموم العقد هو إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[1]، وغالبا ما يكون بعوض وتبادليا، من خلال هذا الفرع سيتم تعريف العقد الإلكتروني وتحديد طبيعته و خصائصه وتمييزه عن غيره من العقود، وتحديد أطرافه.

أولا : تعريف العقد الإلكتروني نصت المادة 6 الفقرة الثانية من القانون 18 – 05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أن العقد الإلكتروني هو "العقد بمفهوم القانون 04 – 02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجؤ حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني"[2]. فالعقد الإلكتروني هو عقد تجاري، نظمه قانون التجارة الإلكترونية والتي يقصد بها : "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني بإقتراح أو ضمان توفير سلع أو خدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية." [3]. فتنصت المادة الثالثة من القانون 04 – 02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أن " العقد كل اتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو

---

[1]- الأمر 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، م 54.

[2]- قانون رقم 18 – 05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 ماي سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، (ج . ر عدد 28 مؤرخة في 30 شعبان عام 1439 الموافق 16 مايو سنة 2018، ص 4 – ص10)، م6 فقرة 2.

[3]- قانون رقم 18 – 05 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، م6 فقرة 1.

فتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا"[1].

نصت المادة الثانية من قانون التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 20 ماي 1997، المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد على أنه : " عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الأطر التنظيمية الخاصة بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى تمام العقد" هذا النص تناول التعريف من خلال توضيح التعاقد عن بعد، بينما الفصل الأول من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي عرفه على أنه : " العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون". ومنه فهذا التعريف يرى أنه لا فرق بين العقد الذي يبرم بين شخصين حاضرين بمجلس العقد والعقد الإلكتروني سوى من حيث الوسيلة المستعملة.

وقد عرفته المادة 2 من قانون التجارة الالكترونية الدولية للأمم المتحدة بأنه يتكون العقد الإلكتروني عن طريق رسائل البيانات، المتبادلة بوسائل الكترونية أو غيرها، وفق معيار متفق عليه لتكوين المعلومات ، كما عرفته المادة 2 من القانون الخاص بالمعاملات الإلكترونية على أنه : " الأتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كليا أو جزئيا ".[2]

ثانيا : طبيعة العقد الإلكتروني يرى الفقه الفرنسي أن العقد الإلكتروني غالبا ما يكون عقد إذعان، لأن التاجر يضع شروط على موقع الواب وفق عقد نموذجي لا يقبل التعديل، فالمتعاقد لا يملك إلا الضغط على خانات مفتوحة في موقع البائع، لتحديد مواصفات السلعة التي يرغب فيها، والثمن محدد مسبقا، فإما يقبل هذه الشروط ويبرم العقد أو يرفضها ولا يتعاقد، لعد توفر إمكانية التفاوض، غير أنه هناك من يرى أنه عقد رضائي خاصة إذا تم التعاقد وسائل تتيح المحادثة والتفاوض كالبريد الألكتروني،وأن المتعاقد يمكنه اختيار ما يشاء عبر المواقع الإلكترونية[3].

ثالثا : خصائص العقد الإلكتروني أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، وهي نظام كمبيوتر مرتبط بشبكة إتصال عالمية، فالكمبيوتر هو جهاز إلكتروني له قدرة هائلة لاستقبال كمية كبيرة من المعلومات وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها، وإجراء العمليات الحسابية بسرعة فائقة، وبدقة متناهية"، والتجهيزات الذكية وهي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول الى الانترنات وتبادل عمليات الاتصال وارسال واستقبال الإشارات، كالثلاجة الذكية التي تستطيع أن تصدر أمر شراء منتوجات غذائية محددة إلى أحد المتاجر الافتراضية عبر شبكة الأنترنات، دون تدخل البشر، أو قد تكون الوسيلة هي الهاتف الذكي من

---

[1]- القانون 04 –02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1525 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد الطبقة على الممارسات التجارية، (ج . ر عدد 41 مؤرخة في 9 جمادى الأولى عام 1525 الموافق 27 يونيو سنة 2004 ، ص3 –– 10)، م3.

[2]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ––بجاية، سنة 2013، ص7 – 9.

[3]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص10 – 12.

خلال استعماله في عقود التجارة الالكترونية التي تدعى " WAP" فظهرت التجارة الخلوية يصطلح عليها " M –COMMERCE " .

يتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد مبرم عن بعد، بحيث يتعاقد الطرفين دون أن يجتمعا في مجلس عقد واحد ولا يكون بينهما اتصال مباشر، ووجود فاصل زمني ما بين صدور الإيجاب وعلم القابل به، وقد تصل المدة إلى ثواني. كما يتميز العقد الإلكتروني بأنه ظهر في كنف التجارة الإلكترونية الدولية، وبالتالي فهو عقد إلكتروني تجاري دولي، ويعرف بأنه تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، غير أنه يعد تجاري بالنسبة للتاجر أما بالنسبة للمستهلك فهو عقد مدني.

رابعا : تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود

أ – تمييز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي : إنه لابد من توافق الإرادتين سواء في العقد التقليدي أو الالكتروني، غير أنهما يختلفان من حيث الوجود المادي لطرفي العقد في مجلس العقد، فإذا كان العقد التقليدي يتميز بأن اطرافه حاضرين من حيث المكان والزمان، فان أطراف العقد الالكتروني غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان.

ب – تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد بالهاتف : ويختلف العقد الالكتروني حسب الوسيلة المستعملة، فالعقد المبرم بالهاتف هو عقد شفوي يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب لضمان اثباته، موجه للشخص المتصل به بينما عند استعمال الكمبيوتر فيكون العض موجه للجمهور، ويتم بمجرد تعبير الطرف الثاني عن قبوله بالضغط على عبارة موافق، ويمكن تخزين هذه الرسالة .

ج – تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد بالفاكس والتلكس : أما التعاقد بالفاكس والتلكس فهو يقتصر عملهما على طبع الإتفاق على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف، بينما العقد الإلكتروني يظهر على دعامة الكترونية تعالج بالحاسوب وتمهر بتوقيع الكتروني. ، وبالتالي فالتعاقد بالهاتف والفاكس والتلكس ليس عقد إلكتروني بصفة مطلقة. [1]

خامسا : أطراف العقد الإلكتروني لقد بينت المادة 6 من القانون 18 – 05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية مجموعة من المصطلحات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، منها أطراف العقد الإلكتروني. وهم كما يلي:

1 – المستهلك الإلكتروني: "هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي" [2]. أما تعريف المستهلك وفق قانون المستهلك وقمع الغش فهو، "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به" [3].

---

[1]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 1 – 17.

[2]- قانون رقم 18 – 05 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، م6 فقرة 3.

[3]- رقم 09 – 03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج . ر عدد 15 مؤرخة في 11 ربيع الأول عام 1430 الموافق 08 مارس سنة 2009 ، ص12 – 23)، م3.

2 – المورد الإلكتروني : كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية[1]. ويجب أن يكون مسجل نشاطه في السجل التجاري أو في سجيل الصناعة التقليدية و الحرفية، ويكون ضمن الموردين المسجلين في البطاقية الوطنية للموردين والتي تكون في متناول المستهلك الإلكتروني، ولا يمكن للمورد ممارسة نشاطه إلا بعد أن يودع إسم الناطق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري[2].

3 – الجهاز الإلكتروني : وهو كل التقنيات التي تدخل في إبرام العقد الإلكتروني عن بعد، وهي جهاز الحاسوب من أجل استخدام البريد الإلكتروني و موقع الواب أي شبكة الموقع واسم الناطق، واستعماله في المشاهدة والسماع بالكميرا والميكروفون، وسيلة الدفع الإلكتروني. فاسم الناطق هو : "عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء الناطق، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني." [3]. وغالبا ما تستعمل وسيلة دفع إلكترونية في العقود الإلكترونية وهي : " كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية." [4]. وتتم تغطية الدفع الإلكتروني بمناسبة هذا الشراء عن طريق الحساب البنكي بالعملة الصعبة "شخص طبيعي" للمستهلك الإلكتروني الموطن في الجزائر[5].

يطبق القانون الجزائري في مجالات المعاملة التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني : متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر، او شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، او كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر. [6]

الفرع الثاني : انعقاد العقد الإلكتروني ينعقد العقد لما يتم التعبير عن الإرادة وتتطابق الارادتين إيجابا وقبولا، وتكتمل أركان العقد من الرضى ومحل وسبب وركن الشكلية متى أوجب القانون ذلك. ومنه سيتم توضيح أركان العقد الإلكتروني.

أولا : ركن الرضا ينشأ قانون ركن الرضا لما يكون موجودا وصحيحا، فيوجد التراضي بالتعبير عن الإرادة وتطابق الإرادتين إيجابا وقبولا، ويكون الرضا صحيحا لما يصدر من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام العقد، وتكون هذه الأهلية خالية من عوارض الأهلية (الصغر – الجنون – العته – السفه – الغفلة) وموانع الأهلية (الفقد والغياب – ذا العاهتين كالأصم الأبكم – المحجور عليه أو المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية)، كما يجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب (الغلط – التدليس – الغش – الإكراه).

أ – التعبير عن الإرادة: يقصد منه التعبير عن إرادة إبرام عقد ما، من طرف الموجب ، ويرد عليه الشخص الثاني بالقبول، فيكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا، وقد نصت المادة 60 من القانون المدني أن

---

[1]- قانون رقم 18 – 05 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، م6 فقرة4.

[2]- قانون رقم 18 – 05 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، م8 و م9 .

[3]- القانون نفسه رقم 18 – 05 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، م6 فقرة8.

[4]- القانون نفسه ، م6 فقرة 5.

[5]- القانون نفسه ، م 7.

[6]- القانون نفسه، م 1 فقرة 2.

التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفين علىأن يكون صريحا"

ويجب أن يصدر من شخص يتمتع بأهلية التعاقد خاليا ممن عوارض وموانع الأهلية، وخالي من عيوب الإرادة. فوسيلة التعبير عن الإرادة تختلف فقد تكون عبر البريد الالكتروني، بواسطة رسائل متبادلة تصل من المرسل إلى الخادم فيقوم المرسل اليه بالاطلاع على الخادم فيحملها ويخزنها في صندوق الوارد ويرد عليها ، ومنه فوسيلة التعبير عن الإرادة هي الكتابة الالكترونية، وقد يكون التعبير عن الإرادة عبر شبكة الأنترنات من خلال موقع مخصص لذلك، بالضغط على زر موافق، أو الضغط في الخانة المخصصة لذلك، وقد يصدر التعبير عن الإرادة عبر المحادثة والمشاهدة، باستعمال الحاسوب والكميرا والميكروفون، وهنا يكون التعبير عن الإرادة بالكلام أو الكتابة أو الإشارة، وبالتالي فغرفة المحادثة عبر الانترنات تعتبر مجلس عقد افتراضي[1].

ب – أهلية المعبر عن إرادته في التعاقد الإلكتروني: حتى يكون التراضي صحيح ، يجب أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص تتوفر فيه أهلية إبرام التصرفات القانونية ، وتكون خالية من عوارض وموانع الأهلية، وأن تخلو الإرادة من العيوب. [2]

1 – تعريف الأهلية : الأهلية هي القدرة على كسب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وإبرام التصرفات القانونية، ومنه فالأهلية تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، **فأهلية الوجوب** هي: صلاحية كسب الحقوق و تحمل الالتزامات، وتثبت عبر كل حياة الإنسان . **أما أهلية الأداء:** هي صلاحية إبرام التصرفات القانونية ، وتعبير الشخص بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لأثاره القانونية في حقه و ذمته، وتتطور عبر مراحل حياة الإنسان، فمناط الأهلية هو السن والحالة الذهنية للشخص القانوني الطبيعي، فسنبين تدرج الأهلية عبر السن كما يلي: [3].

2 – درجات الأهلية :

- الشخص الطبيعي غير المميز، هو عديم الأهلية، وذلك من الميلاد إلى 13سنة، م42 ق.م، وكذلك المعتوه والمجنون، تصرفه باطلا ولو كان نافعا له نفعا محضا.
- الشخص الطبيعي المميز، هو ناقص الأهلية، وذلك من سن 13 سنة إلى 19 سنة، م43ق.م، وكذلك السفيه وذا الغفلة، تصرفه قابل للإبطال وفق الحالات الآتية:
  - التصرف النافع نفعا محضا صحيح أن يقدم شخص هبة لشخص مميز.

---

[1]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 21 – 23.

[2]- بلحاج العربي : نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، (وفق آخر التعديلات التشريعية، ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، ص93.

[3]- محمد الصغير بعلي : المدخل للعلوم القانونية، (نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009، ص11 – 16.

- التصرف الضار ضرر محضا باطل ، مثل أن يقدم الشخص المميز هبة لشخص آخر.
- التصرف الدائر بين النفع و الضرر قابل للإبطال لمصلحة القاصر، أي بطلان نسبي مع العلم أن الشخص المميز مسئول عن أفعاله الضارة ، م25 ق .م

- الشخص الطبيعي الراشد، فهو كامل الأهلية، وذلك من سن من 19 سنة فما فوق بشرط أن يكون غير محجور عليه لجنونه، فتصرفاته صحيحة. فالعقد الإلكتروني يستوجب أهلية الأداء وهي الأهلية المناسبة لإبرام التصرفات القانونية.

3 – عوارض الأهلية :

– **الجنون :** هو فقد القدرة والإدراك على تمييز العمل النافع من الضار .

– **العته :** يفقد القدرة على التمييز دون فقد عقله.

– **السفيه** : انفاق المال دون اعتبار للعقل و الشرع أي الإسراف في التبذير.

– **الغفلة :** الوقوع في الغبن بسهولة لسلامة نيته وطيبة قلبه، وكثيرا ما يخطئ إذا تصرف.

4 – موانع الأهلية :

– **موانع مادية :** تمنع الشخص من مباشرة تصرفاته وهي الغياب والفقد م31 ق.م.ج.ن–**1.2–موانع طبيعية** ذا العاهتين أصم أبكم أو أعمى أصم ..لا يباشر تصرفاته إلا بمساعد،م80ق.م.ج.ن

– **موانع قانونية :** مثل تعرض الشخص لعقوبة سالبة للحرية ،تنص م78 ق.م.ج.ن "**كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم الحبس**"[1]

5 – خلو الإرادة من العيوب فعيوب الرضا هي الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال.

– **الغلط** : تصور مخالف للحقيقة يقوم في ذهن المتعاقد يؤدي به لإبرام التصرف ما كان ليبرمه لو تبين حقيقته، ويكون الغلط في صفة الشيء أو في صفة المتعاقد أو في القانون ،وهو إما مانع للإرادة أو غير مانع للإرادة م82 ق.م. ج. ن، كأن يكون العرض غير واضح أو ناقص، ,قد ألزم قانون التجارة الإلكترونية المورد الإلكتروني بأن يكون العرض متضمن مجموعة من البيانات حددها في المادة 10و 11، ولحماية المستهلك من الوقوع في الغلط عليه أن يسجل بينات موقع عرض المنتوج ويحفظه حتى يكون حجة له، في حالة ما إذا كان المنتوج الذي استلمه ليس هو من كان معروضا على الصفحة الإلكترونية. [2]

– **التدليس :** حيلة لحمل الشخص على إبرام العقد، بواسطة التضليل وسؤ النية ووسائل احتيال كالكذب،م86 ق.م. ج. ن، مثل الإعلانات كاذبة أو رسائل إشهارية مضللة، أو معلومات غير حقيقية .

– **الإكراه :** ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص ويجعله تحت سلطان ورهبة بينة يبعثها فيه المتعاقد الآخر، و تتكون من عنصر معنوي وعنصر مادي. [3]م إن الإكراه لا يمكن أن يتعرض هل المستهلك الإلكتروني لأن الوجود المادي للمتعاقدين غير متوفر، وأنه ليس هناك ما يجبره على دخول موقع ما وإبرام

---

[1]- محمد الصغير بعلي : المدخل للعلوم القانونية، (نظرية الحق)، المرجع السابق، ص 16 – 17.

[2]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 36 .

[3]- المرجع نفسه، ص 27.

عقد إلكتروني معه، غير أنه قد يدخل المستهلك إلى موقع ما ويدلي ببياناته من أجل أن يبرم عقد ما غير أن صاحب الموقع يبتزه ويضغط عليه من خلال تهديده بنشر بياناته أو استعمالها استعمال غير مشروع في حالة ما إذا لم يقوم بشراء منتوجات ما عنه[1].

– **الاستغلال :** وهو استغلال طيش بين للحصول على نسب أعلى في العقد، يتكون من عنصرين عنصر معنوي وهو استغلال طيش بين أي: حالة تعتريه تجعله في رغبة جامحة لإبرام العقد (هوى جامح أي اللامبالاة) ،م90 ق.م .ج. ن

يجوز للميز أن يبرم عقود الإدارة إذا كان مأذونا له من وليه ، فإذا لم يكن مأذونا له فيعتبر تصرفه قابل للإبطال لمصلحته.

انه من السهل انتحال صفة شخص آخر و القيام بالتعبير عن الإرادة، من قراصنة أو قاصر، دون أن ينكشف أمره، وقد رأى الفقهاء أنه لابد من حماية الطرف الآخر حسن النية من خلال العمل بنظرية الوضع الظاهر، فمتى اتخذ شخص غير آهل وضعية مظهر شخص يتمتع بأهلية التعاقد وكان المتعاقد معه لا يعلم بحالته فلا بد من حماية هذا الأخير اعمالا للوضع الظاهر وتوفيرا للثقة والامن للمعاملات الالكترونية، أما قانون التجارة الدولية للأمم المتحدة نص في م13 منه أن رسالة البيانات تنسب إلى المنشئ إذا كان هو من أرسلها بنفسه كأصل واستثناء لاتعد الرسالة مرسلة من قبله في حالتين: إذا قام المرسل بتبليغ المرسل إليه بأن الرسالة ليست صادرة عنه، وإذا علم المرسل إليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ، إضافة إلى الحلول التقنية التي من أنها التأكد من هوية المتعاقد كالبطاقة الالكترونية، وملء نموذج الكشف عن الهوية والرقم السري.

التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية كتابة وتوقيعا مشروع وأساسه م64 ق.م. ج. ن، م323 مكرر1 و م 327 مكرر2 وهو كالتعاقد بالمراسلة، وأجازة الأمم المتحدة التعبير عن الإرادة برسالة البيانات[2].

ج – تطابق الارادتين: تطابق الإرادة إيجابا وقبولا، فسيتم توضيح الإيجاب و القبول.

1 – الإيجاب :

– **تعريف الإيجاب** الايجاب هو التعبير عن الإرادة الصادر من الطرف الأول، وهو عرض واضح، جازم وبات يقدمه لشخص معين أو إلى كافة الناس، أما القبول فهو الإرادة الثانية لإبرام العقد، وهو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب على أن يطابق الإيجاب الصادر من الموجب، صراحة أو ضمنا، أما الإيجاب الالكتروني فهو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، عبر شبكة دولية للإتصالات بوسيلة مسموعة ومرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، مما يمكن من يوجهه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويجب أن يخضع لشروط الايجاب العادي وهي أن يكون واضحا و محددا، و جازما وباتا، فتكون نية الموجب نهائية من أجل ابرام العقد اذا اقترنت بالقبول، ويحدد جميع عناصر العقد ومحل العقد، ويخلو الايجاب من أي تحفظات تؤثر في الزامية العرض في ابرام العقد، كالاحتفاظ بالحق في تعديل شروط العقد

---

[1]- المرجع نفسه، ص 37 .

[2]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 24 – 28.

أو تحديد النطاق الجغرافي للإيجاب. وقد أوجب المشرع أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني و أن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني. وبمان الايجاب الالكتروني يتم عن بعد فلا بد من حماية المستهلك من خلال ضمان المنتوجات ،وتبيين كيفية تنفيذ العقد ووسائل الدفع، والعبرة للإيجاب في وقت إطلاقه في الانترنات وليس منذ صدوره ، لأنه يرسل عبر وسيط الكتروني، كما يتميز بأنه دولي، ولو حصر العرض بنطاق جغرافي.

كما يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض الإلكتروني بطريقة مرئية ومقرؤة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية: رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية و الألكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني – رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي – طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم – حالة توفر السلعة أو الخدمة – كيفية ومصاريف وآجال التسليم – الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي – شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع – طريقة حساب السعر، عندما لا يكون تحديده مسبقا – كيفية وإجراءات الدفع – شروط فسخ العقد عند الإقتضاء – وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية – مدة صلاحية العرض عند الإقتضاء – شروط وآجال العدول، عند الإقتضاء – طريقة تأكيد الطلبية – موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفية إلغاء الطلبية المسبقة، عند الإقتضاء – طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه – تكلفة استخدام وسائل الإتصال الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها. غير م 13 من قانون التجارة الإلكترونية نص على وجوب تضمنه مجموعة من المعلومات إضافة إلى الشروط المتعلقة بهذه المعلومات الواردة في م 11 "... شروط فسخ العقد الإلكتروني – كيفية معالجة الشكوى – شروط وكيفية الطلبية المسبقة عند الإقتضاء – الشروط و الكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الإقتضاء – الجهة القضائية المختصة في حل النزاع طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه – مدة العقد حسب الحالة. [1] في حالة عدم تضمين العرض والعقد الإلكتروني هذه البيانات من طرف المورد فيمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد و التعويض عن الضرر الذي لحق به[2]، كما يعاقب المورد بعقوبات مالية منصوص عليها في المادة 39 من قانون التجارة الإلكترونية.

– **صور الإيجاب :** تختلف صور الايجاب باختلاف وسيلة ارساله، فهناك إيجاب عبر البريد الإلكتروني فإذا كان التعبير عن الإرادة موجه لشخص محدد بذاته فهو إيجاب، أما إذا كان موجه للجمهور فهو دعوى للتعاقد و التفاوض، أو عبر شبكة الأنترنات، فيكون موجه باستمرار لكل من يدخل الشبكة عبر بقاع الأرض، أو عبر المحادثة و المشاهدة، مما يشكل مجلس عقد افتراضي.

– **مسائل العرض الموجه للجمهور:** أما العرض الموجه للجمهور عبر شبكة الاتصال فمن الفقهاء من رآه ليسا إيجابا بل هو دعوى للتعاقد، لأن المتعاقد يمكنه رفض الطلبات الزائدة لعدم توفر المنتوج، ومنهم من قال

---

[1]- قانون رقم 18 – 05 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، 10، 11، 13.

[2]- القانون نفسه م 14.

إذا كان الإيجاب الموجه للجمهور يتضمن كل الشروط الواجبة، وفيه كل المعلومات المتعلقة بالعقد وعناصر محل العقد وكانت نية صاحب العرض جادة لإبرام العقد فهو إيجاب، وإن خلا من هذه البيانات فهو مجرد دعوى للتعاقد [1].

2 – القبول : القبول هو كل تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد بواسطة شبكة دولية للإتصالات، على أن يتضمن هذا التعبير توافقا وتطابقا تاما مع كل العناصر التي يتضمنها الإيجاب الصادر عبر الشبكة الدولية للاتصالات، حيث ينعقد العقد عند حصول هذا التطابق"، فالقبول الإلكتروني كالقبول بمجلس العقد سوى أنه يتم بوسيلة إلكترونية، فيجب أن يصدر القبول و الإيجاب لازال قائما، وإذا حدد الإيجاب بأجل فيجب أن يصدر القبول خلال هذا الآجال، وإذا كان عرض الإيجاب عبر خدمات المحادثة والمشاهدة فكذلك القبول يجب أن يصدر أثناء هذه المحادثة، وإذا انتهت ولم يصدر القبول فلا عبر له إذا صدر بعد ذلك، فيجب أن يتطابق القبول و الإيجاب تماما دون أن يزيد أو ينقص فيه، وإلا اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا وليس قبولا.

– **صور التعبير عن القبول :** التعبير عن القبول بالبريد الإلكتروني، وذلك من خلال قيام المرسل إليه الذي وجه له الإيجاب من طرف الموجب بإرسال قبوله على شكل رسالة إلكترونية تتضمن كافة عناصر إتمام التعاقد، وبالتالي ينتج من هذه الرسالتين تطابق القبول على الإيجاب وينعقد العقد.

التعبير عن القبول عبر شبكة الموقع، على عدة صور منها، ما يأتي في شكل رسالة إلكترونية، أو بالضغط على أيقونة القبول مرة واحدة، غير أنه من أجل تفادي الأخطاء هناك من المواقع ما تجعل القبول عبر مراحل، وحتى بعد الضغط على زر القبول يوجد زر تأكيد القبول ليتم الضغط عليه بتأكيد القبول.

– **مسائل يثيرها القبول :** يثير القبول الإلكتروني بعض المسائل منها: إمكانية العدول عن القبول، وحكم السكوت بالنسبة للتعبير عن القبول. وبالتالي فمنذ توافر الإرادتين وتطابقهما تتحدد القوة الإلزامية للعقد، ويترتب عنه تحديد القانون الواجب التطبيق، وبموجب القوة الملزمة للعقد لا يمكن لأي من الأطراف العدول عن القبول، فمتى تطابقت الإرادتين وجب تنفيذ العقد دون رجعة، هذه القواعد تناسب العقد الذي يتم وجاهيا بمجلس العقد، لكن في العقد الإلكتروني له أحكام تناسبه كعقد مبرم عن بعد، وذلك من أجل حماية المستهلك لكونه قد لا يتمكن من العلم الكافي بمحل العقد، ولا يعاينه، فقد مكن قانون التوجيه الأوروبي م 6 المستهلك من العدول عن قبوله في مدة سبعة أيام من تاريخ إبرام العقد، أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي بالنسبة للخدمة، أو من تاريخ تسلم البضاعة، على أن تمتد المدة إلى ثلاثة أشهر في حالة عدم إعلام المستهلك بالبيانات المطلوبة، ويتحمل المستهلك مصاريف العدول.

السكوت كطريقة للتعبير عن القبول الإلكتروني، تنص م68 ق.م. ج. ن أنه " إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتب قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا

[1]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 31 – 36.

اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه[1]" ومنه فالسكوت إذا اقترن بعرف أو تعامل سابق بين المتعاقدين، أو كان لمصلحة من وجه إليه يعتبر قبولا، غير أنه بالنسبة للقبول الإلكتروني فلا مجال لإعمال العرف في السكوت، أما قرينة أن يكون في مصلحة من وجه إليه فهذا يعد من أعمال التبرع، وهو غير مألوف في التعاقد الإلكتروني، إلا قرينة تعامل سابق فهو شائع في التعاقد الإلكتروني فقد يعتاد المستهلك شراء منتوجات من متاجر افتراضية، ومع ذلك في هذه الحالة الأخيرة حتى يعد السكوت قبولا لابد أن يقترن بظروف، كتعاقد أولي سابق[2].

د – زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني : إن العقد الإلكتروني هو تعاقد عن بعد بمجلس عقد افتراضي فالمتعاقدين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، وتكمن أهمية تحديد مكان وزمان التعاقد في أنه بذلك يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد وقت نفاذ العقد، وسريانه، ومدة التقادم، و الإختصاص القضائي.

1 – زمان انعقاد العقد الإلكتروني : لقد جاء الفقه بأربعة نظريات تحدد وقت انعقاد العقد وهي: نظرية إعلان القبول، والتي تعني أن العقد ينعقد بمجرد إعلان القابل لقبوله دون الحاجة إلى علم الموجب به، أي في الوقت الذي تحرير فيه من وجه إليه الإيجاب رسالة القبول غير أنه لا ينتج التعبير عن الإرادة إلا إذا علم به من وجه إليه، وذلك حتى تتطابق الإرادتين. أما نظرية تصدير القبول فتعني أنه ينعقد العقد في الوقت الذي يرسل فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ويصدره له، أي منذ خروج الرسالة الإلكترونية ودخولها الوسيط الإلكتروني للموجب، غير أنه بالنسبة للقبول الإلكتروني فيعتبر العقد مبرم منذ إعلان القبول لأن القبول الإلكتروني يستلم فور إعلانه فشبكة الأنترنات سريعة، أما نظرية استلام القبول فتعتبر العقد انعقد منذ استلام القبول من طرف المرسل إليه، سواء علم الموجب بالقبول أو لم يعلم، لأن التسلم يعد قرينة على العلم بالقبول، أي في وقت وصول الرسال إلى البريد الإلكتروني للمرسل إليه ولو لم يطلع عليها، وهذه النظرية هي الأنسب للتعاقد الإلكتروني، متى وصلت سليمة، حماية للمستهلك. أما نظرية العلم بالقبول فتعني أن العقد ينعقد منذ علم الموجب بقبول القابل، لأن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، وبالتالي فالعقد ينعقد في الزمان الذي يقوم فيه الموج بفتح صندوق خطاباته الإلكترونية و الإطلاع على الرسالة التي تتضمن القبول، وقد اعتمد المشرع الجزائري على هذه النظرية بموجب المادة 67 ق.م، وهي النظرية الأكثر ملائمة للتعاقد الإلكتروني بما تضمن أن الرسالة المتضمنة القبول قد وصلت للمرسل إليه واطلع عليها وعلم بها ومن ثمة تتطابق الإرادتين وينعقد العقد. لكن انتقد هذه النظرية بأن العلم بالقبول هو شرط لنفاذ العقد وليس لإنعقاده.

