جامعة ابن خلدون تيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التدخل التشريعي في العقود و أثره على سلطان الإرادة

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث
تخصص القانون الخاص

إعداد الطالبة:
مختارية شيباني

تحت إشراف:
أ.د/ علي فتاك

أعضاء لجنة المناقشة:

بخالد عجالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	رئيسا
عـــلي فتـاك	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مشرفا ومقررا
أحمـد شامي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	ممتحنا
قديري محمد توفيق	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تيارت	ممتحنا
سمير شيهاني	أستاذ التعليم العالي	جامعة البويرة	ممتحنا
عبد القادر علاق	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيسمسيلت	ممتحنا

السنة الجامعية 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكـر

أولا أشكر الله وأحمده لأن وفقني لهذا البحث العلمي، وسخر لي من الناس من جاد بالخير وساعدني في أصعب الظروف...ولو بالكلمة الطيبة..

أشكر الأستاذ **الدكتورعلي فتاك** المشرف على هذه الأطروحة على كل التوجيهات والنصائح القيمة التي أفادني بها والتي كان لها الأثر البالغ في مساري العلمي.

أشكر أخي وساعدي **الدكتورعبد الاله شيباني** على مساعدته وارشاداته.

أشكر الاستاذ **الدكتورعجالي خالد** على التوجيهات القيمة الي أفادني بها في هذا المسار العلمي.

كما أشكر الأستاذ الدكتور **بوسماحة الشيخ** على المساعدات القيمة التي أفادني بها في هذه الأطروحة.

أشكر الدكتورة **فاطيمة نساخ** من جامعة الجزائر 1على المساعدة القيمة التي أفادتني بها.

كما أتقدم بجزيل الشكر الى الدكتورة **أسماء سعيداني** من جامعة الجزائر1 على مساعدتها لي كما أشكرها على تواضعها ومساعدتها لكل الأساتذة الباحثين.. وأسأل الله أن يزيدها من فضله ويقدرها لفعل الخير.

الى كل من ساهم في اخراج هذا البحث العلمي إلى الوجود.

إهـــداء

إلى روح والدتي الغالية...رحمها الله وجعلها في عليين..

وجعلها ممن يرثون الجنان ويبشرون بروح وريحان..

إلى والدي الغالي شفاه الله ورعاه وأمده بالصحة والعافية.

إلى جميع أفراد أسرتي فردا فردا كلا باسمه ووسمه .

إلى كل من يحب العلم ويقدر الأستاذ الباحث.

إلى كل من اصطفاه الله لحب الخير ...

قائمة المختصرات

أولا : باللغة العربية

ص: صفحة

ف: فقرة

ع: العدد

ج ر: الجريدة الرسمية

ق م: القانون المدني

م ق: المجلة القضائية

ن ق: نشرة القضاة

غ م: الغرفة المدنية

ثانيا: باللغة الفرنسية:

P : page

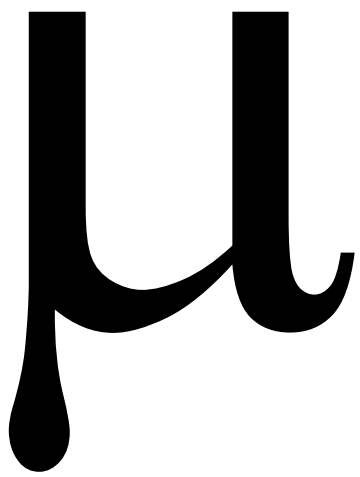
O p. cit : opére citatis (ouvrage déjacité)

N : numéro

Art : article

Cass .civ : arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation

RTDC : revue trimestrielle de droit civil



مقدمة:

لمّا كان الإنسان اجتماعي بطبعه لا يستطيع العيش خارج الجماعة فإنه لا بدّ أن يدخل في علاقات مع غيره لإشباع حاجاته اليومية من بيع وشراء وتأجير وتشغيل وتأمين وإعارة وتمليك...الخ، ولا ريب أن الفرد عندما يتعامل مع غيره لتحقيق حاجاته اليومية إنّما يكون ذلك عن طريق العقد[1] باعتباره الأداة الفعّالة وبامتياز لتحقيق تبادل الثروات، كما أنّه يظهر كتقنية حصرية وأحد الآليات الأساسية في النشاط الاقتصادي.

قام العقد حقبة من الزمن على مبدأ سلطان الإرادة، والذي يعني أن للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد آثاره بل وفي جميع الرّوابط ولو كانت غير تعاقدية[2] ولا يَحُد من هذه الإرادة وهذا السلطان سوى فكرة النظام العام والآداب العامة[3]، وترجع الجذور التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة إلى الأفكار الفلسفية والاقتصادية التي نادى بها أصحاب المذهب الفردي خلال القرن السابع عشر، حيث مجّدوا الفرد واعتبروا أنه حرّ في الالتزام بالشروط التي رضي بها حرّا ومختارا، فكل التزام لا بدّ أن يكون أساسه الرّضا والاختيار، وهو ما يتماشى مع القانون الطبيعي[4].

---

[1]- علي فيصل علي الصّديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص19.

[2]- عبد الرّزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1995، ص86.

[3]- يقصد بالنظام العام في هذه الفقرة النظام العام بمفهومه التقليدي أو ما يعرف بالنظام العام السياسي، وهي مسائل تتعلق عادة بالأمن العام والسكينة العامة، ويجمع الفقه على أنّ مجاله يشمل ثلاثة مجالات رئيسية تتمثل في حماية الدّولة والعائلة والآداب العامة، حيث تعد القواعد التي تتعلق بحماية الدّولة والنظام فيها من النظام العام، كالقواعد المتعلقة بالهيئات العمومية والسلطات في الدولة والحقوق والحريات العامة، وتعد هذه المسائل ضمن قواعد القانون العام، كالقانون الدستوري وقانون العقوبات...الخ، حيث تُعد هذه القواعد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها وانتهاكها يترتب عليه بطلان العقد، كما تشمل قواعد النظام العام التقليدي القواعد المتعلقة بالأسرة، كروابط الأحوال الشخصية والحالة المدنية، الأهلية والحقوق والواجبات المتعلقة بالشخص وأسرته وكذلك بعض المعاملات المالية للأسرة كالنفقة والميراث والهبة التي تعد من النظام العام ومخالفة قواعدها يرتب البطلان.

أمّا بالنسبة للآداب العامة فقد أثارت جدلا فقهيا حول التمييز بينها وبين النظام العام، فهناك من الفقهاء من يميّز بينهما وهناك من يعتبرهما وجهان لفكرة واحدة، ونحن نؤيد الرأي الأخير الذي يرى أن الآداب العامة لا تعد سوى جانب خلقي لفكرة النظام العام، وتتعلق عادة بالعلاقات الجنسية والكسب غير المشروع كالقمار والرّهان والتعامل في الأعضاء البشرية...الخ، ويترتب على مخالفة هذه القواعد البطلان المطلق، يراجع في هذه المسألة منصف بوعريوة، "الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 52.

[4]- عبد الرزّاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 1995، ص 86.

روّج لهذه الأفكار الفلسفية الفيلسوف الألماني " **كانت Kant** " [1]، والتي مفادها أنّ للفرد حقوقا طبيعية منذ ولادته، منها حرّيته الشخصية ووجوب احترامها، لذلك يجب أن تكون هذه الإرادة محل حماية من طرف المشرع بحيث تعلو على مصلحة المجموع، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون[2]، كما قام مبدأ سلطان الإرادة على أفكار اقتصادية ترتكز على حرّية الملكية باعتبارها حقا طبيعيا يتمتّع به الأفراد، وحرّية السوق التي يجب أن تخضع لمبدأ العرض والطلب، وهذه المبادئ يقوم عليها المجتمع الليبيرالي[3].

صاحب هذه النظريات نظريات أخرى فلسفية وسياسية حمل لوائها روسو (**Rousseau**) في كتابه المشهور **العقد الاجتماعي** الذي اعتبر أنّ حرّية الفرد هي الأساس الذي يقوم عليه تفكير ذلك العصر مما ساهم في ميلاد مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ يحكم العقود، حيث تلقت الثورة الفرنسية هذه الأفكار وقامت عليها سنة 1789، مما أسال الحبر لدى المشرعين آنذاك[4]، فظهرت بصمات هذه الأفكار في التقنين المدني الفرنسي الذي سمي بقانون نابليون، حيث كرّس الحرية العقدية في نطاق المادة 1134[5].

انبثق عن مبدأ حرّية التعاقد المبدأ الشهير **"دعه يعمل دعه يمرّ"** الذي يجسّد فلسفة الحرية الاقتصادية ويعني ضمنيا دعه يتعاقد بلا قيود تشجيعا للانتعاش الاقتصادي، فالإرادة وحدها التي يجب أن تهيمن في مجال العقود، ولا يمكن أن يلتزم الشخص من الخارج أي خارج إرادته، فلا المشرع ولا القاضي يمكنه أن يلزم الأفراد بما يخالف إرادتهم[6].

كرّس التقنين المدني الفرنسي مبدأ سلطان الإرادة بموجب قانون نابليون الصادر سنة 1804، والذي كان له الأثر البالغ في قوانين العديد من الدّول العربية كالجزائر ومصر، وغيرها من الدّول حيث استقت منه أغلب قواعد القانون المدني، نظرا للجاذبية التي اكتسبها والصياغة الفنية الدّقيقة التي يتمتع بها التي

---

[1]-" kant" من أشهر فلاسفة الحرّية الألمان و أوّل من أطلق عبارة مبدأ سلطان الإرادة كأساس فلسفي للعلاقات بين الأفراد، إذ يعتبر أن العقد أعلى مرتبة من التشريع، يراجع في هذا الخصوص، محمّد صديق محمد عبد الله، الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، طبعة 2012، ص 155.

[2]- أحمد عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص86.

[3]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، طبعة سنة 2013، ص51.

[4]- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد 1، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص 156.

[5]- جاءت صياغة المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي في لفظها الأصلي كما يلي:

« Les conventions l'également formées, tous qui a été convention lieu de loi a ceux qui les ont faites »

إلا أنها ألغيت بموجب التعديل الذي مسّ قانون العقود والالتزامات سنة 2016 بموجب الأمر 2016-131 وتم صياغة مضمونها في المادة 1103 والمادة 1194.

[6]- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ص157.

جعلت من قواعده ثابتة ومستقرة لأكثر من مئتي سنة، ولقد تأثر المشرع الجزائري بهذا القانون في نطاق المادة 106 من القانون المدني الجزائري حيث كرّس مبدأ سلطان الإرادة[1].

يعترف مبدأ سلطان الإرادة بالحرية الواسعة للأفراد في تكوين العقد من حيث الشكل الذي تظهر فيه، فيتم العقد بمجرد أن يتطابق الايجاب مع القبول دون اشتراط شكل معين وهو الأصل العام[2]، أما من حيث الموضوع فتطبق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أي أنّ الإرادة قادرة على انشاء التصرفات القانونية ولو لم يكن القانون قد تولى تنظيمها، كما أنها قادرة على تغيير وتعديل آثار التصرف القانوني الذي تصدى له القانون بالتنظيم[3].

بعد الازدهار الذي حققه مبدأ سلطان الإرادة خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بفعل العوامل الاقتصادية التي أدّت إلى انتشار روح الفردية، قامت الصناعات الكبرى وتأسست الشركات الضخمة، وأصبح العقد هو الوسيلة التي يستطيع بها أصحاب المصانع أن يستخدموا العمال في تشغيل مصانعهم مع شيوع القول في هذه الفترة أن العقد هو الصورة المثالية للعدل، **وأن من قال عقدا قال عدلا**[4]، فكان التعاقد على أساس حرية الإرادة وأنه من غير الممكن أن يتعاقد الشخص بما يخالف مصلحته، فأصبح العقد يتم بين أطراف غير متكافئة في القوة الاقتصادية، طرف قوي وطرف ضعيف يضطر إلى التعاقد بدافع الحاجة ولو بشروط مجحفة، هذا ما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية، وانتقد أصحابها المذهب الفردي القائم على أساس مبدأ سلطان الإرادة نقدا لاذعا، وبالغوا في نقده إلى حدّ رفضه جملة واحدة، هذا ما جعل الدكتور عبد الرزاق السنهوري يقول :" أنه إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف تبيّن لنا أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام، فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنّما تحدّدها المصلحة العامة لا إرادة الفرد، أمّا العقد الاجتماعي الذي نادى به المذهب الفردي فقد أصبح نظرية عتيقة مجهورة"[5].

---

[1]- تنص المادة 106 من القانون المدني على ما يلي: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"، تقابلها المادة 147 من القانون المدني المصري والمادة 147 ف 1 من القانون المدني الليبي، والمادة 146 ف1 من القانون المدني العراقي، والمادة 148 ف1 من القانون المدني السوري.

[2]- وهو ما نصّت عليه المادة 59 من القانون المدني، كما يلي: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الاخلال بالنصوص القانونية".

[3]- لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2015-2016، ص 6.

[4]- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1984، ص 164.

[5]- أحمد عبد الرزاق السنهوري...، الوسيط، المرجع السابق، ص160.

إنّ الفقه الحديث يسلم بدور الإرادة في نشأة العقد وتحديد محتواه لكن يجيز في الوقت نفسه للمشرع وللقاضي أن يتدخلا في تحديد مضمون العقد في ظل تغير البيئة العقدية، فقد ظهرت عقود غير مألوفة في النظرية التقليدية للعقد[1]، كما أنّ المساواة المجرّدة التي كرّسها المذهب الفردي لم تعد تحتوي على فعاليتها في ظل اختلال التوازن بين الأطراف المتعاقدة، لذلك لابد من إقامة المساواة الفعلية بين الأطراف المتعاقدة بتوجيه الإرادة عن طريق آلية النظام العام الاقتصادي بشقيه التوجيهي و الحمائي.

من أجل التكيف مع هذه التحولات التي عرفها العالم مع بداية القرن العشرين ساهم الاجتهاد القضائي الفرنسي في صنع العديد من القواعد القانونية من أجل تطويع نصوص التقنين المدني الفرنسي مع الظواهر العقدية المستحدثة، ولا نبالغ إذا قلنا أن التقنين المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 يعتبر من أشهر انجازات نابليون وانتصاراته، والذي كانت جل قواعده مستنبطة من الفقه المالكي[2]، مما أكسبه قوة وشهرة عالمية، حتى أن الدّكتور عبد الرزاق السنهوري كان يقول عبارة تكررت كثيرا في كتاباته: " **أن نابليون كان يمشي إلى المعارك بأمرين التقنين المدني الفرنسي في يمينه ومدفع في يساره، لذلك فإنّه حتى ولو هزم في الحرب إلاّ أن انتصاره يبقى في مجال التشريع**".

فعلى الرّغم من الجاذبية التي يتمتع بها التقنين المدني الفرنسي وثبات قواعده وقدرتها على التكيف مع المستجدات إلاّ أنه خضع لإصلاحات جوهرية وجذرية مسّت الجزء المهم والأخطر وهو نظرية الالتزام، والحقيقة أن هذا التعديل كان لأمرين لتأكيد جاذبية هذا التقنين وتحقيق الأمان القانوني[3].

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإن تداعيات التطور الاقتصادي والاجتماعي أدّى إلى ظهور تفاوت في المراكز القانونية بين الأطراف المتعاقدة نتيجة لوجود طرف قوي اقتصاديا وطرف ضعيف قد يتعاقد تحت ضغط الحاجة، إن القانون المدني الجزائري ومنذ صدوره سنة 1975[4] اهتم بحماية الطرف الضعيف[5]، إلاّ أن ذلك لم يكن بصفة رئيسية وموسّعة نظرا لاعتناق المشرع لمبدأ سلطان الإرادة في

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 57.

[2]- للوقوف على مدى تأثر القانون المدني الفرنسي بالفقه المالكي والأدلة الراجحة في ذلك ، يراجع حمزة بن خدة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، العقد نموذجا، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان-، السنة الجامعية: 2016-2017.

[3]- محاضرة على شبكة الانترنت للدكتور وائل بندق، تتضمن تعديلات القانون المدني الفرنسي، المحاضرة الثانية متوافرة على الرابط الالكتروني: https://www.youtube.com/watch?v=TK7SJFNo8PQ تم الاطلاع بتاريخ 2021/03/07.

[4]- بموجب الأمر 75-58، المؤرخ في 1975/09/26 (ج ر، الصادرة بتاريخ: 1975/09/30، ع 78)، المعدّل و المتمم.

[5]- بموجب العديد من النصوص القانونية، ومنها على سبيل المثال عيب الاستغلال الذي كرّسه المشرع بموجب المادة 90 من ق م و جعله عيبا يعيب الرّضا ويجعل العقد قابلا للإبطال، كما أن حماية الطرف المذعن أولى لها المشرع أهمية ضمن المادة 110 من ق.م، فيما يتعلق بالشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الاذعان، حيث أجاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها.

التعاقد، فالعبرة كانت بالمساواة المجردة وليس بالمساواة الفعلية، فكانت هذه الحماية غير كافية، هذا ما جعل المشرع يلجأ إلى اصدار العقود المتخصصة والمنفصلة عن قواعد القانون المدني كعقد الاستهلاك وعقد التأمين وغيرها من العقود، ولم يسعى إلى تعديل القانون المدني بما يتلاءم مع هذه التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

إن العقود الخاصة تتميّز بخاصية احتوائها على القواعد الآمرة هذا ما جعل التدخل التشريعي يؤثر على الحرّية العقدية التي كرّسها القانون المدني، مما أثار الجدل بين الفقهاء وأصبح الحديث عن **"أزمة العقد"**، أي أن الحرّية العقدية كأساس للعقد ضمن النظرية التقليدية للعقد لم تعد قادرة على الانسجام والتلاؤم والمواءمة مع هذه التحولات الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية التي يشهدها العالم، بل قد أطلق عليها البعض في إطار الدّراسات القانونية التي ناقشت هذا التحول في نظرية العقد **"النظرية التقليدية للعقد حقيقة أما خيال"**[1]، ولقد مسّت هذه الأزمة العقد في مبادئه وتصوّراته.

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن تنامي ظاهرة اصدار العقود المتخصصة على حساب النظرية التقليدية للعقد ما هو إلاّ ضرورة للتكيف مع هذه المستجدات في البيئة العقدية، انطلاقا من أن كل تطور إجتماعي لا بد أن يلحقه تطور قانوني، وعليه فإن التدخل التشريعي في العقود عن طريق آلية النظام العام الاقتصادي بشقيه التوجيهي والحمائي لتوجيه الإرادة، لم يدخل العقد في أزمة[2].

إنّ أهمية الدّراسة جاءت نظرا لما يحتله العقد من أهمية بارزة في حياة الأفراد، باعتباره الوسيلة والأداة الفعالة في عملية التبادل الاقتصادي، كما أنّه يعتبر العمود الفقري في نظرية الالتزام وأهم مصادره، وانطلاقا من أنّ الثابت في النظرية التقليدية للعقد هو أن العقد يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة أو الحرية العقدية، فإننا سنحاول من خلال هذه الدراسة الوصول إلى حدود تتمتع الإرادة بسلطانها في تكوين العقد وتحديد آثاره، في ظل هذه التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الرّاهنة، كما أننا نحاول بيان حقيقة وجود المبادئ التقليدية للعقد، **حرّية التعاقد، والأثر النسبي للعقد والقوة الملزمة للعقد**، المكرّسة ضمن قواعد القانون المدني أم أنها أصبحت مجرد حبر على ورق.

تتجلى أهمية هذه الدّراسة في الوصول أيضا إلى حقيقة التدخل التشريعي في العقود، الذي برّره المشرع بأنه يهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، واعادة التوازن العقدي، أم أن هناك

[1] -Eric Savaux, la théorie générale du contrat, mythe ou réalité, L. GDJ, 1997.

[2] - لخضر حليس، مكانة الإرادة،...، المرجع السابق، ص10.

وجها آخر لهذا التدخل التشريعي في العقود، في ظل انتهاج الدّولة الجزائرية لاقتصاد السوق[1]، وتوجه المشرع الى الاهتمام بالبعد البيئي في اطار تدخله في مجال العقد، حيث أن هناك من يرى من أن تدخل المشرع في العقود ما هو إلاّ إذعانا للإرادة التشريعية، طالما أن الشخص لا يجد نفسه حرّا في مناقشة شروط العقد، كما هو الحال في العقود النموذجية التي يضع صياغتها المشرع، وتزداد أهمية هذه الدّراسة عندما يمرّر المشرع تدخله في العقود عن طريق آلية النظام العام الاقتصادي الذي يشتمل على القواعد الآمرة.

من أجل ضبط الموضوع فإنّ دراستنا لموضوع التدخل التشريعي في العقود وأثره على سلطان الإرادة ستنصب على التدخل المباشر في العقود أي تدخل المشرع، دون التطرق إلى التدخل غير المباشر في العقد الذي يكون عن طريق القاضي إلا بالقدر الذي تقتضيه طبيعة الموضوع، كما أننا سنركز على تدخل المشرع في العقود في مرحلة تكوين العقد فقط لما لها من آثار قانونية، دون التطرق إلى مرحلة تنفيذ العقد، وسنركز في هذه الدراسة على تدخل المشرع في بعض العقود الخاصة الشائعة، ونسلط الضوء على الاصلاحات الجذرية التي مست التقنين المدني الفرنسي من التكيف مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية السياسية التي يشهدها العالم.

عن أسباب اختيار الموضوع فإنه يتعلق بميولي الشخصي لدراسة هذا الموضوع، المتعلق بالتحوّل والتغير في الثوابت القانونية الراسخة في نظرية العقد، ولقد صادفني هذا الموضوع خلال مرحلة التحضير لمسابقة الدكتوراه، فجذبني الأسلوب الذي كتب به بعض المؤلفين في هذا الموضوع، ممّا أثار في نفسي رغبة في استكمال البحث في هذا الموضوع، وبالتصورات التي رسمتها له، انطلاقا من أن التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي شهدها العالم خلال نهاية القرن العشرين أثرت على التوازن العقدي، نظرا لتباين المراكز الاقتصادية للأطراف المتعاقدة، وهو ما يبرر للمشرع تدخله في العقد لحماية الطرف الضعيف، من أجل حماية حرّيته، وكما يقول **Lacordaire** "**ما بين القوي والضعيف توجد الحرّية التي تستبعد والقانون يحرّرْ**".

عن الدّراسات السابقة فإنه يوجد دراسات عالجت هذا الموضوع من زوايا مختلفة وتصورات بعيدة عن التصور الذي رسمناه لهذا الموضوع، فنجد مثلا أطروحة الدكتور لخضر حليس، بعنوان مكانة الإرادة في ظل تطورات العقد، حيث تمت دراسة الموضوع من خلال التطرق إلى المساس بمبدأ حرية التعاقد، حتى

[1]- سيأتي الحديث بالتفصيل عن مفهوم اقتصاد السوق المنتهج من قبل الدّولة الجزائرية في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الأطروحة.

كاد أن يكون إلغاء لدورها في مجال العقد، وهناك أيضا رسالة ماجستير للدكتور آسيا مندي بعنوان النظام العام والعقود حيث تم دراسة تطور مفهوم النظام العام التقليدي، إلا أنّ دراسة هذه الأطروحة تتعلق بمحاولة ايجاد المفهوم الجديد للنظرية العامة للعقد، والتدليل على ذلك بتحليل مظاهر الخروج عن المبادئ الرّاسخة في النظرية التقليدية للعقد، كالخروج عن مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد، وانتهاك القوة الملزمة للعقد من أجل التكيّف مع المستجدات وغيرها من المبادئ التي سنتناولها بالتفصيل بحول الله ضمن هذه الأطروحة.

فيما يتعلق بالصعوبات التي واجهتني فإنها تتعلق بكثرة العقود المتخصصة التي تجسد تدخل المشرع في العقود وصعوبة الالمام بها كلّها لذلك اقتصرت الدّراسة على أهم العقود كعقد الايجار وعقد البيع بناء على التصاميم...الخ، كما أنني واجهت صعوبة عند التطرق للآثار المترتبة على التدخل التشريعي في العقود كونها تمس الجزء المهم والأخطر من المبادئ الراسخة ضمن النظرية التقليدية للعقد، كما أنني وجدت صعوبة في محاولة التوفيق بين الجانب الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة الذي تناوله الفقهاء والجانب القانوني.

في ظل ازدياد ظاهرة التدخل التشريعي في العقود أو ما يعرف بظاهرة التضخم التشريعي في مجال العقود المتخصصة، والتي لا يمكن أن ترقى إلى مستوى الشريعة العامة للعقود وبما أن المشرع لم يحدث أي تعديلات على القانون المدني، الذي يكرس مبدأ سلطان الإرادة هذا ما يحدث تضارب ما بين المبادئ والتصورات التي يحتوي عليها القانون المدني في مجال العقود، والتوجّه الجديد للمشرع الذي يظهر فيه سلطان القانون والذي جسده في اطار العقود المتخصصة، وعليه فإن الإشكالية المحورية التي نعتمدها في هذه الدّراسة هي:

حدود الاعتداد بمبدأ سلطان الإرادة وقوته على تكوين العقد وتحديد آثاره في ظل التدخل التشريعي في العقود تحت تأثير التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الرّاهنة.

ولقد تفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

- ما حقيقة أن النظرية التقليدية للعقد أصبحت جامدة وقارة لا تستجيب مع هذه التحولات؟ أم أن النظرية التقليدية للعقد وبما تحتوي عليه من المبادئ العامة قادرة على الانسجام والتلاؤم والملاءمة مع هذه التحولات؟

- ما حاجة الأفراد إلى التدخل التشريعي في عقودهم الخاصة؟

- هل بالضرورة يؤدي التدخل التشريعي في العقود إلى إهدار قداسة سلطان الإرادة؟

- هل التدخل التشريعي في العقود يشكل في حدّ ذاته اذعانا للإرادة التشريعية؟

- هل التدخل التشريعي في العقود أدخل العقد في أزمة أم أنه أحدث تغييرا وتحديثا في مفهوم العقد؟

للإجابة على هذه الإشكالية وتساؤلاتها الفرعية فإنني سأعتمد على المنهج التاريخي من خلال استعراض التأصيل القانوني لمبدأ سلطان الإرادة و المراحل التي مرّ بها من بداية ظهوره إلى مرحلة ازدهاره ثم تراجعه، كما أننا سنعتمد على المنهج التحليلي من خلال مبررات التدخل التشريعي في العقود، وبيان القصور الذي يعتري النظرية التقليدية للعقد وعدم قدرتها على التلاؤم مع هذه التحولات، كما أننا سنبين آثار هذا التدخل بالاعتماد على المنهج التحليلي وكذلك الاعتماد على المنهج المقارن في الحدود التي تقتضيها الدّراسة من خلال التطرق للإصلاحات الجذرية التي مست التقنين المدني الفرنسي سنة 2016.

بالنسبة للخطة المتبعة في الدراسة فإن موضوع التدخل التشريعي في العقود تقتضي تقسيم البحث إلى بابين، نتناول في الباب الأول تراجع مبدأ سلطان الإرادة كمبرر للتدخل التشريعي في العقود والذي قسمناه إلى فصلين نتناول في الفصل الأول التحولات الكبرى خلال القرن العشرين، حيث قسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول اتساع نطاق العلاقات العقدية من خلال التطرق إلى تفنيد المذهب الفردي بالتطرق أولا إلى التأصيل القانوني لمبدأ سلطان الإرادة، ونتائجه والنقد الموجّه لمبدأ سلطان الإرادة.

نتطرق في هذا المبحث أيضا لقيام المذهب الاجتماعي الذي أسس للمبادئ التي تناولها رواد المذهب الاشتراكي، حيث اعتبروا أنّ الإرادة وحدها غير قادرة على حماية حقوق الأفراد وإنما يقتصر دورها على احترام القانون.

في المبحث الثاني نعالج تطور مفهوم النظام العام، وذلك بالتطرق إلى النظام العام التوجيهي والحمائي، باعتباره آلية يعتمدها المشرع للتدخل في العقود مستعملا تقنية القواعد الآمرة، كما أننا سنتناول الجزاءات المترتبة على مخالفة كل من النظام العام الاقتصادي التوجيهي و الحمائي.

في الفصل الثاني من الباب الأول نتناول فيه عجز الحرية العقدية على تحقيق التوازن العقدي من خلال مبحثين، المبحث الأول نتناول فيه حماية الطرف الضعيف من اختلال التوزان العقدي ضمن أحكام القانون المدني،. والمبحث الثاني نتناول فيه التوجه الجديد للمشرع في العلاقات العقدية القائمة على أساس المساواة الفعلية وتجاوز المساواة المجردة من أجل تحقيق العدالة العقدية.

الباب الثاني نتناول فيه آثار التدخل التشريعي في العقود على مبدأ سلطان الإرادة وذلك من خلال فصلين الفصل الأول نتطرق فيه إلى الخروج والتخلي عن المبادئ الراسخة في النظرية التقليدية للعقد، ونتناوله في مبحثين، المبحث الأول نتناول فيه الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد، والمبحث الثاني نعالج فيه الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة من حيث آثار العقد.

الفصل الثاني نتناول فيه مواءمة العقد للسياسة الاقتصادية الوجه الآخر الخفي للتدخل التشريعي في العقود من خلال مبحثين، المبحث الأول نتناول فيه التحول في وظيفة الدّولة والتطرق إلى استخدام العقد كآلية لخدمة أهداف الدولة في ظل التوجه إلى اقتصاد السوق و نتطرق لتأثيرات جائحة كورونا **(covid19)** على السوق والتصدي لهذه الجائحة من خلال النظام العام التوجيهي.

في المبحث الثاني نتناول تأثير قواعد قانون المنافسة على الحرية العقدية حيث نتناول تأثير النظام العام الاقتصادي على الإدارة عن طريق توجيهها والآليات المنتهجة من قبل المشرع لتقييد الإرادة في مجال السوق، كما أننا نتناول اثراء قانون المنافسة لمبدأ سلطان الإرادة باستحداث عيب الإكراه الاقتصادي كعيب من عيوب الإرادة.

!

تراجع مبدأ سلطان الإرادة مبرر للتدخل التشريعي في العقود

الباب الأول: تراجع مبدأ سلطان الإرادة مبرر للتدخل التشريعي في العقود

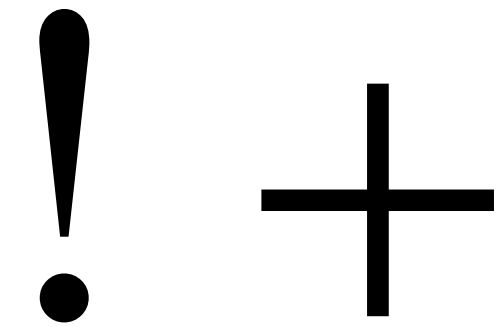
كرس المذهب الفردي مبدأ سلطان الإرادة بداية من القرن السابع عشر وازدهر في القرن الثامن عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر والذي يرى أنصاره ان للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد آثاره، ولا يحد من هذه الإرادة وهذا السلطان سوى مقتضيات النظام العام.

انتهج المشرع الجزائري مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة في العقد في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، على غرار المشرع الفرنسي، الذي كرس مبدأ سلطان الإرادة في نطاق المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

إلا أنه ومع بداية القرن العشرين ونظرا للتحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي شهدها العالم في العصر الحديث، لم تعد الحرية العقدية التي هي مناط سلطان الإرادة تتلاءم مع التحولات الاقتصادية الراهنة، حيث أصبحت قوانين الدول تتجه نحو الاهتمام بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد، متأثرة في ذلك بالأفكار التي أفرزها المذهب الاجتماعي، الذي حمل معه فلسلفة جديدة تستجيب للمتغيرات الراهنة.

تجسيدا للمذهب الاجتماعي أصبحت الدولة تتدخل في طريقة ابرام العقد، وتحديد مضمونه بما يكفل حماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي في العقد وفرض الالتزام على عاتق المهني في المرحلة السابقة على التعاقد، تحقيقا للتوازن المعرفي والعدالة العقدية.

إن تدخل المشرع لتنظيم العقود كان نتيجة لتراجع مبدأ سلطان الإرادة، الذي كان يحكم العقد وهذا ما سنتناوله في هذا الباب في فصلين، (**الفصل الأول**) نتناول فيه التحولات الكبرى خلال القرن العشرين وذلك بالتطرق إلى انتشار المذاهب الاشتراكية وتطور مفهوم النظام العام، ثم نتناول في (**الفصل الثاني**) عجز الحرية العقدية عن تحقيق التوازن العقدي وبيان قصور القواعد العامة عن تحقيق الحماية للطرف الضعيف، لأنها جسدت المساواة المجردة التي أثبت الواقع أنها مجرد مساواة مفترضة وليست حقيقية لذلك لجأ المشرع الى إصدار العقود المتخصصة.



التحولات الاقتصادية الكبرى خلال القرن العشرين

بعدما قامت النظرية التقليدية للعقد على مبدأ سلطان الإرادة فترة طويلة من الزمن صار هذا المبدأ ثابتا ومستقرا، مجّد فيه أصحاب المذهب الفردي الفرد واعتبروا أن حرية الفرد وارادته هي أساس التزامه ولا يمكن للفرد أن يلتزم إلا وفقا لما يرضاه ولا يحد من هذه الحرية الا فكرة النظام العام إلا أنه ومع بداية القرن العشرين وباعتبار أن القانون هو ظاهرة اجتماعية لا بد أن تتلاءم مع المتغيرات المحيطة بها فانه ومع قيام الصناعات الكبيرة والشركات الضخمة أحدث ذلك اختلال التوازن بين الأطراف المتعاقدة نتيجة اتساع نطاق العلاقات العقدية وهو ما تناولته في **(المبحث الأول)** وباتساع العلاقات العقدية واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية تدخلت الدولة لتنظيم ابرام العقود، وهو ما أدى الى توسيع دائرة النظام العقدي وهو ما نتناوله في **(المبحث الثاني).**

المبحث الأول: اتساع نطاق العلاقات العقدية

مع بداية القرن العشرين حدثت تحولات اقتصادية و اجتماعية و حتى سياسية مست العالم بأسره، بفعل قيام الثورة الصناعية فظهرت الصناعات الكبرى وتأسست الشركات الضخمة، كل ذلك أحدث اختلال في التوازن بين القوى الاقتصادية وهو ما مهد للمبادئ الاشتراكية سبيل الانتشار، فأصبحت الدولة تتدخل في حياة العقد، تجسيدا للمبادئ الاشتراكية التي انتقدت المبادئ التي جسدها المذهب الفردي القائم على مبدأ سلطان الارادة وهو ما نخصص له **(المطلب الأول)**، بينما نخصص **(المطلب الثاني)** لقيام المذهب الاجتماعي.

المطلب الأول: تفنيد المذهب الفردي

بعدما قام المذهب الفردي على أساس أن الإرادة هي مصدر الالتزام أصبح لا يستجيب في مبادئه مع التحولات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي شهدها العالم خلال القرن العشرين، حيث بدأت الدولة تتدخل في العلاقة العقدية من حيث تنظيمها حماية للطرف الضعيف فيها، هذا ما أدى الى انتشار المذاهب الاشتراكية، التي قامت في وجه المذهب الفردي الذي تراجع وانحسر وأصبح لا يتلاءم مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وقبل أن نتطرق إلى قيام المبادئ الاشتراكية لابد أن نتطرق إلى كيف تدهور المذهب الفردي بعدما ازدهر في ظل الرأسمالية وما هو التأصيل القانوني له؟، والنتائج المترتبة عنه ؟ وهو ما نخصص له **(الفرع الأول)**، بينما نخصص **(الفرع الثاني)** إلى قيام المذهب الاجتماعي.

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة ازدهاره

لكي نتوصل الى أسباب تراجع المذهب الفردي الذي جسد مبدأ سلطان الإرادة بعدما ما ازدهر في القرن الثامن عشر الى أواخر القرن التاسع عشر، فإنه لا بد من الوقوف على التأصيل القانوني له **(أولا)** ونتائجه **(ثانيا)**، وموقف الفقه الإسلامي منه **(ثالثا)**.

أولا: التأصيل القانوني لمبدأ سلطان الإرادة

ظهر مبدأ سلطان الإرادة في القرن السابع عشر واستمد قوته من الأفكار التي نادى بها أصحاب المذهب الفردي، الذين اعتبروا أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد على اعتبار أنه يعيش في مجتمع فلابد أن تكون روابطه العقدية بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة ولا يلتزم الفرد بالواجبات وفقا للمذهب الفردي الا اذا رضي بها مختارا [1]، فكل التزام أساسه الرضا والاختيار وهو ما يتماشى مع القانون الطبيعي[2] الذي يقوم على الحرية الشخصية للأفراد ووجوب احترامها وعليه فإن مهمة القانون هي تحقيق حرية كل فرد، بحيث لا تتعارض مع حرية الآخرين وأن تكون مصلحة الفرد محل اهتمام المشرع، بحيث تعلو على مصلحة المجموع، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون. [3]

يقوم المذهب الفردي على أساس أن الإرادة وحدها هي التي تنشئ العقد ويطلق على هذا الاتجاه (مذهب سلطان الإرادة) [4] الذي يعني أن للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد آثاره وفي جميع الروابط والقانونية ولو كانت غير تعاقدية،[5] لقد بلغ مبدأ سلطان الإرادة أوجّه بعد الثورة الفرنسية سنة 1789، ثم صدر قانون نابليون سنة 1804، مكرسا الحرية الفردية ومحترما مبدأ سلطان الإرادة في نطاق المادة 1134 القانون المدني الفرنسي[6].

صاحب هذه النظريات الاقتصادية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة نظريات فلسفية، نادى بها الفقيه دوما **(Domat)**، [7] الذي كان يرى بأن الحرية هي أساس الالتزامات والتعهدات التي تنشأ بين الافراد

---

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد،...، المرجع السابق، ص 86.

[2] - المرجع نفسه، ص 86.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط..، المرجع السابق، ص 135.

[4]- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام وأحكامها، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار الثقافة للنشر التوزيع، طبعة سنة 2012، ص 44.

[5] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص 85.

[6]- فتيحة قريقر، "حدود سلطان الإرادة في نطاق النظام العام"، مجلة الحقوق العلوم الإنسانية، العدد الأول، سنة، 2017، ص 278.

[7]- عاش في الفترة ما بين 1625- 1696، ولقد كانت أفكاره ترجمة حرفية لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل والمتمم.

والتي يجب أن تتم بمعرفة واختيار[1] والتي صارت قاعدة ثابتة في العصر الحديث والذي قال أنه: **" اذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد "** وهي العبارة التي أدمجها المشرع الفرنسي في المادة **1134** والتي صارت قاعدة ثابتة مقررة لمبدأ سلطان الإرادة في التعاقد [2].

لقد كانت لأفكار الفيلسوف الألماني "**Kant كانت** " [3] الدور البارز الذي ساهم في تدعيم الجانب الفلسفي، الذي استقى منه مبدأ سلطان الإرادة مبادئه والذي اعتبر أن مبدأ سلطان الإرادة " المبدأ الأسمى في مبادئ الاخلاق " وهو يرى أنه بإمكان إرادة الشخص أن تنشئ تشريعا عالميا، يقاضي فيه الشخص نفسه وأفعاله ويسمى هذا المبدأ **" مبدأ سلطان الإرادة"**، الذي يعني أنه بمكان مبدأ سلطان الإرادة أن يكون مصدرا لجميع فروع القانون، متجاوزا بذلك النظرية العامة للعقد [4].

كما أن الأفكار الفلسفية والسياسية التي جاء بها روسو [5] **(Rousseau)** في كتابه المعروف (بالعقد الاجتماعي) [6] ساهمت في ازدهار مبدأ سلطان الارادة، حيث اعتبر أن إرادة الأشخاص وحدها هي من يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي، حيث تتحدد الأسعار عن طريق المنافسة والعرض والطلب، وليس عن طريق المشرع ومن أجل تنشيط وازدهار التجارة فإنه لابد أن تخضع العقود في تكوينها وتحديد آثارها الى إرادة المتعاقدين ولابد من إزالة أي عقبة تقف أمام حرية الإرادة. [7]

---

[1]- صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق – السعيد حمدين- ، السنة الجامعية: 2017- 2018 ، ص 64.

[2] -جاءت صياغة المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي في لفظها الأصلي كما يلي:

« Les conventions l également formées, tout ce qui a été convention lieu de loi a ceux qui les ont faites »

- إلا أنها ألغيت بموجب الأمر 2016-131 وتم صياغة مضمونها في المادة 1103 والمادة 1194.

[3] -**" كانت** "من أشهر فلاسفة الحرية الألمان وأول من أطلق عبارة مبدأ سلطان الإرادة كأساس فلسفي للعلاقات بين الأفراد، إذ يعتبر أن العقد أعلى مرتبة من التشريع، يراجع محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، المرجع السابق، ص155.

[4] - ياسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل الشهادة الدكتوراه في القانون الوضعي، تخصص القانون الخاص الداخلي، جامعة مولود معمري، - تيزي وزو - كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2017 - 2018، ص 2.

[5] - لقد تأثرت الثورة الفرنسية بأفكاره من خلال تجسيدها لفكرة العقد الاجتماعي وذلك من خلال الاعتراف بوجود حقوق طبيعية لكل انسان وقد ظهر واضحا وجليا في اعلان الثورة الفرنسية لحقوق الانسان والمواطن العام 1789، ووفقا لهذا الإعلان أصبحت قواعد القانون الطبيعي مبادئ مقننة رسميا في صلب القانون الوضعي حيث جاء في المادة الأولى منه " الناس يولدون ويستمرون أحرار متساوين في الحقوق "، يراجع في هذا الخصوص، لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد...، المرجع السابق، ص 32 الهامش رقم 2.

[6]- لقد كان لهذا الكتاب أثر كبير في الفلسفة، والسياسة والاجتماع والقانون في القرن التاسع عشر، ومما جاء فيه تأييد لسلطان الفرد وحرية الإرادة "لمّا كان الانسان ليس له سلطة طبيعية على أخيه الانسان، ولما كانت القوة ليست مصدرا لأي حق من الحقوق فلم تبق إلا العقود أساسا لكل سلطة بين الناس "العقد الاجتماعي الكتاب الأول، الفصل الرابع، نقلا عن عبد الرزاق السنهوري أحمد السنهوري، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص 98.

[7]- عبد الرزاق أحمد السنهوري...، الوسيط، المرجع السابق، ص 98.

لقد انبثق عن هذه المبادئ المبدأ الشهير **"دعه يعمل دعه يمر"** [1] والذي يعني في نفس الوقت دعه يتعاقد بلا قيود، ووفقا لهذا المبدأ فانه من غير المقبول أن يتم تحديد العدالة والتوازن في العقود من الخارج، أي من خارج أطراف التعاقد أو بطريقة موضوعية، فالتعاقد في حد ذاته يحقق التوازن، إن كل من الأفكار الفلسفية السابقة والنظريات الاقتصادية مهدت لاندلاع الثورة الفرنسية **1789**، التي جاءت مشبعة بالمبادئ الليبرالية وروح الفردية **(سلطان إرادة الفرد)** ولقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات والمبادئ فقامت عليها حيث سلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر، فوُضع قانون نابليون مجسدا الحرية التعاقدية في نطاق المادة **1134** [2] وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة **106** من القانون المدني[3] التي تنص " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" [4]، ومن العوامل التي ساهمت أيضا في ازدهار سلطان الإرادة وبلوغه شهرة لا مثيل لها خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، هو قيام المبادئ الليبرالية الاقتصادية، حيث برزت طبقة رأسمالية جديدة تمتلك وسائل الإنتاج والخدمات والتي نادت بضرورة تشجيع المبادرة الفردية وإزالة كل العقبات التي تعيق المبادلات التجارية [5].

ولقد اعتبرت المذاهب الليبرالية أن حرية العرض والطلب في المجال الاقتصادي هي أساس العدالة العقدية حيث يقول الفقيه فوييه **fouillé** أن **" كل ما هو تعاقدي فهو عدل ".** [6]

ثانيا: النتائج القانونية المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

قام سلطان الإرادة في مفهومة التقليدي على فلسفة مفادها أن الفرد هو العنصر الأساسي في العلاقة التعاقدية، بحيث أن الفرد هو من يسيطر على هذه العلاقة فيكون له السلطان في انشاء العقد وتحديد آثاره و لا يحد من هذه الإرادة وهذا السلطان سوى فكرة النظام العام [7].

إن الحرية التعاقدية التي تكاد تكون مطلقة بالمفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة، تعتبر بمثابة المنهج الذي يهيمن على الروابط العقدية وذلك في الفترة التي بلغ فيها قمة ازدهاره خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر. [8]

---

[1] - شعار أطلقه الفيلسوف والباحث الاسكتلندي، آدم سميث، في مجال قانون الاقتصاد والذي يعني تقليص تدخل الدولة في المجال الاقتصادي، لتنشيط الاقتصاد

[2]- المادة 1134من القانون المدني الفرنسي، التي سبقت الاشارة.

[3]- الصادر بموجب الأمر75- 58، الذي سبقت الاشارة اليه.

[4]- تقابل المادة147من القانون المدني المصري، والمادة 148 فقرة أولى من القانون المدني السوري، والمادة 196 من القانون المدني الكويتي.

[5]- ياسين سعدون، المرجع السابق، ص 13.

[6]- المرجع نفسه، ص 14.

[7]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد ...، المرجع السابق، ص 85.

[8]- صديق شياط، المرجع السابق، ص 154.

ولقد ترتب على تطبيق نظرية سلطان الإرادة على النظام القانوني للعقد عدة نتائج قانونية، سنبينها فيما يلي:

1- حرية التعاقد:

تعتبر حرية التعاقد من صميم مبدأ سلطان الإرادة والتي تعني تمتع الشخص بمجموعة من **الخيارات، هي حريته في التعاقد أو عدم التعاقد، وحريته في اختيار المتعاقد معه من عدمه، وكذلك حريته في تحديد موضوع التعاقد.** [1]

فحريته الشخص في أن يتعاقد أو أن يرفض التعاقد يعني أنه لا يمكن أن يجبر الشخص على الدخول في أية علاقة تعاقدية لا يرضها، فالشخص حر في أن يبيع أو يشتري أو يمتلك أو يتبرع أو يؤجر أو يستأجر كما أن رفض الشخص للتعاقد هو مظهر من مظاهر الحرية [2].

إن حرية الشخص في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، يعني أنه أيضا حر في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه وهذا لما للإرادة من دور في تمييز ما يحقق مصلحة صاحبها،[3] ذلك أن الشخص قد يرى بأن مصلحته تتحقق أكثر عندما يتعاقد مع شخص معين، فالشخص يوازن بين الفرص المتاحة والصفقة التي تحقق مصلحته أكثر من غيرها ولذلك فهو حر في أن يتعاقد مع الشخص الذي يريده، [4] فمثلا في عقد العمل يقوم المستخدم بالإعلان عن التوظيف ويمكن للمستخدم من خلال دراسة ملف كل مترشح أن ينتقي المترشح الأكثر ملائمة للمنصب، بالنظر الى تكوينه وخبرته وكفاءته، فشخصية المتعاقد معه لها أهمية كبيرة في العقد، كما أن المشتري حر في أن يشتري من البائع الذي يريده ومن المحل الذي يختاره وفقا لما يتلاءم مع قدرته المالية، وكذا بناء على جودة السلع التي تختلف من محل إلى آخر [5].

إن حرية الشخص في التعاقد من عدمه وحريته في اختيار الشخص الآخر المتعاقد معه، يترتب عنها أن الشخص حر في أن يُضمن العقد ما يشاء من شروط بكل حرية واقتناع، فحرية الإرادة يكون احترامها من حيث الموضوع ومن حيث الشكل ولا يحد من هذه الحرية سوى فكرة النظام العام [6] ففي

---

[1]- صديق شياط، المرجع السابق، ص 155.

[2] - نفسه، ص 185.

[3]- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، طبعة سنة 1982، ص 112.

[4]- ياسين سعدون، المرجع السابق، ص 26.

[5]- المرجع نفسه، ص 26.

[6]- صديق شياط، المرجع سابق، ص 156.

عقد الايجار لإرادة الأطراف الحرية في تحديد مدة العقد وكذلك تحديد الأجرة التي يلتزم المستأجر بدفعها وهكذا الأمر في كافة العقود [1].

يكون احترام حرية الإرادة من حيث الشكل عن طريق احترام مبدأ الرضائية في التعاقد ومقتضاه أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون افراغ هذا التعبير في أي شكل خاص أو اتباع شكليات ومراسيم خاصة. [2]

إن حرية الشخص في التعاقد يعني أن الالتزامات التي ارتضاها حتما ستكون عادلة لأنه لا يمكن للشخص أن يتصرف خلافا لمصالحه، فاذا اتفقت إرادة شخص حر مع شخص حر آخر على ابرام عقد بينهما فلا شك أن هذا العقد يحقق مصلحتهما معا، فالعقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة هو أصدق تعبير عن العدل[3]، وبهذا أمكن القول أن " **كل عدالة هي عقد وأن كل عقد حر حتما سيكون عادل**" [4].

2- الإرادة الحرة أساس الالتزام:

إن مفاد هذه النتيجة أن الإرادة الحرة هي التي تسيطر على جميع الالتزامات وهي تتجلى بقوة من خلال العقد، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما ولا يلتزم شخص بعقد لم يكن طرفا فيه، كما لا يكسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه، أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدوا ضيقة محدودة في قانون نابليون، لم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير، فالعقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة يرتكز على الإرادة الحرة، فإرادة المدين وحده هي التي تلزمه، وسلطان الإرادة لا يقتصر على توليد الالتزامات بل يولد كل الحقوق الأخرى كالملكية، التي تمثل الحرية فيه مظهرها الملموس المادي، وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة والميراث مبني على وصية مفروضة، وطرق التنفيذ الجبري ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة وإن كانت إجبارية إلا أن المدين قد ارتضاها وقت الاستدانة [5]، والأكثر من ذلك أن العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها الا في الإرادة، فالمجرم عند ارتكابه للفعل المجرم قد ارتضى مقدما أن يناله الجزاء، وبذلك اعتبر انصار مذهب سلطان الإرادة أن اختيار المجتمع للالتزام ما هو إلا وليد لإرادة صنعت

[1]- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، طبعة سنة 2007 ، ص 19.

[2] - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 11.

[3] سمير عبد السيد تناغو...، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ص 11.

[4] جمعة زمام، "تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي) "، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، ص 225.

[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ....، المرجع السابق، ص 107.

القانون، وهذا ما يجد دعامة في نظرية العقد الاجتماعي الذي نادى به روسو، وغيره من الفلاسفة والمفكرين [1].

إن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد تطرفوا في طرحهم عندما أقاموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة فحسب، بل وصل بهم الأمر إلى نتيجة منافية للعقل والمنطلق، هي أن الإرادة ليست مجالا تنصب فيه حرية التعاقد بل هي قوام التصرف القانوني. [2]

3- الإرادة الحرة لا تخضع للقيود:

يترتب على مبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة وحدها كافية لانعقاد العقد، أي يكفي أن يتوافق الايجاب مع القبول لانعقاد العقد ولا يشترط أي شكل معين للتعبير عن الإرادة وهذا ما يطلق عليه " **بقاعدة الرضائية في العقود** " وهو ما اعتنقه المشرع في المادة 59 من القانون المدني التي تنص " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقين، دون الاخلال بالنصوص القانونية [3].

إن منطلق مبدأ الرضائية أن العقود تعتبر صحيحة بمجرد تبادل التراضي بين طرفي العقد، فالأصل هو الرضائية والاستثناء هو اشتراط إفراغ التصرف القانوني في شكل خاص [4].

يرى الفقيه جاك غستان أن مبدأ الرضائية هو التفسير الواسع لمبدأ حرية التعاقد، فحرية التعاقد من حيث الموضوع تعني اختيار مضمون العقد بحرية أما حرية التعاقد من حيث الشكل هو حرية المتعاقدين في اختيار شكل العقد [5].

ويعتبر العقد رضائيا حتى لو اشترطت الكتابة لإثباته، طالما كان انعقاد هذا العقد غير متوقف على افراغ التراضي في شكل كتابي ويترتب على ذلك أنه إذا تخلفت الكتابة المتطلبة للإثبات فإنه يجوز مع ذلك إثبات العقد بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار واليمين [6].

إن الأصل وفقا لمبدأ حرية التعاقد هو أن يكون العقد رضائيا كما سبق الإشارة اليه، إلا أنه قد يشترط المشرع إفراغ العقد في شكل كتابي فيكون العقد شكليا أي لابد من توافر هذه الشكلية التي تدخل في أركان العقد، فتتمثل أركان العقد الشكلي في التراضي و المحل و السبب والشكل، فيترتب على مخالفة

---

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ....، المرجع السابق، ص 185.

[2] - أحمد حدي لالة، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان - ، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2012- 2013، ص15.

[3] - يتطابق هذا النص مع المادة 89 من القانون المدني المصري، والمادة 92 من القانون المدني السوري، والمادة 90 من القانون المدني الأردني، والمادة 23 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 73 من القانون المدني الأردني، والمادة 23 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والمادة 73من القانون المدني العراقي.

[4] - لخضر حليس، المرجع السابق، ص51.

[5] - ياسين سعدون، المرجع السابق، ص 30.

[6] - المرجع نفسه، ص 22.

الشكلية بطلان العقد، بينما تتكون أركان العقد الرضائي من التراضي و المحل و السبب ويكون للأطراف المتعاقدة في العقد الرضائي الحرية في اختيار شكل العقد دون أن ينقلب العقد الى شكلي بل يبقى العقد محتفظا بطبيعته الرضائية رغم إفراغه في الشكل المختار [1].

4- العقد قانون المتعاقدين:

تأسيسا على النزعة الشخصية التي تجسد حرية التعاقد، حيث تعتبر أن إرادة الفرد هي الأساس الأول في تكوين العقد وتحديد آثاره وهو ما تجسد في اتجاهات القانون المدني المعاصر، حيث ذكر الفقيه الفرنسي (**Domat**) [2] أنه: **" إذا تم الاتفاق فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقد "** وهي القاعدة التي تجسدت تشريعا في المادة **(1134)** من القانون الفرنسي،التي نصت في فقرتها الأولى بأنه: **"تقوم الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها "** [3] و بذلك عُرف مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين **pacta sunt servanda** [4]، الذي قال عنه هنري باتيفول [5] بأنه: **" دستور النظام الداخلي ".**

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تعني أن العقد إذا تنشأ صحيحا واستكمل القاضي عملتي التفسير في حالة الغموض والتكييف تحددت التزاماته وأصبح للعقد قوته الملزمة ومن ثم يجب على المتعاقدين والقاضي على حد السواء التقيد به وتنفيذه في جميع ما اشتمل عليه [6] وهو ما كرسه المشرع في المادة 106 من القانون المدني.

إن التزام الأطراف بعقد معين يعني أنه أصبح بمثابة القانون بالنسبة لهم فلا يجوز لأحد الطرفين أن ينفرد بتعديل العقد أو نقضه إلا باتفاق الطرفين معا وهذا ما يجعل للعقد قداسة، يُمنع انتهاكها أو الاعتداء عليها.

---

[1]- ياسين سعدون، المرجع السابق، ص 31.

[2]- جان دوما، ولد سنة 1625، وتوفي سنة 1696، قاض فرنسي اشتهر بشروحاته للقوانين المدنية التي انتشرت في أوروبا، وكانت أهم مصادر القانون الذي أخذ عنه (نابليون) قانونه المدني الفرنسي، يراجع في ذلك على فيصل على الصديقي، المرجع السابق، ص62 الهامش رقم 3.

[3]- علي فيصل علي الصديقي ، المرجع، ص 62.

[4]- تعبر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين pacta sunt servenda عن الوفاء بالعهد الذي ظهر قديما، وهي تؤكد على ضرورة احترام الكلام المعطى respect de la parole donnée.

[5] - (هنري باتيفول henri batiffol) ولد في 16 فبراير 1905، وتوفي في 20 نوفمبر 1989 باحث ومحامي فرنسي، درس الحقوق في باريس وأصبح أستاذا في عام 1935، كما عمل أستاذا زائرا في عدد من كليات الحقوق، ومنها جامعة هارفرد، نقلا عن علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 63 الهامش رقم 1.

[6]- عبد القادر علاق، أساس القوة للعقد وحدودها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، - تلمسان- كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2007- 2008، ص 12.

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجد أن المحكمة العليا قد أقرت مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وأن أي انتهاكا له يُعد مساسا وخرقا للقانون وتجاوزا للسلطة، [1] ولقد تكرس هذا المبدأ بموجب قرارا آخر للمحكمة العليا التي نقضت قرار قضاة الموضوع الذين أخطأوا في تكييف العقد وخرقوا القانون الواجب التطبيق، إذ أن قاضي الموضوع مطالب بالتكييف القانوني الصحيح وهو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا.

كرس المشرع الجزائري مبدأ القوة الملزمة للعقد أيضا، من خلال المادة 107 التي نصت في فقرتها الأولى على أنه: **" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية..."**، فالعقد يجد قوته الملزمة من خلال المادتين 106، 107 من القانون المدني، فتصبح قوة العقد كقوة القانون في مواجهة طرفيه معا وفي مواجهة القاضي فلا يمكن المساس بها أو انتهاكها، إلا وفقا لاتفاق جديد للمتعاقدين أو حسب الأحوال التي يقررها القانون.[2]

تعتبر القوة الملزمة للعقد ضرورة لضمان استقرار المعاملات وتحقيق الأمن القانوني وهو ما ذهب إليه جاك غستان الذي يرى أن جانب كبير من الفقه يعتبر القوة الملزمة للعقد ضرورية لتحقيق الأمن القانوني [3].

ثالثا: مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي

عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ سلطان الإرادة منذ فجر التاريخ، فيكفي مجرد تراضي المتعاقدين وتوافق إرادتيهما لإنشاء العقد ولا يستلزم العقد أي شكلية خاصة في الشريعة الإسلامية، باستثناء بعض العقود، كعقود الزواج التي تستلزم الاشهاد عليها [4] وما يؤكد لنا إقرار مبدأ سلطان الإرادة الفقه الإسلامي قوله تعالى: **" يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ "** [5] وقوله تعالى **" يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم**

[1]- قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 07 فبراير 1983، قضية رقم 29500 ، م ق سنة 1989 ع 01، ص 165. نقلا عن، علاق عبد القادر المرجع السابق، ص 38 الهامش رقم 2.

[2]- عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 33.

[3]- بلال عثماني، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، - تيزي وزو- ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2017-2018، ص 35.

[4]- حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي "، دار الفكر الجامعي الأزرايطة الإسكندرية، طبعة سنة 2006، ص 28.

[5]- سورة المائدة الآية 1.

بَيْنَكُم بِالْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً ۚ "[1]، كما قال عليه الصلاة والسلام " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما "[2].

1- دور الإرادة في تكوين العقد

إن الفقه الإسلامي أطلق للإرادة الحرية في مجال تكوين العقد وهذا المبدأ أساسه من القرآن الكريم والسنة النبوية ولا وجود للإكراه العقدي في ظل الفقه الإسلامي، و ما يؤكد لنا هذه الحرية الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، الذي يرى بأن الشرع الإسلامي أقر للمتعاقد الحرية في إنشاء عقود جديدة لتضاف إلى فئة العقود المسماة المتعارف عليها مما يعني أن العقود في الشرع الإسلامي لا تنحصر في فئة معينة من العقود بل يمكن أن تتجاوزها، بأن يصبح محلا للعقد كل ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين طالما خضعت هذه الإرادة للقواعد والشروط التي تحكم العقود.

فحرية التعاقد من منظور الفقه الإسلامي هو أن الرضائية أو تراضي الأطراف وتوافق إرادتيهما كاف لإنشاء العقد، دون التقيد بشكلية معينة ما عدا بعض الحالات الاستثنائية التي سيتم التطرق لها لاحقا.[3]

تأكيد على مبدأ الرضائية في العقود يرى ابن تيمية أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، بما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد لقوله تعالى: " **إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ** "، وقوله تعالى " **فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ۚ** "[4] وفي ذلك يرى ابن تيمية أنه في التبرعات علق الحكم بطيب النفس وفي المعاوضات علق الحكم بالتراضي أي الرضا من الجانبين لأن كل من المتعاوضين يطلب ما عند الآخر و يرضى به بخلاف المتبرع فإنه لم يبذل أي شيء يرضى به ولكن قد تسمح له نفسه بالبذل وهو طيب النفس[5].

فالشريعة الإسلامية منظومة حياتيه شاملة ومتطورة، لا ينحصر تنظيمها في محض العلاقات القانونية الفردية فحسب وانما هي منظومة فكرية شاملة تنظم علاقة الفرد بربه وبنفسه وبغيره من الأفراد، فضلا عن علاقته بجماعته السياسية العامة والجماعات التي ينتمي إليها، فالإرادة في الشرع

[1]- سورة النساء الآية 29.
[2]- حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 29.
[3]- صديق شياط، المرجع السابق، ص 79.
[4] - سورة النساء، الآية 4.
[5]- صديق شياط، المرجع السابق، ص 81.

الإسلامي حرة في تصرفاتها ولم تقيّد إلا بقيدين أولهما ما حرمه الله تعالى ونهى عنه ويقابله في القانون ما يخالف النظام العام والآداب العامة، وثانيهما ما فيه اعتداء على حقوق الناس المكتسبة شرعا.[1]

أقر فقهاء الشريعة الاسلامية ومنهم ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله أن ارادة الانسان مطلقة في انشاء العقود والشروط، وللأفراد الحرية الواسعة في ذلك ، فالأصل هو الجواز و الصحة، فلا يحرم ولا يبطل الا ما جاء الدليل على تحريمه وابطاله بالنص في القرآن والسنة أو الاجماع و القياس[2].

إن الأصل في العقود في الشريعة الاسلامية هو حرية التراضي، الا أنها تخضع للقيود التي وضعها الشارع، وهما ما حرمه الله سبحانه وتعالى وثانيهما ما فيه اعتداء على حقوق الناس المكتسبة شرعا و لقد نتج عن القيد الذي مفاده منع الاعتداء على حقوق الغير عناية الشريعة الإسلامية على وجه الدوام بتحقيق العدل بين المتعاقدين وذلك عن طريق تحقيق المساواة بينهم وهذه المساواة مرتبطة بحسن النية،[3] وقد رتبت الشريعة آثارا لحماية الطرف الذي لم يتمتع بهذه المساواة الى جانب العقوبة الدينية وكما سبق التطرق له فإن العقود في الفقه الإسلامي تحتاج إلى الإرادة لإبرامها ولما كانت الإرادة من الأمور النفسية الباطنية التي يصعب الاطلاع عليها فإنه لابدّ من إخراجها واظهارها، لأن الإرادة لا يمكن أن تنشئ العقد ما لم تظهر في شكل قول أو فعل،[4] فالإرادة هي الركن الأساسي في تكوين العقود وهي ذات وجهين:

أحدهما: خارجي ظاهر يطلق عليه الإرادة الظاهرة.

ثانيهما: داخلي يسمى الإرادة الباطنة.

إن الأصل أن تكون الإرادة الظاهرة موافقة ومعبرة عن الإرادة الباطنة وفي هذه الحالة لا تثار أي مشكلة، لكن الإشكال يثار عندما تكون الإرادة الظاهرة مخالفة للإرادة الباطنة، فهل نأخذ بالإرادة الظاهرة لأننا لا يمكن أن نتعرف على الإرادة الباطنة؟ أم نأخذ بالإرادة الباطنة لأنها هي ما يرتضيه صاحبها؟[5].

وفي هذه المسألة ظهر اتجاهان في الفقه الإسلامي، أما الاتجاه الأول فيميل أصحابه الى التقيد بالإرادة الظاهرة، أي بالعبارة دون الأخذ بالإرادة الباطنة لما كانت هذه العبارة واضحة في التعبير عن هذه

---

[1]- محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 218.

سامي بن حملة، "أصول الحرية التعاقدية وضوابطها في الشريعة الاسلامية"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 24.

[3]- سامي بن حملة، المرجع السابق، ص 218.

[4]- حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 38.

[5]- المرجع نفسه، ص 39.

الإرادة ومن هؤلاء الشافعية فهم يحكمون بوجود العقد لوجود العبارة الدلة عليه، كما في عقد الهازل الذي يعرف العبارة ولكنه لا يقصد بها الالتزام بالآثار والأحكام التي تترتب عليها، فالعقود ما دامت صحيحة في الظاهر فانه يترتب عليها أثرها، ولا يستفيد المتعاقد من قوله أنه كان يقصد خلاف ذلك [1].

وأما الاتجاه الثاني وهو لجمهور الفقهاء من المالكية، والحنابلة، فيميل صاحبه إلى الاعتداد بالإرادة الباطنة ويذهبون الى بطلان العقود الظاهرة إذا كانت لا تتوافق مع الإرادة الباطنة، ومنه يمكن القول أن الإرادة في الفقه الإسلامي كافية لإنشاء العقد بمجرد تلاقي إرادة العاقدين، شريطة ألا يتناقض هذا الاتفاق مع الأصل من أصول الشريعة أو قاعدة من قواعدها أو مصلحة من المصالح المعتبرة فيها في الفقه الإسلامي [2].

الفرع الثاني: انهيار المفهوم الكلاسيكي لمبدأ سلطان الإرادة

بعد الازدهار الذي شهده مبدأ سلطان الإرادة خلال القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر، فإنه ومع بداية القرن العشرين بدأ هذا المبدأ في التراجع، فتلاشى بريقه شيئا فشيئا متأثرا بعوامل اقتصادية واجتماعية، وسّعت من نطاق العلاقات العقدية، فتأسست الشركات الضخمة و ظهر اختلال التوازن بين الأطراف المتعاقدة واضحا، سواء من الناحية الاقتصادية أو الناحية المعرفية، كل هذا أدّى الى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية القائمة على الأنظمة الليبرالية، الأمر الذي جعل من مبدأ سلطان الإرادة يتراجع بسبب النقائص التي أظهرها خصومه [3]، حيث وصلوا إلى تفنيد النتائج التي جاء بها مبدأ سلطان الإرادة وهذا ما سنوضحه تباعا:

أولا: نقد القانون الطبيعي كأساس للمبدأ

من بين المبادئ التي نشأ عليها مبدأ سلطان الإرادة هي مبادئ القانون الطبيعي، الذي يعني أن للإنسان حرية وحقوق شخصية سابقة لوجوده، أقرها له القانون الطبيعي وهي تعلو على القوانين الوضعية، هذه الحقوق والحريات هي أساس تنظيم المجتمع، ومن ثم فلا يجوز تقييدها لأنها حق مقدس، والعقد أساسه هذه الحرية، والقانون يكون نتيجة لهذه الحرية.

[1]- حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 39.

[2]- المرجع نفسه، ص 40.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني... ، المرجع السابق، ص 158.

إلا أن هذا الطرح أظهر نقائصا حيث يرى الفقهاء أن الإنسان كائن اجتماعي ومدني بطبعه لا يستطيع العيش بدون الجماعة، كما أن مصالحه لا يمكن تحقيقها إلا في كنف المجتمع وعليه فإن ما يتمتع به من حقوق وحريات يكون في حقيقة الأمر كونه عضوا في المجتمع وليس باعتباره فردا منعزلا[1].

كما أن القول بوجود حقوق شخصية للفرد سابقة على وجود المجتمع ومصدرها الوحيد إراداته الحرة هي فكرة ميتافيزيقية، فلا وجود للحقوق الشخصية التي تنشئها الإرادة طالما أن الإنسان يولد في المجتمع ويستمد شخصيته من الضمير الاجتماعي باعتبار أن كل فرد في المجتمع يناط له مهمة معينة وإرادته هي وسيلة لتحقيق ذلك انطلاقا من ضرورة الاعتماد الاجتماعي المتبادل. [2]

إن حرية الإرادة لا تصلح أن تكون أساسا للعقد ولا أساسا للقانون فلو كان العقد يقوم على إرادة المتعاقدين و أراد من التزم بالأمس ألا يلتزم اليوم، فأي الارادتين يحترم؟ لا شك أن أنصار مذهب سلطان الإرادة يقولون باحترام الإرادة السابقة ولكن منطق سلطان الإرادة يقضي أيضا بأن الإرادة اللاحقة تنسخ الإرادة السابقة ؟ فالواقع أن أساس العقد ليس الإرادة، بل أساسه العدالة والمصلحة العامة، أما حرية الفرد فلا يفسح لها المجال إلا بقدر ما تتفق مع المصلحة العامة.[3]

ثانيا: نقد نظرية العقد الاجتماعي

تم توجيه النقد لهذه النظرية حيث يرى الدكتور عبد السيد تناغو أن القول بمبدأ سلطان الإرادة يتنافى تماما مع المعنى الحقيقي لنظرية العقد الاجتماعي، فمصدر العقد الاجتماعي إنما هو القانون الطبيعي وليس إرادة الافراد، وأن نظرية العقد الاجتماعي لا تهدف إلى إطلاق حرية الإرادة، بل هي على العكس من ذلك تخضع لحكم العقل والعدل ومبادئ القانون الطبيعي وليس العكس.

فالإرادة هي وسيلة لتحقيق هدف معين تترتب عليه آثار قانونية، فلو تم التسليم أن الإرادة هي مصدر الالتزام، فينبغي أن يقترن هذا الالتزام بالإرادة التي أنشأته، فإذا التزام شخص في الماضي ثم بعد ذلك نشأت لدى المتعاقد إرادة أخرى تخالف الإرادة الأولى التي التزم بها، فهنا يتدخل القانون ليجبر الشخص على تنفيذ التعهد السابق الذي أنشأه في الماضي، بناءا على إراداته السابقة وعليه فإن القول بأن الإرادة هي أساس العقد وهي التي تحقق مصلحة صاحبها يؤدي الى هدم ما ثم بناؤه في السابق، بحجة احترام الإرادة ولذلك يجب القول بأن مصدر الالتزام هو شيء آخر غير الإرادة، ألا وهو القانون ومن خلال

[1]- صديق شياط، المرجع السابق، ص 190.

[2]- أحمد حدي لالة، المرجع سابق، ص 21.

[3]- عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص 108.

الإرادة يتم تحقيق العدل والصالح العام ويصبح من حق كل من المشرع والقاضي التدخل كلما تطلب الأمر ذلك، بغرض التأكد من أن سلطان الإرادة ما هو إلا وسيلة لتحقيق الصالح العام وليس هدفا في حد ذاته [1].

إن الفقه الحديث يسلم بدور الإرادة في نشأة العقد وتحديد محتواه ولكن يجيز في الوقت نفسه للمشرع والقاضي أن يتدخلا في تحديد مضمون العقد وفي هذه المسألة يقول الفقيه الفرنسي **رووت Rouhette** أن العقد: **" ليس باتفاق إرادتين ...القوة الملزمة للعقد لم تؤسس عند واضعي القانون على احترام الإرادة ولكن على الضرورة الاجتماعية لاستقرار التعهدات التعاقدية .... وإعمالا بسنة التطور الحاصل في العالم منذ 1804، فقد اندثرت الفردانية ولم تعد الإرادة ملزمة إلا أنها تحت سلطة القانون ".** [2]

ثالثا: نقد الأساس أن كل ما هو تعاقدي فهو عادل

كانت الحرية التعاقدية في القرن التاسع عشر الأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي، إذ جعلت للعقد القدرة على خلق العدالة الذاتية و التي لا يمكن أن تكون خارج العلاقة التعاقدية، فالشخص وفقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم عليه المذهب الفردي مادام أن لديه الحرية في تكوين العقد وتحديد آثاره وهو يتمتع بالمساواة مع شريكه ويسعى من خلال ذلك إلى تحقيق مصلحته وبالتالي تتجه ارادته الى تحقيق العدالة للعلاقة العقدية [3].

إن النظرية التقليدية للعقد تقوم على أساس المساواة المجردة، دون الأخذ بالمساواة الفعلية والأخذ بالعدالة التبادلية دون لأخذ بالعدالة التوزيعية، حيث أن إرادة الشخص في الكثير من الأحيان تحدث اختلال في التوازن بين الأطراف المتعاقدة، الأمر الذي لا يمكن معه القول بالعدالة المجردة [4].

إن الأخذ بمبدأ ملازمة العدالة للعقد أصبح غير معقول في هذا العصر الذي تجمعت فيه الثروة في يد القلة من أفراد المجتمع في الدولة ونشأت الشركات الضخمة واتحادات المنتجين، مما أدى إلى اختلال التوازن الواضح في العلاقة التعاقدية إذ ظهرت فكرة الطرق الضعيف في العلاقة العقدية، فكثيرا ما يتم استغلال المستخدمين للعمال وفرض شروطهم عليهم، فيقبلها العامل بدافع الحاجة دون أن تكون لديه

[1]- شياط صديق، المرجع سابق، ص192.

[2]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 76.

[3] - أحمد حدي لالة،، المرجع السابق، ص 24.

[4] - المرجع نفسه، ص 25.

الحرية في هذا العقد، مما يجعل من فكرة العدالة المجردة غير مجدية في الوقت الراهن وذلك لأنها لا تتماشى مع المستجدات الاقتصادية [1].

رابعا: انتقاد الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة

كما سبق وأن رأينا فإن مبدأ سلطان الإرادة قام على مبدأ الحرية التعاقدية وتقديس حرية الفرد وجعلها حقا ملازما للشخصية، كما أنّه قام على أسس اقتصادية، عن طريق تشجع المبادرة الفردية وإزالة كل القيود التي تعيق المبادلات التجارية ولقد برر أيضا هذا المبدأ أن المبادلات التجارية تقوم على أساس الحرية التعاقدية التي تعكس المساواة المفترضة وهي مساواة المتعاقدين في تحديد مضمون العقد والدخول في العلاقة العقدية واختيار المتعاقد معه وهي المبادئ التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الانسان سنة 1789، في المواد من 1 الى 6 ، كما أن المشرع الفرنسي تأثر بتقديس الحرية، فأقرّ حرية التجارة والصناعة في القانون الصادر في 2 و 17 مارس 1791 و في الدستور الفرنسي لسنة 1791 [2] وتظهر بوادر الحرية التعاقدية في نص المادة 1134 من القانون المدني الصادر سنة 1804. [3]

إن هذه المبادئ تعكس الليبرالية الاقتصادية، فالإرادة تفرض سلطانها على المتعاقدين وتقتضي إزالة ما يعيق المعاملات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد تحقيقا للمنفعة والمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية وبالرجوع الى التجربة الجزائرية فإن المادة 106 من القانون المدني [4] في ظل دستور 1963 .تبنت الجزائر قواعد النظام الاشتراكي [5] وبقى الأمر 75- 58 المتعلق بالقانون المدني ساري المفعول في ظل دستور 1976، الذي تبني أيضا أفكار الاقتصاد الاشتراكي، رغم أنه أظهر بعض بوادر الاقتصاد الليبرالي، فهنا يظهر التعارض لأن النظام الاشتراكي يعني توجيه الدولة للاقتصاد لتحقيق التنمية الاقتصادية، في حين أن نص المادة 106 من القانون المدني تعد الأساس القانوني لمبدأ لحرية التعاقدية، فما هو القانون الواجب التطبيق اذا تعارضت المادة 106 من القانون المدني التي تكرس الحرية التعاقدية مع نص خاص جاء تطبيقا لمبادئ النظام الاشتراكي وبالرجوع إلى نص المادة 2 من القانون المدني في فقرتها 2 التي تنص:"

[1]- أحمد حدي لالة،، المرجع السابق، ص 25.

[2] - سعدون ياسين، المرجع السابق، ص 13.

[3]- ألغيت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي بمقتضى الامر 2016 -131، وتم إعادة صياغة مضمون النص في المادة 1103و المادة 1194 من القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم.

[4] - سبقت الإشارة إليه.

[5]- نصت المادة 10من دستور 1963،المؤرخ في 8 سبتمبر 1963، ج ر، عدد 64 على أن: " الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية تتمثل تشيد مجتمع اشتراكي، ومحاربة ظاهرة استغلال الانسان بكل اشكالها ".

وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا، يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق وأن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

فالمادة 2 من القانون المدني تحل إشكالية تعارض نص خاص مع نص المادة 106، التي تعتبر مبدأ عام في العقد، أما الحكم الخاص فيظل نافذا باعتباره يمثل استثناء واردا على القاعدة العامة التي يضعها القانون المدني في نص المادة 106 منه.[1]

جاءت الأفكار الليبرالية مشبعة بروح الفردية وتقديس الحرية في ظل سيادة المذهب الفردي، الذي يرى أنصاره أنه لابد من استقلال حرية الفرد وإرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية[2] واجتماعية وأنه لو ترك الناس أحرارا في نشاطهم الاقتصادي وفتحت المنافسة بينهم، ما تلبث الأمور أن تستقر، فالأسعار تتحدد عن طريق العرض والطلب وليس من طرف المشرع[3].

غير أن هذا التصور المثالي يكذبه الواقع، فعدم المساواة في القوة الاقتصادية أو المراكز الاجتماعية يؤدي حتما الى عدم التوازن العقدي، كما أن القول بأن الحرية العقدية تحقق التوازن الاقتصادي عن طريق العرض والطلب هو كلام غير صحيح، لأن الفرد يميل الى تحقيق مصلحته الشخصية حتى ولو كان ذلك يتعارض مع المصلحة العامة للمجتمع، مما يفقد العقد وظيفته الاجتماعية[4].

إن المبادئ التي قام عليها المذهب الفردي جسدت مبدأ سلطان الإرادة وتقديس حرية الفرد ولكن سرعان ما أثبتت الظروف الاقتصادية هشاشها نظرا لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية، كل ذلك مهّد لانتشار المذاهب الاشتراكية، بعدما وجه أنصارها النقد اللاذع للمذهب الفردي، الذي دافع عن مبدأ سلطان الإرادة في مفهومه الكلاسيكي[5]، فالمذاهب الاشتراكية أقامها المذهب الاجتماعي وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: قيام المذهب الاجتماعي

---

[1]- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ط الثالثة، سنة 2010، ص 215.

[2]- يقوم المذهب الاقتصادي على عبارتين مشهورين جعلت عنوانا له وهي دع الأمور تجري (laissez faire)، ودع الأشياء تنتقل (laissez passer) ويراد بذلك إطلاق الحرية في العمل وجعل التجارة حرة من القيود الجمركية، يراجع عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد... ، الجزء 1، المرجع السابق، ص 96 الهامش رقم 4.

