جامعة لونيسي علي البليدة 02
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم: القانون الخاص

الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق

التخصص: القانون الخاص

إعـــــداد الطالبـــة
محبوب غفران

إشراف الدكتورة
مكيد نعيمة

لجنة المناقشة:

بن ناصر وهيبة	أستاذة	جامعة البليدة 02	رئيسا
مكيد نعيمة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة البليدة 02	مشرفا ومقررا
حشود نسيمة	أستاذة	جامعة البليدة 02	عضوا مناقشا
نورة جبارة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة بومرداس	عضوا مناقشا
راضية أمقران	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة الجزائر 01	عضوا مناقشا
سفيان بوط	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تيبازة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2021 / 2022

إهـــــــداء

إلى روح الحاضر الغائب، أبي الغالي الذي أخذ بيدي ليوصلني إلى بر الأمان والذي رعاني في حياته، واستمرت روحه برعايتي رغم مماته ... رحمه الله ووفقني للدعاء له ماحييت.

إلى أحق الناس بحسن صحبتي، أمي الغالية ألبسها الله ثوب العافية ورزقني برها.

إلى روح حماي، الطيب المتواضع، شهيد الواجب والوطن، الذي لم يبخل علي بدعمه وتشجيعه، الدكتور قبايلي فاروق رحمه الله وطيب ثراه.

إلى رفيق دربي وشريك حياتي ومن كان لي نعم المعين، زوجي حفظه الله

إلى فلذة كبدي وثمرة فؤادي، أولادي الأعزاء محمد فاروق، حسام، وإياد حفظهم الله ونفع بهم.

إلى إخوتي الأعزاء أحمد عادل، مهدي، فهد، ووافية، لمن ساندوني وشجعوني طيلة مدة بحثي رعاهم الله

شكر وتقدير

الشكر لله أولا وآخرا ظاهرا وباطنا، له الشكر على منّه علي بإتمام هذه الأطروحة.
ثم الشكر موصول لأصحاب الفضل، إذ شكرهم علي واجب، و«لا يشكر الله من لا يشكر الناس».
- أبدأ بشكر الدكتورة مكيد نعيمة على قبولها الإشراف على أطروحتي، وعلى ما بذلته من جهد كبير خلال مراحل إعداد هذا البحث، وعلى ما قدمته من نصائح وتوجيهات علمية سديدة فجزاها الله عني خير الجزاء
- الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة.
- كما أتقدم بخالص شكري وعظيم تقديري لجميع أساتذتي بكلية الحقوق، جامعة البليدة 02 على ماقدموه من نصح وتشجيع وتوجيه

مقدمة

سعى الإنسان ومنذ الأزل إلى المحافظة على حقوقه ومصالحه، سواء أتعلق الأمر ههنا بحقوق تولد معه، أم تعلق الأمر من جانب آخر بحقوق منشؤها روابط مدنية ترجع أو لا ترجع إلى إرادة الفرد الخاصة.

ويعتبر العقد من بين أهم الروابط المدنية التي ينشئها الأشخاص بإرادتهم وفقا لمبدأ سلطان الإدارة، أي الحرية في إبرام العقود ووضع ما يشاؤون من شروط ما دامت إرادتهم هي أساس الالتزام التعاقدي وأساس عدالة التعاقد.

وعليه، يعد مبدأ سلطان الإرادة حماية مدنية قوية في العلاقة التعاقدية، ذلك أنه من غير الممكن تدخل إرادة شخص من غير المتعاقدين لتعديل مضمون العقد أو إنهائه إذ إن أي تدخل كان من شأنه المساس بهذا المبدأ، فإذا انعقد العقد واستوفى جميع أركانه وشروطه توفرت له قوة ملزمة ويصبح مضمونه واجب التنفيذ، وهذا الوجوب هو ما يعرف "بالقوة الملزمة للعقد" تلك القوة التي تضفي الحماية على تنفيذ العقد، والتي صاغها فقهاء القانون في المبدأ الشهير "العقد شريعة المتعاقدين".

أثرت هذه المبادئ مدة من الزمن على العقد، وإن كانت تشكل حماية قوية لطرفي العلاقة التعاقدية حينها، إلا أنها وفي وقتنا الحالي أصبح في التمسك بها خطر على مستقبل هذه العلاقة، سواء باستحالة تنفيذ العقد من جهة، أو تنفيذه باختلال في التوازن بين ما يعطي وما يأخذ كل واحد من أطرافه من جهة أخرى

إن هذه المبادئ كلها إنما وجدت في وقت لم يكن التطور الصناعي والاقتصادي والعلمي والتكنولوجي قد وصل إلى الحد الذي يشهده العالم اليوم، فقد تغيرت الظروف والمعطيات وأصبحت المبادئ التي تحكم العقد أكثر عرضة للتطور.

ومن بين هذه التطورات التي كان لها تأثير كبير على نظرية العقد، التغير الحاصل على المستوى الاقتصادي، خاصة في ظل تخلي العالم عن النظام الاشتراكي ودخول معظم الدول–ومن بينها الجزائر–نظام اقتصاد السوق وتبني النظام الرأس مالي.

أما على المستوى الاجتماعي، فيظهر التأثير على نظرية العقد في اهتمام الدولة بالفرد وبالفئات متوسطة الدخل والضعيفة ماديا ومعنويا في المجتمع، ثم إن التطور التكنولوجي الذي شهده العالم المعاصر قد أدى إلى ظهور عقد جديد، أو ما يعرف بالعقد الإلكتروني والتجارة الدولية والعقود المركبة والضخمة والعابرة للحدود والمبرمة عن بعد، ناهيك عن ظهور معاملات جديدة بواسطة العقد وفئات مختلفة وغير متوازنة اقتصاديا أو معرفيا. ولأجل ذلك كله أضحى الإنسان عاجزا عن توفير الحماية اللازمة لحقوقه بنفسه، مما جعله يسند الامر إلى المشرع من جهة وإلى القضاء والفقه من جهة أخرى.

ونتيجة لهذه التطورات ظهرت نظرية الحماية المدنية لتتكفل بحماية الحقوق، هذه النظرية ونظرا لأهميتها واحتلالها مركز الصدارة في القانون الخاص، فإنها كانت ولازالت وستظل محور موضوعات القانون المدني بصفة عامة، وأساس النظرية العامة للعقد بصفة خاصة، بما تتضمنه من نصوص وقواعد كفيلة بتحقيق الأمان، والاستقرار والمحافظة على مصالح المتعاقدين.

لهذا كله تتسع الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية وتختلف بحسب الشخص المعني بها، فتكون حماية شكلية لمنع وقوع الضرر عن طريق ما يتضمنه القانون المدني من نصوص وقواعد آمرة، والتي لا يجوز للأطراف مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها هذه القواعد التي تضمن إنشاء عقد متوازن وبعيد عن الغموض والتعقيد، كذلك تنهض الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية فتكون حماية احترازية ووقائية هدفها تفادي وقوع الضرر كضرورة تنظيم مرحلة سابقة على التعاقد أو ما يعرف بالمفاوضات قبل العقدية، وذلك من أجل إيجاد أرضية لحماية الرضا التعاقدي، وكذا عن طريق إضفاء الطابع الرسمي على تصرفات الأفراد لحمايتهم وحماية ممتلكاتهم، بالإضافة إلى فرض مجموعة من الالتزامات قبل التعاقدية، كواجب الإعلام قبل التعاقدي ومهلة التفكير، هذه الآليات الحديثة التي شرعت لتواجه الخطر المستقبلي وغايتها توخي الخطر المحتمل والحيلولة دون وقوعه.

أضف إلى ذلك فإن الحماية المدنية تكون موضوعية أيضا تقوم على معالجة الضرر بعد وقوعه، عن طريق أخذها بيد الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، والحد من تعسف الطرف القوي في هذه الرابطة، وإعادة التوازن العقدي إليها، وحماية حسني النية واللذين تصاب إرادتهم ببعض العيوب، والعمل بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى استقرار التعامل وزرع الثقة الكاملة فيه، والتأكيد على ألا يبقى المتضرر دون تعويض، وبالتالي القضاء على التفاوت الحاصل أو الحد منه، سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه.

مما سبق تظهر أهمية البحث في الموضوع، خاصة وأن العقد يعد من الموضوعات الدائم البحث فيها من جوانب متعددة، فمنها ما هو مرتبط بالجانب القانوني ومنها ما هو مرتبط بالأخلاق والمجتمع، ومنها ما هو مرتبط بالاقتصاد، وسوف يتكرر ويستمر البحث فيها إما بسبب صعوبة إيجاد التوازن بين أطرف العقد أنفسهم أو بين هذه الاطراف وبين المجتمع، وإما بسبب التطورات السريعة التي يشهدها العالم في مختلف المجالات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وحتى الصحية، وإما بسبب أيضا صعوبة إيجاد توازن بين المبادئ التقليدية التي يقوم عليها العقد وبين التدخلات التي أوردها المشرع فيه.

كما أن معظم الدراسات القانونية حول الموضوع تركز على حماية الرضا التعاقدي، أو حول حماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية في مرحلة تنفيذ العقد، وإن وجدت بعض الدراسات حول مرحلة تكوين العقد إلا أنها تقتصر على دراسة حماية الرضا التعاقدي من عيوب الإرادة ضمن النظرية التقليدية، ثم إن الحماية اللازمة هي التي يجب أن تقوم على حماية الرضا قبل التعاقدي، فتكون بذلك حماية احترازية وقائية، لا حماية علاجية.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن الشخص المعني بالحماية في موضوع الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية إنما يختلف بحسب نوع الحماية، فالطرف المعني بها ليس الطرف الضعيف في كل الأحوال، ذلك أن هذا الأخير هو المعني بالحماية عند

البحث في الرضا التعاقدي الذي قد يتعلق بعيوب في الإرادة، فقد لا يعلم المتعاقد علما كافيا، أو يدلس، أو يكره أو يستغل، بينما يكون الطرف المعني بالحماية عند البحث في مشروعية محل وسبب العقد هو المجتمع، وحمايته تكون بمراقبة إنشاء عقد دون الإخلال بالنظام العام والآداب العامة، مع ضرورة ضمان تنفيذ العقد، في حين لا يكون الطرف المعني بالحماية في حال تدخل القاضي لإعادة التوازن للعقد الطرف الضعيف فقط وإنما الطرف الثاني أيضا، ذلك أن القاضي سيضمن مواصلة تنفيذ العقد دونما حاجة إلى إبطاله، وهذا هو الهدف من التعاقد.

من جهة أخرى تكمن أهمية الموضوع في تحديد أنواع الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية، والشخص المعني بها في مختلف المراحل التي يمر بها العقد، منذ مرحلة المفاوضات قبل العقدية التي فرضت نفسها لدرجة لم يعد من الممكن تجاهلها أكثر، نظرا لتغير الظروف المحيطة بالعقد، إلى غاية مرحلة تنفيذه.

أما عن الهدف الأساسي من هذه الدراسة فيكمن في البحث في مدى ترسيخ القانون المدني لهذه الأنواع من الحماية في العلاقة التعاقدية، باعتباره الشريعة العامة لكل القوانين سواء العامة منها أم الخاصة، وباعتباره أيضا إطارا مرجعيا للقاضي في حل النزاعات التي قد تقع بين الأطراف المتعاقدة.

كما تهدف هاته الدراسة أيضا إلى البحث في مدى مسايرة القانون المدني لمتطلبات العقد في ظل التطورات والمتغيرات الكثيرة، خاصة وأن مبدأ سلطان الإرادة قد عرف تراجعا معتبرا مما ساعد على الانتقال من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة وظهور ظاهرتي توجيه العقد وعيممته، هذا المصطلح الجديد الذي ظهر نتيجة تغلب الطابع العام على العقد، وتغير وظيفته نحو الطابع الاجتماعي.

إن هذه الأهداف المذكورة قد لازمتها عدة أسباب ساهمت في دفعنا لاختيار موضوع البحث، ناهيك عن بعض الخلفيات الذاتية والموضوعية، والتي كانت دافعا أساسيا لخوض غمار هذا البحث، سواء أتعلق الامر ههنا بميلنا نحو موضوعات القانون

المدني باعتباره الشريعة العامة لجميع القوانين، أم تعلق الأمر من جانب آخر ومن الناحية الموضوعية بتلمسنا لذلك النقص الرهيب الذي يعتري القانون المدني وبالتحديد في النظرية العامة للعقد إما لعدم وجود بعض أنواع الحماية نتيجة لغياب تام لأي تنظيم تشريعي لها، أو وجوده، ولكن بنوع من الغموض وعدم الوضوح، أو لكونها لم تعد مسايرة لمختلف التطورات الحاصلة في المجتمع، مما جعلها غير قادرة على توفير الحماية للطرف الذي يحتاجها.

ما دفعنا لاختيار الموضوع أيضا أن جل الدراسات القانونية في مجال الحماية التعاقدية تعتمد أساسا على النظريات التقليدية المستوحاة من مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، هذان المبدآن اللذان أضحيا عاجزين عن مواكبة التطور الحاصل في المجال التعاقدي.

ثم إن نظرية عيوب الإرادة هي الأخرى لم تعد كافية لحماية الرضاء التعاقدي خاصة مع ظهور العقد الإلكتروني كآلية حديثة للتعاقد، والمصادقة على قانون التجارة الإلكترونية والاعتراف بالعقد الإلكتروني في الإثبات وفقا لآخر تعديل للقانون المدني سنة 2005، وكنتيجة لذلك ظهرت نظريات جديدة أتبعتها بعض التشريعات الحديثة، على غرار المشرع الفرنسي والتي تعتمد على ما أسماه بالحماية الحديثة للرضاء التعاقدي والتي تكون إما في المرحلة السابقة على التعاقد والتي تتعلق أساسا بواجب الإعلام قبل التعاقدي، وإما بعد إبرام العقد والمتمثلة في مهلة التفكير التي يعد تكريسها أمرا لا بد منه من أجل مستقبل عقد متوازن.

وعليه، فإن هذه التعديلات التي أحدثها المشرع الفرنسي في قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات لسنة 2016، وما جاء به من أحكام جديدة في مجال العقد والتي أحدثت ثورة تشريعية مهمة، كانت أيضا من بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع خاصة وأن هذا الأخير أرفق تقريرا بقانون العقود الفرنسي والمنشور بالجريدة الرسمية نفسها التي نشر فيها القانون، على أن الهدف الأساسي الذي يسعى إليه قانون

العقود والالتزامات من خلال هذا التعديل هو الأمان والاستقرار القانوني، وأن معظم ما تضمنه القانون الجديد هو تكريس للتطور القضائي وما انتهى إليه من تفسيرات.

إضافة إلى ما سبق ذكره فإن ما شدنا لاختيار الموضوع أيضا هو ما تضمنه التقرير الخاص بمبدأ الوقاية خير من العلاج، وذلك من خلال ما أتاحه للمتعاقدين من مزايا جديدة تسمح لهم بتجنب المنازعات المتعلقة بالعقد، أو حلها دون اللجوء إلى القضاء، ومن ذلك تنظيم مرحلة المفاوضات قبل العقدية، وإمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة عن طريق الإخطار والدفع بعدم التنفيذ، وإمكانية قبول أداء منقوص مقابل تخفيض الثمن، وبذلك وحسب التقرير يكون قانون العقود الجديد قد وضع إطارا قانونيا واضحا وفعالا لمواكبة التطور الاقتصادي.

ضف إلى ذلك حرص التقرير أيضا على الحلول الخاصة بحماية أطراف الرابطة العقدية والتي هي في الوقت ذاته حلول فعالة ومواكبة لتطورات قانون السوق، لهذا يعد إطارا مرجعيا لقانون العقود ومبادئ الحرية التعاقدية، والقوة الملزمة للعقد وحسن النية.

أما عن أهم الصعوبات التي واجهتنا في هذا البحث فتتمثل أساسا في عدم إيجاد الحماية المدنية الكافية في العلاقة التعاقدية ضمن أحكام القانون المدني، الأمر الذي دفعنا إلى البحث عن الحماية في مختلف القوانين الخاصة، هذا بالإضافة إلى ندرة الأحكام القضائية الجزائرية المتعلقة بالحماية المدنية في العلاقة التعاقدية، والتي يمكن الاستئناس بها للاهتداء إلى حل مناسب للمشكلات القانونية التي يطرحها الموضوع وبالتالي ندرة الاجتهادات القضائية حول المسائل التي يعتريها النقص في القانون المدني ذلك أن القاضي في غالب الأحيان يرجع إلى القواعد العامة في القانون المدني في حال حدوث نزاع في العلاقة التعاقدية، وعلى هذا لن تسعفه بعض القواعد في حل النزاع وهو ما يضطره إلى البحث في القواعد الخاصة مستغنيا بذلك عن الاجتهاد.

مما سبق نجد أنفسنا أمام ضرورة الإجابة عن إشكالية مهمة في هذا الموضوع تتمثل فيما يلي :

هل يحقق القانون المدني الجزائري الحماية الكافية في العقد، لا سيما في ظل تزايد التشريعات الخاصة ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج التحليلي، والذي يقوم أساسا على تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية ومناقشتها واستخراج الأحكام المناسبة منها كما استعنا أيضا بالمنهج المقارن في بعض الأحيان للاستفادة من تجارب التشريع الفرنسي في المجال نفسه، مقسمين في خضم ذلك كله الاطروحة إلى بابين، الأول منها متعلق بالحماية المدنية في مرحلة إنشاء العقد، والذي انقسم بدوره إلى فصلين، فصل أول خصصناه للحماية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد، وفصل ثان يليه خصصناه للحماية المدنية في مرحلة إبرام العقد.

أما الباب الثاني من الأطروحة فقمنا بتخصيصه للحماية المدنية في مرحلة تنفيذ العقد والذي انقسم هو الآخر إلى فصلين أيضا، فصل أول خصص لموضوع تدخل الحماية المدنية في الحد من مضمون القوة الملزمة للعقد، وفصل آخر خصص لتدخل الحماية المدنية في ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

الباب الأول

الحماية المدنية في مرحلة

إنشاء العقد

الباب الأول

الحماية المدنية في مرحلة إنشاء العقد

تعد مرحلة إنشاء العقد أهم مرحلة في العلاقة التعاقدية ذلك أنها حجر الأساس الذي سيبنى عليه العقد. فإذا وفر المشرع الحماية الكافية أثناء هذه المرحلة نشأ العقد على أساس متوازن وكان تنفيذه أيضا متوازنا.

وبذلك يكون المشرع قد وفر حماية وقائية مهمة سواء من حيث التوازن العقدي بين طرفيه، أو بعدم تعريض العقد إلى الإبطال أو التعديل، وبهذا الشكل تمتد الحماية لطرفي الرابطة العقدية معا فكل منهما يكون مشمولا بالحماية، سواء بالاستمرار في الرابطة العقدية وتحقيق الغاية المرجوة منها، وكذا استقرار وأمن العقد من جهة، أو تحقيق التوازن العقدي بين طرفيه من جهة أخرى.

تنقسم مرحلة إنشاء العقد إلى مرحلتين أساسيتين اقتضتهما ظروف العصر الحديث مرحلة سابقة على التعاقد، ومرحلة إبرام العقد، فالمرحلة السابقة على التعاقد فرضت نفسها في العصر الحديث بالنظر إلى التطورات الاقتصادية والتجارية والتكنولوجية المعاصرة، خاصة في العقود التي تتصف بكونها ضخمة مركبة وعابرة للحدود، كما أن ظهور ما يعرف بالعقود الإلكترونية والمبرمة عن بعد، والتي تحتاج بالضرورة إلى مراحل تمر بها لتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد لحماية طرفي الرابطة العقدية دون الإضرار بأي طرف على حساب الآخر.

هذه التطورات السريعة اقتضت استحداث مرحلة سابقة على التعاقد، والتي فرضت نفسها بقوة، الأمر الذي دفع ببعض التشريعات الحديثة إلى الإسراع في تعديل قانونها المدني من أجل مسايرة هذا التطور الحاصل.

إن البحث في موضوع الحماية المدنية في مرحلة إنشاء العقد يستدعي التطرق إلى مواطن الحماية في كل مرحلة على حدة، لذا سنحاول تركيز البحث على الطرف المعني بالحماية، مع تحديد نوع الحماية المدنية في كل مرحلة، لذلك سنقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصلين، نتطرق في الفصل الأول إلى الحماية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد، ثم نتطرق في الفصل الذي يليه إلى الحماية المدنية في مرحلة إبرام العقد.

الفصل الأول

الحماية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد

الفصل الأول

الحماية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد

تنعقد العقود البسيطة بمجرد اقتران الإيجاب والقبول، دون المرور بالمرحلة السابقة على التعاقد، غير أنه وبسبب التطورات السريعة الحاصلة في المجتمع، وفي كافة المجالات والتي أدت إلى ظهور عقود مركبة ومعقدة، سواء في العقود التقليدية أو الإلكترونية، والتي تتم باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، أين أصبحت هذه العقود تقنية بدرجة تتجاوز عقل المتعاقد البسيط أو غير المحترف، ومن أمثلة هذه العقود عقود المنشآت والبنى التحتية وعقود نقل التكنولوجيا.

الأمر الذي يستدعي في أحايين كثيرة إجراءَ مفاوضات بين الأطراف، تتم من خلالها دراسات فنية واستشارات قانونية، ناهيك عن الاستعانة بمتخصصين لوضع تصور للعقد المزمع إبرامه في المستقبل. فمن غير المعقول إبقاء هذه العقود خاضعة للطريقة التقليدية لإبرام العقد، والمتمثلة أساسا في توفر إيجاب يتبعه قبول مطابق، أو ما يعرف بتوافق الإرادتين، فهذا الأخير لم يعد يكفي في عصر التكنولوجيا، وإنما لا بد من أن تسبق مرحلة توافق الإرادتين مرحلة تمكن طرفي العقد من التروي والتفكير، والتحليل والتدقيق في كل صغيرة وكبيرة.

وعليه، سنتطرق في هذا الفصل إلى المفاوضات قبل العقدية التي تمثل المرحلة السابقة على التعاقد، وذلك عن طريق إعطاء الإطار القانوني الخاص بها (في المبحث الأول)، وكذا آليات الحماية في هذه المرحلة، والشخص المعني بها (في المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإطار القانوني للمفاوضات قبل العقدية

لم ينظم المشرع الجزائري المرحلة السابقة على التعاقد، أو مايعرف بالمفاوضات قبل العقدية في القانون المدني الجزائري، على الرغم من تعديلاته الحديثة في سنة2005[1] فهو لم ينظم المفاوضات قبل العقدية بنصوص قانونية صريحة وواضحة بل تركها في الضمنية والغموض والفراغ التشريعي، حيث أشار إلى أبرز صور المرحلة التمهيدية السابقة على التعاقد وذكر منها الاتفاق الابتدائي على المسائل الجوهرية أو الأساسية للعقد المرتقب من خلال نص المادة 71 فقرة 01 من القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20[2].

كما لاحظنا أيضا خلو غالبية التقنينات المدنية الحديثة من النصوص المنظمة لهذه المرحلة المهمة والحساسة، ولعل مبرر عدم الاهتمام التشريعي لمرحلة المفاوضات قبل العقدية هو التصور التقليدي للعقد، الذي ينظر إليه باعتباره عملا فوري الإبرام، يتم بإيجاب يليه قبول مطابق[3].

ونظرا لغياب التنظيم التشريعي لمرحلة المفاوضات قبل العقدية في القانون المدني فإننا سنرجع إلى الفقه والقضاء من جهة، وإلى التشريع الفرنسي من جهة أخرى، كونه كان سباقا لتنظيم مرحلة المفاوضات قبل العقدية في قانون العقود الفرنسي الجديد[4].

---

1 – الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 26 يونيو 2005.

2 – تنص المادة 71 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري: " اللاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيه".

3 – محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة سنة 2018 ص 140 وما بعدها.

4- المرسوم 131-2016 المتعلق بتعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، المؤرخ في 2016/02/10، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 35، الصادرة بتاريخ 2016/02/11.

سنحاول في المبحث الأول إعطاء مفهوم للمفاوضات قبل العقدية سواء في العقد بالمفهوم التقليدي أو بالمفهوم الحديث (العقد الإلكتروني)، مع تحديد هذه المرحلة بدقة وتمييزها بشكل واضح عما يشتبه بها من مراحل، وهذا في المطلب الأول، ثم سنعمل على دراسة الآثار المترتبة على مرحلة المفاوضات قبل العقدية، وما قد ينشأ عنها من التزامات والاستمرار فيها بحسن نية وما يترتب عن الإخلال بتلك الالتزامات من مسؤولية تستلزم التعويض وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم المفاوضات قبل العقدية

بدرجة أهمية هذه المرحلة إلا أنها مليئة بالمخاطر[1] لما تثيره من مسائل مبهمة ومخاوف بما فيها كيفية إدارة المفاوضات وتنظيمها وكيفية صياغة العقد بشكل يجعله قابلا للتنفيذ ويضمن تحقيق مصلحة كل طرف، لذلك فإنه لابد من تحديد المقصود بالتفاوض وأهم الخصائص المميزة له، وهذا ما سنبينه في الفرع الأول، ثم سنتطرق إلى تمييز المفاوضات قبل العقدية عما قد يشتبه بها من مراحل وهذا في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف المفاوضات قبل العقدية وخصائصها

لم يتردد فقهاء القانون الوضعي العربي والأجنبي وكذا بعض التشريعات في إعطاء تعريف للمفاوضات قبل العقدية، سواء أكانت هذه المفاوضات في العقد التقليدي أم الحديث المبرم بوسائل التكنولوجيا الحديثة، وقاموا بإعطاء مجموعة من الخصائص للتمييز بين هذه المرحلة المهمة وعما قد يشتبه بها من مراحل.

1 - Shmidt Joanna, La période précontractuelle en droit français, revue internationale de droit comparé société de législation comparée- 42- 2 Année 1990, P 546.

أولا–تعريف المفاوضات قبل العقدية

التفاوض أو المفاوضة لغة يعني: المناقشة، المحاورة، وتبادل الرأي بين ذوي الشأن بهدف الوصول إلى اتفاق أو تسوية لحل مشكلة ما[1].

أما اصطلاحا فقد عرفها حسام الدين الأهواني على أنها: «تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف والتصرف على ما سيسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه»[2].

هذا التعريف يتقارب إلى حد كبير مع تعريف الأستاذ بلحاج العربي الذي يعرف المفاوضات قبل التعاقدية بأنها: «المرحلة التي يتبادل فيها أطراف التفاوض الاقتراحات والمناقشات، المساومات، المراسلات والمحررات والتقارير والأوراق والمستندات والدراسات الفنية والمالية والاستشارات القانونية، والاستعانة بالمتخصصين لوضع تصور للعقد المزمع إبرامه في المستقبل ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية والصيغ المقبولة التي تحقق مصلحة الأطراف»[3]. وعرفها جون كاربونييه (Jean carbonier) على أنها: «المرحلة التمهيدية حيث يتم دراسة ومناقشة شروط العقد»[4].

ويعرفها الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة بأنها: «عبارة عن تحاور ومناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما»[5].

---

1 – **ابن منضور**، لسان العرب، الجزء 07، ص 210.

2 – **حسام الدين كامل الأهواني**، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، يوليو 1996، ص 398.

3 – **بلحاج العربي**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2017، ص 13.

4 - Jean carbonier, Droit civil, les obligations, PUF, Thémis 1985, P 85.

5 – تعريف الأستاذ **أحمد عبد الكريم سلامة**، أشار إليه **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي سنة 2006، ص 209.

إن هذا التعريف للمفاوضات قبل العقدية، ينطبق تماما على التفاوض في العقود الإلكترونية الحديثة، فالفرق يكمن فقط في التقنية المستعملة، كما أن التفاوض بشكل عام والتفاوض في العقد الإلكتروني بشكل خاص يمكن تصوره في عقود المساومة التي يكون فيها للمتعاقدين حرية مناقشة العقد أما عقود الإذعان فلا يتصور فيها ذلك[1].

أما التعريف القانوني للمفاوضات قبل العقدية فإن المشرع الجزائري لم ينظم المرحلة السابقة على التعاقد لا في العقد التقليدي حينما قام بتعديل القانون المدني سنة 2005، ولا في العقد الإلكتروني بمناسبة قانون التجارة الإلكترونية[2] الذي لم يتضمن أي نص حول المفاوضات على الرغم من أهميتها على مستوى التجارة الإلكترونية، مكتفيا بتعريف العقد الإلكتروني[3].

اهتم المشرع الجزائري بالمراحل التالية على إبرام العقد فقط بنصه في المادة 107فقرة 01 من القانون المدني على ضرورة التزام كل طرف بتنفيذ العقد وبحسن نية[4].

---

1 – **العيشي عبد الرحمن**، ركن الرضا افي العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01 2017/2016، ص 135 و136.

2 – القانون رقم 18–05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية المؤرخ في 10 ماي 2018، الجريدة الرسمية عدد 28 الصادرة في 16 مايو 2018.

3 – لم يتضمن القانون المدني المعدل بموجب الأمر 05–10 تعريفا للعقد الإلكتروني، إلا فيما يخص الاعتراف به كدليل للإثبات، بل عرف العقد الإلكتروني في المادة 06 من القانون 18–05 والمتعلق بقانون التجارة الإلكترونية بأنه:" العقد الذي يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

هذا التعريف القانوني يتطابق مع التعريفات الفقهية التي تكاد كلها تجتمع حول فكرة واحدة، ألا وهي أن العقد الإلكتروني هو توافق بين إرادتين لا يجمعهما مكان واحد وإنما تجمعهما وسائط إلكترونية. راجع في ذلك **سمير عبد السميع الأودن**، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 20054، ص 08، راجع أيضا: **حسن محمد بودي**، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009، ص 33، راجع أيضا: **خالد ممدوح**، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ص 51.

4 – وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا أن العقد شريعة المتعاقدين ينفذ طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 1990/01/15، ملف رقم 52061، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 01، ص 113.

أما المشرع المصري فهو الآخر لم ينظم المرحلة السابقة على التعاقد في القانون المدني المصري، إلا أنه استدرك الأمر من خلال مشروع قانون التجارة الإلكترونية لسنة 2001، وعرفها كما يلي: «كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما ويتم التفاوض بشأنها أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني».

وبخصوص المشرع الفرنسي فقد حرص على أن يتضمن قانون العقود تنظيما للمرحلة السابقة للتعاقد، فنص على المفاوضات قبل العقدية، وأتى هذا التعديل في مجمله متأثرا بأحكام محكمة النقض الفرنسية، فبموجب هذا التعديل أصبح القانون المدني الفرنسي يتضمن تنظيما لهذه المرحلة في المواد من 1112 إلى 1112-3، أي على مدى ثلاث مواد تضمنت الكثير من الأحكام، إلا أنه لم يقم بتعريف المفاوضات تاركا المسألة للفقه.

مما سبق يتبين لنا أن المفاوضات قبل التعاقدية من الناحية القانونية ليست مرحلة إلزامية، فهي مجرد تحاور وتشاور بين الأطراف بهدف الوصول إلى نقطة اتفاق بينهم يحقق المصلحة المرجوة، وهي إتمام العقد النهائي وتنفيذه بطريقة تضمن التوازن بين الطرفين حماية لهما من أي نزاع في المستقبل.

ثانيا-خصائص المفاوضات قبل التعاقدية

إن التفاوض على العقد هو تصرف إرادي يتم على أساس الحرية وحسن النية

ومعنى ذلك من الناحية القانونية أن المفاوضات لا تحدث إلا عندما تتجه إرادة الأطراف المتفاوضة إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين[1].

وبالتالي لا يمكن إجبار المتعاقد على التفاوض الذي يقوم أساسا على التعاون وحسن النية، حيث جاءت المادة 1112 فقرة واحد من قانون العقود الفرنسي الجديد متضمنة المبادئ الحاكمة لمرحلة المفاوضات، وهي الحرية وحسن النية، فقد نصت هذه

1 - **وعود كاتب الأنباري**، المفاوضات العقدية عبر الانترنيت، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد الأول، العدد الثاني، سنة 2009، ص 201.

الفقرة على أنه: «يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حرا، يجب لزاما أن تراعي هذه المسائل حسن النية»[1].

والالتزام بحسن النية حسب المادة 1112 فقرة 01 من النظام العام، باستعمال المشرع الفرنسي مصطلح " لزاما ".

كذلك نص المادة 1102 فقرة 01 من القانون المدني الفرنسي جاءت صريحة بنصها: «لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد»[2].

ويبدو ذلك جليا في مجال العقود المبرمة إلكترونيا، حيث تتسم بالطابع الإرادي الحر، وإعمالا لمبدأ حرية التجارة[3].

كما أن الدعوة إلى التفاوض هي مجرد عمل غير ملزم، لا يترتب عليها أي أثر قانوني كقاعدة عامة، فهي لا تلزم صاحبها بالبدء في التفاوض ولا تلزم الطرف الثاني في قبول المفاوضات، كما أنها لا تلزمه بالاستمرار في المفاوضات إذا بدأت فعلا[4].

فيستطيع أي منهما أن يقطع المفاوضات أو يعدل عنها، دون مسؤولية في جانبه بسبب ذلك، ما لم يقترن العدول بخطأ منه يثير مسؤوليته التقصيرية حسب المادة 124 من القانون المدني.

وقد نص المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 1112 من قانون العقود الفرنسي الجديد، على حدود التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطأ الذي يرتكب في هذه المرحلة، حيث نصت على أنه: «تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم ابرامه»[5].

---

1 – النص الفرنسي للمادة 1112 فقرة 01:

"L'initiative le deroulement et la rupture des negociations precontractuelles sont libre. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonnes foi"

2 – النص الفرنسي للمادة 1102: " chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter"

3 – **خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص 213.

4 – **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 33.

5 – النص الفرنسي للمادة 1112 فقرة 02:"

إن هذا النص هو تكريس لقضاء محكمة النقض الفرنسية في 1919/02/03 حيث استبعدت من الضرر القابل للتعويض المزايا المنتظرة من العقد المنشود وكذاك الربح الذي كان مأمولا منه.

كما أن كل ما يدخل في نطاق المفاوضات يعدّ مجرد تمهيد أو تحضير للتعاقد ولا يعد إيجابا ملزما[1] فكل متفاوض حر في قطع التفاوض في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب بمبرر لعدوله[2].

كما يعتبر التفاوض قبل التعاقدي ذو نتيجة احتمالية، إذ ليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرام ذلك العقد بالفعل، وإنما قد ينتهي التفاوض بلا شيء[3] وهو ما لا يمكن وصفه بالنهاية غير السعيدة، لأن عدم التعاقد في هذه الحالة خير من إبرام عقد يفتح باب المنازعات والصراع الذي قد يؤدي في النهاية إلى الإضرار بالطرفين فمفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل[4].

ويمتاز التفاوض الإلكتروني بالخصائص المذكورة نفسها، يضاف إليه خاصية أنه يتم بوسائل إلكترونية دون حاجة إلى الخروج إلى العالم المادي المحسوس، حيث أن التواصل عبر المفاوضات وتبادل المعلومات يتم إما عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة أو عبر الموقع الإلكتروني[5].

=" En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu"

1 – **عبد الزراق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2015 ص 220 و221.

2 – **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 33.

3 – **وعود كاتب الأنباري**، المرجع السابق، ص 201.

4 – **العيشي عبد الرحمن**، المرجع السابق، ص 136.

5 – **عقيل فاضل محمد الدهان ومنذر إبراهيم حسين الحلي**، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد 08، ص 57.

الفرع الثاني: تمييز مرحلة المفاوضات قبل العقدية عن غيرها من المراحل التعاقدية

تختلف المفاوضات قبل العقدية عن الإيجاب، وتختلف أيضا عن المفاوضات اللاحقة لمرحلة إبرام العقد، كما تختلف أيضا عن مرحلة إبرام العقد.

أولا-تمييز الدعوة إلى التفاوض قبل التعاقدي عن الإيجاب

يعرف الإيجاب أنه التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه، إذا لحقه قبول مطابق[1] من هذا التعريف تظهر التفرقة بين التفاوض والإيجاب، فالداعي إلى التفاوض لا يلتزم بإبرام العقد مباشرة مع أول من يستجيب لدعوته، وإنما يلتزم فقط بالتفاوض معه بحسن نية وأمانة تمهيدا لإبرام العقد الذي يطمحان إليه[2].

فالإيجاب إذن من أثره أن ينعقد العقد بمجرد أن يلاقيه قبول مطابق[3] فعرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجابا، أما النشر والإعلان المتعلق بعروض، أو طلبات موجهة للجمهور، أو للأفراد فلا يعتبر إيجابا وإنما يكون دعوة إلى التفاوض[4].

والحال كذلك في العقود المبرمة إلكترونيا، فإذا احتفظ صاحب الموقع الإلكتروني (أي البائع) لنفسه بتعديل شروط البيع أو رفضه دون إبداء سبب يعد مجرد دعوة إلى التعاقد الإلكتروني وليس إيجابا ملزما[5].

والتمييز بين الدعوة إلى التفاوض قبل التعاقدي والإيجاب يسمح لنا بتحديد المسؤولية المدنية بالدرجة الأولى، فالقاعدة في القانون المدني أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام لم يقترن به قبول، وما دام لم يقترن الإيجاب بمدة محددة يلتزم بها الموجب

---

1 – **أحمد محمد شريف**، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة عمان، الطبعة الأولى سنة 1999، ص 51.

2 – **مصطفى الجمال**، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002، ص 27 وما بعدها، راجع أيضا **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 22.

3 – حتى يترتب أثر الإيجاب لا بد أن يكون هذا الأخير محددا بمعنى تضمنه العناصر الأساسية للعقد المقترح، وأن يكون باتا، حازما، ومعبرا عن نية الالتزام لدى الموجب، أنظر **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 139.

4 – **عبد الرزاق السنهوري**، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 222.

5 – **بشار مومني**، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، سنة 2003، ص 45.

فإذا عدل قبلها عد متعسفا وتقوم مسؤوليته المدنية طبقا للمادة 63 فقرة 01 من القانون المدني[1].

وبمفهوم المخالفة إذا لم يقترن الإيجاب بميعاد محدد فإنه لا يعتبر ملزما، وبالتالي يجوز الرجوع عن الإيجاب طالما لم يقترن به قبول مطابق، وهذا ما يتفق تماما مع مبدأ سلطان الإرادة والحرية في إبرام العقود [2].

أما الدعوة إلى التفاوض فليس لها الأثر القانوني سابق الذكر، إذ يجوز العدول عنها دون أن يترتب على هذا العدول أي مسؤولية[3]. غير أنه إذا اقترن بالعدول خطأ مستقل عن مجرد العدول ترتب عليه ضرر جاز للطرف المتضرر طلب التعويض عن هذا الضرر[4].

وعليه يتبين لنا أن الحد الفاصل بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض إنما يرتبط بوجود أو عدم وجود النية في الارتباط بالتعاقد، فإن وجدت هذه النية كنا أمام إيجاب بات، وإن لم توجد كنا أمام مجرد دعوة للدخول في المفاوضات، مع العلم بأن الكشف عن النوايا يستقل بتقديره قضاة الموضوع من خلال ملابسات وظروف القضية، وهذا أمر فيه

---

1 – المادة 63 فقرة 01 من القانون المدني: " إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل".

2 – **بلحاج العربي**، النظرية العامة الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة 2015، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، ص 178 وما بعدها.

3 – **علي فيلالي**، الالتزامات، نظرية العقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، الجزء الأول، الطبعة الثانية سنة 2010، ص 104.

4 – يستوجب التفرقة بين صورتين للدخول في المفاوضات قبل العقدية، الصورة الأولى، هي المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض، بحيث تكون مجرد عمل مادي لا تترتب عنها أي مسؤولية الأطراف في حالة العدول عنها كأصل عام، إلا فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، في جانب المتفاوض الذي صاحب عدوله على التفاوض خطأ تقصيري، ألحق ضرر بالطرف الآخر (المادة 124 من القانون المدني الجزائري)، وأما الصورة الثانية فهي تلك التي تتم بمقتضى اتفاق التفاوض بين الطرفين صريح ومكتوب ينظمها ويحكمها (Un accord de négociation) في حال الإخلال بالالتزامات الواردة فيه (المادة 54، 59، 65، 71 و72 مكرر والمادة 106، 107 160، 172 و176 من القانون المدني) تكون خاضعة لها، أنظر/ **بلحاج العربي**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق ص 28.

نوع من الخطورة لأن النية يصعب كشفها في الكثير من الأحيان، وبذلك يمكن التملص من المسؤولية من طرف الموجب في حال العدول عن إيجابه مدعيا أنه لم يقصد الإيجاب وإنما قصد الدعوة إلى التفاوض.

ثانيا– تمييز الدعوة إلى التفاوض قبل العقدي عن مرحلة تنفيذ العقد

إن عملية التفاوض على العقد تنتهي في الوقت الذي يتوصل فيه الأطراف إلى صياغة الإيجاب (أي الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والأساسية للعقد الذي سعا له) ومن ثم تبدأ مرحلة إبرام العقد، فيقوم أحد الطرفين بتوجيه إيجاب بالعقد، يتضمن قبوله – دون قيد أو شرط–انعقاد العقد بصفة نهائية، وبالتالي فإن الإيجاب هو الحد الفاصل بين المرحلتين.

ثالثا– تمييز الدعوة إلى التفاوض قبل التعاقدي عن التفاوض اللاحق لإبرام العقد

لا شك أن المرحلة التي نحن بصدد دراستها تتعلق بالمرحلة السابقة على إبرام العقد وليس اللاحقة له (مرحلة التنفيذ)، والفرق بين المرحلتين هو أن الدعوة إلى التفاوض السابق لإبرام العقد يعد وسيلة حماية وقائية، بحيث يتفق طرفا العقد على كل الشروط والنقاط القانونية والتقنية المتعلقة بالعقد لتفادي حصول نزاعات بينهما مستقبلا، بينما التفاوض اللاحق لإبرام العقد إنما هو وسيلة لفض المنازعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ العقد نتيجة تغير ظروف العقد أو معطياته، وبالتالي فإن مرحلة المفاوضات التي تلي إبرام العقد إنما هي وسيلة حمائية علاجية لإعادة التوازن العقدي.

وتجدر الإشارة إلى أن العقود التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة من الزمن، تتطلب بالضرورة تفاوضا مستمرا، ويعد التفاوض في مرحلة التنفيذ ترجمة اقتصادية تعبر عن توازن قانوني سابق الوجود ولكنه لاحق لإبرام العقد، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد فهو ترجمة قانونية تعبر عن توازن اقتصادي سابق الوجود.

كما يلاحظ أيضا أن الالتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل في إطار العدالة العقدية، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد فيدخل في دائرة القانون ما دام يسوده مبدأ حسن النية الذي تقرره النصوص القانونية والذي يحقق بدوره العدالة العقدية[1].

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية

تتضمن مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية سواء في العقد التقليدي أم الحديث مناقشة شروط هذا العقد، وتحديد الاحتياجات والمطالب، ودراسة فحواه من جميع النواحي، بغرض التوصل إلى اتفاق بشأنه، فإذا توصل الطرفان إلى اتفاق للتفاوض، نشأ عن ذلك التزام بالتفاوض نتيجة جملة من الالتزامات، أما إذا لم يتوصل الطرفان إلى إتفاق، فإن المفاوضات ستنتهي بالفشل.

كما قد تنتهي المفاوضات بسبب قطعها من أحد الأطراف، إذا تبين له أن المصلحة المرجوة من العقد المنشود غير مجدية، ذلك أن رفض التعاقد يتوافق مع مبدأ حرية التعاقد إذ لا يمكن إلزام شخص بغرض إذا استند إلى أسباب مشروعة، غير أن هذا قد يثير موضوع المسؤولية عن التفاوض.

كل هذا سنتناوله في فرعين اثنين، فنتطرق في الفرع الأول إلى التزامات المتعاقدين في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، وفي الفرع الثاني إلى المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية.

الفرع الأول: التزامات المتعاقدين في مرحلة المفاوضات قبل العقدية

يترتب على عقد التفاوض عدة التزامات تقع على عاتق كل طرف يجب أن يلتزم بها، وهي الالتزام بالدخول في المفاوضات، الالتزام بالتفاوض بحسن نية، الالتزام بالإعلام والالتزام بعدم إفشاء المعلومات والسرية.

---

1 – **مصطفى خضير نشمي**، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014/2013، ص 22.

أولا- الالتزام بالدخول في المفاوضات

إذا اتفق الطرفان بمقتضى عقد مبدئي[1] على الدخول في التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد نهائي فإن ذلك يفرض التزاما على كل طرف في أن يدخل في عملية التفاوض بالفعل.

وبالتالي فإن كل طرف ملزم بتحقيق نتيجة وهي الدخول في التفاوض،غير أن التزامه أثناء التفاوض يعد التزاما ببذل عناية، وهي بذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات، فإذا ارتكب أي طرف فعلا من شأنه أن يؤدي إلى إفشال المفاوضات أو عرقلتها فإنه يعد مخالفا للالتزام ببذل عناية[2] ولا يحق له الامتناع عن الدخول في المفاوضات وإلا اعتبر مسؤولا عما قد يقع من أضرار للطرف الآخر، ويرتبط بهذا الالتزام ضرورة تحديد الطريقة التي سيتم بها التفاوض، إذا كان العقد سيتم بطريقة إلكترونية فيتم ذلك إما عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة أو عبر الموقع الإلكتروني[3].

---

1 – يقوم الراغبون في التعاقد في العقود المتعلقة بالصفقات الاقتصادية الضخمة مثل عقود التجارة الدولية، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود التوريد الدولية طويلة المدة، وغيرها من العقود الثقيلة ذات الأهمية الاقتصادية والتجارية، بإفراغ إرادتهم واتفاقاتهم المبدئية في مستندات ووثائق لتحديد وصف محل العقد المراد إبرامه، وآجال سداد المقابل المتفق عليه، ومواعيد التسليم، والتنفيذ، والامتيازات التجارية، وغيرها، خاصة وأن مرحلة المفاوضات قبل العقدية ملؤها المحاورة والمساومة والمراوغة، تحتاج إلى أوراق لتدوين اللحظات المهمة في تكوين العقد المراد إبرامه، وهذه المستندات المعاصرة لمرحلة المفاوضات، أي التي تتخلل المرحلة السابقة على التعاقد ضرورية عند التفاوض بشأن العمليات الضخمة للحصول على الائتمان الدولي، بإثبات ذلك في الوثائق فيحتاط المتعاقد لنفسه عن طريق صياغة الوثيقة وعباراتها وألفاظها قبل إبرام العقد النهائي، ومن هذا المنطلق ذهب الفقه إلى تكريس القيمة القانونية للمستندات المعاصرة للمفاوضات لما يترتب عن ذلك من آثار تتعلق بالالتزام والمسؤولية حتى في المرحلة السابقة على التعاقد ولعل أهم المستندات والوثائق المعاصرة لمرحلة المفاوضات قبل العقدية هي: خطاب النوايا، وتعهدات الشرف، واتفاقات المبادئ، لتفاصيل أكثر حول المستندات وقيمتها القانونية، راجع/ **بلحاج العربي**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد المرجع السابق ص 119 وما بعدها.

2 – **خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص 238.

3 – **عقيل فاضل محمد الدهان، منذر إبراهيم حسين الحلي**، المرجع السابق، ص 65.

ثانيا- الالتزام بحسن نية في المفاوضات قبل التعاقدية

إن الالتزام بالتفاوض وبحسن نية[1] هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، فلا يجوز للمتفاوض إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر، وإطالة مدة التفاوض بدون جدية، أو اتخاذ مفاوضات موازية أو كان الهدف للدخول في المفاوضات مجرد مراوغة لإبعاد شريك من التفاوض مع الآخرين[2].

نص المشرع الجزائري على مبدأ حسن النية في العقود من خلال نص المادة 107 من القانون المدني بقوله: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية».

وحسن النية في التفاوض مبدأ أقره المشرع الفرنسي في قانون العقود الجديد من خلال المادة 1112 فقرة 02، إذ نص صراحة على أنه: «يكون اقتراح المفاوضات قبل العقدية وسيرها وقطعها حرا، يجب لزاما أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية»[3].

على الرغم من أن القانون المدني الفرنسي ينص في المادة 1104 منه على مبدأ حسن النية في مراحل العقد المختلفة من التفاوض، والإبرام والتنفيذ[4]، إلا أنه قد حرص على التأكيد عليه بمناسبة تعديله للقانون المدني، وإضافة مرحلة المفاوضات قبل العقدية.

فمادام مبدأ حسن النية ليس مقتصرا على مرحلة تنفيذ العقد وحسب، وإنما هو مبدأ مفترض في جميع مراحل العقد، انطلاقا من مرحلة المفاوضات إلى غاية مرحلة التنفيذ فأولى على المشرع الجزائري أن يضيف مادة تنص على أن مبدأ حسن النية مفترض في جميع مراحل العقد وهو ليس مقتصرا على مرحلة تنفيذ العقد وحسب.

---

1 – المقصود بحسن النية هو إعمال مبادئ الصدق والأمانة والثقة والصراحة والشفافية وعدم الغش والاحتيال والنزاهة لمصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات والاستمرار فيها لإنجاحها واحترام الوقت المحدد لها، راجع في ذلك/ **محسن الخضيري**، مبادئ التفاوض، مجموعة النيل العربية، القاهرة 2003، ص 36.

2 – **بلحاج العربي**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق ص 89 وما بعدها.

3 – النص الفرنسي للمادة 1112 فقرة 01:

"L'initiative le deroulement et la rupture des negociations precontractuelles sont libre. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonnes foi"

4 – تنص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي على أنه: " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. ويعتبر هذا الحكم من النظام العام ".

ثالثا-الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

لم ينص المشرع المدني الجزائري على الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام صراحة غير أنه قد عدّ كتمان واقعة مؤثرة أثناء التعاقد تدليسا، إذ نص في المادة 86 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة»، وهذا ما سارت عليه اجتهادات المحكمة العليا، من أن المبدأ في القانون الجزائري هو اعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، إلا إذا كان المتعامل حرفيا أو مهنيا فإنه لا يمكن له الادعاء بالغش والتدليس[1].

وبالمقابل نجد أن المشرع نص صراحة على هذا الالتزام بموجب القوانين الخاصة حيث نجد المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[2]، التي تنص على أنه: «يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك».

وقد حاول بعض الفقه إعطاء تعريف لالتزام قبل التعاقدي بالإعلام بأنه: «التزام بالإدلاء بالمعلومات والبيانات»[3] وعرف أيضا أنه: «الالتزام الذي يفرض على كل متعاقد يعرف، أو كان عليه أن يعرف معلومات يدرك أهميتها وتأثيرها في رضاء المتعاقد معه أن يعلمه بها»[4].

---

1 – قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 1993/06/23 ملف رقم 101365.

2 – القانون 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 2009/03/08.

3 – **عقيل فاضل حمد الدهان، منذر إبراهيم حسين الحلي**، المرجع السابق، ص 68.

4 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 260.

إن مسألة تعريف الإلتزام قبل التعاقدي بالاعلام لم تثر إشكال فقهي بقدر ما أثارته صعوبة التفريق بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والالتزام التعاقدي بالإعلام، رغم ما توحيه التسمية الخاصة بكل مرحلة[1] ومع ذلك قامت الأستاذة زاهية حورية سي يوسف بالتفريق بين المرحلتين، حيث اعتبرت أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، يتمثل في الإشهار التجاري الذي يباشره المتدخل في سبيل تسويق منتجاته، وهو وسيلة لتكوين رضا مستنير للمستهلك الذي من حقه الحصول على معلومات على السلع والخدمات المطروحة في السوق لغرض المقارنة بين ما يعرض عليه، وإقدامه بكل حرية على اقتناء ما يرغب به، أما الالتزام بالإعلام التعاقدي فهو الذي يعبر عنه بالوسم (Etiquetage)، فبمجرد حصول المستهلك على السلع يحق له أن يعلم بمكوناتها وكيفية استعمالها لتجنب مخاطرها[2].

يتضح مما سبق أن واجب الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، له جانبان، جانب إيجابي يتمثل في التزام المهني بتزويد المستهلك بكل المعلومات التي تجعله يقتنع بالتعاقد أو عدم التعاقد، وجانب سلبي يتمثل في ضرورة خلو تلك المعلومات من الكذب واللبس حتى لا يقع المستهلك في الغلط[3].

هذان الجانبان يشكلان معا الحماية المدنية لمعالجة الإنحراف في مسار حسن النية في هذه المرحلة بالذات، فيفرض المشرع على كل طرف أن يوصل الطرف الآخر إلى ما يهمه من معلومات حسب طبيعة العقد، أو يطلعه على بيانات معينة عن محل

---

1 – **محمود عبد الرحيم الشريفات**، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة 2009، ص 96.

2 – **زاهية حورية سي يوسف**، دراسة قانون حماية المستهلك الجزائري، دار هومة 2017، ص 50.

3 – **فتيحة محمد قوراري**، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة، دراسة في القانون الإماراتي والمقارن، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 03، 2009، ص 254 و255، أنظر أيضا/ **هند رشيد حسن الحضي**، الحماية المدنية من الدعاية التجارية المضللة، ماجستير في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، دار الجامعة الجديدة 2018، ص 65.المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، دون سنة طبع، ص 25.

العقد، أو عن مدى ملاءمته لاحتياجاته، ومساعدته على الوصول إلى الغاية المنشودة كل ذلك تفاديا للوقوع في الغلط أو الغش، أو المفاجأة بعيب خفي[1].

إن هذا التدخل التشريعي الخاص، أصبح ضرورة حتمية بسبب اتساع مشكل اختلال التوازن في العقد بين طرف ضعيف هو المستهلك، وبين طرف قوي هو المهني أو المنتج[2] على حساب قانون مدني يفتقر إلى النصوص التي تستوجب الحماية بهذا الخصوص، فأضحى المستهلك فريسة للمهنيين الذين لا يهمهم إلا تحقيق الربح وأهدافهم الإقتصادية.

وعليه نرى أنه كان على المشرع التأكيد على واجب الإعلام قبل التعاقدي في القانون المدني في تعديله سنة 2005، فمادام أنه استحدث مسؤولية المنتج (بموجب المادة 140 مكرر) فإن مصطلح المنتج يقابله مصطلح المستهلك، وبذلك كان عليه التأكيد على حماية المستهلك، من خلال النص على واجب المنتج بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، وذلك ضمن أحكام القانون المدني المنظم للعلاقة التعاقدية بصفة عامة والمفروض عليه النص على وسائل الحماية العقدية تحقيقا للتوازن العقدي وحماية المتعاقد الضعيف غير المهني أو المستهلك.

رابعا-الالتزام بضمان السرية خلال المفاوضات قبل التعاقدية

لم ينص المشرع صراحة في القانون المدني على ضمان السرية، بل نجد المادة 107 فقرة 02[3] التي تسمح للقاضي أن يفرض بعض الالتزامات التي تقتضيها طبيعة

---

1 – **بمو برويز خان الدلوي**، النظرية العامة للحماية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014، ص 93

2 – راجع في ذلك/ **محمود عبد الرحيم الديب**، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2011، ص 09 وما بعدها، وأيضا/ **محمود عبد الرحيم الشريفات**، المرجع السابق، ص 95 وأيضا/ **هند رشيد حصن الحضي**، المرجع السابق، ص 118، وأيضا/ **إسلام هاشم عبد المقصود سعد**، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، دون سنة طبع، ص 25.

3 – المادة 107فقرة 02 من القانون المدني:" لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

العقد، كمبدأ الالتزام بالسرية مثلا، بينما نجده قد أكد في العديد من القوانين الخاصة[1] على ضمان مبدا السرية، وخصها بحماية قانونية كبيرة.

يقصد بضمان السرية أن يلتزم المتفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات والبيانات التي يطلع عليها خلال مرحلة المفاوضات بخصوص العقد المراد إبرامه مهما كان نوعه[2].

ونظرا لأهمية المحافظة على سرية المعلومات من جانب المتفاوض فقد إعتبرها المشرع التزام بتحقيق نتيجة، وقواعد المسؤولية المطبقة في حال الإخلال بهذا الالتزام هي قواعد المسؤولية التقصيرية.

لذلك نرى أنه كان على المشرع أن يعطي هذا المبدأ أهميته وينص عليه في القواعد العامة في القانون المدني، ولا يتركنا في النص الضمني والتأويل، خاصة أن لهذا الالتزام أهمية كبيرة جسدها المشرع من خلال القواعد الخاصة بموجب نصوص متفرقة هنا وهناك فأولى أن ينص على المبدأ العام في القانون المدني، ثم يحيلنا على القواعد الخاصة.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية

إن الحديث عن المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية يتطلب بيان طبيعتها أولا، ثم الجزاء المترتب عليها ثانيا.

---

1 – في براءة الاختراع (المادة 56 من الأمر 03-07 المؤرخ في 2003/07/19)، في العلامات التجارية (المادة وما بعدها من الأمر 03-06 المؤرخ في 2003/07/19)، في الرسوم والنماذج الصناعية (المادة 23 وما بعدها من الأمر 86/66 المؤرخ في 1966/04/22)، وأنظمة المعالجة الآلية (المادة 394 مكرر وما بعدها من القانون المضاف بالقانون 04-15 المؤرخ في 2004/11/10).

2 - Hvet, Violation de la confidentialité des négociations, les petites affiches, 1990, P 239.

أولا- طبيعة المسؤولية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية

إن شعار ومبدأ مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية هو حرية التعاقد أو عدم التعاقد حسب مانص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1112-02 من القانون المدني[1] بحيث يحق لكل متفاوض أن يعدل عن رأيه بشأن التفاوض، وهذه الحرية تبدأ بحرية قبول التفاوض أصلا، ثم حرية متابعته وصولا إلى حرية إنهاء التفاوض[2].

وهذا في الواقع ما أكد عليه القضاء الفرنسي في العديد من الأحكام، التي تبين منها أن قطع التفاوض لا يعد في ذاته خطأ موجبا للمسؤولية، وإنما يتعين البحث في الظروف المحيطة به للقول بوجود الخطأ من عدمه، ومن ذلك مثلا: نقض فرنسي مدني في 1994/01/05 قضى بأن قطع المفاوضات المتعلقة بإنتاج فيلم سنيمائي وإبرام العقد مع منتج آخر لا يشكل إنهاءً مفاجئا للمفاوضات، وإنما هو مجرد استعمال لحرية التعاقد.

أيضا حكم محكمة باريس الابتدائية في 1992/03/25، انتهت المحكمة أن رفض وصف إنهاء التفاوض بين قناة تلفزيونية ومؤلف مصنف معين قصد تحويله إلى عمل تلفزيوني بأنه تعسفي، ذلك أنه لم يكن هناك أي قرار نهائي قد اتخذ في هذا الصدد وانتهت المحكمة إلى أنه:« وأمام غياب أي تعهد لا يمكن اعتبار القناة مخطئة في قطع التفاوض»[3].

غير أن هذا لا يعني أن تلك الحرية مطلقة، فسلوك أطراف التفاوض يبقى مقيدًا بالأخلاقيات التي يفرضها الواجب العام الملقى على كل متفاوض بمراعات حسن النية[4] وبالتالي يمكن وصف سلوك المتفاوض بالخاطئ إذا ما خرج عما يقتضيه مبدأ حسن النية

---

1 - نص المادة 1112-2 من القانون المدني:"

"L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libre, Ils doi aux exigences de la bonne foi".

2 - Nicolas Rouiller, Ruptune des négociations- liberté et devoin précontractuels, presses Universitaires d'aix Marseille- 2009, P 39, Voir aussi **:** Philipe le tourneaur, la rupture des négociations, RTD.com 1998, p 479.

3 - هذه الأحكام مشار إليها في مرجع محمد حسن قاسم، السابق الإشارة إليه، ص 146.

4 - Francoise Labarthe, La notion de document contractuel, librairie générale de droit et de jurisprudence 1994, P 129.

في التفاوض وتثور مسؤوليته المدنية، ويرتكز سوء النية على وجه الخصوص في الدخول في المفاوضات دون أن تكون هناك جدية للتعاقد، أو تمديدها مع أنه ليست هناك نية للتعاقد، أو قطع المفاوضات المتقدمة فجائيا دون سبب مشروع ومن جانب واحد[1].

وبالتالي فإن الخطأ الذي تثار معه مسؤولية المتفاوض قد يتحقق في أي مرحلة تكون عليها المفاوضات، فقد يكون عند البدء فيها، ومن صوره في هذه المرحلة، عدم وجود نية جادة في التعاقد، أو بهدف آخر غير التعاقد كالحصول على معلومات حول الطرف الآخر، أو اكتشاف أسرار أعماله.

كما قد يكون الخطأ لحظة متابعة المفاوضات، ومن صوره هنا أن يتبين لأحد أطراف التفاوض أن احتمالات الاتفاق صارت ضعيفة، وبالتالي المفاوضات صارت غير مجدية، وعلى الرغم من ذلك يستمر بالتفاوض مكلفا الطرف الآخر تكاليف ونفقات التفاوض[2] إن هذه التصرفات من شأنها الإخلال بالثقة المشروعة التي تولدت لدى الطرف الآخر[3] وقد تكون هذه الأفعال الصادرة من الطرف المنسحب من المفاوضات ذات ضرر جسيم، خاصة بالنظر للحالة المتقدمة التي تصل إليها هذه الأخيرة[4].

فإذا سلك المتفاوض أحد تلك السلوكات فإن مسؤوليته المدنية تثور بسبب الضرر الذي يصيب المتفاوض معه المضرور، غير أن المشكل الذي يثور هنا هو نوع الخطأ هل هو خطأ تعاقدي يثير المسؤولية العقدية أم خطأ تقصيري يثير المسؤولية التقصيرية؟

---

1 – **جاك غستان**، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 334.

2 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 145.

3 - Joanna shmidt, la période précontractuelle en droit français, op cit, P 445.

4 - Philipe Le tourneau, la rupture des négociations .Revu trimestrielle de droit comparé 1998, p 473.

إختلفت التشريعات حول طبيعة المسؤولية التي تثار عن الخطأ في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، فهناك من اعتبرها مسؤولية تقصيرية، تبنى على الخطأ واجب الإثبات ويقع على المضرور إثبات هذا الخطأ، بينما اعتبرها البعض الآخر على أنها مسؤولية عقدية.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري في هذه المسألة وبإغفاله تنظيم فترة المفاوضات قبل التعاقدية، يكون قد أغفل مسألة الالتزامات قبل التعاقدية والمسؤولية الناشئة عنها أيضا وهذا ما سيجعل المتعاقد أو المتفاوض في هذه المرحلة غير محمي من الناحية القانونية.

أما بالرجوع إلى دور القضاء الجزائري في الحماية في هذه المرحلة فنجد أنه لا يزال ينظر إلى مرحلة التفاوض بكونها مجرد عمل مادي غير ملزم[1] لا يترتب عليه أي أثر قانوني ولا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام، وبالتالي فإن المضرور من جراء عملية التفاوض لا يستطيع سوى اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 من القانون المدني[2].

أما المشرع الفرنسي فقد عدّ المسؤولية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية مسؤولية تقصيرية، وذلك في المادة 20فقرة 02 من مشروع وزارة العدل الفرنسية[3]هذا المشروع الذي أدى إلى تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد[4].

---

1 – اعتبرت المحكمة العليا:" أن المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن خلالها رغبته في الشراء، وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع، لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء، ما جعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر، وهو تصرف سليم من الناحية القانونية "، قرار صادر بتاريخ 2000/05/24 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، ملف رقم 223852، المجلة القضائية لسنة 2000 عدد 01، ص 138.

2 – **بلحاج العربي**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق ص 15.

3 - Art 20/02 "la conduite ou la rupture fautive de ces négociations précontractuelles oblige son auteur sur le fondement de la responsabilité délictuelle …".

4 – راجع حول هذا المشروع ومواده والتعليق عليها:

- J. Ghedtion, observation sur le projet de réforme du droit des contrats, les petites affiches, Numéro spécial 12/02/2009. Colloque : la réforme du droit français des contrats en droit positif, P 265.

وفي هذا الصدد أيضا قضت محكمة النقض المصرية بأن:" الطرف الذي يقوم بقطع المفاوضات نتيجة عدم جديته في التفاوض يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية عما لحق بالطرف الآخر من ضرر"[1]

على النقيض من ذلك أخذ المشرع الألماني في تعديله للقانون المدني سنة 2002 بالمسؤولية العقدية، بسبب تأثره بنظرية الفقيه الألماني إهرينق (IHRING)، والمسماة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، على أساس وجود عقد ضمني أو تمهيدي ينشأ تلقائيا بمجرد بدء التفاوض بين الطرفين، يجعل الطرف المخطئ أو المتسبب في عدم إبرام العقد النهائي مسؤولا مسؤولية عقدية عن تعويض الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر نتيجة ذلك[2].