موقف التشريع : نص قانون التوجيه الأوروبي رقم 31 – 2000 في م 5 منه أنه يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل قبوله" فزمن إبرام العقد

---

[1]- الأمر 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، م68.

[2]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 36 – 39.

هو في الوقت الذي يستلم فيه الموجب تأكيد القبول ممن وجه إليه العرض وذلك بعد تمكنه من مراجعة عرضه وتصحيح ما قد يشوبه من أخطاء محتملة لتحقيق الأمان القانوني عبر الوسال الإلكتروني. أما المشرع المصري فنص في قانون التجارة الإلكترونية م2 أنه " يعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول"[1].

2 – مكان انعقاد العقد : إن قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية في م 15–4 منح الحرية للمتعاقدين في تعيين مكان العقد، فيمكن أن يكون مكان العقد هو مكان إرسال رسلة البيانات أو الذي استلمت فيه رسالة البيانات، وإن لم يتفق المرسل و المنشئ على تحديد مكان العقد، فأن مكان الإرسال هو مقر عمل المرسل إليه، وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر واحد، فان مقر العمل هو المكان واثق الصلة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة، أما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل اعتبر محل الإقامة المعتاد هو مقر عمل كل منهما، أما القانون التونسي في الفصل الثامن نص أنه ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع"[2].

ثانيا : ركن المحل محل الإلتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين، وهذا الأداء قد يكون إعطاء شيء، أو عمل أو امتناع عن عمل، غالبا ما يكون موضوع العقد الإلكتروني هو عقد بيع وبالتالي فمحل الإلتزام في هذه الحالة هو إعطاء شيء أي عملية نقل الملكية من طرف البائع الإلكتروني وتمكين المشتري منها مقابل أن يدفع هذا الآخير ثمن البيع المتفق عليه ، وقد يكون موضوع العقد الإلكتروني هو عقد إيجار وبالتالي فمحل العقد هنا هو الإنتفاع بالعين المؤجرة، ومدة الإيجار، ومقابل الإيجار، وقد يبرم شخص عقد إلكتروني مع شركة تأمين من أجل تقديم خدمة التأمين، فمحل العقد في هذه الحالة هو القسط و الخطر المؤمن منه ومبلغ التأمين.

أ – شروط محل الإلتزام : يجب أن يكون محل الإلتزام موجود، وممكن، ومعينا أو قابل للتعيين، ومشروعا. فإذا كان محل الإلتزام مثلا هو نقل ملكية شيء فيجب أن يكون موجودا وقت نشؤ الإلتزام،[3] وقد نصت المادة 15 من قانون التجارة الإلكترونية أنه لا يمكن أن تكون الطلبية المسبقة محل دفع إلا في حالة توفر المنتوج في المخزون...وفي حالة دفع الثمن قبل توفر المنتوج في المخزون فيجب على المورد الإلكتروني إرجاع الثمن للمستهلك مع التعويض، كما يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا و محققا، وإذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا، وإذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا. ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيئ، من حيث

---

[1]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 40 – 46.

[2]- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 46 – 47 .

[3]- شبانة شبانة: مصادر الإلتزام، محاضرة مقدمة لطلبة الحقوق السنة الثالثة، مركز الجامعة لخدمة طلبة كلية الحقوق، أمام كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، سنة 2019، ص 20 – 23.

جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، إلتزام المدين بتسليم شيء من صنف متوسط[1].

يجب أن يكون محل العقد معين ومشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فتمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يلي: لعب القمار و الرهان واليانصيب، المشروبات الكحولية والتبغ، المنتجات الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، كل سلعة أو خدمة محضورة بموجب التشريع المعمول به، كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي، كما تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي [2].

ثالثا : ركن السبب هو الباعث الدافع للتعاقد ، ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومشروعا، وإذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا . ويفترض أن كل إلتزام له سببا مشروعا، مالم يقم الدليل على غير ذلك ، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه[3].

خاتمة:

يعتبر العقد الإلكتروني أهم مظاهر التطور الذي أفرزته الثورة المعلوماتية، وهو بدوره يؤثر على تطور العقود بوجه عام، من حيث وسيلة الإتصال بين المتعاقدين، فبعد أن كان يبرم العقد وجاهيا في مجلس عقد يؤم جميع المتعاقدين أصبح العقد يبرم عن بعد في مجلس عقد إفتراضي، بحيث يكون أطرافه حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان ، ولتوضيح موضوع تطور تنظيم أحكام العقد الإلكتروني في الجزائر تم تناول مفهوم العقد الإلكتروني، وذلك من أجل تحديد تعريفه وطبيعته وخصائصه ، وتمييزه عما يشبهه من عقود بطريقة موجزة، ثم بينا مسألة إنعقاد العقد الإلكتروني فتم توضيح أركانه من ركن الرضا والمحل والسبب.

الأصل أنه يجوز إبرام كل العقود إلكترونيا لكن المشرع إستثنى بعض التصرفات التي لايجوز أن تبرم بشأنها عقود إلكترونية وذلك تحت طائلة العقوبة المالية، وقد وجد أنه من بين المسائل الهامة الذي يثيرها العقد الإلكتروني هو تحديد هوية الطرف المتعاقد، وقد جعل المشرع الحل هو أن يبين المورد في موقعه على الأنترنات بأنه فعلا تاجر إلكتروني، ويبين كل المعلومات المتعلقة بالمنتوج، وهذا يعني أنه لابد

---

[1]- الأمر 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، م54.

[2]- قانون رقم 18 – 05 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، م5.

[3]- الأمر 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، م97 – 98.

للمستهلك الإلكتروني يكون حذرا في تعاملاته الإلكترونية، ويتحرى المواقع التجار الحقيقين، وقد بدأ المشرع في تنظيم المعاملات الإلكترونية منذ تعديله للقانون المدني بموجب القانون 05 – 10 بتاريخ 20 جوان 2005 لما نظم مسألة الإثبات الإلكتروني بموجب المادة 323 مكرر 1، ثم صدر القانون 09 – 04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال ومكافحتها، ثم صدر القانون 18 –05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية. وبالتالي فالعقد الإلكتروني إكتسب صفة التجارية، فهو عقد تجاري بالنسبة للمورد، ومدني بالنسبة للمستهلك، وأن المشرع يعمل باستمرار على تنظيم العقد الإلكتروني في إطار التجارة الإلكترونية وهدفه هو تطوير التجارة وحماية المستهلك الإلكتروني.

قائمة المصادر والمراجع:

– الأمر 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

- القانون 04 – 02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (ج.ر عدد 41 مؤرخة في المؤرخ في9 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 27 يونيو سنة 2004، ص3– 10).

- رقم 09 – 03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج . ر عدد 15 مؤرخة في 11 ربيع الأول عام 1430 الموافق 08 مارس سنة 2009 ، ص12 – 23).

- قانون رقم 18 – 05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 ماي سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، (ج . ر عدد 28 مؤرخة في 30 شعبان عام 1439 الموافق 16 مايو سنة 2018، ص 4 – ص10).

– بلحاج العربي : نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، (وفق آخر التعديلات التشريعية، ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية.

- ححيط حبيبة و جعودي مريم : النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية، سنة 2013.

– شبانة شبانة: مصادر الإلتزام، محاضرة مقدمة لطلبة الحقوق السنة الثالثة، مركز الجامعة لخدمة طلبة كلية الحقوق، أمام كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، سنة 2019.

– محمد الصغير بعلي : المدخل للعلوم القانونية، (نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009.

عنوان المداخلة (23):

مواكبة التشريع الجزائري لاستخدام الوسائل لإلكترونية في مجال التعاقد.

محور المشاركة: مستقبل قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية.

د/ كحل الراس ريمة. د/ أوسعيد إيمان

التخصص: القانون القضائي. التخصص: القانون القضائي

البريد الالكتروني:rymaroma@outlook.fr البريد الالكتروني:cchahida8@gmailcom

الملخص:

تعتبر العقود من التصرفات الصادرة عن الأشخاص الطبيعية او المعنوية، حيث اهتمت معظم تشريعات الدول بتنظيمها ضمن النظرية العامة للعقد التي كرست المفاهيم الفلسفية في احكام نصوص قوانينها المدنية و لقد ظلت النظرية العامة للعقد بجملة المبادئ التي ترتكز عليها صامدة في وجه كل الانتقادات التي طالت مبادئها ونادت بكبح سلطانها، الا ان القواعد القانونية التي تحتويها النظرية العامة للعقد قد اثبتت قصورها في مواكبة التطورات التكنولوجيا الحاصلة خصوصا فيما يتعلق بالتعاقد الالكتروني و اذا كانت تشريعات بعض الدول قد حاولت تنظيم هذه المسألة في قوانينها الوضعية فان التشريع الجزائري ما يزال بعيدا نوعا ما عن ذلك، الامر الذي يجعلنا نحاول من خلال هذه الورقة البحثة ان نسلط الضوء على هذا الموضوع والبحث فيه.

الكلمات المفتاحية: العقود المدنية، التعاقد الالكتروني، التطورات التكنولوجيا، التوقيع الالكتروني.

Abstract:

- Contracts are considered actions issued by natural or legal persons, as most of the countries' legislations were concerned with regulating them within the general theory of the contract, which enshrined philosophical concepts in the provisions of the texts of their civil laws. And it called for curbing its authority, but the legal rules contained in the general theory of the contract have proven to be insufficient in keeping pace with the technological developments taking place, especially with regard to electronic contracting, and if the legislation of some countries has tried to regulate this issue in their positive laws, then the Algerian legislation is still somewhat far from that. Which made us try through this research paper to shed light on this topic and research it.

Keywords: Civil contracts, electronic contracting, technological developments, electronic signature**.**

المقدمة:

يحتل العقد المكانة الأولى في ترتيب مصادر الالتزام فهو الأداة التي يستند اليها في المقام الأول لتسهيل التبادل والتعامل بين الأشخاص ليس على المستوى الداخلي فحسب بل على مستوى التبادل الدولي أيضا و لقد نظمت القوانين المدنية بالتفصيل الدقيق مسألة العقود المدنية، منها ما وجد في القانون المدني العراقي رقم

40 لسنة 1951 و تعديلاته بموجب المواد من(73 الى183)[1] ومنها ما وجد في تشريعات الدول الأخرى منها القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الامر رقم 58-75 المؤرخ في26 /9/ 1975المعدل و المتمم[2] حيث عرف المشرع الجزائري العقد المدني بصفة عامة في نص المادة 54 منه بانه **«اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة اشخاص نحو شخص او عدة اشخاص اخرين بمنح او فعل او عدم فعل شيء ما»**

و كذلك كان حال المشرع الفرنسي الذي عرف هو الاخر العقد في القانون المدني لسنة 2016 وبالتحديد في نص المادة 1101 من الامر المؤرخ في 10/ 2 / 2016بانه**« اتفاق إرادتين بين شخصين او اكثر يهدف الى انشاء التزامات او تعديلها او نقلها او انهاءها»**[3] بينما كان تعريفه قبل التعديل على انه **«اتفاقية من خلالها يلتزم شخص او اكثر إزاء شخص بإعطاء شيء او القيام بعمل او بالامتناع عن القيام بعمل»** [4]

وبما ان اهم نظرية في القانون المدني هي نظرية العقود، بحيث تحتل العقود مكانة مرموقة في كافة النظم القانونية والتشريعات المختلفة كما تعتبر هرما لكافة المعاملات سواء على الصعيد المحلي او الدولي فهي وسيلة قانونية واقتصادية تعتمد عليها المجتمعات منذ زمن بعيد.

فيعتبر العقد بناء قانوني تستند على اثره العلاقات بين الأشخاص فهو المضمار الذي يضمن الوصول الى الغاية التي يرمي لها الأطراف من خلال التعاقد و المتمثلة في تحقيق الغاية الاقتصادية، لذا تحظى النظرية العامة للعقد بمكانة بارزة في نطاق التشريعات المعاصرة، فيلعب العقد دورا بارزا في ترسيخ الحقوق و الواجبات و تداول الثروات و لكن ومع زيادة التطور التكنولوجي و العلمي و الطفرة العلمية التي رافقت هذا التطور و التي مست كافة مجالات الحياة فإنها قد جعلت التحولات تضرب في عمق الحياة القانونية وتمس بكافة الكيانات القانونية التي ظلت جامدة لأمد بعيد. [5]

و بما ان الثورة التكنولوجية قد أحدثت لنا تغيرا جذريا في العلاقات على جميع المستويات حيث انها لم تعد تقتصر على الجوانب التجارية وحدها بما يفيد التجارة الالكترونية بل انها امتدت الى المجال الثقافي لتصل بعدها الى العلاقات الاجتماعية الامر الذي دفع للتفكير في كيفية استيعاب كل ما ينتجه الفكر البشري من تطور في المعلوماتية، خاصة و ان التكنولوجية الرقمية قد افرزت لنا تقنية جديدة للوسائط الالكترونية تسمى

---

[1] –مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2013– 2014 ص 1.

[2] – امر رقم 75– 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 26/ 9/1975 المتضمن القانون المدني ج ر عدد78 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 – 10الموافق ل 20/ 6/ 2005 ج ر عدد 44معدلة ومتممة بموجب القانون رقم 07 – 05المؤرخة في 13/ 5 /2007 ج ر عدد 31 سنة 2007.

[3]- Art 11O1 « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destine à créer, transmettre ou éteindre des obligation»

[4]- Art 11O1 (Ancien) «LE contrat est une convention par la quelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire, quelque chose »

[5]– بن لعلى عبد النور، أثر التطورات الاقتصادية والتكنولوجية على المبادئ التعاقدية، مجلة جيل للأبحاث القانونية، مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل للبحث العلمي، العدد 51 افريل 2022، ص 24 ،25.

الانترنت اذ لوحظ في السنوات القليلة الماضية تطورا ملموسا في مجال استخدامه بوجه عام[1] و لقد كان لهذا التطور التكنولوجي اثره البالغ على الصورة النمطية لنظرية العقد .

حيث انه ونظرا للتطور الذي اصبحت تشهده المعاملات العقدية في السنوات الأخيرة سيما في مجال اقتحام المتعاملين الاقتصادين اقتصاد السوق وتوسع المجال العقدي الذي أصبح يتطلب السرعة في المعاملات عن بعد، فانه لم تعد الاحكام العقدية الكلاسيكية كافية لوحدها في مسايرة المعاملات الجديدة الأمر الذي استلزم البحث عن وسائل أكثر حداثة ومرونة يتعين تنظيمها بأحكام قانونية خاصة نحمي من خلالها المتعاقد الضعيف تكنولوجيا. [2]

خصوصا وان شبكة الانترنت في وقتنا الحالي قد جعلت الملاين من البشر بتباين أفكارهم و اختلاف ثقافتهم و لغاتهم في اتصال مباشر مع بعضهم البعض وذلك بمجرد الضغط فقط على زر المفاتيح في جهاز الكومبيوتر او الجهاز المحمول و قد أصبحت هذه التقنية الرقمية ذات أهمية بالغة بالنسبة للتواصل بين الافراد، كما أصبحت موضع دراسات قانونية حول مستقبل القواعد القانونية التقليدية لتتناسب مع عصر جديد هو عصر التكنولوجيا الالكترونية وذلك بما يخدم التقدم الاجتماعي و الثقافي بين الأشخاص من جهة و حتى التقدم الاقتصادي الذي تحققه التجارة الالكترونية[3] من جهة أخرى، الا انه و نتيجة للتحولات و التقدمات المتسارعة التي تشهدها الحياة العملية في الحقبة الراهنة و التي مست حتى الحياة القانونية في بعض من جوانبها، فقد بقي العقد صامدا على ما يحتويه من اطر قانونية عتيقة و ركائز كلاسيكية جامدة مما جعل العقد يصادف الكثير من الازمات اصطلح على تسميتها **بأزمة العقد** الامر الذي جعل الهوة القانونية تزداد و الفراغات و الثغرات التشريعية تتباعد وهو ما دفع بالمشرعين في عديد الدول الى إعادة النظر في النظرية العامة للعقد و تحيينها و فق ترسانة قانونية تسمح لها بالتماشي مع التطورات الراهنة، فمع تزايد التحولات التكنولوجية و الاقتصادية أضحت هذه التحولات تضغط على الحياة القانونية و على الواقع[4] في محاولة منها مواكبتها و اللحاق بها بما يخدم التقدم الإنساني بالدرجة الأولى و مسايرته .

اذ تعد التطورات التكنولوجيا في مجال المعاملات الاستهلاكية كبروز للعقد الإلكتروني ومن اهم أسباب تنوع مفاهيم العقد وتجديدها من اجل عصرنتها مع التطورات التي تشهدها مختلف الدول خاصة التكنولوجية منها وظهور عصر الرقمنة فأصبحت المبادئ الكلاسيكية التي تحكم العقد غير كافية لوحدها لمواكبة هذا التطور، خاصة في ظل بروز معطيات تعاقدية جديدة أصبح البحث عن إيجاد حلول جديدة لمعالجتها امرا ضروريا[5]، فبرغم من ان استعمال تكنولوجيا المعلوماتية قد جلبت لنا منافع كثيرة لا يمكن تعدادها وحصرها،

---

[1] – شريف هنية، التحديات القانونية للعقد الالكتروني، حوليات جامعة الجزائر 1، مجلة علمية محكمة دوليا، الجزء الثاني العدد 26، نوفمبر 2014 ص 10، 11.

[2] –مرابطين سفيان، مرابطين سفيان، مستقبل العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التامين، كلية الحقوق جامعة الجزائر ،1 سنة 2020 /2021 ص 5.

[3] – شريف هنية، نفس المرجع والصفحة.

[4] – بن لعلى عبد النور، مرجع سابق ص 25.

[5] –مرابطين سفيان، مرجع سابق ص 7.

الا انها في المقابل قد جلب لنا ثغرات ومشاكل قانونية لا حصر لها تجعلنا نفكر في إيجاد تنظيم قانوني محكم لها ينظمها ويؤطرها ويعالج ثغراتها وهذا ما دفع بالكثير من تشريعات بعض الدول الى محاولة إيجاد حلول لذلك.

وبناء على ما سبق ذكره فإننا سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية الإجابة على الإشكالية الرئيسية التالية:

هل استطاع المشرع الجزائري مواكبة التطورات الحاصلة في مجال العقود الالكترونية؟

ولمعالجة هذه الإشكالية فانه لابد لنا من الاعتماد على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي وذلك من خلال التطرق الى محورين رئيسين أين يندرج تحت كل منها عدد من النقاط الرئيسية.

المحور الأول: سوف نتناول فيه مفهوم العقد الالكتروني.

اما المحور الثاني: سوف نتحدث فيه عن احكام التعاقد الالكتروني في التشريع الجزائري وفي التشريعات المقارنة.

أهمية الدراسة: تأخذ هذه الدراسة أهميتها من أهمية الموضوع في حد ذاته والمتمثل في معالجة المشاكل التي تطرحها العقود الالكترونية من حيث مفهومها وطرق ابرامها واثباتها وهل استطاعت تشريعات الدول بصفة عامة والتشريع الجزائري بصفة خاصة مواكبة هذا النوع من العقود وتنظيمها.

المحور الأول: مفهوم العقد الالكتروني.

-ان الثورة العلمية المتمثلة في التكنولوجيا الحديثة اثرت كثيرا في حياة الانسان و أصبحت مقياسا للتقدم الذي وصلت اليه العقول البشرية الفذة ، فهي تتيح للأفراد مثلا تجاوز عائق المسافة المطلوبة لعملية الاتصال أي انها تتيح للفرد ان يدخل في علاقة مع أي شخص كان و في أي مكان دون إحساس بصعوبة الاتصال المباشر لان عالم الاتصال اليوم اصبح يتجاوز حدود وسائل الاعلام الجماهرية التقليدية حيث تشكل الأقمار الصناعية والانترنت احدى اهم جوانبه .[1]

وبما ان الطبيعة الخاصة للبيئة الرقمية قد سمحت بالإزالة الحدود الجغرافية ونقل المعلومات بين الأشخاص بسهولة وتبادلها بكل حرية، هذه الوسيلة التي اثرت على المجال العقدي تعد من اهم الإنجازات في عصرنا الحالي وتمثل الامتداد الطبيعي لتكنولوجية الاتصالات فهي تعتمد بالدرجة الأولى على الحاسب الالي أي على الكومبيوتر،[2]وبما ان قانون العقود قد اصبح يخضع لعدة تحولات و تطورات هامة مست تصوراته و مبادئه بحكم ان القانون وليد بيئته يتغير بتغير المعطيات و الظروف الاقتصادية والاجتماعية حيث رأى الفقه الحديث انه في القرن 19 و بداية القرن 20 فقد تعززت العلاقة بين القانون و الاقتصاد اكثر فاكثر بحيث اصبح كل

---

[1]- عويسي سكينة، البشير غربي، التكنولوجية الرقمية وتأثيرها في حياة الفرد والمجتمع، مجلة جيل للأبحاث القانونية، مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل للبحث العلمي، العدد 51، افريل 2022، ص 19.

[2] - شريف هنية، مرجع سابق ص 11.

واحد يأثر على الأخر، خاصة تأثير الاقتصاد على القواعد القانونية[1] الامر الذي غير من تصور العقد و هو ما فرض إعادة نظر واسعة في مفهوم العقد وكيفية ابرامه و اثباته.

الفرع الأول: تعريف العقد الالكتروني.

-منذ اجتياح الثورة الرقمية الذكية بمكوناتها الثلاثة (انترنت والبيانات الضخمة، إضافة الى الذكاء الاصطناعي) مختلف جوانب الحياة الإنسانية بما فيها القانونية، فقد وجد العاملون في المجال القانوني أنفسهم امام تحديات جديدة فرضتها هذه الثورة المعلوماتية وبلورتها من خلال مصطلحات ومفاهيم قانونية جديدة لم تكن مألوفة لديهم من قبل، مجبرة إياهم على التكيف مع هذه المتغيرات التي وجدوا أنفسهم فيها متأثرين لا مؤثرين.

وبما ان العقد قد تأثر بالتطور التكنولوجي الذي شهده القرن 21 و الذي يعرف بعصر الذكاء او بعصر التكنولوجيا و غيرها من المصطلحات الحداثية[2]و ضمن هذه السلسلة الأخيرة فقد برز لنا اليوم مصطلح العقود الالكترونية كبديل للعقود التقليدية مع ما توحيه هذه التسمية من انتقاص و انتقاد لمفهوم العقد التقليدي المعروف سابقا و هو ما جعل العديد من الفقهاء القانونين و حتى بعض المشرعين يحاولون تعريفه .

1) التعريف الفقهي للعقد الالكتروني:

-في هذا السياق وجدت عدة محاولات لتعريفه حيث ان معظمها قد ركز على ربطه بالعقود التقليدية مع خصوصية الوسيلة المستعملة، بحيث نجد ان البعض قد اعتبر العقود الالكترونية ماهي «الا عقودا مبرمة عن بعد من خلال استخدام معدات وتجهيزات الكترونية مهما كان نوعها لتخزين المعطيات» الا ان هذا المفهوم يعتبر واسعا حيث يشمل كل المجالات التي يكمن ان تقتحمها شبكة الانترنت، مع ان العقد الالكتروني لا يخرج عن كونه علاقة عقدية الامر الذي يفرض علينا الرجوع للقواعد العامة لنظرية العقد[3] وهو التعريف الذي تبناه الفقه الفرنسي في تعريفهم للعقد الالكتروني على انه« اتفاق يتلاقى فيه الايجاب والقبول بشأن الأموال و الخدمات عبر شبكة دولية الاتصال عن بعد و ذلك بوسيلة مسموعة و مرئية تنتج التفاعل الحواري بين الموجب و القابل »[4] الا ان هناك من الفقهاء من ركزوا على الصفة الدولية في تعريفه حيث يروا بانه« العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع و الخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية من جانب أشخاص متواجدين في دولة او دول مختلفة بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد» الا ان هذا التعريف لا يعبر بدقة عن العقد الالكتروني و ذلك لسببين:

أولهما انه ليس كل عقد الكتروني هو عقد دولي بالضرورة.

---

[1] – احمد بعجي، أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 2، سنة 2020 ص 139، 140.

[2]– حوالف عبد الصمد، مستقبل العقد في ظل ظهور تقنية سلسلة الكتل (البلوك تشين) مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 2، جوان سنة 2022، ص 114.

[3] – شريف هنية، مرجع سابق ص12.

[4] – بن لعلى عبد النور، مرجع سابق ص45.

والثاني ان الشبكة الدولية ليست الوحيدة لإبرام العقود الالكترونية فهناك وسائل أخرى تستعمل لإبرامه.[1]
الا ان الملاحظ في الامر هو عدم وجود تعريف فقهي موحد للعقد الالكتروني، سيما لو اخذنا بعين الاعتبار استناد الفقه الى احد جوانب هذه العلاقة، فبعض منهم اعتمد على الصفة الدولية التي تحققها الشبكة لذلك عرفه «على انه العقد الذي تتلاقى فيه العروض و الخدمات من اشخاص متواجدين في دول مختلفة التي يعبر عنها بالوسائط الالكترونية المتعددة Multimediaخصوصا شبكة الانترنت و بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد» و الملاحظ على هذا التعريف انه حصر وسيلة ابرام العقد الالكتروني في شبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه كالفاكس و المينتل في فرنسا .
ومن جهة أخرى، يستند جانب اخر من الفقه في تعريفه على الوسيلة المستخدمة للتعاقد وبان العقد الالكتروني هو اتفاق يتلاقى فيه الايجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.
وفي اعتقادنا ان هذا التعريف اشترط وجود وسيلة مسموعة مرئية لكي يعتبر العقد الكترونيا بالرغم من ان التعاقد عبر البريد الالكتروني يتم فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة ومع ذلك يعتبر عقدا الكترونيا بالرغم من ان التعاقد عبر البريد الالكتروني يتم فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة،[2] كما نجد تعريفات أخرى ركزت اما على صفة أطراف العلاقة العقدية او اكتفت بان يكون العقد مبرما جزئيا او كليا بوسيلة الكترونية.
وعليه فانه يمكن اعتبار بان العقود الالكترونية هي العقود التي تتم عبر الأجهزة الالكترونية الحديثة مثل الجولات والالواح المحمولة والحواسيب وغيرها من خلال الشبكة العنكبوتية (الانترنت) بوسائل التواصل المختلقة بالصورة او الصوت او المخاطبة الالكترونية(الرسائل)عبر البريد الالكتروني والعقود الالكترونية في هذا المجال هي اشمل نطاقا من العقود الذكية التي ينبغي ان تتوافر فيها إجراءات وشروط معينه.
فالعقد الذكي هو شيفرة حاسوبية يمكن تنظمينها في البلوكشين blockchainلكتابة عقد او التحقق منه والتفاوض عليه حيث تعمل العقود الذكية بموجب مجموعة من الشروط التي يوافق عليها المستخدمون وعندما يتم استفاء تلك الشروط يتم تنفيذه الاتفاقية تلقائيا و هنا يجب التميز بين العقود الذكية التي تمثل التنفيذ الالكتروني للعقد و العقود الالكترونية التي تمثل التعاقد الالكتروني من حيث استخدام وسائط الانترنت للتعاقد، حيث شكلت نموذجا من تدخل المشرع لتنظيم الالية الإجرائية للأنترنت كوسيلة للتعاقد من حيث تنظيم عمليات القبول و الرفض و الاثبات بينما بقيت مرحلة التنفيذ الالكتروني خارج هذا السياق لتاتي اليوم العقود الذكية و مع بعض الخصوصية لتتولى هذه المهمة المتعلقة بتنفيذ العقد وان كانت عملية التعاقد الالكتروني تمثل الجيل الخام من الثورة الرقمية التي يغلب عليها الطابع البشري، فان التنفيذ الإلكتروني اليوم يمثل الجيل الأكثر تقدما من الثورة الرقمية الذي يغلب عليها الطابع الالي و هنا الفارق و بغض النظر عن

---

[1] – عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014، ص21.
[2] – شريف هنية، نفس المرجع والصفحة.