[3]- المرجع نفسه، ص 97.

[4]- ياسين سعدون، المرجع السابق، ص 197.

[5]- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح ....، المرجع سابق، ص 158.

إن العوامل الاقتصادية والسياسية التي أدت الى ازدهار مبدأ سلطان الإرادة أخذت تنكمش شيئا فشيئا، تحت تأثير التحولات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، فاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية في التعاقد أدى الى ضرورة تحقيق المساواة الحقيقية وتجاوز المساواة المجردة التي هي من أفكار المذهب الفردي، كما أن مصلحة الجماعة أولى من مصلحة الفرد ولقد أسس لهذه المبادئ والأسس مفكرين من رواد المذهب الاشتراكي الذين يجسدون المذهب الاجتماعي وهو ما نتناوله في **(الفرع الأول)**، بينما نخصص **(الفرع الثاني)** للتطرق إلى الحد من سلطان الإرادة.

الفرع الأول: الاشتراكية في الجوانب الاقتصادية

إن العوامل الاقتصادية التي أدت الى ازدهار مبدأ سلطان الإرادة في القرن الثامن عشر تطورت في القرن العشرين وهي نفسها التي أدت الى تراجع هذا المبدأ، فيكون بذلك مبدأ سلطان الإرادة قد ازدهر متأثرا بعوامل اقتصادية وانتكس بفعل العوامل ذاتها [1]، فانتشار الشركات الكبرى كما سبق الإشارة اليه، أدت إلى اختلال التوازن بين صاحب رؤوس الأموال الضخمة والعامل البسيط في العلاقات العقدية، مما أحدث اختلال التوازن في العقد وهو ما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية [2] وقيامها في وجه المذاهب الفردية التي تعترف بالمساواة المجردة النظرية دون النظر الى المساواة الحقيقية في العلاقة العقدية.

إن تراجع مبدأ سلطان الإرادة في ظل تغير البيئة العقدية أدى الى ظهور تيارات مناهضة للمذهب الفردي فلقد شهد النصف الثاني من القرن التاسع عشر مولد المذاهب الاجتماعية، حيث ظهرت فكرة **"الاشتراكية "** في الجوانب الاقتصادية وحمل لواءها اثنان من كبار المفكرين الألمان، هما كارل ماركس (**Karl Marx**)[3] وفرديك انجلز (**Friedrich Engels**) ولقد أدى ذلك إلى ظهور فكرة النظام العام كقيد على المذهب الفردي الذي يجسد النزعة الشخصية في العقد وجاءت مفاهيم جديدة لفكرة النظام العام التي لا تقتصر على الجانب السلبي الرقابي، الذي يقيد الحرية التعاقدية، بل تجاوزته إلى التدخل الإيجابي

[1]- عبد الرزاق، أحمد السنهوري، نظرية العقد...، المرجع السابق، ص 102.

[2]- إن الاشتراكية الماركسية هي إيديولوجية إقصائية، تهدف للقضاء على البرجوازية، وعلى قاعدة قوتها المتمثلة في الملكية الخاصة لوسائل لإنتاج وحرية السوق، يراجع في هذا الخصوص محمد مدان، "الاشتراكية الجزائرية بين النظرية والواقع الاجتماعي"، أنثروبولوجيا المجتمع الجزائري، المحور الثالث، بدون سنة ص 166.

[3]- ماركس وانجلز أصدرا معا الإعلان العام للحزب الشيوعي في ألمانيا عام 1848 ويعتبران مصلحان اجتماعيان، وقد تأثرا بالظروف السيئة للطبقة العاملة في المجتمع الأوروبي الذي عاشا فيه، وذلك في المراحل الأولى لتطور النظام الرأسمالي الفردي، وقد كانا من رجال الاقتصاد على نحو يفوق انتماءهما لعلم القانون، مع ذلك فإن ماركس قام بدراسات عديدة بكلية الحقوق ببرلين ويبدوا أن كراهيته ونفوره من رجال القانون يعزى لكونه مصلحا اجتماعيا في مواجهة أنصار النظام السائد، كما كان فيلسوفا وتأثر بتعاليم هيجل، واستوحى منها العديد من أفكاره في مجال القانون، يراجع على فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 70 الهامش 2.

في تحديد مضمون العقد، لتبرز فكرة العقود الموجهة والمفروضة الأمر الذي أدى إلى التراجع الحاد للنزعة الشخصية التي يجسدها المذهب الفردي [1].

1- عجز سلطان الإرادة على احتواء الظواهر العقدية المستحدثة

إن انتكاس مبدأ سلطان الإرادة تحت تأثير تطور النظم الاقتصادية جعل من خصوم المبدأ يمعنون في نقده [2]، مما جعل البعض ينكر دور الإرادة في العقد الى حد القول بأن العقد يمر فيما عرف **بأزمة العقد (Crise de contrat)** ، أي التشكيك في فاعلية الإرادة على انشاء العقد وتحديد مضمونه وراح الفقه يتحدث عن **فقر الشريعة العامة وشيخوختها** وعن **العقد غير المستقر** وعن مبادئ جديدة سنتناولها في الفصل الثاني بحول الله، مثل الأخوة العقدية والتوازن العقدي، التناسبية، التضامن ومبدأ العدل والمنفعة. [3]

2- العدالة أساس نظرية الالتزام

بعد الأزمة التي أصابت العقد تراجع مبدأ سلطان الإرادة وتلاشى بريقه في الوقت الذي ساد فيه المذهب الاجتماعي، بأبعاده الفلسفية المبنية على الجانب الاقتصادي والاجتماعي للعلاقة العقدية وليس على إرادة أطرافها فقط ولقد ساد في الفقه الفرنسي جدل كبير حول مبدأ القوة الملزمة للعقد التي هي من نتائج مبدأ سلطان الإرادة، الذي يمجد ويقدس الحرية العقدية وظهر في ذلك اتجاهان:

أ- الاتجاه الراد يكالي:

يرتكز على الاقصاء الكلي لمبدأ القوة الملزمة للعقد ويتجاهل وجوده، كما هو الحال بالنسبة للفقيه الفرنسي **(rouhette رووت)** الذي قال : " **إن العقد ليس باتفاق ارادتين ... القوة الملزمة للعقد لم تؤسس عند محرري التقنين المدني على احترام الإرادة ولكن على الضرورة الاجتماعية لاستقرار التعهدات التعاقدية...، وإعمالا بنسبة التطور الحاصل في العالم منذ 1804 فقد اندثرت الفردانية، ولم تعد الإرادة ملزمة إلا أنها تحت سلطة القانون** ..." [4].

ب- الاتجاه الثاني:

[1]- فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 71.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد...، المرجع سابق، ص 154.

[3]- جمعة زمام، المرجع السابق، ص 223.

[4]- عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 96.

يسميه الفقيه " فرانسوا جيني " **(francoisjeny)** حرية البحث العلمي، إذ يؤكد على المبدأ بقوله: **" علينا الإبقاء على المبدأ مع ملاحظتنا أن قوة الإرادة ليست مطلقة، انها تصطدم بحقائق خارجة عنها وبضرورات التنظيم الاجتماعي وما يلاحظ أن هذا الرأي أكثر اعتدالا من الأول"** [1].

الفرع الثاني: ضرورة الحد من مبدأ سلطان الإرادة

إن المفهوم التقليدي للحرية العقدية يجد أساسه في مبدأ سلطان الإرادة الذي يتزعمه المذهب الفردي والذي يعني أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديل الحقوق والالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدين بالزيارة أو النقصان إلا باتفاق الطرفين وهذا المبدأ ساندة الفقه بقوله أن العدالة تتجسد فيما يتفق عليه المتعاقدون، كما أن هذا المبدأ يحقق استقرار المعاملات.

غير أن هذه التطورات الاقتصادية الحديثة التي بدأت على إثر الثورة الصناعية كشفت وبوضوح عن التفاوت بين ما جاء به مبدأ سلطان الإرادة وبين العدالة الحقيقية التي يشعر بها كل فرد خاصة وأن العمل بهذا المبدأ قد ألحق أضرارا بجماعة المستهلكين والعمال، الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل بسن قوانين استثنائية تعالج حالات خاصة، ثم تخلى عن هذه الصبغة الاستثنائية وأصبح تدخله بموجب قواعد عامة في المجموعات المدنية في اغلب الدول. [2]

إن الإرادة الحرة لوحدها وفقا للمذهب الاجتماعي غير قادرة على توليد أثار قانونية في العالم الخارجي وإنما يقتصر دورها على احترام ما يضعه القانون من قواعد موضوعية لتحقيق التوازن ما بين الإرادة الحرة وقواعد العدالة التي تخدم المصلحة العامة للمجتمع [3] ولذلك أصبح تدخل المشرع في تنظيم العقود له ما يبرره وأصبحت العقود خاضعة للنظام العام العقدي ومنه تستمد إلزاميتها وبما أننا سنتناول النظام العام العقدي في المبحث الثاني، فإننا نكتفي بالتطرق إلى التدخل التشريعي في العقود، عن طريق التنظيم عبر مرحلتين، مرحلة تكوين العقد، ومرحلة تنفيذ العقد، وذلك عن طريق العقود الموجهة، كل هذا دفع ببعض الفقهاء الى التنديد بالأزمة التي لحقت العقد، [4] وأن مبدأ الحرية العقدية تراجع وأصبحت مفاهيمه مجرد حبر على ورق وهوما سنتناوله كما يلي:

---

[1]- أحمد حدي لالة، المرجع السابق، ص 29.

[2]- عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة، ص129-130.

[3]- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الارادية (العقد للإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 2015، ص 78.

[4]- يقول أحد الفقهاء أنه: لا يوجد العقد إذا ما حل القانون محل إرادة المتعاقدين، ويرى آخرون أن العقد يعرف ازدهارا جديدا بسبب اتساع المجال الذي تديره العقود ذات الطابع الجماعي أو الفردي، والحقيقة أن هناك اختلافا فقهيا بخصوص مصير العقد، فمنهم المتشائم نظرا

بدأ المشرع يتدخل في صلب العلاقة العقدية والحد من الحرية التعاقدية المطلقة تحت ستار تحقيق المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة، لتحقيق التوازن العقدي وإقامة العدالة العقدية، فظهر التنظيم التشريعي للعقد اثناء مرحلة تكوين العقد وهو ما سنتناوله **(أولا):** وامتد الى آثار العقد وهو ما سنتناوله **(ثانيا).**

أولا: تقييد الإرادة في تكوين التصرف القانوني

يقتضي مبدأ الرضائية أن العقد يتم بمجرد تطابق الإرادتين [1]، مهما كانت طريقة التعبير عن الإرادة، سواء كان التعبير عنها شفاهيا أو حركيا فالعبرة بالاتفاق لا بالطريقة التي تم بها وفي هذا الشأن قال الفقيه الفرنسي **لويزل Loysel " تربط الثيران من قرونها والرجال بأقوالها "**[2].

غير أن مبدأ الرضائية المنبثق عن مبدأ سلطان الإرادة ما لبث أن بدأ يتراجع وبدأ المشرع يتدخل ليلزم المتعاقدين بإفراغ التصرف القانوني في شكل معين، أي أن الشكلية تصبح ركن في الحالات المنصوص عليها قانونا ولا يقوم العقد من دونها وذلك لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة وكذا لتنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف ولحماية الغير حسن النية. [3]

من العقود التي يجب افراغها في الشكل القانوني الرسمي في القانون المدني الجزائري تحت طائلة البطلان، ما نصت عليه المادة 324 مكر 1 من القانون المدني: " زيادة على العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية ... في شكل رسمي ". [4]

من الاجتهاد القضائي جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في **1982/12/18:** " حيث اذا كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرد حصول اتفاق بين الإرادتين، فان الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون و

لتراجع دور الإرادة في انشاء العلاقات العقدية وتنظيمها ومنهم المتفائل لكون العقد لم يضمحل وإنما تطور استجابة لظروف الحياة، يراجع على فيلالي، المرجع السابق، ص 58. الهامش رقم 1.

[1]- تنص المادة 59 من القانون المدني: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقين، دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

[2]- عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 59 الهامش رقم 03.

[3]- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 296.

[4]- يراجع المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، الذي سبقت الإشارة اليه.

بصورة استثنائية توفر كل شكل من الأشكال الرسمية، حيث يصبح تدخل الموثق تحت طائلة البطلان واجبا "[1].

بالإضافة إلى اشتراط الشكلية في ابرام العقود [2] فقد ظهر ما يسمى بالعقد الموجه (**contrat dirigé**) أو العقد الإجباري (**contrat composé**) وهو العقد الذي تملى معظم شروطه على الأطراف وبصفة آمرة وبالرجوع إلى المشرع فإنه قد نص على إلزامية التأمين على السيارات [3]، فهنا المتعاقد مجبر على التعاقد ولكنه حر في اختيار المتعاقد الأخر ومثاله أيضا إلزام أرباب العمل بالتأمين ضد حوادث العمل [4].

إنّ التنظيم القانوني للعقود أخرج العقد من المفهوم التقليدي الذي يمجد الإرادة الحرة في تكوين العقد وتحديد آثاره وظهر ما يسمى بالعقد الموضوعي الذي ليس من صنع إرادة الأفراد وإنما تغير في مفهومه وأخذ يخضع لمقتضيات النظام العام. [5]

إن تدخل المشرع في تنظيم العقود تحث تأثير المذهب الاجتماعي والأفكار الاشتراكية ما هو إلا خدمة للصالح العام وإقامة التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة، بعدما أظهر التفوق الاقتصادي التفاوت بين المراكز القانونية المتعاقدة، فأصبح تدخل الدولة في العلاقة العقدية في مرحلة تكوينها ما هو إلا حد وتضييق من الحرية العقدية التي نادى بها أنصار المذهب الفردي، في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة على مر حقبة من الزمن والذي كان لابد أن يتراجع ويختفي بريقه مع تطور الحياة الاقتصادية، فكل تطور اقتصادي واجتماعي لابد أن يتبعه تطور قانوني والدولة في تنظيمها للعلاقات العقدية إنما تهدف إلى إقامة العدالة العقدية، بدلا من المساواة المجردة وتهدف إلى حماية الصالح العام وكل ذلك انما تقوم به عن طريق آليات النظام العام .

ثانيا: تقييد الإرادة من حيث ترتيب آثار العقد

---

[1]- قرار المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 25699، ن ق، ع خ، سنة 1982، ص 171، نقلا عن علي فيلالي، المرجع السابق، ص 77، الهامش رقم 01.

[2]- هناك ما يسمى بالشكلية غير المباشرة أو شكلية التوجيه وهي تهدف إلى تحقيق أغراض مختلفة كاشتراط الرخص الإدارية، أو وجوب القيام ببعض لإجراءات القانونية في بعض التصرفات المختلفة كاشتراط الرخص الإدارية او وجوب القيام ببعض الإجراءات القانونية في بعض التصرفات قبل أو بعد إبرام العقد ...."، يراجع في هذا الخصوص العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 272.

[3]- بموجب الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات المؤرخ في 25 جانفي 1995 (ج ر، الصادرة في 25 جانفي 1995، عدد 13، ص 06)، المعدل والمتمم.

[4]- آسيا مندي، النظام العام والعقود، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2008- 2009، ص 34.

[5]- حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 64.

لم يقتصر تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية عن طريق تنظيم العقود في مرحلة الإبرام بل أصبح تدخل المشرع في العقود يمتد الى مرحلة التنفيذ وهذا بعدما تطورت وظيفة الدولة بحيث أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه لحماية الطرف الضعيف اجتماعيا واقتصاديا و ثقافيا من جهة أخرى، وأدى ذلك إلى تطور الفقه والقانون المقارن للعقود فبرزت أفكار ومبادئ جديدة جاءت لتجدد وتكيف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين [1]، بحيث لم يعد العقد الحديث موجها في نشأته فحسب بل كذلك في تنفيذه، فالأصل أن الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين تكون ملزمة لهم ولكن في كثير من الأحيان يتدخل المشرع مباشرة أو عن طريق القاضي باسم الضرورات الاجتماعية لكي يعيد تنظيم آثار العقود التي قد أبرمت من قبل.

إن تدخل الدولة في تنظيم العقود وتحديد آثارها يهدف إلى تحقيق المنفعة الاجتماعية والعدالة العقدية ويرمي إلى حماية فئة خاصة من الأشخاص على الرغم من وصف علاقاتهم العقدية، لذلك فإن التفسير الموضوعي للعقد يستند الى معايير العدالة والمنفعة، كما أن العادل والمفيد يلعب دورا هاما في مدة العقد، بحيث يمكن إعادة النظر في العقد لعدم التوقع وهذا السعي يبرر حماية فئة خاصة وهي الطرف الضعيف [2].

إن الفقه الحديث يجيز للمشرع والقاضي أن يتدخلا في تحديد مضمون العقد وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي (**Rouhette رووت**):" أن العقد لا يقوم على مبدأ سلطان الارادة وانما تتمثل القوة الملزمة للعقد في احترام الضرورات الاجتماعية والمصلحة العامة، على اعتبار أن العالم في تطور وبما أن القاعدة القانونية هي قاعدة السلوك فلا بد أن تواكب هذا التطور. "[3].

إن التوازن بين الحرية العقدية والنزعة الموضوعية للعقد مكرس في النصوص القانونية المنظمة لمسالة تحديد مضمون العقد بشكل واضح وذلك بموجب نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل التي تنص: " تلزم الاتفاقيات ليس فقط بما هو معبر عنه فيها بل أيضا بجميع النتائج التي يقرها الإنصاف أو العادة أو القانون للالتزام بحسب طبيعته" [4]، فالأصل أن العقد يحدد مضمونه ونطاقه ويبين حدود الالتزامات التي يرتبها وإذا أغفل المتعاقدين بعض التفاصيل سهوا أو لكونها أمرا مألوفا بين

[1]- أحمد حدي لالة، المرجع سابق، ص 32.

[2]- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للدارسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط الثانية، سنة 2008، ص 13.

[3]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 76.

[4]- تقابلها المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري والمادة 148 فقرة من القانون المدني المصري والمادة 195 من القانون المدني الكويتي والمادة 246 الفقرة من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

الناس يكون العقد ناقصا فيتولى القاضي إكماله، حيث نصت المادة 107 فقرة 2 من القانوني المدني على ما يلي: **"ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ".**

ومن الحالات التي أجاز فيها المشرع للقاضي التدخل من أجل تعديل العقد هي الحالة التي تطرأ فيها ظروف استثنائية بعد ابرام العقد و تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد وهو ما كرسه المشرع بموجب المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري وكذلك ما يتعلق بعقود الاذعان بموجب نص المادة 110 من المدني [1] وهما حالتان على سبيل المثال أجاز فيهما المشرع للقاضي التدخل من أجل مراجعة العقد على خلاف المبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد، فبموجب المادة 110من القانون المدني للقاضي السلطة التقديرية في أن يقدر ما اذا كان الشرط تعسفيا أم لا ؟ واذا تبين له أن الشرط جائرا أو تعسفي فله أن يلغيه كليا أو يعدله وذلك وفقا لما تقضي به مبادئ العدالة وهذا ما يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية وكذا التجاوزات التي قد تفرضها عليه الشركات الاحتكارية من جراء استغلال الوضعية الاقتصادية المهيمنة [2] وعلى هذا الأساس فإن الإرادة في القانون الجزائري تبقى خاضعة لأحكام القانون وليست مطلقة، بل إنها تبقى في خدمة المصالح الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع، بما يحقق التوازن العقدي حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

[1]- تقابلها المادة 149 من ق م المصري والمادة 167 فـ2 من ق م العراقي والمادة 149 من ق م الليبي والمادة 161فـ2 من ق م التجاري الكويتي. .

[2]- العربي بلحاج، المرجع السابق ،ص 232- 233.

المبحث الثاني: تطور مفهوم النظام العام بتطور البيئة العقدية

إن فكرة النظام العام هي فكرة نسبية ومتغيرة من حيث الزمان والمكان وتختلف من حيث المذاهب والنظريات، فالنظام العام في المجتمع الليبرالي يختلف عن النظام العام في ظل المجتمع الاشتراكي وهذا ما جعل الأستاذ **فاري سومير varilles Sommiers يقول: " إن في محاولة تعريف النظام العام اعناتا كبيرا "** [1].

لعل أدق تعبير عن مفهوم النظام العام هو ما عبر عنه الأستاذ كربونيه حيث قال: " **إن النظام العام يعبر عن إرادة الحياة لدى الشعب، تلك الإرادة التي قد تهددها بعض المبادرات الفردية في إطار العقود، وإنه ذريعة حكومية تستطيع الدولة بواسطتها قمع الاتفاقيات الخاصة التي تنال من مصالحها الأساسية** " [2]، فالنظام العام هو وسيلة في يد الدولة لتقييد سلطان الإرادة، بعدما أثبت الواقع أنها لم تعد قادرة على حماية مصالحها وأنها قد تلجأ إلى إبرام عقد تحت ضغط الحاجة فقط دون أن تكون الإرادة حرة وهذا لم يظهر إلا مع التحولات الاقتصادية على اثر الثورة الصناعية خلال القرن التاسع عشر، فكان لابد أن يتغير مفهوم النظام العام ويتطور تبعا لتغير وتطور البيئة العقدية وكما يقول **جوسران: " أن القانون يتطور مع المجتمع"** [3]، ويمكن تصنيف النظام العام إلى شقين أحدهما سياسي أو تقليدي [4] والثاني اقتصادي، فالنظام العام السياسي أو التقليدي، يتمحور حول ثلاث مسائل رئيسية وهي الدولة و العائلة و والآداب [5] ويعمل على السهر على الأمن العام، أو الصحة العامة والسكينة العامة [6].

إن النظام العام وبعد تراجع دور الإرادة في المجال التعاقدي أصبح له مفهوم حديث وهو النظام العام الاقتصادي، الذي توسع وازدهر بعدما ازداد تدخل الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي ويرمي

---

[1]- حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، دار السنهوري، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2016، ص10.

[2]- حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 10.

[3]- فاطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2013-2014، ص 154، غير منشورة.

[4]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 285.

[5]- يتضح من نصوص القانون المدني أن المشرع أشار في بعض المواد منها المادة 24 ،96 و 204 إلى مصطلح " النظام العام والآداب " بينما لم يذكر في نصوص أخرى منها المادتين 161، 344 سوى " النظام العام" مما يجعل التساؤل يثور حول ما إذا كان المصطلحين وجهان لعملة واحدة أم أنهما فكرتين مختلفين، وهذا ما جعل الكثير الفقهاء يميز بين النظام العام من جهة وحسن الآداب من جهة ثانية، حيث تم دراستها في فصلين مستقلين ويقول عبد الرزاق السنهوري في هذا الشأن: " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الافراد بينما الآداب هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية "، عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بقايد، - تلمسان -، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2015- 2016، ص 33.

[6]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 285 الهامش رقم 01.

تدخل الدولة في المجال الاقتصادي إلى تنظيم العلاقات الاقتصادية من إنتاج وتوزيع وتبادل واستهلاك البضائع والمنتوجات وكذلك تنظيم العملة وتنظيم العرض والطلب وهو ما يكرس حرية المنافسة بالنسبة للدول التي تنتهج الاقتصاد المخطط [1].

والنظام العام الاقتصادي يتفرع عنه النظام العام التوجيهي وهو ما نتناوله في **(المطلب الأول)**، ونظام عام حمائي وهو الذي يوفر الحماية للأفراد من تعسف الأقوياء في العلاقات العقدية وسنتطرق له في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: النظام العام الاقتصادي التوجيهي

لم تكن فكرة النظام العام موسعه في ظل المذهب الفردي الذي قدس الحرية التعاقدية ويعتبر نابليون [2] أول من استعمل مفهوم النظام العام في القانون المدني الفرنسي سنة 1804، في نطاق المادة 6 منه التي تنص: " كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلا ولا يعمل به ".

إلا أن القوانين التي اعتبرت من النظام العام آنذاك كانت قليلة وبالتالي فلا مجال لتدخل الدولة في حياة الأفراد إلا في حدود ضيقة، إلا أنه ومع تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وما نتنج عنها من عجز وقصور في المفاهيم التقليدية للعقد، حدث تطور وتحول في وظيفة الدولة التي انتقلت من الدولة الحارسة الى الدولة المتدخلة، التي تتدخل في العقود الخاصة لتوجيهها للمصلحة العامة تحقيقا للتنمية الاقتصادية [3] وذلك باستعمال آلية النظام العام التوجيهي والذي سنتطرق لماهيته في **(الفرع الأول)** و الجزاءات المترتبة على مخالفة قواعده في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: ماهية النظام العام الاقتصادي التوجيهي

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 291.

[2]- وهو العسكري الفذ الذي عمل على إصدار القانون المدني الفرنسي سنة 1804 و الذي يبقى من الأعمال المجبدة والذي قال عنه tiers "بأنه قانون العالم المتحدث والذي امتد أثره إلى خارج حدودنا ولقد قال نابليون في منفاه سانت sainte Hélène إن مجدي الحقيقي ليس في أني ربحت 40 معركة، واترلو ستمحي ذكرى العديد من الانتصارات ولكن ما لا يمحي وما سيبقى خالدا هو تقنيني المدني " يراجع في هذا الخصوص حمزة بن خدة، " قراءة في أهم مسجلات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبة الحالي "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، سبتمبر 2018، ص ص 119-120.

[3]- منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، نوقشت بتاريخ: 2019/5/5. ص 47.

إن دراسة ماهية النظام العام التوجيهي أو الموجّه [1] تقتضي التطرق إلى مفهومه **(أولا)**، وخصائصه **(ثانيا)**، والجزاء المترتب على مخالفته **(ثالثا)**.

أولا: مفهوم النظام العام الاقتصادي التوجيهي

يقصد بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي تلك القواعد الملزمة والهادفة الى توجيه الاقتصاد وتحقيق المصلحة العامة مثل القواعد المنظمة لمالية الدولة وقانون النقد والقرض [2]، كما يقصد بالنظام العام التوجيهي تلك الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع ما، بحيث ترمي إلى تجسيد السياسة الوطنية المتمثلة في تدخل الدولة في حرية الأفراد، وقواعد النظام العام التوجيهي يراد بها تحقيق المصلحة العامة وهي مرتبطة بنظام الحكم القائم ويهدف من خلال أحكامه إلى تنظيم المبادلات الاقتصادية أو النقد الوطني وكذا التجارة الخارجية والاستثمار والإنتاج والتسويق وتحضير التنمية الاقتصادية و الاجتماعية والتهيئة العمرانية، أي تنظيم كل ما له علاقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة وهذا النوع من النظام العام يؤكد علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة [3].

يتعلق النظام العام الاقتصادي التوجيهي بكل القواعد القانونية التي تنظم وتدير الاقتصاد الوطني، فهي تحمي المبادئ الأساسية والمصالح العليا في البلاد في الميدان الاقتصادي والاجتماعي، فاذا كان للنظام العام الاقتصادي للدولة يقوم على قانون السوق، فان النظام العام الاقتصادي التوجيهي يسعى من خلال القوانين المختلفة إلى المحافظة على المنافسة واستمرارها ويتم ذلك من خلال منع الاحتكار وحماية حرية الأسعار... إلخ. [4]

أما بالنسبة للبلدان التي كانت تعتمد الاقتصاد المخطط فإن النظام العام الاقتصادي التوجيهي يسعى إلى تنظيم التنمية الاقتصادية والاجتماعية تنظيما مفصلا ويتم ذلك عن طريق تنظيم التجارة الخارجية والاستثمار الخاص والمتعاملين الاقتصاديين والتسويق أي كل الميادين التي لها علاقة بالتنمية

---

[1]- يعتبر Josserand أول من تفطن لفكرة التوجيه التعاقدي، من خلال مقالة المشهور " العقد الموجه "، وتبعته مقالات أخرى في سنة 1937 وأيضا سنة 1940 والذي أشار في مجملها أن توجيه العقد هو غاية ووسيلة في نفس الوقت يستخدمها المشرع بصورة أساسية لبلوغ بعض الأهداف منها حماية المتعاقد الضعيف وتوجيه العقد لخدمة سياسية الاقتصاد الموجه من جهة أخرى وذلك باستخدام القواعد الآمرة وتقييد المبادئ التي كان يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة، يراجع في هذا الخصوص أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2018-2019 ،ص 2.

[2]- آسيا مندي، المرجع السابق، ص 8.

[3]- منال بوروح، " مصادر النظام العام لحماية الطرق الضعيف"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني، ص 291.

[4]- يعتبر القانون 89-12 المتعلق بالأسعار الملغى، والمؤرخ في 1989/07/5، (ج ر، الصادرة في 07/19/ 1989،العدد 29، ص757)، هو خير مثال على تدخل الدولة لتوجيه الاقتصاد والذي حرر الأسعار بعدما تخلت الدولة عن الاشتراكية واعتنقت اقتصاد السوق، يراجع علي فيلالي، المرجع السابق، ص 292 الهامش رقم 01.

الاقتصادية والاجتماعية للبلاد [1] والنظام العام التوجيهي يحتوي على القواعد الآمرة التي تمنع الأفراد من القيام ببعض التصرفات، مثله مثل النظام العام التقليدي وله في نفس الوقت مفهوم إيجابي والذي يحمل الأفراد على المشاركة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية ويكون ذلك عن طريق تحديد مضمون العقد و هذا ما يطلق عليه بالعقود المفروضة والموجهة وأخرى محظورة ومراقبة [2].

ففي النظام العام الموجه تقوم الدولة بتسقيف الأسعار عن طريق تحديد الثمن و يكون اقتناء السلع بكميات محدودة دون أن تأخذ بعين الاعتبار حرية الأفراد أي إرادة كل من البائع والمشتري في تحديد كمية السلع والثمن وللبائع الحرية في أن يبيع بأقل من السعر الأقصى المحدد، كما للمشتري أن يطلب أقل من الكمية المحددة للسلع التي يمكن أن يطلبها، فالثمن في النظام العام التوجيهي لا يخضع لإرادة الأفراد، بل للقيمة الاجتماعية التي تحددها السلطة العامة، لأن الدولة تغلب المصلحة العامة على مصلحة لأفراد وأبرز مثال يقدمه التشريع المعاصر على النظام العام الموجه هو تحديد الأسعار [3].

ثانيا: خصائص النظام العام الاقتصادي التوجيهي

سبق وأن ذكرنا سابقا أن النظام العام التوجيهي يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم وتوجه الاقتصاد الوطني وبذلك فإنه يهدف الى تغليب المصلحة الخاصة وقواعده تتميز بالمرونة والتغيير وتختلف في ظل النظام الاشتراكي عن نظام اقتصاد السوق ولذلك فإنه يشتمل على الخصائص التالية:

1- النظام العام التوجيهي يهدف الى تحقيق المصلحة العامة:

إن كل من نظام العام السياسي والنظام العام التوجيهي يهدفان إلى تحقيق المصلحة العامة وهذا ما يجعل من التمييز بينهما أمرا صعبا ويمكننا أن نقول أن النظام العام التوجيهي يهدف الى تحقيق المنفعة العامة، كتنظيم التبادلات أو النقد الوطني وكذا التجارة الخارجية والاستثمار والإنتاج والتسويق وتحضير مخططات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة. [4]

وبذلك فإن العقد المخالف لسياسية الدولة الاقتصادية يكون مخالفا للمصلحة العامة وبالتالي يترتب عليه البطلان المطلق، حيث يحق لكل ذي مصلحة أن يطالب بهذا البطلان لأن المصلحة العليا للدولة معرضة للخطر، فالقواعد التي تحكم النظام العام للتوجيهي قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها.

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 292.

[2]- منال بوروح مصادر النظام العام ...، المرجع السابق، ص 291.

[3]- حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 113.

[4]- آسيا مندي، المرجع السابق، ص 10.

2- النظام العام التوجيهي متغير:

النظام العام الاقتصادي التوجيهي يتضمن القواعد القانونية الملزمة التي توجه الاقتصاد والتي لها التأثير على العقود الخاصة، بحيث أن كل عقد يخالف القواعد الملزمة المتعلقة بالنظام العام التوجيهي يترتب على مخالفتها البطلان [1].

فالنظام العام الموجه متغير غير ثابت لأن أهدافه قابلة للتغيير والنظام العام التوجيهي لا يرتبط بنظام معين فيوجد نظام عام توجيهي في البلدان الاشتراكية، كما يوجد نظام عام توجيهي في البلدان الليبرالية، فالنظام العام التوجيهي مرتبط بسياسة الدولة وطريقة توجيه الاقتصاد تختلف باختلاف النظام المنتهج [2]، ففي الجزائر توجيه الاقتصاد في ظل الاشتراكية يختلف عن توجيهه في ظل التوجه نحو الليبرالية واقتصاد السوق ومثال ذلك الأمر 25/95، المؤرخ في سبتمبر1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، وقوانين الجمارك وقوانين المالية [3].

3- النظام العام التوجيهي إيجابي:

يمتاز النظام العام التوجيهي بأنه إيجابي بالمقارنة مع النظام العام التقليدي الذي يقتصر على حماية المبادئ الأساسية في الدولة وتأتي قواعده في صورة المنع، فالنظام العام التوجيهي لا يقتصر فقط على منع الأفراد المتعاقدة من القيام ببعض التصرفات القانونية ولكن يلزمهم باحترام بعض الشروط التي يوردها ضمن القواعد الملزمة التي من خلالها ينظم المشرع اقتصاد الدولة مستعملا وسيلة النظام العام التوجيهي ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 136 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[4] التي تنص: " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون " وفي هذا الخصوص يقول ربيير **Ripert " القانون لا ينص على ما يجب الامتناع عنه فحسب بل ينص كذلك على ما يجب القيام به"**[5].

الفرع الثاني: جزاء مخالفة قواعد النظام العام التوجيهي

إن العلاقات العقدية التي يقوم بها الافراد أصبحت تخضع لما ينص عليه النظام العام التوجيهي، بحيث يجب أن تتوافق إرادة الأطراف على ما هو مرسوم لها من خطة اقتصادية تحقيقا للتنمية.

---

[1]- المرجع نفسه، ص 10.

[2]- حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق ص109.

[3]- آسيا مندي، المرجع السابق، ص 10.

[4]- المؤرخ في 21 أفريل 1990، (ج ر ، الصادرة بتاريخ: 25 أفريل 1990، العدد 17، ص 562) ، المعدل والمتمم.

[5]- آسيا مندي، المرجع السابق، ص 11.

إن الأهداف التي تتضمنها الخطة الاقتصادية تتصف بالإلزام، فكما سبق وأن ذكرنا أن النظام العام التوجيهي يتصف بأنه إيجابي أي أنه يحتوي على قواعد تمنع الأفراد من القيام ببعض التصرفات القانونية المخالفة للنظام العام الموجه، بالإضافة إلى فرض شروط وواجبات على المخاطبين بها بحيث يترتب على مخالفتها الجزاء وهو البطلان الموضوعي لأن كل ما يخالف الخطة الاقتصادية يتعارض مع المصلحة العامة، لذلك فإن تقرير البطلان كجزاء على مخالفة أحكام النظام العام الموجه يكون بطلانا مطلقا، يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به ويجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، وبالإضافة إلى هذا الجزاء فقد تؤدي مخالفة أحكام النظام العام الموجه إلى مصادرة الشيء المطلوب استرداده لحساب الخزينة، لذلك سنتناول هذا الفرع **(أولا)** البطلان المطلق كجزاء المخالفة أحكام النظام العام التوجيهي و**(ثانيا)** المصادرة.

أولا: البطلان المطلق للعقد

إن القواعد المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي لا تختلف عن أحكام وقواعد النظام العام السياسي بحيث تكون ملزمة لا يمكن مخالفتها بأي شكل من الأشكال، وبالتالي فإنه يترتب على مخالفتها بطلان العقد بطلانا مطلقا كما هو الحال بالنسبة لمخالفة قواعد النظام العام السياسي بمفهومه التقليدي.[1]

إن العقد المخالف للسياسة الاقتصادية للدولة يكون مخالف للمصلحة العامة وبالتالي يكون باطلا بطلانا مطلقا و يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، لأنه يهدد المصلحة العليا للبلاد[2] وفي هذا تنص المادة 102 من قانون المدني: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يسقط بالإجازة "،[3] ومن المقرر فقها وقضاء أن حق الغاء العقد المستمر الغير محدد المدة هو حق من النظام العام ولأن حرمان الشخص من هذا الحق يجعل من العقد مؤبد وهو ما لا تجيزه القوانين المعاصرة، فارتباط هذا الحق بالنظام العام يجعل كل اتفاق على التنازل عنه باطلا وعليه فالمتعاقدين يستطيعان تنظيم حق إلغاء العقد غير المحدد المدة على أن لا يتعارض هذا التنظيم مع مكنة استعمال

[1]- إن فكرة النظام العام مكرسة في جميع فروع القانون بقسميه العام والخاص، ففي القانون العام فإن المسائل التي تدخل في المجال التقليدي للنظام العام تشمل الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، أما في مجال القانون الخاص الذي هو موضوع دراستنا فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في شكل قواعد آمرة وناهية يمنع على الأفراد الاتفاق على مخالفتها في الحال، كونها تهم مصلحة المجتمع مباشرة أكثر ما تهم الأفراد مما يجعل من النظام العام قيدا على الحرية التعاقدية، منال بوروح " مصادر النظام العام...، المرجع السابق، ص 288.

[2]- آسيا مندي، المرجع السابق، ص 10.

[3]- المادة 102 من القانون المدني الذي سبقت الاشارة اليه.

هذا الحق وفي هذا الخصوص يرى farjat أن كل من الفقه والقضاء في فرنسا قد استقرا على أن التنازل مقدما عند ابرام العقد غير المحدد المدة عن الحق في طلب الغائه والتحلل منه باطل لا قيمة له". [1]

لذلك فقد أبطلت محكمة استئناف باريس شرطا في عقد تأسيس شركة غير محدد المدة الذي يفرض على العضو الذي يطالب بحلها أو الانسحاب منها دفع مبلغ من التعويض وقالت أن هذا الشرط باطل حتى ولو تضمنه نص صريح في العقد، لأنه يحد من سلطة المتعاقدين في اللجوء الى القضاء لطلب حل الشركة أو الانسحاب منها وهو حق قررته المادة 1869 من القانون المدني ولما كان هذا الحق من النظام العام فإن تقيده بهذال القيد باطل لا أثر له. " [2]

إن كل القوانين التي تهدف إلى تنظيم المنظومة الاقتصادية [3] من جميع جوانبها فهي من النظام العام الاقتصادي التوجيهي وتعد باطلة العقود التي تخالف هذه الأحكام وفي ذلك نجد قرار المحكمة العليا الذي رفض الطعن في قرار المجلس القضائي الذي قضى ببطلان بيع شاحنة مستوردة ومحظور بيعها بحكم القانون واللوائح التنظيمية، ويدخل البيع هنا ضمن مقتضيات النظام العام الاقتصادي [4].

ولذلك إذا تضمن العقد أية مخالفة تجعله يحيد عن الاتجاه المرسوم له قانونا، مما يجعله يتعارض مع المصلحة العليا للمجتمع سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ويخالف النظام العام الموجه مما يجعل من العقد باطل بطلانا مطلقا. [5]

ثانيا: الجزاء التكميلي

إنّ جزاء البطلان المطلق لمخالفة قواعد النظام العام التوجيهي غير كافية لمواجهة المشاكل التي تثور بمناسبة هذه المخالفة، لذلك لابد من جزاء تكميلي آخر و هو مصادرة محل العقد المخالف للنظام العام الموجه لمصلحة الدولة وذلك إذا كان الأطراف على علم بما ارتكبوه من مخالفة، في هذا الصدد يرى الأستاذ **(فريجا فيل): " في عقود رشوة الموظف يكون من الشذوذ لفكرة حماية النظام العام أن**

[1]- حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص ص 155- 156.

[2]- حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 156.

[3]- من بين هذه القوانين على سبيل المثال لا الحصر القانون 88 - 02 المؤرخ في 12 جانفي1988 المتعلق بالتخطيط، (ج ر، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988، ع 02)، وكذلك القانون 88- 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية (ج ر، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988، ع 02)، كذلك القانون 90- 10المؤرخ في 14 أفريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، (ج ر ، الصادرة بتاريخ 18 أفريل 1990، ع 16، ص520)، المعدل والمتمم.

[4]- المؤرخ في 16 أفريل 1983، ملف رقم 30072، م ق، العدد 2، 1989، ص 37، نقلا عن علي فيلالي، المرجع السابق، ص 294، الهامش رقم 1.

[5]- حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 157.

يستبقي الموظف المرتشي مبلغ الرشوة وكذلك بيع منزل يدار للقمار أو للدعارة فإنه من الأفضل مصادرة محل العقد لأن في ذلك مدعاة للإحجام عن ابرام مثل هذه العقود"، ويقول الأستاذ**(رواست): " يجب أن نفحص كل حالة على حدى لوضع الحل الذي يتناسب مع حماية النظام العام ...، فإذا كنا بصدد تصرف مخالف للنظام العام الموجه فيتعين بصفة عامة مصادرة محل الالتزام لسد الطريق على أولئك الذين يبرمون عقودا تمس النظام العام بعلمهم مقدما بمصادرة محل الالتزام على الرغم من بطلان العقد ."** [1]

المطلب الثاني: ازدهار النظام العام في مفهومه الحمائي

لم تعد قواعد النظام العام الاقتصادي تهتم بتوجيه سياسة الاقتصاد وإعداد الخطة لتحقيق التنمية الاقتصادية، بل تطور مفهوم النظام العام وازدهر عندما أصبح يتدخل بقواعد آمرة في تنظيم العقود لحماية الطرف الضعيف، وتحقيق العدالة الاجتماعية والتوازن العقدي الذي أصبح مفقودا بعد التحولات الاقتصادية التي حدثت بعد الثورة الصناعية بداية من القرن التاسع عشر، حيث ظهر اختلال التوازن بظهور أصحاب رؤوس الأموال الضخمة في علاقات عقدية مع عمال بسطاء، فأصبحت مقولة: **"كل هو عقدي فهو عادل"** غير منسجمة ومتلائمة مع الواقع وأصبحت المساواة المجردة التي كرسها مبدأ سلطان الإرادة لا تستجيب مع هذه التحولات، كذلك كان لابد من اللجوء إلى وضع أسس جديدة للعقد وهي تحقيق المساواة الفعلية بدلا من المساواة المجردة وكان لابد من تقييد العقد بقيود لخدمة المصلحة الاجتماعية عن طريق توظيف قواعد النظام الاقتصادي الحمائي أو ما يسمى بالنظام العام الاجتماعي ولذلك سنتطرق إلى ماهية النظام العام الاقتصادي الحمائي في**(الفرع الأول)** والجزاء المترتب على مخالفته في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: ماهية النظام العام الاقتصادي الحمائي

سنتناول في هذا الفرع مفهوم النظام العام الاقتصادي الحمائي **(أولا)** وخصائصه **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم النظام العام الاقتصادي الحمائي

هو الذي يهدف من خلال النصوص التشريعية الآمرة إلى إقامة التوازن التعاقدي في التصرف القانوني بين الإرادات المتقابلة وتحقيق المساواة القانونية والفعلية وحماية إرادة الطرف الضعيف في التصرف القانوني، في حين نجد أن النظام العام التوجيهي يهدف إلى تأثير التصرف القانوني على

[1]- المرجع نفسه، ص 160.

الاقتصاد، فالنظام العام الحمائي يهدف الى حماية تأثير التصرف القانوني على الوضع الداخلي الخاص بكلا المتعاقدين في نفس التصرف القانوني.[1]

كما تهدف أحكام النظام العام الاقتصادي الحمائي أو النظام العام الاجتماعي إلى حماية بعض الفئات الاجتماعية الضعيفة اقتصاديا واجتماعيا، إذ تحت ضغط هذه الفئات بشتى الطرق تتكفل الدولة بحماية بعض المصالح لفئات محددة في المجتمع منها مصالح العمال والمستهلكين ... الخ [2] وبصفة عامة فالنظام العام الحمائي يختص بالعقود التي لا توجد فيها مساواة اقتصادية ما بين الطرفين وكأنه يميل إلى حماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا ضد المتعاقد الأقوى.

لذلك فالقوانين المتعلقة بحماية واعلام المستهلكين وقوانين مقاومة الشروط التعسفية في العقود النموذجية [3] تنشئ فرعا جديدا من النظام العام وهو ما أطلق عليه الفقه بالنظام العام الحمائي (**l'ordre public de protection**) [4].

يعمل النظام العام الاقتصادي الحمائي على تحقيق التوازن في المجتمع بين الأفراد تجسيدا للعدالة الاجتماعية وذلك بواسطة جملة من الحقوق تعطى للطرف الضعيف في العلاقة العقدية لتحد من تعسف الطرف القوي.[5]

إن الدولة ومن خلال استعمال قواعد النظام العام تقيد الحرية العقدية وهذا التقييد يتمثل في مجموع القواعد الحمائية المكرسة لحماية بعض الفئات من الأشخاص كالعمال، المستأجرين والمستهلكين والنظام العام يقيد الحرية التعاقدية من خلال قواعده الآمرة التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة وذلك من خلال حماية الطرف الضعيف في المجتمع وكذلك تحقيق العدالة الاجتماعية من خلال العمل على إعادة التوازن العقدي.[6]

وعليه فإن النظام العام الذي كان يحمي الحرية العقدية في مفهومه التقليدي، توسع وتطور نتيجة لتغير البيئة العقدية، فجعل لهذه الحرية العقدية قيودا وبالتالي تغيرت وظيفة النظام العام من

---

[1]- عبد القادر أقصاصي، " فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرق الضعيف في العقد"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، ع 01، السنة 2019، ص 267.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 294.

[3]- عرف الفقيه الفرنسي جيستان Ghestin العقود النموذجية بأنها: " عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجة على الأشخاص الذي يقبلون صياغة عقودهم على منوالها" وعرفها الفقيه الفرنسي lautè بأنها: " صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، بحيث تستخدم عند إبرام عقود مشابهة تنصب على نفس موضوع العقود النموذجية" يراجع أيمن سعد، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 2012- 2013، ص 12.

[4]- حسين علي الكلابي، المرجع السابق، ص 106.

[5]- منال بوروح، مصادر النظام العام...، المرجع السابق ص 291.

[6]- المر جع نفسه، ص 291 .

الوظيفة الخاصة الحامية للحرية العقدية إلى المقيدة لها، فالنظام العام يعمل على مراقبة العقد بمقتضى قواعد آمرة.[1]

إن وظيفة النظام العام لم تعد تقتصر على المنع أي تحضر على الأفراد القيام ببعض التصرفات وهذا هو الطابع السلبي للنظام العام، وهو ما يطلق عليه بالنظام العام المانع، بل أصبح النظام العام يفرض على الأفراد سلوكا معينا يجب الالتزام به، من أجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وذلك من خلال تحديد مضمون العقد الذي يبرم بين أطراف في مراكز غير متساوية أصلا فالنظام العام اتسع ليشمل الحماية الى جانب المنع.[2]

إن القواعد الآمرة التي يحتوي عليها النظام العام الاقتصادي الحمائي لا يجوز مخالفتها، فهي تمثل الحد الأدنى من الحماية للطرف الضعيف مثلا العامل في عقد العمل، فلا يجوز مخالفة هذه القواعد تحت طائلة البطلان غير أنه وفي نفس الوقت يمكن مخالفتها بالرغم من صفتها الآمرة، متى انطوت المخالفة على رفع الحد الأدنى من الحماية المقررة بموجب هذه القواعد.[3]

يترتب على هذا في عقد العمل مثلا تطبيق نظرية **"الشرط الأصلح للعامل"** التي تقوم على بطلان كل شرط يخالف التشريع الاجتماعي، ما لم يكن أكثر فائدة للعمال وعليه فقد نص المشرع في المادة 62 من القانون رقم 90- 11 على أنه: " يعدل عقد العمل اذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات الجماعية تملي قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل ".

لابد أن يكون الشرط الوارد في عقد العمل والذي هو أكثر فائدة للعامل غير مخالف للنظام العام بمفهومه الكلاسيكي وإلا كان هذا لشرط باطلا بطلانا مطلقا.[4]

وعليه فإن النظام العام الاقتصادي الحمائي يجسد تطور وظيفة الدولة التي كانت حارسة للحرية العقدية في ظل المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، غير أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية و السياسية على اثر الثورة الصناعية جعلت من وظيفة الدولة تتطور فأصبحت تتدخل في العلاقات العقدية لحماية الطرف الضعيف بفرض قواعد آمرة تتضمن حقوقا لهذا الأخير وهذا الدور الجديد للدولة اصطلح على تسميته **بالدولة المتدخلة** والدولة عندما تتدخل في العلاقات العقدية لتنظيمها إنما

---

[1]- نفسه، ص 297.

[2]- عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 268.

[3]- رقية سكيل، " البعد التعاقدي في علاقات العمل في التشريع الجزائري "، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 21، سنة 2019، ص 171.

[4]- رقية سكيل، المرجع السابق، ص 171.

تستعمل آلية النظام العام، الذي تطور وازدهر عندما أصبح يهدف إلى حماية الطرف الضعيف وتحقيق العدالة العقدية، بعدما كان النظام العام في مفهومه الكلاسيكي يهدف إلى حماية الحرية العقدية.

إن حماية الطرف الضعيف لم تكن وليدة التشريعات الخاصة، [1] بل هناك أحكام في القانون المدني تهدف الى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا واجتماعيا إلا أننا لا نتطرق لها في هذا المطلب لأننا سنتطرق لها بالتفصيل في الفصل الثاني.

ثانيا: خصائص النظام العام الاقتصادي الحمائي

يتميز النظام العام الحمائي بخاصتين هما: تحقيق العدالة الاجتماعية وأنه يتصل بالواقع ويتأثر به وهذا ما ستناوله تباعا:

1- تكريس العدالة الاجتماعية

تعرف العدالة على أنها ما هو متوافق مع القانون، والقانون البشري يجب أن يكون عادلا أي موجها نحو الخير العام للشعب، والعدالة التبادلية تقوم على أساس أن العقد هو تصرف تبادلي، يرتب التزامات متقابلة ويجب أن تكون متساوية من الجانبين، فالعقد منظور اليه على أنه وسيلة تبادل للأموال والخدمات وهو خاضع لمبدأ العدالة التبادلية، فالحرية التعاقدية في ظل الأنظمة الليبرالية لا تحقق العدالة العقدية لأنه ومع تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بعد الثورة الصناعية أصبح العقد يضم أشخاص غير متكافئين اقتصاديا ومعرفيا مما يجعل الإرادة غير قادرة على تحقيق العدالة العقدية، [2] وعليه فإن الحرية العقدية لا تحقق العدالة العقدية، نظرا لاختلال التوازن الاقتصادي للعقد ولم يعد التراضي وحده كاف لتحقيق التوازن في العقد، فكان لابد للمشرع أن يتدخل في تكوين العقد وتحديد مضمونه وبذلك يتم الانتقال من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون، ومن النزعة الفردية الى النزعة الجماعية باعتبار أن العقد أداة لتحقيق النفع العام [3].

إن تدخل المشرع في تنظيم العلاقة العقدية يكون عن طريق آلية النظام العام الاقتصادي الحمائي لحماية الطرف الضعيف، وهو ما كرسه المشرع في القانون 90-11، المتعلق بعلاقات العمل [4] والذي أبرز فيه حقوق العامل ومنها مدة العمل ومواقيت العمل الليلي، والساعات الإضافية والراحة

---

[1] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 295.

[2] - آسيا مندي، المرجع السابق، ص 12.

[3] - حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2011-2012، ص60.

[4] - الذي سبقت الإشارة اليه.

الأسبوعية ومدة العمل ومواقيت العمل الليلي والساعات الإضافية والراحة الأسبوعية والعطلة السنوية، والأجر الأدنى ... و غيرها من الحقوق، [1] كما تولى تنظيم نشاط الاستهلاك وذلك من خلال مجموعة من القوانين منها القانون رقم 09-03، [2] والقانون رقم 08-12 [3] المتعلق بالمنافسة ويسعى المشرع من هذا التدخل إلى توفير الحماية للمستهلك من خلال تنظيم السوق ووضع التزامات على عاتق المتدخلين لفائدة المستهلكين. [4]

إن القوانين المذكورة آنفا تنظم العلاقات العقدية وهذا ما نجده في العقود المسماة في القانون المدني كعقد البيع وعقد الشركة وعقد الرهن ... الخ، كلها قوانين الهدف منها تنظيم العلاقات العقدية، مثل القوانين الخاصة غير أنهما يختلفان في الغاية، فالقوانين الخاصة تنظم العلاقات العقدية لحماية الطرف الضعيف من تعسف المتعاقد القوي بينما الغرض من العقود المسماة التقليدية هو مساعدة المتعاقدين على تنظيم علاقتهما العقدية، التي تكون أحكامها مكملة يجوز للأطراف مخالفتها [5].

وعليه فإن ما يميز النظام العام الحمائي أن الحقوق التي يرتبها يجوز التنازل عنها، فالعقد يبقى صحيحا بالرغم من مخالفته للنظام العام الحمائي، إذا لم يتمسك الطرف الذي تقرر لمصلحته بالبطلان، ولم ينتقص من العقد ذلك الجزء الذي يخالف النظام العام الحمائي ويبقى الجزء الآخر من العقد صحيحا ونافذا.

فالجزاء المتعلق بهذا النوع من النظام العام هو البطلان النسبي، بخلاف أنواع النظام العام الأخرى. [6]

2- اتصال النظام العام الحمائي بالو اقع

يقوم النظام العام الاقتصادي الحمائي على ايجاد الحلول للمشاكل التي يفرزها الواقع المعاش فالمشرع يتدخل بقواعد آمرة عن طريق آلية النظام العام الحمائي لحماية الطرف الضعيف، لأن القوانين تولد من رحم تحوّل الظروف وتطورها داخل المجتمع فمثلا يتدخل المشرع عن طريق قواعد النظام العام الحمائي لحل مشاكل العمال ففي أواخر القرن الثامن عشر وخلال القرن التاسع عشر وهو ما يعرف " **بعصر محنة العمال الكبرى** " حيث تعرضت الطبقة العاملة وخاصة النساء والأطفال لأكبر حملة من

[1] - يراجع في هذا الخصوص المواد، 22، 27، 31، 33، 87 من القانون 90 --11، المتعلق بعلاقات العمل.

[2] - المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج ر، الصادرة في 8 مارس 2009، ع 15، ص 12) المعدل والمتمم.

[3] - المؤرخ في 25 جوان سنة 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03- 03 المتعلق بالمنافسة (ج ر، الصادرة بتاريخ 2 جويلية 2008، ع 34، ص 11).

[4] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 296.

[5] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 297.

[6] -حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق ص 106.

الاستغلال في المراحل الأولى من تدخل الدولة لمعالجة لاختلال الاجتماعي ولعل أول هذه التشريعات التشريع الصادر في إنجلترا لتنظيم عمل صغار السن.[1]

أما في الجزائر فإنه وبموجب القانون 90-11 فإن المشرع احتفظ بتنظيم وتأطير المسائل الأساسية والجوهرية في شكل قواعد قانونية آمرة، ليعتبر كل شرط أو بند في العقود والاتفاقيات مخالفا لهذه القواعد باطلا وعديم الأثر، لمخالفته الأحكام التشريعية المعمول بها. كما تدخل لإيجاد حلول لأزمة السكن وما ترتب عليها من آثار سلبية في المجتمع وبذلك وضع التسهيلات في عقد الايجار لفائدة المستأجر بدافع اجتماعي.[2]

الفرع الثاني: جزاء مخالفة النظام العام الاقتصادي الحمائي

إن النظام العام الحمائي هدفه حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية التي يكون فيها تباين في المراكز القانونية بين الأطراف المتعاقدة، لذلك فإنه يختلف عن النظام العام الاقتصادي التقليدي من حيث الغاية والجزاء.

يفرق بعض الفقهاء بين أنواع النظام العام، بحيث يكون لكل نوع جزاء خاص يترتب على مخالفة قواعده وفي هذا الشأن الأستاذ ريبير **Ripert**[3] : " **إن النظام العام الاقتصادي الحمائي تؤدي مخالفته الى البطلان النسبي على عكس أنواع النظام العام الأخرى**".

إن الفكرة التقليدية للنظام العام تهدف إلى حماية المصلحة العامة ولذلك فإن مخالفة قواعده تؤدي إلى البطلان المطلق كجزاء على هذه المخالفة والبطلان هو حرمان التصرف من ترتيب الآثار التي يرجوها المتصرف من هذا التصرف فلا يعتد به[4]، إلا أن هذا الجزاء تطور فلقد تنبه الفقهاء بأن هذه الفكرة التقليدية لابد أن تقيد من خلال حماية المصلحة الخاصة واستنتجوا أن الجزاء الأفضل لتحقيق الوظيفة الحمائية للنظام العام هو تقرير البطلان النسبي الذي يكون من حق المتعاقد المحمي وحده التمسك به وهو الذي أراد المشرع حمايته وهو ما استخلصه الأستاذ ريبير **Ripert**.[5]

---

[1] -رقية سكيل، المرجع السابق، ص 169.

[2] -المرجع نفسه، ص 170.

[3] - آسيا مندي، المرجع السابق، ص13.

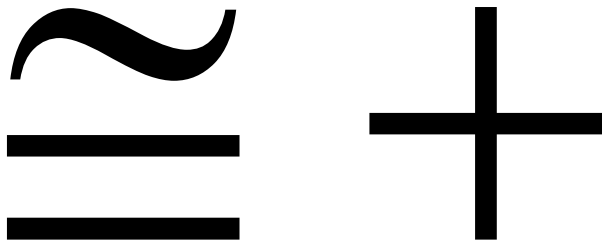
[4] - نجيب عبد الله الحبشة، مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين ،كلية الدراسات العليا، ص 99.

[5] - حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 142.

إن البطلان النسبي كجزاء على مخالفة أحكام النظام العام الاقتصادي الحمائي هو ما يخدم مصلحة المتعاقد الضعيف التي تقتضي إبقاء العقد لا بطلانه، مع إبطال الشرط التعسفي أو إعفاء المتعاقد من تنفيذه وهو ما نصت عليه المادة 110 [1] من القانون المدني بخصوص عقود الإذعان وقد يتمثل الجزاء كذلك في استبدال الشرط المخالف للنظام العام بحكم القانون، كما نصت على ذلك المادة

[1] - تنص المادة 110 من القانون المدني على ما يلي: « اذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "، والتي تقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري، والمادة 204 من القانون المدني الأردني.

[2] - المادة 136 من القانون 90- 11، الذي سبقت لإشارة اليه.



عجز الحرية العقدية عن تحقيق التوازن العقدي

إن التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي نتج عن الثورة الصناعية أدى الى ظهور تفاوت في المراكز القانونية بين الأطراف المتعاقدة، نتيجة لوجود طرف قوي اقتصاديا و طرف ضعيف قد يتعاقد تحت ضغط الحاجة، هذا ما جعل المشرع يهتم بحماية الطرف الضعيف اقتصاديا واجتماعيا ولكنه لم يكن بصفة رئيسية ضمن قواعد القانون المدني، لأن العبرة كانت بالمساواة المجردة دون المساواة الحقيقة ومع ذلك نجده قد كرس حماية قانونية لحماية المتعاقد الذي يكون في وضع اقتصادي أو اجتماعي صعب ومنها على سبيل المثال عيب الاستغلال، الذي كرسه المشرع ضمن المادة 90 من ق م وجعله عيبا يعيب الرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال، كما أن حماية الطرف المذعن أولى لها المشرع أهمية ضمن المادة من 110 ق م وذلك فيما يتعلق بالشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان، حيث أجاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، إلا أن هذه الحماية أصبحت غير كافية لحماية للطرف الضعيف، هذا ما جعل المشرع يلجأ إلى إصدار العقود المتخصصة المنفصلة عن قواعد القانون المدني، كعقد الاستهلاك وعقد التأمين وغيرها، وعليه سنتناول في **(المبحث الأول)** حماية الطرف الضعيف من اختلال التواز العقدي، فالتوجه الجديد للمشرع في العلاقات العقدية لم يعد قائما على المساواة المجردة التي هي نتاج المذهب الفردي بل أصبحت العلاقات العقدية قائمة على أساس المساواة الحقيقية لتحقيق لصالح العام والعدالة العقدية وهذا ما نتناوله في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: حماية الطرف الضعيف من اختلال التوازن العقدي

عمد المشرع إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية منذ إصداره للقانون المدني سنة 1975 وذلك ضمن حالات قانونية متعددة ومنها على الخصوص الحماية التي كرسها للطرف المستغل في نظرية عيوب الرضا منها عيب الاستغلال بموجب المادة 90 من القانون المدني، حيث نص على أنه و بناءا على طلب المتعاقد المغبون يجوز للقاضي أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، كما أنه نص على محاربة الشروط التعسفية التي قد تتضمنها عقود الإذعان وسنتناول الحماية القانونية التي كرسها المشرع للطرف الضعيف في حالة الاستغلال وعقود الإذعان لاعتبارهما من أهم الحالات التي يحدث فيها الاختلال المادي للتوازن العقدي وهذا ما نتناوله في **(المطلب الأول)**، ولما كانت التطورات الاقتصادية والاجتماعية لها تأثير على العلاقات العقدية فإن حماية الطرف الضعيف ضمن النظرية العامة للعقد لم يعد كافيا، هذا ما جعل المشرع يلجأ الى إصدار العقود المتخصصة والمنفصلة عن القانون المدني ليكرس الحماية القانونية للطرف الضعيف بما يتماشى مع هذه التطورات وتحقيقا للمصلحة العامة، وذلك بموجب قواعد قانونية آمرة تجسد النظام العام الحمائي كما سبق الإشارة اليه وعليه سنتناول في **(المطلب الثاني)** اللجوء الى العقود المتخصصة لحماية الطرف الضعيف.

المطلب الأول: عدم كفاية القواعد العامة لحماية الطرف الضعيف

إن النظرية التقليدية للعقد تجسد مبدأ سلطان الإرادة وذلك بموجب المادة 106 من القانون المدني التي تنص على أن: " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقصه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون " [1]، فالأصل أن العقد المبرم بين الطرفين يعتبر بمثابة القانون في تنظيم العلاقة العقدية، فلا يجوز لأحد الطرفين أن ينفرد بتعديله أو نقضه، كما لا يجوز للقاضي ولا للمشرع أن يتدخل لتعديله أو نقضه، إلا أنه أورد استثناءات على هذا المبدأ تتمثل في أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته والتي تتمثل في مبدأ حسن النية، والنظام العام والعرف و العدالة وغيرها من المفاهيم التي تتضمن تقييد حرية التعاقد. [2]

إن توجه المشرع لحماية الطرف الضعيف ضمن قواعد القانون المدني يظهر في عدة نواحي قانونية كما أشرنا إليه آنفا إلا أننا سنركز على الحماية القانونية التي كفلها المشرع للطرف الضعيف

[1] - تقابلها المادة 177 من القانون المدني المصري، والمادة 148 فقرة أولى من القانون المدني السوري، والمادة 196 من القانون المدني الكويتي.

[2] - فاطيمة نساخ، المرجع السابق، ص 111.

ضمن نظرية عيوب الرضا وبالتحديد حماية الطرف المستغل بموجب ما يسمى بنظرية الاستغلال وهذا ما سنتناوله في **(الفرع الأول)** كما أننا سنخصص **(الفرع الثاني)** لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان.

الفرع الأول: معالجة التوازن العقدي ضمن نظرية الاستغلال

إن معالجة التوازن العقدي ضمن نظرية الاستغلال يتطلب التطرق الى مفهوم الاستغلال وعناصره وعلاقته بالغبن **(أولا)**، ثم الجزاء المترتب عليه **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الاستغلال

يرجع ظهور فكرة نظام الاستغلال للشريعة الجرمانية و التي أخذت منها باقي التقنيات والنظم القانونية هذه الفكرة[1]، والاستغلال هو انتهاز المتعاقد لحالة الطيش البيّن أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام العقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض [2].

أما الغبن la lésion فيقصد به اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل متعاقد وما يعطيه وأما الاستغلال l'exploitation فهو أمر نفسي أو شخصي لا يعتبر الغبن إلا مظهرا ماديا له [3] ويختلف الاستغلال عن الغبن في ثلاثة أمور مهمة هي كالآتي:

- أن الاستغلال يقع في جميع التصرفات في حين أن الغبن لا يكون إلا في المعاوضات ولا يكون في التبرعات.

- إن المعيار في الاستغلال هو المعيار النفسي، أما في الغبن فإن المعيار مادي.

- يكلف المدعي في دعوى الغبن بإثبات عدم التعادل بين المبيع والثمن بينما في دعوى الاستغلال القائمة على الأساس النفسي (الشخصي) فيجب على المدعي إثبات أنه كان تحت وطأة الطيش البين أو الهوى الجامح[4].

[1] -بن قويدر زبيري، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 2019، ص 19.

[2] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 217.

[3] - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 374.

[4] - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 375.

بالرجوع الى نص المادة 90 من القانون المدني [1] التي تنص: " اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا يبينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أي يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعارضة أن يتوفى الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يرى القاضي كافيا لرفع الغبن ".

يتضح من النص أن المشرع قد انتهج الطريق الذي سارت عليه القوانين المدنية الحديثة فأخذ فكرة الاستغلال كعيب من عيوب الرضا متى ثبت الطيش البين أو الهوى الجامح وأنه يجب أن يتوافر في العقد الذي يلحق به الاستغلال عدم التعادل بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر وأن يكون ذلك ناتجا عن استغلال لحالة من الحالات المبينة آنفا، [2] ومثال ذلك استغلال زوج لرغبة زوجته في الزواج من آخر فيحصل منها على تعهد بدفع مبلغ كبير حتى يطلقها وتتزوج من تهواه، أو استغلال زوجة شابة لزوجها الطاعن في السن ليهب لها ماله أو العكس. [3]

وعليه فإنه يمكن القول أن الاستغلال يقوم على أساس النظرية الشخصية التي تُسنِد الاستغلال لوجود حالة من الحالات المذكورة آنفا التي تجعل المتعاقد في حالة ضعف نفسي يستغلها المتعاقد الآخر، فيبرم العقد وهذا هو الجانب النفسي في الاستغلال والذي يترتب عليه اختلال في الآداءات بين ما حصل عليه المتعاقد المغبون من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وهذا هو الجانب المادي أو الغبن وعليه فإن للاستغلال عنصران، عنصر نفسي وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد، وعنصر موضوعي و هو اختلال التعادل اختلالا فادحا. [4]

1- العنصر الموضوعي:

[1]- تقابلها المادة 129من القانون المدني المصري والمادة 130 من القانون المدني السوري والمادة 129 من القانون المدني الليبي.

[2]- تفادى المشرع ما سقط من النص العربي في المادة 90 بحيث أضاف وصف الهوى بالجامح ووصف الطيش بالبين بعد تعديل المادة 90 بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني، يراجع في هذا الخصوص إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، إعادة الطبعة الأولى، سنة 2015، ص 98.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ....، المرجع السابق، ص 99.

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ....، المرجع السابق، ص 393.

يقصد بالعنصر المادي أو العنصر الموضوعي اختلال التعادل أو انعدام المقابل أي تكون التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد وعدم التكافؤ بين التزام المغبون والتزام الطرف المستفيد يجب أن يكون فاحشا ولا يكفي عدم التعادل المألوف وهو أمر يترك تقديره لقاضي الموضوع على أساس القيمة يوم العقد وليس على قيمة الأداءات بعد ابرام العقد وما يطرأ عليها من تغيير [1].

إن الفادح في اختلال التعادل هو معيار مادي ولكن هذا المعيار ليس رقما ثابتا، بل هو معيار متغير تبعا للظروف في كل حالة والقاضي هو الذي يقدر متى يكون اختلال التعادل فادحا وهي مسألة واقع لا مسألة قانون، و محكمة النقص لا رقابة لها في ذلك إلا من حيث قصور التسبيب، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن الاختلال في التعادل فادحا فلا تعقيب لمحكمة النقض وعبء الاثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون فهو الذي عليه أن يثبت الفداحة في اختلال التعادل [2].

أكثر ما يكون الاختلال فادحا في عقود المعاوضة المحددة، ففيها يأخذ المتعاقد ويعطي وهو يَعرِف على وجه محدد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى سواء كان ذلك لنفسه أو لغيره كما هو الحال في الاشتراط لمصلحة الغير ولكن قد يقع أيضا في العقود الاحتمالية وهي عقود تنطوي على احتمال الكسب والخسارة كما هو معروف، اذ ينبغي أن يكون هناك تعادل بين احتمال المكسب وقيمته من جهة، واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة، فلو كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال الكسب وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيرا عن مقدار الكسب كان الاختلال في التعادل فادحا ومثاله أن الشخص الذي يؤمن منزله من الحريق، حيث يكون المنزل بعيدا كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه إلا لطلب دائن ارتهن المنزل واشترطت شركة التأمين أن يدفع لها أقساطا سنوية عالية وكان احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل وتقاضى تعويضا عنه هو مبلغ التأمين ولم يكن هناك فرق بين مقدار القسط السنوي وبين مبلغ التأمين ذاته، ففي مثل هذا العقد الاحتمالي وهو عقد التأمين يكون فيه الاختلال في التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التامين اختلالا فادحا. [3]

ويقع الاستغلال أيضا في عقود التبرع وهو أشد وطأة منه في عقود المعاوضة، فإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل فإن الاستغلال يكون أكثر تحققا فيما لا تعادل فيه أصلا وبالرجوع إلى

[1] -ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص 99.

[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون ...، المرجع السابق، ص 395.

[3] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون ...، المرجع السابق ، ص 395- 396.

المادة 90 من ق م في فقرتها 3 التي تنص: " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال، اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن ".

إن الفقرة المذكورة أعلاه تفيد أنه يجوز في عقود المعاوضة توقي دعوى الابطال بتكملة البدل، وتفيد ضمنيا أن الاستغلال يقع في عقود التبرع أيضا ويقع ذلك كما لو أن شخصا تبرع بجميع ماله وكثيرا ما يقع ذلك عن طريق هبة في صورة بيع لزوجته الثانية وأولاده منها مضيّعا بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعي، ويكون هذا الاستغلال قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الثانية لضعفه أو هواه وفي هذه الحالة لا يقال أن التعادل مختل اختلالا فادحا، بل يقال أنه غير موجود أصلا، فالمتبرع أعطى دون مقابل وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البين أو لهواه الجامح، بل قد يتجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد كما لو أوصى شخص بجميع ما يملك لشخص استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح، فالوصية هنا يعيبها الاستغلال وهي ليست عقد بل عملا قانونيا صادرا من جانب واحدا [1].

3- العنصر النفسي:

إن العنصر النفسي للاستغلال ذكره المشرع بموجب المادة 90 من ق م التي تنص: "... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا.." [2] و للعنصر النفسي مظهران، يتمثل الأول في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون ويتمثل المظهر الثاني في استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف، وهذا ما ستناوله تباعا:

أ- الضعف النفسي:

ذكر المشرع الضعف النفسي في نص المادة 90 من القانون المدني وحصره في حالتين هما حالة الطيش البين والهوى الجامح وجاء نص المادة كما يلي: "... و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا... ".

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 396.

[2] - تقابلها المادة 129 من ق م المصري والمادة 130 من ق م السوري، والمادة 129 من ق م الليبي.

أما الطيش البين فهو الخفة الزائدة والتسرع يصحبه التهور وعدم التبصر وما ينجر عنه من عدم الاكتراث بالعواقب وسوء النتائج والوقوف عند النزوة العاجلة العابرة التي تدفع الى التعاقد ويشترط في الطيش أن يكون بينا أي واضحا ومثال ذلك الوارث الشاب المتهور الذي يريد الحصول على المال بسرعة، فيقع فريسة سهلة لمن يستغل طيشه واندفاعه فيشتري منه ماله يثمن بخس.[1]

أما الهوى الجامح فهو الولع أو الرغبة الشديدة أي بمعنى تسلط الشهوة الجامحة التي تقوم في نفس المتعاقد والتي لا يستطيع كبحها، فيقع في الاستهواء فينقلب مسلوبا للإرادة ويندفع للتصرف عاطفيا وبدون إرادة حكيمة ومثال ذلك أيضا الشخص الذي يولع بسيارة معينة، فيعرض عليه مالكها ثمنا باهضا فيندفع إلى شرائها[2].

إن الرغبة الشديدة تؤثر على إرادة المتعاقد المغبون فتمثل نوعا من الاكراه يفقد المتعاقد حرية التصرف فيفسد رضاه ويجب أن تفوق هذه الرغبة أو الميول الحد المعقول، بحيث لا يستطيع المغبون دفعها أو تحملها وتتطلب هذه الحالة النفسية التي تنال من إدراك وتمييز المتعاقد حماية قانونية وهذا ما يبرر إلحاق الاستغلال بعيوب الرضا[3].

ب- انتهاز المتعاقد الآخر لحالة الضعف النفسي

لا يكفي لتحقيق العنصر النفسي في الاستغلال توافر حالة من الحالات التي تم ذكرها آنفا وإنما يتعين أن يقوم المتعاقد الآخر بانتهاز هذا الضعف بغية التوصل إلى إبرام عقد يتضمن اختلالا واضحا في

[1] - تختلف القوانين المقارنة في تحديد حالات الضعف التي يمكن أن تتخذ سبيلا للاستغلال ويمكن التمييز بين اتجاهين اثنين يسودان في القوانين المقارنة، الاتجاه الأول يعمل على تقليص حالات الاستغلال وتحديد نطاقها ويلاحظ هذا الاتجاه في ق م المصري بموجب 129 التي تنص: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن التعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح.
جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد "، وهذا الاتجاه سار عليه القانون المدني السوري بموجب المادة 130، والقانون المدني الليبي بموجب المادة 129، ونجده في القانون المدني العراقي الذي يورد خمس حالات من حالات الوهن في الإرادة يفضي أي منها إلى تحقق الاستغلال، وتتمثل هذه الحالات في الحاجة، والطيش والهوى وعدم الخبرة، وضعف الادراك، يراجع في هذا الخصوص محمود على دريد، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيرت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2012، ص 168- 169.

[2] - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 380.

[3] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 224.

الالتزامات المتقابلة ولا يتطلب تحقق الانتهاز سلوكا معينا وإنما يكفي أن يكون عالما بحالة الضعف التي تعتري المتعاقد معه حقيقة أو حكما.[1]

ثانيا: جزاء الاستغلال

اذا توافرت شروط الاستغلال التي سبق ذكرها جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 90 فقرة أولى من ق م وعليه فإن المشرع رتب على الاستغلال إحدى دعويين دعوى الإبطال ودعوى الإنقاص.[2]

يتعين على المتعاقد المغبون أن يرفع دعواه خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، سواء طلب الابطال أو طلب الانقاص والسنة هنا هي ميعاد إسقاط لا ميعاد تقادم، فإذا انقضت السنة ولم يرفع المتعاقد المغبون دعواه ورفعها بعد ذلك كانت الدعوى غير مقبولة و ميعاد السنة هو ميعاد إسقاط لا ميعاد تقادم والفرق بين الميعادين أن ميعاد الاسقاط لا ينقطع ولا يسري عليه الوقف بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف وتبدأ السنة من وقت تمام العقد والحكمة التي يقصدها المشرع في جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال قصيرة وجعله ميعاد اسقاط لا ينقطع ولا يقف هو حماية للمتعاقد و من أجل استقرار المعاملات.[3]

1- دعوى الابطال:

متى توافرت شروط الاستغلال على الوجه المذكور آنفا ترتب على ذلك قابلية العقد للإبطال وحق إبطال العقد هو حق للمغبون وحده دون غيره وله أيضا أن يتنازل عن هذال الحق ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالإبطال من تلقاء نفسه وهذا ما توضحه المادة 90 من ق م حيث تنص: "...جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد... ".

إذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الابطال جاز للقاضي أن يقبل طلبه فيبطل العقد اذا رأى أن الاستغلال عاب رضا المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضا وتبين للقاضي أن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال، أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يعيب الرضا إلى هذا الحد وأن المتعاقد المغبون كان سيبرم العقد دون استغلال ولو لم تكن التزاماته متفاوتة كثيرا في النسبة

[1] - محمود علي دريد، المرجع السابق، ص 173.

[2] - يراجع نص المادة 90 من فقرة أولى من ق م.

[3] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون ....، المرجع السابق، ص 404.

مع التزامات المتعاقد الآخر، ففي هذه الحالة يرفض القاضي إبطال العقد معاوضة كان أو تبرعا ويقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة كما سيأتي بيانه، والخيار بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضي بملابسات القضية والمسألة هنا ترجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ولا معقب عليه من المحكمة العليا [1].

كما أنه يجوز للطرف المغبون أن يتوقى إبطال العقد اذا عرض القاضي ما يراه كافيا لرفع الغبن وهذا ما نصت عليه المادة 90 فقرة 3 من ق م.

خلاصة القول أنه يجوز للطرف المغبون المطالبة بإبطال العقد أو الإنقاص من التزاماته، فإذا رفع الطرف المغبون دعوى إبطال العقد فللقاضي السلطة التقديرية في الابطال أو الانقاص من التزامات هذا الأخير، أما إذا رفع الطرف المغبون دعوى الانقاص فليس للقاضي الحكم بإبطال العقد، كما يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن [2].

2- دعوى الانقاص:

أجاز المشرع للطرف المغبون الحق في رفع دعوى الانقاص كوسيلة ثانية لرفع الغبن عن طريق الانقاص من التزاماته وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد، كما سبق وأن مر معنا ودعوى الانقاص تضمن استقرار المعاملات ولكنها لا تحقق توازنا كليا بين التزامات المتعاقدين، لأنها تقلل من فداحة الغبن فقط، حيث يتولى القاضي تحديد المقدار الذي يجب انقاصه من التزامات المتعاقد المغبون لرفع الغبن، مستهديا في ذلك بالعدالة العقدية [3].

يقع عبء اثبات الاستغلال وفقا للقواعد العامة على من يدعيه، فعلى المتعاقد المغبون أن يقدم الدليل على اختلال الالتزامات المتقابلة اختلالا شديدا وقت انعقاد العقد، حيث يثبت أنه أبرم العقد تحت تأثير الطيش البين أو الهوى الجامح وله اثبات الفداحة [4] في اختلال التعادل بجميع طرق الاثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود والقرائن القانونية باعتباره يقع على وقائع مادية [5].