بسبب هذه الإختلفات التشريعية حول تحديد طبيعة المسؤولية الناتجة عن قطع المفاوضات قبل التعاقدية، ذهب الأستاذ حازم عبد الكريم حمودة إلى اعتبار أن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية التي تنشأ في المرحلة السابقة على التعاقد، هي مسؤولية لها طبيعة خاصة لا عقدية ولا تقصيرية[3] وذلك قد يرجع إلى أن قواعد المسؤولية التقصيرية والعقدية تعد قاصرة عن تحقيق مستوى الحماية الفعالة للمتعاقد المتضرر، بسبب بطء إجراءات التقاضي وارتفاع التكاليف، وضآلة التعويض، بالإضافة إلى أن اكتمال أركان المسؤولية التقصيرية والعقدية، يتطلب تحقيق الضرر الذي يقع عبء إثباته على الطرف المتضرر بإجراءات مطولة من حيث إثبات علاقة السببية[4]

---

1 – نقض مدني 27 جانفي 1966، مجموعة الكتب القانونية، عدد 17 رقم 24، نقلا عن **مصطفى خضير نشمي**، المرجع السابق، ص 182.

2 – أنظر في عرض هذه النظرية: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 552 وما بعدها.

3 – **حازم عبد الكريم حمودة**، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2016، ص 446

4 – **مصطفى رفعت**، حمايةالمستهلك بين الشريعة والقانون، المصدر القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2017، ص 32

من خلال ما سبق نلاحظ أن طبيعة الخطأ ونوع المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات قبل التعاقدية إنما تختلف حسب ما إذا كان الطرفان قد وقعا على عقد ينظم المرحلة السابقة على العقد النهائي أم لا.

فالمفاوضات حتى ولو كانت مهمة وممتدة فهي ليست ملزمة، تستوجب إمكانية قطعها عندما تكون الشروط المقترحة محكوما عليها بأنها أقل فائدة.

لذلك فإن الفريقين في ظروف معينة، وبسبب مدة وكلفة المفاوضات على وجه الخصوص، لهما مصلحة في تزويد مفاوضاتهما بعنصر الأمن، والذي يشكل إدخال المفاوضات في الإطار العقدي أو بعض النتائج التي يتوصل إليها بالنسبة لمحتوى العقد المقبل، وهو ما يعرف باتفاقات المرحلة السابقة على التعاقد (Les accords de principe) التي يتم إبرامها أثناء سير المفاوضات قبل إبرام العقد النهائي، تهدف هذه الاتفاقات إلى تحديد المسائل التي تمكن الأطراف من الاتفاق بشأنها، وتجسد خطوة في اتجاه العقد النهائي، وهي تتضمن التزامات ذات طبيعة عقدية[1].

لقد جاء المشرع الجزائري بصور من هذه الاتفاقات، تتمثل في الاتفاق الابتدائي والوعد بالتعاقد، المنصوص عليهما بموجب المادة 71 و72 من القانون المدني، وما هذه العقود سوى تمهيد للعقد النهائي.

مما سبق نستنتج أنه إذا كان الطرفان قد وقعا على عقد تفاوض، ثم ارتكب أحدهما خطأ، يكون الخطأ عقدي يؤدي إلى قطع المفاوضات، والتي ستسبب ضررا للطرف الثاني والمسؤولية المثارة هنا ستكون مسؤولية عقدية، تلزم التعويض على من تسبب في الضرر متى توافرت أركانها الثلاث وهي الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما.

1- راجع في ذلك: **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 266 وما بعدها، راجع أيضا: **بلحاج العربي**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق ص 133. راجع أيضا: **جاك غستان**، المرجع السابق، ص 355 وما بعدها.

أما إذا لم يكن هناك عقد تفاوض، وأخل أحد الأطراف بمبادئ النزاهة وحسن النية والتعاون، وقام بقطع المفاوضات دون سبب، وأدى ذلك إلى حدوث ضرر للطرف الثاني فيكون له الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية متى توافرت أركانها.

ثانيا-الجزاء المترتب على قطع المفاوضات قبل التعاقدية

إن الجزاء المترتب على الإخلال بالتزام من الالتزامات السابقة، والذي يؤدي إلى قطع المفاوضات، سواء كان الالتزام عقديا أم تقصيريا، هو قيام المسؤولية قبل التعاقدية من خلال دعوى قضائية طرفاها المضرور والمتسبب في الضرر، ويتمثل الأثر الجوهري المترتب على قيام المسؤولية المدنية في إما التعويض لجبر ما لحق المضرور من ضرر مادي و/أومعنوي، وإما التنفيذ العيني.

وإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التقصيرية، مثلما يرى الأستاذ علي فيلالي[1] فإنه على النقيض من ذلك هنالك جانبا آخر كالأستاذ (Philipe le tourneau) الذي يستبعد إمكانية التنفيذ العيني، وإنما يدعو إلى إجبار المتفاوض الذي أخل بتنفيذ التزامه على العودة إلى التفاوض ومواصلة السير فيه[2] كما لا يجوز حسب الأستاذ حازم عبد الكريم حمودة إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا ولا مرهقا[3] لأن في هذا الأخير مساسا بالحرية الشخصية، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية[4].

---

1 - **علي فيلالي**، الالتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية 2008، ص 361 وما بعدها.

2- Philipe le tourneau, op cit, P 48

3 - **حازم عبد الكريم حمودة**، المرجع السابق ص 449.

4 - **مصطفى الجمال**، المرجع السابق، ص 241 وما بعدها.

مما تقدم فإن القول باستبعاد فكرة التنفيذ العيني واللجوء للتعويض لجبر الضرر عن قطع المفاوضات بطريقة تعسفية، يؤكد لنا الاتجاه الذي سلكه جانب كبير من الفقه والتشريع باعتبار أن المسؤولية المدنية التي تنشأ في المرحلة السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية.

إذن الجزاء المترتب على قطع المفاوضات قبل التعاقدية يتمثل في التعويض، هذا الأخير نص عليه المشرع الجزائري في المادة 182 من القانون المدني[1] التي تنص على أنه إذا لم يكن مبلغ التعويض عن الضرر محددا في العقد، فإن تقديره يعود للقاضي وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، بحيث يجب أن يكون شاملا لكافة الأضرار المادية وبالتالي يدخل ضمنها نفقات التفاوض التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض والإعداد للعقد مثل نفقات الدراسات الأولية[2]، كما يجب أن يشمل التعويض أيضا ما ضاع من وقت المتفاوض، وما ترتب عليه من إنهاء نشاطه التجاري، وكذا تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[3].

أما طلب المضرور التعويض عن فشل المفاوضات والتعويض عن الربح المأمول أو الذي كان ينتظر من العقد الذي كان محلا للتفاوض فهو غير مقبول حسب ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1112 من القانون المدني[4]، لأن ذلك يدخل في إطار الضرر الاحتمالي الذي لا يعوض عنه، والتعويض عنه من شأنه أن يرتب آثارا للعقد

---

1 – المادة 182 فقرة 01 من القانون المدني: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

2 - Philipe le tourneau, op cit, P 489.

3 – لتفاصيل أكثر حول الأضرار الناتجة عن قطع المفاوضات، راجع/ **بلحاج العربي**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق ص 256 وما بعدها.

4 – تنص المادة 1112 من قانون العقود الفرنسي الجديد:

" En cas de faute commise dans la négociation, la réparation du préjudice qui en résolte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu".

الذي لم يتم[1] والملاحظ في هذا الصدد أن القضاء الحديث المقارن يتجه إلى استبعاد فوات فرصة إبرام العقد محل التفاوض كعنصر من العناصر الداخلة في تقدير التعويض عن الإنهاء الخاطئ للمفاوضات[2].

ولعل مبرر القضاء الحديث، والمشرع الفرنسي من خلال المادة 1112 من القانون المدني هو الحرص على أن تبقى مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية تعبيرا عن مبدأ حرية التعاقد وحرية رفضه، وبالتالي لا مجال للحديث عن التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي، وإنما التعويض يكون فقط في حدود إنهاء المفاوضات على نحو خاطئ، سواء باستغلال المتفاوض الذي ارتكب الخطأ للمعلومات ذات الطابع السري، أو تفويت فرصة دخول في مفاوضات من أجل إبرام عقد مع شريك آخر منافس.

1 – **حسام الأهواني**، المرجع السابق، ص 79.

2 – نقض فرنسي تجاري الصادر بتاريخ 2003/11/26 أشار إليه محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 153.

المبحث الثاني

آليات الحماية في المرحلة السابقة على التعاقد

إذا كان المبدأ في القانون المدني هو حرية التعاقد، والمبدأ في المفاوضات أنها غير ملزمة وما الغرض منها سوى الوصول لتحديد مضمون العقد المراد إبرامه بجدية وصدق وأمانة وحسن نية، لتكوين رضا سليم وإنشاء عقد متوازن، فإنه يكون لكل طرف في المفاوضات قبل التعاقدية حق أن يضع حدا لها دون التقيد بأي ارتباط عقدي.

لكن وعلى الرغم من ذلك إلا أن المشرع لم يتخلَّ عن حماية المتعاقد خلال مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية إذا شاب عيبٌ رضاه، نظرا لما قد يكون له من تأثير خطير على مستقبل العقد.

وبالتالي فإن البحث عن أليات الحماية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد يفهم من خلاله أن الطرف الثاني قد قبل الدخول في المفاوضات وهو بصدد قبول التعاقد، أو قد تعاقد فعلا نتيجة ما قدم له الطرف الآخر، أو لم يقدم له من معلومات وبيانات وإعلانات اقتنع بها ووقع رضاه عليها، ولولا تلك البيانات والمعلومات لما أبرم العقد.

وفي هذه المرحلة بالذات نجد المشرع يحمي المتعاقد من التدليس والغش، والخداع الناتج إما عن الإشهار، وإما عن عدم الإعلام السابقان لمرحلة التعاقد، لذلك سنتطرق في المطلب الأول إلى الحماية المدنية من الإشهار التضليلي، ثم نتطرق إلى الحماية المدنية من عدم الالتزام بالإعلام في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الحماية المدنية من الإشهار التضليلي

فضلنا استعمال مصطلح الإشهار التضليلي لأن المشرع الجزائري أسماه بهذا الشكل على عكس باقي التشريعات التي تطلق عليه إما الخداع الإعلاني أو الإشهار الكاذب والمضلل.

يعدّ الإشهار[1] التضليلي دعوة إلى التفاوض، لأنها موجهة لعامة الجمهور بغرض دعوتهم إلى التفاوض، أما الإشهار الموجه لطائفة معينة من الأشخاص، إنما يعد إيجابا باتا وليس مجرد دعوة إلى التعاقد[2].

إن حماية الطرف المتعاقد من الإشهار التضليلي أضحت أمرا لابد منه، لأن هذه المرحلة جد حساسة، فقد يكون المقبل فيها على التفاوض موهوما بتلك الإعلانات التي تتحكم في عقله الباطن فتدفعه لقبول التعاقد، خاصة وأن هذه الإعلانات لا تهتم عادة بالجانب الإنساني بقدر ما تهتم بالجانب المادي.

ولمعرفة الحماية المدنية التي أقرها المشرع في هذه المرحلة سنتطرق في الفرع الأول إلى المقصود بالإشهار التضليلي ومدى اعتباره تدليسا يستوجب الحماية، ثم نتطرق في الفرع الثاني للطرق التي استعملها المشرع لجبر الضرر الواقع على المتعاقد.

الفرع الأول: مفهوم الإشهار التضليلي

لدراسة لإشهار التضليلي سنحاول أولا إعطاء تعريف له من خلال ما استقر عليه الفقه والتشريع، ثم سنبحث ثانيا في مدى اعتباره تدليسا يستوجب تدخل وحماية المشرع.

---

1 – عرف المشرع الإشهار في المادة 03 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004، على أنه:" كل إعلان يهدف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

2 – **هند رشيد حسن الحظي**، المرجع السابق، ص 148، 149.

أولا-تعريف الإشهار التضليلي

عرف المشرع الإشهار التضليلي من خلال المادة 28 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بقوله: «كل إشهار تضليلي يتضمن تصريحات أو بيانات أو عناصر يمكن أن تؤدي إلى التضليل أو الالتباس».

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلحا آخر غير التضليل في نص المادة 685 من القانون 09-03 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش[1]، هو مصطلح "الخداع"

ولأن الإشهار قد يكون كاذبا ومضللا في الوقت نفسه، كما قد لا يكون كاذبا وإنما مضللا فقط، وهنا يظهر الفرق بين الإشهار الكاذب والإشهار المضلل أو التضليلي.

لقد أولت معظم التشريعات اهتماما بالكذب والتضليل كمصطلحين مختلفين واللذان يلحقان الإشهار، ونصت عليهما باستعمال مصطلح الخداع الذي يعتبر أشمل وأعم، وفي هذا الصدد نجد أنّ المشرع المصري قد عرف الإعلان الخادع بنصه في المادة 17 من القرار 886 لسنة 2006 الصادر عن وزارة الصناعة بتاريخ 2006/11/30 والمتضمن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري: «يعد إعلانا خادعا الإعلان الذي يتناول منتجا أو يتضمن عرضا أو بيانا أو ادعاءً كاذبا أو أي أمر آخر ينصب بصفة خاصة على عنصر أو أكثر من العناصر التالية، متى كان من شأنه أن يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل مهما كانت وسيلة الإعلان...»[2].

---

1 – نص المادة685 من القانون 09-03:" يعاقب... كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأي وسيلة أو طريقة...".

2 – أشار إليه **بوارس محمد**، الإشهار عن المنتجات والخدمات، دراسة قانونية، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان سنة 2012ص 281.

في حين نجد أن المشرع الفرنسي قد استخدم مصطلح "الإشهار الكاذب" (Publicité mensongère)، وذلك خلال المادة 121-1 من قانون حماية المستهلك الفرنسي.

وعليه وبما أن الخداع قد يشمل الكذب أو التضليل أو كلاهما معا فإن غالبية الفقه يقوم بتعريف الإشهار التضليلي، بالإضافة إلى تعريف الإشهار الكاذب.

فتعرف الأستاذة بلإيمان أمينة الإشهار الكاذب على أنه: «استعمال إدعاءات مخالفة للحقيقة الهدف منها تضليل المتلقي عن طريق تزييف الحقيقة أو إصدار تأكيدات غير صحيحة أو غير مطابقة للحقيقة ولا يمكن الوفاء بها مستقبلا»[1].

ويعرفه الأستاذ عبد الفضيل محمد أحمد على أنه: «الإعلان الذي من شأنه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى خداعه وذلك من خلال ادعاءات ليست كاذبة في حد ذاتها وإنما قد تؤدي إلى الخداع»[2].

مما سبق نرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يستخدم مصطلح " الإشهار الخداعي" بدلا من مصطلح " الإشهار التضليلي"، لأن مصطلح "الخداع" أعم وأشمل من مصطلح التضليل، فالخداع يضم الكذب والتضليل معا، إضافة إلى أنه يضمن توحيد استعمال المصطلحات بين مختلف القوانين الخاصة.

ثانيا-شرط اعتبار الإشهار التضليلي تدليس يستوجب الحماية المدنية

حتى يستطيع المتضرر من جراء الإشهار التضليلي الحصول على الحماية المدنية اللازمة في المرحلة السابقة على التعاقد لا بد أن يعتبر هذا الأخير تدليسا[3].

---

1 - **Beliman Amina**, le droit et la publicité commerciale, thèse de doctorat, Université mentouri, Constantine, année 2011, P 238.

2 – أشار إليه **بوارس محمد**، المرجع السابق، ص 281.

3 – التدليس كعيب من عيوب الإدارة هو استعمال شخص طرق احتيالية، يقصد من خلالها إيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، أو هو الالتجاء إلى الحيلة بقصد إبهام المتعاقد بغير الحقيقة والتأثير على رضاه لحمله على التعاقد، **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 288.

فبالرجوع إلى قواعد القانون المدني نجد المشرع الجزائري يحمي المتعاقد من التدليس من خلال المادة 86 فقرة 01 من القانون المدني التي تنص على أنه: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

وبالتالي فإن الكذب في حد ذاته مجرد من أي اعتبار آخر لا ينهض دعامة كافية للتدليس أو التغرير المبطل للعقد بصفة عامة، على الرغم من تفشيه بكثرة في وقتنا الحاضر ما لم يرتبط بكتمان الحقيقة أو إخفائها، للتأثير على إرادة المتعاقد ودفعه للتعاقد وهو الذي اصطلح الفقهاء على تسميته الكذب الذي يتجاوز حدود المألوف[1].

وعليه حتى يعتبر الإشهار التضليلي أو الخادع تدليسا لا بد أن يتوفر على العناصر الثلاثة التي يشترط القانون توفرها في التدليس وهي: استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد، أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد، وأن يتصل التدليس بعلم المتعاقد الآخر.

هذا ويتجسد التدليس في الطرق الاحتيالية التي يستخدمها المتعاقد بقصد إخفاء الحقيقة فيقدم الطرف الثاني على إبرام العقد مقتنعا بتلك المعايير، ثم يفاجَأ بغير ما أراده[2] وهذه الطرق غير محددة على سبيل الحصر.

يتمثل الجانب المادي للتدليس في لجوء المتعاقد إلى طرق احتيالية عن طريق انتحال اسم تجاري شائع وذو جودة عالية مثلا، وقد يلجأ إلى اصطناع عقود مزورة بقصد دفع المتعاقد الآخر للتعاقد معه، كما قد تكون الطرق الاحتيالية بالكذب، وهو التأكيد المغلوط على عنصر من عناصر العقد.

---

1 – **محمد بوراس**، المرجع السابق ص 275 وما بعدها، راجع أيضا بخصوص:
(Le mensonge hyperbolique، Beliman Amina, op cit, P 240.

2 – **هند رشيد حسن الحضي**، المرجع السابق، ص 154.

أما الجانب المعنوي للتدليس فيتمثل في نية التضليل لدى المعلن، أما إذا انعدمت نية التضليل فلا يكون هناك تدليس، ومثال ذلك مجرد الإهمال أو عدم الدقة فيما يقدم من معلومات للطرف الآخر، ولا يقوم التدليس هنا لعدم توفر نية التضليل ولو ترتب عن ذلك إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يعيب رضاه[1].

هذا ويشترط الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن تكون نية التضليل بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع[2] فإذا وجدت نية التضليل لغرض مشروع فلا يتوفر عنصر التدليس، كما أنه إذا لجأ شخص لطرق احتيالية بقصد الحصول على إقرار من المدين لإثبات الحق، فلا يبطل الوفاء الذي تم بناء على لجوء الدائن لهذه الطرق لدفع المدين على الوفاء[3].

كما يشترط لقيام التدليس أن يكون دافعا على التعاقد، أي يجب أن يكون الغرض من الإشهار التضليلي هو دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، وهو ما يطلق عليه الفقه بالتدليس الدافع، أما التدليس غير الدافع فهو تدليس لا يحمل على التعاقد بل يغري بقبول شروط أثقل عبئا، وهذا لا يكون سببا في إبطال العقد وإنما يكفي فيه حصول المتعاقد المخدوع على تعويض بسبب التدليس[4].

ويشترط في الأخير أن يصدر التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائب عنه، أما إذا صدر من الغير فإنه لا يؤدي إلى إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم به، أو كان من المفروض حتما أن يعلم به، وإذا لم يكن يعلم به فيظل العقد صحيحا رغم التدليس وذلك حتى لا يتفاجأ المتعاقد معه الحسن النية، وما عليه في هذه الحالة سوى الرجوع على الغير بالتعويض[5].

---

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 233.

2 – **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 350.

3 – **حسام الدين الأهواني**، المرجع السابق، ص 168.

4 – **هند رشيد حسن الحضي**، المرجع السابق، ص 156.

5 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 234.

من خلال ما تقدم من الشروط الواجب توفرها لقيام التدليس، فإنه يتضح أن الإشهار التضليلي هو استعمال الطرق الاحتيالية الإيجابية[1] المادية والمعنوية، من أجل إظهار الشيء على غير حقيقته، غرضها إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد.

وبذلك فإن أحكام التدليس وأحكام الإشهار التضليلي نهران يصبان في بحر واحد ومن ثم يكيف الإشهار التضليلي على أنه تدليس.

الفرع الثاني: طرق جبر الضرر الناتج عن الإشهار التضليلي

تتجسد الحماية المدنية عن الإشهار التضليلي في المطالبة بإبطال العقد الذي أبرم نتيجة هذا الإشهار المضلل، أو المطالبة بالتنفيذ العيني والحصول على شيء مطابق لمحل التعاقد وفقا للإشهار.

أولا- طلب إبطال العقد

ينص المشرع في المادة 86 فقرة 01 من القانون المدني على أنه يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

وباعتبار أن الإشهار التضليلي الذي قام به المعلن أظهر غير الحقيقة، والتي أقدم من خلالها المتعاقد القبول بالدخول في المفاوضات ومن ثم إبرام العقد، فإن له الحق في طلب إبطال العقد استنادا إلى أنه لم يكن ليقدم على القبول على التعاقد لولا هذا الإشهار التضليلي[2].

---

1 – الطرق الاحتيالية الإيجابية تتمثل في الإشهار التضليلي، وهي تختلف عن الطرق الإحتيالية السلبية التي تتمثل في الكتمان.

2 – **إسلام هاشم عبد المقصود سعد**، الحماية القانونية للمستهلك، بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، دون سنة الطبع، ص 246.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص أن مسألة إثبات التدليس تثير نوعا من الصعوبة في طلب إبطال العقد، ذلك أن المشرع اشترط لقيام التدليس أن يثبت المتعاقد أن الطرف الآخر قد استخدم هذه الطرق لتضليله وحمله على التعاقد، مع العلم بأن معيار التدليس ذاتي في تقدير مدى تأثر المتعاقد بالطرق الاحتيالية[1].

كما اشترط المشرع أن تكون الحيل التي لجأ إليها المتعاقد جسيمة، في حين أن مسألة تقدير الجسامة أمر متروك لسلطة القاضي التقديرية.

وعليه يظهر أن طلب إبطال العقد للإشهار المضلل فيه نوع من المشقة بسبب عبء إثبات عنصر التدليس.

ثانيا- دعوى التنفيذ العيني أو التعويض

يستطيع المتعاقد ضحية الإشهار التضليلي أن يطالب المعلن بتسليم ما ورد في إعلانه ما دام لا يوجد ما يمنع ذلك، وبالتالي فإن القاضي يمكنه إلزام المعلن بتنفيذ عين ما شهر له وذلك حسب المادة 164 من القانون المدني التي تنص على أنه: «يجبر المدين بعد إعذاره تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا».

والمقصود ب"متى كان ذلك ممكنا" هو كيف يمكن إلزام المعلن بتوفير وتسليم السلعة أو القيام بالخدمة التي شهر لها، في حين أنه لا يستطيع لأن سلعته أو خدمته لا تتوفر على تلك المقاييس أو هي غير موجودة أصلا، ومثال ذلك المنتوج الذي يروج له على أنه غسول شعر يقضي على الصلع، ثم يتبين أنه غير كذلك. فكيف يمكن إلزام المعلن أن يوفر هذا المنتوج إذا كان لا يوجد مثل هذا الغسول الذي يقضي على الصلع.

كما يمكن أن تمتد الحماية أيضا إلى تمكين المتعاقد من الحصول على الشيء المطابق لمحل التعاقد، سواء أكانت خدمة أم سلعة وفقا للإشهار من عند منتج آخر وعلى نفقة المعلن بعد استئذان القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة 166 فقرة 02 من

1 - **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع السابق، ص351.

القانون المدني: «إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي. كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض».

إن نص المادة 166 فقرة 02 يشكل حماية قوية للمتعاقد المضلل، ذلك أن المعلن يعلم أنه ملزم بالوفاء بمحل ما ورد في إعلانه حتى وإن كان غير صحيح، وهو ما يدفعنا إلى القول إن المشرع وفق إلى حد كبير في حماية الطرف المتضرر وإعادة التوازن المفقود في العقد.

أما إذا استحال التنفيذ العيني فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض الذي يكون تقديره للقاضي، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت المتعاقد المتضرر، بدءًا من نفقات المفاوضات والوقت الذي لزمته، وما فاته من كسب ومن فرص التعاقد مع طرف آخر في ظروف أحسن.

المطلب الثاني

الحماية المدنية من الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

يعدّ الالتزام بلإعلام وسيلة حديثة لحماية الرضى التعاقدي في المرحلة السابقة على التعاقد، لجأت إليها العديد من التشريعات الحديثة نظرا لما تأمنه من حماية لرضا المتعاقد بطريقة أكثر فعالية وملاءمة لنظرية العقد، فهي حماية وقائية من الدرجة الأولى تهدف إلى حماية رضى المتعاقد من جهة، وتضمن الوصول إلى تنفيذ عقد متوازن يحمي مصلحة المتعاقدَين من جهة أخرى.

وعليه، سنتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، ثم إلى الجزاء المترتب عن الإخلال به وذلك من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

إن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام هو وسيلة حديثة لحماية الرضاء التعاقدي، سواء في العقد التقليدي أو الإلكتروني في مواجهة اختلال التوازن المعرفي، لهذا سأقوم بتعريفه

أولا ثم أتطرق بعد ذلك إلى أهم شروطه، هذه الشروط إذا ما توفرت تحققت غاية هذا الالتزام وهي مواجهة التفاوت المعرفي بين أطراف العقد، هذه الغاية هي التي تسمح بتحديد مضمون هذا الالتزام

أولا-تعريف الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وأساسه القانوني

عرف المشرع الجزائري الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقد البيع من خلال المادة 352 فقرة 01 من القانون المدني التي تنص على مايلي:« يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه...».

وعليه ومن خلال التعريف يتبين أنه يقع على عاتق البائع تبيان للمستهلك طريقة استعمال المنتوج بخصائصه للغرض الذي أراده المستهلك وكذا تحذيره من المخاطر الناجمة عنه في حال عدم التقيد بتعليمات الاستعمال.

حيث فرض المشرع من خلال نص المادة 352 فقرة 01 على البائع أو المنتج ضرورة تقديم معلومات كافية وواضحة للمشتري حول الشيء المبيع، حتى يكون هذا الأخير على علم وبينة قبل التعاقد.

ضف إلى ذلك فإن الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام قد يجد أساسه القانوني من خلال المادة 86 فقرة 02 من القانون المدني التي تنص على أنه:« يعتبر تدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

كما جسد المشرع الجزائري الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ونص عليه صراحة في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1] حيث تنص المادة 4 منه على أنه:« يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات

1 - قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41 الصادرة في 2 يونيو 2004.

وبشروط البيع»، بينما تنص المادة 05 منه على أنه: « يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات، أو بأي وسيلة أخرى مناسبة ... ».

كذلك ورد هذا الالتزام في الفصل الخامس من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، في المادتين 17 و18 منه، حيث نص المشرع في المادة 17 فقرة 01 على أنه:« يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات بأية وسيلة أخرى مناسبة».

كما نص في المادة 18 على أنه:« يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الإستخدام ودليل الإستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن إستعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها».

يلاحظ من خلال هذه النصوص أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي هو ذلك الالتزام الذي يقع على المنتج والذي يلزمه تبيان للمستهلك طريقة استعمال المنتوج وذلك من خلال البيانات الموضوعة على الأغلفة أو العبوات، أو البطاقات التي تلصق على المنتوج مباشرة أو الموجودة في دليل الاستعمال[1].

الملاحظ أن المشرع اهتم بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في القوانين الخاصة بدرجة كبيرة جدا على حساب التقنين المدني، الأمر الذي جعل القول إنه التزام يشمل عقود الإستهلاك المبرمة بين المستهلك والمنتج، والعقود المهنية، أي المبرمة بين المهنيين[2] في حين أن هذا الالتزام أصبح بسبب كل التطورات التكنولوجية الحاصلة إلتزام عام يشمل كل العقود دون إستثناء، لذلك نرى أنه كان أولى أن ينص عليه المشرع في القانون المدني.

1 – **زاهية حورية سي يوسف**، المرجع السابق ص 51

2 – **زاهية حورية سي يوسف**، نفس المرجع ص 65.

أما عن الأساس القانوني لهذا الالتزام فقد اختلفت الآراء الفقهية حوله، فيرى جانب من الفقه[1] أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في الالتزام بالتسليم وفقا للمادة 1615 من القانون المدني الفرنسي، التي تقابلها المادة 364 من القانون المدني الجزائري، فالبائع وفقا لهذا النص يلتزم بتسليم الشيء المبيع وملحقاته، والمعلومات التي يلتزم البائع بالإدلاء بها للمشتري تتوحد مع محل التسليم لتصبح من ملحقاته[2].

غير أن هذا الرأي وجد العديد من الانتقادات، أهمها في موضوعنا أن إلحاقه بالالتزام بالتسليم لا يمكن الاستناد إليه كأساس للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، لأن الالتزام بالتسليم يعني أن البيع قد تم إبرامه وانتقل إلى مرحلة التنفيذ بينما البحث يدور حول أساس الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام أي على أساس التزام نشأ ويجب الوفاء به في المرحلة السابقة على إبرام العقد[3].

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن أساس الالتزام بالإعلام يجد أساسه في الالتزام بضمان العيوب الخفية فهو التزام تابع للالتزام بهذا الضمان، غير أنه وبالرجوع إلى أحكام القضاء يتبين أنها في الكثير منها تربط الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام بنظرية عيوب الإرادة وذلك عبر تكريس فكرة الكتمان التدليسي[4].

إلا أنه وبالرجوع إلى المادة 86 فقرة 02 من القانون المدني، التي تعتبر تدليسا مجرد السكوت عمدا عن واقعة، يتبين إن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام هو التزام عام يشمل كل العقود، هدفه أن يكون رضا الدائن به صادرا عن علم وبصيرة بما سيتعاقد بشأنه.

إضافة إلى ذلك إنما يؤكد أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام هو التزام عام يشمل كل العقود دون استثناء، هو نص المادة 1112-01 من القانون المدني الفرنسي التي

---

1 - V. Christianos. Lobligation dinformer dans la vente des produits mobiliers. Revu internationale de droit comparé. N 04 octobre desembre 1989 page1067

2 – **زاهية حورية سي يوسف**، المرجع السابق ص 65.

3 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 263

4 – **جاك غسان**، المرجع السابق، ص 685، راجع أيضا/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 262 وما بعدها.

تتضمن 06 فقرات كلها بخصوص هذا الالتزام، والذي أدرجه المشرع الفرنسي ضمن باب المفاوضات قبل العقدية، والتي تتضمن في مضمونها نطاق تطبيق الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ومضمونه وشروطه وعبء إثبات تنفيذه، وجزاء الإخلال به.

تنص المادة 1112-01 من القانون المدني الفرنسي على أنه:" يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعا أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه.

على الرغم من ذلك فإن هذا الواجب بالإعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء.

تعد معلومات لها أهمية حاسمة تلك التي لها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة الأطراف.

يقع على من يدعي أن معلومة كانت واجبة له إثبات أن الطرف الآخر كان مدينا له بها ويقع على هذا الطرف الآخر إثبات تقديمها له.

لا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب أو استبعاده.

فيما عدا مسؤولية المدين بواجب الإعلام فإن الإخلال بهذا الواجب يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد".[1]

إذن هذا التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي ضمن أحكام القانون المدني، وهذه الإضافة في مواده المنظمة لمرحلة التفاوض قبل العقد إنما هي تعزيز أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام إنما يتصف بالعمومية، ليشمل كل العقود دون إستثناء، ووفقا لما

1-"Art.1112-1" Celle des parties qui connait une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information oufait confiance à son cocontractant. =Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de lavaleur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ontun lien direct et nécessaire avec le contenu du contract ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entrainer l'annulation du contract dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants".

يقتضيه مبدأ حسن النية، بحيث يلتزم من يعلم أو يفترض فيه العلم، بإعلام المتعاقد معه الذي لا يعلم، متى توفرت شروط وجوده. [1]

يعدّ التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي والمتعلق بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي قفزة نوعية وإيجابية، وعليه، سنحاول التركيز على كل ما اشتملت عليه المادة 1112-01 ومطابقتها على ما يتضمنه قانون 09-03 بخصوص هذا الالتزام.

ثانيا- شروط الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

حدد المشرع الجزائري في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الشروط الواجب توفرها للإعلام وذلك بموجب المادة 18 من قانون 09-03، وهي ضرورة أن يكون إعلاما مفهوما، أي أنه خالٍ من العبارات المعقدة وأن يكون الإعلام ظاهرا لا يصعب على المستهلك رؤيته أو معرفته وأن يكون كاملا ومكتوبا باللغة العربية أساسا وبلغة أخرى على سبيل الإضافة[2].

أما المشرع الفرنسي فيشترط لوجود الالتزام قبل العقدي بالإعلام، أن يكون المدين به على علم بالمعلومات محل الإعلام من ناحية، وجهل الدائن بهذا الالتزام من ناحية أخرى حسب الفقرة الأولى من المادة 1112-01 من القانون المدني الفرنسي.

لذلك يتعين على المدين تقديم كافة المعلومات أو البيانات التي يجب أن يكون المتعاقد معه على علم بها، لأنه سيكون لها تأثير على رضاء هذا الأخير[3] هذه البيانات التي تضمنتها المادة 1112-01 فقرة 03 من القانون المدني الفرنسي، بأنها تلك التي لها علاقة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة أطرافه.

1- **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 263 و264.

2 - المادة 18 من القانون 09-03: " يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج، وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".

3 - **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 269.

أما إذا كان المدين غير عالم بالمعلومات التي يتعين عليه الإدلاء بها، في هذه الحالة ذهب القضاء الفرنسي أن عليه أن يستعلم بنفسه، فهذه تعد حجة تعسفية الغرض منها التهرب من هذا الالتزام[1].

وتجدر الإشارة أن القضاء الفرنسي يتشدد بالخصوص في مواجهة المتعاقد المهني، الذي يفترض فيه العلم الكافي حول جميع التفاصيل والبيانات التي يجب عليه إعلام المتعاقد الآخر بها، خاصة إذا كان يتعاقد في مجال تخصصه[2].

يشترط كلك لوجود الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام عدم علم الدائن بهذا الالتزام بالمعلومات أو البيانات المطلوبة لتقرير رضائه بالعقد، إما بسبب عدم تخصصه بشأن ما يتعاقد عليه، أو بسبب علاقة الثقة التي تربطه بالمتعاقد الآخر، أما إذا وقع المتعاقد في الغلط بسبب أنه كان مهملا في تحققاته، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الإهمال والتسرع[3].

مما سبق يتبين أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام لا يتحقق إلا إذا كان جهل المتعاقد بالمعلومات جهلا مشروعا، هذا ما أكد عليه نص المادة 1112-01 فقرة واحد من القانون المدني الفرنسي.

ثالثا- مضمون الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

إذا كان المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام مهنيا أو محترفا فإن التزامه لا يكون مقتصرا على مجرد الإدلاء بالبيانات فحسب، وإنما لابد عليه من الالتزام بالنصح والتحذير أيضا.

---

1 – نقض تجاري فرنسي بتاريخ 2008/02/12 أشار إليه محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 269. راجع أيضا في هذا الخصوص جاك غستان، المرجع السابق، ص 696.

2 – هذا ما قضى به القضاء الفرنسي في عدة مناسبات نذكر منها على سبيل المثال، نقض مدني فرنسي بتاريخ 1989/04/18، وحكم محكمة باريس بتاريخ 1988/03/22 أشار إليهما محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 270.

3 – **جاك غستان**، المرجع السابق، ص 703.

هذا لا يعني أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يجب أن يتوفر على هذه العناصر الثلاثة مجتمعة في كافة العقود، وإنما بتعقد محلها أو خطورتها أو خصوصيتها كالعقد الإلكتروني بحيث يظهر جليا انعدام التوازن المعرفي بين أطرافه.

إن الالتزام بالإدلاء بجميع البيانات، يسمح للمستهلك بمعرفة خصائص المنتوج والتي توضع عادة على الأغلفة أو العبوات أو بطاقة تلصق على المنتوج مباشرة، وهذا هو الوسم[1] بالإضافة إلى وسيلة أخرى متمثلة أساسا في دليل الاستعمال.

أما إذا كان العقد ينطوي على خطورة معينة، مادية أو قانونية فإن الالتزام بالإعلام يشتد ليصبح التزاما بالتحذير[2].

ويعرف الالتزام بالتحذير على أنه وسيلة للفت انتباه المستعمل إلى الخطورة التي يمكن أن تنجم عن استعمال الشيء[3].

وقد عرف المشرع المنتوج الخطير في المادة 13 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: «منتوج لا يستجيب لمفهوم المنتوج المضمون» والملاحظ هنا أن المشرع عرف المنتوج الخطير، لكنه لم يتناول مسألة التحذير منه كشق ثاني للالتزام بالإعلام بل اكتفى بذكر الإعلام بصفة عامة.

---

1 – عرف المشرع الوسم في المادة 02 فقرة 06 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 05 الصادرة في 1990/01/31 على أنه:" جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصور والشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتوج ما، والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو رسمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما أو خدمة أو يرتبط بهما".

2 – الالتزام بالتحذير، أقرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 جانفي 1973 بقولها: (بناء على الخطورة الكامنة في الشيء المبيع فإن التزام البائع المهني بالإعلام يشمل فضلا عن تحذير المستهلك من المخاطر المحتملة التي قد تنجم على استعماله، إحاطته علما بكافة أوجه هذا الاستعمال بطريقة سهلة وواضحة)، أشارت إليه: زاهية حورية سي يوسف المرجع السابق، ص 60.

3 – **زاهية حورية سي يوسف**، المرجع السابق، ص 61.

أما الالتزام بالنصح فهو يتجاوز الالتزام بالإدلاء بالبيانات وما يتضمنه من مزايا أو مخاطر، ليصل إلى حد إلزام المهني، أو المحترف، نظرا لما له من خبرة ودراية حول الشيء المتعاقد عليه، إلى توجيه خيار المتعاقد معه وإرشاده لأحسن السبل[1].

ومما سبق يتبين أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام له من الأهمية في مسار العقد ما يجعله التزاما عاما وشاملا لكل العقود دون استثناء، هذا الالتزام يشكل حماية قوية للطرف الضعيف في مواجهة المهني أو المحترف، أو للطرف الذي لا يعلم في مواجهة الطرف الذي يقع عليه الالتزام بالعلم لتفادي الاختلال المعرفي.

وعليه لا بد على المشرع الجزائري أن يسارع إلى تكريس الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في القواعد العامة في القانون المدني، مثلما فعل نظيره الفرنسي.

الفرع الثاني: الحماية المدنية في حال الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

إن الحديث عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يقتضي توقيع الجزاء الذي بدون شك يعد حماية موضوعية للمتضرر من جراء عدم الإعلام قبل التعاقدي.

ونظرا لكون هذا الالتزام يعد وسيلة حديثة لحماية الرضاء التعاقدي، فإنه يتميز عن باقي الالتزامات بكونه غير حبيس النظرية التقليدية لعيوب الإرادة، وبالتالي فإن له خصوصية في عبء إثبات تنفيذ الالتزام من عدمه، هذا الإثبات إذا ما تحقق يأتي دور القاضي في توقيع الجزاء.

أولا- خصوصية عبء الإثبات في الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

إذا كانت القاعدة العامة في القانون المدني تنص على أن:« البيّنة على من ادعى» فإن عبء الإثبات بخصوص الإخلال بالإتزام قبل التعاقدي بالإعلام يقع على الدائن أو المتضرر من جراء عدم الإعلام بصفته مدعيا.

1 – راجع في ذلك **جاك غستان**، المرجع السابق، ص 651.

إن عبء الإثبات هذا يشكل عائقا حقيقيا، وعبئا ثقيلا على عاتق الدائن بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، حيث يشترط عليه القانون أن يقيم الدليل على ارتكاب المدين المتعاقد خطأ يستلزم التعويض، هذا الأمر قد يكون مستحيلا، وإن لم يكن كذلك، فقد يكون مرهقا ومكلفا للجهد والوقت، وهذا ما سيؤدي إلى تفاقم الضرر.

وإذا كان عبء الإثبات يشكل في حد ذاته مشقة لكل من يقع عليه، فلا شك أن هذا العبء تزداد وطأته، حيث يصبح شبه مستحيل لما يكون المطلوب إقامة الدليل على واقعة سلبية، ففي هذه الحالة يصبح محل الإثبات مظهرا داخليا لا يمكن الإفصاح عنه وهو عدم قيام المدين بالإعلام المطلوب منه[1].

إن صعوبة الإثبات هذه دفعت بمحكمة النقض الفرنسية بموجب حكم لها، أن تقرر أن كل من يقع على عاتقه بموجب القانون أو الاتفاق التزام خاص بالإعلام، أن يقيم الدليل على تنفيذ هذا الالتزام[2].

إن محكمة النقض الفرنسية بحكمها هذا تكون قد أعفت الدائن (المتضرر) من عبء إثبات واقعة سلبية وجعلتها على عاتق المدين، الذي إذا ما أراد التخلص من المسؤولية ما عليه سوى إثبات واقعة إيجابية، أي قيامه بإثبات أنه التزم بإعلام المتعاقد معه على النحو المطلوب.

تعتبر هذه الحماية المتمثلة في إعفاء المتعاقد المضرور من عبء الإثبات حول واقعة سلبية قد تكون مستحيلة، لم تبقَ حبيسة القضاء وإنما هي فكرة استحسنها التشريع لذلك قام المشرع الفرنسي بتشريع نص المادة 111-05 من قانون الاستهلاك والتي تنص

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 276.

2 – نقض مدني فرنسي بتاريخ 1997/02/25، أشار إليه محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 277.

على أنه: «في حالة المنازعة حول المواد الواردة بشأن الالتزام العام قبل التعاقدي بالإعلام فإنه يقع على المهني إثبات تنفيذ التزامه»[1].

إضافة إلى ذلك لم يكتفِ المشرع الفرنسي بما ألقاه على المدين من عبء في الإثبات والذي جاء في المادة 111-05 من قانون الاستهلاك، وإنما انتهز فرصة تعديله لقانون العقود الفرنسي الجديد بموجب المادة 1112-01 والتي تناولت فقرتها الرابعة عبء الإثبات فبموجب هذه المادة يكون على الدائن بهذا الالتزام إثبات توافر شروط وجوده، والتي تتمثل في علم المدين بالمعلومات وجهل الدائن لها، ويقع على المدين بالالتزام عبء إثبات تنفيذه.

لعل السبب في تأكيد المشرع الفرنسي على إعفاء المتعاقد المضرور من عبء الإثبات في القانون المدني، على الرغم من نصه عليه في قانون حماية المستهلك، هو أن الالتزام بالإعلام كوسيلة حديثة لحماية الرضاء التعاقدي يجب أن تشمل كل العقود مهما كان نوعها، وتشمل كل صفة في المتعاقد سواء أكان منتجا أم حرفيا، أم مهنيا، أم محترفا أم غير محترف دون استثناء، وألا تبقى حبيسة عقود الاستهلاك وحماية المستهلك بهذه الصفة فقط.

يظهر مما سبق أن القضاء والتشريع الفرنسيين اتخذا موقفا إيجابيا فعالا للنهوض بحماية المتعاقد المتضرر من عدم الإعلام، وذلك عن طريق إعفائه من عبء الإثبات لذلك يجب على المشرع الجزائري، وحماية للطرف المتضرر، أن يحذو حذو المشرع الفرنسي عن طريق إعفاء الدائن من عبء الإثبات.

ثانيا- الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

إن المشرع الجزائري وعلى الرغم من اعترافه بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام كالتزام عام ومستقل بموجب التشريعات الخاصة، إلا أنه لم ينظم أي نص يبين الجزاء المدني

1 - المواد الواردة بشأن الالتزام العام قبل التعاقدي بالإعلام هي المواد 111-01، 111-02، و111-04 من قانون الإستهلاك الفرنسي.

الذي يوقع في حال الإخلال بهذا الالتزام، لذلك يتعين البحث عن الجزاء وفقا للقواعد العامة في القانون المدني.

ولما كان الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يهدف إلى حماية الرضاء التعاقدي، فإن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى تغييب الإرادة[1] ومن ثم فإن الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام هو نفسه الجزاء المقرر في حال عيوب الإرادة، وعلى وجه الخصوص التدليس.

وبالتالي إذا تبين أن عدم الإدلاء بالبيانات المطلوبة، ومن ثم عدم إعلام المتعاقد العلم اللازم أو الكافي بقصد إخفاء حقائق من شأنها تضليله ودفعه إلى التعاقد، كان للمتعاقد الحق في طلب إبطال العقد على أساس عيب الغلط أو التدليس.

وما دام أن القانون المدني الجزائري ينص في المادة 352 منه على إلزامية أن يكون المشتري عالما علما كافيا بالشيء المبيع، فإن الإخلال بهذا الالتزام يمكن أن يؤدي إلى تطبيق هذا النص، وبالتالي يكون للمتعاقد المضرور طلب إبطال العقد للعيوب الحفية[2].

غير أن إبطال العقد ليس هو الحل الأمثل في الكثير من الأحيان، لأن الغرض من التعاقد هو الحصول على المنفعة، سواء أكانت سلعة أم خدمة، وبالتالي إبطال العقد لا يشكل حماية لطرفي الرابطة العقدية، ولا يحمي الطرف المتضرر بقدر ما يضره، بسبب إبطال العقد، لذلك من الأحسن أن يطالب المتضرر بالتعويض نتيجة الضرر الذي لحقه بسبب الخطأ المتمثل في الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وذلك وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، مع الإبقاء على العقد.

---

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 278.

2 – **بن سالم المختار**، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2018، ص 209 وما بعدها.

وبالرجوع إلى المشرع الفرنسي ومن خلال التعديلات التي أجراها على القانون المدني وفرضه للالتزام بالإعلام بصورة صريحة، حيث جعله إلتزاما قانونيا من خلال المادة 1112-01، فإنه فرض جزاء عن الإخلال به في الفقرة الأخيرة من ذات المادة[1] حيث أنه وإلى جانب إمكانية إبطال العقد، فقد فتح الباب لتطبيق قواعد المسؤولية المدنية من أجل تمكين الطرف الضعيف معرفيا من المطالبة بحقه في التعويض[2].

وعليه مادام أن التشريع الفرنسي وما جاء به من جديد بخصوص الالتزام بالإعلام كآلية حديثة لحماية الرضا التعاقدي، فإنه لابد من إبعاده عن النظرية التقليدية في عيوب الإرادة عند توقيع الجزاء المدني، فلا يجب عدّ الإخلال بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام تدليسا قام به المتعاقد الآخر، الأمر الذي يحمله عبء إثبات التدليس، وقد لا يتمكن من ذلك.

مما سبق يتضح أن مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية تشكل عنصرا هاما في حماية الرضاء قبل التعاقدي، إلا أنها وللأسف غير منصوص عليها في القانون المدني الجزائري وبالتالي فإن النص عليها أصبح غاية لا بد منها، خاصة مع ظهور عقود التجارة الدولية وعقود الاستهلاك، وتنظيم المشرع لقانون التجارة الإلكترونية، واعترافه بالعقد الإلكتروني كدليل في الإثبات، فأصبح من الضروري على المشرع أن يعدل في القانون المدني، لينظم مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية ويضع نصا صريحا واضحا بالالتزام بمبدأ حسن النية في هذه المرحلة، مثلما فعل نظيره الفرنسي.

1- Art 1112-1/06 " outre la responsabilité de celui qui en etait tenu le manquement à ce devoir dinformation peut entrainer l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ".

2- **عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف**، التوازن المعرفي في العقود المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2019 ص 262 وما بعدها

كما يقع عليه واجب توضيح أحكام المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات دون سبب جدي، مما يضمن للطرف المتضرر الحصول على حقه في التعويض بكل أريحية واطمئنان، لأن تطبيق أحكام المادة 124 من القانون المدني والمتعلقة بالمسؤولية التقصيرية فيما يخص المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن خطأ المتفاوض أثناء المفاوضات هي مهمة صعبة للغاية والصعوبة تكمن في عبء إثبات الخطأ خلال مرحلة المفاوضات والذي يقع على الطراف الضعيف مما قد يضيع عليه فرصة في جبر الضرر.

الفصل الثانـي

الحمايـة المدنيـة فـي مرحلـة

إبرام الـعقد

الفصل الثاني

الحماية المدنية في مرحلة إبرام العقد

تنهض الحماية المدنية في هذه المرحلة المهمة من العقد للحد من حرية الأطراف في تحديد شروط العقد وأهدافه وفق ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، حيث ترتب عن هذا المبدأ ظلم تعاقدي باسم الحرية التعاقدية فأدى ذلك إلى سيطرة جانب قوي في العلاقة التعاقدية على حساب جانب ضعيف.

أظف إلى ذلك مايشهده العالم من تفوق تكنولوجي وصناعي أصبح يسوده نوع آخر من التفاوت بين الأفراد، فقد تكون إرادة المتعاقد صحيحة وسليمة وفق المنظور التقليدي لنظرية عيوب الرضا، إلا أنها إرادة غير حرة، صادرة عن أفراد خاضعين لنوع آخر من الضعف ألا وهو الضعف الاقتصادي أو المعرفي.

وبسبب هذه المعطيات الجديدة، أصبح من الضروري تدخل الدولة في الرابطة العقدية، هذا التدخل جاء في صورتين الأولى تحمل طابعا اجتماعيا، وهو كل ما يتعلق بحماية المتعاقد الضعيف من الناحية النفسية أو الاجتماعية، والصورة الثانية تحمل طابعا اقتصاديا، وهو الذي ينهض لحماية التفاوت الاقتصادي في الأداءات بين ما يأخذ وما يعطي كل متعاقد حماية لمبدأ العدالة العقدية.

يعتبر تدخل الدولة ممثلة بسلطتيها التشريعية والقضائية في العقد، في مرحلة إبرامه إنما هو حماية للطرف الذي هو بأقصى حاجة لذلك النوع من الحماية، وتختلف الحماية حسب الشخص المعني بها وحسب موضوعها، لذلك سنتطرق في المبحث الأول إلى بطلان العقد كآلية لحماية عديمي الأهلية والمجتمع، ونتطرق في المبحث الثاني إلى قابلية العقد للإبطال كآلية لحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، ونخصص المبحث الثالث لإعادة التوازن العقدي كآلية لحماية طرفي الرابطة العقدية معا.

المبحث الأول

بطلان العقد آلية لحماية الطرف الضعيف عديم الأهلية والمجتمع

تتدخل الدولة في الرابطة العقدية في صورة تحمل طابعا اجتماعيا، وهو كل ما يتعلق بحماية المتعاقد الضعيف من الناحية النفسية أو الاجتماعية، أو حماية للمجتمع ككل من الإنحلال، أو تفشي الأخلاق، بسبب ظهور عقود تتصف بعدم الشرعية، سواء بسبب محلها أو سببها، أو إنعدام الشكلية التي يشترطها القانون، فيكون الجزاء بإعتبار العقد وكأنه لم يكن.

هذا النوع من الحماية يعد حماية شكلية عن طريق تدخل المشرع بجملة من النصوص الآمرة، والتي يقرر من خلالها بطلان كل العقود التي يبرمها الشخص عديم الأهلية، أو التي فيها ضرر للمجتمع، أو التي لم تلتزم بالإجراءات الشكلية، بحيث جعل هذا البطلان من النظام العام.

لذا سنتطرق إلى بطلان العقد كآلية لحماية الطرف الضعيف عديم الأهلية في المطلب الأول، ونتطرق إلى بطلان العقد كآلية لحماية المجتمع في المطلب الثاني، ثم إلى بطلان العقد كآلية لحماية كل ذي مصلحة من انعدام ركن الشكلية، وذلك في المطلب الثالث.

المطلب الأول

بطلان العقد حماية للطرف الضعيف عديم الأهلية

إن بطلان التصرفات الصادرة عن المتعاقد عديم الأهلية يشكل حماية شكلية كبيرة لهذا الأخير، لذلك سنقوم بتحديد الشخص عديم الأهلية المعني بهذه الحماية وذلك في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى بطلان التصرفات الصادرة عن عديم الأهلية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المقصود بالشخص عديم الأهلية المعني بالحماية

نص المشرع على الأهلية بموجب المادة 78 من القانون المدني التي تنص على أنه: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو

فاقدها بحكم القانون» من خلال التعريف يتضح أن المشرع لم يقم بتعريف الأهلية تاركا مسألة تعريفها للفقه، فقد عرفها الأستاذ سليمان مرقص على أنها: «صلاحية الشخص بأن تتعلق به حقوق له أو عليه، ولأن يباشر الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق»[1].

كما عرفها الأستاذ محمد سعدي الصبري أنها: «صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية»[2].

إن الشخص عديم الأهلية حسب ماتضمنته المادة 78 من القانون المدني هو فاقدها بحكم القانون، وليس ناقصها، كما يضيف المشرع في المادة 42 من القانون المدني: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة»، إذن الشخص عديم الأهلية حسب المادة 42 من القانون المدني هو الطفل الصغير غير المميز والذي لم يبلغ 13 عشر سنة، وكذا المجنون والمعتوه[3].

يلاحظ بالتالي، أن المشرع الجزائري قد حصر عديم الأهلية في المجنون والمعتوه فقط أما السفيه وذي الغفلة، فعدّهما ناقصي الأهلية وليسا منعدمين لها وذلك ماجاء في المادة 43 من القانون المدني[4].

---

1 – **سليمان مرقص**، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة السادسة، دار الصادر للطباعة والنشر بيروت 1987، ص 765

2 – **محمد سعدي الصبري**، الوافي في شرح القانون المدني، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2011، ص 152.

3 – المجنون هو الفاقد لقواه العقلية، أما المعتوه فهو قليل الفهم، مختلط الكلام، وقد يرقى إلى الجنون إذا كان عديم التميز والإدراك، راجع **بالحاج العربي**، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون رقم طبعة، دون سنة نشر، ص 206.

4 – تنص المادة 43 من القانون المدني:" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص أهلية وفقا لما يقرره القانون".

غير أنه وبالرجوع إلى المادة 101 من قانون الأسرة[1]، فإن السفيه يعتبر عديم الأهلية، حيث تنص المادة على أن:« من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه، أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه».

والسفه في الاصطلاح القانوني هو:« خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع»[2].

الملاحظ إذن أن هناك تعارضا بين أحكام القانون المدني، وأحكام قانون الأسرة في تحديد الشخص عديم الأهلية، وما دامت القاعدة تقضي أن الخاص يقيد العام، فإننا نقول إن قواعد قانون الأسرة هي التي يعتمد على أحكامها في هذا الخصوص، وبالتالي يعدّ عديم أهلية في القانون الجزائري القاصر الذي لم يبلغ 13 سنة، وكذا المجنون، والمعتوه، والسفيه.

يعتبر المشرع أن الشخص عديم الأهلية بسب صغر السن يخضع حسب الحالة لأحكام الوصاية أو الولاية أو القوامة مثلما تنص عليه المادة 44 من القانون المدني[3] أما عديم الأهلية بسبب حالة الجنون أو العته، أو السفه، فإنه يخضع لأحكام الحجر المنصوص عليها بموجب أحكام المادة 101 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: «من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه».

---

1 – قانون الأسرة رقم 84–11 لبمؤرخ في 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر الرئاسي 05–02 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

2 – **عادل حسين علي**، نقص الأهلية وأثره في التصرفات، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2016 ص 159.

3 – المادة 44 من القانون المدني:" يخضع فاقدوا الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

هذا وتنص المادة 79 من القانون المدني على أنه: «تسري على القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة».

الفرع الثاني: بطلان التصرفات الصادرة عن الشخص عديم الأهلية

من المقرر في القانون المدني أن الشخص الذي أبرم تصرفا تحت تأثير الجنون أو العته، أو كان صغير السن عديم التمييز، فإن تصرفاته تعد باطلة بطلانا مطلقا، مهما كان نوع التصرف الذي قام به، ماليّا أم غير مالي، بعوض أم بغير عوض، من جانب واحد أم من جانبين، وتعدّ تصرفات الراشد عديم الأهلية[1] باطلة أيضا حتى قبل الحجر عليه[2].

غير أنه وبالرجوع إلى قواعد قانون الأسرة نجد المشرع يفرق بين حالتين، حالة قيام المتعاقد الراشد عديم الأهلية بالتصرف بعد صدور حكم الحجر، وحالة قيامه بالتصرف قبل صدور حكم الحجر، حيث ينص في المادة 107 من قانون الأسرة على أنه: «تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها».

وعليه تكون التصرفات الصادرة من الراشد عديم الأهلية قبل الحكم بالحجر طبقا للمادة 107 من قانون الأسرة باطلة، بشرط أن تكون أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدروها، فإن لم يكن كذلك فلا يمكن إبطالها، والمقصود من الفشاء والظهور اللذين نص عليهما المشرع في المادة 107 من قانون الأسرة هما الفشاء والظهور العامين، فيؤخذ بعين الاعتبار شهرة الشخص، حتى ولو لم يكن المتعاقد معه عالما بالجنون أو العته[3]

---

1 – الراشد عديم الأهلية هو من بلغ سن الرشد وكان مجنونا أو معتوها.

2 – **علي علي سليمان**، مرجع سابق، ص 55.

3 – **عبد العزيز مقفولجي**، الرشداء عديمي الأهلية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2003 ص 123.

ويقع عبء إثبات ذلك الفشاء والظهور على من يطلب إبطال التصرف، ويجوز إثبات تلك الحالة بكافة الوسائل القانونية.

يتبين أن المشرع ومن خلال نص المادة 107 من قانون الأسرة لم يشترط لإبطال التصرف علم المتعاقد الآخر بالفشاء أو سوء نيته، فالمشرع باشتراطه شرط الفشاء دون شرط سوء نية المتعاقد الآخر إنما أراد من خلاله تسهيل الإثبات، لأن الفشاء سهل الإثبات مقارنة بحالة سوء النية، والملاحظ أيضا أنه لم يحمِ المتعاقد حسن النية بتسهيل وسائل الإثبات لفائدته، ولعل السبب في ذلك هو أن المحجور عليه شأنه شأن الصبي عديم التمييز، يتمتع بحماية أقوى من الحماية المقررة للمتعاقد حسن النية[1].

أما بالنسبة لحكم التصرفات التي تمت بطريقة عرفية[2] والتي لم تكتسب تاريخا ثابتا قبل الحكم بالحجر[3] فمن المقرر قانونا في الإثبات أن التاريخ المذكور في العقد يفترض أنه هو الصحيح، وبالتالي على المحجور عليه (بعد رفع الحجر عليه)، أو من ينوب عنه قانونا (الوصي، الولي، أو المقدم المعين من طرف المحكمة)، الذي يدعي عدم صحته أن يثبت ذلك، لأن تاريخ العقد العرفي يعد حجة على طرفي ذلك العقد، والغش لا يفترض بل يجب إثباته.

---

1 – **عبد العزيز مقفولجي**، المرجع السابق، ص 126.

2 – نقصد العقود العرفية غير المنصبة على عقار، لأن هذه الأخيرة تعدّ باطلة إذا لم تفرغ في الشكل الرسمي ولا حاجة لإثبات عدم أهلية المتعاقد.

3 – تنص المادة 328 من القانون المدني التي على أنه:" لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، من يوم التأثير عليه على يد ضابط عام مختص، من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء".

وبخصوص وسائل الإثبات فإنه لا يجوز طبقا للمادتين 333 و335 من القانون المدني[1] إثبات عدم صحة تاريخ العقد الذي تتجاوز قيمته 100.000 ج بالبينة إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.

وبالتالي فإن تطبيق هاتين المادتين على المحجور عليه قد تحرمانه من إثبات عدم صحة تاريخ العقد بالبينة، إذا لم يكن له مبدأ ثبوت بالكتابة، وبالتالي في هذه الحالة فإن المحجور عليه بسبب الجنون أو العته يكون غير محمي في مواجهة المتعاقد الآخر الذي يسعى إلى عدم ترك أي دليل كتابي يحتج به عليه في المستقبل لإبطال العقد.

وعلى هذا الأساس فإن أحسن وسيلة لحماية المحجور عليه الذي أبرم تصرفا عرفيا غير ثابت التاريخ بعد حكم الحجر عليه، هي تطبيق أحكام المادة 336 من القانون المدني التي تنص على جواز الإثبات بالبينة كلما وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. فإذا حصل وأن تعذر على المحجور عليه تقديم دليل كتابي على التاريخ غير الصحيح للعقد، جاز له أن يثبت ذلك بالبينة[2].

والملاحظ أن المشرع استعمل مصطلح " باطلة " في المادة 107 من قانون الأسرة وهو يقصد به البطلان المطلق المنصوص عليه في المادة 102 من القانون المدني، وهو ذلك البطلان الذي يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول بالإجازة، ولا يسقط بالتقادم.

---

1 – تنص المادة 333 من القانون المدني:" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجود أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

وتنص المادة 335 من القانون المدني: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

2 – **عبد العزيز مقفولجي**، المرجع السابق، ص 129.

مما سبق يتبين أن القانون المدني يعتبر تصرفات الراشد عديم الأهلية باطلة بطلانا مطلقا حتى قبل الحجر وذلك حسب المادة 42 من القانون المدني، بينما يفرق قانون الأسرة بين صدور التصرفات بعد الحكم بالحجر، وتكون باطلة ههنا، وبين تلك التي تكون صادرة قبل الحكم به وتكون صحيحة، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة وفاشية.

الملاحظ أيضا أن هنالك تعارضا بين أحكام القانون المدني، وأحكام قانون الأسرة في هذا الخصوص، وما دامت القاعدة تقضي أن الخاص يقيد العام، فإننا نقول إن قواعد قانون الأسرة هي التي يعتمد على أحكامها في هذا الخصوص، فهي توسع من نطاق الحماية.

أما فيما يخص حماية المتعاقد عديم الأهلية في التعاقد الإلكتروني، فإن هذا يثير إشكالية قانونية، لأن التعاقد يتم بصفة عامة بين طرفين لا يعرف أحدهما الآخر، وبالتالي لا يمكنه التحقق من أهلية وصفة المتعاقد، الأمر الذي قد يعرض العقود الإلكترونية لمخاطر التعاقد مع عديمي الأهلية بسب صغر السن أو الجنون أو العته.

وأمام عدم معالجة موضوع حماية المتعاقد عديم الأهلية في قانون التجارة الإلكترونية فإنه يتعين تطبيق القواعد العامة[1]، كما تنص كذلك المادة 81 من قانون الأسرة على أنه: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون».

وبخصوص توفير أكبر قدر من الحماية للمتعاقد عديم الأهلية فإنه يتم التأكد من هويته وأهليته إلكترونيا عن طريق وضع تحذيرات على شبكة الإنترنت، يطلب فيها عدم الدخول إلى الموقع إلا من قبل الشخص الذي يتمتع بالأهلية القانونية، ويطلب منه

1 – المواد من 40 إلى 45 من القانون المدني.

الكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وذلك بملء نموذج معلومات موضوع على الشبكة، فإذا ثبت أن الشخص ذو أهلية فإنه يُسمح له بالدخول إلى الموقع لإبرام العقد[1].

لكن وما دام أن الواقع العملي أثبت أنه يصعب التحقق من أهلية المتعاقد، فعادة ما يتم الأخذ بنظرية الوضع الظاهر، وترجيح مصلحة المتعاقد حسن النية[2] خاصة مع غياب نص تشريعي لحماية المتعاقد الضعيف عديم الأهلية في التعاقد عن بعد.

إن القانون المدني بعد تعديله سنة 2005 وضع معايير لإثبات وجود التراضي عبر الإنترنت، عن طريق التوقيع الإلكتروني الذي يعمل على تحديد هوية الأطراف ومكان المعلومات، كما يسمح بتأمين أن المرسل المتصل بالإنترنت هو نفسه المرسل إليه الذي أبدى رغبته بالقبول، وأيضا التأكد من محتوى المعلومات، وفي ذلك تنص المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني على أنه:« يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها»، هذا وتظيف المادة 327 فقرة 02 من القانون المدني على أنه: «يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 01».

من خلال المادتين يتضح أنه ولإثبات وجود تراضي عبر الإنترنت اعتمد المشرع وسيلتين ترتبطان مباشرة بوسائل المعلومات، هما التوقيع الإلكتروني الذي يكون بالتقنيات الحديثة، إما بواسطة الرقم السري في البطاقة الممغنطة أو التوقيع البيومتري، أو التوقيع بالقلم الإلكتروني، أو التوقيع عن طريق استخدام لوحة المفاتيح أو التوقيع الرقمي[3].