الجدل الفقهي القائم في تصنيف هذا النوع من العقود فان هناك بعض التشريعات قد نظمته منها القانون الأمريكي الصادر في ولابة نيفادا في عام 2017والمعدل لأحكام القانون الاتحادي الخاص بالمعاملات الالكترونية و الذي شجع العمل بها عن طريق اعفاءها من الضرائب كما اخذ بها المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 16- 520 المؤرخ في2016و الخاص بسندات الصندوق و كذا القانون رقم 16 /1691 المؤرخ في19 /12 /2016 الخاص بمكافحة الفساد و عصرنة الحياة الاقتصادية،[1] ومن هنا نجد ان العقود هي في تطور مستمر حيث انتقلنا من العقود الإلكترونية الى العقود الذكية مع الخصوصية التي تتمتع بها هذه الاخيرة.

2) تعريف العقد الالكتروني قانونيا:

- أولا نجد القانون الفرنسي اول التشريعات الأوروبية التي اهتمت بالطبيعة الالكترونية للعقد بصريح العبارة من خلال القانون رقم 575- 2004 الصادر في21 /6/ 2004 المتعلق بتقرير الثقة في الاقتصاد الرقمي، هذا القانون قد اعترف بالعقود الالكترونية و ما يثيره من مسائل متعلقة به حيث أضاف بموجب الفقرة 2 من المادة 25 منه، فصلا سابعا الى الباب الثالث من الكتاب الثالث من التقنين المدني الفرنسي بعنوان **"العقود في الشكل الالكتروني"** **Contrat sous forme électronique** لكنه لم يعرف العقد بصريح العبارة بل نصت المادة 1369 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي على إمكانية استخدام الوسائل الالكترونية لوضع شروط تعاقدية او معلوماتية عن السلع او الخدمات .

ولقد طبق في ذلك احكام التوجه الأوروبي رقم 31-2000 الصادر في 8 /6 /200 بشان التجارة الالكترونية لكن سبقه في ذلك قانون الاونسترال[2] النموذجي بشان التجارة الالكترونية بتحشم الصادر في عام 1996 اين اكتفى في المادة 2 منه على تعريف تبادل البيانات الالكترونية بقولها« يراد بمصطلح تبادل....نقل المعلومات من حاسوب الى حاسوب اخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات» الا ان هذا التعريف عام يشمل استعمال الطرق الالكترونية في ابرام العقود بنقل المعطيات من كومبيوتر الى اخر وفقا لنظام عرض موجد و الدليل على ذلك ك نص المادة 11 من نفس القانون التي سمحت للأشخاص باللجوء الى التعاقد الالكتروني باعتباره وسيلة حديثة تحقق نوعا من السهولة في المبادلات.

هذا و لقد حاولت بعض الدول العربية هي الاخرى مواكبة مستجدات العصر من خلال وضع تعريف للعقود الالكترونية كالقانون التونسي رقم83 المؤرخ في2000/8/9 المنظم لمبادلات التجارة الالكترونية والذي يفهم منه خضوع العقود الالكترونية للقواعد العامة التقليدية بالرغم من الطبيعة الخاصة لشبكة الانترنت، على عكس القانون الأردني الذي كان اكثر وضوحا في المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية لعام 2001 اين لم تقتصر على تعريف العقد الالكتروني بقوله«انه اتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط الكترونية كليا او جزئيا

---

[1] - حوالف عبد الصمد، مرجع سابق ص 121، 122.

[2]- الاونسترال هو قانون نموذجي للتجارة الالكترونية اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في 12 / 1996/6 متواجدة عبر الموقع org.uncitrl.www

بل تجاوزته لتحدد مفهوما للوسائل الالكترونية على انها اية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية او مغناطيسية او ضوئية او اية وسائل مشبهة في تبادل المعلومات و تخزينها»

وفي محاولة لإيجاد تعريف عام و شامل للتعاقد الالكتروني فانه يجب الرجوع للتعريف القانوني للعلاقة العقدية مع التركيز على خصوصية الوسيلة الالكترونية المستعملة سواء في ابرام العقد او تنفيذه وحتى في المنازعات التي قد يثيرها هذا التعاقد اذ يمكن ان نعرفه بصفة عامة وشاملة على انه «تطابق ارادتين او أكثر من اجل احداث أثر قانوني يتم عن بعد باستعمال وسائط الكترونية تسمح بإبرام العقد وتنفيذه جزئيا او كليا عبرها»[1]

وعليه وامام هذه التطورات الحاصلة في المجال التكنولوجي وامام التطور مجال ابرام العقود واثباتها وتشعبها حيث اننا انتقالنا من العقود التقليدية الكلاسيكية الى العقود الالكترونية والان نحن نتقتل الى ابعد من ذلك الى العقود الذكية وبما ان العقود الذكية ما زالت لم تأخذ بعد حظها من الدراسات القانونية فإننا سنركز على العقود الالكترونية.

الفرع الثاني: خصائص العقد الالكتروني.

-رغم ان العقد الالكتروني قد يتفق مع غيره من العقود التي تحوي احكامها النظرية العامة للعقد سواء من حيث موضوعه او اطرافه او سببه الا انه ومن خلال المحاولات الفقهية والتشريعية التي سعت الى ضبط تعريف دقيق له فقد اتضحت معالم الخصوصية فيه وبان له خصائص تميزه عن غيره من العقود.

1_**العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية:** أي يتم ابرامه دون التواجد المادي لأطرافه وهي السمة البارزة فيه اذ يتم بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي وهو ما اخذ به التوجيه الأوروبي رقم 97-07 عند تعريفه للعقد عن بعد في نص المادة 2 منه والمادة 121 فقرة 16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي والمادة 412 مكرر1 من القانون المدني الجزائري بعد تعديله.[2]

2_ **العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي:** تعتبر التجارة الالكترونية المجال الخصب الذي يظهر فيه العقد الالكتروني بصفة خاصة كونه من اهم وسائل تلك التجارة، اذ يمكن القول ان العقد الالكتروني يمكن ان يكون عقدا تجاريا اذا كان القائم به تاجرا ابرمه لحاجات تجارته، كما يكون كذلك اذا كان موضوعه تجاريا وفقا لما جاء في المادة 2 من التقنين التجاري الجزائري.[3]

3_ **العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان:** إذا كان العقد الالكتروني لا يختلف من حيث اركانه او مضمونه عن العقد التقليدي فان تحديد طبيعة هذا العقد محل نظر حيث يثور التساؤل حول كونه عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي الحر بين طرفيه ام انه عقد إذعان سيستقل أحد طرفيه بوضع شروط لا تقبل المناقشة ولا يكون للطرف الاخر سوى قبولها جملة او رفضها كليا.

---

[1] – شريف هنية، مرجع سابق ص 13، 14.

[2]– تنص المادة 412 مكرر 1 من ق م «يعتبر بيعا عن بعد كل عملية بيع تبرم دون حضور مادي للأطراف في ان واحد وفي نفس المكان، بين مشتري مستهلك وبائع مهني بواسطة تقنية الاتصال عن بعد او أكثر دون سواها»

[3]– يتطابق نص المادة 2 من القانون التجاري الجزائري مع نص المادة 4 من التقنين التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999.

4_ العقد الإلكتروني عقد دولي: بالنظر الى ان العقد الالكتروني عقد مبرم عن بعد و ينعدم فيه الاتصال المادي بين طرفيه فانه من المحتمل ان يخترق حدود الدولة الواحدة و يوصف تبعا لذلك بانه عقد دولي ومن المعلوم ان تكييف الرابطة العقدية و تحديد وصفها من حيث كونها عقدا دوليا ام لا هي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة القانون .[1]

المحور الثاني: أحكام التعاقد الإلكتروني بين التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

–ان تقدم و رقي أي دولة من دول العالم هو مدى قدرة الدولة على مواكبة التطور التكنولوجي والتنظيمي في مختلف مجالاته و تطبيقاته، فالتكنولوجيا الرقمية تعتبر من مسلمات تحقيق التنمية الإدارية والاقتصادية، الاجتماعية و الثقافية فهي بعدا جديدا في حياة الانسان و ذلك بانها غزت كل مجالات الحياة و هي الشاملة لكل الأجهزة من عتاد و برمجيات التي تقوم بمعالجة المعطيات بعد ترميزها او تشفيرها الألي الى إشارات و بما ان كل هذه التطورات الحديثة الساعة تعود بالنفع على افراد المجتمع وذلك لما لها من خصائص في عدة أمور منها توفير الوقت و الجهد في الاستخدام، كما ان كل ما هو رقمي قد تسارع انتشاره على مدى الأعوام الماضية و هو مستمر في النمو بشكل كبير خصوصا وان التطورات الجديدة قد أصبحت تلامس حياتنا اليومية بشتى الطرق[2]، فشبكة الانترنت مثلا قد أصبحت ضرورة ملحة في الاستعمال اليومي للأشخاص خاصة و انها تعدت المجال التجاري لتشمل مجالات عديدة من الأنشطة الاقتصادية و حتى القانونية من خلال المساهمة في تحقيق الوجود الفعلي للعقود الالكترونية وتعد مسألة تنظيم العقود الالكترونية من المسائل الهامة التي يجب على الدول مواكبتها والتفكير في حل المشاكل و الثغرات القانونية التي تعترضها و في هذا الخصوص سنتطرق من خلال هذا المحور الى التنظيم القانوني للعقود الالكترونية سواء في التشريع الجزائري او في التشريعات المقارنة .

الفرع الأول: احكام التعاقد الالكتروني في التشريع الجزائري.

– بداية لم ينظم المشرع الجزائري كيفية التعاقد الالكتروني في القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الى غاية التعديل الذي طرأ عليه في سنة 2005 وكذلك في بعض التشريعات الخاصة، كالقانون رقم 18–05 المتعلق بالتجارة الالكترونية[3]حيث تضمن النصين القانونين الذي جاء بهما في تعديل القانون المدني الإشارة الى العقد الالكتروني وذلك بالتحديد في الفصل الأول بعنوان« **الاثباتات بالكتابة**» من الباب 6 بعنوان «**اثبات الالتزام**» من الكتاب الثاني بعنوان «**الالتزامات و العقود**» في المادة 323 مكرر1 من القانون المدني على الكتابة في الشكل الالكتروني والتي تنص على انه «**يعتبر الاثباتات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثباتات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و ان تكوون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها**» .

---

[1] – عجالي بخالد، المرجع السابق، ص 47 وما يليها.

[2]– عويسي سكينة، البشير غربي، مرجع سابق، ص 12.

[3] –القانون رقم 18– 05 المؤرخ في 10/ 5 /2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ج ر عدد 28 لسنة 2018.

اما ثانيتها ما ورد في الفقرة 2 من المادة 327 من القانون المدني والتي لها علاقة مباشرة بالمادة المذكورة أعلاه المادة 323 مكرر1 من القانون المدني بخصوص التوقيع الالكتروني والتي تنص على انه «...**ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه**» يظهر من خلال النصين المذكورين سلفا بان المشرع الجزائري لم يخصص على الأقل فصلا خاصا ينظم فيه الاحكام الخاصة بالعقد الالكتروني كما فعل نظيره الفرنسي أثر تعديله للقانون المدني في سنة 2016. [1]

حيث ان النصوص التي تناولت التعاقد الالكتروني في القانون المدني كانت محتشمة للغاية واقتصرت فقط على الاثبات الالكتروني في التعاقد عبر الانترنت وعلى مشكلة التحقق من هوية المتعاقدين.

اين اعترف التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري بالمساواة بين الإثبات بالكتابة على الورق و الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني متى توفرت الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 والمتمثلة في **إمكانية التأكد من هوية الشخص و ان تكون الورقة محفوظة في ظروف تضمن سلامتها،** فقبول الدليل الإلكتروني في الاثبات يتعلق بصفة أساسية بالاعتداد بوسيلة الاقناع التي يقدمها الخصم امام القضاء وعلى ذلك فحينما يكون الاثبات حرا فانه يجوز للخصم تقديم أي وسيلة لإقامة الدليل على الواقعة محل النزاع وهو ما يتيح قبول الوسائل الالكترونية في الإثبات وفي المقابل حينما يكون الاثبات مقيدا كحالة المسائل المدنية فلا يجوز للخصم ان يثبت ما يدعيه الا بالطرق التي حددها القانون .

وبما ان القانون المدني الجزائري قد اعترف بالكتابة الالكترونية وجعل لها حجية، لذلك فانه يمكن الاستاد عليها إذا توفرت فيها شروط معينة قد حددتها المادة 323 مكرر1 وهي نفس الشروط التي تطبق على التوقيع الالكتروني.[2]

وبما ان الاثبات في النظرية العامة للعقد كانت تقتصر على الاثباتات بالكتابة والاثبات عن طريق الشهود او القرائن او الإقرار او اليمين وذلك ما رسخه المشرع في المواد من(323 الى 350)من القانون المدني ،غير ان تلك الوسائل عبارة عن وسائل تقليدية لا تواكب العقود الالكترونية ولا يمكن اثباتها مما جعل التطور التكنولوجي يفرض على المشرعين ادراج التوقيع الالكتروني كمصطلح جديد نشا نتيجة لاستخدام الحاسوب بين الافراد و المؤسسات، و كذلك نتيجة لاستخدام التعاقد عن طريق الوسائل السمعية البصرية و الانترنت مما يترتب عنه التبادل الإلكتروني للبيانات و المعطيات و بالتالي و كنتيجة لذلك فقد اصبح الاتجاه نحو تقبل التوقيع الإلكتروني و البصمة الالكترونية كوسائل حديثة تعملان على اثبات العقد الالكتروني.[3]

الا ان هناك اختلاف بين التوقيع الالكتروني عن التوقيع التقليدي في عدة جوانب ، الامر الذي يجعل كلا منهما ذا طبيعة خاصة ومن ضمن هذه الاختلافات نجد ان التوقيع التقليدي للعقود يتم اما بالقلم او الختم او بصمة الأصابع، اما الأداة المستخدمة في تكوين التوقيع الالكتروني فتتنوع باختلاف اشكال هذا الأخير[4] فقد يكون

---

[1] –مرابطين سفيان، مرجع سابق ص271.

[2] – شريف هنية، المرجع السابق ص32.

[3] – بن لعلى عبد النور، مرجع سابق ص47.

[4] – شريف هنية، المرجع السابق ص33.

التوقيع الالكتروني عن طريق استخدام القلم الالكتروني الذي يكون متصلا بالحاسوب اين ينقل التوقيع الصادر من الشخص الى العالم الافتراضي و يوثق به كألية اثبات، او ان يكون التوقيع في شكل توقيع رقمي يحمل دلالات رياضية او حسابية تقوم على أساس التشفير، كما يمكن ان يرد التوقيع في شكل الضغط على مربع الموافقة والقبول، مما يجعل هذه التوقيعات تعبر بصفة واضحة عن إرادة المتعاقد و كدليل الاثبات لالتزامه التعاقدي و هي توازي التوقيع الكتابي و الامضاء بخط اليد من حيث الحجية ،[1]كما يظهر الاختلاف كذلك في جانب الدعامة فالدعامة الأساسية في التوقيع التقليدي هي الورق بينما في التوقيع الالكتروني تعتبر الدعامة الالكترونية الركيزة الأساسية سواء كانت في شكل قرص مرن او قرص ممغنط دون ان ننسى ان التوقيع الالكتروني يحتاج في بعض الأحيان الى فك بعض التشفيرات .

كما ان التوقيع الالكتروني يتشابه مع التوقيع التقليدي ويظهر ذلك من خلال الغاية المرجوة من التوقيع في حد ذاتها والمتمثلة في إضفاء قوة على اثبات التصرف القانوني المدرج في المحرر المكتوب هذه الغاية لا يمكن الوصول اليها الا إذا توفرت شروط معينة في التوقيع سواء كان الكترونيا او تقليديا تتجسد من خلال وظيفة التوقيع في حد ذاتها.[2]

فالتوقيع الالكتروني هو عبارة عن إشارة وتعبير عن الإرادة في شكل مكتوب وقد يكون عبارة عن رموز او أرقام او في شكل اسم صريح والذي يتم في شكل رموز تستخدم فيها تقنية تكنولوجية[3] وهو نفس ما ذهب اليه المشرع في نص المادة 323 مكرر« ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف او اوصاف او ارقام او اية علامات او رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق ارسالها»

و بالتالي فان المحرر الالكتروني و التوقيع الالكتروني يرتقيان الى مرتبة الدليل الالكتروني الكامل ووجه السند في ذلك كما ذهب اليه جانب من الفقه هو ان التوقيع الإلكتروني يستطيع ان يقوم بذات الدور الذي يقوم به التوقيع التقليدي بل وربما بدرجة افضل اذا تضمن المواصفات التي يتمتع بها المحرر الكتابي مع وجوب تقرير الحقوق و الالتزامات لأطرافه و ان يتم توقيعه من قبل هؤلاء الأطراف و ان يتم كل ذلك بطريقة جديرة بالمحافظة على سلامة البيانات سواء عند صدورها من الشخص او من خلال إرسالها او تخزينها او استعادتها ثانية و يقع عبئ الاثبات في ذلك على الطرف الذي يتمسك بالمحرر الالكتروني في الاثبات ومما تقدم يتبين ان الشروط الواجب توفرها في التوقيع الالكتروني هي:

-ان يسمح التوقيع الالكتروني من التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.

-تعبير التوقيع على إرادة الموقع في قبول الالتزامات الناتجة عن التصرف.

-ان تكون الكتابة الالكترونية التي تتضمن التوقيع معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

لذلك فالمحرر الالكتروني والتوقيع الالكتروني باتت لهما الحجية الكاملة في الاثبات مثلها مثل المحرر والتوقيع التقليدي طالما توفرت فيهما الشروط وفقا لمبدأ التكافؤ الوظيفي اذي اقرته غالبية التشريعات من خلال المساواة

---

[1] – بن لعلى عبد النور، مرجع سابق ص48.

[2] – شريف هنية، المرجع السابق ص 33، 34.

[3] – بن لعلى عبد النور، نفس المرجع والصفحة.

في الحجية بين الورقة الالكترونية والورقة العادية وهو ما اقره المشرع في نص المادة 323 مكرر1 السالف ذكرها وهو تطبيق لما جاء به القانون الفرنسي الذي يعبر على التوجه الأوروبي في هذا الشأن.

رغم ان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه الشروط الا انه يستشف من القواعد العامة المطبقة على المحررات الحرفية المعدة للإثبات المنصوص عليها في المادة 327 من القانون المدني[1] فلكي يكون المحرر العرفي العادي حجة ثبوتية يجب ان يتوفر فيه شرط الكتابة التي من خلالها تظهر الواقعة المراد اثباتها إضافة الى شرط التوقيع، هذه الشروط هي نفسها تمكن التوقيع الالكتروني من الحصول على نفس الحجية ونعني بالقوة الثبوتية ان التوقيع يشكل دليلا قائما بذاته الى حين تقديم دليل اخر على خلاف ذلك غير ان هذه الحجية المقررة للتوقيع الالكتروني ليست مطلقة و لا تمنح لجميع التوقعات أيا كانت مصداقيتها و درجة توثيقها[2]، الا انه و رغم ذلك فقد اخذ المشرع بالتوقيع الالكتروني و اعتبره أداة للإثبات منها ما جاء في نص المادة 327 فقرة 2 السالف ذكرها ومنها ما نص عليه في المرسوم التنفيذي 07- 162 المنظم لنشاط التصديق الالكتروني[3] في نص المادة 76 منه و كذلك في نص المادة 39 من القانون[4] رقم 2000- 03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات السلكية و اللاسلكية .

الفرع الثاني: احكام التعاقد الالكتروني في التشريعات المقارنة.

-لقد نظم المشرع الفرنسي إثر تعديله للقانون المدني في سنة 2016 **احكام التعاقد الإلكتروني** في مبحث فرعي بعنوان «**الاحكام الخاصة بالعقد المبرم بوسيلة الكرتونية**» من الباب الفرعي الأول بعنوان «**مصادر الالتزامات**» من الكتاب الثالث **بعنوان «الطرق المختلفة لكسب الملكية»**[5] و انطلاقا من هذا التعديل فقد أصبحت فرنسا تملك قانونا جديدا في العقود و القواعد العامة للالتزامات و الإثبات يتناسب مع مسعى المشرع و ما تضمنته من احكام مع التطورات التي تعرفها جل القوانين الغربية ومنها التعديل الأخير الذي طرا على القانون المدني الفرنسي بناءا على المرسوم الصادر في 10 /2 /2016 والذي اصبح نافذا في أكتوبر 2016[6]وفي هذا الصدد فقد جاء نص المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي كما يلي «عندما تكون الكتابة متطلبة لصحة العقد يجوز انشاؤها وحفظها بالشكل الالكتروني طبقا للشروط المنصوص عليها في المواد 1366 و1367 وطبقا للفقرة 2 من المادة 1369 إذا كان المطلوب محررا رسميا في الحالة التي

---

[1] -تنص المادة 327 من ق م «يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه او وقعه او وضع عليه بصمة اصبعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه، اما ورثته او خلفه فلا يطلب منهم الانكار ويكفي ان يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون ان الخط او الامضاء او البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق. ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 321 مكرر1 أعلاه»

[2] - شريف هنية، المرجع السابق ص 35.

[3] -المرسوم التنفيذي 07-162 المنظم لنشاط التصديق الالكتروني مؤرخ في 30 /5 /2007.

[4] -القانون رقم 2000- 03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية ج ر عدد 48 مؤرخة في 6 /8 /2000.

[5] -مرابطين سفيان، مرجع سابق ص272

[6] - دحمون حفيظ، التكافل في عقد التامين، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 سنة 2018 /2019 ص 5.

يتطلب فيها بيانا مكتوبا بيد الشخص الملتزم نفسه يجوز لهذا الأخير استفاؤه بالشكل الالكتروني، إذا كان من شأن شروط هذا الاستفتاء ضمان عدم القيام به الا من قبله»[1]

هذا ولقد عرف المشرع الفرنسي الكتابة بعد ظهور وسائل الاتصال الحديثة ليصبح لها وصف الكتروني في نص المادة13212 بقوله «ان الكتابة هي تدوين للحروف او العلاقات او الأرقام او أي إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشاءها او الوسيط الذي تنتقل عبره»

كما تنص المادة 1175 من القانون المدني الفرنسي على انه «يستثنى من احكام المادة السابقة:

-المحررات العرفية المتعلقة بقانون الاسرة والمواريث.

-المحررات العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية والعينية ذات الطبيعة المدنية التجارية الا إذا تمنت من قبل شخص لحاجات مهنته»

هذا وتنص المادة 1176 من القانون المدني الفرنسي على انه «عندما تكون الكتابة على الورق خاضعة لشروط خاصة من ناحية كونها مقروءة او من ناحية الشكل، فيجب ان تستوفي الكتابة الإلكترونية شروطا مماثلة، يعتبر شرط النموذج القابل للانفصال متحققا باستخدام اجراء الكتروني يسمح بالاطلاع على النموذج وإعادة ارساله بذات الطريقة»

اما المادة 1177 من القانون المدني الفرنسي فتنص على انه «يعتبر شرط ارسال عدة نسخ مختلفة متحققا بالوسيلة الالكترونية اذا كان باستطاعة المرسل اليه طباعة المحرر» [2]

و بما ان التغيرات التي طرأت مؤخرا على عناصر العلاقة العقدية و طريقة ابرامها قد القت بظلالها على الاثبات بحيث لم يعد الاثبات التقليدي باختلاف طرقه محصورا في الوسائل التقليدية المعروفة والسبب الرئيسي في ذلك يرجع الى انتشار طائفة جديدة من العقود المسماة و الغير مسماة التي تبرم عن طريق الانترنت هذه العقود الإلكترونية لا ينحصر دور الانترنت فيها على الابرام بل حتى التفاوض عليها يتم بنفس المستوى و اكثر من ذلك قد تنفذ البعض منها في المجال الرقمي لهذا فالدعامة الورقية لم تبق هي الركيزة الوحيدة المستخدمة في كتابة العقود بل وجد بديل الكتروني ليتماشى مع الوضع الراهن.

وبما ان التعاقد التقليدي وقواعد اثباته يحظى بنظام قانوني ثابت فان هذا القول لا ينطبق على التعاقد الإلكتروني واثباته خاصة وان الضرورة قد فرضت وجود اشكال أخرى للتوقيع تتفق مع تطور النظم المعاصرة تعرف بالتوقيع الالكتروني هذا الأخير قد منح صلاحية الاتفاق على اثبات العقود بوسائل حديثة لم تكن موجودة من قبل لهذا تبين قصور القواعد التقليدية للإثبات الموضوعة في ظل الدعامة الورقية مما دفع بالمشرع الفرنسي الى تعديل القانون المدني و ادراج مبدا التكافؤ الوظيفي الي يعبر عن التوجه الأوروبي في هذا الشأن من خلال المساواة في الحجية بين الورقة الالكترونية و الورقة العادية وذلك ضمن القسم الذي يحتوي على قواعد الاثبات في المادة 1316 فقرة 1 بقوله «**الكتابة الالكترونية تكون مقبولة في الاثبات بنفس الحجية المعطاة للكتابة على دعامات ورقية ...** »وبالتالي فقد حسم المشرع الفرنسي على اثرها الخلاف الذي نشأ بين الفقه حول مدى

---

[1] – شريف هنية، نفس المرجع ص39.

[2] –مرابطين سفيان، مرجع سابق ص272.

الزامية وجود الكتابة على الدعامة الورقية بحيث رأى البعض ان الكتابة لا تتطلب شرطا خاصا بتدوينها فقد تكون الكتابة مدونة على دعامة غير ملموسة و هي حالة الكتابة الالكترونية و تتمتع بذات الحجية التي تتمتع بها الكتابة على دعامة ورقية و بالمقابل عارض اتجاه اخر هذا الراي و شدد على ضرورة تدخل المشرعين للاعتراف بحجية الكتابة المدونة على دعامات غير مادية وهو ما فعالته معظم التشريعات و لكي يطبق التكافؤ الوظيفي في التوقيع يجب على دليل الاثبات الالكتروني ان يتوفر فيه شرطان :

–ان يتضمن المحرر كتابة الكترونية تثبت تصرفا قانونيا معينا.

–ان يكون موقعا الكترونيا من الشخص المنسوب اليه.[1]

كذلك واقتداء بالتشريعات المواكبة للتطور التكنولوجي، فان قانون الالتزامات والعقود المغربي المعدل والمتمم قد تضمن هو الاخر عنوان يتعلق ب«**القانون المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية**» والذي خصص له المشرع المغربي قسما كاملا منه سماه القسم الثاني تحت عنوان «**النظام القانوني المطبق على التوقيع الالكتروني المؤمن والتشفير والمصادقة الالكترونية**» وخصص له اربعة أبواب رئيسية منها:

– الباب الأول الذي جاء تحت عنوان «**التوقيع الالكتروني المؤمن والتشفير**» من خلال تطرقه الى فرعين الفرع الأول بعنوان «التوقيع **الالكتروني المؤمن**» والفرع الثاني بعنوان «**التشفير**» اما الباب الثاني فقد تناول فيه المصادقة على التوقيع الالكتروني وقد تناول هنا المشرع المغربي 3 فروع أساسية في هذا الباب، حيث جاء الفرع الأول بعنوان «**لسلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية**» اما الفرع الثاني فجاء تحت عنوان «**مقدمو خدمات المصادقة الالكترونية**» والفرع ثالث بعنوان «**التزام صاحب الشهادة الالكترونية**» اما الباب الثالث فقد جاء تحت عنوان«**العقوبات والتدابير الوقاية ومعاينة المخالفات**» وأخيرا الباب الرابع منه فقد خصصه للأحكام الختامية[2] ودون الغوص في تفاصيل المواد القانونية التي جاء بها المشرع المغربي و مناقشتها فإننا نستطيع ان نقول بان التشريع المغربي قد حاول نوعا ما تنظيم العقود الالكترونية و تأطيرها ضمن قواعد قانونية خاصة و مستحدثة ضمن اطار قانون الالتزامات و العقود.