---

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون ....، المرجع السابق، ص 404.

[2] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 228-229.

[3] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص228 - 229 .

[4] - أما اختلال التعادل الطارئ الذي يحدث بعد انعقاد العقد فإنه يخرج قانونا عن نطاق نظرية الاستغلال حسب نص المادة 90 من ق م وهو يتصل بشروط وأحكام نظرية الظروف الطارئة (م 105- 107 ف3 من ق م)، يراجع العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 384 الهامش 1.

[5] - علي فيلالي المرجع السابق، ص 284.

كما أننا وبالرجوع الى المادة 91 من ق م فإن المشرع استبعد تطبيق أحكام الاستغلال على بعض العقود التي تسري عليها أحكام الغبن [1].

ومن خلال ما تم عرضه سابقا فإن المشرع يهدف من خلال نظرية الاستغلال إلى حماية المتعاقد المغبن

ون بغرض تحقيق العدالة العقدية، فهي آلية لمعالجة توازن العقد وذلك برفع الغبن عن الطرف المستغل، محاولا بذلك إيجاد إرادة صحيحة للتعاقد وفق الشروط المقررة في القواعد المنظمة للعقد، غير أن الظروف المحاطة بعملية التعاقد من حيث التطور الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي، جعل القواعد العامة التي جاء بها المشرع في نظرية الاستغلال طبقا للمادة 90 من ق م من طيش بين أو هوى جامح يتأثر بأسباب أخرى تؤثر على بصيرة المتعاقد وحريته فيتعاقد تحت ظروف معينة قهرية أو بشروط تعسفية ارتضاها لنفسه تؤثر على التوازن العقدي، كذلك كان لابد من التوسع في نظرية الاستغلال و ضرورة اعمال حماية جدية وواسعة للتعاقد[2]، وهذا ما ستناوله في المطلب الثاني.

الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقد الإذعان

نتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم الإذعان من خلال التطرق إلى مفهومه التقليدي و المفهوم الحديث، **(أولا)** ثم نتطرق إلى طبيعته **(ثانيا)**، لنتناول سلطة القاضي في إعادة التوازن في عقود الإذعان **(ثالثا)**.

أولا: مفهوم عقد الإذعان:

نتطرق الى المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث لمفهوم عقد الإذعان كمايلي:

1- المفهوم التقليدي

لقد تعددت تعاريف عقد الإذعان من الناحية القانونية ونذكر تعريف الفقيه "سالي " الذي أجمع الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة للاذعان بقوله: " عقد الاذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف

[1] - يراجع نص المادة 91 من ق م.

[2] - فاطيمة نساخ، المرجع السابق، ص 114.

بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل العقد " [1].

عُرف عقد الإذعان أيضا بأنه: " العقد الذي يُسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"، هذا هو التعريف الذي يتفق الفقه وشراح القانون المدني على أنه التعريف المختار، [2] ومن خلال التعريف المذكور آنفا يتجلى أنه يحدد خصائص عقد الإذعان، فقد بين أن محل العقد يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي وكذلك العلاقة بين طرفي العقد أي الموجب والقابل ويعتبر الفقيه سالي أول من جلب الأنظار في فرنسا نحو هذه العقود عندما ذكر في كتابه **" الإعلان عن الإرادة "** أن هناك بعض العقود يفرض مضمونها بواسطة أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر الذي يقتصر دوره على انضمامه لهذا العقد بدون مناقشة أو تعديل ومن هنا أطلق عليها الفقيه سالي (**contrat d'adhésion**) بمعنى عقود الانضمام [3].

يعتبر الدكتور عبد الرزاق السنهوري أول من استخدم تعبير عقد الإذعان وهو أصح من التسمية الفرنسية التي جاء بها الأستاذ سالي والتي تعني عقد الانضمام (**contrat d'adhésion**) لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان فيشمل عقود الإذعان وغيرها من العقود" [4] لقد ذكر عبد الرزاق السنهوري أن خصائص عقد الإذعان تتمثل في ثلاث خصائص وهي:

1- أن يكون العقد متعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

2- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو على الأقل السيطرة عليها بحيث تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

3- صدور الايجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر لمدة غير محددة [5].

[1] - عامر رحمون، " عقود الاذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة" ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الأول، ع 23، ص 219.

[2] - أعصم أحمد حمدي إمام، أثر تشريعات حماية المستهلك على القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 2018، ص 155.

[3] - عامر رحمون، المرجع السابق، ص 220.

[4] - محفوظ بن حامد لعشب، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية لكتاب، الجزائر، سنة 1990، ص23.

[5] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 84.

هذا مفهوم عقد الإذعان بالنسبة للتشريع فأغلب التشريعات العربية قد نظمت عقد الإذعان ولكن لم تتطرق الى تعريفه، بل أوردت كيفية القبول فيه ولقد نص المشرع في المادة 70 من القانون المدني على أنه: " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " [1].

إن المفهوم الضيق لعقد الإذعان الذي يقتضي كما سبق الاشارة اليه آنفا الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة أو مرفق ضروري تم هجره من قبل الرأي السائد في فرنسا وتبناه عدد غير قليل من الفقه المصري و هو ما سنتناوله له اتباعا:

2- المفهوم الحديث لعقد الإذعان:

اتجه الفقه الحديث إلى البحث عن مفهوم واسع لعقد الاذعان قابل لاحتواء وصف عقود الاستهلاك حتى يتمكن من حماية المستهلك من الشروط التعسفية وذلك عن طريق نظام الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان[2]، فتبنى الفقه معايير واسعة لعقد الإذعان، فلم يعد عقد الإذعان يتعلق باشتراط الاحتكار فحسب هذا المفهوم الحديث لعقد الإذعان تم تقليص الشروط الواجب توافرها لكي يعتبر العقد من عقود الإذعان إلى شرط واحد فقط وهو أن يقوم الطرف القوي في العقد مسبقا بإعداد شروط العقد ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم ولا يكون أمام الطرف الآخر (المستهلك) إلا توقيع هذه العقود دون أن يكون له الحق في مناقشها أو تعديلها. [3]

إن توجه الفقه لتوسيع مفهوم عقد الإذعان من خلال تبني معيار واحد ذو طابع قانوني لتكييف العقد على أنه عقد إذعان يتمثل في معيار رفض التفاوض حول بنود العقد أي انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد، فمجرد إملاء الطرف القوي لشروط لا نقاش فيها كاف لإضفاء وصف الإذعان على عقد ما، فالعقد الذي ينفرد فيه المهني بتحرير مسبق لشروط غير قابلة للنقاش من المستهلك يعتبر عقد إذعان وبالتالي يكون محل لتطبيق النظام القانوني الخاص بحماية المستهلك من الشروط التعسفية [4].

[1] - تقابلها المادة 100 من ق م المصري والمادة101 من ق م السوري والمادة 172 من ق م اللبناني الذي أطلق على عقد الإذعان عقد الموافقة.

[2] -محمد خليفة كرفة، " ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع، نوفمبر 2017، ص56.

[3] - عامر رحمون، المرجع السابق، ص 220.

[4] - محمد خليفة كرفة، المرجع السابق، ص57.

وهو ما كرسه المشرع الفرنسي في التعديل الذي مس القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر 2016-131 بموجب المادة 1110 ف 2 التي تنص: " عقد الإذعان هو العقد الذي تكون شروطه العامة غير قابلة للتفاوض محددة سلفا من قبل أحد الأطراف ".[1]

3- الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:

لكي نتمكن من حل الاشكالات القانونية المترتبة عن أي عقد لابد من تحديد طبيعته القانونية ولقد انقسم الفقهاء إلى فريقين لتحديد الطبيعة القانونية لعقود الإذعان فمنهم من يرى أنها ليست عقود حقيقية، وفريق آخر يرى أنها لا تختلف عن سائر العقود ومرد هذا الاختلاف يرجع إلى تطابق الإرادتين، أي هل يوجد فعلا إيجاب يقابله قبول؟ حيث يرى الدكتور عبد المنعم فرج الصّدة: " أن الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان هي السبب في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة العقد "[2].

حيث يرى بعض الفقهاء وعلى رأسهم سالي ودجييه أن عقد الإذعان ليس سوى عمل انفرادي أو مركز قانوني منظم، لأن إرادة الموجب تكون بمثابة قانون أو لائحة تضعها الشركات التي تحتكر منفعة عامة وتفرض على الناس اتباعها، ويحتجون في هذا أن عقود الإذعان تنقصها الإرادة التعاقدية التي يجب أن تتوافر في كل عقد، كما أن عقد الإذعان لا يحقق المساواة بين الأطراف المتعاقدة، فعدم مناقشة شروط العقد من الطرف المذعن لا يحقق الوصول إلى إرادة مشتركة فهو لا يقبل بنود العقد عن بينة وحرية [3].

أما الفريق الثاني وهم غالبية فقهاء القانون المدني فيرون أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، [4] وأنصار هذا الرأي هم جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا وجميعهم في مصر وهؤلاء يفندون مزاعم الرأي الآخر، فيعتبرون أن الإرادة التعاقدية موجودة في عقد الإذعان لأن إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج آثارها إلا بعد انضمام إرادة القابل

[1] - إن صياغة المادة 1110 ف 2 باللغة الفرنسية جاءت كما يلي:

« Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont de terminée à l'avance par l'une des parties ».

[2] - يمينة بليمان، "عقود الإذعان وحماية المستهلك"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، عدد 2، ديسمبر، 2019، ص 106.

[3] - محمد فواز صباح الآلوسي، " التعسف في العقود الإذعان "، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد الثالث عشر، سنة 2017، ص 198- 199.

[4] - بوزيد كيحول ومسعودة حداوي، " عقد الإذعان بين الفقه والقانون "، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الثامن، جانفي 2017، ص 64.

إليها وبذلك فإن اجتماع الإرادتين يساهم في إنشاء العقد ولا عبرة بالمساواة الاقتصادية لأن المساواة المجردة هي أساس العقد في ظل المذهب الفردي، كما أنه لا يشترط قانونا لاتفاق الإرادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أن يكون من عمل الطرفين [1].

ثانيا: سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان

الأصل أن القاضي ملزم باحترام قانون العقد ولا يملك تعديله وهو ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يستمد شرعيته من مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي سادت في ظل المذهب الفردي، إلا أنه ونظرا للعوامل الاقتصادية التي صاحبت الثورة الصناعية كما مر معنا فإن ذلك أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، مما يبرر للقاضي التدخل لإعادة التوازن العقدي عن طريق تعديل الشرط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها وذلك لاعتبارات تتعلق بالعدالة وهذا ما كرسه المشرع بموجب المادة 110 من القانون المدني [2] التي تنص: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

فالمشرع ومن خلال نص المادة المذكورة أعلاه منح سلطة واسعة للقاضي المدني أن يعفي الطرف المذعن الضعيف من الشروط الجائرة أو التعسفية التي قد تتضمنها عقود الإذعان وله في ذلك سلطة واسعة في تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا فيعدله أو يلغيه، وسلطته في تكييف الشروط التي تعتبر تعسفية يعتمد فيها على معايير محددة قانونا، هي معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ومعيار الميزة الفاحشة ومعيار الاخلال الظاهر بتوازن الالتزامات، كما يحدد التعسف بالرجوع الى المادة 124 مكرر من القانون المدني [3]، فإذا كشف القاضي بحسب تقديره شروطا تعسفية في عقد الإذعان فله أن يعدله بما يزيل هذا التعسف ويعيد التوازن للعقد، بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين ويخفف من الالتزامات الملقاة على عاتق الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، والتعديل الأول الذي يقوم به القاضي يكون إما عن طريق الإنقاص وذلك بإزالة الشرط التعسفي لتحقيق

[1] - علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، سنة 2011، ص 31.

[2] - تقابلها المادة 149 من ق م المصري والمادة 167 فقرة 2 من ق م العراقي والمادة 149 من ق م الليبي والمادة 161 فقرة 2 من القانون التجاري الكويتي.

[3] - حفيظ دحمون، المرجع السابق، ص 87.

التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد [1] أو بواسطة الطريق الثاني الذي يمكن للقاضي أن يسلكه فهو إعفاء الطرف الضعيف من الشرط التعسفي، أي تعطيل الشرط التعسفي وهو ما يعد انتهاكا صارخا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تعتبر الأصل الذي يجسد الحرية العقدية ومبدأ سلطان الإرادة، ولعل هذا الخروج الذي كرسه المشرع بموجب المادة 110 من القانون المدني عن قانون العقد والقوة الملزمة له إنما يبتغي به الوصول إلى إعادة التوازن في العقد، و سلطة القاضي في تعديل العقد أو إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية هي من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها[2].

على الرغم من أن المشرع عالج اختلال التوازن العقدي ضمن نظرية الإذعان منذ اصدار القانون المدني سنة 1975 بموجب المادة 110 حيث منح للقاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو الاعفاء منه إلا أنه لم يعرف الشروط التعسفية كونها كل شرط أو التزام يؤدي إلى اختلال مفرط ليس في فائدة المذعن، كما أن الحماية كانت قاصرة على عقود الإذعان، لذلك فإن الدكتور عبد الرزاق السنهوري رأى أن نظرية عقد الاذعان أضعف من أن تغطي حالات الضعف لدى المستهلك إذ أنها تتناول الضعف الاقتصادي فقط، في حين أن نواحي الضعف تتعدى ذلك الضعف إلى الضعف المعرفي والجهل وعدم الخبرة وهذا ما لم تعتد به النظرية التقليدية.[3]

الملاحظ أن المشرع وعلى غرار التشريعات العربية تدخل من أجل إعادة التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين في حالات معينة وعلى سبيل الحصر، كما مر معنا في حالة الاستغلال أو الشروط التعسفية في عقد الإذعان، بالإضافة حالات أخرى كحالة تعديل العقد سبب الظروف الطارئة أو حالة إعادة النظر في الشرط الجزائي وهي حالات محددة على سبيل الحصر، على عكس المشرع الفرنسي بعد تعديل 2016 والذي كرس توازن العقد كأحد أهم محاور إصلاح قانون العقود، فلقد استحدث المشرع الفرنسي بعد تعديل القانون المدني في سنة 2016 نص المادة 1169 [4] والتي تجعل عقد المعاوضة باطل إذا

[1] - خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 220.

[2] - المرجع نفسه، ص 220.

[3] - عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2014- 2015، ص 161-162- 163.

[4] - إن صياغة المادة 1169 من القانون المدني الفرنسي باللغة الفرنسية جاءت كما يلي:

« Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation la contrepartie convenue au profit de celui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

كان المقابل المالي ثمن بخس أو تافه و نص المادة 1170[1] من القانون نفسه التي تجعل أي بند في العقد غير مكتوب إذا كان يرمي إلى إعدام التزام المدين الأساسي من مضمونه.

كما تدخل المشرع الفرنسي من أجل تحقيق التوازن في العقد في نصوص أكثر خصوصية مثل نص المادتين 1164 [2] و 1165 [3] من التقنين المدني فيما يتعلق بمراقبة الثمن الذي يتم تحديده بصفة منفردة، حيث يجوز للقاضي بحسب الحالات أن يحكم بالتعويض للمدعي وفسخ العقد عند الاقتضاء، إذا تبين أن الثمن الذي حدده لا يتناسب مع طبيعة السلعة أو الخدمة التي قدمها [4]، كما أن المشرع الفرنسي اعتبر أن كل شرط في عقد الإذعان يرتب اختلالا واضحا في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد يعتبر كأن لم يكن وهو ما نصت عليه المادة 1171 [5]، أما المشرع الجزائري فقد ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من خلال القواعد العامة واعتمد على المفهوم التقليدي لعقد الإذعان الذي يشترط خاصية الاحتكار للطرف القوي في العقد بالإضافة إلى الشروط الأخرى ولذلك فقد لجأ المشرع إلى إصدار العقود المتخصصة ليوسع في الحماية للطرف الضعيف، ولا يقصرها على حالات محددة على سبيل الحصر، كما أن الشروط التعسفية لا يقتصر وجودها على عقود الإذعان، فهناك من العقود على الرغم من أنها ليست عقود اذعان، إلا أنها تحتوي على شروط من شأنها إحداث الاخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، والتفوق الاقتصادي للمحترف لم يعد وحده معيارا لضعف المستهلك، فقد أصبح التفاوت في الخبرة والمجال المعرفي أساسا لضعف المتعاقد، ولذلك فقد لجأ المشرع الى إصدار العقود المتخصصة ليتدارك القصور الذي يعتري القواعد العامة في القانون المدني وهو ما نتناوله في المطلب الموالي.

---

[1] - إن صياغة المادة 1170 من القانون المدني الفرنسي جاءت كما يلي:

« Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle de débiteur est réputée non écrite ».

[2] - إن صياغة المادة 1164 باللغة الفرنسية جاءت كما يلي:

« Dans les contrats cadre, il peut être convenue que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation ».

[3] - إن صياغة المادة 1165 باللغة الفرنسية جاءت كما يلي:

« 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 moment en cas de contestation, en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts ».

[4] - بلال عثماني، المرجع السابق، ص 108- 109.

[5] - حظر القانون المدني الفرنسي المعدل الشروط التعسفية في العقود المدنية، لاسيما عقود الإذعان معتبرا أن كل شرط يرد في هذه العقود يؤدي إلى عدم التوازن الواضح بين الحقوق والواجبات بين أطراف العقد يعتبر غير مكتوب، علما أن عدم التوازن المبالغ فيه لا يتناول الالتزام الرئيسي للعقد أو المقابل المالي للالتزام.

المطلب الثاني: اللجوء إلى اصدار العقود المتخصصة لمعالجة عدم التوازن العقدي

إنّ اهتمام المشرع بحماية الطرف الضعيف لم يكن وليد التشريعات الخاصة فحسب وإنما اهتم المشرع بحماية الطرف الضعيف في العقد منذ أن وضع القانون المدني سنة 1975 مثل ما سبق وأن ذكرنا في حالة الاستغلال طبقا النص المادة 90 من القانون المدني، وحالة وجود عقد إذعان يتضمن شروطا تعسفية، إلا أن الواقع أثبت أن الحماية ضمن القواعد العامة كانت غير كافية لحماية الطرف الضعيف اقتصاديا واجتماعيا، فلم يجد المشرع ملاذا سوى اللجوء إلى إصدار العقود المتخصصة لتنظيم العلاقات العقدية بقواعد آمرة مستعملا آلية النظام العام الحمائي، الذي ازدهر مع تزايد التدخل التشريعي في العقود.

فالعقد الذي كانت تسيطر عليه الحرية العقدية من حيث تكوينه وتحديد آثاره مع مراعاة النظام العام والآداب العامة، أصبح اليوم يخضع للإرادة التشريعية عن طريق تدخل المشرع في تنظيم العقد من مرحلة ما قبل التعاقد إلى مرحلة التنفيذ ولقد عبر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة بعيممة العقد(**publication du contrat**) [1] ويقصد بهذه العبارة أن العقد الخاص الذي كان من قبل مقصورا على الإرادة الفردية قد تدخلت فيه الإرادة التشريعية، ففقد جانبا من طابعه الخاص، وتعيمم بقدر ما فقد من ذلك الطابع.

إن العيممة هي ظاهرة جديدة يسعى المشرع من خلالها الى إصدار عقود متخصصة حتى تكون أكثر فاعلية في تطور الفكر القانوني، وتحديث النظرية العامة للعقد حتى تستجيب للواقع، فالظروف التي وضع فيها القانون المدني سنة 1975 لم تعد قائمة، ولذلك فإنه لابد أن يتغير القانون بتغير البيئة ويواكب التطور الحاصل.

إنّ الهدف الرئيسي الذي يرمي إليه المشرع من خلال العقود المتخصصة إنما هو إيجاد حماية للطرف الضعيف عن طريق القواعد الآمرة التي يتميز بها النظام العام الحمائي الذي يزدهر في ظل العقود المتخصصة، ومن بين هذه العقود نجد القانون المنظم لعلاقات العمل 90- 11 [2]، والذي نظم من خلاله المشرع علاقة العمل تنظيما مفصلا ودقيقا، وأبرز فيها حقوق العامل، كما تولى المشرع تنظيم علاقة

[1] - لخضر حليس، "التنظيم القانوني للعقود المدنية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الأول، ديسمبر، 2013، ص 82.

[2] - القانون 90 – 11 المنظم لعلاقات العمل، الذي سبقت الإشارة إليه.

الاستهلاك التي تربط المستهلك [1] بالمتدخل أو المهني [2] بموجب عدة قوانين منها القانون 89- 02 الملغى بموجب القانون 09- 03 [3] المتعلق بحماية المستهلك وقمع لغش، والقانون 04-02[4] المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .. وغيرها من العقود.

إن حماية الطرف الضعيف في العقود المتخصصة يتمثل في إيجاد التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة، ويكون ذلك عن طريق آليات قانونية لإعادة التوازن العقدي في ظل انتشار عقود ساد فيها اختلال التوازن نتيجة لتمتع أحد أطراف العلاقة بالقوة الاقتصادية والمعرفية بفرضه لشروط تعسفية حتم على المشرع معالجة التوازن في العقد عن طريق مكافحة هذه الشروط وهذا ما سنتناوله في **(الفرع الأول)**، كما أنه ولتعزيز حماية الطرف الضعيف قام المشرع بفرض التزامات قانونية على المهني وهو ما نتناوله في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التصدي للشروط التعسفية في عقد الاستهلاك

سنتناول في هذا الفرع **(أولا)** مفهوم الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، و التدخل التشريعي لمكافحة الشروط التعسفية **(ثانيا)**، ثم التدخل التنظيمي **(ثالثا)**.

أولا: مفهوم الشروط التعسفية

نتناول مفهوم الشروط التعسفية من خلال التطرق إلى تعريفها، و مجالها وذلك كما يلي:

التعريف التشريعي للشرط التعسفي:

عرف المشرع الشرط التعسفي بموجب القانون 04-02 [1] بموجب نص المادة 03 فقرة 7 كما يلي "شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

---

[1]- عرف المشرع المستهلك بموجب المادة 03 من القانون 09 – 03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش كما يلي: "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 متكفل به".

[2] - عرف المشرع المتدخل بموجب المادة 03 من القانون 09 – 03 ف 7 المذكور أعلاه أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك".

[3] - المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي سبقت الاشارة اليه.

[4]- المؤرخ في 23 جوان 2004، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 2004/06/27،ع 41، ص3)، المعدل والمتمم.

من خلال التعريف المذكور أعلاه يتبين أن المشرع اعتبر أن الشرط يكون تعسفيا بمجرد أنه يؤدي إلى إحداث اختلال التوازن العقدي، و تكون هذه الشروط متوافرة في العقود المبرمة بين طرف قوي وطرف ضعيف، لا يكون له الحق في مناقشة مضمونها، [2] وعليه يمكن استخلاص الشروط التي تميز الشرط التعسفي كما يلي:

أ- أن لا يكون خاضعا للمفاوضات بين الطرفين.

ب- أن يترتب عن الشرط عدم التوازن أو التكافؤ بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة العقدية.

ج- أن يكون الشرط مكتوبا بصفة مسبقة دون أن يكون للمستهلك أي تأثير في محتوى العقد. [3]

كما أن المشرع لم يقتصر على الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين وإنما مد الحماية إلى المهنيين أيضا [4] في قانون المنافسة كما سيأتي بيانه في الباب الثاني، غير أن المشرع ربط الشروط التعسفية بعقود الاذعان فقط في عقود الاستهلاك دون أن يوسع الحماية من الشرط التعسفية إلى كل العقود بما فيها العقود الرضائية لتكون الحماية فعالة [5].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد مد الحماية من الشروط التعسفية إلى عقود المساومة وقد سلك المشرع الفرنسي هذا الاتجاه من خلال قانون 1978، وقانون الاستهلاك سنة 1995 بموجب المادة 132-1 فقرة 4 التي جاء فيها: " هذه النصوص تطبق مهما كان شكل أو أساس العقد، وتكون على الأخص ... اشتراطات، سواء تم مناقشتها أم لا أو الإحالة على شروط عامة مقررة سلفا ". [6]

ثانيا: معايير الشرط التعسفي:

من خلال التعريف السابق للشرط التعسفي فإن المعيار المعتمد لتحديد الشرط التعسفي يتمثل في معيارين، معيار تعسف النفوذ الاقتصادي، ومعيار الميزة المفرطة و هذا ما نتناوله تباعا:

---

[1] - المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي سبقت الإشارة إليه.

[2] - منبرة جربوعة، المرجع السابق، ص 194.

[3] - عايدة مصطفاوي، " حماية المستهلك من الشروط التعسفية "، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع عشر، أفريل 2017، ص 12.

[4] - عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص 173.

[5] - لقد انتهج المشرع الاتجاه التشريعي الذي يحدد الشروط التعسفية بعقود الإذعان من جاء نص المادة 03 فقرة 4 من القانون 04-02 كما يلي: " كل اتفاق او اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه" وأكدت هذا التعريف المادة 01 المرسوم التنفيذي 06 – 306، المؤرخ في 2006/9/10، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، (ج ر الصادرة في 2006/9/11، ع 56، ص 16)، المعدل والمتمم.

[6] - محمد خليفة كرفة، المرجع السابق، ص 59.

1- معيار تعسف النفوذ الاقتصادي:

حاول الفقه وضع بعض الشروط التي تدل على أن الشرط تعسفي وفق معيار التفوق الاقتصادي فبمجرد أن يرتب الشرط عدم توازن جسيم في اتفاق ما فهذه النتيجة تجعل الشرط باطلا، كما أنه يمكن اعتبار الشرط تعسفيا بالنظر إلى وضعية المهني في السوق، ومن جهة أخرى يمكن اللجوء الى وضع المستهلك لتقدير النفوذ الاقتصادي، فهو الذي ليس له خيارات وغير قادر على مناقشة شروط العقد، كما أنه يمكن الاستدلال على تقدير القوة الاقتصادية إذا استعملها المهني بهدف الحصول على ميزة مفرطة [1].

2- معيار الميزة المفرطة: Avantage excessif

عرّف **Glume** الميزة المفرطة أنها: " مقابل مغالى فيه مفروض بواسطة شرط أو عدة شروط مخالفة للقانون المدني أو القانون التجاري، وهذا المعيار يعتبر نتيجة للمعيار الأول أي هو المحصلة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية. "

لقد وُجه النقد إلى هذا المعيار وأُقترح في البداية على الحكومة الفرنسية استعمال عبارة " عدم التوازن " ثم استبعد ذلك لأنه يثير مسالة الغبن la lésion فرغم الفرق ما بين الغبن الذي ينصب على الثمن والتعسف الذي ينصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد والتي هي ليست ذات طبيعة مالية إلا أن النتيجة تحدث اختلال التوازن بين الحقوق والالتزامات.

إن المشرع الفرنسي أخذ في تحديد صفة التعسف بكل العقد وكل الملابسات المحيطة به، [2]

أما المشرع الجزائري فقد اعتمد معيار الميزة المفرطة أو الاختلال الظاهر بموجب المادة 3 من قانون 04-02 [3]، وهو الذي من شأنه أن يؤدي إلى اختلال التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف.

ثالثا: تضمين العقد بالشروط التعسفية يستدعي التدخل التشريعي

انتهج المشرع آليات قانونية لإعادة التوازن العقدي معتمدا في ذلك على نظام القائمة ولقد اعتمدت عدة دول هذا النظام الذي يعتبر أبرز الآليات القانونية لمواجهة الشروط التعسفية ومنها ألمانيا وفرنسا ولقد سار المشرع على هذا النهج، وتعتبر ألمانيا أول الدول الأوروبية التي بادرت بإصدار قانون في

[1] - عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص 181.

[2] - بن قويدر زبيري، المرجع السابق، ص 117- 118.

[3] - يراجع نص المادة 03 من القانون 04-02 الذي سبقت الإشارة اليه.

هذا المجال حيث أصدرت القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود بتاريخ 1976/12/9، والذي بدأ العمل به في أول أفريل 1977، ولقد تم تقسيم البنود التعسفية الباطلة إلى قسمين على أساس مدى قابليتها للتقويم من عدمه [1] إلى شروط تعسفية باطلة [2] بقوة القانون والمسماة الشروط السوداء، وتشمل هذه القائمة ثمانية أصناف من الشروط التعسفية المحظورة قانونا، وشروطا تعسفية أخرى يفترض فيها الطابع التعسفي والمسماة الشروط الرمادية والتي تتضمن عشرة أصناف من الشروط التعسفية الباطلة التي تخضع للسلطة الرقابية والتقديرية للقاضي الذي يجوز له استبعادها إذا كانت تتوافق مع المعيار العام للشرط التعسفي الذي حدده القانون الألماني. [3]

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فلم يسلك نهج المشرع الألماني في وضع قائمتين للشروط التعسفية الباطلة وإنما اختار نظاما معقدا يتميز بتعدد مصادر القوائم الشروط التعسفية وباختلاف الالتزام القانوني لكل مصدر من هذه المصادر، حيث يعد التشريع المصدر الثاني بعد التنظيم. [4]

حيث صدر أول قانون استهلاك في 10 جانفي 1978 قام بتعريف الشرط التعسفي في نص المادة 35 منه كما يلي: " التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من خلال فرض على غير المحترف أو المستهلك بند يخول للمتعاقد معه ميزة مفرطة "[5].

يوضح النص أن للسلطة التنفيذية أن تصدر ما تشاء من اللوائح عن طريق مجلس الدولة بناءا على رأي لجنة البنود التعسفية والتي يتمثل اختصاصها في فحص نماذج العقود الشائع استعمالها من قبل المهنيين عند تعاقدهم مع المستهلكين [6].

إن المشرع الفرنسي ومن خلال قانون الاستهلاك الصادر في 10 جانفي 1978 لم يحدد قائمة الشروط التعسفية مما أدى إلى وجود اختلاف عند الفقه والقضاء حول تحديد مفهوم الميزة المفرطة والتعسف في استعمال القوة الاقتصادية، هذا ما أدى بالمشرع الفرنسي سنة 1995 إلى إضافة ملحقا

---

[1] - عبير مزغيش ومحمد عدنان بن ضيف، "الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية "، مجلة الحقوق والحريات في - في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، أفريل 2017، ص 108.

[2] - المادة 10 من القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود الصادر بتاريخ 1976/12/09.

[3] - إنّ المشرع الألماني حدد الشروط التعسفية الباطلة بقوة القانون وهي القائمة السوداء ولم يعترف للمشرع بالسلطة التقديرية بشأنها أما الشروط الرمادية أجاز للقاضي استبعادها.

[4] Article 35 de la loi de 10 janvier 1978 qui organisent la lutte contre les clauses abusives: « Dont abusives les clauses qui apparaissent imposée aux non –professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

[5] - ياسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية ..، المرجع السابق، ص 191.

[6] - أحمد سيد أحمد وأحمد أبو القاسم، مجالات وأهداف حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 2018، ص 26.

بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية إذا توفرت فيها شروط الشرط التعسفي، وهي قائمة مستوحاة من التعليمة الأوروبية لعام 1993 وقد جاءت شاحبة حسب تعبير الأستاذ **calais – Auloy** لأنها تفتقر إلى القوة الإلزامية التي تتميز بها المراسيم ومن جهة أخرى تحمّل المدعي عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا لنص المادة 132-1 من قانون الاستهلاك ويضم الملحق سبعة عشر نوعا من الشروط التعسفية وتتعلق على الخصوص:

- استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.

- استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.

وأخيرا أصدر المشرع قانون 28 جانفي 2005 المسمى قانون **la loi châtel** نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلف قبل عامين بمهمة برلمانية تتعلق بالإعلام وتمثيل وحماية المستهلكين[1].

أما المشرع الجزائري فقد انتهج الأسلوب التشريعي والتنظيمي معا في مواجهة الشروط التعسفية، حيث نص في المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على الشروط التعسفية التعاقدية التي وردت على سبيل المثال،[2] ولقد استحدث المشرع لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، وحدد البنود التي تعتبر تعسفية بموجب المادة 5 منه والملاحظ أن بعض الشروط التعسفية أعيد ذكرها في المرسوم التنفيذي 06-306[3].

من الشروط التي تعتبر تعسفية حالة احتفاظ العون الاقتصادي بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك والشرط الذي يدرجه العون الاقتصادي والذي بمقتضاه لا يسمح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بقابل دفع تعويض، وغيرها من الشروط التي نص عليها بموجب نص المادة 29 من القانون 04 – 02 [4].

رابعا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية وفقا للقوانين المستحدثة

[1] - بلال عثماني، أثر الظروف الاقتصادية...، المرجع السابق، ص 192.

[2] - يراجع نص المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية الذي سبقت لإشارة اليه.

[3] - الذي سبقت الإشارة اليه.

[4] - الذي سبقت الإشارة اليه.

لقد سبق وأن تطرقنا إلى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية التي قد تتضمنها عقود الإذعان وذلك وفقا للقواعد العامة وهو ما كرسه المشرع بموجب المادة 110 من القانون المدني، وقد تطرقنا الى أن للقاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أي إزالة الشرط التعسفي لإعادة التوازن بين الأداءات أو اعفاء الطرف المذعن منه أي تعطيله وله في ذلك السلطة التقديرية، وبصدور القانون 04-02 السابق الذكر فإن المشرع قد حدد قائمة الشروط التعسفية بموجب المادة 29 التي احتوت على ثمانية شروط تعسفية ويضاف إليها اثنا عشر شرطا تعسفيا جاءت بهم المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، ولا نجد ضمن هذه القواعد الخاصة أي حكم يتكلم عن بطلان الشروط التعسفية،[1] وبالرجوع الى القواعد العامة فإن المشرع أجاز للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها مع الإبقاء على العقد بحيث رتب بطلان الشرط التعسفي مقابل الإبقاء على العقد قائما[2].

الملاحظ أن المشرع ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان فلا يمكن اعمال نص المادة 110 في عقود المساومة التي يختل فيها التوازن العقدي نتيجة وضعية الهيمنة التي يتمتع بها أحد طرفي العلاقة العقدية ولذلك فإنه يستوجب مد نطاق الحماية من الشروط التعسفية إلى كل العقود حتى الرضائية وعدم حصرها بعقود الإذعان، لأن ضعف المستهلك لم يعد متعلق بالتفوق الاقتصادي للمهني.

بتحديد المشرع لقائمة الشروط التعسفية في المادتين 29 من القانون 04- 02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06- 306، يكون قد استبعد سلطة القاضي في تقدير ما اذا كان الشرط تعسفيا، وهو ما يتعارض مع المادة 03 من فقرة من القانون 04-02 التي تمنح للقاضي سلطة تقديرية في التأكد من وجود اختلال في التوازن العقدي بين حقوق وواجبات المتعاقدين[3].

وعليه فإنه وبتحديد قائمة الشروط التعسفية من قبل المشرع في المواد المذكورة أعلاه يكون قد سهل مهمة القاضي في تقدير الشروط التعسفية، فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بتعديلها متى كان ذلك ممكنا أو الاعفاء منها، وفيما عدا هذه الشروط يبقى للقاضي مطلق الصلاحية في تقدير الطابع التعسفي لأي شرط آخر بشرط مراعاة أحكام الفقرتين 5 و 4من المادة 03 من القانون 04- 02 المتعلقتين بضرورة

[1]- بخلا ف المشرع الفرنسي الذي نص على بطلا ن الشرط التعسفي بموجب المادة 131 ف 2 من قانون الاستهلاك الصادر في 01 فيفري 1995، المنقول عن التنظيم الأوربي الصادر في 5 أفريل 1993، وهو ما كرسه في المادة 1171 بعد تعديل قانون العقود والالتزامات في سنة 2016.

[2]- سامي بن حملة، "إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك"، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد الخامس، مارس 2005، ص 98.

[3]- خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 222.

ورود الشرط ضمن عقد الاستهلاك، وأن يتعلق بعقود الاذعان وأن يؤدي إلى الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد [1].

الفرع الثاني: فرض التزامات إضافية لتدعيم حماية الطرق الضعيف

إن الآلية الثانية التي اعتمدها المشرع من أجل حماية الطرف الضعيف في العقد هي اللجوء إلى فرض التزامات إضافية على عاتق الطرف القوي في العقد من أجل سلامة رضا المستهلك، فالتطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي شهده العالم منتصف القرن العشرين أفرز ازدحام الأسواق بمنتوجات لم تكن مألوفة من ذي قبل، كالسلع الاستهلاكية والأجهزة المنزلية وغيرها من السلعة والمنتجات ...، ولقد صاحب هذا التطور في أساليب الإنتاج والتوزيع زيادة حجم المخاطر التي قد يتعرض لها المستهلكين أثناء اقتنائهم لهذه السلع والمنتجات[2]، ولما كانت القواعد العامة غير كافية لحماية المستهلك من المخاطر التي قد يتعرض لها [3] بسبب جهله لهذه السلع والخدمات ذات التقنيات المتطورة كان لزاما على المشرع أن يسعى إلى فرض التزامات إضافية على المحترف لتحقيق المساواة بين الطرفين، فضلا عن التفاوت الاقتصادي بين الطرفين والذي سبق وأن تطرقنا له ومن أبرز الالتزامات الملقاة على عاتق المهني هو الالتزام بالإعلام، والذي نشأ من رحم القضاء الفرنسي الذي كان ينظر إليه بأنه التزام مستقل وهو ما برر وجوده بهدف مواجهة اختلال التوازن القائم بين المتعامل الاقتصادي والمستهلك في المرحلة قبل التعاقدية، وذلك في الحالات التي تعجز فيها القواعد العامة عن تنظيمه [4]، وسنتناول هذا الالزام من خلال مفهومه **(أولا)** ونطاقه **(ثانيا)** والجزاء المترتب على مخالفته **(ثالثا)** .

أولا: مفهوم الالتزام بالإعلام

ستناول التعريف التشريعي و الفقهي للالتزام بالإعلام كما يلي:

1- التعريف التشريعي:

[1]- منبرة جربوعة، المرجع السابق، ص 207-208.

[2]- علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2013، ص9.

[3] - لم ينص المشرع على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بصورة صريحة بصدد كل التعاملات ضمن قواعد القانون المدني مكتفيا بالقواعد المتعلقة بعيوب الرضا والعلم الكافي بالمبيع وأحكام ضمان العيوب الخفية، يراجع في هذا الخصوص، سعاد نويري،" الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، العدد الثامن، جانفي 2016، ص 224.

[4] - مريم نابي،" دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في حماية المستهلك"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ص 150.

كرس المشرع الالتزام بالإعلام ضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 [1] بموجب المادة 17 التي تنص: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة ".

بالرجوع الى المرسوم التنفيذي 13-378 [2] فإنه تطرق إلى تعريف الالتزام حول المنتوجات حيث نصت المادة 03 منه على ما يلي: " إعلام حول المنتوجات كل المعلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أية وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي ".

بنفس المعنى كرس المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك في المادة 1/111، التي جاء فيها: " كل محترف بائع المنتوجات أو مقدم خدمات يجب عليه قبل إبرام العقد أن يضع المستهلك في وضع يسمح له بمعرفة الخصائص الأساسية للمنتوج أو الخدمة "[3].

من خلال قراءة نص المادة 17 من القانون 09-03 والمادة 03 من المرسوم التنفيذي 13-378 السابقتين يستنتج منها أن المشرع قد ألزم المحترف بأن يقدم للمستهلك كل المعلومات المرتبطة بالمنتوج (سلعة أو خدمة) الموضوع للتداول في الأسواق بغرض الاستهلاك ولم يشترط أي وسيلة إعلامية لتنفيذ هذا الالتزام بهدف تشجيع المهني على الالتزام بالإعلام بأية وسيلة يراها مناسبة بحيث يقبل المتعاقد على ابرام العقد وإرادته مستنيرة وسليمة وهو على بينة بمحل العقد، ليبقى له حرية إبرام العقد أو العدول عنه [4].

[1] - الذي سبقت الإشارة إليه.

[2] - المؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، (ج ر الصادرة في 18 نوفمبر، ع 58 ،ص 8).

[3] - جاءت صياغة المادة 1/111 من قانون الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

«Tout professionnel vendeur des bien ou prestataire des services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur on mesure de connaitre les carteristique essentielles des bien ou du service »

[4] - سليمة بوزيد وسليم بشير، " الالتزام بالإعلام وطرق تنفيذه وفقا الاحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09"، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أفريل 2017 ،ص 28.

نظرا لما يحتوي عليه الالتزام بالإعلام من أهمية في سلامة رضا المستهلك وإعادة التوازن بين المحترف والمستهلك فإن المشرع الفرنسي أدرج هذا الالتزام تحت طائلة بطلان العقد وذلك بصدد الاصلاحات الجديدة للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 [1].

إلا أن القانون المدني الجزائري لم يتطرق إلى هذا الالتزام قبل التعاقد بصورة واضحة بل غلبت على نصوص القانون المدني العمومية بنصه على التعامل بحسن نية، الأمر الذي قد يؤدي إلى تنصل المحترف من هذا الالتزام، مما يتعارض مع أهميته باعتباره ضمانة من ضمانات حماية المتعاقدين خاصة المبتدئين [2].

2- التعريف الفقهي:

من الأهمية أن نذكر أن الفقيه الفرنسي جولجر هو أول من سعى الى الاعتراف بالالتزام بالإعلام ، ونادى بضرورة وجود هذا الالتزام في كل مراحل العقد نظرا لأهميته الكبرى، وأنه يشكل أحد مظاهر روح التضامن التي يجب أن تسود في العقود كرد فعل على الحرية الفردية المفرطة التي سادت في ظل المذهب الفردي، ولقد أوضح أن الحكمة من فرض هذا الالتزام تكمن في عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة لحماية المتعاقد الضعيف، وبما أنها استثناء على الأصل فلا يجب التوسع في تطبيقها [3].

بصدد التأكيد على تكريس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ذهب الفقيه الفرنسي جستان **Ghestin** إلى أن:" الالتزام بإعلام المتعاقد الآخر بكل ظروف العقد ما هو إلا وسيلة جديدة تضاف إلى الوسائل التقليدية التي تهدف إلى حماية الرضا حتى لا يقوم العقد على رضا غير حر من جانب أحد طرفيه، فالرضا لا يكون حرا إلا إذا استند إلى حرية كاملة من المتعاقد في تقدير ظروف التعاقد "[4].

ثانيا :الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام

إن أهمية البحث عن الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام تكمن في معرفة القوانين الواجبة التطبيق على مثل هذا الالتزام وتحديد نوع المسؤولية المترتبة عن الاخلال بهذا الالتزام، ولقد اختلف الفقه

---

[1] - استحدث المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام بموجب المادة 1112 وذلك بصدد الإصلاحات الجديدة للقانون المدني الفرنسي سنة 2016 الذي عدل بموجب الامر 2016 -31.

[2] - مولود حاتم، " ادراج الالتزام بالتبصير في اصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجدد 03، العدد 02، أكتوبر 2019، ص 78.

[3] - عمر عبد الفتاح السيد عبد الطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة سنة 2016، ص 38.

[4] - المرجع نفسه ص 39.

حول الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام فهناك من يرى بأنه التزام ذو طبيعة عقدية (أ)، وهناك من يرى أنه التزام غير عقدي (ب).

أ- الطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام:

يستند أنصار هذا الرأي إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد، والتي تعتبر أن الالتزامات السابقة على التعاقد التزامات عقدية، ويؤسسون ذلك على قيام المسؤولية العقدية كأثر للأخطاء التي تقع بمناسبة إبرام العقد وهو ما يؤخذ به القانون السويسري، كما أنهم يرون أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يستمد طبيعته العقدية من العقد اللاحق، وقد استندوا على الحجج التالية:

- عندما يقوم البائع بإعلام المشتري بخصائص المبيع إنما يعلمه بصفته متعاقدا، لأن عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالإعلام لا يكتشف إلا بعد ابرام العقد وأثناء تنفيذه، وهو نفس الحال بالنسبة للمتعامل الاقتصادي و المستهلك في علاقة الاستهلاك.

- إن تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي من شأنه أن يؤدي إلى معالجة بعض القصور الذي يعتري نظرية عيوب الإرادة.

- يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه ينبغي إهمال التفرقة بين الالتزام العقدي وغير العقدي، وأنه من الأفضل بسط الطبيعة العقدية على كل منهما.[1]

ب – الطبيعة غير العقدية للالتزام بالإعلام:

يستند أنصار هذا الرأي إلى أن عدم نشوء عقد بين الطرفين لا يمكن أن يترتب عليه الطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، فالالتزامات غير العقدية يدخل في نطاقها كافة الالتزامات الواجبة خارج النطاق العقدي ومنها الالتزامات القانونية وشبه العقدية، والالتزامات الواجبة اثناء المفاوضات العقدية وكذلك الالتزامات الناشئة عن واقعة أو فعل معيب، وهذا ما ينطبق على الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، فهو التزام غير عقدي يهدف إلى الادلاء بالبيانات اللازمة لإبرام العقد من أجل تبصير المتعاقد وتنوير إرادته في الفترة السابقة على العقد، و بذلك فهو يستند إلى أحكام المسؤولية المدنية، ولا سيما التقصيرية وذلك لأن عدم الادلاء بالبيانات اللازمة يعتبر خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية، ويستوجب الحكم بالتعويض عملا ينص المادة 124 من القانون المدني[2].

[1] - مريم نابي، المرجع السابق ،ص 152 – 153.

[2] - المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية: 2017- 2018، ص 133-134.

اتجه رأي المشرع إلى أنه لا يمكن الاستناد إلى المسؤولية العقدية نتيجة عدم القيام بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، لأنه لا يوجد أصلا عقد بين الطرفين، وليس للمتضرر من الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد الآخر في مرحلة المفاوضات سوى المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية [1].

ثالثا: نطاق الالتزام بالإعلام

نتناول نطاق الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي من حيث الأشخاص**(1)** ونطاقه من حيث الموضوع **(2)** وذلك كما يلي:

1- من حيث الأشخاص:

إن نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص يتحدد من حيث معرفة المدين والدائن بهذا الالتزام، وبالرجوع إلى المادة 17 من القانون 09- 03 [2] التي نصت على أن الدائن بالإعلام هو المستهلك، ولقد اختلف كل من الفقه والقضاء حول مفهومه بين اتجاه ضيق واتجاه موسع، حيث رأى أصحاب الاتجاه الموسع أن المتدخل يأخذ سلوك المستهلك العادي إذا تصرف في غير مجال تخصصه فيكون بذلك في مركز الطرف الضعيف، وهو ما أخذ به المشرع عند ما أخرج من وصف المستهلك كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض المهنة أو الحرفة وهو ما أكده بموجب نصوص تشريعية[3].

أما من حيث المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي هو المتعامل ولقد اختلف الفقه في تسميته فنجد من أطلق عليه مصطلح المهني أو المنتج للدلالة عليه، ولقد عرفه الدكتور محمد جعفر بأنه: " الشخص الطبيعي أو المعنوي من القطاع العام أو الخاص، الذي يمارس باسمه ولحساب الغير نشاطا يتمثل في توزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات، كما يعتبر متعامل محترف أي شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستيراد السلع بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها وذلك في اطار ممارسته لنشاطه المهني".

لقد عرف المشرع المدين بهذا الالتزام في المادة 03 من القانون 09-03 على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك "، ولكي يكون المتعامل شخصا مدينا لابد أن يتوافر فيه عنصران:

---

[1] - المرجع نفسه، ص 131.

[2] - المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي سبقت الإشارة إليه.

[3] - عرفت المادة 03 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المستهلك بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته أو حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به "، كما عرفته المادة 03 من القانون 04- 02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت مجردة من كل طابع مهني".

- **العنصر الأول:** يتمثل في ممارسه نشاط اعتيادي.

- **العنصر الثاني:** هو عرض المنتوجات والخدمات [1].

2- من حيث الموضوع:

يتحدد نطاق الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي من حيث الموضوع في الامتناع عن الكتمان والادلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بوضع الشيء أو الخدمة من الناحتين القانونية أو المادية ثم تلك المتعلقة باستخدام الشيء أو محل عقد الاستهلاك [2].

أ - الامتناع عن الكتمان:

رتب المشرع التزاما عاما بالإفضاء بموجب المادة 86 من القانون المدني وهو يقع على عاتق المتعاقد المدين بالالتزام بالإعلام وذلك كلما كانت الواقعة أو الملابسة التي يجهلها المتعاقد معه مؤثرة، ويلتزم المتعاقد بالإفضاء على وجه الخصوص كلما تعذر على المتعاقد المدلس عليه التعرف على وقائع وملابسات مؤثرة من دون قيام المدلس بالإفضاء له، كما يتحمل المهني أو الأخصائي أو الفني التزاما بالإفضاء في تعامله مع من لا خبرة له، حيث تنص المادة 86 من ق م على أنه: " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ".

لقيام التدليس يشترط أن يتوافر العنصر المعنوي له الذي يتمثل في نية التضليل أو الخداع عند المدلس وأن يكون الغرض من الحيل المستعلمة بشتى أنواعها خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد، وهذا ما لا يتوافر في الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام الذي ينبني أساسا على مبدأ حسن النية، وكذلك الأصل في الالتزام بالإعلام يعني الاستغناء عن العنصر المعنوي، ويعتبر المدين بالالتزام بالإعلام قد أخل بالتزامه بمجرد كتمان البيانات والمعلومات، مما يترتب عليه إمكانية المطالبة بإبطال العقد والتعويض بدون حاجة إلى إثبات نية التضليل وهذا الرأي لا يمكن الأخذ به لأنه يوسع من دائرة البطلان دون وجود نص قانوني. [3]

ب- الادلاء بالمعلومات والبيانات:

---

[1] - مريم نابي، المرجع السابق، ص 160.

[2] - أحمد بورزق، "دور الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 03، جانفي 2016، ص 179.

[3] - أحمد بورزق، المرجع السابق، ص 180.

يتم الادلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد وذلك بكافة الطرق الممكنة، سواء شفاهة عن طريق الشرح العلني أو كتابة من خلال تقديم البيانات مكتوبة إلى المستهلك، ويتمثل مضمون البيانات التي يجب الادلاء بها، في تمكين المستهلك من كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة [1]، والتي تختلف باختلاف محل العقد،[2] وذلك بتنوير إرادة المستهلك بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، ويجب أن تكون وافية وصحيحة ومفيدة كأوصافها المادية (سعر الوحدة، تاريخ الإنتاج، طبيعة المنتج وخصائصه، طريقة الاستعمال، مخاطر الاستعمال، الإجراءات الوقائية التي يجب اتخاذها في حالة كون المواد خطرة ...)[3].

كما يقع على عاتق المهني إعلام المستهلك بالحدود المتوقعة للمسؤولية العقدية وذلك بإعلام المستهلك بالحدود المتوقعة للأضرار التي يلتزم بتعويضها في حالة وقوعها، لأن التزام المدين بالتعويض في المسؤولية العقدية يتحدد بموجب العقد وفقا لإرادة المتعاقدين وقت التعاقد، وذلك بعرض الأضرار المتوقعة من جانب (المدين) والاتفاق على حدود التعويض اللازم جبرها، كل ذلك ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم من أحدهما طبقا لنص المادة 182 من ق م [4].

رابعا: جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي

كما سبق وأن تطرقنا له فإن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي يرجع في نشأته إلى القضاء الفرنسي استنادا إلى القواعد العامة للعقد، ولا يوجد نص قانوني عام وصريح ينص عليه، ومن هنا فإن الصعوبة تكمن في تحديد الجزاء المترتب على الاخلال بمثل هذا الالتزام، كما أن المادة 17 من القانون 09-03 أغفلت الجزاء المدني، في حين المادة 78 من نفس القانون نصت على عقوبات جزائية، وعليه فإن دراسة الجزاء

[1]- فايزة بولباني، الاعلام كوسيلة لحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2011- 2012، ص 111.

[2]- فمثلا في المجال الطبي يكون حق المريض في الاعلام عن طبيعة العلاج من خلال مرحلتين ففي المرحلة الأولى يتم هذا الاعلام قبل مباشرة العلاج لكي يرضى المريض بالخضوع لهذا العلاج أو يرفضه، وفي المرحلة الثانية يكون الإعلام بعد مباشرة العلاج ونعني بذلك حق المريض في الاطلاع على ملفه الطبي، وأن يسعى الطبيب لإفادته بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار شخصية المريض خلال توضيحاته، وعليه أن يفهمه ذلك في المرحلة الأولى أي قبل العلاج، وبعد مباشرة العلاج يكون حق المريض في الإعلام بالملف الطبي الخاص به ويشمل العديد من الوثائق أهمها وثيقة الاستشفاء والرضا المكتوب إذا كان يقرره القانون ونتائج التحاليل... إلخ، يراجع في هذا الخصوص: سليمان حاج عزام، " حق المستهلك في الإعلام والرضا في المجال الطبي – التزام الطبيب بإعلام المريض وتلقي رضاه نموذجا-، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أفريل 2017، ص 256، 258.

[3]- أحمد بورزق، المرجع السابق، ص 180.

[4]- عادل عميرات، " الالتزام العون الاقتصادي بالإعلام"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016، ص 241.

المترتب على مخالفة الالتزام بالإعلام تقتضي التطرق إلى الجزاء المدني ضمن القواعد العامة للعقد **(1)**، ثم التطرق إلى العقوبات المقدرة بموجب لقانون 09-03 [1] **(2)**.

1- الجزاء المدني المترتب عن الاخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي:

إن غياب نص صريح وعام يكرس الالتزام بالإعلام ضمن القواعد العامة يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية وهو ما تناوله اتباعا:

أ- ابطال العقد استنادا إلى نظرية عيوب لإرادة:

إن طلب إبطال العقد استنادا إلى نظرية عيوب الإرادة تقتضي تأسيس طلب إبطال العقد على الغلط والتدليس لارتباطها الوثيق بالالتزام بالإعلام.

- الغلط:

قد يؤدي اخلال المهني بالالتزام بالإعلام إلى إيقاع المستهلك في غلط نتيجة المعلومات المضللة التي قد قدمها له أو لعدم ذكر بعض المعلومات الهامة [2]، وعليه فإنه يجب على المستهلك أن يثبت أنه وقع في غلط معين وأن يثبت جوهرية المعلومات التي وقع بشأنها الغلط، سواء كان الغلط في صفة جوهرية للشيء، [3] أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته [4]، ويكون للمستهلك في هذه الحالة المطالبة بإبطال العقد على أساس الغلط استنادا لنص المادتين 81-82 من ق م.

- التدليس:

يمكن للمستهلك المطالبة بإبطال العقد للتدليس [5] إذ أن الاخلال بالالتزام بالإعلام هو أحد حالات التدليس بالكتمان لكن يبقى على من وقع في التدليس أن يثبت نية التضليل، لأن التمسك بإبطال العقد على أساس الكتمان التدليسي الذي يرتب الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي دون إثبات نية التضليل يوسع من دائرة البطلان، ولذلك يرى الأستاذ حسن جميعي أن استقلالية الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي يقتضي أن يتبنى المشرع حق المستهلك في المطالبة بإبطال عقد الاستهلاك بمجرد الاخلال بالالتزام وبدون حاجة إلى الاستناد إلى النظريات التقليدية في الغلط والتدليس اللتان تقيدان حق المستهلك في طلب الإبطال [6].

---

[1] - المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والذي سبقت الإشارة إليه.

[2] - أحمد بورزق المرجع السابق، ص 183.

[3] - يراجع نص المادة 82 ف 2 ق م.

[4] - يراجع نص المادة 82 ق 3 من ق م.

[5] - يراجع نص المادة 86 م ق م.

[6] - أحمد بورزق، المرجع السابق، ص 183.

- عدم العلم الكافي بالمبيع في عقد البيع:

نص المشرع على العلم الكافي بالمبيع بموجب المادة 352 فـ1 من ق م[1] كما يلي: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه ".

يقصد بالعلم الكافي بالمبيع الإحاطة بأوصافه الأساسية التي تبين للمشتري مدى صلاحيته لآداء الغرض المقصود منه، ولذلك يعتبر العلم الكافي أوسع نطاق من مجرد تعيينه وفقا للقواعد العامة، فكان النص عليه مستقلا بموجب المادة 352 فـ1 من ق م السابقة للذكر[2] وعليه يرى جانب من الفقه أن العلم الكافي بالمبيع يخول للمشتري طلب إبطال عقد البيع استنادا إلى نظرية الغلط لأن عدم العلم الكافي بالمبيع يعد غلطا في صفات المبيع الجوهرية وهو ما يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال والغلط في هذه الحالة غلط مفترض لا يطالب المشتري بإثباته، والرأي الراجح من الفقه يرى استقلالية إبطال العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع عن أحكام نظرية الغلط، ويكفي في هذه الحالة أن يثبت المشتري أنه لم يعلم بالشيء المبيع لا عن طريق الرؤية ولا بالوصف، وأنه لم يقر في العقد أنه عالم، وعليه فإن عدم العلم الكافي بالمبيع هو الذي يخول للمشتري الحق في إبطال العقد ولو لم يقع في غلط [3].

إن نص المادة 352 من ق م يحصر العلم الكافي بالمبيع على عقد البيع دون أن يشمل عقود الخدمات التي انتشرت في الواقع، مما يجعل من الاستناد على المادة المذكورة سابقا لإبطال عقد البيع كجزاء على الاخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي أمر لا يحقق الحماية الفعالة للطرف الضعيف، هذا ما جعل الفقه والقضاء يسعى الى البحث عن وسائل أخرى للحماية وذلك من خلال طلب التعويض استنادا إلى قيام المسؤولية المدنية المحترف [4].

ب- طلب التعويض استنادا إلى قيام المسؤولية المدنية للمتدخل:

إذا لم يتمكن المستهلك من إبطال العقد عندما يخل المتدخل بالتزامه بالإعلام قبل التعاقدي أو كان طلب الإبطال غير كاف وفقا للقواعد العامة يمكن له في هذه الحال طلب التعويض تأسيسا على قيام المسؤولية المدنية، وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه المصري والفرنسي إلى أحقية المستهلك في طلب التعويض في إطار قواعد المسؤولية التقصيرية جبرا للأضرار التي أصابته و تحقيق حماية فعلية موضوعية للمستهلك [5].

---

[1] - تقابلها المادة 419 من ق م المصري.

[2] - أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك "، مجلة العلوم القانونية، العدد 1، جوان 2020 ص 173.

[3] - الطيب قلوش، " الجزاء المدني لإخلال المتدخل بالتزام بالإعلام "، مجلة القانون العدد 07، ديسمبر 2016، ص 158.

[4] - الطيب قلوش، المرجع السابق، ص 158.

[5] - أحمد بورزق، المرجع السابق، ص 183.

إن المسؤولية التقصيرية تنشأ بسبب ما يحدثه الشخص للغير من ضرر بسبب خطئه فهي تنشأ خارج العلاقات العقدية بين أشخاص لا يرتبطون فيما بينهم بموجب العقد، فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد يفرضه واجب قانوني يتمثل في إعلام المستهلك بالسلعة تفاديا لوقوع الضرر، وطلب التعويض يكون مؤسسا على نص المادة 124 من ق م [1].

- الجزاء الوارد في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي:

كرس المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي بموجب التعديلات التي مست القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر (2016-131) كما معنا، ونظم له أحكاما [2] حيث فرض جزاء عن الاخلال به وخفف عبء الاثبات على الدائن بالالتزام بالإعلام بحيث يكفي أن يثبت أن المدين ملزم بتقديم معلومات حول محل العقد لينتقل عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام إلى المدين بالالتزام الذي يتعين عليه أن يثبت قيامه بالتزامه، ولقد اعتبر المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي متعلق بالنظام العام ورتب على مخالفته البطلان، [3] ويستمد الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي قوته الإلزامية من نصوص القانون المدني الفرنسي باعتباره المصدر المباشر غير التعاقدي للالتزام بالإعلام [4].

إن الاصلاحات الجذرية التي مست القانون المدني الفرنسي نصت على الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، واعتبرته التزاما مستقلا عن نظرية عيوب الرضا، يترتب على مخالفته بطلان العقد بالشروط التي نصت عليها المادة 1130 من نفس القانون.

فضلا عن البطلان الذي يلحق العقد نتيجة مخالفة هذا الالتزام فان المشرع الفرنسي قد فسح المجال للمستهلك من أجل المطالبة بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية المدنية وبالتحديد المسؤولية التقصيرية مع الإبقاء على العقد لأن مصلحته لا تتحقق مع ابطال العقد [5].

2- الجزاء الجنائي المترتب عن الاخلال بالالتزام قبل التعاقدي:

---

[1] - تقابلها المادة 163 ف 2 من ق م المصري.

[2] - بموجب المادة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على مايلي:

Article 1112- 1: « il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre patrie la lui devait. à charge pour celle autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

- Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir »

- « ... le manquement à ce devoir d'information peut entrainer l'annulation de contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

[3] - بموجب المادة 1112- 1 التي سبقت الإشارة إليها.

[4] - حمزة بن خدة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبة الحالي "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018، ص 431.

[5] - عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 365.

نصت المادة 78 من القانون 18- 09 [1] على أنه:" يعاقب بغرامة من مئة ألف دينار (100.000دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل من يخالف إلزامية إعلام المستهلك المنصوص عليها في المادتين 17 و 18 من هذا القانون. "

يتضح من النص أن المشرع جرم الاخلال بالالتزام بالإعلام عن طريق وسم المنتوج، ويتضح من النص أن القاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، إلا أن خصوصية النظام العام الحمائي كما مر معنا تحمي المصلحة الخاصة للمستهلكين التي تقتضي الإبقاء على العقد بدلا من إبطاله مع الزيادة في الحقوق محل الحماية، ويمكن للطرف المحمي التنازل عن الحماية عند اكتسابه للحق فيكون جزاء مخالفة النظام العام الاجتماعي بطلان الشرط دون العقد، وحلول حكم القانون محل الشرط الباطل وللمستهلك دون غيره التسمك بإبطال العقد [2].

اعتبر المشرع أن مخالفة الالتزام بالإعلام جريمة عمدية بتوافر عناصرها، عملا بنص المادة 78 من القانون 18-09 السابقة الذكر، وأكد المشرع على ذلك بموجب المادة 60 من المرسوم التنفيذي 13-378 والتي تنص: " يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة أو وسم وكل أسلوب .."[3]، وأضاف في نفس المرسوم التنفيذي بموجب المادة 61 التي جاء فيها: " أنه يمنع عرض للبيع أو بيع أو توزيع لكل منتوجات لا تتطابق في وسمها مع أحكام هذا المرسوم أو تخزن في ظروف غير عادية"[4].

كما أن المادة 62 من نفس المرسوم نصت على أن كل اخلال بأحكام هذا المرسوم يعاقب عليه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما لاسيما أحكام القانون 09-03 المذكور سابقا [5].

إن التدخل التشريعي في العقود عن طريق مكافحة الشروط التعسفية وكذا فرض الالتزامات الإضافية على عاتق الطرف القوي الذي غالبا ما يكون المهني إنما يهدف إلى تكريس الحماية للطرف الضعيف عن طريق فرض قواعد قانونية آمرة تمثل النظام العام وذلك من أجل إعادة التوازن العقدي وتحقيق العدالة العقدية، فلم تعد الحرية العقدية أساس القوة الملزمة للعقد، وإنما ظهر مفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد وهو ما سنتناوله في المبحث التالي.

---

[1]- القانون 18- 09، المؤرخ في 25 جوان 2018، يعدل ويتمم القانون 09 - 03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج ر، الصادرة في 13 جوان 2018، ع 35، ص 5).

[2] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 197.

[3]- يراجع نص المادة 60 من المرسوم التنفيذي 13-378 ، المؤرخ في 9 نوفمبر 2013،يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، (ج ر ، الصادرة في 18 نوفمبر 2013، ع 58، ص8).

[4]- يراجع نص المادة 61 من نفس المرسوم.

[5] - يراجع نص المادة 62 من نفس المرسوم.

المبحث الثاني: المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد

إن أساس القوة الملزمة للعقد وفقا للمفهوم التقليدي كان يقوم على حرية التعاقد، فقد كان للإرادة الدور المطلق في تكوين العقد وتحديد آثاره ولا يحد من هذه الإرادة وهذا السلطان سوى فكرة النظام العام، وهذا ما جسده المذهب الفردي.

إن مبدأ سلطان الإرادة بمفهومه التقليدي جسد فكرة أن كل ما هو عقدي فهو عادل وبالتالي فإنه متى تعاقد الشخص وارتبط الإيجاب بالقبول وكان رضاؤه صحيحا نشأ العقد، وترتبت عليه آثار تكون ملزمة لأطرافه ولا يجوز للمشرع ولا القاضي التدخل لتعديله، فالعقد يعتبر صحيحا حتى ولو كان غير متوازن بمجرد أن الشخص تعاقد بحرية، فكان الدور مطلق للإرادة في تكوين العقد وتحديد آثاره، ووفقا لهذا المبدأ لا يمكن تصور شخص قد قبل التزاما على نفسه بعقد لا يتوافق مع مصلحته، وأساس هذه العلاقة العقدية هو المساواة المجردة، التي تقوم على المساواة الحسابية المطلقة النابعة من إرادة الأفراد وهي تمثل العدل التبادلي، ولا يؤخذ فيها بعين الاعتبار الظروف الاقتصادية والاجتماعية للأفراد، كما أن العقد كان يهدف إلى تحقيق المصالح الخاصة والمتضاربة مع الطرف الآخر.

غير أن التعاقد الحديث وما نتج عنه من اختلال في التوازن العقدي أدى إلى ظهور أفكار فلسفية تؤسس لأفكار جديدة للقوة الملزمة للعقد، حمل لوائها المذهب الاجتماعي الذي تبنى فكرة العدل التوزيعي القائم على المساواة الواقعية أو النسبية، والأخذ بالاعتبارات والظروف والقدرات الخاصة لكل فرد عند تقرير الحقوق والواجبات، فالتوزيع للثروات والمزايا والأعباء يكون عادلا لأنه يأخذ بعين الاعتبار ظروف الأفراد فهو عدل يجسد علاقة الأفراد بالجماعة، أي عدل يجب للفرد على الجماعة ولذلك أطلق عليه العدل التوزيعي[1].

أصبح المشرع يتدخل لسن القواعد الآمرة عن طريق النظام العام الحمائي لتجسيد حماية الطرف الضعيف في العقد وإعادة التوازن العقدي، والأخذ بالظروف الاقتصادية والاجتماعية للأطراف المتعاقدة، فتم الانتقال من فكرة المساواة المجردة التي تقوم على أساس العدل التبادلي إلى فكرة المساواة

[1]- فاطيمة نساخ، المرجع السابق، ص 175.

الفعلية التي يجسدها العدل التوزيعي، مع الاعتداد بما يستحقه كل فرد بحسب قدراته وكفاءته وخبراته، وهذا يعني الأخذ بالظروف الاقتصادية والاجتماعية للأطراف المتعاقدة عند توزيع الحقوق والواجبات[1].

إن تدخل المشرع في تنظيم العقد يهدف إلى تحقيق السياسة التشريعية للمشرع وهي تحقيق المصلحة العامة، ولذلك كان لابد أن يستجيب العقد للمنفعة الاجتماعية، عن طريق خضوعه للقواعد الآمرة التي يقررها المشرع وهو ما يجسد العدالة العقدية كأساس جديد للقوة الملزمة للعقد وهو ما نتناوله في **(المطلب الأول)**، كما أنه ومن أجل تكميل العدالة العقدية لا بد من إدخال القواعد الأخلاقية على المفهوم العقدي وهو ما نتناوله في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: العدالة العقدية أساس القوة الملزمة للعقد

إن دراسة العدالة العقدية كمفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد يقتضي التطرق إلى ماهية العدالة العقدية في **(الفرع الأول)**، والأساس الذي تقوم عليه في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم العدالة العقدية

إن أساس العدل التبادلي يقوم على أساس تساوي الأفراد في الحقوق والالتزامات وهو من نتاج مذهب سلطان الإرادة، الذي قام على أساس المساواة المجردة بين الأفراد، والتي لا يؤخذ فيها بالظروف الاقتصادية والاجتماعية فالفرد عندما يتعاقد فمن غير المتصور أن يتعاقد الشخص بما يخالف مصلحته، وهذا هو الأساس الذي يقوم عليه العدل التبادلي[2].

يسمى العدل التبادلي بالعدل التصحيحي لأنه يصحح الاختلال في الذمة المالية الناتجة عن انتقال الأموال من ذمة إلى ذمة، أو الناتجة عن عمل غير مشروع [3].

إن التحولات الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع سرعان ما أثبتت أن المساواة المجردة بين الأفراد في علاقاتهم العقدية التي تجسد مبدأ سلطان الإرادة أصبحت غير مجدية في ظل اختلال التوازن العقدي،

[1]- وفي هذا الشأن يقول مونتيسكيو: " الناس في الحالة الطبيعية يولدون متساوين ولكنهم لا يستطيعون البقاء على هذه الحال فالمجتمع يفقدهم المساواة و لا يعودون متساوين إلا بالقوانين"، نقلا عن حفيظ دحمون، المرجع السابق، ص 4 ، الهامش 1.

[2]- حفيظ دحمون، المرجع السابق، ص 4.

[3]- نساخ فاطمة، المرجع السابق، ص 175.

وظهور طرف قوي وطرف ضعيف في العلاقات العقدية وبالتالي أصبحت مقولة **أن من قال عقدا قال عدلا غير صحيحة**[1].

نتيجة لذلك بدأ المشرع يتدخل في تنظيم العلاقات العقدية لتحقيق التوازن العقدي وذلك عن طريق العدالة التوزيعية التي توزع فيها الحقوق والواجبات على أفراد المجتمع على أساس ما يستحقه كل فرد بالنظر إلى ظروفه الاقتصادية والاجتماعية، وهنا تكون المساواة تناسبية وليست مساواة مطلقة[2].

إن تدخل المشرع في العقد بفرض شروط تعاقدية لإلزامية العقد هو تحقيق للمساواة الفعلية التي قد تغيب أثناء إبرام العقد وذلك للفروق الطبيعية والاجتماعية المتأصلة بين الطرفين، وهكذا فإن عدالة العقد تظهر من خلال شروط العقد المبرم بين الطرفين، فيكون العقد عادلا تبعا لعدالة الأداءات المتبادلة للمتعاقدين، ويعتبر العقد في هذه الحالة أداة لتحقيق منافع متبادلة ومتكافئة إلى حد ما بين طرفيه،[3] وإذا كانت قواعد العدالة تقتضي وجود توازن بين الالتزامات المترتبة عن العقد بغض النظر عن إمكانية عدم التكافؤ الاقتصادي للطرفين خارج نطاق العقد، فإنها تقتضي من باب أولى التعادل في المنافع التي يجنيها أطراف العقد، وعليه فإن جوهر العدالة العقدية هو تحقيق منفعة مادية للمتعاقد، تتناسب مع الأداء المطلوب القيام به[4].

لما كان العقد واقعة اجتماعية فإنه لابد أن يكون في خدمة المجتمع، أي خضوع العقد لما يقرره المشرع لصالح المنفعة العامة بالإضافة إلى تحقيق المنفعة الخاصة، والفلسفة النفعية هي من دعت إلى انتهاج المنفعة العامة واعتبارها كمعيار للمنفعة العقدية[5]، وبمعنى آخر تكون المبادلات نافعة اجتماعيا طالما كانت متوافقة مع المنفعة العامة، ولعل خضوع المتعاقدين للنظام العام هو ما يجسد المنفعة العامة[6].

---

[1]- تنسب هذه المقولة إلى الفقيه الألماني fouille ولقد تعرضت لنقد لاذع من طرف الفقيه الألماني أهرنج Ihering الذي صرح قائلا: "إن القول بأن اتفاق الإرادتين يكون بالضرورة عادلا هو بمنزلة إعطاء ترخيص بالصيد للقراصنة وقطاع الطرق وتقرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم"، نقلا عن صديق شياط، المرجع السابق، ص 195، الهامش 1.

[2]- سماح جبار، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2017-2018، ص 30.

[3]- سماح جبار، المرجع السابق، ص 30.

[4]- جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2013-2014، ص 89.

[5]- جمعة زمام، المرجع السابق، ص 88.

[6]- جمعة زمام، المرجع السابق ، ص 88.

نتيجة لذلك تم التحول إلى مفهوم جديد للقوة الملزمة للعقد، فالمفهوم التقليدي للقوة الملزمة للعقد القائم على أن: **"العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"**[1] لم يعد يتلاءم مع المستجدات التي فرضها الواقع الاقتصادي والاجتماعي، وفي هذا السياق يرى "**Kelsen**" [2] أن مضمون العقد يستمد قوته الملزمة من إرادة المشرع وهذا ما استوجب أن يكون العقد نافعا وعادلا[3]، وهو ما دفع بالفقيه **Ghestin** إلى ربط تحقق القوة الملزمة للعقد بشرطي المنفعة والعدل، فالعقد ملزم كلما توافقت إرادة الأطراف المتعاقدة مع إرادة المشرع لتحقيق العدالة العقدية التي تقوم على فكرة النافع والعادل.[4]

من التطبيقات التي يظهر فيها مفهوم العدالة التعاقدية هو ما يفرضه المشرع من التزامات على الأشخاص المتعاقدة لم تتجه إليها إرادتهم التعاقدية، كالالتزام بالإعلام[5] والالتزام بالسلامة[6]، فهي التزامات تقتضي حصول كل متعاقد على المنفعة المقصودة من العقد بما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر، وكذلك من التطبيقات التشريعية للعدالة العقدية هو حظر الشروط التعسفية في عقود الإذعان وعقود الاستهلاك كما مر معنا[7]، وبالرجوع إلى التعديل الذي مس القانون المدني الفرنسي فإن المشرع الفرنسي توجه إلى ربط القوة الملزمة للعقد بالتوازن العقدي من خلال حظر الشروط التعسفية في العقود المدنية لاسيما عقود الإذعان، معتبرا أن كل شرط يرد في هذه العقود ويفضي إلى عدم التوازن الواضح بين

---

[1]- نصت على هذا المعنى المادة 106 من ق م، والتي تقابلها المادة 1103 والمادة 1193 من القانون المدني الفرنسي المعدل، بحيث أعاد المشرع الفرنسي التموضع القانوني لهذا المبدأ ووضعه ضمن المبادئ العامة التي تحكم العقد وليس كما كان سابقا مبدئا فرعيا يتناول تحديد قوة العقد ضمن القسم المخصص للبحث في آثار العقد، ولقد أضفى على المبدأ العديد من الجوانب الحداثية التي تهدف إلى تحقيق الأمان التعاقدي لطرفي العقد سواء أثناء انعقاد العقد أو تنفيذه، ضمانا للتوازن العقدي بين طرفيه، يراجع في هذا الخصوص محمد عرفان الخطيب، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد2، العدد التسلسلي 26، يونيو 2019، ص 215.

[2]- هانز كلسن فقيه نمساوي وفيلسوف قانوني وسياسي وهو صاحب النظرية الهرمية في القانون الوضعي، نقلا عن علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 233.

[3]- جمعة زمام، العدالة العقدية...، المرجع السابق، ص 88.

[4]- المرجع نفسه، ص 88.

[5]- يراجع الالتزام بالإعلام في المبحث الأول من هذا الفصل.

[6]- كرس المشرع حماية الأفراد بإقراره مبدأ الالتزام بضمان السلامة سواء استنادا إلى المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، وهو التزام ذو طبيعة خاصة وفقا لما نصت عليه المادة 140 مكرر من القانون المدني حيث أنه متى لحق الشخص ضرر بسبب عيب في المنتوج لزم المتدخل بالتعويض ويستند الالتزام بضمان السلامة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية إذا لم توجد علاقة تعاقدية مباشرة، يراجع في هذا الخصوص: حسين بطيمي ونصيرة غزالي، "طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، الجزائر، العدد الثالث عشر، مارس 2017، ص 65.

[7]- يراجع في هذا الخصوص، حظر الشروط التعسفية التي تم التطرق اليها في المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول.

الحقوق والواجبات بين أطراف العقد يعد غير مكتوبا، مع مراعاة استثناء أن لا يكون عدم التوازن المبالغ فيه يتناول موضوع العقد أو المقابل المالي للالتزام[1].

كما أن القانون المدني الفرنسي المعدل أدخل إلى نصوصه فكرة الإكراه الاقتصادي والتي يرجع تسميتها إلى الفقه وهي تستند إلى فكرة التبعية التي يكون فيها أحد المتعاقدين متعسفا من وضع التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر وذلك للحصول منه على التزامات لم يكن ليحصل عليها في غياب هذه التبعية[2]، و رتب المشرع على العقود التي تحتوي على حالة التبعية أو الإكراه الاقتصادي أنه يمكن في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد بناء على دعوى قضائية ولا يعتبر الشرط بحكم العدم بقوة القانون[3].

إن المشرع الفرنسي وحرصا منه على تحقيق العدالة العقدية فقد كرس القانون المدني المعدل العقود الإطارية التي بموجبها يكون بإمكان الطرفين الاتفاق على أن يحدد الثمن بشكل أحادي من قبل أحدهما مع تعهد هذا الأخير بتبرير هذا المبلغ وفي حال الاعتراض أو وجود تجاوز في تحديد الثمن فيمكن للطرف المتضرر المطالبة القضائية بالتعويض نتيجة المبالغة في تحديد المقابل وفسخ العقد عند الاقتضاء[4].

كما أن القانون المدني الفرنسي بموجب التعديل كرس تحقيق العدالة العقدية من خلال إعطاء الحق القانوني بإعادة التفاوض حول بنود العقد في حال حدوث ظروف طارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة لأحد طرفيه، فلهذا الطرف الذي لا يقبل تحمل هذه المخاطر أن يطالب بإعادة مناقشة بنود العقد مع الاستمرار في تنفيذ العقد وفي حال فشل المفاوضات فلهم الحق في فسخ العقد وفق الشروط والمدة المتفق عليها، أو أن يطلبوا من القاضي إعادة تحديث العقد مع الظروف المستجدة، ويمكن لأحد الأطراف أن يطلب من القاضي إنهاء العقد أو تعديله بالتاريخ والشروط التي يحددها القاضي،[5] وبذلك يكون القانون المدني المعدل قد تبنى نظرية الظروف الطارئة بعد أن أرسى الاجتهاد القضائي قواعدها الخاصة[6].