---

1 – **جامع مليكة**، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2017/ 2018، ص 105.

2 – **نهى شيروف**، الآليات القانونية في إبرام العقد الإلكتروني في ضوء التشريع الجزائري بين النص والممارسة، مداخلات في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون 18-05/ 08 أكتوبر 2019، جامعة ورقلة، ص 21.

3 – **محمود عبد الرحيم**، التشريفات، المرجع السابق، ص 192 وما بعدها.

كذلك نص المشرع بموجب المادة 08 فقرة 02 من القانون 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية على أنه يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته.

وقد ربط المشرع شروط الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط الواردة في المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني، وذلك متى تأكد من هوية الشخص الذي صدر منه وأن يكون محفوظا وفق شروط الأمان والسلامة ولكن لم يحدد تلك الشروط.

مما سبق يلاحظ أن المشرع لم يخص التوقيع الإلكتروني بشروط منفردة، واكتفى بربطها بالشروط المتعلقة بالكتابة الإلكترونية، وكأنه بهذه الطريقة قد أعطى التوقيع والكتابة الوظيفة نفسها[1].

المطلب الثاني

بطلان العقد آلية لحماية المصلحة العامة في المجتمع

إن قواعد النظام العام تقيد حرية الفرد التعاقدية على حساب المصلحة العامة وهي مصلحة المجتمع[2] فيتحمل المتعاقد جملة من الواجبات بمقتضى عيشه في المجتمع فينقص دور الإرادة إلى أقصى درجة في مواجهة المصلحة العليا للمجتمع، وذلك ما يفسر كثرة القواعد الآمرة في إطار العلاقة التعاقدية[3].

---

1 – **هوام خليدة**، التوقيع الإلكتروني وعقود التجارة الإلكترونية، مداخلات الملتقى الوطني حول الإطار القانوني لممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون 18-05، جامعة ورقلة، أكتوبر 2019، ص 145.

2 – يعرف الأستاذ **عبد الرزاق السنهوري**، المجتمع أنه، وحدة متجانسة متضامنة لكل فرد فيها وظيفة اجتماعية وتتنافر مجهودات الأفراد نحو غاية مشتركة يقوم على حمايتها القانون، راجع عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 107.

3 – **نساخ فطيمة**، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2013/2012، ص 42.

ولعل ما يميز النظام العام[1] العقدي هو مشروعية المحل والسبب، فاشترط المشرع أن يكون محل العقد وسببه مشروعان، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا حماية للمصلحة العامة في المجتمع.

الفرع الأول: بطلان العقد لعدم مشروعية المحل

ورد النص على مشروعية المحل صراحة في المادة 93 من القانون المدني المعدلة بموجب الأمر 05-10 والتي تنص على أنه: «إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو يخالف النظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا».

من خلال النص يتبين أن مشروعية المحل تتمثل في كونه غير مستحيل وغير مخالف للنظام العام أوالآداب العامة.

ويراد بمحل العقد الالتزام الذي يترتب عليه، فهو يرتب التزامًا إما بإعطاء وإما بفعل وإما بالامتناع عن الفعل[2] ويشترط في محل الالتزام ثلاثة شروط هي أن يكون موجودا عند إبرام العقد، أو ممكن وجوده في المستقبل، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا.

ولقد ميز المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 بين الالتزام بمنح الذي يشترط فيه القابلية للتعامل، والالتزام بفعل أو عدم فعل الذي يشترط فيه عدم مخالفة النظام العام، وذلك من خلال نص المادة 54[3].

---

1 – يعرف الأستاذ **عبد الرزاق السنهوري**، النظام العام على أنه:" القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية، أو الاجتماعية، أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ". عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 434.

2 – **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة التاسعة، سنة 2015 ص 69.

3 – تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ".

فتكون مشروعية المحل حسب نوع الالتزام، فإذا كان محل الالتزام منح أو إعطاء شيء معين، كانت مشروعية المحل في قابلية التعامل، أما إذا كان محل الالتزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كانت مشروعية المحل في عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة[1].

ويكون المحل غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة[2] ومن أمثلة ذلك التزام شخص بقتل آخر نظير أجر.

كما يكون المحل مخالفا للنظام العام والآداب العامة، إذا ورد نص في القانون يمنع التعامل بشأنه، لكن ما يمنع القانون التعامل بشأنه بنص خاص ليس هو وحده الذي يمس النظام العام أو الآداب، بل هناك حالات أخرى تمس النظام العام والآداب العامة، دون أن يرد نص بشأنها وفي هذه الحالة يكون على القاضي استخلاص ما يعتبر من النظام العام والآداب العامة عن طريق البحث والكشف عنها في المجتمع الذي يحكمه[3].

والقاضي يكاد يكون مشرعا في هذا النطاق فهو يتولى تحديد مضمون فكرة النظام العام والآداب العامة متقيدا في ذلك بآداب عصره ومصالح أمته وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا[4].

الفرع الثاني: بطلان العقد لعدم مشروعية السبب

ينص المشرع في المادة 97 من القانون المدني على أنه: «إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا».

---

1 – **على فيلالي**، المرجع السابق، ص 253.

2 – يعرف **الأستاذ عبد الرزاق السنهوري** الآداب العامة على أنها: "مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإثباتها طبقا لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات المورثة والعادات المتأصلة وهو ما جرى به العرف وتواضع عليه الناس وللدين أثر كبير في تكييفه". **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق ص 436.

3 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 313.

4 – **بلحاج العربي**، نظرية العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 289.

ينص كذلك في المادة 98 فقرة 01 على أنّ: «كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك».

نلاحظ من خلال المادتين 97 و98 فقرة 01 أن المشرع الجزائري ركز على نقطة ضرورية في سبب العقد ألا وهي مشروعيته، فهذا ما يسمح للقاضي بمراقبة الأسباب والدوافع التي اعتمد عليها المتعاقدان في العقد، من حيث مخالفة أو عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، ويراد بالسبب تلك المصلحة التي يسعى المتعاقد للحصول عليها من خلال إبرام العقد، فالسبب هو الغرض الذي انصرفت إليه الإرادة[1].

ونظرا للوظيفة الاجتماعية للعقد، أصبح من الضروري إخضاعه للقيود اللازمة لقيامه بهذه الوظيفة، وهذا ما فتح الباب للقاضي لمراقبة السبب أو الدافع للتعاقد، على اعتبار أن السبب في العقد يعتبر وسيلة لحماية المجتمع عن طريق مراقبة كل التعاملات والاطلاع على الأسباب الشخصية التي حملت المتعاقد على إبرام العقد[2].

يشترط المشرع مشروعية السبب سواء أكان هذا السبب مباشرا، وهو موضوعي ومجرد في النوع الواحد من العقود، وهو سبب الالتزام، كما أنه يشترط المشروعية في السبب غير المباشر والبعيد والذي يعرف بسبب العقد[3] وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بازدواجية السبب، متأثرا بالمشرع الفرنسي قبل تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016[4].

---

1 – **على فيلالي**، مرجع سابق، ص 257.

2 – **نساخ فطيمة**، مرجع سابق، ص 79.

3 – **صديق شياط**، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 01، سنة 2018/2017، ص 293.

4 – المادة 1133 من القانون المدني الفرنسي القديم، قبل التعديل كانت تنص على أنه: " يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للآداب العامة".

ذلك أن المشرع الفرنسي وبعد تعديل القانون المدني، لم يعد يشترط لصحة العقد ركن المحل والسبب، وإنما عوضهما بركن آخر هو مضمون العقد حيث تنص المادة 1128 على أنه: «يكون ضروريا لصحة العقد: رضاء الأطراف المتعاقدين، أهليتهم للتعاقد مضمون مشروع ومؤكد»[1].

وبهذا الشكل أضاف المشرع الفرنسي ركن جديد هو مضمون العقد بديلا لركني المحل والسبب، واشترط فيه أن يكون غير مخالف للنظام العام.

وماتجدر الإشارة إليه أن تخلي المشرع الفرنسي عن المحل والسبب إنما هو تخلٍّ شكلي فقط، ذلك أنه احتفظ بهما مضمونا ووظائفيا، وذلك ما يستخلص من نص المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه: «لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بأهدافه» [2] فنص المشرع الفرنسي على عدم جواز مخالفة بنود العقد للنظام العام، إنما يقصد به مشروعية المحل، ونصه على عدم جواز مخالفة هدف العقد للنظام العام إنما يقصد به مشروعية السبب لا غير.

إن هدف المشرع الفرنسي من وراء تخليه عن ركني المحل والسبب، وتعويضهما بركن مضمون العقد هو هدف اقتصادي، غايته توحيد قانونه المدني مع قوانين الاتحاد الأوروبي لا غير[3].

1 - Art. 1128 : "sont nécessaires à la validité d'un contrat : le consentement des parties, leur capacité de contracter, un contenu licite et certain".

2 - Art. 1162 :" Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulation, ni par son but…"

3 – جاء في التقرير المرفق بالمرسوم 136–2016، المتضمن قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسة، العدد 35، الصارة بتاريخ 2016/02/11، بخصوص إلغاء المحل والسبب هو رغبة المشرع في جعل قانون العقود الفرنسي أكثر جاذبية، وتسهيل سبل تطبيقه على عقود التجارة الدولية.

فقد أكد التقرير على أن نظريتي المحل والسبب غير منصوص عليها في قوانين الاتحاد الأوربي، مما سيشكل عائقا في جذب المستثمرين الأوروبيين، ويخلق تباعدا كبيرا بين القانون المدني الفرنسي وقوانين الكثير من الدول الأجنبية.

في غضون ذلك نجد أن المشرع الجزائري حريص على وجود ركن المحل والسبب باعتبارهما ركنان أساسيان في العقد، واشتراط تحت طائلة البطلان أن يكونا مشروعان وهو بذلك يوفر حماية شكلية مهمة، الغاية منها الحفاظ على النظام العام والآداب العامة في المجتمع.

يركز المشرع الجزائري كثيرا على النظام العام والآداب العامة على اعتبار أن المجتمع الجزائري مجتمع محافظ على دينه وقيمه، في حين تخلى المشرع الفرنسي على الآداب العامة في قانون العقود، فالآداب العامة لم تعد موجودة في القانون المدني الفرنسي إذ تنصّ المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي الجديد على أنه لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام فقط دون الآداب العامة.

ولعل السبب في إسقاط المشرع الفرنسي للآداب العامة في تعديله الأخير، قد يرجع إلى أن الآداب العامة تشمل الوجه الآخر للنظام العام، فكلاهما يفرض على الفرد احترام المبادئ التي يقوم عليها المجتمع سواء تعلق الأمر بالأسس الاجتماعية أم الاقتصادية أم المبادئ الأخلاقية[1].

=ويشير التقرير في هذا الصدد إلى أن إلغاء المحل والسبب إنما الهدف الأساسي منه هو تقريب القانون المدني الفرنسي مع قوانين الدول الأوروبية التي تهدف إلى توحيد قانون العقود على المستوى الأوروبي، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2018 ص 10 ومابعدها.

1 – **صديق شياط**، مرجع سابق، ص 296.

المطلب الثالث

بطلان العقد بسبب غياب الشكلية في بعض العقود

إن اشتراط ركن الشكلية في بعض العقود هو إجراء استثنائي، لأن المشرع أخذ بمبدأ الرضائية[1] كما يتضح ذلك من نص المادة 59 من القانون المدني[2] غير أن الرضائية قد تلحق أضرارا بالمتعاقد الثاني، فهي تزيد من تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل أن يقدر الأمور ويلم بالمسائل المهمة، وقد لا يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد معه فيسهل تضليله، وبالتالي فإن الشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه، ويقول الفقيه الألماني (إهريج) في هذا الشأن: «الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة»[3].

اشترط المشرع الرسمية كركن لانعقاد العقد في التصرفات الواجبة الشهر، واحترام مبدأ الأثر الإضافي للشهر، لذلك سنتطرق أولا إلى الكتابة الرسمية كركن في العقد من خلال الفرع الأول، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى إجراءات الشهر الواجبة في مثل هذه العقود الرسمية.

الفرع الأول: الكتابة الرسمية آلية لحماية الطرف الضعيف

يعد اللجوء إلى الكتابة الرسمية في بعض العقود أسلوبا لحماية الطرف الضعيف في مرحلة إبرام العقد، فقد يعمد المشرع إلى تعليق إنعقاد العقد على استيفاء شكل معين وذلك عندما يقدر أنه من الأفضل

---

1 **- Ali Ben chneb**, Le droit Algérien des contrats, données fondamentales, édition Ajed 2011, P 66.

2 – تنص المادة 59 من القانون المدني على أنه:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتها المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

3 – **زواوي محمود**، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1987، ص 15.

تنبيه العاقدين أو أحدهما إلى خطورة الالتزامات التي يرتبها العقد[1]، كما هو الحال في عقد الرهن الرسمي[2] والتصرفات الواردة على العقار[3].

وعليه فإن الكتابة الرسمية تعد نوعا من الحماية الاحترازية التي تنهض قبل وقوع الضرر، وتتسم بطابع إجباري بالنسبة لبعض العقود، والقواعد التي تحكمها تعد من النظام العام لأن غرضها هو حماية الحقوق بمعناها الواسع، وبعبارة أدق حماية حقوق الأشخاص المعنية بها.

اشترط المشرع الرسمية كركن لانعقاد العقد في التصرفات الواجبة الشهر، بمعنى أنه لا يمكن إشهار حق ينصب على عقار ما لم يتم إفراغ السند السابق للتصرف في شكله الرسمي، والشكلية تنهض لحماية سلامة رضاء المتعاقد، عن طريق الكتابة الرسمية (الشكلية المباشرة)، حيث يلتزم الموثق بإرشاد ونصح المتعاقد فيكون على بينة من أمره وهي تجنبه كذلك احتيال المتعاقد معه بإنكار العقد فتكون وسيلة ائتمان، وكذلك إعلام الغير بحصول الحق لحمايته أيضا، وهي التي يترتب على تخلفها بطلان العقد.

لم ينشغل المشرع بتعريف الكتابة إلا بعد اعتماده "الكتابة الإلكترونية" كوسيلة إثبات في القانون المدني من خلال المادة 324 مكرر، ولعل إغفاله لهذه المسألة كان أمرا بديهيا فقبل تعديل القانون المدني سنة 2005، كان المقصود بالكتابة هو "الورقة" فلم يكن هناك فرق بين الورقة والكتابة، فاشتراط الكتابة في الإثبات إنما كان يقصد به الورقة لا غير سواء أكانت رسمية أم عرفية.

---

1 – **زبيري بن قويدر**، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهظة العربية، القاهرة، 2019، ص 42.

2 – هو ماتؤكده المادة 966 من القانون المدن: " يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير، إلى جانب تسليم الملك للدائن أن يقيد عقد الرهن العقاري وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي ".

3 – تنص المادة 793 من القانون المدني على أنه: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

لكن مع ظهور الكتابة الإلكترونية، اتضح أن الكتابة شيء، والدعامة أو الركيزة التي تحمل هذه الكتابة شيء آخر[1] وبالتالي فإن الكتابة التي يشترطها المشرع في العقود الشكلية هي الكتابة الرسمية دون غيرها، أما الكتابة الإلكترونية التي نص عليها المشرع بعد تعديل القانون المدني في 2005 إنما اعتمادها كوسيلة للإثبات مثلها مثل العقد العرفي[2] مع مراعاة الشروط التي يفرضها القانون لكل حالة.

وعرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 من القانون المدني على أنه «...عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه».

يتضح من خلال هذا التعريف أن للعقد الرسمي ثلاثة شروط، يتعلق الشرط الأول بمحرر العقد، والشرط الثاني بالاختصاص، بينما يتعلق الشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب اتباعها.

بالنسبة للشرط الأول المتعلق بالصفة الواجب توفرها في الشخص محرر العقد يشترط المشرع في العقد الرسمي أن يكون محررا من قبل موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولقد عرف المشرع الموظف في المادة 04 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية[3]: «يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري...».

---

1 - **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 304.

2 - يعدّ العقد العرفي طريقة لإثبات التصرف فلا يؤثر تخلف الكتابة العرفية على وجود العقد أو صحته، لذلك لن نتعرض للكتابة العرفية في دراستنا لأنها وإن كانت تشكل حماية في حد ذاتها عن طرق إمكانية الإثبات إلا أن تخلفها لا يترتب عليه بطلان التصرف. وإنما يترتب على تخلفها صعوبة الإثبات، خاصة في التصرفات التي تزيد قيمتها على 100.000 دج. أنظر:

-Vialard. A. La formation du contrat en droit civil Algérien, O. P. U, Alger 1981, p 189.

3 - الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المؤرخ في 15 يوليو 2006، جريدة رسمية عدد 46.

ويشمل تعريف الموظف كل الأعوان المرسمين في وظيفة عمومية بغض النظر عن الأسلاك التي ينتمون إليها، من أساتذة الجامعات والقضاة، وأعوان الأمن والأعوان الدبلوماسيين والقنصليين، والمستخدمين في إدارة الشؤون الدينية وإدراة الجمارك، وأعضاء المجلس الوطني الشعبي، وأعوان الجماعات المحلية.

أما الضابط العمومي، وحسب ماجاء في المادة 03 من الأمر 06-03 فهو الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق، كرئيس المجلس الشعبي البلدي، والموثق، ومدير أملاك الدولة، وأمين الضبط لدى المحاكم.

ويقصد بالشخص المكلف بالخدمة العامة، كل الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية[1].

وبالإضافة إلى صفة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة، يشترط المشرع كذلك الاختصاص الإقليمي والنوعي، إذ يجب على الموظف أن يتحدد بحدود سلطته واختصاصه، وعند مخالفته لقواعد الاختصاص لا يعدّ العقد رسميا.

يشترط المشرع كذلك بموجب المادة 324 مكرر 04 من القانون المدني مراعاة الأشكال القانونية في المحررات الرسمية، وبذلك تنص المادة على أنه: «يعين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات ومضمون، وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية».

هذا ويضيف المشرع في نص المادة 26 من القانون 06-02 المنظم لمهنة الموثق[2] نماذج عن هذه الأشكال: «تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية، في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص، وتكتب

---

1 - **علي فيلالي**، المرجع سابق، ص 309.

2 - القانون رقم 06-02 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، جريدة رسمية عدد 45، الصادرة في 6 غشت سنة 2008.

المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام... ويصادق على الإحالات في الهامش، أو في أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق، والأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم».

كذلك يضيف المشرع في نص المادة 29 من القانون نفسه أن العقد الذي يحرره الموثق لا بد أن يتضمن البيانات التالية: اسم ولقب الموثق، ومقره ومكتبه، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ميلاد الأطراف وجنسيتهم...

وعليه، فإن إغفال بعض هذه الأشكال والشروط السابق ذكرها واللازمة في العقد الرسمي تفقده صيغته الرسمية فقط دون أن يكون العقد باطلا، وفي ذلك تنص المادة 326 مكرر 02 من القانون المدني: «يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف»، أما إذا كان الإغفال كليا للشكلية التي تعد ركنا في العقد، فيكون العقد منعدما.

ومن التصرفات القانونية الواجب إفراغها في القالب الرسمي تحت طائلة البطلان نذكر ماجاءت به المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني: «زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي...».

إن نص المادة 324 مكرر 01 لم يحدد العقود التي يجب إفراغها في القالب الرسمي على سبيل الحصر، وإنما قد بدأ نص المادة بعبارة "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، وبالرجوع إلى بعض القوانين نجد كذلك من العقود

التي تشترط الشكلية كركن صحة، كعقد الهبة العقارية[1] وعقد الرهن الرسمي[2] وعقد التسيير[3] وعقد الوقف[4] كذلك من المقرر قانونا أن العقود المتضمنة نقل مليكة عقارية يجب أن تحرر وجوبا في شكل رسمي، وإلا عدّت باطلة بطلانا مطلقا.

الفرع الثاني: إجراءات التسجيل والشهر آلية لحماية الغير

يستوجب في العقود الناقلة للملكية العقارية، أو لأي حق عيني عقاري آخر إضافة إلى الشكل الرسمي، الشهر العقاري طبقا للمادة 793 من القانون المدني: «لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدان أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار».

وبالتالي لا يكون للتصرفات التي لم تراعَ فيها إجراءات التسجيل والشهر أي أثر سوى فيما يتعلق بالالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن، وتكون غير صالحة للاعتماد عليها في المطالبة بالوفاء[5].

تختلف العقود الخاضعة للشهر العقاري وتتنوع حسب التصرفات المبرمة بين الأشخاص، سواء أكانت تصرفات نابعة من الإرادة المنفردة كعقد الوقف أو الوصية، أم صادرة من جانبين كعقد البيع والمقايضة، أو حقوق عينية عقارية متفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع، أو حقوق عينية عقارية تبعية كعقد الرهن الرسمي، فكل هذه التصرفات لا ترتب أثرا فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير إلا منذ شهرها في مجموعة البطاقات

---

1 – طبقا للمادة 206 من قانون الأسرة

2 – طبقا للمواد 883 و904 و933 من القانون المدني.

3 – المادة 203 من القانون التجاري.

4 –القانون رقم 91–10 المتعلق بالأوقاف.

5 – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية 2005/07/20، ملف رقم 302189، نشرة القضاة، وزارة العدل، الجزائر 2012، العدد 67، ص 152.

العقارية، وهو ما يؤكده المشرع في المواد 14و15 و16 من الأمر 75- 74[1] المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

فحسب المادة 14 فإن جميع العقود الرسمية المنشَأة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية يجب أن تشهر في المحافظة العقارية.

كما تؤكد المادة 15 على أن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية وتضيف المادة 16 على أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرهما في مجموعة البطاقات العقارية.

إلى جانب الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية الواجب إخضاعها إلى عملية الإشهار العقاري، يوجب المشرع أيضا إشهار بعض العقود التي ترتب حقوقا شخصية فالمادة 17 من الأمر نفسه تقضي أن عقد الإيجار الذي تزيد مدته عن 12 سنة لا يكون له أثر بين الأطراف ولا يحتج به تجاه الغير في حال عدم إشهاره.

فهذه العقود جميعها لا بد أن تكون مفرغة في القالب الرسمي حتى تكون خاضعة للإشهار، وتبعا لذلك فإن التصرف في العين لشخصين، وقيام الشخص الثاني بتسجيل العقد وإشهاره بالمحافظة العقارية، فإنه تطبق قاعدة الأفضلية في الشهر[2] وبالتالي فإن عدم قيام الموثق أو الموظف الذي أصدر العقد بإشهاره في الآجال التي حددها المشرع في المادة 90 من المرسوم 76-63[3] فإنه تترتب مسؤوليته فيما قد يصيب أصحاب هذه الحقوق من ضرر بسبب عدم الشهر.

---

1 - الأمر 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيسه السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 92، المؤرخة في 1975/11/18.

2 - **مجيد خلفوني**، نظام الشهر العقاري في القانون المدني، دار هومة، الطبعة الخامسة، 2018، ص 112.

3 - أنظر المادة 905 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، المؤرخ في 1976/03/25، الجريدة الرسمية العدد 30 سنة 1976.

فإذا أبرم شخص عقدا ناقلا للملكية العقارية لدى الموثق وتهاون هذا الأخير في القيام بالإجراءات المتعلقة بالشهر، مما أدى إلى تصرف البائع في العقار لفائدة شخص آخر، وقام هذا الأخير بإشهار عقده، فقد المشتري الأول حقه، وما له سوى استرداد الثمن المدفوع من طرفه، مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر وما فاته من كسب[1] ونظرا لأهمية الشهر، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير[2] فإن مجلس الدولة إعتبره من النظام العام[3].

يعتبر الهدف من إجراء الشهر أن يصبح العقد ساريا ونافذا في مواجهة الغير، أما فيما بين المتعاقدين، فحسب ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني أن إغفال الشهر يبقي العقد صحيحا بين طرفيه ولا يبطله، فلا شأن لإجراء الشهر على صحة العقد[4].

1 – **زروقي ليلى**، المنازعات العقارية، دار هومة، الطبعة الثانية عشرة، سنة 2010، ص 67.

2 – قرار المحكمة العليا رقم 271312 مؤرخ في 2004/06/23 يقضي بأنه:" لا تطبق المادة 361 من القانون المدني المتعلقة بإلزام البائع ينقل الحق المبيع على التصرفات المنصبة على نقل الملكية العقارية، لأنها لا تنتقل إلا بالشهر سواء أكان ذلك في حق المتعاقدين أو الغير، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 سنة 2007، ص 418.

3 – من المقرر قانونا أن إجراءات الإشهار العقاري تعدّ من النظام العام، وأن تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداء من يوم إشهارها في المحافظة العقارية، قرار مجلس الدولة رقم 186443 المؤرخ في 2000/02/14، غير منشور، أشار إليه **حمدي باشا عمر**، نقل الملكية العقارية، دار هومة، سنة 2015، ص 176.

4 – **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 322.

المبحث الثاني

قابلية العقد للإبطال آلية لحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية

يشترط المشرع ركن الرضا لإنشاء العقد، غير أن اشتراط الرضاء لوحده لا يكفي بل لا بد من صدوره عن إرادة واعية، من شخص ذي أهلية، معبرة عما يكنه صاحبها في نفسه من رغبة في التعاقد، ويجب أن تكون هذه الإرادة سليمة، خالية من العيوب التي قد تشوبها وبالتالي تؤثر على سلامتها.

لذلك تنهض الحماية المدنية في هذه المرحلة من تكوين العقد لتمنح المتعاقد الضعيف ناقص الأهلية، أو الذي شاب عيب رضاه، قابلية إبطال العقد حماية له دون سواه إذا تمسك به لأنه يعيب إرادته، أما إذا أجازه كان العقد صحيحا.

وعليه سنتطرق إلى حماية المتعاقد ناقص الأهلية في المطلب الأول، ثم إلى حماية المتعاقد الضعيف الذي شاب عيب رضاه وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول

حماية المتعاقد الضعيف ناقص الأهلية

قد تكون أهلية المتعاقد ناقصة غير منعدمة، إما بسبب السن أو بسبب عارض من العوارض، وفي كلتا الحالتين ونظرا لكونه في حالة ضعف فإن المشرع جعل له حماية سنتطرق إلى حماية المشرع للمتعاقد ناقص الأهلية لصغر السن في الفرع الأول، ثم إلى حماية المتعاقد ناقص الأهلية بسبب عارض من العوارض

الفرع الأول: حماية المتعاقد ناقص الأهلية بسبب صغر السن

لإبرام العقد لا بد من اكتمال الأهلية (أهلية الأداء)، واكتمال الأهلية في القانون المدني هو 19 سنة كاملة طبقا للمادة 40 من القانون المدني التي تنص على أنّ: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة».

وعليه فإن المقصود بأهلية الأداء هو صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية وتحمل الالتزامات[1] وهي تمر بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى وهي مرحلة انعدام التمييز، وتبدأ من الولادة إلى سن 13 سنة (سن التمييز) تقع فيها تصرفات الشخص كلها باطلة بطلانا مطلقا، لانعدام الإرادة، فينوب عن القاصر وليه أو الموصي عنه، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التمييز، وتبدأ من بلوغ الشخص 13 سنة (سن التمييز) حتى بلوغه سن الرشد، ويكون الشخص فيها ناقص الأهلية[2] وتتميز للشخص في مرحلة نقص الأهلية ثلاثة أنواع من التصرفات، التصرفات النافعة له نفعا محضا كقبول الهبات غير المشروطة وتكون صحيحة ونافذة، أما التصرفات الضارة به ضررا محضا كالتبرع فتكون باطلة ولا تصح حتى ولو أجازها الولي[3].أما الحالة الثالثة فتتعلق بالتصرفات التي تدور بين النفع والضرر، كعقود المعاوضة، فهي تكون موقوفة على إجازة الولي[4].

أما المرحلة الثالثة فتعرف بمرحلة كمال الأهلية، وتبدأ ببلوغ الشخص سن الرشد القانوني، وتكون تصرفاته فيها كلها صحيحة، مالم يعترضه عارض من عوارض الأهلية.

إن طلب إبطال العقد لنقص الأهلية، شرع لصالح الطرف الضعيف وهو في هذه الحالة ناقص الأهلية، فالقاصر المميز له أن يطلب إبطال عقد أبرمه خلال مدة نقص أهليته، وليس لمن تعاقد معه أن يطلب الإبطال إلا إذا كان هو نفسه ناقص الأهلية أيضا، وهذا ما أقرته المادة 99 من القانون المدني: «إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين

---

1 – **محمدي فريدة زواوي**، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 2000، ص 116.

2 – المادة 43 من القانون المدني:" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية".

3 – **سمير عبد السيد تناغو**، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، ص 27.

4 – قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/02/13، المجلة القضائية سنة 2003، العدد 02، ص 289.

حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق»، أما إذا أجازه ناقص الأهلية فإن العقد يبقى صحيحا منتجا لآثاره.

الفرع الثاني: حماية المتعاقد ناقص الأهلية بسبب عارض من عوارضها

إذا بلغ الشخص سن الرشد القانوني، وهو19 سنة كاملة، فيكون كامل الأهلية حسب المادة 40 من القانون المدني، إلا إذا اعترضه عارض من عوارضها فتنقص من أهليته هذه العوارض نص عليها المشرع في المادة 43 من القانون المدني التي تنص على أنّ «...كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون».

والشخص السفيه هو الذي يقوم بتبذير أمواله في غير ما يقضي به العقل والشرع أما ذو الغفلة فهو الشخص الناقص في ملكاته النفسية، وينتج عنه سوء التقدير وعدم الاهتداء إلى الرابح والخاسر من التصرفات[1].

أما بالنسبة لتصرفاتهما، فيعتبر السفيه وذو الغفلة في حكم الصبي المميز ويسري على تصرفاتهما من أحكام ما يسري على تصرفات الصبي المميز، إذ يمكن الحجر عليهما إذا خشي عليهما من الضرر طبقا للمادة 101 من قانون الأسرة، أما بالنسبة لحكم تصرفاتهما فإن المادة 107 من قانون الأسرة فإنها تعتبر تصرفاتهما بعد الحكم بالحجر عليهما باطلة، وقبل الحكم صحيحة، إلا إذا كانت حالة السفه والغفلة ظاهرة وفاشية.

وبالتالي فإن أحكام تصرف السفيه وذو الغفلة هي نفسها أحكام تصرف المجنون والمعتوه، ما دام أن المشرع في قانون الأسرة قد ألحق السفيه بالمجنون والمعتوه ولم يتعرض لذو الغفلة، فطبقا للمادة 101 يلحق السفيه (ويقاس عليه ذو الغفلة) بالمجنون

1 – **بلحاج العربي**، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 207.

والمعتوه وتعدّ تصرفاتهم بعد الحكم بالحجر باطلة وقبل الحكم صحيحة إلا إذا كانت فاشية، حسب المادة 107 من قانون الأسرة.

نقص الأهلية إذن حسب القانون المدني، هي قرينة قاطعة على أن الإرادة معيبة غير أن نقص الأهلية ليس هو العيب الوحيد الذي يصيب إرادة المتعاقد فهناك عيوب أخرى كالإكراه، والغلط، والتدليس لكن هذه العيوب ليست قرائن وإنما على من عيبت إرادته إثبات العيب الذي أفسدها حتى يقضي له بالإبطال.

وفي حال إبطال العقد بسبب نقص الأهلية، فإن المادة 103 من القانون المدني تنص على أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإن كان هذا مستحيلا، فقد يكون الالتزام القيام بعمل، فإنه يجوز الحكم بالتعويض.

المطلب الثاني

حماية المتعاقد الضعيف الذي شاب عيب رضاه

يشترط المشرع لإنشاء العقد صحيحا أن يتوفر على ركن الرضاء، الذي لا تكفي فيه الأهلية فقط ليكون صحيحا، وإنما لا بد أن تكون الإرادة حقيقية وخالية من عيوب الإرادة.

هذه العيوب إذا ما توفرت تمنح صاحبها الحق في طلب إبطال العقد، بشرط أن يقوم بإثباتها وهي كل من الغلط، والإكراه، والتدليس، والتي تشكل في مجموعها الوسائل التقليدية لحماية الرضا التعاقدي، والتي سأتطرق إليها في الفرع الأول.

غير أن عيوب الإرادة توسعت في العصر الحالي، وأصبحت تشمل عيوب أخرى قد تتمثل في التفوق المعرفي، أو عدم الخبرة، أو الجهل بسبب ظهور منتجات متطورة قد تتجاوز إدراك المتعاقد الضعيف معرفيا، فالضعف لم يعد مجرد ضعف شخصي بل تعداه ليصبح ضعفا اقتصاديا واجتماعيا، فكانت هذه أهم أسباب ظهور النظرية الحديثة لحماية الرضا التعاقدي والتي سأتطرق إليها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الآليات التقليدية لحماية الرضاء التعاقدي

لقد اشترط المشرع كمبدأ عام أن تصدر إرادة المتعاقد فتكون صحيحة خالية من أي عيب، ويقصد بالعيب النقص والخلل الذي يلابس الإرادة السليمة، ويؤدي إلى التأثير في حرية الاختيار والرضا بالعقد[1].

وتعتبر نظرية عيوب الرضا حماية إضافية في ظل حرية التعاقد، توحي بإمكانية المتعاقد الذي وقع رضاه فاسدا بسبب غلط، أو تدليس أو إكراه، في أن يطلب إبطال العقد متى قام بإثبات ذلك العيب، نص المشرع على عيوب الإرادة في المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني وهي الغلط، والتدليس، والإكراه والاستغلال.

وبالمقابل نلاحظ أن المشرع الفرنسي بموجب تعديل قانون العقود سنة 2016 حدد عيوب الإرادة، بالغلط، والتدليس والإكراه، حيث تنص المادة 1130 على أن: «الغلط والتدليس والإكراه تعيب الرضاء عندما يكون من طبيعتها أنه بدونها ما كان لأحد الأطراف أن يتعاقد، أو لكان تعاقد بشروط مختلفة اختلافا جوهريا...»[2].

ولعل عدم إدراج المشرع الفرنسي لعنصر الاستغلال ضمن عيوب الإرادة ربما يعود إلى أن الاستغلال لا يقتصر على الحالة النفسية للمتعاقدين فقط، وإنما يتعداه إلى النظر في المضمون المادي للالتزامات وعدم التعادل الفادح بينها، لذلك فإن السماح بطلب إبطال العقد لمجرد الاستغلال، من شأنه التأثير في استقرار المعاملات، خاصة وأن كل متعاقد يسعى دائما إلى الحصول على أقصى فائدة من تعاقده، وبالتالي فإن إتاحة الفرصة له للطعن في العقد بسبب الاستغلال من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب المعاملات وعدم استقرارها وهو أمر يتنافى والمصلحة العامة.

---

1 – **محمد أحمد سراج**، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعة 1998، ص 96.

2 - art 1130:" L'éveur, le dol, et la violence le consentement l'lorsqu'ils Sant de telle nature que, sans eux l'une des parties s'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes".

لذلك سنتطرق إلى عيوب الرضا التي تعطي الحق للطرف الضعيف في طلب إبطال العقد فقط، أما عيب الاستغلال ومادام لا يؤدي إلى إبطال العقد، بل يعطي للقاضي سلطة في إعادة التوازن العقدي، فسنتركه للدراسة لاحقا.

أولا-حماية المتعاقد من الغلط

نص المشرع على الغلط كعيب من عيوب الإرادة بموجب المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني، حيث تنص المادة 81 على أنه: «يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله».

ويعرف الغلط على أنه وهم خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد[1]. فالإرادة موجودة لكنها معيبة، لذلك فإن الجزاء المناسب للغلط المعيب هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع في هذا الغلط حماية له[2].

ولأن الغلط كعيب في الإرادة يتعارض مع مبدأ حسن النية في إبرام العقود فإن المشرع وضع شروطا أخلاقية يتطلبها هذا العيب للطعن في صحة العقد[3].

أقر المشرع أن يكون الغلط جوهريا، ووصفه في المادة 82 بأنه الغلط الجسيم والمؤثر، حيث تنص المادة على أنه: «يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط»، والمقصود بجسامة الغلط هو ذلك الغلط الذي يبلغ من الخطورة والأهمية ما يستدعي تدخل المشرع لحماية المتعاقد وتقدير جسامة الغلط تكون بمعيار ذاتي يتعلق بنفسية المتعاقد[4].

---

1 - **عبد المنعم بدراوي**، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مكتبة سيد عبد الله وهبة القاهرة، سنة 1978، ص 244.

2 - **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 187.

3 - **جبار سماح**، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2018/2017، ص 118.

4 - **عرعاة عسالي**، التوازن العقي، عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، 2015/2014، ص 49.

ويضيف المشرع في الفقرة 02 و03 من المادة 82 من القانون المدني المقصود بالصفة الجوهرية من خلال الإشارة إلى مواصفات الغلط الجوهري وإلى بعض صوره بحيث تنص: «...ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة شيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

يتضح من نص المادة 82 أن المشرع يأخذ بالمعيار الذاتي لتقدير جوهرية الغلط أي مدى جسامة الاعتقاد الخاطئ بالنسبة للمتعاقد الذي وقع فيه، ومدى تأثيره على إرادته.

لكن وأمام صعوبة الكشف عن الحالة النفسية للمتعاقد لجأ المشرع إلى ضوابط موضوعية تساعد على تحديد الصفة الجوهرية فقضى بأن صفة الشيء لا تكون جوهرية إلا إذا اعتبرها المتعاقدان وفقا لما انطوت عليه نيتهما فقط، بل أيضا إذا وجب اعتبارها كذلك وفقا لشروط العقد ولما ينبغي في التعامل بحسب نية.

كما يشترط المشرع في الغلط الجوهري إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، أن تكون تلك الذات أو الصفة هي الدافع للتعاقد، ويشترط أيضا اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر، أي علم المتعاقد الآخر بالغلط الذي يدعيه أو كان بإمكانه أن يعلم به وهو الشرط المستنبط من نص المادة 82 من القانون المدني.

يشترط المشرع كذلك من خلال المادة 85 فقرة 01 من القانون المدني على المتعاقد الذي يريد التمسك بغلط وقع فيه، أن يلتزم بمقتضيات حسن النية، وهذا ما يضمن استقرار المعاملات ويحقق الحماية للمتعاقد الذي وقع في الغلط، فلو كان المتعاقد الآخر يعلم بالغلط فيعتبر سيء النية والإبطال ما هو إلا جزاء لسوء نيته، أما إذا كان لا

يعلم ومن السهل عليه أن يتبينه فيعد مقصرا، وتعويض التقصير والإهمال في هذه الحالة هو إبطال العقد[1].

إن اعتماد المشرع على نظرية الغلط لحماية الطرف الضعيف نظرية صعبة التطبيق[2] بسبب الشروط التي يفرضها المشرع في الغلط حتى يمكن الاعتداء به كسبب للإبطال، فقد اشترط أن يكون الغلط جوهريا ويكون كذلك إذا ما تعلق بالصفة الجوهرية في محل العقد أو بصفة المتعاقد الآخر إذا كان محلا للاعتبار، ومن هنا يقع على الطرف الضعيف عبء إثبات وقوع الغلط على صفة جوهرية من صفات الشيء محل العقد، الأمر الذي لن يتمكن منه هذا الطرف في الكثير من الأحيان.

أضف إلى ذلك فإن الجزاء المترتب على تطبيق نظرية الغلط هو إبطال العقد هذا الجزاء الذي قد لا يستفيد منه الطرف الضعيف أيضا، نظرا لكونه لايخدم العقد ويؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، وعدم تحقيق الغاية من التعاقد.

ثانيا-حماية المتعاقد من التدليس

نص المشرع على التدليس في المادة 86 من القانون المدني بقوله: «يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

1 - **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع سابق، ص 335.

2 - **نساخ فطيمة**، المرجع سابق، ص 65.

ومن ثم يبرز طابع الحماية لنظرية عيوب الإرادة في التدليس الذي يقوم به المتعاقد الآخر المدلس، والمدلس هو الذي يستعمل طرقا احتيالية غير مشروعة لتضليل المتعاقد الآخر وحمله على التعاقد[1] فمن العدل في هذه الحالة ألا يلزم المتعاقد المدلس عليه بتنفيذ عقد أبرمه نتيجة غلط تم إيقاعه فيه، لذلك أقر له القانون الحق في طلب إبطال العقد حماية لرضاه.

إن حالات التدليس كثيرة ومتنوعة لا يمكن تحديدها، غير أن التدليس الذي يرتب عليه المشرع إمكانية إبطال العقد هو ذلك الذي جاءت به المادة 86 من القانون المدني والذي تكون فيه الطرق الاحتيالية على درجة من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف المدلس عليه العقد، وكذلك السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ما كان للمدلس عليه أن يبرم العقد لو علم بها.

غير أن النص بهذا الشكل يكون غامضا وغير دقيق، فالمشرع لم يبين لنا صراحة ماهي هذه الطرق الاحتيالية التي تكون على درجة من الجسامة، أما السكوت العمدي فما هو في الحقيقة سوى الكتمان الخادع، والذي يقوم على انتهاك واجب سابق للعقد وهو الالتزام بالإعلام، والسكوت لا يشكل تدليسا في كل الأحوال، وإنما يجب أن يكون هنالك التزام بالإعلام يفرضه القانون بنص خاص، كما هو في عقود التأمين، أين ينص المشرع في المادة 21 من الأمر 95-07 المتعلق بقانون التأمين[2]على أن كل كتمان أو تصريح كاذب معتمد من المؤمن له، قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر يترتب عنه إبطال العقد.

---

1 – **أنور العمروسي**، عيوب الرضاء في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003، ص 171.

2 – الأمر رقم 95- 04 المؤرخ في 1995/01/25 المعدل والمتمم، المتعلق بقانون التأمين، جريدة رسمية العدد 13، بتاريخ 1995/03/08

كما يشترط المشرع لاعتبار التدليس قائما أن يتصل بالمتعاقد الآخر، أي وجود نية التضليل لإيقاع الطرف المدلس عليه في غلط يحمله على التعاقد، أما إذا كان التدليس مرتكبا من الغير، فإنه لا يمكن تحميل المتعاقد نتيجة خداع لم يشترك فيه، لأن في حرمانه من الاستفادة بالعقد ظلم لا ترضاه الأخلاق التعاقدية[1]، لذلك فإن المشرع أخذ بما تفتضيه مبادئ العدالة، بحيث يكون التدليس سببا لإبطال العقد إذا ما علم به المتعاقد الآخر أو كان بإمكانه العلم به، وذلك ما تنص عليه المادة 87 من القانون المدني: «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس».

ما يلاحظ من نظرية التدليس أن المشرع جعل من شروط الاعتماد عليها أن تكون الوسيلة المستعملة جسيمة وغير مشروعة، في حين أنه قد يعجز الطرف الضعيف عن إثبات هذه الوسائل وإثبات عدم مشروعيتها، كما أن المشرع لم يبين لنا ما هي هذه الوسائل غير المشروعة ولم يحدد لنا معاييرها، كذلك بالنسبة للسكوت العمدي أو الكتمان فإنه لا يمكن أن يستفيد منه الطرف الضعيف إلا إذا تخلف المدلس عن واجبه بالإعلام[2] ومن ثم تتضح محدودية نظرية التدليس في حماية المتعاقد الضعيف.

ثالثا–حماية المتعاقد من الإكراه

نص المشرع على الإكراه كعيب من عيوب الإرادة ورتب عليه إبطال العقد في نص المادة 88: «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، ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا

1 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 125.

2 – **نساخ فطيمة**، مرجع سابق، ص 66.

الإكراه وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه».

نلاحظ من نص المادة أن المشرع لم يعرف الإكراه وإنما وضع له شروطا لاعتباره كذلك، وقد عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري على أنه: " ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد[1].

إن الإكراه الذي يعيب الإرادة هو الذي يكون فيه المتعاقد المكره مخيرا بين أن يصيبه الأذى المهدد به، وأن يبرم العقد، فاختار مباشرة العقد ترجيحا لأهون الضررين[2]

أما عن الشروط الواجب توافرها لاعتبار الإكراه سببا لإبطال العقد، فإن المشرع يشترط في نص المادة 88 أن يكون الإكراه دافعا إلى التعاقد، ويكون كذلك إذا كانت الرهبة التي سيطرت على المتعاقد قائمة على بينة، أي متى صورت ظروف الحال لهذا المتعاقد أن خطرا جسيما محدقا به أو بعائلته.

إن التمسك بحماية إرادة المتعاقد من الغلط، والإكراه والتدليس دون أي اعتبار آخر سيخل لا محالة بالتوازن العقدي، هذه الحماية التي تقتضي النظر أيضا إلى موضوع العقد، والبحث فيما إذا كان العيب يؤثر في مضمون العلاقة العقدية وليس فقط في الإرادة التعاقدية.

مما سبق يمكن القول إن النظرية التقليدية لعيوب الإرادة لم تعد تلائم الاتجاه الحديث للحد من مبدأ سلطان الإرادة بالشكل الذي يحمي المتعاقد الضعيف، فالتفوق العلمي والتكنولوجي والاقتصادي للمحترف قد يستغل ليجعل المتعاقد معه في وضع تكون إرادته معيبة، كما أنه قانونا لا يعتبر كل عقد صادر عن متفوق من قبيل عقود الإذعان[3] وبالتالي قد لا تتوفر الحماية للطرف الضعيف.

---

1 – **عبد الرزاق السنهوري**، مرجع سابق، ص 362.

2 – **أنور العمروسي**، المرجع السابق، ص 198.

3 – **صديق شياط**، مرجع سابق، ص 262.

إن تطور العلاقات التعاقدية أثبت أنه قد تكون الإرادة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة، إلا أنها ليست إرادة حرة وجدية. لذلك فإن نظرية عيوب الإرادة كوسيلة لحماية الرضاء التعاقدي باتت محدودة الأثر في تحقيق هدفها، ويرجع ذلك بصفة أساسية إلى أن هذه العيوب تم صياغة أحكامها بطريقة دقيقة أدت إلى التضييق من نطاقها وذلك بقصد المحافظة على استقرار المعاملات والقوة الملزمة للعقد[1].

والملاحظ أيضا على هذه الوسيلة أنها قد عددت العيوب التي يمكن أن تلحق بالإرادة على الرغم من أن الإرادة مسألة نفسية يستعصي حصر ما يمكن أن يعتريها فيعيبها، إضافة إلى ذلك فإن قصر حماية الرضا التعاقدي في حدود ما يلحق بالإرادة من عيوب فقط كان يتفق مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة وقت بناء أحكام نظرية عيوب الإرادة آنذاك، أما في الوقت الراهن ونتيجة التطورات الهائلة التي عرفها المجتمع في مختلف المجالات أصبح من الضروري البحث عن وسائل حديثة لحماية الرضاء التعاقدي وجعلها تتفق والمعطيات الجديدة.

الفرع الثاني: الآليات الحديثة لحماية الرضاء التعاقدي

ظهرت نتيجة للتطورات الاقتصادية، والصناعية، والتكنولوجية الحديثة أنماط تعامل وأساليب تعاقدية لم تكن معروفة وقت وضع المشرع نظرية عيوب الإرادة، وهذا التطور قد أدى إلى محدودية هذه النظرية، لذلك توجهت مجهودات الفقه والقضاء والتشريع إلى البحث عن وسائل أخرى تكون أكثر ملاءمة من ناحية توفير حماية للرضاء التعاقدي تتفق في الوقت ذاته مع المعطيات الجديدة، وتعمل في مجملها على مبدأ الوقاية خير من العلاج، فتحرص بالتالي على الوقاية من عيوب الإرادة أو على الأقل من بعضها.

من هذه المعطيات الجديدة ظهر ما يعرف بعقود التبعية (Subordination) أو الخضوع الاقتصادي (Dépendance)، وهي العقود التي يكون فيها أحد المتعاقدين في

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 215.

مركز التبعية الاقتصادية للمتعاقد معه، أين يسعى صاحب المركز الاقتصادي الأقوى على الاستفادة من حالة التبعية التي يوجد بها المتعاقد معه ليفرض عليه من الشروط التي يكون مضطرا إلى قبولها خوفا من إنهاء العلاقة الاقتصادية التي تربطه معه فيتحقق بهذا مفهوم الإكراه الاقتصادي (la violence économique)، أو الذي يسميه الفقه أيضا "استغلال حالة الضرورة الاقتصادية"[1].

إن الآليات الحديثة لحماية الرضاء التعاقدي هي وقائية احترازية أكثر منها علاجية، فبدلا من اللجوء إلى الآليات العلاجية المتمثلة في عيوب الإرادة، تم اعتماد آليات الوقاية من هذه العيوب، والمتمثلة أساسا في مهلة التفكير، والحماية من الإكراه الاقتصادي.

أولا- مهلة التفكير

ينص المشرع الجزائري في المادة 63 من القانون المدني على أنه: «إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة»، من خلال هذا النص منح المشرع المتعاقد مهلة للتفكير قبل إبداء قبوله للعقد، أي قبل إبرام العقد.

بينما ينص المشرع في قانون القرض والنقد[2]، في المادة 119 مكرر 01 فقرة 04 على أنه: «يمكن لأي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع على العقد»، ومن خلال هذا النص يكون المشرع قد منح للمتعاقد مهلة للتفكير بعد إبرام العقد.

من خلال نص المادة 63 من القانون المدني، والمادة 119 مكرر 01 فقرة 04 من قانون النقد والقرض يتضح أن هنالك مهلتين، مهلة أولى للتفكير، والتي تمكّن المتعاقد

1 - Stéphane Sazames, la violence économique, vice du consentement, les petites Affiche 22/11/2000, P 18.

2 – الأمر رقم 1-04 المؤرخ في 26 أوت 2010 المعدل والمتمم بالأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض.

من تكوين رضاء سليم قبل قبول الإيجاب بعيدا عن مؤثرات البيئة التعاقدية المحيطة به وضغوطاتها المختلفة، ومهلة ثانية للتفكير والتي تمنح للمتعاقد الذي قبل العقد وأقدم على إبرامه، في أن يتراجع عن قبوله.

لجأ المشرع الفرنسي إلى إعمال مهلة التفكير في القانون المدني الفرنسي بموجب المادة 1122 التي تنص على أنه: «يجوز أن ينص القانون أو العقد على مهلة التفكير وهي مهلة لا يجوز لمن وجه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها، أو على مهلة للعدول، وهي المهلة التي يمكن لمن تقررت لصالحه الرجوع عن رضائه قبل انقضائها»[1].

من نص المادة 1222 يتضح أنه يمكن بموجب نص في القانون أو بموجب العقد أن يقرر الطرفان مهلتان، المهلة الأولى وهي مهلة التفكير التي تلي مرحلة توجيه الإيجاب، فلا يقدم من وجّه إليه الإيجاب قبوله مباشرة، وإنما ينتظر نهاية المهلة المحددة في العقد أو وفقا للقانون لإبداء قبوله أو رفضه الإيجاب، هذه المهلة الأولى التي نص عليها المشرع الفرنسي منصوص عليها بموجب المادة 63 من القانون المدني الجزائري.

ما يلاحظ كذلك أن المشرع الفرنسي كان ينص على هذه المهلة الأولى بموجب المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي القديم قبل التعديل: «لا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء المدة التي حددها الموجب أو قبل انقضاء مدة معقولة إذا لم يحدد له مدة».

أما المهلة الثانية التي جاءت في تعديل قانون العقود الجديد والتي أسماها بمهلة العدول، وقد عرفتها المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي، على أنها المهلة التي يمكن للمستفيد منها أن يرجع عن رضاءه بالعقد قبل انقضائها، أي أن الطرف المتعاقد يمكنه بعد إبداء القبول وإبرام العقد أن يرجع عن رضائه، ودون أن يلتزم بأي تبرير ولا

1 - Art- 1122: " La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration du quel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétraction qui est délai avant l'expiration du quel son bénéficiaire peut rétracter son consentement".

تعويض، لكن يشترط قبل انقضاء المدة القانونية المنصوص عليها إما في القانون أو العقد، وهو الأمر غير المنصوص عليه في القانون المدني الجزائري، وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد اكتفى بالمهلة الأولى دون الثانية في القانون المدني ، لكنه نص عليها بموجب المادة 119 مكرر 01 فقرة 04 من قانون النقد والقرض.

ولأن بعض العقود قد تحوي التزامات غير مألوفة للمتاعقد العادي، كتعاقده مع شخص عن بعد، وحول محل غير ملموس، فإن الأمر يستدعي ضرورة إيجاد حماية إضافية له، تعطيه ثقة أكبر في إبرام التصرفات القانونية عن بعد والتي تتم بالوسائل الإلكترونية الحديثة، لذلك أكد المشرع الجزائري على حق العدول بموجب أحكام القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وعزز موقفه في تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش 18-09[1] من خلال نص المادة 19 أين عرف حق العدول بأنه: «حق للمستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب».

انطلاقا من عبارة " دون وجه سبب " التي جاءت في المادة 19 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، يرى الأستاذ زبيري بن قويدر أن المستهلك الإلكتروني وإن كان فعلا طرفا ضعيفا وجديرا بحماية أوسع، غير أن هنالك حالات ليس من المجدي معها ممارسة هذا الحق، مثل حالة ما إذا كان هذا المنتوج الذي تم إرساله تم صنعه تحت طلب المستهلك والمواصفات التي أرادها، أو تم تصميمه وفق رغبته الخاصة[2].

غير أنه وبالرجوع إلى أحكام القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، نجد المشرع قد وقع في تناقض، حيث ينص في المادة 23 فقرة 02 منه على أن المستهلك الإلكتروني عليه أن يبين سبب عدوله عن العقد.

---

1 – القانون 18-09 المعدل والمتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 2018/06/10، الجريدة الرسمية عدد 35، الصادرة في 2018/06/13.

2 – **زوبيري بن قويدر**، المرجع السابق، ص 74.

هذا وتحدد المادتان 22 و23 المدة التي يخول المشرع فيها للمتعاقد حق العدول عن العقد وهي 04 أيام من تاريخ التسلم الفعلي للمنتوج، سواء في حال عدم احترام المورد لآجال التسليم[1] أو في حال تسليم المورد الإلكتروني لمنتوج غير مطابق للطلبية[2] مع اشتراط المشرع كما أسلفت، أن يبين المستهلك الإلكتروني سبب العدول[3]

الملاحظ أن ما أقره المشرع الجزائري في المادتين 22 و23 بخصوص حق العدول يشبه ما أقره المشرع الفرنسي بموجب قانون حماية المستهلك، ويختلف من حيث المدة حيث منح المشرع الفرنسي رخصة للمستهلك في العدول عن العقد الذي سبق له إبرامه، وذلك خشية أن يكون رضاؤه بالعقد دون ترو أو تفكير كافٍ، حيث سمح للمستهلك بحق العدول عن العقد خلال 14 يوما من تاريخ قبول العرض المقدم من المقترض ودون حاجة لإبداء أسباب العدول[4].

ويرى الأستاذ زبيري بن قويدر أن مدة العدول المنصوص عليها بموجب المادتين 22 و23 هي مدة قصيرة[5] خاصة إذا ما تمت مقارنتها بتلك التي نص عليها نظيره الفرنسي والمقدّرة ب 14 يوما.

---

1 – تنص الماد 22 فقرة 01 من القانون 18-05 على أنه: " في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه 04 أيام عمل من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر"

2 – تنص المادة 23 فقرة 01 و02 من القانون 18-05 على أنه: " يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا، ويجب على المستهلك الإلكتروني إرسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج.

3 – تنص المادة 23 فقرة 01 و02 من القانون 18-05 على أنه: " يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا، ويجب على المستهلك الإلكتروني إرسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض"

4 – المادة 313 فقرة 19 من قانون حماية المستهلك الفرنسي.

5 – **زوبيري بن قويدر**، المرجع السابق، ص 76.

من خلال استقرائنا لمختلف النصوص القانونية السابقة التي جاء بها المشرع بموجب قانون حماية المستهلك، وقانون التجارة الإلكترونية يلاحظ أنه لا يوجد تناغم في النصوص المنظمة لحق العدول في التشريعات الجزائرية الخاصة، فقد نص في المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية على حق العدول تحت تسمية أخرى هي " إعادة الإرسال"، كما أن المشرع لم يشترط في المادة 19 من قانون حماية المستهلك المعدل والمتمم سبب ممارسة حق العدول في العقد التقليدي، في حين يشترط سبب العدول في العقد الإلكتروني الذي يعتبر أكثر خطورة على المتعاقد إذا ماقارناه بالعقد التقليدي[1].

مماسبق، وحماية للمتعاقد الضعيف معرفيا من الضياع بين مختلف نصوص التشريع الخاص غير المتناغمة فيما بينها، فإننا نرى أن مهلة التفكير ومن بعدها الحق في العدول، كآلية حديثة لحماية الرضاء التعاقدي تبقى الوسيلة الأنجح للحماية، هذه الحماية التي جسدها المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني، تتمثل في طريقتين مختلفتين، تتمثل الأولى في منح مهلة للتفكير قبل إبرام العقد، بحيث يقدم المتعاقد على التعاقد بعد أخذ الوقت الكافي بعيدا عن الضغوطات الدعائية والتجارية، والثانية تتمثل في تمكين المتعاقد من العدول عن ارتباطه خلال مهلة معينة بعد انعقاد العقد.

إن المشرع الفرنسي وحسب رأينا بإدراجه للمهلة الثانية وهي مهلة التفكير للعدول في القانون المدني، إنما الغرض منه حماية مضاعفة للمتعاقد الضعيف معرفيا، كما أن هذه الآلية تجسد تقنية جديدة لم تعرف من قبل، وهي منح المتعاقد الحق في تقرير حمايته بنفسه، أي دون أن يبقى تحت رحمة الموجب الذي يقوم هو بتحديد المدة، وهو بذلك يعي درجة خطورة العقود الحديثة، التي أصبحت تتجاوز العقل البشري في الكثير من الأحيان مما يؤدي إلى خلق عدم توازن معرفي بين أطراف الرابطة العقدية، فأصبح من الضروري تدخل تشريعي لحماية المتعاقد الضعيف معرفيا في مواجهة المتعاقد القوي معرفيا.

---

1 – **زوبيري بن قويدر**، المرجع السابق، ص 75.

وعليه فإننا نرى ضرورة إثراء النظرية العامة للعقد بأسلوب فعال لحماية وتنوير رضاء المتعاقد عن طريق تكريس مهلة التفكير في القانون المدني الجزائري، ضمن النظرية العامة للعقد.

ثانيا-الإكراه الاقتصادي (حالة الضرورة)

الإكراه الاقتصادي هو التصور الحديث للإكراه الكلاسيكي المنصوص عليه بموجب المادة 88 من القانون المدني، دفعت إلى ظهوره وتقنينه في بعض التشريعات الحديثة الظروف الاقتصادية والاجتماعية الحديثة.

فإذا كان الإكراه بمفهوم المادة 88 من القانون المدني، هو ذلك الذي يمارسه المتعاقد أو الغير، تجاه المتعاقد معه، والذي تتولد عنه الرهبة التي تدفع هذا الأخير إلى التعاقد فإن الإكراه الاقتصادي هو ذلك الذي لا يكون نتيجة مباشرة لمسلك المتعاقد أو الغير، وإنما كان نتيجة ظروف خارجية ينتهزها المتعاقد للضغط على إرادة المتعاقد معه لحمله على التعاقد بشروط مجحفة، لم يكن ليقبلها لولا الظروف التي أحاطت به[1].

ويرى الأستاذ علي فيلالي أن الإكراه الاقتصادي سبب من أسباب الضرورة ويعرف حالة الضرورة بأنها: «هي الضغط الذي تولده أحداث أو ظروف اقتصادية، أو اجتماعية أو طبيعية تهيأ صدفة ويستغلها المتعاقد فيحمل من كان في هذه الظروف على إبرام العقد بشروط ما كان ليقبلها في الظروف العادية»[2].

كمايعطي الأستاذ فيلالي في هذا الخصوص مثالا حول الشخص الذي يكون مهددا بالغرق ويطلب الإغاثة، فيطلب منه أجر لا يتناسب تماما مع الخدمة المنتظرة، أو المريض مرضا خطيرا، قد يطلب منه الطبيب ثمنا جد مرتفع لإجراء عملية جراحية استعجالية لإنقاذ حياته من الموت، لا شك في أن إرادة المتعاقد في الحالات السابقة لم

1 - **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص 244.

2 - **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 210.

تكن إرادة حرة، بل هي إرادة تعاقدت تحت وطأة الرهبة والخوف التي ولدتها الظروف التي وجدت فيها.

هذه الرهبة نشأت عن ظروف لا شأن لإرادة المتعاقد الآخر بها، لكنه استغلها للحصول على منفعة مفرطة، أي لتحقيق غرض غير مشروع، فالعقد في هذه الحالة يكون قابلا للإبطال بسبب عيب الإكراه[1]، وقد توسع القضاء الفرنسي في اجتهاده، فأصبح يميز بين المتعاقد الذي يستفيد من هذه الظروف بحسن نية، والمتعاقد سيء النية، فإذا اقتصر المتعاقد على الحصول على منفعة معقولة، ولم يكن يقصد استغلال الحالة التي وجد فيها المتعاقد فلا يتوفر الإكراه، ولا يكون العقد قابلا للإبطال، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية أن الاستغلال التعسفي (Exploitation Abusive) لحالة التبعية الاقتصادية الذي يهدف إلى الحصول على منفعة من وراء الخشية من خطر يهدد مباشرة مصالح الشخص هو وحده الذي يعيب الإرادة بعيب الإكراه[2].

أما إذا كان المتعاقد سيء النية، واستغل حالة الضرورة فأقر شروطا مجحفة في العقد، والتي لا يمكن قبولها في ظروف عادية، فإن رضاء المتعاقد يكون معيبا بسبب الإكراه، مما يعرض العقد للإبطال[3]. وعلى المتعاقد سيء النية أن يتحمل نتائج خطئه وسلوكه مما يقيم مسؤوليته المدنية فيلتزم كجزاء إضافة إلى إبطال العقد بتعويض المتضرر المكره[4].

1 - Piollet Fabrice, la réception de la violence économique en droit comparé, Magistère-Université Paris II, 2008, p 26.

2 - Cassation Civil: 03/04/2002, cité par Piollet Fabrice, op cite.

3 - Cassation civil, 30/05/2000, Revue trimestrielle du droit civil 2000, P 827.

4 – **محمد حسنين**، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ص 54.

إن الذي دفع بالمشرع الفرنسي للأخذ الصريح بالإكراه الاقتصادي في القانون الفرنسي الجديد، هو مشاريع القوانين التي نادى بها كبار فقهاء القانون الفرنسي على غرار مشروع كاتالا (CATALA) في 2005 ومشروع وزارة العدل الفرنسية في 2008.[1]

لذلك لم يكن مستغربا أن يكرس المشرع الفرنسي بموجب تعديل 2016 الإكراه الاقتصادي بالمعنى الذي طرحته مختلف النصوص التشريعية السابقة واعتبره إكراها يعيب الإرادة، وفي ذلك جاءت صياغة المادة 1143 من القانون المدني الفرنسي على أنه: «يتوافر الإكراه أيضا عندما يحصل أحد الأطراف، نتيجة استغلال حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد معه، على تعهد من الأخير ما كان ليرضى به في حالة غياب مثل هذا الضغط، ويحصل من ذلك على منفعة زائدة بشكل واضح»[2].

يضع هذا النص شرطين لاعتبار الإكراه الاقتصادي، الشرط الأول وهو أن يكون الشخص في حال تبعية، ونص المادة لا يحمي كل المتعاقدين الضعفاء، وإنما فقط الموجودين في حالة التبعية، أما الشرط الثاني فيجب فيه إثبات تعسف الطرف القوي في حالة التبعية من أجل أخذ تعهدات من المتعاقد الآخر بصورة أفضلية مفرطة، وإن هذا الشرط الأخير يحقق صعوبة في تطبيق المادة 1143 لأن القاضي سيبحث ههنا في

---

1 – جاء في المادة 1114 فقرة 03 من المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات (CATALA): "يتوفر الإكراه أيضا، عندما يلتزم أحد الأطراف تحت تأثير حالة الضرورة أو التبعية، إذا استغل الطرف الآخر حالة الضعف هذه ليحصل من الاتفاق على ميزة مبالغ فيها بشكل واضح". وجاء في المادة 63 من مشروع وزارة العدل الفرنسية:" يتوافر الإكراه أيضا عندما يشغل أحد الأطراف حالة ضعف الآخر ليجعله يتعهد تحت سلطان حالة الضرورة أو التبعية، بما لم يكن يعقده في غياب هذا الضغط".

2 - Art- 1143:" Il y a également violence lorsqu'une partie abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, 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".