الخاتمة:

–يظهر مما سبق تناوله انه قد أصبح من الضروري إعادة النظر في مواد القانون المدني عن طريق البحث عن كيفية تعديل النظرية العامة للعقد بما يتماشى مع الموجة الجديدة الرقمية و احداث تغييرات على القوانين لأجل ان تتمكن هذه القواعد من تنظيم هذه العقود الالكترونية تنظيما محكما، ومسايرة ما ينتج عن التكنولوجيا الحديثة من اثار من خلال ادراج بعض المفاهيم الجديدة لإبرام العقود الالكترونية والتي ستصبح عقودا مستقبلية شائعة الوجود والتي من خلالها يكن اثراء النظرية العامة للعقد وذلك بإدراج هذه الاحكام الجديدة والمستحدثة حاليا.

---

[1] – شريف هنية، نفس المرجع ص 35

[2] –مرابطين سفيان، مرجع سابق ص273.

التوصيات:

-ضرورة إدخال تعديل على التقنين المدني بإدراج نظام التعاقد الإلكتروني كما هو عليه الحال في القوانين المقارنة، وهذا لمواكبة التطور التكنولوجي ومستحدثات التجارة الإلكترونية.

-إيراد نص يوضح التصرفات القانونية التي لا تصح أن تكون محلا للتعاقد عبر الانترنت على غرار قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

- توفير الإمكانيات والظروف اللازمة للقضاة ليتمكنوا من التعامل والفصل في القضايا الناجمة عن العقود الإلكترونية.

-قائمة المراجع:

1-الرسائل الجامعية:

- دحمون حفيظ، التكافل في عقد التامين، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 سنة 2018 /2019.

- عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014.

-مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2013- 2014.

-مرابطين سفيان، مرابطين سفيان، مستقبل العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التامين، كلية الحقوق جامعة الجزائر ،1 سنة 2020 /2021.

2-المجلات:

- احمد بعجي، أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 2، سنة 2020.

- بن لعلى عبد النور، أثر التطورات الاقتصادية والتكنولوجية على المبادئ التعاقدية، مجلة جيل للأبحاث القانونية، مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل للبحث العلمي، العدد 51 افريل 2022.

- حوالف عبد الصمد، مستقبل العقد في ظل ظهور تقنية سلسلة الكتل (البلوك تشين) مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 8، العدد 2، جوان سنة 2022.

[1] - شريف هنية، التحديات القانونية للعقد الالكتروني، حوليات جامعة الجزائر 1، مجلة علمية محكمة دوليا، الجزء الثاني العدد 26، نوفمبر 2014.

- عويسي سكينة، البشير غربي، التكنولوجية الرقمية وتأثيرها في حياة الفرد والمجتمع، مجلة جيل للأبحاث القانونية، مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل للبحث العلمي، العدد 51، افريل 2022، ص 19.

3- النصوص القانونية:

- امر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 26/ 9/1975 المتضمن القانون المدني ج ر عدد78 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 - 10الموافق ل 20/ 6/ 2005 ج ر عدد 44معدلة ومتممة بموجب القانون رقم 07 - 05المؤرخة في 13/ 5 /2007 ج ر عدد 31 سنة 2007.

-القانون رقم 2000- 03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات السلكية واللاسلكية ج ر عدد 48 مؤرخة في 6 /8 /2000.

-القانون رقم 18- 05 المؤرخ في 10/ 5 /2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ج ر عدد 28 لسنة 2018.

-المرسوم التنفيذي 07-162 المنظم لنشاط التصديق الالكتروني مؤرخ في 30 /5 /2007.

عنوان المداخلة (24):

العقد المدني بين ثوابت المبادئ التقليدية لنظرية العقد ومتغيرات المبادئ الحديثة

المحور الثالث: مستقبل قانون العقود في المنظومة التشريعية الجزائرية

1- **الإسم واللقب:** زكرياء بومخيلة **nom et prénon:** boumekhila zakaria

المؤسسة: جامعة عباس لغرور خنشلة

رقم الهاتف: 06 97 89 15 76

البريد الإلكتروني: Boumekhila.zakaria@univ-khenchela.dz

2- **الإسم واللقب:** سميرة بومخيلة

nom et prénon :

Boumekhila samira

المهنة: قاض برتبة مستشار لدى مجلس قضاء البرج

ملخص:

تطورت الحياة العامة وتطور معها الحياة الاقتصادية والاجتماعية، هذه التطورات ألقت بظلالها على العقد وما يحمله من تنظيم قانوني خاص به، فتطورت العقود وظهرت عقود جديدة تتميز بطابع خاص بما تحمله من مبادئ حديثة تختلف اختلاف جذري عن القواعد العامة لنظرية العقد وما تحمله من مبادئ تقليدية، فظهر ما يعرف بتحول العقد خاصة في ظل بروز تشريعات خاصة تحمل تقنيات ومبادئ لم يسبق لها وجود في الحياة القانونية، فأضحت الدولة والقضاء عنصرا مهما في العقد من خلال السلطات الواسعة التي أقرها المشرع حماية للطرف الضعيف وتحقيقا للمساواة الفعلية، إضافة إلى بروز آليات وتقنيات وقواعد جديدة تبرز التصورات الحداثية التي يفرض أن تكون عليها نظرية العقد، فظهر ما يعرف بالعدالة العقدية، والأخوة والمساواة والتوازن العقدي، ضف لذلك بروز ما يعرف بالتضامن العقدي، وتغليب المصلحة العامة عن الخاصة وإن كان ذلك عكس ما تريده الإرادة التعاقدية، كل هذا أسس لمفهوم ونظرة جديدة لنظرية العقد والتي يجب أن تكون عليها ويسايرها المشرع عند تعديله المرتقب للقانون المدني وبالخصوص النظرية العامة للعقد.

الكلمات المفتاحية: العقد، النظرية العامة للعقد، العدالة العقدية، تحول العقد، المبادئ التقليدية، المبادئ الحديثة.

Abstract :

Public life has evolved and economic and social life has evolved. These developments have cast a shadow over the contract and its legal organization. Contracts have evolved. New contracts, characterized by a modern special character, are fundamentally different from the general rules of traditional contract theory. The transformation of the contract has emerged in particular with the emergence of special legislation with new legal techniques and principles. The State and the judiciary have made clear an important element of the contract

through the broad powers established by the legislator to protect the weak party and to achieve de facto equality. In addition to new mechanisms, techniques and rules, which highlight the novelty on which contract theory is required. What is known as nodal justice, fraternity, equality and nodal balance, as well as nodal solidarity, prevail in the public interest over the private, even if that is the opposite of what contractual will wants, has been the basis for a new concept and vision of contract theory, which the legislator must follow when amending the Civil Code, in particular, the general theory of contract. Keywords: the contract, the general theory of contract, nodal justice, the transformation of contract, traditional principles, modern principles.

مقدمة:

أزمة العقد، موت العقد، اجتماعية العقد، عيممة العقد، التضامن العقدي، التوازن والعدالة العقدية، الأخوة العقدية وأخلقة العقد...، كلها مصطلحات تدل على النقلة النوعية الجديدة للعقد أو ما يطلق عليها بالمبادئ الحديثة المحيطة بالعقد والتي يتعايش في ضوءها، فشهدت العقود المدنية تغيرات وتحولات جذرية مست جل أحكامها ومبادئها والقواعد التي تحكمها، فبعد أن كان يحكم هذه العقود مجوعة من المبادئ التي اتصفت عموما بالجمود والثبات والاستقرار لمدة طويلة من الزمن والتي كانت سائدة في ظل الفردانية أو ما يطلق عليه بالمذهب الفردي، أين كان يعترف للإرادة بدور كبير في إنشاء العقد وتحديد آثاره، غير أن هذا الثبات والجمود لم يلبث أن بدأ في التلاشي نتيجة التطورات والتحولات التي مست مجالات عدة منها الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، فظهر ما يعرف بالطرف الضعيف الذي أضحى يخضع للهيمنة من الطرف الآخر الذي يعتبر الطرف القوي اقتصاديا، واختلال التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل معه العقد وما يحمله من مبادئ وقواعد أضحت لا تعطي الحماية اللازمة له، فمهد هذا لظهور ما يعرف بالمذهب الاجتماعي، فظهرت عقود جديدة ينعدم فيها دور الإرادة، لها ارتباط وثيق بمصالح المجتمع والدولة ككل وتحظى باهتمام منها بعد أن كان العقد في ظل المذهب الفردي لا يحظى إلا باهتمام الأشخاص المتعاقدة، من هنا دعت الضرورة تدخل المشرع في تنظيم هذه العقود وتحديد آثارها أين تنحصر فيه دور الإرادة في نطاق ضيق. فأصبح للعقد بعد اجتماعي أخلاقي اتسع فيه نطاق حسن النية وسيادة ما يعرف بالنظام العام وما يتفرع عنه من أنظمة جديدة اقتضتها التطورات والتحولات التي شهدتها الحياة الاقتصادية وظهور ما يعرف بالعدالة وضرورة تحقيق المساواة الفعلية للأطراف المتعاقدة، فأضحى الطرف الضعيف أحد اهتمامات المشرع وهذا ما يفسره تزايد التشريعات الخاصة من تشريعات الاستهلاك وتشريعات العمل وغيره من التشريعات التي سعت إلى توفير الحماية التي عجزت عن تحقيقها النظرية العامة للعقد وما تحمله من مبادئ من سلطان الإرادة وما يتفرع عن هذه الأخيرة من مبادئ من الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد ومبدأ حسن النية ومبدأ نسبية العقد، فكانت الأحكام والمبادئ التي جاءت في ضوء التشريعات الخاصة لها التأثير العكسي والسلبي على النظرية العامة للعقد الأمر الذي خلق نقاش كبير في الفقه انتهى بتساؤل حول الفائدة من بقاء النظرية العامة للعقد وما تحمله من مبادئ تقليدية عامة في ظل تزايد التشريعات الخاصة وتدخل الصارخ في العقد من طرف التشريع والقضاء؟

لأجل ذلك جاءت هذه الورقة البحثية وما تحمله من أهمية من خلال البحث في التحول الذي طرأ على العقود المدنية والتطور الكبير الذي شهدته سواء ما تعلق بالانفجار الذي حصل بظهور عدد ضخم من العقود الجديدة ذات تنظيم خاص مختلف جذريا عن ما هو موجود على مستوى النظرية العامة للعقد، فضلا عن دراسة تدخل كل من المشرع والقضاء في هذه العقود المدنية ومحاولة تقييم دور كل من التشريع والقضاء وهل يعتبر ميزة يتجسد من خلالها نظرية جديدة تعنى بتنظيم العقود، أم هو من قبيل التدخل وإضعاف للنظرية العامة للعقد وانتهاكا لأحكامها بما يشكل انسداد لإيجاد توازن بين نظرية العقد وما تحمله من مبادئ كلاسيكية وبين هذا التدخل التشريعي والقضائي في العقود.

وأيضا جاءت هذه الأهمية في ظل التعديل المرتقب للقانون المدني وما يحمله من ضرورة تعديل وتجديد وإصلاح النظرية العامة للعقد.

واستعراض لمختلف المسائل القانونية المتعلقة بموضوع العقود المدنية وما قد تثيره من إشكالات تتعلق بالتطورات التي مست هذه العقود اعتمدنا في طرحنا لهذا الموضوع على مزيج بين المنهج الوصفي التحليلي الذي يساعد على التحليل اللازم واستقراء مختلف النصوص القانونية والآراء الفقهية التي تناولت هذه الدراسة للوصول للفهم العميق للموضوع والإجابة عن أبرز التساؤلات التي يطرحها والإشكالات التي يحملها، وإبراز فهمنا وتصوراتنا الشخصية حول الموضوع، مع الاعتماد على المنهج الاستقرائي من خلال القراءة القانونية والفقهية للموضوع.

الإشكالية: في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتي ألقت ظلالها بالعقد المدني خاصة في ظل الارتباط والعلاقة الوطيدة بين العقد وحياة الاقتصادية والاجتماعية وما شكل ذلك من تحولات عميقة على مستوى العقد ونظامه القانوني يسمح لنا بطرح الإشكال الرئيسي:

أي تحول للعقد المدني في ظل تأثير المؤسستين التشريعية والقضائية من جهة وتحت تأثير التحولات الاقتصادية والاجتماعية من جهة أخرى؟

التساؤلات الفرعية: تحمل الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات فرعية أبرزها:

-أي نجاعة حملتها المبادئ الكلاسيكية المؤطرة للعقد المدني في ضمان العدالة والتوازن العقدي واستقرار المعاملات؟

-إلى أي مدى أثرت التحولات والتغيرات التي مست العقد على النظرية العامة للعقد وما تحمله من مبادئ وظهور مصطلح ما يعرف بأزمة نظرية العقد؟

-إلى أي مدى ساهمت التغيرات التي مست العقد عن طريق التشريعات الخاصة وتدخل كل من التشريع والقضاء في التأسيس لنظرية حديثة عامة للعقد؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة سابقا وما تفرع منها من أسئلة تم اعتماد التصميم الآتي:

المبحث الأول: المبادئ المؤطرة للعقود المدنية: بين ثبات القواعد وإشكالية تحقيق التوازن العقدي.

المبحث الثاني: واقع العقود المدنية على ضوء تأثير المؤسستين التشريعية والقضائية.

المبحث الاول: المبادئ المؤطرة للعقود المدنية: بين ثبات القواعد وإشكالية تحقيق التوازن العقدي

يعد العقد أحد الأدوات التي يلجأ إليها الأشخاص لتحقيق غاياتهم ومصالحهم وإشباع حاجياتهم الاقتصادية خاصة في ظل ارتباط العقد بالاقتصاد أين يعتبر أداة لتبادل الثروات لذلك يعتبر العقد من أقدم النظريات التي عرفها المجتمع سواء في القدم أو في ظل الحداثة التي يعيشها الآن.

وتظهر هذه الأهمية التي يحتلها العقد من خلال المبادئ المؤطرة له والتي جعلته قادر على الشموخ لغاية اليوم ولا يزال يؤدي دوره لغاية اليوم رغم ما يشهده العالم من تقلبات وتحولات، وأبرز هذه المبادئ التي أطرت العقد وجعلته يحتل مكانة مميزة من هيمنة سلطان الإرادة وما يحمله من مبادئ على العقود المدنية، والتقسيمات القانونية للعقود والانفجار الذي حدث حلى مستوى تقسيمات العقود في ظل التطورات الحاصلة، والتكوين والشروط التي يحملها العقد.

المطلب الأول: هيمنة سلطان الإرادة على العقود المدنية:

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ المتجذرة التي يمتد أصلها إلى القرون الوسطى، وهيمن هذا المبدأ على مستوى العقود المدنية أين يعتبر الأساس في تكوين هذه العقود وهذا ما يتبين من خلال الموقع المهم الذي يتمركز فيه ضمن نظرية العقد، ويقوم هذا المبدأ الذي يعتبر أساس نشأة التصرفات القانونية من خلال الحرية التي يتمتع بها الشخص في التعاقد من عدمه، وإلزامية العقد بالنسبة للأشخاص التي أبرمته أين لا يجوز لهم نقضه أو تعديله إلا باتفاق آخر يحل مقام الاتفاق القديم، وأجمع الدكتور محمد شيلح مفهوم سلطان الإرادة في عنصرين، فيقصد بسلطان الإرادة سلطة إرادة الفرد في ألا تخضع إلا للقوانين التي تخلقها بنفسها، كما هو سلطة الإرادة في خلق قانون والمراكز القانونية بمعنى إنشاء حقوق والتزامات وتعديلها وإنهائها[52].

ويرتكز سلطان الارادة على ثلاث سمات رئيسة تتمثل في أن لا يلزم أحد بغير إرادته، كما يعتبر كل التزام حر عادل وهذا ما يقضي بعدم استطاعة أحد تعديل شروط وآثار العقد المبرم على وجه صحيح إلا بالاتفاق الجماعي لأطراف العقد[53].

ويعتبر العقد أحد مصادر الالتزام الخمسة التي صرح بها المشرع الجزائري ضمن القانون المدني في الباب الأول من الكتاب الثاني المعنون ب: الالتزامات والعقود، وأولى المشرع اهتمام كبير بالعقد نظرا لما يحتوي ذلك من أهمية في حياة الشعوب والدول، معتبرا بذلك الإرادة أحد القوائم والركائز التي يقوم عليها العقد من خلال تعريفه للعقد في المادة 54 والمادة 59 أين جاء فيها بأن العقد لا يتم إلا بتبادل أطراف العقد التعبير عن إرادتهما.

والحديث عن أهمية وفعالية مبدأ سلطان الإرادة يعني التطرق للآثار التي يولدها هذا المبدأ والتي تدور حول ثلاثة نتائج رئيسية بداية من الحرية التعاقدية إلى القوة الملزمة للعقد لتنتهي بنسبية آثار العقد

الفرع الأول: الحرية التعاقدية

تعتبر الحرية التعاقدية من ركائز مبدأ سلطان الإرادة التي يترتب عنها أن الشخص له الحرية في التعاقد من عدمه، وما له من حرية في اختيار الشخص المتعاقد معه، وفي اختيار مضمون العقد والذي من خلاله يكسب

العقد قوته الملزمة فيمنع على القاضي أن يتدخل في تعديل العقد أو الانحراف في تأويل وتفسير عبارات العقد.

كما تمكن الحرية التعاقدية الأطراف المتعاقدة في تحديد القواعد والشروط الخاصة بالعقد الذي يربطهما، فلهما الاتفاق عند إبرام العقد على ما يريانه يحقق مصالحهما وذلك دون تجاوز الإطار القانوني لذلك، لأن الأصل دائما هو التزام الشخص بإرادته الحرة، واستثناءا يمكن إنشاء التزامات تفرض على الأطراف المتعاقدة تفرضها حاجات المجتمع، وتكون هذه الالتزامات محصورة النطاق لأن تدخل المشرع لا يكون إلا على سبيل الاستثناء تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد[54].

وأبرز تطبيقات هذا المبدأ كاتفاق المتعاقدين على الفسخ وطريقة إقراره، كالاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه حالة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد دون اللجوء إلى القضاء وهذا الحكم أقرته المادة 120 مدني، وأيضا يمكن للمتعاقدين الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية سواء من ناحية التشديد فيها أو التخفيف، وأيضا ما أقرته المادة 178 مدني على جواز الاتفاق بين المتعاقدين على تحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. هذه التطبيقات وأخرى من القانون المدني يوحي على الأهمية الكبيرة والمكانة المميزة التي أعطاها المشرع للإرادة وسلطان حريتها في إنشاء الالتزامات وتقرير الحقوق وهذا ما يجعل من التشريع المدني في الجزائر من أنصار مبدأ سلطان الإرادة، وهذا بدليل هيمنة سلطان الإرادة على العقود المدنية.

الفرع الثاني: القوة الملزمة للعقد

بعد أن يتكون العقد صحيحا باستجماعه لكافة عناصره الأساسية يتكون لنا قوة ملزمة للعقد الناشئ، ومعنى ذلك أن المتعاقدان ملزمان باحترام العقد ووضعه موضع القانون، وعبر المشرع عن هذا بالعقد شريعة المتعاقدين أين جاءت المادة 106 على النحو التالي:"العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". ما يستنتج من هذه المادة أن العقد يكتسب قوته الملزمة مثل التي يكون عليها القانون، مما يولد عن ذلك حتمية تنفيذ الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد، مما يحظر معه نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو وفقا للأسباب التي يقررها القانون. ويمكن إجمال المبادئ التي تتفرع عن هذا المبدأ إلى ثلاث نوردها بالترتيب الآتي:

أولا: العقد شريعة المتعاقدين

بعد نشوء العقد صحيحا واكتسابه لقوته الملزمة، فإن هذا العقد يعتبر بمثابة الشريعة والقانون بالنسبة للأطراف المتعاقدة بمعنى آخر العقد الرابط بين الدائن والمدين يعتبر بمثابة قانون ينظم المعاملة التي حصل بشأنها الاتفاق، مما يجعل العقد ملزما لأطرافه بما يتضمنه من بنود، وأي محاولة لنقض أو تعديل هذا الاتفاق بالإرادة المنفردة يكون أثره منعدما كأن لم يكن بالنسبة للطرف الآخر[55]، كما يمتد أثر هذا القاعدة أيضا بالنسبة للقاضي أين تعتبر ملزمة له بحرمانه من التدخل ونقض والمساس بالعقد الذي اتفق عليه المتعاقدان وأبرماه، ونصت على ذلك المادة 106 مدني حيث جاء فيها :"العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

ثانيا: تنفيذ العقد بحسن نية

يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ في النظرية العامة للعقود وأهم المبادئ الذي يسود جميع العقود، أين أكد المشرع في المادة 107 فقرة 1 على هذا المبدأ حينما نص :"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية". لذلك يفترض تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية من خلال النزاهة من المتعاقد والأمانة في التعاقد والتعاون في تنفيذ العقد.

وحسن النية هو معيار شخصي من صنيع القانون الفرنسي، ويعتبر هذا المبدأ مرجعا بالنسبة للقاضي يقوم من خلاله معرفة سلوك المتعاقدين إذا ما سلك سلوك الرجل العادي، كما يقتضي حسن النية أيضا عدم تعسف أحد أطراف العقد في تنفيذ حقه الناشئ عن العقد، لذلك فحسن النية مثلما يلزم به المدين عند تنفيذه للالتزام الخاص به فإنه يشمل الدائن عند مطالبته بحقه واستعماله كذلك كعدم التعسف في نقل الحق في جال البيع مثلا، وفي الإيجار بنص المادة 476 مدني بأن يلتزم بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها، وأيضا التزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة (المادة 479 مدني)، وامتناعه عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين (المادة 483 مدني)، كما يفرض حسن النية حسب المادة 107 مدني أن ينفذ المتعاقدين بالإضافة للالتزامات الناشئة عن العقد، تنفيذ ما يشتمل العقد من مستلزماته الواردة في النصوص القانونية، أو التي يقتضيها العرف، أو العدالة، والتصرف نقيض ذلك يعتبر من قبيل سيئ النية[56].

والمتعاقد سيئ النية في تنفيذه للعقد والمطالبة بحقه، يكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد[57].

ثالثا: الالتزام بمضمون العقد وملحقاته

يتحدد مضمون العقد بتفسيره وتحديد نطاقه وبيان كيفية تنفيذه[58].

فأما تفسير العقد فهناك ثلاث عبارات واردة في العقد يمكن أن تعرض للقاضي في خصوص التفسير:

1- **حالة وضوح العبارة:** فلا إشكال هنا فالقاضي لا يمكنه إعمال التفسير لكون عبارة العقد واضحة في دلالتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[59].

2- **حالة غموض العبارة:** فللقاضي هنا إعمال التفسير لإزالة الغموض ليهتدي لإرادة المتعاقدين المشتركة دون أن يقف للإرادة الفردية لأحدهم، من خلال البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، كما هناك عوامل عدة يستهدي بها القاضي إضافة للبحث في المعنى الحرفي للألفاظ يمكن له أن يستهدي لطبيعة التعامل والعرف والثقة[60].

3- **حالة الشك في معنى العبارة الغامضة:** فهنا عبارة العقد يحتمل عدة معاني، والقاضي هنا يعمل قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين. ويستثنى من ذلك أن تكون العبارة الغامضة قد وردت في عقد الإذعان، فهنا الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائن أو مدين[61].

أما تحديد نطاق العقد فيراد به تحديد آثار العقد بمعنى تحديد للالتزامات المترتبة عن العقد للمتعاقدين، ولا يكتفي القاضي هنا عند تحديد هذه الالتزامات على ما ورد في العقد، بل يضيف إلى ذلك مستلزمات العقد وفق ما يقتضيه طبيعة الالتزام والقانون في أحكامه التكميلية والتفسيرية والعرف والعدالة[62].

أما بخصوص الأمر الثالث المتعلق بكيفية تنفيذ العقد فكما سبق ذكره فيتم تنفيذ العقد حسب المادة 1/107 طبقا لما إشتمل عليه وما تقتضيه حسن النية.

الفرع الثالث: نسبية آثار العقد

يندرج مبدأ نسبية العقد تحت موضوع آثار العقد، هذه الأخيرة التي لا تترتب إلا بعد إبرام عقد وفق الشروط والأركان المطلوبة قانونا، فتترتب هذه الآثار سواء بالنسبة للمتعاقدين كأصل أو من يأخذون حكم المتعاقدين كالخلف العام للمتعاقدين وخلفهما الخاص.

ويقصد بمبدأ نسبية آثار العقد أن آثار العقد لا تنصرف إلا للأشخاص المبرمة للعقد دون أن يكون للغير أي دخل وهذا كأصل، كما أن أطراف العقد لا يلتزمون إلا بما تضمنه العقد أو ما تفرضه طبيعة المعاملة، وقد اصطلح الفقه على هذا بنسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ونسبية آثار العقد من حيث الموضوع.

وخص المشرع هذا المبدأ بالذكر من خلال المادة 108 مدني حيث جاء فيها :"ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

من قراءة هذه المادة يتبين لنا أن العقد كأصل عام ينصرف إلى المتعاقدين دون غيرهما، غير أن المادة ذكرت أشخاص أخرى غير المتعاقدين الأصليين ينصرف لهما العقد وهذا ما يدل على أن هناك أحوال أخرى تنصرف فيها الآثار اقتضتها اعتبارات عدة من العدالة واستقرار المعاملات، فيمكن حينئذ أن تنصرف الآثار إلى من يمثل الطرف المتعاقد (الذي عبر عن إرادته) على كل من الخلف العام[63]، الخلف الخاص[64]، الدائنين[65].

وإن كان لا خلاف حول الخلف العام والخلف الخاص، فإن الإشكال يثور حول دائنو المتعاقدين حيث هناك من الفقه من أقر عدم أحقية دائنو المتعاقدين بأي التزام أو الحق الناشئ من العقد الذي يبرمه المتعاقدين، فلا يعتبرون لا من قبيل الخلف الخاص ولا الخلف العام، فأعطى لهم المشرع امتياز من خلاله يتم حماية حقوقهم وهو رفع أحد الدعاوى التي تدخل في إطار الضمان العام[66]، وهي كما ذكرها المشرع في القانون المدني الدعوى غير المباشرة (المادة 180 مدني)، والدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف (المادة 191 مدني)، والدعوى الصورية (المادة 198 مدني).

المطلب الثاني: تقسيمات العقود بين التقسيم التقليدي والانفجار على مستوى العقود

تنقسم العقود لأقسام عدة بناء للأسس التي يقوم عليها التقسيم سواء من حيث التنظيم القانوني والإنشاء أو الآثار أو الأوصاف، وتعددت تقسيمات العقود بتعدد النواحي أو الزوايا التي ينظر إلى العقود من خلالها[67].

وتعرض المشرع الجزائري إلى تقسيمات العقود من خلال ذكره لبعض أنواع العقود في المواد 55 إلى 58 مدني مقلدا على غرار العديد من الأحكام في نظرية العامة للعقد من القانون المدني الفرنسي، وهذا الأمر الذي تعرض لانتقادات فقهية كثيرة، أين اعتبر تحديد التعريفات والتقسيمات من المهم الأصيل للفقه والقضاء، إضافة إلى أن المواد السابقة الذكر لم تستوعب كل أنواع العقود المدنية وهذا ما يجعل المشرع أمام احتمالين إما أن يتجنب ذكر تقسيمات العقود أو أن يتم ذكرها جميعا دون إقصاء لأي نوع وهذا ما يعتبر مستحيلا من

الناحية العملية، فضلا عن استحالة حصر جميع العقود بالنظر للتطور السريع الذي أبان على انفجار على مستوى العقود، وأجمع الدكتور علي علي سليمان الانتقادات الموجهة للتقسيمات التي أوردها المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال ثلاث أوجه أن إفراد التعريفات والتقسيمات من قبيل اختصاص الفقه لا المشرع بالإضافة للأمر الثاني أن المشرع لم يحط بجميع التقسيمات فأفرد البعض منها فقط وهذا مخالف للصواب، كما انتقد الدكتور تقسيم المشرع للعقود من جانب عدم وضوحه في تعريفه لأقسام العقود التي أوردها[68].

لذا على المشرع على حد تعبير الدكتور علي علي سليمان تجنب الدخول في التقسيمات المختلفة للعقد لأنها تعتبر من قبيل المتاهات التي لا تزيد هذه النظرية إلى تعقيدا خاصة في ظل ما يسعى إليه الفقه إلى تبسيط نظرية العقد وإزالة كل التعقيدات التي تعتريها[69].