[1]- وهو ما نصت عليه المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[2]- محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 219.

[3]- نصت على هذا المعنى المادة 1143 من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[4]- نصت على هذا المعنى المادة 1164 من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[5]- نصت على هذا المعنى المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[6]- محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 223.

إن تحليلنا لمفهوم العدالة العقدية وتطبيقاتها التي تقوم على توافق إرادة الأطراف مع إرادة المشرع بهدف حماية المصلحة العامة تبين أنها تجسد الوظيفة الاجتماعية للعقد، وهي بذلك تقوم على فكرة النافع والعادل، وهو ما سنتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: نظرية النافع وقيمة الأداء العادلة

انتهج المشرع أفكار الفقيه Ghestin[1] في العديد من التطبيقات القانونية التي تجسد مبدأ العادل والنافع في العقد، وعليه فإن القوة الملزمة للعقد تقوم على أساس النافع في العقد **(أولا)** والعادل في العقد **(ثانيا)**.

أولا: النافع في العقد

نتطرق إلى فكرة النافع في العقد من خلال بيان مدلولها وتأصيلها القانوني وإعادة إحيائه من قبل الاقتصاديين وذلك كما يلي:

1- مدلول فكرة النافع في العقد:

تقوم فكرة **"النافع"** في تحديد مضمون العقد على أن العقد بوصفه وسيلة من وسائل التبادل الاقتصادي بين الأفراد لا يمكن لقواعده أن تبقى جامدة وبعيدة عن تطور البيئة العقدية وإلا أصبح وسيلة بدون جدوى، ولقد تأثر القضاء الفرنسي في إطار جهوده في توسيع مضمون العقد بأمرين أولهما أن العقد قد تطور وتوسع نطاقه فلم يعد مجرد وسيلة لإشباع الحاجات البسيطة بل أضحى وسيلة مهمة لتبادل السلع والخدمات المتطورة ووسيلة يجب أن تسخر لخدمة الجماعة فلقد تحولت النظرة ما بين المتعاقدين من البحث عن المصلحة الشخصية لكل منهما ومحاولة الحصول على المنافع إلى ضرورة سيادة روح التعاون فيما بينهما بما يسهل الوصول إلى أقصى المنافع التي يحققها، لذا أصبح كل منهما ملتزم اتجاه الآخر بواجب التعاون المثمر، والأمر الثاني هو التقدم التقني والذي أدى إلى ظهور التباين في المراكز الاقتصادية وعنصر المعرفة التقنية، فأصبح الطرف الضعيف خاضع لشروط وإرادة الطرف الآخر مما استدعى تدخل القضاء لإعادة التوازن في المضمون العقدي، وذلك بإضافة عدد من الالتزامات على عاتق الطرف القوي لمصلحة الطرف الضعيف[2].

[1]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 234.

[2]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 234-235.

إن التصرفات الجادة الصادرة من إنسان سوي لا تقع مجردة من المنفعة فالمنفعة هي فطرة في الإنسان، يسعى إلى تحصيلها ويستوي في ذلك أن تكون عامة أو خاصة مادية أو معنوية.[1]

تعرف المنفعة بكل ما يعبر عن التحصيل بجلب المنفعة ودفع المضرة، ويرى جانب آخر من الفقه أن المنفعة ترتكز على الجانب المادي، في حين يرى الرأي الغالب من الفقه بعدم مالية المنافع وأنها لا تقوم إلا بالعقد أو بشبه العقد[2].

تعود فكرة المنفعة إلى الجذور الفلسفية المسماة "النفعية" Utilitarisme والمنسوبة إلى Germy Bentham، والذي يرى أن كل التصرفات والأفعال يجب أن تحكم وتقرر بأكبر قدر من السعادة لأكبر عدد من الأفراد، وبذلك يتم قبول أو رفض أي فعل باعتبار ما يزيد أو ينقص من سعادة الجماعة[3].

تتنوع المنفعة العقدية من حيث مظاهرها فقد تكون خاصة بالمتعاقد ذاته وهي حاجته الشخصية التي يهدف إلى الحصول عليها، فإذا لم تتحقق المنفعة من العقد لأحد طرفيه لا نكون أمام تطبيق من تطبيقات العدالة التعاقدية[4]، لأنه يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد على أساس عدم تحقق السبب[5].

المنفعة العامة تعني أن يتضمن العقد تبادل للقيم ويجب أن يكون التبادل نافعا اجتماعيا، أي أن تتوافق الإرادة مع المنفعة العامة التي يحميها النظام العام بموجب القواعد الآمرة التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف ولا يؤخذ القانون الوضعي في الاعتبار إلا هذه الأخيرة[6]، أما طبيعة المنفعة في العقد التبادلي فقد تكون اقتصادية أو اجتماعية، فالمنفعة الاقتصادية تتمثل في تناسب الأداءات بين الأطراف المتعاقدة، أما المنفعة الاجتماعية تعني عدم اقتصارها على مصلحة المتعاقد وإنما تمتد إلى العقد ككل وما يحققه للمجتمع[7].

---

[1]- جمعة زمام، العدالة العقدية...، المرجع السابق، ص 77.

[2]- المرجع نفسه، ص 79.

[3]- منصور حاتم محسن، "العدالة العقدية، دراسة مقارنة"، مجلة جامعة بابل العلوم الإنسانية، المجلد 65، العدد6، سنة 2018، ص 2582.

[4]- منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 2586.

[5]- يراجع نصوص المواد، 97-98، من ق م.

[6]- ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 372 / عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 101.

[7]- سيتم تفصيل المفهوم الاقتصادي للمنفعة في الصفحة 94.

إن الأطراف المتعاقدة عندما تتجه إرادتها إلى إبرام العقد فإن كل منها يتوقع من الطرف الآخر الحصول على مزايا وفوائد من العقد، وفي هذا الشأن يقول الفقيه الأمريكي روسكو باوند: " بأن الفرد يطالب بتنفيذ المنافع والفوائد التي وعد بها، كما أن له أن يطالب بتحقيق توقعاته المشروعة الناشئة عن الوعود والاتفاقات، حيث أصبح العقد في ظل نظرية أطلق عليها نظرية **"التنبؤ"**، يعد تنبؤا بالقدرة على انجاز أمر ما في المستقبل وبالاستعداد لإنجازه "[1].

2- التأصيل القانوني لفكرة النافع:

عَرَفَ القانون الروماني النزعة الموضوعية في تحديد مضمون العقد وفي هذا يقول الفقيه Ghestin: " إن القانون الروماني ينظر إلى عملية التبادل في تحديد مضمون العقد من خلال سياقين مختلفتين السياق الأول: يشمل فكرة التبادل ويقصد به أي عملية سواء كانت ملزمة لجانب واحد أو لجانبين حيث أن الأولى غايتها اقتصادية أيضا و اعتبر الاقتصاديون الرومان هذا العقد منتميا لعقود التبادل Sunallgmma والسياق الثاني فكرة الوظائف فينظر إلى العقد بأنه عملية قانونية مجردة تقوم على الالتزامات المتقابلة أما التبادل الذي يعنيه السياق الثاني هو تبادل الوظائف Permotio على طريقة " أن أسلمك شيئا ما من أجل أن تسلمني شيئا آخر"[2].

خلال القرن الخامس عشر بسط الفقهاء بعقلانية هذا التصنيف وبرزت فكرة أن مضمون العقد يمثل تبادلا للرضا، بعد ما كان المفهوم السابق يعني تبادلا اقتصاديا للقيم لا يتم إلا بالاداءات المتبادلة للأطراف، غير أن الفقيه الفرنسي دوما Domat قدم في القرن السادس عشر تصنيفا واحدا للعقود وهو عقود عوض أو تبرع وربط عقود العوض بمفهوم تبادل الآداءات، مما أوقع Domat في لبس لأنه كان يعتمد على فكرة الرضائية، وهو المفهوم الذي انتهجه واضعوا القانون المدني الفرنسي، فتم المحافظة على عقود العوض التبادلية وفق معنى ضيق حيث يتجلى في تبادل الإرادات وهو ما أفقد العقد أهميته الاقتصادية[3].

إن المفهوم القانوني لفكرة الأداءات قصَرَ فكرة التبادل في نطاق تبادل الإرادات التعاقدية، وهذا الفهم لا يسع ليشمل أساس موضوعي ولكن كيف نظر الاقتصاديون إلى فكرة التبادل؟ هل هي تبادل آداءات أم كما نظر إليها رجال القانون وعلى رأسهم **Domat** تبادل إرادات؟

[1]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 235-236.

[2]- المرجع نفسه، ص 238.

[3]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 238.

3- التأصيل الاقتصادي لفكرة النافع "تبادل الأداءات"

بداية من القرن الثامن عشر أعاد الاقتصاديون الاعتبار لمفهوم التبادل فالشخص الذي يتعاقد وفقا لتعبير إرادته يعتبر مبادلا، وهو شخص له حاجات ورغبات أكثر مما هو كائن له في إرادته، فالتبادل ليس نقلا متبادلا ومجردا للحاجات وإنما نقلا للقيم، فالحاجة لم تعد موجودة بذاتها وإنما بكونها قيمة استعمال يكتسبها الشخص أو يتخلى عنها[1].

يؤكد القائلون بالتحليل الاقتصادي للقانون بأن مبدأ حرية التعاقد هو مبدأ لحرية التبادل الذي يمثل أحد معطيات الحياة الاقتصادية ولا وظيفة لقانون العقود دون مصاحبة هذه المعطيات، وينظر بعض فقهاء القانون الفرنسيين أمثال **Demolombe** و **Aubry** و **Rau** والعميد **Maury** إلى تبادل الالتزامات من زاوية اقتصادية مبنية على التوازن الموضوعي أو الذاتي للقيم المتبادلة، فالعقد ليس في نهاية المطاف سوى تبادل قيم ويظهر جليا في عقد البيع[2].

أثر التحليل الاقتصادي على الفقه والاجتهاد القانوني والنص التشريعي في مسألة التبادل ويظهر ذلك من خلال وصف العقد بالمبادلة الاقتصادية، فقد اعترف المشرع بالعقد التبادلي حيث نص في المادة 55 من ق م على أنه: "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما البعض" [3]، فالعقد التبادلي هو الذي يرتب التزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض، بحيث يكون كل متعاقد دائنا ومدينا بالنسبة للمتعاقد الآخر، فالبائع مدينا بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وهو في نفس الوقت دائنا له "بسبب ما التزم به" بثمن هذا المبيع، وفي المقابل يكون المشتري مدينا للبائع بثمن المبيع، ودائنا له بنقل ملكية المبيع[4]، وهذا وجه من الأوجه التي أكدها **Ghestin** عندما ربط القوة الملزمة للعقد بمصدرها التبادلي أي المنفعة المتبادلة، وهو ما يعبر عن الوظيفة الاقتصادية للعقد[5] وهذا ما فسره الأستاذين **Maury** و **Demolombe** في تعريف العقد بأنه "عملية اقتصادية مبنية على التوازن الموضوعي أو الذاتي للقيم المتبادلة"[6].

---

[1]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 240.

[2]- المرجع نفسه، ص 240.

[3]- تقابلها المادة 89 من ق م المصري والمادة 92 من ق م السوري والمادة 89 ق الليبي والمادة 73 ق م العراقي.

[4]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 67.

[5]- جمعة زمام العدالة العقدية...، المرجع السابق، ص 83.

[6]- جمعة زمام العدالة العقدية...، المرجع السابق، ص 83.

من هذا المنطلق تم تحليل ركن السبب في العقد وفقا لهذا المعيار بأنه قيمة أو فائدة أو "المعادل المراد" في محتوى العقد وكما يقول الفقيه **Maury** أن ركن السبب وفقا لهذه الوجهة هو قيمة اقتصادية تتعلق بالعوض الذي يشكل فكرة المقابل الموضوعي في مضمون العقد، وهذا ما يمثل أبرز تأثيرات الفكر الاقتصادي على فقهاء القانون إلى درجة أن البعض يقول بأن التبادل الاقتصادي وقانون الالتزامات هما "شيء واحد وحيد" وأن القانون والاقتصاد ليس سوى وجهين لظاهرة واحدة وهي ظاهرة التبادل التي تشكل مضمون العقد وهو ما يطلق عليه اليوم القانون الاقتصادي أو قانون الأعمال، وعليه فقد عاد التبادل لمحتوى العقد كما تقدم معنا مع الرؤية الجديدة للقانون ليكون أساس العقد قانوني واقتصادي منشئا نظاما جديدا يسمى Sunallagma[1].

يقول الفقيه الفرنسي **Ghestin** أن عبارة sunallagma التي تعني العقد أكثر دقة من الكلمة اللاتينية contractus التي طالما دلت على معنى "التبادل"، حيث أن تبادل الالتزامات في مضمون العقد تتميز به العقود الملزمة للجانبين عن طريق تبادل الأموال والخدمات، وهو الوظيفة الاقتصادية للعقد، فأصبح العقد" تبال أداءات أكثر مما هو تبادل للرضا"، وإذا كان الأمر كذلك في العقود الملزمة للجانبين فكيف نفسر العقود الملزمة لجانب واحد أي عقود التبرع؟[2].

إن عقد الهبة يفترض عمليا احترام أشكال خاصة مما يعني أنها ليست مجرد اتفاق ارادات، وهو ما ذهب اليه الفقيه Ghestin حيث اقترب في مفهوم عقود التبرع من النظم الأنجلوسكسونية التي تؤسس العقود التبرعية على عنصر الشكل الرسمي، فيستمد عقد الهبة أساسه من عنصر الشكل وليس على أساس المقابل، لأن اتفاق الإرادات في عقود الهبة يعتبر أمرا وهميا، إلا أنه لا يجب أن نأخذ بهذا المفهوم على إطلاقه فلإرادة الموهوب له دور في رفض الهبة أو المطالبة بها، فاتفاق الإرادتين موجود أيضا وعليه فإن عقود الهبات في النظم الأنجلوساكسونية ليست مصنفة ضمن عداد العقود وتستمد قوتها الملزمة من عنصر الشكل[3].

ثانيا: العادل في العقد

إن العقد لا يحقق العدالة العقدية بين طرفيه إلا إذا كان نافعا وعادلا وبعد أن تطرقنا إلى فكرة النافع في العقد، بقي العنصر الثاني من عناصر العدالة العقدية وهو العادل في العقد، أو عدالة القيمة

[1]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 241.

[2]- المرجع نفسه، ص 242.

[3]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 242.

والذي يعني التناسب بين الأداءات، وتنظيم العقود يتضمن تناسبا موضوعيا يحدده القانون وليس تناسبا ذاتيا تحدده إرادة الطرفين، فإرادة المشرع لها دور الكبير في التخفيف من اللامساواة بين الطرفين، ولكن هذا لا يعني غياب أي دور للإرادة وإنما يعمد التناسب على الربط بين الظروف المتبادلة في العناصر الذاتية والموضوعية المكونة للعقد، وقد يكون تحقيق التناسب من خلال الإبقاء على العقد دون فسخه أو إبطاله، وهذا يعني ارتباط التناسب بالمفهوم الواسع هو الإنصاف الذي يراقب تحققه القاضي في نطاق العقد وكذلك يكون بفرض التزامات لم ينص عليها في العقد، كأثر من آثار التناسب بين الأداءات[1]، ومن مظاهر الشروط العقدية التي تؤدي إلى عدم التوازن العقدي وبالتالي عدم التناسب بين الاداءات ما يلي:

1- فرض ثمن غير عادل

الأصل هو حرية الطرفين في تحديد الثمن تكريسا لحرية المنافسة إلا أنه ومع ذلك يجب التحقق من صياغة شرط الثمن للوقوف على مدى عدالته، حيث يمكن القول بعدم مشروعيته إذا تبين من صياغته أنه فُرض من خلال التسلط الاقتصادي لأحد الطرفين بحيث استطاع بذلك فرض ثمن لا يملك الطرف الآخر إلا قبوله وعدم مناقشته[2].

2- شرط الأسد clause léonine

إن تكوين عقد الشركة يتطلب ركن "نية المشاركة" التي تعبر عن موقف نفسي يدفع الشركاء إلى الاتحاد والتعاون من أجل استغلال مشروع الشركة، فإذا اشترط أحد الشركاء بما لديه من هيمنة اقتصادية أن لا يشترك في تحمل الخسائر مع احتفاظه بحقه في الأرباح سمي الشرط هنا بشرط الأسد والشركة "**بشركة الأسد**"[3]، كما أنه ومن أوجه شرط الأسد أيضا أن يشترط أحد الشركاء أن لا يساهم في أرباح الشركة أو في خسائرها وهو ما يترتب عليه بطلان عقد الشركة، لانعدام نية المشاركة مع اقتسام الأرباح والخسائر[4].

مما يعني أن العدالة العقدية تقوم عل فكرتي النافع والعادل في العقد ويظهر ذلك من خلال اعتمادها على المساواة الفعلية بين الأفراد التي يجسدها العدل التوزيعي وذلك لتحقيق التوازن العقدي في

[1]- منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص 2587-2588.

[2]- محمد محي الدين ابراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة سنة 2008، ص 53.

[3]- محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 28- 29.

[4]- يراجع نص المادة 426 ف 1 من ق م.

جميع مراحل العقد وتحقيق المنفعة الاجتماعية، ولقد كان ذلك بإدراج العنصر الأخلاقي في العلاقة العقدية، فلقد ظهر مبدأ حسن النية كمكمل للعدالة العقدية وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: أخلقة العقد عن طريق حسن النية:

إن فكرة حسن النية كمفهوم أخلاقي ظهرت في النظم القانونية عامة وتطورت في نظرية العقد على وجه الخصوص وذلك في إطار تكريس العدالة العقدية أو لما سماها بعض الفقهاء بـ "المقتضيات أو المتطلبات الاجتماعية الأخلاقية، بحثا عن القيم التعاقدية."[1]

ويعتبر القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 أكثر القوانين في النظام اللاتيني الذي كان له الفضل في ارساء مبادئ حسن النية والتي تأثرت بها العديد من القوانين المقارنة كالقانون المدني الجزائري والقانون المدني المصري، ولقد كان للفقه الفرنسي [2] الأثر الكبير في الاعتراف القانوني بالالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد من خلال المادة 1134 في فقرتها الثالثة من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل[3] وبذلك أصبح مبدأ حسن النية مفهوما أساسيا في نظرية العقد[4].

اعترف المشرع الفرنسي بمبدأ حسن النية بموجب المادة 1134 في فقرتها الثالثة على الرغم من النزعة الفردية التي كانت تميز العقد القائم على مبدأ سلطان الإرادة وحرية الإرادة التي تجسد تضارب المصالح، مما يؤكد عدم تجاهل المشرع الفرنسي لمبدأ حسن النية بصفة مطلقة وذلك باعتباره التزاما قانونيا يقع على عاتق المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد[5]، إلا أنه وسع من نطاق هذا الالتزام ليشمل كل مراحل العقد، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد قصر الالتزام بمبدأ حسن النية على مرحلة التنفيذ[6].

---

[1]- سماح جبار، المرجع السابق، ص 34.

[2]- يعتبر كل من الفقيه دوما وبوتيه الأبوين الروحيين لمبدأ حسن النية حيث يعود لهما الفضل في التوجه إلى أخلقة العقد ووضع أسس القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804، يراجع في هذا الخصوص بلال عثماني، المرجع السابق، ص 53.

[3]- إن صياغة المادة 1134 قبل التعديل باللغة الفرنسية كالآتي:

L'ancien article 1134 paragraphe 3 du code civil français stipulait que « : ...elles doivent être exécutées de bonne foi ».

[4]- فاطمة الزهراء زيتوني، بحث مضمون مبدأ جسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016، ص 431.

[5]- بلال عثماني، المرجع السابق، ص 55.

[6]- نص المشرع صراحة على تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية وذكر بذلك مرحلة تنفيذ العقد، وهو ما نصت عليه المادة 107 ف1 من ق م، غير أن المشرع قصد تطبيق مبدأ حسن النية بصورة ضمنية في جميع مراحل العقد، ومن ذلك نظرية عيوب الرضا، حيث جعل التدليس والإكراه سببا لإبطال العقد طبقا للمادتين 86-88 على سبيل المثال.

إن أحكام القضاء الفرنسي مدت نطاق مبدأ حسن النية لفترة إبرام العقد،[1] وهو ما كرسه المشرع الفرنسي في القانون المدني المعدل في المادة 1104[2]، حيث اعتبر أن مبدأ حسن النية يحكم جميع المراحل التعاقدية ويشمل جميع العقود وأنه من النظام العام.

إن مبدأ حسن النية في العقود يعني إصباغ العقد بالقيم الأخلاقية ولذلك كان من الصعب تحديد مفهوم لها، وهو مبدأ أخلاقي فلسفي يصعب حصره وتحديده ويستند إلى أساس أدبي وينطوي على الاستقامة لفرض القيام بالتزام الأدب والعدالة[3]، ويحمل عدة معان كالاستقامة وعدم التعسف في استعمال الحق والإخلاص عند تولي إدارة أعمال الغير والإنصاف وعدم الإضرار بالغير وعدم الإثراء الغير المشروع على حساب الغير[4].

إن الفقيه **Ripert** يرى أن حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي[5]، ويقول الفقيه **Ghestin** أن حسن النية بهذه الصفة يتمثل في مفهوم موحد والمقصود في جميع الأحوال أن يؤخذ في الحسبان مسلك معين غير أنه باختراقه للتقنية القانونية يفقد وحدته مما يجعل له تعاريف متعددة بقدر التطبيقات الخاصة بهذا المفهوم[6].

وبذلك كان من الصعب تحديد مفهوم لمبدأ حسن النية، فهناك من الفقه من حاول إعطائه مفهوما شخصيا وهناك من جعل له مفهوما موضوعيا وهو ما سنتناوله في (**الفرع الأول**)، كما أن مبدأ حسن النية باعتباره آلية لتكريس العدالة العقدية والمساواة الفعلية له مظاهر أخلاقية عند إبرام العقد وتنفيذه وهو ما سنتناوله في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية

[1]- محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 204.

[2]- إن صياغة المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي المعدل كالآتي:

Art 1104 : « les contrats doivent être négociés formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public ».

[3]- محمد عدنان باقر، "قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد"، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد66، العدد4، سنة 2014، ص 780.

[4]- محمد عدنان باقر، المرجع السابق، ص 781.

[5]- سماح جبار، المرجع السابق، ص 3.

[6]- المرجع نفسه، ص 35- 36.

عرفت فكرة حسن النية[1] تطورا على اثر توسيع الفقه والقضاء الفرنسي لنطاقها ليشمل مرحلة تكوين العقد، إلا أن الفقهاء وفي إعطائهم مفهوما لمبدأ حسن النية انقسموا إلى اتجاهين، اتجاه يعتد بالمفهوم الشخصي لمبدأ حسن نية وهو ما نتناوله **(أولا)** واتجاه اعتد بالمفهوم الموضوعي **(ثانيا)**

أولا: المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية

يأخذ القانون بالمفهوم الشخصي استنادا إلى نفسية المتعامل ويتم تقدير حسن أو سوء النية استنادا إلى ما اعتقده حقيقة ودار في مكامن نفسه، فيختلف حسن أو سوء النية تبعا لذلك من شخص إلى آخر، باعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما، وبهذا المفهوم فإن فكرة حسن النية تبدوا فكرة شخصية ذاتية تتسم بطابع سلبي محض، وتعرف تبعا لهذا المفهوم على أنها نوع من الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو الظرف، والمفهوم الشخصي هو المقصود بحسن النية في قواعد الحيازة والالتصاق ودفع غير المستحق[2]، ففي إطار قواعد الحيازة يعتبر الحائز حسن النية إذا كان يجهل أنه يتعدى على حق الغير طبقا لنص المادة 824 من ق م [3] بشرط أن لا يكون جهل الحائز ناشئا عن خطأ جسيم.

كما يظهر حسن النية الشخصي في مجال الدفع غير المستحق بحسن نية كحالة المستأجر الذي يقوم بالدفع المسبق لمؤجر لم يعد مالكا للعين المؤجرة وهو يعتقد أنه يدفع للمالك وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة من المادة 469 مكرر من ق م، فيكون للمالك الجديد الرجوع على المؤجر السابق بأحكام الدفع غير المستحق لحسن نية المستأجر بسبب عدم علمه وقت الدفع بانتقال الملكية[4].

بالإضافة إلى المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية يذهب جانب من الفقه لإعطائه مفهوما قانونيا، فيرى أنه: "**قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون**"، ومثال ذلك نجده في نقل ملكية العقار حيث أن التزام البائع بنقل الملكية إذا كان محل العقد عقارا لا ينفذ إلا بالتسجيل، ومنه يكون الشخص حسن

[1]- إختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية مبدأ حسن النية هل هو واجب أم التزام أم مبدأ قانوني؟ ، إلا أن وصف الالتزام هو الأنسب من أجل تجسيد فعلي للمعنى القانوني لحسن النية سواء في المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة تنفيذ العقد، فإذا كانت كلمة "يجب" التي وظفها المشرع في نص المادة 107 من ق م تفيد صراحة أن مبدأ حسن النية التزام قانوني حقيقي في مرحلة التنفيذ فإن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن انحراف المتعاقد عن السلوك النزيه في المرحلة السابقة على التعاقد توحي بأن المسؤول قد أخل بالتزام قانوني وهو الالتزام بحسن النية . يراجع في هذا الخصوص، بلال عثماني، المرجع السابق، ص 65.

[2]- فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2017-2018، ص 26.

[3]- تقابلها المادة 965 من ق م المصري، والمادة 550 ق م ق.

[4]- فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود...، المرجع السابق، ص 29.

النية إذا قصد الالتزام بحدود القانون بتسجيل العقار محل العقد، فإذا لم يقم بتسجيله اعتبر سيئ النية، بينما يذهب البعض الآخر إلى القول أن مبدأ حسن النية يكون بوجوب الالتزام بالقانون عند القيام بالتصرفات ومخالفتها يعتبر سوء نية[1].

كما أنه لا يوجد فرق بين المفهوم القانوني والشخصي لمبدأ حسن النية، إذ أن الشخص الذي يتصرف وهو يجهل أنه يعتدي على حقوق الغير هو شخص قصد التزام حدود القانون، ولم يقصد الخروج عليها، وبذلك يكون الجهل صادر عن شخص قصد التزام حدود القانون والقول بوجود المفهوم القانوني لمبدأ حسن النية، وبالتالي فلا يكون هناك فصل بين المفهوم القانوني والمفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية وان كان فإنه يكون لاعتبارات يرى القانون أنها أولى للمحافظة على استقرار المعاملات[2].

إلا أن الأخذ بالمفهوم الشخصي لفكرة حسن النية يجعلها تتصف بعدم الثبات لارتباطها بنية من وجهت إليه، ذلك أن الشخص يعتبر حسن النية إذا وقع في غلط أو جهل كما يجعل ترتيب الآثار القانونية مرتكزا على إرادة الشخص، بالإضافة إلى أن المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية يصلح في مجال الحيازة والأوضاع الظاهرة، ولا يمكن الاستناد إليه في مجال العلاقات العقدية، لأنه ينظر إليه على أنه موقف سلبي، فحسن النية لا يقتصر على فكرة الجهل فقط بل على المتعاقد أن يسعى إلى مراعاة مصالح الطرف الآخر والمحافظة على توقعاته المعقولة ومراعاة الثقة المشروعة التي تولدت عنها[3].

ثانيا: المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية

يعتبر المظهر الموضوعي لحسن النية أكثر أهمية في مجال قانون العقود عن المفهوم الشخصي، لأنه يمنح للقاضي توقيع الجزاء على المتعاقد الذي خالف سلوكه النزاهة والثقة الواجبة بين الأطراف، ولا يمكن فصل حسن النية عن ضدها أي سوء النية باعتبارها معيار لتقدير سلوك الفرد، ولذلك فإن المشرع ميز في العديد من الحالات بين المتعاقد حسن النية وسوء النية بالنظر إلى سلوكه[4].

[1]- المرجع نفسه، ص 437-438.

[2]- المرجع نفسه، ص 439.

[3]- المرجع نفسه، ص 438-439.

[4]- بلال عثماني، أطراف العقد المدني...، المرجع السابق، ص 70.

إن المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية هو أن تكون حسن النية فكرة أخلاقية خالصة تشكل قاعدة للسلوك، وتتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم، وبهذا المعنى يصبح مفهوم مبدأ حسن مفهوما موضوعيا، وهو ضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد وفقا للسلوك الحسن الذي تتطلبه الحياة في المجتمع[1].

كما تقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية تتصف بالعموم والتجريد حتى ولو لم يتضمنها نص تشريعي كالوفاء بالعهد و الأمانة و الثقة المشروعة و شرف التعامل، ومخالفة مقتضيات حسن النية تتحقق بمجرد صدور التصرف على خلاف ما تقضي به تلك المقتضيات، دون النظر إلى علم المخالف بالمقتضى الذي خالفه، فإمكان العلم يحقق سوء النية، وعليه فإن المفهوم الموضوعي يتعدى حالة الجهل إلى العلم، والمقصود هنا إمكانية العلم لا العلم الموضوعي وهذا ما يجعل المبدأ قاعدة سلوك[2].

عرف بعضهم حسن النية بأنه: "الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعاة مصالح الطرف الآخر عند التعاقد[3]، أي ضمان نزاهة المعاملات بشكل يحقق العدالة التعاقدية تحقيقا للمنفعة المقصودة من العقد، أما المعايير التي على أساسها يتحقق حسن النية والعدالة بين المتعاقدين فهي معياران، المعيار الأول ذاتي وهو أن لا تكون إرادة المتعاقد قد اتجهت نحو الإضرار بالطرف الآخر، وبذلك يتجنب الخطأ العمد وكذلك الغش والتعسف في استعمال الحق ويتجنب الإهمال الفاحش الذي يعتبره القانون معادلا للخطأ العمد من حيث الأثر، أما بالنسبة للمعيار الآخر فهو موضوعي ويراد به وجوب تحلي المتعاقد بقدر كاف من الصبر يكفل تحقق الغرض المتعاقد من أجله، فلا يجوز للمدين أن يتعذر بجهل ما كان عليه أن يتوقعه من ظروف تؤثر على سير تنفيذ الالتزام بغية اتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لمنع حدوث تلك الظروف أو على الأقل لتجنب الآثار المعرقلة للتنفيذ[4].

---

[1]- فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود...، المرجع السابق، ص 35.

[2]- المرجع نفسه، ص 36.

[3]- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، عدد 54، 2013، ص 23.

[4]- منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد، 26، العدد3، سنة 2016، ص 14.

باستقراء العديد من نصوص القانون المدني نجد أن المشرع قد اعتمد على المفهوم الموضوعي في مجال العقود كغيره من التشريعات المقارنة فمثلا نجده قد نص في المادة 87 من ق م [1] على أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين لا يمكن للمتعاقد المدلس عليه أن يحتج بإبطال العقد على أساس التدليس إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا التدليس.

كما أنه وفي الغلط فقد نصت المادة 85 من ق م على" أنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداه لتنفيذ العقد"[2].

باستعراضنا لمفهوم مبدأ حسن النية وموقف المشرع من تكريس هذا المبدأ توصلنا إلى أنه مبدأ أخلاقي لا بد من إدخاله على المفهوم العقدي بشكل واسع لتحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية، فإنه ينبغي التطرق إلى مظاهر مبدأ حسن النية كآلية لتحقيق العدالة العقدية وهو ما نتطرق له في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: مظاهر مبدأ حسن النية كآلية لتحقيق العدالة العقدية

إن مبدأ حسن النية في العقود يجسد إصباغ العقد بالقواعد الأخلاقية لتحقيق التوازن العقدي فالعدالة العقدية كمفهوم جديد للعقد لا يقوم على تعارض المصالح الشخصية للمتعاقدين التي قام عليها مبدأ سلطان الإرادة والذي كرس مبدأ حسن النية في العقود إلا أنه لم يكن بالصورة التي وصل إليها في الوقت الراهن، والتي مهد لها الاجتهاد القضائي والفقه وأصبح مبدأ حسن النية مبدأ عام يشمل جميع مراحل العقد، وهو ما كرسه المشرع الفرنسي في إطار الإصلاحات الجذرية للقانون المدني الفرنسي[3].

أصبح للعقد مفهوما جديدا يقوم على أساس سعي كل من المتعاقدين إلى تحقيق هدف واحد الذي يعتبر مجموع الأهداف الفردية، وهو ما يعرف بالتصور التضامني في العقد[4] والذي نتناوله من خلال

[1]- تقابلها المادة 126 من ق م المصري، والمادة 126 ق م الليبي.

[2]- تقابلها المادة 124 من ق م المصري والمادة 125 من ق م السوري والمادة 124 من ق م الليبي.

[3]- بموجب المادة 1104 من القانون المدني المعدل واعتبر ذلك من النظام العام، مؤسسا بذلك لمبدأ عام جديد يحكم مختلف أنواع العقود التي تندرج ضمن الفصل الأول المتعلق بالأحكام العقدية، للمزيد من المعلومات يراجع في هذا الخصوص: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 30.

[4]- فاطيمة نساخ، "أخلقة العلاقة العقدية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 303.

التطرق إلى واجب النزاهة **(أولا)** وواجب التعاون **(ثانيا)** والثقة المشروعة كمفهوم جديد لمبدأ حسن النية **(ثالثا)**.

أولا: الاستقامة والنزاهة

إن حسن النية يتطلب الاستقامة والنزاهة في التعامل الذي يمكن أن تحدد درجته الممارسات العقدية الحسنة أو يحدده المشرع أو الاجتهاد القضائي، ولا شك أن تنفيذ واجب النزاهة والاستقامة يحقق الهدف الذي يصبوا إليه الطرفان من التعاقد ويحافظ على استقرار المعاملات[1].

كما تعني الاستقامة التحلي بأحسن الفضائل في القول والفعل كالصدق وحسن المعاملة ولقد اقترنت الاستقامة بعبارة سلامة النية التي تعني من وجهة نظر أخلاقية أن القصد من الأفعال هو قصد الخير، أما النزاهة تبدوا مظاهرها دائما ذات طبيعة سلبية فهي تفرض تجنب التغرير وجميع أنواع الغش أثناء إبرام وتنفيذه لأنها تعتبر مظاهر لسوء نية المدين ومن ثم تعد سلوكا مخالفا للقانون[2].

إن واجب النزاهة يقتضي عدم اللجوء إلى الغش والكتمان الذي غرضه غش المتعاقد الآخر هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لا يقع على المتعاقد فقط عدم اضرار المتعاقد الآخر بالسلوكيات السلبية بل يقع عليه أن يسعى إلى وجود جو تعاقدي تطغى عليه فكرة التلاحم والتماسك وذلك تكريسا لمبدأ حسن النية، فالنزاهة هي نتيجة لمبدأ حسن النية، وهي مجسدة في إطار العلاقة التعاقدية خلال مرحلة تكوين العقد أيضا، وهو ما نستشفه من خلال نصوص القانون المدني في نظرية عيوب الإرادة التي تؤدي إلى إبطال العقد بطلب من المتعاقد الذي شاب رضاه عيب التدليس، فالسكوت التدليسي يجانب الالتزام بالنزاهة والاستقامة، كما أن القوانين الخاصة قد كرست التزامات تترجم الاستقامة والنزاهة في تكوين العقد[3] كالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي الذي يشمل مرحلة المفاوضات[4].

ثانيا: واجب التعاون

إن مبدأ حسن النية يفرض ضمنيا أن يتعاون كل متعاقد مع الآخر وذلك في سبيل تحقيق المصلحة المرجوة من كليهما، فواجب التعاون يفرض سلوكيات تخدم المصلحة التعاقدية المشتركة، فيقع

[1]- سماح جبار، المرجع السابق، ص 39.

[2]- المرجع نفسه، ص 40.

[3]- سماح جبار، المرجع السابق، ص 41.

[4]- نصت على هذا الالتزام المادة 17 من القانون 09-03 الذي سبقت الإشارة إليه.

على المتعاقد أن يقدم الرعاية والمساعدة للمتعاقد الآخر[1]، حيث أن العلاقة العقدية تقوم على التعاون والثقة المتبادلة بين أطرافها، إلا أنه لا يوجد نص صريح ينص على الالتزام بالتعاون والمساعدة بل يفترض ضمنيا[2]، ويجسد ذلك الالتزام بالتعاون في عقد الشركة[3] ذلك أن الالتزام بالتعاون بين الشركاء يعتبر المعيار الموضوعي لركن نية الاشتراك التي تستمر باستمرارية نشاط الشركة[4].

كما يظهر التعاون في عقد الإيجار من خلال الزام المستأجر بإخبار المؤجر بكل ما يستوجب تدخله كالترميمات المستعجلة أو عندما يظهر عيب فيها أو تعدي الغير بالتعرض أو الإضرار بها[5].

فالاعتراف بواجب التعاون بين الأطراف لا يظهر كتطور للأخلاق أو بروز الأخلقة العقدية، وإنما اكتشاف لرابطة التضامن في العقد، فالتعاون يؤدي بالمتعاقدين إلى العمل جماعيا بهدف مشترك[6] وبالتالي فإن العقد أصبح آداة للتعاون المتبادل نتيجة للتطور المحقق والمستمر الذي أدى إلى تغير النظرة التقليدية للعقد، فلم يعد أداة للتنافر وتضارب المصالح، وإنما أصبح أداة لتحقيق التضامن والتعاون وفي هذا يقول العميد كربونيه **Carbonnier: "أن العقد يظل من الناحية الاجتماعية ارتباطا عملا من أعمال النية وعملا من أعمال الثقة" ومن "الثقة" إلى "التعاون" لم يعد هناك سوى خطوة "**[7].

ثالثا: الثقة المشروعة مفهوم جديد لمبدأ حسن النية:

يرى الأستاذ **Carbonnier** أن العقد الذي يعد أداة لتبادل الأموال والخدمات تحميه الثقة طيلة حياته لذلك يتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن تكريس الثقة كمبدأ ينظم السلوك التعاقدي يجسد بوضوح تجديد قانون العقود[8]، ولذلك راح مبدأ حسن النية يستدرج الترقية غير المباشرة لفكرة الثقة وذلك بتعميق التأسيس لأخلاق عقدية يمكن أن تساهم بشكل هام في تسيير الالتزامات العقدية إلى

[1]- فاطيمة نساخ، أخلقة العلاقة العقدية...، المرجع السابق، ص 307.

[2]- المرجع نفسه، ص 307.

[3]- يراجع نص المادة 416 ق م.

[4]- إيمان زكري، "مبدأ حسن النية في الشركات التجارية مظاهره وآثاره"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، مارس 2018، ص 2.

[5]- يراجع نص المادة 497 من ق م.

[6]- خديجة فاضل، المرجع السابق، 228.

[7]- أيمن ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص 168.

[8]- سماح جبار، المرجع السابق، ص 40.

جانب واجب النزاهة وواجب التعاون اللتان أصبحتا ذات نطاق ضعيف في بعض العلاقات كونها لا تتلاءم مع التكريس العام لمبدأ حسن النية[1].

إن الوظيفة التقليدية لحسن النية في الأنظمة التقليدية أظهرت التقليل من فعالية الجزاء في مادة العقود وبالأخص التقليل من الأضرار الناتجة عن العلاقات العقدية، الأمر الذي أدى إلى ظهور مفهوم جديد لحسن النية وهو الثقة المشروعة إلى جانب الالتزام بالتعاون والنزاهة فمبدأ الثقة هو الوحيد الكفيل بضمان التقليل من الأضرار العقدية ومحاولة إنقاذ العقود من خطر الانقضاء[2].

إن الثقة المشروعة بهذه المهمة الجديدة أصبح مبدأ يضمن استمرارية التنفيذ العادل للعقد، ذلك أن واجب الثقة مقترن بالوفاء ولا يتحقق ذلك إلا منذ فترة تنفيذ العقد كأصل عام، وهذا ما ذهب إليه المشرع الألماني، إلا أن القضاء الفرنسي وفي منهجه التطوري في قانون العقد راح يستنبط من الثقة المشروعة طابعها العام والممتد إلى مرحلة تكوين العقد، وخلص إلى القول أن الثقة الناشئة عن الوفاء بالالتزام قد تتصل بفترة التفاوض عندما يتعلق الأمر بتطلعات المتعاقد الآخر وعدم خيانتها، وأن انعدام هذه الثقة يهدد العقد بعدم الاستمرار تحت طائلة التعديل أو الإنهاء[3]، كما أنه يمكن أن يستدل بتكريس الثقة المشروعة في مرحلة إبرام العقد بالرجوع إلى نظرية عيوب الرضا التي لا تأخذ بعين الاعتبار إرادة ضحية الغلط وحسب وإنما كذلك الثقة المشروعة للطرف الآخر بفعالية العقد القانونية[4].

تعرف الثقة بأنها حالة ذهنية واقعية لدى المخاطب بالإرادة، تقوم على أساس التزام صاحب الإرادة بحسن النية في العقد الذي يتطلب منه الأخذ بعين الاعتبار الثقة المتولدة لدى الطرف المقابل[5].

لقد اعتبر **Gino Corla** أن أساس القوة الملزمة للعقد هي **"الرغبة المشروعة"** l'attente légitime، وهي ذات طابع موضوعي واجتماعي وتعرف بأنها رغبة معقولة، ويعتبر الغلط في الصفات الجوهرية مرجعا هاما للكشف عن وجود هذا العيب لأنه يتعلق بالمساس بالرغبة المشروعة، وهو ما كرسه المشرع في القانون 09-03[6] حيث يعتبر تطورا في مجال **"مطابقة المنتوجات"** فالمستهلك في مجال

[1]- جمعة زمام، العدالة العقدية...، المرجع السابق، ص 330.

[2]- المرجع نفسه، ص 330.

[3]- المرجع نفسه، ص 331.

[4]- سماح جبار، المرجع السابق، ص 41.

[5]- المرجع نفسه، ص 40.

[6]- يراجع نص المادة 11 من القانون 09-03 الذي سبق الإشارة إليه.

المطابقة ينتظر مطابقة المنتوجات مع التصريحات المعروضة من قبل المهني، والثقة المحمية في قانون حماية المستهلك تعتبر أن النصوص المتعلقة بالمطابقة والأمن تُكوِن الرغبة المشروعة[1].

اعتبر الأستاذ **Mekki** في سياق عرضه لمبدأ الوفاء العقدي أن الوفاء هو بمثابة "**الرغبة المشروعة**" لدى الغير(المتعاقد الآخر)، كما فسر الأستاذ **Bencheneb** مفهوم الثقة الواردة في المادة 111 [2] من ق م الفقرة الثانية المتعلقة بتفسير العقد بالرغبة المشروعة للدائن بالالتزام.[3]

[1]- جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد...، المرجع السابق، ص 230.

[2]- تنص المادة 111 من ق م فـ2 على أنه "...أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفق للعرف الجاري في المعاملات".

[3]- جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد...، المرجع السابق، ص 230.

آثار التدخل التشريعي في العقود على سلطان الإرادة

الباب الثاني: آثار التدخل التشريعي في العقود على سلطان الإرادة

بعد التحولات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وحتى الفكرية[1] التي شهدها العالم في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين أصبح النظام القانوني للعقد والذي تم وضعه منذ سنه 1804 لا يستجيب مع التطورات التي حدثت في البيئة العقدية، وهو ما حدث مع الدّول التي انتهجت نفس النهج باعتمادها على مبدأ سلطان الإرادة كأساس للالتزام العقدي.

فالبيئة العقدية التي تعتمد على أسلوب التعاقد البسيط لاعتمادها على الزراعة وابرام عقود غالبا ما تكون بين الأسر لم تعد نفسها البيئة العقدية التي يشهدها العالم في هذا القرن، فالثورة الصناعية وظهور التكنولوجيا واقتحامها نظام العقد أدت إلى ظهور عقود جديدة وتقنيات مستحدثة للتعاقد ووسعت من نطاق العلاقات العقدية، وهو ما جعل المبادئ الراسخة والثابتة في النظرية التقليدية للعقد لا تتلاءم مع هذه المستجدات والواقع المتطور.

اعتمد القضاء الفرنسي على الاجتهاد القضائي من أجل تطويع النصوص القانونية التي تحكم العقد وجعلها تتلاءم مع التحولات التي يشهدها العالم وهذا ما أدى إلى اصدار عدة اجتهادات قضائية، اعتمدها المشرع وكرسها في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي سنة 2016، مثل الالتزام بحسن النية والالتزام بالإعلام وغيرها من الاجتهادات القضائية.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فعلى غرار باقي الدول وبغية ملائمة هذه المستجدات التي أثرت على المفاهيم التقليدية للعقد انتهج سياسة التنظيم القانوني للعقود، مما جعله يستعمل أسلوب النظام العام الاقتصادي بشقيه التوجيهي والحمائي لحماية الطرف الضعيف واحداث التوازن العقدي الذي ظهر على اثر اختلال توازن القوى الاقتصادية، فلم تعد الحرية العقدية تخدم مصالح الطرف الضعيف، ولم تعد المساواة المجردة تعكس عدالة العقد.

على اثر ذلك لجأ المشرع إلى توجيه العقود، مستعملا أسلوب الاجبار على التعاقد أحيانا والمنع من التعاقد أحيانا أخرى وفرض المتعاقد الآخر في العقد، من أجل تطبيق سياسته الاقتصادية والاجتماعية.

[1]- حصل تغيير جذري من الناحية الفكرية فالفرد هو عضو في المجتمع يتولى وظيفة اجتماعية تحمله واجبات نحو غيره وتمنحه حقوقا تمكنه من العيش في الجماعة، فأصبح المجتمع مصدر حقوق الفرد وواجباته، وهذا على عكس ما كان يقوم عليه المذهب الفردي، حيث يرى أن الفرد كائن مستقل بذاته وأن ارادته هي مصدر حقوقه وواجباته فبمقتضى هذا التصور الفكري الجديد يتحمل المتعاقد واجبات نحو المتعاقد الآخر، منها التعاون والنزاهة والثقة والنصح...، يراجع في هذا الخصوص على فيلالي، المرجع السابق، ص 54، الهامش 2.

كما لجأ المشرع إلى اصدار العقود المتخصصة، كعقد الاستهلاك وعقد التأمين، وعقد العمل... وغيرها من العقود التي ظهرت فيها إرادة المشرع كطرف ثالث في العقد من خلال تحديد مضمون العقد، مما جعل بعض الفقهاء يقول أن المشرع كاد أن يكون طرفا ثالثا في العقد[1] وهذا ما أدى إلى خروج العقد من نزعته الفردية كونه خاص بالأفراد، إلى نزعة جماعية، وبذلك تعيمم بقدر ما فقد من طابعه الخاص، وهذا ما يسمى بعيممة العقد وهو مفهوم جديد للعقد، وتخلي عن المبادئ الراسخة في النظرية التقليدية للعقد وهو ما نتناوله في (الفصل الأول) كما أن الدولة الجزائرية وابتداء من دستور 1989 انتهجت النظام الليبرالي بعد فشل النظام الاشتراكي في سد حاجيات الأفراد المختلفة، وبدأت الدولة الجزائرية تتجه إلى الاقتصاد الحر والتخلي عن الاقتصاد الموجه وهذا ما كرسه دستور 1996 بموجب المادة 37[2] التي كرست حرية التجارة والصناعة، في التعديل الدستوري سنة 2016[3] بموجب المادة 43 منه.[4]

تحولت وظيفة الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة الضابطة فحرية التجارة والصناعة لابد أن تمارس وفقا لسياسة الدولة المتمثلة في التوفيق بين حرية المنافسة وتحقيق المصلحة العامة، وحماية الطرف الضعيف من الاتفاقات غير المشرعة، ووضعية الهيمنة في السوق التي قد تؤدي إلى استعمال التعسف في العقود بين المحترفين والمستهلكين.

استحدثت الدولة سلطات الضبط الاقتصادي من أجل حماية الحرية التعاقدية عن طريق تقييدها، فظهرت العديد من الهيئات الإدارية التي تتولى مهمة الضبط، منها مجلس النقد والقرض، ومجلس المنافسة الذي استحدث بموجب الأمر 95-06[5] الذي ألغي بموجب الأمر 03-03[6] وهو ما تناولته في (الفصل الثاني).

[1]- لخصر حليس، المرجع السابق، 151.

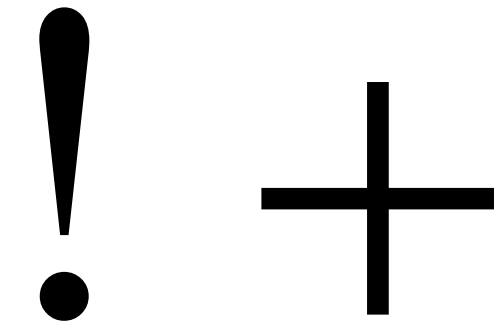
[2]- تنص المادة 37 من دستور 1996 على ما يلي: "حرية الصناعة والتجارة مضمونه وتمارس في إطار القانون".

[3]- الصادر بموجب القانون رقم 16- 01 المؤرخ في مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري (ج ر، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016، ع 14).

[4]- تنص المادة 43 من الدستور المعدل سنة 2016 على ما يلي:"

[5]- المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، (ج ر الصادرة بتاريخ22 فيفري 1995، ع 09، ص 13)، الملغى بموجب الأمر 03-03.

[6]- المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة (ج ر، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، ع 43، ص 25) المعدل والمتمم.



التخلي عن المبادئ الراسخة في النظرية التقليدية للعقد: العقد شريعة المشرع

الفصل الأول: التخلي عن المبادئ الراسخة في النظرية التقليدية للعقد: العقد شريعة المشرع

استقرت النظرية التقليدية للعقد على مبادئ تحكم العلاقات العقدية وهي حرية التعاقد، والأثر النسبي للعقد، والقوة الملزمة للعقد، وذلك منذ أن وضع القانون الفرنسي سنة 1804 من طرف نابليون، والذي استقت منه أغلب التشريعات العربية مبادئه القائمة على سلطان الإدارة، الذي مجد إرادة الفرد في تكوين العقد وتحديد أثاره، فلا أحد يمكنه أن يحد أو يقيد هذه الإرادة وهذا السلطان سوى مقتضيات النظام العام[1].

فالحرية العقدية تعني أن الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وهو حر في اختيار الشخص الآخر الذي يتعاقد معه، ولديه الحرية أيضا في تحديد مضمون العقد، وإذا قرر الشخص أن يتعاقد وارتبط الايجاب بالقبول أصبح مسؤولا عن تنفيذ الالتزامات التي تترتب عن هذا التعاقد، وهذا ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد، طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني.

كما أن الأشخاص إذا قرروا التعاقد فإن العقد يلزمهم وحدهم ولا يرتب هذا العقد التزاما في ذمة الغير[2] وهذا ما يسمى بمبدأ نسبية أثر العقد[3]، والذي كرسه المشرع بموجب المادتين 108، 113 من القانون المدني، حيث تنص المادة 108[4] على ما يلي: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..." ، وتنص المادة 113[5] على ما يلي: " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا "، هذه القاعدة تكون مطلقة في شقها السلبي، ولكن تحمل استثناء في جانبها الايجابي حيث يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه لحسابا لغير[6].

إلا أنه ومع مستجدات الواقع التعاقدي بدأ المشرع يتدخل في العلاقات العقدية لتنظيمها من أجل تمرير سياسته التشريعية المتمثلة في حماية الفئات الخاصة وتحقيق المصلحة العامة، لأن الظروف

---

[1]- وهو ما يعرف بالنظام العام السياسي أو التقليدي، يراجع في هذا الخصوص منصف بوعريوة، المرجع السابق، ص 52.

[2]- أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 27-28.

[3]- ومن المقرر قانونا أن الخلف العام والخلف الخاص لا يعتبران من الغير ومبدأ نسبية أثر العقد لا تعني أن قوته الملزمة تنصرف إلى المتعاقدين بأشخاصهما فقط، بل يقصد به أن أثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين وإلى خلفها العام والخاص، يراجع في هذا الخصوص ، سمير عد السيد تناغو...، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 113.

[4]- تقابلها المادة 145 من القانون المدني المصري، والمادة 145 من القانون المدني الليبي، والمادة 142 من القانون المدني العراقي، والمادة 133 من القانون المدني البحريني.

[5]- يقابلها نص المادة 152 من القانون المدني المصري، والمادة 154 من القانون المدني الليبي.

[6]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 426.

الاقتصادية أثبتت اختلال التوازن العقدي، وكشفت عدم ملائمة النظرية التقليدية للعقد لهذه المستجدات.

هذا ما أدى بالمشرع إلى انتهاج سياسة اصدار العقود المتخصصة المستقلة عن القانون المدني، دون إحداث تعديلات في قانون العقود والالتزامات فظهر نمط جديد للتعاقد وهو اشتراط الرخص الإدارية من أجل التعاقد، ولم يعد الفرد حر في التعاقد أو الامتناع بل ظهرت العقود الجبرية، وأصبح المشرع يتدخل في تحديد مضمون العقد وهو ما يعرف بالعقود الموجهة، كعقود الاستهلاك وعقود العمل وهذا ما نتناوله في **(المبحث الاول)** ولم يعد العقد يرتب أثارا في ذمم أطرافه، بل أصبحت أثاره تمتد إلى الجماعة كما هو الحال في عقود العمل الجماعية، وظهور ما يسمى بالكيانات العقدية كما أنه تم الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد في حال تضمينه بالشروط التعسفية من أجل إعادة التوازن العقدي وتحقيق العدالة العقدية.

إن التدخل المتزايد للمشرع في جميع مراحل العقد أدى إلى تحول جذري في النظرية التقليدية للعقد، وذلك بالخروج والتخلي عن المبادئ الراسخة والثابتة في النظرية العامة للعقد، فلم يعد لأثر النسبي للعقد يتعلق بأطراف العقد، ولم تعد الملزمة للعقد مقدسة بمفهومها التقليدي وهذا ما نتناوله في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الاول: الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد

يعتبر العقد الأداة الفعالة بامتياز التي اعتمدها المشرع في تنفيذ سياسته الاقتصادية والاجتماعية في الدولة عن طريق توجيه العقد مستعملا آلية النظام العام الاقتصادي، بشقيه التوجيهي والحمائي ولقد ظهر تدخل المشرع في العقد من خلال استحداث نظام التراخيص المسبقة لممارسة الأنشطة الاقتصادية، ولم يعد الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد مع الشخص الذي يختاره، بل أصبح المشرع يتدخل لتقييد حرية التعاقدية وهذا ما نتناوله في **(المطلب الأول)**.

لقد أصبح التدخل التشريعي في العقد يمتد لتحديد مضمون العقد، فلم يعد الأفراد أحرارا في تضمين العقد بالشروط التي يرونها مناسبة بل لابد أن تخضع اراداتهم ما يميله المشرع وهذا ما تناوله في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: تقييد حرية التعاقد بفرض الالتزامات الاضافية

عرفت الجزائر تحولا جذريا في النظام الاقتصادي بداية من دستور 1996، حيث تم تكريس حرية التجارة والصناعة[1] وهذا ما عززه التعديل الدستوري سنة 2016[2] مما فتح المجال لازدهار الانشطة الصناعية والتجارية[3] وأدى إلى صدور عدة نصوص تشريعية، فمنها قانون تطوير الاستثمار[4] والقانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة[5] وقانون تهيئة الاقليم وتنميته المستدامة[6]، التي كان الهدف منها تشجيع مختلف النشاطات التجارية والصناعية لخلق حركية اقتصادية وتنموية[7].

نظرا لعلاقة هذه الأنشطة الصناعية والتجارية بالبيئة وتأثيراتها السلبية عليها، بدأت الدول الصناعية تهتم بقضايا البيئة، حيث صدرت عدة تشريعات ترتب مسؤولية المؤسسات الصناعية عن الأضرار التي تسببها البيئة، ولقد ازداد الاهتمام أكثر بالبيئة عندما بدأ التفكير في التوفيق بين البيئة

---

[1]- بموجب المادة 37، التي سبقت الإشارة إليها.

[2]- بموجب المادة 43 التي سبقت الإشارة إليها.

[3]- أمال مدين، " الترخيص الإداري وسيلة لحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة، الترخيص باستغلال المنشآت المصنفة بحماية بيئة نموذجا"، مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد الخامس، جوان 2005، دون ذكر الصفحة.

[4]- الصادر بموجب الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، (ج ر، الصادرة في 22 أوت 2001، ع 47، ص 4) المعدل والمتمم.

[5]- الصادر بموجب القانون رقم 01-18، المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (ج ر، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2001، ص 4).

[6]- الصادر بموجب القانون رقم 01-20، المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، المتعلق بتهيئة الاقليم وتنميته المستدامة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2001،ع 77، ص 18).

[7]- أمال مدين، المرجع السابق.

والتنمية، وهو ما أدى إلى انعقاد عدة مؤتمرات دولية أهمها مؤتمر قمة الأرض، بريودي جانيرو عام 1992[1]، الذي انبثق عنه مفهوم التنمية المستدامة، حيث أدمج البعد البيئي، ضمن أبعاد التنمية وهو ما استجاب له المشرع باصدار النصوص التشريعية المتعلقة بالبيئة وحمايتها من الأضرار وفي مقدمتها القانون 83-03[2]، وبعده القانون رقم 03-10[3]، ولقد اعتمد المشرع على أسلوب الترخيص الاداري المسبق لاستغلال المنشآت المصنفة[4]، وهذا ما نتناوله في **(الفرع لأول)** كما أنه فرض التزامات على المتعاقدين من أجل حماية الطرف الضعيف وتنوير إرادته التعاقدية حتى تصدر على بصيرة حيث فرض الشكلية الاعلامية وهو ما تناوله في **(الفرع الثاني)** وقيد حرية الأفراد من حيث التعاقد أو الامتناع عن التعاقد بالإجبار على التعاقد، وحظر التعاقد واختيار الشخص المتعاقد معه وهو ما تناوله في **(الفرع الثالث).**

[1]- عواطف محي الدين، " الرقابة الإدارية على استغلال المنشآت المصنفة تكريس لمبدأ النشاط الوقائي للحماية البيئية"، الحوار المتوسطي، المجلد 11، العدد 02، سبتمبر 2020، ص 307.

[2]- المؤرخ في 1983/02/5 المتعلق بالبيئة، ملغى.

[3]- المؤرخ في 2003/8/19، المتعلق بحماية البيئة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 2003/8/20، ع 43، ص6).

[4]- حاول الفقه ايجاد تعريف للمنشآت المصنفة فكانت متقاربة أحيانا ومختلفة أحيانا أخرى، ولقد استعملت عدة مصطلحات للتعبير عنها، منها منشأة مصنفة، مؤسسة مصنفة، محال خطرة، منشأة مقلقة للراحة، محال مضرة بالصحة، ونذكر منها المنشأة المصنفة **(installation classé)** ، ولقد عرفها بعدة تعاريف منها: "أنها جميع المؤسسات الواردة في جدول تصنيف مختلف المؤسسات الصناعية المضرة والمزعجة والخطيرة على الصحة العامة"، يراجع حمزة عثماني، مسؤولية المنشآت المصنفة عن جريمة التلويث البيئية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2013-2014، ص8، وعرّف المشرع المنشأة المصنفة بموجب المادة 18 من القانون 03-10 الذي سبقت الإشارة إليه كما يلي:" تخضع لأحكام هذا القانون المصانع والورشات والمشاغل ومقالع الحجارة والمناجم وبصفة عامّة المنشآت التي يستغلها أو يملكها كل شخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص، والتي قد تتسبب في أخطار على الصحة العمومية والنظافة والأمن والفلاحة والأنظمة البيئية والموارد الطبيعية والمواقع والمعالم والمناطق السياحية أو قد تتسبب في المساس براحة الجوار".

كما عرّفها المرسوم التنفيذي 06-198، المؤرخ في 31 ماي 2006، المتعلق بضبط التنظيم المطبق على المنشآت المصنفة لحماية البيئة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 4 جوان 2006، ع 37، ص9)، في مادته الثانية حيث ميّز بينها وبين المؤسسة المصنفة، وأورد تعريفا لكل منهما، وقد عرّف المنشأة المصنفة بأنّها: "كل وحدة تقنية ثابتة يمارس فيها نشاط أو عدّة أنشطة من النشاطات المذكورة في قائمة المنشآت المصنفة المحدّدة في التنظيم المعمول به"، وبذلك يكون المشرع في تعريفه للمنشأة المصنفة قد اعتمد على معيار قانوني هو التعداد الوارد في قائمة المنشآت المصنفة الواردة بموجب المرسوم التنفيذي 07-144، المؤرخ في 2007/05/19، يحدد قائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة، (ج ر الصادرة بتاريخ 22 ماي 2007، ع 34، ص 3).

الفرع الاول: اشتراط الترخيص الاداري المسبق

إن النشاطات الصناعية والتجارية وأعمال التهيئة التي تنجز في مواقع معينة لها تأثير على البيئة ومن شأنها أن تحدث تغييرا على الأماكن، لذلك فإن كل مؤسسة مصنفة حسب القانون[1]، فإنها تخضع في إنجازها لنظام محدد سلفا وهو إعداد الدراسة[2] حول التأثيرات المحتملة التي تؤثر على البيئة ثم بعد ذلك تخضع للترخيص الإداري المسبق **(أولا)** كقيد على استغلال هذه المنشآت المصنفة، ممّا يشكل قيدا على ممارسة حريّة التعاقد لاعتبارات تتعلق بحماية المصلحة العامة والمحافظة على البيئة لتحقيق التنمية المستدامة، وأتبع المشرع نظام الترخيص الإداري المسبق بجزاءات إدارية كنتيجة لمخالفة قواعد هذا القيّد وهو ما نتناوله **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الترخيص الإداري المسبق

يعتبر الترخيص الإداري المسبق[3] من أكثر الآليات القانونية استعمالا نظرا لفاعليته في توجيه ومراقبة النشاط الفردي على المجتمع، لذلك قد يشترط المشرع في كثير من الحالات ومن بينها الأنشطة المقننة الحصول على الإذن المسبق لممارسة النشاط الصناعي أو التجاري لما له من تأثير سلبي على الصحة العامة والبيئة ومن أجل التطرق إلى مفهوم الترخيص الإداري المسبق فإننا نتطرق إلى تعريفه **(1)** وإجراءاته **(2)**.

---

[1]- نصت المادتين 17 و 18 من القانون 03-10 على أنّ تصنّف المنشآت المصنفة حسب أهمية النشاط الذي تمارسه وطبيعته ودرجة اتصاله بالأرض وخطورته ومساسه بالبيئة والجوار لذلك خصّها القانون بنظام قانوني خاص وأسماها بالمنشآت المصنفة، ولقد نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 06-198 الذي يضبط التنظيم المطبق على المنشآت المصنفة لحماية البيئة على أنّه:" تقسم المؤسسات المصنفة إلى أربعة فئات:

- مؤسسة مصنفة من الفئة الأولى تتضمن على الأقل منشأة خاضعة لرخصة وزارية.

- مؤسسة مصنفة من الفئة الثانية تتضمن على الأقل منشأة لرخصة الوالي المختص اقليميا.

- مؤسسة مصنفة من الفئة الثالثة تتضمن على الأقل منشأة خاضعة لرخصة رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص اقليميا..."، لمزيد من التفاصيل حول تصنيف المنشآت المصنفة يراجع، في هذا الخصوص هناء بن عامر وروان محمد، "دور تقسيمات المنشآت المصنفة في حماية البيئة من التلوث في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، ص ص174- 189، ديسمبر 2019، ص 177- 178- 179.

[2]- تنص المادة 15 من القانون 03-10 على أنه " تخضع مسبقا وحسب الحالة لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة، مشاريع التنمية والهياكل والمنشآت الثابتة والمصانع والأعمال الفنية الأخرى وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة، التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا على البيئة، لاسيما على الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الايكولوجية وكذلك على إطار ونوعية المعيشة.

- تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

[3]- يشترط المشرع لقيام المنشآت المصنفة لحماية البيئة من الناحية القانونية تحقق شرط واقف هو الترخيص الإداري أو التصريح الإداري لدى السلطات الإدارية ويكون خضوعها لأحد هذين النظامين حسب خطورتها على البيئة إذ تخضع منشآت الدرجة الأولى إلى الثالثة لنظام الترخيص الإداري، بينما تخضع منشآت الدرجة الرابعة لنظام التصريح، لمزيد من التفاصيل، يراجع في هذا الخصوص، عواطف محي الدّين، المرجع السابق، ص 321-322.

1- تعريف الترخيص الإداري المسبق

عرّف المرسوم التنفيذي 06-198 رخصة استغلال المنشأة المصنفة في المادة 4 منه على أنّها: "وثيقة إدارية تثبت أن المنشأة المصنفة تطابق الأحكام والشروط المتعلقة بحماية البيئة المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بها، وهذه الصفة لا تحد ولا تحل محل أي رخصة من الرّخص القطاعية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بها.

ويعرّف الترخيص الإداري المسبق بأنّه: " تلك الأداة من مجموع الأدوات المباشرة التي تستعملها الإدارة للتعبير عن رضاها في مجال الضبط الإداري البيئي، ويكون فحوى هذا الترخيص الإذن لشخص معيّن بممارسة نشاط محدّد وفقا لضوابط وشروط[1]، أو هو ذلك العمل الإداري الذي يأتي على هيئة قرار إداري يصدر عن سلطة أصلية إدارية أو هيئة تابعة لها يخوّل لصاحبه ممارسة نشاط معيّن".

وقد عرّفه محمد الطيب عبد اللطيف بقوله: "الترخيص وسيلة من وسائل تدخل الدّولة في ممارسة النشاط الفردي للوقاية مما قد ينشأ عنه من ضرر، وذلك بتمكين الهيئات الإدارية بفرض ما تراه ملائما من الاحتياطات التي من شأنها منع هذا الضرر، أو رفض الإذن بممارسة النشاط إذا كان لا يكفي للوقاية منه اتخاذ الاحتياطات المذكورة أو كان غير مستوف للشروط التي قرّرها المشرع سلفا" [2].

2- إجراءات الحصول على الترخيص المسبق

تخضع المنشآت المصنفة لإجراء الحصول على الترخيص الإداري المسبق[3] من أجل استغلالها، وهي المنشآت من الدّرجة الأولى إلى الثالثة، وهذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي 06-198[4]، وللحصول على الترخيص الإداري المسبق فإنه يجب اتباع مجموعة من الإجراءات تتلخص في طلب رخصة استغلال منشأة مصنفة، ثم دراسة هذا الملف، ويتم ايداع الملف على مستوى مديرية البيئة، وطبقا لما هو وارد في المادتين 29 و 32 من المرسوم التنفيذي 06-198 فيما يتعلق بالمنشآت المصنفة من الدّرجة الأولى والثانية والثالثة فلهم نفس وثائق الملف الواردة في المادتين 8 و 9 من المرسوم التنفيذي 06-98، و بعد دراسة مختلف الوثائق المرفقة بالملف بما فيها دراسة الخطر ودراسة موجز التأثير والموافقة عليهما وفقا

[1]- هناء بن عامر وروان محمد، المرجع السابق، ص182.

[2]- عبد الرحمن عزّاوي، الرّخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، نوقشت بتاريخ 02 جوان 2007، ص155.

[3]- وهو ما كرّسه المشرع بموجب المادة 19 من القانون 03-10، الذي سبقت الإشارة إليه.

[4]- الذي سبقت الإشارة إليه.

لما نصت عليه المادة 15 من القانون 03-10 والمرسوم التنفيذي 07-145[1] الذي يبين المشاريع التي تخضع لدراسة وموجز التأثير على البيئة[2] وذلك بموجب الملحق المرفق بهذا المرسوم، وبعد أخذ رأي المحافظ المحقق تصدر اللجنة الولائية لمراقبة المنشآت المصنفة محضر اجتماع وتقوم بمنح مقرر الموافقة المسبقة لإنشاء المنشأة المصنفة بالنسبة للمنشآت من الفئة الثانية والثالثة، التي تخضع لترخيص من الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي، أمّا المنشآت من الفئة الأولى الخاضعة لترخيص من الوزير المكلّف بالبيئة، ففي هذه الحالة تقوم اللجنة بإرسال محضر الاجتماع إلى الوزير المكلّف بالبيئة الذي يقوم بمنح مقرر الموافقة المسبقة بإنشاء المنشأة المصنفة بالنسبة لهذه الفئة[3].

بعد انجاز المنشأة المصنفة تقوم اللّجنة بزيارة الموقع بغرض التحقق من مطابقتها للوثائق المدرجة في ملف الطلب، وبعد التأكد من مطابقتها تقوم اللجنة بإعداد مشروع قرار رخصة استغلال المنشأة المصنفة وارسالها إلى السلطة المؤهلة للتوقيع[4] والمتمثلة في الوزير المكلّف بالبيئة بالنسبة للمنشآت المصنفة من الفئة الأولى، والوالي بالنسبة للمنشآت المصنفة من الفئة الثانية، والى رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للمنشآت من الفئة الثالثة [5].

ثانيا: جزاء مخالفة قواعد الترخيص الإداري المسبق

رتب المشرع جزاءات إدارية ومالية وجزائية على مخالفة قواعد الترخيص الإداري المسبق لاستغلال المنشآت المصنفة، إلاّ أنّنا نكتفي بذكر الجزاءات الإدارية المترتبة نظرا لارتباطها بعرقلة حركة حرية التجارة والصناعة المكرّسة دستوريا، والمتمثلة في سحب الترخيص، وغلق المنشآت المصنفة، ووقف استغلال المنشأة.

1- سحب الترخيص

[1]- المؤرخ في 19 ماي 2007، يحدّد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، (ج ر ، الصادرة في 22 ماي 2007، ع 34، ص92)، المعدّل والمتمم.

[2]- يراجع نص المادة 02 من المرسوم 07-195، الذي سبقت الإشارة إليه.

[3]- إلياس بوكاري، الرقابة الإدارية على المنشآت المصنفة لحماية البيئة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون البيئية والعمران، السنة الجامعية: 2015-2016، ص14-15.

[4]- يراجع نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 06-168، الذي سبقت الإشارة إليه.

[5]- إلياس بوكاري، المرجع السابق، ص68.

يعد إلغاء الترخيص من أخطر الجزاءات الإدارية وأكثرها ضررا على المشروعات المتسببة في إحداث التلوث، وبما أنّ الإدارة تتمتع بسلطة منح التراخيص فلها كذلك السلطة فيما يتعلق بإلغائها[1].

حيث تتخذ الإدارة قرارا إداريا بسحب قرار الترخيص، ضد المستغل الذي يخالف المقاييس البيئية في ممارسة نشاطه التجاري أو الصناعي في الحالة التي يكون فيها خطر على النظام العام أو الصحة العامة أو الأمن العام أو لم يستوف الشروط الواجب توافرها، أو صدر ضدّه حكم قضائي يقضي بغلق المشروع أو إزالته، وهناك عدّة تطبيقات منها ما نصّت عليه المادة 11 من المرسوم رقم 93-160 المتعلق بتنظيم النفايات الصناعية السائلة والتي تنص:" إذا لم يمتثل مالك التجهيزات في الأجل المحدّد أعلاه يقدر الوالي الايقاف المؤقت لسير التجهيزات المتسببة في التلوث"[2].

من النصوص القانونية التي نصت على سحب الترخيص المتعلق باستغلال المنشآت المصنفة المادة 23 من المرسوم التنفيذي 06-198[3]،، حيث نصّ من خلالها المشرع على حالتين يمكن من خلالهما للهيئة الإدارية سحب رخصة استغلال المنشآت المصنفة في حالتين واردتين على سبيل الحصر وهي:

- عدم مطابقة المؤسسات المصنفة للتنظيم المطبق عليها.
- عدم مطابقة المؤسسات المصنفة للأحكام التقنية المنصوص عليها في رخصة الاستغلال الممنوحة.

2- غلق المنشأة المصنّفة

تلجأ الإدارة إلى غلق المنشأة المصنّفة في الحالة التي لم يجدي فيها الإعذار أو الإنذار، وذلك كعقوبة لصاحب المشروع، أو المُستغل وتتمثل عقوبة غلق المنشأة في المنع من الاستمرار في استغلال تلك المنشأة عندما تكون محلا مخالفا للنظام العام والبيئة والمصالح المحمية بموجب قانون المنشآت المصنّفة[4].

---

[1]- فتحي بن جديد، "الترخيص الإداري كإجراء لحماية البيئة من التلوث، رخصتي البناء واستغلال المنشآت المصنفة"، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد السادس، سنة 2016، ص31-32.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 93-160، المتعلق بتنظيم النفايات الصناعية السائلة في الأوساط الطبيعية، المؤرخ في 10 جويلية، (ج ر الصادرة بتاريخ 14 جويلية 1993،ع 46، ص6).

[3]- يراجع نص المادة 23 من المرسوم التنفيذي 06-198، الذي سبقت الإشارة إليه.

[4]- إلياس بوكاري، المرجع السابق، ص 103.

ويختلف الغلق عن سحب الترخيص في أن هذا الأخير أوسع مجالا من غلق المنشأة لأنه يمتنع على المحكوم عليه مزاولة عمله ليس فقط في المنشأة التي تقرر اغلاقها بل وفي أيّة منشأة أخرى من طبيعتها[1].

لقد نص المشرع على هذا النوع من العقوبات الإدارية في مجال المنشآت المصنفة في المادة 48 من المرسوم التنفيذ رقم 06-198 السالف الذكر فحسب هذه المادة فإنه في حالة قيام الوالي بإعذار مستغل المؤسسة المصنفة لإيداع التصريح أو طلب الرخصة أو مراجعة بيئية أو دراسة الخطر، ولم يقم المستغل بتسوية وضعيته خلال الآجال المحددة في سنتين، يمكن للوالي المختص اقليميا أن يأمر بغلق المنشاة المصنفة[2].

حيث تنص المادة 48 من المرسوم التنفيذي 06-198 على أنه :" يمكن للوالي المختص اقليميا في الحالة المنصوص عليها في المادتين 44 و47 أعلاه اعذار مستغل المؤسسة المصنفة لإيداع التصريح أو طلب الرخصة أو مراجعة بيئية أو دراسة الخطر.

إذا لم يقم المستغل بتسوية وضعيته في الآجال المحدّدة في المادتين 44 و 47 أعلاه، يمكن للوالي المختص اقليميا، أن يأمر بغلق المؤسسة.

أما مضمون الحالات المنصوص عليها في المواد 44 و 47 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198 فإنه وحسب المادة 44 فإنه يتعين على المؤسسة المصنفة الموجودة والتي لم تحصل على رخصة استغلال للفئات المحدّدة في المادة 03 أعلاه وفئات قائمة المنشآت المصنفة المحددة في التنظيم المعمول به، إنجاز مراجعة بيئية في أجل لا يتعدى سنتين ابتداء من صدور المرسوم التنفيذي رقم 06-98 السالف الذكر، تتمثل في أنه يتعين على المؤسسات المصنفة الموجودة والتي نصت قائمة المنشآت المصنفة بشأنها على دراسة الخطر، إنجاز دراسة الخطر في أجل لا يتعدى سنتين من تاريخ صدور المرسوم التنفيذي 06-198[3].

3- وقف استغلال المنشأة:

[1]- المرجع نفسه، ص 103.

[2]- إلهام فاضل، "العقوبات الإدارية لمواجهة خطر المنشآت المصنفة على البيئية في التشريع الجزائري"، دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جوان 2013، ص 318 .

[3]- يراجع نص المادتين 44، 47 من المرسوم التنفيذي 06-198، الذي سبقت الإشارة إليه.

يعتبر وقف النشاط أو استغلال المنشأة من التدابير التي تلجأ إليها الإدارة في حالة وقوع خطر بسبب مزاولة المشروعات الصناعية للأنشطة قد تؤدي إلى تلوث البيئة[1] وفي حالة ارتكابها لأفعال مخالفة للتشريع والتنظيم المعمول به، ويكون الوقف مؤقتا لمدّة معلومة، وهو ما يؤدي إلى خسارة مادية اقتصادية، تتمثل في وقف النشاط التجاري أو الصناعي للمنشأة، ولقد كرّس المرسوم التنفيذي 06-198 هذه العقوبة بموجب المادة 23 منه وكذا المادة 25 من القانون 03-10، حيث تنص المادة 23 من المرسوم التنفيذي 06-198 على أنه :" في حالة معاينة وضعية عير مطابقة عند كل مراقبة:

- التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة في مجال حماية البيئة للأحكام التنفيذية الخاصة المنصوص عليها في رخصة الاستغلال الممنوحة.

يحرر محضر يبين الأفعال المجرمة حسب طبيعة وأهمية هذه الأفعال ويحدد أجل لتسوية وضعية المؤسسة المعنية.

عند نهاية هذا الأجل وفي حالة عدم التكفل بالوضعية غير المطابقة، تعلق رخصة استغلال المؤسسة المصنفة...."

من خلال النص المذكور أعلاه يتضح أن المشرع قد نص على تعليق الرخص، وبالتالي وقف العمل بالرخصة ووقف نشاط المؤسسة المصنفة إلى غاية تسوية وضعية المنشأة المصنفة.

أما بالنسبة للمادة 25 من القانون 03-10، فإنها تنص على المنشآت غير الواردة في قائمة المنشآت المصنفة والتي تنص على أنه:" عندما تنجم عن استغلال منشأة غير واردة في قائمة المنشآت المصنفة أخطار وأضرار تمس بالمصالح المذكورة في المادة 18 أعلاه وبناءا على تقرير من مصالح البيئة، يُعذر الوالي المستغل ويحدد له أجلا لاتخاذ التدابير الضرورية لإزالة الأخطار والأضرار المثبتة.

إذا لم يمتثل المستغل في الآجال المحددة، يوقف سير المنشأة إلى حين تنفيذ الشروط المفروضة، مع اتخاذ التدابير المؤقتة الضرورية، بما فيها التي تضمن دفع مستحقات المستخدمين مهما كان نوعها".

يفهم من النص المذكور أعلاه أن المؤسسة غير الواردة ضمن قائمة المنشآت المصنفة، والتي تتسبب في أخطار وأضرار على البيئة، فإنه يمكن اتخاذ تدابير وإجراءات بشأنها لإزالة الأخطار والأضرار

[1]- كمال معيفي، آليات الضبط الاداري في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة باتنة، السنة الجامعية: 2010-2011، ص 109.

المسببة لها، وعليه يمكن للوالي أن يوقف سير المنشأة إلى غاية تنفيذ الشروط المفروضة واتخاذ التدابير التي فرضتها المادة 25 المذكورة أعلاه[1].