مدى حسن أو سوء نية المتعاقد، مما قد يفوت الفرصة على المتعاقد الضعيف في إبطال العقد[1].

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نلاحظ أن المادة 88 منه تنص على أنه يمكن إبطال العقد الذي تم تحت سلطان رهبة بينة، والتي تحدث رعبا أو خوفا في نفس المتعاقد فتسلبه حرية الاختيار، يلاحظ أن هذا الشرط متوفر في حالة الضرورة، مما دفع جانبا من الفقه إلى إمكانية إدراج الإكراه الاقتصادي ضمن هذه المادة[2].

بينما ذهب جانب آخر إلى القول بأن الإكراه الاقتصادي يمكن إسقاطه على الفقرة الثانية من المادة 88، التي تنص على أنه: «تعتبر 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].

فحسب هذا الرأي فإن مفهوم المادة 88 فقرة 02 يتسع لإدخال التبعية الاقتصادية ضمن الإكراه، مادام أن صيغة الفقرة وردت عامة من شأنها احتواء هذا المفهوم، بينما يرى الأستاذ علي فيلالي عكس ذلك تماما، إذ لا يمكن حسبه إسقاط الإكراه الاقتصادي على المادة 88 من القانون المدني، ما دام أن حالة الضرورة لا تشترط فقط التعاقد تحت سلطان الرهبة البينية، وإنما هنالك شرطا آخر ألا وهو أن تكون هذه الرهبة غير صادرة عن المتعاقد أو عن الغير، وإنما نتيجة ظروف خارجية تماما[4].

وحسب رأينا فإنه لا يمكن إدراج الإكراه الاقتصادي ضمن مفهوم الإكراه الكلاسيكي المنصوص عليه بموجب المادة 88 من القانون المدني، لأن ذلك النوع من الإكراه يتناول عنصرين هما العنصر النفسي والعنصر المادي ولا توجد أي إشارة إلى العنصر

---

1 – **بعجي أحمد**، تأثير التوجيه التشريعي، على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2019، ص 188.

2 – **محمد حسنين**، المرجع سابق، ص 55.

3 – **عرعار عسالي**، مرجع سابق، ص 64.

4 – **علي فيلالي**، المرجع سابق، ص 211.

الاقتصادي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإكراه الاقتصادي بحد بذاته لا يكون بفعل المتعاقد أو الغير، وإنما هو حالة ضرورة، إنه حالة طارئة يشغلها الطرف المتعاقد بفرض شروط لصالحه لتحقيق أكبر قدر من الفائدة، والتي لو كان المتعاقد في ظروف عادية لما قبلها.

ما يلاحظ من خلال تعديل قانون العقود الفرنسي في أن المادة 1143 هي مادة مستحدثة تضم فقد الإكراه الاقتصادي وتبدأ المادة بالقول: «يتوافر الإكراه أيضا...» بمفهوم المخالفة لم يكن هذا النوع من الإكراه منصوصا عليها سابقا، كذلك المادة 1143 إستحدثت إلى جانب المواد 1140، 1141 و1442 والتي تنص جميعها على أحكام الإكراه الكلاسيكي والتي تقابلها المواد 88 و89 من القانون المدني الجزائري.

مما سبق يتبين أن عيب الإكراه الاقتصادي أصبح ضرورة تشريعية ملحة، فهو من أهم الآليات الحديثة لحماية الرضاء التعاقدي، والتي تعد حماية وقائية احترازية أكثر منها علاجية، يعول عليها في تحديد فكرة المساواة التعاقدية من المجردة إلى الفعلية.

كما أن تزايد العقود التي يبرمها المحترفون، مع عدم كفاية القواعد العامة ضمن نظرية عيوب الإرادة بالمفهوم التقليدي، يدفعنا إلى حث المشرع الجزائري لإدراج عيب الإكراه الاقتصادي كصورة أخرى من صور الإكراه في القانون المدني.

المبحث الثالث

إعادة التوازن العقدي آلية لحماية طرفي الرابطة العقدية

لم يشترط المشرع عند تكوين العقد أن يكون هذا الأخير متوازنا، لكن في الوقت نفسه اهتم بإعادة التوازن له في حالة اختلالها.

ويراد بالعقد غير المتوازن ذلك العقد الذي يهدد مصلحة أحد أطراف العلاقة العقدية مثل حالة وجود التزام مثقل على أحد الأطراف أو حالة تغير طبيعة الالتزام، ويراد بالعقد المتوازن العقد الذي يحقق لمتعاقديه مصالحهما ويزيد في أموالهما[1].

تنهض الحماية المدنية في هذه المرحلة، لمنح طرفي الرابطة العقدية الاطمئنان على العقود التي أبرموها، وبالتالي عدم مفاجأتهم بإبطال العقد، وإنما بتعديل الشروط التي قد تكون تعسفية فيه، فتكون الحماية مزدوجة لهما معا، حماية الطرف الضعيف عن طريق إعادة التوازن للعقد، وحماية الطرف القوي عن طريق عدم إبطال العقد والاستمرار فيه.

يعتبر المشرع العقد المختل توازنه عقد صحيح، إنما أثرت فيه ظاهرة التفاوت بين طرفيه إما بسبب استغلال طرف قوي لطرف ضعيف وفق ما يعرف في القواعد العامة بنظرية الاستغلال، أو بسبب عدم توازن أداءات الطرفين لوجود طرف ضعيف في العقد الذي يذعن ويقبل التعاقد، مع وجود شروط مجحفة وتعسفية في حقه تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي لمصلحة الطرف القوي وفق ما يعرف بنظرية الإذعان.

وعليه، سنتطرق في المطلب الأول إلى إعادة التوازن العقدي بسبب وجود عنصر الاستغلال وإلى إعادة التوازن العقدي بسبب وجود عنصر الإذعان في المطلب الثاني.

---

1 – **نساخ فطيمة**، مرجع سابق، ص 135–136.

المطلب الأول

إعادة التوازن العقدي بسبب وجود عنصر الاستغلال

تنص المادة 90 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 على أنه: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي، بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

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

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض مايراه القاضي كافيا لرفع العبن».

من خلال نص المادة 90 يتبين أن المشرع أخذ بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة وجعل له ضوابط، إذا ما توفرت تحقق عيب الاستغلال الذي يستدعي ضرورة تدخل القضاء لإعادة التوازن للأداءات.

لذلك سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الاستغلال وتحديد العناصر التي يقوم عليها، بينما نتطرق في الفرع الثاني إلى تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي.

الفرع الأول: تعريف الاستغلال وتحديد عناصره

سنتطرق فيما يأتي إلى تعريف الاستغلال ثم تحديد عناصره.

أولا-تعريف الاستغلال

يعرف الأستاذ علي فيلالي الاستغلال على أنه: «انتهاز المتعاقد حالة الطيش البين أو الهوى الجامع الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض»[1].

يعرفه كذلك محمود علي رشدان على أنه: «حالة تضمينة لفريق أول في العقد تنبعث منها إرادة استغلال ضيق للفريق الآخر أو طيشه أو عدم خبرته للحصول منه على مزايا تزويد عن المنفعة التي من المفترض أن تؤول إليه»[2].

بينما نجد فريقا آخر من الفقهاء يعرف الغبن والاستغلال معا، إذ وفي معرض تعريف الأستاذ العربي بالحاج للاستغلال، يعرف الغبن على أنه: «يقصد بالغبن اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة، نتيجة عدم التعادل، بين ما يأخذه كل متعاقد وما يعطيه».

ويعرف الاستغلال على أنه:« الاستغلال أمر نفسي أو شخصي لا يعتبر الغبن إلا مظهرا ماديا له، فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف أو المرض أو نقص التجربة التي يوجد فيها المتعاقد الآخر، للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخيرة أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتا كبيرا غير مألوف»[3].

نجد أيضا الأستاذ محمد حسن قاسم يعرف الغبن على أنه: «عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بمقتضى العقد، فللغبن فكرة مادية بحتة لا ينظر فيها إلا إلى الجانب المادي لإداءات الطرفين بموجب العقد»، بينما يعرف الاستغلال على أنه:

---

1 - **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 217.

2 - **نساخ فطيمة**، مرجع سابق، ص 140.

3 - **بلحاج العربي**، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 466.

«استفادة أحد المتعاقدين من حالة الضعف التي يوجد بها المتعاقد معه، استفادة تؤدي إلى عدم التعادل الفادح بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه»[1].

من مختلف التعريفات المذكورة يتبين لنا أن الغبن والاستغلال شيئان مختلفان تماما فالاستغلال أوسع دائرة من الغبن، فهو لا يقتصر على عقود المعاوضة فقط كما هو الحال في الغبن، وإنما يشمل جميع التصرفات[2].

كما أن الاستغلال لا يقتصر فيه الأمر على النظر إلى المضمون المادي لالتزامات المتعاقدين وعدم التعادل بينهما، وإنما ينظر أيضا إلى الحالة النفسية للمتعاقدين والتي تتمثل في حال الضعف النفسي عند المتعاقد المغبون، في حين أن الغبن يقتصر فيه الأمر على عدم التعادل الفادح بين التزامات الطرفين دون أي وجود لضعف نفسي[3].

إن نص المادة 90 من القانون المدني يصف المتعاقد ضحية الاستغلال "بالمغبون" مما يذكرنا بمفهوم الغبن، الذي اعتمده المشرع في بعض الحالات الخاصة مثلما هو الحال في الغبن في بيع العقار، والغبن في القسمة[4]، كما أن المشرع يشير في الوقت نفسه إلى فعل "استغلال الضعف النفسي" فيذكرنا بعيوب الرضاء.

لقد أثار هذا المزج بين المفاهيم مشكل تكييف هذه الحالة، فهل هي عيب في الرضا أم عيب في العقد؟ حيث يرى الأستاذ علي فيلالي أن تطبيق المادة 90 من القانون المدني هو أمر أقرب إلى عيوب الرضا، مبررا رأيه بأن العبرة بالدرجة الأولى هي بالضعف النفسي وليس بالتفاوت الموجود بين الالتزامات، وإنما يبطل العقد بسبب استغلال ذلك الضعف النفسي لدى المتعاقد الذي ينتج عنه اختلال في توازن الالتزامات ويضيف أن التفاوت في الالتزامات هو معيار للغبن، بينما هو نتيجة في الاستغلال[5].

---

1 – **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص 249.

2 – **علي علي سليمان**، مرجع سابق، ص 67 و68.

3 – **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص 249.

4 – راجع المواد 358، 415 و732 من القانون المدني الجزائري.

5 – **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 217.

إن المشرع الجزائري وعلى الرغم من تأثره بالقانون الفرنسي في معظم أحكام القانون المدني إلا أنه خالفه في نظرية الاستغلال، فالقانون الفرنسي لا يأخذ بنظرية الاستغلال بدليل نص المادة 1118 من القانون المدني القديم والمادة 1130 من القانون المدني الجديد التي يحدد فيها عيوب الإرادة في ثلاثة أنواع وهي الإكراه، والتدليس والغلط[1]، بينما نص على الغبن في بعض العقود الخاصة وبالنسبة لأشخاص معينين[2].

من خلال ما سبق يتبين لنا أن الاستغلال كعيب يشوب إرادة المتعاقد، لا يمكن إثارته إلا على أساس توافر عنصرين، عنصر موضوعي هو الغبن، وعنصر نفسي هو استغلال الطيش البين والهوى الجامح.

ثانيا-العنصر النفسي والموضوعي أساس قيام نظرية الاستغلال

تنص المادة 90 من القانون المدني: «...وتبين أن المتعاقد المغبون ما كان ليبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا...»، يتضح من مضمون المادة أنها حصرت حالتين نفسيتين لا ثالث لهما (الطيش البين والهوى الجامح) ويقصد بالطيش البين الخفة الزائدة التي تؤدي إلى التسرع وسوء التقدير، ويراد به كذلك الاندفاع أو عدم تقدير عواقب الأمور، وهو الاهتمام بالمنافع الحالية وإغفال المضار المستقبلية[3]. كما يعرف بأنه الميل الجارف الذي يضعف الإرادة فتنقاد للاستسلام[4]. ويتحقق الطيش البين مثلا في حالة سلب الوارث الذي يقع فريسة المرابين[5].

1- Art.1130 " L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes".

2 - **عادل حسن علي السيد**، أحكام إنقاص العقد الباطل، مكتبة زهراء الشرق، دون سنة نشر، دون رقم طبعة، ص 257.

3 - **عبد الرحمن عبد العزيز متولي سعودي**، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون سنة، ص 464.

4 - **نساخ فطيمة**، مرجع سابق، ص 141.

5 - **محمد حسين منصور وعبد السيد سمير تناغو**، القانون والالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون رقم طبعة، دون سنة نشر، ص 65.

أما الهوى الجامح، فهو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتنال من سلامة القرارات التي يتخذها، فميول النفس واشتهاؤها شيئا ما أو شخصا معينا يندفع معه المتعاقد المغبون ويسعى لتحقيق رغباته دون تبصر، غير مقدر للأضرار التي قد تلحقه[1].

ويعرف الهوى الجامح أيضا بأنه: «الشعور الملح العنيف نحو شخص أو شيء يمتلك الإنسان فيجعله غير قادر على الحكم على تصرفات معينة»[2]، ومثال الهوى الجامح في الحياة العملية الرجل العجوز الذي يتزوج امرأة شابة فتستكتبه عقودا لمصلحتها ومصلحة أولادها[3].

وعليه إذا تحقق عنصر من هذين العنصرين (الطيش البين والهوى الجامح) يتحقق شرط استغلال الظروف الشخصية للمتعاقد، ونكون أمام إرادة معيبة، والعيب هنا يعتري الحرية والإدراك معا[4].

غير أن المشرع الجزائري بتحديده لحالتين نفسيتين فقط يكون قد حصر مجال الاستغلال، وهذا لوحده قد لا يوفر الحماية للمتعاقد الذي قد يكون ضحية استغلال دون أن تتوفر فيه شروط الطيش البين أو الهوى الجامح، وفي ذلك ترى الأستاذة عرعار عسالي أن مجال الاستغلال قد يوسع، ويصنف إلى ثلاثة تصنيفات تتمثل في الوضعية الاقتصادية للمتعاقد الذي قد يكون معوزا والذي يضطر للتعاقد فيستغل الطرف الآخر في العقد وضعه الاجتماعي فينشأ العقد غير متوازن، كذلك الوضعية الذهنية الخاصة بالمتعاقد وهي التي تترجم من خلال الطيش البين والهوى الجامح، كما قد يضاف إليه

---

1 – **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 223.

2 – **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، طبعة 1992، ص 206.

3 – **محمد حسين منصور**، **عبد السيد سمير تناغو**، المرجع السابق، ص 65.

4 – **توفيق حسن فرج**، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1966، ص 362.

الوضعية المعرفية والثقافية للمتعاقد والتي تتمثل أصلا في عدم الخبرة والمهارة بين طرفي الرابطة العقدية[1].

كما أن العنصر النفسي لوحده لا يكفي للطعن في العقد، وإنما لا بد من توفر العنصر المادي الذي يعتبر أهم شرط لتطبيق نظرية الاستغلال، ولقد استهل المشرع نص المادة 90 من القانون المدني بذكر اختلال التوازن كشرط أول لتطبيق الاستغلال بقوله: «إذا كانت التزامات المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر...».

أما العنصر المادي فيتمثل العنصر المادي في التعادل بين التزامات كلا الطرفين ويختلف حسب نوع العقد المعني بالاستغلال، فقد يكون التفاوت في الأداءات، أي بين ما يعطي المتعاقد وما يأخذ، أو التفاوت بين حظ الربح والخسارة، أو في انعدام العوض أصلا.

الفرع الثاني: التوازن في الأداءات آلية لحماية المتعاقد المستغل

وفق القواعد المنظمة للعقد وضع المشرع جملة من الآليات يتدخل من خلالها القاضي لإعادة التوازن وتحقيق العدالة العقدية، حيث منح المشرع لهذا الأخير سلطة في حال ثبوت عيب الاستغلال غير موجودة في عيوب الرضا الأخرى (الغلط، التدليس والإكراه)، فليس للقاضي أن يوافق على طلب المتعاقد المتضرر حين يطلب إبطال العقد وإنما له أن يقوم بإنقاص الالتزامات فقط عوض الإبطال[2].

1 – **عرعار عسالي**، مرجع سابق، ص 113.

2 **نساخ فطيمة**، مرجع سابق، ص 143.

وعليه يظهر أن المشرع منح للقاضي بموجب نظرية الاستغلال رقابة على العقود فيقوم بنشاط ملحوظ في هذا الصدد سواء فيما تعلق بالعنصرين المكونين للاستغلال (المادي والمعنوي)، أو فيما تعلق بإنزال الأثر القانوني أو اختيار أثر قانوني ملائم، وذلك لتحقيق تعادل ما بين أداءات المتعاقدين[1].

فينصب دور القاضي وفق نظرية الاستغلال إذا ما رفعت الدعوى من طرف المتعاقد المستغل على اكتشاف عيب الضعف الشخصي أو النفسي الذي اعتراه، معتمدا على ما قرره له المشرع، من معيار الطيش البين والهوى الجامح ليحكم بما طلبه هذا الطرف، ولقد منح المشرع القاضي في نظرية الاستغلال سلطة تقديرية واسعة، فإذا كانت القاعدة العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تقضي بأنه لا يستطيع القاضي أن يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم، إلا أنه في نظرية الاستغلال يجوز له ان يقضي بأقل مما طلب منه، وفي هذه الحالة يعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل من طلب إبطال العقد.

وعليه تكمن الحماية في حكم القاضي بالإبطال إذا رأى أنها أحسن وسيلة لرفع الغبن، بينما قد يكتفي بإنقاص التزامات المغبون وإبقاء العقد إذا تبين له أن إجراء الإنقاص كافٍ لرفع الغبن[2]. وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في الفقرة الثالثة من المادة 90 من القانون المدني على أنه:« يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن»، وعليه فإنه يمكن بموجب هذا الحكم رفع الغبن في عقود المعاوضة ليس بإنقاص التزامات المغبون، وإنما بالزيادة في التزامات المستغل.

---

1 – **توفيق حسن فرج**، مرجع سابق، ص 194.

2 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 227.

بينما يلتزم القاضي بطلب المتعاقد الذي قام بفعل الاستغلال إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الغبن، فلا يمكنه إبطال العقد او إنقاص التزامات المتعاقد المغبون فما دام تراجع عن خطئه وأقر بإرادته الحرة أنه يقبل أن يزيد في التزاماته، فما الهدف من اللجوء إلى إبطال العقد، أو إنقاص التزامات الطرف المغبون التي قد يكون في الإنقاص منها بتر للهدف المنتظر من العقد.

غير أن القاضي وإن كان ملزما حسب الفقرة 03 من المادة 90 على قبول زيادة التزامات الطرف الذي قام بالاستغلال، إلا أنه يملك سلطة تقديرية واسعة فيما يخص مقدار الزيادة في الالتزامات التي من شأنها أن ترفع الغبن، وهذه حماية فعلية للطرف المغبون.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ علي فيلالي أن نتيجة إنقاص التزامات الطرف المغبون، أو زيادة التزامات الطرف المستغل هي رفع التفاوت الفاحش لاغير[1].

وإذا تحقق الاستغلال على النحو الذي أشرنا إليه فإنه يجوز للمغبون طبقا لأحكام المادة 90 من القانون المدني، أن يطالب بإبطال العقد أو الإنقاص من التزاماته خلال سنة واحدة من تاريخ العقد وإلا كانت دعواه غير مقبولة[2].

إن مدة وطبيعة هذا الأجل المعين قد تطرح إشكالا كبيرا في مجال حماية الطرف المغبون، ومثل هذا الأجل قد يتفق مع حالات الغبن في بيع العقار مثلا، لأن الغبن في مثل هذه الحالة هو عيب في العقد لا علاقة له بسلامة رضا المتعاقد المغبون، ومن الطبيعي أن تكون مدة الطعن في صحة العقد قصيرة.

---

1 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 228.

2 – المادة 90 فقرة 02:" ...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة".

ما يلاحظ بالنسبة لاعتماد المشرع لهذا الأجل في الاستغلال يجعل منه مختلفا عن باقي العيوب الأخرى (التدليس، والإكراه، والغلط) حيث تكون مدة التقادم فيها 05 سنوات سواء من تاريخ اكتشاف العيب بالنسبة للتدليس والغلط، أو من تاريخ نهايته بالنسبة للإكراه.

بينما مدة السنة التي منحها المشرع للطرف الضعيف المصاب بطيش بين أو هوى جامح قد لا تكون في صالحه وإنما هي في مصلحة استقرار المعاملات، على حد تعبير الأستاذ علي فيلالي[1].

يتبين أن ما يميز عيب الاستغلال عن باقي العيوب الأخرى في مسألة التكافل التعاقدي، ومضمون هذه الفكرة يظهر في حال ما إذا كان الطرف المستغل حسن النية ولم يكن قصده استغلال الطرف المغبون، بل اعتقدها مجرد صفقة مرحبة وفقط، وبذلك قد يتعذر على الطرف المغبون إثبات عنصر الاستغلال، فجاءت فكرة التكافل التعاقدي التي مفادها أن التفاوت الكبير، أو الغبن الفاحش هو وحده كافٍ لإعفاء المغبون من إثبات عنصر الاستغلال.

من خلال ما سبق يتضح لنا أنه كان من الأفضل على المشرع أن يجعل عنصر الاستغلال مستقلا عن باقي عيوب الإرادة الأخرى مثلما فعل المشرع الفرنسي، خاصة وأن عيب الاستغلال يختلف عن باقي العيوب الأخرى، سواء من حيث التعريف أو العناصر إضافة إلى المدة المحددة لرفع دعوى الإبطال أو الإنقاص، والتي تختلف عن المدة التي حددها المشرع بالنسبة لعيوب الإرادة الأخرى.

1 – **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 226.

المطلب الثاني

إعادة التوازن العقدي بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان

إن اتساع دائرة النشاط الاقتصادي، وظهور الشركات التجارية الاحتكارية قد جعل أحد الأطراف هو الذي يناط به وضع شروط العقد وبنوده، ولا يسمح للطرف الآخر مناقشتها أو التفاوض عليها، وهو مايصطلح عليه بعقود الإذعان.

وقد اعتبر المشرع هذا النوع من العقود صحيحة، تتم بتطابق إرادتين حرتين، وهي تخضع للقواعد العامة التي تطبق على الأنواع الأخرى من العقود، غير أنه وفي الوقت ذاته وضع حماية تشريعية فعالة لصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بما تفرضه المصلحة العامة، ومنها جواز تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي من طرف القاضي، أو تفسير تلك الشروط الغامضة لمصلحة الطرف المذعن.

وعلى هذا سنتطرق إلى تعريف عقد الإذعان في الفرع الأول، ثم إلى كيفية مواجهة الشروط التعسفية فيه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان

تشكل عقود الإذعان خطرا على المتعاقد بفرض شروط جائرة عليه، قد ترهقه من جهة، وتقضي على مبدأ العدالة التعاقدية من جهة أخرى، لذلك اهتم الفقه والتشريع على حد سواء بالبحث عن تعريف لعقد الإذعان.

أولا–دور الفقه في تعريف عقد الإذعان

أطلق الفقه الفرنسي تسمية عقد الانضمام، لأن من يقبل العقد دون مناقشة إنما ينظم إليه، وبذلك فإن عقد الانضمام يعدّ أوسع دلالة لأنه يشمل الإذعان وغيره من العقود التي ينظم إليها القابل، دون مناقشة شروط ومحتوى العقد[1].

1 – **خالد معاشو**، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة قالمة 2016، ص 37.

وأول من استعمل مصطلح عقد الإذعان (contrat d'adhésion) هو الفقيه الفرنسي ساليه في كتابه " إعلان الإرادة " سنة 1901[1]

وقد شهد تعريف عقد الإذعان اختلافا بين المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث فعرفه الفقيه ساليه على أنه: «تغلب قاصر على إرادة واحدة، تعمل كإرادة منفردة تملي قانونها ليس على فرد ولكن على مجموعة غير محددة، فتلتزم من جانب واحد حتى يقع العقد من هؤلاء الذين يريدون قبول قانون العقد»[2]، وعرفه جانب آخر من الفقه التقليدي على أنه: «ذلك العقد الذي يسلم فيه أحد المتعاقدين بشروط مقررة يضمها المتعاقد بشكل لا يسمح له هذا الأخير بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها»[3].

عرف عقد الإذعان أيضا أنه: «العقد الذي يحد فيه الموجب الذي يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي، شروط يحددها مسبقا في ذلك العقد، وبشكل مكتوب وغير قابل للتعديل أو المناقشة من الطرف الآخر يوجهها الموجب للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليها، بحيث يتولى الموجب وفقا لذلك العقد بعرض سلعة أو خدمة معينة»[4].

يلاحظ أن التعريف التقليدي لعقد الإذعان يضيق من مجال تطبيقه، وهذا ما يستخلص أيضا من خصائصه التي حددها الأستاذ عبد الحميد بن شنيتي في أن مركز قوة المتعاقد تستمد من احتكار السلع والخدمات، وأن العرض الذي يتولاه الطرف القوي

---

1 – **خديجة فاضل**، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، مقال منشور في حوليات جامعة الجزائر 01،عدد خاص، تحت عنوان القانون المدني بعد أربعين سنة، العدد 05 سنة 2016، ص 307

2 – **أعصم أحمد حمدي إمام**، أثر تشريعات حماية المستهلك على القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018 ص 155.

3 – **خالد معاشو**، مرجع سابق، ص 38.

4 – **محفوظ بن حامد لعشب**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1984، ص 27.

المحتكر يكون عاما موجها إلى عامة الناس بشكل دائم ومستمر[1] كذلك التعريف التقليدي جعل من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع ومرافق تعد من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين فقط[2].

يتميز عقد الإذعان بثلاثة خصائص، أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين، أو المنتفعين، ثانيها يتمثل في احتكار الموجب لهذه السلعة أو سيطرته عليها مما يجعل المناقشة فيها محدودة النطاق، وثالثها صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، أي لمدة غير محدودة[3].

لكن وبعد التطور الحاصل في المجتمع لم تبقَ حالة احتكار السلع والخدمات المصدر الوحيد الذي يجعل المتعاقد في مركز قوة، بل ظهرت اعتبارات أخرى كالتفاوت الاقتصادي والاجتماعي وحتى المعرفي، الذي ساعد على تراجع المساواة بين المتعاقدين وتباين مراكزهما، ولعلّ هذه الظاهرة قد دفعت الفقه الحديث إلى البحث في التصور الحديث لعقود الإذعان من أجل إيجاد حلول للمتعاقد الضعيف الذي ليس له الحق في التفاوض.

وعليه، ووفقا لهذا التصور الجديد لعقود الإذعان قام الأستاذ علي فيلالي بتعريفه على أنه: «هو العقد الذي يملي فيه المتعاقد الأول شروطا على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها»[4] وفي ذات السياق يرى الأستاذ محمدي سليمان أنه: «أمام تطور العقد يجب أن يغير تعريف عقود الإذعان، إذ أن تحرير العقد بصفة منفردة ستضمن حتما بنودا تخدم مصلحة محرر العقد، وفي هذا الوضع تجدر حماية الطرف الآخر من هذا الأمر، ويتطلب ذلك تغيير مفهوم عقد الإذعان وإدماج العقود النموذجية ضمن عقود

---

1 – **بن شنيتي عبد الحميد**، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1996، ص 42.

2 – **إبراهيم سيد أحمد**، عقود الإذعان فقها وقضاء، دار الكتاب القانونية، مصر، سنة 2010، ص 75.

3 – **عبد الزراق السنهوري**، مرجع سابق، ص 330.

4 – **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 82.

الإذعان»[1] كذلك عرفه الأستاذ محمد حسن قاسم على أنه: «العقد الذي ينفرد فيه أحد الأطراف بوضع شروط التعاقد، بحيث يقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول تلك الشروط دون مناقشة، إذا ما أراد الدخول في علاقة تعاقدية مع الطرف الأول»[2].

من خلال التعريفات الحديثة يتضح أن عقد الإذعان لم يعد يضم شرطي الاحتكار وضرورة السلعة أو الخدمة، وإنما يقتصر على شرط واحد فقط هو انفراد أحد الطرفين بوضع شروط العقد وفرضها على المتعاملين معه[3].

ثانيا–دور التشريع في تعريف عقد الإذعان

لم يورد المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني أي تعريف لعقد الإذعان غير أنه وضع له حكما قانونيا من خلال المادة 70 من القانون المدني إذ تنص على أنه: «يحصل القبول في عقد الإذعان، بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها».

من خلال المادة 70 يلاحظ أن المشرع أعطى مفهوما غير مباشر لعقد الإذعان والذي يركز من خلاله على فكرتين، الفكرة الأولى هي انفراد الموجب بوضع شروط العقد والفكرة الثانية هي عدم قابلية تلك الشروط للمناقشة من الطرف الآخر، هاتين الفكرتين تتوافقان تماما مع التعريفات الفقهية الحديثة لعقود الإذعان.

غير أن المشرع الجزائري سرعان ما تدارك الأمر وجاء بتعريف مباشر ودقيق لعقد الإذعان بموجب التشريعات الخاصة، حيث عرفه بموجب المادة 03 فقرة 04 من القانون 04–02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه: «كل اتفاق أو اتفاقية

---

1 – **محمدي سليمان**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقاري على التصاميم، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، سنة 2010، ص 61.

2 – **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص 54.

3 – **خالد معاشو**، مرجع سابق، ص 39.

تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه».

من خلال هذا النص يتضح أن عقد الإذعان هو عقد محرر بصفة أحادية من قبل أحد المتعاقدين (المتعاقد القوي) فيحدد شروط العقد التي تكون غير قابلة للمناقشة من الطرف الثاني المذعن (المتعاقد الضعيف)، فالعبرة أصبحت بتحديد شروط العقد بصفة أحادية ومسبقة، أيا كان السبب في ذلك، سواء أكان احتكارا (وفق النظرية التقليدية) أم تفاوتا إقتصاديا أم معرفيا يحرم الطرف المذعن من مناقشة تلك الشروط (وفق النظرية الحديثة)، وبذلك يكون التعريف الذي أورده المشرع بموجب هذا النص الخاص أوسع نطاقا من التعريف الذي استخلصناه من القانون المدني.

وبالمقارنة نجد أن المشرع الفرنسي قام بتعريف عقد الإذعان بموجب المادة 1110 فقرة 02 من قانون العقود الجديد حيث نص على أنّ: «عقد الإذعان هو العقد الذي تكون شروطه العامة، غير قابلة للتفاوض، محددة سلفا من قبل أحد الأطراف»[1].

الملاحظ أن نص المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي ينطبق مع أحكام المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ليس من ناحية الصياغة أو الشكل ولكن من حيث الأحكام، فعقد الإذعان وفقا للمادتين هو العقد الذي ينفرد أحد أطرافه بوضع شروط مسبقة لا تقبل مناقشتها من الطرف الثاني، فكان أولى أن ينص المشرع الجزائري على تعريف عقد الإذعان في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة مثلما فعل نضيره الفرنسي دون أن يترك مسألة تعريفه للتشريعات الخاصة.

1 - art – 1110/02: " le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation sont déterminées à l'avance par l'une des parties".

إن الحاجة إلى تعريف عقد الإذعان في القانون المدني أصبحت ضرورة حتمية بسب كل التطورات التي لم يعد بالإمكان استعابها، حيث أصبحت عقود الإذعان تحيط بالمستهلك في حياته اليومية، فعقود النقل مهما كانت الوسيلة المستعملة فيها (حافلة قطار طائرة...) فهي من العقود التي لا يمكن مناقشة شروطها، وكذا عقد الاشتراك في الهاتف والإنترنت والكهرباء والغاز، والعقود التي تتعلق بالبنك في علاقته مع عملائه وحتى في الأسواق والمحلات، فوضع البائع سلفا للأسعار يعني عدم إمكانية مناقشتها من طرف المشتري، إن تخلف إمكانية المناقشة في عقود الإذعان يترجم عدم توازن القوى بين أطراف العلاقة التعاقدية، ويجعل هذه العقود الوسيلة المثلى لممارسة التعسف على الطرف الضعيف.

مما سبق يتبين أن الطرف القوي، وهو بصدد وضع شروط العقد لن يتردد في مراعاة مصلحته على حساب الطرف الضعيف، الذي لن يراعي له أي اعتبار، إما أن يقبل الشروط وإما أن يرفضها برمتها، وبالتالي يعزف عن التعاقد، وهو أمر مستبعد غالبا.

وعليه إن الحاجة الماسة لضروريات الحياة اليومية تجعل هذا الطرف الضعيف يقبل على التعاقد، ويقبل بالشروط التعسفية المجحفة تحت عنوان "الحاجة"، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن كيفية توفير الحماية للطرف المذعن (الطرف الضعيف)، وكيفية تصدي المشرع للشروط التعسفية في عقد الإذعان.

الفرع الثاني: مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان

إذا كان المشرع قد اعتبر عقد الإذعان عقدا صحيحا مثلما جاء في نص المادة 71 من القانون المدني، إلا أنه حرص في الوقت ذاته على أن يحيط المتعاقد المذعن أو الضعيف، المنتفع من السلع أو الخدمات، أو المرافق، بحماية تشريعية خاصة، حيث نص في المادة 110 من القانون المدني على أنه: «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».

يتضح أن نص المادة 110 يتضمن مسألتان، المسألة الأولى هي تضمن عقد الإذعان لشروط تعسفية، والمسألة الثانية هي تدخل القاضي لمحاربة هذه الشروط، وعليه سنقوم في هذا الفرع بالبحث في مفهوم الشرط التعسفي أولا ثم نتطرق ثانيا إلى كيفية مواجهته في عقد الإذعان.

أولا-مفهوم الشرط التعسفي

لم يعرف المشرع الشرط التعسفي ضمن أحكام القانون المدني ولاسيما المادة 110 منه، إلا أنه عرفه بموجب التشريعات الخاصة، فبالرجوع إلى المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، نجده عرف الشرط التعسفي بقوله: «الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده كان أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنها الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

من خلال النص أعلاه يتضح أن المشرع عرف الشروط التعسفية على أنها: الشروط التي يتضمنها العقد، والتي تؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين.

بالمقارنة نجد أن المشرع الفرنسي كان دائما حريصا على التصدي لمحاربة الشروط التعسفية في مجال عقود الاستهلاك، انطلاقا من قانون حماية المستهلك لسنة 1978[1] إلى غاية القانون رقم 95-96[2]، حيث تنص المادة 212-01/01 منه على أنه: «في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، توصف بالتعسفية البنود التي لا يكون محلها أو أثرها إلى إنشاء اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد».

1 - القانون رقم 78-23 المؤرخ في 1978/01/10 المتضمن قانون حماية وإعلام مستهلكي المنتجات والخدمات، يعدّ أول قانون فرنسي ينص على الشروط التعسفية من خلال المادة 35 منه.

2 - القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995 المتعلق بقانون الاستهلاك الفرنسي.

إن تعريف المشرع الفرنسي للشرط التعسفي يجعله غير مرتبط بعقود الإذعان المحررة مسبقا من طرف المتعاقد، الأمر الذي يوسع من نطاق الحماية التي تكفلها الأحكام الخاصة.

وكان الأجدر بالمشرع الجزائري الأخذ بالتجربة الفرنسية في مجال تعريف الشرط التعسفي في مجال عقود الاستهلاك، خاصة وأن قانون حماية المستهلك الجزائري جاء خاليا من الإشارة إلى الشروط التعسفية.

أما بالنسبة للتعريف الذي جاء به المشرع الجزائري للشروط التعسفية بموجب المادة 03 فقرة 05 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، وبمقارنته بتعريف المشرع الفرنسي يتبين أنه تبنى تقنية الربط بين الشرط التعسفي وعقد الإذعان، وهي التقنية المستمدة من الأحكام العامة طالما أن المشرع انطلق من فكرة أساسية في هذا القانون مفادها أن عقد الاستهلاك لا يكون محلا لتطبيق الأحكام الرامية لإعادة التوازن العقدي إلا إذا اشتمل على خاصية الإذعان، فكان من الأحسن للمشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع الفرنسي نظرا لتطور مصدر التعسف من الإذعان التعاقدي إلى ميزة التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف[1].

لقد إجتهد الفقه في تعريف الشرط التعسفي على أنه: «الشرط الذي يفرضه المهني على غير المهني مستغلا في ذلك سطوته الاقتصادية»[2].

ويعرف أيضا على أنه: «ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه، وحالة الطرفين، وفقا لما

1 – **خالد معاشو**، مرجع سابق، ص 55.

2 – **محمود عبد الرحيم الديب**، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 34.

تقضي به العدالة»[1] يلاحظ أن هذا التعريف جاء متأثرا بالمادة 110 من القانون المدني فيما يعرف بالعدالة العقدية، ومدى استناد القاضي عليها في تقدير الطابع النفسي.

كما يعرف الشرط التعسفي أيضا على أنه: «ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له، أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية في مواجهة الطرف الآخر»[2].

من التعريفات السابقة نلاحظ أن الفقه ربط مسألة تعريف الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك، إذ استعمل عبارات "محترف، و"مهني"، و"مستهلك"، مركّزا أيضا على التفاوت في القدرة الاقتصادية.

إن ربط الفقه لمسألة تعريف الشرط التعسفي بقانون حماية المستهلك إنما يرجع السبب فيه إلى أن التشريعات الحديثة لم تجعل الشروط التعسفية مرتبطة بعقود الإذعان فقط، وإنما أتت ضمن السياسة التشريعية الهادفة إلى حماية المستهلك، في مواجهة المهني أو المحترف الذي يتعاقد معه في إطار ما بات يعرف بعقود الاستهلاك، بمعنى أن الحماية التي تكفلها هذه التشريعات إنما تتوقف على صفة المتعاقد باعتباره مستهلكا، وليس على نوع العقد، إلا أن عقود الإذعان، وبالنظر إلى طريقة انعقادها وانفراد أحد أطرافها بوضع شروطها دون مناقشة الطرف الآخر تبقى هي المجال الخصب للشروط التعسفية[3].

---

1 – **محمد بودالي**، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2006.

2 – **حمد الله محمد حمد الله**، حماية المستهلك في مواجهة التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر 1997، ص 53.

3 – **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص 59.

مما سبق ولاعتبار الشرط تعسفيا لا بد من أن يتعلق الأمر بشرط أدرج في العقد المبرم بين المحترف وغير المحترف، مهما كانت طبيعته سواء أكان عاما أم خاصا تعاقديا أم بموجب قانون أو تنظيم (عقود المرفق العام)، ما دام كان موضوعه خلق عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد[1].

ويستوي الأمر كذلك في امتداد الحماية للشروط التعسفية التي علم بها المذعن وتنبه لها، فلا يمكن جعل الحماية قاصرة على الشرط الذي لم ينتبه إليه الطرف المذعن فالحماية تضم كل الشروط التعسفية حتى ولو علم بها الطرف المذعن، فهذا هو جوهر التعسف في عقود الإذعان، ذلك أن الطرف المذعن يستطيع رفض الشرط الذي يتضمنه العقد حتى لو علم به وكان مدركا لمدى الإجحاف الذي عرض عليه[2].

وإذا كان المشرع الجزائري لم يضبط مسألة تعريف الشرط التعسفي، بموجب أحكام القانون المدني، فإنه قد ترك مسألة تقدير الصفة التعسفية في عقد الإذعان لقاضي الموضوع، هذا الأخير قد يسيء استعمال سلطته التقديرية على نحو قد لا يتحقق معه الاستقرار اللازم في المعاملات التعاقدية.

وبالتالي كان من الأفضل لو أن المشرع الجزائري اعتمد معيارا محددا يستعين به القاضي لإعلان الصفة التعسفية لما يتضمنه عقد الإذعان من شروط يكون أكثر انضباطا من معيار "العدالة" الذي أورده في المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية.

ثانيا-نظام مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان

حرص المشرع على تهييء حماية خاصة للطرف الضعيف في عقود الإذعان فجاءت هذه الحماية وفقا للمادتين 110 و112 فقرة 02 من القانون المدني، حيث يمنح

---

1 - **بودالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، دون سنة طبع، ص 23 وما بعدها.

2 - **حسن عبد الباسط جمعي**، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 243.

من خلال المادة 110 الحق للقاضي في التعديل أو الإعفاء من الشرط التعسفي، كما أنه بإمكانه منح الحق في تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان لصالح الطرف المذعن من خلال المادة 112 فقرة 02.

إن سلطة التعديل أو الإعفاء الممنوحة للقاضي تخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التمييز، وتخرج أيضا عن مبدأ سلطان الإرادة[1] ويرى الأستاذ بودالي أن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وفقا للمادة 110 من القانون المدني إنما هي سلطة جوازية وليست وجوبية، فيجوز حسبه لقاضي الموضوع ألا يستعمل الرخصة المخولة إليه على الرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان[2].

غير أننا نخالف هذا الرأي، لأن المادة 110 من القانون المدني إنما منحت الخيار للقاضي، إما بتعديل الشروط التعسفية إذا كانت تقبل التعديل، وإما بإعفاء المتعاقد الضعيف منها إذا كان تعديلها غير ممكن، فتكون المسألة تقديرية للقاضي بين التعديل أو الإنهاء حسب طبيعة الشروط، فقد تكون الشروط التعسفية متصلة مثلا بالمقابل الذي يعرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل، أو الثمن في عقد البيع أو القيمة الإيجارية في عقد الإيجار، مما يجعلها شروطا جوهرية في العقد فيصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الضرر على المتعاقد الضعيف والمذعن.

---

1 – **علي مصبح صالح الحيصة**، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، سنة 2011، ص 48.

2 – **محمد بودالي**، مرجع سابق، ص 102.

كما قد يلجأ القاضي إلى استخدام سلطته في الإعفاء من الشرط التعسفي حينما يقدر أن تعديل الشرط ليس هو الوسيلة المجدية لإزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط وهي الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه مظهر التعسف في العقد، ولا يتحقق العدل إلا بإزالة وإعفاء الطرف المذعن منه[1].

وبالتالي وحسب مقتضيات المادة 110 من القانون المدني يقع على القاضي إلزاميا إعادة التوازن للعقد متى توفرت شروط ذلك، وهي وجود عقد تم بطريق الإذعان يتضمن شروطا تعسفية أدت إلى اختلال توازن العقد مع تمسك الطرف الضعيف بحقه في الحماية.

تعتبر سلطة القاضي في حماية الطرف الضعيف عن طريق التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية غير مرتبطة بالنظام العام، أي لا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، إنما لا بد من إثارته من طرف المتعاقد الضعيف، وهذا ما يعاب على نص المادة 110 من القانون المدني، فكان أولى على المشرع أن يجعل سلطة القاضي في التعديل والإنهاء من النظام العام لبسط أكبر قدر من الحماية في مواجهة هذه العقود التعسفية التي انتشرت بكثرة في عصرنا الحالي.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون العقود الفرنسي الجديد لم يعطِ للقاضي سلطة تقديرية في جواز التعديل من الشرط التعسفي أو الإعفاء منه وإنما جاء بصيغة الأمر أن على القاضي اعتبار الشرط التعسفي كأن لم يكن، وبالتالي الإعفاء منه، فنص في المادة 1171 فقرة 01 من القانون المدني الفرنسي على أنه: «يعتبر كأن لم يكن كل شرط في عقد الإذعان يرتب اختلالا واضحا في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد»[2].

---

1 – **بن شنيتي حميد**، مرجع سابق، ص46 وما بعدها.

2 - Art 1171/01:" Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite".

يكون المشرع الفرنسي في المادة 1171 فقرة 01 قد خطى خطوة جريئة بعدم منح القاضي أي سلطة تقديرية بين جواز الإبقاء على الشرط التعسفي مع التعديل فيه أو الإعفاء منه، وهو بذلك أقر حماية أكيدة للطرف الضعيف باستبعاد الشرط التعسفي تماما.

وبالنسبة لسلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان فقد نصت المادة 112 فقرة 02 من القانون المدني على أنه: «...لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن».

يستخلص من هذا النص أن في عقود الإذعان ينفرد المتعاقد القوي أو المحترف بوضع شروط العقد وإملاء إرادته على الطرف الضعيف، حيث يورد شروطا تحتمل أكثر من معنى.

إن هذا الإبهام قد يكون مرجعه إيراد المحترف لشرط خاص غامض وناقص كما هو الحال مثلا بالنسبة لوصل الضمان الذي يبين الأداءات التي يلتزم بها البائع في إطار الضمان الاتفاقي، هل يقصد بها إصلاح المنتوج المبيع أم استبداله أم رده؟ وقد يكون مرجعه إلى التناقض بين الشروط المختلفة في العقد نفسه، كما هو الحال بالنسبة لوثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين وتنص في قسم آخر منها على أن الخطر نفسه لا يغطيه التأمين مما يؤدي إلى الشك فأي شرط يعتد به؟

إن هذه العبارات الغامضة كثيرا ما توضع عن قصد، لأنها تسمح للمتعاقد القوي بتمرير شروط معينة تحت ستار الغموض والإبهام، بحيث لو كانت واضحة لما أقبل المتعاقد على التعاقد[1]، أو انتبه لها، إلا أنه لم يكن لديه الخيار في القبول من عدمه.

وعليه فإن المادة 112 فقرة 02 تمنح للقاضي وسيلة للكشف عن العبارات المبهمة في عقد الإذعان على أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا، وذلك خلافا للقاعدة الأصلية المنصوص

1 – **بوادالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 61.

عليها بموجب الفقرة 01 من المادة نفسها التي تقضي أن يكون التفسير عند الشك لمصلحة المتعاقد المدين، على أساس أنه إذا كان في الشروط لبس أو إبهام فمن العدل أن يتحمل هذا الأخير جزاء تقصيره في إيضاح شروط العقد، ما دام هو الذي صاغ هذه الشروط.

ولقد نص المشرع الفرنسي بموجب المادة 1190 من قانون العقود الجديد على أنه: «في حالة الشك يفسر عقد المساومة ضد مصلحة الدائن، ولصالح المدين، ويفسر عقد الإذعان ضد مصلحة الطرف الذي وضع شروطه»[1] أي أنه في حال الشك يفسر عقد المساومة ضد الدائن ولصلاح المدين، ويفسر عقد الإذعان ضد من اقترحه.

هذه المادة وإن كانت تحمل الأحكام نفسها التي جاءت بها المادة 110 من القانون المدني الجزائري، إلا أنها تعدّ أكثر وضوحا وتناغما مقارنة بسابقتها.

1 - Art 1190:" Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprété contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé".

الباب الثاني

الحماية المدنية في مرحلة

تنفيذ العقد

الباب الثاني

الحماية المدنية في مرحلة تنفيذ العقد

إذا انعقد العقد صحيحا واستوفى جميع أركانه وشروطه، توفرت له قوة ملزمة فيصبح مضمونه واجب التنفيذ وبحسن نية، هذا الوجوب هو ما يعرف "بالقوة الملزمة للعقد"، تلك القوة التي تضفي الحماية على تنفيذ العقد والتي صاغها فقهاء القانون وبالخصوص رواد المذهب الشخصي في المبدأين الشهيرين "العقد شريعة المتعاقدين" و"مبدأ سلطان الإرادة".

غير أن الواقع أثبت أن العقد الذي ينشأ صحيحا في مرحلة تكوينه قد يتغير ويختل في مرحلة تنفيذه، مما جعل مبدأ القوة الملزمة للعقد لوحده لا يوفر الحماية الكافية، ويستدعي بالضرورة تدخلا لإعادة التوازن فيه.

إن الاختلال الذي يقع في العقد في مرحلة تنفيذه تتعدد أسبابه بين ماهو راجع إلى طرفي الرابطة العقدية بسبب إغفالهم لبعض المسائل، وعدم إلمامهم بموضوع العقد، أو بسبب ظروف طارئة استثنائية تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لطرف على حساب الآخر أوبسبب شرط اتفاقي وضعه الطرفان بدا للوهلة الأولى أثناء إبرام العقد أنه عادل ومنطقي غير أنه أثناء التنفيذ ثبت العكس من ذلك تماما.

كل هذه الظروف دفعت بالقوانين التي اعتنقت مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" إلى الخروج عن هذا المبدأ، والتسليم بأن العقد لا يقتصر على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين فحسب أو على ما اتفق عليه الطرفان فقط، فوضعت استثناءات للمبدأ العام.

كذلك منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة بمناسبة نظره في دعوى الفسخ التي يرفعها أحد المتعاقدين بحجة عدم تنفيذ الطرف الثاني لالتزامه، فمكنه سلطة تعديل الأجل المتفق عليه لتنفيذ العقد احتراما لمبدأ حسن النية، ومنع تعسف الدائن من استعمال حق طلب الفسخ بسب عدم تنفيذ الالتزام أو المماطلة فيه.

سنتطرق في الفصل الأول إلى تدخل الحماية المدنية للحد من مضمون القوة الملزمة للعقد، ثم نتطرق في الفصل الثاني إلى تدخل الحماية المدنية من أجل ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

الفصل الأول

تدخل الحماية المدنية للحد من القوة الملزمة للعقد

الفصل الأول

تدخل الحماية المدنية للحد من مضمون القوة الملزمة للعقد

يترتب على القوة الملزمة للعقد مبدأ تنفيذ العقد وبحسن نية ووفقا لما اشتمل عليه فالعقد الذي نشأ صحيحا أصبح بمثابة قانون بين المتعاقدين، يفرض عليهما واجب تنفيذ مضمونه وبحسن نية، فلا يجوز تدخل أي طرف أجنبي في هذه العلاقة احتراما لمبدأ سلطان الإرادة.

غير أنه قد يحدث أن يغفل الطرفان عن تحديد العناصر الثانوية في عقودهم فيكون مضمون عقدهم ناقصا يستحيل تنفيذه، مما يستوجب تدخل سلطة القاضي من أجل تكميله كما أنه قد يحدث أن تكون عبارات العقد غامضة أو مبهمة وقد يختلف الطرفان في الوصول إلى اتفاق بشأنها فيستحيل تنفيذه أيضا، مما يستدعي تدخل سلطة القاضي من أجل تأويله للوصول إلى ما قصده طرفا الرابطة التعاقدية ضمانا لحسن تنفيذ العقد.

كما أنه وبسبب التطورات الصناعية والتكنولوجية التي فاقت العقل البشري وأحدثت تفاوتا معرفيا كبيرا بين طرفي الرابطة العقدية، ظهرت مجموعة من المبادئ والقيم الاجتماعية هدفها تحقيق المساواة الفعلية بين أفراد المجتمع بصفة عامة، وطرفي الرابطة العقدية بصفة خاصة، مما أدى إلى تدخل المشرع مرة أخرى لمنح القاضي سلطة لتعديل العقد أو نقضه بهدف إعادة التوازن العقدي.

سنتطرق في المبحث الأول إلى تأويل العقد وتكميله تحقيقا للعدالة العقدية، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى نقض العقد وتعديله بين تحقيق العدالة العقدية وإعادة التوازن العقدي

المبحث الأول

تأويل العقد وتكميله أداة لتحقيق العدالة العقدية

إذا كان من محاسن الشكلية هي حماية المتعاقدين من كل لبس أو غموض في العقد لأن مضمونه يكون محددا ودقيقا في كثير من الأحيان، إلا أن الرضائية التي تسير العمليات التعاقدية كثيرا ما تسيء إلى المتعاقدين، فإلى جانب إغفالهما لبعض التفاصيل قد يكون التعبير عن إرادتهما غير دقيق أيضا، فيصبح مدلولا اتفاقهما غامضا ومحل شك أيضا[1] مما يشكل خطرا على حسن تنفيذ العقد، فيأتي دور الحماية التي تتمثل في تدخل القاضي لتأويل العبارات الغامضة فيه.

كما أنه قد يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد تاركين المسائل التفصيلية، إما لكونهما لم يستطيعا التوصل إلى اتفاق بشأنها، أم أنها فاقت توقعاتهما خاصة في بعض العقود التي قد يتطلب تنظيم مسائلها التفصيلية درجة عالية من الدقة والمعرفة بموضوع العقد، فتأتي الحماية عن طريق تدخل القاضي لتوسيع مضمون العقد ضمانا لحسن تنفيذه، والتخفيف من الصرامة العقدية مع المحافظة على تكافؤ الأداءات.

سنتطرق إلى تدخل القاضي لتأويل العقد في المطلب الأول، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى تدخل القاضي لتكميل العقد.

المطلب الأول

تدخل القاضي لتأويل العقد

تكمن الحماية المدنية في هذه المرحلة بالذات أن للقاضي سلطة في تأويل العقد[2] الغامض حماية لإمكانية مواصلة تنفيذه، وفي الوقت ذاته حرص المشرع على حماية إرادة

---

1 – واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن:" العقد الشفهي هو عقد غامض بطبيعته"، قرار مشار إليه في مرجع **علي فيلالي**، السابق، ص 411.

2 – استعمل المشرع في التقنين المدني الجزائري عبارة "تأويل العقد"، وهي العبارة ذاتها التي استعملها الأستاذ علي فيلالي. أما المشرع المصري فقد استعمل عبارة "تفسير العقد" في المادة 150 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه:" إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها...".

المتعاقدين، فالقاضي مقيد في هذه العملية بجملة من الأحكام والضوابط والتي سنتطرق إليها في الفرع الأول، ولرقابة المحكمة العليا التي سنتطرق إليها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تأويل عبارات العقد

تنص المادة 111 من القانون المدني على أنه: «إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هنالك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

يتضح من نص المادة 111 من القانون المدني أن مبدأ القوة الملزمة للعقد لا يلزم المتعاقدين فحسب بل يلتزم القاضي به أيضا، فلا يمكنه أن يتعدى إلى تأويل العبارات الواضحة التي أرادها المتعاقدان تحت أي ظرف كان، حتى ولو كان بداعي مخالفتها لمبادئ العدل والإنصاف[1] فلا يجوز له تحريفها، أما إذا كانت العبارات غامضة فإن المشرع قد وضع استثناء بالسماح للقاضي بالتدخل لتأويل العقد تسهيلا لتنفيذه، ومنع المتعاقد الدائن من التعسف في استعمال حقه وإلحاق الضرر بالمدين، أما في حالة الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين، فإن المشرع قد وضع حلا حماية للمدين.

=وهي العبارة نفسها التي استعملها غالبية الفقه على غرار **بلحاج العربي** في كتابه نظرية العقد، المرجع السابق، ص 404. **وعلي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 101، **ومحمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 11. **وعبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 659.

وعلى كل فإن مصطلحا "التأويل و"التفسير" هما مصطلحان مترادفان، يقصد بهما في مجال العقود:" تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، مستندين في ذلك على صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به". سمير حسن الهادي، القواعد القانونية في تفسير العقد، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، ص 125.

1 – **جاك غستان**، الأحوال في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2001، ص 81.

أولا-العبارات الواضحة لا يجوز للقاضي تأويلها حماية لمبدأ سلطان الإرادة

تنص المادة 111 فقرة 01 من القانون المدني: «إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين...».

والمقصود بوضوح العبارة، التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة والإرادة الباطنة أي أن الألفاظ أو الكلمات أو الإشارات المستعملة قد عبرت بصدق عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين[1].

ويرى الأستاذ بلحاج العربي أن الوضوح المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 111 من القانون المدني هو وضوح مدلول العقد في جميع بنوده، فينظر إلى العقد على أنه وحدة كاملة ولا ينظر إلى جملة أو عبارة بمفردها، ذلك أنّ عبارات العقد وحدة متكاملة الأحكام متصلة الأجزاء، يفسر بعضها بعضا، مما يتطلب أن يكون العقد واضحا في دلالته الكلية، وهذا هو المقصود بالعبارة الواضحة، التي لا يجوز للقاضي الانحراف عنها بحجة التفسير أو التأويل[2] ويجب على قضاة الموضوع تطبيق الاتفاقات المبرمة بين الأطراف وليس لهم قانونا حق تغيير شروطها أو بنودها متى كانت واضحة بنية[3].

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1192 من القانون المدني الجديد على أنه لا يجوز تفسير الشروط الواضحة والمحددة وإلا اعتبر ذلك تحريفا لها[4].

هذا ويعتقد بعض الفقهاء أمثال الأستاذ محمد صبري السعدي وبلحاج العربي أنه إذا ثبت أن العبارة لا تعبر عن المقصود رغم وضوحها فإنه يمكن العدول عن المعنى الظاهر إلى المعنى المقصود الحقيقي، شريطة أن يبين القاضي أسباب مقبولة لهذا

---

1 - **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 407.

2 - **بلحاج العربي**، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 406.

3 - **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 102.

4- art. 1192 " On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation".

العدول بأن لا يقف عند المعنى الحرفي للألفاظ، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني[1].

أخذ بهذا الرأي كل من المشرع المدني الفرنسي والمصري، في حين لم يأخذ به المشرع الجزائري لأن هذه قاعدة جوهرية يقتضيها استقرار التعامل، حيث أنه لا اجتهاد ولا تعيير ولا تأويل مع وجود نص صريح وواضح، وهذا ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا في عديد القرارات[2].

ونحن من جهتنا نثمن موقف المشرع الجزائري بهذا الخصوص، لأن تدخل القاضي في العقد يظل استثناءً عن الأصل، وهو عدم التدخل في العلاقة التعاقدية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، وإذا كان تدخله من باب الحماية، إلا أنه يجب أن يظل بتحفظ فلا يجب أن تنقلب الحماية إلى حد تشكيل خطر، فإذا كانت عبارات العقد واضحة فلا داعي للتدخل من أجل تأويلها.

ثانيا-العبارات الغامضة تستدعي تدخل القاضي لتأويلها

تنص المادة 111 فقرة 02 من القانوني المدني 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 ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

ذكر المشرع في هذه الفقرة أن العبارات الغامضة هي السبب في اللجوء إلى التأويل ثم بين تصوره في عملية التأويل، وبالتالي سنحاول الوصول إلى المقصود بالعبارة الغامضة محل التأويل ثم إلى كيفية تأويل القاضي لهذه العبارة.

---

1 - أنظر **بلحاج العربي**، ص 407، **ومحمد صبري السعدي**، ص 296.

2 - أشار إليه **بلحاج العربي**، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ص 407.

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بالعبارة الغامضة، فحاول الفقه والقضاء حصر بعض حالات غموض العبارة، حيث عدّ فقهاء القانون العبارة الغامضة تلك العبارات غير الواضحة أو المتناقضة أو التي تحمل في جزئياتها أكثر من معنى، كما تكون العبارة الغامضة تلك المبهمة التي لا تفيد شيئا فيصعب معها الاطلاع على إرادة المتعاقدين، وتعدّ غامضة أيضا إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يأتي التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصده المتعاقدان عند تحرير بنود العقد، بأن كانت الألفاظ غير معبرة عن جوهر الاتفاق الذي حصل بين الطرفين، أو غير معبرة عن النية المشتركة للطرفين بكل وضوح[1] فإذا ثار نزاع بين المتعاقدين حول عبارات العقد ولم يتمكنا من إيجاد حل مشترك لمواصلة تنفيذه، رفعا أمرهما للقضاء، حينئذ يكون القاضي ملزما بالتدخل لتأويل العقد ولا يجوز له رفض الدعوى[2].

إن تدخل القاضي بموجب المادة 111 فقرة 02 من القانون المدني لتأويل العقد يكون بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا هو الأصل وهو التصور الذاتي أو الشخصي في عملية التأويل.

ويكون المشرع الجزائري بهذا قد أخذ اتجاه المذهب الشخصي نفسه، والذي يعتمد على مبدأ حماية سلطان الإرادة في تحديد مضمون العقدّ، حيث يعتبر جون كاربونييه (Jean Carbonnier) أن مبدأ سلطان الإرادة في العقد يعني أن الإرادة هي السلطة

---

1 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 140. **بلحاج العربي**، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 408. **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلي الحقوقية، الطبعة الأولى 2018، ص 17.

2 – قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 2000/1/18 ملف رقم 203925، المجلة القضائية سنة 2000، العدد 01، ص 221، والذي جاء فيه:" حيث أن تسبيبهم غير كافٍ ومنعدم الأساس القانوني، ذلك أن قضاة الاستئناف تناسوا أنهم قضاة موضوع بإمكانهم تفسير عقد الإيجار... وبما أن قضاة الموضوع تخلو عن صلاحياتهم فإن القرار يستحق النقض".

اللازمة والكافية لتحديد مضمون العقد[1] ويضيف أنصار هذا المبدأ أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه وتحدد مضمونه[2].

ولعل أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة وفقا لهذا الرأي هو، أنه إذا حصل عدم توافق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية للمتعاقدين فإن المعول عليه في هذه الحالة هو الإرادة الحقيقية للطرفين.

وبالتالي القاضي وهو بمناسبة تأويله للعبارات الغامضة في العقد لا بد عليه أن يتقيد بإرادة المتعاقدين احتراما لمبدأ سلطان الإرادة في العقد، هذه الإرادة التي يتعين اللجوء إليها كلما ثار نزاع حول عبارات العقد الغامضة، فلا يمكن إزالة الغموض إلا داخل تلك الإرادة باعتبار الفرد هو المصدر الوحيد للحق[3].

أخذ المشرع الفرنسي التوجه ذاته، سواء قبل أو بعد تعديل قانون العقود[4] فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يحل القاضي إرادته محل إرادة المتعاقدين عند تأويل العقد، ولو كان ذلك ما تقضي به العدالة وإلا استوجب نقض حكمه لأنه يكون قد خالف القانون[5].

إن نص المادة 111 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري يشكل حماية تشريعية كبيرة، تتمثل في احترام القاضي لمبدأ سلطان إرادة أطراف العقد وهو بصدد عملية التأويل.

---

1 – **علي فيصل علي الصديقي**، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2019، ص 57.

2 – **عبد الرزاق السنهوري**، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 153.

3 – **زمام جمعة**، العدالة العقدية في القانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2014/2013، ص 374 و375.

4 – نص المادة 1188 فقرة 01 من قانون العقود الفرنسي الجديد جاء متطابقا مع نص المادة 1156 القديمة:
Art 1188/01:" Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'in s'arrêtant au sens littéral de ses termes…"

5 – قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1995/10/05، أشارت إليه جبار سماح، المرجع السابق، ص 169.

غير أنه وبالنظر إلى غموض العبارات والألفاظ المستعملة فإن الأخذ بالإرادة الباطنة (الإرادة الحقيقية) بحثا عن النية المشتركة قد يؤدي إلى اقتراض إرادة المتعاقدين، وبهذا المعنى يرى الفقيه (Riport et Boulanger) أن الإرادة المحتملة التي يتصور القاضي أنه اكتشفها ليست إلا إرادة وهمية[1].

وعليه انطلاقا من هذا الرأي الفقهي يبدو أن النزعة الشخصية التي ترتكز على الإراداة المطلقة لا تؤدي إلى النتائج المتوخاة منها، وبالتالي لا توفر الحماية الكافية لأطراف العلاقة العقدية، ذلك أن النية التي يبحث عنها القاضي إنما هي مسألة نفسية بحتة يصعب الوصول إليها، وهذا قد يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.

فإذا كانت الإرادة المشتركة للمتعاقدين والتي توصل إليها القاضي بعد التأويل موهومة فإنه سينجم عنه ظلم لأحد الطرفين على حساب الآخر، وهو ما يقتضي تدخلا لتوفير حماية أكبر لطرفي الرابطة العقدية، مع ضمان مواصلة تنفيذ العقد تنفيذا سليما ومتوازنا لا يرهق طرفا على حساب الآخر.

لذلك قام المشرع بوضع استثناء للأصل مسايرا في ذلك أنصار المذهب الموضوعي وبالتالي التسليم بأن مضمون العقد في هذه الحالة يشارك في تحديده القاضي من خلال تأويل عبارات العقد الغامضة.

ونتيجة لذلك أقر المشرع من خلال نص المادة 111 فقرة 02 أن القاضي في بحثه عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين يستهدي بعوامل وقواعد موضوعية، ذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر، والتي تتمثل في طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين والعرف الجاري في المعاملات، فالقاضي يستعين في سبيل البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل، ويقصد بذلك نوع العقد وطبيعته

1 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 169.

فإذا احتملت عبارة العقد أكثر من معنى، فيجدر بالقاضي بأن يأخذ بالمعنى الذي يتفق وطبيعة العقد[1].