بناء على ما سبق ذكره من تعدد العقود فتختلف باختلاف الناحية التي يقوم عليها كل نوع، وأهم هذه العقود التي تتنوع بين عقد مسمى نظمه المشرع وأعطى له إسما وهي كثيرة ومتنوعة وردت في القانون المدني الجزائري كعقد البيع وعقد الإيجار، وعقد الانتفاع والعارية والوكالة وغيره من العقود، ويأتي في الجهة المقابلة العقود غير مسماة وهي العقود التي لم تخضع لتنظيم خاص من طرف المشرع وهي على أنواع عدة كعقد الفندقة والعقد الطبي وغيره من العقود التي يوجد بعضها أحاطها المشرع بتنظيم خاص فتدخل في فلك العقود المسماة كعقد التأمين.

إلى جانب هذا التقسيم الرئيس التي تندرج فيها جل أنواع العقود يمكن تقسيم العقود إلى رضائية التي تنعقد بعد تراضي المتعاقدين، والعقد الشكلي والذي يتطلب شكلية معينة إضافة للتراضي كالرهن الرسمي، والعقد العيني الذي يتطلب إضافة للتراضي تسليم العين محل التعاقد.

كما درج الفقه تقسيم آخر عند تقسيمه للعقد من خلال الآثار التي يرتبها إلى طائفة يطلق عليها بالعقود الملزمة لجانبين والذي يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه كعقد البيع والإيجار، على نقيض التقسيم الثاني المتعلق بالعقود الملزمة لجانب واحد التي ترتب التزامات في ذمة أحد أطراف العقد دون الآخر كعقد الهبة.

إضافة لهذه التقسيمات هناك تقسيمات أخرى عديدة ومتنوعة لا يسعنا في هذا المقام ذكرها من عقود المساومة وعقود الإذعان، عقود المعاوضة وعقود التبرع، العقود الفورية والعقود المستمرة.

غير أنه ما يجب الإشارة إليه وفي ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي أدت إلى ظهور عقود جديدة بأشكال ونماذج وصور جديدة للعقد تتميز بالتعدد والتخصص والتكتل في مجموعات فضلا عما أصبحت عليه هذه العقود من التوجيه والفرض بعيد كل البعد عن احترام والاعتداد بالإرادة الحرة[70]، فتدخلت الدولة أين استحدثت عقود جديدة كعقود الإدماج أو ما اصطلح عليهم اسم "عقود ما قبل التشغيل"، وعقد الإدماج، وعقد بيع بناية في طور الإنجاز من صور هذا العقد عقد حفظ الحق والبيع على التصاميم، وأيضا ظهور عقود حديثة تعرف بالعقود البيئية والعقود الإلكترونية[71]، التي وضع لها المشرع إطار محتشم من خلال التعديل الذي طال القانون المدني الجزائري في 2005، هذه العقود وأخرى يظهر بأن القواعد العامة التقليدية

للعقد غير قادرة على استيعاب التطور الكبير لهذه العقود وعاجزة عن مواكبتها، وهذا ما يفسر التشريعات الخاصة التي وإن جاء بحلول غير أنها جزئية أين لا يمكن تنظيم كل عقد جديد بتنظيم خاص به وإلا سيوقعنا كما أفردنا سابقا في حالة الأأمن قانوني، لذلك على المشرع المسارعة لتعديل القانون المدني والتأسيس لنظرية قادرة على تجاوز هذا العجز والتراكمات الناتجة عن النظرية التقليدية، خاصة والميزة التي تحملها القاعدة القانونية والقانون ككل بأنه يقوم على معالجة وإصلاح من جهة وعلى التوقع من جهة أخرى مما يعطي له القدرة على خلق قواعد قانونية من خلال التنبؤ بما سيكون عليه المستقبل، ولنا في معالجة هذا الموضوع بالتفصيل في الجزء الثاني من موضوع البحث محل الدراسة.

المطلب الثالث: تكوين العقود

أوجب المشرع ليكون العقد صحيحا أن يتوفر العقد على أركان وشروط ليكون صحيحا تطرق لهم المشرع في القسم الثاني الذي عنونه بشروط العقد من الفصل الثاني تحت عنوان العقد، وجعل المشرع فقدان أو اختلال ركن أو عنصر من عناصر تكوين العقد فإنه يرتب البطلان أو الإبطال وجاءت هذه الأركان والشروط على النحو التالي.

الفرع الأول: الأهلية

تعتبر الأهلية أول الأركان والشروط التي يتوجب توفرها في المتعاقدين فنص المشرع في المادة 40 مدني على وجوب أن يحوز الشخص على الأهلية الكاملة ليتمكن من مباشرة مختلف التصرفات القانونية وأن يكتسب حقوقا ويتحمل التزامات وعني قانون الأسرة الجزائري بتنظيم الأهلية، وتعتبر الأهلية وما يتضمنها من قواعد من قبيل النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعدها.

لذلك تعد توافر الأهلية أحد مظاهر حماية القانون للإرادة في التصرف القانوني، والمتأمل في التشريع تدرجه في التفرقة بين مختلف مراحل السن للإنسان من حيث افتراض قدرته على إصدار إرادة قانونية سليمة،

فقرر أن الطفل إلى سن معينة وهي سن التمييز كالصبي الغير مميز لا يمكن أن تناط له إرادة حقيقية، ثم إلى سن أخرى أين ينظر إليها بعين الشك وهو الصبي المميز الذي لم يبلغ سن الرشد، إلى أن يبلغ سنا معينة يصل فيها إلى كمال قواه العقلية لتصبح إرادته صحيحة وسليمة بما يطلق عليها بلوغ سن الرشد والذي يعتبر ببلوغ الشخص 19 سنة كاملة بنص المادة 40 مدني، مما يعطى له الحق في إبرام التصرفات القانونية بما يمكنه من كسب حقوق وتحمل إلتزامات[72].

ولا يعتبر السن وحده عامل لتقرير مدى إمكانية الشخص اعتباره مؤهلا للقيام بالتصرفات القانونية، فهناك عوامل أخرى تعتبر الشخص فاقد للإرادة كالمجنون وفاقد العقل أو ناقصها رغم بلوغه سن الرشد، وحددها المشرع كإصابة الإنسان بمرض عقلي أو إصابته في حواسه، فيعتبر ناقص الأهلية كل من السفيه والمعتوه، وجعل المشرع التصرفات التي يبرمها ناقصي الأهلية تأخذ أحد هذه الأحكام: فإذا كانت هذه التصرفات نافعة نفعا محضا فتكون تصرفاتهم نافذة، أما ضارة ضررا محضا فتكون باطلة، أما التي تدور بين النفع والضرر فتكون نافذة حالة إجازتها من قبل النائب الشرعي.

وهناك عوارض ثانوية تؤثر في أهلية الأداء كالسكر الغير الإرادي والمحكوم عليه بعقوبة جنائية ومن يعاني من عاهات مزدوجة كالعمى والصم والبكم فقدم المشرع لمن يعني من عاهة مزدوجة المساعدة في أن يعبر عن إرادته.

ويمكن للصبي الميز أن يبلغ سن الرشد من خلال ترشيده من طرف القاضي لمزاولة نشاط التجارة أو تسلم بعض من أمواله لإدارتها على سبيل التجربة، على عكس الفاقد للأهلية أين تعتبر جميع تصرفاته تدور في دائرة البطلان المطلق.

الفرع الثاني: التراضي

يتضمن ركن التراضي في أن يكون هناك تعبيرا عن الارادة من قبل الأطراف المتعاقدة، وأن يكون هذا التعبير سليما خاليا من العيوب المفسدة للرضاء والمتمثلة في الاكراه والغلط والتدليس والاستغلال والغبن مثلما خصها التشريع المدني بالتنظيم.

أولا: التعبير عن الارادة واقتران الايجاب مع القبول

يعتبر التراضي ركن أساسي لقيام العقد، فلا يمكن تصور قيام العقد دون وجود ركن الرضا، ويقصد بالرضاء حسب نص المادة 54 مدني هو العقد الذي يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الاخلال بالنصوص القانونية"، ويكون هذا التعبير عن الإرادة من خلال صدور إيجاب متضمن لعرض موجه من شخص لآخر وصدور قبول مطابق للإيجاب من طرف القابل الموجه إليه الإيجاب، من خلال هذا يحصل التراضي باقتران القبول بالإيجاب.

ونص المشرع على نوعين من التعبير عن الارادة فقد يكون صريحا سواء باللفظ، الكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، كما قد يكون التعبير عن الارادة ضمنيا من خلال الاستدلال عن الارادة بطريقة غير مباشرة سواء عن طريق الاستنتاج أو التفسير أو الاستنباط، ونص على طرق التعبير نص المادة 60 مدني.

قد يثور إشكال فيما تعلق بالسكوت ومدى اعتباره تعبيرا عن الارادة ينتج كافة آثاره؟ الاصل أن السكوت لا يعتبر تعبيرا عن الارادة سواء ما تعلق بالإيجاب أو القبول، غير أن ما تعلق بالقبول هناك استثناءات وضعها الفقهاء أين يمكن أن يعتبر السكوت عن القبول قبولا شريطة أن يكون مقترنا بظروف تدل أو يمكن أن يستنتج معها القبول بشكل واضح لا غموض فيها، ونقيض هذه الحالة تجعل من إمكانية أن يكون السكوت عن التعبير عن الارادة مستحيلا، وجمع المشرع الجزائري هذه الشروط في المادة 68 مدني، الأمر الذي يدل على تبني المشرع الجزائري للسكوت الملابس وصلاحيته في أن يكون تعبيرا عن الارادة وفق شروط محددة.

ويحصل التراضي عن طريق صدور كل من الإيجاب والقبول من كل طرف وتطابقهما والتوافق التام بين الإرادتين، وهذا التوافق يكون من خلال الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد أما المسائل التفصيلية والثانوية فيمكن الاتفاق عليها لاحقا، شريطة عدم ترتيب أي أثر حال الاختلاف وعدم الاتفاق عليها وهذا ما جاء بنص المادة 65 مدني. وسنستعرض فيما يلي لكل من الإيجاب والقبول والتنظيم القانوني المتعلق بهما.

1- الإيجاب: ويشترط في الإيجاب أن يكون باتا ونهائيا لإبرام العقد حيث بمجرد أن يصدر القبول من الطرف الآخر ينعقد العقد، إضافة إلى وجوب ان يتوفر الإيجاب على الشروط الأساسية للتعاقد كتحديد المحل والثمن وغيره من العناصر التي يمكن اعتبارها أساسية، كما يشترط في الإيجاب حتى يرتب أثره القانوني أن يصل إلى علم المتعاقد الآخر وهذا الشرط أكدته المادة 61 مدني.

والأصل في الإيجاب أنه غير ملزم لحين أن يتخذ الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب للقبول موقفا منه فيجوز حينئذ الرجوع على الإيجاب غير أن هناك حالات استثنائية يكون فيها الإيجاب ملزم:

-حالة كان الإيجاب مقترنا بأجل للقبول، فيبقى الموجب ملتزما بإيجابه إلى غاية انقضاء المدة المحددة للإيجاب ولم يحدث قبول، وهذا ما نصت عنه المادة 63 مدني.

-حالة ما إذا كان الإيجاب بالمراسلة ولم يحدد أجل لذلك، هنا يفرض على الموجب أن يبقى على إيجابه طيلة المدة المعقولة والمناسبة لوصول رد المرسل إليه، فنأخذ بعين الاعتبار المدة التي تستغرقها الرسالة للوصول إلى الطرف الآخر والمدة التي يتطلبها جواب الطرف الآخر، والتقدير هنا يكون للقاضي الذي يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تمت بها هذه المراسلة[73].

2-القبول: يعتبر الأثر المقابل للإيجاب والنتيجة الطبيعية والمفترضة بعد صدور الإيجاب.

وهناك شروك مفروضة حتى يكون القبول صحيحا والمتمثلة في أن يكون القبول والإيجاب لازال قائمين فإذا كان الإيجاب مقترنا بمدة للقبول فلا بد من صدور القبول في المدة المحددة وإلا سقط الإيجاب، ويضاف إلى هذا الشرط أن يكون هذا القبول مطابقا تمام المطابقة للإيجاب وهذا ما نصت عنه المادة 66 مدني أين اعتبرت القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا، كما يستلزم أيضا حتى ينتج القبول أثره القانوني أن يكون باتا ونهائيا.

ثانيا: عيوب الرضاء

إن العيوب المفسدة للرضاء والمعيبة للإرادة والتي هي محل الاستعراض هنا هي الحالة التي يكون فيها الرضاء موجودا ومنعقدا غير منعدم فاقد لأركان انعقاده غير أنه لحقته حالة أو وصف جعلته معيبا فيعتبر العقد حينئذ قابلا للإبطال على عكس الحالة التي يكون فيها العقد منعدم بفقد أحد أركانه وشروط قيامه فهنا يقع بطلان العقد، وسنستعرض أهم هذه العيوب بالترتيب الذي وضعه المشرع في المواد 81 إلى غاية المادة 91 مدني.

1-الغلط: نلاحظ أن المشرع الجزائري زاوج بين النظريتين الحديثة والتقليدية، فأخذ بالنظرية الحديثة في إقرار الغلط حينما اعتد بالغلط الجوهري الدافع للتعاقد سواء ما تعلق الأمر بالغلط في القيمة أو الباعث أو في مادة الشيء أو صفة فيه وهذا من خلال نص المادة 81 مدني، وعدم إدراجه للغلط المانع الذي يقع في ماهية العقد أو في ذاتية محل العقد أو في سبب الالتزام المترتب على العقد، أما تأثره بالمدرسة التقليدية فنلاحظ ذلك حينما ميز المشرع بين الغلط المنتج وغير المنتج، فجعل من الغلط المنتج سببا لإبطال العقد نقيض السبب الغير المنتج وهذا من خلال المادة 82 فقرة 3 مدني[74].

2-التدليس: استعرض المشرع في المادتين 86 و87 مدني التدليس كأحد عيوب الرضاء التي تسمح للمتعاقد المدلس عليه بإبطال العقد، ومن قراءة المادتين السالف ذكرهما نرى بأن التدليس هو الحيلة والخداع المستعملين من طرف المدلس التي توقع الشخص في غلط يدفعه للتعاقد.

واستعرض المشرع من خلال المادتين السابقة الذكر الشروط التي يجب أن تتوفر حتى يكون العقد قابلا للإبطال نتيجة تحقق التدليس من أن يتم استعمال وسائل احتيالية من طرف المدلس لإيهام وتضليل المدلس عليه، وأن تكون هذه الوسائل الاحتيالية هي الدافع للتعاقد، إضافة لصدور الطرق الاحتيالية عن المتعاقد الآخر أو كونه عالم بها.

3-الإكراه: أشار المشرع الجزائري لمفهوم الإكراه في المادة 88 مدني بأنه ذلك الضغط والرهبة المسلطة على شخص المتعاقد فيبعث في نفسه رهبة دون حق تحمله على التعاقد. لذلك يعتبر الإكراه أحد الأسباب المفسدة للرضاء من خلال إجبار الشخص على التعاقد تحت تأثير الرهبة والتي تجعل العقد قابلا للإبطال.

وحددت المادة 88 مدني سابقة الذكر أن إبطال العقد للإكراه لا يكون إلا بتوفر شروط محددة قانونا من استعمال وسيلة للضغط على الشخص، وأن تبعث هذه الوسيلة الرهبة المتولدة في الشخص المكره على التعاقد بأن تصور له خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال والتي تحقق غرضا غير مشروع، وفي الأخير أن تكون هذه الرهبة هي الدافع إلى التعاقد

ونلاحظ أن المشرع جمع كلا المعيارين الذاتي والموضوعي في تقدير الإكراه وهذا ما نراه غير ملائم، فعلى المشرع الاكتفاء بالمعيار الموضوعي من خلال النص على اعتبار الإكراه قائما متى تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينة مما تصور للطرف المكره خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو المال، دون الاعتداد في تقدير جسامة الإكراه إلى الظروف الشخصية من السن والجنس والحالة الاجتماعية والصحية وأي ظروف أخرى من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه.

4-الاستغلال والغبن: يقصد بالغبن في التشريع الجزائري حسب نص المادة 90 مدني عدم التعادل المادي في التزامات كل من المتعاقدين كشراء مبيع بثمن نبالغ به جدا مقارنة بثمنه الحقيقي ليعتبر العنصر المادي للاستغلال، وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن ذلك ليس من شأنه التأثير في صحة العقد، لأن العقد مفروض فيه التوازن بين الالتزامات المتقابلة، والمرجع في ذلك هو إرادة المتعاقدين الذي لا يرضى المتعاقد بالعقد إلا إذا رأى فيه مصلحته محققا للعدل بالنسبة إليه.

ولا يعتد بالغبن في القانون المدني الجزائري إلا في حالات محددة على سبيل الحصر يتمثل أبرز صورها في بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس، مما يجعل للطرف المغبون والمتمثل في البائع في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل وهذا بنص المادة 358 مدني، وأيضا في القسمة فخولت المادة 732 مدني أن كل من لحقه من القسمة الحاصلة بالتراضي غبنا يزيد على الخمس، إقامة دعوى الغبن.

وبإضافة العنصر النفسي المتمثل في الطيش البين والهوى الجامح إلى العنصر المادي في الغبن المتمثل في عدم التعادل في الأداءات بين العاقدين يترتب على ذلك عنصر الاستغلال الذي يعتبر أحد عيوب الارادة الذي يؤذي إلى قابلية العقد للإبطال شريطة توفر ثلاث عناصر مجتمعة تتمثل في توفر العنصر الموضوعي

المتمثل في عدم التعادل في التزامات أطراف العقد، وتوفر العنصر النفسي والذي يعنى به استغلال أحد الطرفين حالة ضعف معينة في الطرف الآخر كاستغلال أحد المتعاقدين للطيش البين والهوى الجامع للمتعاقد الآخر، والشرط الأخير يتمثل في أن يكون إبرام العقد نتيجة لهذا الاستغلال[75].

الفرع الثالث: المحل

تناول المشرع الجزائري المحل ضمن نصوص القانون المدني في المواد من 92 إلى 95 مدني، أين يعتبر المحل ثالث أركان العقد الواجب توفرها تحت طائلة البطلان باعتباره أحد أركان العقد الأساسية التي لا يقوم العقد بدونها، واشترط المشرع ضرورة أن نكون أمام محل للالتزام الذي يمكن أن يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهنا يظهر الاختلاف بين محل الالتزام ومحل العقد هذا الأخير الذي يكون عبارة عن إنشاء التزامات بين المتعاقدين.

لذلك حتى نكون أمام انعقاد صحيح للعقد لا بد أن تكون الالتزامات التي تنشأ عنه تتوافر فيه الشروط القانونية، واشترط المشرع أن يكون هناك محل الالتزام تتوافر فيه الشروط القانونية من أن يكون مشروعا بما يعني أنه يجوز التعامل به وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويشترط في محل الالتزام أن يكون ممكنا يمكن تحقيقه غير مستحيل، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين.

الفرع الرابع: السبب

يعتبر السبب آخر أركان الانعقاد ذكرا من طرف المشرع الجزائري والتي يكون توفره وجوبا تحت طائلة البطلان، وخص المشرع السبب بثلاث مواد من المادة 96 إلى 98 مدني. ويعتبر السبب الغرض أو الباعث أو الهدف المباشر الذي يقصد الملتزم تحقيقه والذي من أجله تحمل بالالتزام عن طريق التعاقد، فيكون السبب جوابا للسؤال التالي: لماذا التزم المتعاقد؟ وهناك اختلاف بين سبب العقد وسبب الالتزام فيعتبر الأول الذي يقاس بمعيار شخصي الباعث والدافع الذي دفع بالشخص للتعاقد، أما الثاني فهو الغاية والقصد من وراء إنشاء الالتزام[76].

واشترط المشرع ليكون السبب صحيحا أن يكون موجودا وحقيقيا غير وهمي وأن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

من دراستنا للمحل والسبب والمتأمل للدراسات القانونية التشريعية والفقهية ومن خلال قراءتنا الخاصة نلاحظ بأن السبب أضحى يثير عدة إشكالات نظرا لما يعتريه من صعوبة في فهمه وتحديده عمليا لما يتخلله من غموض وتعقيدات جعلت من تحديد تعريف واضح له أمرا صعبا، والشبه الكبير بين المحل والسبب من حيث الوظيفة، والانتقادات الفقهية الكثيرة التي طالت عنصر السبب وعدم استقرارها لتفريقها بين سبب الالتزام وسبب العقد[77]، كل هذا جعل العديد من القوانين تتخلى عن فكرة السبب كركن في العقد ولعل أبرز هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي من خلال تخليه عن السبب كركن لانعقاد العقد، واستبدال كل من السبب والمحل بمضمون العقد الذي استوجب أن يكون مشروعا ومحددا[78]، وما يميز فكرة مضمون العقد أنها تحقق ثلاث وظائف أساسية من التحقق من مشروعية العقد ووجود محل الالتزام والتعادل بين الأداءات في العقد[79].

هذا الاتجاه ما ندعو إليه المشرع إلى تبنيه من خلال دمج فكرتي المحل والسبب في مصطلح واحد وهو مضمون العقد مما يساهم في تبسيط المفاهيم والمصطلحات القانونية الخاصة بنظرية العقد وإزالة الغموض الذي كان يعتريها خاصة ما تعلق بفكرة المحل والسبب بما يعزز من الأمن القانوني.

المبحث الثاني: واقع العقود المدنية على ضوء تأثير المؤسستين التشريعية والقضائية

إن التغيرات والتحولات التي عرفها العالم في كل المجالات خاصة في القرن العشرين شكل تحولا عميقا على مستوى نظرية العقد وما تتضمنه من قواعد ومبادئ بقت ثابتة لقرون عدة، الأمر الذي شكل اهتزاز على مستوى النظرية والعقود المدنية ككل، أين تعاظم دور كل من المشرع والقضاء من خلال تدخلهم في هذه العقود الأمر الذي طرح معه تسائل مهم حول مدى إمكانية تأسيس نظرية جديدة تخص العقود غير هذه النظرية التقليدية التي تعرف سنوات دون أن يكون باستطاعة أحد تجديدها والتأسيس لنظرية أخرى تكون مواكبة للعصر الحالي وما يحمله من تطورات؟

وقد ظهر في الساحة التشريعية والفقهية على اختلاف الدول خاصة في الجزائر العديد من المصطلحات التي تؤكد عدم إمكانية استيعاب وتماشي النظرية العامة للعقد وتوجهاتها ومبادئها التقليدية للتطورات والتغيرات الحاصلة وأبرزها ما أطلق عليه بأزمة العقد[80]، وبروز مصطلح التوازن والعدالة العقدية، تحول العقد، تحديث وإصلاح النظرية العامة للعقد، مستقبل النظرية العامة للعقد، القاضي كطرف جديد في العقد وغيره من المصطلحات التي توحي باهتزاز مكانة هذه النظرية التي لطالما كانت تشكل العمود الفقري للعقود المدنية.

المطلب الأول: تدخل المشرع في العقود المدنية: الدولة طرف جديد في العقد المدني

تطورت الحياة العامة وتطورت معها المعاملات والعلاقات بين الأشخاص في الإطار العقدي، الأمر الذي فتح معه النقاش حول مدى قدرة قواعد النظرية العامة للعقد في حماية الأشخاص المتعاقدة خاصة في ظل ظهور علاقات عقدية تنعدم فيها المساواة الحقيقية وظهور ما يعرف بالطرف الضعيف الذي لم توفر له القواعد العامة للعقد الحماية اللازمة له، الأمر الذي أدى إلى بروز مصطلح جديد يعرف بعيممة العقد[81] والذي يعني تدخل الدولة لتحديد مضمون العقد، مما شكل هذا التدخل عصفا بنظرية العقد وما تحمله من مبادئ تشكلت في إطار مبدأ سلطان الإرادة من الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد ومبدأ حسن النية والأثر النسبي للعقد.

الفرع الأول: تقلص الحرية التعاقدية

يعتبر من المظاهر الحداثية على مستوى العقود هو علو إرادة القانون مكان إرادة الأشخاص المتعاقدة، فأصبح له دور إيجابي من خلال تدخله في كل مراحل العقد وهذا ما أطلق عليه الفقه بتدخل القضاء في مرحلة توجيه العقد، فأضحى يسيطر على العقود القواعد الآمرة التي من خلالها يقيد إرادة المتعاقدين ويوجهها في إطار معين بما تقتضيه ضرورات التوازن والعدالة العقدية، واعتمد المشرع في ذلك التشريعات الخاصة لإقرار الإصلاحات وهذا ما يفسره العدد الكبير من هذه التشريعات الخاصة التي أصدرها المشرع مما تسبب في بروز مصطلح أزمة العقد، وخلق لا أمن قانوني ناتج عن الإفراط في استعمال تقنية التشريعات

الخاصة الأمر الذي دعى بالفقه إلى انتقاد المشرع إلى اللجوء المبالغ إلى إصدار القوانين الخاصة مما تعالت الأصوات المنادية إلى إصلاح وتعديل شامل لقانون العقود أو ما تعرف بالنظرية العامة للعقد .

فأصبحت الدولة تتدخل من خلال العديد من الصور نوجز أبرزها في النقاط التالية:

– نتيجة التسلط الاقتصادي للطرف القوي على الطرف الضعيف من خلال ما يمليه الطرف القوي على الضعيف من شروط، الأمر الذي فرض على المشرع التدخل من خلال فرض مبادئ جديدة وإن كانت تشكل ضرب ومساس بالمبادئ التقليدية للعقد، هذا الأمر جعل الدولة تتولي إنشاء الالتزامات التي يفترض في إطار الحرية التعاقدية أن تتولى إرادة الأطراف إنشاءها[82]، وأبرز مثال حول هذه الالتزامات التي تنشئها الدولة سواء في مرحلة تكوين العقد كمبدأ الشكلية الإعلامية التي ألزمها المشرع على المحترفين في مواجهة المستهلكين، ومهلة التفكير، وحق التراجع، وفرض الالتزام بالإعلام، أو ما تعلق بمرحلة التنفيذ كالالتزام بالسلامة الذي أدرج في عقود كثيرة على شاكلة عقد العمل، عقد الاستهلاك[83]، هذه الكثافة من الآليات والمبادئ المكرسة في إطار التشريعات الخاصة يجعلنا نتساءل حول مصير نظرية العقد بعد كل هذا التضييق الممارس ضدها.

–أصبح دور الإرادة محدودا في إطار ضيق من خلال اتساع دائرة النظام العام في ظل التطورات الحديثة الحاصلة، هذا المفهوم الذي يعتبر الخروج عنه وعدم احترامه البطلان المطلق لأي تصرف أو أي عقد أو تعامل يكون مخالفا للنظام العام وكرس المشرع هذا المصطلح في القانون المدني في العديد من المواد (المادة 107 فقرة 3 مدني، المادة 110 مدني، المادة 124 مدني)، وإن كان هذا المصطلح في السابق بسيط لا يحمل التعقيدات التي هو عليها الآن من خلال ظهور أنظمة أخرى كالنظام العام الاقتصادي بنوعيه التوجيهي والحمائي، الذي أخذ بالبروز أكثر من أي وقت مضى نتيجة التطورات والتحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، والذي يجد تطبيقاته بوضوح في كل من تشريعات العمل وقواعد حماية المستهلك ونستعرض كل من الوجهين في ما يلي:

- **بالنسبة لعقد العمل:** تدخل المشرع في عقد العمل من خلال تنظيم العلاقة بين العامل ورب العمل عن طريق مضمون عقد العمل، وجاء تبرير هذه التدخل من خلال كون العلاقة التي تربط بين رب العمل والعامل تتصف بغياب التوازن العقدي فأصبح تفاوت في القوة أين برز مصطلح الطرف الضعيف من جانب العامل ومصطلح القوي بالنسبة لرب العمل، فأصبح المشرع يتدخل بعدما كان الأصل في العلاقة بين أطراف عقد العمل يحكمها القواعد العامة في العقد من حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد ونسبيته، فتقلصت الإرادة إلى حد كبير مقارنة بالمشرع الذي أضحى له دور تنظيمي مهم من خلال فرض قيود حول علاقة العمل تتعلق بتشغيل الأجانب، وتقييد عمل الأطفال وتحديد الحد الأقصى لساعات العمل، والحد الأدنى للأجر، والسن الأدنى للتشغيل، وأيضا يتقييد حرية العامل من ممارسة الإضراب، وممارسة العمل النقابي، وأيضا الاتفاقيات الجماعية للعمل التي تعتبر تقييد صريح لسلطان الإرادة، وأيضا ما تعلق بعقد العمل الجماعي الذي يعد من العقود النموذجية، التي لا تكون للإرادة فيها أي دور، لذلك جاء تدخل المشرع من قبيل إعادة التوازن العقدي وتقليص الهوة بين رب العمل والعامل، وتظهر نية المشرع في

ذلك بوضوح من خلال المادة 136 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل التي تنص على :"يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالفا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون".