ما يمكن ملاحظته أن عقوبة وقف نشاط المنشأة لا بد أن يسبقه إجراء الإعذار، أي إعذار المستغل بحيث يكون الغلق بعد اعذار المعني وتذكيره بالتزاماته اتجاه البيئة[2].

الفرع الثاني: الشكلية الإعلامية

فرض المشرع الالتزام بالإعلام[3] كالتزام قانوني على عاتق المهني، بموجب القانون 03-09[4] المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وذلك في نطاق المادتين 17 و 18 منه[5] وحدّد كيفية تنفيذ هذا الالتزام بموجب المرسوم التنفيذي 13-178[6] ولم يقتصر تكريس الالتزام بالإعلام على قانون الاستهلاك بل فرضه المشرع حتى في علاقات المحترفين فيما بينهم، من خلال قانون الممارسات التجارية بموجب المادة 07 من القانون 04-02[7]، وذلك من خلال شفافية المعاملات الذي يفرضها قانون المنافسة، وهو ما يؤدي إلى الوقاية من عدم التوازن في كلّ أنواع العقود[8].

بما أننا تطرقنا في الباب الأول لهذا الالتزام ومبرراته، والجزاءات المترتبة عن الاخلال به، فإننا نركز الدراسة في هذا الباب عن آثار هذا الالتزام على مبدأ سلطان الإرادة **(أولا)**، كما أنّ الالتزام بالإعلام يقتضي الالتزام بمبدأ حسن النية وهو ما سنتناوله **(ثانيا)**.

---

[1]- إلياس، بوكاري، المرجع السابق، ص107.

[2]- كمال معيفي، المرجع السابق، ص111.

[3]- إنّ التمييز بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، والالتزام بالإعلام التعاقدي شيء صعب بين الناحية الواقعية، لانّ بعض الالتزامات تنشأ قبل إبرام العقد وتمتد بعده، كما أنّ بعض العقود تتكون تدريجيا لهذا يصعب التحديد إذا ما كان الالتزام تعاقدي، أم لا يزال قبل التعاقد، ولحل هذه المسألة اقترح الفقه التفرقة بين هذه هذين الالتزامين على أساس المنفعة التي يقدمها الالتزام لصاحبه، ولهذا فرّق الفقه بين الالتزام الذي هدفه تمكين المتعاقد من التعبير عن إرادة مبصرة، والالتزام بالإعلام الهادف إلى ضمان حسن تنفيذ العقد، فالالتزام الأول يضمن أن يكون الرّضا كاملا خلال حياة العقد عند ابرام العقد وفي حالة تجديده أو تعديله أو فسخه، وجزاء الاخلال بهذا الالتزام الضامن لرضا غير معيب هو بطلان التصرف القانوني والتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أمّا جزاء الاخلال بالالتزام الضامن لحسن تنفيذ العقد هو المسؤولية العقدية، يراجع في هذا الخصوص، آسيا مندي، المرجع السابق، ص69.

[4]- المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي سبقت الإشارة إليه.

[5]- ولقد كرّس المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام بموجب المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي المعدّل سنة 2016، والمادة 3/113 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وجعله نص عام يسري على كافة العقود، حيث أوجب على الطرف الذي يحوز المعلومات التي لها أهميّة حاسمة بالنسبة لموقف الطرف الآخر أن يبلغ هذا الأخير، الذي لا يعرف هذه المعلومات أو يثق في الطرف الآخر واعتبر أنّ الاخلال بالالتزام بالإعلام يمكن أن يترتب عليه بطلان العقد.

[6]- يحدّد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، والذي سبقت الإشارة إليه.

[7]- التي تنص: "يُلزم البائع في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين بإعلام الزبون بالأسعار والتعريفات عند طلبها، ويكون هذا الإعلام بواسطة جداول الأسعار أو النشرات البيانية، أو دليل الأسعار أو بأية وسيلة أخرى ملائمة مقبولة بصفة عامة في المهنة".

[8]- أحمد بعجي، المرجع السابق، ص194.

أولا: الالتزام بالإعلام آلية مستحدثة في نظام العقد

إن تكريس المشرع للالتزام بالإعلام يرتب التزامات على عاتق الطرف القوي في عقد الاستهلاك وهو المهني، بل وحتى في العلاقات بين المتعاملين الاقتصاديين فيما بينهم، وهو ما يؤدي إلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة والخروج عن مبدأ حرّية التعاقد كمفهوم تقليدي للعقد، الذي يعتّد بحرية الفرد في انشاء الالتزام ونقله وتعديله وانهائه، فالالتزامات تأتي من إرادته الحرّة نفسها، ولا مجال لفرض الالتزامات عليها، لأنّ التدخل في الإرادة من شأنه أن يؤدي إلى المساس بحرّية الفرد التي تنبع من القانون الطبيعي.

إنّ الالتزام بالإعلام يجسد تخلي المشرع عن مبدأ الرّضائية[1] والتوجه إلى انتهاج الشكلية الإعلامية (la formalisme informatif) [2] وهو التزام مستقل عن العقد وسابق عليه وهو التزام بعمل يتمثل في الإدلاء ببيانات صحيحة وكافية، كما أنّه التزام بتحقيق غاية فلا يسوغ للمهني أن يثبت أنّه بذل العناية اللاّزمة في ايصال البيانات والمعلومات للمستهلك[3].

إن هذا التدخل في توجيه الإرادة عن طريق فرض التزامات إضافية من أجل تحقيق المساواة بين الأطراف المتعاقدة بعدما أثبتت النظرية التقليدية للعقد عدم ملاءمتها مع مستجدات الواقع أدّى إلى اضمحلال واندثار حرية الإرادة في تكوين العقد، عن طريق الخروج عن مبدأ حرية الإرادة في تكوين العقد بل وفي جميع مراحل العقد كما سيأتي بيانه، وهذا الخروج ما هو إلاّ تحوّل جذري في المفاهيم التقليدية من أجل تكييفها مع تطور المجتمع، فكل تطور في المجتمع لا بدّ أن يتبعه تطور قانوني.

حيث يرى الفقيه **Josserand** أنّه: **"لابد من تجديد المفاهيم نظرا للتحولات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ويجب استبدال المساواة المجرّدة بالمساواة الحقيقية، وذلك بتدخل المشرع في تنظيم العلاقة التعاقدية حماية للطرف الضعيف".**

ويقول أيضا: **"إن المفاهيم القانونية تنشأ وتتطور وتنجز في مناخ فردي ومناخ اجتماعي والاتجاه الحالي أنّ المناخ الاجتماعي يطغى على المناخ الفردي، لانّ الحرّية العقدية أصبحت دون معنى بين الأقوياء والضعفاء ولا تخدم إلاّ مصالح الأقوياء**[4].

---

[1]- كرّس المشرع مبدأ الرضائية بموجب المادة 59 من القانون المدني، الذي سبقت الإشارة إليه.

[2]- محمد بودالي، "أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك"، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 30، العدد3، ص ص 224- 245، ص 236.

[3]- لخضر حليس، "التنظيم القانوني للعقود المدنية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الأوّل، ديسمبر 2013، ص83.

[4] -aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrat, RTD, 1973, p1.

نقلا عن حليس لخضر، مكانة الارادة...، المرجع السابق، ص 150، الهامش رقم 03.

إنّ تدخل المشرع في العقد عن طريق فرض الالتزام بالإعلام يجسّد سلطان القانون على إرادة الأطراف، فلم يعد الأفراد وحدهم يضعون أو يصنعون قانونهم التعاقدي، بل هناك إرادة وسلطة أعلى توجه إرادتهم وتراقبها[1].

إن ضرورات الحياة الحديثة وتعقُّدها تقضي حتمية وجود هذا الالتزام وتوسيع نطاقه، إلى كل العقود الأخرى، وذلك بهدف الحد من عدم المساواة في المعرفة بين الطرفين[2] وحماية الطرف الضعيف من خلال فرض الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كوسيلة وقائية وحمائية لإرادته، انطلاقا من أن الحماية الوقائية خير من الحماية العلاجية[3].

إن فرض التزامات إضافية قبل التعاقد هي خطوة جديدة سلكها المشرع إلى جانب المبادئ المكرّسة في النظرية العامة للعقد، مع العلم أن هذه المبادئ الجديدة المستحدثة تستند إلى تصور ومنهج مغاير تماما لذلك الذي أخذ به في القانون المدني، فالقانون المدني كان يستند إلى المساواة المفترضة بين المتعاقدين والتي تعتد بالمساواة المجرّدة، و حسب هذا التصور يكون لكل من المتعاقدين نفس الحقوق ونفس الواجبات، أمّا تشريعات الاستهلاك تسعى إلى تحقيق المساواة على اعتبار اللاّمساواة بين الأطراف المتعاقدة، فهناك طرف قوي وهو المحتّرف وطرف ضعيف هو المستهلك[4].

إنّ الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي التزام جديد وضعه المشرع من أجل حماية رضا المستهلك ليصدر عن إرادة حرّة مستبصره بكل ما يتعلق بالعقد وخالية من العيوب، ونظرا لأهمية هذه المبادئ الجديدة ذهب الفقه للقول بأنّها قد تحل مستقبلا محل النظرية العامّة للعقد[5].

إن هذه القواعد لا تلغي قواعد القانون المدني ولم تغفل احتمالات التعسف أو الخداع الذي يقوم به أحد العاقدين أضرارا بالآخر، ويبقى القاسم المشترك بينهما هو حماية المستهلك، فقانون حماية المستهلك هو قانون وظيفي يستمد وجوده وذاتية من الوظيفة المرسومة له.

---

[1]- لخضر حليس، التنظيم القانوني للعقود المدنية..، المرجع السابق، ص83.

[2]- لخضر حليس، مكانة الإرادة...، المرجع السابق، ص85.

[3]- عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص32.

[4]- علي فيلالي، "الحرية العقدية مفهوم قديم وواقع متجددّ"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص12-13.

[5] -Ali filali ; le droit de la consommation ; une adaptation du droit commun des contrats, colloque international, développement, spécificités et impact du droit de la consommation » organisé par l'université d'Oran, faculté de droit et le laboratoire de droit économique et environnement, des 16-16 mai 2013, in annales de l'université Alger, N°27, T1, 2015, pp 5-45.

إنّ اللّجوء إلى استحداث قواعد عامة ضمن نصوص تشريعية متخصصة في حماية الأطراف الضعيفة في جميع أوجه التعامل تتويجا للنزعة إلى الحماية فالعقود التي تبرم في سبيل الاستهلاك مثلا قد تمّ تنظيمها على نحو يوجه العملية التعاقدية نحو ضمان المستهلكين، وصحة رضاهم وحسن اختيارهم وتحقيق حقوقهم، للحد من سيطرة المنتج أو البائع[1].

ممّا لا شك فيه أن هذه القوانين إنّما تمس قواعد العقد بشكل واضح لا غبار عليه، فتغير في طبيعته والتزامات أطرافه وحقوقهم ممّا جعل عقود الاستهلاك تتميز بطبيعة خاصة مغايرة للعقود الأخرى التي تبرم في الحياة العملية[2].

إنّ حق المستهلك في الاعلام امتد تفعيله في العقود المتعلقة بمختلف المنتوجات الطبية والصيدلانية والغذائية، ويشمل الإعلام بخصائص المنتوج وكيفية استعماله، والاعلام عن الأسعار، والتعريفات وشروط البيع أو حتى الافضاء بمكامن الخطورة فيه، ليتجسد تكريس هذا المبدأ ويصبح راسخا لا يمكن للأعوان الاقتصادي التنصل منه تحت طائلة توقيع العقوبات، ممّا يجعل من الالتزام بالإعلام التزام جديد ومكون للنظام التعاقدي[3].

ثانيا: مبدأ حسن النية أساس للالتزامات المستحدثة في نظام العقد

أثبت مبدأ حسن النية فعاليته على مستوى الفقه والقضاء أنه الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي،[4] وفي سبيل استخدام مبدأ حسن النية في مضمون العقد واستحداث التزامات جديدة فرّق الفقه بين "حسن النيّة الشخصي" و"حسن النية الموضوعي"، أي بمعنى التّفرقة بين أمانة المتعاقد "حسن النية الشخصي"، و"الأمانة التعاقدية "حسن النية الموضوعيّ[5].

إن الدّلالة القصدية لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود كما ورد في المادة 107[6] من القانون المدني، والمادة 1131[7] من القانون المدني الفرنسي المعدّلة، التي تضفي على هذا المبدأ صبغة المعيار

---

[1]- لخضر حليس، "سلطان الإرادة وحماية المستهلك"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، زيان عاشور بالجلفة، العدد السادس، ص 270-271.

[2]- المرجع نفسه، ص271.

[3]- قادة شهيدة، "التجربة الجزائرية في حماية المستهلك بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد 01، سنة 2014، ص21.

[4]- سارة بيلامي، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الاخوة منتوري، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2010-2017، ص89.

[5]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص178.

[6]- تقابلها المادة 148 من القانون المدني المصري، والمادة 150 من قانون المدني العراقي، والمادة 148 فـ2 من القانون المدني الليبي.

[7]- تقابلها المادة 157 من القانون المدني الألماني، والمادة 1375 من القانون المدني الايطالي، والمادة 148 فـ1 من القانون المدني المصري، والمادة 197 من القانون المدني الكويتي.

الشخصي والتي تعني ألاّ يسلك المتعاقد مسلكا سيئا في قصده ولا يصدر منه سلوك تدليس أو غش، ولقد انتقد الفقه الفرنسي هذا المعنى الشخصي لحسن النية باعتباره مفهوما ضيقا وقاصرا على أن يكون أساسا للالتزام بالإعلام والتحذير والنصيحة، فلا يمكن البحث عن مفهوم حسن النية كمبدأ قانوني عام في أحكام القانون، ولكن يتم البحث عن حسن النية بمفهومه الموضوعي، كأساس لالتزامات قانونية ذات طبيعة جديدة، ومن هنا سعى الفقه الفرنسي إلى ايجاد معنى أكثر وضوحا لفكرة حسن النية في جانبه الموضوعي، وأخذ البعض يطلق عليه مصطلح **"الأمانة العقدية"** [1].

إنّ مبدأ حسن النية في إطاره الشخصي يواجه اشكالات فنّية إذ أن هذا المبدأ وعلى افتراض أنه يسود جميع العقود فإنّ فرض الالتزام بالإعلام على سبيل المثال واسقاطه على حسن النية بالمعنى السابق أي المفهوم الشخصي يؤدي الإخلال به إلى القول أن المتعاقد الآخر سيء النية بل وأنه في حالة غش في حين أن المتعاقد الذي لم يزوّد المتعاقد الآخر بالمعلومات كان على أساس ترجيح مصلحة مشروعة، وليس على أساس من سوء النية أو محاولة الغش، إنّ هذا المأزق الفني هو ما دفع الفقه إلى اعتناق التمييز بين ما أطلق عليه "حسن النية الشخصي"، و"حسن النية الموضوعي"، أي التفرقة بين أمانة المتعاقد، والأمانة التعاقدية[2].

وعليه فإن "حسن النية الشخصي" هو ما يتعلق بماهية الاعتقاد الدّاخلي للشخص المتعاقد والحالة الذهنية التي يكون عليها أثناء التعاقد، على نحو قد يحمله على عدم مراعاة مصالح الطرف المقابل، لترجيح مصالحه في حين أن "حسن النية الموضوعي" يتعلق بمؤشرات خارجية يمكن البناء عليها عند التعامل مع هذا المبدأ، وذلك من خلال البحث عن التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية أثناء مرحلة التفاوض على شروط العقد وخلال (مرحلة تنفيذ هذه الشروط)[3].

إن مبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي المتقدم يعتبر قاعدة للسلوك يفرضه القانون، كلّما تعلق الأمر بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها والمعتاد أن هذا الالتزام يتقرر بموجب نص قانوني

[1]- علي فيصل علي الصديقي، المرجع السابق، ص 204-205.

[2]- المرجع نفسه، ص205.

[3]- المرجع نفسه، ص 205-206.

صريح،[1] أمّا بالنسبة للمرحلة السابقة على التعاقد فغالبا لا يوجد نص صريح يكرّس هذا المبدأ وإن كانت بعض التشريعات قد نصت عليه بصورة ضمنية[2].

إن المشرع اعترف صراحة بمبدأ حسن النية في المادة 107ف 1 من القانون المدني التي تنص: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، وهو إقرار من المشرع بوجوب الالتزام بمبدأ حسن النية أثناء تنفيذ العقد وهو أيضا اعتراف ضمني بامتداده لكل المراحل التعاقدية.

بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي المعدّل فقد كرّس مبدأ حسن النية كمبدأ عام يشمل جميع العقود بموجب المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي التي تنص: " العقود يجب مناقشتها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية.

هذا المبدأ من النظام العام."

أضافت المادة 1114 على أن: "العقود يجب التفاوض حولها وتكوينها وتنفيذها بحسن نية"، وبذلك ساهم المشرع الفرنسي في تطوير هذا المبدأ أولا من خلال ادراجه ضمن القواعد العامة للعقود، بعدما كان مندرجا ضمن آثار العقد وثانيا من حيث توسيع نطاق مبدأ حسن النية ليشمل جميع مراحل العقد[3].

بالرجوع إلى المادة 1112 ف1 فقد اعتبر المشرع الفرنسي أن الالتزام بالإعلام تطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصّ في قوانين الاستهلاك وبموجب المادة 174 من القانون 03-09[4] إلى وجوب أن يعلم كل متدخل المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج، ونص على ذلك أيضا بموجب المادة 4 من القانون 04-02[5] على أن البائع يتولى وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع.

---

[1]- أكرم محمود حسن البدو ومحمدّ صديق محمّد عبد الله، "أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد13، العدد49، سنة 16، ص409.

[2]- نص المشرع على الالتزام بحسن النية أثناء تنفيذ العقد بموجب المادة 107 ف1 من ق م، وهو اعتراف ضمني بامتداد هذا الالتزام إلى مرحلة ما قبل التعاقد.

[3]- عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص208.

[4]- المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي سبقت الإشارة إليه.

[5]- المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي سبقت الإشارة إليه.

يرى الفقيه "**Ghestin**" أنّ العقود ما دامت تقتضي الالتزام بحسن النية بين الطرفين، فإن ذلك يتطلب حتما مواجهة عدم التكافؤ بينهما من حيث العلم بظروف العقد، وفرض الالتزام بالإعلام[1]، بذلك يكون لمبدأ حسن النية الدّور الفعال في تكريس الالتزام بالإعلام وتوسيع نطاق تطبيقه، انطلاقا من قرينة مفادها جهل الطرف الآخر بالمنتوج أو الخدمة، ممّا يخوله الحق في التنوير والتعبير[2].

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الأخلاقية[3] التي جعلها التشريع قاعدة قانونية، نظرا للدور الممتاز الذي تؤّديه في توجيه العلاقة العقدية وتقويمها، بما تحتويه من مبادئ تساهم في إثراء وتطوير سلوكيات الأشخاص ممّا يؤدي إلى تحقيق العدالة العقدية وتكريس التوازن العقدي[4].

الفرع الثالث: تجاوز الإرادة من حيث حرية التعاقد أو الامتناع

واصل المشرع تدخله في نظام العقد ولم يكتف بتحديد مضمون العقد، بل استعمل سياسته التشريعية الهادفة إلى حماية المصلحة العامة وتغليبها على مصلحة الفرد، مستعينا في ذلك بالقواعد الآمرة التي ازدهر معها النظام العام الاقتصادي، بشقيه الحمائي والتوجيهي، فأصبح النظام العقدي يحتوي على القواعد الآمرة، التي لم تكن مألوفة في النظرية العامة للعقد، بل والأكثر من ذلك ألغى دور الإرادة عندما انتهج نظام العقد المفروض، والذي لم تعد معه الإرادة حرّة في رفض التعاقد وفقا لما يقوم عليه مبدأ سلطان الإرادة **(أولا)** ولم يعد الأشخاص أحرارا في أن يبرموا ما يشاؤون من العقود بل عمد المشرع إلى تكريس نظام العقد المحظور **(ثانيا)**.

أولا: العقد المفروض

إنّ تدخل المشرع في العقود أدّى إلى ظهور نمط جديد من العقود سميت بالعقود الجبرية، تظهر فيها آلية النظام العام الاقتصادي بشقيه التوجيهي والحمائي، حيث كرّس المشرع نظام التأمين في مجالات متعددة، كالتأمين على السيارات والكوارث الطبيعية، وحتى التأمين على الحياة في بعض الرحلات، كما يشترط التأمين لمباشرة بعض المهن كالمحاماة والتوثيق، الهندسة المعمارية وغيرها ولقد عالج المشرع عقد التأمين في القواعد العامة[5]، وبموجب القوانين الخاصة[1] بعدما كان نشاط التأمين حكرا على

---

[1]- فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود...، المرجع السابق، ص379.

[2]- المرجع نفسه، ص380.

[3]- عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص94.

[4]- عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص206.

[5]- نظم القانون المدني عقد التأمين من خلال المواد 619 إلى 625 من القانون المدني وعرّف عقد التأمين بموجب المادة 619 ق م بأنّه:" عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أيّة دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

الدّولة، إلى أن صدر الأمر 95-07 الذي سمح بظهور هيئات خاصة تمارس عملية التأمين[2]، حيث تكون طبيعة عقد التأمين مدنية أو تجارية حسب صفة أطرافه ولقد نص الأمر المذكور أعلاه على التأمينات الاجبارية[3].

من بين نماذج عقود التأمين الإلزامية هو عقد التأمين الإلزامي على المركبات، نظرا للواقع الذي تزايدت فيه حوادث السيارات وتفاقمت أضرارها، ونظرا لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، من أجل تغطية الأضرار التي يسببها استعمال المركبات، أجبر المشرع كل مالك لمركبة بإلزامية التأمين وهو خروج عن المبدأ العام في التعاقد والذي يخول للإرادة الحرية في التعاقد أو رفض التعاقد، دون أن يستطيع أحد ولا حتى المشرع أن يجبرها على خلاف ما ترتضيه، مع مراعاة حدود النظام العام والآداب العامة.

من أجل تنفيذ السياسة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمشرع عمد إلى إصدار الأمر 74-15[4] والمعدّل بموجب القانون 31/88، انتهج المشرع من خلاله نظاما جديدا لتعويض الأخطار والأضرار الجسمانية التي تصيب الضحايا، دون تمييز بين نوع وظروف الحادث و دون البحث عن مصدر الخطأ، إلاّ في حالات مستثناة، ممّا يعني أن المشرع قد انتهج نظام المسؤولية المدنية على أساس تحمل التبعة[5] وتخلى عن مبدأ المسؤولية المدنية التي تقوم على أساس الخطأ[6].

---

[1]- نظم المشرع عقد التأمين بموجب الأمر 95-07، المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات (ج ر، الصادرة بتاريخ 1995/03/08، ع 13، ص3)، المعدّل بموجب القانون 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، (ج ر، الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006، ع 15، ص3).

[2]- لخضر حليس، مكانة الإرادة...، المرجع السابق، ص182.

[3]- نص الأمر 95-07 على أنواع التأمينات الاجبارية كما يلي:

- التأمينات على الحريق والانفجار أو الصواعق والكهرباء أو ضمن الاتفاقات الخاصة بين المؤمن والمؤمن له.
- تأمينات القطعان الحيوانية من البرد والهلاك.
- تأمينات القطاعات الصحية والعمرانية ومراكز العطل والرّحلات.
- تأمينات مكاتب التسيير العقاري للدولة من أضرار المياه والحريق.
- تأمين نقل البضائع والأشخاص من المسؤولية المدنية، سواء البرية منها أو البحرية أو الجوية.
- تأمين المؤسسة الرّياضية والترفيهية من المسؤولية المدنية.
- تأمين قطاع التربية والتكوين المهني.
- تأمين الصيد البّري والبحري وأعماق البحار.
- تأمين المركبات، السيارات والشاحنات والمركبات بصفة عامة.

[4]- المؤرخ في 30 جانفي 1974، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، (ج ر، الصادرة بتاريخ 26 فيفري 1974، ع 15)، المعدّل بالقانون 88-31، المؤرخ في 1988/07/19 (ج ر الصادرة بتاريخ 20 جويلية 1988، ع 29)، المعدل والمتمم.

[5]- في الوقت الحالي لم تبق المسؤولية التقصيرية كما كان يسمى سابقا والتي يقصد بها الفعل المستحق للتعويض مرتبطة بفكرة الخطأ، أي سلوك المسؤول، بل أصبحت تستند الى فكرة تحمل التبعة، حيث يكون الهدف الأول هو تعويض الضرر الذي أصاب الضحية، بدلا من البحث عن خطأ أو تقصير المسؤول، يراجع علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، ص 6.

[6]- لخضر حليس، مكانة الإرادة..، المرجع السابق، ص185.

تنص المادة الأولى من الأمر 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات على ما يلي: "كل مالك مركبة ملزم بالاكتتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها المركبة للغير، وذلك قبل إطلاقها للسير"[1]، ولقد رتب المشرع عقوبات جزائية على الاخلال بهذا الالتزام سعيا منه إلى اعطاء موضوع التأمين على المركبات أهمية كبيرة، نظرا للآثار الناجمة عنه بتوفير قوانين تحمي المتضرر، وفقا للقواعد العامة في إطار قواعد المسؤولية عموما وفي القوانين الخاصّة تحديدا[2].

ثانيا: العقد المحظور

يستعمل النظام العام التقليدي السياسي والأخلاقي أسلوب المنع من القيام بالتصرفات القانونية التي تتعارض مع النظام العام والمصلحة العامة ولذلك فهي سلبي والمنع أو الحظر من التعاقد يعتبر أيضا آلية من آليات النظام العام الاقتصادي وهذا ما كرّسه المشرع بحظره للقروض الاستهلاكية[3] لحماية الاقتصاد الوطني من التقلبات التي ترتبت عن الأزمة المالية الأخيرة، فمنع على البنوك ابرام عقود القروض الاستهلاكية، ورخصّ لها بإبرام عقود القروض العقارية[4] ولقد رخصّ المشرع بإبرام عقود القرض الاستهلاكي الموجّهة لاقتناء السلع من طرف العائلات في إطار تنمية الأنشطة الاقتصادية[5]، والهدف من رفع الحظر كان نتيجة انتعاش الاقتصاد لأن القروض الاستهلاكية تعتبر وسيلة لإشباع حاجات العائلات من السلع مع ما يتماشى ومتطلباتها من جهة وزيادة النمو الاقتصادي من جهة ثانية[6].

إن أسلوب المنع من التعاقد يعتبر تدخل في الإرادة التعاقدية بهدف تحقيق المصلحة الاجتماعية والاقتصادية، لأن المشرع لا يتدخل في إرادة الأطراف لعرقلة المبادلات وإنما من أجل مصلحة ذات بعد أخلاقي وذات مشروعية، لذلك عمد المشرع إلى حظر كل عقد غايته احتكار مؤسسة ما لنشاط معين

---

[1]- تعني كلمة مركبة طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من الأمر 74-15، ما يلي:
- كل مركبة برية ذات محرّك وكذلك مقطوراتها وحمولاتها ويفهم بمقطورات ونصف مقطورات ما يلي:
1- المركبات البّرية المنشأة بقصد ربطها بمركبة برّية ذات محرك وتكون المركبات مخصصة لنقل الأشخاص أو الأشياء.
2- كل جهاز برّي مرتبط بمركبة برّية ذات محرّك.
=3- كل آلية أخرى يمكن أن تكون مشابهة للمقطورات أو نصف المقطورات بموجب مرسوم.

[2]- لخضر حليس، المرجع السابق، ص186.

[3]- يراجع المادة 75 من الأمر رقم 09-01، المؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

[4]- المادة 75 من الأمر 09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

[5]- هذا ما نصّت عليه المادة 88 التي تعدّل وتتم المادة 75 من الأمر رقم 09-01 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، بموجب القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، (ج ر، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2014، العدد 78).

[6]- خديجة فاضل، ...، عيممة العقد، المرجع السابق، ص33.

بهدف حماية حرّية المنافسة[1]، كما أن البيع بأسعار منخفضة مقارنة بتكاليف الإنتاج أو التحويل والتسويق يعدّ مساس بمبدأ المنافسة المشروعة[2].

بالرجوع إلى القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[3] فإنه يمنع ابرام عقود عمل تخالف تشريع العمل فيما يتعلق بحقوق العمّال من أجرة وساعات العمل والعطل وغيرها وفي حالة مخالفتها فإنه يترتب عنها البطلان[4].

إن أسلوب المنع من التعاقد تضمنته القواعد العامة في القانون المدني ورتب على مخالفته البطلان، أو تعديل العقد جزئيا عن طريق استبعاد الشرط غير المشروع[5] واستمر المشرع في ترتيب جزاء البطلان على مخالفة العقود المحظورة في القوانين الخاصة عن طريق آلية النظام العام الاقتصادي وأتبعه بعقوبات جزائية[6].

ثالثا: تقييد الإرادة في اختيار الطرف الآخر

رغم أن المشرع كرّس مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي ينعكس على حرية الإرادة إلاّ أنه يلجأ إلى تقييد إرادة الأطراف في التعاقد كما سبق و أن رأينا في الإجبار على التعاقد أو المنع من التعاقد، بل وصل به الأمر إلى حد اختيار المتعاقد الآخر في العقد، ممّا يجعل من مبدأ سلطان الإرادة منعدما في إنشاء التصرف القانوني وذلك من أجل تنفيذ السياسة الاقتصادية والاجتماعية للمشرع، فنجد أن المشرع كرّس حرّية الاستثمار بموجب المادة 1 فقرة 1 من الأمر 01-03[7] المتعلق بتطوير الاستثمار إلاّ أنه تم المساس بحرّية اختيار المتعاقد، عن طريق فرض المتعاقد الآخر سواء الدّولة أو المؤسسات الاقتصادية وذلك بأن تكون له الأفضلية بموجب حق الشفعة عن كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب وذلك طبقا لنص المادة 4 مكرر 3[8].

---

[1]- جمعة زمام، العدالة العقدية...، المرجع السابق، ص41، يراجع نص المادة 10 من القانون 08-11، المعدّل والمتمم للقانون 03-03.

[2]- يراجع نص المادة 12 من القانون 08-11.

[3]- الذي سبقت الإشارة إليه.

[4]- يراجع المواد 15-28-80، و خاصة المواد 135-136-137 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

[5] وهو ما كرّسه المشرع في قانون المنافسة والقانون المؤسسات التجارية وقوانين الاستهلاك.

[6]- يراجع الأحكام الجزائية الواردة في قانون الاستهلاك وقانون العمل وقانون التأمينات وقانون المنافسة و غيرها.

[7]- المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار (ج ر، الصادرة في 22 اوت 2001، ع 47، ص4)، المعدل والمتمم.

[8]- نصت على هذا الاستثناء المادة 62 من القانون 09-01، المؤرخ في 22 جويلية، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، (ج ر، الصادرة بتاريخ 26 جويلية 2009، ع 44، ص4)، معدل ومتمم، الذي عدّل وتمّم الأمر 01-03، المتعلق بتطوير الاستثمار، بموجب المواد 4 مكرر 1، و4 مكرر 2، و4 مكرر3، كما أن المشرع أعاد صياغة المادة 1 مكرر 3 بموجب الأمر 10-01.

نص المشرع على حق الدّولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية في إعادة شراء الأسهم والحصص الاجتماعية التي تتنازل عنها الشركات الخاضعة للقانون الجزائري في الخارج سواء بصيغة مباشرة أو غير مباشرة و لا يجوز طرح الأسهم للبيع إلاّ بعد استشارة الحكومة الجزائرية مسبقا[1].

سعى المشرع إلى تشديد رقابة الدولة على تنازلات أسهم الشركات الأجنبية المستثمرة في الجزائر وهذا بتشريع حق الشفعة على كل اتفاقيات بيع فروع الشركات الدولية سواء كان تنازلا كليا أو جزئيا[2] وبذلك تحتل الدولة والمؤسسات العمومية محل المستثمرين الآخرين من الأجانب بوصفها مشتري ممتاز له حق الشفعة وهذا ما يدّل على الخروج عن مبدأ حرية الإرادة في اختيار المتعاقد الآخر ومبدأ حرّية التعاقد على المال الأجنبي المنصوص عليه في المادة 30 من الأمر 01-03 الذي نصّ فيه المشرع على حق نقل الملكية أو تحويلها من المالك الأصلي إلى المالك الجديد وبحرّية وكما أنّ هذا النص القانوني يتناقض مع نص المادة 31 الذي كرّس فيه المشرع مبدأ حرّية إعادة تحويل الأموال الناتجة عن نهاية الاستثمار[3].

من التطبيقات التي تؤكد على تطبيق الدّولة الجزائرية لحق الشفعة أو سعيها في ذلك قضية جيزي (OTA) لسنة 2010[4].

[1]- يرجع سبب هذا الإجراء المتمثل في الاستشارة الوجوبية للحكومة الجزائرية قبل اقدام المستثمر على طرح أسهمه للبيع إلى قيام مجمع (OTA) بطرح أسهم شركة ACC للبيع لصالح شركة "لافارج الفرنسية" في بورصة القاهرة، دون علم الدولة الجزائرية، نقلا عن سفيان زبيري "القيود القانونية الواردة على الاستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الحالية: ضبط للنشاط الاقتصادي أم عودة إلى الدّولة المتدخلة"، المجلّة الأكاديمية للبحوث القانونية، المجلد 4، عدد 1، ص ص104-126، هامش رقم 52.

[2]- يراجع نص المادة 4 مكرر 03 من الأمر 09-01 الذي شبقت الإشارة إليه.

[3]- يراجع نص المادة 30- 31 من الأمر 03-01 الذي سبقت الإشارة إليه.

[4]- تعتبر سابقة في تطبيق الجزائر لحق الشفعة وذلك بإقرار وزارة المالية تنفيذ الشفعة على شركة "جيزي" (OTA) من منطلق أولويتها وأسبقيتها في شراء أسهم الشركة مقارنة بالمترشحين الآخرين كشركة جيزي الجنوب افريقية للاتصالات، وشركة فيمبري الرّوسية للاتصالات، فالجزائر قيّدت حق المتعامل المصري هنا في إعادة تحويل أرباحه تارة والتضييق على ابرام صفقة التنازل لتفادي تحويل عوائد التنازل تارة أخرى، مع العلم أن قيمة صفقة التنازل بلغت 5 مليار دولار، كمبلغ مؤهل لتحويله لدولة المستثمر المصري، مما قد يحدث ضعف الاقتصاد النقدي وتضخم ميزان المدفوعات، لمزيد من التفاصيل يراجع سفيان زبيري، حرية الاستثمار والرقابة على التصرف في القانون العام، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 26 جوان 2012، ص121.

المطلب الثاني: تحديد مضمون العقد

إنّ تدخل المشرع في تنظيم مضمون العقد لم يقتصر على تحديد شروط العقد بل امتد هذا التنظيم إلى فرض نماذج للعقود جاهزة[1] ومعدّ لإبرام العقد مستقبلا يحدد فيها مضمون العقد من طرف المشرع[2] نظرا للتحولات الاقتصادية والاجتماعية التي أثرت على العلاقات العقدية والتفاوت الصّارخ في المراكز العقدية للأطراف المتعاقدة، هذا ما جعل المشرع يتدخل في تحديد مضمون العقد لوضع الشروط التعاقدية التي يراعي فيها مصالح الطرف الضعيف في العقد وان كان العقد النموذجي المفروض من طرف المشرع يراعي مصلحة كلا الطرفين وينعدم فيه التعسف، لذلك سنركز الدّراسة على العقود النموذجية المفروضة من قبل المشرع لعلاقتها بالموضوع، فتنظيم العقد عن طريق العقود النموذجية[3] وإن كان الغرض من ورائه حماية المصلحة العامة وتوجيه العقد وفقا للبيئة التي يبرم فيها وهو ما يسمى بالوظيفة الاجتماعية للعقد[4] إلاّ أن هذا التحديد المسبق للعقد وفقا لقالب جاهز يعد إهدارا لحرية الإرادة، بل أنّ هناك من الفقه من ذهب إلى القول إلى أنّ هناك احتكار للإدارة من طرف المشرع وهو ما نتناوله في **(الفرع الأول)**، ولقد ازداد تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد عن طريق العقود النموذجية، فظهرت عدّة عقود محدّدة مسبقا في قالب جاهز من طرف المشرع، وعليه سنتناول تطبيقات العقود النموذجية في **(الفرع الثاني)**

---

[1]- سبق التطرق إلى تعريف العقود النموذجية في الفصل الثاني من الباب الأول ولقد ذهب بعض الفقه إلى أنّ المصطلح الدّقيق لهذه العقود هو formule type de contrat بدلا من العقود النموذجية les contrat type ، ولكن نظرا لشيوع استخدام اصطلاح العقود النموذجية درج الفقه على استخدام هذا المصطلح، للمزيد من التفاصيل، يراجع أيمن سعد، المرجع السابق، ص12-13.

[2]- إن العقود النموذجية لا يقتصر وضعها من قبل المشرع بل يوجد نوعين من هذه العقود النوع الأول: العقود النموذجية المحرّرة بإرادة المتعاقدين وفي هذا النوع يجب التمييز بين العقود النموذجية المحرّرة بصفة انفرادية وهي المحررة من قبل أحد المتعاقدين، مع تضمين هذا العقد الشروط مفروضة على المتعاقد الآخر، دون أن يكون هذا الأخير الحق في المساومة في الشروط، إلا في جانب الثمن وآجال التسليم، وهنا يعدّ العقد النموذجي عقد اذعان، كون العقد معدّ مسبقا من طرف الموجب ولا يقبل المفاوضة، مثل عقد التأمين، والعقود البنكية وهناك العقود النموذجية المتعدّدة الأطراف، ويتجسّد هذا النوع من العقود النموذجية في تدخل المتعاقد في اعداد صيغ نموذجية في ظل الهيئات المهنية، فقد تردّ في شكل صيغ تحمل عدّة فراغات، يبقى على الأطراف ملؤها لكي ينعقد العقد، كما قد يتخذ هذا العقد النموذجي المتعدد الأطراف شكل بروتوكول اتفاقي بين هيئات تمثل مصالح متضاربة ومن صوره عقد العمل الجماعي، الذي يتم ابرامه بين النقابات وبين طرف آخر متمثل في رب العمل أو أرباب العمل، وهذه العقود ينعدم فيها الاذعان.

النوع الثاني: وهي العقود النموذجية المفروضة من قبل المشرع وهي موضوع الدراسة لمزيد من التفاصيل في العقود النموذجية يراجع: منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، نوقشت بتاريخ: 5 ماي 2019، ص199-200-202-203-204.

[3]- نظرا لشيوع مصطلح العقود النموذجية سنستعمل هذا المصطلح في هذه الدراسة.

[4]- يقصد بالوظيفة الاجتماعية للعقد أنّه واقعة اجتماعية فهو في خدمة الفرد والمجتمع على حد السواء ويكون موجها من طرف المشرع ومن ثم فلا يجوز أن تترتب على الإرادة الفردية آثارا إلاّ بقدر ما تتفق هذه الآثار مع البيئة الاجتماعية وقوانينها، يراجع لخضر حليس، مكانة الإرادة ...، المرجع السابق، ص153.

الفرع الأول: التصرف القانوني الثلاثي: العقود النموذجية

إنّ المبادئ الكلاسيكية المنظمة للعقد أقرت مشاركة المتعاقدين في صياغة العقد، فالعقد هو شأن يخص الأفراد لوحدهم ولا دخل للمشرع ولا القاضي في التدخل في صياغة بنوده ولا يجوز نقضه أو تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو طبقا للأوضاع التي يقرّها القانون[1] اعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فالإرادة وحدها قادرة على ترتيب آثار العقد ومتى التزم الطرفان بإرادتهما الحرّة المتطابقة مع الإرادة الأخرى انعقد العقد وأصبح ملزما لطرفيه، إلاّ أن التطورات التي عرفها العالم على إثر الثورة الصناعية وما نتج عنها من تطور وسائل ابرام العقد أثرت على المبادئ الكلاسيكية للعقد وأصبح المشرع يتدخل في تحديد مضمون العقد عن طريق نماذج العقود[2] بفرض توجيه الإرادة لما يخدم مصلحة المجتمع وحماية الطرف الضعيف.

إنّ العقد النموذجي يعكس تطور مفهوم العقد وهو صورة من صور التعاقد الحديث وهذا ما سنتناوله **(أولا)** ولما كان العقد النموذجي عبارة عن قالب جاهز للتعاقد ومعد مسبقا من طرف المشرع وأقّره عن طريق القوانين، فإننا سنبحث عن حقيقة الإرادة في العقود النموذجية التي يضعها المشرع **(ثانيا)**.

أولا: العقد النموذجي صوة مستحدثة للتعاقد

إن التطرق إلى العقود النموذجية المحرّرة من قبل السلطة التشريعية يستوجب التطرق إلى التكييف القانوني للعقد النموذجي وتمييزه عن عقد الاذعان**(1)**، كما أنّ العقود النموذجية عبارة عن نماذج عقود تأتي بصيغة آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها وهو ما يمنحها الطابع الالزامي وهو ما نتناوله**(2)**.

1- الطبيعة القانونية للعقد النموذجي

إنّ التطرق للطبيعة القانونية للعقود النموذجية يستوجب التمييز بينها وبين عقود الإذعان، ثم بعد ذلك نوضح حقيقة هذه العقود.

أ- التمييز بين العقود النموذجية و عقود الإذعان

[1]- نصت على المعنى المادة 106 من القانون المدني، التي سبقت الإشارة إليها.

[2]- وهذا ما يعتبر خروج عن المفهوم الكلاسيكي لإبرام العقد وفقا لما نصت عليه المادة 59 من ق م التي تنص :"يتم العقد بمجرّد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"، تقابلها المادة 89 من ق.م الليبي و توافقها المادة 73 ق.م العراقي و 165 والمادة 178 من ق م اللبناني.

سبق وأن مرّ معنا أن عقود الإذعان (**les contrat d'adhésion**) هي تلك العقود التي تبرم بين طرفين أحدهما هو الطرف الأقوى في العقد من الناحية الاقتصادية والقانونية ولذلك فهو يعرض عليه شروطا تعاقدية لا يقبل المناقشة فيها فإمّا أن يقبلها الطرف الضعيف (المذعن) كلّها أو يرفضها كلها، دون أن يكون له حق مناقشتها[1]، والحقيقة أن عقود الإذعان عادة ما تكون عقودا نموذجية صادرة من جانب واحد مع وجود تفاوت اقتصادي كبير بين أطرافها[2].

إن العقود النموذجية حتى في الحالة التي تكون فيها ملزمة ما هي إلاّ صياغة ملزمة صادرة من شخص معيّن يلزم شخصا آخر أن يبرم العقود التي تحمل نفس موضوعها على نفس تلك الصياغة النموذجية مستقبلا، ولذلك ليس كل العقود النموذجية عقود اذعان فالعقود النموذجية أصبحت تستخدم في مختلف المعاملات القانونية بغض النظر عن التعادل بين المراكز القانونية لأطرافها، فكما تستعمل العقود النموذجية في عقود الإذعان كوسيلة في يد الطرف القوي في مواجهة الطرف الضعيف حتى يذعن لشروطه، فقد تستخدم العقود النموذجية كوسيلة سلام بين طرفين مصالحها متعارضة وهما على قدم المساواة بحيث يكون الغرض منها منع وتجنب الخلافات بينهما عند ابرامهم لعقود تنصب على نفس موضوعها في المستقبل، ومن أمثلة هذا النوع ما حدث في فرنسا من اتفاق ما بين شركة أصحاب الأقلام ونقابات الصحافة الاقليمية على وضع نموذج لعقد ينظم العلاقة بينهما تجنبا للوقوع في مشكلات بينهما في المستقبل[3].

إن العقود النموذجية ليست بالضرورة عقود اذعان، وقد تكون وضعت لتوفير الوقت لإبرام العقد في ظل سرعة المعاملات ووفرتها، فيكون للمشتري حق مناقشة بنود العقد[4]، كما هو الحال في السلع الكهربائية الموجودة في المحلاّت الكبرى فقد يبيع التاجر من ذات السلع مائة وحدة في اليوم، ولكي يتجنب البائع اعداد عقد عن كل عملية بيع وقد يصل إلى اعداد مائة عقد تم اللجوء إلى العقد النموذجي والتي لا يتطلب اعدادها إلاّ إضافة اسم المشتري، وتاريخ الشراء وتحديد اسم البائع، وبعض البيانات التكميلية، التي يترك مصدر العقد النموذجي مكانا مسبقا لها، وبالتالي يمكن مفاوضة بعض الشروط في العقد عكس عقود الإذعان، وإن كانت كل عقود الإذعان عقود نموذجية إذ أنّ العقد النموذجي هو

[1]- أيمن سعد، المرجع السابق، ص27.

[2]- المرجع نفسه، ص28.

[3]- المرجع نفسه، ص29.

[4]- ياسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية....، المرجع السابق، ص53.

الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان، لسهولة وضع الايجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب ومعدّ مسبقا لانضمام المتعاقد المذعن[1].

وعليه يمكن القول أنّ كل عقد إذعان هو عقد نموذجي ولكن ليس بالضرورة كل عقد نموذجي هو عقد إذعان، إذ يمكن للمشتري حق مناقشة بنود العقد في بعض العقود النموذجية، كما أننا نجد بعض العقود النموذجية المعدّة بانفراد أحد المتعاقدين في وضعها غالبا ما تكون عقود إذعان وقد تحتوي على الشروط التعسفية أمّا العقود النموذجية المعدّة مسبقا من طرف السلطة التشريعية والتي تجسد تدخل المشرع في تحديد كل جوانب العقد فليست عقود إذعان، بل الغرض منها توجيه الإرادة لخدمة المصلحة العامة للمجتمع وحماية الطرف الضعيف وإن كان التدخل التشريعي في العقود في حدّ ذاته يشكل عقد إذعان، ما دام أن المتعاقد لا يجد نفسه حرا في مناقشة شروط العقد.

ب- العقود النموذجية نوع من أنواع العقود الموجّهة

إنّ التكييف الصحيح للعقود النموذجية هو أنّها نوع من أنواع العقود الموجهة الغرض من تحريرها توجيه المتعاملين نحو اتخاذها كنموذج في ابرام العقود التي هي على نفس منوالها مستقبلا ومثل ذلك اتفاقية العمل الجماعية، فهي اتفاقية تنظم شروط وظروف العمل وأحكام التشغيل وتبرم بين منظمة أو أكثر من المنظمات النقابية العمّالية وبين صاحب العمل أو مجموعة من أصحاب الأعمال أو منظمة أو أكثر من منظماتهم، فالهدف الذي يهدف إليه المشرع من هذه العقود النموذجية هو توجيه عقود العمل الفردية لمصلحة كل من العامل وصاحب العمل[2].

إن العقد النموذجي ليس عقدا حقيقيا وفقا للمفهوم التقليدي للعقد[3] بل الغرض منه هو توجيه ارادة المتعاقدين للتعامل بها، فالعقد النموذجي ذو طبيعة خاصة، لذلك يعتمد في تفسيرها بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين فإذا استعمل المتعاقدان نموذجا مطبوعا للعقد وأضاف إليه بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى شروطا تتعارض مع الشروط المطلوبة وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبيرا واضحا عن الإرادة[4].

---

[1]- ياسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية....، المرجع السابق، ص53.

[2]- أيمن سعد، المرجع السابق، ص23- 30.

[3]- العقد من حيث تكوينه أو جوهره هو اتجاه إرادي مشترك إلى ترتيب أثر قانوني معين هو إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء رابطة مالية من روابط القانون الخاص، ولا ينشأ العقد إلا إذا التقت الإرادة بإرادة أخرى تشاركها في اتجاهها إلى ترتيب أثر معين من الآثار القانونية المتقدمة ولهذا فإن العقد هو اتجاه إرادي مشترك، إذ لا بد أن تشترك إرادة طرفين أو أكثر في نفس الاتجاه، تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، يراجع، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص111-112.

[4]- فاطيمة نساخ، المرجع السابق، ص72-73

2- الطابع الإلزامي للعقود النموذجية

إنّ تدخل المشرع في العقود عن طريق العقود النموذجية إنّما لحماية مصلحة جديرة بالرعاية هي حماية الضعيف في العقد، الذي يقابله طرف متفوق من الناحية الاقتصادية لفرض شروط من شأنها أن تؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي، فقد نظم المشرع العقد النموذجي لتقييد إرادة المتعاقدين عن طريق إلمامه بالشروط العامة والشروط الخاصة التي تخدم عملية ابرام العقد[1].

إن الآليات القانونية التي انتهجها المشرع لتنظيم العقد النموذجي هو القواعد الآمرة[2] وهذا ما يمنحها الطابع الإلزامي، فلا يجوز مخالفتها لتحقيق السياسة التشريعية المتمثلة في حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، من أجل تحقيق العدالة العقدية كما أن العقود النموذجية تعتبر نوع جديد من أنواع الشكلية[3].

ازداد التدخل التشريعي في العقد وأصبح يهتم بظروف ابرام العقد وشروطه والآثار التي أراد المشرع أن تترتب عليه والوقائع التي تؤدي إلى انهائه وفي هذا الصدد يقول العميد **(Ripert): "أن العقد في الوقت المعاصر قد ظهر كأنه خضوع الأطراف إلى مجموع القواعد الاجبارية في القانون"**[4].

إنّ العقد هو الآداة الفعالة بامتياز في تبادل الثروات والخدمات بين الأفراد ولذلك فلا يجب أن تستعمل هذه الأداة لاستغلال الأشخاص وهذا ما جعل المشرع يتدخل من أجل توجيه العقود ويعدّ هذا التوجيه أحد الظواهر الهامة في القانون المعاصر ولقد عبّر الفقهاء عن هذه الظاهرة بجمعية العقد **(socialisation du contrat)**، أي خروج العقد من نزعته الفردية التقليدية إلى نزعة جماعية جديدة والنظر إليه على أنه وسيلة الحياة الجماعية وأنه لا يهم المتعاقدين وحدهما بل يهم الجماعة[5].

---

[1]- منال بوروح، النظام العام والعقد...، المرجع السابق، ص204.

[2]- المرجع نفسه، ص204.

[3]- تعتبر العقود النموذجية نوع من أنواع الشكلية القانونية التي يهدف المشرع من ورائها إلى خدمة المتعاقدين في تنظيم علاقتهما هذا من جانب ومن جهة أخرى خدمة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ومثال ذلك تنظيم العقود ذات المنفعة العامة مثل عقد البيع بالإيجار، عقد البيع بناء على التصاميم، يراجع فاطيمة نساخ، المرجع السابق، ص73.

[4]- حسن عبد الله الكلاّبي، المرجع السابق، ص127.

[5]- لخضر حليس، مكانة الإرادة...، المرجع السابق، ص184.

ثانيا: حقيقة سلطان الإرادة في العقود النموذجية

إن تنظيم العلاقة العقدية عن طريق العقود الموجّهة له ما يبرره خاصة إذا كان من طرف المشرع، من أجل مساعدة الأفراد لاتخاذها كعقود مستقبلية وترتيب الجزاء على مخالفتها، إلاّ أن تدخل المشرع في توجيه العقد برهنة على أن العقد لم يعد شأن المتعاقدين بل أصبح المشرع يتدخل وينظم العقد كليا، خاصّة إذا تعلق الأمر بتحقيق العدالة العقدية، أو الأهداف الاقتصادية[1].

تعتبر العقود النموذجية قيدا على حرّية الأفراد في ابرام العقد وفقا لما يجسده مبدأ سلطان الإرادة في مفهومه التقليدي والدّليل على ذلك هو انفراد المشرع بوضع شروط العقد مسبقا، فهو عقد جاهز لإبرام العقد المستقبلي وهو صيغة شاملة لكل جوانب العقد ولا يشترط في العقود النموذجية أن يكون أحد أطرافها متفوق اقتصاديا، كما أنها قد تكون اختيارية أو إلزامية، فالعقود النموذجية التي يفرضها المشرع غالبا ما تكون في مصلحة الجماعة لذلك فهي تتصف بصفة الإلزام[2].

مشاركة المشرع في تكوين العقد عن طريق العقود النموذجية وجعلها صياغة نموذجية معدّة مسبقا لإبرام العقود التي تتفق مع موضوعها مستقبلا يؤكد الدّور الثانوي للإرادة من أجل تحقيق المصلحة العامة، فبعدما كان القانون يحمي حرّية الإرادة، أصبح اليوم القانون يحمي المصلحة العامة والفئات الضعيفة في المجتمع وما بقي للإرادة سوى الخضوع بهذه الفلسفة التدخلية[3] ولكن السؤال الذي يطرح هل انتقل المشرع إلى جعل أشخاص القانون الخاص يذعنون لسلطان القانون؟ بعدما كان القانون يحمي الأطراف المتعاقدة من الإذعان للطرف القوي في العقد؟

إن العقود النموذجية الموضوعة من طرف المشرع لا تتضمن الشروط التعسفية وعلى الرّغم ممّا تعرّض له مبدأ سلطان الإرادة من تراجع إلاّ أن العقود النموذجية التي أعدّها المشرع الهدف منها هو تنظيم العلاقات العقدية توجيهها لتحقيق المصلحة العامة وبذلك يطغى سلطان القانون على سلطان الإرادة[4] لذلك ذهب جانب من الفقه الى القول: **نحن لا نقول سلطان الارادة أولا ثم سلطان القانون ثانيا ولكن نقول سلطان القانون وسلطان الإرادة جنبا إلى جنب فهما وجهان لعملة واحدة**[5].

الفرع الثاني: بعض التطبيقات عن العقود النموذجية

---

[1]- فاطيمة نساخ، المرجع السابق، ص71.

[2]- المرجع نفسه، ص74.

[3]- المرجع نفسه، ص75.

[4]- المرجع نفسه، ص76.

[5]- أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص208.

تدخل المشرع في بعض العقود لتحديد مضمونها عن طريق نماذج معدّة مسبقا يحدد فيها المشرع ما على الأطراف المتعاقدة من حقوق والتزامات وسنتناول نماذج عن بعض العقود التي يظهر فيها تدخل المشرع بصورة كبيرة، فنتناول عقد الايجار **(أولا)** وعقد البيع بناء على التصاميم **(ثانيا)**.

أولا: الصيغة النموذجية لعقد الايجار

خضع عقد الايجار إلى العديد من التعديلات، فبعدما ما كان اتجاه المشرع لحماية المستأجر بتقريره حق البقاء في الأمكنة ذات الاستعمال السكني بموجب الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني[1] لا سيما المادة 509 منه حيث كانت غاية المشرع في ذلك هي حماية المستأجر باعتباره الطرف الضعيف ولاعتبارات انسانية واقتصادية واجتماعية[2]، خاصة حماية الأسرة والتخفيف من حدّة أزمة السكن في ظل النمو الديمغرافي[3]، غير أن المشرع غير سياسته التشريعية واتّجه إلى اقتصاد السوق وتشجيع الاستثمار في النشاط العقاري وتراجع بذلك عن تقرير حق البقاء للمستأجر، لأنه أصبح عائقا أمام المؤجرين في التصرف في أملاكهم المؤجرة وهو ما أدى إلى عزوفهم عن الإيجار، وهو ما أدى بالمشرع إلى الإلغاء الضمني لما يعرف بالتمديد القانوني لعقد الإيجار، بموجب المرسوم التشريعي 93-03[4]، لا سيما المادة 20 منه التي جاء نصّها:" لا تطبق المواد 471-472 و 509 وكذلك المواد 514 إلى 537 من الأمر 75-58...والمتعلقة بحق البقاء في الأمكنة بالنسبة لعقود الايجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد هذا المرسوم التشريعي..."، كما نصّت المادة 22 من نفس المرسوم على أنه :" إذا انقضى أجل عقد ايجار مبرم قانونيا يتعين على المستأجر أن يغادر الأمكنة".

إن تحرير عقد الايجار وفقا لهذا المرسوم يكون طبقا لنموذج محرر مسبقا والذي جاء تنظيمه بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 94-69[5]، ثم صدر القانون 07-05[1]، المتضمن القانون المدني حيث عدّل بعض المواد المتعلقة بعقد الايجار[2] وألغى البعض منها[3].

---

[1]- الذي سبقت الإشارة إليه.

[2] -Benslimane née hadj Mokhtar leila, de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit contractuelle algérien, mémoire de magister en droit privé, institut de droit et des sciences administratives, université d'orant 1983.

[3]- خديجة فاضل، المرجع السابق، ص17.

[4]- المؤرخ في 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، (ج ر، الصادرة في 03 مارس 1993، ع 14، ص4-9)، الملغى بموجب القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر ، ع 14.

[5]- المؤرخ في 03/19/ 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الايجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93- 03، (ج ر، الصادرة في س 1994، ع 17، ص 8).

أوجب المشرع افراغ عقد الايجار وفقا للصياغة النموذجية التي حدّدها المرسوم التنفيذي رقم 94-69، حيث نصّت المادة 02 من النموذج على ضرورة تحديد مدّة الايجار فجاءت الصياغة كما يلي: "أتفق على التأجير المقصود بهذا العقد مدّة...وتبدأ هذه المدّة من تاريخ....".

كما نصّت المادة 03 من نموذج عقد الايجار على ضرورة تحديد بدل الايجار فجاءت الصياغة كما يلي: " أتفق على هذا التأجير بمقابل ثمنه ...".

أ- التزامات المؤجر:

بالرجوع إلى المادة 04[4] من نموذج عقد الايجار 94-69 فإنها نصت على التزامات المؤجر، منها الالتزام بتسليم الملك المؤجر وملحقاته في حالة صالحة للسكن والتجهيزات والتركيبات في حالة صالحة للاستعمال وهو ما أكّده بموجب القانون 07-05 المتضمن تعديل القانون المدني، بموجب المادة 467 التي نصت على ما يلي:"...الايجار عقد يمكّن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدّة محدّدة...".

إنّ تنظيم المشرع لعقد الايجار تضمن كل الجوانب منها التزام المؤجر بصياغة العين المؤجرة لتحقيق الغاية من الإيجار وهي أن تبقى العين المؤجرة بعد استلامها صالحة للانتفاع طوال مدّة الايجار، وهو ما نصت عليه المادة 7 ف 2 من نموذج عقد الايجار و نصت عليه المواد 479-480-481-482 من ق م، إنّ هذه الترميمات قد تكون ضرورية لحفظ العين من الهلاك كإصلاح حائط أو تدعيم وتقوية الأساسيات وترميم الطوابق السفلية والأسقف المهددة بالسقوط أو ضرورية لتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ومثالها اصلاح السلم والمصعد ودورات المياه،[5] وبصفة عامة فإن الاصلاحات التي يقع على المؤجر الالتزام بها هي التي تتعلق بهيكل البناية من جدران وأسطح وكل ما يفوق التزام المستأجر في

---

[1]- المؤرخ في 13/ 2007/05، يعدل ويتمم الأمر رقم 75- 58، الذي سبقت الاشارة اليه.

[2]- عدل المواد467-468-469-476 الى 485 الى 490 و من 492 الى 501 و من 503 الى 505 و507 و تمم المواد 469 مكرر، 469 مكرر1، 469 مكرر469،2 مكرر3، 469 مكرر4.

[3]- تم الغاء المواد 470 الى 475 والمادة 504 ومن 508 الى 537 من القانون المدني و كذلك المادة 20 والفقرتان 2 و 3 من المادة 21 و المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93- 03.

[4]- نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 94-69 على ما يلي:" يجب على المؤجر أن يقوم بما يلي: تسليم للمستأجر الملك المؤجر وملحقاته المحتملة في حالة صالحة للسكن والتجهيزات والتركيبات في حالة صالحة للاستعمال، صيانة المحلات بإبقائها في حالة صالحة للاستعمال المنصوص عليه في العقد والقيام بجميع الترميمات التي يتحملها صراحة المستأجر، الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالأماكن المؤجرة تمتعا ارتياحيا، جميع الالتزامات الأخرى التي يتفق الطفان عليها".

[5]- جميلة دوار، المرجع السابق، ص56.

الترميم كاستبدال المصعد وصيانة البلاط، باستثناء الترميمات البسيطة التي تنشأ عن الاستعمال العادي للعين المؤجرة فلا يمكن الزام المؤجر بها[1].

يلتزم المؤجر أيضا بضمان العيوب الخفية والتي تؤثر على حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، فعلى المؤجر تسليم العين المؤجرة في حالة تكون صالحة للانتفاع، من هنا يضمن المؤجر العيوب التي تنقص من حق استعمال العين المؤجرة استعمالا هادئا ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 488 ف1 من ق م، غير أن المؤجر لا يضمن العيوب التي أُعلم بها المستأجر أو كان هذا الأخير يعلم بها وقت التعاقد طبقا لنص المادة 488 ف3 من ق م.

إن المشرع أوجب على المؤجر أن يضمن للمستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعا هادئا، و يلتزم بعدم تعرضه شخصيا للمستأجر وهو التزام بالامتناع عن عمل ويلتزم كذلك بعدم تعرض الغير للمستأجر وهو التزام بعمل وهو ما نصت عليه المادة 483 من القواعد العامة الموافقة لنص المادة 7 ف3 من نموذج عقد الايجار.

إن وجود العيب بالعين المؤجرة يتحقق معه الضمان، حيث يجوز للمستأجر حسب الحالة أن يطلب فسخ الايجار أو انقاص بدل الايجار وله كذلك أن يطلب اصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الاصلاح لا يشكل نفقة باهظة على المؤجر.

إن كل هذه الالتزامات التي يقع على المؤجر الالتزام بها اتجاه المستأجر في عقد الايجار نص عليها المشرع في القواعد العامّة، غير أنّه صاغها في شكل أحكام خاصة ينفرد بها النموذج[2].

ب- التزامات المستأجر

رجوعا لنص المادة 6[3] من نموذج عقد الايجار فإنه يقع على المستأجر ما يلي:

ضرورة استعمال العين المؤجرة حسب ما أتفق عليه عملا بنص المادة 6 ف 1 من نموذج عقد الايجار المُوافقة لنص المادة 491 من القواعد العامة المنظمة لعقد الايجار، فيجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة وفقا ....الاتفاق عليه، ولا يتركها دون استعمال، لأنّه ينقص ويضر بالعين المؤجرة،

---

[1]- المرجع نفسه، ص57.

[2]- فاطيمة نساخ، المرجع السابق، ص103.

[3]- نصت عليه المادة 6 من نموذج عقد الايجار 94-69 على أن يلتزم المستأجر بما يلي:" شغل الأماكن طبقا للعرف المتفق عليه، دفع ثمن الايجار في الموعد المتفق عليه ودفع المبالغ الواقعة على عاتقه، عدم تحويل المحلات والتجهيزات المؤجرة دون موافقة المؤجر كتابيا، السماح بتنفيذ أشغال تحسين الأجزاء المشتركة أو الأجزاء الخاصة في الأماكن المؤجرة العقارية نفسها وكذلك الأشغال اللاّزمة لإبقاء المحلات والأجهزة المؤجرة على حالتها، التكفل بالصيانة العادية للأماكن المؤجرة والتجهيزات والتركيبات التي ينتفع بها، اخلاء الأماكن المؤجرة عند انتهاء الأجل المتفق عليه في هذا العقد طبقا لأحكام المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 وذلك دون اعذار ولا اخطار سابق من المؤجر، جميع الالتزامات الأخرى التي يتفق الطرفان عليها".

كما أنه يقع عليه استعمال العين المؤجرة وفق الغرض الذي أجّرت له، ولا يجوز له التغيير في استعمال العين المؤجرة، فإذا اتفق المؤجر مع المستأجر على ايجار لممارسة نشاط تجاري، فلا يمكن للمستأجر أن يحوّره إلى ايجار سكني، وللمؤجر أن يلجأ إلى قاضي الموضوع ليطالب المستأجر باحترام العقد أي التنفيذ العيني لالتزامه، كما له أن يطلب الفسخ إذا كان الضرر جسيما[1].

يلتزم المستأجر يدفع بدل الايجار حسب ما نصت عليه المادة 6 ف 2 من نموذج عقد الايجار الموافقة لنص المادة 498 من القواعد العامة، فيجب على المستأجر أن يقوم بدفع بدل الايجار في المواعيد المُتفق عليها فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء ببدل الايجار في المواعيد المعمول بها في الجهة.

إن طبيعة بدل الايجار حدّدها المشرع بموجب المادة 467 من ق م فقد يكون بدل الايجار نقدا او بتقديم أي عمل آخر.

يلتزم المستأجر بالامتناع عن احداث تغييرات في العين المؤجرة دون موافقة المؤجر كتابيا وهو ما نصت عليه المادة 6 ف 2 من نموذج عقد الايجار الموافقة لنص المادة 492 من القانون المدني وإذا خالف المستأجر هذا النص يقع عليه ارجاع العين المؤجرة للحالة التي كانت عليها مع التعويض عند الاقتضاء وهو ما نصت عليه المادة 492 فـ2 من ق م.

إذا أحدث المستأجر بإذن المؤجر تغييرات في العين المؤجرة زادت في قيمتها وجب على المؤجر عند الانتهاء الايجار أن يرد للمستأجر المصاريف التي أنفقها أو قيمة ما زاد في العين المؤجرة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 492 فـ3 من ق م.

يلتزم المستأجر بإخلاء الأماكن المؤجرة عند انتهاء الأجل وهو ما نصت عليه المادة 22 من المرسوم التشريعي 93-03 فجاء نصّها كما يلي:" إذا انقضى أجل عقد الإيجار المبرم قانونيا يتعين على المستأجر أن يغادر الأمكنة"، فينتهي عقد الايجار دون اعذار أو اخطار وهذه المادة موافقة لنص المادة 469 مكرر المستحدثة بموجب القانون 07-05 المتضمن تعديل القانون المدني، وعليه يتم اخلاء الأمكنة دون اجراءات التنبيه بالإخلاء[2].

إن المشرع يهدف من تنظيم عقد الايجار عن طريق صياغة نموذجية إلى تنفيذ سياسته التشريعية المتمثلة في تشجيع استثمار العقار بعدما كان حق البقاء المقرر سابقا يشكل عقبة أمام

---

[1]- يراجع نص المادة 119 ق م.

[2]- إن عقود الايجار المبرمة قبل 93 تطبق فيها المادة 474 الملغاة التي تنص على أنه :" إذا أبرم عقد الايجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير محدودة أو تعذر اثبات المدّة فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يرسل إلى الآخر انذارا بالتخلي إلاّ بناءا على الآجال التي تحدّدها المادة 475 من هذا القانون".

المؤجرين الذين أصبحوا لا يستطيعون التصرف في أملاكهم المؤجرة، لذلك نظم عقد الايجار بجملة من القوانين لتجاوز مشكل أزمة السكن الذي أصبح يؤرق الفئة الهشة في المجتمع، إلاّ أن هناك من يرى بأن المشرع لم يوافق بين مصالح المؤجر والمستأجر ذلك أنّه ألغى حق البقاء وجعل تحديد مدّة الايجار يخضع لإرادة المؤجر، وعدم تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بإعادة النظر في الأجرة يجعل من نموذج الايجار شبه اذعان لا يملك المستأجر أمام أزمة السكن إلاّ تقبله وذلك دون الحماية والضمانات المقررة في عقود الإذعان[1].

ثانيا: الصيغة النموذجية لعقد البيع بناء على التصاميم

أقر المشرع عقد البيع بناء على التصاميم لتحقيق غايات اجتماعية تتعلق بحل مشكل السكن الذي كان ولا يزال يمثل مشكلا للمواطن والدّولة على حد سواء[2].

أصدر المشرع المرسوم 94-58 الذي يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم[3] والذي عرّف هذا الأخير بأنه :" عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو ذلك العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقي العقاري لفائدة المقتني موازاة مع تقدم الأشغال وفي المقابل يلتزم المقتني بتسديد السعر كلّما تقدم الإنجاز"[4].

نصت المادة 03 من القانون 11-04 على أنّ القائم بهذه العملية هو المرقي العقاري شخصا طبيعيا أو معنويا، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميمات أو تجديد أو إعادة هيكلة... ومن أجل تبسيط المعنى فإن البيع على التصاميم هو عقد يبرم ما بين المرقي العقاري الذي يمكن وصفه بالبائع والمقتني مشتري العقار وخصوصية هذا العقد تكمن في أنّ عملية التعاقد تتعلق بمحل مستقبلي سيوجد في المستقبل[5].

---

[1]- فريدة محمدي، "التوازن في العلاقات الإيجارية طبقا للمرسوم 93-03 و نموذج عقد الإيجار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية 2000، الجزائر، ص2.

[2]- نظم المشرع عقد البيع بناء على التصاميم من خلال جملة من النصوص القانونية، بدءا بالقانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، المؤرخ في 1986/03/4 (ج ر، الصادرة في 1986/03/5، ع 10، ص350)، وعزّز ذلك بصدور المرسوم التشريعي 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري الذي سبقت الإشارة إليه، الملغى بموجب القانون 11-04، المؤرخ في 2011/02/17، الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية،(ج ر ، الصادرة في 17 فيفري 2011، ع 14، ص4).

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 7 مارس 1994، يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي طبق في مجال الترقية العقارية، (ج ر ، الصادرة في 7 مارس 1994، ع 13، ص11).

[4]- يراجع نص المادة 28 من القانون 11-04، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية وتلاه المرسوم الرئاسي 13-431، المؤرخ 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 الصادرة في 25 ديسمبر2013، ع 66، ص11).

[5]- إن عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد نموذجي فيتم التعاقد على (مجسّمات ونماذج افتراضية)، تجسد مستقبلا على أرض الواقع وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنّ هذا التعاقد صحيح وفقا لنص المادة 92 من ق م التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيء مستقبلي

نصت المادة 34 من القانون رقم 11-04 على أنّ عقد البيع بناء على التصاميم ينعقد ويرتب كافة آثاره بعد أن يحرّر في الشكل الرسمي و يسجل في مصلحة التسجيل مع شهره في المحافظة العقارية ومن ثمة فلا تنتقل فيه الملكية إلى المشتري إلاّ بعد استفاء جميع هذه المراحل[1].

يتم تحرير عقد البيع بناء على التصاميم من قبل الموثق وفقا للأشكال القانونية المطلوبة في كل عقد يحرر أمام الموثق ولا يكفي لصحة عقد البيع بناء على التصاميم أن يتم تحريره من قبل الموثق وفقا للأشكال القانونية، بل اشترط المشرع أن يتم افراغه في النموذج المحدد وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 13-431 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم وأن يتضمن بيانات إلزامية خاصة به وإلا كان باطلا[2].

إن عقد البيع بناء على التصاميم عقد نموذجي تتقيد فيه الحرية التعاقدية من خلال اتباع النموذج المفروض ولقد أوجب المشرع على المرقي العقاري قبل تسليم البناية أو جزء منها تسليم شهادة المطابقة واحترام الآجال المحددة في العقد والالتزام بتسليم البناء وفق المواصفات الفنية وبالمقابل يستفيد مقتني العقار من تقسيط الثمن[3].

نظم المشرع عقد البيع بناء على التصاميم بدءا بمرحلة ما قبل التعاقد ومرورا بمرحلة تكوين العقد إلى غاية التنفيذ، حيث يقع على عاتق المرقي العقاري الالتزام بالإعلام بكل ما يتعلق بالأرضية أو البناية ورتب المسؤولية المدنية على الإخلال بهذا الالتزام.

يتمثل لجوء المشرع إلى اصدار نماذج العقود الخاصة في جعل العقد ذو طبيعة اجتماعية، حيث تشارك الإرادة التشريعية إرادة الأطراف في هذه العقود من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية وحماية الطرف الضعيف من الطرف المتفوق اقتصاديا، ومعرفيا مستعملا في ذلك آليات النظام العام الاقتصادي الذي يحتوي على القواعد الآمرة لضبط مضامين هذه العقود و الوقاية من الأضرار التي قد

ومحقق، غير أن الشيء المستقبلي قد يتحقق وقد لا يتحقق، فما هي الضمانات التي يقدّمها المشرع لتحقق الالتزام المستقبلي؟ يراجع لخضر حليس، المرجع السابق، ص162 الهامش 6.

[1]- أعمر تسبية، الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 13 جوان 2019، ص 128.

[2]- يراجع المواد 495، 43، 37 من القانون 11-04.

[3]- يلتزم المرقي العقاري بجملة من الالتزامات بدءا بالالتزام بالإعلام وافراغ العقد في الشكل الرسمي وتحديد الثمن وآليات مراجعته، لتستمر هذه الالتزامات إلى غاية مرحلة التنفيذ من خلال إلزامه بالمسؤولية المقررة في العقود العامة، والتأمين من المسؤولية وتأمين الأضرار وهذا ما يؤكد المساس بالإرادة وتقييد دورها، يراجع لخضر حليس، مكانة الإرادة...، المرجع السابق، ص163، هامش 3.

تنجم عدم التوازن الذي يصاحبها ويبقى العقد وسيلة لتبادل العلاقات المالية في ظل نظام اقتصادي واجتماعي معيّن مع مراعاة ملائمة العقد للواقع ومراعاة فكرة التطور[1].

إنّ هذه المعطيات أبرزت تحول جذري في المفاهيم الراسخة في النظرية التقليدية للعقد، فلم يعد العقد يخصّ الأفراد وحدهم بل أصبح من اهتمامات المجتمع ممثلا في الدّولة، التي تسهر على المحافظة على أمنه واستقراره وأصبح الاعتداد بالمساواة الفعلية بدلا من المساواة المجرّدة، فالعقد الذي كان يخدم المصلحة الخاصة أصبح أداة لحماية المصلحة العامة[2].

إن هذه التبريرات التي يطرحها أصحابها لإيجاد الأسباب السائغة التي دفعت بالمشرع إلى تنظيم العقود هناك من يعتبرها تعد صارخ على مبدأ سلطان الإرادة ولا يعدوا أن يكون تجاوز إلى تجاوز أخطر منه، فمن الحرية الزائدة إلى الافراط في التدخل والتنظيم[3]، إلا أنّنا نرى أن المشرع يتدخل لتنظيم العلاقات العقدية التي يختل فيها التوازن العقدي بين الطرف القوي اقتصاديا أو معرفيا والطرف الضعيف ومنعا للتعسفات المحتملة، التي غالبا ما تكون المجال الخصب في العقود الغير متكافئة، من أجل تحقيق الحماية وتكريس الضمانات القانونية للطرف الضعيف، كما أن السياسة التشريعية تجعل من المشرع يتدخل كلّما اقتضى ذلك تحقيق المصلحة العامة و لا ننكر أنّه يبقى للإرادة الدّور الأكبر في انشاء العقود، فلا يمكن للعقد أن ينشأ دون أن تتوافق إرادة الأطراف مع الإرادة التشريعية لتكييف المفاهيم التقليدية للعقد مع مستجدات الواقع.

[1]- لخضر حليس، مكانة الإرادة...، المرجع السابق، ص163.

[2]- فاطيمة نساخ، المرجع السابق، ص131.

[3]- حليس لخضر، مكانة الإرادة، المرجع السابق، ص 163.

المبحث الثاني: الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة من حيث آثار العقد

تتولد عن العقد قوة ملزمة يستمد منها قدرته على إنتاج آثاره ولهذه القوة الملزمة نطاق من حيث الأشخاص الذين تنصرف إليهم ومن حيث الموضوع الذي ترد عليه[1] فبالنسبة لآثار العقد من حيث الأشخاص فإن آثاره من حقوق وواجبات تعاقدية لا تتعدى أطرافه[2] وهو ما يعرف بنسبية أثر العقد وهو ما نصت عليه المادة 108 من ق م كما يلي: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث" ولا يرتب العقد التزاما في ذمّة الغير، مع أنّه يجوز استثناءا أن يكسبه حقا وهو ما نصت عليه المادة 113 من ق م التي تنص : " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

إن العقد ينشأ من تلاقي إرادتين حرّتين ولذلك فإن آثاره تلزمهما وحدهما ولا يمكن أن يلتزم غيرهما بها، فالأثر لا يسري في مواجهة الغير[3]، إلاّ أنّ المشرع خرج عن هذه القاعدة فيما يتعلق بعقود العمل الجماعية لظروف أملتها المصلحة العامة وهو ما نتناوله **(المطلب الأول)** كما أنّ مبدأ القوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع يعني أن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية ولا يجوز للقاضي ولا للمشرع أن يتدخل لإنهاء أو تعديل العلاقات المترتبة عنه، إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

لقد كانت الاستثناءات على مبدأ القوة الملزمة للعقد تتمثل في حالات محدّدة قانونا وبصورة ضيقة، إلاّ انه ومع التحولات الاقتصادية والاجتماعية أصبح هناك انتهاك صارخ لهذه القوة الملزمة وهو ما نتناوله في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الخروج عن مبدأ الأثر النسبي للعقد

إن التحوّلات التي عرفها المجتمع أدّت إلى تقييد حرية الإرادة، حيث كان لا بد من تجاوز التصور الليبيرالي القائم على الحرية المطلقة للإدارة في انشاء العقود، لأن المساواة المجردة التي نادى بها أصحاب المذهب الفردي أصبح الواقع يثبت أنها مجرد مساواة مفترضة غير قادرة على حماية الطرف الضعيف في

[1]- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص259.

[2]- من المقرر قانونا أن الخلف العام والخلف الخاص لا يعتبران من الغير، فمبدأ نسبية أثر العقد لا يعني أن قوته الملزمة تنصرف إلى المتعاقدين بأشخاصهما فقط، بل يقصد به أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين وإلى خلفهما العام والخاص، يراجع سمير عبد السيّد تناغو، المرجع السابق، ص113.

[3]-أحمد بعجي، المرجع السابق، ص132.

