

جامعة لوئيسي علي - البليدة 2-  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص



# الأمن القانوني في مواجهة سلطة القاضي في العقد

أطروحة دكتوراه في القانون  
تخصص عقود ومسؤولية

تحت إشراف الأستاذة  
- أ.د/ بن ناصر وهيبة

من إعداد  
إفتيسان وريدة

## أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ: بوسهوه نور الدين، أستاذ تعليم عالي، كلية الحقوق، جامعة لوئيسي علي-البليدة 2- ..... رئيساً  
الأستاذ: بن ناصر وهيبة، أستاذ تعليم عالي، كلية الحقوق، جامعة لوئيسي علي-البليدة 2- ..... مشرفاً ومقرراً  
الأستاذ: بوديو راضية، أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق، جامعة لوئيسي علي-البليدة 2- ..... عضواً مناقشاً  
الأستاذ: عسالي عبد الكريم، أستاذ تعليم عالي، كلية الحقوق، - جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ..... ممتحناً  
الأستاذ: عثمان بلال، أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق، - جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ..... عضواً مناقشاً  
الأستاذ: جبارة نورة، أستاذ أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق، جامعة بودواو، بومرداس ..... عضواً مناقشاً

تاريخ المناقشة: 04 جويلية 2024



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ"

(صدق الله العظيم)

القرآن الكريم، سورة العلق، الآية رقم 01.

# شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى ونحمده كثيراً على أن يسّر لنا أمرنا  
في القيام بهذا العمل.

كما نتقدّم بأسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير

إلى اللّذين حملوا رسالة العلم والمعرفة

كما نتوجّه بالشكر الجزيل، والامتنان الكبير

إلى الأستاذة المشرفة "بن ناصر وهيبة" على تولّيها الإشراف على هذه الأطروحة

وعلى كلّ ملاحظاتها القيّمة؛ فجزاها الله عن ذلك كلّ خير

ويطيب لنا تقديم خالص الشكر والتقدير، لأعضاء لجنة المناقشة، على تفضّلهم بقبول

فحص وتدقيق الأطروحة

وإلى كلّ من خصّنا بنصيحة أو دعاء

نسأل الله أن يحفظهم، وأن يجازيهم عن ذلك خيراً



# الإهداء

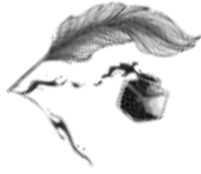
إلى الروح الطاهرة أباي

"إفتيسان محند الصغير"

الذي أحمل اسمه بكلّ فخر واعتزاز  
قدوتي في المحبة، والعطاء، والصبر الكثير  
رحمة الله عليك، يا أغلى إنسان على قلبي  
إلى من سهرت معي في ليالي الطويلة أباي  
حفظها الله لنا

إلى من كان سنداً لي من بعد أباي  
إخوتي جميعاً (الحسين، أباي، بلقاسم، ليلى، الجيدة)  
إلى من نساها القلم؛ ويتذكّرهم القلب  
لهم جميعاً؛ أهدي هذا العمل.

- إفتيسان وريدة -



# قائمة لأهم المختصرات

## قائمة لأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج.د.ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ج: رقم الجزء.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.م.ن: دون مكان النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ط: رقم الطبعة.

م: رقم المادة.

ف: رقم الفقرة.

ص: رقم الصفحة.

ص.ص: من الصفحة رقم إلى الصفحة رقم.

ق.م.ت: قانون الممارسات التجارية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.ب.ج: قانون البحري الجزائري.

ق.ت.إ: قانون التجارة الإلكترونية.

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.

ق.ح.م: قانون حماية المستهلك.

ق.ق.م.م.م: قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.ج: قانون المنافسة الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ثانياً: باللغة الفرنسية

**Art:** Article.

**Ed:** Edition.

**Ibid:** Même Référence Précédent Cite.

**L.G.D.J:** Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

**N°:** Numéro.

**Op-Cit:** Ouvrage Précédemment Cite.

**P:** Page.

**P.P:** de Page à la Page.

**R.A.R.J:** Revue Académique de la Recherche Juridique.

**S.P:** Sans Page

**Vol:** Volume

# مقدمة



أثّرت التّطوّرات الإجماعية، الإقتصادية، والتّكنولوجية الحالية؛ على ضمان فكرة الأمان للتّصوص القانونية. وحرصاً على تحقيق الغاية المرجوة من الأمن القانوني، لاسيما في المعاملات العقدية؛ فإنّ الفكر القانوني قد استقر منذ القدم على إعتبار العقد وسيلة، وأداة للضّمان والوفاء، فهو آلية فعّالة لتحقيق مصالحهم وإشباع حاجاتهم. فالعقد إذن، وسيلة لتحقيق الأمن.

تأسيساً على ذلك، وباعتبار العقد أداة أمان؛ اعتقد أنّ أحكامه كافية لتأمين العلاقات التّعاقدية وضمان إستقرارها من أيّ خطر، أو تهديد يمسّ أمن الأطراف، ومراكزهم القانونية في ظلّ وجود مبدأ القوّة الملزمة للعقد. فالعقد قانون الأطراف، وعلى أساسه ضمن المشرّع المساواة لعاقديه أمام أنفسهم، وأمام القانون، من خلال السّماح لهم بصنع عدالة لأنفسهم؛ فظلّ المبدأ حجر الزّاوية لتكريس الأمان التّعاقدي.

لقد استقرّ ذلك المن وجهة النظر لأمدٍ بعيد، دون أن يلحقه تغييرات؛ فظلّ العقد في مأمن لحقبة من الزّمن وكانت الإرادة في شقّها-القوّة الملزمة- الدور البارز في المحافظة على العلاقات العقدية. غير أنّ الحال لم يدم طويلاً؛ فقد شهد المبدأ تغييراً جذرياً في فحواه، ومعالمه، وحتّى أسسه، نتيجة التّطوّرات العميقة الرّاهنة التي أثّرت على الحياة القانونية وعلى ركائزها الأكثر شموخاً، لاسيما ب بروز الثّورة الصّناعية وما أظهرته من حقائق؛ بحيث، أصبحت الرّابطة التّعاقدية لا تضمن تكافؤ الفرص لأطرافها، كما أنّها غير كفيلة بالمحافظة على ديمومتها. فبدأت ملامح انعدام الأمان التّعاقدي تبرز إلى الأفق.

مبدئياً، ولتقادي اللاّامن على مستوى العقد، وباسم الحاجة إلى مواكبة التّطوّرات الرّاهنة، قام المشرّع الجزائري بالإعتراف -إستثناء- بالسلطة التّقديرية للقاضي في التّدخل في العقود غير المتوازنة، قصد إعادة التّوازن والأمن لها، مجسّداً بذلك دور الغير في المحافظة على العقد. وعلى الرّغم من إيجابيات هذا الإجراء لاسيما في رفع اللاتوازن العقدي، إلّا أنّه يمثّل المظهر الأبرز لإنتهاك مبدأ القوّة الملزمة للعقد خاصّةً وكاعترافٍ ضمّني من المشرّع بقصور الإرادة عامّةً.

فحقيقة الوضع؛ فإنّ التّدخل القضائي في حقيقته، أثار إضطراباً كبيراً لدى الفكر القانوني المعاصر فتشاءم البعض عمّا آل إليه العقد، وعن المكانة الحقيقة للمبادئ الرّاسخة التي تضمّنتها النّظرية العامّة في ظلّ تزايد التّدخل القضائي في بنود العقد. فترجم الوضع بدخول العقد في أزمة؛ غير أنّ في واقع الفكرة لقيت رفضاً لاذعاً بالتأسيس على أنّ قانون العقود يشهد تحولات جوهرية للمبادئ المكوّنة له.

إنّ هذا التّصادم في المن وجهة النظر والأفكار، كافٍ للقول بأنّ الأمن القانوني للعقود يشهد تحدياً حقيقياً مفاده: **الأمن القانوني في مواجهة سلطة القاضي في العقد**. فالتّسليم بوجود أزمة عقدية مطلقة أمرٌ مبالغ فيه، لكن الإبقاء على الفلسفة التّقليدية، وأفكارها الجامدة في سبيل ضمان ديمومة العقود؛ بالموازاة

مع الأوضاع الراهنة، وضعٌ يحتاج لأكثر من دراسة. خاصّةً، وفي ظلّ ما يعانيه القانون المدني الجزائري، بعدم فاعلية قواعده في احتواء ما نظمت إليه.

في سياق توضيح العنوان: **الأمن القانوني في مواجهة سلطة القاضي في العقد؛ المترجم للمبادئ الثلاث: الأمن في القانون، في العقد، وفي القضاء**، فلا نقصد من إصطلاح **المواجهة (Face à face)**<sup>(1)</sup>، ذلك الصّراع، أو الجدل بين المبادئ الثلاث، بقدر ما أنّه يُترجم تأثير وتأثر كلّ منهما ببعض الآخر، في سياق تحقيق وظيفتهما المشتركة المتمثلة بالأمن. سواءً في مجال القواعد القانونية، أو على مستوى العقود، وحتّى بالنسبة للمجال القضائي. كما يوحي نوعاً ما إلى الوضعية والمكانة القانونية التي أصبحت عليها القاعدة القانونية المنظّمة للعقود، بالموازاة مع الاعتراف التشريعي لسلطة القضاة في العقد. إنّ التحوّلات التي يشهدها القانون المدني اليوم، والعجز الذي طال مبادئه في ظلّ المستجدات الراهنة دفع المشرّع بالتّدخّل لغرض معالجة الإختلال الذي مسّ أمن العقود والتّوقّعات المشروعة لأطرافه؛ بسنّ قوانين تحكم القضايا والعقود الحديثة، بعيداً عمّا تحويه النّظرية العامّة للعقد، أو ما تقتضيه القوّة الملزمة. فنظّم بموجبها علاقة العمل، عملية الاستهلاك، عقد التّأمين، العقد الإلكتروني إلخ... فواكب بذلك التّطوّرات الراهنة، إلّا أنّ ذلك كان على حساب الأمن القانوني. فتقاوم إهتمام المشرّع بظاهرة تخصّص القوانين بعيداً عمّا يحويه القانون المدني، رتب نوعاً من المواجهة مع مبدأ التّوقّعات المشروعة للأفراد، وكذا الوقوع في ظاهرة التّضخّم التشريعي. وما له من تداعيات وإنعكاسات سلبية على الأمن القانوني والتّعاقدي.

موازاةً على ذلك؛ فإنّ البحث عن القراءة الحديثة للأمن التّعاقدي، والسّعي لتكريس النّظرية الجديدة له مهمّةٌ تضع المشرّع أمام حتمية مراجعة الأسس والمبادئ والأفكار، التي تقوم عليها العلاقات العقدية ضمن القانون المدني، والتي أصبحت مؤخّراً في تغيّر ملحوظ. فلم تعد تقتصر على تلبية المصالح الخاصّة بعائديها؛ بل تلبي منافع ومصالح اجتماعية، وعادلة لأطرافها. وهو ما يُعرف بالتّصور الحديث للعقد.

### أهمية البحث:

ترجع أهمية موضوع الدّراسة؛ إلى اللاّأمن الذي نشهده حالياً، سواءً على مستوى القواعد القانونية من خلال عدم جودة الصّياغة التشريعية للقوانين، وتضخّم هذه الأخيرة. أو على مستوى العقود، بسبب تطوّر وتحول الحياة الإجماعية والإقتصادية وحتّى الفكرية، الأمر الذي أثر على المنظومة القانونية التّقليدية من خلال عجزها عن احتواء كلّ ما هو جديد. دون إغفال اللاّاستقرار على مستوى جهاز القضاء، نتيجة تذبذب الإجتهاادات القضائية، وما لذلك من آثار سلبية على أمن المتقاضين وحقوقهم.

(1) - جبور عبد النور، معجم عبد النور الحديث (عربي - فرنسي)، ط. 10، دار العلم للملايين، لبنان، 2000، ص 1011.

كما تظهر أهمية الموضوع، بالرجوع إلى اهتمامات الفقه الحالي، الذي أصبح في الآونة الأخيرة، يهتم كثيراً بالأمن والاستقرار في مجال المعاملات والتصرفات القانونية، لاسيما في ظل تطور التكنولوجيا، ودخول الذكاء الاصطناعي. فأصبح التركيز على الأمن القانوني هدفاً ثميناً للتشريعات المعاصرة، ومن أولوياتها. فأين يوجد الأمن، حتماً سيتحقق العدل والاستقرار.

كما أنه، وبالنظر إلى تطلّعات المجتمع الحديث؛ نجد أنه تسوده بعض الأفكار والمبادئ القانونية الحديثة، وأصبحت أحد موضوعاتهم الأساسية: كالبحث عن التوازن العقدي، والعدالة العقدية، وتبقى أبرز هذه التطلّعات، تكريس الأمن في المجال القانوني، التعاقدي، وحتى على مستوى جهاز القضاء.

### أهداف الدراسة:

يعدّ موضوع الأمن القانوني موضوع الساعة؛ لصيقاً بمبادئ قانونية أخرى ذات أهمية بالغة، تأتي في مقدّمتها الأمن العقدي والقضائي؛ ونهدف من خلال معالجة هذا الموضوع المعنون ب: **الأمن القانوني في مواجهة سلطة القاضي في العقد؛ إلى الوصول إلى أهداف معيّنة، نوجز أهمّها:**

- لعلّ أول هدفٍ إنطلقت منه دراستي؛ العمل على إخراج مبدأ الأمن القانوني من زاويتين؛ أولاً، من الطّابع العام -باعتباره آلية مكرّسة في القانون العام-، إلى الطّابع الخاص، والاستعانة به كآلية حديثة لتكريس الأمن فيه، من خلال إسقاط مقوماته، وأسسّه، وتصوّراته، وحتى أبعاده ونطاقه على النّظرية العامّة للعقد التي تضمّنها القانون المدني، دون إبعاد التشريعات الخاصّة التي نالت قسطاً من الأهمية في تكريس الأمن القانوني بصورته الحديثة. ومن زاويةٍ مقابلة؛ إخراج مبدأ الأمن القانوني من الطّابع الفلسفي -فلسفة القانون- إلى الطّابع العملي التّطبيقي، عن طريق تسليط الصّوء على جزئياته ومفاهيمه، بالنّظر إلى ما تقرّضه الأوضاع الرّاهنة، بتحليل النّصوص القانونية، وحتى بعض الممارسات القضائيّة.

يهدف الموضوع أيضاً، إلى توضيح المبادئ والمفاهيم القانونية المرتبطة بمبدأ الأمن القانوني؛ ابتداءً من ضبط مفهومه ثم الوقوف حول مقوماته الجوهرية، وتبيان الصّعوبات والعراقيل التي حالت دون تحقيق الأمن القانوني في الجزائر، وملامح ذلك سواء في مجال القواعد القانونية، أو على مستوى العقود، أو حتى على مستوى القضاء.

كما يهدف الموضوع إلى، الوقوف حول الضّمانات التي تكفل تحقيق الأمن القانوني للعقود، القانونية منها أو الإنشائية، الثّابتة منها أو المتغيرة. وتحديد فعالية مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي في تكريس الأمن القانوني باعتباره الضّمانة القانونية القطعية للأطراف في مواجهة المشرّع أو القاضي. مع الوقوف حول أهم مبدأ يقوم عليه العقد وهو مبدأ القوّة الملزمة، وتبيان أسسّه، وأثر التمسك به في إحترام توقّعات الأطراف المتعاقدة؛ بين النّظرة التقليديّة، وبين الإطار الحديث للمبدأ في إرساء الأمن للعقود.

يهدف الموضوع إلى، تبين أهمّ الدوافع والعوامل التي أدت إلى المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وأثر ذلك على توجه المشرع الجزائري للاعتراف الصريح بالتدخل القضائي في العقود. قاصداً من ذلك، إعادة الاعتبار لفكرة الأمن القانوني، كصورة للتمهيد عن التحول في فكرة الأمن القانوني من التقليد إلى الحداثة.

كما يسعى موضوع البحث إلى، التأكيد على التحول، والتغير الجذري للأسس المنظمة للعملية العقدية؛ بتراجع فكرة القوة الملزمة في العقد والتأكيد على أنها لا تخرج عن كونها ضماناً إنشائية لتحقيق الأمن القانوني للعقد بصورة نسبية. إلى جانب، توضيح مختلف مراحل التدخل القضائي -الاستثنائي- في العقد بدءاً من مرحلة التكوين، إلى تنفيذه. بين نجاعة النصوص، وقصورها، في تحقيق الأمن للعقد.

يهدف موضوع البحث إلى، الوقوف حول الاختلاف الشائع بين الفقه، في قبول التدخل القضائي في العقود، بين الأزمة ومقتضيات ما فرضته التطورات الراهنة. والوصول إلى تبين أن التدخل القضائي، يبقى فرضية حتمية فرضته بعض تطورات البيئة التعاقدية؛ إلا أنه -وبحق- اصطدم بالقراءة التقليدية لمبدأ القوة الملزمة، وبالتالي يقتضي الوضع الراهن، البحث عن الآليات والميكانيزمات الحديثة، الهادفة عموماً إلى المحافظة على العقد، سواء من جانب مفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد المعاصر، أو عن طريق نطاق التدخل القضائي في العقد.

أخيراً؛ يهدف الموضوع إلى تبين ضرورة الاتجاه إلى تكريس إصلاحات شاملة للمنظومة القانونية والعقدية وحتى القضائية، باستحداث منهجية قانونية جديدة لتنظيم العلاقات العقدية، والالتفات إلى ضرورة تجديد بعض المبادئ القانونية التقليدية، حتى تكون أكثر ملائمة لجديد العلاقات العقدية. مع تبني نظريات معاصرة أكثر فعالية في تأمين العلاقات العقدية، ناهيك عن إصلاحات تمس التدخل القضائي في العقد، وصلاحياتهم في المحافظة على العقد، دون إغفال الوقوف حول حلول ناجعة لإشكالية العول عن الاجتهادات القضائية.

### أسباب إختيار الموضوع:

إنّ الدافع الأوّل للخوض في مثل هذه الدراسات يرجع إلى أسباب ذاتية محضة؛ ترجع أساساً إلى ميولاتي في دراسة نظرية العقد، وكذا الرغبة الملحة في معالجة موضوع لم يسبق أحد لدراسته؛ موضوع حديث نسبياً، متشعب، ومتعدد الدلالات والأفكار. وعلى الرغم من وجود باحثين سابقين عن دراستي في التطرق لفكرة الأمن القانوني؛ إلا أنّ تلك الدراسات تبقى في مجملها مركزة على جزئية معينة، مرتبطة عموماً بمجال القانون العام، والتي تختلف تماماً عن دراستي المتعلقة بمجال القانون الخاص. ناهيك عن إعتبار هذا الموضوع قد صادفني أثناء تحضيراتي لاجتياز مسابقة الدكتوراه.

وفي مقامٍ موالٍ، تلي ذلك مجموعة الدوافع الموضوعية، نجل أهمها؛ بالنظر إلى الوقت الراهن الذي أصبح فيه الشغل الشاغل للباحثين والمتخصصين في المجال القانوني، يكمن في تعزيز الأمن القانوني يقابلهم المشرع الجزائري متجاهلاً خطورة سن قوانين عشوائية، مطاطية، غير مدروسة. ناهيك عن رداة الصياغة التشريعية. بحيث، انفصل النص القانوني عن الواقع.

فما تشهده التشريعات المنظمة للعقود؛ من فوضى كبيرة في فحواها، وأمام غياب الجودة التشريعية للقوانين الجزائرية عامةً، والقانون المدني على وجه الخصوص، فرض الخوض في الدراسة للتطرق إلى فكرة الأمن القانوني في المجال التعاقدية. فبعدما كان الفقه الجزائري قبل سنوات يهتم بدراسة عدم فعلية القانون أو القاعدة القانونية، والصياغة الركيكة للمشرع، وتم عقد مخابر علمية للبحث في أساس ذلك. فإنه اليوم، لابد من إدراك أن الإشكال لا ينحصر في ذلك فحسب؛ إنما جذوره إنطلقت وامتدت إلى غياب فعلية مبدأ الأمن القانوني، وهذا هو الدافع الموضوعي الأول في إختياري للموضوع.

كما أن الأهمية العلمية والعملية لفكرة الأمن القانوني، ودوره في تكريس دولة القانون والعدل، المبنية على أسس ديمقراطية -وهو ما نأمل تحقيقه فعلياً-؛ كان سبباً أهم لاحتضان مثل هذه الدراسات. فعلى الرغم من أن الأمن القانوني يعدّ مفهوماً قديماً؛ إلا أنه عرف غياباً طويلاً في الساحة القانونية لحقبة من الزمن، ليعود، ومن جديد ليشهد إهتماماً بالغاً من أغلب التشريعات المقارنة نتيجة للاستقرار الذي تتميز به القوانين الحالية. ولعلّ الدافع وراء إنصراف إهتمامات الفقه الجزائري والباحثين وحتى القانونيين من أساتذة جامعيين وطلبة إلى التطرق للموضوع ولو بصفة عرضية، فحضر المبدأ في بعض الدراسات والنشاطات العلمية، من ملتقيات وندوات علمية تضمّنت مبدأ الأمن القانوني إما صراحةً كموضوع جوهري؛ أو ملامحه التي نستشفها من محاور تلك النشاطات.

### صعوبات البحث:

كنت على دراية تامة أن الخوض في هذا الموضوع ليس بالأمر الهين؛ فقد واجهتني صعوبات عدّة أولها، في كون مبدأ الأمن القانوني يندرج ضمن فلسفة القانون؛ وثانيها، أن معظم الدراسات حول الموضوع تدخل ضمن طابع القانون العام، ممّا زاد من صعوبة التحكم في مضمونه.

كما أن المقاربة والمزج بين الدراسة الفلسفية والقانونية لهذا الموضوع ليس سهلاً؛ ومادامت الدراسة تندرج ضمن المجال القانوني، حاولت قدر الإمكان عدم الخوض في الطابع الفلسفي للموضوع، وركّزت على الناحية العملية، من خلال إستقراء بعض المواد، والوقوف حول الإجتهدات والممارسات القضائية في كلّ جزئية تستدعي ذلك، قصد إضفاء الطابع العملي الملموس للموضوع، لتقادي الملل عند تفحص صفحاته.

ناهيك عن ندرة الدراسات العلمية حول الموضوع خاصّة -الوطنية- وهذا راجعٌ لحداثة المبدأ نسبياً؛ فكما أشرت سابقاً فإنّ هذا الموضوع -على عنوانه- لم يتطرّق إليه الباحثين. وعلى الرّغم من وجود بعض الدراسات حوله، من أطاريح أو كتب؛ إلّا أنّها تبقى في مجملها دراسات متخصصة في مجالات غير مجالي -القانون الخاص-. والأمر سيّان بالنّسبة للمقالات العلمية، التي تركّزت في مجملها -إن لم نبالغ- على زاوية الأمن القانوني للإستثمار أو المستثمر؛ دون التّطرّق إلى دراسة المبدأ من زاوية العقود أو دراسة مواطن العلاقة بين المبادئ الثلاث، بإستثناء مقالة أو مقالتين اعتمدت عليهما بنسبة أكبر.

### حدود ونطاق الدراسة:

إنّ موضوع الأمن القانوني لوحده موضوع -فلسفي- متعدّد الأبعاد والأوجه والنّظرات؛ ناهيك عن اقترانه بمبدأي الأمن العقدي والقضائي؛ ولذلك، فلا يمكن التّطرّق لجميع مفاهيم الموضوع بإعتباره من الأفكار المعقّدة المتشعّبة. إنّما نكتفي بالقدر الذي سيوضّح لنا فكرة الأمن القانوني فقط، حتّى نتمكّن من الخوض في ضمانات تحقيقه من جهة أولى.

وفي شأن العقد؛ فهو نظرية قائمة بذاتها، ممّا يصعب كثيراً الإلمام بجميع تفاصيلها وجزئياتها، وعليه سيتمّ التركيز على ما يخدم الموضوع مباشرة، باستبعاد ما يخرج عنها.

إنّ آليات التّدخل القضائي، متعدّدة بداية من التّفسير، التّكملة، الإنقاص، الإنهاء، التّعديل؛ ونظراً لشاسعتها نكتفي بالتّفصيل حول سلطة القاضي في تعديل العقد؛ لأنّها حسب رأينا -وبكلّ تحفّظ- النموذج الأمثل الذي يعبر عن فكرة رغبة القاضي في المحافظة على العقد وضمان ديمومته.

### إشكالية موضوع الدراسة:

انطلاقاً ممّا أوتي أعلاه؛ يثير موضوع "الأمن القانوني في مواجهة سلطة القاضي في العقد"، إشكالية قانونية تتعلّق ب:

كيف يمكن التّوفيق بين منهج المشرّع الجزائري في صياغة القواعد القانونية، وبين إرادة الأطراف

والقاضي لضمان أمن العلاقات العقدية، في ظلّ التّطوّرات الرّاهنة؟

إنّ الإجابة على الإشكالية أعلاه تفرض اتّباع المنهج الاستقرائي؛ الذي يدمج بين مقتضيات المنهج الوصفي، من خلال رصد وضبط بعض المفاهيم، والأسس، والمصطلحات القانونية، التي تلعب دوراً في وضع إطار مفاهيمي متكامل لموضوع الدراسة. كما يتخلّله مقوّمات المنهج التحليلي، عن طريق تحليل بعض النّصوص الواردة في القانون المدني الجزائري، وكذا بعض القوانين الخاصّة -الوطنية- وإستقراء بعض الممارسات القضائية، بتسليط الضّوء على بعض القوانين المقارنة، أهمّها القانون المدني الفرنسي.

تتضمن الإشكالية أعلاه، ثلاث متغيرات جوهرية تدور في فلك، إيجاد الآليات الملائمة لتحقيق الأمان التعاقدى؛ وقبل تحقيق هذا الأخير، وجب الانطلاق أولاً من تجسيد الأمن في النص القانوني المنظم للعقد سواء بالنسبة للقانون المدني، وحتى بالنسبة للتشريعات الخاصة، التي تشارك اليوم في رسم معالم الأمن للعقود. حتى يتسنى، التعرّيج إلى ضمانات تحقيق الأمن التعاقدى ضمن النظرة الكلاسيكية. وأمام محدودية ما تضمنته هذه الأخيرة، تفرض ذات الغاية الإلتفات إلى الآليات الحديثة لتحقيق الأمان في العقد. متطلبات عدة، معطيات متعددة، ساهمت في رسم معالم الدراسة، بالإعتماد على التقسيم الثنائي، بحيث سنعالج في:

**الباب الأول: الإتجاه التقليدي لتحقيق الأمن القانوني في العقد.**

**الباب الثاني: التوجه الحديث لتعزيز الأمن القانوني في العقد: بين التقليد والحداثة.**

## الباب الأول

الإتجاه التّقليدي لتحقيق الأمن القانوني  
في العقد



كثيراً ما يرتبط الأمن القانوني بمبادئ قانونية أخرى، تأتي في مقدّمتها الأمن التّعاقدي والقضائي؛ وهذه المبادئ ترتبط فيما بينها لتحقيق إستقرار المنظومة القانونية، العقدية والقضائي معاً. ويبقى الأمن القانوني يحظى بأهمية أكبر؛ فهو جوهر تيسير تحقيق الأمن العقدي والقضائي، نظراً لإرتباطه أساساً بالإنّزاع الدّولة بعدم إحداث تغييرات وتعديلات في القواعد القانونية، تحقيقاً للثّبات النسبي للعلاقات.

وفي سياق التغيير؛ يقول الفقيه بوغتالي (Portalis)<sup>(1)</sup>: "يجب أن نغيّر؛ لما أصبح أكثر الاختراعات قتلاً تعني أن لا نجدد"، وعندما نقول عدم التّجديد (الذي مفاده عدم التعديل عموماً)؛ فنحن بدورنا لا نعني الجمود ولا نعني الوقوف ضد فكرة تطوّر القانون؛ إنّما نعني وإلى حدّ بعيد أن تكاثر التّعديلات والتّغييرات الواردة على القانون، بتضمين آليات حديثة، وميكانيزمات جديدة، وأساليب عديدة؛ من شأنه المساس بأمن المتعاملين وثقتهم المشروعة.

فالتّغيير مقبول، كلّما كان دافعاً لاحتضان ما هو جديد ونافع؛ لكن وبنفس الميزان لا يجب الإفراط في الإجراء حتّى لا يخلق المشرّع مشاكل جديدة ليس بوسعه التّصدي لها؛ فيكون التطوّر بحدّ ذاته عائقاً، بدلاً من أن يكون عنواناً للأمن والإستقرار. وهنا تحديداً يبرز عنصر الإصطدام فيما بين المتغيّرين، الحاجة إلى التطوّر من جهة، والرّغبة في الإستقرار من جهة أخرى،

تتمّة لذلك، وبالنّظر إلى التّحوّلات الإقتصادية، الإجتماعية، التّكنولوجية، نجد أنّها أثّرت بشكل كبير على المنظومة القانونية برمتها. فبعدما كانت القواعد المنظّمة والمؤطرة للعقود لا تخرج عن قواعد القانون المدني؛ أصبحت أحكام هذا الأخير غير قادرة على مواكبة -أو بالأحرى غير ملائمة- لحكم تلك التّطوّرات. ولتقادي العجز والقصور التّشريعي، تدخل المشرّع؛ سعياً منه لتحقيق المساواة الفعلية للأشخاص، وتنظيم العقد بقوانين خاصّة تنظّم كلّ عقدٍ على حدى، وبأحكام جديدة بسيطة تارة، وجذرية تارة أخرى، هادفاً بموجبها إلى إعادة الإستقرار والأمن للأفراد وإحترام توقّعاتهم المشروعة.

غير أنّ هذا الإجراء، ولمرة أخرى، إصطدم بثقة الأفراد في القانون وتوقّعاتهم المشروعة؛ خاصّةً عند صدور قوانين مفاجئة، تنظّم وضعيات جديدة غير مألوفة سابقاً. كما إصطدم بشكل آخر، وبصورة سلبية بفحوى نظرية الأمن القانوني، من جانب ميلاد ظاهرة التّضخّم التّشريعي، وخلق اللّامّان في العلاقات القانونية.

إنّ دراسة فكرة الأمن القانوني تدفع إلى مسألة تحديد مدى قوّة القاعدة القانونية، ومدى كفايتها لإحتواء ما نظّمت لأجله، وللتّطبيق على الأوضاع الرّاهنة. ونظراً لاعتبار القاعدة القانونية عامّة ومجرّدة، طبقاً لقوّتها الإلزامية، وهادفةً إلى الوقاية من النّزاعات قبل حدوثها، أو توقيع الجزاء الملّئم عند حدوثها. فإنّ

(1) - نقلاً عن: بوزيد صبرينة، الأمن القانوني لأحكام المنافسة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص 52.

القضاء يلعب دوراً مهماً في الشق الأخير (عند حدوثها)، فيتدخل قصد تطبيق النصوص القانونية، وفقاً لهذا الشكل تتشكل ثنائية واقعية في غاية الأهمية - قانونية وقضائية؛ نظرية وتطبيقية-؛ كل منهما يكمل الآخر. فالتص القانوني يرشد ويوجه القاضي إلى الحل-غالباً، ودور القاضي يكمن في إحترام وإخراج النص القانوني إلى الواقع، وتطبيقه مع حيثيات النزاعات المعروضة أمامه. وهو ما يُشير إلى التكامل بين الفكرتين والنظامين -الأمن القانوني والقضائي-، بدليل أن المجال التطبيقي للقاعدة القانونية لا يتحقق إلا بتدخل جهاز القضاء، الذي يسهر على تطبيق القوانين.

فعلاً؛ هو ما ساق عليه المشرع الجزائري، في سبيل إعادة الأمن والاستقرار للعقد. ففي خضم المعطيات الحالية؛ لاسيما أمام فشل مبادئ النظرية التقليدية للتصدي للاختلال في المراكز القانونية للمتعاقدین، أصبح بذلك البحث عن آلية أخرى أكثر استجابة للتطورات الراهنة، وإعادة الأمن للعلاقة العقدية ضرورة حتمية؛ خاصة أن المجال الزمني للعقد، من لحظة إبرامه إلى غاية تنفيذه، غير مضمون بالاستقرار. فقد تعتري العقد عدة حوادث ووقائع، قد تكون معاصرة لمرحلة تكوين العقد، أو لاحقة لمرحلة تنفيذه؛ مظاهر عدة يكون لها الأثر البالغ في زعزعة الأمن والاستقرار التعاقدی -إبتداءً أو تنفيذاً أو فيهما معاً- وبشكل يؤثر سلباً على ثقة المتعاقدين، الأمر الذي دفع المشرع إلى الاعتراف بسلطة القاضي -استثناءً- بالتدخل في العلاقة العقدية قصد إعادة الأمن للعقد، تحت لواء أحكام وقواعد قانونية؛ بعضها عامة، وبعضها خاصة. فتحققت الصورة الأخيرة لإصطدام الأمن القانوني للعقود بالتدخل القضائي في العقد، باعتباره خروجاً عن أهم قواعد قانون العقود؛ القوة الملزمة للعقد.

هذا وذاك سبب كاف؛ لاختيار إصطلاح: "الإتجاه التقليدي لتحقيق الأمن القانوني في العقد"، وهو ما يملئ ضرورة الوقوف حول أهم الضمانات القانونية التي يتمسك بها أحد الأطراف أو كلاهما في سبيل المحافظة على استقرار العلاقة العقدية؛ سواء في مواجهة القاضي أو المشرع معاً، وذلك بموجب آلية قانونية قطعية لتحقيق الأمن القانوني للأطراف (عدم رجعية القانون) من جهة أولى؛ وكذا التفصيل فيما يعد أساس وجوهر العقد في شقه القوة الإلزامية، كضمانة لتحقيق الأمن للعقد في مواجهة الأطراف لبعضهما البعض، أو في مواجهة الغير لاسيما القاضي من جهة مقابلة (الفصل الأول).