- **بالنسبة لعقد الاستهلاك:** من المعروف أن انعدام التوازن العقدي يجد تطبيقه في عقد الاستهلاك أين يكون هذا العقد بين المستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف نظرا للضعف الذي يعتريه من الناحية التقنية والمالية ومن حيث جهله بالمنتوج، وبين الطرف الآخر وهو المنتج الطرف القوي في العلاقة الذي يعتبر عالم بالمنتوج والطرف القوي اقتصاديا، من أجل ذلك تدخل المشرع من خلال العديد من التشريعات الخاصة لتحقيق الحماية للمستهلك وإعادة التوازن العقدي للعلاقة بين المستهلك والمنتج وخلق المساواة التي تعتبر غائبة في ظل القواعد العامة في العقد.

وأبرز مظاهر هذه الحماية تخويل القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد وذلك بإعفاء الطرف المذعن منها أو إلغائها، كما منع المشرع الممارسات التجارية غير النزيهة وإن كانت تتعلق بحرية التعاقد أين منع رفض التاجر للبيع أو تأدية الخدمة من غير مبرر شرعي وهذا ما كرسه قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[84]، وأيضا بحضر هذا القانون طبقا للمادة 29 منه العمل بالبنود والشروط التعسفية أين أعدت قائمة ببعض الممارسات التي تدخل في نطاق الشرط التعسفي والتي ذكرها المشرع على سبيل الذكر لا الحصر والتحديد مما يشكل تقييدا كبيرا للحرية الإرادية.

- يعد التعاقد الإجباري من أبرز مظاهر تقييد الحرية التعاقدية، وأحد أبرز هذه العقود عقود التأمين الإلزامية، كعقد التأمين على السيارات بموجب المادة الأولى من الأمر 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض على الأضرار الناشئة عن حوادث المرور، وكذا جميع عقود التأمينات الإجبارية على المسؤولية، وأسباب هذا الجبر والإلزامية يعود من خلال المخاطر المتعددة التي تصيب الأشخاص وتعويض الضحايا عن الأضرار التي تصيبهم وحماية سلامتهم الجسدية عن طريق تقنية التضامن[85].

من خلال أبرز المظاهر التي تم التطرق لها أين برز مفهوم النظام العام الاقتصادي الحمائي من خلال دوره البارز ومكانته الهامة في تحقيق التوازن العقدي وإقامة العدالة العقدية المرجوة، مما يجعل الطرف الضعيف في مأمن من أي تعسف أو تسلط قد يطاله من قبل الطرف القوي في العلاقة العقدية، لذلك الدور المنوط بهذا النظام العام وما يشكله من تدخل كل من المشرع والقضاء في العلاقة العقدية وفي مختلف مراحل هذه العلاقة من بداية تكوينها إلى ما بعد انعقاد العقد يشكل تصور جديد للعقد يحمل نظرة جديدة أكثر منه أزمة وتجاوز لمبادئ العامة للعقد وتهديد لمنظومة العقود المدنية ككل، كما نعتبر أيضا إعادة النظر في نظرية العقد مواكبة ومسايرة للثورة التي شهدها الواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وحتى الفكري أكثر منها اعتبار إعادة النظر في نظرية العقد والتأسيس لنظرية عامة حديثة يشكل اضطراب على مستوى العقود أو الدخول في المقارنة والتناقض الحاصل بين النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة، رغم أننا ندعو المشرع إلى دمج هذه التصورات الجديدة الخاصة والآليات والحلول المستحدثة على مستوى التشريعات الخاصة ضمن القواعد

العامة للعقد لتجاوز هذه الأزمة التي تلاحق العقد واللاأمن العقدي والقانوني وبعث إصلاح جديد يساهم في التأسيس لنظرية جديدة تحمل روح تتلاءم والمتطلبات العصرية الحديثة في التعاقد، خاصة بعد ما أثبتت هذه الآليات والقواعد المستحدثة نجاعتها في تقديم الحلول في تحقيق التوازن والعقدي والعدالة العقدية وإن كان بصفة جزية وطريقة نسبية أين تعطي الحماية لأشخاص معينين بصفات معينة دون أن تخاطب قواعدها كل من يحمل صفة المتعاقد، على نقيض نظرية العقد وإن كانت أحكامها وقواعدها تسري على جميع الأشخاص المتعاقدة وعلى جميع أنواع العقود إلا أنها أضحت عاجزة عن تقديم حلول كافية لحماية الاطراف الضعيفة خاصة بعد التطورات التي عرفها المجتمع والتحولات التي مست الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها أين لم تعد هذه النظرية وما تحمله من قواعد عامة تقليدية قادرة عن مواكبة كل هذه التطورات.

الفرع الثاني: المساس بالقوة الملزمة للعقد

لم تعد للإرادة ذلك الدور المتعاظم في التأسيس للقوة الملزمة للعقد خاصة بعد بروز مذهب واتجاه يغلب دور القانون في إنشاء الالتزامات يتمثل في المذهب الاجتماعي، دون أن يعطي للإرادة دور في ذلك فأصبح القانون هو من ينشئ الالتزامات ويتدخل في العقود ويصل تدخله لحد إجبار الشخص على التعاقد[86]، وهذا قد يؤدي إلى عدم الاعتداد المطلق بالحرية التعاقدية والمساس بالقوة الملزمة للعقد كأحد النتائج المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة، لذلك يشهد الوقت الحالي تقليص كبير لدور الارادة كمصدر من مصادر الالتزام.

فالتحولات المعاصرة وما شكلته من إرهاصات على مستوى نظرية العقد وما تتضمنه من مبادئ والتي أدت بالفقه والتشريع وحتى القضاء إلى البحث عن آليات جديدة تساعد على تجاوز هذه الإرهاصات، هذه التحديثات التي عصفت بأبرز المبادئ العامة للعقد التي تعتبر القوة الملزمة للعقد أحد أبرز هذه المبادئ، من خلال ما أستحدث في إطار التشريعات الخاصة على شاكلة قانون حماية المستهلك والقانون المتعلق بتنظيم الممارسات التجارية، وقانون المنافسة والتشريعات المتعلقة بالعمل،أين شهدت هذه القوانين وأخرى وما أدرجته في تنظيماتها، أين صار المساس بمضمون العقد أبرز سمات هذه التشريعات المستحدثة كتكريس حق التراجع في العقد ومنع الشروط التعسفية[87].

الفرع الثالث: اتساع نطاق حسن النية

لم تعد فكرة حسن النية يقتصر على تنفيذ العقد مثلما جاء في المادة 107 فقرة 1 مدني أين نصت على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، غير أنه نظرا للواقع الجديد والتطور الذي مس مبادئ النظرية العامة للعقد امتد نطاق هذا المبدأ ليشمل كل مراحل العقد وحتى في المرحلة السابقة لانعقاد العقد[88]، فامتد مبدأ حسن النية للمفاوضات، وقطع العلاقة التعاقدية، وتعرض المشرع الفرنسي لهذا التجديد في تعديله للقانون المدني الفرنسي 2016 ليشكل بذلك سابقة قانونية من خلال ما جاء في المادة 1104 والمادة 1112 قانون مدني فرنسي[89]، وهذا ما ندعوا إليه المشرع الجزائري بإضافة مواد ليصبح حسن النية مبدأ شامل يكون واجب الالتزام به في كل مراحل العقد.

الفرع الرابع: تراجع وانهيار مبدأ نسبية العقود:

إن المتفق والمتعارف عليه قانون أن الغير يعتبر بمثابة الأجنبي بالنسبة للعقد الذي يبرمه المتعاقدين فلا يستفيد من الحقوق التي ينشئها العقد ولا يتحمل الإلتزمات كذلك الناشئة عنه، انطلاقا من هذا التقديم فالغير هو الذي لا يعتبر من المتعاقدين ولا من الخلف العام ولا الخاص ولا حتى من دائني المتعاقدين.

غير أنه نظرا للتطورات التحولات المختلفة التي شهدها العالم والتي كان لها التأثير البارز على منظومة العقود المدنية، الأمر الذي شهد العديد من التحولات والتغيرات مست العقد وأبرزها تراجع وانهيار مبدأ نسبية العقد هذا المبدأ القانوني ذو أبعاد تاريخية يشهد تهاوي كبير وصل لحد انعدامه تماما في العقود وهذا الأمر الذي سنبرزه فيما يلي بإبراز أهم أوجه التحول وتطبيقات ذلك.

أولا: انهيار مبدأ نسبية العقود بالنسبة للقواعد العامة

نص القانون المدني الجزائري على تطبيقات عدة وضع فيها مبدأ نسبية العقد جانبا من خلال عدم الاعتداد به

1- التعهد عن الغير: نصت عن هذا التطبيق المادة 114 مدني وحسب نص هذه المادة فالتعهد عن الغير هو تعهد شخص عن الغير بأن يلتزم بالقيام بعمل، ولا يمكن للمتعهد إلزام الغير بهذا التعهد وإنما على المتعهد أن يلتزم بتعهده المتمثل في الحصول على القبول من الغير والوفاء به اتجاه المتعهد عنه، وإلا اعتبر المتعهد مخل بالتزامه مما تقوم مسؤوليته والتعويض للمتعهد عنه عما قد يصيبه من ضرر.

وليحصل هذا التعهد ويرتب كافة آثاره سواء بين المتعاقدين من خلال عدم إلزامية هذا التعهد إلا المتعهد وتحمله لمسؤوليته حالة عدم حصول التعهد، ويرتب آثار كذلك بالنسبة للغير من خلال حرية هذا الأخير في القبول فيتحمل الالتزام الناتج عنه وينصرف إليه بشكل فوري أو الرفض دون أن تقوم عليه أي مسؤولية، وأيضا حالة قبول الغير للتعهد فينعقد عقد جديد بين الغير والمتعاقد الآخر مع المتعهد، لذا لا بد من اجتماع شرط تعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير، وأن يكون الغرض من التعهد التزامه شخصيا، مع أن يكون محل التزامه القيام بعمل[90].

2- الاشتراط لمصلحة الغير: يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير أحد الاستثناءات التي أقرها المشرع خروجا عن القواعد العامة والمتمثلة في نسبية العقد وقصره على المتعاقدين دون غيرهم، ونص المشرع عن القواعد والأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير في المواد من 116 إلى غاية المادة 118 مدني.

ويتمثل هذا الخروج عن القاعدة والمبدأ السابق الذكر من خلال استفادة المنتفع وتلقيه حقا من عقد لم يبرمه ولم يكن طرفا فيه ولا تربطه أي علاقة معه، هذا العقد الذي في الأصل ينعقد بين المشترط والمتعهد، وقد لخص الدكتور أنور سلطان هذا الكلام بأن عقد الاشتراط لمصلحة الغير أنه ثنائي التكوين ثلاثي في الآثار المترتبة عنه[91].

وأبرز مثال تعاقد شخص (المشترط) مع شركة التأمين (المتعهد)، أن يقوم هذا الأخير دفع مبالغ التأمين لشخص ثالث يدعى المنتفع هذا الأخير الذي يكون له اتجاه شركة التأمين حقا مباشرا يتمثل في الأداء المتفق عليه، ولا يحق حال قبول المنتفع للاشتراط أن ينقض يقوم المشترط بنقض المشارطة، أين لا يمكن له ممارسة هذا الحق إلا قبل أن يبدي المنتفع قبوله بهذا العقد.

3- الدعوة المباشرة: تعتبر هذه الدعوى من قبيل الاستثناءات الصريحة التي أقرت خروجا عن نسبية أو نطاق العقد، هذه الدعوى التي في الأصل مقررة للمتعاقد قبل من تعاقد معه، غير أن المشرع استثناءا ونزولا عن القواعد العامة منحها للغير بنصوص صريحة، من ذلك ما نص عنه بالنسبة للمستأجر الفرعي أو المستأجر من الباطن من المادة 507 مدني، الذي من خلال هذه الدعوى يرجع المؤجر الأصلي بدعوى مباشر على المستأجر من الباطن بما يكون مستحقا على هذا الأخير من مبالغ للمستأجر الأصلي، وهنا يعتبر المؤجر الأصلي من قبيل الغير بالنسبة لعقد الايجار من الباطن[92]، ونفس هذا الحكم ينطبق على حالات أخرى أوردها المشرع في القانون المدني كالمقاولة من الباطن المادة 565 مدني.

وإن كانت القواعد العامة في القانون المدني تقرر بأن لا دعوى مباشرة دون أن تكون مقررة بنص قانوني نظرا للخطورة مثل هكذا دعاوى، غير أن التطورات والمستجدات العصرية أجبرت على تمكين رفع الدعوى المباشرة دون أن تكون مقررة من طرف المشرع بنص قانوني يشرع رفع هذه الدعوى، فذهب العديد من الفقه والأساتذة وعلى رأسهم الأستاذ شوقي بناسي إلى منح دعوى مباشرة للمستهلك ضد أي متدخل دون الحاجة إلى نص قانوني يقرر ذلك وهذا ما يشكل خرقا صريحا للقواعد العامة للعقد[93].

ثانيا: انهيار مبدأ نسبية العقود بالنسبة للقواعد الخاصة:

تعتبر تشريعات الاستهلاك والعمل أبرز المظاهر التي عرفت خروجا عن قاعدة الأثر النسبي للعقد، إن لم أن الأحكام التي جاءت في التشريعات الخاصة جاءت مقصية لمبدأ نسبية العقد، فمن مظاهر الخروج عن هذا المبدأ فيما يخص علاقة الاستهلاك فمد نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك وقمع الغش من حيث الأشخاص ليشمل كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك، حيث تقوم مسؤولية المتدخل ولو لم يربطه علاقة عقدية مع المستهلك94 .

كما أقر المشرع إمكانية المستهلك الرجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك عن طريق الدعوى المباشرة، وذلك طبقا للقانون 89-02 المتعلق بقواعد حماية المستهلك والملغى من خلال المادة 1/12، وأيضا المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات والذي تم إلغاءه كذلك حيث نص في المادة 20 :"يمكن للمستهلك وفقا للمادة 12 من القانون رقم 89-02 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المذكور أعلاه، أن يتابع المحترف المتعاقد معه، وكل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك" كما أقر المشرع الحق لجمعيات حماية المستهلك التدخل في علاقة الاستهلاك ورفع الدعاوى والتقاضي لصالح المستهلك وذلك بناءا على نص المادة 21 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،وأيضا من خلال المادة 65 من القانون 04-02 المحدد للممارسات المطبقة على القواعد التجارية.

كما أقرت الأحكام والقواعد التي جاء بها تشريع العمل خروجا عن نسبية العقد من خلال العقود الجماعية أو ما يعرف بالاتفاقيات الجماعية للعمل الذي يعتبر أحد الأساليب التنظيمية لعلاقات العمل التي تبرمها نقابة للعمال مع رب العمل أو مجموعة من أرباب العمل أو مع نقابة لأرباب العمل يدون يتضمن مجموع شروط التشغيل والعمل فيما، وهذا ما جاء في المادة 114 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

المطلب الثاني: تدخل القضاء في العقد: طرف جديد في العقد المدني

عزز التحول الذي مس العقد من تدخل القضاء في مختلف مراحل العقد متجاوزا بذلك لأبرز المبادئ التي يتضمنها العقد، وإن كان تدخل القاضي لا يكون إلا بوجه استثنائي احتراما للقاعدة العريقة والمعروفة بالعقد شريعة المتعاقدين والتي تعتبر من أبرز مخرجات هذه القاعدة منع القاضي من المساس بما اتفق عليه المتعاقدين، لذلك شكل تدخل القاضي تصور جديد للنظرية العامة للعقد أين يعتبر فيها القاضي طرفا جديدا من خلال الصلاحيات التي أعطى له القانون، هذا الأمر الذي يقودنا لأبرز مظاهر تدخل القاضي في العقد المدني مع إلقاء نظرة حول التشريع الجزائري ومدى مواكبته لهذا التوجه الجديد.

الفرع الأول: تدخل القضاء في المرحلة السابقة للتعاقد

تعتبر المرحلة السابقة للتعاقد من المراحل التي تخضع لإرادة المتعاقدين، ولم تعرف هذه المرحلة اهتمام كبير في ظل النظرية التقليدية للعقد، خاصة وأن آثار العقد لا تبدأ بالظهور إلا بعد انعقاد العقد، وهذا ما يفسر عدم تنظيم المشرع الجزائري لها رغم استدراك المشرع الفرنسي لهذا الفراغ بتنظيمه للمرحلة السابقة للتعاقد بعد التعديل الجديد للقانون المدني 2016.

وتعرف هذه المرحلة تدخلا من طرف القاضي في ضوء النظرية الحديثة التي تجعل من القاضي طرفا مهما في العلاقة العقدية من خلال دوره في خلق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية.

فيتدخل القاضي في صور عديدة سواء من خلال سلطة القاضي في إضفاء الصبغة القضائية على العقد واعتباره منعقدا رغم عدم الاتفاق على ذلك، ومثال ذلك ما نصت عنه المادة 803 مدني والمتعلقة بالشفعة، حيث يعتبر الحكم الفاصل نهائيا في قيام الشفعة كسند ملكية للشفيع، والذي يلتزم بعد استصدار الصيغة التنفيذية للحكم أو القرار النهائي، باستكمال الإجراءات المتعلقة بالشهر والتسجيل العقاري[95].

كما فرض القانون التزام آخر يتمثل في الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، هذا الالتزام الذي يعتبر قضائي النشأة قبل أن يدرجه المشرع الفرنسي ضمن نصوص القانون المدني مكرسا إياه أحد أبرز الالتزامات، وقد أكدت التطورات المعاصرة الحاجة إلى تكريس هذا النوع من الالتزامات في مختلف العقود[96]، وقد تعرض المشرع لهذا الالتزام ضمن التشريعات الخاصة من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 في المادة 17 منه أين جاء فيها :"يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة"، ولما أبان تكريس هذا الالتزام على مستوى عقد الاستهلاك من دور بالغ الأهمية فإننا ندعو المشرع إلى تكريسه في القانون المدني في التعديل القادم ليكون بذلك قاعدة عامة تطبق على كل العقود المدنية.

كما يحمل القاضي دور آخر لا يقل أهمية عن الأدوار الأخرى من خلال تدخله في المراقبة القضائية حالة قطع المفاوضات وهذا نقيض مبدأ الحرية التعاقدية التي الحق للمتعاقدين في إتمام انعقاد العقد أو قطع المفاوضات، غير أن هناك حالات يتدخل فيها القضاء حالة قطع المفاوضات حالة اعتبار ذلك منافي لمبدأ المشروعية، أين يمكن له الحكم بالمسؤولية ضد المتعاقد الذي قطع المفاوضات بنية الإضرار بالطرف الآخر، ويعتبر القضاء الفرنسي المكرس لهذا المبدأ[97].

الفرع الثاني: تحول العقد في إطار القواعد العامة للعقد:

عرف التشريع المدني اهتمامه بالطرف الضعيف ويظهر ذلك من خلال نظرية عيوب الرضا ومنح مهلة للمعسر حسن النية أو ما يعرف بنظرية الميسرة، وأيضا محاولته لإقامة المساواة بين أطراف العقد، وإن كان من الفقه من رأى بأن هذه المساواة غير كافية وغير فعلية بالقدر الكافي التي تحقق العدالة الحقيقية لأطراف العقد، فضلا عن عدم كفاية قواعد النظرية العامة للعقد في تقديم الحماية اللازمة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، هذه الأخيرة التي ازدادت تشعبا وتعقيدا من خلال ظهور عقود جديدة وأنماط جديدة للتعاقد، الأمر الذي عرف ظهور قواعد ومبادئ خاصة تكفلت بهذه الحماية والتي تعتبر تشكيلة هذه التشريعات الخاصة مغايرة تماما ومناقضة للقواعد العامة للعقد، الأمر الذي ساهم في اضطراب هذه النظرية وتشكل ما يسمى بأزمة العقد، ونلخص كل هذا بقول أحد الأساتذة "بأن النظرية العامة للعقد وغيرها من التشريعات الخاصة تتقاسم وتتشارك نفس الاهتمامات وإن كان بدرجات متفاوتة"[98].

غير أنه يبقى للمبادئ العامة في نظرية العقد دور في مواجهة المستجدات والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، خاصة وأنه كما سبق يحمل نفس التصورات غير أنها تختلف في درجة الحماية بالذات وأن القواعد في التشريعات الخاصة تهدف إلى حماية فئات معينة على عكس القانون المدني الذي يحمي جميع الفئات والأشخاص دون تفرقة أو تمييز أو تخصيص هذه الحماية لفئة معينة وهذا ما يميز القانون المدني من خلال قواعده العامة التي تعتبر بمثابة الشريعة العامة لكل أنواع العقود ويجعلها في مرتبة أعلى، وأبرز هذه العقود الواردة ضمن نظرية العقد والتي تشكل في حد ذاتها تحولا في مسار المبادئ التقليدية للعقد:

أولا: عقود الإذعان ونظرية الظروف الطارئة والخرق الصريح لمبدأ سلطان الإرادة

1- عقود الإذعان: يعتبر عقود الإذعان من العقود مزدوجة التنظيم سواء من خلال قانون المدني في المواد 70 و110 و112، وأيضا من خلال قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ويتدخل القاضي إزاء الشروط التعسفية نظير الضعف الاقتصادي، والمعرفي الناشئ عن الجهل وانعدام الخبرة[99]، وشكلت القواعد المتعلقة بحماية المستهلك نقلة نوعية في مستوى ونوعية الحماية، على نقيض الحماية الموجودة في القانون المدني والمتعلقة بالجانب الاقتصادي دون أن يشمل أسباب الحماية الأخرى السابقة الذكر والتي يفرها قانون حماية المستهلك.

لذلك يتدخل القاضي في تفسير الشروط التعسفية بالرغم من ارتضاء الأطراف واتفاقهم على مثل هذه الشروط، فيعتبر تفسير الشروط التعسفية تدخل صريح من القضاء في تقييده لسلطان الإرادة الذي يعتبر أحد أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد ويدور حولها في جل مراحله من التكوين إلى ما بعد تنفيذ العقد.

2- نظرية الظروف الطارئة: مظهر آخر من مظاهر توغل القاضي في العقد وتدخله في مضمون العقد الأمر الذي يحد من مبدأ سلطان الإرادة وهو ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة، ومؤدى تدخل القاضي في إطار هذه النظرية أنه قد تحدث أحيانا في مرحلة تنفيذ العقد ظروف اقتصادية أو ما يطلق عليها بالحادث الطارئ الغير متوقع وقت إبرام العقد فتؤدي إلى إحداث تغيرا مفاجئا على مستوى العقد، الأمر الذي يجعل تنفيذ الالتزام من قبل المدين مرهقا مهددا إياه بخسارة فادحة خارجة عن حدود المألوف، وهذا ما تكلمت عنه

المادة 107 فقرة 3 مدني أين قضت بجواز تدخل القاضي لمعالجة هذا الاختلال وإعادة التوازن للعقد، متجاوزا لمبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من مبادئ من القوة الملزمة للعقد والعقد شريعة المتعاقدين، وليمكن تطبيق هذه النظرية أحاطها المشرع بشروط كوجوب أن نكون أمام استثنائية الظرف وعموميته، وغير متوقع الحصول عند إبرام العقد ولا يمكن تفاديه، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين للحد الذي يهدده بخسارة فادحة[100].

لذلك تحمل هذه النظرية دور مميز في تحقيق التوازن العقدي عن طريق تدخل القضاء في تحقيق هذه العدالة، ومن أجل فعالية أكبر أحاط المشرع هذه النظرية بشروط وضوابط محددة حتى يتمكن القاضي من التدخل لإعادة التوازن العقدي دون أن يكون هناك إجحاف أو تعسف من جانبه، جاءت في آخر الفقرة الثالثة من المادة 107 وأهم هذه الضوابط تتمثل في مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالعقد، والعمل على مراعاة مصلحة الطرفين والموازنة بينهما، وأن يلتزم القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ثانيا: تدخل القاضي إزاء الشرط الجزائي وتفسير الشك في العقود:

1- الشرط الجزائي: تكون للقضاء سلطة في التدخل من خلال خفض الشرط الجزائي، حالة إثبات المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي تم تنفيذ جزء منه، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه بل لا بد أن يكون بطلب أحد الأطراف المتضررة، واستعرض المشرع الجزائري كل من مشروعية الشرط الجزائي وأحكامه في المواد من 183 إلى 185مدني.

ويحمل الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي مزايا عديد في كونه يعتبر وسيلة ضاغطة تحمل المدين على تنفيذ الالتزام على الوجه المتفق عليه، بالإضافة إلى أنه يعتبر دلالة على منع القضاء من أن يتدخل في العقد وتقدير التعويض المتفق عليه من قبل الأطراف، وتجنب تأخير تنفيذ العقد أو الإخلال به، خاصة بالنسبة للعقود التي تتطلب السرعة في التنفيذ وإلا تسبب في خسائر عند التأخير في تنفيذ العقد أو الإخلال به، ومنه يعتبر هذا الشرط أحد الأدوات التي تساهم في بعث الثقة والاطمئنان لدي المتعاقدين مما يساهم في حسن تنفيذ العقود، وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة فيقع على القاضي احترام إرادة المتعاقدين في تقريرهم وتقديرهم للتعويض المتفق عليه.

غير أنه لضرورات أملتها العدالة فقد يتدخل القاضي في تعديل التعويض الإتفاقي سواء بالزيادة أو النقصان، حالة ما إذا خرج هذا التعويض الإتفاقي عن وظيفته التعويضية نضرا للمغالاة من قبل الأطراف المتعاقدة في تقدير التعويض سواء بالتشديد في إقرار التعويض يصل لدرجة العقوبة أين قد يتجاوز قيمة العقد ككل أو إلى حد الإعفاء من المسؤولية مما قد يوقع أحد الأطراف في الإجحاف، فقد يأخذ الدائن مبلغ يفوق الضرر الذي أصيب به، مما يدخل هذا التعويض في دائرة الإثراء بلا سبب، أو يصبح أداة للتهرب من المسؤولية، مما نكون أمام وضع تغيب فيه العدالة الأمر الذي أدى بالتشريع إلى إقرار تدخل القاضي لتعديل التعويض الإتفاقي لتحقيق التوازن بين الأداءات ومواجهة كافة أشكال التعسف والاستغلال[101].

2- تفسير الشك في العقود: كما يتدخل القاضي عند تفسير الشك والذي سبق وأن واستعرضناه، فيعتبر أحد الأدوار المنوطة للقاضي القيام بها فيفسر الشك عند التعرف على الإرادة الحقيقية يكون في الإطار الذي

يحقق مصلحة المدين ولو لم تتجه إرادته إلى ذلك، أما بخصوص عقود الإذعان فيكون تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أم مدينا ولو خالف ذلك إرادته الحقيقية، وتماشيا مع روح سلطان الإرادة وما يتضمنه من مبادئ قيد المشرع القاضي عند تفسيره للعقد من خلال عدم انحرافه عن المعنى الذي تدل عليه العبارات الواضحة بحجة تفسيرها، كما يتقيد القاضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بمعنى البحث عن إرادتهما الحقيقية، أو أن يطبق القاعدة التي نصت عليها المادة 1/112 بأن يؤول الشك في مصلحة المدين لأن الأصل هو براءة ذمة المدين من أي التزام، على عكس عقود الإذعان التي يفسر فيها الشك لمصلحة الطرف المذعن[102].

وتجد هذه القاعدة مبرراتها في الخروج عن القواعد العامة في إحقاق العدالة خاصة ما تعلق بعقود الإذعان التي يتصور فيها غياب التوازن الاقتصادي بين أطراف العلاقة، مما يخلق طرف ضعيف في مواجهة طرف قوي اقتصاديا.