العقد، ونادى أصحاب المذهب الاجتماعي بضرورة تحقيق المساواة الفعلية بين أطراف العقد من أجل تجاوز اللاّعدل، ومن أجل تكييف المفاهيم التقليدية مع هذه التحوّلات ظهرت تشريعات اجتماعية[1] تنظم الحرية العقدية ويظهر ذلك في تنظيم عقد العمل لملائمته مع المقتضيات الاجتماعية، ممّا أدّى إلى تغيير في تصور العقد من تصور فردي إلى تصور اجتماعي، فكان لتنظيم عقد العمل عن طريق اتفاقيات العمل الجماعية التأثير على المبادئ المنظمة لآثار العقد، فأصبح أثر العقد يمتد إلى الغير **(الفرع الأول)**، كما أن تقنية فرض الارتباط بين العقود أثرت على النظرية العامة للعقد من حيث الأثر النسبي للعقد، حيث أن ربط الائتمان الاستهلاكي أو العقاري بالعقد الذي يموّله اعتداء على مبدأ الأثر النسبي للعقد **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: توسيع الأثر النسبي للعقد (اتفاقيات العمل الجماعية)

إن ظهور الثورة الصناعية في أوربا أدّى إلى ظهور صورة جديدة لعلاقات العمل لم تكن مألوفة في ظل المفاهيم التقليدية في العلاقات العقدية بين العمّال وأرباب العمل، فالظروف القاسية التي اشتغل العمّال في ظلّها وانخفاض الأجور مع زيادة ساعات العمل، هذا ما ساهم في اذكاء الوعي بين طبقة العمّال من أجل التضامن وتوحيد الصفوف، والاتحاد لتقوية الضعف ومواجهة أصحاب العمل واستغلالهم، وهذا ما حدث فعلا فقد تجمع العمال وتكتلوا في تجمعات واتحادات نقابية للدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المشتركة[2].

ابتدع العمّال أسلوب المفاوضات الجماعية باعتبارها تجسّد أسلوب الحوار الاجتماعي، فأصبحت من أنجع السبل وأكثرها فاعلية في تنظيم علاقات العمل من خلال ابرام اتفاقيات جماعية[3]، باعتبارها الوسيلة المثلى التي تحكم علاقات العمل وقدرتها على تحقيق الوصول إلى ما يتفق والظروف الاقتصادية لكل مهنة، من أجل التلاؤم والملائمة مع التحولات والتغيرات التي يعرفها عالم الشغل ونظرا لأهمية آلية

[1]- النظام العام الاجتماعي مصطلح أطلقه فقهاء القانون الاجتماعي، كما أن مضمونه نسبي فهو يتغير بالتحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع و يرمز للدور الاجتماعي الذي يلعبه قانون العمل في إرساء السلم الاجتماعي وفق قواعد وقوانين آمرة تتضمن حد أدنى من الحماية للعامل والتي لا يجوز التنازل عنها أو الانتقاص منها أو الاتفاق على مخالفتها، إلا إذا كانت تقدم له مزايا وامتيازات أفضل من تلك التي منحها له القانون وهذا ما يسمى بمبدأ الأفضلية، يراجع: محمد أمين حجاجي وقويدر قرارية، "النظام العام الاجتماعي بين الحماية الاجتماعية للعامل وتداعيات العولمة الاقتصادية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد1، سنة 2020، ص39-50، ص41.

[2]- كمال مخلوف،"الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جانفي، 2011، ص88.

[3]- عرّف المشرع اتفاقية العمل الجماعية بموجب المادة 114 من القانون رقم 90-11، على أنها:" اتفاق مدّون يتضمن مجموع شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدّة فئات مهنية".

اتفاقية العمل الجماعية وعلى غرار التشريع المقارن[1] خصص لها المشرع الباب السادس من القانون رقم 90-11 المتضمن علاقات العمل، فحدّد أطرافها ومحتواها وكيفية تنفيذها وحدّد أحكاما جزائية لمخالفتها.

يساهم قانون عقد العمل في تبني تصور اجتماعي لمبدأ الحرية ويقتضي أن تكون المساواة بين الأطراف المتعاقدة مساواة حقيقية بدلا من المساواة المجردة وحتى يكون العقد عادلا تدخل المشرع لتأطير علاقات العمل وجعلها تتلاءم مع المقتضيات الاجتماعية وهذا ما أدى إلى تغيير في تصور العقد من تصور فردي إلى تصور اجتماعي وذلك بجميعته والذي يعتبر تطويرا للعقد[2].

إنّ ظهور أسلوب التعاقد الجديد عن طريق اتفاقية العمل الجماعية أثر على مبدأ نسبية العقد فلم يعد مبدأ آثار العقد تنصرف إلى أطرافه طبقا للمادة 108 و 113 من ق م، بل وسّع المشرع من مبدأ نسبية أثر العقد ليمتد أثره إلى أشخاص غرباء عن العقد، فلم تعد الإرادة وحدها أساس للأثر النسبي للعقد وإنما يؤسسها المشرع ويظهر الحد من مبدأ الأثر النسبي في قانون العمل عند التغيير في الهيئة المستخدمة أو من خلال تطبيق اتفاقيات العمل الجماعية[3].

كرّس المشرع مبدأ ابقاء علاقة العمل عند تغيير الوضعية القانونية للهيئة من جهة وأرباب العمل من جهة أخرى، من أجل التوصل إلى تحقيق التوازن العقدي وهذا لا يمنع أن ينصرف آثارها إلى أشخاص لم ينضموا إليها أو يرضوا بها وهذا ما يشكل مساسا بمبدأ الأثر النسبي للعقد، من أجل تحقيق المصلحة الجماعية للعمّال وأرباب العمل وتحقيق التوازن العقدي[4] وعليه فإن العقد ليس مسألة ترتبط بالعلاقات بين الأفراد فقط ولكنه يمثل واقعة اجتماعية ترتبط بحياة الجماعة وتؤثر فيها، فلابد من أن تنصرف آثاره وفقا للمقتضيات الاجتماعية ووفقا لما يحدده المشرع وهذا تطوير لمفهوم العقد.

إنّ التحوّلات الاقتصادية ساهمت في تغيير ملامح النظرية العامة للعقد، بعدما أصبحت هذه الأخيرة لا تواكب التطور الذي عرفه المجتمع وخاصة في الميدان الاقتصادي، هذا ما دفع بالمشرع إلى التخفيف من حدّة هذه القواعد و جعلها تخضع للتطور، باعتبار أنّ العقد وسيلة قانونية يلجأ إليها الأشخاص لحماية حقوقهم من جهة وتنفيذ التزاماتهم من جهة أخرى، فكان من الضروري أن يلجأ المشرع

---

[1]- كمال مخلوف، المرجع السابق، ص87- 88.

[2]- خديجة فاضل،" تأثير قانون عقد العمل على جمعية قانون العقود"، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، الجزء الأول، العدد 14، 2020، ص33-53.

[3]- خديجة فاضل، تأثير قانون عقد العمل...، المرجع السابق، ص46.

[4]- خديجة فاضل، عيممة العقد...، المرجع السابق، ص164.

إلى مجموعة من التعديلات مسّت المبادئ الراسخة في النظرية العامة للعقد مدّة طويلة من الزّمن، لذلك كان لا بد لها أن تتكيف مع هذا التطور الاقتصادي والثقافي والاجتماعي والسياسي والمعرفي...[1].

الفرع الثاني: أثر تشريعات الاستهلاك على مبدأ الأثر النسبي للعقد

إنّ ظهور وانتشار المجموعة العقدية التي تجمع عدّة عقود متشابكة يسمح بإنجاز عملية اقتصادية واحدة، ذلك انّ تخصص العوامل الاقتصادية والتداول السريع للأموال واتساع المجالات الجغرافية لأنشطة المشروعات قد أظهر قصور العقد المستقل، فكان اللجوء إلى العقود المدمجة أو المجموعة العقدية ومن أمثلتها البيوع المتتالية والشراء المقابل في العلاقات الدولية والقرض الاستهلاكي[2].

تظهر فكرة الارتباط بين العقود من خلال عقد البيع الذي يتم تمويله بواسطة القرض، حيث يبرم المستهلك عدّة عقود من أجل تحقيق عملية واحدة، فالمستهلك لا يستطيع أن يشتري بدون قرض ولا يمكن له أن يقترض دون أن يشتري وهذا ما أدى إلى الخروج عن مبدأ الأثر النبي للعقد **(أولا)** واقرار حق المستهلك في الرجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك عن طريق الدّعوى المباشرة **(ثانيا)** مع اقرار حق جمعيات المستهلك في التقاضي**(ثالثا)**.

أولا: الارتباط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي

أقامت تشريعات الاستهلاك ارتباطا بين عقد البيع الذي يتم تمويله عن طريق القرض، فالمستهلك يبرم عدّة عقود من أجل تحقيق عملية واحدة وتظهر فكرة الارتباط بين العقود[3] من خلال المبادئ التي نصّ عليها المشرع في المرسوم التنفيذي 15-114، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[4] وهي:

1- تبعية عقد القرض للعملية الممولة

[1]- لطيفة بوراس، " نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية"، بحوث جامعة الجزائر، الجزء الأول، العدد14، 2020، ص10-19، ص 3، 14.

[2]- ابراهيم أيمن العشماوي، المرجع السابق، ص195.

[3]- عيسى بخيت، "أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 20، جوان 2018، ص 110-117، ص114-115.

[4]- المؤرخ في 12 ماي 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، (ج ر الصادرة بتاريخ 13 ماي 2015، ع 24).

نصّت المادة 08 من المرسوم التنفيذي 15-114 على أنه :" لا تسري واجبات المقترض إلاّ ابتداء من تسليم السلعة التي استوفى القرض من أجلها وفي حالة عقد بيع بتنفيذ متوالٍ فإن واجبات المقترض تسري ابتداء من بداية تسليم السلعة وتتوقف في حالة انقطاع هذا التسليم".

إن المقترض لا يلتزم بتسديد القرض إلاّ إذا سلّم البائع للمشتري (المستهلك) السلعة أو الخدمة[1]، فإذا تعلق الأمر بعقد يكون فيه التنفيذ متتابع فإن التسديد يكون بداية بالتنفيذ وفي حالة انقطاع التسليم يمتنع كذلك المقترض على التسديد، فالتسديد من طرف المقترض مرتبط مع تسليم البائع للسلعة أو الخدمة محل العقد المموّل ولقد أقام المشرع هذا الارتباط وجعله من النظام العام الحمائي المقرر لحماية المستهلك، حتى لا يجد نفسه مدينا بقرض دون أن يستفيد من البيع وتظهر علاقة التبعية بين عقد القرض وعقد البيع المموّل له في أنّه إذا تقرر الحكم بفسخ أو بطلان العقد الرئيسي الممّول (عقد البيع) ترتب عليه فسخ أو البطلان عقد القرض بقوّة القانون وهو ما نصّ عليه المشرع الفرنسي في المادة 311-32 من قانون الاستهلاك الفرنسي في فقرتها الأولى وغفل عنه المشرع عند تنظيمه في المرسوم التنفيذي 15-144.

2- تبعية العملية الممّولة للقرض

إنّ المستهلك يقترض من أجل الشراء وعليه فإن لم يتم ابرام عقد البيع فإن عقد القرض لا ينفذ وهذه العلاقة التبعية نص عليها المرسوم 15-114[2] كما يلي:

- نصت المادة 10 فـ1 من المرسوم 15-114 على أنه لا يمكن اكتتاب أي التزام من طرف المشتري تجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي إلاّ بموافقة المقرض المسبقة[3].

- لا يلتزم البائع بتسليم أو تمويل محل عقد البيع إلاّ بعد اخطاره من طرف المشتري بتحصيله على القرض[4].

- لا تسري آثار عقد البيع إذا مارس المقترض حقّه في العدول خلال المدّة المحدّدة[5].

[1]- لم يتطرق المشرع في المادة 8 من المرسوم التنفيذي 15-114 إلى الخدمة واكتفى بالسلعة مع العلم أن عقد القرض قد يمول عقود تتعلق بالسلع أو أداء الخدمات وهو ما تطرق له المشرع الفرنسي، بموجب المادة 311-31 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

[2]- سبقت الشارة إليه.

[3]- يراجع نص المادة 10 فـ1 من المرسوم 15-114.

[4]- يراجع نص المادة 11 فـ1 من نفس المرسوم.

[5]- يراجع نص المادة 12 ف 1 من نفس المرسوم.

- لا يمكن أن يستلم البائع من المشتري أي دفع آخر في شكل من الأشكال ولا ايداع زيادة على الجزء من الثمن الذي وافق المشتري على دفعه نقدا ما لم يبرم العقد المتفق بعملية القرض نهائيا[1].

إن هذا الترابط بين العقود جاء لتحقيق هدف هو تمكين المستهلك من اقتناء ما يريده بطريق التمويل عن طريق القرض وفي هذا خرج المشرع عن مبدأ الأثر النسبي للعقد عن طريق وجود ارتباط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي وهذا التحول في المبادئ العامة يهدف إلى حماية مصالح المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد[2].

ثانيا: حق المستهلك في الرّجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتوج للتداول

يساهم في عملية وضع المنتوج للاستهلاك عدّة أطراف بدءًا بالمنتج ومرورا بالموزع وتاجر التجزئة وصولا إلى المستهلك، فالعلاقة الاستهلاكية تربط بين المستهلك وتاجر التجزئة، أمّا بقية الأطراف المتدخلة في عرض المنتوج[3] هم من الغير بالنسبة لعقد الاستهلاك ولا يمكن رفع دعاوى قضائية ضدهم تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد غير أنه مراعاة لصفة الضعف التي تعتري المستهلك ومن أجل توفير الحماية له أجاز الاجتهاد القضائي الفرنسي[4] ممارسة الدّعوى المباشرة ضد كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك.

أما موقف المشرع الجزائري يظهر من خلال تشريعات الاستهلاك التي تم اصدارها والنصوص التنظيمية لها، ففي القانون 89-02، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الملغى كرّس المشرع دعوى الرجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك، حيث نصت المادة 12ف1 منه على ما يلي:" إنّ الزام المطابقة كما نصت عليه المادة 3 من هذا القانون ووجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتوج للاستهلاك حق للمستهلك ويكون للمتابع الحق في اتباع الطرق القانونية ضد كل المتدخلين أو بعضهم، كل حسب مسؤوليته الخاصة وفي حدود فعله".

---

[1]- يراجع نص المادة 13 ف 1 من نفس المرسوم.

[2]- عيسى بخيت، المرجع السابق، ص115.

[3]- عرّف القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مصطلح المنتوج حيث تنص المادة 03 منه على ما يلي:" المنتوج هو كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"، ولم يستعمل القانون المدني الصادر بالأمر 75-58، مصطلح المنتوج وإنما استعمل لفظ الشيء في المادة 138 منه، لكن بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 أدرج المشرع مصطلح المنتوج بموجب نص المادة 140 مكرر2 والتي تنص: "يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

[4]- عيسى بخيت، المرجع السابق، ص115.

إن المشرع خرج عن مبدأ نسبية أثر العقد المكرسة بموجب المادة 113 من ق م بإقراره حق المستهلك في الرّجوع على كل المتدخلين أو بعضهم كل حسب مسؤوليته وفي حدود فعله ولقد قصر المشرع هذه الدعوى على الالتزام بالمطابقة ووجوب الضمان ولم يشر إلى الالتزامات الأخرى كالالتزام بالإعلام والسلامة وتدارك المشرع هذا القصور بموجب المرسوم التنفيذي 90-266، المتعلق بضمان المنتوجات الملغى، حيث نص في المادة 20 على أنه :" يمكن للمستهلك وفقا للمادة 12 من القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المذكور أعلاه، أن يتابع المحترف المتعاقد معه وكل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك وعليه فإن المرسوم المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات جاءت عباراته عامة ويمكّن المستهلك من متابعة المحترف المتعاقد معه وكل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك[1].

بعد صدور القانون 09-03 تم الغاء القانون 89-02 بموجب المادة 24 من القانون 09-03 وأكد المشرع هذا الموقف بإلغاء المرسوم التنفيذي رقم 13-327[2]، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيّز التنفيذ هذا ما يؤكد تراجع المشرع عن منح المستهلك حق الرجوع على أي متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك، ممّا يشكل تضييق نطاق حماية المستهلك.

بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني فإن المشرع انتهج المنهج الفرنسي والأوربي في توسيع مفهوم المُنتِج إلى كل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك[3]، باستحداث المادة 140 مكرر بموجب تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 والتي نصت على أنه: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

باستقراء النص المذكور أعلاه فإن المشرع أقام نظام جديد لمسؤولية المنتج تقوم في حالة ما إذا كانت السلعة معيبة بغض النظر عن خطئه تماشيا مع عصر العولمة المتميز بالتكنولوجيا المتطورة، كما أنه لا يمكن استبعاد المسؤولية الناشئة عن منتجات لا تعتبر معيبة وفقا للتطور العلمي والتكنولوجي السائد وقت عرضها وهو ما يعرف بخطر التطور العلمي[4] ونص المادة 140 مكرر يتعلق بالعيب الذي يتعلق بالمنتوج ولا يمتد إلى الالتزامات الأخرى كالالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة[5].

---

[1]- عيسى بخيت، المرجع السابق، ص116.

[2]- المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، المحدّد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات، (ج ر، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2013، ع 49، ص16)، الملغى.

[3]- تأثر المشرع الجزائري بالقانون المدني الفرنسي عند تعديله للقانون المدني بموجب القانون 05-10 و ذلك بإضافة نص المادة 140 مكرر من ق م و المستوحاة من نص المادة 1836 من ق م الفرنسي.

[4]- الصالح بوغرارة وعبد القادر حمر العين، "الحماية المدنية المضرور من المنتجات المعيبة بين ضعف القواعد التقليدية وعدم وضوح القواعد الخاصة، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، ص ص 197- 226.

[5]- عيسى بخيت، المرجع السابق، ص 115.

يكون للمستهلك الحق في اتباع الطرق القانونية ضد المُنتِج وكل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك ولو لم يكن متعاقد معه[1].

ثالثا: حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي

عرف المشرع جمعيات حماية المستهلك بموجب المادة 21 من القانون 09-03 التي نصت على أنها: "كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه".

أعطى المشرع لجمعيات حماية المستهلك الصفة في أن تتأسس كطرف مدني في التعويض عن الأضرار المشتركة التي تصيب المستهلكين وهذا ما نصت عليه المادة 23 من القانون 09-03 التي تنص على أنه: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك يمكن لجمعيات حماية المستهلك الحق في التأسيس كطرف مدني وأعطى المشرع للجمعيات حق رفع شكوى لدى وكيل الجمهورية ضد كل عون اقتصادي ارتكب جريمة عدم إعلان الأسعار والمطالبة بالتعويض اللاحق بالمستهلكين من جراء ذلك".

بالرجوع إلى المادة 65 من القانون 04-02 المحدد للممارسات المطبقة على القواعد التجارية نجدها تنص على أنه: "دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

فسّر بعض الفقهاء أن المشرع قد اتجه إلى توجيه أحكام المسؤولية حيث جعل من وصف الغير أمرا غير ذي أهمية لأن وصف الغير لا يلعب دورا إلا في تحديد الخطأ وليس في تحديد المسؤولية ولذلك لا يعد استثناءً على نسبية أثر العقد وذهبوا إلى القول أن مفهوم الغير قد تطور ولم يعد لمفهوم التقليدي للغير يقوم على عدم مساهمة الإدارية في العقد وهذا ما يدل على أن الغير بدأ يحتل مركزا ذو طابع موضوعي، أي أنّ إرادته ليست المعيار الوحيد لتحديد هذا المركز[2].

[1]- علي فتاك، المرجع السابق، ص 361.

[2]- أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 134.

المطلب الثاني: الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد

إن العقد إذا نشأ صحيحا مستوفيا شروط انعقاده وصحته فإنه يصبح بمثابة القانون بين الطرفين ولا يجوز نقضه ولا تعديله ولا إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني وهو ما يسمّى بالقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع، إلا أنه ونظرا لأن المتعاقد في العقد الالكتروني ليس لديه من الوسائل ما يكفل معاينة السلعة والتعرف على مكوناتها وخصائصها قبل إبرام العقد، فإن التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد عموما ونظيراتها المتعلقة بالمعاملات الالكترونية، أجازت للقابل أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذ تبين له أن تسرع في التعبير عن قبوله أو أنه صدر عن غير اقتناع وهذا ما يسمى بالحق في التراجع[1] عن العقد، من أجل حماية رضاء المتعاقد إلى جانب عيوب الرضا التي كرستها النظرية العامة للعقد ولمواجهة وسائل الإغراء التي يمتلكها المتعاقد الآخر من تقنيات المعلومات التي من شأنها أن تدفع المتعاقد الضعيف إلى أن يبرم العقد عن غير بينة، خاصة وأن هذه العقود المبرمة عن بعد والعقد الالكتروني خاصة يبرم في بيئة لا مادية افتراضية دون وجود ملموس للسلعة والحق في التراجع هو أحد مظاهر الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد ولذلك سنتناول على سبيل الاستثناء وليس الحصر حق التراجع عن العقد كآلية جديدة لحماية رضاء المستهلك **(الفرع الأول)** وما مدى تأثيره على القوة الملزمة للعقد وعلى المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: حق العدول عن العقد آلية لسلامة رضاء المستهلك

إن حق العدول عن العقد يقتضي التطرق إلى مفهومه ونشأته **(أولا)** ونطاقه **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الحق في العدول عن العقد و نشأته

الحق في العدول عن العقد[2] هو وسيلة بمقتضاها يتيح المشرع لأحد المتعاقدين أن يعيد النظر من جديد من جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا، فهو يفترض أن عقدا تم إبرامه لكن أحد طرفيه

---

[1]- بخالد عجالي، "حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي"، الملتقى الدولي السابع عشر حول "الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة" المنعقد يومي 10 و11 أفريل 2017، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 333.

[2]- استعمل المشرع مصطلح العدول عن العقد بموجب المادة 19 من القانون 18- 09 المؤرخ في 10 جوان سنة 2018 يعدل ويتمم القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج ر، الصادرة بتاريخ 13 جوان 2018، ع 35 ص 5) وأطلق الفقه الفرسي على هذا الحق Droit A repentir، حق التراجع عن العقد وقد اختلف الفقه العربي حول هذا المصطلح فمنهم من عبر عنه بالحق في إعادة النظر ومنهم من استعمل مصطلح خيار العدول واستعمل آخرون مصطلح الحق في التراجع والمصطلح الدقيق هو حق التراجع عن العقد، أما المصطلح المتداول في الفقه الإسلامي والذي نصت عليه الكثير من التشريعات المستمدة منه هو خيار الرؤية، يراجع بخالد عجالي، المرجع السابق، ص333.

- سنستعمل مصطلح حق العدول عن العقد كما كرسه المشرع بموجب المادة 19 من القانون 19-09 المعدل والمتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

يستفيد من مهلة التفكير، ويكون المستهلك غالبا، خلالها يكون بوسعه سحب قبوله الذي ارتبط بموجبه بالعقد[1].

إن الحق في العدول عن العقد بهذا المعنى يتشابه إلى حد بعيد مع خير الرؤية الذي قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، فخيار الرؤية هو حق المتعاقد أن يبطل العقد أو يجيزه بعد رؤية محل العقد إن لم يكن قد رآه أثناء العقد أو بعده[2].

نصت على خيار الرؤية المادة 320 من مجلة الأحكام العدلية عندما عرفته بقولها: "من اشترى شيئا ولم يره كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية[3].

من خلال ما سبق من التعاريف يتضح أن حق العدول يتفق مع خيار الرؤية، فكلاهما حق مطلق خوله المشرع للمستهلك وحده وبإرادته المنفردة لحماية رضاءه عندما لا يتمكن من رؤية محل العقد وبدون اشتراط أي تعويضات أو موافقة الطرف الثاني.

ارتبط حق العدول عن العقد بداية في فرنسا بحماية رضاء المستهلك في بعض العقود التي يعبر فيها عن إرادته تحت تأثير وسائل الإعلان والدعاية التي تعرض السلع والخدمات باستعمال وسائل الإغراء من جانب البائع المهني وبشكل لا يتيح للمستهلك أن يأخذ الوقت الكافي للتأمل والتفكير، ليصدر رضاؤه عن بينة، كما أن حاجة المستهلك للسلعة، أو الخدمة محل العقد تجعله يقبل إبرام التعاقد تحت تأثير الحاجة دون أ يكون مقتنعا بها، كل هذه الأسباب جعلت من المشرع الفرنسي يرخص للمستهلك أن يعدل عن العقد الذي أبرمه خلال المدة المحددة لذلك ودون الحاجة إلى أن يبدي أي تبرير ودون دفع أي تعويض ما عدا مصاريف الإرجاع[4].

لذلك كرس المشرع الفرنسي فكرة حق المستهلك في العديد من القوانين كان أهمها القانون المؤرخ في 12 جويلية 1971، المتعلق بالتعليم بالمراسلة، حيث أعطى لطالب العلم الحق في العدول عن خدمة

---

[1]- بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 16 جوان 2014، ص 224.

[2]- بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الالكتروني...، المرجع السابق، ص 224.

[3]- تأثرت بعض القوانين المدنية العربية بالفقه الإسلامي واستمدت منه تشريعاتها، راجع المواد 517 من القانون المدني العراقي، والمادة 235 من القانون المدني اليمني، والمادة 184 من القانون المدني الأردني.

[4]-أمال بوهنتالة، "الحق في العدول عن التعاقد كوسيلة لحماية رضا المستهلك"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 138.

التعليم في مدة ثلاثة أشهر يبدأ احتسابها من تاريخ تنفيذ العقد ويلزم الطالب في هذه الحالة بدفع مبلغ لا يزيد عن 30 % من أجر التعليم[1].

ثم كرس المشرع الفرنسي هذا الحق في القانون المؤرخ في 1972/12/22 وقرره للمستهلك في جميع عقود البيع أو أداء الخدمات التي تبرم على أثر السعي إلى منزله من قبل البائع أو مقدم الخدمة، بحيث أجاز للمستهلك في مثل هذه العقود الحق في التراجع عن العقد الذي أبرمه خلال سبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ الطلب أو الالتزام بالشراء[2].

ثم أصدر القانون رقم 88-12 المؤرخ في 1988/01/06 المتعلق بعقد البيع عن بعد والبيع من خلال التلفزيون ومنح المشتري الحق في التراجع عن العقد خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلمه البضاعة بموجب المادة 1 منه التي جاء فيها: " في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن لمشتري المنتج وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع، الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر أو ردِه واسترداد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد "[3].

لم يبق الحق في العدول عن العقد في حدود التشريعات الفرنسية بل انتقل إلى دول كثيرة منها لكسمبورغ، التي صدر فيها القانون المؤرخ في 1983/08/25 بشأن البيع بالمراسلة، حيث خول حق العدول للمستهلك بموجب المادة 07 منه على أن يكون ذلك خلال مهلة سبعة أيام من تاريخ الطلب أو تاريخ تمام الشراء وخلال مهلة خمسة عشر يوما من تاريخ استلام البضاعة[4].

انتقل تنظيم الحق في التراجع عن العقد إلى التوجيه الأوربي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997، المتعلق بالتعاقد عن بعد في المادة 6 منه التي جاء فيها: " كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتوجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة سبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار

[1]- نورة جحايشية و عصام نجاح، "حق المستهلك في العدول في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، ص ص 480-497، أفريل 2020، ص 485.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية الاسكندرية، مصر، طبعة 2007، ص 267.

[3]- جاءت صياغة المادة باللغة الفرنسية كما يلي:

« Pour toutes les opération de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échanges ou remboursement sans pénalités, à l'exception des frais de retour »

[4]- عجالي خالد، حق المستهلك الالكتروني...، المرجع السابق، ص 337.

الخطي وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد[1].

تم إلغاء هذا التوجيه بموجب توجيه أوربي آخر صدر في 25 أكتوبر 2011، المتعلق بحقوق المستهلكين وطُبق ابتداء من 13 جوان 2014 بالنسبة للعقود التي تبرم بعد هذا التاريخ، وقرّر هذا التوجيه في المادة 09 منه مدة أربعة عشر يوما لممارسة المستهلك حقه في العدول، يبدأ حسابها من يوم تسلم المنتوج، أما بالنسبة للخدمات من يوم إبرام العقد، ويعتمد في حساب المدة الميعاد الكامل، أي لا يحسب اليوم الأول واليوم الأخير[2].

اعمالا لتوصيات التوجيه الأوروبي أصدر المشرع الفرنسي المرسوم 2001-741 بمقتضاه ثم إضافة المادة 121-20 إلى قانون الاستهلاك الفرنسي، المتضمنة الحق في العدول عن العقد في كل العقود التي تبرم عن بعد، حيث نصت هذه المادة على ما يلي: " للمستهلك خلال سبعة أيام كاملة أن يمارس حقه في العدول دون ابداء أسباب أو دفع أية جزاءات باستثناء مصاريف الرد "، وتم تعديل المادة 121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب القانون الصادر في 17 مارس 2014، حيث قام المشرع الفرنسي بتمديد مدة العدول عن العقد إلى أربعة عشر يوما، وقرر المشرع الفرنسي إعطاء المستهلك هذه المكنة من خلال اتصال هاتفي فقط بالمحترف يعبر فيه عن تراجعه عن العقد دون الحاجة إلى إبداء أي تبرير[3].

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه نص على حق العدول في القرض الاستهلاكي خلال مدة ثمانية أيام عمل يبدأ احتسابها من تاريخ إمضاء العقد وهو ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 15-114، وإذا تم البيع في المنزل فقد منح المشرع للمستهلك مدة سبعة أيام عمل فقط للتراجع عن العقد ولم يولي المشرع أي اهتمام لتاريخ انعقاد العقد ومثال ذلك لو أنّ المحترف انتقل إلى منزل المستهلك وعرض عليه منتوجا ما و تطابق ايجاب المحترف بقبول المستهلك وانعقد العقد واتفق الطرفان على أن يكون تاريخ التسليم بعد شهر فإن للمستهلك مدة سبعة أيام من تاريخ تسلم السلعة حتى يعدل عن العقد[4].

[1]- عجالي خالد، حق المستهلك الالكتروني...، المرجع السابق، ص 338.

[2]-سمير زوبة، المرجع السابق، ص 53.

[3]- يراجع نص المادة 121-21 فقرة 10 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 17 مارس 2014.

[4]- يراجع نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي 15-114 الذي سبقت الإشارة إليه.

كما قرر المشرع الجزائري مدة ثلاثين يوم للمتعاقد في عقد التأمين على الأشخاص للعدول عن تعاقده، يبدأ حسابها من يوم دفع القسط الأول ويبلغ الطرف الآخر بقراره في العدول بموجب رسالة مضمونة الوصول[1].

بإصدار المشرع القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية[2] نص في المادة 22 منه على أنه: " يمكن للمستهلك الالكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج".

يفهم من المادة المذكورة أعلاه أنّ المشرع قد منح للمستهلك الالكتروني مهلة أربعة أيام للعدول عن تعاقده واشترط أن يكون سبب العدول هو عدم احترام المورد الالكتروني آجال التسليم.

كما أن المشرع كرس حق المستهلك في العدول عن العقد بموجب المادة 19 من القانون 18-09[3] التي تنص : "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 واقعة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم ".[4]

أما عن مشروع تعديل القانون المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع و المخصص لتنظيم البيع عن بعد فقد أورد القائمون على المشروع نص المادة 412 مكرر 06 التي نصت على أنّ :" للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبيب ذلك ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن كانت...".[5]

من خلال التطرق إلى مفهوم حق العدول عن العقد ونشأته فإن السؤال الذي يثار ما نطاق حق العدول عن العقد من حيث العقود التي يرد عليها وما هي الاستثناءات الواردة على هذا الحق؟

---

[1]- يراجع نص المادة 90 مكرر من القانون 95-07، الذي سبقت الإشارة إليه.

[2]- المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 16 ماي 2018، العدد 28، ص 4).

[3]- المؤرخ في 10 جوان سنة 2018، يعدل ويتمم القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع، الذي سبقت الاشارة اليه.

[4]- لم يتطرق المشرع إلى الأحكام القانونية المتعلقة بهذا الحق وأسندها إلى التنظيم.

[5]- مشروع تعديل القانون المدني الجزائري وثيقة غير منشورة، نقلا عن بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الالكتروني...، المرجع السابق، ص 33 هامش 3.

ثانيا: نطاق حق المستهلك في العدول عن العقد

من خلال عرض مختلف التشريعات التي كرست حق العدول عن العقد يتجلى أن هذا الحق أصبح مكرسا في كل العقود التي تتم عن بعد بما فيها العقود التي يكون محلها أداء الخدمات وهذا بعدما كان قاصرا في بداية ظهوره على بعض العقود دون غيرها، ويشمل حق المستهلك في العدول عن العقد كل عقود البيع وعقود الخدمات التي تتم بوسائل اتصال الكترونية[1] والأصل أن جل التشريعات الغربية والعربية قد كرست حق العدول عن العقد إلا أن هذا الأصل ترد عليه الاستثناءات التالية:

1- عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول

نصت على هذا الاستثناء المادة 121-21 فقرة 8 من قانون الاستهلاك الفرنسي ويتعلق هنا حق العدول بعقد من عقود تقديم الخدمات عندما يتم الاتفاق بين المهني البائع والمشتري المستهلك على أن بداية تنفيذ هذا العقد ستكون قبل انتهاء مهلة العدول.

إن الحكمة التي يريدها المشرع من هذا الاستثناء هو تفادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة ثم يعدل عن العقد مما يرتب أضرارا للمهني، إلا أن المستهلك عموما في العقود المتعلقة بالخدمات لا يستطيع أن يبدي رأيه في الخدمة إلا بعد البدء في الاستفادة منها، كما أن المهني ونظرا لتفوقه المعرفي لما يملكه من وسائل تقنية قد يقنع المستهلك في البدء في تنفيذ الخدمة قبل انتهاء المدة وعليه فإن هذا الاستثناء لا يوجد ما يبرره[2].

2- عقود توريد سلع سريعة التلف أو متقلبة الأسعار

إن المنتوجات القابلة للتلف خلال مدة العدول لا يمكن للمستهلك أن يمارس العدول بشأنها، فإن قرر المستهلك أن يعدل عن العقد ويردها للمحترف فإن هذا الأخير سيلحقه ضرر لأنه لا يتمكن من بيعها مرة أخرى، وهو ما نصت عليه المادة 120-21-8، من قانون الاستهلاك الفرنسي.

أما بالنسبة للسلع التي تعرف أسعارا متقلبة باستمرار مع تقلبات السوق المالي تستثنى من نطاق ممارسة الحق في العدول عن العقد، فالسلع والخدمات التي تتقلب أسعارها باستمرار مع تقلبات السوق المالي إذا أجاز القانون ممارسة حق العدول فيها فإن المهني أي البائع يكون ملزما برد المبلغ الذي دفعه

[1]- بخالد عجالي، حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد...، المرجع السابق، ص 339.

[2]- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 2005، ص 60.

المستهلك عند إبرام العقد مما يجعل من السعر الذي يرده مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة عند التعاقد وهذا ما يجعله يتكبد أضرارا مالية[1].

3- عقود توريد منتوجات مصنعة خصيصا للمستهلك

إن السلع التي يتم إنتاجها بطلب من المستهلك وبالمواصفات التي أرادها أو تم تصميمها وفق رغبته الخاصة لا يمكن للمستهلك أن يمارس حق العدول عن العقد بشأنها لأنه تم إنتاجها وفقا لطلبه الشخصي بالضبط.[2]

4- العقود التي ترد على التسجيلات السمعية أو البصرية أو برامج الحاسوب التي يقوم المستهلك بفتح غلافها

إنّ المعلومات الموجودة في التسجيلات السمعية أو البصرية تتواجد في أغلب الأحيان على أقراص مضغوطة ومثالها برامج الحاسوب أو محتوى صوتي أو فيديو وغيرها فبمجرد فتح غلافها من طرف المستهلك يكون من السهل جدا أن يستنسخها، أو يطلع على محتوياتها لهذه الأسباب استثنى المشرع حق العدول على هذه العقود وهو ما نصت عليه المادة 121-21-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

5- عقود توريد الصحف و الدوريات

إن اقتناء المستهلك لمجلة ما أو جريدة من المنطقي أن يمكنه من الاطلاع على مضمونها وبالتالي فإن ممارسته لحق العدول وإرجاع المجلة أو الصحيفة الدورية إلى المحترف يفقد هذه الأخيرة لقيمتها ويلحق أضرارا مادية بالمحترف، لذلك استثنت المادة 121-21-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي هذا النوع من العقود من حق العدول.

6- العقود التي تبرم عن طريق المزاد العلني

إن حق العدول عن العقد مقرر قانونا لحماية المستهلك في عقود البيع وعقود توريد الخدمات المبرمة عن بعد، كونه لا يتمكن من رؤية محل العقد كما يتم التعاقد بالطريقة التقليدية، كما أنه قد يبرم العقد على عجلة من أمره دون تدبر، هذا مالا نجده في العقود المبرمة عن طريق المزاد العلني، فالمستهلك

[1]- بخالد عجالي، حق المستهلك الالكتروني في التراجع...، المرجع السابق، ص 341.

[2]- بن قويدر زبيري، المرجع السابق، ص 74.

هو من يقرر بكامل إرادته دخول المزايدة للحصول على شيء ما وبالتالي ينتفي حقه في ممارسة العدول عن هذا العقد[1].

الفرع الثاني: أثار حق العدول عن العقد على القوة الملزمة له

إن انقضاء مهلة العدول عن العقد يترتب عليه أن يصبح لهذا العقد قوة ملزمة لكل من طرفيه وواجب التنفيذ، أما إذا مارس المستهلك حق العدول عن العقد فإنه يترتب عليه أثارا بالنسبة لطرفيه **(أولا)**، كما أن ذلك يؤثر على العقد برمته ويكون خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد **(ثانيا)**.

أولا: حق العدول يؤثر على العقد برمته

انقسم الفقه الى اتجاهين فيما يتعلق بآثار حق العدول على مبدأ الرضائية أو الخروج على المبدأ الراسخ في النظرية التقليدية للعقد وهو القوة الملزمة للعقد وذهب البعض بأن العقد الذي يتضمن حق العدول لا يبرم بصفة نهائية، بل يكون في مرحلة التكوين والفترة التي منحها المشرع للعدول عن العقد ما هي إلا فترة للتفكير والتروي و الاتفاق الذي تم بين المحترف والمستهلك عن بعد لم يكن المقصود منه إبرام العقد بصفة نهائية إنما كان مجرد رغبة في إبرام العقد ولا يتم العقد إلا بعد انتهاء المهلة المقررة لممارسة الحق في العدول عن العقد ويكون رضاؤه قد اكتمل[2].

خلاصة هذا الاتجاه أن حق العدول عن العقد لا يمثل خروجا عن القوة الملزمة للعقد لأن العدول يكون في مرحلة التكوين والعقد لم يبرم بعد، لأن التراضي على العقد يتم عبر مرحلتين، فالمرحلة الأولى تتمثل في تطابق الإرادتين ولا تكفي لتمام العقد، لأن خصوصية التراضي في العقد المبرم عن بعد تجعل من مهلة التفكير والتأمل ضرورية للتأكد والتروي وتمكنه من العدول في حالة ما إذا رأى أنه تسرع في التعبير عن الإرادة كما يمكنه العدول دون ابداء أية أسباب خلال المدة المحددة قانونا ولا يكتمل وجود العقد الا بانتهاء المهلة وهي المرحلة الثانية، أما المرحلة الأولى أي خلال لمدة القانونية لممارسة حق العدول يكون العقد غير مكتمل مما يجعل من العدول عنه لا يؤثر على القوة الملزمة للعقد[3].

إن القول بأن العقد يمر بمرحلتين لا يستند إلى أي أساس قانوني فبمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين يتم العقد، تطبيقا للأصل العام في التعاقد وهو مبدأ الرضائية.

---

[1]- نورة جحايشية وعصام نجاح، المرجع السابق، ص 491.

[2]- بخالد عجالي، حق المستهلك الالكتروني في التراجع...، المرجع السابق، ص 351.

[3]- المرجع نفسه، ص 351.

بينما ذهب آخرون إلى أن تقرير الحق في التراجع لا يغير من العلاقة العقدية شيئا وبالتالي فإن العقد ينعقد بمجرد تبادل الإرادتين المتطابقتين على العناصر الجوهرية للعقد والمستهلك يمارس حق العدول على عقد قائم مكتمل الأركان وتترتب عليه آثاره، فتنتقل الملكية إلى المشتري ويتحمل تبعة الهلاك حتى خلال مهلة ممارسة الحق في العدول وله أن يتصرف في محل العقد[1].

ذهب البعض الآخر إلى البحث عن الأساس الذي يقوم عليه العقد المتضمن حق العدول عن العقد والقول الراجح والذي يمثل الوصف الدقيق لحق العدول عن العقد هو العقد غير اللازم، وفكرة الخيارات اشتهر بها الفقه الإسلامي، والتي تعني أن العقد الجائز الذي يجوز لأحد الطرفين أو لكليهما فسخه وعليه فإن ممارسة حق العدول من طرف المستهلك يؤدي إلى المساس بالقوة الملزمة للعقد ويشكل تضاربا بين التكريس القانوني لقوة العقد الإلزامية مع الاعتراف أيضا بأن حق العدول عن العقد حق مستقل وقائم بذاته مصدره القانون ونصوصه تعتبر من القواعد الآمرة، مما يعمق الشرخ في هذه المسألة القانونية[2].

إلا أننا نرى بأن حق العدول عن العقد له ما يبرره فكما سبق وأن ذكرنا فإن المستهلك الذي يبرم عقودا عن بعد خاصة العقود الالكترونية يكون عرضة للدعاية والإعلانات التي قد تؤثر على إرادته في إبرام العقد فيبرمه على عجلة من أمره، كما أن خصوصية التراضي في العقود المبرمة عن بعد تجعل من خيار العدول أمرا صائبا ومنطقيا وله أسباب سائغة قانونا، كما أن المادة 106 من القانون المدني نصت على أن للعقد قوة ملزمة في حالة ما إذا نشأ صحيحا، فلا يجوز لأحد الأطراف أن ينفرد بتعديله أو نقضه إلا بالاتفاق المشترك بين الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون، ومن بين هذه الأسباب هي حالة العدول عن العقد المبرم عن بعد، فهذا الحق مقرر قانونا ويهدف إلى ضمان تدعيم حماية رضاء المستهلك الالكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

ثانيا: آثار حق العدول على المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة

إن حق المستهلك في العدول عن العقد المبرم عن بعد يؤثر على المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، لذلك سنتناول آثاره بالنسبة للمستهلك، والمحترف كما يلي:

[1]- بخالد عجالي، حق المستهلك الالكتروني في التراجع...، المرجع السابق، ص 243.

[2]- بن قويدر زبيري، المرجع السابق، ص 70-71.

1- آثاره بالنسبة للمستهلك

إذا تمسك المستهلك بحقه في العدول عن العقد المبرم عن بعد فإن ذلك يؤدي إلى زوال العقد واعتباره كأن لم يكن منذ لحظة إبرامه وهذا ما يلزمه برد السلعة أو المنتوج للبائع أو التنازل عن الاستفادة من الخدمة ويجب أن يرجع البضاعة أو المنتوج بالحالة التي تسلمها فإن أصابها تلف أو هلاك تحمل تبعته باعتباره كان مالكا لها[1].

تكريسا لحماية المستهلك عند ممارسته لحق العدول عن العقد فإن التشريعات التي نظمت هذا الحق جعلته مجانيا، دون أن يتحمل أية مصاريف أو جزاءات لكي لا يعزف المستهلك عن ممارسة هذا الحق، كما أن هذا الحق حدّدت مختلف التشريعات المدّة القانونية التي يجب أن يمارس خلالها، حيث نجد أن المادة 9-1 من التوجه الأوربي رقم 83-2011 نصت على أن مهلة العدول عن العقد هي 14 يوما يبدأ حسابها من يوم تسلم المنتوج أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمات، دون تحمله لأية مصاريف باستثناء مصاريف الرد[2].

بالرجوع إلى قانون الاستهلاك الصادر في 17 مارس 2014 قام المشرع الفرنسي بتمديد مدة العدول عن العقد إلى أربعة عشر يوما وخوّل للمستهلك هذه المكنة من خلال اتصال هاتفي فقط بالمحترف يعبر فيه عن تراجعه عن العقد دون الحاجة إلى إبداء أي تبرير وهو ما نصت عليه المادة 121-21 فقرة1 من قانون الاستهلاك الفرنسي[3].

كما نصت المادة 121-18 من قانون الاستهلاك الفرنسي بأن المستهلك لا يتحمل أية مصاريف أو تكاليف نتيجة ممارسته لحقه في العدول عن العقد باستثناء المصاريف المحددة في المواد 221-23 الى 221- 25[4].

جاء في قانون المبادلات التجارية الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 في الفصل 30 منه على أن المستهلك يتحمل المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة وليس في هذا الحكم إجحاف بحق المستهلك

[1]- بخالد عجالي، حق المستهلك في التراجع...، المرجع السابق، ص 353.

[2]- محمد أمين سعدي، "حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد05، العدد 02، سنة 2019، ص 32-63، ص 48.

[3]- مليكة جامع، "حق العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الالكتروني"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات المجلد 13، العدد1، سنة 2020، ص 451-478، ص 472.

[4]- يراجع نص المادة 221- 18 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

إذ لا ينسب إلى التاجر خطأ أو إخلال بتنفيذ التزاماته، لذلك فليس من العدل إلزامه بنفقات اعادة السلعة، لأن المستهلك هو من اختار العدول عن العقد وعليه أن يتحمل نفقات ذلك[1].

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه وبموجب المادة 19 ف 3 من القانون 18-05 نص على أن :" الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية".

إنّ انقضاء المدة المحددة قانونا لممارسة حق العدول عن العقد يؤدي إلى سقوط هذا الأخير، إلا أنه لا يمنع المستهلك من الاستفادة من القواعد العامة الخاصة بضمان العيوب الخفية أو الاستناد إلى نظرية عيوب الإرادة اذا تبين أن إرادته كانت معيبة، فالحق في العدول عن العقد هو مكنة قانونية لحماية المستهلك، ضمن القواعد الخاصة والتي لا تُسقط الحماية العامة المقررة في القانون المدني[2].

2- آثار حق العدول عن العقد بالنسبة للمحترف

إن ممارسة حق العدول عن العقد المبرم عن بعد يؤدي إلى ترتيب التزامات على عاتق المحترف، تتمثل في رد السلعة أو مقابل الخدمة التي سبق وأن قبضها من طرف المستهلك، على أن يكون ذلك خلال المدة المحددة قانونا والأصل أن المحترف يلتزم برد ثمن السلعة أو مقابل الخدمة بمجرد إعلان المستهلك عن رغبته في العدول عن العقد ونظرا لما قد يصدر عن المحترف من مماطلة في تنفيذ التزامه برد الثمن تدخل المشرع لتحديد مهلة إرجاع الثمن ومقابل الخدمة وجعلها كحد أقصى، ولقد اختلفت التشريعات في هذا الصدد فنجد المادة 13 من التوجيه الأوربي 83 لسنة 2011[3] نصت على أن المحترف يلتزم برد الثمن للمستهلك في أجل أقصاه 14 يوما التالية لإخباره بقرار المستهلك المتمثل في العدول وأن يرد الثمن بذات الوسيلة التي تمّ بها الوفاء سواء تم ذلك نقدا أو كان عبارة عن شيك بنكي أو عن طريق حوالات بريدية، أو أية وسيلة أخرى وفي حالة ما إذا طلب المستهلك صراحة رد الثمن بوسيلة تُكلف المحترف مصاريف أكبر من وسائل السداد المعتادة فإن المستهلك يلتزم بسداد الرسوم الإضافية[4].

---

[1]- مليكة جامع، المرجع السابق، ص 472.

[2]- بخالد عجالي، حق المستهلك الالكتروني في التراجع...، المرجع السابق، ص 354.

[3]- جاءت صياغة المادة 13 من التوجيه الأوربي رقم 83 لسنة 2011 باللغة الفرنسية كما يلي:

« Les professionnel rembourse tous les paiements de la part du consommateur y compris, le cas échant, les frais de livraison retard excessif tout l'cas de cause dans les quatorze jours suivant celui où il informe de la décision du consommateur...du contrat conformément à l'article.... »

[4]- محمد الطاهر أدحيمن، "حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد01، سنة 2020، ص 24-44، ص 41.

نص قانون الاستهلاك الفرنسي بموجي المادة 221-24 على إلزام المهني برد المبلغ الإجمالي بما في ذلك رسوم التسليم دون تأخير لا مبرر له وكأقصى تقدير خلال 14 يوما من تاريخ إبلاغه بقرار المستهلك في العدول.[1]

نص قانون حماية المستهلك المغربي في المادة 37 منه على أنه عند ممارسة حق التراجع على المورد (المحترف) أن يرد للمستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير خلال 15 يوما للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور وبعد انقضاء الأجل المذكور تترتب بقوة القانون على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به.[2]

كما جاء في قانون المبادلات التجارية الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 حيث نص في الفصل 30 منه على أنه: "...يتعين على البائع ارجاع المبلغ المدفوع الى المستهلك في أجل 10 أيام عمل من تاريخ ارجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة. [3]

يترتب على ممارسة حق العدول عن العقد من قبل المستهلك أن يلتزم البائع بفسخ عقد القرض الذي يكون قد أبرمه مع المشتري لتمويل شراء البضاعة أو الاستفادة من الخدمة، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي و المشرع التونسي في قانون المبادلات التجارية التونسي.[4].

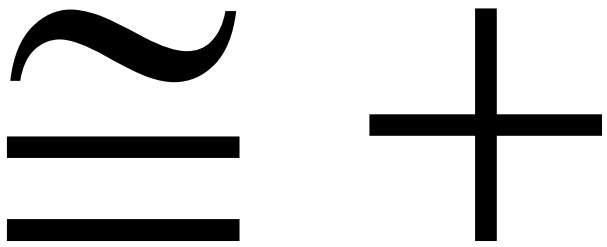
[1]- جاءت صياغة المادة 221-24 من قانون الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

« Lorsque le droit de rétraction est exercé, le professionnel rembourse les consommateurs de la totalité des sommes versées, y compris les frais de livraison, dans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours à compter de la date a l'aquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter ».

[2]- محمد الطاهر أدحيمن، المرجع السابق، ص 41.

[3]- المرجع نفسه، ص 41.

[4]- مليكة جامع، المرجع السابق، ص 474.



مواءمة العقد للسياسة الاقتصادية:

الوجه الآخر للتدخل التشريعي في العقود

الفصل الثاني: مواءمة العقد للسياسة الاقتصادية: الوجه الآخر للتدخل التشريعي في العقود.

نتج عن الأزمة العالمية للبترول سنة 1986 تدهور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الجزائر، الأمر الذي أدى إلى إعادة النظر في كل المنظومة القانونية، بداية بتغيير النظام السياسي الجزائري من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبيرالي وهذا ما كرسه دستور 1989 وأدى ذلك بالضرورة إلى تغيير طبيعة النظام الاقتصادي من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر، وتغيير دور الدولة من الدور المتدخل إلى الدور الضابط[1].

تجلت مظاهر الإصلاح الأولى بصدور القانون 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية[2] والقانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار[3] ثم توالت عدة تشريعات تكرس نظام اقتصاد السوق، حيث تم تكريسه صراحة بموجب المادة 37 من دستور 1996 التي نصت على أن :"حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون" وتأكد ذلك بموجب المادة 43 من التعديل الأخير للدستور سنة 2016[4] التي كرست الاعتراف بحرية التجارة من جهة وتكفل الدولة بضبط السوق، أي يبقى لها الدور الرقابي في وظيفتها وعليه سنتناول في **(المبحث الأول)** التحول في وظيفة الدولة والذي نتج عنه مبدأ حرية التجارة والصناعة أي حرية المنافسة، هذا ما أدى إلى تخلي الدولة عن دورها المتمثل في الدولة المتدخلة وأصبحت دولة حارسة مع إسناد وظيفة ضبط السوق إلى أجهزة الضبط المستقلة من أجل تنفيذ سياسة الدولة في ضبط الاقتصاد عن طريق آلية النظام العام التنافسي.

إن مبدأ حرية التجارة والصناعة انبثق عنه مبدأ حرية المنافسة من أجل حماية حرية التعاقد الذي استوجب تكريس نظام اقتصادي توجيهي مما أثر على حرية الإرادة التعاقدية وهو ما سنتناوله في **(المبحث الثاني).**

المبحث الأول: التحول في وظيفة الدولة: العقد آلية لخدمة الأهداف الاقتصادية

[1]- ليندة بلحارت، " دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة "، مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية، السنة الحادية عشر، العدد 21 ديسمبر 2016، ص 224.

[2]- المؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، (ج ر، الصادرة في 13 جانفي 1988، ع 02).

[3]- المؤرخ في 5 ماي 1989، يتعلق بالأسعار، الملغى والذي سبقت الإشارة اليه.

[4]- بموجب القانون رقم 16-01، المؤرخ في مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الذي سبقت الإشارة اليه.

بعد فشل سياسة التسيير الاقتصادي القائمة أساسا على الريع النفطي وإهمال دور المؤسسة الاقتصادية واعتبارها أداة تسيير مركزي عوض النظر إليها ككيان اقتصادي منتج وفعال جاءت عدة محاولات أولية لتفادي الانعكاسات السلبية لهذه الأزمة عن طريق ضمان قدر من الاستقلالية لها إزاء السلطة المركزية، مما أدى إلى صدور عدة قوانين في هذا المجال[1] من أجل إعادة هيكلة المؤسسات العمومية إلا أن هذه الإجراءات باءت بالفشل لغياب رؤية واضحة تجسد استقلالية حقيقية للمؤسسات الأمر الذي استدعى إصلاحات أكثر كفاءة لتحقيق تحول في الاقتصاد الجزائري من خلال التوجه إلى اقتصاد السوق[2].

لما كان القانون هو الإطار المنظم لمختلف التوجيهات الجديدة فإن تغير هذه التوجهات يستدعي إحداث تغيرات جذرية في المنظمة القانونية تكون قادرة على استيعابها، ولقد تعددت النصوص القانونية التي تولّت مهمة تأهيل الاقتصاد الجزائري لخوض مرحلة جديدة تظهر فيها السوق كمنظومة جديدة باعتبارها السبيل الوحيد لتحقيق الفعالية الاقتصادية فعلى الصعيد السياسي كرس دستور 1989 تعددية الممارسة السياسية، أما على الصعيد القانوني فقد صدرت عدة نصوص قانونية ذات البعد التأطيري كمرحلة أولى، إلى حين صدور النصوص المتخصصة أو القطاعية.[3]

من النصوص التأطيرية التي صدرت في بداية التسعينات قانون النقد والقرض[4] سنة 1990، باعتبار أن المجال المصرفي عصب الحياة الاقتصادية وقومها واستتبع ذلك إصدار نصوص قانونية أخرى لا تقل أهمية منها الأمر المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية[5] على إثر الاتفاقيتين المبرمتين مع صندوق النقد الدولي سنتي 1994-1995 والذي عرف ببرنامج التعديل الهيكلي[6].

وعلى إثر ذلك صدر أول قانون جزائري يتعلق بالمنافسة بموجب الأمر 95-06[7] فلم يخصص المشرع هذا النص لقواعد المنافسة بل جمعها بالقواعد الخاصة الأمر الذي لم يؤدي إلى ظهور كقانون للمنافسة، بالإضافة إلى أنه لم يتوسع في الممارسات المنافية للمنافسة وكذا إجراءات متابعتها من قبل

[1]- منها القانون رقم 88- 01 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الذي سبقت الإشارة.

[2]- الهام بوحلايس، الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2016- 2017، ص 03.

[3]- الهام بوحلايس، المرجع السابق، ص 03.

[4]- القانون رقم 90-10، المؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، (ج ر، الصادرة بتاريخ 18 أفريل 1990، ع 16، ص 51)، ملغى.

[5]- رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1994، يتعلق بخصوصة المؤسسات العمومية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1995، ع 48 ، ص 03).

[6]- الهام بوحلايس، المرجع السابق، ص 03.

[7]- المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة (ج ر، الصادرة بتاريخ 22 جانفي 1995، ع 9، ص 13)، ملغى.

مجلس المنافسة هذه العوامل ساهمت في إعادة النظر في الأمر 95-06، وأهمها هو توقيع اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوربي سنة 2002 ومفاوضاتها المتواصلة بشأن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية وعلى إثر ذلك أصدر المشرع الأمر 03-03[1]، المتعلق بالمنافسة والذي ألغى الأمر 95-06.

إن سياسة الجزائر في التوجه إلى اقتصاد السوق[2] ترمي إلى وضع وإرساء الأدوات الضرورية للسير الحسن لاقتصاد تلعب فيه الدولة دور الحارس والموجه وتفسح فيه المجال للمبادرات الفردية وحرية المشروع وتكريس حرية التجارة والصناعة الذي سبق على حرية المنافسة وهو ما نتناوله في **(المطلب الأول)**، كما أن انتهاج الدولة لسياسة اقتصاد السوق نتج عنه تكريس النظام العام التوجيهي في بعده التنافسي وهو ما سنتناوله في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: ضرورة تكريس نظام قانوني يجسد حرية المنافسة

نتج عن تخلي الدولة عن النظام الاشتراكي وانتهاج النظام الليبيرالي[3] بداية من دستور 1989 عدة إصلاحات في المنظمة القانونية كما مر معنا، بغية الوصول إلى تحقيق بديل عن مقومات الاقتصاد آنذاك الذي كان يعتمد على الريع النفطي، وبصدور دستور 1996 أقر المشرع صراحة مبدأ حرية التجارة والصناعة بموجب المادة 37 وعزّز ذلك بموجب المادة 43 من القانون 16-01، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 وبذلك تحولت الدولة الجزائرية من انتهاج نظام الاقتصاد الموجه إلى نظام الاقتصاد الحر، الذي انبثق عنه مبدأ حرية المنافسة ولكي نتطرق إلى النظام القانوني الذي ينظم المنافسة فإنه لا بد من تحديد مفهوم المنافسة **(الفرع الأول)** ثم نتناول القانون الذي ينظم المنافسة والذي يعتبر وليد النظام الاقتصادي الجديد في**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: ماهية مبدأ حرية المنافسة

[1]- الذي سبقت الإشارة إليه.

[2]- اقتصاد السوق أو اقتصاد السوق الحر نظام اقتصادي يتم فيه انتاج وتوزيع السلع والخدمات من خلال آليات السوق الحر في ظل نظام حر للأسعار، بدلا عن قيام الحكومة بذلك في الاقتصاد المخطط، يراجع في هذا الخصوص، الزين منصوري، "دور الدولة في تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ظل اقتصاد السوق، حالة الجزائر"، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد الحادي عشر، جوان 2012، ص 303.

[3]- في النظام الليبيرالي الرأسمالي يتم الضبط من خلال قواعد السوق أي عن طريق العرض والطلب، أما في النظام الاشتراكي فالضبط يتم عن طريق التخطيط، أي عن طريق الاقتصاد والبرامج المخططة وهذا ما حدث في الجزائر بعد فترة الاستقلال وما يليها، أي الفترة الذي أعقبت الاستقلال والسياسة التي كانت متبعة عبر تطبيق سياسة الاحتكار ثم التخلي عنها وانتهاج سياسة اقتصاد السوق، لكن هذا لا ينفي تعايش الأنظمة في دولة معينة، يراجع أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 258.

إن تحديد مفهوم حرية المنافسة يستوجب التطرق إلى مفهوم مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي انبثق عنه مبدأ حرية المنافسة **(أولا)** ثم نتناول مفهوم مبدأ حرية المنافسة **(ثانيا)** والأهداف التي يسعى إليها هذا المبدأ **(ثالثا)**.

أولا: تكريس مبدأ حرية التجارة و الصناعة

كرس المشرع مبدأ حرية التجارة والصناعة بعد انتهاجه لنظام اقتصاد السوق، الذي فرضته العولمة، مسايرا التطورات الاقتصادية العالمية، بعد إبرام اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوربي وكذا انضمام الجزائر إلى منظمة التجارة العالمية.

إن مبدأ حرية التجارة والصناعة يقتضي منح القطاع الخاص حرية أكثر في ممارسة النشاط الاقتصادي وهذا ما جسّده المشرع من خلال إصداره للعديد من النصوص القانونية التي تنص على هذا المبدأ منها مبدأ حرية الاستثمار، مبدأ حرية تحويل الاستيراد والتصدير ومبدأ حرية الأسعار...[1].

إن هذه العقود الجديدة لم يتصدى لها القانون المدني، فهي تجسد تقنيات حديثة للتعاون ابتدعها المشرع من أجل تنظيم السوق في ظل التجارة العالمية، من أجل زيادة عدد المؤسسات التجارية وتوسيع دائرة نشاطها، هذا ما جعل من العقد (الالتزامات الإرادية) أهم قواعد اللعبة الاقتصادية، مما تعني تراجع التشريع الأحادي المركزي في المجال الاقتصادي ويحل محله العقد.[2]

إن النهج الجديد للنظام الاقتصادي يستوجب إيجاد آليات قانونية تتماشى معه فكان الاهتمام بحرية المنافسة وتأكد ذلك بهجر النظام القائم على الاقتصاد الموجه وأصبح تحديد أسعار السلع والخدمات يتم بكل حرية سيما غير الضرورية منها، اعتمادا على قواعد المنافسة والحرية الاقتصادية.

ثانيا: مفهوم مبدأ حرية المنافسة

[1]- لخضر حليس، مكانة الإرادة...، المرجع السابق، ص 252.

[2]- المرجع نفسه، ص 252.

تعرّف المنافسة بأنها: " تنافس المصالح بين التجار والصناع ومحاولة جذب الزبائن إليهم بأفضل الأسعار وأحسن جودة...".[1]

تعرّف المنافسة أيضا بأنها الحالة التي تقوم فيها مواجهة حرة صادقة لجميع الفاعلين الاقتصاديين على صعيد العرض والطلب للسلع والخدمات وثمرات الإنتاج ورؤوس الأموال[2].

إن مبدأ حرية المنافسة له علاقة بمبدأ حرية التجارة والصناعة طالما أن هذا الأخير يتجسد من خلال السماح للخواص بممارسة الأنشطة الاقتصادية في إطار نظام تنافسي[3] والذي لا ينبغي اختراقه أو المساس به من السلطة العامة لا بطريقة مباشرة عن طريق الأوامر والتعليمات ولا بطريقة غير مباشرة عن طريق دعم بعض المؤسسات على حساب الأخرى[4].

يقصد بحرية المنافسة العمل في سوق يتعدد فيه الممارسون الاقتصاديون لنفس النشاط وأن يستمروا في هذه المنافسة من دون قيد، ويمكن القول أن حرية المنافسة تتضمن بالإضافة إلى حرية انتقال الأشخاص واحترام حرية القيام بالمشاريع بدون أن تكون هناك حواجز تحظر الدخول إلى السوق وحرية حركة عوامل الإنتاج وعدم إعاقة تدفق رؤوس الأموال وتضيف حرية وحركة انتقال السلع وغيرها.[5]

ذهب البعض إلى القول أن المنافسة تمثل أحسن علاقة ممكنة بين كل من السعر والجودة، من حيث النظر إليها كنمط لتنظيم المجتمع، أما من حيث جانبها الاقتصادي تبدوا المنافسة كآلية تمكن في سوق محددة من تشكل الأسعار بواسطة عملتي العرض والطلب[6].

بعد أن خلصنا إلى حقيقة مفادها أن المنافسة أصبحت تمثل العمود الفقري للاقتصاد الحالي ولا يمكن للتنمية الاقتصادية أن تنتعش إلا في ظل مبدأ حرية المنافسة تسودها الشفافية والمساواة فإننا نتطرق إلى دواعي وأهداف المنافسة كما يلي:

ثالثا: دواعي وجود قانون يحمي المنافسة

---

[1]- لخضر حليس، مكانة الإرادة...، المرجع السابق، ص 252.

[2]- الهام بوحلايس، المرجع السابق، ص 29.

[3]- سيأتي التفصيل في مفهوم النظام العام التنافسي في المبحث الثاني من هذا الباب.

[4]- الهام بوحلايس، المرجع السابق، ص 29.

[5]- أميرة ايمان عمارة، " نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة "، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 92.

[6]- محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة سنة 2013، ص 30-31.

يمكن حصر دواعي سن قواعد قانونية تنظم وتضبط السوق التنافسية كما يلي:

1- إن تنظيم قانون يحمي المنافسة الحرة ترتب على اثر الإصلاحات التي عرفتها ولا تزال تعرفها المنظومتان القانونية والمؤسساتية للاقتصاد الوطني والتي تستهدف تأهيل المؤسسات الوطنية وجعلها عنصرا فعالا في السوق، من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية.

2- مساعدة المؤسسات الاقتصادية على اكتساب مناعة وطنية من أجل التصدي للانعكاسات السلبية للعولمة وتحضيرا للالتزامات التي ترتبت نتيجة انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة OMC.

3- ضمان الحرية لكل متعامل (مشروع) في الدخول إلى السوق الوطنية من جهة ودون أن يتعرض لممارسات غير مشروعة أو من شأنها المساس باللعبة التنافسية.[1]

الفرع الثاني: قانون المنافسة وليد النظام الاقتصادي الجديد

إن تكريس المشرع لقانون المنافسة يعتبر الصورة الحقيقية التي تجسّد التحولات التي يعرفها أي نظام اقتصادي، بحيث يعتبر الأداة الفعالة لتنظيم وتنمية الاقتصاد عموما وعنصرا لا يمكن الاستغناء عنه في تفعيل نشاط اقتصاد السوق تحديدا[2] وبما أن قانون المنافسة ينظم النشاط الاقتصادي داخل السوق فإن ذلك يعني أن له علاقة بالعقد، بحيث يعتبر هذا الأخير أداة للتواجد في السوق، من هذا المنطلق سنتناول **(أولا)** مفهوم قانون المنافسة و**(ثانيا)** خصوصيته و علاقته بالعقد(**ثالثا**).

أولا: مفهوم قانون المنافسة

إن كثرة الأهداف والغايات التي يهدف إلى تحقيقها قانون المنافسة تجعل من وضع تعريف له أمرا صعبا، بالإضافة إلى أن هذا القانون له علاقة بفروع أخرى من القوانين سواء تلك التي تدخل في إطار القانون العام أو القانون الخاص، إلا أنه ينفتح أكثر على قانون الأعمال وما يحتوي عليه من موضوعات كالشركة والملكية الصناعية وحماية المستهلك...الخ.[3]

[1]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 37.

[2]- المرجع نفسه، ص 92.

[3]- المرجع نفسه، ص 34.

عرّفت الأستاذة **Catherine barreau** قانون المنافسة بأنه: "مجموعة القواعد التي تطبق على المؤسسات أثناء نشاطها في السوق والتي تكون موجهة الى تنظيم التنافس الذي تخوضه هذه المؤسسات بمعنى العمل على أن تكون هذه المنافسة كافية ودون أن تكون مفرطة".[1]

يعبر قانون المنافسة عن نظام لتنظيم السوق مثله مثل العقد في خاصية تنظيم العلاقات، فالعقد هو تنظيم العلاقات بين الأفراد، أما بالنسبة لقانون المنافسة فهو وسيلة لتنظيم العلاقات بين المتنافسين والفاعلين في السوق وبصورة عامة هو وسيلة لتنظيم السوق وبالتالي يعبر عن تلاقي طريقتين للتنظيم.

بالرجوع إلى المادة 01 من ق 03-03، المتعلق بالمنافسة فإن المشرع نص على أنه: " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسة مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".

يفهم من المادة المذكورة أعلاه ومن خلال ما سبق أن العقد وسيلة للدخول إلى السوق من أجل خلق سوق تنافسية حرة، حتى ولو كان ذلك السوق يخضع للضبط من طرف هيئة الضبط وما أكد هذه العلاقة هو قانون المنافسة حيث تضمن مفهوم العقد في العديد من أحكامه، سواء نص على ذلك صراحة أو في إطار مفهوم الاتفاق وكذلك في العلاقات التجارية وعليه سنتناول خصوصية هذا القانون ثم العلاقة بينه وبين العقد القائم على مبدأ سلطان الإرادة.

ثانيا: خصوصية قانون المنافسة

إن قانون المنافسة كما سبق وأن تطرقنا له يهدف إلى حد كبير إلى خدمة الأهداف السياسية للدولة، فهو أداة لتنفيذ السياسة الاقتصادية والاجتماعية للدولة لذلك لا يمكن الجزم بأنه قانون خاص على اعتبار أنه يحكم العلاقات بين مصالح الأشخاص الخاصة، كما أن قانون المنافسة لا يمثل فرعا من فروع القانون الكلاسيكية التي تقسم القوانين إلى قوانين عامة وقوانين خاصة لأنه يحتوي على العديد من القواعد التي تجد أصلها في فروع القانون الأخرى التي يشملها القانون العام وكنتيجة لذلك فإنه يمكن القول أن ما يميز هذا الفرع من فروع القانون الأخرى هو مهمة التوفيق بين المصالح المتضاربة، فكما يقول الفيلسوف القانوني **M.villey**:" إن القانون يعرف من خلال غايته وأهدافه" وإذا كانت قواعد المنافسة

[1] -frison-roche, marie Anne contrat concurrence, régulation , RTD civ, 2004, op, cit.32.

تهدف أساسا إلى حماية المنافسة فهي في الوقت ذاته تحرص على حماية مصالح المتنافسين أنفسهم، من جهة ومصالح المستهلكين من جهة أخرى.[1]

إن قواعد المنافسة تهدف كأصل عام إلى ضمان السير الحسن للسوق وتحقيق الفاعلية أي أنها تحمي المنافسة من كل ممارسة من شأنها المساس بهاتين الغايتين، من أجل تحقيق الفاعلية الاقتصادية وكمثال على ذلك ما نصت عليه المادة 11 من الأمر 03-03[2]، المتعلق بالمنافسة التي تحظر الممارسات التمييزية، التي من شأنها أن تخلق وضعية امتياز أو عدم امتياز في المنافسة، هذا ما يبين إبعاد نظرية الغبن المعروفة في القانون المدني، لأنها تهدف الى توازن السوق من هذه الوضعيات بالإضافة إلى حماية المتعاقد.[3]

بعد ما كان المشرع يحصر محاربة الشروط التعسفية في نطاق عقود الإذعان وفي العلاقات بين المستهلكين والمهنيين فقط دون أن تمتد هذه الحماية إلى المهنيين أنفسهم، وسع من هذه الحماية في نطاق قانون المنافسة عن طريق ظهور عقود التبعية بين الأعوان الاقتصاديين من أجل محاربة عدم التوازن العقدي[4]، فكل قاعدة ظاهرها حماية السوق نجدها تحتوي على معاقبة السلوكيات غير المشروعة واللاتنافسية وهذا ما يشكل ميلاً إلى حماية طرف (الضعيف) على حساب الآخر ولذلك أشار الفقيه l. Vogel أنه يوجد في القانون الخاص بالمنافسة نوعان من القواعد تلك التي يتوقف تطبيقها أساسا على سلوكيات المؤسسات، وقواعد مختلطة mixtes تتطلب بدورها توافر شرطين السيطرة على السوق كشرط هيكلي، والسلوك التعسفي (كشرط سلوكي)[5].

تحرص التشريعات المنظمة للمنافسة على أن تكون اللعبة التنافسية في صالح المستهلك من خلال حصوله على السلع والخدمات التي يرغب فيها بأفضل الأسعار والمواصفات، لذلك تضمّن قانون المنافسة القواعد الخاصة بحماية المستهلك أيضا، حيث تضمن مواد تتعلق بإعلام المستهلكين وحمايتهم...الخ، كما أن قانون المنافسة يرتكز على تحليل السوق، لذلك يعتبر قانون المنافسة قانونا اقتصاديا، لأنه يسعى لخدمة غايات اقتصادية (التفوق المالي جذب العملاء...الخ) وهي ظواهر اقتصادية تجعله يظهر أكثر فأكثر قانون واقعي براغماتي، موجه نحو إشباع الحاجات المادية على الأخص لأن قواعد المنافسة تنتقي

[1]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 39.

[2]- يراجع نص المادة 11 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة والذي سبقت الإشارة إليه.

[3]- المرجع نفسه، ص 40.

[4]- ليندة قردوح، "البطلان في قانون المنافسة كدعامة لإعادة التوازن العقدي"، مجلة البحوث في العقود قانون الأعمال، العدد الخامس ، ديسمبر 2018، ص 108.

[5]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 4.

المتنافسين الأكثر فعالية من أجل تحقيق الفعالية الاقتصادية دون إلغاء المبادئ العامة للقانون (الحرية، العدالة و الأمن...).

كما أننا نجد أن قانون المنافسة يتغير ويتنوع تماشيا مع الأهداف التي يخدمها أي التي تم تحديدها في السياسة الاقتصادية ومن ثمة فإن شرعيته تستمد وتمكن في مدى إشباعه لهذه الأخيرة.[1]

إن ما يمكن استخلاصه من خلال ما سبق أن العقد وسيلة للدخول إلى السوق من أجل خلق سوق تنافسية حرة حتى ولو كان ذلك السوق يخضع للضبط وما أكّد هذه العلاقة هو قانون المنافسة حيث تضمن مفهوم العقد في العديد من أحكامه، سواء نص عليها صراحة أو في إطار مفهوم الاتفاق وكذلك في العلاقات التجارية وسنتطرق لهذه العلاقة القائمة بين العقد في مفهومه التقليدي القائم على سلطان الإرادة وحرية التعاقد وقانون المنافسة تباعا.

ثالثا: العقد آلية لضبط المنافسة

يعتبر العقد المحرك الأساسي للاقتصاد، عن طريقه يتم تبادل السلع والخدمات بين المتعاملين الاقتصاديين في ظل نظام اقتصاد السوق ويركز على اعمال سلطان إرادة المتدخلين فيما لا يخالف النظام العام التنافسي، فالعقد المجال الخصب لوضع قواعد خاصة في السوق تصنعها إرادة الأعوان الاقتصاديين ولا يحد من مجال اعمالها إلا مخالفة مقتضيات النظام العام الاقتصادي[2].

1- العقد أداة بامتياز للمبادلات التجارية

يتجسد النشاط الاقتصادي قانونيا من خلال العقود لذلك يعتبر العقد أداة فعالة في السوق ويظهر ذلك كتقنية حصرية لتبادل الثروات وأحد الآليات الأساسية للنشاط الاقتصادي، حيث تعتبر الحرية العقدية أحد أسس الاقتصاد الليبيرالي وركيزة للحرية الاقتصادية، حيث يرتكز اقتصاد السوق على التبادلات التي تنتج من تداول الثروات في السوق ويترتب على ذلك أن العقد أصبح وسيلة لتحقيق التبادلات، مما يدفعنا إلى القول أنه لا يمكن أن يسير السوق بدون عقد ولا بدون حرية عقدية[3].

إن تخلي الدولة عن سياسة الاحتكار والتوجه نحو تشجيع الاستثمار والمنافسة في ظل الاقتصاد الحر، جعل الدولة تتجه إلى تحرير قطاعات كانت تعتبر مرافق عامة تقليدية، كالمياه والكهرباء والغاز، بل الأكثر من ذلك عمدت الدولة إلى فتح القطاعات الاستراتيجية كالمحروقات وتظهر أهمية العقد في أنه

[1]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 44.

[2]- لخضر حليس، مكانة الإرادة...، المرجع السابق، ص 253.

[3]- خديجة فاضل، الحرية العقدية وقانون السوق...، المرجع السابق، ص 31.

الأداة القانونية للتواجد في السوق من أجل خلق سوق تنافسية حرة، مع إخضاع السوق إلى الضبط الاقتصادي ولما كان السوق يقوم أصلا على مبدأ التوازن بين المنافسة الحرة ومبدأ آخر هو النظام العام التنافسي فيمكن أن يكون العقد وسيلة لتحقيق هذا التوازن.[1]

2- العقد وسيلة لضبط السوق

إن العقد وسيلة للتواجد في السوق كما مر معنا إلا أن التطورات اللاحقة لآليات السوق دلّت على أن الاكتفاء بهذا الطرح أصبح متجاوزا والإحاطة بحدود قدرة العقد على القيام بهذه الأدوار الجديدة سيمكننا لاحقا من الوقوف على المدى الذي يصل إليه التوجه التعاقدي في قانون المنافسة، فهناك توجه يرحب بمساهمة العقد في هيكلة وضبط السوق والتنظيمات الاقتصادية الفاعلة فيه وفي هذا الصدد يرى الدكتور قادة شهيدة بأن : "إسهامات التقنيات التعاقدية جد واعدة، طالما أن تنظيم تداول القيم التنافسية بين المشروعات أصبح يتم عن طريق العقود وحدود الدور المستقبلي للعقد لن يتوقف عند هذا المستوى، بل إن هناك رهانات جديدة باتت مطروحة في مجال الضبط والموازنة[2].

المطلب الثاني: استحداث سلطات الضبط الاقتصادي: المفهوم الجديد لتدخل الدولة

نتج عن تخلي الدولة عن النظام الاشتراكي انتهاج النظام الليبيرالي والتوجه إلى اقتصاد السوق، بعد الآثار السلبية التي خلفها النظام الاشتراكي والاتجاه نحو العولمة، فبعد ما كانت مهيمنة على السوق وفي كل جوانبه، أدى هذا الأسلوب التدخلي إلى آثار سلبية تسببت في أزمة اقتصادية حادة مسّت جميع الميادين، فأصبح من الضروري إعادة النظر في الوظائف وتكيفها مع التحولات الداخلية والعالمية الجديدة، وبذلك تم استحداث سلطات الضبط الاقتصادي باعتبارها العمود الفقري للاقتصاد في مختلف القطاعات[3] وهذا ما ستناوله في **(الفرع الأول)**، كما أن إسناد الدولة مهمة الضبط لهذه السلطات الإدارية والتخلي عن دورها التدخلي المباشر كان لابد أن يكون عبر آلية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي والذي يظهر فيه الطابع التوجيهي بصورة واضحة مقارنة مع النظام الاقتصادي في طابعه الحمائي وهو ما سنتناوله في **(الفرع الثاني)**.

[1]- عز الدين عيساوي، " العقد كوسيلة لضبط السوق "، مجلة المفكر، العدد الثالث، ص 211.

[2]- لخضر حليس، المرجع السابق، ص 254.

[3]- داود منصور، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2015- 2016 ، ص 71.