كما يستهدي القاضي في تأويل العبارة الغامضة بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، بمعنى أنه من حق المتعاقد أن يطمئن للمعنى الذي فهمه أو يستطيع أن يفهمه مما وجه إليه من تعبير دون خلفيات أي كان نوعها، ومن حقه أيضا أن يثق ويطمئن للمتعاقد معه، بمعنى امتناع المتعاقد من استعمال الغش والحيل والهزل في المعاملات، بل يلتزم بالتعاون مع المتعاقد معه عن طريق إطلاعه على كل الأمور التي يجهلها، والمغزى في ذلك هو أن القاضي لا يعتد بالإرادة التي تقوم على الغش والخداع (لأنها قد تكون نية المتعاقد الحقيقية)، وإنما يقوم بتأويل العقد على أساس الثقة والأمانة المفترض وجودهما بين المتعاقدين[2].

ويستهدي القاضي كذلك بالعرف الجاري في المعاملات، ويرى غالبية الفقه أن العرف الذي يقصده المشرع في التأويل ليس ذلك الذي يعتبر مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، وإنما ذلك الذي جرى به العمل، والذي لم يرقَ بعد إلى مرتبة العرف الملزم[3].

والملاحظ أن نص المادة 111 فقرة 02 من القانون المدني جاءت مطابقة تماما لنص المادة 1150 من القانون المدني الفرنسي القديم، غير أن المشرع الفرنسي وبعد تعديل القانون المدني اتخذ منحنا آخر، فنص في المادة 1188 فقرة 02 من قانون العقود الفرنسي الجديد على أنه: «...إذا تعذر الكشف عن هذه النية يفسر العقد وفقا للمعنى الذي يعطيه له الشخص العادي حال وجوده في نفس الظروف»[4].

---

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 18.

2 – **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 415.

3 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 19.

4 -Art.1188-02: " Lorsque cette intention ne peut etre décelée, le contrat s'interpréte selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la méme situation".

جاء نص المادة 1188 فقرة 02 من القانون الفرنسي الجديد بحكم جديد، يتمثل في أنه لا ريب في أن يبقى القاضي مستقلا في تقديره لما يعرض عليه، دون أن يتقيد بالعوامل المذكورة في نص المادة 111 فقرة 2 من القانون المدني والتي تتمثل في طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين والعرف الجاري في المعاملات، فله أن يعدل عنها، لأنها لم ترد إلا على سبيل التوجيه وليس الحصر[1] خاصة وأن الفقه الفرنسي الحديث اعتمد نظريات أخرى للتأسيس الموضوعي لمضمون العقد تقوم على فكرة "المنفعة" و"العدالة العقدية"[2].

فتقوم فكرة "المنفعة" في تحديد مضمون العقد على أن العقد بوصفه وسيلة من وسائل التبادل الاقتصادي بين الأطراف لا يمكن لقواعده أن تبقى جامدة وبعيدة عن هذا التطور وإلا أصبح وسيلة غير ذات جدوى[3] كما أن النظرة إلى العلاقة بين المتعاقدين تحولت من البحث عن المصلحة الشخصية لكل منهما إلى ضرورة سيادة روح التعاون فيما بينهما مما يسهل الوصول إلى أقصى منفعة يحققها العقد، لذا أصبح كل منهما ملزما إيجابيا تُجَاهَ الآخر بواجب التعاون المثمر[4] فقد أصبح للعقد وظيفة أخرى فلا يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين فحسب وإنما ينبغي أن تتعادل فيه منافع الطرفين، بحيث ينظر إلى العدالة العقدية على أنها البحث عن توازن الأداءات في مضمون العقد[5].

كما اعتمد المشرع الفرنسي وسائل أخرى يمكن أن يستأنس بها القاضي أيضا في مجال تأويل العقد وهي تعد من العوامل الداخلية في تأويل العقد، حيث نص في المادة 1191 على أنه: «إذا كان أحد شروط العقد يحتمل معنيين يغلب المعنى الذي يرتب أثرا

---

1 – **زمام جمعة**، المرجع السابق، ص 381.

2 – **جاك غستان**، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص 279.

3 –**علي فيصل على الصديقي**، المرجع السابق، ص 234 وما بعدها.

4 – **جداك غستان**، المرجع السابق، ص 124.

5 – **نساخ فطيمة**، المرجع السابق، ص 131 وما بعدها.

على ذلك الذي لا يرتب أثرا»[1] كما نص في المادة 1189 فقرة 01 على أنه: «تفسر شروط العقد بعضها بعضا، وذلك بإعطاء كل منها المعنى الذي يراعي تناغم التصرف القانوني بأكمله»[2].

يتضح أن مناط البحث في كيفية تأويل القاضي للعقد لا يتعلق بالإرادة المشتركة حسب المادة 111 فقرة 1 من القانون المدني فحسب، ولا في العوامل التي ذكرها المشرع في المادة 111 فقرة 2 فقط، وإنما تتعداها إلى عوامل أخرى، أخذا بعين الاعتبار تطور الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للعقد، وكل ذلك وفقا لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد فلا بد على القاضي وهو بصدد تأويل العبارات الغامضة في العقد أن يراعي النية المشتركة للمتعاقدين أولا وقبل كل شيء وفقا لمبدأ حسن النية وما يقتضيه[3].

غير أنه وعلى الرغم من كل هذه الحلول التي نادى به فقهاء القانون وكرسها التشريع، والتي تشكل في مجموعها حماية لطرفي العلاقة التعاقدية من خلال إمكانية مواصلة تنفيذ العقد دون ضرر ولا إرهاق، إلا أن القاضي قد يتعذر عليه في الكثير من الأحيان الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين فنكون بصدد حالة الشك.

ثالثا-كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين في حالة الشك

ينص المشرع الجزائري في المادة 112 من القانون المدني على أنه: «يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن».

يتبين لنا من نص المادة أنه وفي حال ما لم يهتد القاضي إلى استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين استخلاصا واضحا على الرغم من إعمال قواعد التأويل سابقة الذكر فيقوم لديه شك في معرفة النية المشتركة للمتعاقدين، هذا الشك يؤول حسب المادة

1 - Art 1191:" Lorsque une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confrère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun".

2 - art 1189/01:" Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respect la cohérence de l'acte tout entier…".

3 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 174 وما بعدها.

لمصلحة المدين، غير أنه وفي النص المشرع ذاته وضع للأصل استثناء في حال عقود الإذعان فإن الشك يؤول لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا.

يرى الأستاذ علي فيلالي أن عبارة الشك لها مفهوم واسع يشمل كل الحالات التي يتعذر على القاضي تحديد النية المشتركة للمتعاقدين[1] بينما يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن حالة الشك في تأويل العبارات الغامضة في العقد إنما ترجع إلى تعدد دلالات العبارة الغامضة، كأن يخدم بعضها مصلحة المتعاقد الأول، وبعضها الآخر يخدم مصلحة المتعاقد الثاني، كما يرى أن استحالة التأويل إنما هي قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها، بل أراد كل منهما شيئا لم يرده الآخر فلم ينعقد العقد[2].

ويرى جانب آخر من الفقه أنه وبالإضافة إلى عدم تمكن المتعاقدين من لغة القانون فنادرا ما يتصديان إلى جميع الصعوبات المحتملة التي يثيرها العقد، فكثيرا ما يظهر الواقع العملي النقص أو الغموض الذي يكتنف صياغة العقد، وكذا ثغرات اتفاقهما الأمر الذي يتطلب توضيح معنى بعض البنود وهذا يعرف بسد الثغرات[3].

وعليه وطبقا للمادة 112 فقرة 01 إذا كانت نية المتعاقدين منعدمة، قامت حالة الشك التي تستدعي تأويل العقد الذي يكون بطريقة موضوعية، ويراد بالتأويل الموضوعي اجتهاد القاضي في تصور نية المتعاقدين بعيدا عن كل الاعتبارات الشخصية، وله أن يجتهد فيفترض ما أراده المتعاقدان مستعينا بقواعد العدالة وحسن النية والقواعد الفقهية على أن يؤول شكه في مصلحة المدين، هذا ويضيف الأستاذ بلحاج العربي في تبريره للقاعدة المكرسة بموجب المادة 112 فقرة 01 أنها جاءت تقريرا لحماية المدين فهو الجانب الضعيف في العقد[4].

---

1 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 416.

2 – **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، المجدل الرابع، المرجع الساق، ص 686 و687.

3 - Toré, Simler et lequette, op cit, P 16.

4 – **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 412.

ومن بين الأمثلة التي أوردها الأستاذ السنهوري بخصوص تأويل الشك لمصلحة المدين، حالة إذا كان الشرط الجزائي مثلا مستحقا بسبب التأخير في تنفيذ الالتزام، أو في حال عدم التنفيذ فقط، فإن مصلحة المدين تقتضي استحقاق الشرط الجزائي في حالة عدم التنفيذ دون حالة التأخير[1].

أوردت المادة 112 فقرة 02 استثناء على قاعدة الشك يؤول لمصلحة المدين وهو حالة الشك في عقود الإذعان، فنص المشرع على أنه: «غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن».

يتبين من نص المادة أنه في عقود الإذعان يتعين تأويل العبارات الغامضة في مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا تأسيسا على أنه الطرف الضعيف اقتصاديا فمن المفروض أن الطرف القوي الآخر هو الذي يستقل بتحرير العقد وبنوده، فإذا ما كانت عبارات العقد غامضة في عقد هو صانعه وجب ألا يستفيد من غموض نص تسبب هو فيه بما يضر بمصلحة الطرف المذعن.

ما لاحظته من خلال الفقرة 02 من المادة 112 أنها وردت ضمن حكم تأويل العقد في حالة الشك، في حين أن تأويل عقد الإذعان قد يكون في حال العبارات الغامضة أو في حالة الشك على حد سواء وحكمه واحد هو: «التأويل في مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا».

وبالتالي فإنه يظهر أن المشرع قد أخطأ لما أورد عقد الإذعان ضمن حالة الشك كما أنه كان عليه أن يضيف عبارة "مصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا" حتى يقطع الطريق أمام أي اجتهاد في هذا المجال، وبذلك يكون وفر الحماية اللازمة للطرف المذعن هذا الأخير لا بد أن يحضى بحماية قوية لإقامة التوازن بين المتعاقدين في العلاقة التعاقدية.

---

1 – **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 688.

فكان على المشرع أن يورد مادة خاصة بعقد الإذعان ما دام أنه أورد له حكما خاصا، سواء في حال ما إذا كانت عبارات العقد غامضة، أم في حال وجد شك لدى القاضي في التعرف على إرادة المتعاقدين، ويكون النص كما يأتي: «إذا كانت عبارات العقد غامضة في عقود الإذعان أو راود القاضي شك بشأنها فإن التأويل لا يجوز أن يكون ضارا بمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا».

يتضح أن تأويل القاضي للعقد وفقا للمعايير والضوابط التي رسمها المشرع له فيه حماية لأطراف العلاقة العقدية ولا سيما الطرف الضعيف فيها، إلا أنه وفي الوقت ذاته ممكن أن يشكل ذلك خرقا صارخا لمبدأ سلطان الإرادة، فقد يغتنم القاضي فرصة تأويل العقد لإضافة التزامات أخرى تتجاوز بحد كبير إرادة المتعاقدين، فالقاضي تحت غطاء تأويل إرادتهما قد يتعداها لينشئ ويفرض التزامات لم تكن في توقعهما ولم تتجه إرادتهما في الوصول إليها[1].

لذلك كان لزاما على المشرع أن يبحث من جديد عن حل لمثل هذا الاحتمال حماية لطرفي الرابطة العقدية وحماية لمبدأ القوة الملزمة للعقد من تعسف القاضي في تجاوز حدود التأويل، لذلك أخضع أحكامه وقراراته بخصوص ذلك لرقابة المحكمة العليا.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا لتأويل القاضي للعقد حماية لمبدأ سلطان الإرادة

إذا كان تأويل العقد يدخل في صميم اختصاص القاضي وهو الذي يهيمن على هذه العملية الذهنية الدقيقة، إلا أن المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية في شأن تأويل العقد، بل شمل الحماية بإلزامه باتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن مهمته

1 – إن الاجتهاد القضائي انتهى بمناسبة تأويل العقد إلى خلق العديد من الالتزامات من بينها: وجود الالتزام بالسلامة على عاتق صاحب الحمام تجاه زبائنه، وعلى عاتق الناقل بالسكك الحديدية نحو المسافرين، وكذا الالتزام بالسلامة على عاتق المقاول في الألعاب الصبيانية لفائدة مستعمليها. قرارات المحكمة العليا بهذا الخصوص أشار إليه **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 30.

الأصلية إلى تعديل العقد، بالإضافة إلى فرض المحكمة العليا رقابتها على عمل القاضي فيما يتعلق بالتأويل وتكييفه القانوني.

تعد عملية تأويل العقد من المسائل الموضوعية التي تقتصر فيها رقابة المحكمة العليا على مراقبة مدى احترام القاضي للقواعد التي تدير عملية التأويل، هذا وتفرض المحكمة العليا رقابتها على مسألتين، مسألة تكييف العقد الذي يساعد في عملية التأويل[1] ومسألة تحريف الوثيقة الواضحة المعتمدة في الحكم أو القرار.

أولا-رقابة المحكمة العليا لاحترام القاضي لقواعد التأويل

يرى أغلبية الفقه أن تأويل العقد يتمثل في البحث عما أراده المتعاقدان، أي البحث على ما انصرفت إليه إرادتهما، وهذه العملية تخضع حسبهم للواقع لا للقانون[2] والمسائل الموضوعية تخضع لسلطة القاضي التقديرية والتي لا رقابة فيها من قبل المحكمة العليا.

غير أن الحماية تكمن في أن رقابة المحكمة العليا تشمل مسألة مدى احترام القاضي لقواعد تأويل العقد بغية الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وفقا لما جاء في المادتين 111 و112 من القانون المدني، فهي تراقب على وجه الخصوص انحراف القاضي عن عبارات العقد الواضحة (طبقا للمادة 111 فقرة 01)، ومدى البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (المادة 111فقرة 02).

1 - أكدت المحكمة العليا في قرار لها أن تكييف العقد يساعد في عملية التأويل وذلك في قرار لها بتاريخ 1983/05/07 المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول، ص 135.

2 - **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 420. **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 283 وما بعدها. **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 66. **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 102.

كما تراقب المحكمة العليا مدى تأويل العبارة الغامضة في مصلحة المدين (طبقا للمادة 112 فقرة 01 من القانون المدني)، وتراقب أيضا ما إذا كان التفسير في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن وهو المتعاقد الضعيف (المادة 112 فقرة 02 من القانون المدني).

فإذا لم يراعِ القاضي كل هذه القواعد القانونية بمناسبة تأويل العقد كان مخالفا للقانون ويعرض بالتالي حكمه للنقض.

ثانيا–رقابة المحكمة العليا للمسائل القانونية التي تدير عملية التأويل

يمكّن التأويل من تحديد النظام القانوني الذي يخضع له العقد[1] ولهذا فإن تكييف العقد من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

ويقصد بتكييف العقد تصنيفه وتعيين نوعه من بين العقود المسماة، كأن يكون عقدا بيعا أو إيجارا... أو أنه عقد غير مسمى، وهي عملية قانونية يقوم بها القاضي حتى يتمكن من تحديد القوانين المكملة والآمرة الواجب تطبيقها.

ويرى الأستاذ علي فيلالي أن تكييف العقد يساعد على تأويله مستندا في ذلك إلى قرار المحكمة العليا المشار إليه، حيث تتبين طبيعة التعامل مما يساعد القاضي على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارة الغامضة، كما يسمح تكييف العقد بتحديد العرف الخاص بهذه العملية القانونية الواجب اتباعها[2].

كذلك يرى الأستاذ بلحاج العربي أن تكييف العقد هو عملية قانونية يهدف القاضي من ورائها إلى إضفاء الوصف القانوني الصحيح على التصرف الذي صدر من المتعاقدين انطلاقا من مضمون العقد والغاية التي يهدف إليها المتعاقدان عند إبرام العقد، ويعتبر أن تكييف العقد هو خطوة أولى تسبق التفسير[3].

---

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 26.

2 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 420،421.

3 – **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 414.

وبالتالي فإن القاضي يبحث عن تكييف العقد في ضوء ما استخلصه من عبارات العقد وفق القواعد المنصوص عليها في ذلك، وليست العبرة بالتكييف الذي يضعه المتعاقدان للعقد، وإنما العبرة بالهدف الحقيقي الذي قصده الأطراف وقت إبرام العقد.

استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن: «عدم الإشارة في العقد إلى التزام معين أثناء التعاقد، يمنح قضاة الموضوع سلطة تغيير نوعية العقود وتقدير الوقائع بالبحث في النية المشتركة الحقيقية للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ»[1].

والعبرة في التكييف بحقيقة ما قصده المتعاقدان دون تقيد بالوصف الذي يعطيه المتعاقدان للعقد، فقد يطلق المتعاقدان وصفا غير صحيح على عقدهم فلا يجوز للقاضي التقيد بوصفهما، وإنما يجب عليه تكييف العقد في ضوء عبارات العقد وحقيقة الواقع والنية المشتركة للمتعاقدين[2].

فإذا أخطأ القاضي في تطبيق نصوص العقد أو أخطأ في تأويل نصوصه أو أخطأ في تطبيق القاعدة القانونية الواجبة الإعمال يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يخضع تكيفه لرقابة المحكمة العليا[3].

وبخصوص مراقبة المحكمة العليا لمضمون الوثيقة الواضحة، فقد نص المشرع في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] على أنه: «لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالي: ...12-تعريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة متعمدة في الحكم والقرار».

---

1 – مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 2011/09/22، ملف رقم 666367، العدد 01، سنة 2012، ص 128.

2 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 26.

3 – **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 416.

4 – القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2008/04/23، العدد 21.

يوضح الأستاذ عبد السلام ذيب بمناسبة شرح المادة المذكورة أن مراقبة المحكمة العليا لا تنصب إلا على مضمون الوثيقة دون الوقائع، ويجب أن تكون الوثيقة المدفوعة في ملف موضوع الدعوى واضحة المضمون لا تحتمل التأويل ولها معنى واحد، يحضر معها على قاضي الموضوع تأويلها، أما إذا وجد غموضا أو لبسا في الوثيقة فيسمح للقاضي ممارسة حقه في التأويل.[1]

ومما تقدم فإن القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بفهم الوقائع لاستظهار نية المتعاقدين المشتركة ومقصودهم الحقيقي المشترك من وقائع الدعوى وظروفها بشرط أن يتقيد بقواعد التأويل والاستناد إلى ما ورد في الدعوى من وقائع ومستندات وأدلة إثبات صادرة من ذوي الشأن وعدم انحرافه عن عبارات العقد الواضحة ما دامت دالة على الإرادة الباطنة، غير أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بالتكييف القانوني للعقد وتحريف مضمون وثيقة واضحة، ذلك أن الخطأ في ذلك هو من الأسباب التي تستوجب النقض.

المطلب الثاني

تدخل القاضي من أجل تكملة العقد

أورد المشرع مادتين في القانون المدني، تتعلقان بتكملة المسائل التفصيلية في العقد وأسند هذه المهمة للقاضي بموجب المادتين 65 و107 فقرة 02 من القانون المدني، حيث يتدخل القاضي بغرض توسيع المضمون العقدي ضمانا لحسن تنفيذ العقد والتخفيف من الصرامة العقدية والمحافظة على تكافؤ الأداءات، وتعدّ سلطته في هذه الحالة استثنائية وخطرة في الوقت ذاته كونه يستطيع فرض التزامات جديدة لم يتفق عليها الطرفان عند إبرام العقد أو التفاوض عليه، مما قد يهدد مبدأ سلطان الإرادة.

---

1 – **عبد السلام ذيب**، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ص 2.

سنبحث عن مفهوم تكملة القاضي للعقد في الفرع الأول، ثم نأتي إلى الوسائل التي يلجأ إليها القاضي من أجل عملية التكميل في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم تكملة القاضي للعقد

سنقوم بتوضيح المقصود بتكميل العقد وذلك من خلال تعريفه أولا، ثم تمييزه عما قد يشتبه به من أوضاع قانونية، لنقوم بعد ذلك بتوضيح صوره في القانون المدني.

أولا–تعريف تكملة القاضي للعقد

أورد المشرع مادتين في القانون المدني تتعلقان بتكملة المسائل الناقصة في العقد وأوكل هذه المهمة للقاضي، وهما المادتان 65 و107 فقرة 02، حيث تنص المادة 65 على أنه: «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ألا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة»، بينما تنص المادة 107 فقرة 02 على أنه: «لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام»[1].

وانطلاقا من هاتين المادتين نلاحظ أن المشرع لم يعرف لنا عملية التكميل بقدر ما بين لنا العناصر التي يستهدي بها القاضي في العملية.

اختلف فقهاء القانون في تعريفهم لتكميل العقد، فمنهم من يرى أنها ذات طبيعة ذاتية، وهؤلاء هم أصحاب المذهب الشخصي، الذين يرون أن الإرادة هي الأساس في تكوين العقد وسيجب الرجوع إليها في حال تكميله، وعليه فإن تكميل العقد حسب أنصار هذه النظرية ما هو إلا تفسير لإرادة المتعاقدين والكشف عنها، وإذا كان القاضي يكمل

1 – هذه المادة تقابلها المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي القديم وحاليا المادة 1194:" لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط بل أيضا بجميع ما يعتبر من توابعها وفقا للعدالة والعرف والقانون".

- Art 1194:" Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toute les suites que leur donnent l'équité l'usage ou la loi".

العقد حسب مستلزماته وفقا للقانون أو العرف أو العدالة فإن أدوات التكملة هذه ماهي إلا تعبير لإرادة الطرفين[1].

وبالتالي فإن تعريفهم لتكميل العقد هو: «تفسير لإرادة المتعاقدين وذلك بإكمال التعبير التعاقدي وهو الإرادة الظاهرة بما تتضمنه الإرادة الباطنة لهما المتجهة على القانون والعرف وما تقتضيه العدالة وفقا لطبيعة العقد»[2].

بينما يرى جانب آخر من الفقه، وهم أصحاب المذهب الموضوعي أن تكميل العقد لا يستند فيها إلى إرادة المتعاقدين، وإنما يلجأ القاضي إلى معايير موضوعية لإكمال النقص الذي يشوب العقد[3] وهم يستدلون على أن تكملة العقد إنما هي عملية قانونية تستند إلى معايير موضوعية مجردة منفصلة عن إرادة المتعاقدين، فالقاضي لا يكمل العقد فيما يحتمل أن يريده المتعاقدان لو ترك لهم الأمر لمواجهة المسألة، وإنما يسعى لتحديد ما يمكن أن يستنتج من العقد من الناحية الموضوعية[4].

وعليه فإن هؤلاء يعرفون تكملة العقد على أنها: «قيام القاضي بإضافة ما نقص من بنود العقد التفصيلية الناقصة مسترشدا بعدة عوامل حددها المشرع، وهي القانون والعرف والقواعد المستمدة من قواعد العدالة بحسب طبيعة الالتزام»[5].

إن هذا التعريف وحسب رأينا أقرب إلى الصواب، ذلك أن مهمة القاضي التكميلية تتمثل في تدخله لسد النقص عن طريق إضافة التزامات لم يتفق عليها الأطراف في العقد وغير منصوص عليها فيه، وهذه الالتزامات المضافة تكون من مستلزمات العقد ولا دخل

---

1 – **خالد عبد حسين الحديثي**، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الخلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012، ص 40 و41.

2 – **خالد عبد حسين الحديثي**، المرجع نفسه، ص 51.

3 – **سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي**، نطاق العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، 2006، ص 64.

4 – **جاك غستان**، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، المرجع السابق.

5 – **عامر علي حسن أبورمان**، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار حامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015، ص 27.

لإرادة الأطراف فيها، غير أن هناك من يرى أن هذا التعريف معيب كونه لم يبحث في عناصر الاستكمال وشروطه[1].

وعليه انطلاقا من المادة 65 والمادة 107 فقرة 02 من القانون المدني، فإنه يجب توافر مجموعة من العناصر والشروط لاستكمال العقد وهي:

1- اتفاق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية في العقد.

2- احتفاظ الطرفين بالمسائل التفصيلية، ويتفقان عليها فيما بعد.

3- ألا يشترط عدم انعقاد العقد عندما لا يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية.

4- قيام الخلاف على المسائل التفصيلية التي يتم الاتفاق عليها.

5- قضاء المحكمة في المسائل التفصيلية المختلف فيها طبقا للمصادر المحددة بالقانون.

وبناء على ما تقدم يتبين لنا أن جميع هذه العناصر تعد أساسية لا تقوم تكملة العقد إلا بتوفرها، وعليه يمكن تعريف تكميل العقد كما يأتي: «هو تدخل القاضي لاستكمال ما نقص من بنود تفصيلية في العقد مستعينا في ذلك بمصادر حددها المشرع وذلك بعد التحقق من انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية، وأن المسائل التفصيلية غير المتفق عليها لا تأثر في صحة انعقاد العقد».

ثانيا-تمييز تكميل العقد عن الأنظمة القانونية المشابهة له

قد تشتبه عملية تكميل العقد بأنظمة قانونية أخرى تعطي للقاضي سلطة التأثير في مضمون العقد، مثل سلطته في التأويل للوصول إلى المعاني التي قصدها المتعاقدان، أو بسلطته في التصحيح بإضافة عنصر جديد ينقله من دائرة البطلان إلى دارة الصحة، أو إنقاص عنصر يهدد العقد بالبطلان، أو إعطاء الواقعة المتنازع عليها التكييف القانوني

1 - **عامر علي أبورمان**، مرجع سابق، ص 28.

الصحيح، أو تعديل الالتزامات المتفاوتة في العقد بسب ظروف طارئة لم تكن بالحسبان وكل ذلك ضمانا لاستقرار العقد وضمانا لحسن تنفيذه.

إن الفرق بين التكميل والتأويل، هو أن التأويل يكون في البحث عن حقيقة ما قصده المتعاقدان معا وليس ما أراده أحد المتعاقدين ولم يقبله الآخر[1] وبالتالي فإن تكملة القاضي للعقد إنما هي ذات طبيعة موضوعية غير ذاتية يلجأ فيها القاضي لما يعد من مستلزمات العقد وهي كل من أحكام القانون، والعرف، ومبادئ العدالة.

أما التأويل فهو ذو طبيعة ذاتية يتم من خلاله الكشف عن إرادة الطرفين المتعاقدين سواء أكانت إرادة ظاهرة أم باطنة[2]، وذلك بأن يأخذ القاضي بعين الاعتبار طبيعة التعامل والأمانة والثقة والعرف الجاري في المعاملات، وقد نظمه المشرع بنص المادة 111 من القانون المدني، وبالتالي فإن دور القاضي في تكميل العقد يتخطى مرحلة التأويل إلى مرحلة الخلق.

والفرق بين تكميل العقد وتعديله هو أن القاضي وهو يكمل العقد لا يصل إلى درجة تعديله، فالفارق الأساسي بينهما هو أن التكملة تهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتهما، وهي تمس بالمسائل التفصيلية فقط، أما المسائل الأصلية فالطرفان متفقان عليها ولا دخل للقاضي فيها، وهذا ما يطلق عليه إضافة الفرع إلى الأصل[3].

أما تعديل العقد فهو على العكس من ذلك تماما، إنه موجه ضد إرادة أطراف العقد تحقيقا لهدف آخر هو العدل، وهو ما لا يجوز إلا في حالات محدودة وبناء على إذن صريح من القانون، ونذكر على سبيل المثال: تعديل القاضي العقد بسبب الإذعان (المادة 110 من القانون المدني)، وتعديل القاضي للعقد بسبب الاستغلال (المادة 90 من

---

1 – **سعاد بوختالة**، دور القاضي في تكملة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2016، ص 20.

2 – **خالد عبد حسين الحديثي**، المرجع السابق، ص 101.

3 – **سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور**، المرجع السابق، ص 149.

القانون المدني)، أو التعديل بسبب الظروف الطارئة (المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني).

كما يوجد فرق بين تكميل العقد وتكييفه، فأما التكييف فيقصد به ترك العملية التي تتمثل في وضع العقد في طائفة قانونية معينة لتحديد النظام القانوني المطبق عليه[1] ودور القاضي في التكييف لا يقتصر على تكييف العقد في حال ما إذا لم يقم المتعاقدان بذلك ولكن يحق له أن يعيد تكييف العقد في حال ما إذا أعطاه المتعاقدان وصفا لا يتماشى مع الواقع، وعادة ما تسبق عملية التكييف عملية التكميل.

ويتضح الفرق بين تكميل العقد وإنقاصه في أن الإنقاص يكون في حالة العقد الذي مس البطلان جزء منه، ويشترط ألا يمتد البطلان إلى باقي أجزائه، هنا يجيز المشرع للقاضي استبعاد الجزء المخالف للقانون والإبقاء على باقي الأجزاء الصحيحة، وقد نظم المشرع الإنقاص بموجب المادة 104 من القانون المدني[2].

ثالثا–صور تكميل العقد

أورد المشرع صورتين لتكملة العقد في القانون المدني ونظمهما بموجب المادتين 65 و107 فقرة 02.

المادة 65 من القانون المدني والتي جاءت ضمن القسم الثاني المتعلق بشروط العقد، تسمح بانعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية فقط، أما المسائل التفصيلية التي لم يتفق بشأنها فيمكن تأجيلها لاتفاق لاحق، ضمن مفاوضات لاحقة، بشرط ألا يشترط المتعاقدان أن عدم الاتفاق على هذه المسائل لاحقا يمنع قيام العقد.

وفي حال قيام مفاوضات لاحقة لإبرام العقد من أجل إثارة المسائل التفصيلية ولم يستطع المتعاقدان الوصول إلى اتفاق بشأنها هنا يكون تدخل القاضي لتكملة العقد بطلب

---

1 – **هجيرة بالبشير**، تكييف العقد، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2013، ص 04.

2 – المادة 104 من القانون المدني:" 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".

من أحد المتعاقدين أو كليهما[1] وفقا لما حددهما المشرع في المادة 65 من القانون المدني فيشرع القاضي في استكمال ما نقص في العقد وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

أما المادة 107 فقرة 2 والتي جاءت ضمن القسم الثالث من التقنين المدني والمتعلق بآثار العقد، فهي تسمح للقاضي بالتدخل لإتمام العقد الناقص والذي غفل طرفاه إما سهوا وإما لعدم التوقع على بعض المسائل التفصيلية المتعلقة بالعقد، وكذلك تدخل القاضي في هذه الحالة يكون بالرجوع إلى أحكام القانون أو العرف أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام.

ويكون دور القاضي في الحالتين مختلفا حسب رأي بعض الفقهاء من أمثال عبد الرزاق السنهوري، فحالة التكملة المنصوص عليها بموجب المادة 148 فقرة 02 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري تختلف عن حالة التكملة المنصوص عليها بموجب المادة 95 من القانون المصري والتي تقابلها المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

وفي ذلك يقول الأستاذ السنهوري:«... وهذه غير الحالة المنصوص عليها في المادة 95 والتي مر ذكرها، وهي حالة ما إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين في الحالة التي نحن بصددها أغفلا بعض التفصيلات لأنهما لم يتوقعاها أو توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون، أما في الحالة المنصوص عليها في المادة 95، فإن التفصيلات التي تركها المتعاقدان دون تنظيم هي تفصيلات توقعاها وأراد أن ينظماها باتفاقهما ولكنهما لم يستطيعا الوصول إلى

1 - Ali Bencheneb; Théorie générale du contrat, office des publications universitaires, 2émé Edition, 1982, P 43 et 44.

هذا الاتفاق، والقاضي في الحالة الأخيرة لا يفسر نية المتعاقدين، ولا يكمل نطاق العقد وإنما يحل محل المتعاقدين في صياغة العقد»[1].

إذا انطلقنا من رأي الأستاذ السنهوري فإن الفرق في عملية التكميل الواردة بالمادة 65 من القانون المدني الجزائري فإن القاضي فيها يساهم في صنع العقد، أما في عملية التكميل الواردة بالمادة 107 فقرة 02 فإن القاضي يكمل العقد.

بينما يرى جانب آخر من الفقه أنه لا مجال للتفرقة بين التكميل وفقا للمادة 65 من القانون المدني والمادة 107 فقرة 02 منه، ذلك أن سلطة التكميل الممنوحة للقاضي في الحالتين تأتي في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، وتحديدا في مرحلة إنتاج العقد لآثاره فمسألة قيام القاضي بتكميل العقد في الحالتين إنما هي مسألة تتعلق بآثار العقد وليس بتكوينه[2].

كذلك العقد في الحالتين لا ينعقد إلا باتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية وبالتالي فإن ما يتركه المتعاقدان من مسائل تفصيلية ليس من شأنه أن يؤثر في جوهر العقد ومضمونه.

إن هذا الرأي الأخير أقرب إلى الصواب، أضف إلى ذلك أنه مهما كان السبب الدافع لتدخل سلطة القاضي في تكملة العقد، سواء اتفق الطرفان على ترك المسائل التفصيلية لمرحلة لاحقة، أم أنهما أغفلا المسألة تماما ولم يتوقعاها، فإن مهمة القاضي واحدة، ألا وهي تكميل العقد وسد النقص، وذلك بالاستعانة بالمواد المكملة والتي حصرها المشرع في أحكام القانون، والعرف، والعدالة.

---

1 – **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص692.

2 – **سعاد بوختالة**، المرجع السابق، ص 57.

الفرع الثاني: توظيف مستلزمات العقد للتخفيف من الصرامة العقدية وتحقيق التوازن العقدي

يملك القاضي سلطة تكميل أي عقد مسمى بالاستعانة بالقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، كما أنه يستطيع تكملة أي عقد غير مسمى بالاستعانة بالقواعد المكملة نفسها الخاصة بأقرب العقود المسماة، هذه القواعد التي تعد من مستلزمات العقد تحدد مركز "العدل والإنصاف" في هذه العلاقة التعاقدية، وهي تتمثل في كل من التشريع، والعرف ومبادئ العدالة.

أولا–دور التشريع في تكميل العقد وتحقيق التوازن العقدي

تنص المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني على أنه: «... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل تناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون...».

يتضح من نص المادة أن غاية المشرع من تكملة العقد هي تحقيق العدالة، وهدف النص هو البحث عن التوازن في العقد عن طريق تفعيل دور التشريع فيه بمناسبة تنفيذ العقد[1]، ويعدّ التشريع بالنسبة للعقود المسماة المرجع الأول والرئيسي لاستكمال العقد الذي أغفل بعض التفاصيل، وتلعب القواعد القانونية في هذا الإطار دورا تكميليا لإرادة المتعاقدين[2].

كما أنه يجب التمييز في هذا الشأن بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة، فالأولى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، حيث يطبقها القاضي حتى مع وجود اتفاق بذلك، ويفرض المشرع إرادته باعتبارها متعلقة بالمصلحة العامة، وذلك عن طريق فرض بعض

1 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 187.

2 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 388 و389.

الالتزامات على المتعاقدين في حالات معينة حتى تتحقق المساواة بين الطرفين، ويتفادى بذلك كل تعسف قد يصدر من أحدهما[1].

أما القواعد المكملة فهي تسري في حال عدم وجود اتفاق على ما يخالفها وهي عادة تأخذ أحكامها مما جرى عليه التعامل بين الناس بالنسبة لعقد من العقود فوظيفتها الأساسية تسهيل إبرام العقود على الأفراد، إذ يكفي أن يتفق في العقد على المسائل الجوهرية وتترك المسائل الأخرى دون تنظيم[2].

ويسعى المشرع من خلال منح القاضي سلطة تفعيل القواعد القانونية المكملة إلى حماية المتعاقدين في مواجهة بعضهم البعض من حيث عدم العلم بالمسائل القانونية[3].

ثانيا–دور العرف في تكميل العقد وتحقيق التوازن العقدي

يلجأ القاضي إلى العرف[4] من أجل تكملة العقد، فوظيفته هي تطبيق العرف، وذلك بالكشف عن الأحكام التي يتضمنها هذا الأخير وإضافتها لمحتوى العقد، وبحسب طبيعة العقد يكمل العرف الالتزامات العقدية الناجمة عن الإرادة المشتركة كما جاء في المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني، ويصبح دور القاضي في مرحلة تنفيذ العقد، تحديد نطاق العقد بمعاينة الالتزامات التي اتفق عليها الأطراف وتدعيمها بالتزامات أخرى تستنبط من القواعد العرفية الجارية، وهذا ما يضمن توازن العقد ومن ثم تحقيق العدالة العقدية[5].

---

1 – **زمام جمعة**، المرجع السابق، ص 359 و36.

2 – **سمير عبد السيد تناغو**، المرجع السابق، ص 150.

3 – **خالد عبد حسين الحديثي**، المرجع السابق، ص 102.

4 – يعرف العرف على أنه:" اعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في مسألة معينة وشعورهم بإلزاميته بحيث يصبح شعورا ملزما ومتتبعا بتوقيع الجزاء عند المخالفة" أنظر: **عمار بوضياف**، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار الجسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2014، ص 167.

5 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 189.

ويعتبر من قبيل العرف ما يسمى بالشروط المألوفة في التعاقد، وهي شروط جرى العمل على وضعها في كل العقود المشابهة، بحيث إذا لم يأت على ذكرها في عقد من العقود فإن القاضي يحكم مع ذلك على أساس وجودها[1]. والغالب أن يكون اللجوء إلى العرف بناء على إحالة من المشرع، فيترك المشرع للعرف مسألة تحديد ملحقات محل الالتزام

ويرى الأستاذ محمد حسن قاسم أنه لا بد من التوسع في مفهوم العرف ليشمل العادات، بحيث تكون العادة واجبة التطبيق في حال عدم وجود اتفاق مخالف، أو في حال السكوت[2] وهو يبرر رأيه بالاتجاه الحديث الذي يرى أن: «العادات تعتبر قواعد عرفية كاملة، ولكن القاعدة العرفية النابعة من العادات تعتبر ذات طابع مكمل، فهي تلعب في مجال العرف الدور نفسه الذي تلعبه القاعدة المكملة في مجال التشريع»[3].

وتجدر الإشارة أن النص الفرنسي للمادة 107 فقرة 2 من القانون المدني ورد فيه مصطلح "عادة " (Usage) وليس مصطلح "عرف" (Coutume) فهل أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الفقهي الذي يتجه نحو اعتبار العادة بمثابة العرف.

إن العادة لا يمكنها أن ترقى إلى مرتبة العرف كون أن العادة يقصد بها الأحكام التي يتبعها الأشخاص في معاملاتهم دون أن يتوفر لديهم الاعتقاد بإلزاميتها، وما دامت غير ملزمة فلا يفترض أن يعلم بها، مايعني أن القاضي لا يمكنه تطبيقها[4]. وبالتالي فإنّ المشرع يقصد ههنا–وبلا شكّ–العرف لا العادة، طالما أن هذه الأخيرة غير ملزمة.

---

1 – **سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور**، المرجع السابق، ص 150.

2 – **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، العقد، المجدل الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2018، ص 31.

3 – حسام الدين الإهواني، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 304.

4 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 189.

ثالثا–دور مبادئ العدل والإنصاف في تحقيق التوازن العقدي

إن إحالة المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يعني التزام القاضي بأن يجتهد مع عدم وجود نص في التشريع أو العرف[1].

ولقد أبرز أرسطو في كتابه "السياسة والأخلاق" ظاهرة نقص التشريع ودور القاضي في الاجتهاد بالاستعانة بقواعد العدالة بقوله: «عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لإشارة القضاة أن يحكموا وينظموا الباقي وهو ما يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت»، وقال أيضا: «نظرا لعدم وجود قوانين لهذه الحالات الخاصة فيجب على القاضي أن يكمل ذلك»[2].

والمقصود بالعدالة في هذا المقام هو قواعد العدل والانصاف، فالقضاء وفقا لهذه القواعد يعني الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي[3].

إن السلطة التقديرية للقاضي تزداد سعة حينما يلجأ إلى قواعد العدالة لتحديد نطاق العقد، لأنه وفي مثل هذه الأحوال هو الذي يخلق المعيار الذي يستخدمه في إعمال سلطته التقديرية، سواء أكان هذا المعيار شخصيا أم موضوعيا[4].

في حين يرى البعض أن هذه السلطة التقديرية لا يجب أن تعمل وفقا لمفهوم القاضي الخاص للعدالة، وإنما عليه أن يكمل العقد في ضوء الهدف المقصود لطبيعة العقد ووفقا لما يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقد[5].

---

1 – **عمار بوضياف**، المرجع السابق، ص 181.

2 – **سمير تناغو**، المرجع السابق، ص 482.

3 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 391.

4 – **بلحاج العربي**، النظرية العامة للعقد في القانون المدني الجزائري، ص 421.

5 - Terré simler lequette, Les obligations, Dalloz, Paris 10 eme Edition 2009, P 471.

مما سبق نستنتج أن الالتزامات التي يضيفها القاضي للعقد في إطار مهمته في تكملة النقص، والتي تشكل في حد ذاتها مستلزمات العقد، لا يمكن أن يكون مصدرها سوى القانون، والعرف والعدالة، دون شرط مراعاة الترتيب الذي جاءت فيه، حيث يمكن للقاضي أن يكمل العقد من خلال القانون والعرف والعدالة مجتمعة، بمعنى أنه إذا وجد في القانون ما يكمل العقد فلا مانع بعد ذلك من البحث عن تكملة أخرى في العنصرين التاليين[1] وهذا ماتؤكده المادة 1194 من القانون المدني الفرنسي الجديد، فقد بدأ المشرع الفرنسي بالعدالة ثم العرف، ثم القانون، لأن هذه العناصر لم تذكر باعتبارها مصادر للقانون.

وفي الشأن ذاته يرى الأستاذ حسام الدين الأهواني أنه: «لا مجال لإعمال قواعد التدرج الخاصة بمصادر القانون لأننا لسنا بصدد البحث عن حل لمشلكة محددة وإنما بصدد تحديد مستلزمات العقد والتي قد توجد موزعة في العناصر الثلاثة، فتعدد المستلزمات لا يعني تعارضها وإنما تكاملها، بعكس مصادر القانون حيث قد تتعارض الحلول المستفادة من المصادر المختلفة»[2].

وبالتالي فإن القاضي غير ملزم بالترتيب الوارد في المادة 107 فقرة 02 والمادة 65 فله أن يبحث عن مستلزمات العقد في مبادئ العدل والإنصاف مثلا ثم في العرف ثم في القانون، وله كذلك أن يستعملها مجتمعة.

الفرع الثالث: تدخل القاضي لتكميل العقد سلاح ذو حدين

أمام التطورات التي شهدتها النظرية العامة للعقد، كان لا بد من تدخل سلطة القاضي في إضافة التزامات قضائية قانونية، وذلك حرصا من المشرع على سلامة التعامل، بحيث يؤدي العقد وظيفته الاقتصادية والاجتماعية على أكمل وجه، وكذلك حماية الطرف الضعيف في العلاقة من تسلط الطرف القوي، غير أن تدخل القاضي على

1 – **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، العقد، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 32.

2 – **حسام الدين الأهواني**، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 305.

هذا النحو وإن كان يهدف إلى إعادة توازن العلاقة العقدية إلا أنه قد يؤدي إلى عدم توازن عكسي مما يفعل دور المحكمة العليا في فرض رقابتها على عملية تكملة القاضي للعقد.

من أجل ذلك سنتطرق إلى الالتزامات المستحدثة من عملية تكميل القاضي للعقد أولا، ثم إلى رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تكميل العقد ثانيا.

أولا-الالتزامات المستحدثة من عملية تكميل القاضي للعقد

إعمالا لفكرة تكملة القاضي للعقد من خلال مفهوم العدالة، استطاع القضاء المقارن إضافة العديد من الالتزامات في عقود مختلفة على الرغم من عدم وجود نص عليها في القانون أو العقد، إنما هي من متطلبات العدالة العقدية، والتي أصبحت تشكل حماية قوية للطرف الضعيف في الرابطة العقدية، خاصة مع ظهور الإنترنت وعملية إبرام العقود إلكترونيا.

لقد شهدت هذه الظاهرة انتشارا واسعا في السنوات الأخيرة، فأصبحت العملية التعاقدية تضم طرفان، طرف محترف ومتخصص، وآخر ضعيف وغير محترف تنقصه الدراية والمعرفة والخبرة، لهذا السبب فإن حماية المتعاقد الضعيف معرفيا في هذه العقود المبرمة إلكترونيا بصفة خاصة، وباقي العقود بصفة عامة، بات أمرا لا بد منه حتى تتحقق الغاية المقصودة من إبرام هذه التصرفات دون إصابته بأضرار تمس أمواله أو حياته.

إن القضاء وإزاء قصور النصوص التشريعية الخاصة بحماية المتعاقد الضعيف في مرحلة تنفيذ العقد وخاصة في مجال الضمان، وعجزها عن تغطية الأضرار التي يحدثها الشيء المبيع بعيوبه، ومع ازدياد خطورة المنتجات، قام بإضافة جملة من الالتزامات والتي تشكل في حد ذاتها ضمانات، تتمثل على وجه الخصوص في الالتزام بالضمان والالتزام بالإعلام والالتزام بالمراقبة.

يعد الالتزام بالضمان من أهم تطبيقات تنفيذ العقد وبحسن نية، ولقد نص عليه المشرع في مجموعة من العقود، منها عقد البيع والإيجار والمقاولة وغيرها[1] ونظرا لارتباط هذه الالتزامات بحسن النية في تنفيذ العقود، فإن المشرع قد نص على أن الاتفاق على الإعفاء منها يكون باطلا[2].

وإذا كان المشرع المدني لم يكرس الالتزام بالضمان كالتزام قانوني عام في جميع العقود إلا أنه بإمكان القاضي أن يعمم هذا الالتزام على جميع العقود مستندا في اجتهاده على المادة 107 فقرة 02، وعلى أساس قواعد العدالة باعتبارها عاملا من عوامل تحديد نطاق العقد ومضمونه[3].

ويعد الالتزام بالإعلام التعاقدي[4] أحد أبرز الآليات في مجال حماية المتعاقد، هذا الالتزام فرضه القضاء على المتعاقد الذي بموجب صفته أو مهنته، يقع على عاتقه الإدلاء بمعلومات معينة للمتعاقد معه، ثم كرسته التشريعات بنصوص خاصة، ونصّ المشرع الجزائري عليه في المادة 352 من القانون المدني: «يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالما بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به، إلا إذا أثبت غش البائع».

---

1 – أنظر المواد 371، 483، و554 من القانون المدني.

2 – أنظر المواد 378، 490 و557 من القانون المدني.

3 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 195.

4 – نقصد ههنا الالتزام التعاقدي بالإعلام، تمييزا له عن التزام قبل التعاقد بالإعلام، والذي سبق التطرق إليه في الباب الأول.

ولا يقتصر مضمون الالتزام بالإعلام التعاقدي على مجرد الإدلاء ببيانات تتصف بالحياد والموضوعية، بل قد يتسع هذا المضمون ليصبح الدائن به ملتزما بالإضافة إلى الإدلاء بهذه البيانات، بنصح المتعاقد معه وكذلك الالتزام بتحذيره[1].

ويعد الهدف الأساسي من فرض هذا الالتزام هو تنوير وتبصير المتعاقد، خاصة إذا كان متلقي عن بعد، وذلك من خلال الإدلاء بكافة المعلومات التي تهمه والتي تمكنه من الاستغلال الحسن والأنفع والأسلم لمحل العقد[2].

وانطلاقا من فكرة تكملة العقد فقد ظهر حديثا الالتزام بالمراقبة، والذي أدخله القضاء المقارن إلى بعض العقود التي تقتضي طبيعتها وجود مثل هذا الالتزام[3] من ذلك ما قرره القضاء الفرنسي من اعتبار الفندقي مسؤولا عن سرقة متعلقات النزيل لإخلاله بالالتزام بالمراقبة الواقع على عاتقه، كما قضى أن عقد إيجار الخزائن الحديدية يتضمن بالنسبة للبنك التزاما بالمراقبة وهو التزام بتحقيق نتيجة، و قضى أيضا بوجود هذا الالتزام على عاتق العيادة الطبية لصالح المريض الذي أبرم معها عقد علاج وامتداده إلى مجوهراته التي كانت بحوزته[4].

يتبين أن الالتزامات التي يكشف عنها القاضي أثناء تكملة العقد هي التزامات يفرضها مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، مثلما جاء في المادة 107 فقرة 02، فهي التزامات أخلاقية بالدرجة الأولى تبرز التوجه الجديد من قبل المشرع إلى أخلقة العقود[5] وتكون هذه الالتزامات من النظام العام بحيث لا يجوز بموجب شرط عقدي استبعاد "العدالة" كموجه للقاضي في تكملة العقد، وبالتالي لا يمكن استبعاد الالتزام بالإعلام أو الضمان أو المراقبة... باعتبارها من مضمون العقد بحسب ما أقره القضاء.

---

1 – **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، العقد، المجدل الثاني، المرجع السابق، ص 34.

2 – **لزعر وسيلة**، تنفيذ العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2011، ص 201.

3 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 35.

1– أحكام محكمة النقض الفرنسية مشار إليها في مرجع محمد حسن قاسم، ص 35.

5 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 201.

ومع هذا لا بد أن يبقى تدخل القاضي في أضيق الحدود، بحيث لا يكون إلا في الحالات التي يتضح فيها إلحاق ظلم كبير بأحد أطراف العقد لمصلحة الطرف الآخر وأدى ذلك إلى اختلال التوازن مما يستدعي هذا التدخل، فالدور الشخصي للقاضي وإن كان يعد حماية لإعادة التوازن للعقد وضمان حسن تنفيذه، إلا أنه قد يشكل خطرا على توجيه العقد فيما قد يفرضه من التزامات جديدة لم يتفق عليها أطراف العقد، مما كان لا بد معه من تدخل سلطة عليا لرقابة هذا التدخل والوقوف على مدى حمايته لأطراف الرابطة لعقدية.

ثانيا–رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تكميل العقد

يرى الفقيه الفرنسي (Jack Ghestin) أن تدخل القاضي لتكملة العقد وإن كان يهدف إلى إعادة التوازن في العلاقة العقدية إلا أنه يجب أن يبقى تدخلا حذرا، ذلك أن الإفراط في إعادة التوازن يمكن أن يؤدي إلى عدم توازن عكسي، وإلى توجيه قضائي للعقد.

وقد اختلف الفقه حول مسألة رقابة المحكمة العليا على قرار القاضي بتكملة العقد فهناك من يرى أن رقابة المحكمة العليا تفرض على جميع العناصر التي يستعين بها القاضي في تحديد نطاق العقد، بينما يرى جانب آخر أن رقابة المحكمة العليا تفرض على مسائل القانون دون مسائل الواقع.

يرى الأستاذ بالحاج العربي أن تحديد القاضي لمضمون العقد وفقا لمبادئ القانون والعرف يعدّ من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا[1] فإذا زاد القاضي التزاما ما كان ليرتبه طرفا العقد، كان هذا مؤديا إلى نقض حكمه[2] أما إذا لجأ القاضي

1 – **بلحاج العربي**، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 421.

2 – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 1992/06/16، ملف رقم 78378، المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الأول، ص 31.

إلى قواعد العدل والإنصاف، فلا تعقيب على حكمه من المحكمة العليا لأن ما يتعلق بتلك القواعد يعد من المسائل الموضوعية لا من المسائل القانونية التي تراقبها المحكمة العليا[1].

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن كل العناصر التي يستعين بها القاضي في تكملة العقد وتحديد نطاقه يعد من العناصر الموضوعية ويخضع لرقابة المحكمة العليا ويؤسسون رأيهم على أن تكملة القاضي للعقد بكل مستلزماته (القانون، والعرف والعدالة) هو من مسائل القانون وليس من مسائل الواقع[2].

يتضح لنا جليّا أن فقهاء القانون انقسموا إلا فريق يفرق بين مسائل القانون ومسائل الواقع في فرض رقابة المحكمة العليا، وفريق لا يقيم أي فرق للمسألة ويخضع جميع العناصر التي يستدل القاضي في تكملة العقد لرقابة المحكمة العليا.

إن الرأي الأول وإن كان تأسيسه أكثر منطقية للمسألة إلا أنه–حسب رأينا–لا يوفر قدرا كبيرا من الحماية لأطراف الرابطة العقدية، ذلك أن القاضي وهو يكمل العقد وفقا لاجتهاده الشخصي قد يخطئ بشكل ما، فينقص بذلك من نطاق العقد أو يزيد فيه إلى درجة اختلال التوازن العقدي، فمن الأفضل أن تخضع جميع العناصر التي يستدل بها القاضي في تكملة العقد لرقابة المحكمة العليا لتوفير أكبر قدر من الحماية.

---

1 – **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 31.

2 – **راجع: سمير عبد السيد تناغو**، المرجع السابق، ص 151. **خالد عبد حسين الحديثي**، المرجع السابق، ص 15. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع السابق، ص 695.

المبحث الثاني

نقض العقد وتعديله بين تحقيق العدالة العقدية وإعادة التوازن العقدي

العدالة العقدية تقتضي تحقيق التوازن المادي في العقد بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه بالمقابل[1] وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد نجح في أن يبني العقد على أساس رابطة مقدسة بين طرفيه فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما معا، إلا أنه ومع التطور التكنولوجي في المجتمع والذي فاق التصور، أصبح من الصعب جدا الإبقاء على المبدأ وبناء على ذلك قام الفقه الحديث بإخضاعه إلى مرونة كبيرة حتى يتكيف مع مستجدات العصر الحالي، هذه المرونة تُرْجِمَتْ بالسماح بوجود استثناءات عن المبدأ.

هذه الاستثناءات التي أقرها المشرع بموجب المادتين 106 و107 فقرة 02 و03 من القانون المدني ماهي في الحقيقة إلا شكل من أشكال حماية الطرف الضعيف في حال اختلال التوازن العقدي، وذلك بإعادة التوازن له.

وعليه، سنتطرق في المطلب الأول إلى نقض العقد أو تعديله بمعرفة طرفيه حماية لمبدأ سلطان الإرادة، ثم نتطرق–في المطلب الثاني–إلى تدخل القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط المجحفة في العقد، ثم إلى سلطة القاضي في تعديل العقد المختل توازنه بسب الظروف الطارئة في المطلب الثالث.

1 – **دحمون حفيظ**، التوازن في العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2012/2011.

المطلب الأول

نقض العقد أو تعديله بين احترام وتقييد مبدأ سلطان الإرادة

تنص المادة 106 من القانون المدني على أن: «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».

من نص المادة يتبين أن المشرع قد أكد على المبدأ العام وهو تعديل العقد أو نقضه باتفاق طرفيه، ووضع استثناء للمبدأ فأجاز تعديل العقد أو نقضه للأسباب التي يقررها القانون كلما دعت المصلحة العامة إلى ذلك.

لذلك سنتطرق في الفرع الأول إلى نقض العقد وتعديله باتفاق الطرفين، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى الطابع الإستثنائي لتدخل القانون في نقض وتعديل العقد.

الفرع الأول: الاتفاق على نقض العقد أو تعديله حماية لمبدأ سلطان الإرادة

أكد القضاء في العديد من المناسبات على أن حرية التعاقد وسلطان الإرادة بالإضافة إلى الاستقرار القانوني–تؤدي إلى الاعتداد بما اتفق عليه الطرفان، فالإرادة لها دور فعال لا يمكن إنكاره أو التقليل منه، سواء في التعاقد أو في تحديد الالتزامات الناجمة عنه.

فإذا ما حدثت ظروف استثنائية وغير متوقعة أثرت على تنفيذ العقد تنفيذا سليما متوازنا بين طرفيه، أو استحال على أحد أطراف الرابطة العقدية تنفيذ التزامه دون إرهاق كان على طرفي الرابطة العقدية التصدي لمثل هذه الظروف عن طريق تعديل العقد بإرادتهما المشتركة، أو نقضه بالإرادة ذاتها.

أولا–تعديل العقد بالاتفاق المشترك لطرفي العلاقة العقدية

إن الغرض من تعديل العقد اتفاقا هو احترام المبدأ العام والعقد شريعة المتعاقدين ذلك أنه الأصل، فالإرادة دور كبيرة في استقرار المعاملات القانونية من خلال الحفاظ على التوازن العقدي، وذلك بإدراج بنود تسمح بالملاءمة الآلية للعقد في حالة الحادث

غير المؤكد[1] ولكن المتوقع حصوله[2] ومن بين الأمور المتوقع حصولها بعد إبرام العقد[3] والتي تمس بتوازنه، ظاهرة التضخم وانخفاض العملة النقدية، فيصبح السعر الاتفاقي للبضاعة أو الخدمة غير مناسب تماما، وهذا كلما كان تنفيذ العقد متراخيا أو يتم تنفيذه على فترات متعاقبة خاصة في العقود الزمنية[4] وتفاديا لتلك الصعوبات كثيرا ما يتفق المتعاقدان على تعديل السعر مع تحديد الأدوات اللازمة لذلك، وقد يحث المشرع المتعاقدين على أخذ احتياطاتهما من مثل هذه الحالات كما ورد على سبيل المثال في القانون 11-04 بشأن بيع السكنات على التصاميم[5].

ولعل من أهم الآليات التي يعتمدها المتعاقدان بمناسبة تعديل العقد، والتي يحتاطان بها من تقلبات الأسعار هي بند التقييس (Clause d'indication) وبند مراجعة الأسعار.

ويعرف بند التقييس على أنه: «شرط يدرج في اتفاق ينفذ في فترات متعاقبة يمكن بمقتضاه تعديل المبلغ الموضح به عند الدفع تبعا لمؤشر اقتصادي أو نقدي»[6] ويسعى بند التقييس في الغالب إلى حماية العملة النقدية وذلك بتوفير الثقة بين الأفراد والسماح لهم بالابتعاد عن تهريب العملة التي تشكل العنصر الأساسي للتضخم، كما يبقى لها دور

---

1 - **سعدون ياسين**، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمرين تيزي وزو، 2018/2017، ص 228.

2 - **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 384.

3 - عالج المشرع جانبا من الصعوبة التي قد تعترض تنفيذ العقد نتيجة أحداث استثنائية غير متوقعة بموجب المادة 107 فقرة 02 والتي سيتم تفصيلها لاحقا، وبالتالي فإن أطراف العلاقة العقدية لا يمكنهم تعديل العقد بالإرادة المشتركة إذا كانت الأحداث استثنائية غير متوقعة وإنما يمكن لهم تعديل العقد إذا كانت الأحداث متوقعة الحصول.

4 - **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 384.

5 - تنص المادة 38 فقرة 02 من القانون 11-04 المؤرخ في 2011/02/17 والذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه:"... كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلا للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب يجب ذكر كيفية المراجعة..."، جريدة رسمية عدد 14، لسنة 2011، ص 04.

6 - **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 385، ولتفاصيل أكثر حول بند التقييس، راجع **سعدون ياسين**، المرجع السابق، 228 وما بعدها.

فعال في حماية الاقتصاد الوطني الذي أساسه الثقة والابتعاد عن عدم التوازن النقدي وعدم التوازن الاقتصادي وبالتالي الابتعاد عن خطر التضخم[1].

أما بند مراجعة السعر الذي يلجأ المتعاقدان بموجبه إلى تعديل العقد فهو بند يحدد بموجبه المتعاقدان كيفية مراجعة الأسعار المحددة اتفاقا في العقد في حال تحقق ظروف معينة، فيتفق المتعاقدان على الأسباب التي تترتب عليها مراجعة الأسعار وكيفية مراجعتها كأن تكون العبرة بمؤشر البورصة، أو السوق الداخلية أو الخارجية وغيرها، وكذا آجال معالجة الأسعار وأعلى نسبة زيادة وغيرها.

ثانيا–نقض العقد بالاتفاق المشترك لطرفي العلاقة العقدية

يمكن نقض العقد عن طريق فسخه بالاتفاق وهذا ما يعرف بالتقابل أو التفاسخ عن العقد، حيث يبرم المتعاقدان عقدا جديدا يقضي بإلغاء العقد الأول، لكن إذا لم يحصل مثل هذا الاتفاق يبقى الطرفان ملزمان بالعقد الأصلي ولا يتحللان من قيوده ما لم يقضِ القانون بغير ذلك.

وحتى يتمكن المتعاقدان من نقض العقد بإرادتهما المشتركة فيتعين تلاقي إرادتيهما معا، أي تطابق الإيجاب مع القبول، فيرد التعبير عن تفاسخ كل منهما عن العقد صريحا فيقرر كل منهما أنه يرغب في العدول عن العقد[2] فيقره الآخر ويتفاسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء. وقد يرفع أحدهما دعوى فسخ العقد، فيتقدم الآخر بطلب مقابل بالفسخ والتعويض، فيتقرر الفسخ بحكم قضائي ولكن بالرضا المشترك لطرفي العقد.

وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بشأن الاتفاق بإنهاء عقد وكالة (ولو أن القانون يسمح بإنهاء عقد الوكالة بالإرادة المنفردة) مايلي: «حيث ترد المحكمة العليا بالرجوع إلى عناصر الملف أن المطعون ضدها أنذرت الطاعن بتاريخ 1998/10/01 بإلغاء الاتفاق المبرم بين الطرفين وأخبرته بإنهاء عقد الوكالة والاتفاق بإنهاء الاتفاق وكان

1 - **Alain Ghozi**, la modification de l'obligation par la volonté des parties, études de droit civil Français- librairie générale de droit de la jurisprudence 1980, P 75.

2 – **أنور طلبة**، انحلال العقد، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ودون رقم طبعة، ص 118.

الطاعن موافقا على إنهاء توكيله على تسيير الصيدلية وكل طرف وفى بالتزاماته وفقا للمادة 106 من القانون المدني، ولم يذكر الطاعن أنه تضرر جراء إنهاء عقد الوكالة...»[1].

يتبين من قرار المحكمة العليا أنه يمكن أن تقدر المحكمة تعويضا للطرف الثاني في العقد إذا وقع له ضرر جراء عملية نقض العقد، حتى وإن كان قد وافق على نقض العقد بإراداته الحرة والسلمية، وهذا حماية له وجبرا للضرر إن وجد.

الفرع الثاني: الطابع الإستثنائي لتدخل القانون في نقض وتعديل العقد

إن تقدير عدم التوازن يتوقف إلى حد كبير على مدى ممارسة الطرف المتعسف للسلطات قبل الطرف الآخر، وسواء أكانت السلطة التعسفية ذات طبيعة اقتصادية أم قانونية فإن ذلك يَسِمُ العقد بصفة عدم التوازن.

إن التسلط الاقتصادي من قبل أحد أطراف العقد لا يتبعه بالضرورة توافر نية الإضرار بالطرف الآخر، ولكن يكفي أنه يستخدم سلطته لتحقيق مصالح غير تلك التي يجب أن يحققها لو أتيحت للطرف الآخر الوسيلة لمحاكاة السلطة المقابلة على قدم وساق[2].

فمتى تحقق الاختلال في التوازن العقدي تدخل المشرع لحماية الطرف المتضرر من جراء هذا الاختلال إما منهيا العلاقة التعاقدية أو معدلا فيها، كما منح في بعض الحالات أحد الأطراف وبصفة منفردة الحق في إنهاء العلاقة العقدية أو تعديلها.

---

1 – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية ملف رقم 282878، بتاريخ 2004/06/30، منشور بمجلة المحكمة العليا سنة 2004، العدد الثاني، ص 141.

2 – **محمد محي الدين إبراهيم سليم**، المرجع السابق، ص 11 و12.

أولا-إنهاء العقد أو تعديله بقوة القانون

تسمى هذه الطريقة بالطريقة المباشرة في الإنهاء أو التعديل[1]، ذلك أن المبدأ أن المشرع لا يتدخل معدلا بنود العقد الذي نشأ على وجه صحيح، حتى لا يؤثر على استقرار الأوضاع الاقتصادية[2]، غير أنه وفي حالات معينة يتدخل المشرع لينهي العقد أو يعدله رغم إرادة المتعاقدين، وذلك بقوة القانون، ومن بين هذه الحالات، حالة وفاة أحد المتعاقدين كما في انقضاء عقد الشركة (شركة الأشخاص) بوفاة أحد الشركاء حسب المادة 439 من القانون المدني، ونهاية عقد الوكالة بوفاة الوكيل أو الموكل حسب المادة 586 من القانون المدني.

أما بالنسبة للحالات التي يعدل فيها المشرع العقد، فهناك حالة تحديد الأجرة أو تمديد عقد الإيجار التي نصت عليها المواد 471، 474 و509 من القانون المدني.

وبسبب تطور المجتمع واتساع مجال النظام العام على حساب العقد، أصبحت بعض المسائل التي كانت متروكة لاتفاق المتعاقدين منظمة قانونا وبصفة آمرة، فيتدخل المشرع لحماية بعض الفئات من خلال تحديد ومراجعة مضمون بعض العقود، كتحديد الحد الأدنى للأجر، أو مدة العمل أو سعر بضاعة معينة... وفي كل تلك الحالات يعدل القانون الجديد الالتزامات الواردة في العقد بصفة تلقائية[3].