الخاتمـــــــة:

من دراستنا للعقود المدنية وتنظيمها القانوني وكيف أثرت التحولات الاقتصادية والاجتماعية على هذه العقود أين عرف ظهور عدد ضخم من العقود الجديدة استجابة للتطورات السالفة الذكر، وبالإضافة لظهور عدد كبير من التشريعات الخاصة التي جاءت معالجة لأوضاع معينة من خلال محاولتها حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية المتطورة ومحاولتها تحقيق التوازن العقدي عن طريق ما تهدف إليه من تحقيق المساواة الفعلية وإقامة العدالة العقدية، ورغم ما حملته هذه التشريعات الخاصة من حلول غير أنها تظل حماية جزئية في ظل تجاهل المشرع في إعادة النظر في النظرية العامة للعقد من خلال التجديد والإصلاح، فلا يمكن للمشرع أن يتدخل في كل مرة بواسطة القوانين الخاصة عند معالجته للعقود المدنية تكون أحكامها مخالفة للنظرية العامة للعقد ومبادئها التقليدية، وإلا هذا ما يساهم بالحكم بالموت على هذه النظرية حالة عدم المسارعة إلى إصلاحها وتجديدها خاصة في ظل استعداد الفقهاء في الجزائر خوض غمار هذا التحدي وأيضا من خلال الندوات والملتقيات المكثفة التي انعقدت في هذا الإطار والتي أجمع الكل على ضرورة التعجيل بتعديل القانون المدني بما يلائم ويتماشى مع خصوصية وطبيعته المجتمع الجزائري.

<u>الاقتراحات والتوصيات</u>: من خلال هذه الدراسة وما تم استعراضه فيها نوصي بما يلي:

-تعزيز وتفعيل مختلف الآليات التي جاءت في النظرية التقليدية لنظرية العقد، وضرورة الاعتراف بتدخل كل من المشرع والقضاء في العقد وإن كان يجب إحاطة وتقييد هذا التدخل بتنظيم قانوني دون ترك هذه التدخل مطلقا دون ضبط وإلا كنا أمام تدخل وتقييد مطلق لإرادة الأطراف المتعاقدة وهذا ما يشكل تهديد وخطر على قدرة الإرادة في إنشاء وإدارة العلاقة التعاقدية، ضف إلى ذلك كما سبق ذكره دمج مختلف الآليات المستحدثة في التشريعات الخاصة ضمن القواعد العامة للعقد، لبعث الحيوية في قانون العقود وإزالة الجمود الذي كان يعتريه وليصبح مواكبا لمستجدات العصر وإلا أي فائدة من وجود هذا القانون وما يحمله من نظريات ومبادئ إذا كان غير قادر على مواكبة المشكلات وحلها.

1- بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، ج 2، دار هومة، 2014، ص 673.

2- محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الإمارات، 2012، ص 285.

[3] - نفس المرجع، ص 256.

4 - عليان عدة، مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 03، سبتمبر 2013، ص 140.

5 -PAGNERRE (Y), L'extinction unilatérale des engagements, LGDJ, Paris, 2012, p 50.

أنظر أيضا: د.علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد -، ط3، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 54 وما بعدها.

[6] - المرجع نفسه، ص 139.

"لقد أخذت قوة الإلزام في العقد تُبنى فيها على التضامن الاجتماعي أكثر مما تقوم على إرادة الفرد"، أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، مج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 127.

[7] - كمفهوم الفعالية التعاقدية والأمن القانوني والحرية التعاقدية.

8 - واقع يشهد تزايد كبير في دور الإرادة المنفردة في السياق التعاقدي، أنظر: جاك غاستان، (ترجمة منصور القاضي)، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط 2، 2008، ص 193-194.

"وقد كانت هذه التطورات سببا في تغلغل وانتشار المبادئ الاشتراكية، مما ساهم في تغير وظيفة الدولة من جانبين: أولاهما أنها أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي عن طريق تسييره أو توجيهه مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد وذلك بتقييد إرادتهما وحريتهما التعاقدية من عدة جوانب، فالعقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه، بل قد تتخلى الدولة عن فكرة العقد تماما. وتمثل الجانب الثاني في تكفل الدولة واهتمامها بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا، مما جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعة جماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يُعتبر مجرد شأن للمتعاقدين يهم المجتمع ككل، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الاجتماعية، وأداة لتحقيق النفع العام"، أنظر: عليان عدة، المرجع السابق، ص 139-140.

[9]- ROUBIER (P), théorie générale du droit 2eme éd. siry 195, p 227.

[10] - في عهد القانون الكنسي، كان المتعاقد ملزم باحترام العقد الذي أبرمه خاصة إذا أقسم على ذلك، ويعدّ عدم الوفاء بالعهد خطيئة يعاقب عليها. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 154.

[11] - ATIAS (C), (dir. Jamin C), qu'est-ce qu'un contrat, *droit et économie des contrats, LGDJ, éd. Alpha, liban, 2009, p 10.*

12- AMRANI MEKKI (S), La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Defernois 2003, p. 369, p 370. V. aussi: JOHANNES (B), Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel, RIDC, Vol. 13 N°1, Janvier-mars 1961. pp. 18-53.

«**pacta sunt servanda**»، "تُبرم العقود لكي تُراعى"، هي عبارة لاتينية مشهورة تلخص وجوب احترام الاتفاقات المبرمة، أي أن أطراف العقد أصبحوا مرتبطين بالعقد المُبرم، وعليهم تنفيذ الالتزامات الناتجة عنه. وهو في الحقيقة مبدأ معروف في النظرية العامة للالتزامات، كما هو معروف أيضا في القانون الدولي العام، وله قيمة دستورية أيضا من خلال القرار رقم : 308-92 المؤرخ في 09 أفريل 1992، الذي صدر عن المجلس الدستوري الفرنسي. أنظر أيضا: جاك غستان، (ترجمة منصور القاضي)، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 229.

JOHANNES (B), Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel, RIDC, Vol. 13 N°1, Janvier-mars 1961, -13 op. cit., p 21.

أنظر أيضا: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 155-156.

[14]- نفس المرجع، ص 154.

15 - عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 23.

- تقررت الحرية التعاقدية في ظل تقديس العقد من أجل الدخول فيه لا من أجل الخروج منه، أنظر:

- AMRANI MEKKI (S), ip-cit, p 370.

[16]- عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 34.

[17]- يعدّ العقد في بعده الموضوعي مالا من أموال المشروع، كما أصبح بالإمكان تغيير شخص المتعاقد في العقد والاعتراف بحوالة الحق والدين، وهو ما فتح الباب أمام تطور تدخل الإرادة المنفردة في السياق التعاقدي عبر التطبيقات الكثيرة في القانون. أنظر، د.علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 38.

[18]- "العقد في المفهوم التقليدي بوصفه ناتجا عن إرادة الأفراد الحرة فقط، جعل البعض يلتمس تسمية (انتكاس العقد) عندما بدأ ظهور العقد الموضوعي الذي هو ليس خلقا جديدا من قبل الأفراد بل هو العقد منذ القدم، ولكنه أخذ يخضع لمقتضيات النظام العام. أنظر: محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الإمارات، 2012، ص 246 وما بعدها.

[19]- "تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعة جماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأنا للمتعاقدين دون غيرهم يهمّ المجتمع، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الاجتماعية، وأداة لتحقيق النفع العام، وهذا ما يسمى "بجميعة العقد (Socialisation du contrat)"، أنظر: علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد -، ط3، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 56.

[20]- "تأثرت نظرية العقد من المهام الجديدة للدولة، فاهتمام الدولة بالميدان الاقتصادي عن طريق تسييره أو توجيهه جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد، وذلك بتقييد إرادتهما من عدة جوانب. وعبّر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة بـ: (عيممة العقد Publicisation du contrat)، أي أن العقد الذي كان يجسّد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة"، أنظر: علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 55.

- من مظاهر التحول نحو الموضوعية إعطاء القاضي والمشرع دورا كبيرا في المجال التعاقدي تجسيدا لموضوعية العلاقة التعاقدية، أنظر:

- THIERRY (R), dir. Christophe (J), Mazeaud (D), La nouvelle crise du contrat - Objectivation ou Subjectivation du contrat, quelle nature juridique ?, D., 2003., p 92.

CORGAS-BERNARD (C), La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, CUJAS, Paris 2, 2012., pp 90-91.- 21

[22]- Ibid., p 91.

[23]- Ibid, p 92.

[24]- جاك غستان، (ترجمة منصور القاضي)، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 188.

25– يعد الفقيه "Ghestin" من أشد المهتمين بموضوع تعريف العقد، حيث تناوله بالتفصيل في مقال بعنوان "**فكرة العقد**"، وقد أشار فيه إلى مسألة "**معيار توافق الإرادات**، بحيث أشار إلى أن اعتبار توافق الإرادات كمعيار للعقد لا يعني بالضرورة اعتناق مبدأ سلطان الإرادة، فإذا كان هذا الأخير قد تراجع بشكل كبير، فإن العقد قد عرف حيوية كبيرة في السنوات القليلة الماضية"، أنظر: شوقي بناسي، قانون العقود، دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل)، والفقه الإسلامي، ج 1، عموميات في العقد، بيت الأفكار، 2023، ص 209.

[26]- نفس المرجع، ص 228. أنظر أيضا:علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 32.

[27]- Ghestin (J), « le contrat en tant qu'échange économique », REI vol. 92, 2eme et 3eme trimestres, 2000, p 84.

[28]- Ibid, p 88.

[29]- غستان، (ترجمة منصور القاضي)، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 231.

[30]- Ghestin (J), op. cit., p 90.

[31]- Ibid, p 90.

[32]- "لواجب التعاون دور مزدوج يكمن في تكيف العقد مع هدفه الاقتصادي من جهة، ويكيفه مع الضرورة القانونية والأمن والاستقامة وفعالية المعاملات من جهة أخرى، كما أن مرونة واجب التعاون تجعل منه عنصر رئيس في تطور العقد وتكيفه مع الحاجيات الاقتصادية والاجتماعية"، أنظر: عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 224. أنظر أيضا:

33- ROCHFELD (J), Les droits potestatifs accordés par le contrat, LGDJ, Mélanges offerts à Ghestin (J), 2001, p 756.., p *171*.

[34]- يعبر "مصطلح "فعالية" في هذا المجال عن مدى تحقّق الكلام المُعطى من طرف المتعاقدين والذي يجب احترامه وتنفيذة في جو من الثقة المتبادلة. أنظر:

- Rochfeld (J), op. cit., p 185-186.

35- PIERRE (L), Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme, pré. Sandrine Chassagnard-Pinet, éd. mare et martin, Paris, 2014., op. cit., p 282.

[36]- "لقد جرى في دائرة القانون التعبير عن الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال اعتناق مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن الإنسان لا يلتزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها، فالإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات وهي التي تنشأ الالتزام وتحدد مضمونه وتكسبه قوته الإلزامية"، أنظر: عليان عدة، المرجع السابق، ص 137.

[37]- كانت "المدرسة اللاتينية أول من تأثر بالنزعة الذاتية المتشبعة بروح الحرية الفردية منذ أواخر القرن الثامن عشر، ولذلك كان طبيعيا أن تتأثر القوانين اللاتينية بهذا الاتجاه الفلسفي، وأن يكون الأساس الذي يستند إليه العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ هو مبدأ سلطان الإرادة. فالتصرف القانوني حسب هذه النزعة إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، كما أن العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني"، أنظر : عبد الحميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، الجزائر، 1997، ص 4.

[38]- "فالشخص يتمتع بحرية التعاقد أو عدم التعاقد، وإذا أراد ذلك فإن له حرية اختيار من يتعاقد معه وحرية اختيار شروط العقد، والشخص العاقل الذي يتمتع بالحرية والمساواة مع شريكه ويسعى إلى تحقيق مصلحته لا تتجه إرادته إلى ما يلحق به الضرر، وإنما تتجه دائما نحو ما يحقّق العدالة لعلاقته العقدية"، أنظر: نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2003، ص 41.

[39]- عليان عدة، المرجع السابق، ص 137. أنظر أيضا: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص153. تمثل الحرية التعاقدية من حيث الجوهر قدرة الإرادة على تحديد مضمون الالتزامات التعاقدية وترتيب الآثار القانونية المختلفة ما دامت لا تخالف النظام العام والآداب، وتمثل الحرية التعاقدية من حيث الشكل، حق الإرادة في أن تختار طريقة التعبير التي تراها مناسبة دون إلزامها بإفراغ ذلك التعبير في شكل خاص، أنظر: سعيد عبد السلام، الإجبار القانوني على التعاقد، م م، العددان الأول والثاني، يناير وفبراير، السنة الثامنة والستون، ص 81-82.

[40]- "حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صونا للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضدّ صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعدّدة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي ينبغي أن يملكها كل شخص فضلا عن كونها وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان الدائن بها أو بأدائها"، (حكم المحكمة الدستورية العليا – في القضية رقم 176 لسنة 21 قضائية "دستورية" – جلسة 8 فيفري 2004 – ج ر، ع 10 تابع (أ) في 04 مارس 2004، مجلة هيئة قضايا الدولة، سن 48، ع 3، يوليو – سبتمبر 2004، ص 133)، ذكره في الهامش: عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 20.

[41] - أنظر: د. محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 32.

[42]- "العقد بصفة عامة مجال محروس لا يمكن أن تطاله يد القاضي بالتعديل أو التغيير بحجة العدالة أو الإنصاف، وهذه قاعدة كانت من المسلمات في ظل القواعد التقليدية للقانون المدني، إلا أنها لم تعد كذلك في ظل التطورات التي أسلفناها، إذ أن التشريعات في حدّ ذاتها لم تعد تتشبث بقدسية العقود، هذه الأخيرة التي لم تعد تستند فقط على مبدأ سلطان الإرادة في مفهومه التقليدي، بل أضحت تحكمها مبادئ أخرى، كالمنفعة الاجتماعية، والعدالة القانونية، وحسن النية، ومتطلبات الصالح العام، هذه الأسس الجديدة للتعاقد التي ترمي إلى تحقيق العدالة والإنصاف"، أنظر: عبد الهادي نجار، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه، المغرب، 2009-2010، ص 9-10.

[43] - Mekki (M), op. cit., p 162.

[44]- THIBIERGE-GUELFUCCI (C), Libre propos sur la transformation du droit des contrats, RTD civ., 1997, p 376

[45] -PAGNERRE (Y), op. cit., p 50.

- "نعم لفعالية العقد عندما يشمل في نفس الوقت معطيات الأمن والحرية، وهذا أفضل توجيه من أجل تجديد مفهوم القوة الملزمة للعقد". أنظر:

- MESTRE (J), "Rapport de synth.", in l'efficacité du contrat, LARDEUX (G (dir), D., 2011, p 92.

[46] - THIBIERGE-GUELFUCCI (C), op. cit., p 366.

[47]- وهذا على خلاف القضاء الجزائري الذي ما زال لحدّ الآن يتقيّد بحرفية النصوص القانونية وهو ما يصعب من مهمة الانسجام مع المتغيرات المتسارعة في الواقع المعاش.

[48]- القرار الشهير المعروف بقرار (**arrêt dit Tocqueville**) الصادر في **1998**، حيث يظهر من قراءة تلك القرارات اتجاه محكمة النقض الفرنسية إلى ربط جسامة سلوك المدين بالعقد ومدى تأثير تلك الجسامة على نجاح العلاقة العقدية.

- Cass, 1re civ, 13 octobre 1998, Bull. Civ. 1, n° 300.

[49]- THIBIERGE-GUELFUCCI (C), op. cit., p 367.

[50]- مبدأ حسن النية متعلق بكل مراحل العقد سواء تعلق الأمر بتكوينه أو تنفيذه وتحديد مضمونه، وهو ما يضمن فعالية واستمرار العلاقة العقدية، أنظر:

- Lavefve Laborderie (A), Pérennité du contrat, LGDJ, 2005, p 407.

الهوامش والإحالات:

[52] – محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس، الرباط المغرب، 1983، ص1.

53أنظر محمد شيلح، المرجع السابق، ص ص91 إلى 97.

54نجية معداوي، تحديد مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد العاشر، قسنطينة الجزائر، 2016، ص115.

55عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الأول –نظرية العقد، الطبعة الرابعة، دار الأمان، الرباط المغرب، 2014، ص ص315 إلى 317.

56علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الخامسة، 2003، ص ص98–99.

57عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة ثالثة 2000، ص706.

58عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص690. وأيضا عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1982، ص364.

59عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص670.

60فصل عبد الرزاق السنهوري حالة كون عبارات العقد غير واضحة أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص675 إلى686.

61عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص365.

62عبد المنعم فرج الصده،المرجع السابق، ص365.

63الخلف العام هو كل من يخلف سلفه في كل ذمته أو جزء منه.

64الخلف الخاص هو كل من يتلقى من سلفه حقا معينا كان قائما في ذمة هذا السلف.

65الدائن وهو الطرف المقابل للمدين والذي يتأثر بالعقود التي يبرمها المدين أو أي تصرف يقوم به فأي من هذه التصرفات تؤثر على الضمان العام والني نصت عليه المادة 188 مدني بأن جميع أموال المدين ضامن للوفاء بديونه.

66أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص88.

67العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1995، ص ص45–46. أيضا محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون (المدخل إلى القانون–نظرية الالتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2002، ص200.

68علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص11–12.

69العربي بلحاج، المرجع السابق، ص46.

70جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، جامعة البليدة 02 الجزائر، ص223.

71جمعة زمام، المرجع السابق، ص ص37–39.

72إدريس العلوي العبد لاوي، مظاهر حماية القانون لكل من الإرادة والنظام العام في التصرف القانوني، مجلة أكاديمية المملكة المغربية، العدد 24، المغرب، 2007، ص181.

73فوزي أكريم، نظرية لعقد، محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق طنجة المغرب، 2019، ص28.

74فصل في هذا الأمر فوزي أكريم، المرجع السابق، ص37.

75محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص231.

76فوزي أكريم، المرجع السابق، ص42.

77حمزة بن خدة، قراءة في أهم مستجدات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، العدد 11 سبتمبر 2018، ص437.

78أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية –لمحات في بعض المستجدات، مجلة الحقوق بجامعة الكويت، عدد خاص أبحاث المؤتمر السنوي الرابع "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، المنعقد بـــ 9/10 مايو 2017، ملحق خاص العدد 2 نوفمبر 2017، ص305.

79أشرف جابر، المرجع السابق، ص305.

80 H.BATTIFOL, La crise du contrat et sa portée, archives de philosophie du droit, t 13, p.13.

81خديجة فاضل، عيممة العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتورة، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2016.

82ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 30 العدد 3، الجزائر، ص80.

83لخضر حليس، التنظيم القانوني للعقود المدنية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 1 العدد 1، جامعة مولاي الطاهر سعيدة الجزائر، ص82.

84لخضر حليس، التنظيم القانوني للعقود المدنية، المرجع السابق، ص97.

85ذهبية حامق، المرجع السابق، ص81.

86لخضر حليس، جميعة وعيممة العقد، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المجلد 12 العدد 1، جامعة يحيى فارس المدية الجزائر، ص492.

87أحمد بعجي، المرجع السابق، ص239.

88جمعة زمام، المرجع السابق، ص227.

89أحمد بعجي، المرجع السابق، ص240.

90فصل في هذه الشروط أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1983، ص204.

91أنور سلطان، المرجع السابق، ص210.

92للمزيد أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص202.

93شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتورة، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزائر، 2016/2015، ص545.

94محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد التاسع/ جوان 2013، ص 69.

95بلال عثماني، القاضي طرف جديد في العقد المدني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13– العدد 01، جامعة عبد الرحمان ميرة– بجاية الجزائر، 2017، ص431.

96بلال عثماني، المرجع السابق، ص432.

97بلال عثماني، المرجع السابق، ص434.

98أحمد بعجي، من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول العدد 14، جامعة الجزائر 1 الجزائر، ص234.

99أحمد بعجي، المرجع السابق، ص236.

100أنظر في شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ص717–724.

101أنظر بالتفصيل: سارة علي السمامعة، الحد من تغول مبدأ سلطان الإرادة لأطراف العقد في القانون المدني الأردني، مذكرة ماجستير تخصص قانون مدني، جامعة اليرموك، كلية الحقوق، 2018/2017، ص86.

102علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص102–103.

د. لشهب نادية ليلى . أستاذة مؤقتة – كلية الحقوق – جامعة الجزائر 1

Email : lechehebnadiadroit@gmail.com

ضمن الملتقى الوطني الموسوم بـ:تطور قانون العقود: واقع وتحديات

عنوان المداخلة: قانون العقود والذكاء الاصطناعي: رؤى وتحديات مستقبلية

الملخص:

شهد مؤخرا قانون العقود تأثرا كبيرا بالذكاء الاصطناعي بشكل مباشر أو غير مباشر، فلقد ساهم هذا الأخير بشكل كبير في تطور العقود من العقود التقليدية إلى العقود الالكترونية وخاصة منها العقود الذكية والذي يشهد لها العالم عامة والوطن العربي خاصة تطورا ملحوظا خاصة في مجال المعاملات العقدية والتصرفات التجارية.

فلقد ظهر ما يعرف بتقنية البلوك تشين أو ما يعرف بسلسلة الكتل ، والتي ساهمت في تغيير عدة مفاهيم عن التعاقد على العموم والتعاقد الالكتروني بالخصوص.

Abstract :

Recently, the Contracts Law witnessed a great impact on the intelligence, directly or indirectly, as this has contributed greatly to the development of contracts from traditional contracts to the contracts of i for electronic, especially smart contracts, which the world witnesses in general and the Arab world in particular, a remarkable development, especially in the field of contractual transactions and commercial actions .

مقدمة:

يعد قانون الالتزامات والعقود أو القانون المدني أبرز فروع القانون الخاص وترجع تسميته إلى القانون الروماني الذي كان يحكم مواطني مدينة روما وقد كان يشمل قوانين العلاقات الخاصة بين الأفراد، ومع مرور الزمن انسلخت منه العديد من فروع القانون مثل القانون التجاري والعقاري والبحري والجوي وقانون العمل

ويعرف القانون المدني بأنه القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة سواء بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة، وبذلك يمثل الشريعة العامة لباقي القوانين إذ غالبا ما تستمد منه فروع القانون الأخرى مفاهيمها أو القواعد العامة التي تحكم العلاقات الخاصة فيما بين الأفراد ما لم يحكمها نص قانوني في فرع آخر تأسيسا على قاعدة "الخاص يقيد العام" كما هو الحال مثلا في القانون التجاري أو قانون العمل.

كما تعمل قواعد القانون المدني على معالجة الحقوق الخاصة بين الأفراد مثل أهلية الأشخاص، الذمة المالية، العقود وغيرها أمثلة كثيرة، فالقانون بصفة عامة يضع التزامات على الغير وبالمقابل حقوقا على البعض الأخر، وهو ما يعرف قانون الالتزاماتوالعقود.

وبغض النظر عن نشأة قانون العقود والتي مرت بعدة مراحل، نجده اليوم في مواجهة التطور ليس مقارنة مع أغلب التشريعات المقارنة وهذا فيما يتعلق بقانون العقود الجزائري، بل أصبح الأمر يتعدى ذلك إلى أبعد حدود، فنجده اليوم يقف في مواجهة التطور الرهيب في علوم التقنيات وبالخصوص الذكاء الاصطناعي.

فيفي السابق واجه قانون العقود بعض المشكلات في مواجهة أو تفسير بعض العلاقات العقدية في ظل ظروف خاصة فيما يتعلق بمحل الالتزامات والحقوق في بعض العقود نذكر على سبيل المثال العقود التي تبرم بصفة الكترونية، بالمقابل ونظرا للتطور الكبير في مجال العالم الافتراضي، بقي قانون العقود يحكم فيها بقوانين كانت قد صدرت في وقت لا يماثل وقتنا الحالي، فلقد شهد هذا الجانب تطور في شتى المجالات وخاصة منها فيما يتعلق بالمعاملات الالكترونية ، والتي بدورها تطورت بشكل سريع خاصة بعد جائحة كورونا فنجد في المقابل أن قانون العقود لم يتغير في أحكامه إلا في بعض الحالات خاصة في التشريع الجزائري.

ولعل الإشكال الذي يطرح الآن ليس مقارنة تطور قانون العقود الجزائري مقارنة بالقوانين الأخرى، وإنما هل يمكن لقانون العقود بضبط أحكام وشروط العقود التي ستبرم مستقبلا في ظل تطور الذكاء الاصطناعي؟

نشهد الآن تطور رهيب في مجال العقود، فلقد كنا سابقا نبرم عقود ما بين شخصين إما طبيعي أو معنوي في ظل قوانين خاصة تحكم هذه العلاقة، وحسب الرؤية المستقبلية لتطور الذكاء الاصطناعي فإننا سنصل يوما ما إلى أبعد من هذا حيث أننا سنصل في يوم من الأيام إلى إبرام عقود مع آلة (إنسان آلي)، فكيف سنكيف هذه العقود أو بالأحرى كيف سنكيف هذه الرابطة العقدية التي تجمعنا؟ وكيف ستكون آثارها بالنسبة للمتعاقدين والغير؟

من هنا وللإجابة على التساؤل المطروح وجب علينا التطرق لبعض التحليل الذي يشمل علاقة الذكاء الاصطناعي ودوره في تطوير قانون العقود مرورا بمفهومه وبعض النماذج عنه في مجال المعاملات العقدية، وكيف سيؤثر على القانون في المستقبل بدأ من النظرة الحالية له وصولا إلى النظرية المستقبلية.

سنقسم المداخلة إلى محورين:

المحور الأول: الذكاء الاصطناعي وقانون العقود مفاهيم في تطور مستمر

المحور الثاني: آثار الذكاء الاصطناعي على قانون العقود.

المحور الأول:الذكاء الاصطناعي وقانون العقود. مفهوم واسع وتطور مستمر

العلاقة بين العلم وما يفرزه من تقدم تقني الكتروني وبين القانون وقواعده المنظمة للمجتمع علاقة قوية وراسخة، أقامت قدراً من الترابط والتعاون الوثيق بينهما، فكلاهما يؤثر في الآخر ويتأثر به، وظهر لنا نتيجة هذا الترابط بين العلم والقانون ما يمكن تسميته بالقانون العلمي أو قانون العلم، الذي يهتم بمتابعة التطورات العلمية الحديثة، ويستجيب لمتطلباتها وما تحتاجه من أنظمة قانونية وتنظيمية مستحدثة، أو تطوير القائم منها لمواكبة هذه التطورات.

ولا يقتصر القانون على مسايرة أثار التقدم التقني الايجابية المفيدة للمجتمع وأفراده، وإنما أيضاً لضبط آثاره السلبية وكبح جماحه البحثي. والتقدم العلمي والتقني ضرورة ملحة في عصرنا الحالي لتقديم الحلول التي يحتاجها القانون لتنظيم المجتمع وما ينشأ داخله من علاقات قانونية واجتماعية واقتصادية لتحقيق التقدم والرفاهية لأفراده.

ومن أبرز ما قدمه التقدم العلمي والتقني في عصرنا الحالي في نطاق القانون بصفة عامة ونظرية العقد بصفة خاصة،هو استخدام الطرق والوسائل التكنولوجية المتقدمة لإبرام العقود والتصرفات القانونية وإثباتها فأوجد بذلك، إلى جانب العقود في صورتها التقليدية المعتادة ، العقود الالكترونية التي تقوم إلى حد ما على أئتمته وتلقائية إبرامها وتوثيقها وإثباتها . ولم يقف التقدم التقني عند ذلك ، وإنما افرز لنا، مع بداية القرن الحالي مزيداً من الآلية في إبرام العقود والتصرفات القانونية وإثباتها وتنفيذها باستخدام الذكاء الاصطناعي الذي يقوم على إكساب الأجهزة والآلات الصماء الذكاء البشري، ومن ثم إمكان قيامها بإبرام العقود والتصرفات والأعمال القانونية المختلفة، وذلك من خلال ما يسمى بالعقد الذكي . Smart Contract وينصب هذا البحث على بيان دور التقدم التقني والذكاء الاصطناعي في تطوير القواعد القانونية المنظمة لإبرام العقود والتصرفات القانونية.

ولتوضيح الفكرة سنتطرق إلى تبيان ارتباط قانون العقود (أولا) بالذكاء الاصطناعي (ثانيا).

أولا: قانون العقود

يعتبر القانون المدني عبارة عن قواعد ملزمة لسلوك الأشخاص تكون مقرونة بالجزاء من أجل فرض احترامها،وتنظيم الحقوق والواجبات في المجتمع، ومن هنا تبرز الصلة بين الحق والقانون ولما كان القانون المدني ينطبق على الحياة الفردية للشخص.