الفرع الأول: الضبط الاقتصادي يمثل العمود الفقري للاقتصاد

يجسد الضبط الاقتصادي[1] هجر الدولة للتنظيم في المجال الاقتصادي وقيامها بالضبط، لضمان استقرار حرية السوق بدل توجيهه وهو تصور ليبيرالي يرفض كل تدخل للدولة، حيث أصبح المصطلح الجديد المتعامل هو مصطلح الدولة الضابطة، إن هذا التحول في وظيفة الدولة هو الدّافع لخلق مؤسساتية للضبط بحجة أن المؤسسات الإدارية التقليدية لم تعد قادرة على تلبية الحاجة الجديدة في الضبط وحماية الحريات، كما أن البناء المؤسساتي التقليدي ليس قادرا على الاستجابة لمتطلبات التدخل الفعال السريع لمواكبة تطور العلوم[2] وسنتناوله في هذا الفرع **(أولا)** مفهوم الضبط الاقتصادي، **(ثانيا)** مظاهره.

أولا: مفهوم الضبط الاقتصادي

سنتناول تحديد مفهوم الضبط الاقتصادي من خلال التطرق الى التعريف الفقهي للضبط الاقتصادي.

عرّف الأستاذ " **Jobart** " الضبط كما يلي: " الضبط هو الشكل الجديد للقانون الذي يسعى بوسائل مرنة إلى حث وتوجيه وملائمة السلوك الاجتماعي".

كما صرّح أحد الكتاب أن: "الضبط ليس إنكار دور الدولة في العمل الجديد في المجال الاقتصادي ولكن هو طريقة أخرى لتحرك الدولة بفلسفة اجتماعية جديدة..."[3].

ذهب الأستاذ زوايمية رشيد أن الضبط ما هو إلا طريقة جديدة لتدخل الدولة التي انتقلت من ميكانيزمات الرقابة إلى أشكال جديدة من التدخل تسمى بالضبط، فبعد أن كانت دولة حارسة أصبحت دولة ضابطة خلافا لما يمكن فهمه من عبارة انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، فإن الانتقال من

---

[1]- ظهر مصطلح الضبط الاقتصادي في الميدان القانوني أول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية خلال 1933 مباشرة بعد أزمة 1929 وكأثر من آثارها، حيث أصدر الرئيس " روزفلت " قرارا لإنشاء مجموعة من الهيئات لرقابة السوق المالية وغيرها وضمان السير الحسن ومنع الاحتكار بفتح المجال للمنافسة المشروعة، ويراد به تدخل الهيئات العامة لمراقبة المتعاملين الاقتصاديين في السوق وما لبث أن تأثرت به التشريعات الأخرى، لتكرسه في منظومتها القانونية لا سيما التشريع الفرنسي، الذي اقتبس منه المشرع الجزائري بدوره النصوص القانونية المجسدة لفكرة الضبط، على أثر الإصلاحات السياسية والاقتصادية التي قام بها في أواخر الثمانينات، يراجع في هذا الخصوص يسمينة شيخ أعمر، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2008- 2009، ص 24.

[2]- عائشة خليل، دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود القانونية، فرع قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم القانونية، السنة الجامعية: 2015- 2016، ص 19.

[3]- عائشة خليل، المرجع السابق، ص 20.

اقتصاد تديره الدولة إلى اقتصاد يديره السوق سيكون بالضرورة عن طريق خلق أساليب جديدة لتدخل الدولة الذي يمكن تلخيصه في مصطلح الضبط[1].

إن الضبط الاقتصادي يجسّد التغيير الذي طرأ على التقسيم التقليدي لكل من القانون العام والقانون الخاص بسبب تطور وظيفة الدولة وهو يعبر عن غزو القانون العام للقانون الخاص، إذ أصبحت العلاقات يحكمها القانون الخاص وهي تنظيمية أكثر مما هي تعاقدية كما يعني هذا التغيير أيضا خصخصة القانون العام، إذ أصبحت الدولة تباشر نشاطات اقتصادية وتجارية وتتعامل عن طريق تقنية العقد، فلم تبقى حدود كل من القانون العام والقانون الخاص ثابتة ولا مستقرة[2].

من خلال ما سبق يمكن القول أن قانون الضبط الاقتصادي قد تجاوز التقسيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص، كما أن سلطات الضبط الاقتصادي تعمل على الاستماع إلى المجتمع المدني وتلاحظ الوقائع وترصد مصالح وأهداف هذا المجتمع لتصوغ على أساس ذلك قواعد ضبطية ولكن هذه الأجهزة والسلطات توصف على أنها "إدارية" لذلك يمكن حل هذا التناقض بالقول بأن قانون الضبط هو قانون مختلط[3].

ثانيا: مظاهر الضبط الاقتصادي

كان السبق في إنشاء هيئات الضبط المستقلة يرجع لأمريكا، عندما حاولت التحييد السياسي للإدارة، لضمان استقرار الهيئات الخاضعة لحماية السلطات التشريعية ممثلة في الكونغرس، وكذلك لإسباغ العقلانية على نشاط الإدارة وكان ظهور هذه السلطات على شكل لجان، أما بالنسبة لفرنسا فقد تأخر ظهور هذه السلطات فيها مقارنة بأمريكا وانجلترا، وكان أوّل ظهور لهذا المفهوم بمناسبة قانون الإعلام الآلي والحريات رقم 78-17، الصادر في 7 جانفي 1978 والذي بموجبه تم إنشاء اللجنة الوطنية للإعلام الآلي والحريات Cnil[4].

كرس المشرع سلطات الضبط الاقتصادي بعد أن تخلت الدولة عن النظام الاشتراكي و انتهجت اقتصاد السوق، لذلك لجأت إلى إنشاء سلطات إدارية مستقلة تتكفل بوظيفة الضبط الاقتصادي كمرحلة انتقالية في انتظار تحرير وسائل الإنتاج من رقابة السلطات العمومية ولقد تجسد ذلك سنة

[1]- عائشة خليل، المرجع السابق، ص 20.

[2]- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 125.

[3]- عائشة خليل، المرجع السابق، ص 23.

[4]- الشاذلي زيبار، "النظام القانوني السلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الرابع، ديسمبر، 2014، ص 211.

1990 بإنشاء المجلس الأعلى للإعلام بموجب القانون 90-07 المتعلق بالإعلام[1]، حيث نصت المادة 59 منه على أنه سلطة إدارية مستقلة بنصها على أن " يُحدث مجلس أعلى للإعلام وهو سلطة إدارية مستقلة...".

ولقد مر انشاء هذه السلطات الإدارية المستقلة بمرحلتين كما يلي:

1- **المرحلة الأول:** وهي الفترة الممتدة من سنة 1990 الى سنة 2000. حيث تميزت هذه المرحلة بتباطؤ إنشاء هذه السلطات ولقد تم إنشاء ستة سلطات ضبط فقط وهي:

- المجلس الأعلى للإعلام الذي حُل سنة 1993 بموجب المرسوم الرئاسي 93-252 المتعلق بالمجلس الأعلى للإعلام.

- مجلس النقد والقرض بموجب القانون 90-10.[2]

- اللجنة المصرفية، التي ينظر إليها على أنها سلطة إدارية مستقلة وقد أنشئت بواسطة القانون رقم 84-46، في 24 جانفي 1984 المتعلق بنشاط ومراقبة مؤسسات القرض.

- لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، بموجب المرسوم التشريعي 93-10.[3]

- مجلس المنافسة بموجب الأمر 95-06.[4]

- وسيط الجمهورية بموجب المرسوم الرئاسي 96-113.[5]

2- **المرحلة الثانية:** تمتد هذه المرحلة من سنة 2000 إلى يومنا هذا، حيث شاع فيها إنشاء السلطات الإدارية المستقلة وتعديل معظم النصوص القانونية للسلطات التي أنشئت في المرحلة السابقة وأهم السلطات التي تم إنشاؤها نتناولها تباعا:[6]

- سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية بموجب القانون 2000 -03.[7]

- سلطة ضبط التبغ والمواد التبغية بموجب القانون 2000- 06.[1]

---

[1]- المؤرخ في 03 أفريل 1990، (ج ر، الصادرة في 04 أفريل 1990، ع 14، ص 458)، المعدل والمتمم.

[2]- الذي سبقت الاشارة اليه، الملغى بموجب الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، (ج ر، الصادرة في26 أوت 2003، عدد52، ص 03)، المعدل والمتمم.

[3]- المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 23 ماي 1993، ع 34، ص 4) معدل ومتمم بالأمر 96-10، مؤرخ في 10 جانفي 1996، (ج ر، الصادرة سنة 1996، ع 3، ص 34) والقانون رقم 03-04، المؤرخ في 17 فيفري 2003 (ج ر، الصادرة بتاريخ 19 فيفري 2003، ع 11 ، ص 20).

[4]- المؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالمنافسة، الملغى، الذي سبقت الاشارة اليه.

[5]- المؤرخ في 23 مارس 1996، يتضمن تأسيس وسيط الجمهورية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 31 مارس 1996، ع 20، ص 4).

[6]- الشاذلي زيبار، المرجع السابق، ص 213.

[7]- المؤرخ في 5 أوت 2000، المتعلق بالقواعد العامة للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000، ع 48، ص 3) المعدل والمتمم.

- الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية بموجب القانون 01-10.[2]

- الوكالة الوطنية للجيولوجيا والرقابة المنجمية بموجب القانون 01-01.

- لجنة ضبط الكهرباء والغاز بموجب القانون 02-01.[3]

- سلطة ضبط المحروقات بموجب القانون 05-07.[4]

- الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات بموجب القانون 05-07.

- سلطة ضبط المياه بموجب القانون 05-12.[5]

- لجنة الإشراف على التأمينات بموجب القانون 06-04.[6]

- الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد بموجب القانون 06-01.

- الوكالة الوطنية للموارد الصيدلانية بموجب القانون 08-13.[7]

- سلطة ضبط الصحافة المكتوبة بموجب القانون العضوي 12-05.[8]

- سلطة ضبط السمعي البصري بموجب القانون العضوي 12-05.

- خلية الاستعلام المالي.

منح المشرع لسلطات الضبط في المجال الاقتصادي صلاحيات واسعة تتعدى تلك الصلاحيات الممنوحة للهيئات الإدارية التقليدية، كصلاحية توجيه الأوامر ومراقبة الدخول إلى السوق القطاعي وسلطة التحقيق والاختصاص التنظيمي وصلاحية توقيع عقوبات إدارية.[9]

---

[1]- المؤرخ في 23 ديسمبر 2000، المتضمن قانون المالية لسنة 2001، (ج ر، الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2000، ع 80، ص 03).

[2]- المؤرخ في 3 جويلية 2001، المتعلق بالمناجم، (ج ر، الصادرة بتاريخ 04 جويلية 2001، ع 35، ص 02)، المعدل والمتمم.

[3]- المؤرخ في 5 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عن بواسطة القنوات، (ج ر، الصادرة بتاريخ 06 فيفري 2002، ع 8، ص 02).

[4]- المؤرخ في 28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات (ج ر الصادرة بتاريخ 22 جوان 2005، ع 50، ص 3)، المعدل والمتمم.

[5]- المؤرخ في 4 أوت 2005، المتعلق بالمياه، (ج ر، الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005، ع 6، ص 03)،المعدل والمتمم.

[6]- المؤرخ في 20 فيفري 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-04، المتعلق بالتأمينات، (ج ر، الصادرة بتاريخ 12 مارس2006، ع 44، ص 03).

[7]- المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل والمتمم للأمر 85- 05، المتعلق بحماية وترقية الصحة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 2008)، المعدل والمتمم.

[8]- القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالإعلام، (ج ر الصادرة بتاريخ 15 جانفي ، 2012، ع 02 ، ص 21)، المعدل والمتمم.

[9]- أحمد بعجي، "من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد"، بحوث جامعة الجزائر1، الجزء الأول، العدد 14، 2020، ص 442.

إن تطور وظيفة الدولة وانتقالها من مفهوم الدولة المتدخلة إلى مفهوم الدولة الضابطة أثّر على مضمون القواعد القانونية وأدى إلى إنشاء سلطات إدارية مستقلة تهتم بمراعاة التوازن ما بين الحقوق والالتزامات ما بين الفاعلين في السوق و مراعاة التوازن التعاقدي ما بين الأطراف، هذا ما دفع البعض إلى القول أن السلطات الإدارية المستقلة أصبحت تمثل مصدرا جديدا في قانون العقود وقد برّر الفقه هذا التدخل من السلطات الإدارية المستقلة في العقد، من زاوية فشل وعدم قدرة الوسائل الفردية بالمقارنة مع الوسائل الجماعية، وهذا ما يظهر من خلال تدخل مجلس المنافسة للدفاع عن المصالح العامة.

لقد أكد الفقه أن وظيفة الضبط الموكلة للسلطات الإدارية المستقلة تتولى تأطير عملية التدخل في الأنشطة والقطاعات، خاصة عندما يكون التأطير أكثر ايجابية، من خلال البحث عن التوازن بين الحقوق والواجبات لكل الفاعلين في السوق أو القطاع ومن جهة أخرى فالضبط لديه عدة مجالات وغايات، فأحيانا يسعى إلى ترقية الحريات الأساسية للفرد وكذلك ترقية الحريات الاقتصادية وأحيانا أخرى يسعى إلى حماية السوق والمنافسة وأحيانا أخرى تسعى سلطات الضبط لحماية بعض الفئات المتعاقدة وبالتالي فالأهداف مختلفة من جانب سلطات الضبط لأنها تراعي فكرة التوازن أكثر من فكرة الإجبار والسلطة.[1]

الفرع الثاني: النظام العام التنافسي

إن النظام العام التوجيهي كما سبق وأن مر معنا يقوم على أسس اقتصادية واجتماعية سائدة في مجتمع ما وبالتالي فإن الدولة تسعى من خلاله إلى فرض توجه اقتصادي واجتماعي معين ويظهر ذلك من خلال التدخل في العقود باعتبارها أداة المبادلات الاقتصادية وبما أن النظام العام التوجيهي من خلاله تسعى الدولة إلى تحقيق توجه اقتصادي واجتماعي معيّن فإن قواعده تكون حسب النظام الاقتصادي المنتهج من قبل الدولة، فانتهاج الدولة لاقتصاد السوق يجعل من قواعد النظام العام التوجيهي قواعد تهدف الى تحقيق المنافسة الحرة ومنع الاحتكار، هذا ما يؤكد تغليب الطابع التوجيهي في النظام العام التنافسي **(أولا)**، مع الظهور المحتشم لقواعد النظام الحمائي **(ثانيا)**.

أولا: تغليب الطابع التوجيهي في النظام العام التنافسي

إن تحديد الهدف من وجود قواعد قانون المنافسة يؤدي إلى صعوبة تحديد طبيعة المصلحة المحمية، فقواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي أكثر وضوحا في مجال حماية المستهلك أو حماية

[1]- أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 256.

العامل، لأنه يهدف إلى الدفاع على حرية المتعاقد الذي يُفترض أنه في حالة ضعف اقتصادي أو معرفي مقارنة مع الطرف الآخر الذي يمتلك القوة الاقتصادية والمعرفة، مما يؤثر على رضا المتعاقد الضعيف فيدفعه إلى التعاقد بشروط غير عادلة،[1] أما في مجال المنافسة فهناك تردد بين النظام العام الحمائي والتوجيهي وبما أن قانون المنافسة لا يحمي المتنافسين بل المنافسة أي السوق فهذا ما يؤكد أنه قانون النظام العام التوجيهي وهذه الحجج استند عليها العديد من الفقهاء للقول بأن قانون المنافسة لا يحمي المتنافسين وإنما المنافسة أي السوق.[2]

إن قواعد المنافسة تهدف في الأصل إلى ضمان السير الحسن للسوق وتحقيق الفاعلية وبمعنى آخر حماية هذه الأخيرة من كل ممارسة من شأنها المساس بهاتين الغايتين من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد على وجه الخصوص ويظهر ذلك جليا من خلال حظر الممارسات التي يكون موضوعها أو من آثارها منع أو تضييق أو عرقلة الحرية التنافسية في السوق، فمثلا إذا رجعنا إلى القواعد التي تضبط الممارسات المحظورة التي تضيق المنافسة قد يقول قائل أنها ترمي إلى حماية مصالح خاصة للمتنافسين، أو المتعاقدين لكن هذه القواعد وهي تقوم بهذه المهمة تكون في ذات الوقت موجهة إلى ضمان السير الحسن للسوق والمنافسة والغاية الأساسية من ورائها هي المحافظة على النظام العام الاقتصادي.[3]

من الأمثلة التي يمكن أن نضربها في التدليل على أن قواعد المنافسة تهدف إلى حماية السوق في حد ذاتها وليس حماية المتنافسين أو المتعاقدين هو المادة 11 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة التي تنص صراحة على أن التمييز من شأنه أن يخلق وضعية امتياز أو عدم امتياز في المنافسة.[4]

وعليه فإن تنظيم الوضعيات التمييزية في إطار قواعد المنافسة يترجم تطورا وتقدما في ابعاد نظرية الغبن المعروفة في القانون المدني، لأنه بالإضافة إلى حماية الشخص المتعاقد فإن الهدف من هذا التنظيم هو توازن السوق.[5]

---

[1]- ليندة قردوح، " البطلان في قانون المنافسة كدعامة لإعادة التوازن العقدي"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 111.

[2]- المرجع نفسه، ص 111.

[3]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 39.

[4]- تنص المادة 11 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة والذي سبقت الإشارة إليه على ما يلي :"يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا اذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة ويتمثل عدم التعسف على الخصوص في رفض البيع بدون مبرر شرعي، البيع المتلازم أو التمييزي، البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى، قطع العلاقة التجارية بمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق".

[5]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 39- 40.

بما أن النظام العام التوجيهي تسعى من خلاله الدولة إلى تحقيق توجه اقتصادي واجتماعي معين فإن قواعده تكون حسب النظام الاقتصادي المنتهج من قبل الدولة، فانتهاج الدولة لاقتصاد السوق يجعل من قواعد النظام العام التوجيهي قواعد في سبيل تحقيق المنافسة الحرة ومنع الاحتكار، وإطلاق حرية الأسعار، وإخضاعها لقانون العرض والطلب أما في حالة انتهاج الدولة أسلوب الاقتصاد المخطط فإن قواعد النظام العام التوجيهي الهدف منها ضبط الاقتصاد عن طريق تنظيم التجارة والإنتاج والتسويق والاستثمار وتوجيه المؤسسات الاقتصادية وبالنسبة للجزائر فإننا نلاحظ تأرجح ما بين انتهاج الاقتصاد الموجه واقتصاد السوق، وهو ما جعل من قواعد النظام العام التوجيهي أيضا متأرجحة.[1]

ويميز الفقيه **Carbonnier** بين النظام العام الحمائي والنظام العام التوجيهي في أن هدف النظام العام الحمائي هو حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في بعض العقود، في حين أن النظام العام التوجيهي يرتبط بالتوجيهات المتعلقة بالاقتصاد الوطني واستبعاد كل ما يعوق هذه التوجيهات، لذلك تنازل النظام العام الحمائي عن مكانه للنظام العام التوجيهي.[2]

إن ازدواجية قانون المنافسة تجعل من النظام العام الاقتصادي التوجيهي يتعارض مع النظام العام الحمائي، لأن الأول يضع القواعد الآمرة التي توجه السياسة الاقتصادية والمالية والنقدية للدولة، في حين أن الثاني يضع القواعد الآمرة التي يهدف المشرع من ورائها إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فالنظامين يتمايزان بحسب طبيعة المصالح المحمية وإذا كان الأصل أن الغاية من قانون المنافسة هو حماية المنافسة أو السوق فإن هذا لا يمكن أن يؤدي إلى حصول تعارض بين المصلحة العامة التي هي حماية السوق والمصلحة الخاصة المرتبطة باحترام قواعد المنافسة، لذلك اعتبر البعض أن النظام العام الاقتصادي في مجال المنافسة له طابع خاص ولم يعد النظام العام الاقتصادي توجيهيا بعد تكريس حرية المنافسة وإنما أصبح كنظام اقتصادي جديد **un nouvel ordre économique** لأنه يكرس مبدأ اقتصاد السوق مع إخضاع الاقتصاد إلى الرقابة، لذلك اعتبره البعض من الفقه بأنه نظام عام تنظيمي ordre public d'organisation أو أنه نظام عام مختلط لأنه يجمع في بعض الأحيان بين حماية فئة من المتعاملين وحماية القواعد التي تحكم العلاقة الاقتصادية.[3]

---

[1]- منصف بوعريوة، المرجع السابق، ص 57.

[2]- سامي بن حملة، "قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة"، الملتقى الدولي الخامس، القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر1، يومي 24 و 25 أكتوبر 2016، ص 285.

[3]- سامي بن حملة، المرجع السابق، ص 286.

وفي نظرنا فإن المشرع من خلال قانون المنافسة غلب قواعد النظام العام التوجيهي بمواءمة العقد مع سياسة الدولة في الاقتصاد وإن كان هذا الضبط الاقتصادي يحمل في طياته أهدافا أخرى متفرعة عنه ومكملة له تتمثل على وجه الخصوص في حماية المتعاملين الاقتصاديين من تصرفات منافسيهم غير المشروعة وفي هذا الإطار يقول كبير الفقهاء l.vogel : "أنه يوجد في القانون الخاص بالمنافسة نوعان من القواعد، تلك التي يتوقف تطبيقها أساسا على سلوكيات المؤسسات وقواعد أخرى مختلطة تتطلب بدورها توافر شرطين، السيطرة على السوق (كشرط هيكلي) والسلوك التعسفي (كشرط سلوكي)،[1] كما أن هناك ارتباط وثيق بين مبدأي شرعية المنافسة وحماية المستهلك بحيث أن التشريعات المنظمة للمنافسة تحرص على أن تكون اللعبة التنافسية في صالح المستهلك من خلال حصوله على السلع والخدمات التي يرغب فيها بأفضل الأسعار والمواصفات، لذلك كان لا بد أن تقحم القواعد الخاصة بحماية المستهلك ضمن قواعد قانون المنافسة.[2]

ثانيا: دور النظام العام التوجيهي في مواجهة جائحة كورونا.covid19

شكلت جائحة كورنا [3] أزمة اقتصادية عالية التأثير مسّت جميع أنحاء العالم وألقت بتداعياتها على كل مناحي الحياة الاقتصادية بشكل جعل الخبراء والمختصين يرفعوا من سقف توقعاتهم بشأن حدوث انكماش اقتصادي خطير، بناءا على حالة الركود والكساد الاقتصادي التي خلفتها الجائحة في الأشهر الأولى من بداياتها ولقد خلفت عائقا حقيقيا أمام انسيابية الحياة الاقتصادية وديناميكيتها على المستوى العالمي وكذا حالة إغلاق الأسواق والقطاعات الاقتصادية بسبب الجائحة وقد أطلق على هذه الأزمة

[1]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 40.

[2]- المرجع نفسه، ص 40.

[3]- ظهر مرض كوفيد19 الذي يسببه فيروس كورنا كحالات عدوى للبشر في مدينه ووهان الصينية في أواخر عام 2019 وتحديدا في شهر ديسمبر وسرعان ما امتدت عدواه إلى معظم دول العالم مسببا إصابة وعدوى الملايين ووفاة آلاف البشر، ويعتقد أن منشأ فيروس كورونا حيواني طبيعي والأكثر تحديدا الخفافيش حيث يتسبب المرض بالتأثير على الجهاز التنفسي وتختلف حدته من شخص لآخر، حيث يزيد مع أصحاب الأمراض المزمنة وكبار السن خاصة ذوي المناعة الأقل، كما تتزايد حدة الخطورة مع الأشخاص الذين يعانون مشاكل طبية أصلا، مثل ارتفاع ضغط الدم أو أمراض القلب والرئتين أو داء السكري أو السرطان وتعد الحمّى والإرهاق والتعب والرشح واحتقان الأنف والإسهال وآلام الحلق أبرز الأعراض، إلا أنها تتفاوت بين الناس وقد تتطور الأمور الى مشاكل تنفسية والتهابات بالجهاز التنفسي تؤدي بحياة الانسان المصاب يراجع في هذا الخصوص أحمد فايز الهرش، "أزمة فايروس كورنا، العولمة ودور جديد للدولة اقتصاديا"، مجلة الاقتصاد الدولي والعولمة، المجلد3، العدد2، 2020، ص 230-247، ص 232.

"**أزمة الإغلاق الكبير**"[1] وبالنسبة للجزائر فإنها على غرار باقي دول العالم وجدت نفسها متأثرة بتداعيات جائحة كورنا على اقتصادها، نظرا لخصوصية الاقتصاد الجزائري كاقتصاد ريعي قائم على مداخيل المحروقات، فكان التأثير مزدوجا بسبب تراجع الطلب على المحروقات وتهاوي أسعار النفط العالمية، حيث بلغ معدل النمو الاقتصادي الجزائري في سنة 2019 نسبة 0.8% من حيث الحجم مقابل 1.4% لسنة 2018 ومع تفشي وباء كوفيد 19 وجد الاقتصاد الجزائري نفسه أمام جملة من التحديات مسّت عدة قطاعات أهمها قطاع المحروقات، حيث انحسر سوق النفط العالمي جراء أزمة كورنا في تقليص مستوى الصادرات الجزائرية للبترول والغاز بنسبة 7.5% خلال العام الجاري 2020، لهذا توقعت الحكومة الجزائرية انخفاضا لمداخيل المحروقات إلى 20,6 مليار دولار مقابل 37,4 مليار دولار كانت متوقعة في قانون المالية الأولى ل 2020.[2]

كما أن تدابير تقييد الحركة والنقل المتخذة في الجزائر توقف بسببها حوالي50 % من الطاقة العمالية، مما أثر على قطاع الصناعة، هذا بالإضافة إلى تأثير وباء كوفيد 19 على قطاع النقل وقطاع السياحة مما أثر على القطاع الجبائي، وانعكس ذلك على تفشي البطالة في الجزائر، حيث توقع صندوق النقد الدولي أن ينكمش الاقتصاد الجزائري بنسبة 5.2 في المائة في عام 2020 مما سيرفع نسبة البطالة إلى أكثر من 15 في المائة.[3]

ترتكز الدول على السياسات المالية والنقدية في تحقيق الاستقرار المالي والنمو الاقتصادي نظرا لنجاعتها في مجابهة الأزمات وهذا الدّور تأكد عمليا في ظل جائحة كورونا، حيث أكد بنك التنمية الآسيوي أن الاستجابة السريعة للحكومات من جميع أنحاء العالم في تفعيل سياستها الاقتصادية لمحاصرة الآثار الاقتصادية للوباء قد ساهمت في التقليل من الخسائر الاقتصادية العالمية بسبب جائحة كورونا إلى ما بين 4.1 ترليون دولار و 5.4 تريليون دولار، إلا أن السياسة المالية والنقدية في الجزائر تتأثر بأسعار البترول حيث أن ارتفاع أسعار البترول سيدعم السياسة المالية والنقدية، كما أن تراجع أسعار البترول سيُعقد من عمل السياسة الاقتصادية ككل، ويضعف من فعالية أدواتها ويقلل من مردوديتها ويدفع الحكومة إلى الاستدانة لتأمين هذه الموارد، وهذا ما يؤكد أن تراجع أسعار النفط خلال هذه المرحلة يشكل عائقا أمام الحكومة الجزائرية في تفعيل سياساتها المالية والنقدية، خاصة وأن هذه السياسات موجهة

[1]- أحمد فايز الهرش، 169.

[2]- صلاح الدين بولعراس، "الاقتصاد الجزائري في ظل التداعيات العالمية لجائحة كورنا بين الاستجابة الآنية والمواكبة البعدية"، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير المجلد 20، العدد الخاص حول الآثار الاقتصادية لجائحة كورونا، سبتمبر 2020، ص 163-182، ص 168-169.

[3]- أحمد صلاح الدين بولعراس، المرجع السابق، ص 170.

لتحقيق توازن اقتصادي صعب في ظل تداعيات أزمة خانقة ومنه يمكن القول أن دور السياسة الاقتصادية في تحقيق الانتعاش الاقتصادي وتحقيق آثار كورنا في الجزائر يعتبر تحديا كبيرا للحكومة في ظل هذه الظروف الاستثنائية، حيث أصبح الوضع الاقتصادي تحت وطأة أزمتين عالميتين في آن واحد، أزمة تراجع مداخيل المحروقات في ظل اقتصاد ريعي من جهة وتداعيات أزمة جائحة كورنا في ظل اقتصاد هش ومتهالك من جهة أخرى.[1]

من أهم استخدامات الحكومة الجزائرية للسياسة المالية والنقدية في تخفيف آثار وتداعيات جائحة كورونا **covid 19** على الاقتصاد الجزائري في سبيل تحقيق الانتعاش الاقتصادي هو تحقيق تسيير رصين واحترازي للمالية العمومية من خلال الحد من الإسراف في استخدام الموارد وعقلنة التسيير والتجهيز من خلال القضاء على مصادر التبذير والإسراف والنفقات التي ليس لها تأثير كبير على تحسين إطار معيشة المواطن، مع تعزيز احتياطي الصرف من خلال إضفاء حركية على التنمية الاقتصادية وترقية الاقتصاد مع الإبقاء على التزامات الدولة في مجال تمويل التنمية، كما خططت الحكومة لتعزيز القدرة الشرائية للمواطن مع ضمان تموين السوق الوطنية بشكل منتظم بالمنتجات الأساسية والمواد الأولية وتفعيل إجراءات قانونية قاعدية ضرورية لتحسين مناخ الأعمال وإعادة بعث الاستثمار ذو القيمة المضافة العالية بشكل يكفل تحسين وضعية ميزان المدفوعات من خلال الانفتاح على الاستثمارات الأجنبية وأدرجت ضمن أهدافها أيضا تحسين المردود الجبائي للدولة بالتركيز أساسا على إنشاء الشركات الناشئة وتطويرها بمنحها جملة من الامتيازات الجبائية وتنويع أدوات التمويل الموجهة لها ولقد أسفرت الاجتماعات الدورية للحكومة على توسيع دائرة هذه الأهداف بما يكفل تحقيق حوكمة حقيقية للاستثمار تقوم على الشفافية والفعالية والنجاعة التي من شأنها إثراء البلاد بالموارد المتولدة عنها وبمساهماتها التكنولوجية مع تحسين مرونة الاقتصاد والحفاظ على احتياطي الصرف وتطوير الاستثمار والحفاظ على النمو ومناصب الشغل.[2]

[1]- المرجع نفسه، ص 171.

[2]- أحمد صلاح الدين بولعراس، المرجع السابق، ص 172.

المبحث الثاني: تأثير قواعد المنافسة على الحرية العقدية

إن التطورات الحديثة التي شهدها العالم أدت إلى التغيير في التوجه الاقتصادي من الاقتصاد الموجه الى اقتصاد السوق وباعتبار أن العقد وسيلة للتبادل الاقتصادي فلا يمكن للسوق أن يسير بدون عقد ولا بدون حرية عقدية، إلا أن هذه الأخيرة لم تعد مطلقة وإنما أصبحت نسبية وهذا تكيفا مع اقتصاد السوق، تبعا لتطور فكرة النظام العام الاقتصادي، الذي فرض قيودا على هذه الحرية أخذت تزداد يوما بعد يوم وهذا ما أملته الأزمات الاقتصادية التي أعقبت الحربين العالميتين الأولى والثانية، حيث يفرض قانون السوق إكراهات شكلت مساسا بمبادئ العقد، حيث يتم التدخل في الإرادة التعاقدية للأشخاص مما يترتب عنه تقييدا لها، فلم يعد تكوين العقد وتنفيذه يقوم على أساس حرية التعاقد وإنما أصبح موجها لغايات أخرى هي حسن سير السوق، مما يترتب عنه تغيير في القواعد التقليدية للعقد في المجال الاقتصادي، وخاصة الحرية العقدية، التي أصبحت ترتكز على قانون السوق[1] وهو ما أدى إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة وهذا ما ستناوله في **(المطلب الأول)**، كما أن التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم في الآونة الأخيرة أدت إلى إحداث فوارق طبيعية واضحة بين الأفراد بسبب تراكم رؤوس الأموال وتركيز المشروعات، لذلك أصبحت القواعد القانونية تستجيب للمعطيات الجديدة وتقديم الحلول اللازمة لهذه الفوارق تفاديا لاختلال التوازن العقدي، مما دفع بالدّول إلى التدخل بما تتوافر عليه من وسائل توجيهية في الميدان الاقتصادي، لتنظيم السوق داخل ما يسمى بالقانون الاقتصادي وهو ما أدى إلى تطوير مبادئ النظرية العامة خاصة الحرية التعاقدية بما يواكب واقع التطورات الاقتصادية والاجتماعية وما يؤدي إلى تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد وبالتالي نصبح أمام مفهوم جديد للحرية التعاقدية يتقاطع فيه سلطان الإرادة وسلطان الضوابط القانونية وهو ما سنتناوله في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: توجيه الإرادة وفقا لمقتضيات النظام العام الاقتصادي

تراجع المبدأ القائل بأن السوق ينظم نفسه بنفسه، الذي هو نتاج الفكر الليبيرالي فالسوق ورغم تكريس حرية الصناعة والتجارة إلا أنه يبقى في حاجة لقوانين وقواعد تضبطه، تكون معدة مسبقا لتضبط شروط ممارسة هذه الحرية هذا ما كرسه المشرع بموجب الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة[2] والذي تضمن حرية المنافسة ووضع ضوابطها لخلق نوع من التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين من جهة

[1]- خديجة فاضل، الحرية العقدية والسوق...، المرجع السابق، ص 33.

[2]- الذي سبقت الإشارة إليه.

ومصالح الدولة من جهة أخرى، حيث أسس قانون المنافسة نظاما عاما يوجه اتفاقات الأطراف نحو توجه معين ألا وهو النظام العام التنافسي، الذي يجسّد التحول في وظيفة الدولة من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة.[1]

إن انتهاج الدولة لنظام اقتصاد السوق ومبدأ حرية التجارة والصناعة لا يعني عدم التدخل المطلق في السوق وإنما يتباين التدخل في القضايا الاقتصادية من دولة لأخرى حسب ما تراه ضروريا لتحقيق التوازن الاجتماعي، أو للتخفيف من حدة الأخطار المتولدة عن الحرية المطلقة في السياسة الاقتصادية، فالأنظمة الاقتصادية المعاصرة تأخذ بمبدأ التدخل جزئيا أو كليا ومن الصعب التسليم بوجود نظام يعتمد مبدأ الحرية الاقتصادية ويرفض كليا فكرة التدخل، فالتدخل قائم في الأنظمة الرأسمالية بطريقة تختلف عن مفهوم التدخل في الأنظمة الاشتراكية، إن التوجيه الذي يمارسه النظام الرأسمالي على الإنتاج والاستهلاك والأسعار فضلا عن التدخل في القوانين الاجتماعية يعتبر تدخلا واضحا تفرضه التطورات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة.[2]

إن الأزمات التي أفرزتها سياسة الاقتصاد الموجّه أدت إلى إعادة الإصلاح المنظومة الاقتصادية وتبنى أساليب جديدة للتدخل مع منع الاحتكار الذي أدى إلى تدهور المستوى الاقتصادي والمديونية والبطالة وغيرها من الأزمات التي تمس المجتمع، لذلك اعتمدت الدولة تقنيات قانونية لتحافظ على السلم الاجتماعي عن طريق عيممة العقد بالتدخل في ضبط السّوق، لذلك هناك من يرى أن العيممة تقنية قانونية تظهر للعيان أكثر في فترة الأزمات، ما عدا ذلك فهي موجودة بصفة ضمنية أو صريحة في معظم التشريعات، فهي تتماشى مع تطور المجتمعات لا سيما مع التحديات التي تواجه الدولة الجزائرية اليوم من البطالة وضعف القدرة الشرائية التي لا يمكن حلها إلا من خلال تدخل الدولة بصفة مباشرة وغير مباشرة وذلك بانتهاجها سياسة تنموية واجتماعية.[3]

إن تدخل الدولة غير المباشر في ضبط السوق من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية وتكريس انتهاج نظام اقتصاد السوق سواء عن طريق هيئات الضبط القطاعية أو عن طريق مجلس الدولة تختار العقد كوسيلة مفضلة لديها باعتباره الأداة الفعالة في السوق ومصدر لتبادل السلع والخدمات، هذا كله أدى إلى

[1]- منصف بوعريوة، المرجع السابق، ص 59.

[2]- المعز لله صالح أحمد البلاّع، "الحرية الاقتصادية ومبدأ تدخل الدولة"، بحث مقدم للملتقى الدولي الأول، الاقتصاد الإسلامي الواقع ورهانات المستقبل، معهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، الجزائر دون ذكر السنة، ص 10-11.

[3]- خديجة فاضل، عيممة العقد...، المرجع السابق، ص 270.

تقييد حرية الإرادة وهو ما سنتناوله في **(الفرع الأول)** كما أن انتهاج المشرع لسياسية الضبط الاقتصادي للسوق قام على اعتماد آليات قانونية وقائية وأخرى علاجية وهذا ما سنتناوله في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مظاهر الحرية العقدية الموجهة

ازداد تدخل المشرع في العلاقات التعاقدية الفردية بعد أن كانت هذه العلاقات من قبل مقصورة على إرادة المتعاقدين لا يتدخل فيها المشرع إلا نادرا وذلك من أجل ضمان منع الاستغلال والتعسف وتجسيد الأهداف الاقتصادية للدولة، هذا ما أدى إلى التطور الفقهي لفكرة تعميم العقد، أي اصباغه بصبغة القانون العام وتجلى ذلك بصورة واضحة عندما ازدادت القيود التي تضعها الدولة على الحرية الاقتصادية، متخذة من آلية النظام العام وسيلة لتغليب الطابع العام في العقد[1] ويظهر ذلك من خلال عدة مظاهر نتناولها تباعا:

أولا: تدخل المشرع في تو افق الإرادتين

إن الحرية العقدية التي هي من نتائج مبدأ سلطان الإرادة تعني أن الشخص حر في أن يتعاقد أو يرفض التعاقد وله حرية اختيار الشخص الذي يتعاقد معه ولا يمكن لأي أحد أن يجبره على الدخول في علاقات لا يريدها مع الآخرين، أو أن يمنعه من التعاقد، هذا ما يكرس المبدأ الشهير "**دعه يعمل دعه يمر**" والذي هو في الأصل يجسد فلسفة الحرية الاقتصادية ويعني ضمنيا دعه يتعاقد،[2] إلا أن هذا المبدأ اخذ يتراجع مع بداية التدخل التشريعي في ضبط السوق، فانتهاج الدولة الجزائرية لنظام الاقتصاد الحر لم يؤخذ على إطلاقه وإنما كان لا بد من ضبط السوق عن طريق تقييد الحرية التعاقدية من حيث حرية التعاقد أو الامتناع وهو ما سنتناوله كما يلي:

1- تقييد حرية التعاقد: حظر التعاقد

تتمتع كل مؤسسة في ظل النظام الليبيرالي بحرية انتهاج أساليب متنوعة ومتعددة للحفاظ على مكانتها في السوق كلجوئها إلى إبرام اتفاقات مع مؤسسة أخرى، بهدف الاتفاق على خطة مشتركة لتسيير نشاطها في السوق وهنا الأصل أن هذه الاتفاقات تكون مشروعة، أما إذا أدت إلى الإخلال بالمنافسة فإنها تدخل في نطاق الاتفاقات المحظورة تسري عليها أحكام قانون المنافسة.[3]

[1]- حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 124.

[2]- أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص 19.

[3]- يسمينة شيخ أعمر، المرجع السابق، ص 67.

رجوعا الى المادة 06 من قانون المنافسة التي تنص على أنه: " تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقات الصريحة والضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف الى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الاخلال بها في نفس السوق أو في جزء منه ..."، والتي تم تعديلها بموجب القانون 08-12 [1]، و من خلال النص يتضح أن المشرع تبنى مبدأ حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة اذا توافرت ثلاثة عناصر، أن يكون هنالك اتفاق وأن يؤدي هذا الاتفاق الى تقييد المنافسة وأن تكون هناك علاقة سببية بين الاتفاق القائم بين الأطراف المتواطئة وبين الضرر الذي لحق بحرية المنافسة. [2]

إن قانون المنافسة لا يمنع التعاون وتنسيق الجهود بين المؤسسات بغرض القيام بدراسات مشتركة وتبادل المعلومات والخبرات لتحسين الإنتاج والحد من تكاليفه وغيرها من أشكال التعاون بين المؤسسات المتواجدة في السوق، إنما الذي يحظره القانون هو الاتفاق الصريح أو الضمني بين المؤسسات التي تنشط في سوق معينة من أجل تنظيم المنافسة فيما بينها مما يؤدي إلى عرقلة السير الطبيعي لقانون العرض والطلب في السوق، كأن يتم الاتفاق على تحديد سعر محدد لسلعة أو خدمة معينة، أو تقسيم الأسواق أو مصادر التموين، أو مقاطعة تاجر أو عون اقتصادي معين أو تقليص الإنتاج ووفق التطور التقني أو الاستثمار، والتواطؤ في منح الصفقات العمومية وغيرها من الممارسات غير المشروعة التي لم يوردها المشرع على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال [3] نظرا للطابع الاقتصادي الغالب على هذه الاتفاقات المقيدة للمنافسة، مما يجعل من الصعب تحديدها تحديدا دقيقا وحصريا. [4]

من أمثلة الاتفاقات غير المشروعة التي تطبق بشأنها المادة 06 من الأمر 03-03 هو إبرام عقود توزيع نموذجية مختلفة تم إعدادها من طرف مؤسسة منتجة مع موزعيها وأدرجت هذه الأخيرة بندا لفرض أسعارها عند بيع منتوجاتها وبعد الإمضاء عليها من طرف الموزعين يكون القبول قد تم، وعليه فإن فرض

---

[1]- عُدلت المادة 06 من الأمر 03-03 بموجب القانون 08- 12، المؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر03- 03، المتعلق بالمنافسة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 02 جويلية 2008 ،ع 36، ص 11)، المعدل والمتمم، حيث جاء نص المادة 5 كمايلي: " تتمم أحكام المادة06 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 جويلية سنة 2003 والمذكورة أعلاه، بمطة أخيرة وتحرر كمايلي:

" تحظر...بدون تغيير حتى ...الأعراف التجارية.

- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة".

[2]- يسمينة شيخ أعمر، المرجع السابق، ص 67.

[3]- محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-03، دار بغدادي للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 34.

[4]- يسمينة شيخ أعمر، المرجع السابق، ص 67.

أسعار المنتوج بصورة انفرادية من طرف المنتج وقبول هذا الشرط من طرف الموزعين يدخل في نطاق الاتفاقات غير المشروعة التي نصت عليها المادة 06 من الأمر 03-03.[1]

وعليه فإن الاتفاقات غير المشروعة هي التي تقوم بها مؤسستين أو أكثر بإتباع سلوك معين وبشكل محدد في السوق بغض النظر عن شكل هذا الاتفاق فقد يكون صريحا أو ضمنيا وأن تكون نيتها هي الحد أو التقييد من الممارسة.

بالإضافة إلى حظر الاتفاقات غير المشروعة فإنه وبالرجوع إلى المادة 07 من الأمر 03-03 فإن قانون المنافسة يحظر التعسف في استعمال وضعية الهيمنة ولا يحظر وضعية الهيمنة في حد ذاتها، حيث جاء نص المادة كما يلي: "يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكارها أو على جزء منها قصد:

- الحد من الدخول في السوق أو ممارسة النشاطات التجارية فيها.

- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني.

- اقتسام الأسواق ومصادر التموين.

- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار و انخفاضها.

- 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".

من خلال المادة المذكورة أعلاه يتضح أن المشرع قد حظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على سوق ما إذا كان من شأنه تقييد المنافسة بتوافر شرطين:

- أن تكون المؤسسة في وضعية هيمنة، فإذا كانت المؤسسة تهدف للحصول على مركز قوة مهيمن داخل السوق ليس ممنوعا بحد ذاته، ولكن هذا الشرط يظل ركنا مفترضا لقيام حالة التعسف في الهيمنة.

- التعسف في استغلال وضعية الهيمنة وذلك بالقيام بالممارسات التي حددتها المادة 07 من الأمر 03-03، على سبيل المثال المتعلقة بالأسعار كالرفع المفرط لها أو خفضها وتلك الخاصة بشروط البيع كشرط عدم المنافسة، شروط البيع التميزية وتلك المتعلقة بالعلاقات التجارية مع الشركاء الاقتصاديين.[1]

[1]- عائشة خليل، المرجع السابق، ص 125.

إن الحكمة من هذا الحظر هو تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة التفاوضية لاسيما مع ظهور مؤسسات قوية في مجالات الإنتاج والتوزيع وهو ما تطلب توفير حماية للطرف الضعيف مما قد ينجر عن هذه الوضعيات "الهيمنة" من شروط تعسفية.[2]

كما أن مجلس المنافسة يختص طبقا لنص المادة 10 من قانون المنافسة بمنع الأعمال والعقود التي تضفي طابعا استئثاريا على ممارسات نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات والاستيراد، تفاديا لحالات الاحتكار التي قد يستغلها المتعاملون الاقتصاديون وهذا الحظر كان قبل تعديل أحكام هذه المادة بموجب القانون رقم 08-12 يتعلق فقط بتصرف واحد يتمثل في عقد الشراء الاستئثاري وبإحدى النشاطات التي نص عليها قانون المنافسة والمتمثلة في نشاط التوزيع، إن التوجه الجديد للمشرع منه هو إلزام المتعاملين الاقتصاديين ببذل جهد لتحقيق مكانتهم في السوق على أساس قدراتهم الاقتصادية وذلك في إطار روح تنافسية شفافة ونزيهة.[3]

2- تقييد حرية عدم التعاقد: الإجبار على التعاقد

تظهر حرية التعاقد في أن الشخص حر في أن يتعاقد أو يرفض التعاقد وعليه لا يمكن للشخص أن يُجبر على التعاقد تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه وبالرجوع إلى قانون المنافسة نجد أن هناك قيودا واردة على حرية الشخص في ألا يتعاقد وهي صورة أخرى من الاكراهات، حيث يعتبر رفض البيع حالة من حالات رفض التعاقد، حيث يحظر كل استغلال تعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية بموجب المادة 11 من الأمر 03-03، فيتعين على مجلس المنافسة وضع حد لكل تعسف استغلالي لوضعية تبعية مؤسسة لأخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة.[4]

إنّ حرية الشخص في الامتناع عن التعاقد تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، تجد تضييقا لها في ظل قانون المنافسة من خلال حظر كل استغلال تعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية فمثلا عندما يرفض متعامل اقتصادي بيع سلعته أو تقديم خدماته فهو يعرقل نشاط الزبون مما يؤثر سلبا على السوق ويترتب على ذلك قيام المسؤولية التقصيرية لرافض البيع، كونه ارتكب خطأ ويحق للطرف المضرور التمسك بالقواعد العامة لمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به ويؤسس طلبه على التعسف في

---

[1]- يسمينة شيخ أعمر، المرجع السابق، ص 68-69.

[2]- خديجة فاضل، الحرية العقدية والسوق...، المرجع السابق، ص 34.

[3]- يسمينة شيخ أعمر، المرجع السابق، ص 69.

[4]- عرفت المادة 2 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة وضعية التبعية الاقتصادية على أنها: "هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها للمؤسسة ما حل بديل مقارن اذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي فرضتها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا."

استعمال الحق طبقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني ويقع عبء اثبات العكس على المتعامل الاقتصادي الذي رفض التعاقد.[1]

كما يحق لكل متضرر من ممارسة مقيدة للمنافسة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض طبقا للمادة 48 من الأمر 03-03، حيث يشكل رفض التعاقد تصرف غير مشروع يعرض المؤسسة المتعسفة في استغلال وضعية التبعية أن تتعرض لجزاءات مدنية وجزائية نصت عليها المادتين 13 و 56 من الأمر المذكور أعلاه لكونها ممارسات مقيدة للمنافسة.[2]

ثانيا: تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد

تراجعت الحرية العقدية أمام تدخل المشرع في تنظيم السوق عن طريق تحديد مضمون العقد بصفة إلزامية، من أجل إعادة التوازن العقدي المفقود نظرا لعدم المساواة بين الأفراد في نطاق السوق وما ظهور العقد النموذجي إلا دليل على تراجع مبدأ سلطان الإرادة، فلم يعد العقد شأن للمتعاقدين بل أصبح المشرع كما سبق وأن رأينا في الفصل الأول من هذا الباب يتدخل في تحديد مضمون العقد من أجل حماية الطرف الضعيف، كما أن المشرع أظهر تدخله في تحديد مضمون العقد من أجل تنفيذ الأهداف المتعلقة بالسياسة الاقتصادية وهو الوجه الآخر للتدخل التشريعي في العقود، فهذا النوع من العقود يعتبر قيدا على إرادة المتعاقدين أحدهما أو كلاهما، فيكون تحديد مضمون العقد دون مشاركتهما في صياغة بنوده، إنما تكون العقود مُوجِهة لإرادة المتعاقدين بإتباع نموذج محدد.[3]

كان أول من استعمل فكرة العقد الموجه هو الفقيه الفرنسي **Josserand** حيث قال :" أن هناك أسئلة كثيرة تبادرت للأذهان منذ سنتين حول الاقتصاد الموجّه وقد حان الوقت للحديث أيضا عن العقد الموجه، بفضل طريقة التوجيه ولا يقتصر ذلك على الميدان الاقتصادي بل يظهر كذلك في الميدان القانوني.[4]

يظهر تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد من خلال تكريسه مبدئيا لحرية الأسعار طبقا للمادة 04 من القانون رقم 10-05 المتعلق بالمنافسة والتي تخضع لقانون العرض والطلب في السوق، الا أنه أورد استثناءات على مبدأ حرية الأسعار بموجب المادة 5 ف 1 من نفس القانون، من خلال تنظيم الأسعار

[1]- خديجة فاضل، لحرية العقدية والسوق...، المرجع السابق، ص 35.

[2]- المرجع نفسه، ص 35-36.

[3]- عائشة خليل، المرجع السابق، ص 119-120.

[4]- أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية...، المرجع السابق، ص 260.

سواء بالنسبة لأسعار السلع والخدمات الضرورية أو ذات الاستهلاك الواسع في حالة اضطراب محسوس للسوق، أو في حالة الارتفاع المفرط للأسعار غير المبررة طبقا للمادة 5 ف 5 من قانون المنافسة فإنه يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديدها في الحالة التي يكون فيها ارتفاع مفرط بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالة الاحتكارات الطبيعية ونظرا للطابع غير الدقيق لهذه المصطلحات فإن الدولة تملك حرية واسعة في التقدير، غير أن تدخلها لا يجوز إلا إذا أدت هذه الأسباب إلى ارتفاع مفرط في الأسعار.[1]

يكون التدخل الإلزامي في صورة التسعيرة ويراد بالتسعيرة التي تلجأ إليها السلطات العمومية التحديد المباشر للأسعار من قبل السلطة الإدارية، فطبقا لنص المادة 5 ف 1 من قانون المنافسة يمكن تحديد هوامش وأسعار السلع والخدمات...عن طريق التنظيم وتتخذ تدابير تحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها على أساس اقتراحات القطاعات المعنية طبقا للمادة 05 من قانون المنافسة، فمثلا تم تحديد السعر الأقصى للسكر الأبيض عند الاستهلاك بـ 90 دج للكيلوغرام غير الموضب و 95 دج للكيلوغرام الموضب[2] ويعتبر تحديد أسعار المنتوجات تقنية بسيطة لتسهيل الرقابة.[3]

يتم تحديد هوامش الربح القصوى والتي يراد بها الفارق بين سعر الشراء أو التكلفة وسعر البيع لفئة من الوسطاء وطبقا لنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 11-108 يتم تحديد هوامش الربح القصوى عند البيع بالجملة والتجزئة للزيت الغذائي المكرر العادي كما يلي 5 % و 10% أما منتوج السكر الأبيض فيتم تحديد هوامش الربح القصوى عند البيع بالجملة والتجزئة كما يلي بـ 5% و 10%.

تتدخل الدولة في المجال البورصي من خلال لجنة تنظيم عمليات البرمجة ومراقبتها على تحديد مضمون العروض العمومية التي يتم إصدارها في السوق والتي تشمل أساسا على تحديد أسعار العروض وطبقا لنص المادة 43 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-03[4] فإنه يفرض على

[1]- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، طبعة سنة 2008، ص 535.

[2]- وهو ما نصت عليه المادة 02 من المرسوم التنفيذي 11-108، المؤرخ في 06 مارس 2011، يحدد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي والسكر الأبيض، (ج ر الصادرة في 9 مارس 2011، ع 15، ص 27)، المعدل والمتمم.

[3]- خديجة فاضل، الحرية العقدية والسوق...، المرجع السابق، ص 37.

[4]- المؤرخ في 18 نوفمبر 1997، يتعلق بالنظام العام لبورصة القيم المنقولة، (ج ر الصادرة في 29 ديسمبر 1997، ص 6)، المعدل والمتمم.

الشركة التي تقدم طلب قبول سندات رأس المال في التداول في البورصة أن لا تقل قيمة رأس مالها الذي تم وفاؤه عن مائة مليون دينار وأن توزع على الجمهور سندات تمثل 20% من رأس المال الاجتماعي للشركة على الأقل وذلك يوم الإدخال على أبعد تقدير، كما فرض المشرع التصريح بتجاوز حدود المساهمة في رأسمال الشركات المتداول رأسمالها في البورصة طبقا للمادة 65 مكرر من القانون رقم 03-04، المتعلق ببورصة القيم المنقولة.[1]

يجب أن يكون سعر سندات الدّيون التي يقدم بشأنها طلب قبول في التداول في البورصة يساوي على الأقل مئة مليون دينار يوم الادخار،[2] أي يتم تحديد سعر سندات الديون المتعلقة بطلب قبول في التداول في البورصة يساوي على الأقل مئة مليون دينار يوم الإدخال ويمكن تحديد سعر سندات الديون في سوق سندات الاستحقاق حسب السعر الثابت أو المتواصل وهو ما نصت عليه المادة 80 فـ2 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-03، واشترط على الشركة التي تطلب قبول قيمتها في البورصة أن تنشر الكشوف المالية المصادق عليها للسنتين الماليتين السابقتين للسنة التي تم خلالها تقديم طلب القبول[3] ويترتب على عدم احترام الشركة لشرط نشر الكشوف المالية المصادق عليها للسنتين الماليتين السابقتين للسنة التي تم خلالها تقديم طلب القبول هو عدم القبول في التداول لقيم الشركة في بورصة القيم المنقولة.

طبقا للمادة 41 فـ2 من القانون 03-04 فإن المشرع ألزم الشركة التي تطلب قبول سنداتها للتداول في البورصة بالنشر المسبق للمذكرة الموجهة إلى إعلام الجمهور ويتضمن تنظيم الشركة ووضعيتها المالية وتطور نشاطها، وعلى كل شركة أو مؤسسة عمومية التي تصدر أوراقا مالية أو منتوج مالي باللجوء العلني للادخار[4] ويشكل هذا التنظيم تعدي على الحرية العقدية كونها تجبر الشركات على القيام بالنشر المسبق للمذكرة الموجهة الى إعلام الجمهور.

إن المشرع يتدخل في تحديد مضمون العقد أيضا عن طريق حظر بعض الممارسات المقيدة لحرية المنافسة في السوق والمثال على ذلك هو حظر بيع سلعة بأقل من سعر التكلفة الحقيقي وهو ما نصت عليه المادة 12 من قانون المنافسة، حيث يمنع على العون الاقتصادي إدراج أي شرط في العقد يتضمن

---

[1]- المؤرخ في 14 فبراير 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93- 10 المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، (ج ر، الصادرة في 19 فبراير 2003، ع 11، ص 20)، المعدل والمتمم.

[2]- وهو لما نصت عليه المادة 45 من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-03.

[3]- وهو لما نصت عليه المادة 45، من نظام لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها رقم 97-03 الذي سبقت الاشارة اليه.

[4]- وهو ما نصت عليه المادة 1 4 فـ2، من القانون 03-04 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، الذي سبقت الإشارة إليه.

أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين، سواء كانت سلع أو خدمات وهو ما يمثل تدخل من المشرع في تحديد مضمون العقد، مما يرتب مساسا بمبدأ سلطان الإرادة، كما يحظر إعادة بيع سلعة أو خدمة بسعر أدنى والهدف من إعادة البيع بسعر أدنى هو التحريض على فرض حد أدنى لسعر بيع سلعة ما، وهو ما يؤدي إلى تقييد المنافسة عن طريق خفض الأثمان من أجل تحقيق أرباح فاحشة وتعرف هذه الممارسات بمخالفة الأثمان المفروضة والغاية من محاربة مثل هذه المعاملة هو حماية المستوى العام للأسعار وتنفيذ السياسة الاقتصادية القائمة على حرية الأسعار.[1]

الفرع الثاني: آليات تقييد لحرية التعاقدية في قانون المنافسة

كرس المشرع آليات قانونية لتقييد الحرية التعاقدية كلّما أدى ذلك إلى المساس بحرية المنافسة عن طريق الرقابة القبلية على الحرية التعاقدية **(أولا)** أو الرقابة البعدية أو العلاجية عن طريق بطلان التصرفات القانونية المنافية لمبدأ حرية المنافسة **(ثانيا)**.

أولا: الرقابة على التجميعات والترخيص لها

إن اللجوء إلى إنشاء التكتلات بين المشروعات في إطار ما يعرف بعمليات التركيز الاقتصادي بين أشخاص القانون الخاص يعتبر عنصرا هاما في انتعاش الاقتصاد الوطني وتمكينه من مواجهة تحديات المنافسة الأجنبية، إلا أنه ومن أجل ضمان حرية المنافسة فإنه لابد من فرض المراقبة على عمليات التركيز الاقتصادي، فاحتواء قانون المنافسة على فصل خاص بالتجميعات الاقتصادية وآليات مراقبتها ليس الهدف منه منع هذه التكتلات وإنما من أجل تنظيمها حتى لا يتم المساس بقواعد اللعبة التنافسية[2]، ومن أجل التطرق إلى الرقابة التي فرضها المشرع على التجميعات الاقتصادية[3] فإننا سنتطرق إلى الشروط الواجب توافرها لحصول الرقابة **(1)** وإجراءات الرقابة**(2)**.

1- الشروط الواجب تو افرها لحصول الرقابة

[1]- خديجة فاضل، الحرية العقدية والسوق...، المرجع السابق، ص 38.

[2]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 234.

[3]- تنص المادة 15 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة على أنه يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر اذا:

- اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل.

- حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق

- أخذ أسهم في رأسمال أو عن طريق شراء عناصر من أصول لمؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى

- أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة".

نصت المادة 17 من الأمر 03-03 " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ولا سيما يعزز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبث فيه في أجل 3 أشهر".

يفهم من النص المذكور أعلاه أنه يخرج من نطاق الرقابة عمليات التجميع التي لا تشكل مساسا بالمنافسة، أي التي لا تشكل هيمنة قوية في السوق إلى جانب صور أخرى التي ترك تقديرها إلى مجلس المنافسة وهذا ما يفهم من عبارة **"لاسيما"**، مما يدل على وجود صور أخرى للتأثير على المنافسة كحالات التبعية الاقتصادية. و هو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الأوربي والفرنسي الذي خلص إلى وضع مفهوم التأثير على المنافسة والمساس بها، وقد انتقد هذا التوجه باعتباره يعطي لسلطة المنافسة صلاحيات واسعة في تقدير حالة المساس بالمنافسة داخل السوق.[1]

لم يفرض قانون المنافسة الرقابة على كل التجميعات الاقتصادية بل جعل حدا لذلك بموجب المادة 18 من الأمر 03-03 التي نصت على أنه: "تطبق أحكام المادة 17 أعلاه كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40 % من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة".

حدد المشرع لمراجعة عملية التركيز الاقتصادي أن يترتب عنها خلق قوة اقتصادية يتجاوز نصيبها 40 % من البيوع أو الشراءات أو المعاملات الأخرى في سوق وطنية للسلع أو المنتوجات أو الخدمات من نفس النوع أو القابلة للاستبدال أو في جزء مهم من السوق المذكور.[2]

بالرجوع إلى تعديل قانون المنافسة سنة 2008، بموجب القانون 08-12[3] عمد المشرع إلى حماية الدور الإيديولوجي للدولة في عمليات مراقبة التجميعات الاقتصادية بإضافة المادة 21 مكرر والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه :"لا يطبق الحد المنصوص عليه في المادة 18 أعلاه على التجميعات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي لا سيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين الشغل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق."

يتضح من النص المذكور أعلاه أن مجلس المنافسة لا يأخذ بعين الاعتبار الحد المنصوص عليه في المادة 18 من الأمر 03-03 المتمثل في النسبة التي تفوق 40 % من المبيعات والمشتريات في السوق المعنية، في الحالة التي تقدم فيها المؤسسات المعنية الدلائل التي تبين تحقيق التطور الاقتصادي كالعمل على

---

[1]- عبد اللطيف والي وعبد الرزاق رحموني، "رقابة التجميعات الاقتصادية كآلية لحماية المنافسة"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد 5، ديسمبر 2018، ص 137.

[2]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 241.

[3]- المؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، (ج ر الصادرة في 2 جويلية 2008، ع 36، ص 11)، المعدل والمتمم.

تدعيم دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة أو تشجيع الاستثمار في بعض المناطق الجغرافية والقطاعات الحيوية أو خلق مناصب الشغل، أو الحفاظ عليها أو تعزيزها.[1]

2- إجراءات الرقابة

أوجبت المادة 17 من الأمر 03-03 على أصحاب التجميع أن يقدموا طلب الترخيص إلى مجلس المنافسة للبت فيه في أجل ثلاثة أشهر، وخلال هذه المدة عليهم الامتناع عن اتخاذ أي تدبير يجعل التجميع نهائيا عملا بنص المادة 20 من نفس الأمر وقد بين إجراءات مراقبة التجميع المرسوم التنفيذي رقم 05-219.[2]

يتم البدء في إجراءات الرقابة بمجرد تقديم طلب الترخيص بالتجميع إلى مجلس المنافسة وهذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم 05-219 السالف الذكر، يتضمن الطلب وجوبا مجموعة من الشروط والمعلومات والوثائق والمستندات،[3] كما يجب تقديم كل المعلومات والمستندات الإضافية التي يمكن أن تكون محل طلب من المقرر المكلف بالتحقيق في الطلب[4] وتتعلق المعلومات المطلوبة أساسا بالمؤسسات طالبة التجميع، من حيث النشاطات المعنية بالتجميع ورقم أعمالها ورأس المال الاجتماعي لكل مؤسسة وكذا طبيعة التجميع وهدفه.[5]

يقوم مجلس المنافسة بدراسة عملية التجميع دراسة تحليلية معمقة معتمدا على عدة عوامل، يملك بشأنها مجلس المنافسة سلطة تقديرية أصلية مع الأخذ بعين الاعتبار مدى تأثيرها على المنافسة ثم يتخذ قراره في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع طلب الترخيص وهو ما نصت عليه المادة 17 من الأمر 03-03 ويمكن أن يتضمن قرار المنافسة الصادر بشأن طلب الترخيص رفض الطلب أو قبوله حسب ما نصت عليه المادة 19 من الأمر 03-03[6] وعليه سنتناول الحالات التي يمكن أن يتضمنها قرار الصادر عن مجلس المنافسة كما يلي:

---

[1]- كمال آيت منصور، "دور مجلس المنافسة في مراقبة التجميعات الاقتصادية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، سنة 2015، ص 154.

[2]- المؤرخ في 2 جوان 2005، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، (ج ر، الصادرة بتاريخ 22 جوان 2005، ع 43، ص 5).

[3]- يراجع نص المادتين 5 و 6 من المرسوم 05-219، الذي سبقت الإشارة إليه.

[4]- يراجع نص المادة 08 من المرسوم 05-219، الذي سبقت الإشارة إليه.

[5]- علي غربي، "مجلس المنافسة كآلية المراقبة التجميعات الاقتصادية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الاقتصادي، 35(02)، ص 145.

[6]- نصت المادة 19 من الأمر 03-03 على ما يلي: "يمكن لمجلس المنافسة أن يرخص بالتجميع أو يفرضه بمقرر معلل بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة.

أ- قبول التجميع

قد يقبل مجلس المنافسة التجميع إذا تأكد من مشروعيته أي عدم مساسه بالمنافسة، وما يلاحظ على موقف المشرع أنه لم ينص على الترخيص الضمني في حالة عدم اتخاذ القرار في المدة المحددة بموجب المادة 17 وهي مدة 03 أشهر، بخلاف بعض التشريعات التي نصت على أن عدم الرد خلال المدة المقررة لتقييم مشروع التجميع دون اعتراض جهاز الرقابة يعد ترخيصا ضمنيا[1] مما يؤثر على مصالح المؤسسات المعنية.[2]

ب- تعليق التجميع

يمكن لمجلس المنافسة أن يقرر مبدئيا عملية التجميع، مع تعليق ذلك على تحقيق شروط أو تعهدات تلتزم بها أطراف التجميع تلقائيا، للتخفيف من آثار التجميع على المنافسة وفي حالة عدم احترام تلك الشروط أو الالتزامات، يمكن للمجلس أن يفرض عقوبات مالية نصت عليها المادة 62 من الأمر 03-03 والتي قد تصل إلى 5% من رقم الأعمال، ضد كل مؤسسة تعد طرفا في التجميع أو نشأت عن عملية التجميع.

ج- رفض التجميع

يمكن لمجلس المنافسة أن يفرض التجميع إذا رأى أنه ينطوي على نتائج مؤثرة على المنافسة وذلك بموجب قرار معلل بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة، غير أن المادة 21 من الأمر 03-03 أعطت للحكومة إمكانية الترخيص بالتجميع رغم رفض المجلس له تلقائيا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك أو بناء على طلب الأطراف المعنية، وذلك بعد تقرير وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع[3].

وعليه من خلال ما سبق عرضه من ضرورة الحصول على طلب الترخيص بعمليات التجميع للمؤسسات الاقتصادية من أجل ممارسة نشاطها الاقتصادي، فإنه يتجلى لنا تضييق نطاق الحرية التعاقدية حيث أنه لا يمكن للمؤسسات الاقتصادية أن تقوم بعمليات التجميع المنصوص عنها في الأمر 03-03 إلا من خلال الحصول على الترخيص من طرف مجلس المنافسة، كما أن وضع شروط تتعلق بعدم

- ويمكن أن يقبل مجلس المنافسة التجميع وفق شروط من شأنها تخفيف آثار التجميع على المنافسة، كما يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة".

[1]- منها المادة 430-5 من التقنين التجاري الفرنسي.

[2]- كمال آيت منصور، المرجع السابق، ص 156.

[3]- علي غربي، المرجع السابق، ص 146.

المساس بالمنافسة يتجاوز حد 40% من المشتريات والمبيعات في السوق من شأنه أن يحد من مبدأ حرية التعاقد التي ظهر تراجعها ضمن القواعد المنظمة للمنافسة وذلك من خلال عرقلة حرية التعاقد عن طريق إجراءات الرقابة على عمليات التجميع.

إن هذه القيود ما هي إلا وسيلة من وسائل الرقابة الوقائية لضبط السوق من الممارسات المنافية لمبدأ حرية المنافسة، وبالتالي يمكن القول أنه وفي ظل اقتصاد السوق يتم تحديد حرية التعاقد، فيتراجع مبدأ سلطان الإرادة ويظهر سلطان القانون من أجل حماية حرية التعاقد في حد ذاتها، حتى لا تكون الهيمنة على السوق من طرف المؤسسات الاقتصادية حكرا على الفئة التي تمتلك القوة الاقتصادية أو عن طريق القيام بممارسات منافية لمبدأ حرية المنافسة.

ثانيا: الرقابة العلاجية

كلما أدت الحرية التعاقدية إلى المساس بالحرية التنافسية باعتبارها مبدأ دستوريا يتدخل قانون المنافسة لتقييد حرية المنافسة عن طريق مجموعة من الآليات الرقابية، منها الرقابة القبلية كما مر معنا المتمثلة في الرقابة على التجميعات والترخيص لها، كما أن قانون المنافسة أقر بالرقابة العلاجية كلما أدى ذلك الى المساس بالمنافسة، لذلك سنتناول **(1)** البطلان **(2)** الغرامات المالية، باعتبارهما من آليات الرقابة العلاجية.

1- البطلان

بالرجوع إلى نص المادة 13 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة نجدها تنص على أنه :"دون الاخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر يبطل كل اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 6 و 7 و 10 و 11 و 12 أعلاه".

إن البطلان وفقا للقواعد العامة ينقسم إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي،[1] فكل من النوعين يختلف عن الآخر والمعيار الذي يعتمد عليه في التفرقة والتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي هو طبيعة المصلحة المحمية، هل هي مصلحة عامة أم مصلحة خاصة؟ فمن المعلوم قانونا أن الشروط المفروضة لحماية المصلحة العامة يترتب على مخالفتها البطلان المطلق للعقد، بينما الشروط التي تهدف إلى حماية المصلحة الخاصة فإنه يترتب على مخالفتها البطلان النسبي.[2]

[1]- للمزيد من التفاصيل في البطلان المطلق والبطلان النسبي يراجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ص 564-594.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات...، المرجع السابق، ص 334.

لمعرفة طبيعة البطلان في ظل قانون المنافسة يتعين معرفة طبيعة المصلحة المحمية في إطار هذا القانون، هل هي مصلحة عامة تتعلق بمصلحة السوق أم مصلحة خاصة تتعلق بمصلحة المتعاقدين؟

مرّ معنا في الفصل الأول أن طبيعة المصلحة المحمية مترددة بين النظام العام الحمائي والنظام العام التوجيهي وبما أن قانون المنافسة لا يحمي المتنافسين بل المنافسة أي السوق، بالاعتماد على معايير التحليل التي يستند عليها القانون العام، فقانون المنافسة يُغلب الطابع التوجيهي مع الظهور المحتشم للنظام العام الحمائي و يستخلِص العديد من الفقهاء الطابع التوجيهي للنظام العام التنافسي في كون أن قانون المنافسة لا يحمي المتنافسين وإنما يحمي المنافسة،[1] كما أننا نجد أن هذا القانون يهتم بتوازن العلاقات التجارية ويُحظر التعسف في استعمال حالة التبعية الاقتصادية، هذا ما يؤكد أن النظام العام التوجيهي لقانون المنافسة يمثل أيضا الطابع الحمائي في نفس الوقت، لذلك يمكن أن نستخلص أن النظام العام في إطار قانون المنافسة هو نظام مختلط أو مركب.[2]

ودراسة البطلان في قانون المنافسة تستوجب التطرق إلى البطلان المطلق، والبطلان الجزئي كما يلي:

أ- البطلان المطلق في قانون المنافسة

إن البطلان في قانون المنافسة يختلف عن البطلان في القواعد العامة، فهو جزاء يرتبه القانون على عدم توفر أركان العقد، فيكون جزاء لتخلف أحد أركان العقد، أما في قانون المنافسة فيترتب البطلان على آثار العقد حتى ولو استوفى جميع أركانه، متى كان هذا العقد يرتب آثارا تخالف قواعد المنافسة، حتى ولو كانت هذه الآثار غير مباشرة ولم يقصد المتعاقدين تحقيقها ولم يتوقعوها، و لعل الغاية التي يسعى المشرع الى تحقيقها من وراء بطلان العقد رغم كونه مستوفي كافة أركانه هو حماية المصالحة العامة وهو ما يعتبر خروجا عن القواعد العامة في قانون العقود.

يمتد البطلان الى الممارسات المقيدة للمنافسة كما نصت عليه المادة 13 من الأمر 03-03 بقولها: "دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المادة 6 و 7 و 10 و 11 و 12".

[1]- ليندة فردوح، المرجع السابق، ص 111.

[2]- المرجع نفسه، ص 112.

استنادا إلى المادة المذكورة أعلاه فإنه يبطل كل اتفاق أو شرط تعاقدي يكون موضوعه تقييد المنافسة سواء تعلق بالاتفاقات المحظورة أو تعسف في استغلال وضعية الهيمنة أو تبعية اقتصادية، دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و9 من الأمر 03-03[1].

يمتد نطاق البطلان إلى المتعاقدين الذين لم يساهموا في هذه الممارسات أو لم يكونوا على علم بها وهو ما يعرف البطلان المطلق وينتج عن ذلك أنه إذا كان الشرط باطلا فلا يحق لأحد أطراف العقد أن يطالب بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ هذا الشرط الباطل[2].

إن الممارسات المقيدة أو المنافية للمنافسة يترتب عنها البطلان المطلق الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة، لذلك فإنه يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به[3]، فيجوز للأطراف التي أصابها ضرر من هذه البنود أو الاتفاقات غير المشروعة أن يلجأ إلى المحكمة (القسم المدني أو التجاري) للمطالبة ببطلان الاتفاق المقيد للمنافسة، كما يمكن ذلك أيضا للغير الذي تضرر من الاتفاق المقيد للمنافسة، كأن يرفع الدعوى القضائية ممون تمت مقاطعته تجاريا نتيجة لاتفاق مبرم بين منتج سيارات ومجموعة من أصحاب الامتياز التابعين له يطالب ببطلان الاتفاق، كما يجوز لكل من مجلس المنافسة وجمعية حماية المستهلك المطالبة ببطلان العقد أمام الجهات القضائية المختصة.

ب- البطلان الجزئي في قانون المنافسة

يترتب البطلان النسبي على الاتفاقات التي تخالف أحكام النظام العام الحمائي فهي تتعلق بالمصلحة الخاصة للمتعاقد المحمي وله وحده التمسك بإبطال العقد، إلا أن البطلان النسبي للعقد لا يحقق الحماية للمتعاقد الضعيف الذي يكون من مصلحته الإبقاء على العقد وإبطال الشرط المقيد للمنافسة[4] ورجوعا إلى نص المادة 13 من الأمر 03-03 والتي تعد أساسا للبطلان في قانون المنافسة حيث جاءت عباراتها كما يلي: "...يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي..."، تعني عبارة أو شرط تعاقدي أن البطلان يمكن أن يكون كليا يطال العقد كليا أو يكون جزئيا يتعلق بالشرط أو البند المقيد للمنافسة

[1]- يراجع نص المادتين 8 و 9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة.

[2]- نبية شفار، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2012- 2013، ص 141.

[3]- تنص المادة 102 من التقنين المدني على أنه: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.

و تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد"، وهي تقابل المادة 141 من التقنين المدني المصري.

[4]- خديجة فاضل، عيممة العقد، المرجع السابق، ص 62.

فقط مع الإبقاء على العقد، في هذه الحالة فإن القاضي يلجا إلى البحث عما إذا كان الشرط المتنازع عليه جوهريا أم لا ؟.[1]

إذا كان الشرط المتنازع عليه جوهريا وأساسيا يتم بناء العقد عليه فهنا يقوم القاضي بإبطال العقد كليا، لأن الشرط الجوهري متنازع عليه وعليه لا فائدة من إبقاء على الشروط الأخرى،[2] أما إذا كان الشرط المتنازع عليه غير جوهري في العقد فهنا يبطل القاضي هذا الشرط وحده، مع الإبقاء على الشروط الصحيحة في العقد وهذا ما يساهم في ديمومة المعاملات الاقتصادية، لأن إبطال العقد لا يقدم مصلحة للمتضرر لا سيما إذا كان يرغب في الإبقاء على العلاقة التجارية، بالرغم من أن البطلان في هذا الإطار مقرر لحماية المصلحة العامة المجسدة في النظام العام التنافسي، كما أن البعض يرى بأن للبطلان مصلحة مزدوجة، مصلحة المتضرر والمصلحة العامة.[3]

يرى جانب من الفقه أنه حتى يكون الجزاء مناسبا للمتعاقد الضعيف من جهة والمحافظة على استقرار المعاملات من جهة أخرى، فإن الجزاء المناسب المترتب عن مخالفة قواعد النظام العام الحمائي يكون عن طريق تصحيح العقد وهو بذلك يختلف عن الجزاء المترتب عن مخالفة النظام العام الكلاسيكي سواء البطلان المطلق أو البطلان النسبي وعليه فلا يترتب البطلان الجزئي فقط وإنما يصحح العقد وعليه فإن الجزاء الذي نظمه النظام العام الحمائي هو تصحيح العقد عن طريق البطلان الجزئي أو عن طريق التعديل.[4]

إن البطلان المقرر في قانون المنافسة كجزاء على مخالفة العقود والبنود التعاقدية لقواعد المنافسة إنّما هو مساس بتوقعات المتعاقدين وبمضمون اتفاقاتهم وهذا ما يشكل مساس وانتهاكا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، غير أن هذا القيد إنما تبرره أهمية تحقيق التوازن العقدي.[5]

2- الغرامات

إن الغرامات التي يصدرها مجلس المنافسة تعتبر عقوبات إدارية، تتمثل في تقرير عقوبات مالية إما نافذة فورا وإما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر، كما يمكنه أيضا أن يأمر بنشر قراراه أو

---

[1]- ليندة قردوح، المرجع السابق، ص 113.

[2]- تنص المادة 104 من التقنين المدني على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله."

[3]- سامي بن حملة، المرجع السابق، ص 302.

[4]- خديجة فاضل، عيممة العقد...، المرجع السابق، ص 62.

[5]- ليندة قردوح، المرجع السابق، ص 114.

مستخرجا منه أو توزيعه أو تعليقه وهذا ما نصت عليه المادة 45 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة ومحتوى هذه العقوبات تناولته المواد من 56 إلى 62 من نفس الأمر.[1]

إن المادة 26 من القانون 08-12 عدّلت أحكام المادة 56 من الأمر 03-03، ونصت على أنه تسلط غرامة مالية لا تفوق عقوبة مالية تمثل 12% من مبلغ رقم الأعمال لآخر السنة المالية المختتمة وحسب رقم المبيعات التي حُقِقت بغض النظر عن النفقات والمصاريف أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات بشرط أن لا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف الربح المحقق.