أما الشق الآخر سنخصّصه للتطرق إلى آليات التدخل القضائي في العقد لإعادة الاستقرار للعلاقة العقدية، في ظل ما فرضته التطورات الراهنة من تغيّرات جذرية على مستوى إنشاء أو تنفيذ العقود، وفي ظل ما كشفته من حقائق للأسس التقليدية المكونة للعقد (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن

القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

انطلاقاً من فكرة اعتبار الأمن القانوني، فكرة دستورية نشأت من حاجة الفرد إلى الشعور بالأمن والحماية داخل الجماعة؛ فإنّ التّغييرات اللاحقة بهذه الأخيرة -المجتمع-، كانت الدّافع الأوّل للوقوف حول ضمانات تجسيد الأمن في العقود، باعتباره أهم المتطلّبات الرّاهنة.

لا يمكن إنكار، أنّ الجذور التاريخية لفكرة الأمن القانوني تعود إلى القانون العام<sup>(1)</sup>، وبالتالي أصبحت مسألة مدى ملائمة قواعدها وأسسها وأفكارها، وحتّى مقوماتها للسّريان في مجال القانون الخاص عموماً، وعلى النّظرية العامّة للعقد على وجهٍ أخص؛ يشكلّ في حدّ ذاته إشكالاً. غير أنّه، وبالنّظر إلى إرتباط الفكرة بالقواعد القانونية المصاغة من المشرّع، فإنّ في ذلك، تأكيدٌ على شموليتها لباقي فروع القوانين الأخرى - كالقانون الخاص - دون أن تحبس نفسها في مجالٍ أو فرع معيّن بالذّات. لاسيّما أمام المعطيات الرّاهنة، ومقتضيات تطوّر الحياة القانونية، الإجماعية، الإقتصادية، التي تعدّ عاملاً جوهرياً ساهم في الرّدّ بكلّ طلاقة، عن صحّة ملائمة أحكام مبدأ الأمن القانوني للتّطبيق على نظرية العقد -باعتباره مجال الدّراسة- ما دامت أنّها في نهاية المطاف وسيلة لخلق الإستقرار والتّوازن للمراكز العقدية، وتطويع العقد لمواكبة التطوّر الهائل الذي مسّ أغلب القطاعات

يُقصد بضمانات تحقيق الأمن القانوني للعقد، تلك المبادئ، التي تكفل تحقيق الأمن والإستقرار للمراكز القانونية للأطراف المتعاقدة؛ بنصّ من القانون أو باتّفاق الأطراف؛ تلك الثّابتة، أو التي شهدت تغييرات جذرية في فحواها. ولا يمكن تحقيق ذلك؛ إلّا في ظلّ تكريس فحوى مبدأ عدم رجعية النّص القانوني، الذي يعتبر جوهر تجسيد فكرة الأمان للنّص القانوني، حيث يضمن إحترام الحقوق المكتسبة، ومراكز الأطراف التي تمّت ونشأت، بناءً على أعمال قانونية مشروعة (المبحث الأوّل).

تبعاً لذلك، ووفقاً لمعيار الملاحظة، وبكلّ تحفّظ؛ فإذا كان مبدأ عدم رجعية القانون يكتفّ على أنّه الضّمانة القانونية القطعية لتجسيد الأمان في القانون، فإنّه يقابله من جهةٍ أخرى مبدأ القوّة الملزمة من النّاحية العقدية؛ باعتباره الإطار العام للعلاقة العقدية، وأحد الأسس الجوهرية المترجمة لشتى الأفكار التي يقوم عليه العقد، والتي تهدف إلى تقديس إتّفاق المتعاقدين من خلال حرمان المساس بمضمونه وبنوده، سواءً من قبل الأطراف، أو الغير؛ إلّا باتّفاق. وهي القاعدة التي ظلّت مرجعية جوهريّة لقانون العقود، إلى درجة اعتبارها من المسلّمات، التي لا تحتاج إلى برهان. وقد كان لهذا المفهوم الأثر البالغ في تحقيق الثّبات والإستقرار لنظرية العقد لعقودٍ من الزّمن؛ إلّا أنّه وبفعل تطوّر المجتمع اقتصادياً، اجتماعياً، فكرياً.. كلّ ذلك كان كفيلاً بأن يتراجع هذا المن وجهة النظر، والإعتقاد بغير ما اعتقد سابقاً، ليشهد المبدأ تحولاً في طبيعته (المبحث الثّاني).

(1)-PIAZZON Thomas, La sécurité juridique, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Paris, 2006, p04.

## المبحث الأول

### مبدأ عدم رجعية القوانين كضمانة ثابتة لتكريس الأمن القانوني

إنّ مسألة تنظيم العلاقات القانونية تدخل ضمن وظائف القانون؛ وإهتزاز إستقرار العلاقات القانونية يؤدّي بالتّبعية إلى إهتزاز صورة القانون. وبالتالي فإنّ فكرة الأمن القانوني، معيارٌ هام لقياس مدى نجاعة الأنظمة القانونية من عدمه، فهو مبدأ قانوني، يهدف إلى التّصدّي للآثار التّأنيوية السّلبية للقواعد القانونية. لاسيما أمام تحوّل هذه الأخيرة من أداة أمان، إلى أداة قلق وإضطراب؛ وبصورة أصبحت فكرة نجاعة القوانين<sup>(1)</sup> مجرد شكلية، بسبب عدم شعور الأفراد بالإستقرار والأمان إليها.

وعليه؛ فالأمن القانوني، مفهومٌ يسعى كلّ نظام قانوني ديمقراطي على إرسائه. ويُقصد به عموماً؛ وجود نوعاً من الثّبات النسبي للعلاقات القانونية، وحدّاً أدنى من الإستقرار للمراكز القانونية<sup>(2)</sup> من خلال إشاعة الطّمانينة بين أطراف المعاملات، ممّا يسمح لها بترتيب أوضاعها وفقاً للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها، دون تعرّضها لمفاجآت غير متوقّعة، أو أعمال رجعية من قبل الدّولة.

ومن خلال ذلك المفهوم، بيد لنا عدم إمكانية تحقيق فحوى الأمن القانوني، إلّا في ظلّ التمسك بمبدأ عدم رجعية القانون، الذي يعدّ أهمّ صور الأمن القانوني، وأحد أنجع الضّمانات القانونية القطعية (Irréfutable) للمواطن<sup>(3)</sup>، كما يشكل أهمّ المبادئ والضّمانات القانونية التي يتمسك بها المتعاقد في وجه الغير؛ خاصّةً القاضي، قصد المحافظة على حقوقه المكتسبة المشروعة. فالإعتداء على مبدأ عدم رجعية القوانين يُرتّب عليه ضرراً للأشخاص، وهدماً كلياً لفكرة الأمن القانوني<sup>(4)</sup>.

للتّفصيل أكثر حول مبدأ عدم رجعية القوانين كضمانة قانونية لتجسيد الأمن في القانون؛ تستدعي منهجية الدّراسة، الوقوف حول ذاتية الأمن القانوني بدايةً (المطلب الأول)؛ حتّى يتسنى لنا بعد ذلك التّعرج إلى فحوى مبدأ عدم رجعية القوانين كضمانة أولى لتحقيق الأمن القانوني (المطلب الثاني).

(1) - مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النّظم القانونية المعاصرة، المركز العربي للنّشر والتّوزيع، القاهرة، 2020، ص 19.

(2) - شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، "دور العدالة التّشريعية في تحقيق الأمن القانوني-دراسة تحليلية-"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلّد 03، العدد 02، كلىة الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، 2019، ص 339.

(3) - فيليب ابي فاضل، قاموس المصطلحات القانونية (قاموس موسّع في القانون والتّشريع والاقتصاد: فرنسي-عربي)، ناشيرون، لبنان، 2004، ص 1260.

(4) - حوبه عبد القادر، "أثر الإجتهد القضائي على حركة التّشريع"، مجلة الحقوق والعلوم السّياسية، المجلّد 08، العدد 02، كلىة الحقوق، جامعة عباس لغرور، خنشلة، 2021، ص 26.

## المطلب الأول

### ذاتية فكرة الأمن القانوني

لقد تحولت فكرة الأمن القانوني إلى هوس<sup>(1)</sup> بين العديد من التشريعات وحتى الفقهاء، وذلك راجع إلى الشعور بعدم اليقين القانوني، وبالتالي ظهرت الحاجة إلى البحث عن سبل إعادة الاستقرار والأمن للقواعد القانونية، بالالتزام بوضوحها، وأن تكون غير خاضعة في ذات الوقت لتغييرات متكررة غير متوقعة<sup>(2)</sup>، بشكل يمس جودة القانون خصوصاً<sup>(3)</sup>، ويمنع من تأسيس دولة القانون عموماً<sup>(4)</sup>. وهنا تحديداً تبرز أهمية المبدأ، لاسيما في تطوير القانون بذاته. كتدخل المشرع لتنظيم علاقات التعاقد عن بعد، والتي تتضمن أحكاماً مختلفة، متعارضة مع أحكام القانون المدني<sup>(5)</sup>، تبعاً لذلك، أصبح الأمن القانوني يعبر عنه بمبادئ قانونية تقليدية، أحدها ثابتة قطعية، وأخرى متغيرة قاصرة؛ أولها ممثلة في عدم رجعية القواعد القانونية إلى الماضي<sup>(6)</sup>

في سياق التأكيد على أهمية مبدأ الأمن القانوني، فإنه يُشكّل المبدأ الوحيد القادر على استعادة سلطان القاعدة القانونية لحكم الوقائع والتصرفات، عن طريق أدواته المتعددة؛ كالوضوح والجودة والاستقرار...<sup>(7)</sup>. فالمراكز القانونية التي نشأت واستقرت، وجب أن يتوفر لها الحماية القانونية الكافية في حال التغيير، وكلّ إعتداءٍ عليها قد يصيبها إمّا بالإنقاص أو الزوال<sup>(8)</sup>.

(1)- HENRI DE Castries, NICOLAS Molfessis, Sécurité juridique et initiative économique, Mare & Martin, Paris, 2015, p15.

(2)- أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018، ص22.

(3)- ZOUAIMIA Rachid, « Les fonctions décoratives du principe de sécurité juridique dans le domaine économique », Revue Algérienne des sciences juridiques et politiques, Vol 60, N°01, 2023, P49.

(4)- CASSIN René, Etayer la sécurité juridique et la complexité du droit études et documents du conseil d'Etat, La documentation française, Paris, 2006, 281.

(5)- غميجة عبد المجيد، "مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي"، مداخلة مقدّمة في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاء، يوم 28 مارس، المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاء، الدار البيضاء، المغرب، 2008، ص01.

(6)- أورك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص115.

(7)- TEYSSA Gustan, La sécurité juridique et les plages, Thèse de doctorat en droit, Université des Antilles, Amérique, 2015, p67.

(8)- CASSIN René, Op-Cit, p 229.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

ترجع فكرة الأمن القانوني في مفهومها الحالي، إلى بعض النظريات الفلسفية؛ بعضها داعمةً للفكرة وأخرى هدامةً لها<sup>(1)</sup>، ولكلّ منهما في ذلك مبرراتها ودعائمها. وقد برزت في الآونة الأخيرة دراسات قيّمة حول فكرة الأمن القانوني<sup>(2)</sup>، باعتباره أهمّ مطلب للمجتمعات الحديثة. وأشار الفيلسوف ماريتان (MARITAIN Jacques) إلى طبيعة المبدأ، فأكد على أنّه: "من الواجب أن نتفق على أنّ حقوق الإنسان هي الوجه الوحيد للقانون الطبيعي"<sup>(3)</sup>، ففكرة الأمن القانوني متولّدة، ومنحدرة من الحقّ الطبيعي<sup>(4)</sup> وهو الحقّ بالأمان<sup>(5)</sup>، من كلّ المخاطر الناجمة عن عدم الوصول إلى القانون، أو نتيجة عدم إستقراره أو عدم وضوحه، بالإضافة إلى فلسفة العقد الاجتماعي، التي تعدّ المرجعية الجوهرية لميلاد أسس الأمن القانوني الحالية<sup>(6)</sup>.

إنّ الوظيفة الأولى للنصوص القانونية، تكمن في توفير الأمن في المعاملات، سواءً العامة منها، أو الخاصة<sup>(7)</sup>. والبحث وراء تحقيق الأمان في القانون؛ يعني في ذات الأمر غياب الأمن في النصوص القانونية<sup>(8)</sup>، فغالباً ما يكون السبب وراء البحث عن تكريس شيء ما، ناجم عن انعدامه.

يحتلّ مبدأ الأمن القانوني مكانة متميزة (Une place de choix) في مختلف القوانين، لأنّه يهدف إلى تحقيق الاستقرار وإستبعاد الرّيبة من الحقل القانوني، أو التّغيير القاسي في تطبيق القانون<sup>(9)</sup>، فكلّ شخص له الحقّ في الشّعور باستقرار القاعدة القانونية، وبأنّه في مأمن من التّعدّلات المفاجئة<sup>(10)</sup>. فالأمن

(1) - أورك حورية، المرجع السابق، ص.ص 42-44.

(2) - برز الاهتمام بفكرة الأمن القانوني في الآونة الأخيرة، بحيث سلّطت بعض الدّراسات الضّوء عليها، نذكر: الملتقى الوطني حول: الأمن القانوني في الجزائر، جامعة يحي فارس بالمدية. الملتقى الوطني حول: الأمن القانوني كمفهوم معياري لدولة الحقّ والقانون: المقاربات النظرية وآليات التّجسيد، جامعة سطيف 02. الملتقى الوطني حول: الأمن القانوني، جامعة الجلفة. المؤتمر الدّولي حول: مقتضيات الأمن القانوني في عالم متغير، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة.

(3) - سمير عبد السيد تناغو، النّظرية العامّة للقانون، منشأة الإسكندرية، الإسكندرية، 1974، ص 248.

(4) - TEYSSA Gustan, Op-Cit, p29.

(5) - غميّة عبد المجيد، المرجع السابق، ص 37.

(6) - أورك حورية، المرجع السابق، ص 43.

(7) - TEYSSA Gustan, Op-Cit, p p 22-23.

(8) - «Les situations d'insécurité juridique résultent principalement de l'imprécision de la loi, de sa trop grande complexité ou encors de la rétroactivité de la loi...» MOUNA Ketata, «Le formalisme dans les contrats d'auteur», Actes du colloque tuniso-français : L'évolution du droit des contrats (Approche comparée entre la Tunisie et la France), 02 et 03 mars 2016, Latrach, Tunisie, 2021, p315.

(9) - عصام نعمة إسماعيل، إلغاء الإلزامي للأنظمة الإدارية غير المشروعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2004، ص 16. انظر أيضاً: محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النّظرية والتّطبيق، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن، ص 57.

(10) - غميّة عبد المجيد، المرجع السابق، ص 06. انظر أيضاً: أورك حورية، المرجع السابق، ص 46.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

القانوني يضمن عن طريق إمكانية الوصول إلى النصوص القانونية؛ حمايةً للثقة المشروعة للمواطنين، بالسّماح لهم بأن يتوقعوا بدرجةٍ ما، الآثار المترتبة لمختلف تصرّفاتهم<sup>(1)</sup>، عن طريق إمكانية توقّع نتائج أفعالهم مسبقاً، وتوقع ما لهم من حقوق، وما عليهم من واجبات<sup>(2)</sup>.

لقد تعدّدت دلالات فكرة الأمن القانوني؛ لاسيما ضمن البيئة التعاقدية<sup>(3)</sup>، ولاسيما في ظل الفوضى المعيارية الراهنة<sup>(4)</sup>. بحيث كيف على أنّه من الأفكار الفضفاضة؛ وأمام تفرّع أبعاده ومقوماته، وحتى مقتضياته، أدّى ذلك إلى التوسّع في مفهومه أيضاً، من مفهوم ضيق، إلى مفهومٍ أوسع، لا سيما بظهور مقاربات فقهية، تشريعية، وحتى قضائية، حاولت إعطاء معنى دقيق وواضح للمبدأ. إلّا أنّ نظراتهم مختلفة في شأن ذلك، فأصبح المبدأ يحمل في طياته العديد من المفاهيم (الفرع الأول)، وعلى الرغم من اختلافه في المفهوم؛ إلّا أنّه لا يمكن فهم نظرية الأمن القانوني، إلّا بعد ضبط أسس الفكرة ومقوماتها. لاسيما وأنّه، لا يمكن القبول أو الرّضى بالتعامل إلّا في ظلّ الأمن تجاه القانون (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### البحث عن مفهوم الأمن القانوني: تكامل بين المقاربات

تُوصف فكرة الأمن القانوني، على أنّها جوهرية<sup>(5)</sup>؛ وبمجرّد النطق بها يُولد شعور بضرورة البحث في مضمونها وفحواها، وعلى الرغم من أهمّيتها؛ إلّا أنّ معظم التشريعات لم تقدّم تعريفاً واضحاً للمبدأ؛ بل أنّ أغلب الفقهاء يرفضون الخوض في المسألة، ولعلّ ذلك راجع أساساً إلى طبيعته الفلسفية وتركيبته الشّاسعة<sup>(6)</sup>؛ بحيث يرتبط أساساً بما يجب أن يكون عليه النظام القانوني المعياري لدولةٍ ما، أي بلوغ المثالية القانونية. كما أنّه معقّد من حيث المضمون، ويميل البعض إلى تسميته بمبادئ الأمن القانوني<sup>(7)</sup>.

(1) - المرجع نفسه، ص 47.

(2) - غميحة عبد المجيد، المرجع السابق، ص 07.

(3) - ELISE Charpentier, « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle: L'exemple de la lésion en droit québécois », Revue du notariat, Vol.110, N°02, Montréal, 2008, p547.

(4) - بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، "مبدأ الأمن القانوني: أفكار حول المضمون والقيمة الدستورية"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2019، ص 77.

(5) - SOULAS De Russe Dominique, RAIMBAULT Philippe, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », Revue internationale de droit compare, Vol. 55 N°1, 2003, p85.

(6) - THOMAS Gruel, « Sécurité authentique », Art. Publié à l'occasion de l'acte congrès N° 111, Intitulé sur: « La sécurité juridique un défi authentique », Notaires de France, Strasbourg, 10-13 mai, 2015, p38.

(7) - بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، المرجع السابق، ص 79.



# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

لقد تركّزت فكرة الأمن القانوني بشكلٍ رئيسي على حكم القانون، بإعتباره أداة ناظمة للعلاقات في المجتمع<sup>(1)</sup>، من خلال عدم المساس بالمراكز القانونية المستقرة من جهة، ويشترط فيه من جهةٍ أخرى أن يتوافق مع متطلبات المجتمع، من خلال مواكبة التّحولات المعاصرة. فهو لا يمنع التّطوّر<sup>(2)</sup>، بقدر ما يفرض -عند الاقتضاء- ضرورة إتخاذ إجراءات احترازية وقائية، وتدابير انتقالية تكفل تجسيد الأمن القانوني.

إذا كانت مهمّة وضع التعاريف ليست مهمة المشرّعين، بل الفقه؛ فأمام سكوت هذا الأخير عن وضع تعريف جامع مانع له، هو ما استدعى حقاً التّدخل التشريعي لضبط، وتحديد أبعاد الأمن القانوني، وحتى إجراءاته، لتسهيل فهمه أكثر، لاسيما بالنسبة للقضاة الذين وقفوا حول المبدأ من زوايا ضيقة.

إنّ التّمعن حول التركيبة اللفظية لمبدأ "الأمن القانوني"، يجد أنّه اصطلاح بسيط ومعلوم؛ إلّا أنّه في حقيقته ليس كذلك. بحيث يشوبه الغموض واللبس إبتداءً من تعريفه، إذ اختلفت الرّؤى والنّظرات حول الفكرة بالنّظر إلى تعدّد أبعاد، ومجالات، وحتى فروع القانون. فعندما نقول الأمن في القانون، فلا بد من تحديد مجال ذلك؛ الأمن في مجال القانون الخاص، الأمن في القانون العام، الأمن على المستوى الدولي. كلّها أبعاد فرضت بالضرورة؛ التعدّد في شروحات الفكرة، سواء فقهيّاً، أو تشريعيّاً، وحتى بالنسبة لجهاز القضاء.

## أولاً: المقاربة الفقهية في مفهوم الأمن القانوني

يُقابل مبدأ الأمن القانوني مبدأ المشروعية، من خلال إحترام الحقوق التي اكتسبت بناءً على أعمالٍ مشروعة<sup>(3)</sup>. فالأمن القانوني، يُراد به عموماً، الأمن في القانون<sup>(4)</sup>، أو اليقين القانوني<sup>(5)</sup>؛ أي مدى كفاية القاعدة القانونية لحكم المعاملات والتصرّفات، من خلال إعتداد الأفراد عليها نظراً لما تخوّله من يقين في المجتمعات سريعة التّطوّر، بحيث يتعيّن على كلّ نظامٍ قانوني تحديد الآثار التي تترتّب على تصرّف معيّن وبأن يسمح للآخرين توقّع نتائج أفعالهم سلفاً<sup>(6)</sup>. وعلى الرّغم من صحّة هذا التعريف، لاسيما أنّه حمل في فحواه سمات الأمن القانوني، كإحترام التّوقّعات المشروعة، إستقرار الأوضاع القانونية؛ إلّا أنّ ما يعاب على

(1) - عكيلي علي مجيد، مبدأ الأمن القانوني بين النّصّ الدّستوري والواقع العملي، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص20، أنظر شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، المرجع السّابق، ص340.

(2) - غميجة عبد المجيد، المرجع السّابق، ص19.

(3) - BELTRAME Pierre, La sécurité juridique et le contribuable, Presses universitaires, Marseille, 2016, p08..

(4) - HELENE Hardy, Le principe de sécurité juridique au sens du droit de la convention européenne des droits de l'homme, Université de montpellier, Montpellier, 2019, p695.

(5) - أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص05.

(6) - CASSIN René, Op-Cit, p 280.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

هذا المن وجهة النظر أنه إهتم بإستقرار التصرّفات القانونية مستقبلاً، دون مراعاة إلزامية إستقرارها في الماضي.

وعليه؛ فإنّ الأمن القانوني لفظين لهما وزن نظرياً وتطبيقياً؛ فيُعنى به الأمن الذي يبعث السّلام والثّقة والثّبات للعلاقات القانونية، عن طريق استقرار القواعد القانونية في الماضي (**Stabilité des règles**)، وضمان توقّع القواعد القانونية في المستقبل (**Prévisibilité règles**)<sup>(1)</sup>، وبذلك يُمثّل القيمة والرّكيزة المثالية لصورة القانون<sup>(2)</sup>، وبمجرّد ذكر المصطلح أمر كافٍ لبعث الطّمانينة والسّلام في نفوس المواطنين<sup>(3)</sup>. فالأمن القانوني اليوم تجاوز مجرد إعتباره كنعيقض للخوف، إلى السّماح للأفراد بإمكانية توقّع نتائج أفعالهم مسبقاً<sup>(4)</sup>، ونظراً لقيّمته، فإنّ الدّول حالياً تعمل على تطويره أكثر<sup>(5)</sup> حتّى يواكب ما تحوّلت إليه المجتمعات. من هذا المنطلق، فيقدر ما تكون هذه المراكز القانونية واضحة، ومحدّدة، ومعترفٌ بها، وتحظى بالإحترام من قبل السّلطة العامّة؛ بقدر ما يمكن أن تتمّ الأعمال في سهولة. ومن جهة مقابلة، فيقدر ما يشوب هذه الأمور الغموض أو الخلط وعدم اليقين، بقدر ما تضطرب الأعمال؛ بل وقد تتوقّف تماماً. يمثّل الأمن القانوني أحد الدّعائم الأساسية لحماية المجتمع من الأحكام غير المتوقّعة، والتي تؤدي إلى إضطراب التصرّفات القانونية<sup>(6)</sup>، وفي شأن ذلك؛ أكّد الأستاذ كاربوني (**CARBONNIER**) **(Jean)**<sup>(7)</sup>، أنّ الأمن القانوني حاجة أساسية، ووصفه بالحاجة الفطرية. أمّا روبير (**Roubier**) فأقرّ بأنّه القيمة الإجتماعية الأولى التي ينبغي الوصول إليها<sup>(8)</sup>. أمّا الأستاذة ميشال (**FROMONT Michel**) فترى أنّ: "الأمن القانوني مبدأ عام للقانون يتضمّن مجموعتين من المبادئ الأولى تهدف لضمان ثبات المراكز القانونية أي إستمرارها النسبي، أمّا الثّانية فتقتضي اليقين في القواعد وفي قرارات الدّولة، وبالتالي نوع من الجودة عند صياغتها"، وقد ساندتها في ذلك الأستاذة كالمس (**SYLVIA Calms**): "إنّ المقاربة الأكثر توافقاً مع طبيعة الأمن القانوني هي -مقاربة ديناميكية من نوع زمني مرتبط بالجودة-

(1)- **RAIMBAULT Philippe**, Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, L.G.D.G, Paris, 2009, p04.

(2)-**THOMAS Gruel**, Op-Cit, p39.

(3)- **Voir: RENAN Friederich**, La securité juridique: confrontation entre théorie générale du droit et droit social, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Paris, 2008, p14.

(4)- غميّة عبد المجيد، المرجع السابق، ص07.

(5)- **SOULAS De Russel Dominique, RAIMBAULT Philippe**, Op-Cit, p85.

(6)- أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص06.

(7)-**THOMAS Gruel**, Op-Cit, p14.

(8)- نقلاً عن: بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص22. انظر في شأن ذلك أيضاً: محمد فلسطين حمزة، مظاهر الأمن

القانوني في قضاء مجلس الدّولة (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتّوزيع، القاهرة، 2022، ص36.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

(1). أمّا الفقيه باوول (PAUL Jean) فقد عرّفه من وجهة الحماية، أي: "نوع من الحماية أو صيغة وكأنّها نوع من التكرار في حماية أمن العلاقات القانونية لدرجة أنّها ستبدو واضحة ومضمونة"، بينما فابيان (GRECH Fabien) ذهب لأبعد من ذلك عند تأكيده: "بأن الحقّ هو الأمن أو لا شيء" (2). وما يمكن ملاحظته، أنّ هذه التعاريف لم تضيّق من مجال فكرة الأمن القانوني على مجرد أنّه نقيض الخوف كما كان سابقاً؛ بقدر ما أنّها، سعت إلى تجسيد مقاربات جديدة في مجال نظرية الأمن القانوني، من خلال إبراز وتوضيح أهداف الأمن القانوني المتمثلة في: تحقيق الحماية، الأمن للأفراد. كما كرّست جوانب حديثة للفكرة المرتبطة بالجانب الموضوعي والزمني، فقد فسّروا الفكرة وباختزال كبير، بأنّ الأمن حقّ طبيعي وإلزامي، وجب أن يكون متوفراً في كلّ مكان وزمان، بإعتباره دعامة أساسية للقانون الذي يحكم العلاقات القانونية، لكن وبنفس القيمة، فقد أغفلت هذه التعاريف عن ذكر الأسس والعناصر الجوهرية المكوّنة للأمن القانوني وهو أمرٌ لا يمكن تجاهله، لاسيما أنّه بها تتكامل فكرة الأمن القانوني أو بالأحرى عليها يتوقّف أمر وجوده، وهو ما سنوضحه لاحقاً.

### ثانياً: المقاربة التشريعية في مفهوم الأمن القانوني

تُعَدّ قاعدة الأمن القانوني، قاعدة عامّة ومجرّدة (3)؛ والوقوف حول المبدأ ضمن النظام القانوني الجزائري، يستدعي البحث في مختلف القوانين الجزائية التي نظّمت المبدأ؛ غير أنّ هذا البحث لا يقتصر على الإصطلاح اللفظي -الأمن القانوني- للفكرة، ذلك أنّ التكريس الصريح له في الجزائر، يرجع إلى السنوات الأخيرة فقط.

استهلّ المشرّع الجزائري ديباجة دستور 2020 بالإشارة إلى فكرة الأمن القانوني كمصطلح فقط، حيث ينصّ "... يكفل الدستور الفصل بين السلطات والتوازن بينها واستقلال العدالة والحماية القانونية.. وضمان الأمن القانوني والديمقراطي..". ولم يكتف بذلك فحسب، ليعترف في صريح المادة 34 الفقرة الأخيرة منها بالقيمة الدستورية للمبدأ: "... تحقيقاً للأمن القانوني، تسهر الدولة، عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات على ضمان الوصول إليه ووضوحه واستقراره" (4). وعلى الرغم من التكريس الصريح

(1) -تمّت الإشارة إلى الرأي: خادم نبيل، "قراءة تحليلية للأمن القانوني"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد

03، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2021، ص.ص 26-27.

(2) -محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص 30.

(3) -RENAN Friederich, Op-Cit, p65.

(4) -راجع محتوى الديباجة، والمادة 34 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام 2020، المرجع السابق.



## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

في تكريسها للمبدأ في الدستور؛ بقدر ما ترتبط فعاليتها بمدى تجسيد فحواه في الواقع، وأيضاً بمدى تهيئة المناخ الملائم الذي يساهم في إرساء وتجسيد ما احتواه ذلك النصّ عموماً، ومبدأ الأمن القانوني على وجه أخصّ. لاسيما أنّ عدل الدولة يتوقف على التكريس القانوني - الفعلي - لمبدأ الأمن القانوني، لا مجرد التكريس الدستوري والصريح.

### ثالثاً: المقاربة القضائية في مفهوم الأمن القانوني

إنّ فكرة الأمن القانوني فكرة قديمة<sup>(1)</sup> ذي نشأة قضائية، ويعود الفضل في ظهور هذا المبدأ إلى تكرار الاجتهادات والممارسات القضائية له<sup>(2)</sup>، سواء على المستوى الدولي أو الوطني. وقد كانت ألمانيا السبّاقة للنصّ على مبدأ الأمن القانوني دستورياً، وصراحةً سنة 1961<sup>(3)</sup>، وكيفته بأنّه أحد ضرورات الدولة القانونية<sup>(4)</sup>؛ وفي شأن ذلك، أكدت المحكمة الفدرالية أنّ: "الأمن القانوني كعنصر ضروري لمبدأ دولة القانون يفترض أن يستطيع المواطن توقع التدخّلات الممكنة للدولة في مجالها المحمي قانوناً وتتخذ أحكاماً مناسبة؛ يجب أن يتمكن من الاطمئنان إلى أنّ تصرفه المطابق للقانون الساري سيعترف بكلّ النتائج القانونية التي ارتبطت به مسبقاً"<sup>(5)</sup>، أمّا مجلس الدولة الفرنسي، فأقرّ به بصورة محتشمة ضمن أحد الاجتهادات القضائية لسنة 2006، الذي وضع حجر الأساس للتصريح به ضمناً. وتطرق لدراسة وتكريس مبدأ الأمن القانوني<sup>(6)</sup> بموجب القضية المعروفة ب (STE KNPG)، وأنّ للأمن القانوني مفهوم موضوعي<sup>(7)</sup> وذاتي؛ فتمّ تعريفه كالآتي: "يقضي مبدأ الأمن القانوني أن يكون المواطنون دون كبير الغناء في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق وللوصول إلى هذه النتيجة

(1) - إنّ فكرة الأمن القانوني قديمة وحديثة في آن واحد؛ قديمة نظراً لمضمونه المتأصل في الكتابات الفقهية المختلفة، إنطلاقاً من مدونة حمورابي وجوستنيان، وكذا الفقيّهين هانز كلّسن ومونتيسكيو، وحتى نظرية العقد الاجتماعي لجون جاك روسو. أمّا الحداثة؛ فترجع إلى التسمية الاصطلاحية الحالية فقط - الأمن القانوني -. للتفصيل أكثر حول نشأة والتطور التاريخي لمبدأ الأمن القانوني، انظر: خادم نبيل، المرجع السابق، ص 28. أيضاً: أورك حورية، المرجع السابق، ص.ص 35-45.

THOMAS Gruel, Op-Cit, p.15-17.

(2) - محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص 44.

(3) - راجع كل من: غميّة عبد المجيد، المرجع السابق، ص 68. أيضاً: خادم نبيل، المرجع السابق، ص 27.

(4) - THOMAS Gruel, Op-Cit, p.20-21.

(5) - بلخير محمد آيت عوية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص 13.

(6) - BRAHIM Dalil, Op-Cit, p.196.

(7) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص 84.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة وإلا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة<sup>(1)</sup>.

إن فكرة الأمن القانوني لا تقتصر بالنسبة للاجتهادات القضائية الدولية؛ بقدر ما أنها فكرة حاضرة ضمن الاجتهادات القضائية الوطنية، سواء بالنسبة للقضاء الإداري أو حتى العادي؛ لكن ما يهمنا أكثر هذا الأخير. ولعل أول مناسبة للإقرار بالفكرة؛ القرار الصادر في 23 فيفري 1987<sup>(2)</sup> الذي نقض فيه المجلس الأعلى للقضاء -سابقاً المحكمة العليا حالياً- حكماً لمجلس قضاء تلمسان، وأكد أن ما هو مقرر قانوناً هو عدم سريان القانون، إلا على ما يقع في المستقبل وعدم ترتيبه لأي أثر رجعي. وكل قضاء يعكس ذلك يعدّ خرقاً للقانون. كذلك القرار الصادر في 19 ديسمبر 1988<sup>(3)</sup> الذي خلص فيه المجلس الأعلى، بأن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق، والقضاء بخلاف ذلك يعدّ مخالفاً للقانون. أيضاً عندما نقض المجلس الأعلى للقضاء القرار المتعلق ببيع ملك الغير وأكد أن القضاء بصحته وفقاً للأوجه المثارة من كلا الأطراف يعدّ مخالفاً للقانون<sup>(4)</sup>. أيضاً مضمون القرار الصادر في 18 أبريل 2013<sup>(5)</sup> والذي أكدت فيه المحكمة العليا أن تطبيق المادة 367 ف3 من ق.إ.م.إ. إضفاء قوة الشيء المقضي فيه للحكم الصادر أول درجة في حالة عدم السير في الدعوى أمام جهة الإحالة في الأجل القانونية<sup>(6)</sup>.

(1) - حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2016، ص56. انظر أيضاً: غمجة عبد المجيد، المرجع السابق، ص07.