كما ينظمه باعتباره عضوا في الأسرة فقد جرت العادة على تقسيم القانون المدني إلى قسمين :قانون الالتزامات و العقود وقانون الأسرة.

وما يهمنا نحن في هذا الصدد هو قانون الالتزامات و العقود، فهو الذي ينظم العلاقات المالية للفرد والتي تدخل ضمن نطاق نظرية الالتزام، مع العلم أن القانون المدني يضم في مضمونه تنظيم الروابط القانونية وكذلك الحقوق العامة كالحق في الحياة والكرامة والاعتبار، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن القانون المدني لا ينظم سوى العلاقات المالية، فكما هو معلوم أن القانون المدني هو قانون الأموال والأشخاص، فقالون الالتزامات والعقود ينظم الحقوق المالية فهو يحدد معنى المال وبيان الحقوق المالية المختلفة وأسباب اكتسابها والسلطات التي تكفلها لصاحبها وطرق تداولها وأسباب زوالها إلى غير ذلك ، فقانون الالتزامات والعقود هو الأصل العام للقانون المدني وهو نص أساسي في المنظومة التشريعية الوطنية وقد تأثر بالتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي شهدتها البلاد.

ثانيا: الذكاء الاصطناعي

نسمع اليوم كثيرا عن مصطلح الذكاء الاصناعي، وأغلبنا يربطه بالخيال العلمي، لكن في الحقيقة الذكاء الاصطناعي ليس مقتصرا على الربوتات، بل يدخل في عديد من التطبيقات التي نستخدمها كل يوم دون أن نشعر، ويرمز للذكاء الاصطناعي بـ " A.I" اختصارا لـ " Artificial intelligence" ويعرف بأكثر من تعريف، منها:

- يعد الذكاء الاصطناعي فرعا من فروع علم الحاسوب التي تعنى بخلق آلات وأجهزة ذكية.

- ويعرف أيضا بأنه محاكاة الدماغ البشري في القيام ببعض وظائفه المعقدة مثل: التعلم والتخطيط، وتمييز الكلام، وحل المشكلات، والتفكير العقلي والمنطقي.

-هو علم اختراع الآلات والبرامج الحاسوبية التي تتصف بالذكاء.

- أيضا هو قدرة الآلات والحواسيب الرقمية على القيام بمهام معينة تحاكي وتشابه تلك التي تقوم بها الكائنات الذكية، ويهدف الذكاء الاصطناعي للوصول إى أنظمة تتمتع بالذكاء وتتصرف على النحو الذي يتصرف به البشر من حيث التعلم والفهم.

ويسمح الذكاء الاصطناعي لجهاز الحاسوب أن يفكر ويتصرف، ويستجيب كما لو أنه إنسان،ويمكن تزويد أجهزة الحاسوب بكميات هائلة من المعلومات والبيانات، ليتم تدريبها على تحديد الأنماط الموجودة فيها، فتصبح قادرة بعد ذلك على إنتاج تنبؤات وحل المشكلات، وحتى التعلم من أخطائها[1].

بالإضافة إلى البيانات، يستخدم الذكاؤ الاصطناعي عددا من الخوارزميات، وهي عبارة عن مجموعة من التعليمات والخطوات البرمجية، التي يجب اتباعها بالترتيب الصحيح لإكمال مهمة معينة.

ولعلى خير دليل على تطوره المستمر هو ما لحضناه مؤخرا من خلال ابتكار موقع يعمل بالذكاء الاصطناعي وهو ما يعرف بـ: chatGPT وهو نموذج لغة chatbot يعتمد على لغة Generativepre-Training، وهو نموذج لغوي مدرب مسبقا على قاعدة بيانات كبيرة النصوص.

وتعتمد دردشة GPT على خوارزمية التحويل التوليدي Transformer. GPT والتي تم تطويرها في مجال الإعلام الآلي، فهي تسمح بإنشاء نص بشكل مستقل بناءا على نموذج تم تدريبه مسبقا "PRE-TRAINED" [2]هذا يعني أن CHATGPT قد تم تدريبه على كميات كبيرة من البيانات النصية قبل بدء البث

---

[1] – تقرير لقناة BBC NEWS عربي، الذكاء الاصطناعي: هل هو خطير، وما هي الوظائف التي يهددها؟ منشور على الموقع: https://www.bbc.com/arabic/science-and-tech-65905663

[2] – شات جي بي تي CHAT GPT، تعريفه، مفهومه، خصائصه منشور على موقع ويكيبيديا : https://ar.wikipedia.org/wiki/

المباشر، مما يسمح له بفهم وإعادة إنتاج اللغة البشرية بدقة تامة وبسرعة فائقة، وتم تصميم تقنية دردشة GPT من طرف شركة OpenAI، وهي منظمة بحثية مستقلة أسسها Elon Musk متخصصة في الذكاء الاصطناعي.

أُطلق نموذجٌ أوليّ من شات جي بي تي في 30 نوفمبر 2022، وسرعان ما حظي بالاهتمام لردوده التفصيلية والإجابات المفصلة في عديد من مجالات المعرفة.

هذا البوت قادر على إجراء محادثات بالعديد من اللغات، ويستخدم كتطبيق دردشة على عدة منصات، بالإضافة إلى استخدامه على موقع الويب، ويتوفر هذا التطبيق على نظام Android ويمكن استخدامه لنشر الرسائل على Discover وهو قادر على التعامل مع الاستفسارات باللغة الإنجليزية، ولغات أخرى من بينها العربية لكن ليس بقوة الإنجليزية بالنسبة لهذه الأخيرة[3].

ليس هذا فقط، بل وصل الذكاء الاصطناعي اليوم إلى أبعد من ذلك إذ أصبح يقدم خدمات تقنية عوض العنصر البشري من بينها إبرام عقود الكترونية، آداء مهام الكترونية كبناء خوارزميات لبرامج الهواتف النقالة، أيضا إعطاء أوامر البرمجة الجاهزة لإنشاء مواقع الكترونية، إعداد قصص تحاكي الواقع أو للأطفال بمجرد ضغطة زر ، وكذا أداء مهام الكتابة هن طريق الاستماع للصوت فقط وخير دليل على ذلك كتابة مداخلتنا هذه والتي تمت عن طريق الذكاء الاصطناعي بالاعتماد على برنامج google docs الذي يحتوي على خاصية تعمل بالذكاء الاصطناعي عليه وهي خاصية تسجيل الصوت وتحويله لكتابة Voice typing

منه نرى أن الذكاء الاصطناعي نشهد له يوميا تطور يدهشنا في شتى المجالات، ما يطرح التساؤل عن مدى مساهمته في تطور العلم والعالم عامة والقانون خاصة على حد سواء، وعن مدى منافعه ومخاطر في المقابل؟

المحور الثاني: تأثير الذكاء الاصطناعي على قانون العقود

لتبيان تأثير الذكاء الاصطناعي على قانون العقود وجب التطرق إلى الجانب المحدد في مداخلتنا هذه الذي يؤثر فيه بشكل خاص، ونجده في موضوعنا هذا في تأثير الذكاء الاصطناعي فيكيفيةإبرام العقد، والقانون الذي يحكم مثل هكذا تصرفات، فسنأخذ على سبيل المثال العقود الالكترونية الذكية العقود التي أصبحت تبرم الآن في وقتنا الحالي عبر نظام (Block chain)، وأخذ العمل بها في العديد من دول العالم كالولايات المتحدة الأمريكية، فرنسا من جهة، ومن جهة أخرى نجد بعض الدول العربية

[3] – نفس المرجع

كالكويت والإمارات العربية المتحدة قد أخذت بالعمل بهذا النظام.

أولا : مفهوم تقنية (Block chain)

أحدث الذكاء الاصطناعي أصداء مهمة في جميع أنحاء العالم، وأحدث كذلك هزة فى المجال القانوني، أدت إلى تحول كبير في تقديم الخدمات القانونية، ومنها إبرام العقود التجارية الإلكترونية، التي كانت شبكة الإنترنت الحالية تعد هي الوسيلة الرئيسة لإبرامها. وكذلك أدى الذكاء الاصطناعي، والتطور الهائل في مجال الإنترنت إلى ظهور ما يسمي بتقنية (Block chain) ، والتي يمكن من خلالها تبادل المعلومات، وإبرام العقود بنظام أمان وخصوصية أعلى، وكذلك إبرام العقود التجارية دون الحاجة إلى مؤسسات وسيطة. وتعد تقنية (Block chain) إحدى التقنيات التي بدأت تحدث تغييرا كبيرا في شكل مستقبل الإنترنت، حيث ساعدت على تطويع التقنيات التكنولوجية لإجراء المعاملات الإلكترونية بوسائل أكثر سهولةً وأمانًا من جانب، ومن جانب آخر ساعدت على زيادة الفرص الاقتصادية لجميع القطاعات داخل العديد من الدول، ومنها الكويت والإمارات على سبيل المثال، الأمر الذي يساعد على تعزيز سمعتهم الدولية كدول رائدة عالميا في مجال التقنية، ولتصبح كذلك رائدة في مجال الاقتصاد الذكي الذي يدعم زيادة الأعمال والقدرات التنافسية العالمية. وقد أحدثت تقنية (Blockchain) ففرات كبيرة في مجال إبرام العقود، حيث برز لنا ما يسمى بالعقود الذكية، وهي العقود التي يتم إبرامها عبر تقنية (البلوك تشين)[4]، والتي أصبحت تشكل تحديا جديدا لمنظومة العقود التقليدية، حيث إنها عقود تتم دون تدخل أي عنصر بشري، وهو الأمر الذي ساعد على دخول الذكاء الاصطناعيفي مجال إبرام هذا النوع من العقود، في صورة ما يسمي بالوكيل الذكي. وتقنية الوكيل الذكي تعد إحدى ثمرات الأبحاث في مجال الذكاء الاصطناعي، والذي يعد مزيجا من برامج تقنية المعلومات والذكاء الاصطناعي، والذي يتطلع القائمون عليه إلى تطويره ليصبح قادرا على الاتصال مع المستخدمين، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر.

فالوكيل الذكي هو عبارة عن كائن يستطيع إدراك البيئة (Environment) التي يكون موجودا فيها،

---

[4] - أحمد الدبوسى، دور الذكاء الاصطناعي في ابرام العقود التجارية من خلال تقنية (BLOCK CHAIN) الكويت والامارات نموذجا،قسم القانون التجاري والبحري - كلية القانون - الجامعة الأمريكية فى الإمارات، مداخلة في المؤتمر العلمي السنوي الدولي التاسع بعنوان: قضايا قانونية مستجدة: مراجعة علمية للتحديات العلمية التي تواجه الدولة المعاصرة، 3-4 ماي 2023، المنعقد بكلية القانون الكويتية العالمية.

https://kilaw.edu.kw/annualConference/research/the-role-of-artificial-intelligence-in-concluding-commercial-contracts-through-technology-block-chain-kuwait-and-uae-model/?lang=ar

وذلك عبر المستشعرات (Sensors) التي يمتلكها هذا الكائن، ومن ثم يستطيع التجاوب معها بواسطة آليات التنفيذ، أو الجوارح والشكل. ويتمتع الوكيل الذكي في إبرام العقود الذكية بصفات، منها الاستقلالية في العمل، والقدرة على التواصل مع غيره، والمساعدة، والمبادرة في إبرام العقود وتنفيذها دون الرجوع إلى مستخدمه في كل مرة،

وتعد البلوك تشين إحدى التقنيات التي بدأت تحدث تغيرا كبيرا في شكل مستقبل الانترنت، حيث تقوم على إجراء المعاملات الإلكترونية بوسائل أكثر سهولة وأمان من جانب، ومن جانب آخر تساعد على زيادة الفرص الاقتصادية لجميع القطاعات ،

ونجد بعض الأمثلة في الدول العربية وخاصة دولتي الكويت والإمارات العربية المتحدة، حيث تملك إمارة دبي على سبيل المثال رؤية كاملة عن تطبيق تقنية البلوك تشين في القطاعات المختلفة بالإمارة مما يعزز سمعة دبي كمدينة رائدة في مجال الاقتصاد الذكي الذي يدعم زيادة الأعمال والقدرات التنافسية العالميةوكان من نتائج ذلك قيام وزارة الموارد البشرية والتوطين في دولة الإمارات العربية المتحدة بحملة للترويج لـ 10 مهن مستقبلية ضمن تقنية البلوك تشين الالكترونية، حيث دعت الوزارة المواطنين الشباب للسعي لامتهان وظائف جديدة من أهمها، خبير أمن سيبراني، ومطور بلوك تشين، ومطور ذكاء اصطناعي، ووكيل ذكي[5].

وقد أحدثت تقنية البلوك تشين طفرات كبيرة في مجال ابرام العقود، حيث برز ما يسمى بالعقود الذكية التي أصبحت تشكل تحديا جديدا لمنظومة العقود التقليدية، فإذا كان العقد في مفهومه التقليدي يبرم بين شخصين، فإن الأمر يختلف في نطاق العقود التجارية الذكية والتي تتم بطريقة إلكترونية دون تدخل أي عنصر بشري، الأمر الذي أدى إلى ظهور ما يسمى بتقنية الوكيل الذكي في إبرام العقود التجارية الذكية والتي تتم عبر التقنية السالفة الذكر.

وتقنية الوكيل الذكي تعد إحدى ثمرات البحوث في مجال الذكاء الاصطناعي الذي يعد مزيجا من برامج تقنية المعلومات والذكاء الاصطناعي الذي يتطلع القائمون عليها إلى تطويره، ليصبح قادرا على الاتصال مع المستخدمين، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، ومن ثم تنقضي مشكلة استغلال الوكيل للأصيل، نظرا لما توفره تقنية الوكيل الذكي من شفافية في المعلومات، وعدم إمكان التلاعب بهذه المعلومات أو التعديل عليها.

ومن ثم فإن هذا الأمر قد يثير العديد من المشكلات القانونية: كيف يمكن للذكاء الاصطناعي

[5] – راجع في ذلك موقع وزارة الموارد البشرية والتوطين. https://www.mohre.gov.ae/ar/contact-us.aspx

القيام بدور الوكيل في إبرام العقود التجارية المبرمة عبر(Block chain) ؟ وما الأساس القانوني لنفاذ تصرفات الوكيل الذكي في العقود التجارية الذكية في مواجهة مستخدمه؟ وما مصير العقود التجارية التي يبرمها الوكيل الذكي عبر تقنية(Block chain) ؟ وهل الوكيل الذكي مجرد أداة اتصال لا تتمتع بالشخصية القانونية؟ أم يمكن منحه الشخصية القانونية؟ هل يمكن الاعتراف لتقنية الوكيل الذكي، في إبرام العقود التجارية الذكية، بالشخصية القانونية المستقلة عن مستخدمه؟

هنا تكمن أهمية الدور الذي يلعبه قانون العقود بالسعي إلى إبرازه لمواجهة هذه التحديات القانونية المتطورة، والمتمثلة في منح الصفة القانونية لآلة الكترونية تقوم بمهام التعاقد عوض أشخاص طبيعيين، وكيفية التكييف القانوني لهذه التصرفات.

ثانيا: تحديات قانون العقود في إصدار الأطر القانونية المواجهة لتطور الذكاء الاصطناعي

من بين هذه التحديات التأصيل القانوني لتأثير تقنية البلوك تشين على العقود،

تعتبر العقود التجارية الذكية أحد الاستخدامات الناتجة عن استخدام تكنولوجيا البلوك تشين، وقد عرف جانب من الفقه[6] تقنيه البلوك تشين بأنها سلسله الكتل، فهي قاعدة بيانات مفتوحة المصدر تعتمد على معادلات رياضية وعلم التشفير لتسجيل أية معلومات أو أية معاملة أو صفقة أو معلومة كالمعاملات النقدية أو نقل البضائع ومعلومات عامة فتقنيه البلوك تشين تعد منصة يتجسد فيها اكبر سجل رقمي موزع ومفتوح يمكن من خلاله تخزين أكبر قدر من المعاملات في دفتر أو عدة قاعدة بيانات غير مركزية[7].

وتتميز قاعدة بيانات البلوك تشين بأنها قاعدة بيانات مفتوحة المصدر للجميع وذلك لمراقبة تطورها وتوثيق المعلومات الواردة فيها، كما أنها غير قابلة للاختراق وغير قابلة للتعدين بأي حال من الأحوال، ومن ثم فإذا تمت المعاملة فإنه لا يمكن تغييرها أو العودة عنها،

لذلك لم يعد هناك احتياج إلى الثقة من طرف ثالث أو العودة إليه من اجل إتمام المعاملات بين الأفراد والأكثر من ذلك لم يعد يشترط علم الأفراد بعضهم ببعض من الأساس، فتقنيه البلوك تشين كما

---

[6] – مصطفى النمر، بلوك تشين – نحو آفاق جديدة للحوكمة، المعهد المصري للدراسات، تقرير 15 نوفمبر 2017، ص3، منشور على الرابط :http://bit.ly/3igl9D7

[7] – إيهاب خليفة، البلوك تشين، الثورة التكنولوجية القادمة في عالم الأعمال والإدارة، أوراق أكاديمية، مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، أبو ظبي، العدد 3، مارس 2018، ص1.

ذهب الكثير من الفقه[8] تستغني عن فكره البساطة في التعامل وفكرة غير مؤتمن سواء كان بنكا أم موثقا أم إدارة وإلى غير ذلك من صور،

فبفضل تقنيه التشفير التي توفرها تقنيه البلوك تشين يستطيع كل مستخدم الاطلاع على قاعدة البيانات الخاصة به مع تحقيق درجة عالية من الأمان حيث يعد من أهم خصائص تقنيه البلوك تشين كوسيلة لإنجاز المعاملات والتصرفات أنها لا تقبل التغيير أو التعديل أو التحريف من جانب ومن جانب آخر تعد وسيله مفتوحة ومتاحة للجامعة بالإضافة إلى طبيعتها اللامركزية[9]،

وتكتسب صحة المعاملات التي تتم عبر تقنيه البلوك تشين عن طريق تخزينها في قاعدة البيانات تلقائيا عن طريق العقد الرئيسي في الشبكة وباستخدام شفره معينه لكل معاملة يتم تخزينها في قاعدة البيانات من دون حاجه إلى شخص وسيط أو ضغطة بسيطة أو طرف.

وفي حاله وجود بعض الأعطال في العقل المركزي للشبكة أو أن تكون تعرضت لاختراق أو هجوم الكتروني فإن الشبكة قادرة على تصحيح نفسها والتأكد من صحة المعاملات وحماية بياناتها السابقة عن طريق معادله آلية رياضية تسمى إثبات العمل (proof of work)[10] ، مما يجعل تدخل الإنسان أمرا ليس احتياجا على الإطلاق، وفي عام 2013 تم استخدام تكنولوجيا البلوك تشين من أجل إلغاء الاحتياج إلى الطرف الثالث وتكمن فكرة استخدام التكنولوجيا في توثيق المعلومات بين الأطراف داخل قاعدة البيانات وهي مفتوحة للإطلاع عليها وذلك من خلال حلول العقود التجارية الذكية محل الطرف الثالث، ويكون ذلك من خلال توثيق امتلاك الشخص الأول للشيء محل البيع عن طريق مراجعة دفتر العقود المسجل في البلوك تشين ثم تقوم بالتحقق من امتلاك الطرف الثاني للقيمة المطلوبة للشيء محل البيع ثم يوثق نقل الملكية من الطرف الأول إلى الطرف الثاني في دفتر العقود المحدث بالصناعة بإعتماد تكنولوجيا البلوك تشين[11]،

فمنصة البلوك تشين تلعب دور الوسيط لتوثيق العقود التجارية الذكية المبرمة حيث تحل محل الوسطاء التقليديين كالبنوك في إطار عمليه تحويل الأموال أو إدارة الشهر العقاري في تسجيل الممتلكات ومحل السماسرة في عمليه البيع والإيجار وتحل أيضا محل الوسطاء الالكترونيين في تقديم الخدمات مثال ذلك شركه أوبر uber ،وذلك لصالح وسيط حديث يتمثل في ملايين المستعملين الموجودين في

---

[8] - thibault Douville et thibault Verbiest, Blockchain et tiers de confiance :incompatibilité ou complémentarité, Recueil Dlloz, Paris, 2018, p1144.

[9] - Yves Moreau, Enjeux de la technologie de Blockchain, Recueil Dalloz, paris, 2016, p185.

[10] - marc pilkington, Blockchain Technologu, Principales and Applications, Research Handbook on Digital Transformations, edited by F.Xavier Olleros and Majilinda zhegu, Edward Elgar, 2016, p66 Retrieved from: http://bit.ly/3hJbCqb.

[11] – مصطفى النمر، مرجع سابق، ص 4.

مختلف دول العالم الذين يستخدمون تقنيه البلوك تشين ويستفيدون من العائد المادي الذي كان يجنيه الوسيط التقليدي[12].

فعلى سبيل المثال إذا رغب أحد الأفراد في شراء عقار من آخر فانه يمكنه الاستعانة بتقنيات البلوك تشين وذلك بالدخول عبر السجل الخاص بالعقار المراد شرائه باعتبار أن جميع الأفراد قاموا بتسجيل ممتلكاتهم عليه بصوره علنية وواضحة أمام الجميع في هذه المنصة ومن ثم يقوم بشراء العقار الذي يرغب في الحصول عليه وهنا تتيح تقنيه البلوك تشين متابعه جميع التحركات التي مر بها العقل للتحقق من ملكيته وتاريخ انتقاله من مالك إلى أخر حتى وصوله إلى يد المالك الأخير مع الإشارة إلى أن هذه المعاملة التي تتم عبر تقنيه البلوك تشين تظهر للجامعة وهذا الأمر يغني بالمستقبل عن أيه حاجة إلى استقصاء أو توثيق هذه المعاملة عن طريق إدارة الشهر العقاري يضاف إلى ذلك أنه يتم توثيق هذه العملية التي تتم داخل البلوك تشين من جانب ملايين المشاركين في هذه الشبكة[13].

فهذه الأخيرة استطاعت أن تخلق تكنولوجيا يمكن من خلالها التواصل مباشر مع أكبر عدد من الأشخاص مع ضمان عدم تكرار المعلومات أو القدرة على اختراق الشبكة ويرجع ذلك إلى قدره البلوك تشين على إلغاء الطرف الثالث المركزي من المعادلة التي كانت تحتاجه الوسائل التكنولوجية قبل وجود البلوك تشين.

حيث كانت تحتاج هذه الوسائل إلى طرف ثالث يتم استخدامه كما كان لتخزين المعلومات المتعلقة بالشبكة مثال ذلك إذا كانت الدولة في احتياج لوضع بيانات مواطنها على شبكه معلومات واحده فان المعلومات سيتم تخزينها لدى أجهزة الدولة أما في حاله استخدام تقنيه البلوك تشين فإن البيانات التي سيتم تخزينها لن تكون لدى جهاز الدولة وإنما تكون موجودة على دفتر بيانات يوجد منه نسخه مع جميع المواطنين مما يجعل التلاعب بالبيانات الموجودة في هذا الدفتر أمرا شبه مستحيل حيث يتطلب الأمر اختراق دفتر البيانات الموجود لدى جميع المواطنين في اللحظة نفسها واستبداله بالدفتر الجديد المتلاعب به.

[12] - Mustapha Mekki, Les mysteres de la blockchain, Recueil Dalloz, paris, 2017, p2161.

[13] – معمر بن طرية، العقود الذكية المدمجة في البلوك تشين: أي تحديات لمنظومة العقد حاليا؟ بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي الدولي السادس لكلية القانون الكويتية العالمية (المستجدات القانونية المعاصرة 1-2 مايو 2019) مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد الرابع، الجزء الأول، ص 480.

وبذلك يمكن تخزين المعلومات الخاصة بالمواطنين دون الاحتياج إلى طرف ثالث يمكن التلاعب بالمعلومات الموجودة لديه[14]، الهدف الرئيسي للبلوك تشين هو تسيير المعاملات بطريقه تكون أكثر أمانا وأقل تكلفة وأسرع وقتا.

وبناء على ما سبق يمكننا تفعيل العقود الذكية لتوثيق حقوق الملكية وتسهيل تسجيل الخدمات في تقنيه البلوك تشين بحيث يمكننا تحويل آليات إبرام وتوثيق العقود التجارية إلى شكل آلي من دون احتياج إلى طرف بشري أو موظف حكومي لإنهاء الخدمات المتعلقة بإبرام وتوثيق العقود.

ثالثا: التكييف القانوني لتأثير سلسله البلوك تشين على العقود

إن تحديد مدى المصداقية لمفهوم العقد بالمعنى القانوني على التعاملات التي تبنى على تقنيه البلوك تشين يوجب البحث في مدى توافق المفهوم التعريف لهذه التعاملات مع مفهوم العقد المعتمد ضمن نظريه العقد التقليدية الأمر الذي يوجب تلمس حقيقتها وتوصيفها لكونها إجراء أم عقد؟ وطبيعة التوصيف القانوني للبعد الإجرائي فيها؟

فلقد انقسم الفقه إلى قسمين القسم الأول يضفي صفه العقد على التصرفات المبنية على سلسله الكتل وسماه بالعقد الذكي، والقسم الثاني ميز بين صفة العقد عنها وعن العقود الأخرى ،ومن ضمن القسم الأول الفقيه الفرنسي بلونودرو والذي اعتبره عقدا مدمجا في منصة البلوك تشين وهذا بمجرد احتوائه على شروط عقديه، في حين اعتبر كل من مصطفى مكي وكريستوفر رواد أن ما يطلق عليه تسميه العقود الذكية لا ترقى إلى مستوى العقد فهي برنامج معلوماتي يرافق عقدا مبرما سابقا وهو الاتجاه الغالب في الفقه الأمريكي على أساس أن العقد الذكي هو تكنولوجيا معلومات أو دعامة معلوماتية تسعى لعصرنة العقود الكلاسيكية الوضع، ولعل اختلاف التعريف والوصف أدى إلى الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية لهذا المسمى وهذا بدوره يعود إلى أن من قام بتعريف العقد الذكي أولا هم المبرمجون ورجال الإعلام الآلي فهو لا يعدو سوى تسميه تجميلية للبرنامج القائم في سلسله البلوك تشين على حد قول البعض،

[14] – مصطفى النمر، مرجع سابق، ص 5–6.

خاتمة:

من خلال كل ما سبق تناوله في هذه المداخلة ، نرى بأن قانون العقود لا يقف أمام تحديات التي تواجهه أمام التطور السريع في القوانين المقارنة، بل يتعدى هذا التحدي إلى ضرورة مواكبة التطور الهائل في المجال المعلوماتي وتطور المعاملات العقدية في هذا الفضاء، إذ يستوجب من كل الفاعلين في المجال القانوني مواكبة هذا التطور الهائل ودعم قانون العقود بترسانة من القوانين التي تحكم هكذا معاملات ،

عليه، ومما سبق يمكن القول أننا نشهد اليوم تعاظم النقاش ◻ول التأ ◻يل القانوني لمسألة الذكاء الا ◻طناعي ودورها في إبرام العقود،فلقد أ ◻بح الآن من الضرورة إيجاد ◻لول وقواعد مؤطرة ت ◻اغ بنفس السرعة التي يتم فيها ابتكار ◻لول تكنولوجية تعتمد الخوارزميات في ت ◻ميمها، وهو ما يستدعي استنهاض جهود القانونيين والمهتمين بالذكاء الا ◻طناعي والسعي قدما نحو مسايرة النمو السريع في استعمالات الذكاء الا ◻طناعي ◻تى لا يبقى التأطير القانوني متخلفا عن ركب التطور التكنولوجي وتابعا له فقط، بل ينبغي أن يتجاوز الانفعال إلى المسايرة والاستباق،لأجل هذا الغرض لابد أن نسترشد بثلاثة أمور أساسية:

1 - ضرورة التفاعل مع التطور التكنولوجي والذكاء الا ◻طناعي البناء والنقدي بدل الانفعال وإبداء القلق تجاه هذه التقنية.

2– ضرورة تحديد مفهوم قانوني محدد للعقود الذكية وتحديد طبيعتها القانونية بشكل واضح يرفع أي لبس أو غموض.

3 – ضبط قوانين وضعية مسايرة للتطور السريع للذكاء الا ◻طناعي و◻انية لمعالجة الأخطار التي قد يواجهها الفرد والمجتمع على ◻د سواء.

4 - إيجاد قواعد وقيم أخلاقية ◻لبة كفيلة بضمان سلامة استخدامات أنظمة الذكاء الإ ◻طناعي.

5 - العمل على بناء الثقة العامة لدى المجتمع عبر الإشراف والرقابة المؤسسين والمستقلين.