وما يلاحظ من الأمثلة السابقة أن المشرع يتدخل في هذه الحالات تعديلا للعقد أو إنهاء له، تحقيقا للعدل أو تبعا للمصلحة التي يجد من الضروري المحافظة عليها، وهي عموما مصلحة الطرف الضعيف في العقد، كما قد يبرر تدخله بهدف مراعاة الاستقرار

---

1 – يتدخل المشرع لتعديل العقد بمقتضى القانون بطريقة مباشرة بمعنى أنه لا يكون للقاضي أي سلطة تقديرية في قبول التعديل أو رفضه فهو ملزم بالتعديل أو النقض وفق الحالات المنصوص عليها بموجب القانون.

2 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 206.

3 – **فاضل خديجة**، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، الجزائر 2002، ص 08 وما بعدها.

الاجتماعي تأمينا للمصلحة العامة، كما في حال سقوط الالتزامات بتقاعس الدائن في المطالبة بتنفيذها خلال مدة معينة[1].

وفي بعض الأحيان قد نجد أن المشرع يقوم بتعديل العقد بموجب قانون جديد فيعلن أن القوانين الجديدة مطبقة على العقود الجارية بشكل فوري وهذا فيه إهدار لمبدأ حرية الإرادة، غير أنه وفي الغالب قد يبقي القانون الجديد على القانون القديم تحت تأثير نظرية الحقوق المكتسبة، مما يؤكد الطابع الاستثنائي لتدخل القانون في الشأن التعاقدي[2].

ثانيا-إنهاء العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة

قد يسمح القانون أحيانا لأحد المتعاقدين بنقض أو تعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر، وذلك بدون شك يعد مساسا باستقرار المعاملات وخرقا صارخا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن المشرع قد أجاز ذلك برخصة في بعض الحالات ولغايات مشروعة ومبررة.

ويجدر بالذكر أن الحالات التي أجاز فيها المشرع نقض أو تعديل العقد بالإرادة المنفردة لا يرتب أي مسؤولية كانت ما لم تكن هناك بطبيعة الحال حالة تعسف[3].

وقد وردت حالات نقض العقد وإنهائه بالإرادة المنفردة في القانون المدني، ومنها إنهاء عقد الشركة حسب المادة 440 من القانون المدني ، وإنهاء عقد العارية حسب المادة 574 منه، ولأن حرية الفرد تتنافى مع الالتزام مدى الحياة فإن العقود الزمنية التي لم تحدد مدتها تكون بمقتضى ترخيص من القانون قابلة للإنهاء من طرف واحد ودون رضاء الطرف الثاني[4].

---

1 – **جبار سماح**، المرجع السابق، ص 207.

2 – **جاك غستان**، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، المرجع السابق، ص 172 وما بعدها.

3 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 376.

4 – إذا كان العقد شريعة المتعاقدين فإن الحرية المكرسة في المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 تبرر فسخ العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة مع ضمان إبلاغ المتعاقد وتعويض الضرر إن كان، ويتعين على المشرع في هذا الإطار حماية الطرف الثاني بتحديد أسباب الفسخ ولاسيما احترام أجل الإنذار. راجع في ذلك **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 379.

أما حالات إنهاء العقد بالإرادة المفردة والتي يعود سببها إلى انعدام الثقة، أذكر على سبيل المثال حالة إنهاء الوكالة حسب المادة 587 من القانون المدني، والرجوع عن الهبة حسب المادة 211 من قانون الأسرة، فهذان العقدان إنما يقومان على أساس الثقة فإذا انعدمت هذه الثقة فإنه لا يمكن أن يستمر العقد، فيسمح المشرع بإنهائه بالإرادة المنفردة.

كما قد وردت حالات أخرى لنقض العقد وإنهائه بالإرادة المنفردة والتي يعود السبب فيها إلى حماية الطرف الضعيف بسب تغير الوضع الاقتصادي وأذكر في هذا الشأن على سبيل المثل: إنهاء عقد الإيجار حسب المادة 469 مكررة 02 من القانون المدني وإنهاء عقد المقاولة حسب المادة 560 فقرة 02 من القانون نفسه.

غير أنه وإن كانت عملية إنهاء العقد بالإرادة المنفردة معترفا بها قانونا إلا أنه لا بد من احترام الإجراءات القانونية التي يستوجبها القانون فيه، والتي تتمثل في إعذار المتعاقد معه لتمكينه من أخذ الاحتياطات التي يراها مناسبة، ومن ثم استبعاد الطابع الفجائي أو التعسفي للإنهاء أو نقض العقد[1].

أما عن تعديل العقد بالإرادة المنفردة، فيقصد به مراجعة بعض بنوده أو إعادة النظر فيها وفي بعض عناصرها، من خلال حذف شرط أو إضافة آخر، أو تعديل التزامات المتعاقدين أو شروط تنفيذها، ويرجع سبب هذا التعديل بالدرجة الأولى إلى الظروف الجديدة المستجدة، سواء أكانت في الجانب الاقتصادي أم الاجتماعي أم السياسي، والتي تطرأ في مرحلة تنفيذ العقد فتؤثر في التوازن الاقتصادي الذي كان يسوده، وتكون مراجعة العقد حسب الأستاذ فيلالي جزئية تقتصر على العناصر التي تأثرت بالأوضاع الجديدة فقط[2].

---

1 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 380.

2 – **علي فيلالي**، المرجع نفسه، ص 380 ومايليها

هذا ويعدّ تعديل العقد أكثر خطورة من نقضه إذ وبالإضافة إلى خرق مبدأ القوة الإلزامية للعقد فإن تعديله بالإرادة المنفردة يتنافى ومفهوم العقد باعتباره اتفاق إرادتين، من أجل ذلك فإن عملية تعديل العقد بالإرادة المنفردة لا بد أن تظل حالة استثنائية تدفعها ضرورة ومبررات قوية لذلك، وكل هذا تحت رقابة محكمة الموضوع، فالقاضي هو من سيقرر مدى تعسف المتعاقد في إنهاء العقد من عدمه، وهذا بحد ذاته يشكل حماية قوية للمتعاقد الثاني من تعسف الأول في إنهاء العقد.

المطلب الثاني

تدخل القاضي لمراقبة الاتفاقات والشروط في العقد حماية للطرف الضعيف

يمكن لطرفي الرابطة العقدية الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، تلك الاتفاقات التي تهدف إلى تنظيم آثار المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات العقدية على غير النحو المقرر قانونا، وذلك إما بإعفاء المدين كليا أم جزئيا من هذه الآثار، أو بالعكس من ذلك بتحميله ما لم يكن يتحمله وفقا للقواعد المقررة قانونا في هذا الصدد[1] كما يمكن لهما الاتفاق مقدما على تقدير تعويض سلفا، يكون مستحقا إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه تُجاه المتعاقد الآخر.

لذلك سنتطرق في الفرع الأول إلى سلطة القاضي في بسط الرقابة على اتفاقات تعديل أحكام المسؤولية العقدية، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى سلطته في تعديل الشرط الجزائي.

الفرع الأول: تدخل القاضي لمراقبة اتفاقات تعديل أحكام المسؤولية العقدية

تنص المادة 178 فقرة 02 من القانون المدني: «يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه

1 – **محمد حسن قاسم**، القانوني المدني، العقد، المجدل الثاني، المرجع السابق، ص 297.

الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه».

يتضح من نص المادة أن المبدأ العام هو صحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي[1] على الرغم مما تحمله من خطورة على حسن تنفيذ العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار ما قد يتضمنه الاتفاق المعدل لأحكام المسؤولية من فائدة وما قد يؤخذ عليه من ضرر، وإذا كان المبدأ هو جواز الاتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته عن الإخلال بالتزاماته التعاقدية أو التخفيف منها، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا إذا كان هذا الإخلال راجعا إلى غش أو خطأ جسيم منه من جهة ويكون باطلا أيضا وفقا لما تقتضيه مبادئ العدالة التي لم تترك هذا المبدأ على إطلاقه من جهة أخرى.

أولا-بطلان اتفاقات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية بسبب الغش أو الخطأ الجسيم

الواقع أن اتفاقات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية وإن كانت تعبيرا عن إرادة المتعاقدين في ترتيب أوضاعهم التعاقدية كما يشاؤون ووفقا لما يحقق مصالحهم المتبادلة، بالإضافة إلى كونها تشجع على إبرام العقود، دون خشية من عبء المسؤولية إلا أن ذلك لا يخفي ما قد تنطوي عليه هذه الاتفاقات من مآخذ.

هذه الاتفاقات قد تدفع المدين إلى الإهمال لأنه لن يسأل عن عدم تنفيذ التزامه[2] مما لا يضر فقط بالدائن وإنما بالمصلحة العامة أيضا[3]، حيث يأخذ المدين على عاتقه التزاما معينا ويكون في الوقت ذاته غير مسؤول عن الإخلال به، إضافة إلى ذلك فإن

---

1 – إذا كان القانون يجيز الاتفاق بشأن الإعفاء من المسؤولية فلا شك أن حكمه ينصرف كذلك إل اتفاق التخفيف من المسؤولية. **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 303.

2 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 304.

3 – **حسام الدين الأهواني**، المرجع السابق، ص 465.

الحرية التعاقدية التي تساند صحة هذه الاتفاقات تفترض المساواة بين المتعاقدين، وهو افتراض يكذبه الواقع في بعض العلاقات وبصفة خاصة في العلاقات التعاقدية التي تربط بين المهني أو المحترف من ناحية، والمستهلك من ناحية أخرى.

إن هذه الاتفاقات عيبها أنها تعد مدخلا للتعسف في السيطرة في العلاقة التعاقدية لصالح الطرف الأقوى، سواء أكان مذعنا في عقد إذعان، أم منتجا في عقد من عقود الاستهلاك[1]، وإذا كان من الجائز الاتفاق على إعفاء المدين من مسؤوليته عن الإخلال بالالتزام العقدي أو التخفيف منها، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا إذا كان هذا الإخلال راجعا إلى غش أو خطأ جسيم منه، فالاتفاق على الإعفاء أو التخفيف في هاتين الحالتين يكون باطلا ولا يعتد به.

ويلاحظ أن المشرع المدني الجزائري جعل الخطأ الجسيم يتساوى مع الغش[2] والغش يتضمن خطأ عمديا ويأخذ حكمه الخطأ الجسيم[3] والخطأ الجسيم من المسائل المادية التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فهو الذي يملك سلطة تقدير الخطأ، هل هو خطأ جسيم أم يسير.

جعل المشرع الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية جائزا حتى ولو صدر خطأ جسيم أو غش من الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه وهذا وفقا للمادة 178 فقرة02 من القانون المدني.

مما سبق نجد أنّ الحكم في الواقع فيه نوع من عدم المنطق، فكيف للمشرع أن يفرق بين حالة الغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه المدين وبين الذي يرتكبه مساعدوه، فكان أولى أن ذات الحكم الذي فرض على المدين يطبق على مساعديه فيكون خطؤهم الجسيم أو غشهم يؤدي إلى بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية.

---

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 305.

2 – **بلحاج العربي**، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 460.

3 – **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، العقد، المجدل الثاني، مرجع سابق، ص .306

وهذا في الواقع ما استقر عليه الفقه الفرنسي الذي يعدّ شرط الإعفاء من المسؤولية باطلا أيضا في حال ما إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي ناتجا عن غش أو خطأ جسيم ارتكبه تابع المدين[1].

انطلاقا من هذه المعطيات فإنه إذا وقع الاتفاق عن الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحا فإنه يترتب عليه إعفاء المدين منها بالقدر الذي جاء به الاتفاق، وإذا وقع اتفاق الإعفاء باطلا، فإن الشرط هو الذي يبطل وحده ويبقى العقد صحيحا، إلا إذا كان هذا الشرط هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد كله طبقا لفكرة الباعث غير المشروع[2].

ثانيا-بطلان اتفاقات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية وفقا للتشريعات الخاصة

إذا كان المشرع قد وضع بموجب المادة 178 فقرة 02 من القانون المدني مبدأ صحة اتفاقات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية بشرط عدم ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم، فإن هذا المبدأ لم يبقَ على إطلاقه نظرا لتدخل مبادى العدل والإنصاف وظهور التشريعات الخاصة الحديثة التي ضيقت عليه.

يؤكد الفقه الحديث على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية الناشئة عن الأضرار التي تمس بالسلامة الجسدية للأشخاص، فجسد الإنسان لا يجوز أن يكون محلا لاتفاقات مالية، كما أن الالتزام بالسلامة يتعلق بالنظام العام[3].

كما يؤكد القضاء أيضا على أنه لا يعفى ناقل الأشخاص من المسؤولية المدنية وبالخصوص الالتزام بضمان سلامة المسافر، وكل شرط يرمي إلى الإعفاء من هذه المسؤولية هو مخالف للنظام العام[4].

1-**Terré Simler et lequette**, op cit, P 625.

2 – **بلحاج العربي**، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 461.

3 – **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، العقد، المجلد الثاني، المرجع، السابق، ص 311.

4 – قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 1986/05/14، ملف رقم 43237، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص 68

وإذا ورد شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية ضمن عقد من عقود الإذعان فإنه يمكن اعتباره شرطا تعسفيا يخضع بالتالي لسلطة القاضي وفق نص المادة 110 من القانون المدني الذي أجاز للقاضي تعديله على نحو يزيل التعسف، أو يعفي الطرف المذعن منه، وفقا لما تقضي به مبادئ العدالة.

كما ربط المشرع الفرنسي –في قانون الاستهلاك وفقا للمادة 132-01 فقرة 06 صفة التعسف، وعلى نحو قاطع، كل الشروط التي من شأنها إلغاء أو تخفيف الحق في تعويض الضرر الذي يلحق المستهلك أو غير المهني في حال إخلال المهني بأي من التزاماته[1].

وعلى هذا النحو فإن شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في القانون الفرنسي المقرر لصالح المهني أو المحترف، والمتضمنة في عقد من عقود الاستهلاك باطلة باعتبارها شروطا تعسفية، وذلك منذ صدور المرسوم 2009-302 المتضمن قانون الاستهلاك الفرنسي، الأمر الذي قاد بعض الفقهاء الفرنسيين إلى عدّه مساهمة في تهميش مبدأ مشروعية شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية في القانون المدني[2].

لم ينظم المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك حكما يقرر بطلان شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التي يضعها المهني أو المحترف في العقد الذي يربطه بالمستهلك، مثلما فعل نظيره الفرنسي.

وعليه ينبغي للمشرع الجزائري أن يتدارك هذا النقص في التشريع، وذلك لخطورة مثل هذا النوع من الاتفاقات التي تبرم بين طرفين غير متوازنين معرفيا (مهني وغير مهني)، فإذا كانت بنود الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها استثناء من المبادئ العامة

1 - Art- 132-01/06 du droit de consomation francais 302-2009 delivre le 18/03/2009 :" Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non professionnels, sont de manière irréfragable présumées abusives…Les clauses ayant pour objet ou pour effet de : suprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non professionnel ou le consomateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations".

2 – رأي الفقيه (Porchy Simon)، أشار إليه **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 309.

في المسؤولية العقدية، فإن تفسيرها يجب أن يكون تفسيرا ضيقا وضد مصلحة واضع الشرط، أي ممن يتذرع به.

والملاحظ أن المشرع قد كرس هذا الحكم في تأويل عقود الإذعان، وذلك بقصد حماية الطرف المذعن وذلك بموجب الفقرة 02 من المادة 112 التي تنص على أنه «غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن».

إن هذا النص يمكن أن يؤدي دورا مهما في حماية المستهلك – خاصة أمام غياب نص تشريعي في مواجهة بنود الإعفاء، أو الحد من المسؤولية–حماية من الشروط التي يستقل بوضعها المهني أو المحترف، باعتبار أن المستهلك هو في الغالب مذعن في عقد الإذعان[1].

الفرع الثاني: تدخل القاضي لمواجهة الشرط الجزائي

إذا كان الأصل أن مهمة تقدير التعويض في المسؤولية المدنية من اختصاص القضاء، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع اتفاق الطرفين مسبقا على تقدير التعويض الذي يكون مستحقا إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه تُجاه المتعاقد الآخر، وهذا ما يستشف من نص المادة 183 من القانون المدني: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...».

فإذا كان هذا النص يشكل حماية للمتضرر من جراء عدم تنفيذ الطرف الثاني لالتزاماته التعاقدية، إلا أنه قد يشكل في الوقت ذاته خطرا على توازن الأداءات في العقد لذلك كان لزاما على المشرع أن يضبطه بجملة من القيود والشروط تخضع لرقابة القاضي، وجعل لهذه الرقابة ضمانات قصد تحقيق الغرض الذي وجد من أجله.

1 – **محمد قاسم**، المرجع السابق، ص 317.

أولا-سلطة القاضي في مواجهة الشرط الجزائي

لم يتضمن القانون المدني الجزائري تعريفا للشرط الجزائي، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي عرف الشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم، قبل تعديل 2016 من خلال مادتين هما المادة 1226 و1229 من القانون المدني، حيث جاء في الأولى «الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ"، أما الثانية فعرفته بأنه:" تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي...».

أما الفقه فقد عرفه بتعريفات مختلفة، تدور في مجملها حول معاني التعويض الذي يستحق للدائن في حال الإخلال بتنفيذ الالتزام كليا أو جزئيا أو تأخر في تنفيذه[1].

وبالتالي تظهر الغاية من وراء الاتفاق على الشرط الجزائي، وهي ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي فهدف الدائن هو الاطمئنان على ضمان التنفيذ العيني للالتزام الأصلي وفي المقابل الحصول على التعويض المناسب للأضرار في حال الإخلال بتنفيذ الالتزام من طرف المدين، غير أن وسيلة الضمان هذه قد تتحول إلى وسيلة إكراه لإرغام المدين على الوفاء بالتزامه[2] لذلك فإن سلطة القاضي في التدخل تظهر في صورتين، إما لاستبعاد الشرط أو تعديله.

1-سلطة القاضي في استبعاد الشرط الجزائي

إن أول ما يراقبه القاضي هو مشروعية الشرط الجزائي، فمتى تقرر له أن الشرط الجزائي غير مشروع كأن يكون مخالفا لنص قانوني أو شرعي وجب عليه الحكم ببطلانه. ثم تأتي في مرحلة ثانية مهمة القاضي في التأكد من مدى توافر شروط استحقاق الشرط الجزائي والمتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية، بالإضافة إلى شرط الإعذار.

---

1 - **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 318.

2 - **نزال عقاب نزال الهاجري**، الشرط الجزائي في القانون الكويتي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.

فلإعمال الشرط الجزائي لا بد من ارتكاب المدين لخطأ يتمثل في الامتناع عن تنفيذ الالتزام أو التماطل والتراخي في التنفيذ، فعلى القاضي أن يتأكد من وجود الخطأ من جانب المدين، ثم عليه أن يتأكد من أن هذا الخطأ (الالتزام الذي أخل به المدين) هو الذي تناوله الشرط الجزائي، فإذا أخل المدين بالتزام من التزاماته غير المكفول بالضمان فعلى القاضي في هذه الحالة عدم إعمال الشرط[1].

كما لا يكفي الخطأ لإعمال الشرط الجزائي بل لا بد من توافر عنصر الضرر في جانب الدائن، خاصة وأن موقف المشرع جاء صريحا في المادة 184 التي تنص على أنه: «لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر»، فإذا أثبت الدائن وجود عنصر الخطأ فإن القاضي ملزم حسب المادة 184 من القانون المدني بمنح المدين فرصة لإثبات أن الدائن لم يلحقه ضرر من عدم تنفيذ الالتزام.

كذلك يجب على القاضي أن يفرض رقابته في كون الخطأ الذي ارتكبه المدين وبحسب المجرى العادي للأمور هو الذي تسبب مباشرة في الضرر الواقع للدائن، وأن يسلط رقابته على شرط الإعذار، فإذا لم يقم الدائن بإعذار مدينه فلا استحقاق للتعويض الاتفاقي حسب نص المادة 179 من القانون المدني[2].

وبناء على ما سبق فإن مجرد غياب شرط من الشروط الموضحة سابقا فإنه يجب على القاضي استبعاد الشرط الجزائي.

---

1 – **فارس بوبكر**، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2015، ص 2015.

2 – نظم المشرع الإعذار في المواد من 179 إلى 181 من القانون المدني، حيث تنص المادة 179 على أنه:" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص بخلاف ذلك".

2-سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

يتضح من خلال نص المادة 184 من القانون المدني أن الأصل في حكم القاضي بالتعويض الاتفاقي دون تغيير، يرتبط برؤية هذا الأخير أن التعويض مساوي للضرر الذي أصاب الدائن وتسبب فيه المدين بخطئه، غير أن القاضي يملك سلطة تقديرية في مراجعة الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان إذا ثبت له خلاف ذلك.

فبالنسبة لسلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي فإن المشرع قد نص في المادة 184 فقرة 02 على أنه: «يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه».

يتّضح من نص المادة أنه وإذا وجد تفاوت كبير بين القيمة المحددة في التعويض الاتفاقي وبين الضرر الحقيقي أجاز المشرع للقاضي تخفيف هذا المقدار، ويجوز له ذلك أيضا إذا أثبت المدين أنه قد قام بتنفيذ جزء من الالتزام الأصلي.

غير أن ما يعاب على هذه المادة أن المشرع لم يبين لنا كيف يكون التخفيض وما هي الضوابط التي يسترشد بها القاضي لإجراء التخفيض. ناهيك عن إغفال المشرع تحديد المقصود بالتنفيذ الجزئي، فاعتبر الفقه أن كل بدء في التنفيذ هو بالضرورة تنفيذ جزئي للالتزام، إذا رتب فائدة للدائن[1].

أما بالنسبة لسلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي فإن المشرع قد تكفل بهذه المسألة بموجب المادة 185 من القانون المدني التي تنص على أنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة. إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما».

1 – **طبيب فايزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مستغانم 2019، ص 292.

يزيد القاضي إذن في مقدار التعويض في حالة واحدة هي حالة الغش أو الخطأ الجسيم، حتى يصبح المبلغ معادلا للضرر الذي وقع، ولا يمنعه في ذلك أن التعويض مقدر في العقد، لأن الدائن عند اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطؤه الجسيم[1].

فإذا لحق بالدائن ضرر نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم، كما لو تعمد عدم تنفيذ التزامه، يمكن القاضي في هذه الحالة تقدير التعويض وفقا للقواعد العامة، فيحكم بتعويض يتعادل مع الضرر حتى ولو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائي[2].

ثانيا–ضمانات سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

إن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، لا يمكن أن تفعل إلا إذا قُرِنت بضمانات تكفل لها قوتها وسيادتها، خاصة وأن تدخل القاضي في الشرط الجزائي يكون من أجل تحقيق العدالة، لذلك أوجب القانون لهذه السلطة أن تكون من النظام العام والنص على التكامل بين حالتيها، فلا يجوز الاتفاق على استبعادها أو تحديد نطاقها.

1–سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام

سلطة القاضي في التعديل لها صفة النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على استبعادها، فلو تركت سلطة التعديل بدون هذه الضمانة، لما تردد الطرف القوي في إلزام الطرف الضعيف بما يكفل استبعادها، فمن قبل على نفسه شرطا جزائيا مرتفعا أو منخفضا إلى درجة كبيرة سيرضى بحكم هذا الخضوع باستبعاد سلطة القاضي.

---

1 – **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2015ن ص 878.

2 – **بوكماش محمد**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2012، ص 340.

وتطبيقا لذلك فإن أي اتفاق على استبعاد سلطة القاضي يقع باطلا، وهو ما نصت عليه المادة 184 فقرة 03 من القانون المدني بقولها: «ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه».

ولأن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي هي سلطة استثنائية كونها تمس بالمبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين" فإن المشرع لم يترك هذه السلطة تلقائية وجوازيه وإنما ربطها بطلب أحد الأطراف، هذا ما يستفاد من نص المادة 184 فقرة 02: «ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه».

ما يمكن استخلاصه من هذا النص أنه إذا كان على المدين إثبات المبالغة في تقدير الشرط الجزائي إلى حد كبير، أو التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، فإن ذلك يفترض أن يكون المدين قد طالب القضاء بتخفيض مقدار الشرط الجزائي، فلو خفض القاضي مبلغ الشرط الجزائي أو رفعه دون طلب المدين أو الدائن فيكون قد حكم بما لم يطلبه الخصوم، وهو ما يجعل حكمه معرضا للبطلان.

غير أن القضاء الفرنسي وفي العديد من المناسبات قام بخرق مبدأ عدم تلقائية القاضي في الأخذ بالشرط الجزائي، وبالتالي قرر ضرورة أن يتدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي ولو من تلقاء نفسه، وهذا ما يتبين من حكم محكمة ليون الفرنسية بتاريخ 1976/11/08 مشيرا إلى المادتين 1152 و1231 من القانون المدني الفرنسي: «إن هذه النصوص من النظام العام تفرض على القاضي مراجعة آثار الشرط الجزائي المطلوب تطبيقه، وذلك حتى في غياب المدعى عليه»[1].

1 – أشار إلى هذا الحكم **حميد بن شنيتي**، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1996، ص 95.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي وبمناسبة تعديل قانون العقود الفرنسي في 2016 جعل من القرارات القضائية حكما قانونيا بموجب المادة 1231-05 الفقرة 02 و03 والتي بموجبها أصبح للقاضي سلطة التدخل لتعديل الشرط الجزائي ولو من تلقاء نفسه وهذا تحقيقا للعدالة العقدية[1].

ونحن نثمن تعديل المشرع الفرنسي بخصوص حكم تدخل القاضي تلقائيا لمحاربة الشرط الجزائي، ونتمنى في الوقت نفسه حصول تعديل تشريع في القانون المدني الجزائري، وأن يتم يجعل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي تلقائية يمارس فيها القاضي سلطته من تلقاء نفسه، حتى دون طلب من المدين أو الدائن، تحقيقا للاعتبارات التي تقوم عليها هذه السلطة في حماية المدين الضعيف في مواجهة التعسف في استعمال آلية الشرط الجزائي من طرف الدائن، أو حماية الدائن المتضرر في مواجهة الشرط الجزائي الذي لم يعطِ قيمة الضرر الفعلي، فلا شك أن سلطة القاضي المطبقة تكون أكثر فعالية في مواجهة الممارسات التعاقدية التعسفية.

2-تكامل سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

سلطة القاضي في التعديل تتسم بالعمومية وممارستها مكفولة قانونا سواء أكان عدم التنفيذ جزئيا أم كليا أو كان هنالك تأخر في التنفيذ، فالأمر مع هذه السلطة يتعلق بإجراء حماية الطرف الضعيف أو الطرف المتضرر من جراء عدم ملاءمة التعويض المقرر بموجب الشرط الجزائي لنسبة الضرر الحاصل مع إثبات ارتكاب المدين خطأ جسيما أو غشا.

1 - Art 1231- 05/02 et 03" Néanmoins, le juge peut même d'office, modérer ou augmenter la pénalité aussi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire lorsque l'engagement à été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge même d'office…".

فسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي متكاملة وفق الإجراءات التي تهدف إلى الحماية وما يتطلبه ذلك من تنسيق بينها[1]، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما رفضت تخفيف العقوبات المنصوص عليها في العقد موضوع النزاع بقولها: «لا يجوز تطبيق أحكام المواد 1152 و1231 من القانون المدني، طالما أن المعترض لم ينفذ في الأجل المحدد التزاماته ولو جزئيا، وأن الشرط الجزائي كان يعاقب حالة التأخر في التنفيذ وليس عدم التنفيذ الكلي»، وقد وصفت محكمة النقض هذا الحكم بخرق القانون[2].

وبالتالي فإنه لا داعي لأن يميز القاضي بين حالة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ جزئيا كان أم كليا لكي يمارس حقه في تخفيض الجزاء إذا كان هذا الجزاء مبالغا فيه بشكل واضح، أو كان منخفضا جدا مقارنة بالضرر الواقع وأثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

المطلب الثالث

تدخل القاضي لتعديل العقد بسب الظروف الطارئة

إن تدخل ظروف وحوادث طارئة وغير متوقعة قد تؤثر على تنفيذ الالتزامات فيتضرر طرف على حساب الطرف الآخر، من أجل ذلك تدخل المشرع بموجب الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني للبحث عن كيفية ملاءمة التغير الحاصل مع ما هو متوقع عقديا، وذلك من خلال منح القاضي سلطة واسعة للتدخل بهدف إعادة التوازن العقدي عن طريق تعديل الالتزامات، فتنص المادة على أنه: «... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة

1 – **بوكماش محمد**، المرجع السابق، ص 350، **حميد بن شنيتي**، المرجع السابق، ص 95 و96.

2 – مشار إليه في مرجع **حميد بن شنيتي**، نفس المرجع، ص 96.

جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

من نص المادة 107 فقرة 03 يتبين أنه للأخذ بنظرية الظروف الطارئة لابد من وجود ظرف طارئ، يصبح بسببه أحد المتعاقدين يحمل التزاما مرهقا، الأمر الذي يسمح للقاضي بالتدخل للتخفيف من ذلك الالتزام المرهق وحماية للمدين من تعسف الدائن.

لذلك سنتطرق في الفرع الأول للظرف الطارئ الذي يكون مبرر لحماية المدين، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى تدخل القاضي لتعديل العقد حماية للمدين من الالتزام المرهق.

الفرع الأول: وجود ظرف طارئ مبرر لحماية المدين

الأصل في القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين طبقا للمادة 106 من القانون المدني ولا أثر للظروف الطارئة على وجوب تنفيذ الالتزام حسب المادة 160 فقرة 01 من القانون نفسه [1] ومادام أن الحادث الطارئ لم يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، الأمر الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى انقضائه حسب المادة 307 من القانون المدني[2] فإن المدين لا يستطيع الاستناد إلى هذه الظروف للتهرب أو التحلل من تنفيذ العقد بحجة الإرهاق.

غير أنه إذا حدث ظرف طارئ استثنائي وغير ممكن توقعه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين إرهاقا شديدا، ويهدده بخسارة فادحة بالنظر إلى الصفقة موضوع العقد، فإن نظرية الظروف الطارئة تتدخل لحماية المدين.

يتضح إذن أنه ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة لابد من تحقق جملة من الشروط إذا ما توافرت استوجب ذلك تدخل القاضي لحماية المدين من تعسف الدائن.

---

1 – المادة 160 فقرة 01 من القانون المدني:" المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به".

2 – المادة 307 من القانون المدني:" ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه بسبب خارج عن إرادته".

أولا–تقييد نظرية الظروف الطارئة حماية لاستقرار المعاملات

تفترض نظرية الظروف الطارئة أن عقدا ما قد أبرم في ظل أحوال عادية، ثم تدخلت ظروف لم تكن في الحسبان جعلت تنفيذ العقد أمرا غير مستحيل، كما هو الشأن بالنسبة للقوة القاهرة، غير أنه مرهق للمدين، فهو يهدده بخسارة فادحة.

ونظرية الظروف الطارئة لا تتطلب لتطبيقها تغييرا في ظروف العقد حتى وإن كان ذلك التغير ضئيلا أو طفيفا، فلا ريب أن سلوك هذه الخطة سيؤدي إلى زعزعة الثبات النسبي في المعاملات، كما سيؤدي إلى تهديد الاستقرار فيها، ولهذا فإن النظرية لا تعتد بالتغيرات السطحية أو التافهة والتي من الممكن أن تحدث من وقت لآخر.

لابد من البحث إذن عن معيار محدد لقياس درجة هذا التغير في الظروف، والتي يمكن عند تحققها تطبيق هذه النظرية، وبالبحث في جانب الفقه نجد أنه لم يتفق على وصف واحد لتغير الظروف التي تستوجب تطبيق النظرية، فبعض الفقه[1] اشترط أن يكون تغير الظروف "جوهريا" والبعض الآخر نادى بأن يكون ذلك التغير "كبيرا"، أما الفقه الفرنسي[2] فقد اشترط أن يكون ذلك التغير "جذريا".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري والذي اعترف صراحة بنظرية الظروف الطارئة فقد وضع بعض الأوصاف لضبط درجة تغير الظروف، وهذه الأوصاف هي أن يكون هذا الحادث استثنائيا وعاما وليس في الوسع توقعه.

---

1 – **حسبو الغزاري**، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، مطبعة الجيزة، الإسكندرية 1989، ص 14.

2 – بالنسبة للتشريع الفرنسي لم يكن يعترف بنظرية الظروف الطارئة ، وموقف محكمة النقض الفرنسية ظل رافضا لتعديل العقد الذي اختل توازنه نتيجة الحوادث الاستثنائية الطارئة بعد انعقاد العقد وأثناء مرحلة تنفيذه، غير أن ذلك لم يثن من عزم الفقه عن البحث في أساس يسمح باعتماد هذه النظرية من قبل القضاء، فحاول بعض الفقه الفرنسي أن يبرر اعتماد النظرية على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الذي يوجب على الدائن إعادة التفاوض مع المدين بقصد معالجة آثار الظروف الطارئة التي أحدثت عدم توازن العقد، وأن رفض إعادة التفاوض يعد إخلالا بمبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، مما قد يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية والتي تلزم بتعويض الضرر الذي لحق المتعاقد. راجع **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 75.

يذهب المشرع الجزائري أنه ليس كل ظرف أو حادث يكون سببا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ذلك أنه ولتوفير الحماية للمدين يتعين أن يتصف هذا الظرف الطارئ بشروط معينة؛ تتمثل أساسا في كون هذا العقد متراخيا في تنفيذه، أي من العقود الزمنية، وأن يكون الظرف استثنائيا وعاما لا يمكن توقعه وأن يجعل هذا الظرف تنفيذ الالتزام مرهقا غير مستحيل.

بالنسبة للشرط الأول، يجب أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه، إذ نلاحظ أن المشرع لم يدرج هذا الشرط في المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني ولم يذكر شيئا بهذا الخصوص، تاركا الأمر للفقه والقضاء، مفاد هذا الشرط أن الظروف الطارئة غالبا ما تكون في العقود الزمنية التي تستلزم مدة من الزمن، وقد تكون أيضا في العقود الفورية مؤجلة التنفيذ، فلا يتصور تطبيق هذه النظرية إذا كان قد تم تنفيذ الالتزام، كما أنها لا تطبق إذا كان تنفيذ الالتزامات فوريا وتأخر المدين في تنفيذه بخطئه أو إهماله حتى حدثت الظروف الطارئة[1].

أما الشرط الثاني، فيتعلّق بوجوب كون الحادث استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ومعنى الحادث الاستثنائي هو ندرة وقوع الظرف وخروجه عما ألف الناس[2] ويعرف كذلك بأنه الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقا لنظام معلوم[3] وهناك من الحوادث الطارئة ما تعد استثنائية بمجدر وقوعها لأنها نادرة الوقوع كالحروب والوباء ومنها ما يكثر وقوعه فلا يكون استثنائيا إلا إذا بلغ حدا يتجاوز المألوف مثل الفيضانات أو الزلازل العالية الدرجة[4].

---

1 – **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 99.

2 – **بولحية جميلة**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، جامعة الجزائر، 1983، ص

3 – **محمد عبد الرحيم عنبر**، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، القاهرة، ص 45.

4 – **عمار حسن كزار**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي، مجلة كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد 37، سنة 2015، ص 91.

أما المقصود بالحادث العام، فعمومية الحادث الطارئ تقتضي ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين لوحده فقط، ولا يشترط كذلك أن يعم كل البلاد، بل يكفي أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس، فمعيار العمومية يتحدد بعدد الأشخاص الذين يتأثرون بهذا الظرف، وقد تنصرف إلى الإقليمية فيتحرر معيار العمومية بمقدار المساحة أو عدد الأقاليم التي تأثرت به، كما أنه قد يندمج العنصران معا، الشخصي منها والإقليمي، في تحديد وصف العمومية[1].

وبخصوص المقصود بالحادث غير المتوقع، فهو غير المتوقع عند التعاقد، أما إذا كانت بشائر الحرب مثلا قائمة والتوتر سائدا أثناء إبرام العقد فإن الحرب تكون متوقعة عند تنفيذه، وكذلك إبرام عقد في ظل جائحة أو وباء يجعل من هذا الظرف متوقعا عند تنفيذ العقد فيسقط عليه وصف الظرف الطارئ لأنه كان متوقعا[2].

وبالنسبة للشرط الثالث فيتعلّق بكون هذه الظروف يمكن أن تجعل من تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا له، بحيث يهدده بخسارة فادحة، ويقتضي هذا الشرط أن يكون تنفيذ الالتزام ممكنا ولكن مرهقا للمدين، فإذا لم يكن ممكنا بأن كان مستحيلا فيترتب عليه فسخ العقد لا إعادة التوازن بين الالتزامات، وعليه هناك فرق بين الظروف الطارئة وبين القوة القاهرة التي يترتب عليها جعل الالتزام مستحيلا، فيفسخ العقد بقوة القانون[3].

واعتبار تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين يهدده بخسارة فادحة، يترك للقضاء تقدير درجة الإرهاق ومقدار الخسارة، فإذا كان تنفيذ الالتزام ممكنا ولكنه يصيب المدين بخسارة عادية فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

---

1 – **محمد عبد الرحيم عنبر**، المرجع السابق، ص 48.

2 – **علي علي سليمان**، المرجع السابق، ص 100.

3 – **حسبو الغزاوي**، المرجع السابق، ص 18.

ويأخذ غالبية الفقه بالمعيار الموضوعي في تقدير درجة الإرهاق[1] حيث يقضي هذا المعيار في تحديد درجة الإرهاق الاقتصار على بحث العقد وحده دون النظر لما قد يحيط بالمدين من ظروف شخصية، فالخسارة الفادحة يجب أن تنسب إلى الصفقة لا إلى مجموع الثروات التي يملكها المدين، فيتحقق الإرهاق إذا كان الفرق كبيرا بين قيمة الالتزامات المحددة في العقد وقيمة العقد الفعلية عند التنفيذ.

مما سبق إذا توفرت الشروط الثلاثة السابقة فإن نظرية الظروف الطارئة تكون لازمة التطبيق حماية للمدين بإلزام الدائن تحمل تبعة الهلاك معه.

ثانيا–نظرية الظروف الطارئة حماية للمدين من تعسف الدائن في استعمال حقه

نتيجة لتغير الظروف يصبح العقد أداة لإلحاق الضرر بأحد المتعاقدين عوضا عن تحقيق المنفعة التي أبرم بشأنها، وبذلك يخرج عن وظيفته الاجتماعية، لذلك لا بد على الدائن أن يراعي مثل هذه الظروف الاستثنائية الطارئة التي لم يكن في الوسع توقعها، والتي جعلت تنفيذ الالتزام على ضوئها مرهقا للمدين.

إن مراعاة الدائن واحترامه لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، يفرض عليه فتح باب المفاوضات من جديد أمام المدين، من أجل الوصول إلى حل يرضي الطرفين ويكون بأقل ضرر ممكن.

يرى مجيد محمود سعيد أبو جير[2] أن هنالك صلة وثيقة بين نظرية الظروف الطارئة وبين نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ إنّ كلاهما يستند إلى الحق–وطريقة استعماله غير المشروعة–وهو في هذه الحالة المطالبة بتنفيذ العقد الذي اقترن بالظرف الطارئ والذي زاد من التزامات أحد المتعاقدين زيادة ضارة غير مستحقة في الأصل لأنه لا يقابلها عوض.

---

1 – **بولحية جميلة**، المرجع السابق، ص 121.

2 – **مجيد محمود سعيد أو جبير**، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دون سنة طبع، دون رقم طبعة، ص 31.

إن مبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق يفرض على المتعاقدين أن يتحريا في قصدهما وأفعالهما عند المطالبة بتنفيذ الالتزامات، فيجب أن تكون متكافئة ومتساوية فلا يأخذ أحد منهما من الآخر أكثر أو أقل مما اتفقا وتراضيا عليه، حتى يكون تصرفهما في هذا العمل موافقا لقصد المشرع، فيكون حق المطالبة في الوفاء حينئذ مشروعا.

والغاية من نظرية الظروف الطارئة هي حماية المدين من الإرهاق، وذلك برفع ودفع الضرر المزدوج[1] الناجم عن فعل الظرف الطارئ من جهة، ومطالبة المدين الذي قام الظرف في جانبه بتنفيذ التزامه رغم ذلك من جهة أخرى.

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة غايتها حماية المدين وإزالة الإرهاق عليه فكان لابد أن تكون القاعدة فيها من النظام العام، مما دفع بالمشرع إلى جعلها كذلك طبقا للمادة 107 فقرة 03، التي تنص على أن كل اتفاق بين المتعاقدين على استبعادها فهو باطل[2].

لحماية المدين من الالتزام المرهق في مرحلة تنفيذ العقد، منح المشرع للقاضي سلطة توزيع تبعة الظروف الطارئة بينه وبين الدائن، وبذلك يتحقق الدور المنتظر من هذه النظرية وهو تحقيق العدالة التي انتفت في العقد نتيجة لظروف لا دخل لأي من المتعاقدين فيها.

إذا توفرت شروط اعتبار الظرف طارئا يأتي دور القاضي للتدخل ورفع الضرر اللاحق، ليس بدافع ماله من سلطة تقديرية وإنما بدافع إعادة توازن العقد مما يخدم مصلحة المتعاقدين معا[3].

---

1 – رفع الضرر يكون إثر الظرف الطارئ وتطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة، وأما دفع الضرر فيكون إثر مطالبة المتعاقد بتنفيذ الالتزام التعاقدي رغم زيادته الضارة بفعل الظرف الطارئ. راجع **مجيد محمود سعيد أبو جبير**، المرجع السابق، ص 33.

2 – وهذا ما يميزها عن القوة القاهرة التي لا تقترن بالنظام العام فأجاز القاضي للمتعاقدين على مخالفة أحكامها وفق المادة 178 من القانون المدني.

3 – **نساخ فطيمة**، المرجع السابق، ص 171.

الفرع الثاني: تعديل القاضي للعقد حماية للمدين من الالتزام المرهق

إذا توفرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة كان للقاضي سلطة تعديل العقد وذلك برد الالتزام المرهق للحد المعقول، حسب ما نص عليه المشرع في المادة 107 فقرة 03: «... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية ... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول».

وبالتالي يثير هذا النص مسألتين: إلزام القاضي بمراجعة العقد إذا توفرت شروط الظروف الاستثنائية وكيفية رد الالتزام المرهق إلى الحقد المعقول.

أولا-القاضي ملزم بمراجعة العقد

استعمل المشرع في الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني عبارة "جاز للقاضي" مما يجعلنا نعتقد بحسب ما يراه الأستاذ علي فيلالي، أن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد إذا أراد ذلك، وهذا تأويل غير صحيح يتعارض مع غرض المشرع من نظرية الظروف الاستثنائية، خاصة وأن مراجعة العقد بسبب الحوادث استثنائية تعتبر من النظام العام[1].

وبالتالي نرى أن رأي الأستاذ علي فيلالي صائب في القول إن عبارة "جاز للقاضي" ليست في موضعها، ذلك أن القاضي في القانون المدني وبموجب الفقرة 03 من المادة 107 ملزم بمراجعة العقد ولا يتمتع بأي سلطة تقديرية في ذلك، وإنما سلطته التقديرية تكون واسعة بشأن تقدير الخسارة الفادحة وكيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

1 - **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 402. راجع أيضا بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 268.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مثل هذه الإلزامية غير متوفرة في قانون العقود الفرنسي الجديد[1] حيث تنص المادة 1195 منه على ما يأتي: «إذا حدث تغير في الظروف غير ممكن التوقع عند إبرام العقد ترتب عليه أن صار التنفيذ بالنسبة لأحد الأطراف مكلفا إلى حد مبالغ فيه، ولم يكن هذا الطرف قد قبل تحمل نتيجة هذا التغير، فيمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض بشأن العقد على أن يستمر في تنفيذ التزاماته خلال إعادة التفاوض. في حال رفض إعادة التفاوض أو فشله يمكن للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددونها أو طلب من القاضي أن يقوم بتطويع العقد. وفي حال عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف تعديل العقد، أو إنهاؤه اعتبارا من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها»[2].

يلاحظ من نص المادة 1195 الجديد من القانون المدني الفرنسي أنه نص مكمل وليس نصا آمرا، يمكن لأطرافه الاتفاق على استبعاد حكمه، وبالتالي تحمل نتائج تغير الظروف المعاصرة لإبرام العقد على توازن أداءات المتعاقدين، ولو أدى ذلك إلى اختلال جسيم في توازن هذه الأداءات.

---

1 – بعد طول انتظار استجاب المشرع الفرنسي لنداءات جانب كبير من الفقه والقضاء وكرس نظرية الظروف الطارئة بنص جديد اعتبره بعض الفقهاء الفرنسيين بمثابة ثورة في قانون العقود الفرنسي، فقد أورد بموجب المرسوم 31-2016 بتاريخ 2016/02/10 نصا جديدا هو نص المادة 1195 مضمنا إياه شروط أعمال هذه النظرية ومبينا الآثار التي تترتب على توافر هذه الشروط. راجع في نظرية الظروف الطارئة في قانون العقود الفرنسي الجديد، **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 74 إلى 95.

2 - Art 1195:" Si on changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle – ci peut demander une renégociation du contrat à son contractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de renégociation, les parties peuvent convenu de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu' elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

ويرى الأستاذ محمد حسن قاسم أن مثل هذا الوضع يخشى معه أن يصبح شرط قبول نتائج تغير الظروف على توازن العقد من الشروط النمطية، يقبل بمقتضاه أحد المتعاقدين تحمل تبعة تغير الظروف غير المتوقعة، حتى ولو أصبح التنفيذ بالنسبة له مرهقا أو مكلفا على نحو مبالغ فيه.

كما يرى أن نص المادة 1195 يسمح بالقول إنه يتضمن الشيء وعكسه، فهو من ناحية يتناول الظروف الطارئة ويبين حكمها، ومن ناحية أخرى يسمح باستبعاد هذا الحكم بموجب شرط في العقد دون خشية أن يصبح هذا الشرط شرطا مألوفا، وعلى حد قوله فإن المشرع الفرنسي يكون قد أخذ بيسراه ما أعطى بيمينه[1].

فضل المشرع الفرنسي بموجب المادة 1195 الحل التفاوضي بين أطراف العقد لمعالجة آثار الظروف الطارئة على الحل القضائي، حيث لا يتم اللجوء إلى القضاء إلا في حال رفض المتعاقدين إعادة التفاوض أو فشلهم فيه، ثم يأتي الحل القضائي الذي تناولته الفقرة الثانية من المادة 1195حيث أجازت للمتعاقدين في حال فشلت المفاوضات أو رفضت أصلا إما الاتفاق على فسخ العقد، أو الطلب من القاضي أن يقوم بتقويم العقد للظروف الطارئة، وهذه هي اللحظة التي يمكن أن يتصل بها القاضي بأزمة الظرف الطارئ في العقد، أي لحظة اتفاق الأطراف، أو بطلب من أحدهما اللجوء إلى القاضي لطلب تعديل العقد، بحيث يكون دور القاضي إما بتعديل العقد أو إنهائه.

إن موقف المشرع الفرنسي بخصوص نظرية الظروف الطارئة هو تكريس لمبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين بالحد قدر الإمكان من التدخل القضائي في العقد فدوره احتياطي لا يمارسه إلا في حال فشل التفاوض أو رفضه، وطلب منه الأطراف التدخل.

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 90 و91.

أما الحماية التي أقرها المشرع الجزائري بموجب نظرية الظروف الطارئة فهي حماية فعالة، كون القاضي فيها ملزم بتعديل العقد في حال توفرة شروط الظرف الطارئ، وأي اتفاق من الطرفين على استبعاد هذا التدخل يقع باطلا بطلانا مطلقا.

ثانيا-كيفية رد القاضي الالتزام المرهق للحد المعقول

بالرجوع إلى المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري نجد أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في رد الالتزام المرهق للحد المعقول وفي اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة لذلك.

فالقاضي إذا ما توفرت شروط قيام الظرف الطارئ له أن يزيد في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، كما قد يجد ضرورة لإنقاص الالتزام المرهق في حد ذاته، كما يمكنه حسب رأي بعض الفقه أن يقوم بفسخ العقد[1].

قد يرى القاضي أنه من الأنسب أن يرفع الإرهاق عن كاهل المدين بإنقاص الالتزام المرهق، سواء من حيث الكم أو الكيف، ويتعين على القاضي في سبيل إنقاص الالتزام المرهق أن لا يرفع الإرهاق كلية عن المدين ويضع العبء كله على الدائن، بل يتعين عليه أن يوزع على عاتق الطرفين الزيادة غير المألوفة في عبء الالتزام، بينما يتحمل المدين وحده عبء الخسارة المألوفة[2]، ومثال ذلك أن يتعهد تاجر بتزويد كميات كبيرة من السكر لمصنع الحلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم يقل التداول في سوق السكر إلى حد كبير بسبب حادث طارئ (كحرب منعت استيراد السكر أو إغلاق بعض مصانع السكر) فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى، فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول[3].

---

1 – رأي **محمد عبد الجواد**، أشار إليه **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 405.

2 – **طبيب فايزة**، المرجع السابق، ص 252.

3 – **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 726.

كما يستطيع القاضي في المثال السابق تعديل العقد من خلال زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق بأن يزيد السعر المحدد في العقد، وهذا ما يراه بعض الفقه أن رد الالتزام المرهق للحد المعقول قد يتحقق أيضا عن طريق الزيادة في التزامات الدائن وبالتالي يزيد مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين[1].

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الأصل هو عدم جواز الزيادة في الالتزام المقابل، فإذا لجأ القاضي إلى الزيادة فإن ذلك يعد استثناء، وبالتالي يقيد بأمرين، الأمر الأول يتعين فيه على القاضي–في حال الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق–أن يبقي على عاتق المدين ما يعدّه زيادة مألوفة في عبء الالتزام، لأنه كان من الممكن توقعها وقت التعاقد، وبذلك لا يوزع على عاتق المتعاقدان سوى الزيادة غير المألوفة، أما الرأي الثاني هو أن القاضي عندما يرفع السعر لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر بل يخيره بين أن يشتري به أو يفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين، إذ يرفع على عاتقه كل أثر للحادث الطارئ[2].

بينما يرى الأستاذ علي فيلالي–وأشاطره الرأي في ذلك–أن هذا القول بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق أمر غير صائب لعدة أسباب منها، وضوح المادة 107 من القانون المدني التي تقيد القاضي بالنظر "في الالتزام المرهق" وهو التزام المدين.

كما استعمل المشرع في النص باللغة الفرنسية عبارة "Réduire" التي تفيد الإنقاص لا الزيادة في الالتزام المقابل، فنية المشرع انصرفت إلى إنقاص الالتزام لا غير، ولو كان الأمر كذلك لعبر عنه المشرع بكل وضوح مثلما فصل في الفقرة الثالثة من المادة 561 من القانون المدني التي تنص على أنه: «إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو يفسخ العقد». إن إضافة الفقرة

---

1 – **حميد بن شنيتي**، المرجع السابق، ص 64، **وبولحية جميلة**، المرجع السابق، ص 136.

2 – **طبيب فايزة**، المرجع السابق، ص 254.

الثالثة في المادة 561 ليس لها من مبرر سوى الحل الاستثنائي الذي تتضمنه، ولو رأى المشرع أن المادة 107 من القانون المدني تسمح للقاضي بزيادة التزام الدائن لما أضاف هذه الفقرة.

ثمّ إنه وإذا ما قام القاضي بزيادة الالتزام المقابل للدائن فهو بذلك لا يستند لأي أساس قانوني، فالتزام الدائن مصدره الإرادة فكيف يلزم في هذه الحالة بغيرها[1].

وعليه، نرى أنّ زيادة القاضي لالتزام الدائن فيها ظلم وعدم عدل، ذلك أنّ هذا الأخير لم يكن هو المتسبب في الظرف الطارئ، لذا لا يجوز للقاضي أن يرفع الالتزامات عن المدين ويحمّلها للدائن، لأن ذلك يتنافى ونظرية الظروف الطارئة.

أما بالنسبة لفسخ القاضي العقدَ فإن المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني لم تتضمن أي حكم بذلك، عكس المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي التي يمنح فيها المشرع للقاضي سلطة إنهاء العقد في حالة الظروف الطارئة.

هذا ويرى الأستاذ محمد عبد الجواد[2] أنه يمكن للقاضي فسخ العقد طبقا للمادة 107 من القانون المدني في حالة الظروف الطارئة، ويوافقه في ذلك الأستاذ علي فيلالي، الذي يرى أن حل الفسخ يبدو من الوهلة الأولى مناقضا لنظرية الظروف الطارئة التي وجدت من أجل تسيير تنفيذ العقد واستمراريته، إلا أن الفسخ وفي بعض الحالات الخاصة يعدّ وسيلة حقيقية لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإذا شرع المتعاقد في تنفيذ التزامه وأنجز قسطا منه، يمكن للقاضي نظرا للإرهاق والخسارة التي تهدد المدين أن يعفيه مما تبقى في ذمته، فيقضي بفسخ العقد.

---

1 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 405.

2 – أشار إليه **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 405.

بينما لا يأخذ الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بفسخ القاضي للعقد، ومبرره في ذلك أن الالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي ولكن يرد إلى الحد المعقول، فتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن ولا يتحملها الدائن وحده بالفسخ[1].

كذلك الأستاذ بلحاج العربي يرى أنه لا يجوز للقاضي وفقا لسلطته التقديرية في نطاق الجزاء الواجب إعماله في نظرية الحوادث الاستثنائية أن يقضي بفسخ العقد عند توفر الظرف الطارئ، فيلقى بعبء الحادث على عاتق الدائن بدلا من المدين، إنما يرى أنه يجب عليه كما ورد في المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول على الوجه الذي يتطلبه القانون، ويضيف أن الخيار بين زيادة السعر وفسخ العقد يكون للدائن وليس للمدين في مثل هذه الظروف الاستثنائية[2].

هذا ويرى الأستاذ محمد حسن قاسم أن منح القاضي سلطة إنهاء العقد في حالة الظروف الطارئة مثلما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1195 الجديدة هو في الحقيقة تجاوز للهدف الحقيقي لنظرية الظروف الطارئة، والمتمثل أساسا في معالجة اختلال التوازن العقدي الحاصل نتيجة هذه الظروف[3].

وجدت نظرية الظروف الطارئة لخدمة العقد وإنقاذه، بالإبقاء عليه بعد إعادة التوازن فيه، وليس وسيلة لهدمه وإنهائه، ولايوجد شك في أن الإبقاء على العقد باعتباره قيمة اقتصادية هو دائما خير من إنهائه.

إن الغرض من إدراج نظرية الظروف الطارئة في التشريع الجزائري هو منع انهيار العقد نتيجة لظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين، ومنه فإن معالجة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد يساعد على استقرار المعاملات المدنية عوض تركها تحت جزاء البطلان أو الفسخ، فالمشرع وفق هذه الآلية هدفه ليس إنهاء العقد، وإنما ملاءمة

---

1 – **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 727.

2 – **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 438. راجع أيضا: **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 73.

3 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 95.

المضمون العقدي للظروف الاقتصادية[1] فهو يوفر بذلك حماية مزدوجة للمدين وللدائن في الوقت ذاته، أما حماية المدين فتكون بتخفيض التزامه المرهق، وأما حماية الدائن فتتمثل في عدم إنهاء العقد وفسخه ومواصلة تنفيذ العقد.

1 – نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 178 و179.

الفصل الثاني

تدخل الحماية المدنية

لضمان تنفيذ الإلتزامات

التعاقدية

الفصل الثاني

تدخل الحماية المدنية من أجل ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية

تفرض القوة الملزمة للعقد على كل طرف أن يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، وهذا ما عبرت عنه المادة 107 فقرة 01 من القانون المدني، فعلى المتعاقدين ألا يحيدا عن هذا المبدأ فيلتزمان بتنفيذ العقد بأمانة وتعاون وثقة ونزاهة، فإذا امتنع أحد المتعاقدين على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، أو أخل بمبدأ حسن النية فإن ذلك سيشكل خطرا على مصير العقد وعلى حقوق الطرف الثاني، وهو ما يستوجب تدخلا تشريعيا من أجل حماية الطرف المتضرر من هذا الإخلال.

ولأن عدم تنفيذ الالتزام يترتب عنه قيام المسؤولية العقدية في جانب المدين التي يجب من خلالها توقيع الجزاء عليه، لذلك منح المشرع المتعاقد المتضرر الخيار في طلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين.

لذلك يحرص المشرع الجزائري ضمن النظرية العامة للعقد بوضع جملة من الأحكام والقواعد الآمرة التي يلزم من خلالها المدين أن ينفذ التزاماته العقدية، وهو فحوى مبدأ القوة الملزمة للعقد، وألا يلجأ إلى الفسخ مباشرة بل يتفاداه بتفعيل بعض الأحكام لدفع الطرف الثاني إلى تنفيذ التزاماته التعاقدية.

سنتطرق في المبحث الأول إلى إلزام المدين وجبره على تنفيذ الالتزام التعاقدي، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى إدخال المشرع الجزائري لعنصر المرونة في تقرير الجزاء تفاديا لفسخ العقد

المبحث الأول

إلزام المدين على تنفيذ إلتزاماته التعاقدية

إذا لم يقم المدين بتنفيذ ما التزم به وفقا لمضمون العقد ونطاقه، كان للدائن الحق في مطالبته قضائيا بإجباره على التنفيذ العيني حماية له من جراء عدم الوفاء.

غير أن المشرع وإن كان يقر الحماية للدائن المتضرر في هذه المرحلة، إلا أنه يسعى إلى حماية المدين أيضا، فيشترط عدم تعسف الدائن في طلب التنفيذ العيني، ذلك أن تنفيذ المدين بعين ما التزم به قد يكون مستحيلا، إما بسبب طبيعة الالتزام وإما بفعل المدين أو خطئه، فأعطى للدائن في هذه الحالة الحق في اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض أو التنفيذ بمقابل.

وعليه، سنتطرق في المطلب الأول إلى التنفيذ العيني باعتباره أثر مبدأ القوة الملزمة للعقد ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى التنفيذ بطريق التعويض جزاء مبدأ القوة الملزمة للعقد.

المطلب الأول

التنفيذ العيني أثر لمبدأ القوة الملزمة للعقد

نص المشرع في المادة 107 فقرة 01 من القانون المدني على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية»، إن نص المادة يقتضي أن يكون مبدأ حسن النية من الجانبين، أي من جانب المدين والدائن معا، فهذا المبدأ يقيدهما معا[1] حماية من أي انحراف قد يرهق الطرف الثاني أو يضره.

يقيد المشرع المدين في طريقة تنفيذ الالتزام، بحيث يمتنع عن كل أشكال التحايل والغش في طريقة التنفيذ حماية للدائن، وهذا ماسنتطرق إليه في الفرع الأول، كما يقيد

1 – **زيتوني فاطمة الزهراء**، مبدأ حسن النية في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2018/2018.

الدائن في استعمال حقه في المطالبة بتنفيذ الالتزام، فليس له أن يتعسف في طلب التنفيذ إضرارا بالمدين حسن النية، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إلزام المدين بالتنفيذ العيني مع مراعاة مبدأ حسن النية

الأصل أن يلتزم المدين بتنفيذ العقد تنفيذا عينيا طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية فإذا رفض ذلك ألزمه المشرع بالتنفيذ الجبري إذا توفرت شروطه، وهذا ما يشكل تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

أولا-إلزام المدين بالتنفيذ العيني الجبري للعقد

تنص المادة 119 فقرة 01 من القانون المدني على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد....».

كما تنص المادة 160 من القانون المدني: «المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا».

وتنص أيضا المادة 164 على أنه: «يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا».

واستنادا إلى هذه النصوص القانونية نستنتج أن المقصود بالتنفيذ العيني هو تدخل القاضي بطلب من الدائن لإلزام المدين بتنفيذ عين ما التزم به وذلك بعد إعذاره، من خلال هذا المفهوم تتحدد الشروط الواجب توافرها للجوء إلى التنفيذ العيني الجبري، حيث يجب أن يكون التنفيذ العيني ممكنا، وهذا ما نصت عليه المادة 160 و164 من القانون المدني، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو خطأ المدين فلا جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني، كما يعدّ التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين ليقوم بتنفيذ التزامه ثم لم يلتزم هذا الأخير، فلا يبقى أمام الدائن سوى اللجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض.

وبالتالي فإن إمكانية التنفيذ العيني ترجع إلى طبيعة الالتزام، ومداه والوسائل اللازمة لتنفيذه.

نلاحظ مما سبق أنه ليس كل الالتزامات تتلاءم ومبدأ التنفيذ العيني، وتقتصر فقط على تلك التي ترد على مال كالالتزام بمنح أو إعطاء أو نقل أي حق عيني، حينها فقط يلتزم المدين بالتنفيذ العيني بتسليم أو نقل الحق العيني منقولا كان أم عقارا، حسب ماتقتضيه المادة 167 من القانون المدني[1]. أما إذا كان التنفيذ محله شيء معين بنوعه فلا يتم التنفيذ العيني إلا بالفرز حسب المادة 166 فقرة 01[2] وإذا رفض المدين تنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي حسب المادة 166 فقرة 02[3].

وحينما يتعلق الأمر بالتزام القيام بعمل فإن الإشكال قد يثار من الناحية العملية لأنه لا يمكن حمل المدين بالوفاء والتنفيذ، لذلك تدخل المشرع لمعالجة هذا الجانب وذلك من خلال ما جاء في نص المادة 170 من القانون المدني: «في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا».

من نص هذه المادة يتضح لنا أنه يمكن تنفيذ الالتزام بالقيام بعمل دون وساطة المدين لكن على نفقته بتدخل قضائي، خاصة وأن التنفيذ العيني الجبري يقتضي حتما تدخل القاضي، وبالتالي فالأمر جائز نسبيا، لأن هذا التنفيذ لن يكون ممكنا إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار، وهذا ما قصده المشرع في المادة 170 من القانون المدني

---

1 – المادة 167 من القانون المدني:" الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

2 – المادة 166 فقرة01 من القانون المدني:" إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينقل الحق إلا بفرز هذا الشيء".

3 – المادة 166 فقرة 02 من القانون المدني:" إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي".

بقوله:« إذا كان هذا التنفيذ ممكنا»، من الواضح إذن أنه وفي هذه الحالة لن يكون بالإمكان التوصل إلى التنفيذ العيني، لأنه لا يمكن للدائن إرغام المدين قسرا على تنفيذ التزامه، فيحال بالضرورة إلى التنفيذ عن طريق التعويض.

أكد المشرع على ضرورة إعذار المدين قبل اللجوء إلى المطالبة بالتنفيذ الجبري وذلك من خلال المادة 119 والمادة 164 من القانون المدني، ويقصد بالإعذار إشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه متى حل أجل الوفاء أو التنفيذ، حتى لا يفهم المدين من عدم المطالبة بعد حلول الأجل أن الدائن يتسامح في التأخر في تنفيذ الالتزام، ومتى تم الإعذار وجب على المدين تنفيذ التزامه على الفور وإلا عد مقصرا[1].

إن شرط الإعذار فيه حماية للدائن وتترتب عليه نتيجتان غاية في الأهمية، الأولى تتمثل في استحقاق الدائن تعويضا عن الأضرار التي تلحقه من جراء تأخر المدين في التنفيذ بعد إعذاره، والثانية تتمثل في قيام تبعة الهلاك على عاتق المدين ولو كانت قبل الإعذار على عاتق الدائن، وأساس ذلك أن المدين بعد إعذاره يعد مقصرا[2].

غير أننا نجد أن الإعذار لا يحمي الدائن فحسب، وإنما يحمي المدين كذلك من خلال إعطائه فرصة للوفاء قبل اللجوء إلى القضاء، ومن جهة أخرى يظهر لنا مدى حسن نية المدين في التنفيذ، وهو الأمر المهم في النظرية العامة للعقد لأن استنباط القاضي حسن نية المدين قد يمنحه عدة امتيازات في مجال تنفيذ العقد.

---

1 – **دربال عبد الرزاق**، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، سنة 2004، ص 09.

2 – **لزعر وسيلة**، المرجع السابق.

ثانيا–تطابق التنفيذ العيني مع مبدأ القوة الملزمة للعقد

إن التنفيذ العيني هو تنفيذ عين ما التزم به المدين، ولا ينقضي الالتزام بمجرد رفض المدين تنفيذه، بل على العكس من ذلك، إذ تتأكد عندئذ الرابطة القانونية ويظهر مفعول القوة الملزمة للعقد[1].