(2) - قرار المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 44507، المؤرخ في 23 فيفري 1987، المجلة القضائية، العدد 02، الصادر سنة 1991، ص47.

(3) - قرار المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 52269، المؤرخ في 19 ديسمبر 1988، المجلة القضائية، العدد 02، الصادر سنة 1991، ص68.

(4) - قرار المجلس الأعلى للقضاء، الغرفة المدنية، ملف رقم 51734، المؤرخ في 17 فيفري 1988، المجلة القضائية، العدد 02، الصادر سنة 1991، ص11.

(5) - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 0876753، المؤرخ في 18 أبريل 2013، المجلة القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 01، الجزائر، الصادر سنة 2013، ص167.

(6) - تنص المادة 367 ف3 على: "يترتب على عدم إعادة السير في الدعوى أمام جهة الإحالة في الأجل أو عدم قابلية إعادة السير فيها، إضفاء قوة الشيء المقضي به للحكم الصادر في أول درجة، عندما يكون القرار المنقوض قد قضى بإلغاء الحكم المستأنف"، من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 21، الصادر في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، المؤرخ في 13 جويلية 2022، المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 48، الصادر في 17 جويلية 2022.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

دون اغفال العمل العلمي الذي احتضنته المحكمة العليا بمناسبة مرور خمسين سنة على تأسيسها، حيث إحتضنت ندوة علمية حول الأمن القانوني والقضائي لسنة 2014، ومدى مساهمة الباحثين والقضاة بمداخلات قيمة كرست القيمة القانونية والأهمية القضائية للمبدأ<sup>(1)</sup>.

صفوة القول؛ فإنّ الأمن القانوني الذي نقصده في إطار الدراسة، ليس المفهوم الذي اقترن بالقانون العام المرتبط بالدرجة الأولى بدولة القانون والعدل، بل الأمن في القانون الخاص -ما تعلّق بالعقود-. ومن خلال مجمل الآراء والتعاريف المقدّمة لفكرة الأمن القانوني -مجتمعة- يتبين أنّها قد تضمّنت أهم العناصر التي يقوم عليها الأمن القانوني والمتمثلة في: وضوح القوانين وإمكانية الوصول إليها وعدم رجعيّتها، عنصر إستقرار المراكز القانونية، إحترام الحقوق المكتسبة ومبدأ الثقة المشروعة؛ وخلاف هذه الأسس والأفكار نكون أمام حالة اللأمن القانوني ومن مظاهره: التّضخّم التشريعي، وعدم إستقرار القواعد القانونية وخروج النّص عمّا يفرضه الواقع، وكذا سوء الإجتهاد القضائي. كما يظهر لنا، أنّ مبدأ الأمن القانوني ليس مجرد فكرة تضمن للأفراد حقوقهم، بل أصبح قيمة قانونية، وغاية في حدّ ذاته، تهدف معظم التّشريعات إلى تحقيقه، وهذا بالنظر إلى إعتباره جزءاً مشتركاً لمجموعة من الحقوق والمبادئ (الحقّ في الأمان، الحقّ في الحماية، الحقّ في الإستقرار، الحقّ في التّوقّع... إلخ).

انطلاقاً من مضمون ما أوتي من هذه المقاربات، الهادفة لضبط فكرة الأمن القانوني، نرى وبكلّ تحفّظ، ضرورة اقتراح تعريفاً للفكرة -إن لم يكن في ذلك من مبالغة- كالآتي: يعدّ الأمن القانوني أحد مبادئ دولة القانون الحديثة؛ وهو فكرة قديمة مرتبطة أساساً بالحقّ الطّبيعي للفرد في الشّعور بالحماية والأمان، ويهدف أساساً إلى ضمان إستقرار النصوص القانونية والابتعاد عن كلّ ما يؤثّر على التّوقعات المشروعة للأطراف وعلى حقوقهم المكتسبة؛ غير أنّ تحقيق هذا المفهوم يستدعي التّعرف على متّطلبات تكريس الأمن القانوني في الواقع، وضرورة وضع الميكانيزمات، وتبني الآليات التي ستساهم في تحقيقه فعلياً.

## الفرع الثاني

### مقتضيات تكريس الأمن القانوني

لقد مهّد الأستاذ طوماس (PIAZZON Thomas) دراسته حول الأمن القانوني، مشيراً إلى أنّه القيمة الأساسية في المجتمع؛ وإذا ضاعت هذه القيمة فلا يوجد قيمة أخرى قد تعوّضها<sup>(2)</sup>. ففكرة الأمن القانوني، تحتلّ مكانة بارزة في الأنظمة القانونية<sup>(3)</sup>، والتّكريس الدّستوري للمبدأ إجراء غير كافٍ لتحقيق

(1) - لقد تم نشر معظم المداخلات المتعلّقة بالندوة في عدد خاص، لمجلّة المحكمة العليا لسنة 2014.

(2) - PIAZZON Thomas, Op-Cit, p01..

(3) - HENRI De Castries, NICOLAS Molfessis, Op-Cit, p27. THOMAS Gruel, Op-Cit, p14.



# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

مختلف الأهداف المسطرة له<sup>(1)</sup> لاسيما الوصول لبناء دولة القانون. بل لابدّ إضافة لذلك، تحقيق البحث عن مجمل الأدوات والأسس والمقومات المترجمة للأمن القانوني؛ كالوضوح والجودة للقاعدة القانونية<sup>(2)</sup> وإلاّ أعتبر مجرد نظرية فلسفية قائمة بذاتها، دون أن يكون لها وجود مادي ملموس.

إنّ القيمة الأولى التي وجب الوصول إليها؛ هي الأمان في القانون<sup>(3)</sup>، فهو أساس انسجام العلاقات القانونية، وقد أشار الأستاذ فرونسوا (FAVENNEC-Héry Françoise)، أن الأمن يعني في مجمله، وجود بيئة قانونية موثوقة<sup>(4)</sup>، أمّا الأستاذة كالمس (Calmes) فتري، أن الأمن القانوني متوقّف على ثلاثة ركائز أساسية، تتراوح بين إمكانية التنبؤ، إمكانية الوصول، والإستقرار<sup>(5)</sup>؛ في حين أكّد البعض الآخر على ثنائية، الإستقرار والتنبؤ بالقانون<sup>(6)</sup> فقول بشأنهما، أن التنبؤ وإستقرار (La prévisibilité et la stabilité) القاعدة القانونية له صلة وثيقة بميلاد فكرة التوقعات المشروعة والتي تعدّ جوهر فكرة الأمن القانوني<sup>(7)</sup>. أمّا آخرون المبدأ، على الجودة للنصوص القانونية وأعتبروها الركيزة الجوهرية والأساسية لضمان الأمن في القانون، أمّا باقي المتطلّبات الأخرى أمور ثانوية وفرعية<sup>(8)</sup>، في حين، أشار التقرير المرفوع إلى رئيس الجمهورية الفرنسية، المتضمّن تعديل قانون العقود والنظام العام للإثبات، إلى طرق تمكّن من الوصول إلى تحقيق الأمن القانوني، بوجوب مقروئية النصّ القانوني وضمان الموصولية إليه<sup>(9)</sup> وكذا استقراره؛ والتي تمثّل جوهر القاعدة القانونية المكتوبة<sup>(10)</sup>.

(1)- BRAHIM Dalil, Op-Cit, p390.

(2)- ZUOAIMIA Rachid, Op-Cit, p277.

(3)- Voir: RENAN Friederich, Op-Cit, p13.

(4)-FAVENNEC-Héry Françoise, La sécurité juridique en droit du travail, Lexisnexis, Paris, 2013, p07.

(5)- BRAHIM Dalil, Op-Cit, p197. PIAZZON Thomas, Op-Cit, p15.

(6)- LAURENCE Boy, JEAN-Baptiste Racine SIRIAENIN Fabrice, Sécurité juridique et droit économique, Larcier, Bruxelles, 2008, p13. SOULAS De Russel Dominique, RAIMBAULT Philippe, Op-Cit, 88.

(7)- LAURENCE Boy, JEAN-Baptiste Racine, Op-Cit, p13.

(8)- TEYSSA Gustan, Op-Cit, p24.

(9)- « La sécurité est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve. En effet, en la matière, le code civil , quasiment inchangé depuis 1804 , ne reflète plus, dans sa lettre, l'état du droit», Regarder , Le rapport au président de la république relative à L'ordonnance N°2016-131, Du 10 février 2016, Portant la réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F, N° 0035, Du 11 février 2016.

(10)- STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : pourquoi, pour qui, comment ? », Art publier dans l'ouvrage collective intitulé sur : L'avant - projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Lextenso, L.G.D.J, Paris, 2024, p14.



# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

لقد حاول المشرع الجزائري توضيح ركائز الأمن القانوني بموجب التعديل الأخير للدستور، وفقاً للمادة 34 في شقها الأخير: "... تحقيقاً للأمن القانوني، تسهر الدولة، عند وضع التشريع.... على ضمان الوصول إليه ووضوحه وإستقراره"<sup>(1)</sup>، وبناءً على ذلك، فمقتضيات تحقيق الأمن القانوني كالتالي:

## أولاً: مقروئية القاعدة القانونية

توصف اللغة على أنها، الكائن الحي، الذي يولد وينمو ويتطور، نظراً لتطور الشعوب والمجتمعات مما يفرض ضرورة اختيار كلمات واصطلاحات تخدم واقع المجتمعات، وكذا استنباط تعابير جديدة منسجمة وملائمة مع المعاني والأهداف المقصودة<sup>(2)</sup>. فلم القانون يبنى على المصطلح القانوني الذي يختلف عن المصطلح الأدبي<sup>(3)</sup> فدلالته هي ما يحدد الغاية من إستخدامه<sup>(4)</sup>، وهنا يؤكد الأستاذ هنري (CAPITANT) (Héni) أن: "اللغة هي الغلاف الأول للقانون ويجب بالضرورة اختراقها للولوج إلى محتواه"<sup>(5)</sup>.

إنّ تحديد الدلالة الدقيقة للمصطلح القانوني، قد يكون مردّه إلى التشريع (كثيراً ما يتكلف المشرع مهمة وضع تعريفات للمصطلحات القانونية)، كما قد يكون مردّه إلى الفقه القانوني (الذي تعدّ إحدى مهامه الأساسية) ولا يوجد ما يمنع الإجتهد القضائي من القيام بالمهمة (عندما يتقمّص القاضي مهمته في تفسي المصطلح القانوني)<sup>(6)</sup>؛ غير أنّ اللغة التي نقصدها في موضع -مقروئية القاعدة القانونية- اللغة التشريعية المعتمدة من قبل المشرع في إختيار المصطلح الأنسب، أو الصياغة التشريعية الأنجع؛ لإخراج القاعدة القانونية من الجانب النظري إلى الجانب العملي، وحتى تؤدي دورها في الواقع<sup>(7)</sup>. فالقواعد القانونية يجب أن تتسم بالمقروئية، بمعنى قابليتها للقراءة، والفهم الصحيح لها من قبل المخاطبين بها، ولا يتحقّق عنصر أو إعتبار المقروئية؛ إلّا بإتّباع اعتبارات جانبية، والتي تشكّل بمجملها جوهر ومحتوى المقروئية؛ إبتداءً من وضوح القاعدة، مروراً بجودة الصياغة القانونية لها.

(1) - المادة 34، من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام 2020، المرجع السابق.

(2) - مورييس نخلة وآخرون، القاموس القانوني الثلاثي: قاموس قانوني موسوعي شامل ومفصل (عربي - فرنسي - انجليزي) منشورات الطلي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 05.

(3) - بن رجدال آمال، علي موسى خدوجة، "قراءات فقهية جديدة في إطار تطور القانون"، مداخلة ملقاة في أشغال اليوم الدراسي حول: "دور التشريع والفقه والإجتهد القضائي في تطوير القانون" يوم 23 نوفمبر، منشورة بمجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، عدد خاص، الجزائر، 2021، ص 92.

(4) - بشار عننان ملكاوي، المرجع السابق، ص 03.

(5) - انظر توطئة: كورنو جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، د.ص.

(6) - بشار عننان ملكاوي، المرجع السابق، ص 03.

(7) - ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Le nouveau droit des contrats (guide bilingue a l'usage des praticiens), Lextenso, L.G.D.J, Paris, 2019, p45.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

## 1. إعتبار وضوح القاعدة القانونية

يعدّ مبدأ وضوح القواعد القانونية من أهمّ المبادئ الأساسية للدولة القانونية الحديثة<sup>(1)</sup> التي تهتم بفكرة الأمن القانوني، فإذا كان هذا الأخير يُعنى بجودة النظام القانوني، الذي يضمن للمواطنين فهماً وثقةً في القانون في وقت معين، والذي يرجّح بأن يكون قانون المستقبل. فإنّ وضوح القاعدة القانونية يؤدي إلى الحفاظ على الأمن القانوني.

فإذا كانت غاية القانون، الإهتمام بتنظيم سلوكيات المجتمع؛ فمن مقومات هذا التنظيم، ودواعي بقائه وتحقيق هدفه، أن يظهر فيه العدل والمساواة وإحترام فكرة الأمن القانوني<sup>(2)</sup>، صف على ذلك، فمراعاة طبيعة الجمهور تفرض على المشرّع سن القوانين الموجهة للمواطن - لا سيما العادي - بلغة مفهومة واضحة قابلة للتطبيق، وبأسلوب لا يحتمل التأويل بكثرة، وإلاّ أصبح القاضي بذلك مشرّعاً<sup>(3)</sup>، خارجاً عن وظيفته الأولى ألا وهي تطبيق القانون.

يترتّب على وضوح التشريع؛ الاتساق والانسجام بين القوانين تحقيقاً للعدالة؛ بمعنى المخالفة، عدم وضوح القوانين، كأن يكون بينها إصطدام مع نصّ أو نصوص أخرى بشكل لا يسمح الجمع بينهما على الرغم من وضوح محتواه، يترتّب عنه غياب العدالة<sup>(4)</sup>. فغموض النصّ يؤدي إلى إهدار ثقة المواطنين به<sup>(5)</sup>، نظراً لكونه غير واضح الدلالة، ولا يدلّ على ما فيه بالصيغة التي وضع فيها، فيحتاج لفهمه أن يستكمل من خارج عباراته. ونتيجة لذلك، يضطرّ المشرّع إلى إصدار قوانين تفسيرية لإزالة الغموض عنه، أو إعطاء الرخصة للغير بالتدخّل لتفسير فحواه، وقانون العقود ليس بمنأى عن كلّ هذا.

## 2. إعتبار جودة الصياغة القانونية

لا يمكن تحقيق الأمن القانوني ومحاربة الشك والتعقيد الذي آلت إليه القواعد القانونية مؤخراً، إلاّ إذا كانت هذه الأخيرة تمتاز بجودة الصياغة القانونية<sup>(6)</sup> من خلال، بناء القواعد القانونية بعد محاكاة، وإدراك واقع المجتمع وتحويله إلى نصوص وعبارات قابلة للتطبيق.

(1) - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 89.

(2) - شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 351.

(3) - المرجع نفسه، ص 352.

(4) - أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التّوقّع المشروع، دار الفكر الجامعي، مصر، 2017، ص 797.

(5) - BELTRAME Pierre, Op-Cit, p15.

(6) - مهند جاسم محمد، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة، مذكرة ماجستير، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2020، ص 11.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

يُقصد بالصياغة القانونية الجيدة؛ عملية نقل الأفكار والمعطيات، وتحويلها إلى نصوص قانونية تصلح لتطبيقها على أفضل وجه، مما يتوجب على المشرع ضرورة الإلمام بأدواتها حتى تكون القوانين المشرعة شافية وناجعة<sup>(1)</sup>. فالصياغة التشريعية من أهم العناصر التي تكون القاعدة القانونية، باعتبارها تبت فيها الروح، وتجعل منها صالحة للتطبيق. وحسن نجاتها متوقفة إلى حد كبير على حسن صياغة تلك القاعدة، وخلوها من العيوب التي يمكن أن تشوبها.

من المعلوم جيداً، أن الصياغة القانونية الجيدة لا تخرج عن كونها علم وفن صعب<sup>(2)</sup>؛ بحيث أنها لا تهتم بإصدار قانون جيد من الناحية الاجرائية فحسب؛ وإنما تُعنى، إصدار قانون متطور في منتهى الوضوح<sup>(3)</sup> منسجم مع تغيرات المجتمع، وغير متعارض مع التشريعات الأخرى. كما أن ضمان جودة الصياغة من قبل المشرع ستحدّد نطاق حركة القاضي في المعاملة دون أن يلغيها، وبذلك سيققق المشرع التوفيق بين المرونة وعملية التنبؤ<sup>(4)</sup>. يعني بمعنى المخالفة؛ فإنّ عدم إحترام أسس وإعتبارات الصياغة التشريعية الناجحة سيولّد الرّداءة في نوعية القوانين، وحركة عشوائية للقضاة في المعاملات.

تتمّة لذلك؛ فإنّ عيوب الصّنع تكون أحياناً فاضحة، والمشرع الجزائري ليس بمنأى عن كلّ هذا، وهو ما يظهر في المعاملات العقدية، حيث أنّ المشرع الجزائري وقع في أكثر من مرة في عدم التمييز بين المصطلحات أو عدم الجودة في الصياغة أو التسمية، وهو ما نلمسه في الأحكام المنظمة لعملية عقد البيع والشراء، وتسميته بعقد البيع فقط؛ مشيراً إلى العملية الأولى متجاهلاً العملية الثانية، على الرغم من أنّها عملية عقدية تبرم بين طرفين، وتجمع بين مركزين مختلفين للمتعاقدين، وبوجود أحكام تنظم كلاهما وبإستقلالية تامّة عن الطرف الآخر-البائع والمشتري- وليس البائع فقط. والغريب في الأمر أنّ المشرع، وحتىّ الفقه الجزائري لم يتقنّ لمثل هذه التّجاوزات والاختافات الخطيرة المترجمة لغياب الجودة والفعالية للنص القانوني<sup>(5)</sup>.

كما تظهر عدم جودة الصياغة القانونية؛ وقوع المشرع في الخلط بين المصطلحات؛ وهو ما نستشفه في ذات العقد- عقد البيع والشراء- على سبيل المثال -لا الحصر- حيث، إستخدم مصطلحي البائع والمشتري في القانون المدني للدلالة على مركزي المتعاقدين المتقابلين، وفي كلّ مرة ينظّم في القانون

(1)- محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص124.

(2)- مهند جاسم محمد، المرجع السابق، ص22.

(3)- بوكماش محمد، كلاش خلود، "مبدأ الأمن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الإداري"، مجلة البحوث والدراسات،

المجلد 14، العدد 24، كلية الحقوق، جامعة حمة لخضر، الوادي، 2017، ص139.

(4)- STOFFEL-Munck Philippe, Op-Cit, p114.

(5)- بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص32.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

المدني عقداً ذات أحكام البيوع يتقيد بنفس الإصطلاح وحسن ما فعل. غير أنّ الوضع ليس سيّان بالنسبة للتشريعات الخاصة؛ أين لم يتقيد المشرع بنفس المصطلح لنفس المركز القانوني، حيث نجده في بعض الحالات في قانون حماية المستهلك، تارةً يستخدم مصطلح المستهلك، وتارةً اسم مقتني أمّا في قانون الممارسات التجارية، فأطلق على البائع اسم العون الاقتصادي.

وتتنطوي وجهة النظر هاته؛ أنّ، عدم حسن إختيار المصطلحات، وعدم ضبطها؛ غالباً ما تكون له مخاطر خطيرة ممثلة في غموض الأحكام، والمعاني، وخروج النصّ عن فحواه؛ بشكلٍ يؤثر سلباً على مراكز المتعاقدين وحقوقهم أولاً، وعلى فكرة الأمن في القانوني واهتزاز صورة القانون في نظر الأفراد ثانياً.

وفي واقع الأمر؛ وبالإضافة إلى عدم جودة الصياغة التشريعية للمشرع الجزائري، فهو مقتبس ومترجم فاشل في أغلب الحالات، بحيث وقع في ازدواجية المعنى أحياناً، أو أنّ المعنى لا يتماشى مع هدف القاعدة أحياناً أخرى، فيفرغ القاعدة من محتواها. فإخراج القاعدة القانونية إلى الواقع، لا يتحقق إلا بواسطة وسائل فنية لازمة، لإنشائها وللتعبير عنها.

هكذا يتبين؛ أنّ نجاح القواعد القانونية مرهون بمدى دقة وجودة الصياغة القانونية، ومدى ملاءمتها للناحية الواقعية، من خلال الإبتعاد عن التعقيد في الصياغة، والتضخم، والتناقض، والتعارض بين النصوص. والإهتمام بفنّ الصياغة، ليس إلا لخدمة فكرة الأمن القانوني، ولتحقيق دولة القانون عن طريق سنّ قانون متطور، ودقيق، وفي منتهى الوضوح.

### ثانياً: موصولية القاعدة القانونية

يجب أن تكون القواعد القانونية معلومة لدى المخاطب بها <sup>(1)</sup>، ولا يتحقّق العلم بها، إلا إذا أتيح إمكانية الوصول إليها من قبل المخاطبين بها وحتى بالنسبة للقضاة <sup>(2)</sup>، حيث يقع على الدولة إلزام بإبلاغ النصوص القانونية للأفراد، والسّماح لهم ببناء توقعاتهم على أساسها <sup>(3)</sup>، والإلتزام بإحترام هذه التوقعات. يرى البعض أنّ المعنى الدقيق لموصولية النصّ القانوني، يدور في فلك الإلتزام بالشفافية؛ أي الوصول المادي إلى سيادة القانون، والذي يعني في حد ذاته الحق في الحصول على المعلومة <sup>(4)</sup>. فالقانون يُمثل سيادة الدولة، ويتحقّق الوصول إليه، عن طريق التزام الدولة باستخدام تقنيات ووسائط تتماشى مع تغيرات

(1) - لموشية سامية، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، مطبعة منصور، الوادي، 2022، ص27.

(2) - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص95.

(3) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص61.

(4) - GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Le nouveau droit des obligations (Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil), 02<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2018, p24.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

المجتمع، قصد استهداف فئة عالية من المخاطبين بمضمون القاعدة القانونية، وذلك من شأنه تحقيق العلم الكافي بهذه النصوص، ومن ثم معرفة ما يجب فعله، وما يجب تجنبه<sup>(1)</sup>.

لقد أشار المشرع الجزائري فعلاً إلى هذا العنصر؛ حيث تكفل المادة 51 من الدستور للمواطنين الحق في الحصول على المعلومة: "الحصول على المعلومات... مضمونان للمواطن"<sup>(2)</sup>، فالدولة تسعى لإعلام مواطنيها بالقواعد القانونية، وتضمن في ذلك حقهم في الوصول إليها، فالأمن القانوني يفرض عقلاً وعدلاً علم المخاطبين بوجود القاعدة القانونية. والولوج أو الوصول إلى القانون له وجهان؛ أحدهما مباشر والآخر غير مباشر.

## 1. الولوج المادي والفكري للقانون

يُعد الوصول المادي والفكري إلى القاعدة القانونية<sup>(3)</sup> الوجه المباشر لتحقيق الموصولية إلى القانون؛ ويتحقق الوصول المادي للقواعد القانونية من خلال آليتي الإصدار والنشر<sup>(4)</sup> حتى يكتمل الوجود الحقيقي للقانون، ويكتسب عنصر الإلزام. كما أنه، ولتطبيق قاعدة لا يعذر أحد بجهل القانون لابد من إصدار القانون، ويستدعي هذا الإجراء ضرورة تسجيل التشريع الذي تم سنّه وجعله موضع التنفيذ، وهذا التسجيل يعد بمثابة شهادة ميلاد للتشريع الجديد وكأساس قانوني لتطبيقه.

أما عملية النشر، فتعني بنشر القوانين في الجريدة الرسمية<sup>(5)</sup>، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 04 من ق.م.ج، التي تنص على أن: "تطبق قوانين الجمهورية في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداءً من يوم نشرها في الجريدة الرسمية". ويفهم من ذلك، أن المشرع يعتبر القانون معلوم من قبل الكافة بمجرد نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، وبمجرد نشره ومرور المدة الزمنية المحددة قانوناً يفترض علم الكافة به ولا يقبل بعدها الاحتجاج بجهل القانون وعدم العلم به.

وحرصاً على استبعاد ظاهرة عدم العلم بالقانون من جهة، ولمسايرة التطورات الرأهنة لاسيما بدخول التكنولوجيا إلى الحياة الاجتماعية والقانونية من جهة مقابلة؛ عملت الدولة على تحقيق فعالية الوصول المادي للقوانين، من خلال وضع موقعاً إلكترونياً يسمى بموقع الجريدة الرسمية، تحت تصرف المواطنين الراغبين في الاطلاع على أحدث القوانين، بصورة تتماشى مع التطورات الحديثة التي يشهدها العالم. فأصبح

(1) - أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، المرجع السابق، ص791.

شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص351.

(2) - المادة 51 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016، المرجع السابق.

(3) - JEAN -LOUIS Bergel, Op-Cit, p273.

(4) - محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص137.

(5) - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص112.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

المواطن قادراً على الوصول المادي للقوانين، وتحملها من أي مكان في ثوانٍ معدودة بمجرد الضغط على زر الموقع ([WWW.JORADP.DZ](http://WWW.JORADP.DZ)). فأصبحت بذلك، مسألة الوصول المادي للقانون في خضم هذا التطور الهائل يتم بسرعة كبيرة.

أما الولوج الفكري أو المعنوي للقاعدة القانونية؛ فإنه يرتبط باعتبارات عدة، جعلت منه الاعتبار الأكثر حساسية وخطورة من الوصول المادي؛ فوجود القاعدة القانونية لا يكف؛ بل لابد وإضافة لذلك أن تكون القاعدة قابلة للقراءة، وسهلة الاستيعاب من المخاطبين بها.<sup>(1)</sup> ولا يتحقق ذلك، إلا من خلال إلزام السلطات بسن القوانين باستخدام لغة واضحة، تتيح للمخاطب إمكانية إدراك حقوقه والتزاماته. بمعنى أن تتم صياغة القواعد القانونية بطريقة واضحة، وبأسلوب لا يحتمل التأويل<sup>(2)</sup>، وكذا الإحاطة بكل الجوانب التقنية والفنية للمسألة المراد تنظيمها، وبشكل يكون أكثر وضوحاً وتناسباً مع الحاجة الواقعية في المجتمع، وتطوّراته.

وفي واقع الأمر؛ وعلى الرغم من أهمية هذا الإجراء الذي تبنته الدولة، إلا أن الإشكال الحقيقي لا يكمن فقط بضمان الوصول المادي أو الفكري للقانون، بقدر ما يتعلق بحجم القوانين الرأهنة، الصادرة من السلطات المختصة. فأصبح أمر استيعابها مستحيل حتى وإن تم الوصول إليها، فأصبحنا وفي كلّ مرة نتعاش مع قانون حديث العهد، نتفاجأ، إمّا؛ بصور قانون جديد يلغي الأول، أو بتعديل هذا الأخير؛ ناهيك عن الصياغة التشريعية التي قليل ما يقال عنها أنها صياغة رديئة، لا تليق بأعلى مؤسسة من مؤسسات الدولة. وهو ما يُشكّل خطراً على فكرة الأمن القانوني عموماً، ويثير الخوف لدى المواطنين، وحتى المتخصصين في المجالات القانونية، وحتى بالنسبة للقضاة أنفسهم على وجهٍ خاص.

فالوصول المادي إلى القانون غير كافٍ لضمان فعالية الأمن فيه، والوضع الراهن يستدعي إصدار قوانين شاملة جامعة، مانعة، تخدم البيئة الإجتماعية، ومختلف معطياتها المتغيرة، بشكلٍ يساهم في تعزيز الأمان في القانون. كما أنه، وعلى الرغم من وضوح كيفية تحقق الولوج الفكري للقانون، ناهيك عن أهميته؛ إلا أن الناحية العملية والتطبيقية، تُظهر لنا أن ممكن الثغرة والصعوبة لا يكمن في كيفية الوصول إلى القانون سواء مادياً أو فكرياً؛ بقدر ما يتعلق الإشكال فعلاً وحقيقةً بحجم القوانين الرأهنة.

## 2. إمكانية التنبؤ بالقانون

يُمثّل اعتبار إمكانية التنبؤ بالقانون الوجه الثاني - غير المباشر - لمطلب موصولية القاعدة القانونية. وتعدّ فكرة التنبؤ بالقاعدة القانونية، أبرز ركائز فكرة الأمان في القانون، حيث قال بشأنها الأستاذ

(1)-PIAZZON Thomas, Op-Cit, p17.

(2) - عبد الله لعويجي، "الأمن القانوني وعوائق تحقيقه في الجزائر"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 06،

العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2021، ص106.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

طوماس (PIAZZON Thomas) من قال أمناً أشار إلى فكرة التوقعات ( Qui dit sécurité , dit prévision )<sup>(1)</sup> ويُقصد بها؛ قابلية القاعدة القانونية للتوقع والتنبؤ بها من قبل المواطنين، والتنبؤ بالقانون (La prévisibilité du droit) يشمل إمكانية فهم المستقبل في الحاضر، فإذا كان الاستقرار يخص الماضي فإن التنبؤ والتوقع يخص المستقبل.<sup>(2)</sup> فإمكانية التنبؤ بمضمون، ونتائج القانون، والجزاء المترتبة عن مخالفة أحد السلوكات المنظمة بنص القانون<sup>(3)</sup>؛ عُدّ جوهر فكرة الأمان لأحد موضوعات القانون، لاسيما من جانب قانون العقود.

بناءً على ذلك؛ يُفهم، أنه لا يكفي مجرد الوصول المادي والفكري للقانون لتجسيد فكرة الأمن القانوني؛ بل لابدّ ناهيك عن ذلك، أن تكون التوقعات المشروعة في القانون محمية بالقانون ذاته، وكلّ تهديد لها مساسٌ بفكرة الأمن القانوني، ويرتبط هذا العنصر بمدى قدرة المواطنين على توقع عمل الهيئات المختصة بإصدار القوانين، ومضمونها، ومداها، وحتى أبعادها؛ ونطاق فكرة التوقع لا تقتصر على النصوص القانونية فحسب، بل تمتدّ حتى إلى عمل القضاة، بأن تكون أحكامهم وقراراتهم، وحتى اجتهداتهم تدور في فلك اعتبار احترام التوقعات المشروعة.

## ثالثاً: إستقرار القاعدة القانونية

إنّ الأمن والاستقرار أحد ضرورات الحياة الإجتماعية<sup>(4)</sup>، ويهدف كلّ نظام قانوني لتحقيقهما باعتبارهما أمراً لازماً لا طمئنان الأفراد إلى حياتهم، وأموالهم، ومصالحهم المشروعة<sup>(5)</sup>. ومتى كانت القاعدة القانونية قاعدة مستقرة، ترتّب عن ذلك إستقرار الحقوق الشخصية، والمراكز القانونية للأفراد، والعكس<sup>(6)</sup>. لا وجود لفكرة الأمن القانوني دون تحقيق الإستقرار<sup>(7)</sup>، ويشير مدلول هذا الأخير (La Stabilité)، إلى حالة الدوام والثبات والصّلابية، أي دوام الأوضاع وثباتها واقعياً وبتغير الظروف يمكن أن يتحوّل إلى

(1)-PIAZZON Thomas, Op-Cit, p221.

(2)- TEYSSA Gustan, Op-Cit, p25.

(3)-PIAZZON Thomas, Op-Cit, p54.

(4)- آوت عمر قاصر حاجي، مبدأ إستقرار المعاملات (دراسة تحليلية في القانون المدني)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2017، ص51.

(5)- بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص45.

(6)- CASSIN René, Op-Cit, p 283.

(7)-ERIC Cevaer, «.sécurité juridique et vente d'immeuble »?, Art. Publié à l'occasion de l'acte congrès N° 11, Intitullé sur: «.La sécurité juridique un défi authentique», Op-Cit, p813.



# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

اللاإستقرار<sup>(1)</sup> وهو ما نلمسه فعلاً بالنسبة للمعاملات العقدية في ظل انفصال النص القانوني عن الواقع وتعارضه نتيجة ثبات النص القانوني من جهة، يقابله تغير الأوضاع الاجتماعية من جهة مقابلة.

وهكذا؛ أصبحت الحاجة إلى الاستقرار مطلب ضروري، سواء بالنسبة إلى القواعد القانونية أو حتى على مستوى جهاز القضاء؛ فإذا كان الإستقرار مصدر قوة وجودة القاعدة القانونية مما يفتح المجال لاستيعابها وتحقيق الأمن في القانون<sup>(2)</sup>، فإن ذلك ما يؤكد حقيقة؛ أن القانون غير المستقر يهدم التوقعات المشروعة للأفراد، على نقيض ما تتطلبه نظرية الأمن القانوني.

قد نفع في إختلاط بين معاني مبدأ الأمن القانوني وفكرة الإستقرار ذاتها خاصة أن كل منهما يمتاز بالتعقيد والغموض فنعتبره فكرة واحدة، مثلما فعل العديد من الباحثين<sup>(3)</sup>، والأمر ليس كذلك، فوفقاً لما تم توضيحه، فإن الإستقرار ليس إلّا مطلباً وعنصراً من العناصر المكونة للأمن القانوني، ولا يعني الأمن القانوني ككل. بدليل، أنه يمكن أن يتحقق الإستقرار في القوانين دون أن يتحقق الأمن القانوني؛ كغياب وضوح أو جودة القاعدة القانونية أو عدم امكانية الولوج إليها مادياً أو فكرياً.

## رابعاً: الحاجة إلى ضمان فعالية القاعدة القانونية: الإعتبار الغائب

مبدئياً؛ فإن القيمة القانونية للنص القانوني تتحدد في قابليته للتطبيق<sup>(4)</sup>، حتى لا يُستبعد التشكيك بقيمته<sup>(5)</sup>، ولتقادي هذا المظهر الأخير، نحتاج أكثر إلى إعتبار آخر غائب عن الإعتبارات التي تضمّنتها المادة 34 من الدستور لسنة 2020، وحتى بالنسبة للقوانين المقارنة؛ إننا نتحدث عن فعالية القاعدة القانونية لا سيما تلك المنظمة للعقود، ودورها في تحقيق الأمن القانوني.