- وإذا كانت المؤسسة المخالفة لا تملك رقم أعمال تعاقب بغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار جزائري 6.000.000 دج.[2]

- يمكن لمجلس المنافسة أن يسلط عقوبات إدارية على المؤسسات وكذلك الأشخاص الطبيعية وهذا ما نصت عليه المادة 57 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة كما يلي: "يعاقب بغرامة قدرها مليوني دينار 2000.000 دج كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها كما هي محددة في هذا الأمر".[3]

طبقا لنص المادة 58 المعدلة بموجب القانون 08-12[4] فإنه يمكن لمجلس المنافسة اذا لم تحترم الأوامر والإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادتين 45 و 46 من نفس الأمر في الآجال المحددة أن يقرر عقوبات تهديدية لا تقل عن مبلغ مئة وخمسين ألف دينار 150.000 دج عن كل يوم تأخير.[5]

يمكن لمجلس المنافسة إقرار غرامة لا تتجاوز مبلغ ثمان مائة ألف 800.000 دج بناء على تقرير المقرر ضد المؤسسات التي تتعمد تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة بالنسبة للمعلومات المطلوبة أو تتهاون في تقديمها طبقا للمادة 51 من هذا الأمر، أو التي لا تقدم المعلومات المطلوبة في الآجال المحددة من قبل المقرر، كما يمكن للمجلس أن يحكم أيضا بغرامة تهديدية لا تقل عن مئة ألف دينار 100.000 دج عن كل يوم تأخير.[6]

---

[1]- يراجع نص المادة 46 و المواد من المادة 56 إلى 62 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة والذي سبقت الإشارة إليه.

[2]- يراجع نص المادة 26 من القانون 08-16، المعدلة لأحكام المادة 56 من الأمر 03-03.

[3]- نص المادة 57 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة والذي سبقت الإشارة إليه.

[4]- المؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 ماي 2003، المتعلق بالمنافسة، (ج ر الصادرة في 2 جويلية 2008، ع 36، ص 11)، المعدل والمتمم.

[5]- نص المادة 58 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدلة بموجب القانون 08-12.

[6]- نص المادة 59 من نفس الأمر.

يمكن لمجلس المنافسة أن يخفض الغرامة إذا توافرت مجموعة من الشروط التي تناولها المادة 60 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة كما يلي:

- المؤسسات التي تعترف بالخطأ والمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية.

- المؤسسات التي تتعاون في الاسراع بالتحقيق في المخالفات والأخطاء المنسوبة إليها، وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر.

- لا تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة.[1]

المطلب الثاني: إثراء قانون المنافسة لمبدأ سلطان الإرادة

اتسمت النظرية العامة للعقد القائمة على أساس مبدأ سلطان الإرادة بالاستقرار والثبات منذ صدور قانون نابليون سنة 1804، ومع التطور الصناعي والاقتصادي والتقدم العلمي والتكنولوجي الذي يشهده العالم في الوقت الراهن لم تعد النظرية العامة للعقد التي كرست مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقد وتحديد آثاره تتلاءم مع هذه التطورات، لذلك أصبح من الضروري إيجاد تصور جديد لفكرة النظام العام التقليدية تجسدت في ادخال النظام العام الحمائي على العقد، والذي يهدف أساسا لحماية الطرف الضعيف في العقد خاصة مع وجود تفاوت اقتصادي وقانوني ومعرفي بين المتعاقدين، ورغم الجهود التي بذلها المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد إلا أنها لا تزال غير كافية، مما استوجب البحث عن آليات جديدة تساهم في تعزيز الحماية القانونية للمهني أيضا باعتباره لا يستفيد من أحكام تشريعات الاستهلاك، ومن بين هذه الآليات نظرية الإكراه الاقتصادي.[2]

بصدور الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم ومن خلال المادة الأولى منه التي نصت على أنه :"يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية لزيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشية المستهلكين" وهذا ما يعني توجيه الحماية للمستهلكين والمهنيين على حد السواء مما إلى إحداث تغيير في المفاهيم الكلاسيكية للعقد من خلال تجديد عيب الإكراه، عن طريق حظر الاستعمال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية بموجب المادة 11 من الأمر 03-03، الذي كرس فيه المشرع حماية الأطراف الضعيفة عقديا وغير متكافئة اقتصاديا، بعد قصور ومحدودية المادة 124 مكرر من ق م (نظرية التعسف في استعمال الحق) والتي

[1]- نص المادة 60 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة.

[2]- وفاء شناتلية ومنية شوايدية، "الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف من الإكراه الاقتصادي في ظل أزمة فيروس كورنا "، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد 19، ص 369-384، ص 370.

جعلها المشرع منذ تعديل 2005 تتعلق بقواعد المسؤولية التقصيرية، كما نص قانون المنافسة على حظر استعمال التعسف في وضعية الهيمنة بموجب المادة 07 من نفس الأمر[1]، لذلك سنتناول في هذا المطلب في فرعين **(الفرع الأول)** سنتناول فيه استحداث الإكراه الاقتصادي لإثراء النظرية العامة للعقد وبما أن تجديد عيب الإكراه ضمن قانون المنافسة يهدف إلى إعادة التوازن العقدي فسنتناوله في **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: استحداث عيب الإكراه الاقتصادي لتدعيم سلامة الرضا

على غرار قانون حماية المستهلك 09-03[2] وقانون الممارسات التجارية[3]، اللذان تأثرا بمظاهر القوة التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، فإنه ومن جهة أخرى فإن قانون المنافسة تصدى لمظاهر القوة التعاقدية فما بين الأعوان الاقتصاديين، من خلال حظر وضعية الهيمنة في السوق من متعاقد نحو المتعاقد الآخر، أومن خلال حظر التعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية لأحدهم اتجاه الطرف الآخر.

لقد كان القانون المدني الفرنسي سباقا للاعتراف بعيب الإكراه الاقتصادي في التعديل الذي مسّ قانون العقود والالتزامات سنة 2016، واعتبره آلية جديدة يواجه من خلالها مظاهر القوة الاقتصادية بعد ما دافع الاجتهاد القضائي كثيرا من أجل محاربة الوضعيات التعسفية بين المتعاقدين[4] وذلك من خلال المادة 1143 ق م[5] وعليه سنتناول مفهوم عيب الإكراه الاقتصادي **(أولا)** والأساس الذي يقوم عليه في القانون الجزائري **(ثانيا)**.

أولا: مفهوم الإكراه الاقتصادي

يعتبر السوق الموطن الخصب لظهور الممارسات التعسفية في العلاقات التعاقدية التي تبرم بين المتدخلين في السوق نتيجة للتفوق الاقتصادي أو المالي الذي يتمتع به أحد أطراف العلاقة التعاقدية في مواجهة الطرف الآخر أو لأن هذا الأخير يعاني من وضعية ضعف، لذلك تكون العقود المجال الخصب لمظاهر التعسف التي تشكل ممارسات تعسفية يحظرها قانون المنافسة.[6]

---

[1]- جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد...، المرجع السابق، ص 236.

[2]- المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي سبقت الإشارة إليه.

[3]- 04- 02 الذي سبقت الإشارة إليه.

[4]- أحمد بعجي، "من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد"، بحوث جامعة الجزائر1، الجزء الأول، العدد14، 2020، ص 232- 252، ص 244.

[5]- يراجع نص المادة 1143 من القانون المدني الفرنسي.

[6]- أحمد بعجي، من أجل اصلاح...، المرجع السابق، ص 244.

بالرجوع إلى النظرية التقليدية للعقد فإنها لا تعتد بوضعية المتعاقد وقدرته التعاقدية فيما إذا كان طرفا قويا أو طرفا ضعيفا، فالأطراف متساوية في العملية العقدية سواء كان أحدهم في وضعية قوة أو في وضعية ضعف اقتصادي، لأن العبرة بالمساواة المجردة دون المساواة الفعلية تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للإرادة الحرية في التعاقد، مع مراعاة ما يقتضيه النظام العام والآداب العامة، وتترك مسألة تحقيق العدالة العقدية للقاضي في إطار عقود الإذعان، هذا ما دفع الفقه إلى انتقاد هذا الأساس التي يقوم عليه مبدأ سلطان الإرادة، لما يعطي للشخص من القدرة على تحقيق مصالحه بما يتمتع به من حرية في التعاقد وبالتالي فكل ما هو عقدي فهو عادل، وهو ما أدى إلى المساس بمصالح الطرف الضعيف في العقد ليتم معالجة هذا النقص في إطار القواعد الخاصة "قانون المنافسة" على غرار قانون حماية المستهلك09-03 والقانون 04-02، المتعلق بالممارسات التجارية، حيث يأخذ قانون المنافسة بعين الاعتبار وضعيات أو مراكز القوة التي يتمتع بها المتعاقد.[1]

كما حاول الفقه تعريف الإكراه الاقتصادي بأنه الاستغلال المفرط أو التهديد المسلّط على المصالح الاقتصادية للشخص بغية الحصول منه على رضا سليم ما كان ليصدر منه لو لم يكن تحت طائلة هذا الضغط، كما تم تعريفه بأنّه ممارسة الضغط على أحد الأطراف لإبرام العقد حيث ينتزع رضاه عنوة من خلال الاستفادة من ظروفه السيئة ولو لم يساهم في إيجادها.[2]

ثانيا: أساس الاكراه الاقتصادي في القانون الجزائري

لم يتبنى المشرع نظرية الإكراه الاقتصادي بشكل صريح، لكنه كرس مفهوم الإكراه كعيب من عيوب الإرادة بموجب المادة 88 من التقنين المدني، التي تنص: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال."[3]

---

[1]- سامي بن حملة، المرجع السابق، ص 288.

[2]- وفاء شناتلية و منية شوايدية، المرجع السابق، ص 372.

[3]- عرّف الفقه الإكراه كعيب من عيوب الإرادة وفقا للمفهوم التقليدي على أنه: "ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع الى التعاقد والذي يفسد الرضا ليست الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد" ولهذا يفضل تعبير contrainte بدلا من violence وهو التعبير الوارد في التقنين المدني الفرنسي، لأن الذي يصيب الرضا ليس هو فعل الإكراه ذاته وإنما الخشية أو الرهبة الناتجة عنه، كما أنه يجب التفرقة بين الإكراه الذي يعدم الرضا والذي يفسده فقط، حيث يرى الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري أن الإكراه الذي يعدم الرضا يبطل العقد بطلانا مطلقا، بينما الإكراه الذي يعيب الرضا فإنه يترتب عليه البطلان النسبي، يراجع في هذا الخصوص، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد...، المرجع السابق، ص 360، الهامش 01 ص 360، و الهامش 1، ص 361.

إن الإكراه بالمفهوم التقليدي ووفقا لما نصت عليه المادة المذكورة أعلاه يختلف عن الإكراه الاقتصادي باستغلال وضعية التبعية، ففي الحالة الأخيرة يتطلب وجود علاقة تجارية أي علاقة عقدية، تحت ضغط وإكراه تسببت فيه ظروف الحال وعامل الخوف من تحقق خسارة أكيدة من المؤسسة،[1] كما حاول الفقه تعريف الإكراه الاقتصادي بأنه الاستغلال المفرط أو التهديد المسلّط على المصالح الاقتصادية للشخص بغية الحصول منه على رضا سليم ما كان ليصدر منه لو لم يكن تحت طائلة هذا الضغط، كما تم تعريفه بأنّه ممارسة الضغط على أحد الأطراف لإبرام العقد حيث ينتزع رضاه عنوة من خلال الاستفادة من ظروفه السيئة ولو لم يساهم في إيجادها.[2]

وأمام عدم وجود نص صريح يكرس نظرية الإكراه الاقتصادي في التقنين المدني الجزائري فإن الفقه حاول إيجاد أساسا قانوني يمكن من خلاله طلب إبطال العقد بوجود إرادة معيبة بسبب الإكراه الاقتصادي، وذلك بالرجوع إلى أحكام التقنين المدني باعتباره الشريعة العامة وتحديدا تطبيق نص المادة 88 منه.[3]

نظرا لخصوصية الإكراه الاقتصادي سعى الفقهاء إلى محاولة التقريب بين نص المادة 88 من التقنين المدني ومفهوم هذا الأخير، حيث تؤدي الضغوطات الاقتصادية التي يمارسها متعاقد ذو قوة اقتصادية على المتعاقد الآخر بطريقة تعسفية إلى إجباره على التعاقد أو القبول بشروط مجحفة لم يكن ليقبلها لولا هذه الظروف، وعليه فإنه عند وقوع شخص في الإكراه الاقتصادي فإنه يمكنه المطالبة بإبطال العقد تأسيسا على نص المادة 88 من التقنين المدني، إلى حين تعديل التقنين المدني الجزائري.[4]

كرس المشرع الفرنسي الإكراه الاقتصادي كأحد عيوب الإرادة بعدما تبناه القضاء في عدة أحكام قضائية، وهو ما جاءت به المادة 1143 من التقنين المدني الفرنسي المعدل، باعتباره صورة من صور الإكراه الاقتصادي تجعل العقد قابلا للإبطال، مؤسسا ذلك على مفهوم جديد يتمثل في إساءة استغلال أحد المتعاقدين لحالة التبعية l'abus de l'état dépendance ، والتي لولاها لما كان لهذا الأخير أن يتعاقد[5] وقد نص على هذه الحالة كما يلي :"وكذلك يكون هناك اكراه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة

[1]- جمعة زمام، العدالة العقدية...، المرجع السابق، ص415.

[2]- وفاء شناتلية ومنية شوايدية، المرجع السابق، ص 372.

[3]- عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 64.

[4]- وفاء شناتلية ومنية شوايدية، المرجع السابق، ص 374.

[5]- أشرف جابر ،" الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية"، لمحات في بعض المستحدثات"، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، 10/9 ماي، 2017، ص 308.

التبعية التي يكون عليها المتعاقد الآخر للحصول منه تعهد لم يكن يلتزم به لولا هذا الإكراه وذلك لتحقيق مزية فاحشة."[1]

كما قضت محكمة النقض في عدة قضايا بأنه ليس هناك ما يحول دون إبطال العقد للإكراه الاقتصادي،[2] كما أكدت على أن مجرد وجود تبعية اقتصادية ليس كافيا في هذا الصدد وإنما يجب أن يكون هناك إساءة استغلال هذه التبعية من المتعاقد الآخر وعليه فإن أهمية اعتراف المشرع الفرنسي بفكرة الإكراه الاقتصادي لا تقتصر على كونها تطورا تشريعيا فيما يتعلق بالإكراه المعيب للإرادة بل أنّها فتحت الباب الواسع للقضاء بتأسيس أحكامه على فكرة قلما كان يلجأ إليها في ظل غياب تشريعي.[3]

إن ما يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد ميز بين فكرة إساءة استغلال التبعية الاقتصادية من ناحية واختلال التوازن العقدي الجسيم من ناحية أخرى، فحالة التبعية الاقتصادية تنظمها المادة 1143 من التقنين المدني الفرنسي، ويكون الجزاء المترتب عنها إبطال العقد لعيب الإكراه بشرط أن تتحقق للطرف الآخر نتيجة هذه الإساءة في استعمال التبعية "مزية فاحشة" وهو جزاء عام يطبق في كافة العقود، أما اختلال التوازن العقدي الجسيم فنظمته المادة 1171 من التقنين المدني الفرنسي وجزاؤه إبطال الشروط التعسفية وليس العقد، التي تخل بالتوازن بين المتعاقدين[4] وهو جزاء ينحصر في عقود الإذعان.[5]

نصت المادة 1143 من التقنين المدني الفرنسي المستحدثة على أن :"عيب الإكراه يتوافر كذلك متى أساء أحد المتعاقدين استغلال حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر.....".

يفهم من النص المذكور أعلاه أن الإكراه في هذه الصورة يمكن أن يتحقق في أي حالة من حالات التبعية دون أن يقتصر على حالة التبعية الاقتصادية، مما يكرس المفهوم الواسع للإكراه الاقتصادي وفي هذا الإطار يظهر أثره على المتعاقد الآخر دون الغير، خلافا لقانون المنافسة الذي تصدى للتعسف الناتج

[1] - Art.1143 : « il y a également violence l'lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son contractant, 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 ».

[2] - Cass civ 1.30 mai 2000, n 98-15.242.

نقلا عن أشرف جابر، المرجع السابق، ص 309.هامش 4.

[3] - أشرف جابر، المرجع السابق، ص 309، ص 309.

[4] - لمزيد من التفاصيل يراجع أشرف جابر، المرجع نفسه، ص 312-317.

[5] - المرجع نفسه، ص 317.

عن وضعيات الهيمنة[1] وكذلك وضعيات التبعية الاقتصادية[2] التي تظهر في العلاقات التعاقدية بين المتعاملين الاقتصاديين في السّوق سواء كانوا منافسين أو شركاء تجاريين.[3]

الفرع الثاني: مظاهر الإكراه الاقتصادي في قانون المنافسة

بعد ما أظهرت النظرية العامة للعقد عجزها عن معالجة مظاهر التعسف التي تظهر في العلاقات التعاقدية في السوق تدخل المشرع عن طريق قانون المنافسة من أجل التصدي لحالات التعسف التي تنتج عن حالات التبعية الاقتصادية، فضلا عن الوضعيات الاقتصادية التي ينتج عنها حالات عدم التوازن العقدي وسنتناول مظاهر التعسف في قانون المنافسة كما يلي:

أ- التعسف الناتج عن وضعية التبعية الاقتصادية للمتعاقد

عرّفت المادة 03 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة وضعية التبعية الاقتصادية بأنها :"العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا" وعليه فإن التبعية الاقتصادية هي تلك العلاقة التجارية التي تربط بين مؤسستين سواء كانت شخص طبيعي أو معنوي يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات ولا يمكن الحديث عن وجود المستهلك في هذه العلاقة بحيث تكون مؤسسة ما تحت سلطة مؤسسة أخرى تخضع لشروطها ولا يمكن إيجاد طرف بديل للتعاقد معه.[4]

وعليه يشترط لتحقق حالة التبعية أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين المؤسسة وممونيها أو عملائها وأن وضعية التبعية في حد ذاتها لا تعتبر أمرا محظورا، فالسيطرة أو التفوق هو طموح أي مؤسسة في الميدان الاقتصادي وإنما المحظور هو تعسف المؤسسة المهيمنة الناتج عن استغلال وضعية التبعية الاقتصادية والذي يتخذ عدة أشكال نوجزها فيما يلي:

1- رفض البيع دون مبرر شرعي وفرض شروط بيع تمييزية.

2- الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى.

3- البيع المشروط باقتناء كمية معينة.

---

[1]- يراجع نص المادة 07 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم

[2]- يراجع نص المادة 11 من نفس الأمر

[3]- سامي بن حملة، المرجع السابق، ص 294.

[4]- وفاء شناتلية ومنية شوايدية، المرجع السابق، ص 376.

4- عملية إيقاف التعامل مع العميل الذي يكون الباعث عليها مجرد رفض الخضوع لشروط تجارية غير مُسببة.[1]

إن هذه الحالات من الممارسات التعسفية والتي تشكل خرقا لقواعد المنافسة ذكرت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر وهذا ما يظهر من خلال الفقرة الأخيرة من نص المادة 11 من الأمر 03-03 التي وسعت من دائرة هذه التصرفات.[2]

إن إسقاط حالة التبعية الاقتصادية على الفقرة 02 من المادة 88 من التقنين المدني، يعني أن المتعاقد (المؤسسة) لم تجد حلا بديلا مما يجعلها تبرم عقدا يتضمن بنودا يراها هو تعسفية نتيجة التبعية الاقتصادية، هذا ما يشكل جوهر الإكراه الاقتصادي ومساسا بمبدأ الحرية التعاقدية للشخص، إذ أنّ إرادته تصبح معيبة نتيجة الرهبة التي تكون في نفسه، تهدد مصالحه المشروعة بشكل مباشر، لذلك فإن الاستفادة من وضعية التبعية الاقتصادية، يعتبر إكراها والذي تقوم به المؤسسة الأخرى بغرض الحصول على فائدة في صورة شروط تعسفية أو تفاوت في الالتزامات، كأن تفرض أسعار معينة على التجار الذين يبيعون منتجاتها إلى المستهلكين وهي حالة تجعل إرادة المتعاقد الآخر معيبة ويكون العقد قابلا للإبطال.[3]

إنّ ما يميز التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية عن التعسف في وضعية الهيمنة هو درجة وقوة تأثير فعل التعسف، ففي وضعية الهيمنة فإنه يمتد إلى السوق كلها، أما في حالة التبعية الاقتصادية فإن محيط التأثير لا يتعدى المتعاقد الآخر ويمكن أن تقع الحالتين معا على المتعاقد.[4]

2- التعسف في استعمال وضعية الهيمنة:

عرفت المادة 03 من الأمر 03-03 وضعية الهيمنة بأنها :"الوضعية التي تُمكن مؤسسة من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها".

بالرجوع إلى نص المادة 07 من الأمر 03-03 يتبين أن وضعية الاحتكار قد تمثل وضعية هيمنة على السوق، إذا كانت المؤسسة المعنية تشمل أو تضم جميع الحصص أو القسط الأكبر منها، مما يجعلها لا

[1]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 228-229.

[2]- جاء في نص المادة 11 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة ما يلي: "... يتمثل هذا التعسف على الخصوص في...."، مما يعني أن الممارسات المذكورة في المادة 11 جاءت على سبيل المثال لوجود عبارة "على الخصوص".

[3]- وفاء شناتلية ومنية شوايدية، المرجع السابق، ص 377.

[4]- محمد تيورسي، المرجع السابق، ص 226.

تخضع لأي منافسة نظرا للتمركز الفعلي والأكيد للقوة الاقتصادية الذي يتحقق لها نتيجة لتمتعها بهذه الصبغة.[1]

إن الفعل الغير مشروع لا يتمثل في مجرد احتكار أو الهيمنة على سوق ما وإنما في سوء استغلال هذه الهيمنة وعليه فإن قانون المنافسة لا يحظر وضعية الهيمنة في حد ذاتها، وإنما يمنع التعسف في استعمالها ولعل الحكمة من هذا الحظر هو تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة التفاوضية، لا سيما مع ظهور مؤسسات قوية في مجالات الإنتاج والتوزيع، مما يستدعي توفير حماية للطرف الضعيف بما قد يترتب عن مثل هذه الوضعيات (المهيمنة) من شروط تعسفية.[2]

استنادا إلى نص المادة 03 ف 3 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة فإن المؤسسة تكون في وضع مهيمن بمجرد تمكنها من تحديد الشروط التي يتم في ظلها تطوير المنافسة، والقيام بأي تصرف دون الأخذ بعين الاعتبار السير العادي للعبة التنافسية ويتميز الوضع المهيمن بتوافر ثلاثة عناصر على الأقل هي:

- تمكين المقاولة المهيمنة من القيام بعملية تقييم وتحليل اقتصادي للسوق.

- احتكار المقاولة المهيمنة للسوق ما دامت تستحوذ على السوق بأكملها أو على جزء مهم منها، دون الخضوع لأية منافسة من طرف جهة أخرى.

- تركيز القوة الاقتصادية في يد المقاولة أو مجموعات المقاولات المهيمنة وانطلاقا من كل ذلك يظهر أن اعتبار مقاولة ما في وضع مهيمن يتطلب دراية تامة وحذرا شديدا وفحصا دقيقا للحيز الذي تحتله المقاولة في السوق.

إن التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة لا يكون مقيدا للمنافسة إلا بعد وقوعه ولم يتطرق قانون المنافسة لتعريف التعسف وإنّما اكتفى بإيراد أمثلة للتعسف ويمكن القول أن التعسف في وضعية الهيمنة يتمثل في السلوكات التي تتبعها المؤسسة والتي من طبيعتها أن تؤثر على السوق، والتي تسعى المؤسسة من خلالها للحصول على ميزة تنافسية أو اقتصادية غير مبررة.[3]

إن الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة الاقتصادية التي يفرضها الاحتكار من طرف المهني على حساب المستهلك أو غير المحترف هو ما يؤدي إلى قيام نظرية الإكراه الاقتصادي، ويتجسد ذلك في الشروط التعسفية وهو معيار ذاتي يختلف باختلاف الشخص وظروفه الاقتصادية، وقد نصّ المشرع

---

[1]- المرجع نفسه، ص 217.

[2]- المرجع نفسه، ص 220.

[3]- زهرة بن عبد القادر، " حماية مبدأ المنافسة من التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق"، دراسة تحليلية في التشريع الجزائري على ضوء نظيرة الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد5، العدد01، 2019، ص 31- 58، ص 42.

على معيار واحد للتعسف وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الطرفين وعليه فإنه لمعرفة التعسف يكون البحث عن اختلال التوازن في العقد المبرم بين المهني والمستهلك، الذي يكون نتيجة ضعف هذا الأخير أمام المهني الذي يفرض عليه شروط بما يملكه من تفوق في الاقتصاد المعرفي وبالتالي يتم استغلال حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة ولا يمكنه إلا القبول أو الرفض دون إمكانية المناقشة، وهو ما يعرف بعقود الإذعان، حيث تقوم الشركات الكبرى بإبرام عقود تدرج فيها شروط تعسفية تخدم مصلحتها الاقتصادية، فاللامساواة في القوة الاقتصادية يجعلها تتحكم في الجمهور من خلال استغلال خوفهم من عدم تلبية احتياجاتهم، فينعدم الاختيار ونظرا للظروف الاقتصادية فإنه يقوم بإبرام العقد مكرها ويترتب على هذا الخضوع عدم التوازن العقدي، يمنح للمحترف الحصول على فائدة مفرطة، وهو ما يكون قرينة على التعسف في استعمال وضعية الهيمنة الاقتصادية.[1]

[1]- وفاء شناتلية ومنية شوايدية، المرجع السابق، ص 379.

خـــاتمـــــة

خاتمة:

لما كانت القاعدة القانونية قاعدة السّلوك الاجتماعي فإنها لا بد أن تتغير بتغير المجتمع، فكل تطور اجتماعي لا بد أن يتبعه تطور قانوني، هذا ما جعل مبدأ سلطان الإرادة كأساس قانوني للعقد يولد في كنف الأفكار الليبيرالية التي جّسدت فلسفة مشبعة بروح الفردية، وتقديس الحرّية في ظل سيادة المذهب الفردي الذي يرى أنصاره أنه لا بد من استقلال حرية الفرد وإرادته، وتسخير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية بما فيها حريته في النشاط الاقتصادي، في ظل بيئة عقدية اعتمدت آنذاك خلال القرن الثامن على أسلوب التعاقد البسيط حيث كانت تعتمد على الزراعة وعقود محدودة النطاق غالبا ما تتم بين الأسر.

إلاّ أن هذه البيئة العقدية لم تعد نفسها البيئة التي يشهدها العالم بداية من القرن العشرين، فالثورة الصناعية وظهور التكنولوجيا بشكل كبير أثر كثيرا على العقد، ممّا أدى إلى ظهور عقود جديدة وتقنيات مستحدثة في التعاقد وسّعت من نطاق العلاقات العقدية، بل وأدّت إلى اختلال التوازن العقدي نظرا لتباين القوى الاقتصادية والمعرفية بين الأطراف المتعاقدة، هذا ما جعل الفلسفة والتصورات التي قام عليها مبدأ سلطان الإرادة كأساس يقوم عليه العقد، لم تعد صالحة لحماية حرّية الإرادة ولم تعد مقولة فوبيه **"من قال عقدًا قال عدًا"** مقولة صحيحة، بل صار العقد يمثل اللاّعدل في ظل علاقات عقدية غير متساوية الأطراف، يخضع ويذعن فيها الطرف الضعيف للشروط التعسفية التي يمليها عليه الطرف القوي في العقد.

مهّدت هذه الظروف إلى انتشار الأفكار الاشتراكية بعدما وجّه أنصارها النقد اللاّذع للمذهب الفردي، وبرهنوا على أن مبدأ سلطان الإرادة أصبح يقوم على أرضية غير صلبة، ممّا انعكس على حرية الأفراد و أدى الى انتشار الظلم في أوساط العمال، وغيرها من الرّوابط العقدية الغير متساوية الأطراف، هذا ما جعل قوانين الدّولة تتجه نحو الاهتمام بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد، متأثرة بالأفكار التي أفرزها المذهب الاجتماعي الذي حمل معه فلسفة جديدة تستجيب للمتغيرات الراهنة، فظهرت مفاهيم جديدة لفكرة النظام العام التي لا تقتصر على الجانب السلبي الرّقابي، بل تجاوزته إلى التدخل الايجابي في تحديد مضمون العقد، عن طريق التدخل المباشر للمشرع في الرابطة العقدية، لتظهر إلى الوجود فكرة العقود الموجهة أو المفروضة، الأمر الذي أدّى إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة، ممّا أثار جدلا كبيرا في أوساط الفقهاء، وذهب البعض منهم إلى القول أن العقد يمّر فيما يعرف "**بأزمة العقد**" وشككوا في فاعلية الإرادة وقدرتها على إنشاء العقد وتحديد آثاره، بينما ذهب البعض الآخر أنّ العقد يعرف انتعاشا

وتجديدا في مبادئه وتصوراته، وأن الإرادة لا يمكن انكارها طالما أن العقد لا يتم إلاّ بتوافق إرادتين، ولكن ما يجب أن يكون هو أن يتم توجيه هذه الإرادة وتقييدها بما يكفل حماية الطرف الضعيف والمصلحة العامة وهذا ما هو إلاّ حماية في حد ذاته لهذه الإرادة.

عمد المشرع الجزائري على غرار باقي مشرعي الدّول الأخرى إلى تنظيم العقد وتوجيهه مستعملا تقنية النظام العام بشقيه التوجيهي والحمائي بعدما أصبحت القواعد العامة ضمن النظرية التقليدية للعقد غير كافية لحماية إرادة الطرف الضعيف، فلجأ إلى اصدار العقود المتخصصة التي تحتوي على القواعد الآمرة والتي كان لها التأثير لا محالة على مبدأ سلطان الإرادة دون الاصلاح الشامل لقانون العقود ولالتزامات.

إنّ جملة النتائج التي توصلنا إليها ضمن هذه الدراسة يمكن حصرها في النقاط التالية:

1- إنّ مبدأ سلطان الإرادة يعتبر فلسفة فقهية تتغير وتتطور بتغير وتطور المجتمع، وهذا ما ينعكس على نظام العقد، ويجعله ينتقل من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون من حيث تكوينه وتحديد آثاره.

2- إنّ الليبيرالية الفردية بالغت في تمجيد الفرد والاعتراف بحريته في مجال العقد إلى حدّ الإطلاق، مما أثر على تكريس التوازن العقدي وتحقيق العدالة العقدية.

3- وفقا للمذاهب الاشتراكية فإن مصلحة الجماعة أولى من مصلحة الفرد، وما دام أنّه يعيش في وسط الجماعة فلا بد أن تكون إرادته متوافقة مع مصلحة الجماعة.

4- ظهور النظام العام الاقتصادي بشقيه الحمائي والتوجيهي من أجل حماية الطرف الضعيف وضبط النشاط الاقتصادي، كما أن انتهاج الدّولة الجزائرية لاقتصاد السوق ابتداء من دستور 1989، وتكريسه صراحة في دستور 1996 جعل الدّولة تتخلى عن وظيفتها كدولة متدخلة في النشاط الاقتصادي بصفة مباشرة، وتصبح دولة ضابطة للسوق مستعملة آلية العقد عن طريق توجيهه وتقييده من أجل حماية حرّية المنافسة من التصرفات المقيدة لها.

5- لجوء المشرع إلى اصدار العقود المتخصصة المنفصلة عن القانون المدني، من أجل حماية الطرف الضعيف، والتكيف مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي عرفها العالم بداية من القرن العشرين، فأصدر العديد من القوانين الهادفة إلى حماية الطرف الضعيف منها قانون الاستهلاك 09-03، وقانون العمل 90-11 المعدل والمتمم ونظم عقد الايجار المدني، إلى غيرها من القوانين

التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي من أجل تحقيق العدالة العقدية، ولقد عبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بعيممة العقد، التي أصبغت العقد بقواعد القانون العام.

6- إن تدخل المشرع في العقود أثر على مبدأ سلطان الإدارة في مبادئه وتصوراته، فلم يعد الشخص حرا في أن يتعاقد أو أن يرفض التعاقد بل ظهرت العقود الإجبارية كعقد التأمين، والعقود المحظورة وهو ما كرسه المشرع بحظره للقروض الاستهلاكية بموجب المادة 75 من الأمر 09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ثم رفع هذا الحظر نتيجة انتعاش الاقتصاد الوطني، كما قيد المشرع حرية الإرادة في اختيار الطرف الآخر على الرغم من تكريس المشرع لحرية الاستثمار إلا أنه نص على حق الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية في إعادة شراء الأسهم والحصص الاجتماعية التي تتنازل عنها الشركات الخاضعة للقانون الجزائري في الخارج سواء مباشرة أو غير مباشرة.

7- دعّم المشرع حماية الطرف الضعيف في العقد عن طريق فرض التزامات إضافية كالالتزام بالإعلام، وفرض الالتزام بحسن النية أثناء المرحلة السابقة على التعاقد، وفرض نظام التراخيص الإدارية المسبقة.

8- لم يقتصر تدخل المشرع في الحد من حرية التعاقد أو الامتناع وتحديد الطرف الآخر المتعاقد معه بل واصل تدخله الذي طال مضمون العقد، بل الأكثر من ذلك امتد هذا التنظيم إلى فرض نماذج للعقود جاهزة ومعد مسبقا، كاد أن يكون فيها المشرع طرفا ثالثا في العقد عن طريق تمذيج العقود.

9- أدى التدخل التشريعي في العقود إلى الخروج عن مبدأ سلطان الإدارة من حيث أثار العقد، فلم يعد الأثر نسبيا بالنسبة للعقد، بل هناك توسع هذا المبدأ عن طريق اتفاقيات العمل الجماعية، وتشريعات الاستهلاك كما أن تدخل المشرع في العقود أدى إلى انتهاك حرمة القوة الملزمة للعقد، كما هو الحال بالنسبة لحق العدول عن العقد، كآلية لتدعيم رضاء المستهلك في العقود المبرمة عن بعد.

10- إن تدخل المشرع في تنظيم العقد يهدف إلى تحقيق السياسة التشريعية للمشرع وهي تحقيق المصلحة العامة، ولذلك كان لابد أن يستجيب للمنفعة الاجتماعية، عن طريق اخضاعه للقواعد الآمرة وهذا ما يكرس العدالة كأساس جديد للقوة الملزمة للعقد.

11- من أجل تكميل العدالة العقدية فإنه تم إدخال القواعد الأخلاقية على مفهوم العقد، كالالتزام بمبدأ حسن النية، الذي أسبغ عليه الفقه مفهوما جديدا يتعلق بالثقة المشروعة للمستهلك.

12- على الرغم من مرونة قواعد النظرية التقليدية للعقد وثباتها مدة طويلة من الزمن، إلا أنها أصبحت غير قادرة على احتواء العقود المستحدثة نتيجة التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، هذا ما جعل المشرع الفرنسي يحدث إصلاحات جذرية على الجزء المهم والمتعلق بالعقود والالتزامات.

13- إن التكيف مع التحولات الراهنة أحدث خروجا عن المبادئ الراسخة في النظرية التقليدية للعقد، من أجل تطوير العقد وتحديثه في مبادئه وتصوراته، ولم يشكل هذا التدخل أزمة للعقد.

14- إن تدخل المشرع في العقود عن طريق التنظيم لا يشكل إذعانا للإدارة التشريعية بل إن الهدف من هذا التنظيم هو تنفيذ سياسة المشرع في حماية الطرف الضعيف وتحقيق المصلحة العامة، وكذا ضبط النشاط الاقتصادي في ظل انتهاج سياسة الاقتصاد الحر.

15- على الرغم من اختفاء سلطان الإرادة بمفهومه الكلاسيكي في تكوين العقد وتحديد أثاره إلا أنه يبقى له الدور في إنشاء العقد الذي لا يتم إلا بتوافق إرادتين.

16-إثراء قانون المنافسة للإرادة التعاقدية، من خلال استحداث عيب الإكراه الاقتصادي كعيب من عيوب الرضا.

لذلك فإننا نوصي بما يلي:

1- ندعو المشرع الى ضرورة تعديل القانون المدني خاصة قانون العقود والالتزامات وذلك بإدخال إصلاحات جديدة لتتلاءم النظرية التقليدية للعقد مع التصورات الجديدة للمنظومة التعاقدية حتى يتم توحيد المفاهيم الجديدة التي جاءت بها القوانين المتخصصة مع النظرية العامة للعقد، وذلك من خلال التطرق إلى مرحلة التفاوض الالكتروني وتجسيد مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، وترتيب المسؤولية وكجزاء عن الإخلال بالالتزامات في هذه المرحلة.

2- إحداث تعديلات على تشريعات الاستهلاك وكذا القانون المدني تشمل حماية المستهلك من الشروط التعسفية في كل العقود على غرار ما فعله المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك في القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المادة .1171

3- ضرورة ربط الشروط التعسفية بكل العقود النموذجية سواءا كانت عقود إذعان أو عقود مساومة لأن الواقع أثبت أن الشروط التعسفية لم تعد ترتبط بعقود الإذعان فقط، بالإضافة إلا أنه ليس كل عقود الإذعان بالضرورة تتضمن الشروط التعسفية بل إن عقود المساومة وفقا لتشريعات الاستهلاك

لا يمتلك فيها المستهلك سوى الإذعان لطرف القوي لأن المفاوضة تكون صورية وهي صورة متطورة لعقد الإذعان.

4- ضرورة التوافق ما بين سلطان الإرادة وسلطان القانون فلا يكون هناك إقصاء كلي وإلغاء لدور الارادة عن طريق احتكارها من طرف المشرع ولا إطلاقها مما لا يحقق المساواة الفعلية وإنما ينبغي أن يكون سلطان الإرادة يمشي جنبا إلى جنب مع سلطان القانون، مع ضرورة توجيه هذه الإرادة كلما كانت العلاقة العقدية غير متساوية الاطراف.

قـائمة المصادروالمراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولا: المصادر

1- الدساتير:

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، (ج ر الصادرة في 8/ 12/ 1996، ع 76)، المعدل والمتمم.

2-القوانين الوطنية و الأجنبية:

أ/ القوانين الوطنية:

1. القانون 89-12 المتعلق بالأسعار ، والمؤرخ في 1989/07/5 (ج ر، الصادرة في 07/19/ 1989،ع 29، ص757)، الملغى.

2. القانون 88 - 02 المؤرخ في 12 جانفي1988 المتعلق بالتخطيط، (ج ر، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988، ع 02).

3. القانون 88- 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية (ج ر، الصادرة بتاريخ 13 جانفي 1988، العدد 02).

4. القانون 90- 10المؤرخ في 14 أفريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، (ج ر ، الصادرة بتاريخ 18 أفريل 1990، ع 16، ص520)، المعدل والمتمم.

2- القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 21 أفريل 1990 (ج ر ، الصادرة بتاريخ 25 أفريل 1990، ع 17، ص 562)، المعدل والمتمم.

5. القانون 18-09، المؤرخ في 25 جوان 2018، يعدل ويتمم القانون 09 - 03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج ر، الصادرة في 13 جوان 2018، ع 35، ص 5).

6. القانون رقم 16- 01 المؤرخ في مارس 2016، يتضن التعديل الدستوري (ج ر، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016، ع 14).

7. القانون رقم 01-18، المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة (ج ر، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2001، ص 4).

8. القانون رقم 01-20، المؤرخ في 12 ديسمبر 2001، يتعلق بتهيئة الاقليم و تنميته المستدامة،(ج ر الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2001، ع 77، ص 18).

9. القانون 09-01، المؤرخ في 22 جويلية، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، (ج ر، الصادرة بتاريخ 26 جويلية 2009، ع 44، ص4)، المعدل والمتمم.

10. القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، المؤرخ في 1986/03/4 (ج ر، الصادرة في 1986/03/5، ع 10، ص350)، ملغى.

11. القانون رقم 90-10، المؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، (ج ر، الصادرة بتاريخ 18 أفريل 1990، ع16، ص 51)، ملغى.

12. القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالإعلام، (ج ر الصادرة بتاريخ 15 جانفي ، 2012، ع 02 ، ص 21)، المعدل والمتمم.

13. القانون 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 ماي 2003، المتعلق بالمنافسة، (ج ر الصادرة في 2 جويلية 2008، ع 36، ص 11)، المعدل والمتمم.

14. القانون رقم 03-04 المؤرخ في 14 فبراير 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 93- 10 المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، (ج ر، الصادرة في 19 فبراير 2003، ع 11، ص 20)، المعدل والمتمم.

15. القانون 97-03 المؤرخ في 18 نوفمبر 1997، يتعلق بالنظام العام البورصة القيم المنقولة (ج ر الصادرة في 29 ديسمبر 1997، ص 6) المعدل والمتمم.

16. القانون 08-13 المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل والمتمم للأمر 85- 05، المتعلق بحماية وترقية الصحة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 2008)، المعدل والمتمم.

17. القانون 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-04، المتعلق بالتأمينات، (ج ر، الصادرة بتاريخ 12 مارس2006، ع 44، ص 03).

18. القانون 05-12 المؤرخ في 4 أوت 2005، المتعلق بالمياه، (ج ر، الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005، ع 6، ص 03)،المعدل والمتمم.

19. القانون 05-07 المؤرخ في 28 أفريل 2005، يتعلق بالمحروقات، (ج ر الصادرة بتاريخ 22 جوان 2005، ع 50، ص 3)، المعدل والمتمم.

20. القانون 02-01 المؤرخ في 5 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عن بواسطة القنوات، (ج ر، الصادرة بتاريخ 06 فيفري 2002، ع 8، ص 02).

21. القانون 01-10 المؤرخ في 3 جويلية 2001، المتعلق بالمناجم، (ج ر، الصادرة بتاريخ 04 جويلية 2001، ع 35، ص 02)، المعدل والمتمم.

22. القانون 2000 -03 المؤرخ في 5 أوت 2000، المتعلق بالقواعد العامة للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000، ع 48، ص 3)، المعدل والمتمم.

23. القانون 90-07 المتعلق بالإعلام المؤرخ في 03 أفريل 1990، (ج ر، الصادرة في 04 أفريل 1990، ع 14، ص 458)، المعدل والمتمم.

24. القانون رقم 95-22 المؤرخ في 26 أوت 1994، يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1995، ع 48 ، ص 03)، المعدل والمتمم.

25. القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، (ج ر، الصادرة في 13 جانفي 1988، ع 02).

26. القانون 18-09، المؤرخ في 10 جوان سنة 2018، يعدل ويتمم القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع، (ج ر، الصادرة بتاريخ 13 جوان 2018، ع 35، ص 5).

27. القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 16 ماي 2018، العدد 28، ص 4).

28. القانون رقم 03-10 المؤرخ في 2003/8/19، المتعلق بحماية البيئة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 2003/8/20، ع 43، ص6).

29. القانون 89- 02، المؤرخ في 25 فيفري 2000، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج ر، الصادرة في 8 مارس 2009، ع 15، ص 12)، الملغى.

30. القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان سنة 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03- 03 المتعلق بالمنافسة (ج ر، الصادرة بتاريخ 2 جويلية 2008، ع 34، ص 11).

31. القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج ر، الصادرة في 8 مارس 2009، ع 15، ص 12) المعدل والمتمم.

32. القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 2004/06/27،ع 41، ص3)، المعدل والمتمم.

33. القانون 2000- 06 المؤرخ في 23 ديسمبر 2000، المتضمن قانون المالية لسنة 2001، (ج ر، الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2000، ع 80، ص 03).

-الأوامر

1. الأمر75– 58 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، (ج ر، الصادرة في 1975/09/30، ع 78) المعدل والمتمم.

2. الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، (ج ر، الصادرة في 22 أوت 2001، ع 47، ص 4) المعدل والمتمم.

3. الأمر 95-07، المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات (ج ر، الصادرة بتاريخ 1995/03/08، ع 13، ص3)، المعدّل بموجب القانون 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006، (ج ر، الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006، ع 15، ص3)، المعدل والمتمم.

4. الأمر رقم 09-01، المؤرخ في 22 جويلية 2009 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009،(ج ر الصادرة بتاريخ 26 جويلية 2009، ع 44، ص 4).

5. الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، (ج ر، الصادرة في26 أوت 2003، عدد52، ص 03)، المعدل والمتمم.

6. الأمر 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، (ج ر الصادر بتاريخ 22 رمضان 1415، ع 09، ص 13)، الملغى بموجب الأمر 03-03.

7. الأمر 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، (ج ر، الصادرة بتاريخ 26 فيفري 1974، ع 15)، المعدّل بالقانون 88-31، المؤرخ في 1988/07/19 (ج ر الصادرة بتاريخ 20 جويلية 1988، ع 29).

8. الأمر 01- 03 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار (ج ر، الصادرة في 22 اوت 2001، ع 47، ص4)، المعدل والمتمم.

9. الأمر 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة (ج ر، الصادرة بتاريخ 22 جانفي 1995، ع 9، ص 13)، الملغى.

10. الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة، المؤرخ في 19 جويلية 2003،(ج ر الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، ع 43، ص)، المعدل والمتمم.

-المراسيم:

1. المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، (ج ر، الصادرة في 03 مارس 1993، ع 14، ص4-9)، الملغى بموجب القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر ، ع 14.

2. المرسوم التشريعي 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 23 ماي 1993، ع 34، ص 4) معدل ومتمم بالأمر 96-10، مؤرخ في 10 جانفي 1996، (ج ر، الصادرة سنة 1996، ع 3، ص 34) والقانون رقم 03-04، المؤرخ في 17 فيفري 2003 (ج ر، الصادرة بتاريخ 19 فيفري 2003، ع 11 ، ص 20).

3. المرسوم الرئاسي 96-113 المؤرخ في 23 مارس 1996، يتضمن تأسيس وسيط الجمهورية، (ج ر، الصادرة بتاريخ 31 مارس 1996، ع 20، ص 4).

4. المرسوم الرئاسي 13-431، المؤرخ 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 الصادرة في 25 ديسمبر، ع 66، ص11).

5. المرسوم التنفيذي 06 – 306، المؤرخ في 2006/9/10، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (ج ر الصادرة في 2006/9/11، ع 56 ص 16) المعدل والمتمم.

6. المرسوم التنفيذي 13-378 ، المؤرخ في 9 نوفمبر 2013،يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، (ج ر ، الصادرة في 18 نوفمبر 2013، ع 58، ص8).

7. المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 7 مارس 1994، يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي طبق في مجال الترقية العقارية، (ج ر ، الصادرة في 7 مارس 1994، ع 13، ص11).

8. المرسوم التنفيذي 11-108، المؤرخ في 06 مارس 2011، يحدد السعر الأقصى عند الاستهلاك وكذا هوامش الربح القصوى عند الإنتاج والاستيراد وعند التوزيع بالجملة والتجزئة لمادتي الزيت الغذائي المكرر العادي والسكر الأبيض، (ج ر الصادرة في 9 مارس 2011، ع 15، ص 27)، المعدل والمتمم.

9. المرسوم التنفيذي رقم 93-160، المتعلق بتنظيم النفايات الصناعية السائلة في الأوساط الطبيعية، المؤرخ في 10 جويلية، (ج ر الصادرة بتاريخ 14 جويلية 1993، العدد، 46 ص6).

10. المرسوم التنفيذي 06-198، المؤرخ في 31 ماي 2006 المتعلق بضبط التنظيم المطبق على المنشآت المصنفة لحماية البيئة، (ج ر، الصادرة بتاريخ 4 جوان 2006، ع 37، ص9).

11. المرسوم التنفيذي 07-145 المؤرخ في 19 ماي 2007، يحدّد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادفة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، (ج ر ، الصادرة في 22 ماي 2007، ع 34، ص92)، المعدّل والمتمم.

12. المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 03/19/ 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الايجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93- 03، (ج ر، الصادرة في س 1994، ع 17، ص 8).

13. المرسوم التنفيذي 15-114، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي ، المؤرخ في 12 ماي 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي (ج ر الصادرة بتاريخ 13 ماي 2015، ع 24).

14. المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، المحدّد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات، (ج ر، الصادرة بتاريخ 02 أكتوبر 2013، ع 49، ص16)، الملغى.

15. المرسوم التنفيذي رقم 05-219 المؤرخ في 2 جوان 2005، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، (ج ر، الصادرة بتاريخ 22 جوان 2005، ع 43، ص 5).

ب/ القوانين الأجنبية:

1. القانون المدني المصري 131 لسنة 1948، المعدل والمتمم.

2. القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 سنة 1949 ، المعدل والمتمم -

3. القانون المدني الأردني، رقم 43، لسنة 1976، المعدل والمتمم

4. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، المعدل والمتمم.

5. قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل والمتمم.

6. مجلة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة في 1906/12/15، المعدل والمتمم.

7. قانون الموجبات اللبناني الصادر في 9/ 03 / 1930، المعدل والمتمم.

8. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة1951، المعدل والمتمم.

9. القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ 20 فيفري 1954، المعدل والمتمم.

10. القانون المدني الكويتي الصادر سنة 1980، المعدل والمتمم.

-قرارات المحكمة العليا:

1. قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 07 فبراير 1983، قضية رقم 29500 ، م ق سنة 1989 ع 01.

2. قرار المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 25699، ن ق، ع خ، سنة 1982.

ثانيا: الكتب

أ/الكتب العامة:

1. إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، إعادة الطبعة الأولى، سنة 2015.

2. أعصم أحمد حمدي إمام، أثر تشريعات حماية المستهلك على القانون المدني دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 2018.

3. أيمن سعد، العقود النموذجية دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 2012- 2013.

4. جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للدارسات، والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة 2008.

5. حسين عبد الله الكلابي، النظام العام العقدي، دراسة مقارنة، دار السنهوري، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2016.

6. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة،2007.

7. ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة1، سنة 2000.

8. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 1984.

9. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2009.

10. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الكويت، طبعة سنة 1982.

11. عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة.

12. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 1، ط الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2000.

13. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1995.

14. عبد الرّزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1995.

15. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

16. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الارادية (العقد للإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 2015.

17. علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2013.

18. علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة. سنة 2015.

19. علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، طبعة سنة 2010.

20. عمر عبد الفتاح السيد عبد الطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة سنة 2016.

21. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 2005.

22. محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-03، دار بغدادي للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر.

23. محمود على دريد، النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيرت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2012..

24. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام وأحكامها، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، معززة بآراء الفقه وأحكام القضاء، دار الثقافة للنشر التوزيع، طبعة سنة 2012.

ب/الكتب المتخصصة:

27. أحمد سيد أحمد وأحمد أبو القاسم، مجالات وأهداف حماية المستهلك، دار النهضة العربية، بدون مكان الطبع، طبعة سنة 2018.

28. بن قويدر زبيري، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 2019.

25. أيمن ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.

26. حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي "، دار الفكر الجامعي الأزرايطة الإسكندرية، طبعة سنة 2006.

27. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية الاسكندرية، مصر، طبعة 2007.

28. علي فيصل علي الصّديقي، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2012.

29. محفوظ بن حامد لعشب، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية لكتاب، الجزائر، سنة 1990.

30. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، طبعة سنة 2008.

31. محمد تيورسي، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة سنة 2013.

32. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر الامارات، طبعة 2012.

33. محمد محي الدين ابراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون ذكر الطبعة والسنة.

ثالثا: الرسائل والمذكرات:

أ/رسائل الدكتوراه:

1. أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2018-2019 .

2. أعمر تسبية، الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 13 جوان 2019.

3. بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص القانون، تاريخ المناقشة: 16 جوان 2014.

4. بلال عثماني، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتورة في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري ، - تيزي وزو- ،كلية الحقوق والعلوم السياسة، السنة الجامعية: 2017-2018.

5. جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013-2014.

6. حمزة بن خدة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي، العقد نموذجا، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان-، السنة الجامعية: 2016-2017.

7. داود منصور، الآليات القانونية لضبط النشاط الاقتصادي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون الاعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2015- 2016 .

8. سفيان زبيدي، حرية الاستثمار والرقابة على التصرف في القانون العام، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 26 جوان 2012.

9. سماح جبار، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2017-2018.

10. صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق – السعيد حمدين- ، السنة الجامعية: 2017- 2018.

11. عبد الرحمن عزّاوي، الرّخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، نوقشت بتاريخ 02 جوان 2007.

12. عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بقايد، - تلمسان -، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2015- 2016.

13. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014- 2015.

14. فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2017-2018.

15. فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في الحقوق جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2013-2014.

16. لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2015-2016.

17. لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتورة في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية الجامعية: 2015- 2016.

18. منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، نوقشت بتاريخ: 2019/5/5.

19. منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، نوقشت بتاريخ 5 ماي 2019، ص199-200-202-203-204.

20. الهام بوحلايس، الحماية القانونية للسوق في ظل قواعد المنافسة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2016- 2017.

21. ياسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل الشهادة الدكتورة في القانون الوضعي، تخصص القانون الخاص الداخلي، جامعة مولود معمري، - تيزي وزو - كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2017 – 2018.

ب/مذكرات الماجستير:

1. أحمد حدي لالة، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان - ، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2012- 2013.

2. آسيا مندي، النظام العام والعقود، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2008- 2009.

3. إلياس بوكاري، الرقابة الإدارية على المنشآت المصنفة لحماية البيئة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون البيئية والعمران، السنة الجامعية: 2015-2016.

4. حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2011-2012.

5. حمزة عثماني، مسؤولية المنشآت المصنفة عن جريمة التلويث البيئية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2013-2014، ص8.

6. سارة بيلامي، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الاخوة منتوري، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2010-2017.

7. عائشة خليل، دور السلطات الإدارية المستقلة في تجديد الشريعة العامة للعقود، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود القانونية، فرع قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم القانونية، السنة الجامعية: 2015- 2016.

8. عبد القادر علاق، أساس القوة للعقد وحدودها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، - تلمسان- كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2007- 2008.

9. علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، سنة 2011.

10. فايزة بولباني، الاعلام كوسيلة لحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2011- 2012.

11. كمال معيفي، آليات الضبط الاداري في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة باتنة، السنة الجامعية: 2010- 2011.

12. المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية: 2017- 2018.

13. نبية شفار، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2012-2013.

14. نجيب عبد الله الحبشة، مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح، الوطنية، نابلس، فلسطين ،كلية الدراسات العليا.

15. يسمينة شيخ أعمر، توزيع الاختصاص ما بين مجلس المنافسة وسلطات الضبط القطاعية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2008- 2009.

رابعا: المقالات والمداخلات

1. أحمد بعجي، "من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد"، بحوث جامعة الجزائر1، الجزء الأول، العدد 14، 2020.

2. أحمد بورزق، "دور الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 03، جانفي 2016.

3. أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك "، مجلة العلوم القانونية، العدد 1، جوان 2020 .

4. أحمد فايز الهرش، "أزمة فايروس كورنا، العولمة ودور جديد للدولة اقتصاديا"، مجلة الاقتصاد الدولي والعولمة، المجلد3، العدد2، 2020، ص 230-247.

5. أشرف جابر ،"الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية"، لمحات في بعض المستحدثات"، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، 10/9 ماي، 2017.

6. أكرم محمود حسن البدو ومحمدّ صديق محمّد عبد الله، "أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد13، العدد49، سنة 16.

7. إلهام فاضل، "العقوبات الإدارية لمواجهة خطر المنشآت المصنفة على البيئية في التشريع الجزائري"، دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جوان 2013.

8. أمال بوهنتالة، "الحق في العدول عن التعاقد كوسيلة لحماية رضا المستهلك"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

9. أمال مدين، " الترخيص الإداري وسيلة لحماية البيئة في اطار التنمية المستدامة، الترخيص باستغلال المنشآت المصنفة بحماية بيئة نموذجا"، مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد الخامس، جوان 2005.

10. أميرة ايمان عمارة، " نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة "، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

11. ايمان زكري، "مبدأ حسن النية في الشركات التجارية مظاهره وآثاره"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، مارس 2018.

12. بخالد عجالي، "حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي"، الملتقى الدولي السابع عشر حول "الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة" المنعقد يومي 10 و11 أفريل 2017، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

13. بوزيد كيحول ومسعودة حداوي، " عقد الإذعان بين الفقه والقانون "، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الثامن ،جانفي 2017.

14. جمعة زمام، "تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي) "، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر.

15. حجاجي وقويدر قرارية، "النظام العام الاجتماعي بين الحماية الاجتماعية للعامل وتداعيات العولمة الاقتصادية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 6، العدد1، سنة 2020.

16. حسين بطيمي ونصيرة غزالي، "طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، الجزائر، العدد الثالث عشر، مارس 2017.

17. حمد عرفان الخطيب، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد2، العدد التسلسلي 26 يونيو 2019 .

18. حمزة بن خدة، " قراءة في اهم مسجلات الإصلاح الجذري، للقانون المدني الفرنسي 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبة الحالي " مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، سبتمبر 2018.

19. حمزة بن خدة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبة الحالي "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018.

20. خديجة فاضل، " تأثير قانون عقد العمل على جمعية قانون العقود"، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، الجزء الأول، العدد 14، 2020.

21. رقية سكيل " البعد التعاقدي في علاقات العمل في التشريع الجزائري "، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 21، سنة 2019 .

22. زهرة بن عبد القادر، " حماية مبدأ المنافسة من التعسف في استغلال وضعية الهيمنة على السوق"، دراسة تحليلية في التشريع الجزائري على ضوء نظيرة الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد5، العدد01، 2019.

23. الزين منصوري، "دور الدولة في تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في ظل اقتصاد السوق، حالة الجزائر"، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، العدد الحادي عشر، جوان 2012.

24. سامي بن حملة، "أصول الحرية التعاقدية وضوابطها في الشريعة الاسلامية"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

25. سامي بن حملة، "إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك"، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد الخامس، مارس 2005.

26. سامي بن حملة، "قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة"، الملتقى الدولي الخامس، القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر1، يومي 24 و 25 أكتوبر 2016.

27. سعاد نويري،" الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري "، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، العدد الثامن، جانفي 2016.

28. سفيان زبيري "القيود القانونية الواردة على الاستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الحالية: ضبط للنشاط الاقتصادي أم عودة إلى الدّولة المتدخلة"، المجلّة الأكاديمية للبحوث القانونية، المجلد 4، عدد 1.

29. سليمان حاج عزام، " حق المستهلك في الإعلام والرضا في المجال الطبي – التزام الطبيب بإعلام المريض وتلقي رضاه نموذجا-، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أفريل 2017.

30. سليمة بوزيد وسليم بشير، " الالتزام بالإعلام وطرق تنفيذه وفقا الاحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09"، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أفريل 2017 .

31. الشاذلي زيبار، "النظام القانوني السلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الرابع، ديسمبر، 2014.

32. الصالح بوغرارة وعبد القادر حمر العين، "الحماية المدنية المضرور من المنتجات المصبة بين ضعف القواعد التقليدية وعدم وضوح القواعد الخاصة، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2.

33. صلاح الدين بولعراس، "الاقتصاد الجزائري في ظل التداعيات العالمية لجائحة كورنا بين الاستجابة الآنية والمواكبة البعدية"، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير المجلد 20، العدد الخاص حول الآثار الاقتصادية لجائحة كورونا، سبتمبر 2020.

34. الطيب قلوش، " الجزاء المدني لإخلال المتدخل بالتزام بالإعلام "، مجلة القانون العدد 07، ديسمبر 2016.

35. عادل عميرات، " الالتزام العون الاقتصادي بالإعلام"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 13، جوان 2016.

36. عامر رحمون، " عقود لاذعان في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة" ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الأول، ع 23.

37. عايدة مصطفاوي، " حماية المستهلك من الشروط التعسفية "، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع عشر، أفريل 2017.

38. عبد القادر أقصاصي، " فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرق الضعيف في العقد"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، ع 01، السنة 2019.

39. عبد اللطيف والي وعبد الرزاق رحموني، "رقابة التجميعات الاقتصادية كآلية لحماية المنافسة"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد 5، ديسمبر 2018.

40. عبير مزغيش ومحمد عدنان بن ضيف، "الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية"، مجلة الحقوق والحريات في - في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، أفريل 2017.

41. عز الدين عيساوي، " العقد كوسيلة لضبط السوق "، مجلة المفكر، العدد الثالث.

42. علي غربي، "مجلس المنافسة كآلية المراقبة التجميعات الاقتصادية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الاقتصادي، 35(02).

43. علي فيلالي، "الحرية العقدية مفهوم قديم وواقع متجددّ"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

44. عواطف محي الدين، " الرقابة الإدارية على استغلال المنشآت المصنفة تكريس لمبدأ النشاط الوقائي للحماية البيئية" الحوار المتوسطي، المجلد 11، العدد 02، سبتمبر 2020.

45. عيسى بخيت، "أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 20، جوان 2018، ص 110-117.

46. فاطمة الزهراء زيتوني، بحث مضمون مبدأ جسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016.

47. فاطيمة نساخ، "أخلقة العلاقة العقدية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

48. فتحي بن جديد، "الترخيص الإداري كإجراء لحماية البيئة من التلوث، رخصتي البناء واستغلال المنشآت المصنفة"، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد السادس، سنة 2016.

49. فريدة محمدي، "التوازن في العلاقات الإيجارية طبقا للمرسوم 93-03 و نموذج عقد الإيجار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية 2000، الجزائر.

50. فتيحة قريقر، "حدود سلطان الإرادة في نطاق النظام العام"، مجلة الحقوق العلوم الإنسانية العدد الأول، سنة، 2017.

51. قادة شهيدة، "التجربة الجزائرية في حماية المستهلك بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد 01، سنة 2014.

52. كمال آيت منصور، "دور مجلس المنافسة في مراقبة التجميعات الاقتصادية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، سنة 2015، ص 154.

53. كمال مخلوف، "الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جانفي، 2011.

54. لخضر حليس، "التنظيم القانوني للعقود المدنية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الأوّل، ديسمبر 2013.

55. لخضر حليس، "التنظيم القانوني للعقود المدنية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الأول، ديسمبر، 2013.

56. لخضر حليس، "سلطان الإرادة وحماية المستهلك"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، زيان عاشور بالجلفة، العدد السادس.

57. لطيفة بوراس، " نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية"، بحوث جامعة الجزائر، الجزء الأول، العدد14، 2020.

58. ليندة بلحارت، " دور مجلس المنافسة في ضبط المنافسة الحرة "، مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية، السنة الحادية عشر، العدد 21 ديسمبر 2016.

59. ليندة فردوج، " البطلان في قانون المنافسة كدعامة لإعادة التوازن العقدي"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

60. محمد الطاهر أدحيمن، "حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد01، سنة 2020.

61. محمد أمين سعدي، "حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد05، العدد 02، سنة 2019.

62. محمد بودالي، "أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك"، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 30، العدد3، ص ص 224- 245.

63. محمد خليفة كرفة، " ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع، نوفمبر، 2017.

64. محمد عدنان باقر، "قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد"، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد66، العدد4، سنة 2014.

65. محمد فواز صباح الآلوسي، " التعسف في العقود الإذعان "، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد الثالث عشر، سنة 2017.

66. محمد مدان، "الاشتراكية الجزائرية بين النظرية والواقع الاجتماعي"، أنثروبولوجيا المجتمع الجزائري، المحور الثالث، بدون سنة.

67. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، عدد 54، 2013.

68. مريم نابي،" دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في حماية المستهلك"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية.

69. المعز لله صالح أحمد البلاّع، "الحرية الاقتصادية ومبدأ تدخل الدولة"، بحث مقدم للملتقى الدولي الأول، الاقتصاد الإسلامي الواقع ورهانات المستقبل، معهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، الجزائر دون ذكر السنة.

70. مليكة جامع، "حق العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الالكتروني"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات المجلد 13، العدد1، سنة 2020، ص 451-478.

71. منال بوروح " مصادر النظام العام لحماية الطرق الضعيف"، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني.

72. منصف بوعريوة، "الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي" مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.

73. منصور حاتم محسن، "العدالة العقدية، دراسة مقارنة"، مجلة جامعة بابل العلوم الإنسانية، المجلد 65، العدد6، سنة 2018.

74. منصور حاتم محسن، متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية، دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد، 26، العدد3، سنة 2016.

75. مولود حاتم، " ادراج الالتزام بالتبصير في اصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجدد 03، العدد 02، أكتوبر 2019 .

76. نورة جحايشية و عصام نجاح، "حق المستهلك في العدول في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، ص ص 480-497، أفريل 2020.

77. وفاء شناتلية ومنية شوايدية، "الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف من الإكراه الاقتصادي في ظل أزمة فيروس كورنا " حوليات جامعة الجزائر1، المجلد34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد.

78. يمينة بليمان "عقود الإذعان وحماية المستهلك "، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، عدد 2، ديسمبر، 2019.

خامسا: المراجع باللغة الأجنبية

1-Les ouvrages :

1. Eric Savaux, la théorie générale du contrat, mythe ou réalité, L. GDJ, 1997.

2. Frison-roche, marie Anne contrat concurrence, régulation, RTD civ, 2004.

2-Les thèses :

1. Benslimane née hadj Mokhtar leila , de la théorie de l'autonomie de la volonté et de ses effets en droit contractuelle algérien, mémoire de magister en droit privé, institut de droit et des sciences administratives, université d'orant 1983.

3-les articles :

1. Ali filali ; le droit de la consommation ; une adaptation du droit commun des contrats, colloque international, développement, spécificités et impact du droit de la consommation »

organisé par l'université d'Oran, faculté de droit et le laboratoire de droit économique et environnement, des 16-16 mai 2013, in annales de l'université Alger, N°27, T1, 2015.

سادسا: مو اقع الأنترنت:

محاضرة على شبكة الانترنت للدكتور وائل بندق، تتضمن تعديلات القانون المدني الفرنسي، المحاضرة الثانية متوافرة على الرابط الالكتروني: https://www.youtube.com/watch?v=TK7SJFNo8PQ تم الاطلاع بتاريخ 2021/03/07.

فهرس المحتويات

الفهرس

شكر وتقدير

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة..... 1

الباب الأول: تراجع مبدأ سلطان الإرادة مبرر للتدخل التشريعي في العقود..... 11

الفصل الأول: التحولات الاقتصادية الكبرى خلال القرن العشرين..... 13

المبحث الأول: اتساع نطاق العلاقات العقدية 13

المطلب الأول: تفنيد المذهب الفردي..... 13

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة ازدهاره..... 14

أولا: التأصيل القانوني لمبدأ سلطان الإرادة..... 14

ثانيا: النتائج القانونية المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة..... 16

ثالثا: مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي..... 21

الفرع الثاني: انهيار المفهوم الكلاسيكي لمبدأ سلطان الإرادة..... 24

أولا: نقد القانون الطبيعي كأساس للمبدأ..... 24

ثانيا: نقد نظرية العقد الاجتماعي..... 25

رابعا: نقد الأساس أن كل ما هو تعاقدي فهو عادل..... 26

خامسا: انتقاد الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة..... 27

المطلب الثاني: قيام المذهب الاجتماعي..... 29

الفرع الأول: الاشتراكية في الجوانب الاقتصادية..... 29

الفرع الثاني: الحد من مبدأ سلطان الإرادة..... 31

فهرس المحتويات

أولا - تقييد الإرادة في تكوين التصرف القانوني.....32

ثانيا- تقييد الإرادة من حيث ترتيب آثار العقد.....34

المبحث الثاني: تطور مفهوم النظام العام بتطور البيئة العقدية.....36

المطلب الأول: النظام العام الاقتصادي التوجيهي.....37

الفرع الأول: ماهية النظام العام الاقتصادي التوجيهي.....38

أولا: مفهوم النظام العام الاقتصادي التوجيهي.....38

ثانيا: خصائص النظام العام الاقتصادي التوجيهي.....39

الفرع الثاني: جزاء مخالفة قواعد النظام العام التوجيهي.....41

أولا: البطلان المطلق للعقد.....41

ثانيا: الجزاء التكميلي.....43

المطلب الثاني: ازدهار النظام العام في مفهومه الحمائي.....43

الفرع الأول: ماهية النظام العام الاقتصادي الحمائي.....44

أولا: مفهوم النظام العام الاقتصادي الحمائي.....44

ثانيا: خصائص النظام العام الاقتصادي الحمائي.....46

الفرع الثاني: جزاء مخالفة النظام العام الاقتصادي الحمائي.....49

الفصل الثاني: عجز الحرية العقدية عن تحقيق التوازن العقدي.....51

المبحث الأول: حماية الطرف الضعيف من اختلال التوازن العقدي.....52

المطلب الأول: عدم كفاية القواعد العامة لحماية الطرف الضعيف.....52

الفرع الأول: معالجة التوازن العقدي ضمن نظرية الاستغلال.....53

أولا: مفهوم الاستغلال.....53

ثانيا: جزاء الاستغلال.....58

فهرس المحتويات

الفرع الثاني: حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقد الإذعان.....60

أولا: مفهوم عقد الإذعان.....61

ثانيا: سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان 64

المطلب الثاني: اللجوء إلى اصدار العقود المتخصصة لمعالجة عدم التوازن العقدي.....64

الفرع الأول: التصدي للشروط التعسفية في عقد الاستهلاك 67

أولا: مفهوم الشروط التعسفية 69

ثانيا معايير الشرط التعسفي.....69

ثالثا: تضمين العقد بالشروط التعسفية يستدعي التدخل التشريعي.....70

رابعا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية وفقا للقوانين المستحدثة.....71

الفرع الثاني: فرض التزامات إضافية لتدعيم حماية الطرق الضعيف.....73

أولا: مفهوم الالتزام بالإعلام.....74

ثالثا: نطاق الالتزام بالإعلام.....75

رابعا: جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي.....78

المبحث الثاني: المفهوم الجديد للقوة الملزمة للعقد.....81

المطلب الأول: العدالة العقدية أساس القوة الملزمة للعقد.....86

الفرع الأول: مفهوم العدالة العقدية.....87

الفرع الثاني: نظرية النافع وقيمة الأداء العادلة.....87

أولا: النافع في العقد.....91

ثانيا: العادل في العقد.....96

المطلب الثاني: أخلقة العقد عن طريق حسن النية.....97

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية.....99

فهرس المحتويات

أولا: المفهوم الشخصي لمبدأ حسن النية..... 99

ثانيا: المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية..... 101

الفرع الثاني: مظاهر مبدأ حسن النية كآلية لتحقيق العدالة العقدية..... 102

أولا: الاستقامة والنزاهة..... 103

ثانيا: واجب التعاون..... 104

الباب الثاني: آثار التدخل التشريعي في العقود على سلطان الإرادة..... 108

الفصل الأول: التخلي عن المبادئ الراسخة في النظرية التقليدية للعقد: القعد شريعة المشرع..... 111

المبحث الاول: الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد..... 113

المطلب الأول: تقييد حرية التعاقد بفرض الالتزامات الاضافية..... 113

الفرع الاول: اشتراط الترخيص الاداري المسبق..... 115

أولا: مفهوم الترخيص الإداري المسبق..... 115

ثانيا: جزاء مخالفة قواعد الترخيص الإداري المسبق..... 117

الفرع الثاني: الشكلية الإعلامية 121

أولا: الإلتزام بالإعلام آلية مستحدثة في نظام العقد..... 122

ثانيا: مبدأ حسن النية أساس للالتزامات المستحدثة في نظام العقد..... 124

الفرع الثالث: تجاوز الإرادة من حيث حرية التعاقد أو الامتناع..... 127

أولا: العقد المفروض..... 127

ثانيا: العقد المحظور..... 129

ثالثا: تقييد الإرادة في اختيار الطرف الآخر..... 130

المطلب الثاني: تحديد مضمون العقد..... 132

الفرع الأول: التصرف القانوني الثلاثي: العقود النموذجية..... 133

فهرس المحتويات

أولا: العقد النموذجي صوة مستحدثة للتعاقد..... 133

ثانيا: حقيقة سلطان الإرادة في العقود النموذجية..... 137

الفرع الثاني: بعض التطبيقات عن العقود النموذجية..... 138

أولا: الصيغة النموذجية لعقد الايجار..... 138

ثانيا: الصيغة النموذجية لعقد البيع بناء على التصاميم..... 142

المبحث الثاني: الخروج عن مبدأ سلطان الإرادة من حيث آثار العقد..... 145

المطلب الأول: الخروج عن مبدأ الأثر النسبي للعقد..... 145

الفرع الأول: توسيع الأثر النسبي للعقد (اتفاقيات العمل الجماعية)..... 146

الفرع الثاني: أثر تشريعات الاستهلاك على مبدأ الأثر النسبي للعقد..... 148

أولا: الارتباط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي..... 148

ثانيا: حق المستهلك في الرّجوع على كل متدخل في عملية عرض المنتوج للتداول..... 150

ثالثا: حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي..... 152

المطلب الثاني: انتهاك حرمة القوة الملزمة للعقد..... 153

الفرع الاول: حق العدول عن العقد آلية لتدعيم رضاء المستهلك..... 153

أولا: مفهوم الحق في العدول عن العقد ونشأته..... 153

ثانيا: نطاق حق المستهلك في العدول عن العقد..... 158

الفرع الثاني: أثار حق العدول عن العقد على القوة الملزمة له..... 160

أولا: حق العدول عن العقد يؤثر على العقد برمته..... 160

ثانيا: آثار حق العدول على المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة..... 161

الفصل الثاني: مواءمة العقد للسياسة الاقتصادية: الوجه الآخر للتدخل التشريعي في العقود. 166

المبحث الأول: التحول في وظيفة الدولة: العقد آلية لخدمة أهداف الدولة..... 167

فهرس المحتويات

المطلب الأول: ضرورة تكريس نظام قانوني يجسد حرية المنافسة..... 168
الفرع الأول: ماهية مبدأ حرية المنافسة..... 169
أولا: تكريس مبدأ حرية التجارة و الصناعة..... 169
ثانيا: مفهوم مبدأ حرية المنافسة..... 170
ثالثا: دواعي وجود قانون يحمي المنافسة..... 171
الفرع الثاني: قانون المنافسة وليد النظام الاقتصادي الجديد..... 171
أولا: مفهوم قانون المنافسة..... 171
ثانيا: خصوصية قانون المنافسة..... 172
ثالثا: العقد آلية لضبط المنافسة..... 174
المطلب الثاني: استحداث سلطات الضبط الاقتصادي: مفهوم جديد لتدخل الدولة..... 175
الفرع الأول: الضبط الاقتصادي العمود الفقري للاقتصاد..... 176
أولا: مفهوم الضبط الاقتصادي..... 176
ثانيا: مظاهر الضبط الاقتصادي..... 177
الفرع الثاني: النظام العام التنافسي..... 180
أولا: تغليب الطابع التوجيهي في النظام العام التنافسي..... 181
ثانيا: دور النظام العام التوجيهي في مواجهة جائحة كورونا.covid19..... 184
المبحث الثاني: تأثير قواعد المنافسة على الحرية العقدية..... 187
المطلب الأول: توجيه الإرادة وفقا لمقتضيات النظام العام الاقتصادي..... 187
الفرع الأول: مظاهر الحرية العقدية الموجهة..... 189
أولا: تدخل المشرع في توافق الإرادتين..... 189
ثانيا: تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد..... 193

فهرس المحتويات

الفرع الثاني: آليات تقييد لحرية التعاقدية في قانون المنافسة..... 196

أولا: الرقابة على التجميعات والترخيص لها:..... 196

ثانيا: الرقابة العلاجية..... 200

المطلب الثاني: إثراء قانون المنافسة لمبدأ سلطان الإرادة..... 205

الفرع الأول: استحداث عيب الإكراه الاقتصادي لتدعيم سلامة الرضا..... 206

أولا: مفهوم عيب الإكراه الاقتصادي..... 207

ثانيا: أساس الاكراه الاقتصادي في القانون الجزائري..... 208

الفرع الثاني: مظاهر الإكراه الاقتصادي في قانون المنافسة..... 210

الخاتمة..... 215

المراجع 221

الفهرس

ملخص باللغة العربية:

اكتسب مبدأ سلطان الارادة شهرة عالمية خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر والذي نادى به أصحاب المذهب الفردي، حيث مجدوا الفرد واعتبروا أن لإرادته السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد آثاره ولا يحد من هذه الارادة وهذا السلطان سوى فكرة النظام العام والآداب العامة، ولقد انبثق عن حرية التعاقد المبدأ الشهير "**دعه يعمل دعه يمر**" الذي يجسد الحرية الاقتصادية ومما ساعد على ازدهار سلطان الارادة وشيوعه هو البيئة العقدية التي كانت تعتمد على أسلوب التعاقد البسيط.

كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ من حيث حرية الأفراد في اختيار الشكل الذي تظهر فيه ارادتهم بموجب المادة **59** من القانون المدني الجزائري ومن حيث الموضوع تضمين العقد بالشروط التي يرونها بموجب المادة **106** من القانون المدني الجزائري مع احترام فكرة النظام العام والآداب العامة في حدود ضيقة، إلا أنه وعلى اثر التحولات الاقتصادية و الاجتماعية والسياسية التي شهدها العالم بداية من القرن العشرين ظهرت عقود لم تكن مألوفة ضمن النظرية التقليدية للعقد مما أثر على التوازن العقدي فظهرت فكرة الطرف الضعيف، هذا ما دفع بالمشرع للتدخل في العلاقة العقدية وتوجيهها عن طريق اللجوء الى اصدار العقود المتخصصة مستعملا آلية النظام العام بشقيه التوجيهي والحمائي، مما جعل بعض الفقه يرى أن العقد يمر فيما يعرف بأزمة العقد، أما الجانب الآخر فيرى أن العقد القائم على مبدأ سلطان الارادة يشهد تحديثا وتطورا لمواكبة هذه المستجدات.

Abstract :

The principle of the authority of the will gained international fame during the eighteenth and nineteenth centuries, which was advocated by the proprietors of the individual doctrine, where they glorified the individual and considered that his will has the greatest authority in the formation of the contract and determining its effects. Contracting is the famous principle of "let it work, let it pass", which embodies economic freedom. What helped to flourish and spread the power of the will is the contractual environment that was based on the simple method of contracting.

The Algerian legislator has enshrined this principle in terms of the freedom of individuals to choose the form in which their will appears under Article 59 of the Algerian Civil Code and in terms of subject matter to include the contract with the conditions they see under Article 106 of the Algerian Civil Code while respecting the idea of public order and public morals within narrow limits, However, as a result of the economic, social and political transformations that the world witnessed since the beginning of the twentieth century, decades emerged that were not familiar within the traditional theory of the contract, which affected the contractual balance, and the idea of the weak party emerged. This prompted the legislator to intervene in the contractual relationship and direct it by resorting to the issuance of contracts The specialist uses the general system mechanism, both guiding and protective, which made some jurisprudence believe that the contract is going through what is known as the contract crisis, while the other side sees that the contract based on the principle of the power of the will is witnessing an update and development to keep pace with these developments.