وإذا كان عدم تنفيذ العقد من قبل المدين يشكل قيام المسؤولية العقدية التي تعتبره مصدرا جديدا للالتزام وهو الالتزام بالتعويض الذي يحل محل الالتزام الأصلي[2]، إلا أن الأمر يكون مخالفا في التنفيذ العيني، حيث يظل الالتزام قائما دون أن يحدث أي تغيير سواء في عناصره الشخصية أو الموضوعية، ثم إن عدم تنفيذ الالتزام من شأنه أن يثير القوة الملزمة التي ينطوي عليها العقد، وبهذا يحل القهر العام محل النشاط الإرادي للمدين ويجبره على تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذا عينيا[3].

يرى الأستاذ بلحاج العربي أن التزام المدين وفقا للمادة 160 فقرة 01 والمادة 164 من القانون المدني يعتبر التزاما كاملا مكفولا بالحماية القانونية، لأن السلطة العامة تساعد الدائن على اللجوء إلى قهر المدين على التنفيذ العيني الجبري للالتزام في حال تخلف هذا الأخير عن الوفاء به، فيحصل جبرا على عين ما التزم به المدين، وذلك عن طريق الوسائل القانونية النظامية التي كفلها القانون، وهذا ما يسمى بـ "التنفيذ العيني أو الحيوي للالتزام"[4].

وبالتالي فإن التنفيذ العيني للالتزام ما هو إلا تطبيق لمبدأ القوة الملزمة فيه، فلا بد أن يتطابق التنفيذ مع مضمون العقد دون زيادة أو نقصان، ويتطابق أيضا من حيث الأطراف وإلا اعتبر الالتزام التزاما جديدا.

---

1 – **سعدون ياسين**، المرجع السابق، ص 22.

2 - Frédéric Ruviére, essai sur la nation d'inexécution – thèse de doctorat en droit, soutenue en 2004, Université de Aix , Marseille 03, P 78.

3 – **سعدون ياسين**، المرجع السابق، ص 221.

4 – **بلحاج العربي**، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 441.

ولضمان التنفيذ العيني للالتزام وضع المشرع من خلال المادة 166 فقرة 02 حكما استثنائيا، فحواه أنه يمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني دون الاستعانة بالمدين، لكن على نفقته، وذلك من خلال القهر العام الذي يحل محل إرادة المدين.

كذلك العبارات التي استعملها المشرع سواء في المادة 160 من القانون المدني «المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به» أو في المادة 164 من القانون نفسه: «يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا» تفيد قطعا ان التنفيذ العيني هو أثر لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وبالتالي لا ينطوي التنفيذ العيني على أي تجديد في مصدر الالتزام، لكن التجديد يكون في أسلوب تنفيذ الالتزام والذي يكون باستعمال الإكراه لإجبار المدين على تنفيذ التزامه[1].

أضف إلى ذلك وبعد إجبار المدين على تنفيذ التزامه التعاقدي، لا بد عليه أن يحسن تنفيذ العقد احتراما لأخلاقيات التعاقد، وهذا ما يفرضه مبدأ القوة الملزمة على المتعاقد، الالتزام بالأمانة والإخلاص في التنفيذ، فلا يعتبر أن المتعاقد قد وفى بالتزامه إلا إذا وصل العقد إلى نهايته وحقق الأداء الملتزم به لصاحبه بكل مستلزماته التي يراعي فيها مصلحة المتعاقد الآخر.

فالمقاول الذي يلزمه القاضي بإتمام أشغال البناء لصالح المتعاقد الثاني، لا بد من أن يراعي في تمام الأشغال استعمال المواد الآمنة والمتينة حماية لصاحب البناء، والبائع الذي يلزم بنقل الشيء المبيع للمشتري، عليه أن ينقل كذلك مع المبيع الملحقات الضرورية التي تستقل عن الحق الأصلي، ولكنها تلحقه وتنتقل بانتقاله ليس طبقا لطبيعة الحق الأصلي، ولكن طبقا لمبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، فالملحقات التي يجري تسليمها هي تلك الملحقات الضرورية للشيء المبيع، والتي تلزم الشيء المبيع وتكون

1 – **سعدون ياسين**، المرجع السابق، ص 221.

نافعة للمشتري في استعماله إياه، وفي الوقت ذاته تكون عديمة النفع للبائع إذا استمرت في حوزته[1].

وعليه إذا قام القاضي بإلزام المدين تنفيذَ التزامه فإنه يجب عليه أن يراعي فيه حسن النية، فلا يرتكب غشا أو تحايلا يضر بالدائن، وإلا وقع تحت وطأة المسؤولية العقدية التي قوامها الخطأ والضر، فيستدعي تصرفه تعويض الدائن على كل تقصير في سوء تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه إضافة إلى التنفيذ العيني.

الفرع الثاني: مراقبة القاضي لمبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد

يكون الدائن قد وفى التزامه بحسن نية إذا نظر بروح التسامح والإنصاف للمدين وتجنب بالتالي إرهاقه مستعملا حقا لا منفعة من ورائه سوى إلحاق الضرر به.

فيعود للقاضي النظر في الفائدة التي يجنيها طالب التنفيذ العيني والضرر اللآحق بالمنفذ عليه، فإذا ما تبين للقاضي أن الفائدة قليلة مقارنة مع الضرر اللاحق بالمنفذ عليه قضى بعدم وجود التنفيذ، ويعد عنصر حسن النية في مواجهة المدين أيضا أمرا ضروريا لا بد أن يستشهد القاضي به حتى يحمي هذا الأخير من سوء نية الدائن.

أولا–مراقبة القاضي لحسن نية الدائن في طلب تنفيذ العقد

حينما يطالب الدائن بالتنفيذ الكامل للعقد يتعين عليه واحتراما لمبدأ حسن النية ألا يراعي مصلحته فقط، وإنما عليه أن يراعي كذلك مصلحة المدين، وأن يكون متسامحا معه فعدم تسامحه قد يترجم آليا أن الهدف من إثارة عدم التنفيذ يرجع إما إلى رغبة الدائن في التخلص من التزاماته والحصول على التعويض، وإما إلحاق ضرر بالمدين.

من أجل ذلك وجدنا بعض فقهاء القانون الأمريكي يتبنون بخصوص سلوك الدائن نظريتان، نظرية عدم التنفيذ الفعال ونظرية التنفيذ الكافي.

---

1 – **زيتوني فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص 118 و119

1-نظرية عدم التنفيذ الفعال

نادى بهذه النظرية الفقيه الأمريكي (Posner) [1]، الذي يذهب إلى التشكيك في القواعد الجزائية المنصوص عليها في قانون العقود، وهي الجزاءات المفروضة على عدم تنفيذ العقد رغم اللجوء إلى الوسائل الجبرية، والمتمثلة في الدفع بعدم التنفيذ والمطالبة بفسخ العقد، فقد يلجأ أحد الأطراف عند تنفيذ العقد إلى وسيلة أفضل لتوظيف واستثمار الأموال فتكون الفائدة المرجوة من إثارة عدم التنفيذ أكبر من الفائدة المنتظرة والمتوقعة من التنفيذ لكون رغبة الدائن تتمحور حول عدم إتمام تنفيذ العقد لسبب من الأسباب، فيغتنم فرصة تأخر المدين أو عدم تنفيذه لإثارة مسؤوليته العقدية، حتى يتحصل على تعويض بالإضافة إلى عدم تنفيذ العقد (فسخ العقد).

إن أنصار هذه النظرية يعتبرونها النتيجة الفعالة اقتصاديا والتي يتعين أن يأخذ بها القانون، لأنها نظرية ستعود بالمنفعة القصوى لأحد المتعاقدين وفي الوقت ذاته لا تضر بالطرف الثاني لأنها ستنهي العقد الذي لم يتمكن من تنفيذه[2].

إن هذه النظرية تتسم بالظلم لأنها تفضل مصلحة طرف على الطرف الثاني[3] والعمل بها في مجال العقود سيسلب العقد أحد وظائفه الأساسية، بوصفه أداة لتحقيق التوازن بين الأفراد، ومنه ستضر بالطرف الذي سيحرم من التنفيذ.

2-نظرية التنفيذ الكافي

يذهب أنصار هذه النظرية ومن بينهم الفقيه الأمريكي (Simler)[4] إلى القول إن الدائن إذا تمسك بحقه في التنفيذ العيني عليه أن يثبت مصلحته الحقيقية في هذا التمسك للتحقق من مدى التزامه بمبدأ حسن النية الواجب التحلي به عند تنفيذ العقد.

---

1 – أشارت إليه **فاطمة الزهراء زيتوني**، المرجع السابق، ص 101.

2 – **خالد جمال أحمد**، الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، دار النهضة العربية، 2003 سنة، دون رقم طبعة، ص 230.

3 – **فاطمة الزهراء زيتوني**، المرجع السابق، ص 101.

4 – أشار إليه **خالد جمال أحمد**، المرجع السابق ص 233.

فإذا حل أجل الوفاء ولم يوف المدين بالتزامه فإن للدائن حق اللجوء إلى القضاء من أجل حمل المدين على الوفاء جبرا، لكن يجب على الدائن أن يظهر قدرا من التسامح إزاء مدينه المرهق أو العاجز عن التنفيذ الكامل لالتزامه، وذلك من خلال إظهار حد أدنى من التضامن واستجابة لواجب الأمانة وتدعيما للثقة الواجب توافرها في العقود.

وعليه، وحسب هذه النظرية لا يستطيع الدائن أن يثير أقل قدر من عدم التنفيذ من قبل مدينه لأجل طلب التنفيذ الحرفي للاتفاق، إذا توفرت لديه الأسباب التي تجعله راضيا أو قانعا، لذلك من الأفضل أن يكون تقدير تنفيذ المدين للأداء المطلوب موضوعيا استنادا للأمانة العقدية، وفي ذلك عدّ القضاء الفرنسي أن نية الإضرار تفترض ابتداء من الوقت الذي يكون التنفيذ الكامل للعقد غير نافع[1].

كما تظهر سوء نية الدائن في حال تمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حين أن مدينه يكون قد وفى بجزء لا بأس به من الالتزامات العقدية ولم يبقَ إلا القليل، لذلك يشترط أن يكون عدم تنفيذ المدين لالتزامه مهما بالقدر الكافي حتى ينهض دليل على حسن النية في استخدام دفع الدائن، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت أن «القصور الثابت ليس كافيا لجعل رفض التنفيذ مشروعا حتى ولو كان ذلك حادثا بعد فترة طويلة من الصعوبات»، هذه القضية بخصوص مشروع يعمل في مجال معالج المعلومات والذي استأجر وحدات متذرعا بأن المادة لا تسمح بوضوح النتائج بينما الشركة المستأجرة استخدمتها سنين عديدة[2].

هذا واعتبر القضاء الفرنسي أنه يعود لقاضي الموضوع التقدير النهائي فيما إذا كان عدم تنفيذ التزامات أحد الأطراف كبير بالقدر الكافي حتى يدفع المدين جبرا إلى تنفيذ التزامه أو يمتنع هو عن تنفيذ التزامه المقابل، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بخصوص قضية شركة الإضاءة الكهروبائية التي أوقفت الإمداد بالكهرباء عن أحد

1 – أشارت إليه **زيتوني فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص 104.

2 - Cass-chambre comerciale, 30/01/1979, Bull. civil. N° 41/1979, page 317

المشتركين بذريعة أن هذا المشترك دفع الجانب الأكبر من الفاتورة وبقي مبلغ قليل الأهمية لم يدفعه، فاعتبرت المحكمة أن:« شركة الإضاءة لا يمكنها وقف الخدمة على أحد المشتركين مالم يرفض دفع التكلفة بعد عدة خطابات موصى عليها»[1].

والحقيقة أننا نجد هذه النظرية ذات أهمية وفعالية في مجال حماية المدين حسن النية في مواجهة الدائن سيء النية، فالعبرة بنسبة التنفيذ التي قام بها المدين، فإذا كان ما نفذه كبيرا ولم يتبقَّ إلا القليل فليس على الدائن أن يتعسف ويجبره على التنفيذ العيني تحت طائلة توقيع الجزاء المدني، والقاضي هو المخول قانونا لتقدير سوء النية من عدمها أثناء النظر في الدعوى.

غير أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه ليس راجعا بالضرورة وفي كل الأحوال لسوء نيته، وإنما قد يكون لأسباب خارجة عن إرادته تكلفه وقت من الزمن لتكملة التنفيذ، هذه الأسباب تستوجب توفر حسن النية في جانب الدائن، الذي لا بد أن يأخذ بعين الاعتبار مصالح مدينه، فإذا لم يصبه أي ضرر جراء التأخر في التنفيذ أو التنفيذ على أجزاء فإنه لا مناص من منح المدين أجلا للوفاء.

ثانيا–مراقبة القاضي لحسن نية المدين عند منحه نظرة الميسرة

ينص المشرع من خلال المادة 210 من القانون المدني على أنه: «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزاماته».

كما ينص من خلال المادة 281 فقرة 01 و02 من القانون المدني على أنه:

« يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية

---

1 - Cass-chambre civil, 12/05/1975.

أشارت إليهما **زيتوني فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص 106.

أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها».

من خلال نص المادتين 210 و281 يتبين لنا أن لكل قاعدة عامة استثناء، وفي كلتا الحالتين تكمن الحماية، فإذا كانت القاعدة العامة أن الإلتزام يكون واجب الأداء فورا وهو حماية للدائن المتضرر من عدم الوفاء، إلا أن الاستثناء من هذا الأصل هو أن استحقاق أداء الالتزام لا يمنع من تأجيل تنفيذه بناء على نظرة الميسرة التي قد يمنحها القاضي حماية للمدين حسن النية، إذا ما توفرت شروطها.

تعرف نظرة الميسرة على أنها: «مهلة زمنية تمنح للمدين لمواجهة صعوبات لاحقة على إبرام العقد»[1] أما شروطها فهي أن تكون حالة المدين تستدعي أن يمنحه القاضي نظرة الميسرة، وتكون حالة المدين تستدعي ذلك إذا كان في ضيق مؤقت ينتظر زواله، وأن يكون حسن النية، متعثر الحظ لا متعمدا عدم الوفاء ولا مقصرا في ذلك[2] كذلك يشترط ألا يكون المدين معسرا، وإلا فلا جدوى من منحه نظرة الميسرة[3].

وظروف المدين يقدرها القاضي من خلال الاطلاع على وقائع القضية التي بين يديه، هذا ويشترط الأستاذ حميد بن شنيتي ألا يكون هناك نص قانوني يمنع نظرة الميسرة[4] ونحن نوافقه في هذا الشرط المنطقي، ذلك أن سلطة القاضي في هذا المجال ممنوحة له من قبل المشرع وممارستها تعدّ تطبيقا لنص القانون، فإذا ما ورد نص يمنع القاضي من منح نظرة الميسرة فإن القاضي يتقيد بالنص ولا يجوز له عندئذ منحها للمدين حتى ولو توفرت فيه كل الشروط.

---

1 – **سمير تناغو**، الالتزام القضائي، الحكم القضائي مصدر جديد للالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى سنة 2014، ص 151.

2 – **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجدل الثاني، ص 825.

3 – **طبيب فائزة**، المرجع السابق، ص 310.

4 – **حميد بن شنيتي**، المرجع السابق، ص 101.

كما يشترط في منح نظرة الميسرة أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي أجلا مقبولا فلا يجوز له أن يمنح أجلا طويلا قد يؤدي إلى الإضرار بالدائن، خاصة وأن نظرة الميسرة في نظر الأستاذ سمير تناغو[1] هي عبارة عن تعديل للعقد، ويصفها بالخطوة الخطرة، كما ويعتبر أن تحرير المدين في كل مرة يواجه فيها صعوبات في الوفاء إنما هو قتل للعقد، وهو بمثابة إخلال بالقوة الملزمة للعقد.

لم يترك المشرع الجزائري المهلة مفتوحة أمام المدين الذي منح نظرة الميسرة وإنما حددها بمهلة سنة واحدة بموجب نص المادة 281.

ويضيف الفقه شرطا آخر، وهو ألا يخلّف الدائن من جراء منح نظرة الميسرة ضررا جسيما بالدائن، ويعدّ هذا الشرط منطقيا، إذ لا يعقل أن يتضرر الدائن مرتين، مرة من عدم التنفيذ ومرة ثانية من منح أجل قد يضر بمصلحته المشروعة.

مما سبق يتعين على القاضي الموازنة بين المصلحة التي تستحق منح الأجل القضائي للمدين وبين الضرر الذي يمكن أن يلحق الدائن من جراء ذلك، فإذا كان الضرر الذي سيلحق الدائن من جراء منح الأجل القضائي جسيما امتنع القاضي عن منحه دفعا للضرر الأشد بالضرر الأخف[2].

المطلب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض جزاء مبدأ القوة الملزمة للعقد

من المقرر قانونا أن التعويض لا يقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني، فإذا لم يقم المدين بالوفاء بالتزاماته عينا، يكون ملزما بجبر الضرر الحاصل نتيجة عدم التنفيذ عن طريق التعويض، فينقلب الالتزام بالتنفيذ العيني إلى التزام بالتعويض، وفي هذه الحالة فإن التعويض لا يكون مصدره العقد وإنما مصدره المسؤولية العقدية، ويعتبر وسيلة علاجية لحماية الدائن من عدم وفاء المدين.

---

1 – **سمير تناغو**، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص 151.

2 – **محمد بوعماش**، المرجع السابق، ص 377، **طبيب فائزة**، المرجع السابق، ص 313.

سنتطرق من خلال الفرع الأول إلى المسؤولية العقدية مصدر التنفيذ عن طريق التعويض، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى اعتبار التعويض حماية علاجية للطرف المتضرر، لنصل في الفرع الثالث إلى البحث عن فعالية التنفيذ عن طريق التعويض في القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية أساس التنفيذ عن طريق التعويض

التنفيذ عن طريق التعويض مصدره المسؤولية العقدية، وليس العقد، لذلك يعتبر بعض الفقه أن التعويض مصدره جديد في الرابطة العقدية، ولكنهم لا يذهبون إلى حد القول بأن الالتزام الأصلي ينقضي بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه[1].

فالمؤكد أن التنفيذ العيني الجبري هو الأصل والالتزام بالتعويض هو الاستثناء، فلا ينشأ إلا إذا تعذر الطريق الأصلي، وإذا توفرت الشروط المنصوص عليها قانوننا، وهي أركان قيام المسؤولية العقدية، إضافة إلى ضرورة إعذار المدين.

أولا-الشروط العامة للجوء إلى التنفيذ عن طريق التعويض

ينص المشرع في المادة 176 من القانون المدني على أنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد منه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».

يتبين من نص المادة أنه يجب على المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد تنفيذ العقد تنفيذا عينيا، وذلك هو الأصل ما بقي التنفيذ العيني للالتزام ممكنا، بحيث لا يحق لأحدهما اللجوء إلى تطبيق الجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بإعمال المسؤولية العقدية إلا إذا استحال التنفيذ وبصفة مطلقة.

1 - **سعدون ياسين**، المرجع السابق، ص 223.

فالتنفيذ عن طريق التعويض هو جزاء قيام المسؤولية العقدية وجزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، سواء أكان ذلك بالامتناع عن التنفيذ أم بالتأخر فيه، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 182 فقرة 02 من القانون المدني: «ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعدّ الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول».

والأصل أنه لا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني ويعرض على الدائن تعويضا بدلا عنه، ذلك أن التعويض في هذه الحالة ما هو إلا جزاء عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه ويعود تقديره لسلطة القاضي إذا لم يكن قد سبق الاتفاق عليه مسبقا في العقد وإدراجه كشرط اتفاقي نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

إضافة إلى شرط استحالة التنفيذ العيني فإن قيام المسؤولية العقدية يفترض أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه التعاقدي، وأن يكون عدم التنفيذ أو التأخر فيه راجعا إلى خطئه فلا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا توافر الخطأ في جانب المدين، فإذا انتفى الخطأ بقيام السبب الأجنبي مثلا فلا مجال لمساءلة المدين أو مطالبته بالتعويض[1] لأنه لا التزام في المستحيل[2].

إن المسؤولية العقدية التي يتحول معها الالتزام من التنفيذ العيني إلى التنفيذ عن طريق التعويض لا تقوم إلا إذا توفر عنصر الخطأ في جانب المدين وهو خطأ قائم على عدم التنفيذ، ينجم عنه ضرر فعلي مباشر يصيب الدائن مباشرة.

فتحديد المقصود بعدم التنفيذ يرتبط إذن بوصف الالتزام الذي التزم به المدين ومعرفة ما إذا كان المدين قد التزم ببذل ما يستطيع من جهد وعناية في سبيل بلوغ هدف

---

1 – تنص المادة 307 من القانون المدني:" ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبي عن إرادته".

2 – **بلحاج العربي**، نظرية للعقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 442.

أو نتيجة معينة دون تعهد بتحقيق هذا الهدف أو هذه النتيجة، أم أنه التزام بتحقيق النتيجة المرجوة، فتقسيم الالتزام من هذه الناحية هو الذي يمكن الرجوع إليه في تحديد مفهوم عدم تنفيذ الالتزام العقدي، أي خطأ المدين، وبالتالي إعمال قواعد المسؤولية العقدية[1].

فإذا كان الالتزام التعاقدي يتعلق بتحقيق نتيجة، فإن تنفيذه يكون بتحقيق تلك النتيجة، فإذا لم تتحقق توفر الخطأ المتمثل في عدم التنفيذ، وتتحقق بالتالي مسؤولية المدين، هذه المسؤولية التي تلزمه بدفع التعويض، ولا يمكنه التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي لأن عدم التنفيذ يعد قرينة على خطأ المدين[2].

أما إذا كان الالتزام يتعلق ببذل عناية فإن المدين يكون ملزما ببذل الجهد الكافي في سبيل بلوغ النتيجة وليس تحقيق النتيجة ذاتها، فالخطأ أو عدم التنفيذ في هذه الحالة يكون في عدم بذل الجهد أو العناية الكافية[3].

بالإضافة إلى ركن الخطأ اشترط المشرع الجزائري ضرورة توفر ركن الضرر وعلاقة السببية، حتى يتسنى للمتضرر طلب التعويض، بينما لم يشترط المشرع الفرنسي ذلك من خلال المادة 1231 – 06 فقرة 02 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص في فقرتها الثانية على مايلي: «يكون هذا التعويض مستحقا دون أن يكون الدائن ملزما بإثبات أي خسارة لحقت به»[4].

وبالتالي فإن عنصر الضرر ليس شرطا في القانون المدني الفرنسي يجب إثباته لحصول المتعاقد الثاني على التعويض بسب عدم تنفيذ المتعاقد الأول لالتزامه العقدي وهذا يشكل حماية للطرف المتضرر، حيث يعفيه من إثبات عنصر الضرر، يكفي أن

---

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 206.

2 - Lequette, Terreé et similer, op cit, P 582.

3 – **محمد حسن قاسم**، مرجع سابق، ص 207.

4 - Article 1231-06/02 " Les dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ".

يثبت أن المدين ارتكب خطأ وهو عدم التنفيذ، سواء بعدم تحقيق النتيجة، أو بعدم بذل العناية الكافية، حسب طبيعة الالتزام.

كما نص المشرع الفرنسي كذلك في الفقرة 03 من المادة نفسها على أنه: «يحق للدائن الذي سبب له مدينه المتأخر بسوء نية ضررا مستقلا عن هذا التأخر أن يحصل على تعويض مستقل من فوائد التأخير»[1] وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 182 فقرة 02 التي تنص على أنه" ... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به....".

كما يذهب المشرع الفرنسي إلى أن هنالك ضررين يصيبان الدائن، ضرر يصيبه بسبب عدم تنفيذ الالتزام وهو غير ملزم بإثباته، وضرر آخر يصيبه بسبب تأخر المدين بسوء نية في التنفيذ، وهذا يلتزم بإثباته لأنه يتعلق بغرامات التأخير.

إن الفقرتين 02 و03 من المادة 1231-06 من القانون المدني الفرنسي، إنما تزيد من حماية المتعاقد في مواجهة المدين المخل بالتزامه وسيء النية، فبالإضافة إلى إعفائه من إثبات الضرر الناتج عن عدم التنفيذ، إنما يمنحه تعويضا آخر إذا حدث له ضرر مستقل عن التأخر في عدم التنفيذ.

لذلك على المشرع الجزائري أن يأخذ بالحكم ذاته الذي أقره المشرع الفرنسي بخصوص إعفاء المدين من إثبات ركن الضرر لقيام المسؤولية العقدية وللحصول على التعويض، لأن فيه حماية للدائن المتضرر من عدم الوفاء في مواجهة المدين سيئ النية والذي قد يعجز عن إثبات عنصر الضرر، فلا بد من اعتبار هذا الأخير مفترضا.

1 - Ar; 1231- 06/03:" Le créancier auquel son débiteur en retard à causé par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire".

ثانيا-الإعذار شرط خاص للحصول على التعويض

إذا كانت شروط استحقاق الدائن للتعويض وفقا للمادة 176 من القانون المدني هي نفسها شروط قيام المسؤولية العقدية، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، إلا أن المشرع قد أضاف شرطا إضافيا مهما لاستحقاق التعويض هو شرط الإعذار الذي يعد حماية للمدين أيضا بوضعه أمام الصورة عن طريق إنذاره بالمسؤولية العقدية عند امتناعه عن الوفاء بالالتزام.

إذا لم يقم الدائن بإعذار مدينه ولم يطلب منه التنفيذ عند حلول الأجل، فهذا يحمل تفسيرا واحدا، وهو أنه لم يتضرر من عدم التنفيذ، وتسامحه مع المدين دليل على أنه رضي ضمنا بمد الأجل.

أما إذا أراد الدائن أن ينفذ المدين التزامه التعاقدي الذي حل أجله، فعليه أن يشعره عن طريق إعذاره بالطرق القانونية، لأن المسؤولية العقدية تقوم بعد هذا الإعذار وليس قبله فلا تعويض قبل نهاية مهلة الإعذار، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك[1] أو ينص القانون في حالات معينة على عدم ضرورة الإعذار، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 181 من القانون المدني التي تنص على أنه:" لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية: إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين، إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر، إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسمله دون حق وهو عالم بذلك، إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".

الفرع الثاني: التنفيذ عن طريق التعويض حماية علاجية للمتعاقد المتضرر

يعد التنفيذ عن طريق التعويض حماية علاجية يحمي من خلالها المشرع المتعاقد المتضرر من عدم التنفيذ، بمنحه تعويضا لتغطية الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ

1 – تنص المادة 180 فقرة 02 على أنه:" يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة لأي إجراء لآخر.

المتعاقد الثاني لالتزامه التعاقدي، غير أن مسألة التعويض في القانون المدني وإن كانت حماية علاجية في جبر الضرر الذي تعرض له المتعاقد إلا أنها لا تخدم الهدف من التعاقد والخطة التي وضعها المتعاقدان والتخطيط الاقتصادي.

أولا-تقدير قيمة التعويض

ينص المشرع في المادة 182 من القانون المدني على أنه: «إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول».

فالأصل في التعويض أن يكون قضائيا حيث يقوم القاضي بتقديره وهو ما يسمى بالتعويض القضائي، كما قد يكون التعويض اتفاقا إذا قرر ذلك المتعاقدان في العقد.

إذا قام المتعاقد بإعذار الطرف الثاني في العقد بضرورة تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا وامتنع هذا الأخير عن التنفيذ، جاز للمتضرر أن يرفع دعوى قضائية يطالبه من خلالها بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض سواء بسبب عدم التنفيذ العيني أو التأخر في التنفيذ.

ومسألة تقدير التعويض تعود للقاضي الذي إما يحكم بقيمة التعويض التي طلبها المتعاقد المتضرر أو الإنقاص منها إذا كانت مبالغا فيها، كما يمكنه الاستعانة بخبير قضائي من أجل تحديد الضر ومبلغ التعويض اللازم لتغطيته[1].

1 – يمكن للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة في تقدير التعويض وذلك من خلال ما جاء في المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من التخصص نفسه أو من تخصصات مختلفة"، وتجدر الاشارة إلى أن رأي الخبير غير ملزم بالنسبة للقاضي فله أن يأخذ بالخبرة كما له أن يلغيها ويحكم بتعيين خبير آخر.

ويشمل التعويضُ، التعويضَ عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخر فيه، فيحل النوع الأول محل التنفيذ العيني ولا يجتمع معه، أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه يجتمع مع التنفيذ إذا نفذ المدين التزامه متأخرا[1] ويرى الفقيه بوتيه أنه يتعين إعادة النظر في التشريع بخصوص مالحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب، حيث يرى أنه يجب أن يتم تقديره هاذين الأخيرين بالمقارنة مع المنفعة التي كان سيجلبها التنفيذ على الدائن.

أما بالنسبة للخسارة اللاحقة، لا يمكن مثلا منح الدائن تعويضا على أساس عقدي إلا إذا تعلق الأمر بضياع الثروة التي تعرض لها بالنسبة للشيء ذاته محل الالتزام. وبالتالي يرى الفقيه بوتيه أنه ضروري أن نميز بدقة بين نوعين من التعويضات التعويضات الداخلية والتي تتفق مع الخسارة اللاحقة والربح الفائت بالقياس مع الشيء ذاته الذي يكون محل الالتزام، والتعويضات الخارجية التي تتفق مع الخسائر التي تصيب أموال أخرى جراء عدم الوفاء بالالتزام[2].

ولتوضيح هذا التمييز يعطي الفقيه بوتيه مثالا: " شخص يشتري قطع خشبية ويستخدمها لتدعيم مبنى، إلا أن هذا الأخير انهار بسبب عيب في مادة الخشب فالتعويضات الداخلية تتمثل في الخسارة التي تعرض لها المشتري بشرائه شيئا معيبا كان من المفروض أن يكون صالحا، وتتركز في خفظ سعر الشراء، أما التعويضات الخارجية فهي تلك التي تنتج عن هلاك المبنى والمنقولات التي يحتويها"[3].

وإذا كان البعض يرى أن الالتزام بالتعويض ليس جزاء للمدين وإنما حماية للمتضرر[4] فإننا لا نوافقهم في هذا الرأي، إذ لا بد من أن يكون حكم التعويض ردعيا وهو جزاء لكل من لم يوفِ بالتزامه التعاقدي، فلا بد أن يراعي القاضي عند تقدير التعويض

---

1 – **لزعر وسيلة**، المرجع السابق

2 – **خالد مصطفى خطيب**، المسؤولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق سنة 2005، ص 408.

3 – مثال منقول عن **خالد مصطفى خطيب**، المرجع السابق، ص 408.

4 – **بمو بوريز خان الدولوي**، المرجع السابق، ص 51.

حجم الضرر الذي تعرض له الدائن جراء عدم احترام العقد من جانب المدين، وعدم مراعاة قواعد الثقة والأمانة وحسن النية، وعدم احترام "مبدأ القوة الإلزامية للعقد" و"العقد شريعة المتعاقدين"، هذان المبدآن اللذان يترجمان سيادة الإرادة وسلطتها، فعدم احترام كل هذه القواعد الأخلاقية التي تعزز الرابطة العقدية المقدسة، لا بد أن يكون عقابه ردعيا.

إن مبلغ التعويض لا بد أن يكون مرتفعا لمنع المتعاقد المخل بالتزامه من اقتراف الفعل نفسه مستقبلا مع الأخذ بعين الاعتبار – بطبيعة الحال–أسباب عدم الالتزام بالتنفيذ العيني للعقد، لأنه في بعض الحالات قد يكون المدين حسن النية وعدم تنفيذه للالتزام يعود لأسباب خارجة عن نطاقه.

أما عن مسألة تقدير قيمة التعويض فتعود لقاضي الموضوع فهو الذي يقدر مسألة الحكم بالتعويض من عدمه، وفي ذلك نص المشرع في المادة 177 من القانون المدني: «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد عليه».

من نص المادة يتبين أن الحماية المدنية لا تشمل الدائن المتضرر فقط بل يمكن أن تشمل المدين الذي تسبب في الضرر أيضا، إذا كان الدائن قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه.

كما تظهر حماية المدين الذي لم يوف بالتزامه التعاقدي في مسألة التحديد القانوني للتعويض، فقد لا يمنح المشرع للقاضي سلطة في تقدير التعويض، فيحدد مقدار التعويض من خلال القواعد القانونية تحديدا إجماليا، وهذا ما فعله المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 1231–06 فقرة 01 على أنه: «يتمثل التعويض المستحق بسبب التأخر في الوفاء بالالتزام بمبلغ نقدي في دفع الفائدة بالمعدل القانوني، والتي تحسب من تاريخ الإعذار»[1].

1-Art.1231-6/1: "Les dommages et interéts dus à raison du retard dans le payment d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intéret au taux legal, à compter de la mise en deumeure

يبين نص المادة أعلاه أن المشرع الفرنسي قام بتحديد فوائد قانونية تكون مستحقة الدفع عن مجرد التأخير في الوفاء، وبهذا الشكل يكون المشرع الفرنسي قد افترض الضرر حماية للدائن، وحدد مقدار التعويض حماية للمدين، إن الغاية من وضع هذه القاعدة هو حماية المدين لكيلا يتعسف الدائن المتضرر في المطالبة بالتعويض أو القاضي في تقديره[1].

وعليه، فإن مسألة التعويض هي مسألة علاجية لكن بفعالية محدودة لأنها لا توفر الحماية الكافية لطرفي الرابطة العقدية، خاصة فيما تعلق بالهدف المرجو من وراء التعاقد فإذا كان هدف المتعاقد هو تمام العقد وتنفيذه، فإن التعويض لا يوفر له أي حماية تذكر.

من أجل ذلك فإننا نجد أن عنوان الفصل الثاني "التنفيذ عن طريق التعويض" من الباب الثاني "آثار الالتزام" من القانون المدني إنما هو عنوان أخفق المشرع في وضعه ذلك أن التعويض هو مبلغ من المال يحكم به القاضي لجبر الضرر لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يكون تنفيذا، فإذا كان موضوع العقد ومحله مثلا هو تشييد بناية من طرف مقاول، فإن عدم تنفيذ عملية التشييد يتبعه تعويض يدفعه المقاول للمتعاقد معه بسب الإخلال بالالتزام، وهنا لا يمكن اعتبار هذا التعويض تنفيذا لأن الأصل في التنفيذ هو التنفيذ العيني ولا وجود إطلاقا لما يسميه المشرع بالتنفيذ بمقابل، إنما المقابل الذي يعطيه المتعاقد المتخلف عن التنفيذ هو تعويض عن الضرر وفقط.

فالتعويض عن الضرر كحماية علاجية إذن لصيق بقواعد تنفيذ العقد لكنه لا يضمن تنفيذ العقد بالصورة اللازمة والفعالة التي أبرم العقد من أجلها، خاصة إذا ما علمنا أن التعويض لا يغطي كل الأضرار، فهو عادة ما يكون مبلغا قليلا مقارنة بالضرر اللاحق.

---

1 – **بمو برويز خان الدلوي**، المرجع السابق، ص 52.

لذلك يجب على المشرع في القانون المدني البحث عن وسائل وقائية أوعلاجية تكون مهمتها المرافقة الدائمة لتنفيذ الالتزامات، أو على الأقل تحديد نسبة التعويض الذي يجب أن يدفع عند الإخلال بالالتزام بالتنفيذ، والذي يجب أن يكون مرتفعا يؤثر في الذمة المالية للمتعاقد الذي لم يلتزم بالوفاء حتى يدفعه إلى تنفيذ الالتزام، وعليه يجب أن يكون التحديد بنسب مئوية بموجب نصوص قانونية، أو أنه يتم إدراج تحديد قيمة التعويض في العقد مسبقا (الشرط الجزائي) ، ويجب أن ينص المشرع على منع القاضي من تخفيض الشرط الجزائي في حال عدم تنفيذ المدين المتعاقد لالتزاماته التعاقدية بصفة كلية، بدون أي سبب وبسوء نية.

الفرع الثالث: فعالية التنفيذ عن طريق التعويض في القانون المدني

إن مسألة التعويض وإن كانت وسيلة علاجية يهدف من خلالها المشرع إلى إزالة الضرر إلا أنها تتعارض مع تنفيذ الهدف من التعاقد والخطة التي وضعها المتعاقدان والتخطيط الاقتصادي، خاصة في العقود الضخمة والموجهة للغاية الاقتصادية والاجتماعية.

تكمن الحماية في هذه العقود إلى ضمان الوفاء والتنفيذ العيني، أما التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض، كما أسماه المشرع فإنه لا يتلاءم بتاتا مع هذا النوع من العقود التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالتنفيذ الأصلي والعيني للالتزامات[1] وفقا لما ورد في العقد وما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام.

ومن ثم فإن التوجيه العقدي في زمن الاقتصاد المخطط والتطور التكنولوجي يستلزم التنفيذ العيني للالتزامات لتحقيق الهدف من إبرام العقد، من أجل ذلك لا بد من الحرص على التنفيذ العيني لا على التنفيذ عن طريق التعويض.

1 – **بعجي أحمد**، المرجع السابق، ص 393 –394.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني نلاحظ أنها باتت قاصرة عن ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية تنفيذا عينيا وذلك من خلال طرق التنفيذ، سواء تعلق الأمر بالتنفيذ الجبري أم التنفيذ بمقابل، هذا الأخير الذي لا يتلاءم بتاتا مع العقود المهمة التي يجب فيها التنفيذ الأصلي والعيني للالتزامات التعاقدية، ولأجل ذلك لجأ المشرع بموجب قواعد القانون الخاص إلى وسائل أكثر فعالية دورها احترازي وقائي لرقابة تنفيذ العقود بفعل مرافقتها لعملية التنفيذ، فهي آليات وقائية تجنب الوقوع في عدم التنفيذ، وبالتالي فهي تتحرى وتحترز.

أوجد المشرع لجنة الإشراف على التأمينات[1] حاصرا دورها في الحرص على ضمان القدرة على الوفاء بالالتزامات التعاقدية، حيث تقوم اللجنة بمطالبة شركات التأمين بخبرات لتقييم مدى التزاماتهم التعاقدية مع المؤمن لهم ومراقبة الحالة المالية لشركات التأمين التي تضمن لها الوفاء بالالتزامات التعاقدية.[2]

ويؤكد الفقه أن هذه الرقابة على قطاع التأمين إنما هي رقابة احترازية ووقائية بشأن التحقق من القدرة المالية الكافية لشركات التأمين لتكون قادرة على الوفاء والأخذ بالتعهدات والالتزامات التعاقدية تجاه المؤمن لهم[3]، وهذه الرقابة حسب رأينا إنما تشكل حماية احترازية للمتعاقد (المؤمن له) في استيفاء حقه وضمان التنفيذ العيني من جهة ومن جهة أخرى تعزيز الثقة والائتمان والاطمئنان في العلاقة التعاقدية.

كذلك التشريعات الحديثة في مجال البنوك والعمليات المصرفية، وضعت هيئات مسيرة للمجال المصرفي لمراقبة ضمان القدرة على الوفاء لتحقيق الأهداف الاقتصادية المتوخاة، خاصة ما تعلق بتمويل العقود الاستثمارية التي تعود بالنفع ليس على

---

1 – المرسوم التنفيذي رقم 96-343 المؤرخ في 30 أكتوبر 1996، يتعلق بحدود شركات التأمين على الوفاء، جريدة رسمية عدد 65.

2 – لأكثر تفاصيل راجع **فارح عائشة**، خصوصية ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث والقانون، المجلد 13، العدد 2016/01، ص 290 وما بعدها.

3 – **بعجي أحمد**، المرجع السابق، ص 40.

المتعاقدين فحسب وإنما على المجتمع ككل، ويكون ذلك بضمان كفاءة النظام البنكي والمالي للبنوك والمؤسسات المالية، من خلال فحص الحسابات والتأكد من تطابق العمليات المصرفية مع النظام المالي والقانوني المعمول به، والذي يؤدي بدوره إلى حماية العملاء والمودعين المتعاقدين من أجل بعث الاطمئنان لديهم بالوفاء في كل وقت بديونهم[1]، وهذا هو فحوى القواعد الأخلاقية للعلاقة التعاقدية.

وبالرجوع أيضا لقانون الترقية العقارية نجد دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مراقبة أعمال المرقي العقاري، حيث يلعب الصندوق في مجال الترقية العقارية دورا وقائيا في مراقبة وحث المرقي العقاري على ضمان تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويقوم الصندوق أيضا بمتابعة المشروع العقاري بصفة دورية، ومراقبة نسبة التقدم في الإنجاز ومراقبة المدة المتبقية لإتمام الأشغال، مع الحرص على تسليط الجزاء المناسب في حال كل تصريح كاذب من جانب المرقي العقاري بشأن كل ما يتعلق بنسبة الإنجاز ومدته.[2]

مما سبق يتبين لنا حرص المشرع بموجب قواعد القانون الخاص على ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في العقود التي يمكن وصفها بأنها حساسة وذات أهمية اقتصادية كبيرة، فهي عقود غير محمية وفقا للقواعد العامة، حيث محدودية التنفيذ الجبري والتنفيذ عن طريق التعويض.

كما أن القانون المدني لا يتضمن نصوصا تسعى إلى المراقبة والحرص المستمر على الوفاء بالالتزامات التعاقدية، بل أصبحت هذه المهمة من اختصاص هيئات إدارية تراقب القدرة على الوفاء بالالتزامات، وبالتالي أصبحت الحماية الوقائية والاحترازية التي

---

1 – **بلعيد جميلة**، الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2017، ص 19 وما بعدها.

2 – **حياة حاجي**، النظام القانوني لبيع البناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق سنة 2017/2016، ص 226 وما بعدها. راجع أيضا: **بعجي أحمد**، وجوب التزام المرقي العقار بضمان حماية المكتتب في عقد البيع بناية على التصاميم، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع، سبتمبر 2017، المجلد الثاني، ص 331 وما بعدها.

جاءت بها القوانين الخاصة أكثر فعالية من الحماية العلاجية التي جاءت في القانون المدني، والمتمثلة في التعويض عن الضرر.

غير أن هذه الحماية تخص العقود الاقتصادية الموجهة نحو الاقتصاد الوطني لتبقى العقود العادية أو البسيطة التي يبرمها الأطراف في الحياة اليومية في مختلف المجالات لا ترقى إلى هذه الحماية، ويكتفي فيها المتعاقد المتضرر من جراء عدم التنفيذ في الحصول على التعويض الذي يقدره القاضي دون إمكانية التنفيذ العيني كما أراده المتعاقد.

لذلك وجب على المشرع المدني إعادة النظر في القواعد المتعلقة بالتنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض التي لا توفر الحماية الكافية في الكثير من الأحيان لا للمتعاقد المتضرر ولا للمجتمع ككل.

فبالنسبة لتقدير القاضي للتعويض عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية فإن محدودية المادة 182 من القانون المدني[1] أصبحت ظاهرة في الميدان العملي والتطبيقي لهذه المادة التي تقضي بأن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، هذه المادة تحتاج إلى إعادة نظر، فإذا كان الدائن يجب أن يعوض عن الخسارة الاحقة والربح الفائت إلا أن كلاهما يجب أن يتم تقديره بالمقارنة مع المنفعة التي كان سيجلبها التنفيذ على الدائن.

1 – تنص المادة 182 من القانون المدني على أنه: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

المبحث الثاني

إدخال عنصر المرونة في توقيع الجزاء تفاديا لفسخ العقد

قرر المشرع في العقود الملزمة للجانبين حماية المتعاقد المتضرر في حال عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه التعاقدي على النحو المتفق عليه ووفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في العقود.

تتمثل هذه الحماية في تقرير الجزاء والمتمثل في فسخ العقد، هذا الحق وإن كان يوفر حماية نسبية للطرف المتضرر عن طريق التخلص من العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، إلا أنه لا يخدم المصلحة المرجوة من خلال إبرام العقد، لأنه سينهي الرابطة العقدية ويحلها، لذلك ورغبة من المشرع وحرصه على جعل الحماية المزدوجة لكلا الطرفين وللمصلحة العامة أيضا فإنه قيد اللجوء إلى فسخ العقد بجملة من الشروط منعا لأي تعسف.

وحرصا من المشرع أيضا لتفادي اللجوء إلى الفسخ ذو الطابع الجزائي، منح المتعاقد المتضرر من عدم الوفاء وسيلة أخرى ذات طابع وقائي تضمن تنفيذ الالتزام المقابل وتحمي العلاقة التعاقدية وهي الدفع بعدم التنفيذ.

لذلك سنتطرق إلى تقييد حق الدائن في اللجوء إلى طلب الفسخ في المطلب الأول، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى الدفع بعدم التنفيذ كآلية وقائية لضمان تنفيذ الالتزامات المقابلة.

المطلب الأول

حق الدائن في اللجوء إلى طلب الفسخ

إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه في العقد جاز للطرف الثاني اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد، هذا الحق قيده المشرع بجملة من الشروط لعدم إساءة استعماله إضرارا بالطرف الثاني أو التذرع به من أجل التخلص من الرابطة العقدية، مع منح

القاضي سلطة تقديرية واسعة في الأخذ به من عدمه، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الأول.

كما أن التشريعات الحديثة قد منحت آلية آخرى للدائن في مواجهة مدينه الممتنع عن تنفيذ العقد، والتي تتمثل في إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة، ذلك أن في هذا الأخير خروجا عن الأصل، وتعارضا مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، لذلك لابد من البحث عن دوره في الحماية، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تقييد حق الدائن في اللجوء إلى فسخ العقد

ينص المشرع بموجب المادة 119 من القانون المدني على أنه: «في العقود الملزمة للجانين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات».

يتبين لنا من نص المادة أنه وفي العقود الملزمة للجانبين إذا امتنع أحد الأطراف من تنفيذ التزامه جاز للطرف الثاني الخيار بين طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين، وعليه، سنتطرق إلى هذه الشروط أولا، ثم نتطرق بعد ذلك إلى سلطة القاضي في الحكم بفسخ العقد من عدمه.

أولا–الشروط الواجب توفرها لطلب فسخ العقد

الفسخ جزاء أقره المشرع لأحد أطراف الرابطة العقدية، يستعمله عندما يخل الطرف الآخر بالتزامه المحدد في العقد، أو استخداما لخيار عقدي أو قانوني يؤدي إلى انهاء العلاقة العقدية بين الطرفين.[1]

1 – **بمو بروزي رخان الدلولي**، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، بيروت لبنان، ص 35.

يشترط المشرع بموجب نص المادة 119 فقرة 01 من القانون المدني ثلاثة شروط يجب توافرها للجوء إلى الفسخ، ويتعلق الشرط الأول بالعقد المراد فسخه والذي يشترط فيه أن يكون تبادليا وملزما للجانبين، والشرط الثاني يتعلق بالمتعاقد الآخر الذي يشترط أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، أما الشرط الثالث فيخص المتعاقد الذي يطلب فسخ العقد، ويجب عليه ألا يكون مقصرا في تنفيذ التزامه، أي ألا يكون سيء النية.

يشترط كذلك للجوء إلى الفسخ أن يكون العقد ملزما للجانبين مثلما جاء في مستهل المادة 119 من القانون المدني، وهو في الحقيقة شرط منطقي وبديهي على حد تعبير الأستاذ علي فيلالي[1] إذ لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد، بل تقتضي مصلحته العكس، أي إبقاء العقد والمطالبة بتنفيذه.

ويكون العقد ملزما للجانبين عندما ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين[2] والفسخ يرد على جميع العقود التبادلية الملزمة للجانبين ولو كانت احتمالية غير أن الأستاذ بلحاج العربي يستثني عقد إيراد المرتب مدى الحياة[3]، وهو الأمر الذي لا يوافقه عليه الأستاذ علي فيلالي[4] لأن نص المادة 618 من القانون المدني جاء صريحا حيث تنص على أنه: «إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد فإن كان العقد بعوض جاز له أيضا أن يطالب بفسخه مع إصلاح الضر إن كان له محل».

ومن شروط الفسخ أيضا أن يكون أحد المتعاقدين أخل بالتزامه التعاقدي، ولا يشترط المشرع أن يكون عدم التنفيذ كليا، فالمطالبة بالفسخ جائزة حتى ولو كان عدم التنفيذ جزئيا، أي حتى ولو كان المدين قد نفذ بعض من التزاماته دون البعض الآخر.

---

1 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 458.

2 – **عبد الحميد الشورابي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي**، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، دار الكتاب والدراسات العربية، الإسكندرية، طبعة 2018، ص 29.

3 – **بلحاج العربي**، نظرية العقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 482.

4 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 458.

غير أن المشرع يشترط في نص المادة 119 فقرة 02 من القانون المدني أن القاضي لا يحكم بالفسخ إلا إذا كان إخلال المدين بالالتزام جوهريا، أما إذا كان ما لم يقم المدين بتنفيذه هو التزام ثانوي أو تبعي فإنه يجوز للقاضي ألا يقضي بالفسخ إلا إذا بلغ الإخلال بهذا الالتزام حد من الجسامة والأهمية.

هذا وإن تحديد مقدار جسامة عدم التنفيذ الذي يجيز للقاضي الحكم بفسخ العقد أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، الذي قد يستعين بأهل الاختصاص من خبراء تسند لهم مهمة دراسة الملف وتقدير نسبة تنفيذ الالتزامات ونسبة عدم التنفيذ.

وإذا كان المشرع يشترط للمطالبة بالفسخ أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بتنفيذ التزامه فمفترض ذلك أن عدم تنفيذ الالتزام يرد على التزام مستحق الأداء[1] ويجب على الدائن حينها انتظار حلول الأجل للمطالبة بالوفاء.

غير أن هناك من الفقه من يذهب إلى تقسيم الإخلال بالعقد إلى نوعين: إخلال يحصل عند تخلف المدين عن تنفيذ التزامه في موعده المحدد، وإخلال يحصل قبل حلول الأجل المحدد للتنفيذ[2] ويرى أصحاب هذا الرأي بجواز فسخ العقد عندما يصرح المدين قبل حلول الأجل بأنه لن ينفذ التزامه في موعده المحدد، أو عندما يصدر منه فعل يجعل من هذا التنفيذ مستحيلا.

إن القانون المدني الجزائري لا يتضمن نصوصا بشأن الإخلال المسبق بالعقد وإنما هي قاعدة أنجلو أمريكية أخذ بها القانون الإنجليزي استنادا إلى قاعدة قديمة كرسها القضاء الإنجليزي منذ عام 1852 وكذا القانون الأمريكي والتي تعرف بنظرية "الجحود المبستر للعقد".[3]

---

1 – **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، العقد، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 399.

2 – **علي حسن منهل**، الإخلال المسبق بالعقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2017، بيروت لبنان، ص 56.

3 – **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، العقد، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 399.

إن عدم أخذ المشرع الجزائري والقوانين المدنية العربية بهذه القاعدة يرجع ربما إلى الانتقادات الجوهرية التي وجهت إليها ومن أهمها أن الجزاء القانوني أيا كان وصفه يجب أن يؤسس على حق قانوني حال ومعين، فما لم يتعرض الدائن إلى خسارة تتعلق بمصلحة سابقة له، فإنه لا يملك سببا يوقع على أساسه الجزاء القانوني، وسلوك المدين لا يعد خاطئا ما لم ينتهك حقا للدائن انتهاكا فعليا، وبالتالي فإن الأساس القانوني للتعويض هو الضرر الفعلي وليس الضرر المتوقع.[1]

إن هذه الانتقادات لم تمنع بعض الفقه من الدفاع عن النظرية وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري[2] الذي يرى أنه: «يعتبر في حكم عدم التنفيذ، الذي يجوز معه طلب الفسخ أن يكون هناك أجل وقبل حلوله يتبين من الظروف أن المدين لن يستطيع الوفاء بالتزامه في الأجل المحدد، فلا ضرورة أن يتربص الدائن حتى يحل الأجل ويطلب الفسخ عند ذلك بل له أن يبادر بطلب الفسخ من وقت أن يثبت جحود المدين لهذا الالتزام».

هذا ويؤيد جانب من الفقه الفرنسي الحديث[3] فكرة الفسخ الاستباقي أو ما يطلق عليه أيضا "الفسخ درءا لخطر عدم التنفيذ"، فحسب هؤلاء فإن خطر عدم التنفيذ المستقبلي للعقد لا يعطي للدائن فقط إمكانية طلب الفسخ، بل يخول له الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة.

حاول الاتجاه الفقهي المدعم لنظرية الإخلال المسبق للعقد إقامة النظرية على أساس سائغ ومقبول، فمنهم من أقامها على أساس مبادئ القانون ومنها واجب تنفيذ العقد بحسن نية، بحيث ينشأ هذا الواجب عند إبرام العقد ويبقى قائما إلى حين تنفيذه، فيلزم المدين بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يعيق التنفيذ في الموعد المحدد.

---

1 – **علي حسين منهل**، المرجع السابق، ص 145 و146.

2 – **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 792.

3 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 401.

ومنهم من أقامها على أساس المنفعة الاقتصادية للعقد، بحيث السماح بالدعوى الفورية بسبب الإخلال المسبق بالعقد يساعد في المحافظة على الموارد ويجنب الطرفين خسارتها، فإذا فرضنا عدم جواز إقامة الدعوى فورا بسبب الإخلال المسبق الصريح الصادر من المدين، فالواجب عليه إذن أن ينتظر الموعد المحدد للتنفيذ، وهنا قد تحصل عدة تغيرات تؤدي إلى نتائج قد تكلف الدائن خسارة فادحة.[1]

يتضح مما تقدم أن الاعتبارات التي تقوم عليها فكرة الإخلال المسبق بالعقد إنما هي اعتبارات تتلاءم مع الواقع العملي وتكرس المبادئ الأخلاقية التي يقوم عليها العقد وعلى هذا، نحن نؤيد الرأي الآخذ بنظرية الإخلال المسبق بالعقد. ونؤيد رأي الأستاذ محمد حسن قاسم في أن تطبيق نظرية الإخلال المسبق للعقد تضمن فعالية جزاء الفسخ باعتباره جزاء للمدين الممتنع عن التنفيذ، فهذه النظرية تحول دون تفاقم الأضرار التي تلحق بالدائن إعمالا لمبدأ "الوقاية خير من العلاج".

إن القواعد الموجودة في القانون المدني لا توفر الحماية الملائمة للدائن في الحالات التي يكون فيها الإخلال بالعقد مسبقا، فهي تعفيه من الإعذار فقط، لكن هذا غير كافي، وقد يكون مضرا بمصلحته لأنه سيكون عليه الانتظار لحين مجيء الوقت المحدد للتنفيذ، وقد يضيع عليه فرصة تدارك الصفقة بصفقات أخرى.

فعلى المشرع أن يتدارك هذا النقص في الحماية، وأن يقرر للدائن الحق في إيقاف تنفيذ العقد إن كان عليه أن ينفذ أولا، أو حق طلب فسخ العقد إن كان على المدين أن ينفذ أولا بشرط أن يكون اللجوء إلى فسخ العقد بسب الإخلال المسبق له، أي أن تكون الظروف كلها تنبئ على أن عدم التنفيذ بات مؤكد الحدوث لا مجرد شك أو حدس، كذلك لا بد أن يكون عدم التنفيذ يمس التزاما جوهريا أو أساسيا تبلغ جسامته وخطورته تلك التي يجب توافرها للمطالبة بالفسخ وفقا للقواعد العامة.

---

1 – **علي حسين منهل**، المرجع السابق، ص 146.

إن ما دفعنا إلى تأييد نظرية الإخلال المسبق للعقد هو الاستثناء الذي وضعه المشرع بخصوص تأجيل تنفيذ الالتزام، أو ما يعرف "بنظرة الميسرة"، التي يمنحها القاضي للمدين إذا توفرت شروط معينة من أجل الوفاء بدينه، ولمواجهة صعوبات لاحقة على إبرام العقد.

فيجب على المشرع أن يجعل استثناءين للقاعدة العامة التي تقضي بأن الالتزام لا يكون مستحق الأداء إلا إذا حل أجله، والاستثناء الأول هو تقديم هذا الأجل إذا صرح المدين برفضه الوفاء أو تبين من ظروف الحال أنه لن يوفي بالتزامه، فيجوز للدائن حينها طلب فسخ العقد قبل حلول أجل الوفاء، أما الاستثناء الثاني فهو تأجيل تاريخ الوفاء بمنح نظرة الميسرة

بالإضافة لكل ذلك وللجوء إلى فسخ العقد يشترط المشرع أيضا إضافة إلى الشرطين السابقين، شرط وفاء المتعاقد المتمسك بالفسخ بالتزاماته التعاقدية، غير أن هذا الشرط حتى وإن لم يرد ضمن الشروط التي نصت عليها المادة 119 من القانون المدني إلا أنه شرط منطقي على حد تعبير الأستاذ علي فيلالي.[1]

ذلك أنه من غير المعقول أن يتمسك المتعاقد بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه إذا لم يبادر هو بتنفيذ ما عليه من التزامات أو يظهر على الأقل استعداده للوفاء.

أما إذا أخل المتعاقد طالب الفسخ بالتزامه التعاقدي فإن سلوكه يكون مثل سلوك المتعاقد الآخر وبالتالي لا مبرر لحماية مصلحته عن طريق فسخ العقد على حساب مصلحة المتعاقد الثاني، ليس ذلك فحسب وإنما يكون متعسفا أيضا في طلب الفسخ مما قد يثير مسؤوليته بسبب سوء نيته.

1 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 460.

ثانيا–سلطة القاضي في تحقيق التوازن بين مصلحة الطرفين في العقد

ينص المشرع في المادة 119 فقرة 02 على أنه: «يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات».

من نص المادة يتبين أن دعوى الفسخ ولو توفرت فيها كل الشروط لا تؤدي بالضرورة إلى قبولها من طرف القاضي، وإنما تظل فرصة خيار التنفيذ ممكنة لأنها الأصل[1] والقاضي في مواجهة دعوى الفسخ يتمتع بثلاثة خيارات، فهو إما أن يحكم بفسخ العقد، أو أن يمنح المدين أجلا للوفاء، أو أن يرفض فسخ العقد بسبب أهمية ما نفذه المدين مقارنة بما لم ينفذه.

أما عن سلطة القاضي في منح أجل للمدين فهي تقديرية وغير مقيدة بأجل محدد يتعين عليه عدم تجاوزها[2]، خاصة إذا كان المدين حسن النية، ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف استثنائية عابرة تستوجب إمهاله بعض الوقت لتمكينه من الوفاء بالالتزام، مع مراعاة مصلحة الدائن الذي لا يجب أن يصيبه ضرر من هذا التأخير.

الملاحظ هو أن سلطة القاضي في منح أجل للمدين بمناسبة دعوى الفسخ تكاد تكون نفسها سلطته في منح أجل للمدين بمناسبة دعوى التنفيذ (نظرة الميسرة)، إلا أن هذه الأخيرة قد ضبطها المشرع بضوابط نص عليها صراحة في المادة 210 و281 وقيدها أيضا بمدة قانونية ألا وهي سنة، الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول عدم ضبط المشرع للمدة التي يمنحها للمدين من أجل الوفاء بمناسبة دعوى الفسخ، مثلما فعل بمناسبة دعوى التنفيذ.

---

1 – يجوز للدائن الذي رفع دعوى الفسخ العدول عنها قبل الحكم بالفسخ إلى طلب التنفيذ العيني لأن ذلك هو الأصل، كذلك المدين إذا ما رفعت ضده دعوى الفسخ له أن يتوقى الفسخ عن طريق تنفيذ التزامه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى قبل الحكم بالفسخ، عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، **وعمرو الشواربي**، المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

2 – **طبيب فائزة**، المرجع السابق، ص 306.

يرى الأستاذ حميد بن شنيتي أن: «هذه الشروط والضوابط ليست خاصة بممارسة القاضي في سلطته في منح المدين أجلا قضائيا بمناسبة دعوى التنفيذ، وإنما هي ضوابط عامة تشمل سلطة القاضي في منح الأجل القضائي أيضا بمناسبة دعوى الفسخ».[1]

غير أن المشرع في المادة 119 فقرة 02 جعل سلطة القاضي مطلقة ولم يقيدها بمهلة معينة، مثلما فعل في المادة 282 من القانون المدني بشأن مهلة الوفاء بمناسبة دعوى التنفيذ.

إن منح القاضي أجلا للوفاء بمناسبة دعوى الفسخ فيه حماية للمدين من جهة وللدائن من جهة أخرى، فهذه السلطة تحد من آثار الفسخ، لأن الفسخ جزاء خطير يعدم العقد وينهيه، عكس ما هدف إليه أطراف العلاقة العقدية.

فإذا كان المدين حسن النية وأظهر استعدادا للوفاء، وأن عدم التزامه في الأجل المحدد إنما كان بسب ظروف طارئة أرهقت كاهله، وجب أن يقابله تعاون من جانب الدائن وفقا للأخلاقيات والمبادئ التي يقوم عليها العقد، فإذا لم يقم الدائن بواجب التعاون جاز للقاضي منح هذه المهلة للمدين قبل فسخ العقد.

مما سبق وحسب رأينا يستحسن أن يحدد المشرع مهلة لهذا الأجل حتى لا يضر بالطرف الدائن، خاصة وأن مسألة تقدير الظروف التي تستدعي منح المدين أجلا هي مسألة موضوعية، تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية ولا يخضع في شأنها لرقابة المحكمة العليا، من أجل ذلك لا بد على القاضي أن يمارس هذه السلطة بحذر وألا يبالغ فيها حتى لا تكون مصدرا للاستهتار بتنفيذ العقود.

وبالإضافة إلى منح المشرع سلطة للقاضي في منح أجل للمدين بمناسبة دعوى الفسخ، إلا أنه منحه أيضا سلطة رفض فسخ العقد إذا كان ما وفى به المدين قليل الأهمية مقارنة بما وفى به أو مقارنة بحجم الالتزام ككل.

---

1 – **حميد بن شنيتي**، المرجع السابق، ص 102.

فيجوز للقاضي أن يرفض دعوى الفسخ، ويبقي على العقد إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في مجمله، أي أن تقصير المدين ليس على درجة من الجسامة تقتضي الحكم بالفسخ[1]، وفي هذه الحالة يكتفي القاضي بالحكم بالتعويض للدائن عن الضرر الذي لحق به بسبب عدم تنفيذ جزء من الالتزام مستندا في ذلك لقواعد المسؤولية العقدية، أما إذا تبين له أن الفسخ أكثر ضمانا لمصلحة الأطراف فلا شك أنه يقضي به[2] وله أيضا أن يعوض الدائن زيادة على فسخ العقد، مثلما جاء في نص المادة 119.

الفرع الثاني: اتجاه التشريعات الحديثة نحو إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة

الكثير من التشريعات الحديثة تجعل الفسخ بالإرادة المنفردة هو الأصل، والفسخ القضائي هو الاستثناء. وبما أن هذا النوع الجديد من الفسخ هو خروج عن القاعدة العامة التي مفادها أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز فسخه إلا باتفاق الطرفين، فقد يكون مضرا بمصلحة المدين، لذلك سأبحث أولا عن مزايا تكريسه في التشريعات الحديثة، ثم عن كيفية مواجهة احتمالات التعسف من قبل الدائن في استخدام مكنة الفسخ بإرادته المنفردة.

أولا-مزايا تكريس فسخ العقد بالإرادة المنفردة

الفسخ بالإرادة المنفردة يقصد به إنهاء الدائن للعقد بسبب إخلال المدين بالتزامه التعاقدي دون أن يلجأ إلى القضاء لطلب إيقاع هذا الجزاء، ودون أن يتضمن العقد شرطا فاسخا صريحا يخول للدائن إنهاء العقد عند إخلال المدين بالتزامه وإنما يكون بإرادته المنفردة.[3]

---

1 - **سيمر عبد السيد تناغو ومحمد حسين منصور**، المرجع السابق، ص 190.

2 - **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 309.

3 - **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 490.

وإذا كان الفقه والقضاء يؤكدان على الطابع القضائي للفسخ باعتباره الأصل في حال عدم وجود اتفاق مسبق بين الطرفين حول ذلك، إلا أن الملاحظ أن التشريعات الحديثة[1] والكثير من الاتفاقيات الدولية[2] أيضا لا تجعل من الفسخ القضائي الأصل.

يكفي في هذه التشريعات أن يعلن الدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، ليكون تدخل القاضي تاليا لهذا الإعلان المنفرد يراقب مدى صحة الفسخ الذي تم بإرادة الدائن، ومدى توفر الشروط اللازمة له، في حال لجوء المدين إليه واعتراضه على الفسخ الذي تم.[3]

إذا كانت التشريعات الحديثة اعتمدت الفسخ بالإرادة المنفردة في أنظمتها فإن السبب يرجع في ذلك إلى المزايا التي يحققها هذا النوع من الفسخ والتي قد لا يحققها الفسخ القضائي. فالفسخ بالإرادة المنفردة يساهم في الحد من كثرة الدعاوى القضائية بما يعود بالنفع المؤكد على مرفق العدالة، فتتحقق من ورائه المصلحة العامة.