في سياق التوضيح، تساءل الفقه الفرنسي<sup>(6)</sup> عن المرجعية الحقيقة وراء قيام المشرع الفرنسي بإصلاح القانون المدني؛ فتوصلوا إلى التأكيد على أن الفجوة بين نصوص قانون نابليون 1804<sup>(7)</sup>، والواقع الفرنسي

(1) - كورنو جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص 160.

(2) - TEYSSA Gustan, Op-Cit, p24.

(3) - انظر في شأن ذلك: يس محمد الطباخ، الإستقرار كغاية من غايات القانون (دراسة مقارنة)، دار الكتب والوثائق القومية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2012، ص 37 انظر أيضاً: أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، المرجع السابق، ص 20. كذلك: بوكماش محمد، كلاش خلود، المرجع السابق، ص 139.

(4) - FAVENNEC-Héry Françoise, Op-Cit, p14.

(5) - THOMAS Gruel, Op-Cit, p56.

(6) - STOFFEL-Munck Philippe, Op-Cit, p11.

(7) - Regarde, Le code civil français, Sur le site électronique: <https://www.legifrance.gouv.fr> Consulté le: 11 avril 2023, à 01:00 h.



## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

الحالي، كان السبب الرئيسي للمطالبة بالتعديل قصد إعادة القانون المدني وظيفته، المتمثلة في التعبير عن القانون. إضافة إلى الحاجة إلى ضمان الاتساق الداخلي للقانون؛ وهي فرصة للوقوف حول مضمون القانون البريتوري، والتأكيد على نجاعة القانون المكتوب.

أما البعض الآخر ففضل الوقوف حول وصف مكانة القانون المدني الفرنسي ضمن البيئة القانونية الحالية، فاختصر الوضع في القول، أنّ قواعده قديمة تجاوزها الزمان<sup>(1)</sup>، ولا تصلح كما هي لحكم الأوضاع المستجدة في البيئة الفرنسية.

إنّا نتحدّث عن مطلب جوهري تفتقره النصوص القانونية المدنية "فعلية القاعدة القانونية"؛ ونقصد بها، خدمة النص القانوني للواقع المعاش، بمعنى أن لا ينفصل كلّ منهما عن الآخر، لاسيما أنّ القاعدة القانونية بمجملها قاعدة سلوك اجتماعي، وهذا الأخير؛ وبحكم أنّه نسبي ومتغير، فإنّ المنطق يفرض أن تواكب القاعدة القانونية جديد العلاقات لاسيما العقدية منها، وأن لا تظلّ حبيسة التقنين أو الأمر، دون أن تخرج إلى الجانب العملي لتأدية وظيفتها الأولى المتمثلة في الحماية -حماية الحقوق وضمان الأمن للأفراد. فالنص يجب أن يخرج من الحيز النظري، وأن يحتكّ بالأوضاع الراهنة المستجدة.

إنّ الإشكال الذي اعتري قانون العقود ولا يزال، يتعلّق بانفصال النص القانوني عمّا تقرضه المعطيات الاجتماعية الإقتصادية وحتى التكنولوجية، وغيرها من المجالات. والحلّ لذات الإشكال يتعلّق في البحث عن ضمان فعالية القاعدة القانونية، بإيجاد أسس توافقية تضمن التوافق ما بين النص وما بين الواقع، حتى يتّسم الأمن القانوني بالكمال والاتساق.

صفوة القول؛ فإنّه ومن خلال مقومات فكرة الأمن القانوني، تظهر وبوضوح أهمية المبدأ في تحقيق الإستقرار في المعاملات، ونظراً لأهميته، قام الفقه الفرنسي بإدراجه ضمن أحد الأسباب والدوافع الأولى التي تضمّنها التقرير المرفوع إلى رئيس الجمهورية الفرنسية<sup>(2)</sup>، والذي أثمر بتعديل القانون المدني الفرنسي جاعلاً من نظرية الأمن القانوني أول هدف متّبع من قبل الأمر<sup>(3)</sup>. مشيراً إلى أنّ أسلوب القانون ليس سهلاً للفهم بالنسبة لمجموع المواطنين، وأنّ بعض صيغته اليوم قد تجاوزها الزمن، فلا بدّ من صياغة قانون تكون

(1)- GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p08.

(2)- L'ordonnance N°2016-131, du 10 février 2016, Portant la réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F, N° 0035, du 11 février 2016.

(3)- بناسي شوقي، قانون العقود الفرنسي الجديد في ثوبه العربي-تقديم-ترجمة-ملاحق، بيت الأفكار، الدار البيضاء،

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

نصوصه أكثر قروئية، باستعمال مفردات معاصرة وصيغ أكثر بساطة وأكثر وضوح، مع الاحتفاظ بالايجاز والدقة التي تُميّز القانون المدني<sup>(1)</sup>.

إنّ التّمعّن في مجمل مقومات الأمن القانوني يجد؛ أنّه على الرّغم من إختلافها وتباينها من حيث التّسمية وبعض المفاهيم؛ إلّا أنّها وفي مجملها تشكّل عناصر مرتبطة بعضها ببعض، حتّى أنّه في بعض الحالات عند التّمعّن في العنصر الأوّل -الوصول إلى القانون- مثلاً نجد أنّه يتضمّن بعض الأفكار التي تعدّ جوهر العنصر التّالي -وضوح القواعد القانونية-، ونفس الوضع بالنّسبة لهذا الأخير مع عنصر -جودة الصّيغة القانونية-. وهذا إن دلّ على شيء، إنّما يدلّ على العلاقة التكاملية لكلّ منهما بالآخر، على نحو لا يمكن الاستغناء عن أحدهما في تحقيق جوهر فكرة الأمن القانوني.

## المطلب الثاني

### مبدأ عدم رجعية القانون: الضّمانة الثّابتة لتحقيق الأمن القانوني

يُمثّل مبدأ عدم رجعية القانون (Non rétroactivité des lois)<sup>(2)</sup> الوجه الأوّل لفكرة الأمن القانوني، وفي هذا الشّأن يقول الفقيه بلانيول (PLANIOL I): "لن يكون هناك أيّ أمان بالنّسبة للأفراد إذا كانت حقوقهم وثرواتهم وحالتهم الشّخصية والآثار التي ترتبت على تصرّفاتهم وحقوقهم الشّخصية يمكن في أيّ لحظة أن تتأثّر أو تعدّل أو تزول بسبب تغيير في إرادة المشرّع"<sup>(3)</sup>. فيجب إذن فرض تقليص للحيز الزماني لتطبيق القانون الجديد على الماضي، وعدم إنتهاك أو زعزعة أمن العقود<sup>(4)</sup>، فالأفراد الذين نظّموا تصرّفاتهم وفقاً للقانون الموجود أمامهم، وجب على الدّولة ضمان الثّبات والإستقرار لهم. وأيّ تعديل أو تغيير في أحكام ذلك القانون من شأنه أن يهدّد توقّعاتهم وصحّة معاملاتهم.

يعدّ مبدأ عدم رجعية القانون وليد الحاجة؛ ظهر بسبب حاجة الفرد والمجتمع له كضمانة أكيدة لحماية حقوقهم العامّة والخاصّة -على حدّ السواء- في مواجهة المشرّع، حيث يهدف إلى تحقيق الثّبات والإستقرار<sup>(5)</sup> في المجتمع. والثّبات في جوهره يعني اللامساسية<sup>(6)</sup>، والأخذ بمفهوم مبدأ عدم الرجعية من خلال عدم

(1)- **DOUET Frédéric**, Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français, Thèse de doctorat en droit, Université de rouen, France, 1996, p398.

(2)- خوجة رفيق بوشارب، معجم المصطلحات القانونية (عربي-فرنسي/ فرنسي-عربي)، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2010، ص134.

(3)- نقلاً عن: يس محمد محمد الطباخ، المرجع السّابق، ص214

(4)- محمد صغير جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة، الجزائر، 2004، ص.ص268-269.

(5)- يس محمد محمد الطباخ، المرجع السّابق، ص213.

(6)- كورنو جيرار، المرجع السّابق، ص598.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

انسحاب آثار القانون الجديد إلى الماضي واقتصاره على الوقائع والتصرفات التي ستقع فور نفاذه، سيحقق الاستقرار والثبات للتصرفات القانونية وعدم إضطرابها، وهو هدف ثمين يجعل سلطة المشرع مقيدة ومحددة في اتخاذ قوانين رجعية لاسيما في المواد المدنية<sup>(1)</sup>.

إذا كان مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي يكيّف على أنّه الضمانة القانونية القطعية في تحقيق الأمن القانوني للأفراد، عن طريق تحقيق الثبات والاستقرار للتصرفات المبرمة؛ فإنّه، ونظراً لأهميته يستوجب الأمر التطرق إلى مضمونه (الفرع الأول)، ثمّ البحث عن فعالية هذا المبدأ في تكريس فكرة الأمن القانوني لاسيما في المعاملات العقدية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مضمون مبدأ عدم رجعية القانون

ترجع جذور مبدأ عدم رجعية القانون إلى الشرائع القديمة<sup>(2)</sup>، وقد كرّسه المشرع الجزائري كمبدأ دستوري، تحديداً في المادة 46 من دستور 1996: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم"<sup>(3)</sup>، كذلك في المادة 02 ف7 من ق.م.ج. على: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي"<sup>(4)</sup>.

تثير فكرة رجعية القانون إلى الماضي مشكلة تنازع القوانين؛ فعندما يمنح ويعترف القانون للفرد بمركزه القانوني، ثم يأتي قانون جديد يحلّ محلّ القانون السابق، ويمتد أثره على المراكز القانونية والتصرفات والحقوق السابقة على إصداره أو تعديله أو إلغائه؛ ممّا يشكّل تهديداً خطيراً على هذه المراكز خاصة، وزعزعة فكرة الأمن القانوني عامة<sup>(5)</sup>. فالعقد الذي تمّ تنظيم أحكامه في إطار قواعد قانونية نافذة ومعلومة، لا يجب أن يطبق القانون الجديد بأثر رجعي حفاظاً على المراكز العقدية، وتوقعات المتعاقدين.

### أولاً: مبدأ عدم رجعية القوانين: رؤية حول التكييف وبعض الممارسات القضائية

إنّ إضطراب المعاملات، الذي ينتج عن رجعية القانون إلى الماضي؛ سبب كافٍ لعزوف المشرع عن إصدار القوانين بأثر رجعي، وإعتبار الأمن القانوني كذلك كافٍ لتحقيق الحماية القانونية للمعاملات من الآثار السلبية لرجعية القوانين، بشكلٍ يدعم الاستقرار النسبي للمحيط القانوني.

(1) - أوراك حورية، المرجع السابق، ص 109.

(2) - عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون بين التقليد والحداثة)، دار الخلدونية، د.س.ن، ص 497.

(3) - راجع المواد 46 و 64، من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المرجع السابق.

(4) - المادة 02 ف07، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(5) - انظر: محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص 331.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

يتعلق نطاق مبدأ عدم رجعية القانون، أنه مبدأ يقيّد القاضي ولا يقيد المشرّع، فيحقّ لهذا الأخير إصدار قانون يطبّق بأثر رجعي؛ غير أنه في كلّ الأحوال فإنّ المشرّع وأثناء إستعماله لمبدأ الرجعية ينبغي عليه إحترام ومراعاة إعتبار الأمن القانوني. فلا يمكن أن تطغى الرجعية على أمن الأفراد في القانون، خاصةً أنه يعد من قبيل القانون الطبيعي، فلا يجوز للقوانين الوضعية مخالفته<sup>(1)</sup>، حفاظاً على إستقرار المعاملات، لاسيما العقديّة منها.

فعلاً؛ فإنّه ومن الناحية النظرية، فإنّ المشرّع الجزائري قد كرّس مضمون مبدأ عدم رجعية القانون في أكثر من مناسبة، فبإستقراء نصّ المادة 324 من ق.م.ج التي فرضت الشكليّة الرسميّة في بيع العقار، وكذا المادة المقابلة له 793 من ق.م.ج، التي حددت إجراءات انتقال الملكية في العقار، من خلال إتّباع إجراءات الشهر العقاري<sup>(2)</sup> بعد تحرير العقد عند الموثق (قانون التوثيق الصادر سنة 1970 تحت رقم 91-70)<sup>(3)</sup>، تحت طائلة البطلان المطلق عند الإخلال بتلك الإجراءات. لكن، وما يفرض الإشكال حقيقةً؛ هو مآل العقود العرفية الناقلة لملكية العقارات المبرمة قبل سنة صدور قانون التوثيق، أي دون إتّباع تلك الإجراءات نظراً لعدم وجودها أصلاً.

لقد تغطّن المشرّع الجزائري للمسألة، فقام بإصدار المرسوم التّنفيذي رقم 80-210 الذي يعدل ويتمم المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجلّ التجاري في مادته 89<sup>(4)</sup>، حيث اعترف أولاً بصحة هذه العقود بشرط أن تكون ثابتة التاريخ، وأن تكون مبرمة قبل سنة 1971. ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً من يوم تسجيله، أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظّف عام، أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الّذين على العقد خط وامضاء وفقاً للمادة 328 من ق.م.ج<sup>(5)</sup>،

(1) - صاري نوال، "التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الإجتهااد القضائي"، مداخلة ملقاة في إطار أشغال الملتقى الوطني حول: الأمن القانوني، المنعقد يومي 05 و 06 ديسمبر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص 03.

(2) - راجع مضمون نصّ المادة 324، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3) - راجع المادة 12، من الأمر رقم 70-91، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون التوثيق، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 107، الصّادر 25 ديسمبر 1970 (ملغى).

(4) - راجع مضمون المادة 89 ف2: "عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخاً ثابتاً قبل أول يناير سنة 1971"، من المرسوم التّنفيذي رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 يعدل ويتمم المواد 15 و 18 و 89 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل التجاري ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد، 34، الصّادر في 23 ماي 1993.

(5) - راجع مضمون المادة 328، من الأمر رقم 75-58: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً: من يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

وبمجرد استيفاء الشرطين يمكن لذوي الحقوق إتباع إجراءات الشَّهر باحدى الآليتين؛ إمَّا عن طريق رفع دعوى قضائية للمطالبة بتنشيتها، مع شهر الحكم النَّهائي، أو عن طريق ايداع الملف لدى الموثَّق من أجل شهره؛ مكرَّساً بذلك مبدأ عدم رجعية القانون من جهة، وحفاظاً على أمن وإستقرار المعاملات من جهة مقابلة.

تعبيراً لذلك، فإنَّه من جهة مقابلة، ومن الناحية التَّطبيقية، فإنَّ اجتهادات القضاة بشأن قاعدة عدم رجعية القانون حاضرة، وفي هذا السياق؛ نذكر تكريس قضاء المجلس الأعلى مضمون مبدأ عدم رجعية القانون، ضمن القرار الصادر في 05 فيفري 1969 والذي أسس قضاءه على تطبيق مبدأ عدم رجعية التَّشريع بالنسبة للأحكام القضائية: " إذا كان القانون المؤرَّخ في 31 ديسمبر 1963 قد ألغى بعض أحكام التَّشريع الفرنسي ذات الروح الاستعمارية فإنَّه لا يلغي أحكام القضاء النَّهائية الصَّادرة بإتباع إجراءات سليمة في ظلِّ تلك الأحكام ونقيض ذلك يتضمن المسَّاس بالحقوق المكتسبة وينكر مبدأ عدم رجعية التَّشريع" ومفاد هذا القرار أنَّ قضاة المجلس الأعلى سابقاً قد طبقوا وبصرامة مبدأ عدم رجعية القانون، من خلال تطبيق القانون الفرنسي، ورفض تطبيق القانون الجديد.

نفس الموقف تبَّاه مجلس الدَّولة، من خلال إصداره للقرار المؤرَّخ في 22 جانفي 2001 والذي تبنى مبدأ عدم رجعية القانون: "حق الملكية لم يتقادم تطبيقاً للمادة 19 و 22 من القانون المدني الفرنسي الساري المفعول على الوقائع انذاك والتي تجعل مدة التقادم 30 سنة ولا مجال لتطبيق قواعد القانون المدني الجديد الصادر في سنة 1975 إحتراماً لمبدأ عدم رجعية القوانين وتطبيقاً للمادة الثَّانية من ق.م.ج يدخلها الأمر حيز التَّنفيذ ابتداء من 05 جويلية 1975"<sup>(1)</sup>.

وفي ذات السياق؛ نستحضر من مجلَّة المحكمة العليا لسنة 2012، القرار الذي استقرت فيه على مبدأ مفاده ان قاعدة التطبيق الفوري لقانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(2)</sup> ماعدا الآجال التي بدأ سريانها في ظلِّ القانون القديم، إستثناءات أخرى غير مذكورة في المادة 02 من نفس القانون تدخل قواعد

---

عام، من يوم التَّأشير عليه على يد ضابط عام مختص، من يوم وفاة أحد النِّين لهم على العقد خط وامضاء"، المرجع السابق.

(1) - قرارات غير منشورة؛ أشار إليها، عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 705.

(2) - انظر المادَّة 02 على: "تطبق أحكام هذا القانون فور سريانه بإستثناء ما يتعلق منها بالآجال التي بدأ سريانها في ظلِّ القانون القديم"، من القانون رقم 08-09، المؤرَّخ في 25 فيفري 2008، يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 21، الصادر 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، ج.ر.ج.د.ش، العدد 33، الصادر في 14 ماي 2022.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

الاختصاص النوعي في هذه الإستثناءات، وتندرج ضمن مبدأ عدم رجعية القوانين إذا كانت هذه الرجعية تهدد الإستقرار والأمن القانونيين أو تمسّ بالحقوق والمراكز القانونية المكتسبة للمتقاضين.

### ثانياً: مكانة الأمن القانوني في ظلّ رجعية القوانين: بين المبررات وأثر عنصر المفاجأة

تعتبر رجعية النصّ القانوني من أكثر الأخطار القانونية التي تهدّد أمن واستقرار المعاملات، وقد أكّد الفقيه بنجامين (BENJAMIN Constant) أنّ الرجعية، أكبر إعتداء يرتكبه المشرّع في حقّ الأفراد، فهو بمثابة تمزيق للعقد، حيث تسلب من المتعاقد الضمانات التي حصل عليها بموجب طاعة القانون القديم، فعدم إحترام متطلبات مبدأ عدم رجعية القوانين، يعني اللاّ قانون، وتحطيم لفكرة القانون.

لا يمكن تجاهل أحكام نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، التي حملت في ثناياها العديد من الإخفاقات، على الرغم من المحاسن التي كرسها؛ ونذكر في سبيل ذلك، إقرار مبدأ إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التّعاقد بمجرد بطلان العقد، وبأن يلتزم كلّ طرف بإعادة ما تلقّاه من المتعاقد معه، مادام أنّ العقد منعدم الوجود بالنسبة إلى القانون، مفضلاً حماية المصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة للأطراف. وإن كان هذا المبدأ لا تظهر إشكالاته بالنسبة للمتعاقدين فإنّ الإشكال يظهر بالنسبة لآثار تقرير البطلان على الغير وحقوقه المكتسبة، خاصة حالة انتقال الملكية لأكثر من مشتري، أين يتحوّل المبدأ إلى تعويض بمقابل، وما يثيره هذا الحل من إشكالات وتصدّع لأمن وإستقرار الأطراف. وهو ما يفرض ضرورة مراعاة النصّ القانوني وأبعاده في نظرية البطلان، فالعقد يبقى عملاً من أعمال التّوقّع، ووسيلة لضمان الحقوق لا إهدارها<sup>(1)</sup>.

تعبيراً على ذلك؛ فإنّ المشرّع الجزائري أقرّ مبدأ رجعية القانون إلى الماضي في بعض الحالات دون أن يأخذ عناء التّفكير بإعتبار الأمن القانوني أو إحترام حقوق الأفراد المكتسبة؛ ونذكر في ذلك عدة أسانيد قانونية؛ كمضمون المادة 1003 من ق.م.ج. على: "يسري مفعول الأمر رقم 75-58 ابتداء من تاريخ 05 جويلية 1975 ومعنى ذلك أنّ تطبيقه تمّ بأثر رجعي"<sup>(2)</sup> على الرغم من أنّ القانون المدني الجزائري صدر قبل ذلك تحديدا بتاريخ 26 سبتمبر 1975، إلّا أنّ تطبيقه سابق إلى تاريخ إصداره 05 جويلية 1975.

والوضع سيّان بالنسبة للمادة 842 من ق.ت.ج، الصّادر بمقتضى الأمر رقم 75-59 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، والتي تنص: "يدخل هذا الأمر حيز التّنفيد ابتداء من 05 جويلية 1975 بأثر

(1) - يس محمد محمد الطباخ، المرجع السابق، ص 214.

(2) - المادّة 1103، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

رجعي"<sup>(1)</sup> ولعلّ الحكمة من ذلك راجعة إلى تقادي الفراغ التشريعي خاصة أمام إصدار المشرّع الجزائري لأمر إلغاء العمل بالتشريع الفرنسي ابتداء من 05 جويلية 1975؛ إلا أنّه ومن جهة أخرى لا يمكن أن يكون ذلك على حساب إستقرار الحقوق المكتسبة وتهديد أمن الأفراد في القانون.

وعلى الرغم من ميول المشرّع إلى الإقرار برجعية القانون، فيمكن القول أنّ الأمن القانوني محترم، على أساس أنّ النّصّ على الرجعية في المجال المدني خاصة -العقود- يكون في حدود ضيقة من جهة، وحتى وإن كانت رغبة المشرّع اتجهت نحو مفاجأة الأطراف بالقانون الجديد إلا أنّ تطبيق هذا الأخير يصطدم مع القوّة الملزمة للعقد وإعتبار الأمن القانوني من جهة أخرى، الأمر الذي يمنع تطبيق القانون الجديد، وبالتالي امتداد العمل بالقانون القديم، ما لم يتم المساس بالنّظام العام والآداب العامّة<sup>(2)</sup>؛ إلا إذا كانت هناك دوافع مبرّرات، وقفت وراء انسحاق المشرّع بالإقرار برجعية القانون إلى الماضي.

## 1. مبررات الأخذ بفكرة رجعية القانون

إنّ الأخذ بأي مبدأ أو نظرية يقتضي أولاً أن تسبقها مبررات وركائز لإخراجها إلى الوجود، والمشرّع عند سنه للقانون الجديد غالبا ما يراعي عدة عوامل وإعتبارات، وكثيرا ما يقع في إعتبارين متناقضين؛ إعتبار الأمن القانوني القائم على ضرورة تحقيق الثّبات النّسبي للعلاقات والذي يفرض عليه الإبقاء على القانون القديم لإستقرار الأوضاع التعاقدية، وإعتبار آخر لا يقل أهمية وجوب مواكبة تطوّر القانون وتغير المجتمع، ومقتضيات المصلحة العامّة وضرورة وحدة التشريع كلّها إعتبارات تفرض عليه سن قوانين جديدة تتماشى مع تطوّرات المجتمع وإقرارها بأثر رجعي.

## أ. الحاجة لمواكبة تطوّر القانون ومقتضيات وحدة التشريع

إذا كان مبدأ عدم رجعية القانون، يفرض في جوهره ضرورة تقليص الحيز الزماني للقانون الجديد على أساس أنّ الأفراد قد نظّموا تصرفاتهم القانونية في ظلّ قانون موجود أمامهم، ومادام التصرف صحيح وفقاً لذلك القانون، فلا مجال للمسّاس به بتطبيق القانون الجديد عليه. وخلاف ذلك من شأنه المسّاس بأمن العقد وإستقرار المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة<sup>(3)</sup>؛ فإنّه ومن جهة أخرى فإنّ تطوّر القانون يفسح المجال الكبير لتطبيق القانون الجديد؛ لاسيما أنه غالبا ما يكيف بأنّه القانون الأفضل مقارنة بالقانون القديم. فليس

(1) - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 11، الصادر في 09 فيفري 2005.

(2) - صاري نوال، المرجع السابق، ص.ص 10-11.

(3) - محمدي فريدة زلوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، د.د.ن، الرغبة، 2000، ص 103.



## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

من العدل إذن، حرمان المتعاقدين من المزايا التي تضمنها القانون الجديد، بل لابد تطبيق القانون بأثر رجعي حتى يستفيدوا من تلك المزايا.

كما أنّ مبدأ المساواة يستدعي يدعّم وحدة التشريع، وعدم الأخذ بقاعدة عدم تطبيق القانون بأثر رجعي، فقيام المشرع بتعديل أو إلغاء القانون، غالباً ما يكون مراعاة للمستجدات الزاهنة التي يشهدها المجتمع، ومادامت القاعدة القانونية، قاعدة سلوك اجتماعي، فإنّ المجتمع في تغير دائم، وتتدخل المشرع بإقرار قاعدة رجعية القانون لا يكون إلاّ بالموازاة مع متطلبات هذا التغير.

كما أنّ وحدة التشريع تقتضي تطبيق نفس القانون على جميع العقود والمصالح المتواجدة في نفس المراكز، الأمر الذي لا يمكن تحقيقه بتطبيق قاعدة عدم رجعية القانون؛ بحيث يفرض هذا الاعتبار ضرورة تطبيق القانون الجديد على الجميع. خاصة، والأخذ بمبدأ عدم رجعية القانون من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق قانونين على نفس الوقائع<sup>(1)</sup>.

إذن، وحدة التشريع تقتضي<sup>(2)</sup> تعميم تطبيق القانون الجديد تطبيقاً فورياً على جميع المراكز القانونية التي تنشأ بعد نفاذه، ولا بدّ أن يمتدّ سريانه حتى إلى الآثار القانونية التي رتبها القانون القديم. بدليل أن استمرار آثار القانون القديم بالنسبة للتصرفات القانونية التي أنشأت في ظلّه؛ هي تصرفات خاضعة ما لا نهاية لحكم القانون القديم، ممّا يتعذر أو يستحيل تحقيق الإصلاح الاجتماعي المأمول بموجب القانون الجديد.

### ب . مراعاة المصلحة العامة

غالباً ما تفرض المصلحة العامة للمجتمع مكانتها لتطبيق رجعية القانون إلى الماضي، فيمكن أن يتضمن القانون الجديد قواعد قانونية آمرة تخدم النظام العام والآداب العامة التي تسري بأثر فوري على جميع التصرفات سواء تلك المبرمة قبل صدوره، أو المستقبلية. وهنا تحديداً تظهر ملامح زعزعة ثقة المتعاقدين والمساس بمراكزهم القانونية المستقرة؛ غير أنّ الصلحة العامة تبقى تعلو عن المصلحة الخاصة وتوقعات الأفراد.

وعليه، فإنّ مجمل تلك الاعتبارات استثناءات فرضتها عدّة اعتبارات لتطبيق قاعدة عدم رجعية القانون إلى الماضي؛ فكثيراً ما تكون رجعية القانون إلى الماضي تجسيداً للأمن القانوني؛ فمثلاً تقرير بطلان عقد ما لتخلف أحد أركانه؛ سواء إنعدام الرضا، المحل، السبب، أو الشكلية في بعض العقود؛ ففي هذه الحالة

(1) - أورك حورية، المرجع السابق، ص 108.

(2) - حبيب إبراهيم الحلبي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010،

ص 233. راجع أيضاً أورك حورية، المرجع السابق، ص 111.



## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

ليس لنا الحق في معارضة هذا الحكم والتمسك بإعتبار الأمن القانوني؛ لما في ذلك من مساس بالمصلحة العامة للمجتمع والخاصة بالأطراف. وبالتالي فإنّ الحكم ببطلان العقد، وما يترتب عليه من آثار قانونية من إعادة الأطراف إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد -إن كان ممكناً- تحقق الأمن القانوني للعقد؛ بدليل ان القانون يحمي المصالح والتوقعات المشروعة للأطراف وليس اللامشروعة.

ونفس الحكم بالنسبة لإبطال العقد، فإذا تحقق عيب من عيوب الرضا، أحدهما (نقص الأهلية، أو الغلط، التدليس الاكراه، الإستغلال) أو كلاهما (نقص الأهلية والتدليس معاً)؛ تم الإقرار قانوناً بالحق في المطالبة بالإبطال ممن له مصلحة في ذلك (كالمتعاقدين ناقص الأهلية أو الذي وقع في الغلط، التدليس، الاكراه، الإستغلال)، حسب الحالة، فيتم إعادة الأطراف إلى حالة ما قبل التعاقد؛ فهنا أيضاً لا يعد تطبيق القانون بأثر رجعي إهدار للأمن القانوني؛ بقدر ما يعدّ إحتراماً لإرادة المتعاقد من جهة، وتحقيقاً لمصلحته الخاصة من جهة أخرى.

### 2. أثر عنصر المفاجأة بالتشريع على فكرة الأمن القانوني

إنّ رجعية القوانين في المادة المدنية غالباً ما تكون لمصلحة أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر، وغالباً ما تمسّ توقعات أحدهما دون الآخر، مما يهدد مبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة فمن الأفضل تقاضي الرجعية كأصل والتقيّد بها في حالات نادرة. وبذلك سيتم ضمان عدم المساس بالعقود وتوقعات الأطراف؛ إلّا في حدود ضيقة<sup>(1)</sup>.

فإذا كان هدف كلّ نظام قانوني هو تحقيق الثبات والاستقرار في المجتمع، فإنّ ذلك مرهون أولاً باستقرار القواعد القانونية وعدالة مضمونها، وباحترام الحقوق والحريات، ممّا يتوجب على السلطات المعنية النصّ على تدابير انتقالية تمكّن الأفراد من الانتقال من نظام قانوني قديم إلى نظام قانوني جديد لعدم مفاجأة الأفراد بالقاعدة القانونية الجديدة. وبذلك سيتم احترام توقعات الأفراد المشروعة، المبنية على الأنظمة القانونية المتواجدة أمامهم، ويجعلهم يطمئنون إلى نتيجة أعمالهم وتصرفاتهم.

ولغرض تحقيق العدالة بمفهومها الحديث، وجب أن يكون التشريع عادلاً، ولا يتحقق عدل القانون؛ إلّا إذا لم يُطبّق بصورة مباغته على المواطنين المخاطبين به. ولتجسيد ذلك، وجب أن يتم العمل بالتشريعات الجديدة بعد فترة من صدورهما؛ أي وجود فاصل زمني بين صدور القانون ونفاذه، حماية للقانون للأفراد وتوقعاتهم المشروعة.

(1) - صاري نوال، المرجع السابق، ص. 10-11.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

تمّ التعبير عن الأمن القانوني، بأنّه تسهيلٌ وحمايةٌ لأشخاص القانون<sup>(1)</sup>، وعلى إثر ذلك يشترط في القوانين الثبات والاستقرار والابتعاد عن تعديلها بشكلٍ متواصل. فإذا كان النشاط الاقتصادي يتّسم بطول أمده والتعامل مع المستقبل -غير المتوقع-، وعليه وجب على أثر ذلك أن تكون تلك القواعد المنظمة للمجال، مستقرة، واستشرافية، وطويلة النظر؛ ولا نعني بهذا القول إصدار قوانين جامدة، لكن نقصد أن لا يكون تطوّر القانون وتعديله ميداناً لعدم التّوقّع وللمفاجآت. فالقانون عموماً يعبر عن حاجات المجتمع، وبحكم طبيعته المتطوّرة والمتغيرة، فإنّ هذا التطوّر يبقى واضح المعالم والأبعاد.

صفوة القول؛ يمكن القول أنّ تطبيق الأمن القانوني يستدعي في بعض الحالات التمسك به بمرونة والسّماح برجعية القانون للماضي مثلما شرحناه في الأوضاع السابقة كما قد يستدعي في حالات أخرى التمسك به بصلاية وعدم التعرّض لحرمة المعاملات لاسيما العقديّة<sup>(2)</sup>. فخرج المشرّع عن مضمون مبدأ عدم الرجعية ينبغي أن يكون بتبرير معقول وبالأخذ بمعيار تطوّر القانون، أو بمراعاة متطلبات المجتمع والمصلحة العامّة له ووحدة التشريع؛ وإقرار الرجعية على خلاف تلك المعطيات، يعدّ إنتهاكاً صارخاً للمبدأ من جهة، وعصف قوي بمضمون الأمن القانوني.

## الفرع الثاني

### عن فعالية مبدأ عدم رجعية القانون في تجسيد الأمن القانوني

إنّ أهم هدف تسعى لتحقيقه قاعدة عدم رجعية القانون؛ تكريس فكرة الأمن القانوني<sup>(3)</sup>، من خلال تحقيق العدالة في المجتمع، وإحترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بالمراكز الذاتية التي نشأت في الماضي، ولا يقتصر الوضع على ذلك فحسب إنّما يمتد حتّى إلى ضرورة إحترام المعاملات وإستقرار الأوضاع القانونية للأفراد ومراكزهم<sup>(4)</sup>.

إذا كان العقد عمل من أعمال التّوقّع، فإنّ التمسك بقاعدة الأثر الرجعي للقاعدة القانونية يؤدّي إلى الإصطدام بتوقّعات المتعاقدين المشروعة، ذلك أنّ الأشخاص الذين يربطون مصالحهم بما يبرمونه من عقود يكونون على علم مسبق بما ينتظرهم من نتائج تتولد عن الشّروط الصّريحة لهذه العقود أو من نصوص القانون التي تحكمها. فالعقود التي تكوّنت في ظلّ التشريع القديم، وتزامن معها صدور القانون الجديد، فإنّ الحكم بالقانون القديم يبقى ساري رغم الغائه، وهذا ما يخدم مبدأ الأمن القانوني.

(1) - شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، المرجع السابق، ص. 353-355.

(2) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص 69.

(3) - حمامي عادل، آيت عوبية بلخير محمد، "مبدأ عدم الرجعية بين المشروعية الإدارية والأمن القانوني"، مجلة الإجتهد والدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 12، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة تمانغست، تمانغست، 2023، ص 273.

(4) - محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص 335.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

فمبدأ عدم الرجعية يشكل الضمانة الثابتة القطعية في إرساء معالم الإستقرار والأمن؛ وخلاف ذلك سيؤدي إلى اضطراب في المعاملات واختلال المصالح الخاصة للأفراد، وضياح حقوقهم، وخلق حالة اللأمن في القانون.

**أولاً: مبدأ عدم رجعية القانون: تكريس العدالة**

يُوصف القانون بأنه ضرورة اجتماعية؛ فالقانون والمجتمع قرينان لا ينفصلان<sup>(1)</sup>، فلا قانون بلا مجتمع ولا وجود لهذا الأخير في ظلّ غياب القانون<sup>(2)</sup>. وباعتبار قاعدة عدم رجعية القانون قاعدة قانونية مثلها مثل باقي قواعد السلوك، فإنّها تقوم على كلّ ما هو معقول وعادل؛ حيث تملّيه إعتبارات متعدّدة؛ كالمنطق والمصلحة العامّة، ودواعي الإستقرار، والعدالة<sup>(3)</sup>. فهو معقول؛ لأن القانون عامة تكليف؛ والتكليف لا يكون إلّا بالنسبة للمستقبل وليس للماضي. فلا يمكن أن نتصوّر محاسبة الأفراد وفقاً لقانون لم يكن موجود وقت صدور الفعل. كما يقضي المنطق أيضاً، بالزامية رجوع القاضي عند بحثه في النزاع إلى القانون الساري عند نشوء النّصرّف محلّ النزاع. عادل؛ لأنّه من غير المنطقي إلزام الأطراف بإحترام وطاعة قاعدة قانونية لم تكن موجودة وقت إنشاء تصرّفهم. كما أنّ إعمال الرّجعية، إنتهاكٌ لأحكام سريان القانون من حيث الزّمان<sup>(4)</sup>، بحيث يعتدي على سلطان القانون القديم طيلة سريانه، والذي يمتد من بداية العمل به إلى غاية الغائه.

إنَّ الأخذ بمبدأ عدم رجعية النَّصِّ القانوني لا يقتصر على النظريات الفردية، إنّما تبنتها حتّى التشريعات ذات النزعة الإشتراكية<sup>(5)</sup>. فحسب النظرية الفردية، يعدّ بمثابة الضّمانة التي تحافظ على مصالح الأفراد حيال القانون، وإضفاء الأمن واليقين في العلاقات القانونية تجاه التّغيرات المستقبلية للتّشريعات. على أساس أنّه لا يمكن تحقيق الطّمأنينة للأفراد في ظلّ وجود قاعدة جواز إعادة النّظر في علاقاتهم وتصرفاتهم بناءً على قانون لاحق غالباً ما يكون غير متوقّع. أمّا بالنّسبة لأصحاب النزعة الإشتراكية، فمن اللاّعدل أن يكون الفرد قد أطاع القانون في تصرفاته ثم يتم تهديده وإزعاجه بقانون لاحق؛ عدلّ، أو ألغى أو فرض نصّاً قانونياً يترتب الأخذ به فقدان القانون السّابق لفعاليته؛ فمن غير العدل انسحاب القانون على الوقائع التي سبقت نفاذه.

(1) - لموشية سامية، المرجع السابق، ص 12.

(2) - أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، د.د.ن، د.م.ن، 2008، د.ص.

(3) - بس محمد محمد الطباخ، المرجع السابق، ص 212.

(4) - عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 700.

(5) - محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص.ص 347-348.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

وتأسيساً على تلك المعطيات، والمقتضيات؛ كانت الدافع للتأكيد على قطعية مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي كضمانة قانونية أكيدة وقطعية لتحقيق الأمن في سائر المعاملات لاسيما العقدية منها، سواء في ظلّ المن وجهة النظر التقليدي للعقد أو بالنسبة للنظرة الحديثة للعلاقات العقدية.

## ثانياً: عدم رجعية القانون: ضمانات للحقوق المكتسبة

كلّما مسّ القانون الجديد الأوضاع القانونية الذاتية التي أفرزت حقاً مكتسباً، نكون أمام حالة الأثر الرجعي للقانون؛ أمّا إذا كان التغيير مقتصرًا على الأوضاع القانونية الموضوعية فلا مجال لتطبيق القاعدة<sup>(1)</sup>، وهنا تحديداً تظهر لنا العلاقة الوطيدة بين فكرة الأمن القانوني والحق المكتسب، حيث يعد هذا الأخير إحدى مقومات وأسس فكرة الأمن القانوني. وهو الأمر الذي أكّده العالم الأمريكي وولفر (WOLFER Arnold) بوجود علاقة بين الحقوق المكتسبة والأمن القانوني، فعدم وجود تهديد للقيم المكتسبة يمثل الوجه الموضوعي للأمن القانوني، أمّا إذا تعلق الأمر بعدم وجود مخاوف من تعرض هذه القيم للخطر فيجسد الوجه الذاتي له<sup>(2)</sup>.

ومضمون عدم رجعية القانون، يقتضي إمتناع المشرّع عن إصدار القانون الجديد على التصرّفات التي نشأت في ظلّ القانون القديم. فلا يجوز إنتهاك أو سلب الحقوق التي اكتسبها الأفراد في ظلّ القانون السابق، على أساس أنّ القانون يسري على الوقائع والتصرّفات التي تحدث مستقبلاً، ولا يكون له أثر رجعي إلى الماضي، إحتراماً للحقوق المكتسبة في ظلّ هذا القانون.

### 1 . مضمون الحقّ المكتسب

تقوم فكرة الحقّ المكتسب على عدم جواز المساس بالمراكز القانونية المشروعة، ومن ثم تحقيق الثبات النسبي لها، فلا يمكن تحقيق الأمن القانوني للعقود في الوقت الراهن، إلّا في ظلّ حماية الحقوق المكتسبة من خلال تقرير مبدأ عدم رجعية القانون<sup>(3)</sup>.

لقد برز مفهوم الحقّ المكتسب في نطاق القانون عند الفقيه لوغو (LAURENT) أحد واضعي تقنين نابليون، وقد ظهر هذا المصطلح بمناسبة البحث عن أساس مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي، والتأكيد على أنّ القانون الجديد لا يسري على الماضي، فكلّ ما يتعارض مع الحقّ المكتسب يمنع تطبيق

(1) - محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص 350.

(2) - أشار إلى الرأي: مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 17.

(3) - شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، "الموازنة بين أثر الحكم بعم الدستورية والحقوق المكتسبة -دراسة تحليلية مقارنة-"، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 03، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة آفلو، الأغواط، 2020، ص 406.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

ذلك القانون، وفي هذه الحالة يسري القانون القديم<sup>(1)</sup>. غير أنّ هذه الفكرة ليست بهذه البساطة؛ فلا بد أولاً التمييز بين فكرة الحق المكتسب وفكرة آمال المتعاقدين، ففي حال ما إذا نصّ القانون الجديد على سريان القانون على الماضي، وبالتالي فيه إهدار للحقوق المكتسبة، وهو تصرف غير جائز وممنوع؛ أمّا إذا لم يترتب على ذلك التطبيق، إلّا مجرد إهدار الأمل فلا يعدّ ذلك تطبيقاً بأثر رجعي<sup>(2)</sup>. فمجرد المساس بالأمل لا يرقى إلى مرتبة المساس بالحق المكتسب، ولا نكون بذلك أمام تطبيق القانون بأثر رجعي<sup>(3)</sup>.

يوصف الحق المكتسب على أنّه بمثابة حق لا يقبل الإلغاء، ويتميّز بأنّه حقّ خاص لكل فرد لا يمكن للغير تجريدّه منه، كما يعد مصلحة تدخل ذمّة الشخص، له الحق في الدفاع عنها، إمّا بطريق الدّعى أو بواسطة الدّفع. فهو وضع شرعي وجب إحترامه وحمايته من الإنتهاك مادام قد اكتسب وفقاً للقانون.

### 2. مبدأ عدم رجعية القانون آلية حماية للحقوق المكتسبة

تساهم قاعدة عدم رجعية القانون، باعتبارها قاعدة قانونية، ومبدأ دستوي، في تحقيق الأمن للحقوق المكتسبة، وضمان حريات الأفراد واطمئنأهم إلى حقوقهم، وبالتالي تحقيق الأمن القانوني بعناصره المتعدّدة<sup>(4)</sup>. كما يهدف نحو حماية الأفراد من الآثار التآنية السلبية للقانون لغرض تحقيق الإستقرار<sup>(5)</sup>. فكلّ تطبيق للقانون بأثر رجعي فيه مساس بالحق المكتسب في مجال القانون عموماً، ويعرضه للإهدار نتيجة الرجعية<sup>(6)</sup>. وبالتالي، فإنّ، مبدأ عدم رجعية القانون آلية حماية للحقوق المكتسبة، وتضمن الاستقرار النسبي للعلاقات القانونية. فالرجعية فيها مساس بالحقوق المكتسبة، سواء على مستوى تطبيق النصّ القانوني أو ما ينتج عنه من تطبيق هذا النصّ.

### ثالثاً: عدم رجعية القانون: إستقرار للمراكز العقدية

تتسم القاعدة القانونية أنّها اجتماعية<sup>(7)</sup>، يعد مبدأ عدم رجعية القوانين ضماناً لتحقيق الإستقرار للمراكز القانونية للأطراف، ويراد بمبدأ إستقرار المراكز التعاقدية، "ضمان أنّ المتعاقد لن يخضع لتغييرات في النظام

(1) - شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، المرجع السابق، ص 406.

(2) - عبد الحي حجازي، النّظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج. 1: مصادر الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص 605. أيضاً: محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص 349.

(3) - أولت عمر قانر حاجي، المرجع السابق، ص 129.

(4) - شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، المرجع السابق، ص 409. انظر أيضاً: حمامي عادل، آيت عونية بلخير محمد، المرجع السابق، ص 274.

(5) - أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التّوقّع المشروع، المرجع السابق، ص 253.

(6) - شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، المرجع السابق، ص 413.

(7) - أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، د.ص.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

القانوني الذي تم التعاقد في ظلّه<sup>(1)</sup> تجنباً للانتقال الفجائي بالحقوق والمراكز التعاقدية، وأوضاعهم المشروعة. ولا يتحقق هذا المبدأ إلا في ظلّ توافر عنصرين وشرطين متلازمين؛ أولاً أن لا يتضمن النصّ أو القاعدة القانونية عنصر عدم التوقع؛ أي فجائية التغير الذي يمسّ بإستقرار المتعاقدين وثقتهم المشروعة، والعنصر الثاني يتعلّق بضرورة وجود إخلال للتوازن بين المصالح المعتمدة. ويقع على عاتق صاحب المصلحة إثبات التّدخل الفجائي السلبي للمشروع على تصرفه المشروع.

إنّ الرجعية في التصرّفات المدنية لا تقلّ أهمية الرجعية المنظمة للتعاقدات في إطار القانون العام، فالنتيجة واحدة؛ تقضي إلى المساس بالمراكز القانونية التي تكوّت في الماضي. وفي هذا الشأن أكّد الفقيه "برنار" (BACTO Bernard) أن: "الأمن القانوني يوحى بالإستقرار والضمان والحماية واليقين والثقة المرجوة في القانون... وهو في ذات الوقت حماية ضد الأثر الرجعي وإحترام الإلتزامات والوعود وإستقرار المحيط القانوني"<sup>(2)</sup> فتقرير الرجعية من شأنه أن يؤدي إلى اختفاء الإستقرار والأمان<sup>(3)</sup>.

إنّ آثار قاعدة رجعية القانون متفاوتة التأثير فيما بين أطراف المعاملات والتصرّفات القانونية؛ فلوحكم ببطلان تصرف ما فإنّه يزول بأثر رجعي بحق كلا الأطراف والغير كأصل عام، ومن الناحية الواقعية فإنّ هذا الحكم له يخدم مصلحة أحد المتعاقدين دون الآخر كما هو الحال بالنسبة لإقرار البطلان أو الفسخ<sup>(4)</sup>، وما لذلك من آثار وأضرار وخيمة بسبب زوال تلك التصرّفات وإهدار الحقوق. ففكرة الأثر الرجعي للقانون تودّي إلى الفوضى واللامن، وعدم استقرار المراكز والحقوق.

## 1. تعريف المراكز القانونية للأفراد

إنّ إصطلاح المراكز القانونية للأفراد إصطلاح عام لدى الفقه الحديث، ويراد بالمركز القانوني للشخص، مجموعة الحقوق والإلتزامات التي يتمتّع بها أو يتحمّلها. وهي على نوعان: مراكز قانونية موضوعية؛ مضمونها واحد، ومتجانس لعامة الناس الذين تتوقّر فيهم الشّروط المنصوص عليها قانوناً لاكتسابها، ونوع آخر مراكز قانونية فردية أو شخصية مضمونها واحد ومختلف من شخص لآخر<sup>(5)</sup>. ومن خلال هذه الأنواع يتبيّن لنا؛ أنّ فكرة الحقوق تنشأ من المراكز القانونية بإعتبارها مجموعة من الحقوق والإلتزامات بغضّ النظر إن كانت مراكز موضوعية أو فردية، ولا يمكن الاعتداء على المراكز

(1) - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 186.

(1) - محمد فلسطين حمزة، المرجع السابق، ص. ص 351-352.

(2) - أشار إليه: مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 139.

(3) - حمامي عادل، آيت عوبية بلخير محمد، المرجع السابق، ص 277.

(4) - راجع مضمون المواد: 102-103-122، من الأمر رقم 58-75، المرجع السابق.

(5) - شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، المرجع السابق، ص 409.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

الفردية التي رتبت حقوق مكتسبة. فهذه الحقوق لا يجوز التعرض لها بأي شكل من الأشكال، لأنها ثابتة ولا يمكن نزعها، فهي محمية قانوناً.

## 2. دور مبدأ عدم رجعية القانون في حماية مراكز الأفراد

لقد أجمع الفقه الحديث<sup>(1)</sup> على أن الرجعية أمر خطير، يؤدي إلى خلق الارتباك وعدم الاستقرار في الأوضاع والتصرفات القانونية السابقة وهذا خلافاً لما تهدفه القاعدة القانونية عموماً<sup>(2)</sup>. كما أن مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يتمتع كل شخص بالحق في استقرار القاعدة القانونية، وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجأة التي لها أثر سلبي على الاستقرار.

يفهم من ذلك؛ أن استقرار المراكز القانونية للأفراد وتحقيق الأمن القانوني لتصرفاتهم، مرهون أولاً بإعمال القواعد القانونية الجديدة بأثر مباشر. وتطبيق خلاف ذلك يؤدي إلى إنعدام الثقة فيما بين الأفراد تجاه القانون، ويجعلهم لا ينظرون إليه، كحقيقة نهائية، ثابتة<sup>(3)</sup>.

لقد عبر الفقه عن تلك المعطيات تحت مسميات عدة لمجمل الحقوق التي يحميها المبدأ، فتارةً يحمي مبدأ المساواة أمام القانون، وتارةً أخرى يحمي مبدأ المراكز القانونية، على أساس أن الحكمة من تشريع وسن قاعدة عدم الرجعية بصفة عامة، هي غاية واحدة، تتمثل في الحاجة إلى اعتباره ضماناً أساسية لحاجة المواطن لحماية حقوقه وأمنه، وضمان تحقيق العدالة بينه وبين غيره<sup>(4)</sup>.

وعليه؛ فإن مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي حلاً قانونياً لمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان<sup>(5)</sup>. فالأصل العام هو الأخذ بعدم رجعية القانون الجديد بإستثناء التشريعات الجنائية؛ القانون الأصلح للمتهم، والقانون الذي يقضي بصراحة بتطبيقه بأثر رجعي، القوانين التفسيرية، أو لغرض المحافظة على النظام العام. وهذه القيود والإستثناءات موجهة للقاضي دون المشرع. غير أنه وبالنظر إلى هذه القيود لاسيما فكرة النظام العام، وأمام محدودية إعطاء تعريف وبعد محدّد لها، لاسيما أنها من المصطلحات الفضفاضة الواسعة، نجد أن المشرع كثيراً ما يتعمّد الإعتماد على هذه الأداة لتطبيق القانون بأثر رجعي إلى الماضي، وما لذلك من خطورة على فكرة الأمن القانوني.

(1) - غميجة عبد المجيد، المرجع السابق، ص 07.

(2) - لموشية سامية، المرجع السابق، ص 13.

(3) - شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، المرجع السابق، ص 412.

(4) - رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص 61.

(5) - شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، المرجع السابق، ص 410.



## المبحث الثاني

### القوة الملزمة للعقد ضمانات الأطراف وقيد القاضي: الضمانة المتغيرة

يعود الفضل في بناء النظرية العامة للعقد خصوصاً، والإلتزامات عموماً؛ إلى الأستاذين بوتيتي ودوما (POTHIER, DOMAT) المناصرين لمبدأ الرضائية في العقود<sup>(1)</sup>؛ حيث كتب الفقيه دوما (DOMAT): "إذا أبرمت الإتفاقات فإن كل ما إتفق عليه يقوم مقام القانون بالنسبة لمن أبرمها ولا يمكن نقضها إلا بتراضيهم" أما بوتيتي (POTHIER)، فأكد على أن: "كل إتفاق يعد بمقتضاه الأطراف أو واحد منهم الطرف الآخر بإعطاء أو بفعل ... عقد حقيقي"<sup>(2)</sup>. أما باتيفول (BATIFFOL)، فتوصل في أحد كتاباته للقول أن بالعقد عملية مرتبطة أساساً بالإلزام والتنفيذ<sup>(3)</sup>.

يلعب العقد<sup>(4)</sup> باعتباره مفهوماً قانونياً دوراً كبيراً في إنشاء المعاملات، وتحقيق التوازن بين مصالح الأطراف. والحقيقة أن العقد لا ينشأ إلا إذا التقت إرادتين أو أكثر، تتشارك في إحداث آثار قانونية يعتد بها القانون. فالعقد، إذن؛ ووفقاً لهذا المن وجهة النظر شريعة المتعاقدين، ولأنهما مرتبطان إرادياً، فكل

(1)- CABRILLAC Rémy, Droit des obligations, 15<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2022, p22.

(2)- بناسي شوقي، قانون العقود (دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي - المعدل - والفقه الإسلامي)، ج. 01: عموميات في العقد، بيت الأفكار، الدار البيضاء، 2022، ص 51.

(3)- CLEQUETTE Yves, Défense et illustration de l'ordre civil français, Dalloz, Paris, 2023, p207.

(4)- لقد عرف التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل، العقد تحديداً في المادة 1101 بأنه إتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أو أكثر تجاه آخر أو آخرين بإعطاء شيء أو عمل أو الإمتناع عن عمل شيء، ونظراً لما يعتري هذا التعريف من غموض وتعارض لاسيما عدم التمييز بين العقد والإتفاق؛ دفع المشرع الفرنسي للتخطي عنه في إطار تعديل القانون المدني الفرنسي. للتفصيل انظر. LACHIEZE Christophe, Droit des contrats, 05 éd, Ellipses, Paris, 2020, p26. في حين لازال المشرع الجزائري يأخذ بمضمون التعريف الأول الذي نقله عن نظيره المصري نقلاً حرفياً تأسيساً بالمادة 54 من ق. م. ج، التي عرفت العقد بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"؛ من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق. انظر: محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 15. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 1: التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 41. أما الأستاذ محي الدين اسماعيل، فقد ميز بين العقد في الفقه الحديث وبين العقد في الفقه الإسلامي. راجع في شأن ذلك: محي الدين اسماعيل، علم الدين نظرية العقد مقارنة بين القواعد العربية والشريعة الإسلامية ط. 3، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن. ص 73. أنظر أيضاً أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد، في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص.ص 128-131. للتفصيل أكثر راجع كل من: ثور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، دار الجمعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 13. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات)، ج. 01: مصادر الإلتزام (التصرف القانوني - العقد - الإرادة المنفردة)، ط. 2، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 38.



# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

تقصير يعرض صاحبه لترسنة من الجزاءات<sup>(1)</sup> طبقاً لقوته الإلزامية الهادفة لتحقيق الإستقرار التعاقدى<sup>(2)</sup>. فالعلاقات العقدية، علاقات عادلة، مستقرة؛ مادامت تتوافق مع القانون الوضعي، على عكس العلاقات العقدية المفروضة على الأطراف، فهي علاقات ظالمة<sup>(3)</sup> لما فيها من مساس بالقوة الملزمة، وإعتداء صارخ للأمن القانوني للعقود، فلا يصح إعتبارها -علاقات عقدية أصلاً-.

يُعدّ مبدأ القوة الملزمة للعقد، أحد المبادئ الأساسية لنظرية الإلتزام، التي أفرزها مبدأ سلطان الإرادة؛ فإذا نشأ العقد صحيحاً، وتحدّدت إلتزامات كل طرف؛ صار بذلك شريعة لهم من جهة، ومن جهة أخرى وجب على كل طرف احترام ما ورد فيه من بنود، وتنفيذها بأمانة وإخلاص طبقاً للقوة الملزمة للعقد؛ فيكون العقد بذلك حجةً تجاه المتعاقدين بعضهم البعض، وقيد بالنسبة للغير.

ووفقاً لهذا الطرح؛ يشكل مبدأ القوة الملزمة للعقد، أحد أهم الضمانات<sup>(4)</sup> التي يتمسك بها المتعاقدين حفاظاً على الإستقرار وتوازن العلاقة العقدية، وتأميناً للعقد من أيّ إعتداء داخلي أو خارجي. فهو بمثابة آلية تضمن لكلا الأطراف عدم نقض أو تعديل العقد بالإرادة المنفردة، كما تمنع تدخّل الغير الأجنبي في مضمون الإلتفاق لاسيما القضاء الذي يعتبر مجرد حامي وحارس لإرادة الأطراف، لا منشأ لها.

تتمّة لذلك؛ فبقدر ما تعدّ قاعدة القوة الملزمة ضماناً للمتعاقدين؛ يتمسك بها أحدهما في مواجهة المتعاقد معه؛ فإنّه يشكلّ من جهةٍ مقابلة، وبنفس القيمة قيداً على تدخّل المشرّع عن طريق القضاء في العقد. فالتدخّل القضائي في العقود غالباً ما يصطدم بتمسك أحد الأطراف أو كلاهما بمبدأ القوة الملزمة للعقد.

يقتضي الفصل في هذه الجزئية، التّطرق إلى مضمون مبدأ القوة الملزمة للعقد، وعن مدى ملائمة قواعده وأسسهِ في تحقيق الأمان التعاقدى (المطلب الأول)، حتّى يتسنى لنا التّعريح إلى مرحلة إنتهاك المبدأ ومظاهر تراجعه، ودوافعه، وأثر ذلك على الأمن القانوني للعقود (المطلب الثاني).

(1) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة)، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2003، ص14.

(2) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص262.

(3) - محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص80.

(4) - مصدق فطيمة الزهراء، بقّة عبد الحفيظ، "حدود تدخّل القاضي المدني لإعادة التّوازن المالي للعقد"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021، ص335.

## المطلب الأول

### مضمون مبدأ القوة الملزمة للعقد: عهد الإزدهار

انصبّت تساؤلات بعض الفقهاء، عن السبب الحقيقي خلف مرجعية العلاقة العقدية إلى الأطراف<sup>(1)</sup> وتم التأكيد على أنّ العقد موجود لأنّ الأطراف يريدون ذلك، فقوته الملزمة تنبع من إرادة الأطراف لما لها من سلطان ذاتي<sup>(2)</sup> فالإرادة تُشكّل المركز الوحيد للقوة التعاقدية<sup>(3)</sup>؛ فمن يقول تعاقدياً فهو على صواب، ولا يمكن للغير أن يكون بديلاً عن التقدير الصحيح الذي اقتنع به الأطراف<sup>(4)</sup>.

لقد ازدهر مبدأ القوة الملزمة للعقد في ظلّ المذهب الفردي؛ وفي سياق توضيح إصطلاح الإزدهار؛ فقد توصّل الأستاذ كورنو (CORNU Gérard) في قاموسه إلى أنّ (Prosperer) يفيد التطوّر نحو الأفضل<sup>(5)</sup>، وهو فعلاً ما التمسناه في مضمون القوة الملزمة للعقد، حيث شهد تطوراً كبيراً لاسيما من حيث تعدّد الأسس التي يقوم عليها (الفرع الأول).

كما أنّه، وبالرجوع إلى فحوى وأفكار المذهب الفردي فإنّ القراءة التاريخية والقانونية وحتى الفعلية لمبدأ القوة الملزمة للعقد واحدة؛ مردّها، أنّ الفرد حرٌّ، لا يخضع إلّا لشرعيته الذاتية<sup>(6)</sup>؛ فهو حرٌّ في الإقدام على التعاقد، أو الإمتناع عن ذلك، ولا مجال لإجباره على غير ما يريده، أو على غير ما اقتنع واستقرّ إليه، فلا وجود لسلطة أعلى منه. وحرية الفرد لا تقتصر على مرحلة معينة من التعاقد؛ بل يمتدّ إلى جميع مراحل العقد، بدءاً من مرحلة التكوين إلى التنفيذ مع مراعاة أحكام النظام العام؛ والفرد عموماً، والمتعاقد على وجهٍ أخصّ، ووفقاً لما يعتقده هذا المذهب؛ مقدّس، ودليل قداسته تمتّعه بالكفاءة والقدرة في إنشاء العقود، وتحديد آثارها، دون التخلّل الأجنبي في ذلك (الفرع الثاني).

(1) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p30.

(2) - نشأ مبدأ سلطان الإرادة نتيجة تطوّرات طويلة للشعوب والمجتمعات، فالإرادة وحدها قادرة على إنشاء الإلتزامات، كما أنّها كافية وكفيلة لتحديد آثارها؛ على عكس ما كان سائداً في القوانين القديمة كالقانون الروماني، الذي يشترط إفراغ التعبير عن الإرادة في أشكال وطقوس محددة... للتفصيل أكثر انظر: محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص.ص 36-37. انظر أيضاً، سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2005، ص 09. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 43.

(3) - همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام (نظرية العقد)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 17.

(4) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة: منصور القاضي، ط. 3، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 26.

(5) - كورنو جيرار، المرجع السابق، ص 129.

(6) - JAOUL Mélanie, MATHIEU Marie-Laure, «La liberté contractuelle», Art publié dans l'ouvrage collective intitulée sur: Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 2022, p839.

## الفرع الأول

### أسس مبدأ القوة الملزمة للعقد

إذا كانت القاعدة القانونية عموماً قاعدة ذات سلوك اجتماعي؛ دورها الأول يتمثل في تنظيم وتحقيق الأمن للأفراد داخل الجماعة، فإنّ قاعدة القوة الملزمة للعقد الدور البارز في تجسيد ذلك<sup>(1)</sup>، على أساس أنّ تحقيق الأمن التعاقدّي يتوقّف بمدى إحترام القوة الملزمة للعقد<sup>(2)</sup>.

يُقصّد بأسس القوة الملزمة للعقد ذلك المنبع الذي تستشف منه أو منهم وجودها، أي النّظر إلى الأصل الذي ساهم في تكوينه؛ فعلى الرغم من أهمية المبدأ، إلّا أنّ هناك إختلاف فقهي حول الأساس الذي يقوم عليه المبدأ فظهرت عدة أفكار تبني رؤيتها على أسس معينة تراوحت بين الأساس الديني والأخلاقي والفردية، الاقتصادية، القانوني.

تتمتّع مجمل هذه المذاهب والأفكار بأهمية كبيرة في المجال التعاقدّي، لاسيما في سم معالم العقد، وأبعاده، ونطاقه، وبالتالي تستحق الاطّلاع عليها لمعرفة جذور وأصل ومسار العقد، بدءاً من العهد التقليدي إلى عهد آخر يناهز بالتخلّي عن الأفكار القديمة.

### أولاً: مرجعية العقد ضمن الفلسفة الكلاسيكية

في البدء؛ أكّد البعض على الرؤية الدينية للعقد<sup>(3)</sup>، بحيث تعود جذوره التاريخية إلى شرائع الديانات السماوية، بدءاً من المذاهب الكنسية، إلى الشريعة الإسلامية التي أكّدت على الطابع الديني المحض لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي مفاده؛ من قطع عهداً على نفسه إلّ التزم بتنفيذه، وإلّا كان آثماً. تأسيساً بقوله تعالى: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً"<sup>(4)</sup>، وكذلك قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"<sup>(5)</sup>.

وقد تمّ التأكيد على أنّ نظرية الإلتزام قد تأثرت بالقواعد الأخلاقية عموماً<sup>(6)</sup>، ومبدأ القوة الملزمة على وجه الخصوص. فالقوة الملزمة تنبعث من حسن النية والعدالة الذي يسود علاقات التعاقد<sup>(7)</sup>، فالمنافسة

(1) - بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، دار الطلونية، الجزائر، 2018، ص 284.

(2) - غميجة عبد المجيد، المرجع السابق، ص 03. محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات)، ج. 01: مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة)، ط. 4، دار الهدى، عين مليلة، 2007، ص 298.

(3) - علي فيصل علي الصديق، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية (دراسة مقارنة)، منشورات الطلبي الحقوقية، بيروت، 2019، ص 56.

(4) - القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية رقم 34.

(5) - القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية رقم 01.

(6) - فيلال علي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 10.

(7) - هني عبد الله، العقد، منشورات الطلبي الحقوقية، د.ب.ن، 2008، ص 22.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

الأخلاقية تلزم إحترام الذات، وإحترام الغير، كما تفرض على من يلتزم بها تنفيذ العقود التي يبرمها مع الغير؛ حفاظاً على الواجب الأخلاقي المتمثل في شرف التعامل<sup>(1)</sup>.

تحقيقاً لأخلاقه العقود، بحث رجال الكنيسة عن السبب وراء التعاقد، وتوصلوا إلى بطلان العقود القائمة على سبب غير أخلاقي أو غير مشروع<sup>(2)</sup>، وتأكيداً لذلك توصل الفقيهين (Pothier) و (Domat) أن قوة العقد تظهر من كونه ذو طابع أخلاقي محض تقوم على واجب ضميري يتمثل في إحترام الوعد<sup>(3)</sup>. وفي ذات السياق، فإن أغلب القواعد التي تحكم مجال العقد قواعد أخلاقية؛ فالإلتزام بتنفيذ العقد هو تطبيق لقاعدة وجوب إحترام الكلمة المعطاة وإحترام للوعد المقطوع، أما عيوب الرضا (التدليس، الإكراه، الغلط، الإستغلال)، تعدّ أحد صور لإشتراط النزاهة عند إبرام العقد، أما حماية فاقد الأهلية تعتبر أحد تطبيقات حماية الطرف الضعيف<sup>(4)</sup>.

إن القاعدة الدينية والأخلاقية لعبت دوراً بارزاً في إنشاء وتحديد آثار العقود، بدليل أنه لا يمكن تصور طرف آخر غير المتعاقدين مدركاً لمصالحه؛ وإحتراماً لميثاق التعاقد، فيجب عليه أن لا يتذمر عن الظلم والضّرر الواقع له لمجرد أنه إلتزم، مادام كل طرف يسعى لتحقيق مصالحه؛ وعلى الرغم من كل ذلك؛ إلا أنه لا يمكن تجاهل دور إرادة الأفراد في صنع العمليات العقدية، وهو ما ترسّخ لعقود من الزمن في ظلّ النظرية العامة للعقد -والى الآن-.

تبعاً لذلك، ظهر التيار الفردي الذي يرى أن أساس القوة الملزمة للعقد، إرادة الأطراف الدالة على إنعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محلّ التعاقد. ويمكن أن نلتصها في المظاهر المادية الدالة عليها كالكتابة، الكلام<sup>(5)</sup>. إذا كان العقد جوهر الحياة القانونية والاجتماعية وحتى الاقتصادية، بإعتباره أداة لتبادل السلع والخدمات، فإن الإرادة هي التي تصنع هذا العقد<sup>(6)</sup>، حيث يستمد العقد قوته الإلزامية من الإرادة لا من القانون<sup>(7)</sup>.

(1) - جلال علي العنوي، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 23. راجع أيضاً: علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للقد وحدودها-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص 15.

(2) - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 39. بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السابق، ص 374.

(3) - CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p22.

(4) - بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السابق، ص 377.

(5) - مصطفى الجمال، النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 23.

(6) - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 164.

(7) - غستان جاك، كريستوف جامان، مارك بيو، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو آثاره)، ترجمة: منصور

القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000، ص 424.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

إنّ أساس مبدأ القوّة الملزمة للعقد يعود إلى مبدأ سلطان الإرادة (Principe de l'autonomie de la volonté)<sup>(1)</sup> الذي ظهرت معالمه إبان القرن الثامن عشر في أحضان المذهب الفردي، حيث يعتقدون أن الإرادة المصدر الوحيد للحقوق والواجبات؛ والقوّة الملزمة للعقد ليس وليد القانون، إنّما وليد الإرادة<sup>(2)</sup>. فطالما المتعاقد إلّترم بمحض إرادته، فهو ملزم بالوفاء بما تعهد به.

يرى الفيلسوف كانط (Kant)، سلطان الإرادة بأنّه، صفة تلاحق الإرادة ومؤداه أنّ الإرادة لا يمكن أن تتحدّ إلّا بذاتها وبمعنى آخر بالقانون الأخلاقي العالمي بعيداً عن أيّ باعث آخر ملموس<sup>(3)</sup>، فالإرادة حسبها لها السلطان في تحديد وإنشاء تصرف معين، وكذا تنظيمه حتّى ولو لم يتدخل القانون لتنظيمه. فالأفراد أحرار في إنشاء شتى أنواع العقود، وتضمنينها بالشروط التي ارتضوها، ولا يجوز للقانون فرض قيود عليهم؛ باستثناء ما يخالف النظام العام والآداب العامة. والإلتزامات الناشئة عن العقد وجب تنفيذها وفقاً لما أراده الأطراف دون تدخل سلطة أخرى في توجيه إتّفاقهم أو تعديله<sup>(4)</sup>.