كما أن الفسخ بالإرادة المنفردة هو أكثر فعالية من الناحية الاقتصادية مقارنة بالفسخ القضائي، فالدائن في الفسخ القضائي وفي حال عدم التنفيذ يلجأ إلى العدالة لطلب حكم الفسخ وقد تطول فترة الدعوى، أما في الفسخ بالإرادة المنفردة فإن الدائن يتخذ قراره فورا ومن ثم يمكن له أن يتعاقد مع شخص آخر لتحقيق الهدف الاقتصادي الذي أخفق في تحقيقه من خلال العقد الذي فسخه بإرادته.

---

1 – من بينها القانون الإنجليزي، والقانون المدني الفرنسي الجديد بموجب المادة 1226.

2 – الفسخ بالإرادة المنفردة للدائن تكرسه اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد بيع دولي للبضائع والمعروفة باتفاقية فيينا 1980، كما تضمنت قواعد المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit) في مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية حكما مماثلا حيث نصت المادة 8 فقرة 03 على أن:" الفسخ يتم بإخطار يوجه للمدين". وذلك ما كرسته أيضا مبادئ القانون الأوروبي للعقود والتي وردت بالفصل التاسع منها والمعنون بـ "الوسائل المختلفة في حالة عدم التنفيذ" وفي المادة 09–301:" يجوز لأحد الأطراف أن يفسخ العقد في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد الآخر".

3 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 491.

كذلك فسخ العقد بالإرادة المنفردة يبدو أكثر عدالة بالنسبة للدائن، فهذا الأخير لما يدخل في علاقة عقدية فهو يهدف إلى الحصول على مزايا وفوائد من وراء التعاقد وليس العكس، فعدم تنفيذ المدين التزامه التعاقدي في العقود الملزمة للجانبين سيجعل من الدائن ضحية، فمن غير العدل أن يتحمل الدائن عبء اللجوء إلى القضاء.

إن الفسخ بالإرادة المنفردة وما يحمله من مزايا مقارنة بالفسخ القضائي دفع بالمشرع الفرنسي إلى تقنينه[1] بموجب تعديل سنة 2016 وأصبح هذا النوع من الفسخ مقننا بموجب نص المادة 1226 من قانون العقود الفرنسي التي تنص على أنه: «يجوز للدائن وعلى مسؤوليته فسخ العقد عن طريق الإخطار وفيما عدا حالة الاستعجال يجب عليه أولا إعذار المدين المتخلف عن التنفيذ بأن يوفي بتعهده خلال مهلة معقولة، يتضمن الإخطار صراحة أنه في حال تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه يكون للدائن الحق في فسخ العقد. إذا استمر عدم التنفيذ يخطر الدائن المدين بفسخ العقد والأسباب التي تبرره. يحق للمدين في أي وقت اللجوء إلى القاضي للاعتراض على الفسخ، ويكون على الدائن حينئذ إثبات جسامة عدم التنفيذ»[2].

---

1 – على الرغم من أن المشرع كان ينص في القانون الفرنسي القديم على الفسخ القضائي في المادة المادة 1184 منه، إلا أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد أقرت في حكم بتاريخ 1998/10/13 أن للمتعاقد الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، وذلك في حال جسامة سلوك المتعاقد معه، حيث قضت بصياغة مبدئية بأن جسامة سلوك أحد المتعاقدين أو خطورته، تبرر للمتعاقد الآخر أن ينهي العقد على مسؤوليته بإرادته المنفردة، أشار إليه **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 496.

2 - Art -1226:" Le créancier peut à ses risques et périls résoudre le contrat par voie de notification, san furgence il doit probablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satis faire à son engagement dans un délai raisonnable la mise en demeure mentionne expressément qu'a défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation le créancier sera en droit le résoudre le contrat l'orsque l'inexécution persiste, le créancier motifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution".

يبرر الأستاذ محمد حسن قاسم ضرورة اللجوء إلى هذا النوع من الفسخ في القانون المصري بقوله: «لا شك أن القول بقبول مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة يبدو للوهلة الأولى قولا يتعارض ومبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية، والأصل القضائي للفسخ من ناحية أخرى لكن هذا القول ربما يخفف من حدته أن القضاء الذي أقر بحق الدائن في فسخ العقد بإرادته المنفردة قد وضع شروطا محددة لإمكانية لجوء الدائن لهذا الفسخ، إضافة لذلك فإن هذا الفسخ لم يفلت تماما من رقابة القضاء، وإنما أصبحت هذه الرقابة لاحقة لإيقاع الفسخ».[1]

يتبين مما تقدم أن فسخ العقد بالإرادة المنفردة يمكنه أن يحقق العدالة العقدية خاصة أنه مقيد بشروط وهي ضرورة إخطار المدين أولا، وتسبيب القرار المؤدي إلى الفسخ ثانيا كما أن هذا الفسخ يظل تحت رقابة القضاء، بحيث يمكن للمدين المتضرر من جراء الفسخ اللجوء إلى القاضي الذي تخول له مهمة مراقبة صحة الفسخ، ومراقبة أيضا عدم تعسف الدائن في استعمال هذه المكنة تحت مسؤوليته.

وعليه يستحسن على المشرع الجزائري وفي حال جسامة سلوك المدين، أن يمنح الدائن الحق في فسخ العقد بالإرادة المنفردة، ليبقى للمدين المخل بالتزامه التعاقدي أن يلجأ هو إلى القضاء إذا رأى أن الفسخ الذي أوقعه الدائن بإرادته تعسفيا ولا مبرر له فيقع على القاضي سلطة مراقبة مدى مشروعية الفسخ بالإرادة المنفردة من عدمه.

ثانيا-المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد

يقصد بالتعسف في استعمال حق الفسخ الحياد عن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد فيشترط لمباشرة حق الفسخ أن يكون صادرا عن حسن نية، أي لا تكون الغاية منه تحقيق مصلحة غير مشروعة، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في استخلاص النية من خلال

1 - **محمد حسين قاسم**، المرجع السابق، ص 501.

قراءته للأسباب التي تمسك بها الدائن للمطالبة بالفسخ ومدى رغبته في تنفيذ العقد أو التحرر منه.[1]

نظم المشرع التعسف في استعمال الحق[2] بموجب المادة 124 مكرر[3] وحدد له معايير خاصة، وهي القصد بالإضرار بالغير، وعدم التناسب بين المصلحة المحققة والضرر اللاحق بالغير وعدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها.[4]

لم يبين المشرع الفرنسي الجزاء الذي يمكن إعماله في مواجهة الفسخ بالإرادة المنفردة الغير مبرر والذي فيه تعسف، إلا أن الفقه الفرنسي يؤكد على أنه يمكن للقاضي أن يأمر باستمرار العلاقة العقدية التي تم فسخها على نحو غير صحيح من قبل أحد المتعاقدين.

وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يعتبر الفسخ الذي قرره الدائن أمرا مكتسبا وإنما عليه واجب التحقق من أن الدائن كان محقا فيما أقدم عليه وعند الاقتضاء محاسبته إذا لم يقدم ما يثبت أن الفسخ كان مبررا، والحكم عليه في هذه الحالة ليس فقط بالتعويض وإنما أيضا باستمرار العقد وتنفيذه إلى حين حلول الأجل المتفق عليه.[5]

---

1 – **بمو برويز خان الدلولي**، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، مرجع سابق، ص 69.

2 – بعد تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05–10 ألغى المشرع المادة 41 منه وأعاد تنظيم مسألة التعسف في استعمال الحق بنص المادة 124 مكرر وأدرجها ضمن أحكام القسم الأول المتعلق بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية بالفصل الثالث بعنوان الفصل المستحق للتعويض وتم بهذا حسم مسألة تأصيل التعسف في استعمال الحق بحيث اعتبر شكلا ومضمونا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري. لتفاصيل أكثر راجع/ مصطفى بوبكر، المسؤولية التقديرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2015، ص 87 وما بعدها.

3 – تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على أنه:" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

4 – **تبوب فاطمة الزهراء رابحي**، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية 2016، ص 42 وما بعدها.

5 - Lequette et simler, Terré, op cit, P 672.

وعليه يتبين أن قيام القاضي بإلغاء الفسخ في حالة تعسف الدائن في استعماله يشكل حماية للمدين المتضرر من الفسخ غير المبرر، ويشكل حماية أيضا باستمرار العقد، وفي هذه الحالة لا يعتبر العقد المعاد إلى الوجود عقدا جديدا، بل إن العقد القديم بجميع التزاماته يعود إلى الوجود.[1]

ومن خلال ما توصل إليه فقهاء القانون بخصوص جزاء الفسخ التعسفي للعقد نخلص إلى أنه وفي حال التعسف في استعمال حق الفسخ تقوم مسؤولية الطرف الفاسخ ويتعين عندئذ تطبيق القواعد العامة في القانون المدني لإزالة الضرر، فيتعين على القاضي في حال تبيينه أن الفسخ بالإرادة المنفردة غير مبرر وتعسفي أن يلزم الدائن (الذي أصبح مدينا مخلا بالتزامه) بالاستمرار في العلاقة العقدية، وتنفيذ ما يجب عليه متى كان هذا التنفيذ ممكنا، أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن فيتعين على القاضي أن يحكم بتعويض عادل لجبر ضرر المدين المتعاقد معه.

المطلب الثاني

الدفع بعدم التنفيذ آلية وقائية لضمان تنفيذ الالتزامات المقابلة

الدفع بعدم التنفيذ هو حق لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين بعدم تنفيذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد معه ما يقع عليه من التزام مقابل[2] وبالتالي يعد وسيلة ضمان في يد المتعاقد يلجأ إليها إذا ما توفرت شروطها، كما يعد أيضا وسيلة ضغط على إرادة المتعاقد لحمله على تنفيذ التزاماته بدلا من اللجوء إلى الفسخ.

الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان في يد المتعاقد

ينص المشرع في المادة 123 من القانون المدني على أنه: «في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به».

---

1 – **بمو برويز خان الدلولي**، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، مرجع سابق، ص 228.

2 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 571.

فالدفع بعدم التنفيذ هو رد فعل من قبل المدين يوقف به تنفيذ التزامه إلى أن يقوم دائنه بتنفيذ ما تعهد به، لذلك يرى بعض الفقه في الدفع بعدم التنفيذ على أنه نوع من الدفاع الشرعي العقدي الطابع منه ليس جزائي وإنما وقائي يهدف إلى تنفيذ الالتزامات المتقابلة.[1]

ويعد الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان في يد من يتمسك به، حيث يسمح لهذا الأخير بمطالبة مدينه بالتنفيذ من خلال الامتناع عن تنفيذ التزاماته، وللتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لابد من توفر مجموعة من الشروط، هذه الشروط التي تأثرت بالتوجهات التشريعية الحديثة.

أولا–شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

يقتضي التمسك بالدفع بعدم التنفيذ تحقق ثلاثة شروط، الشرط الأول يتعلق بالعقد محل الدفع بعدم التنفيذ، إذ يجب أن يكون تبادليا، والشرط الثاني يتعلق بالالتزامات المقابلة للالتزام محل الدفع بعدم التنفيذ فلابد أن تكون مستحقا للأداء، أما الشرط الثالث فيتعلق بالشخص المتعاقد الممتنع عن تنفيذ التزامه.

يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين دون غيرها كما أشارت صراحة إلى ذلك المادة 123 من القانون المدني، ويرجع هذا الشرط إلى الأساس الذي يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ وهو تقابل وارتباط الالتزامات التي يتحملها المتعاقدون.[2]

كما يجب أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه التزاما واجب الوفاء حالا، فإن كان أحد الالتزامين غير مستحق الأداء، أو قد أصبح التزاما طبيعيا، أو سقط بالتقادم فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز التمسك به[3] كما أنه لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ إذا تعلق الأمر

---

1 – **عبد الحميد الشورابي**، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، المرجع السابق، ص 331.

2 – **علي فيلالي**، المرجع السابق، ص 474.

3 – **بلحاج العربي**، النظرية العامة للعقد في القانون المدني، المرجع السابق، ص 474.

بالتزام موصوف مضاف إلى أجل واقف على أساس عدم حلول الأجل المحدد لتنفيذ الالتزام لكونه غير نافذ وغير مستحق الأداء.[1]

كذلك يشترط للدفع بعدم التنفيذ إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدي، ونص المادة 123 لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ كليا أو جزئيا ومن ثم يمكن الدفع بعدم التنفيذ ولو أخل المتعاقد الآخر جزئيا فقط بالتزامه.

هنالك شرط آخر أدرجه الأستاذ بلحاج العربي[2] وهو حسن نية المتعاقد المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، حيث لا يجوز للدائن التمسك بالدفع إذا كان عدم تنفيذ هذا الالتزام يرجع إلى سلوكه أو كان هو البادئ بعدم التنفيذ أو المتسبب بفعله في عدم التنفيذ ليمتنع عن تنفيذ التزامه التعاقدي.

غير أننا نرى أن هذا الشرط الرابع لا فائدة من إضافته ضمن الشروط الثلاثة السابقة، لأن مبدأ حسن النية مفترض في العقد من مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ، وهذا ما أكد عليه المشرع في المادة 106 من القانون المدني، فإذا وقع نزاع بين طرفي الرابطة العقدية كان على القاضي أن يتأكد أولا من مدى توفر حسن النية في كلا المتعاقدين.

ثانيا–الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي

يشترط المشرع في المادة 123 من القانون المدني استحقاق الأداء للدفع بعدم التنفيذ وبالتالي لا وجود للدفع بعدم التنفيذ الاستباقي في القانون المدني الجزائري

لجأت التوجهات التشريعية الحديثة وخاصة في أوروبا إلى إمكانية الدفع بعدم التنفيذ درءا لخطر عدم التنفيذ المتوقع أو ما يمكن تسميته الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي[3]

---

1 – **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 831.

2 – **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 474. **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 580.

3 – هذا ما أكدته المادة 104 من مشروع Terré لتعديل قانون العقود الفرنسي، حيث أجازت هذه المادة للمتعاقد وقف تنفيذ الأداء الملزم به متى كان واضحا أن المتعاقد معه لن ينفذ التزامه عند حلول أجل التنفيذ وكانت نتائج عدم التنفيذ على قدر من الخطورة بالنسبة للدائن.

لذلك لم يكن مستغربا أن يكرس قانون العقود الفرنسي الجديد فكرة الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي حيث نص المشرع بموجب المادة 1220 على مايلي:« يجوز لأحد الأطراف أن يوقف تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد معه لن يقوم بالتنفيذ عند استحقاقه، وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون على قدر كاف من الجسامة بالنسبة إليه، ويجب أن يتم الإخطار بهذا الوقف في أقرب وقت».[1]

بموجب هذا النص الجديد يكون المشرع الفرنسي قد أدخل إلى القانون المدني فكرة الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي، وحسب هذا النص أصبح للمتعاقد حق وقف تنفيذ التزامه قبل حلول موعد تنفيذ الالتزام المقابل، متى تبين له من ظروف الحال أن هذا المتعاقد لن يتمكن من الوفاء بالالتزام عند حلول الأجل.

ويشترط المشرع الفرنسي أن يكون عدم التنفيذ المتوقع على قدر من الجسامة أو الخطورة بالنسبة للدائن الذي يتمسك بالدفع، ويشترط كذلك على الدائن الذي يرغب في اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي توجيه إخطار (إعذار) للمدين في أقرب وقت ممكن.

مما سبق يتبين أن فكرة الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي تتقارب إلى حد كبير مع فكرة الفسخ الاستباقي أو الفسخ المسبق للعقد – الذي سبق وأن تطرقنا إليه–وهما مبدآن لم ينص عليهما المشرع الجزائري، إلا أننا نرى أن فكرة الأخذ بهما أصبحت ضرورة لا بد منها.

فالاعتبارات ذاتها التي اعتمدنا على أساسها تأييد فكرة الفسخ المسبق للعقد هي التي نؤيد على أساسها فكرة الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي، وفي هذا الشأن نشاطر رأي الأستاذ محمد حسن قاسم في ضرورة تبني مثل هذه الأفكار في التشريعات العربية، فعلى

1 - Art 1220:" Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation des lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne se s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle.
Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais".

حد قوله: «إن العدالة التي تسوغ الدفع بعدم التنفيذ في مفهومه التقليدي لا تأبى وقف تنفيذ الالتزام من قبل المتعاقد الذي يتوقعه، استنادا إلى دلائل موضوعية أو شخصية صادرة عن المتعاقد معه تؤكد على نحو معقول عدم تنفيذ هذا الأخير لالتزامه».[1]

الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط لحماية طرفي الرابطة العقدية

يتم التمسك بالدفع بعد التنفيذ دون حاجة لاتباع إجراءات معينة، وهو على هذا النحو يختلف عن دعوى المطالبة بالتنفيذ أو دعوى المسؤولية العقدية .

أولا–خلو الدفع بعدم التنفيذ من أي إجراءات شكلية حماية للمتعاقد المتمسك به

يتميز الدفع بعدم التنفيذ وكيفية ممارسته بالباسطة، حيث لا حاجة فيه إلى إعذار المدين أو إخطاره[2] وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد ، فإن الإعذار قبلها واجب، وأظن أن السبب في ذلك مقارنة بالفسخ يرجع إلى الخطورة التي ينطوي عليها الإجراء، والفسخ يعد أكثر خطورة من الدفع بعدم التنفيذ لأنه سيؤدي إلى حل الرابطة العقدية وإنهاء العقد أما التمسك بالدفع بعدم التنفيذ فمعناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه فقط، حيث يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن هذا الامتناع يشكل في حد ذاته إعذارا كافيا للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ التزامه.[3]

غير أن الأستاذ محمد حسن قاسم ولو أنه يقر بمسألة عدم ضرورة الإعذار السابق لإعمال الدفع، إلا أنه يجد فيه فائدة، فالقيام بالإعذار حسب رأيه يعد دليلا على حسن نية مبدي الدفع فيكون محلا لتقدير القاضي إذا ما تم اللجوء إليه من قبل الطرف الآخر لإنكار الحق في التمسك بالدفع.[4]

---

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 603.

2 – مع مراعاة ما قضت به المادة 1220 من قانون العقود الفرنسي الجديد (بعد التعديل) بشأن الدفع بعدم التنفيذ الاستباقي أو الوقائي، من ضرورة إخطار الدائن للمدين بقراره بوقف تنفيذ التزامه.

3 – **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 833.

4 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 615.

غير أننا لا نوافقه الرأي في ذلك، لأن الإعذار هو إجراء قانوني قد يكلف المتعاقد المتمسك بالدفع مصاريف ترهقه، إضافة إلى انتظار المهلة التي سيمنحها للمتعاقد الممتنع عن التنفيذ والتي قد تزيد في نسبة خسارته.

فإذا كان المشرع قد أعطى حماية للمتعاقد المتمسك بعدم التنفيذ للقيام بهذا الإجراء دون تكبد أي خسائر أو إجراءات فأولى أن يستغلها، أما مسألة حسن النية فإنني أرى أنها مفترضة فيه، وبالمقابل سوء النية مفترض في المتعاقد الممتنع عن التنفيذ دون شك.

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن الإعذار قد يكون واجبا، ليس للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ وإنما لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق المتعاقد الآخر في التمسك بالدفع، ومثاله: حالة الالتزام بالتعويض عن التأخير في التنفيذ فهو لا ينشأ إلا بالإعذار. [1]

ونرى أن هذا الأمر منطقي لأن التعويض موقف إيجابي سيمس الذمة المالية للمتعاقد الممتنع فأولى أن يعذر، عكس الدفع بعدم التنفيذ الذي هو موقف سلبي مؤقت يتمثل في وقف التنفيذ إلى حين.

وليس هناك ما يمنع من اتفاق المتعاقدين على أنه لا يجوز لأحدهما التمسك في مواجهة الآخر بالدفع بعدم التنفيذ قبل القيام بإعذاره بوجوب تنفيذ التزامه، كما لهما بموجب هذا الاتفاق أو الشرط المنظم لكيفية التمسك بعد التنفيذ أن يتفقا على الشكل الذي يجب أن يتخذه الإعذار، وكذلك المدة التي تلزم بعد الإعذار حتى يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ [2]وكل هذا وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

والدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج فيه اللجوء إلى القضاء، فهو بهذا الشكل يعود إلى تقدير من يتمسك به، بحيث له استعمال الدفع أو عدم استعماله، وإذا ما استعمله يتم وقف تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، لا يحتاج إلى ترخيص من القضاء لاستعمال الدفع.

---

1 – **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 833.

2 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص 616.

وفي ذلك يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ الذي يترك لتقدير القاضي ما لم يكن إعمالا لشرط فاسخ صريح أو تطبيقا لحالة من حالات الفسخ بالإرادة المنفردة.

الدفع بعدم التنفيذ إذن باعتباره امتناعا عن التنفيذ لحمل المدين على تنفيذ التزامه ليس بحاجة إلى طلب أو ترخيص من القضاء، وهذا يشكل حماية للمتعاقد المتمسك بالدفع من تحمل مشقة الإجراءات القضائية التي قد تتصف بطول المدة وكثرة المصاريف.

وعلى الرغم من ذلك فإنه قد يقتضي الأمر اللجوء إلى القضاء بشأن إعمال الدفع بعدم التنفيذ وذلك في حالتين، حالة تمسك المتعاقد بالدفع في إطار دعوى مرفوعة من قبل الطرف الآخر لمطالبته بالتنفيذ أو فسخ العقد، في هذه الحالة يكون على القاضي النظر في مدى شروط إعمال الدفع بعدم التنفيذ، والحكم بالتالي برفض طلب التنفيذ أو الفسخ إذا ما تبين له أنه مبدي الدفع محق في ممارسته له.

أما الحالة الثانية فإن اللجوء إلى القضاء بشأن إعمال الدفع بعدم التنفيذ قد يكون من قبل المتعاقد الذي يتمسك في مواجهته بالدفع وذلك بإنكاره على المتعاقد الآخر حقه في التمسك بهذا الدفع، بأن يدعي عدم توافر شروط إعمال هذا الدفع، وعندئذ يكون للقاضي سلطة تقديرية بشأن مدى توفر هذه الشروط، فيكون له أن يقر حق الطرف المتمسك بالدفع في إعماله أو إنكاره عليه.[1]

وعلى كل حال وعلى الرغم من هاتين الحالتين الاستثنائيتين التي يقتضي فيها الأمر اللجوء إلى القضاء لإعمال الدفع بعدم التنفيذ واللتان تأتيان بمناسبة دعاوى أخرى ترمي إلى هدف آخر فإنني أقول إن القاضي في جميع الحالات الأخرى إنما يمارس رقابة لاحقة بشأن شروط إعمال الدفع بعدم التنفيذ وهو في ذلك لا يقضي بوقف تنفيذ العقد أو

1 – **محمد حسن قاسم**، المرجع السابق، ص613.

عدمه وإنما يجري رقابته فقط على سلوك المتمسك بالدفع ما إذا كان مخطئا في تمكسه بالدفع أم كان صائبا في ذلك.

هذا وقد خلصنا إلى أن الحماية المقررة للمتمسك بالدفع الذي هو غير ملزم بالحصول على ترخيص مسبق من القضاء لممارسة الدفع، لا تنفي حماية المتعاقد الآخر المتمسك بالدفع في مواجهته، فالمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إنما يمارس هذا الحق على مسؤوليته، ويمكن بالتالي ونتيجة للرقابة اللاحقة التى يمارسها القضاء عند الالتجاء إليه من قبل المتعاقد الآخر أن يتعرض للحكم عليه بالتعويض لصالح المتعاقد معه عن الأضرار التي أصابته نتيجة للاستعمال الخاطئ وغير المبرر للدفع بعد التنفيذ.

ثانيا–الدفع بعدم التنفيذ حماية للمتعاقد معه من المطالبة بفسخ العقد أو التعويض

إن المتمسك بعدم التنفيذ يختلف وضعه عن الدائن الذي يطالب مدينه بالتنفيذ، أو يرجع عليه بدعوى المسؤولية أو يطالب في مواجهته بفسخ العقد، فالمتمسك بالدفع هو في الواقع في موضع المدافع عن حقه، وهو لا يسعى إلى الحكم على مدينه، وإنما يضغط على إرادته لحمله على التنفيذ وذلك بتذكيره من خلال الدفع بأن عليه التزاما يجب تنفيذه أولا.

إن المتضرر في القضية هو المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لأنه في مواجهة متعاقد لسبب أو لآخر لم يقم بتنفيذ التزاماته المتقابلة لكن وعلى الرغم من الضرر الحاصل للمتمسك بالدفع إلا أنه أبى اللجوء إلى دعوى الفسخ أو دعوى التعويض على الرغم من أن القانون يجيز له الخيار في ذلك، خاصة وأن المشرع في القانون المدني سبق المواد المتعلقة بالفسخ والتعويض (المادة 119 من القانون المدني) عن مادة الدفع بعدم التنفيذ (المادة 123 من القانون المدني).

لذلك نقول إن اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ بدلا من اللجوء إلى الفسخ وطلب التعويض إنما يشكل حماية للمتعاقد الممتنع عن التنفيذ، فهو بهذه الوسيلة الضاغطة ينبهه إلى الالتزام بالتنفيذ، أو قد يمنحه بعض الأجل للتنفيذ ما دام الدفع يؤدي إلى وقف

مؤقت للتنفيذ، فإذا امتنع على الرغم من ذلك ورفض تنفيذ ما عليه من التزام، جاز للمتعاقد المتمسك بالدفع اللجوء إلى دعوى الفسخ والمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب جراء عدم تنفيذ الالتزامات المقابلة.

وفي الأخير نشير إلى أننا اتبعنا في دراسة الجزاء المترتب عن عدم تنفيذ الالتزام الترتيب الذي اعتمده المشرع في القانون المدني، حيث أننا بدأنا بالفسخ المنصوص عليه في المادة 119 من القانون المدني، ثم الدفع بعدم التنفيذ المنصوص عليه بموجب المادة 123 من القانون المدني، في حين أنه كان أولى على المشرع أن يبدأ بالنص على الدفع بعدم التنفيذ ليس في القسم الرابع المخصص لانحلال العقد، لأن الدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي إلى انحلال العقد وحل الرابطة العقدية وإنما يقوم بوقفها بصفة مؤقتة، فإذا استمر المتعاقد الممتنع عن التنفيذ في امتناعه هنا لا ينحل العقد إلا بطلب الفسخ.

وعليه، فإن إدراج المشرع لنص المادة 123 ضمن القسم المخصص لانحلال العقد أمر غير مقبول، وعليه تعديله، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنه نظرا للمزايا العديدة التي يتمتع بها الدفع بعدم التنفيذ ولأن فيه حماية لطرفي الرابطة العقدية، فهو يؤدي إلى وقف تنفيذ العقد مؤقتا ولا يؤدي إلى انقضائه أو إنهائه، فإنه أولى أن يجعل المشرع نصا يقضي بضرورة اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ أولا ثم إمكانية اللجوء إلى الفسخ، هذا الإجراء الخطير الذي يؤدي إلى إنهاء العلاقة العقدية، وبالتالي لا يخدم لا مصلحة المتعاقدين الخاصة، ولا مصلحة المجتمع الناجمة عن العقد.

خاتمة

أدت التطورات المختلفة التي شهدها العالم إلى ظهور نظام تعاقدي بمفهوم جديد أدى بدوره إلى تغير في تكييف العقد فتغلب عليه الطابع العام، وعليه لم تعد حرية التعاقد مطلقة وإنما أصبح بإمكان المشرع التدخل في كل المراحل التي يمر بها العقد واضعا قيودا للحد من مبدأ سلطان الإرادة، فلم تعد الإرادة حرة في إبرام ما تشاء من عقود، كما لم تعد حرة في تحديد شكل العقد أو مضمونه، ولا في تعديل أثره، فالمبادئ التقليدية المستوحاة من مبدأ سلطان الإرادة و العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد، لم تعد توفر الحماية اللازمة في العلاقة التعاقدية.

ولعل من أهم هذه القيود التي وضعها المشرع هو منح القاضي دورا إيجابيا في المعاملات كلما أذن له بذلك، إما بإبطال العقد أو تعديله بغرض إعادة التوازن له من خلال الآليات الوقائية كما في الغبن أو الاستغلال، وكما في عقود الإذعان وفي الشروط التعسفية.

كما يظهر تدخله أيضا من خلال الآليات العلاجية أثناء تنفيذ العقد كما في الالتزام المرهق وفي الشرط الجزائي، وفي الظروف الطارئة، سواء من خلال تخفيف الالتزامات أو منح مهلة الميسرة، بالإضافة إلى الآليات الممنوحة له في تفسير العقد أو تكملته، هذه السلطات وإن كانت تشكل انتهاكا صريحا لمبدأ الحرية التعاقدية إلا أنها ترسخ مبادئ أقوى هي التوازن العقدي والعدالة العقدية.

إن هذا التدخل القوي من طرف المشرع وإن كان يشكل حماية تتعلق أساسا بحماية المجتمع وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وضمان تنفيذ عقد متوازن بين أطرافه، إلا أنه وفي الوقت ذاته قد يشكل خطرا على هذه العلاقة، وهذا ما أدى إلى حتمية تدخل نظرية الحماية المدنية مرة أخرى لتضمن احتراما لمبدأ سلطان الإرادة.

فتدخل القاضي لتكملة العقد أو تفسيره أو تعديله وإن كان يهدف إلى إعادة التوازن في العلاقة العقدية إلا أنه يجب أن يبقى تدخلا حذرا، ذلك أن الإفراط فيه يمكن أن يؤدي إلى عدم توازن عكسي، وإلى توجيه قضائي للعقد، فعلى القاضي الرجوع أولا إلى إرادة الأطراف المتعاقدة خاصة في التفسير والتكميل، فعليه أن يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وهذا بحد ذاته يعد تأكيدا لمبدأ سلطان الإرادة.

إن التأكيد على احترام مبدأ سلطان الإرادة هو ضمان عدم تحول الحماية إلى انتهاك للحقوق والمبادئ التي يقوم عليها العقد، بالإضافة إلى ذلك هناك رقابة المحكمة العليا على كل عمليات التدخل التي يقوم بها القاضي في العقد.

من هذا المنطلق، وإجابة على الإشكالية التي طرحناها في مقدمة دراستنا هذه تبين لنا أن المشرع حاول من خلال أحكام القانون المدني الموازنة بين المبادئ التقليدية التي يقوم عليها العقد وهي مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد والتي أخذ بها تارة، وبين المبادئ الحديثة والمتمثلة في العدالة العقدية، والتوازن العقدي، ومصلحة المجتمع، التي أخذ بها تارة أخرى كلما إستدعت الضرورة لذلك.

كما خلصنا في نهاية هذه الدراسة أن دور الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية لا يتعلق بطرف معين أو بموضوع معين وإنما يفرض نفسه كلما دعت الحاجة إلى التدخل فهدف المشرع من الحماية هو إبرام عقد صحيح متوازن بين أطرافه، يضمن الحد الأدنى من المبادئ التي يقوم عليها العقد وهي الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، ولا يتعارض في ذات الوقت مع النظام العام في المجتمع، والعدالة العقدية، وينتهي بتنفيذ للالتزامات التعاقدية.

غير أن ما توصلنا إليه من خلال دراسة موضوع الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية هو أن المشرع يتدخل بموجب قواعد النظام العام العلاجي، فقد ركز على الحماية الموضوعية التي تقوم بمعالجة الضرر بعد وقوعه، عن طريق توقيع الجزاء الذي فرضه في حال عيوب الإرادة أو في حال عدم مشروعية المحل والسبب، أو انعدام

الشكلية في العقود التي تشترطها والمتمثل أساسا في بطلان العقد أو إبطاله، إلا أن هذه الحماية أثبتت قصورها ذلك أن إنهاء العقد لم يعد الحل الأمثل، سواء لتحقيق مصلحة طرفي الرابطة العقدية أو مصلحة المجتمع.

كذلك الحماية المدنية التي أقرها المشرع في حال عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية هي الأخرى حماية علاجية لا تغطي الضرر في الكثير من الأحيان، فمسألة فسخ العقد أو التعويض وإن كانتا آليتين حمائيتين علاجيتين يهدف من خلالهما المشرع إلى إزالة الضرر، إلا أنهما تتعارضان مع تنفيذ الهدف من التعاقد والخطة التي وضعها المتعاقدان خاصة في العقود الهامة والموجهة للغاية الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي فإن الوضع لا يتلاءم بتاتا مع هذا النوع من الحماية التي يجب فيها التنفيذ الأصلي والعيني للالتزامات التعاقدية.

ونتيجة لما سبق وإجابة على الإشكالية التي طرحناها أيضا نقول إن التشريعات الخاصة أخذت في التوسع يوما بعد يوم على حساب القانون المدني، الأمر الذي هز مكانته الحقيقية فبات مستقبله غير واضح المعالم، خاصة وأن بعض هذه التشريعات تستند إلى فرضيات مختلفة وتنتهج أسلوبا دخيلا عن أسلوب القانون المدني، مثلما هو الحال في قانون حماية المستهلك.

وفي الأخير يؤكد هذا التغيير الذي لحق المنظومة القانونية أن القانون متغير ومرن لابد وأن يساير الواقع السائد في المجتمع، وإلا أصبح قانونا مبتورا وقانونا ناقصا لا يحقق العدالة والأمن والاستقرار، وهي غاية كل قانون وضعي يريد البقاء، فعلى المشرع أن يحين القانون المدني وفقا للمستجدات.

وعليه، يمكننا أن نؤكد على النتائج الآتية:

1- أصبحت قواعد القانون المدني الجزائري بعيدة كل البعد عن التحولات المهمة التي شهدها العالم، في الوقت الذي بدأت فيه محاولات تشريعية أخرى تسعى لمواكبة قانونها المدني للتحولات الاقتصادية والتكنولوجية من أجل إضفاء جاذبية

أكثر له، ومن أجل توفير أكبر قدر من الحماية لطرفي الرابطة العقدية والمصلحة العامة في المجتمع، خصوصا وأنه يعتبر الشريعة العامة التي ترتكز عليها العلاقة التعاقدية، بما يؤدي إلى تحقيق أمن قانوني فعال.

2- يوفر القانون المدني بعض أنواع الحماية ويقصرها على الحماية الموضوعية التي تنهض لمعالجة الضرر بعد وقوعه، ولا يوفر الحماية الوقائية لتفادي وقوع الضرر، خاصة الوسائل الحديثة التي لجأت إليها التشريعات الحديثة لحماية الرضى التعاقدي، والمتمثلة في استحداث مرحلة سابقة على التعاقد، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ومهلة التفكير.

3- القانون المدني يحمي فئة من المتعاقدين فقط لأنه لا يساير تغير الأوضاع في المجتمع هذا التغير الذي أدى إلى ظهور معاملات جديدة بواسطة العقد، فظهر نظام عقدي جديد يتسم بطابع الحماية والذي أصبح يحمل مفهوما جديدا للمتعاقد أطلق عليه مصطلح "الطرف الضعيف في العقد"، فالضعف التعاقدي لم يعد ذلك الضعف المعروف في إطار القواعد العامة والمتمثل في إصابة المتعاقد بعارض من عوارض الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة، والذي يؤثر لا محالة في ممارسة الإرادة بطريقة صحيحة، بل تعداه إلى ضعف معرفي واقتصادي بسبب التطور التكنولوجي والصناعي، كظهور العقد الإلكتروني، وكذا العقود المبرمة بين المستهلك والمحترف.

4- إن القانون المدني لا يوفر الحماية بالنسبة للعقود المبرمة إلكترونيا، على الرغم من اعترافه بالكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات، هذه التقنية الجديدة التي أضحت عامة في وقتنا الحالي وعلى جميع المعاملات بل حتى على أبسطها، والمتمثلة في اقتناء الحاجات اليومية من لباس وأكل وغيرها.

5- إن قصور قواعد القانون المدني في معالجة مظاهر التعسف وعدم التوازن العقدي أدى إلى توسع التشريعات الخاصة فأصبح اللجوء إلى هذه التشريعات من أجل البحث عن الحماية بدلا من وجودها في القانون المدني.

6- إن سلطة القاضي في حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقد الإذعان ليست من النظام العام، وهذا ما يعاب على نص المادة 110 من القانون المدني.

7- إن القواعد العامة في القانون المدني باتت قاصرة عن ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية تنفيذا عينيا وذلك من خلال طرق التنفيذ، سواء التنفيذ الجبري أو التنفيذ بمقابل.

8- إن القواعد الموجودة في القانون المدني لا توفر الحماية للدائن في الحالات التي يكون فيها إخلال مسبق بالعقد، فهي تعفيه من الإعذار فقط، غير أن هذا غير كافي، لما قد يضيع عليه من كسب ويلحق به من ضرر.

ولتكتمل الفائدة المرجوة، وبعد هذه النتائج الموردة، يمكننا القول بأن تثبيت قواعد الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية مرتبط بالمقترحات الآتية:

1- ينبغي تعديل القانون المدني بإضافة مرحلة تسبق إبرام العقد النهائي، وهي مرحلة المفاوضات كمرحلة سابقة للتعاقد ضمن أحكام النظرية العامة للعقد، نظرا لأهميتها الحمائية الوقائية والاحترازية التي تهدف إلى تكوين رضا مستنير لتفادي إبطال العقد في المستقبل.

2- نقترح على المشرع إعادة النظر في نظرية عيوب الإرادة التي تراجعت بظهور تقنيات جديدة لحماية الطرف الضعيف، فعليه بتخفيف الشروط الواجب توافرها لإثبات العيب فهذا الأخير قد يتعذر إثباته لأنه ينصب على أمور تقنية في الغالب يصعب الإحاطة بها.

3- نقترح تعديل القانون المدني بقواعد جديدة تضمن تحسين رضا المتعاقد، بالنص على الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، خاصة وأن المشرع قد استحدث مسؤولية المنتج (بموجب المادة 140 مكرر) فعليه التأكيد على حماية المستهلك، من خلال النص على التزام المنتج بواجب الإعلام قبل العقدي.

4- ضرورة إثراء النظرية العامة للعقد بأسلوب فعال لحماية وتنوير رضاء المتعاقد عن طريق تكريس مهلة التفكير في القانون المدني.

5- إن إدراج نص قانوني ينظم عيب الإكراه الاقتصادي كصورة أخرى من صور الإكراه مستقلة عن الإكراه الكلاسيكي المنصوص عليه بموجب المادة 88 من القانون المدني، سيكون حماية فعالة للمتعاقد المكره اقتصاديا.

6- نقترح بتعديل نص المادة 110 من القانون المدني، بجعل سلطة القاضي في تعديل وإنهاء الشرط التعسفي في عقد الإذعان من النظام العام لبسط أكبر قدر من الحماية في مواجهة هذه العقود التعسفية التي انتشرت بكثرة في عصرنا الحالي.

7- ضرورة تقرير تشريع حمائي سابق في حال عدم تنفيذ أحد الأطراف لالتزامه التعاقدي، ذلك أن الحماية المقررة في القواعد العامة هي حماية لاحقة للتصرف في شكل جزاء قضائي يتمثل في الفسخ والتعويض اللذان لا يوفران الحماية في الكثير من الأحيان.

8- حبذا لو يتم إعفاء المتعاقد المتضرر من عدم الوفاء من عبء إثبات الضرر للحصول على التعويض، فقد يعجز المتضرر عن إثبات عنصر الضرر، فلا بد من اعتبار هذا الأخير مفترضا.

9- نقترح استحداث نصوص قانونية تنظم الحماية الوقائية في مرحلة تنفيذ العقد تكون مهمتها المرافقة الدائمة لتنفيذ الالتزامات، أو على الأقل تحديد نسبة التعويض الذي يجب أن يدفع عند الإخلال بالالتزام بالتنفيذ، والذي يجب أن

يكون مرتفعا يؤثر في الذمة المالية للمتعاقد الذي لم يلتزم بالوفاء حتى يدفعه إلى تنفيذ الالتزام.

10-إعادة النظر في المادة 182 من القانون المدني التي أصبحت قاصرة في الميدان العملي، هذه المادة التي تقضي بأن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، غير أن الدائن وإن كان يجب أن يعوض عن الخسارة اللاحقة والربح الفائت إلا أن كلاهما يجب أن يتم تقديره بالمقارنة مع المنفعة التي كان سيجلبها التنفيذ على الدائن.

11-نقترح تعديل المادة 119 من القانون المدني، وذلك بالنص على الإخلال المسبق بالعقد، بحيث يضيف المشرع استثناء للقاعدة العامة التي تقضي بأن الالتزام لا يكون مستحق الأداء إلا إذا حل أجله، فيعمل على إمكانية تقديم هذا الأجل إذا صرح المدين صراحة رفضه الوفاء أو تبين من ظروف الحال أنه لن يوفي بالتزامه، فيجوز للدائن عندها طلب فسخ العقد قبل حلول أجل الوفاء لتفادي تفاقم الضرر.

12-نقترح الأخذ بإمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة في حال جسامة سلوك المدين والذي لم يوف بالتزامه المقابل، ليبقى للمدين المخل بالتزامه التعاقدي أن يلجأ إلى القضاء إذا رأى أن الفسخ الذي أوقعه الدائن بإرادته تعسفي ولا مبرر له فيقع على القاضي سلطة مراقبة مدى مشروعية الفسخ بالإرادة المنفردة من عدمه.

قائمة المراجع

أولا-الكتب باللغة العربية

1. **أحمد محمد شريف**، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة، عمان الطبعة الأولى سنة 1999.
2. **أنور العمروسي**، عيوب الرضاء في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، سنة 2003.
3. **إبراهيم سيد أحمد**، عقود الإذعان فقها وقضاء، دار الكتاب القانونية، مصر سنة 2010.
4. **أعصم أحمد حمدي إمام**، أثر تشريعات حماية المستهلك على القانون المدني دار النهضة العربية، القاهرة، دون رقم الطبعة، سنة 2018.
5. **إسلام هاشم عبد المقصود سعد**، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، جمهورية مصر العربية، دون رقم طبعة دون سنة النشر.
6. **أنور طلبة**، انحلال العقد، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.
7. **بلحاج العربي**، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، سنة 2015.
8. **بلحاج العربي**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، دون رقم طبعة، سنة 2017.
9. **بلحاج العربي**، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.

10. **بمو بروزي رخان الدلوي**، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2009.
11. **بمو برويز خان الدلوي**، النظرية العامة للحماية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2014.
12. **بودالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومه دون رقم طبعة، دون سنة النشر.
13. **توفيق حسن فرج**، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، منشأ المعارف، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دون رقم طبعة، سنة 1966.
14. **ثبوب فاطمة الزهراء رياحي**، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعة، دون رقم طبعة، سنة 2016.
15. **جاك غستان**، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة منصور القافي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2000.
16. **جاك غستان**، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة **منصور القاضي**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2001.
17. **حسبو الغزاوي**، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي، مطبعة الجيزة الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دون رقم طبعة، سنة 1989.
18. **حسام الأهواني**، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، سنة 1995.
19. **حسن عبد الباسط جمعي**، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون رقم طبعة، سنة 1996.
20. **حسن محمد بودي**، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، دون رقم طبعة، سنة 2009.

21. **حمد الله محمد حمد الله**، حماية المستهلك في مواجهة التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون رقم طبعة سنة 1997.

22. **حمد حسن عبد العال**، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، دون سنة الطبع، دون سنة النشر.

23. **خالد جمال أحمد**، الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، دار النهضة العربية، مصر دون رقم طبعة، سنة 2003.

24. **خالد عبد حسين الحديثي**، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2012.

25. **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، جمهورية مصر العربية، دون رقم طبعة، سنة 2016.

26. **زاهية حورية سي يوسف**، دراسة قانون حماية المستهلك الجزائري، دار هومة، دون رقم طبعة، سنة 2017.

27. **زروقي ليلى**، المنازعات العقارية، دار هومة، الطبعة الثانية عشر، سنة 2010.

28. **سعدي بوجمعة**، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، دون سنة النشر.

29. **سليمان مرقص**، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار الصادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة السادسة، سنة 1987.

30. **سمير عبد السميع الأودن**، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دون رقم الطبعة، سنة 2005.

31. **سمير عبد السيد تناغو**، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، جمهورية مصر العربية، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.

32. **عادل حسن علي السيد**، أحكام إنقاص العقد الباطل، مكتبة زهراء الشرق، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.
33. **عامر علي حسن أبورمان**، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني دراسة مقارنة، دار حامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2015.
34. **عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف**، التوازن المعرفي في العقود المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون رقم طبعة، سنة 2019
35. **عبد السلام ذيب**، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترجمة للمحاكمة العادلة دار موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، دون سنة النشر.
36. **عبد الحميد الشورابي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي**، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، دار الكتاب والدراسات العربية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية دون رقم الطبعة، سنة 2018.
37. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، سنة 2015.
38. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.
39. **عبد المنعم بدراوي**، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري الجزء الأول، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، دون رقم الطبعة سنة 1978.
40. **علي حسن منهل**، الإخلال المسبق بالعقد، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2017.
41. **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة التاسعة، دون سنة النشر.

42. **علي فيصل علي الصديقي**، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، سنة 2019.
43. **علي فيلالي**، الالتزامات، نظرية العقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر الجزء الأول، الطبعة الثانية، سنة 2010.
44. **عمار بوضياف**، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار الجسور للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، سنة 2014.
45. **مجيد خلفوني**، نظام الشهر العقاري في القانون المدني، دار هومة، الجزائر، الطبعة الخامسة، دون سنة النشر.
46. **مجيد محمود سعيد أو جبير**، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.
47. **محسن الخضيري**، مبادئ التفاوض، مجموعة النيل العربية، القاهرة، دون رقم الطبعة، سنة 2003.
48. **محمد أحمد سراج**، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعة، الجزائر، دون رقم الطبعة، سنة 1998.
49. **محمد بودالي**، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، دون رقم طبعة، سنة 2006.
50. **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، سنة 2018.
51. **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، الالتزامات، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، سنة 2018.

51. **محمد حسين منصور، عبد السيد سمير تناغو**، القانون والالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.

52. **محمد حسنين**، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.

53. **محمد سعدي الصبري**، الوافي في شرح القانون المدني، دار الهدى للطباعة والنشر الجزائر، دون رقم الطبعة، سنة 2011.

54. **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، دون رقم الطبعة سنة 1992.

55. **محمد عبد الرحيم عنبر**، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران القاهرة، جمهورية مصر العربية، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر

56. **محمد محي الدين إبراهيم سليم**، التسلط الاقتصادي وأثره على التوازن العقدي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دون رقم الطبعة، سنة 2008.

57. **محمدي فريدة زواوي**، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر

58. **محمود عبد الرحيم الديب**، الحماية المدنية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة، دون رقم الطبعة، سنة 2011.

59. **محمود عبد الرحيم الشريفات**، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون رقم الطبعة، سنة 2009.

60. **مصطفى الجمال**، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، سنة 2002.

61. **مصطفى بوبكر**، المسؤولية التقديرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، دون رقم الطبعة سنة 2015.
62. **مصطفى رفعت**، حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، المصدر القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2017.
63. **هند رشيد حسن الحضي**، الحماية المدنية من الدعاية التجارية المضللة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، دون رقم الطبعة، سنة 2018.
64. **زبيري بن قويدر**، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، دون رقم طبعة، سنة 2019.

الرسائل والأطروحات الجامعية:

-قائمة أطروحات الدكتوراه:

1. **بولحية جميلة**، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983.
2. **بن شنيتي حمدي**، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1996.
3. **بشار مومني**، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، سنة 2003.
4. **بوراس محمد**، الإشهار عن الخدمات والمنتجات، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2012.
5. **بوكماش محمد**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2012.
6. **بلعيد جميلة**، الرقابة على البنوك والمؤسسات المالية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2017.

7. **بن سالم المختار**، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2018.
8. **بعجي أحمد**، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2019/2018.
9. **جامع مليكة**، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2017/ 2018.
10. **جبار سماح**، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2018/2017.
11. **حياة حاجي**، النظام القانوني لبيع البناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2017/2016.
12. **خالد مصطفى خطيب**، المسؤولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، سنة 2005.
13. **سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي**، نطاق العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه جامعة بغداد، 2006.
14. **سعاد بوختالة**، دور القاضي في تكملة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر01، 2016.
15. **سعدون ياسين**، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2017.
16. **صديق شياط**، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2018/2017.
17. **طبيب فائزة**، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مستغانم 2019.

18. **عبد الرحمان عبد العزيز متولي سعودي**، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، بدون سنة.
19. **عرعاة عسالي**، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 01، 2015/2014.
20. **عبد الرحمان العيشي**، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2017/2016.
21. **فاضل خديجة**، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2015/2014.
22. **فاطمة الزهراء زيتوني**، مبدأ حسن النية في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2018/2018.
23. **نزال عقاب نزال الهاجري**، الشرط الجزائي في القانون الكويتي، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.
24. **نساخ فطيمة**، الوظيفية الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01.
25. **حازم عبد الكريم حمودة**، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2016.

- رسائل الماجستير

1. **خالد معاشو**، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قالمة 2016.
2. **زواوي محمود**، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 1987.
3. **عبد العزيز مقفولجي**، الرشداء عديمي الأهلية، رسالة ماجستير، قانون خاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة2003.

4. **عادل حسين علي**، نقص الأهلية وأثره في التصرفات، دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة 2016.
5. **علي مصبح صالح الحيصة**، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2011.
6. **فارس بوبكر**، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر، باتنة 2015.
7. **فاضل خديجة**، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2002.
8. **لزعر وسيلة**، تنفيذ العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2011.
9. **محفوظ بن حامد لعشب**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01.
10. **مصطفى خضير نشمي**، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014/2013.
11. **هجيرة بالبشير**، تكيف العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 سنة 2013.

- المقالات

1. **بعجي أحمد**، وجوب التزام المرقي العقار بضمان حماية المكتتب في عقد البيع بناية على التصاميم، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع، المجلد الثاني، سبتمبر 2017.
2. **حسام الدين كامل الأهواني**، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، يوليو 1996.

3. **سهير حسن هادي**، القواعد القانونية في تغير العقد، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية والعلوم، جامعة بابل.
4. **عقيل فاضل محمد الدهان ومنذر إبراهيم حسين الحلي**، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، مجلة أهل البيت عليهم السلام، كلية القانون، جامعة البصرة، العدد 08.
5. **عمار حسن كزار**، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي مجلة كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد 37، سنة 2015.
6. **فارح عائشة**، خصوصية ضبط نشاط التأمين في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، سنة 2016
7. **فتيحة محمد قوراري**، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة، دراسة في القانون الإماراتي والمقارن، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 03، 2009.
8. **محمدي سليمان**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد البيع العقاري على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية سنة 2010.
9. **وعود كاتب الأنباري**، المفاوضات العقدية عبر الإنترنت، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد الأول، العدد الثاني، سنة 2009.

- **المداخلات**

1. **نهى شيروف**، الآليات القانونية في إبرام العقد الإلكتروني في ضوء التشريع الجزائري بين النص والممارسة، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون 18-05، جامعة ورقلة، أكتوبر 2019.
2. **هوام خليدة**، التوقيع الإلكتروني وعقود التجارة الإلكترونية، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني لممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون 18-05، جامعة ورقلة أكتوبر 2019.

3. **خديجة فاضل**، عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة، حوليات جامعة الجزائر 01، عدد خاص، تحت عنوان القانون المدني بعد أربعين سنة، العدد 05 سنة 2016.

- **القوانين**

1. القانون رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.
2. القانون رقم 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
3. القانون رقم 85-05 المتعلق بالصحة العمومية وترقيتها.
4. القانون رقم 95-04 المتعلق بقانون التأمين.
5. القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية.
6. القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/12/27.
7. القانون رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيف العمومي، المؤرخ في 15 يوليو 2006.
8. القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
9. القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

10. القانون رقم 09-03 المتعلق بقانون حماية المستهلك، المؤرخ في 2009/02/25.

11. القانون رقم 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية المؤرخ في 10 ماي 2018.

12. القانون رقم 01-04 المعدل والمتمم بالأمر 03-11 المتعلق بالقرض والنقض.

- **المراسيم**

1. المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

2. المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المؤرخ في 1990/11/10 المتعلق بالوسم وتقديم المواد الغذائية.

3. المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم

4. المرسوم التنفيذي 96-343 المؤرخ في 1996/10/30 يتعلق بحدود شركات التأمين على الوفاء.

- **قرارات المحكمة العليا:**

1. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 1983/05/07.

2. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 1993/06/23، ملف رقم 101365.

3. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 2000/05/24، ملف رقم 223852.

4. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 2005/07/02، ملف رقم 302189.

5. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 2004/06/30، ملف رقم 282878.

6. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 2011/09/22، ملف رقم 666367.

- ثانيا – المراجع باللغة الفرنسية

1. **Ali Ben chneb**, Le droit Algérien des contrats, données fondamentales, édition Ajed 2011
2. Avthor vialard, la formation du contrat en droit civil Algérien, office des publications universitaires Alger 1981.
3. Ali Bencheneb ; Théorie générale du contrat, office des publications universitaires, 2émé Edition, 1982.
4. **Terré simler lequette**, Les obligations, Dalloz, Paris 10 eme Edition 2009.
5. **Alin Ghozi**, la modification de l'obligation par la volonté des parties- Etude de droit français. Librairie générale de droit et de jurisprudence, juin 1980.
6. **Francoise Labarthe**, La notion de document contractuel, librairie générale de droit et de jurisprudence 1994.
7. **Jean, carbonier,** Flexible de droit, 10 édition**.** 2002.
8. **Jean, carbonier,** droit civil les obligations.
9. **Havet**, Violation de la confidentialité des négociations, les petites affiches, 1990.
10. **Nicolas Rouiller**, Ruptune des négociations- liberté et devoir précontractuels, presses Universitaires d'aix Marseille- 2009.
11. **J. Ghedtion**, observation sur le projet de réforme du droit des contrats, les petites affiches, Numéro spécial 12/02/2009.

- Thèses

1. **Beliman Amina,** le droit et la publicité commerciale, thèse de doctorat, faculte des siences comercial Université M'entourai- Constantine 2011**.**
2. **Piollet Fabrice**, la réception de la violence économique en droit comparé, Magistère- Université Paris II, 2008**.**
3. **Frédéric Ruviére**, essai sur la notion d'inexécution – thèse de doctorat en droit, soutenue en 2004, Université de Aix, Marseille 03.

-Articles

1. **ilipe le tourneaur**, la rupture des négociations, revu trimestrielle de droit comparé 1998.
2. V. Christianos. Lobligation dinformer dans la vente des produits mobiliers. Revu internationale de droit comparé. N 04 octobre desembre 1989 .
3. **Julgart**, l'obligation de renseignement dans les contrats, revue trimestrielle de droit civil, N° 09, 1945.
4. **Shmidt Joanna**, La période précontractuelle en droit français, revue internationale de droit comparé société de législation comparée- 42- 2 Année 1990.

الفهـــــرس

مقدمة	**1**
الباب الأول: الحماية المدنية في مرحلة إنشاء العقد	**9**
الفصل الأول: الحماية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد	**12**
المبحث الأول: الإطار القانوني للمفاوضات قبل العقدية	13
المطلب الأول: مفهوم المفاوضات قبل العقدية	14
الفرع الأول: تعريف المفاوضات قبل العقدية وخصائصها	14
الفرع الثاني: تمييز مرحلة المفاوضات قبل العقدية عن غيرها من المراحل التعاقدية	20
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية	23
الفرع الأول: التزامات المتعاقدين في مرحلة المفاوضات قبل العقدية	23
الفرع الثاني: المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية	29
المبحث الثاني: آليات الحماية في المرحلة السابقة على التعاقد	38
المطلب الأول: الحماية المدنية من الإشهار التضليلي	39
الفرع الأول: مفهوم الإشهار التضليلي	39
الفرع الثاني: طرق جبر الضرر الناتج عن الإشهار التضليلي	44
المطلب الثاني: الحماية المدنية من الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	46
الفرع الأول: مفهوم الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	46
الفرع الثاني: الحماية المدنية في حال الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	54
الفصل الثاني: الحماية المدنية في مرحلة إبرام العقد	**61**
المبحث الأول: بطلان العقد آلية لحماية الطرف الضعيف عديم الأهلية والمجتمع	62
المطلب الأول: بطلان العقد حماية للطرف الضعيف عديم الأهلية	62
الفرع الأول: المقصود بالشخص عديم الأهلية المعني بالحماية	62

الفرع الثاني: بطلان التصرفات الصادرة عن الشخص عديم الأهلية	65
المطلب الثاني: بطلان العقد آلية لحماية المصلحة العامة في المجتمع	70
الفرع الأول: بطلان العقد لعدم مشروعية المحل	71
الفرع الثاني: بطلان العقد لعدم مشروعية السبب	72
المطلب الثالث: بطلان العقد لغياب الشكلية في بعض العقود	76
الفرع الأول: الكتابة الرسمية آلية لحماية الطرف الضعيف	76
الفرع الثاني: إجراءات التسجيل والشهر آلية لحماية الغير	81
المبحث الثاني: قابلية العقد للإبطال آلية لحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية	84
المطلب الأول: حماية المتعاقد الضعيف ناقص الأهلية	84
الفرع الأول: حماية المتعاقد ناقص الأهلية بسبب صغر السن	84
الفرع الثاني: حماية المتعاقد ناقص الأهلية بسبب عارض من عوارضها	**86**
المطلب الثاني: حماية المتعاقد الضعيف الذي شاب عيب رضاه	87
الفرع الأول: الآليات التقليدية لحماية الرضاء التعاقدي	88
الفرع الثاني: الآليات الحديثة لحماية الرضاء التعاقدي	95
المبحث الثالث: إعادة التوازن العقدي آلية لحماية طرفي الرابطة العقدية	106
المطلب الأول: إعادة التوازن العقدي بسبب وجود عنصر الاستغلال	107
الفرع الأول: تعريف الاستغلال وتحديد عناصره	107
الفرع الثاني: التوازن في الأداءات آلية لحماية المتعاقد المستغل	112
المطلب الثاني: إعادة التوازن العقدي بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان	116
الفرع الأول: تعريف عقد الإذعان	116
الفرع الثاني: مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان	121
الباب الثاني: الحماية المدنية في مرحلة تنفيذ العقد	**131**

الفصل الأول: تدخل الحماية المدنية للحد من مضمون القوة الملزمة للعقد	**134**
المبحث الأول: تأويل العقد وتكميله أداة لتحقيق العدالة العقدية	**135**
المطلب الأول: تدخل القاضي لتأويل العقد	135
الفرع الأول: سلطة القاضي في تأويل عبارات العقد	136
الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا لتأويل القاضي للعقد حماية لمبدأ سلطان الإرادة	147
المطلب الثاني: تدخل القاضي من أجل تكملة العقد	151
الفرع الأول: مفهوم تكملة القاضي للعقد	152
الفرع الثاني: توظيف مستلزمات العقد للتخفيف من الصرامة العقدية وتحقيق التوازن العقدي	159
الفرع الثالث: تدخل القاضي لتكميل العقد سلاح ذو حدين	163
المبحث الثاني: نقض العقد وتعديله بين تحقيق العدالة العقدية وإعادة التوازن العقدي	169
المطلب الأول: نقض العقد أو تعديله بين احترام وتقييد مبدأ سلطان الإرادة	170
الفرع الأول: الاتفاق على نقض العقد أو تعديله حماية لمبدأ سلطان الإرادة	170
الفرع الثاني: الطابع الاستثنائي لتدخل القانون في نقض وتعديل العقد	173
المطلب الثاني: تدخل القاضي لمراقبة الاتفاقات والشروط في العقد حماية للطرف الضعيف	177
الفرع الأول: تدخل القاضي لمراقبة اتفاقات تعديل أحكام المسؤولية العقدية	177
الفرع الثاني: تدخل القاضي لمواجهة الشرط الجزائي	182
المطلب الثالث: تدخل القاضي لتعديل العقد بسب الظروف الطارئة	189
الفرع الأول: وجود ظرف طارئ مبرر لحماية المدين	190
الفرع الثاني: تعديل القاضي للعقد حماية للمدين من الالتزام المرهق	196
الفصل الثاني: تدخل الحماية المدنية من أجل ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية	**205**

المبحث الأول: إلزام المدين على تنفيذ التزاماته التعاقدية	**206**
المطلب الأول: التنفيذ العيني أثر لمبدأ القوة الملزمة للعقد	206
الفرع الأول: إلزام المدين بالتنفيذ العيني مع مراعاة مبدأ حسن النية	207
الفرع الثاني: مراقبة القاضي لمبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد	212
المطلب الثاني: التنفيذ بطريق التعويض جزاء مبدأ القوة الملزمة للعقد	217
الفرع الأول: المسؤولية العقدية أساس التنفيذ عن طريق التعويض	218
الفرع الثاني: التنفيذ عن طريق التعويض حماية علاجية للمتعاقد المتضرر	222
الفرع الثالث: فعالية التنفيذ عن طريق التعويض في القانون المدني	227
المبحث الثاني: إدخال عنصر المرونة في توقيع الجزاء تفاديا لفسخ العقد	**231**
المطلب الأول: حق الدائن في اللجوء إلى طلب الفسخ	231
الفرع الأول: تقييد حق الدائن في اللجوء إلى فسخ العقد	232
الفرع الثاني: اتجاه التشريعات الحديثة نحو إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة	240
المطلب الثاني: الدفع بعدم التنفيذ آلية وقائية لضمان تنفيذ الالتزامات المقابلة	245
الفرع الأول: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضمان في يد المتعاقد	245
الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط لحماية طرفي الرابطة العقدية	249
الخاتمة	**254**
قائمة المراجع	**261**
الفهرس	**276**

الملخص

تنهض الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية في جميع المراحل التي يمر بها العقد، فتكون الحماية شكلية لمنع وقوع الضرر، عن طريق ما يتضمنه القانون المدني من نصوص وقواعد آمرة التي لا يجوز للأطراف مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها والتي تكون في مرحلة من مراحل تكوين العقد، هذه القواعد التي تضمن إنشاء عقد متوازن وبعيد عن الغموض واللبس.

كما تنهض الحماية المدنية في العلاقة التعاقدية فتكون حماية احترازية، هدفها مواجهة الخطر المستقبلي وتوخي الخطر المحتمل والحيلولة دون وقوعه، كضرورة تنظيم مرحلة سابقة على التعاقد، أو ما يعرف بالمفاوضات قبل العقدية من أجل إيجاد أرضية لحماية الرضا التعاقدي، وكذا عن طريق إضفاء الطابع الرسمي على تصرفات الأفراد، لحمايتهم وحماية ممتلكاتهم، وفرض مجموعة من الالتزامات قبل التعاقدية، كواجب الإعلام قبل التعاقدي، ومهلة التفكير.

كما تكون الحماية المدنية موضوعية، تقوم لمعالجة الضرر بعد وقوعه، عن طريق الأخذ بيد الطرف الضعيف في الرابطة العقدية وإعادة التوازن الاقتصادي إليها، وحماية حسني النية واللذين تصاب إرادتهم ببعض العيوب، والعمل بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى استقرار التعامل وزرع الثقة الكاملة فيه، والتأكيد على ألا يبقى المتضرر دون تعويض، وبالتالي القضاء أو الحد من المظالم التي قد تنشأ عن أي خلل حاصل سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه.

Abstract:

Civil protection rises in the contractual relationship at all stages of the contract, so the protection is formal to prevent harm, through what is included in the civil law of texts and jus cogens that the parties may not violate or agree to violate, which is at a stage of the formation of the contract, this The rules that ensure the creation of a balanced contract, free from ambiguity and ambiguity.

Civil protection also rises in the contractual relationship, so it becomes a precautionary protection, aimed at confronting the future danger and taking into account the potential danger and preventing its occurrence, such as the need to organize a stage prior to the contract, or what is known as pre-contractual negotiations in order to find a ground for protecting contractual satisfaction, as well as by formalizing the The actions of individuals, to protect them and their property, and to impose a set of pre-contractual obligations, such as the pre-contractual notification obligation, and the time-out period.

Civil protection is also objective, based on dealing with the damage after it has occurred, by taking the hand of the weak party in the nodal bond and restoring the economic balance to it, protecting the good faith and those whose will is affected by some defects, and doing everything that would lead to stability of dealings and the implantation of full confidence in it. Emphasizing that the aggrieved party will not remain without compensation, and thus eliminate or limit the grievances that may arise from any defect, whether at the stage of contract formation or implementation.