ترجم الفيلسوف روسو (ROUSSEAU Jean-Jacques)، تلك الأفكار في نظريته الشهيرة العقد الاجتماعي، الذي أكّد على أنّ: "الفرد أساس القانون وغايته وقد ولد حراً وسيدا لنفسه فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته وليس القانون في نهاية الأمر إلّا صدى إرادة الأفراد والتي تكون ما يسمى بالإرادة العامة"<sup>(5)</sup>، فأساس العلاقات في هذا المجتمع، عقد اجتماعي، والقانون الذي ألزم بهذه الإلتزامات هو في جوهره من عمل الإرادة الجماعية<sup>(6)</sup>.

على الرّغم من سيطرت هذه الفلسفة لدى الفكر القانوني لعقود من الزّمن، الأمر الذي تزامن مع تأثيرها على مختلف التشريعات المدنية خصوصاً؛ إلّا أنّ مقتضيات ومعطيات تطوّر ذات المجتمعات فرض

---

(1) - للتّصيل أكثر حول المبدأ راجع: عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ج.1: انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر، بغداد، 1967، ص.ص 75-89.

(2) - محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص 77.

(3) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p31.

(4) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون (أو المدخل لدراسة القانون)، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص 24-25.

(5) - تتحقّق العدالة بموجب العقد الاجتماعي بواسطة إتّفاق الجماعة بالتنازل عن حريتهم والتحول من الحالة الطّبيعية الافتراضية إلى مجتمع يتوافق فيه الجميع بالتنازل عن حريتهم لغرض توفير الأمن والاستقرار، فالقانون ما هو إلّا تعبير عن الإرادة الجماعية. للتّصيل أكثر انظر في نظرية العقد الاجتماعي: جان جاك روسو، العقد الاجتماعي (مبادئ الحقوق السياسية)، ترجمة: عادل زعيتر، دار العالم العربي، القاهرة، 2011.

(6) - محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص 78.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

ضرورة التحوّل عن هذه الأفكار -الفلسفية- المطلقة، الجامدة، شيئاً فشيئاً، قصد تبني نظرة جديدة للعقد، لاسيما في شقه القوّة الملزمة، خاصّة مع بروز المذاهب الإجتماعية وفلسفتها المختلفة.

## ثانياً: مرجعية العقد ضمن فلسفة ضرورة تجاوز النظرة الكلاسيكية للعقد

ظهرت فلسفة أخرى تنادي بضرورة تجاوز الأفكار التقليدية للعقد، بظهور المذاهب الإجتماعية والإقتصادية، التي حملت أفكاراً جديدة، هدّامة للمعتقدات القديمة. وأدّى إنتشارها إلى التحوّل الجذري للمفاهيم الراسخة لقانون العقود.

ظهر المذهب الاجتماعي في القرن التاسع عشر<sup>(1)</sup>، وقد حمل في فحواه نظرة وفلسفة جديدة مفادها أنّ القوّة الملزمة للعقد يرجع إلى ضرورة الإنتاج والتوزيع التي تحتم إبرام العقود، وكذا ضرورات الإستقرار في التعامل. وفي الشأن يرى الفقيه ديجي (DEGUI Léon)<sup>(2)</sup> أنّ الإنسان لا يستطيع بإرادته وحدها أن يحتكم في حركات جسمه ولذا فإنّ العقد يستمد قوّته من القانون، وهذا الأخير لا يرتّب على العقد آثاره الملزمة لمجرد أن يحقّق لإرادة المتعاقد متعة؛ بل يراعي في ذلك مصلحة اجتماعية ملحّة.

فالإرادة في حد ذاتها ولوحدها ليست قادرة على أن تولّد آثاراً في العالم الخارجي، إنّما يقتصر دورها على إعمال النّظام القانوني الذي أنشأه الشارع؛ وكلّ هذه الأفكار أدّت إلى إهتزاز عرش مبدأ سلطان الإرادة خاصة والمذهب الفردي عامة.

إلى جانب شيوع النّظام الاقتصادي الليبرالي، ونظرية حرية العمل المعروفة: "أتركه يعمل، دعه يمر" التي لعبت الدور الأبرز في بلورت الأساس الاقتصادي للعقد. حيث كان تدخّل الدولة في ظلّ هذا النّظام لاسيما في المجال الاقتصادي يعدّ شراً كبيراً؛ فأطلق العنان لإبرام العقود بكلّ حرية دون تدخل من الغير<sup>(3)</sup>. وقد سادت فكرة أنّ ترك الإرادات تعمل سيؤدّي إلى تحقيق أفضل النتائج؛ بدليل أنّ هذه الإرادات ستواجه على مستوى السوق، والمواجهة بين المصالح الفردية سيحقّق بالضرورة المصلحة العامّة للجماعة<sup>(4)</sup>. وفي نفس السياق، فإنّ الشعار أعلاه (دعه يعمل دعه يمر) من الشعارات الإقتصادية الصريحة إلّا أنّه يحمل في ثناياه شعار آخر ذو طبيعة قانونية محضة (دعه يتعاقد). فالعقد آلية لإنشاء علاقات فردية، عادلة ونافعة؛ فالإرادة الحرة لا يمكن إلّا أن تحقّق العدالة، والمتعاقد هو أفضل من يدافع عن مصالحه الخاصّة<sup>(5)</sup>.

(1)- للتفصيل أكثر، راجع: سمير عبد السيد تناغو، النّظرية العامّة للقانون، المرجع السابق، ص.ص 167-174.

(2)- تمت الإشارة إلى رأي الفقيه، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.ص 43-44.

(3)- دينييس لويد، فكرة القانون، عالم المعرفة، الكويت، 1978، ص 19 و 134.

(4)- بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السابق، ص 368.

(5)- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظلّ تطوّر العقد (دراسة لبعض العقود الخاصة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه،

تخصّص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 35.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

إنَّ ما يعاب على مناصري هذه الأفكار أنَّهم انطلقوا من فرضية أنَّ كلَّ ما هو عقدي فهو عادل من خلال الإعتقاد بأن ترك العنان للأفراد في السوق سيولد بالضرورة المنافسة النزيهة والنتائج الإيجابية. إلَّا أنَّ الأوضاع الإجتماعية والإقتصادية، لاسيما بتدفق الثَّورة الصَّناعية، ودخول التكنولوجيا إلى مجال الأسواق؛ قلب الموازين للعلاقات التعاقدية المتوازنة، فانقلبت الأوضاع العقدية؛ من الاتِّزان إلى عدمه، وكان عدم التَّكافؤ في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة عنواناً للمنافسة، وذلك بظهور طرفين ومركزين تعاقديين مختلفين -**الطرف الضَّعيف في مواجهة الطرف القوي**- وضع جديد، يحتاج لأن يؤسَّس على فلسفة جديدة. إنَّ النظرة القانونية أعلاه، توحى لنا، وبوضوح الاختلاف الكبير بين الفقه القانوني حول مردَّ القوَّة الملزمة. وأمام تعدّد الأسس والأفكار التي يزعم أو يعتقد أنَّ القوَّة الملزمة ترجع لها، دليلٌ كافٍ للقول أنَّها (القوَّة الملزمة) قد اتَّسمت بعدم الثَّبات والاستقرار. ذاته الوضع الذي يتعارض ولا يخدم بتاتاً فكرة إستقرار العلاقات العقدية والأمن القانوني، فأصبح بذلك، الإلتجاه نحو إيجاد أساس قطعي -ثابت- يقوم عليه القوَّة الملزمة من جهة وبصورة يحقق الأمن العقدي للأطراف من جهة مقابلة؛ ضرورة مستعجلة.

واستناداً لذلك؛ فالغاية من الخوض في غمار أسس مبدأ القوَّة الملزمة للعقد ليس فقط تبيان الصِّراع والإختلاف بين الفقه القانوني حول مرد المبدأ وتأصيل أسسه؛ بل يتعدَّى إلى التمهيد إلى النظرة الحديثة للأساس الحديث المكوّن للعقد. مما يفهم أنَّ القراءة التَّقليدية القائمة على أحد الأسس أعلاه، تبقى نظرة كلاسيكية ساهمت في رسم معالم وأبعاد النظرة الحالية للعقد.

### الفرع الثاني

#### عن ملائمة القواعد التَّقليدية لمبدأ القوَّة الملزمة في تحقيق الأمن التعاقدية

يفترض الأمن القانوني في جوهره إستقرار العقود المبرمة بالشكل القانوني الصحيح<sup>(1)</sup>، ومن المعلوم أنَّ الأطراف لهم كامل الحق بإقرار قانون خاص بهم<sup>(2)</sup>؛ وإذا كان القانون الصَّادر من السلطة التشريعية يواجه الكافَّة ويأخذ صفة القانون الأكبر (Macro droit)، فمن جهة مقابلة، يوجد قانون خاص ينشأه الأطراف يأخذ صفة القانون الأصغر (Micro droit)<sup>(3)</sup>.

وفقاً لهذا المن وجهة النظر، يعتبر أطراف العلاقة العقدية بمثابة مشرعين لقانونٍ خاصٍ بهم، وعلى أساس هذا فالعقد ملزمٌ مثله مثل القانون، لاسيما أنَّه من نفس طبيعة القانون. وأنَّ هذه الأفكار ساهمت وإلى حدٍّ بعيدٍ في إرساء الأمن للمعاملات العقدية؛ ومن مظاهر ذلك: ثبات العقود، إستقرارها، إشاعة النِّقَّة بين

(1) - ELISE Charpentier, Op-Cit, p548.

(2) - الشَّرقاوي عبد الرحمان، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامَّة للإلتزام في ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، ج.1: مصادر الإلتزام (التصرف القانوني - العقد الإرادة المنفردة)، د.د.ن، الرباط، 2018، ص42.

(3) - محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص81.



# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

الأطراف إلى القانون عموماً، ونحو قانونهم الإتفاقي على وجه الخصوص. وهو ما يترجم وباختزال بفعالية وملائمة قواعد مبدأ القوة الملزمة للعقد -في صورته التقليدية- في تحقيق الأمان التعاقدية.

## أولاً: العقد قانون المتعاقدين

تضمنت المادة 106 من ق.م.ج.<sup>(1)</sup> القاعدة الفقهية الشهيرة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تمثل جوهر قانون العقود، مفادها أنّ الأطراف أحرار ومتساوون في الإتفاق على خلق ومناقشة الإلتزامات الخاصة بهم<sup>(2)</sup>، بشكل يجعل كلّ واحدٍ منهم ملتزماً ومخلصاً تجاه الآخر<sup>(3)</sup>، وبذلك يتحقّق بالضرورة التوازن والإستقرار لمراكزهم العقدية<sup>(4)</sup>.

وفي شأن ذلك؛ أشار البعض إلى وجود تعارض بين بعض الأفكار الواقعية، مع الحقائق القانونية الأخرى، أبرزها الاعتقاد بأنّ الفرد حرٌّ في التعاقد، وملزمٌ بتنفيذ الإلتزام التعاقدية في آنٍ واحد<sup>(5)</sup>. فالحقيقة أنّ الحرية تكمن في الدّخول في التعاقد، وبمجرّد ذلك، يتنازل الفرد بجزءٍ من حريته، أو بالأحرى يقيّد حريته بتنفيذ الإلتزامات العقدية. فلولا حرية الفرد لما وجدت هذه الإلتزامات، وتنفيذ هذه الأخيرة في حقيقته يعدّ كمارسة فعلية "للحرية التعاقدية"، فهذه الحرية متلازمة مع عملية أخرى تتعلّق بالتعاقد.

لم يحض أيّ مبدأ قانوني بالشهرة، أكثر ممّا حظي به مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ يعدّ قاعدة جوهرية لقانون العقود، حيث كانت له قدسية وخصوصية انفرد بها عن باقي المبادئ الأخرى. ويشكّل المبدأ ترجمة حرفية وملموسة للمفهوم الارادوي للعقد؛ فقد تمّ استلهامه من المذهب الفردي الذي يمنح للإرادة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، والحرية والسلطان في الدّخول إلى العلاقة التعاقدية من عدمه، وتحديد ما يترتّب على العقد من آثار، و/أو تعديل هذه الآثار، وحتىّ إنهاء العقد بعد إبرامه. ولا يحد من هذا السلطان إلاّ إعتبارات النّظام العام<sup>(6)</sup>.

(1) - تنصّ المادّة 106، من الأمر رقم 58-75 على: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتّفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، المرجع السابق.

(2) - نجيم أهتوت، النظرية العامة للإلتزامات، ج.01: المصادر الإرادية (العقد - الإرادة المنفردة)، مطبعة القيس للطباعة والنشر، الناظور، 2019، ص121.

(3) - CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p23.

(4) - فاضلي خبيجة، غيّمّة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص05.

(5) - JAOUL Mélanie, MATHIEU Marie-Laure, Op-Cit, p840..

(6) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p32.



# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

تهدف مجمل هذه المفاهيم إلى تحقيق إستقرار العلاقة العقدية من خلال إلزام كل طرف بما ورد في الإتفاق<sup>(1)</sup>، فما تقرره الأطراف هو العدل، على أساس أن الإلتزام الإرادي هو إلزام مشروع وعادل<sup>(2)</sup> وإن تدخل المشرع لتنظيم بعض العقود في بعض المواضع، ولا اعتبارات معينة<sup>(3)</sup>.

فالعقد اذن، شأن خاص للمتعاقدين<sup>(4)</sup>، فلا يجوز المساس به تعديلاً أو إنهاءً، وهذا المنع يسري على الأطراف وحتى على الغير<sup>(5)</sup> الملزم بإحترامه والأخذ ببنيه<sup>(6)</sup> وهو ما كرسه النص القانوني 106 من ق.م.ج. محولاً نقادي المساس بإتفاق الأطراف، مفضلاً مبدأ إستقرار العقود وعدم المساس به على قاعدة التوازن العقدي<sup>(7)</sup>، وهو ما أيضاً ما أوضحه قضاء المحكمة العليا من الناحية التطبيقية العملية<sup>(8)</sup>.

وبالموازاة مع ذلك؛ أصبح العقد له وزن وأهمية كبيرة. ونظراً لتعقيد العلاقات العقدية اليوم، وتشعب المفاهيم القائمة عليها، فإن الإجتهد يقبل عموماً إعتبار العلاقات العقدية والأوضاع القانونية كواقعة اجتماعية تسمح للأطراف المتعاقدة بالتمسك بالمضمون العقدي تجاه الغير، فتحوّل لكل طرف الاحتجاج بالمضمون العقدي ضد طرف ثالث غير المتعاقد أو فيما بين المتعاقدين معه<sup>(9)</sup>. لذا وجب إحترامه وعدم إنتهاك أسسه خاصة أنه الأداة الوحيدة التي تضمن للمتعاقدين إستقرار وثبات تصرفاتهم العقدية، وإحترام توقعاتهم المشروعة.

(1) - الكزيري مامون، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي (مصادر الإلتزامات)، د.د.ن، بيروت، 1972، ص 247.

(2) - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 265.

(3) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثر بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص 11.

(4) - فيلاي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، موف للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001 ص 52.

(5) - CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p116.

(6) - NGONÉ Diatta, Le juge et le contrat: étude comparative des droits français et senegalais, Université de perpignan via domttia, 2022, p05.

(7) - نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2013، ص 79.

(8) - انظر قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 382981، المؤرخ في 10 جانفي 2007، المجلة القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 01، الصادر سنة 2007، ص 339. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 791649، صادر في 04 جويلية 2012، المجلة القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 02، لسنة 2012، ص 211.

(9) - غستان جاك، كريستوف جامان، مارك بيو، المرجع السابق، ص 429.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

## 1. سريان المبدأ في مواجهة الأطراف: تقنية لتنفيذ توقعات المتعاقدين

تحل الإتفاقات العقدية محل القانون تجاه من وضعوها<sup>(1)</sup>، نتيجة وجود القوة الملزمة للعقد (**La force obligatoire du contrat**)<sup>(2)</sup>، وهذا الأخير كافٍ لإجبار المتعاقدين على تنفيذ العقد بإعتبارهما قد تعاقدتا بمحض إراديتهما، ولا يستطيع المتعاقد التحلل من قيود العقد أو وقف تنفيذه أو فسخه منفرداً؛ فالحرية تكمن في الدخول في التعاقد، لا الخروج عنه، كما لا يمكنه أن يدخل تعديلات على بنوده أيّاً كان نوعها أو أهميتها، وأيّ مساسٍ بها، عدّ انتهاكاً لما يقتضيه مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يفرض في جوهره تنفيذ العقد، لا تعديله أو إنهائه من جهة، كما يؤدي إلى الإخلال بالمساواة العقدية والإستقرار التعاقدية من جهة مقابلة<sup>(3)</sup>.

إنّ العقد بمجرد إبرامه ينشأ، التزام على عاتق الأطراف المتعاقدة بعدم التنصل من جميع التزاماته، على أساس أنّ القيام بمثل ذلك التصرفات تهدد لأمن وإستقرار العلاقة العقدية وتوقعات العاقدين المشروعة. فوجب على كلّ طرف إذن، تنفيذ ما تم الإتفاق عليه، وما إشتل عليه، وبحسن النية؛ وإلاّ ستقع على عاتقه جزاءات مدنية تختلف باختلاف القاعدة المخل بها<sup>(4)</sup>، وفقاً للمادة 106 من ق.م.ج. إلاّ في حدود وإعتبارات معينة<sup>(5)</sup>.

تعقيباً لذلك؛ فإذا كان القانون من صنع المشرّع، والمشرّع وحده دون غيره من يملك صلاحية النقض أو تعديل هذا القانون، يكون الأمر مماثلاً بالنسبة للعقد، مادام أنّه يأخذ طبيعة القانون المصغّر؛ فهو من وضع وصنع المتعاقدين عن طريق الإتفاق، فلا يمكن إذن تعديله أو نقضه إلاّ من طرفهما معاً، فلا يستقل أحدهما بنقضه أو تعديله منفرداً. فما أنشأته إرادتين، لا يمكن لإرادة واحدة نقضه أو تعديله، إحتراماً للإتفاق من جهة، وضماناً لتنفيذ توقعات المتعاقدين من جهة مقابلة.

(1) - CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p117.

(2) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p.p32.33.

(3) - العوجي مصطفى، القانون المدني، ج.1: العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الطلبي الحقوقية، بيروت، د.س.ن، ص112. الكزبري مامون، المرجع السابق، ص.ص245-246.

(4) - من أهم الجزاءات المدنية الشائعة؛ تقرير البطلان النسبي عند تحقق عيب من عيوب الرضاء؛ كالغلط، التدليس، الإكراه، الإستغلال. أو تقرير البطلان المطلق عند الإخلال بأحد أركان العقد؛ التراضي، المحل، السبب، الشكلية في بعض العقود. تقرير الفسخ وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد المادة 119. الدفع بعدم التنفيذ عند إمتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزاماته حسب المادة 123 من ق.م.ج. إلى غيرها من الجزاءات المنصوص عليها في الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(5) - بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السابق، ص285.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

إنَّ التَّوَقُّعات المشروعة التي يسعى مبدأ القوَّة الملزمة لحمايتها؛ هي تلك النَّاتجة عن التَّعَسُّف في إستمعال الحقِّ، كإنهاء العقد منفرداً، أو تعديله دون علم المتعاقد معه، أو دون رضاه على الرَّغم من علمه. فكلَّ تغيير في العقد يعدُّ مساساً بأمن الأطراف، ومبدأ العدالة العقدية، وما يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقود لا إنهاءها، وهو فعلاً ما نستشفه من موقف المشرِّع الجزائري من نظرية الغلط التي كرسها في المواد 81، 82، 83، 84 و 85 من ق.م.ج<sup>(1)</sup> واضحاً شرط أن يكون الغلط جوهرياً حتَّى يتم التَّمسُّك بإبطال العقد ممن وقع فيه، أمَّا خلاف ذلك فإنَّ المتعاقد ملزم بتنفيذ ما إنفق عليه في العقد، وفقاً لما تقتضيه حسن النية، واحتراماً لتوقُّعات الطرف المتعاقد معه.

من وجهةٍ أخرى؛ يستطيع الأطراف تعديل أو نقض العقد باتِّفاق جديد، ولا يمكن إعتبار هذا التَّعديل أو الإنهاء باتِّفاق مساساً بصحَّة، وأمن العقد؛ بقدر ما يعد انتصاراً حقيقياً لمبدأ القوَّة الملزمة للعقد<sup>(2)</sup> كما أنَّه، واستناداً إلى أسس ومقومات المبدأ سواء الدِّينية، الأخلاقية...، فإنَّها تتشكَّل وبمجمَلها، حماية للعقد وإستقراره، وتمنع المتعاقدين من نقضه أو تعديله بالإرادة المنفردة؛ لاسيما أنَّ الأصل العام للعقود هو التَّنفيذ لا الإنهاء.

## 2. سريان المبدأ في مواجهة الغير: تقنية لعدم المساس بتوقعات الأطراف

نقصد بإصطلاح الغير<sup>(3)</sup>؛ المشرِّع والقاضي اللذان يعدَّان طرفان أجنبيان عن المتعاقدين؛ فتأسيساً بالقوَّة الملزمة للعقد، فإنَّ مجمل الإلتزامات الناشئة عنه، وجب تنفيذهما كما أرادهما المتعاقدان، وعلى المشرِّع إحترام هذه الإلتفاقات، مادامت لا تمسَّ بالنَّظام العام والآداب العامَّة. فيمنع عليه التَّدخُّل في بنود العقد، أو إصدار قوانين تمنح الرخصة أو السُّلطة لغيره بالمساس بأمن وتوقُّعات الأطراف تحت أيِّ ظرف<sup>(4)</sup>.

إنَّ هذا الطَّرح يدعِّم مقولة: "من قال عقداً؛ قال عدلاً (Qui dit contractuel, di juste)"<sup>(5)</sup>، فمادام العقد أداة وصيغة للتبادل (Un mécanisme d'échange)، وجزء من العمليات الإقتصادية

(1) - راجع مضمون المواد 81-82-83-84-85، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) - محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص 82.

(3) - وجب علينا التفرقة بين اصطلاح الغير في العقود المشار إليه أعلاه، وبين إنصراف أو عدم إنصراف آثار العقد إلى الغير. للتفصيل أكثر راجع في ذلك: حليمي ربيعة، الغير في العقد دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كُلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017، ص 05 ومابعدها.

(4) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 22.

(5) - أشار إليه كلٌّ من: أيمن العشماوي إبراهيم، مفهوم العقد وتطوُّره (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 25. أنظر أيضاً: سمير عبد السيد تناغو، النُّظرية العامَّة للقانون، المرجع السابق، ص 164.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

والمالية، فالإنسان وفقاً للنظرة التقليدية حريص على تحقيق مصالحه ولا يمكن إلا أن يكون عادلاً مع نفسه ونحو نفسه، ويستبعد أن يلتزم بما يضره<sup>(1)</sup>. ومادام كل طرف ينطبق عليه هذا المن وجّهة النظر فإنّ التوازن والإستقرار التعاقدية أمر محقق، دون الحاجة إلى تدخّل الغير لاسيما المشرّع تحت غطاء مهمة إعادة التوازن المالي للأطراف أو تحقيق الأمن العقدي.

إنّ وظيفة القانون أو المشرّع تتحدّد في حمايتنا ضدّ غش الآخرين، وهذا حسب الفقيه (PORTALIS)<sup>(2)</sup>، فلا يمكن أن تتعدّى وظيفته إلى إعفاءنا من إستخدام عقولنا، ولو تمّ التسليم بغير هذا القول لكانت حياة البشر تحت رقابة القوانين، لتحوّل هذه الرقابة ذاتها إلى اتّهام. لذا وجب ترك كلّ فردٍ بحرية لتنظيم علاقاته مع الآخرين.

يسري هذا المنع حتّى على القاضي الذي يجد نفسه ملزماً بإحترام والأخذ ببنود العقد كما تمّ الإتّفاق عليها، وعدم إنتهاك مبدأ القوّة الملزمة للعقد، فلا يجوز له المساس بمضمون العقد ولو كانت بعض شروطه غير عادلة في نظره<sup>(3)</sup>. فالقاضي ملزم باحترام مشيئة العاقدين، ولا يتحقّق ذلك إلا من خلال تنفيذ إرادتهما وعدم المساس بشروط وبنود العقد عن طريق الادّعاء بأنّ التعديل تفرضه أحكام العدالة العقدية للأطراف، فأحكام هذه الأخيرة (العدالة) تقتضي تكملة إرادة المتعاقدين لا أن تنسخها<sup>(4)</sup>، بل وجب عليه مساعدة الأطراف في تنفيذ العقد<sup>(5)</sup>. خاصّةً إذا كانت إرادة الأطراف واضحة<sup>(6)</sup>، أمّا عند غموضها فوجب عليه الوقوف على نية المتعاقدين المشتركة؛ لا على المعنى الحرفي للعقد<sup>(7)</sup>.

إنّ إرادة الأطراف أولى من إرادة القاضي، وهذا الأخير ليس له سلطة الحلول محلّ إرادة الأطراف<sup>(8)</sup> وسلطته تقتصر في تقديم المساعدة<sup>(9)</sup> لغرض تنفيذ الإتّفاق دون أن تتعدّى إلى المساس به. فما أبرمه طرفان لا يمكن لإرادة واحدة-نقصد هنا إرادة القاضي- أن تعدّله أو تلغيه طبقاً لمبدأ القوّة الملزمة للعقد وهذا الأخير

(1) - العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص 93.

(2) - آلان بينابنت، القانون المدني (الموجبات أو الإلتزامات)، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 26.

(3) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 18.

(4) - ريماء فرج مكي، تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 365-366.

(5) - PHILIPPE Mallaurie, LAURENT Aynes, Philippe stoffel-Manck, Droit civil (Les obligations), 02<sup>é</sup> me éd, Defrénois, Paris, 2005, p371.

(6) - راجع كلّ من: علي فيصل علي الصديق، المرجع السابق، ص 64. أيضاً ليمن العشماوي إبراهيم، المرجع السابق، ص 39.

(7) - راجع في ذلك: العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص 112.

(8) - محي الدين اسماعيل، المرجع السابق، ص 83.

(9) - PHILIPPE Mallaurie, LAURENT Aynes, Philippe stoffel-Manck, Op-Cit, p371.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

يفرض على القاضي عدم إنتهاكه تحت نريعة الانصاف، حتّى ولو أخلّ التّوازن العقدي بسبب تطوّر غير متوقّع أو ظروف إستثنائية أو تحقّق الغبن، إلّا كاستثناء<sup>(1)</sup>.

لا يمكن لنا إنكار مدى ملائمة هذه الأحكام والقواعد التّقليدية لتكريس الأمن في العقود وإستقرارها؛ إلّا أنّه ومن جهة أخرى لابد لنا اليوم البحث عن مدى ملائمة مجمل هذه القواعد والأفكار ثلاثم وتخدم البنية العقدية الرّاهنة بفعل ما نشهده من تطوّرات في شتى الميادين.

إنّ التّمعن في كلّ ما قيل وكُرس بشأن نظرية العقد؛ لاسيما إعتبار العقد عادلاً، وأنّه يحقّق المساواة ويمنع تدخّل الغير فيه. وأنّ القاضي ليس له الحقّ في المساس بتوقّعات الأطراف، إلّا عبر آلية التفسير والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون أن تتعدّى إلى تعديل بنود العقد أو حتّى إنهاءه..... كلّها قواعد عرفت تطوّراً كبيراً في الآونة الأخيرة، فمثلاً سلكت تلك القواعد طريقاً صعباً حتّى ترسّخت في الأخير، عدّت اليوم أحكاماً هاشة وخزرفية ليس لها وجود مادي في الواقع، ممّا يفرض الإلتجاء والتّحول نحو البحث عن الأفكار الجديدة التي تقوم عليها نظرية الأمن القانوني للعقد، بصورة ثلاثم التطوّرات الرّاهنة.

### ثانياً: دور مبدأ القوّة الملزمة في حماية النّثقة المشروعة للمتعاقدين

تعدّ فكرة النّثقة المشروعة، آلية دفاعية لحقوق المتعاقدين في مواجهة تغيرات القوانين، وتهدف قاعدة القوّة الملزمة للعقد إلى حماية النّثقة المشروعة التي نالها المتعاقدان من القانون تجاه إتّفاقيهم، فإذا كان الأمن القانوني يطبّق بصورة مجرّدة على الجميع دون إستثناء، فإنّ مبدأ التّوقّع المشروع يجسّد الصّورة الذاتيّة للأمن القانوني؛ فلا يطبّق بصورة مجرّدة إنّما يراعي وضعية المتعاقدان خاصة حسني النية<sup>(2)</sup>، وبالمقابل لذلك، فإنّ مبدأ القوّة الملزمة للعقد وسيلة للتّحكّم في المستقبل، وتوقّع كلّ تغيير فيه تحقيقاً للأمن التّعاقدي<sup>(3)</sup>. يقوم مبدأ التّوقّعات المشروعة على أسس عدّة منها مبدأ الأمن القانوني، سيادة القانون، ولعلّ أهمها مبدأ حسن النية؛ حيث أكّد فقهاء القانون الخاص أنّ ظهور المبدأ يرجع أساساً إلى الرّغبة في تخفيف حدة وصرامة بعض القواعد القانونيّة التي قد يؤدّي تطبيقها الحر إلى ما يخالف روح العدالة<sup>(4)</sup>. فمبدأ حسن النية المصدر الخصب للقواعد القانونيّة.

(1) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 55.

(2) - أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التّشريعية في ضوء فكرة التّوقّع المشروع، المرجع السابق، ص 26.

(3) - حامق ذهبيّة، "النظرية العامّة للعقد: تصور جديد"، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول "القانون المدني بعد أربعين سنة"، يومي 24-25 ديسمبر 2016، منشورة في حوليات جامعة الجزائر، العدد 05، كلّية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص 80.

(4) - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 207.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

## 1. إرتباط فكرة التّوقّع المشروع بالأمن القانوني: لمحة عن العلاقة

يعرف التّوقّع المشروع، على أنّه التّفكير في حدوث أمر ما مستقبلاً، من خلال الاستعانة على أدلة ومقتضيات موجودة في الحاضر. وباختزال شديد، فهو تمثيل حالي للمستقبل؛ ومن هذا المنطلق تتحدّد الغاية الأساسية لهذه الفكرة المتمثلة في حماية الثّقة التي تولّدت لدى الأفراد في الأنظمة القانونية، في مواجهة التغيرات التشريعية أو القضائية على حد السواء<sup>(1)</sup>. ولابد التمييز بين الحاجة إلى ضمان الإستقرار وكذا تحقيق التّوقّع، فالإستقرار يتعلق بالماضي، أمّا التّوقّع فيجد مجاله في المستقبل.

بالتّعريج إلى فكرة الأمن القانوني؛ فإنّها لا تهتم بحماية التّوقّعات الخارجية للعقد، بقدر ما تهدف إلى ضمان كفاية إحترام الغاية المبتغاة منه، أي التّوقّعات الشخصية الذاتيّة للأطراف. فالعقد يحترم التّوقّعات بعيداً عن الأسباب الخارجية ومزاجية الأطراف، وهو ما يبرر حرمة الحقوق الناشئة عن العقد<sup>(2)</sup>.

إنّ حماية التّوقّع المشروع للأفراد يعدّ من أهم وأبرز المبادئ الحديثة للأنظمة القانونية، وإنتهاكه بمثابة الإخلال بالعدالة الإجتماعية<sup>(3)</sup>. وعلى الرّغم من أهمية هذه المسألة إلّا أنّه لم يتم التّصريح به صراحة في القانون الجزائري؛ باستثناء تضمين فحواه في نصوص عدة كالمادة 02 من ق.م.ج، والمادة 78 منه<sup>(4)</sup>.

يجب أن تهدف القواعد القانونية إلى الحفاظ على الحقّ في التّوقّع المشروع، ممّا يؤدّي إلى تحقيق الأمن القانوني، فالعلاقة بين الفكرتين وطيدة؛ والثّقة هي الإطار المشترك للفكرتين<sup>(5)</sup> إلى درجة أنّ هناك من عزّف الأمن القانوني بمن وجهة النظر التّوقّع المشروع؛ بأنّه القاعدة القانونية النّموجية، المفهومة، سهلة الوصول إليها، التي تسمح للمخاطبين بالتّوقّع المقبول للنتائج العملية لتصرفاتهم وسلوكهم. وعلى الرّغم من وجود هذه العلاقة الوطيدة، إلّا أنّه لا بد من عدم الخلط بينهما إلى درجة إعتبارهما فكرة واحدة، فالثّقة المشروعة هي أحد متطلبات الأمن القانوني، لما لها من آثار على جودته أو إنعدامه. وهذا الأخير يطبّق بصورة مجردة دون الأخذ في عين الإعتبار الوضع الخاص للمخاطبين بالقانون، أمّا فكرة التّوقّع المشروع فإنّها الصورة الذاتية والخاصّة لمبدأ الأمن القانوني، وتطبق على حسني النية؛ وعليه فإنّه جزء من فكرة الأمن القانوني وهذه الأخيرة، لا يمكن أن تكتمل بدون الأولى.

(1) - بواب بن عامر، هنان علي، "الحقّ في التّوقّع المشروع: الثّقة المشروعة كأحد ركائز الأمن القانوني"، مجلة الدراسات

الحقوقية، المجلّد 07، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، غرداية، 2020، ص13.

(2) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص65.

(3) - SOULAS De Russel Dominique, RAIMBAULT Philippe, Op-Cit, p90.

(4) - راجع مضمون المادّة 02، والمادّة 78، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(5) - SOULAS De Russel Dominique, RAIMBAULT Philippe, Op-Cit, p96.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

وفي هذا السياق، فإنّ الأمن لا يختلط مع الحماية البسيطة للفرد وحرّيته، بل هي تمثل وبدقة أن نطمح إلى نظام قوانين أكيدة، ومثل هذا الطّموح يستجيب للحاجة الماسة لإمكانية التّوقّع<sup>(1)</sup>. فيجب أن يتمكن كلّ شخص من توقع آثار تصرفاته، ويحدد فيما بعد أنّه يمكنه أو يستوجب عليه أن يفعل / أو لا يفعل، من أجل ضبط تصرفاته حسب تلك الآثار.

تنمّة لذلك، فإنّ التّوقّع المشروع يقوم على عدم مفاجأة الأفراد بتصرفات (التغيرات المفاجأة للقوانين) مباغته تصدرها السّطات على نحو لم يتوقعوه، فوجب على السلطات الخاصّة عند إصدار القوانين الحديثة أن يتم تطبيقها بصفة متماشية، حتّى لا يتفاجأ بها أفراد المجتمع. فإصدارها على خلاف ذلك ينتج عنه عدم استيعابها ومن ثم إهدار للتّوقعات المشروعة للأفراد<sup>(2)</sup>. فإصدار القوانين بصفة مفاجأة من شأنه أن يهدد ثقة الأفراد في القانون، تلك الثّقة التي اكتسبوها في القوانين القائمة، وكلّ إصدار أو تنظيم لمجال معين جديد لم ينظم سابقا وجب أن تسبقه إجراءات وتمهيدات، تهدف إلى حماية توقعات وآمال الأفراد وتقادي الإصطدام بينها.

### 2 . التمسك بالقوة الملزمة للعقد: حماية للثقة المشروعة للأطراف

يعدّ القانون الوسيلة المثلى لتنظيم تصرفات الأفراد، ومن خلاله يبنون توقّعاتهم المشروعة. وتأسيساً بذلك، وجب أن يوفرّ لهم الأمان في إتخاذ قراراتهم، وأن لا يتمّ مفاجأتهم أو تحطيم آمالهم، حتّى لا يتم الرّجوع إلى حالة ما قبل القانون التي يسودها الفوضى واللامن<sup>(3)</sup>. وبإعتراف المشرّع بقاعدة القوة الملزمة للعقد، يكون كغيره من المشرّعين قد وفر الحماية اللازمة للعقد من العبث؛ فخلق بذلك الثّقة واحترام إرادة المتعاقدين وتوقّعاتهما<sup>(4)</sup>.

لقد أكّد رجال القانون حديثاً أن السماح لغير المتعاقدين في التّدخل في كلّ حالة إختل فيها التّوازن التّعاقدي نتيجة ظهور قوة تعاقدية تفوق قوة الطرف الآخر الذي غالباً ما يكيف على أنّه الطرف الأضعف في العلاقة؛ ومواجهة بنود العقد بآلية التعديل أو النقص فيه مساس بتوقعات المتعاقدين. بدليل أن أطراف العقد قبل دخولهم العلاقة التعاقدية قد كانت لهم تنبؤات وتوقّعات قبلية عن تلك المعاملة محل الإبرام<sup>(5)</sup>؛

(1) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص 65.

(2) - بواب بن عامر، هنان علي، المرجع السابق، ص 25.

(3) - المرجع نفسه، ص 12.

(4) - بوشاشي يوسف، "نظرية الظروف الطّارئة بين استقرار المعاملات واحترام التّوقّعات"، حوليات جامعة الجزائر، المجلّد

31، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017، ص 112.

(5) - بعجي أحمد، "أثر القوة التعاقدية على قانون العقود"، مجلة الدراسات القانونية والمقارنة، المجلّد 06، العدد 02، كلية

الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020، ص 143.



## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

وبمجرد الشروع في الإبرام، هنا تحديداً تبدأ عملية ضمان توقعات المتعاقدين، وضمان فكرة الأمن القانوني للعقد برمته الذي يدعمه في تنفيذ العقد بكلّ ما جاء فيه من بنود تعاقدية. فعلى سبيل المثال إذا أبرم عقد الإيجار بين المؤجر والمستأجر، يكون أحدهما قد وضع توقعاته من تلك العملية التعاقدية، وبناء عليها سيباشر عملية تعاقدية أخرى (توقع عقد البيع للعين المؤجرة)، إذن ميلاد العملية التعاقدية الجديدة مرهون أولاً بنجاح العملية العقدية الأولى، ونجاح هذه الأخيرة يتوقف بعدم المساس بمضمونها أو تعديلها أو إنهائها. أما في الحالة العكسية، فإذا تمّ السماح للغير بالتدخل بتعديل العقد، فإنّ ذلك لا شك فيه مساس وأضرار بمصالح وتوقعات المتعاقدين من العملية العقدية التي أجراها.

غير أنّ القول بأنّ العقد عمل من أعمال التّوقع؛ يبقى من وجهة النظر تقليدي كلاسيكي، على أساس أنّ المادة 107 ف3 تؤكد أنّ الأطراف ليس باستطاعتهم توقّع كلّ الأحداث التي ستقع مستقبلاً، خاصة الإستثنائية والتي ترتب على حدوثها بأن أصبح تنفيذ الإلتزامات أمر مرهقاً للمدين، بأن يهدده بالخسارة الفادحة. ونفس الوضع بالنسبة المادة 307 من ق.م.ج حيث حدد المشرّع الجزائي عناصر القوة القاهرة الممثلة في عدم إمكانية التّوقع، بالإضافة إلى عدم إمكان دفع الضرر وبأن تكون أمر خارجي<sup>(1)</sup>، ممّا يشير إلى أنّ المشرّع عندما سمح للأشخاص ببناء توقعاتهم أمر غير كافٍ، بل وجب عليه -المشرّع- أن يضمن إحترامها وحمايتها بصفة دائمة بنصوص قانونية بعيداً عن إتّفاقهم.

### المطلب الثاني

#### التعدي على القوّة الملزمة وأثره على الأمن القانوني للعقد: عهد الانتكاس

لقد كانت العلاقة العقدية شأن الأطراف دون سواهم في ظلّ الدولة الحارسة<sup>(2)</sup>؛ غير أنّ تطوّر الأوضاع لاسيما بظهور عقود الإذعان، جعل معظم التشريعات مجبرة بالإعتراف بالقوّة الملزمة لهذه العقود<sup>(3)</sup> على الرّغم من عدم التّفاوض بشأن أحكامها وبنودها، مثلما كان متعارف عليه في ظلّ المذهب الفردي من جهة. ومن جهة أخرى، فإنّ تزايد اهتمامها وانحيازها إلى الطّرف الضّعيف؛ دفعها إلى الادّعاء بالإلزامية التّدخل لمراقبة محتوى العقد، وتحديد ما هو التّوازن المنصف للأطراف، وكذا إعطاء الصّلاحية لتوجيه المضمون العقدي. فأسفر عن ذلك، حركة تشريعية مكثفة مهمتها -حماية الطرف الضّعيف.

(1) - راجع مضمون المادتين 107 ف3 و307، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) - فيلاي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 286. انظر أيضاً: فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 06.

(3) - غستان جاك، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ص 26 و27.



## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

ناهيك عن وجود مانع يمنع من إعتبار الإرادة قوة ذاتية في إنشاء وترتيب آثار العقود<sup>(1)</sup>، بدليل أنه لا يمكن تصور إرادة شخص ما في وقت ما يمكن أن تقيده في المستقبل؛ فإذا إلتزمت بالأمس، فإنه ليس بالضرورة أنني ملتزم اليوم، وإذا أسلمنا أن الإرادة وحدها أساس للقوة الملزمة للعقد؛ فإن القانون يهتم بالإرادة السابقة، دون الحالية، فلماذا القانون يلزمني بإحترام إرادتي السابقة دون أن يجيز لإرادتي اليوم بأن تنتسخ إرادتي السابقة. وعلى أساس هذا وجب البحث عن أساس العقد غير -الإرادة<sup>(2)</sup>.

فأصبح مبدأ سلطان الإرادة اليوم ليس غاية في ذاته بقدر ما يعدّ وسيلة يستعين بها القانون كأساس للإلتزام بالعقد، استجابة لضرورات التعامل والإستقرار والأمن، وتحقيقاً لإعتبارات أخلاقية مجسدة في الوفاء بالعهد المقطوع.

وفي واقع الأمر، فإن تراجع فكرة سلطان الإرادة نتج عنه تراجع للقوة الملزمة، فالمغالاة في تمجيد الإرادة، بلغ ذروة، إنكار الفكرة الأساسية التي يقوم عليها المبدأ، فأصبح العقد لا يستمد قوته الملزمة من الإرادة فقط بل إرادة المشرع لها نصيب في ذلك. فالظلم الذي تركه المذهب الفردي في الإفراط في الأخذ بالحرية والسلطان للإرادة، أفرز عدّة فوارق في الجماعة؛ الأضعف مكره على القبول بشروط مفروضة عليه سلفاً ليست بالضرورة عادلة، وحمایته تقتضي التدخّل التشريعي عن طريق آليات قانونية وقائية وحمائية (الفرع الأول)، إلا أن الإفراط في هذه الحماية أحد الأطراف، وعن طريق تجاهل أحكام القوة الملزمة، ترتب عليه انعكاسات سلبية على فكرة الأمن القانوني والتوقعات المشروعة للطرفين (الفرع الثاني).

(1) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 18.

(2) - تم الإشارة إلى الرأي أعلاه: غستان جاك، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص 265-266.

## الفرع الأول

### إنتهاك القوّة الملزمة للعقد: حماية للطرف الضعيف

لقد عرف مبدأ سلطان الإرادة حركة المدّ والجزر حسب تعبير البعض<sup>(1)</sup>، فبعدما شهد إزدهاراً في ظلّ المذهب الفردي، تراجعت أسسه وأحكامه<sup>(2)</sup> بسبب تطوّر النظم الإقتصادية، والمذاهب الصناعية الكبيرة<sup>(3)</sup> التي أدت إلى انتهاك<sup>(4)</sup> مبدأ القوّة الملزمة للعقد. فالمعطيات الإجتماعية، السياسية والإقتصادية، التي ساهمت في تطوّر مبدأ سلطان الإرادة في شقه القوّة الملزمة للعقد؛ ذاتها المعطيات والعوامل التي عملت على انتكاس، وتراجع أهم أسسه، وتشجيع خصومه على انتقاده.

كما أنّه، وإذا كانت قواعد وأحكام قانون الالتزامات تمتاز بالتجريد<sup>(5)</sup> والمنطق، وهو ما ساهم في تحقيق الإستقرار النسبي لها منذ عقود (منذ القانون الروماني)؛ غير أنّ العقد يظهر لنا أنّه أقلّ تجريداً وأقلّ حماية لأطرافه، ولا يتّسم بالاستقرار والثبات والأمن-حالياً-، وهذا بفعل المعطيات الإجتماعية، الإقتصادية السياسية، التكنولوجية وحتى الفكرية المكوّنة لكلّ مجتمع. فالعقد، أصبح شيئاً فشيئاً لا يضمن الاستقرار والحماية لأطرافه، وفي ظلّ خضم هذه المعطيات المأساوية انتشرت الأفكار الإجتماعية المنادية بضرورة تحقيق العدالة الإجتماعية، لاسيما أنّها الغاية الأولى للقانون من خلال أولوية المصلحة العامة على المصلحة

---

(1) - بحيث شهد تطوّراً بارزاً خلال القرن التاسع عشر تزامناً بازدهار المذهب الفردي؛ غير ذلك لم يدم طويلاً، فما لبث إلا أنّ عرف تراجعاً وانكماشاً لأهم مبادئه، وانتكاساً واضطراباً في أسسه، لاسيما مع بداية القرن العشرين. انظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.ص 51-48. أيضاً عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص.ص 78-82. آلان بينابنت، المرجع السابق، ص. 27. أمّا الأستاذ عباس حسيني محمد الذي يرى مظاهر انتكاس مبدأ سلطان الإرادة بمنظور إسلامي وأكد أنّ الفرد لا يتمتّع بحرية مطلقة، نظراً لوجود قاعدة منع التّعسف من إستعمال الحقّ، وبالتالي فالحقوق ليست مطلقة، كما أنّ الفرد ليس له السيادة المطلقة؛ إنّما هذه الأخيرة تعود إلى الله الذي منح له حقوقاً يتمسك بها ضدّ الغير، بشرط عدم التّعسف في إستعمالها... للتفصيل أكثر انظر: عباس حسيني محمد، العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوّق التشريع الإسلامي)، ج. 01: حقيقة العقد ومشروعيته وبعض أركان العقد، د.د.ن، د.م.ن، 1993، ص.ص 96-100. أيضاً، عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص.ص 44-42.

(2) - فالمعطيات الاجتماعية السياسية الإقتصادية التي ساهمت في تطوّر مبدأ سلطان الإرادة في شقه القوّة الملزمة للعقد وكانت السبب الرئيسي في انتصاره، ذاتها المعطيات والعوامل التي أدت إلى انكماش، وانتكاس، وتراجع أهم أسسه، وتشجيع خصومه على انتقاده والإعلان بعدم فاعليته. راجع في ذلك عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص. 78. عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص. 44.

(3) - علي فيصل علي الصديق، المرجع السابق، ص. 75.

(4) - يرى الأستاذ كورنو ان اصطلاح الإنتهاك على قاعدة معيّنة، بأنّه عمل غير قانوني، تعود درجة خطورته عموماً، إلى درجة وقيمة ما تمّ اغتصابه وانتهاكه. انظر كورنو جيار، المرجع السابق، ص. 298.

(5) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص. 41.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

الخاصة فلا يمكن التضحية بمصلحة الجماعة على حساب المصالح الانانية للفرد. فبرزت على إثر ذلك بوادر التحوّل في الأفكار والقواعد المنظّمة للعقد، بحثاً عن الأمان التعاقدية.

## أولاً: بروز مبدأ الحماية للطرف الضعيف

يُعدّ مبدأ حماية الطرف الضعيف أحد أهداف المشاريع الفقهية المطالبة بتعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2015 حتى وإن لم يكن بصفة مباشرة إلا أنّ المطالبة بتكريس الأمن القانوني يعني في فحواه حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية<sup>(1)</sup>، وقد أكّد الأستاذ العوجي، أن النظام القانوني القائم على سلطان الإرادة كلّما تحقق ظهر لنا طرف قوي وطرف ضعيف؛ الأول يستغل الثاني إمّا إلى درجة إلزام المتعاقد تحت ظرف الإذعان الكامل، وإمّا عدم التعاقد على الرغم من حاجته إلى ذلك<sup>(2)</sup>. وفي كلتا الحالتين يظهر لنا إنعدام المساواة والتوازن للرابطة التعاقدية، وهو الدافع الجوهري لبزوغ مبدأ الحماية.

بحثاً عن سبل الأمان والاستقرار في العقود، أصبحت مسألة حماية الطرف الضعيف بالدرجة الأولى صلب اهتمامات وأولويات القانون<sup>(3)</sup>، فتدخل المشرّع لتكريس هذه الحماية بموجب نصوص قانونية صريحة، وبتقنيات وآليات عديدة أهمّها الحقّ في مهلة التفكير<sup>(4)</sup> قبل إبرم العقد، بعيداً عن معطيات وأسس النظرية الفردية القائمة على المساواة المفترضة.

## 1. خلفية ظهور مبدأ حماية الطرف الضعيف

لقد صاحب إنتشار الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر ظهور الشركات وأصحاب الأعمال واستخدام الآلات المتنوعة<sup>(5)</sup>، فنتج عن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة الكثير من الظلم الاجتماعي؛ بحيث أصبح الضّعفاء تحت رحمة الأقوياء (القوي يتسلط على الضعيف)<sup>(6)</sup>، وما نتج عنه من إختلال للتوازن

(1)- GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p30.

(2)- العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص113.

(3)- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص51.

(4)- NOOMEN Rekik, « Quelle protection du consommateur dans les contrats de la consommation? », Colloque tuniso-français: L'évolution du droit des contrats (approche comparée entre la Tunisie et la France), Op -Cit, p23.

(5)- GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p31.

(6)- في هذا الخصوص انتقد الأستاذ العوجي مصطفى فكرة سلطان الإرادة، وتساءل في شأنه؛ سلطان الإرادة أم إرادة السلطان؟ مشيراً إلى وجود طرف قوي في العلاقة العقدية، يتمتع بالسلطان في وضع شروط وبنود العقد، دون حقّ الطرف الآخر بمناقشة أو تعديل وتغيير بند أو شرط معين فيه. ويضيف، إذا افترضنا صحّة وجود سلطان الإرادة، وأنّ كلّ طرف يتمتع بسلطان يفرضه على العقد؛ فكيف يمكن لسلطانتين مختلفتين الإلتزام بهذا العقد، إن لم يكن بتنازلات متبادلة وحرّة ومتوازنة عادلة؟ للتفصيل أكثر انظر في ذلك: العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص117.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

والإستقرار العقدي بينهم<sup>(1)</sup>، فكانت السبب الجوهرى ببروز الحاجة الماسة إلى تكريس مبدأ حماية الطرف الضعيف خاصة والمطالبة بإجراء إصلاحات جذرية عامة<sup>(2)</sup>.

ظهر مبدأ الحماية (Régime de protectionnisme)<sup>(3)</sup> الذي لم يكن معروف في ظل المذهب التقليدي<sup>(4)</sup>، على أساس أن العقد هو العدل حسبهم وبالتالي رفض كل أشكال الحماية لأحد طرفي العقد<sup>(5)</sup> وشهد انتشاراً واسعاً. ومن أشكاله:

لقد تجلّى مضمون المبدأ بداية في عقود العمل<sup>(6)</sup>؛ حيث وجد العمال أنفسهم دائماً في مركز الطرف الضعيف<sup>(7)</sup> في مواجهة رب العمل، بحكم امتلاك هذا الأخير للمال ووسائل الإنتاج، وسعيه لتحقيق مصالحه الذاتية على حساب العمال. ولم يقتصر الوضع على عقد العمل، ثم شيئاً فشيئاً امتد إلى باقي أصناف العقود الأخرى، كالعلاقة المؤمّ، له في مواجهة المؤمنين، وكذلك بموجب العلاقات الاستهلاكية وحماية المستهلك ضد المحترفين، كذلك في عقود الإذعان، عن طريق إستبعاد الشرط التعسفي<sup>(8)</sup>، ناهيك عن تجاوز المشرع الجزائري الحكم الوارد في القانون المدني الذي يقضي بجواز القاضي التدخّل لغرض تعديل

(1) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 49.

(2) - GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p34..

(3) - حليس لخضر، "جمعية وعيمة العقد"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المجلد 12، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة، 2018، د.ص.

(4) - حامق ذهبية، "النظرية العامة للعقد: تصور جديد"، المرجع السابق، ص 50.

(5) - La protection de la partie faible dans les contrats n'est pas suffisamment élaborée dans la législation tunisienne". NOOMEN Rekik, Op-Cit, p23.

(6) - Dans ce sens, NOOMEN Rekik, il a fait une comparaison sur le droit de travail qui lui aussi protège la partie faible dans le contrat de travail, et le droit de consommation qui use une catégorie de personnes instables; Il a raccourcir la situation, que chaque personne peut être à la fois dans un contrat un consommateur et dans un autre contrat un fournisseur, par contre, les salariés constituent une couche sociale déterminée et fixe. Ibid, p24.

(7) - لقد انتقد الأستاذ ليون نوجي أسس المذهب الفردي، ورفضها بشدة، سواء من الناحية النظرية أو العملية؛ حيث أكد على أن فكرة القانون بذاتها وليدة المجتمع، ولا وجود لحقوق طبيعية يولد الفرد بها قبل إحتكاكه بالمجتمع... كما عارض فكرة أن المصلحة العامة نتاج مجموع المصالح الخاصة، بدليل أن هناك مصالح فردية لم يفكر أبدا الإنسان في القيام بها، وإن قام بها فلا يستطيع ضمان حمايتها... وأضاف أن التسليم بوجود مساواة مفترضة بين الأفراد أمر غير مقبول وغير منطقي، نظراً لاختلاف قدرات، وقوى، ومواهب الإنسان، وصفاته، خاصة اقتصادياً. وبالتالي فإن فلسفة المذهب الفردي تبقى مجرد آراء فلسفية تعصبية. للتفصيل أكثر راجع في ذلك صفحات يس محمد محمد الطباخ، المرجع السابق، ص.ص 95-99.

(8) - إن العقود التي يقصدها المشرع المشمولة بالحماية بموجب آلية إستبعاد الشروط التعسفية هي عقود الاستهلاك التي يبرمها العون الاقتصادي مسبقاً، مع إذعان المستهلك بحيث لا يمكن إحداث تغيير حقيقي فيها. في جوهرها تعدّ عقوداً غير متوازنة بين الطرفين، من خلال إنفراد المهني بتحريرها مسبقاً، وإذعان المستهلك على مضمونها. بودالي محمد، "أزمة القانون المدني في ظلّ إتساع نطاق حماية المستهلك"، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول: "القانون المدني بعد أربعين سنة"، المرجع السابق، ص 259. فقانون الاستهلاك يحوي على آليات وأدوات خاصة، لم يتضمنها القانون المدني. للتفصيل أكثر

انظر، NOOMEN Rekik, Op -Cit, p23.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

أو إستبعاد الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منه، وتجاوز هذا الجزاء بموجب القانون رقم 04-02 إلى البطلان المطلق مع بقاء العقد سارياً دونه، حماية للطرف الضعيف المذعن.

## 2. مهلة التفكير وحق التراجع عن العقد: النموذج القانوني لحماية الطرف الضعيف

تعد مهلة التفكير وحق الرجوع عن العقد -بحق- أبرز الوسائل والضمانات القانونية -الحديثة- المكروسة لحماية المستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية<sup>(1)</sup>، ومن أبرز الآليات الدفاعية المخولة قانوناً للمستهلك ضد المورد أو المحترف<sup>(2)</sup> خاصة في مجال التجارة الإلكترونية. يراد بمهلة التفكير تلك المهلة أو المدة التي خولها القانون للمستهلك للتأمل والتفكير قبل التعاقد، فلا ينقذ العقد إلا بعد انقضاء المدة والتي غالباً ما تحدّد بسبعة أيام<sup>(3)</sup>. أما حق الرجوع<sup>(4)</sup> فإنّها تهدف أساساً إلى السماح للمتعاقد بتصحيح وضعه العقدي من خلال التأكد من مدى صلاحيته للتعاقد، أو الرجوع عما أقدم عليه<sup>(5)</sup>، نظراً لإنعدام سبل التواصل بين المهني والمستهلك، وهذا الأخير غالباً ما تسيطر عليه دعايات وإعلانات المهني المغرية فيندفع نحو التعاقد دون وعي منه أو تبصر. وفي ظلّ هذه الظروف والمعطيات تقتضي إعتبارات العدالة منح فرصة للمستهلك للرجوع عن التعاقد<sup>(6)</sup>، وعلى قدر أهمية هذه الآلية في توجيه وحماية رضا الطرف الضعيف، إلا أنّها تمثّل وبحقّ، أبرز أدوات انتهاك القوّة الإلزامية للعقد الذي مفاده، تنفيذ العقد لا التراجع عنه.

(1) - على الرغم من الاهتمام التشريعي بتوفير حماية قانونية للمستهلك؛ إلا أنّ هذه الحماية موضوعها القوانين العادية فقط.

NOOMEN Rekik, Op-Cit, p25.

(2) - Ib-Id, p.p46-47.

(3) - الشرقاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص165.

(4) - أشار الأستاذ محمد شكري سرور، على عدم وجود أهمية في تحديد اللفظ المناسب للتعبير عن الحقّ أعلاه، سواء إستعمل المشرع حقّ العدول، أو حق الرجوع، حق التنازل، الحقّ في إعادة النظر، أو الإلغاء، أو السحب، أو الحقّ في الندم؛ إنّما الأهمية البالغة تكمن في التمسك بالوسيلة بعدّ ذاتها ومدى كفايتها في إعادة الاستقرار، والتوازن مرة أخرى للأطراف. راجع، محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص65. وهو ما لا نوافق عليه ذلك أنّ اختيار الاصطلاح الأنسب لحكم واقعة أو تصرف ما يعدّ فناً من فنون القانون، وأحد آليات تكريس الأمن فيه. والاصطلاحات أعلاه لا تعدّ مرادفات في نظر القانون حتّى يتم التسليم بمضمون الرأي أعلاه. أمّا الأستاذ محمد سعيد جعفر فيرى أنّ حق الرجوع يقترب جداً إلى حق خيار الشرط، الذي يتحقق؛ بأن يشترط أحد العاقلين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق فسخ العقد خلال مدة معينة يتم الإفصاح عنها، بشرط أن يتم وضع الشرط في العقد. انظر محمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن، ص11. إلا أنّه في الحقيقة لا يشترط ذلك بالنسبة لحق الرجوع، فهو حق مكرس قانوناً، دون الحاجة إلى تضمين فحواه في العقد.

(5) - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص64. أنظر أيضاً: محمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص13.

(6) - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص42.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

إن مهلة الرجوع<sup>(1)</sup> باعتبارها وسيلة حمائية لرضا المتعاقد؛ تجد مجالاً واسعاً للأخذ بها في العقود الإلكترونية، التي تنطوي في غالبيتها على إبرام العقد من المستهلك بسرعة دون تروي، وبالتالي فهي وسيلة للتصدي على ما قد يتعرض له من ضغوطات إعلامية أو معنوية من المتعاقد معه بإعتباره الطرف الأقوى. إذ تخول لصاحبها حق المفاضلة بين؛ الإبقاء على العقد، أو الرجوع عليه، غير أن المشرع الجزائري لم يوفق في اختيار الإصطلاح القانوني الأنسب للدلالة على فحوى ما تخوله هذه الآلية، فله أن يستعمل حق الخيار نظراً أن المتعاقد له الحق إما بالبقاء في العقد من عدمه؛ وليس التراجع عن العقد وحسب.

لقد كرس المشرع الجزائري الحق في التفكير والتراجع عن العقد بموجب قوانين خاصة، ومراسيم عديدة، نذكر فيما يتعلق بمهلة التفكير، المادة 18 من القانون رقم 90-11<sup>(2)</sup> بحيث مكن بموجبها للعامل من التعرف على الشروط المفروضة من رب العمل في محيط العمل، وظروفه، والتأكد من مدى ملائمتها لرغباته من عدمه.

كذلك بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306<sup>(3)</sup>، حيث سمح بموجبها للمستهلك بالتعرف على الشروط العقدية قبل إبرامه. أيضاً، صريح المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي<sup>(4)</sup>، الذي كفل للمستهلك الحق في التفكير، حماية لرضاءه وتحقيقاً للتوازن المعرفي وتكافؤ المراكز العقدية للأطراف.

أما بشأن الحق في التراجع عن العقد، فقد تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 15-114 أعلاه، الذي كفل المستهلك حق العول في عقد القرض الاستهلاكي وعقد البيع للمنزل بعد إبرامه حسب المادتين 11 و 14

(1) - ترجع الجذور التاريخية لحق العول إلى الشريعة الإسلامية؛ حيث أسس الفقه الإسلامي هذا الحق بالحق في خيار الرؤية للمشتري أو المستهلك على حد سواء، أو إلى العقد غير اللازم الذي يخول لأحد أطرافه (باتفاق، أو لطبيعته، أو بحكم شرعي) الحق في الرجوع حتى دون رضا المتعاقد معه. أنظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 43.

(2) - راجع مضمون المادة 18، من القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.د.ش، العدد 17، الصادر في 25 أبريل 1990.

(3) - راجع المادة 04، من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 56، الصادر في 11 سبتمبر 2006.

(4) - تنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 15-414 على: "السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه من اكتسابه، كذا شرط تنفيذ العقد". المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 ماي 2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج.ر.ج.د.ش، العدد 24، الصادر في 13 ماي 2015.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

على التوالي<sup>(1)</sup>، كذلك المادة 02 من القانون رقم 18-09<sup>(2)</sup> المعدلة والمتممة للمادة 19 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

إنّ هذا الحقّ مكفول للطرف الضعيف بقوة القانون، دون الحاجة إلى الإتفاق بشأنه؛ وكلّ إتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا يُستحقّ التعويض المالي عند التمسك به، بإستثناء مصاريف رد المبيع إن وجدت<sup>(3)</sup>. وقد ذهب الأستاذ جعفرور رحمة الله عليه، للتأكيد على أنّ هذا الحقّ يخالف مبدأ إلزامية العقد، وبأنّه يتنافى مع مبدأ فورية تنفيذ الإلتزامات؛ فالبائع ملزم بنقل الملكية إلى المشتري فور اقتران الإيجاب بالقبول، كما يلزم على المدين دفع الثمن إلى البائع فور إنعقاد العقد؛ أمّا هذا الحقّ فإنّه يؤخّر من تنفيذ الإلتزامات ويتنافى مع مقتضى وأساس العقد<sup>(4)</sup>.

وحسب إعتقادنا، وبكلّ موضوعية وبتحفظ؛ لابد التّويه إلى خطورة التمسك بهذا المبدأ -حق الرجوع- في قانون العقود، فلا يجوز أن يكون مبدأ عاما يسري على كافة العقود؛ وإلا ستكون الغاية من إبرام العقد مجرد مهزلة، لذلك وجب النصّ عليه على وجه الحصر، لعدم إنتهاك إستقرار التصرّفات المالية مادام أنّ الغاية الأولى هي المحافظة على العقد لا هدمه.

## ثانياً: الحاجة إلى تغليب البعد الموضوعي على البعد الذاتي في العقد

إنّ العقد حسب الفقيه الفرنسي روت (RAOUT)<sup>(5)</sup> ليس إتفاق إرادتين فحسب، وأنّ القوّة الملزمة للعقد لم تؤسّس على إحترام الإرادة فقط، بل على الضرورة الإجتماعية لإستقرار التّعاهدات التعاقدية. فالفرسانية التي ميزت أغلب التشريعات؛ كالقانون المدني الجزائري<sup>(6)</sup>، قد إندثرت وزالت، فلم تعد بذلك الإرادة

(1) -منحت المادّة 11 للمشتري أجلاً للعدول مدته 08 أيام، من تاريخ امضاء عقد القرض. وحسب المادّة 14 مدة العدول مقررة بـ 07 أيام بغض النظر عن تاريخ التسليم أو تقديم الخدمة، للتّصيل أكثر راجع مضمون المادتين، من المرسوم التّفيذي رقم 15-114، المرجع السابق.

(2) - راجع المادّة 02 من القانون رقم 18-09، المؤرخ في 10 جوان 2018، يعدل ويتم القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.د.ش، العدد 35، الصادر في 13 جوان 2018.

(3) - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 260. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 65. أنظر أيضاً: عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 44.

(4) - محمد سعيد جعفرور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 16.

(5) - علي فيصل علي الصديق، المرجع السابق، ص 76. نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 09.

(6) - يرى الأستاذ بلحاج العربي أنّ الإرادة في القانون الجزائري هي إرادة خاضعة (Volonte Subordonnee) وليست إرادة مستقلة (Volonte Autonome) فهي في خدمة الأفراد والمجتمع معاً، انظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 45. وعلى الرغم من أنّ المشرع الجزائري قد إعتترف بمبدأ سلطان الإرادة في مواضع عدة من القانون وأهمها المادّة 106 من ق.م.ج؛ إلا أنّ هناك تطبيقات قانونية أخرى برهنت توجه المشرع إلى تقييد الحرية والحد من المصلحة الخاصة للأفراد



## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

ملزمة إلا لأنها تحت سلطان القانون. فوجب الانتقال في الأفكار والمفاهيم؛ من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون، ومن تقديس المصلحة الخاصة بإعتبارها قيمة اجتماعية كأساس للقوة الملزمة للعقد، إلى قيمة اجتماعية أخرى مجسدة بالمصلحة العامة للمجتمع من أجل تحقيق المساواة الفعلية والعدالة؛ وهو ما يفسر الاتجاه الموضوعي للعقد.

ذاته المن وجهة النظر الذي مهد به الأستاذ العوجي<sup>(1)</sup> أحد دراساته حول القانون المدني، بأن المعاملات المالية في وقتنا الحالي تتميز بالطابع الاجتماعي المحض، حيث تجاوزت المصلحة الفردية، إلى تحقيق المصالح الوطنية العليا؛ فالعلاقات العقدية عرفت تحولاً في مضمونها تحت تأثير المذاهب الاجتماعية.

فبعدما كان العقد ذو نزعة فردية يحكمها سلطان الإرادة، تغيرت الأوضاع فأصبحت ضمن الدائرة الاجتماعية مجسداً لمصالح الجماعة. وبعدما كان الاعتداد بالمساواة المجردة في ظل المذهب الفردي أصبحت العبرة بالمساواة الفعلية<sup>(2)</sup>، فأصبح القانون أكثر اجتماعي وأقل فردية، وتدخل المشرع الجزائري في العلاقات الفردية جاء لتحقيق المساواة الاجتماعية<sup>(3)</sup>، فطغى بذلك المناخ الاجتماعي على المناخ الفردي للعقد. وباعتبار الفرد ليس إلا عضواً في الجماعة، لا يستمد حقوقه والتزاماته إلا من المجتمع الذي يعيش فيه، وذلك بإقرار من القانون الذي يسود هذا المجتمع؛ هو ما يعكس طغيان النزعة الاجتماعية على النزعة الفردية للعقد، وضرورة تحقيق المساواة الحقيقية بعدما اكتفوا بالمساواة المجردة<sup>(4)</sup>.

يؤكد الأستاذ هيبود (Hébraud) أنه: "لا يمكن إدراك سبب الثبات والشمولية التي تتسم بها العقود الرئيسية كالبيع والإيجار... فيما لو اعتبرنا هذه العقود مجرد نتائج لإرادات أطرافها، تلك الإرادات التي لا يمكن إحصائها؛ غير أن فهم ذلك ممكن فقط إذا أدركنا أن هذه العقود الرئيسية نتاج لحاجات أساسية للإنسان والحياة الاجتماعية"<sup>(5)</sup>. فاعتبار الإرادة المصدر الوحيد لكافة الحقوق وهم ومجرد خيال؛ فالحقوق لا تستمد قوتها الإلزامية من الإرادة فقط، بل يرجع إلى إعتبارات اجتماعية محضة.

---

وتغليب مصلحة الجماعة لاسيما تنظيمه لبعض التصرفات القانونية. راجع في سياق ذلك أمثال المواد 62، 107، 110، 111، 112، 114 و 116 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(1) - للتفصيل أكثر؛ راجع في ذلك: العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص 10.

(2) - NGONÉ Diatta, Op-Cit, p06.

(3) - فاضل خبيجة، المرجع السابق، ص 150.

(4) - نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 02 ومايليها.

(5) - محمد محسوب، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني (دراسة تحليلية مقارنة مع المفكر القانوني الحديث)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 19.



# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

إنَّ العقد ليس إلّا نظاماً من النّظم الإجتماعية<sup>(1)</sup>، كما أنّ الفرد اجتماعي بطبعه، فلا يستطيع العيش بمعزل عن الآخرين، وفكرة القانون لا تتولد إلّا عند وجود الفرد داخل الجماعة البشرية، بدليل أنّه لا يمكن أن يتمتع بالحقوق إلّا في المجتمع؛ وبالمجتمع. ولهذا فإنّه وغالباً فإنّ الرّوابط الإجتماعية تعلو على الفرد، والصالح العام أولى من الخاص.

## الفرع الثاني

### إنعكاسات تراجع القوّة الملزمة

أثّرت المعطيات الجديدة الرّاهنة على خاصيتي الثّبات والإستقرار التي ميزت قانون العقود لحقبة من الزّمن، بحيث أصبحتا آخر ما يمكن الحديث عنه في ظلّ التضحية بمصلحة وتوقعات الأفراد المشروعة، على حساب تحقيق مصالح أخرى - مصلحة المجتمع-.

إنّ التّخلي عن فكرة قدسية مبدأ القوّة الملزمة للعقد، نتيجة سعي المشرّع لمواكبة تطوّر المجتمع في شتى الميادين، أفرز بالتّبعية قضايا جديدة لم يكن المشرّع بمنأى عن توقّعها سنة 1975 (عند إصداره للقانون المدني). لذلك إنتقل إلى حالة سن قواعد قانونية جديدة تكون أكثر ملائمة مع الوضع الحالي (صدور قانون حماية المستهلك وقمع الغش، قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، قانون التجارة الإلكترونية، قانون عصنة العدالة، قانون المنافسة، قانون الممارسات التجارية...).

لكن ومن جهة أخرى؛ فإنّ مواكبة المشرّع لهذا التطوّر كان على حساب الأمن القانوني في مجال العقود، من خلال إنتهاك ثقة وتوقعات الأطراف الذين تأقلموا وأبرموا إتّفاقاتهم وفقاً لقوانين تضمّنت المبادئ التّقليدية بصورة حرفية؛ خاصّةً أمام إستمرار وجودها في القانون المدني الجزائري من جهة. كما أنّ إستبعاد فكرة القوّة الإلزامية للعقد دفعت المشرّع للاجتهاد وتنظيم العقد بجزئياته؛ الكبيرة والصّغيرة، حتّى أصبح شغله الشّاغل هو -العقد-، والافراط في الإهتمام نتج عنه مشاكل أكبر؛ ولعلّ أبرزها وقوعه في ظاهرة التّضخّم التّشريعي، وبروز ظاهرة التخصّص في القوانين؛ وما لكلّ ذلك من مخاطر على توقّعات المتعاقدين، والأمن القانوني عموماً.

### أولاً: إنتهاك توقعات أطراف العقد

من المعلوم جيداً أنّ الأمن القانوني بصورته الكلاسيكية يقوم على عنصر سلامة وإستقرار القاعدة القانونية<sup>(2)</sup>؛ من خلال ثباتها لأطول مدة، وهذا الثّبات دليل كافٍ على صحتها وحسن صياغتها. ذلك أنّ

(1) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 23. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 75-79.

(2) - أورك حورية، المرجع السابق، ص 122.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

وظيفة القانون هو ضمان الإستقرار، والقيمة القانونية للقاعدة القانونية تتحدّد من خلال إستقرارها، فعنصر الزّمن كحامل بكسب القواعد القانونية السّلطة والنّفوذ والثّقة.

إنّ الأمن القانوني قيمة اجتماعية أولى وجب الوصول إليها، بمعنى المخالفة فإنّ القانون غير المستقر يهزم توقّعات الأفراد، ويزعزع مراكزهم القانونية، كما يبيد حقوقهم، فيترتّب عن ذلك، إهدار ثقتهم في القانون<sup>(1)</sup>. فالإتّفاق بين الارادتين يبقى المعيار الأوّل للعقد، وكلّ مساسٍ بالقوة الإلزامية للعقد يعد بالدرجة الأولى مساساً بأمن وإستقرار مراكز المتعاقدين، من خلال إنتهاك توقّعاتهم المشروعة، فالقوة الإلزامية للعقد هي التي تعدّ جوهر إحترام التّوقّعات المشروعة للأطراف المتعاقدة؛ وكلّ إعتداء عليها من شأنه إنتهاك ثقة الأطراف في القانون.

## ثانياً: الوقوع في التّضخّم التشريعي

لقد رفض الأستاذ فرونسوا (FAVENNEC-Héry Françoise) استخدام اصطلاح الأمن القانوني في مادة القانون الخاص، وذلك راجع أساساً إلى عدم استقرار القوانين وتضخّمها<sup>(2)</sup>. فكثيراً ما يتم انتقاد الأنظمة القانونية على أساس عدّة عوامل أبرزها؛ التّضخّم في القواعد القانونية<sup>(3)</sup> وعدم إستقرار القوانين بسبب التعديلات المتكرّرة فتجسّد الأمن القانوني مرتبط كثيراً بفكرة فاعلية القاعدة القانونية بتطبيقها<sup>(4)</sup>.

وفي هذا الشأن أشار الأستاذ بنّاسي، إلى التّحول العميق للمجتمع الجزائري، وتطوّره، الذي فرض على المشرّع الانتقال إلى إتخاذ آلية التشريع بالقوانين<sup>(5)</sup> لسدّ مختلف الثّغرات والنّقائص التي طالت القانون عامةً، لاسيما القانون المدني. فانتقلنا على إثر ذلك من مشكلة عدم وجود النّصّ إلى إشكالية، التّضخّم في النّصوص دون فعاليتها، وحتّى عدم القدرة على استيعابها أو احتوائها.

في ذات السياق؛ وُصف الوضع الرّاهن، بأنّه لا يخرج عن كونه أحد أمراض القانون<sup>(6)</sup> الذي يستنكره

القانون بحد ذاته، كما يُمثّل فوضى حقيقية في التشريع (Un véritable pandémonium législatif)<sup>(7)</sup>، أمّا الأستاذ زوايمية وصف الوضع باختزل، على أنّها لا تخرج عن سياسة المشرّع في إصدار "قوانين العرض" (Les lois spectacles)<sup>(8)</sup> الهادفة لتحقيق أدوار زخرفية فقط.

(1)- ROUBIER Paul, Théorie générale du droit ( Histoire des doctrines juridique et philosophie des valeurs sociales), Dalloz, Paris, 2005, p269.

(2)-FAVENNEC-Héry Françoise, Op-Cit, p02.

(3)- BRAHIM Dalil, Op-Cit, p167.

(4)-ZOUAIMIA Rachid, Op-Cit, p43.

(5)- بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السّابق، ص421.

(6)- SOULAS DE RUSSEL Dominique, RAIMBAULT Philippe, Op-Cit, p86.

(7)-RENAN Friederich, Op-Cit, p

(8)-ZOUAIMIA Rachid, Op-Cit, p50.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

## 1. التخصّص التشريعي للعقود: الشكل الحديث للتضخّم التشريعي

غالباً ما ترتبط ظاهرة التضخّم في القوانين بكثرتها عموماً، لاسيما كثرة القوانين المنظّمة لنفس المسألة؛ إلا أنّ الشكل الحديث للتضخّم إنصرف إلى تخصّص بعض القوانين في تنظيم مسألة محدّدة أو عقدٍ ما تنظيمياً مفصلاً.

يُقصد بظاهرة التخصّص التشريعي للعقود (La spécialisation législative des contrats)<sup>(1)</sup> خروج -عموماً- بعض العقود عن أحكام القانون المدني، وانفصالها عنه، وإستقلالها بأحكام خاصّة بها. والقائمة عن ذلك طويلة بعضها عقود خاصّة -في وجهها العام-: كعقد العمل، حيث قام المشرع بتنظيم علاقة العمل<sup>(2)</sup> بترسانة قانونية كبيرة، كما تخصّص في مجال كلّ منها، حيث ميّز بين العلاقات الجماعية<sup>(3)</sup> والفردية<sup>(4)</sup> بعيداً عن أحكام القانون المدني. كذلك، نظّم عملية الاستهلاك من فلسفة حماية المستهلك وآليات، وأدوات حديثة<sup>(5)</sup> بإعتباره الطرف الضعيف، بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش عليه، قانون الممارسات التجارية، قانون التجارة الإلكترونية؛ والبعض الآخر -بوجه أشد خصوصية- كعقد البيع بناءً على التّصاميم،... الخ.

إنّ واقع تلك القوانين الخاصّة يثبت لنا أنّها قائمة على طابع الديناميكية والمرونة، وتخدم كثيراً المستجدات الرّاهنة، فأصبحت جلّها، متفوّقة على ما تضمّنه القانون المدني في نصوصه أو في فحواه، نظراً لاحتوائها لأحكام وآليات جديدة، ساعية لتحقيق حماية خاصة للطرف الضعيف، وتكريس التوازن العقدي؛ فأصبحت وبحق مصدر منافس للقانون المدني.

على الرّغم من إيجابيات الوضع، وبأنّ المشرّع يواكب التّطوّرات الرّاهنة؛ إلا أنّ ذلك كان على حساب القانون المدني -خصوصاً- وفكرة الأمن القانوني -عموماً-. كما أنّ كثرتها ترتّب عنه الصّعوبة في البحث عن مضمون هذه النّصوص. وحتّى وإنّ كان مضمون هذه القوانين تضمّن ما لم تتضمّنه القانون المدني؛ إلا أنّها تبقى إلتزامات، وحقوق، وآليات حبيسة هذه العقود الخاصّة دون أن تشمل سائر العقود، ودون أن ترقى إلى مبدأ عام تحويه النّظرية العامّة للعقد؛ وهنا تحديداً يكمن ثغرة الإشكال!!!

(1) - فاضل خبيجة، المرجع السابق، ص12.

(2) - القانون رقم 90-11، المرجع السابق.

(3) - القانون رقم 90-02، المؤرخ في 06 فيفري 1990، المتعلّق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 06، الصادر في 07 فيفري 1990.

(4) - راجع في شأن ذلك، القانون رقم 90-04، المؤرخ في 06 فيفري 1990، المتعلّق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 06، الصادر في 07 فيفري 1990.

(5) - PATRICIA Partyka, « Actualité du droit de la consommation en France », Acte du colloque tuniso-français: L'évolution du droit des contrats ( Approche comparée entre la Tunisie et la France), Op-Cit, p49.

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

بحيث، أدت هذه الظاهرة إلى توسيع مجال تطبيق القوانين الخاصة من جهة، وما رتبته ذلك من تضيق من نطاق سريان القانون المدني وتراجع من جهة مقابلة؛ حتى أصبح هذا الأخير مهدداً-لا نقول بالزوال لكن على الأقل محلّ خطر-؛ ونحن بهذا لا نعارض سياسة المشرع في تقبل كلّ ما هو جديد وتنظيمه بموجب القواعد القانونية؛ بقدر ما نعترض على تفضيل آلية التشريع بالقوانين الخاصة في تنظيم هذه المستجدات الرأهنة، بل كان من الأفضل اللجوء لآلية أخرى (وهو ما سنتطرق إليه في الباب الثاني) أكثر ضماناً للانسجام بين النص والواقع، إحتراماً للأمن القانوني عموماً، وتكريساً لبعض القواعد المعروفة، كقاعدة أنّ القانون المدني يمثل الشريعة العامة، والقوانين الخاصة لبست إلاّ إستثناءً.

لم نعد اليوم نلمس مضمون المبدأ الذي ترسخ في أذهاننا (القانون المدني هو الشريعة العامة لباقي القوانين)، فلم يعد القانون المدني الجزائري، القانون الوحيد لتنظيم العلاقات العقدية، كما لم يعد الشريعة العامة للقوانين بالمعنى الحرفي للعبارة؛ ولم تعدّ القوانين الخاصة مجرد قوانين إستثنائية. بل الواقع فرض وأظهر نقيض ذلك تمخّض أساساً في عجز النّظرية العامة للعقد في إحتواء وتنظيم كلّ ما هو جديد من جهة أولى؛ في حين تحقّق عكس ذلك بالنسبة للقوانين الخاصة؛ حتى أصبحنا وفي كلّ مرّة يظهر مجال معين أو ظاهرة معينة جديدة بالتنظيم -مثل ما تحقّق بالنسبة للتجارة الإلكترونية- لا نستغرب ولا نستبعد تدخل المشرع بإصدار تشريع خاص ينظمه، دون الاهتمام، أو الرجوع لما تضمّنه القانون المدني.

إنّ تفوّق التشريعات الخاصة على القانون المدني أضحى جلياً، لاسيما في ظلّ تزايد إهتماماتها بالطرف الضعيف في العقد، سواء كان محدداً في عقد ما (كالعامل في عقد العمل، المستهلك في عقد الاستهلاك بنوعيه-العادي أو الإلكتروني- أو المؤمن له في عقد التأمين)، أو غير محدد؛ على نقيض القانون المدني الذي لم يول إهتماماً للطرف الضعيف (لأن موضوعاته قائمة على المال لا المتعاقد وحتى وإن كرس حماية قانونية للمتعاقد إلاّ أنّها تبقى وبصفة عامة دون تخصيصه بإستثناء بعض النماذج القليلة كنصّ المادة 110 التي كرسّت حماية للمتعاقد المدّعون)، منطلقاً من فلسفة جوهريّة؛ أنّ كلّ ما هو عقدي عادل، والمساواة بين أطراف العلاقة العقدية أمر مفترض قانوناً. فجّلّ هذه القواعد والمفاهيم المرتبطة بالمجال العقدي تغيرت خاصّةً -اليوم- في ظلّ تحوّل القاعدة العامة إلى القاعدة الخاصة، وهذه الأخيرة إلى الأصل، لنجد أنفسنا أمام شرعية البحث عن؛ التكييف القانوني والحقيقي للأمر رقم 75-58 المتضمّن القانون المدني الجزائري، بالمقارنة مع باقي التشريعات الخاصة.

# الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

## 2. التّضخّم التشريعي عائق لتحقيق الأمن القانوني

يتنافى التّضخّم التشريعي مع مقومات الأمن القانوني، بل هو أحد معوّقات تحقيقه؛ حيث يتعارض مع سهولة الولوج إلى القانون (بسبب كثرتها). فالصياغة القانونية الجيدة تكفي بوجود نص واحد أو قاعدة قانونية واحدة، تنظّم مسألة معينة -خصوصاً- مع الإهتمام بجودة العمل القانوني عموماً.

إنّ انسياق المشرّع وراء الضغوطات الإعلامية<sup>(1)</sup> التي تطرح كلّ يوم مسألة وقضية جديدة كان له نصيب في خلق حالة اللاأمن، من خلال حثّه على إصدار قواعد قانونية جديدة تحلّ بعض الإشكالات؛ ولارضاء بعض المتطلّبات الإجتماعية، فتمّ الإعتماد على وتيرة التشريع بالقوانين أو الأوامر، دون الأخذ عامل الزمن معياراً لنجاعة صياغة التشريع الجديد وجودته، ودون إجراء دراسات للنتائج المترتبة عن إصداره فتم هجر مبادئ الأمن القانوني، والتحوّل إلى فوضى القوانين.

بناءً على ذلك؛ تحوّل القانون من تصوّر بنائي للقواعد الإجتماعية يسعى لتحقيق إستقرارها وأمنها إلى أداة قلق وإضطراب بسبب التعديلات المتكرّرة<sup>(2)</sup>، والقوانين الكثيرة التي مسّت بالدرجة الأولى الحقّ في التّوقّع المشروع فبرزت إلى الأفق أزمة القواعد القواعد القانونية<sup>(3)</sup>.

فإذا كان هدف القاعدة القانونية، يتعلّق بإيجاد نسق خاص، وكذا الموازنة بين الصّالح العام والخاص، فإنّ الواقع القانوني يجعلنا في إصطدام أمام ظاهرة التّضخّم التشريعي الذي يفتقد للمعيارية والتّناسق بين القوانين، وفي بعض الأحيان نكون أمام تشريعات متعارضة (كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الذي إعتترف بالقوّة الملزمة للعقد ليصطدم مع التشريعات الخاصّة التي أتت بآليات تعارض فحوى المبدأ كحق الرجوع عن العقد مهلة التفكير... الخ)، ناهيك عن كثرة الإحالات (خاصة إشكالية قاعدة الخاص يقيد العام؛ التي أظهرت لنا وبوضوح طغيان القواعد الخاصّة وما لذلك من خطورة على وجود القانون المدني برمته). إلى جانب، طغيان الإستثناءات على القواعد العامّة (وهو ما يستصعبه حتّى القضاة) مع التأكيد على التّرجمة الفاشلة والخلط بين الأنظمة والمفاهيم في أكثر من مناسبة (والأمثلة عن ذلك كثيرة)<sup>(4)</sup>.

(1) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص 50.

(2) - خادم نبيل، المرجع السابق، ص 25.

(3) - LAURENCE Boy, JEAN-Baptiste Racine, Op-Cit, p19.

(4) - لقد وقع المشرع الجزائري في الخلط بين المصطلحات والمفاهيم وحتّى الأنظمة القانونية؛ فبالنسبة للمصطلحات نذكر أنّ المشرع الجزائري لم يميز بين اصطلاح الرضاء والتراضي، فهذا الأخير يعدّ ركناً لإنعقاد العقد (الإيجاب والقبول باقترانهما معاً يتحقّق الركن الأوّل للعقد ألا وهو التراضي)، أمّا الرضاء فهو مظهر للتعبير عن الإرادة الواحدة إمّا الإيجاب أو القبول. كذلك، نذكر المادّة 57 ف 01 من ق.م.ج أثناء ترجمته لاصطلاح العقود المحدّدة (Contrats Commutatif) باللغة الفرنسية إلى اللغة العربية فاستقر على تسميتها بالعقد التبادلي فخرج بذلك عن المعنى الحرفي للعقد المحددة، ناهيك عن وقوعه في الخلط والالتباس وحتّى الغموض بين العقود المحددة والعقود التبادلية فسقط الأمن في النّص القانوني عامّة. أمّا

## الفصل الأول الضمانات التقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثابت والمتغير

فلا يمكن إذن إعتبار عملية تقنين القوانين كافية، وكفيلة بتحقيق الإستقرار؛ والتسليم بصحة ذلك يبقى ضرب من الخيال. كما أنّ العملية ليست هينة أو روتينية بالنسبة للمشرع، إنّما ترتبط وإلى حدّ بعيد بضرورة إعمال إعتبارات، ومقومات عدّة مرتبطة أساساً بفكرة الأمن القانوني؛ فيتوجب إذن، البحث عن إيجاد آلية توافقية فعّالة تضمن الأمن القانوني من جهة، وتواكب التطوّرات الرأهنة من جهة أخرى.

---

من حيث الأنظمة فقد وقع المشرع الجزائري في الخلط بين نظامين مختلفين؛ أركان العقد وشروطه (انظر المواد 59 إلى 98) فاعتبرهما أمراً واحداً على الرّغم من اختلافهما مفهوماً، ومجالاً وآثراً. فالأركان تتعلق بوجود العقد (التراضي، المحل، السبب، الشكلية باتّفاق أو بنص من القانون) أمّا شروط العقد فتتعلق أساساً بصحة العقد (خلو العقد من العيوب الإرادة والأهلية الكاملة)، من حيث الأثر فإنّه يترتب على تخلف أحد أركان العقد البطلان المطلق، أمّا تخلف شروط صحة العقد فيتب البطلان النسبي للعقد. إنّها عادة المشرّع في عدم اتباع نسق خاص، يوضّح بموجبه فحوى ما أراد تنظيمه؛ فقبل تنظيم مسألة ما، وجب أولاً تحديد نطاقها، موقعها ضمن النصّ القانوني برمته؛ وهو ما نعني بجودة الصياغة القانونية، والتي تكرر الأمن في القانون.

## الفصل الثاني

تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة

على العقد:

بين النّجاعة والقصور

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

برزت مؤخراً تساؤلات حول ما إذا كان القاضي في حقيقته ملزم بإحترام الإتفاق التعاقدى؛ فإذا كان مضمون القوة الملزمة للعقد مفروض على القاضي؛ فإنّ هذا الأخير غالباً ما يجد نفسه أمام تغيّر الأوضاع المحيطة بالعلاقة العقدية، سواء عند تكوينها أو تنفيذها.

إنّ وظيفة القضاة تجاوزت مجرد التّدخل بآلية التفسير، إلى إكمال ما نقص منها من مستلزمات عقدية، وإنقاذ العقد من الزوال، ناهيك عن سلطته في تعديل العقد عند إنشائه أو عند الشروع في تنفيذه؛ وأمام تعدّد هذه الآليات، كلّ بأحكامها، نكتفي في هذا القام بالبحث عن سبل إعادة الإستقرار العقدي بواسطة القاضي بموجب آلية التّعديل، سواء في مرحلة التّكوين أو التّنفيد بإعتبارهما الوجه التقليدي للأمن في العقود.

إنّ التّمعن في فحوى القوة الملزمة للعقد من جهة، والإعتراف التّشريعي بسلطة القضاة في العقد من جهةٍ مقابلة؛ وضع يوحى بتغيير وتحوّل في مفهوم القوة الملزمة للعقد، من كونه مفهوم مطلق إلى مقيد ومن وضع الثّبات إلى النسبية والتّغير، ومن الجمود إلى المرونة؛ وهذا المفهوم يرفض في جوهره الإستمرار في العقود غير المتوازنة حمايةً لطرفيها. كما يسمح القوة الملزمة الجديد بالتّدخل القضائي الذي يقوم بوظائف أساسية أهمّها، العمل على تحقيق التّوازن والعدالة العقدية، وضمان ديمومة العقد لا انهياره. وهذا في مختلف مراحل العقد. وبالتالي فإنّ مهمة القاضي في العقد تتعدّى مهمته التقليديّة القاصرة على التّفسير، إلى مهمة شبه معاصرة ممثلة، بتجسيد دور الغير في الإبقاء على العقد.

منطقيّاً، فإذا كان الإستقرار والتّوازن محور العلاقة العقدية، فلا مجال للحديث عن الرّقابة القضائية في العقد؛ بحيث أنّ مفتاح بسط القضاة لسلطاتهم عند تعديل العقد تتحدّد أساساً لإعادة الإستقرار والتّوازن والأمن في العقود؛ إلّا أنّ الأوضاع الحالية توكّد على شيوع العلاقات العقدية غير الآمنة، وبوجود مراكز قانونية غير متكافئة، ممّا يفرض ضرورة التّدخل لإعادة التّوازن والإستقرار للعلاقة العقدية.

لا يمكن إنكار أنّ التّدخل القضائي -الإستثنائي- في العقد يعدّ خروجاً عن أهم المبادئ القانونية التي تحكم قانون العقود، غير أنّ المبالغة في التمسك بقاعدة القوة الملزمة للعقد، أمام تغيّر الظروف الإقتصادية التي أبرم في ظلّها العقد، يؤدّي في نهاية المطاف إلى نتيجة واحدة؛ تمجيد المبدأ على حساب إهدار مبدأ إستقرار المعاملات (المبحث الأوّل). كما قد يمتد آثار اللاتوازن إلى ما بعد إبرام العقد، أي عند الشروع في تنفيذ الالتزامات التعاقدية. وتقديماً لمظهر اللاتوازن، ولتحقيق العدالة العقدية، تدخّل المشرّع صراحةً، وبموجب القواعد القانونية، يمنح بموجبها السّلطة للقاضي في محاربة كلّ الأشكال المنافية لاستقرار وديمومة العقود في مرحلة التّنفيد (المبحث الثاني).



### المبحث الأول

#### زمن إختلال التوازن المالي للعقد: مرحلة التكوين

يتقّمص القاضي وظيفة الغير في المحافظة على العقد، إستثناءً لما تملّيه إعتبارات مبدأ القوّة الملزمة للعقد؛ فعلى الرّغم من كون هذا الأخير (مبدأ القوّة الملزمة) المرجعية الجوهرية لقانون العقد. إلّا أنّ تغيّر وتطوّر الظروف الإقتصادية، الإجتماعية، الفكرية، وما نتج عنها من إختلال في التّوازن العقدي وعدم تكافؤ المراكز القانونية للأطراف خاصّة عند تكوين العقد؛ وضعّ جديد فرض التّدخل القضائي في الرابطة العقدية، قصد إعادة التّوازن المالي، وتحقيق الإستقرار والأمن العقدي.

قد يخلّ التّوازن العقدي أثناء تكوين العقد بسبب الغبن أو الإستغلال، أو عند تحقّق الشّروط التّعسّفية في عقود الإذعان. والإختلال في التّوازن العقدي، وانعدام الأمن في العقود، يتعارض كثيراً مع مفاهيم عدّة لاسيما المفاهيم الحديثة الوضعية في التشريعات المقارنة، التي تنادي بأخلقة العلاقات العقدية، وبإحترام الأسس الأخلاقية أولاً، ولعلّ أبرز هذه المفاهيم: العدالة العقدية، ومبدأ الحماية (حماية الطرف الضّعيف)، والنّضام التعاقدية، وتجسيد هذه المفاهيم حقيقةً، يتطلّب تدخلاً قضائياً كثيفاً.

قد يفهم من هذا الطرح؛ أنّ التّدخل القضائي لتحقيق التّوازن، يعدّ شرطاً أو ركناً في التّعاقد، وهو ليس كذلك، بل هي (التّوازن والأمن العقدي) مفاهيم وأوضاع أملت طبيعة العقود غير المتوازنة، لاسيما في الوقت الرّاهن. فهي مجرد غاية ينطلق منها القاضي ويسعى لتجسيدها، والعمل على ضمان ديمومة العقود؛ فغالباً ما يكون انتقاد الشّيء، هو الدّافع، وأحد المبررات المشروعة للبحث حول آليات تكريسه.

يرجع إختلال التّوازن المالي للعقد في مرحلة تكوين العقد إمّا إلى الغبن أو إلى الإستغلال (المطلب الأوّل) أو إلى تحقّق الشّروط التّعسّفية في عقود الإذعان (المطلب الثّاني)، وفي كلّ هذه الحالات، فإنّ الإختلال يظهر خلال تكوين العقد.

### المطلب الأوّل

#### التّدخل القضائي لإعادة التّوازن العقدي بسبب الغبن والإستغلال

لم يكن يتصوّر في ظلّ المذهب الفردي الاهتمام بمسألة تعادل الالتزامات العقدية، ذلك أنّ الفلسفة الكلاسيكية انطلقت من فكرة اعتبار كلّ ما هو عقدي عادل، باستثناء نظرية الغبن التي تسري على بعض المسائل المحددة بنصّ القانون.

تتميّز مرحلة تكوين العقد بخصوصية أنها ذات طابع وقائي<sup>(1)</sup>، فالأطراف في كلّ مرة يقدمان على إبرام عقد ما سيدخلان في إعتباريهما وجود السلطة التقديرية للقاضي في مراجعة العقد وتعديله<sup>(2)</sup>. يبقى تعديل العقد أهم وسيلة لحماية العقد من مخاطر عدّة<sup>(3)</sup>، ومن المعلوم أنّ العقد لا ينتج آثاره القانونية بصورة صحيحة، إلّا إذا كان رضا الأطراف خالياً من العيوب<sup>(4)</sup>، وقد نظم المشرّع الجزائري عيوب الإرادة في القانون المدني تحديداً ضمن المواد؛ من المادة 81 إلى المادة 91<sup>(5)</sup>؛ فذكر كلّ من الغلط، الاكراه، التدليس، الغبن والإستغلال.

لقد كرّس القانون بموجب -الغبن والإستغلال-؛ الحماية القانونية والقضائية للطرف المستغل والمغبون من الإستغلال الناجم عن المتعاقد معه؛ وانطلاقاً من ذلك؛ سنتطرق لأهم محطات المشرّع الجزائري والتي عالج بموجبها نظريتي الغبن والإستغلال، انطلاقاً أولاً من ضبط بعض المفاهيم الخاصة بكلا منهما، لاسيما عنصر تطوّر نظرية الغبن وميلاد نظرية الإستغلال (الفرع الأول)، ثم الالتفات إلى دور، ووظيفة القاضي في إعادة الأمن التعاقدي للعقد الخاضع للإستغلال والغبن، وذلك بالإعتماد على الأسس القانونية ومختلف الآليات التي وضعها المشرّع لحماية أمن المتعاقد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الغبن والإستغلال: ضبط المفاهيم

كثيراً ما نجد في الحياة الواقعية حالات أين يستغل فيها شخص ضعفاً خاصاً في شخص آخر؛ كعدم خبرته، أو ضعف إدراكه، أو هواه....، فيجعله يتصرف تصرفاً يغبن فيه غبناً فاحشاً، أو يجعله يتصرف لمصلحته بدون مقابل، مما يلحق به ضرراً فاحشاً.

(1) - أشارت إلى ذلك: سعداني نورة، "سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقاً لأحكام القانون الجزائري"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 01، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2015، ص 29.

(2) - LAURENT Aynés, « Le juge et le contrat: nouveaux role? », Revue des contrats, Hors-Série, Paris, 2016, s p.

(3) - بسام أحمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2018، ص 262.

(4) - CORINE Renault-Brahinsky, Droit des obligations, 16<sup>ème</sup> éd, Gualino, Moulineau cedex, 2019, p69. LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p108.

(5) - راجع مضمن المواد، من المادة 81 إلى 91، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

تعدّ فكرة الغبن والإستغلال، أحد موضوعات القانون المدني المعقّدة، ولا تزال تشكّل مفاهيماً لمشاكل قانونية، ساهمت في إثارة جدل واسع بين الفقهاء. بدليل أنّها تقوم على اعتبارات اجتماعية، وأخلاقية واقتصادية، غير ثابتة، قابلة للتطور والتغيير<sup>(1)</sup>.

لقد شهدت نظرية الغبن تحولاً وتطوراً جذرياً لدى الفكر القانوني والتشريعات المقارنة، فبعدما كانت ذو طبيعة جامدة، أصبحت تأخذ بناءً على الطابع المرن، الملائم للتطوّرات والظروف الاجتماعية الراهنة، وبعدما كان مجالها ضيقاً ومحدداً، يسري على بعض العقود فقط، أصبحت اليوم ذو مجال واسع تسري على جميع العقود، وبعدما كانت مبنية على المعيار المادي، تفرعت منه نظرية الإستغلال القائمة على المعيار النفسي.

### أولاً: تطوّر نظرية الغبن إلى الإستغلال

يُكيّف الغبن على أنّه المظهر المادي للاستغلال، فهو عيب في العقد (قائم بذاته)<sup>(2)</sup> وليس في المتعاقد، لذلك لا يعتد بالغبن كعيبٍ من عيوب الإرادة. ويُعرف على أنّه عدم التّعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بموجب العقد<sup>(3)</sup>. كما يتحقّق بمجرد التّفاوت المادي المقدّر له<sup>(4)</sup>، حتّى ولو كانت إرادة المتعاقد المغبون سليمة<sup>(5)</sup>.

إذا كان الغبن هو المظهر المادي للاستغلال، فإنّ هذا الأخير يعدّ مظهرًا نفسيًا قائمًا في نفسية المتعاقد، وبالتالي فهو عيبٌ من عيوب الإرادة، ويتحقّق بعدم التّعادل بين الأداءات العقدية، من خلال استغلال الضّعف النفسي (طيش بين أو هوى جامح) الذي يعتري المتعاقد، بغرض دفعه إلى إبرام عقدٍ يتحمّل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتاً مع العوض والمقابل الذي يأخذه، أو بالأحرى بدون عوض. وما يميّز الإستغلال عن الغبن أنّ المشرّع لم يحدّد قيمة معينة للتّفاوت على أساس أنّه يُعدّ عيباً من عيوب الإرادة، فيرجع تقدير التّفاوت إلى الظروف الدّاتية للمتعاقد، والتي تختلف من شخصٍ لآخر.

### 1 . النّظرية المادية

(1) - بن غريب رايح، "أحكام الغبن في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي" مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 06، العدد

01، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيل، 2021، ص472.

(2) - فيلاي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السّابق، ص198.

(3) - محمد حسين منصور، المرجع السّابق، ص174.

(4) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p146.

(5) - مصدق فطيمة الزهراء، بقّة عبد الحفيظ، المرجع السّابق، ص336. الكزبري مامون، المرجع السّابق، ص.ص127-

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

تقوم النظرية المادية للغبن على الطابع المادي، حيث يكمن جوهر هذه النظرية، في التضييق من مجال تطبيق الغبن على العقود، إذ لا تسري قواعده إلا على بعض العقود، وكاستثناء، وبنص من القانون. فالغبن في إطار هذه النظرية، عيب قائم بذاته، ولا يعدّ عيباً من عيوب الرضا، إذ أنّ العبرة بالقيمة المادية للشيء، لا بالقيمة الشخصية بالنسبة للمتعاقد. ومن أهم خصوصيات هذه النظرية أنّها تمتاز بميزة التحديد، وما لذلك من أهمية في ضمان استقرار التعاملات العقدية.

يتمّ إكتشاف الغبن وفقاً لهذه النظرية، بتقدير قيمة الشيء وفقاً للقوانين الإقتصادية (قانون العرض والطلب مثلاً) أي بالمقارنة مع ثمنه، وإذا وصل الغبن إلى القدر المحدّد اعتدّ به، وقد يكون المتعاقد على علم بقيمة الشيء أي غير مخدوع، وبالتالي إرادته غير معيبة، إلا أنّه وفقاً لهذه النظرية يعدّ مغبوناً مادام التّعاقد قد إختل<sup>(1)</sup>.

لا يمكن تجاهل صحّة مضمون هذه النظرية، وتبنيها من قبل التشريعات لفترة طويلة لاسيما، أنّها نظرية قديمة جداً، إلا أنّ طبيعتها الجامدة تتعارض مع طبيعة المجتمع المرن، وتبتعد عن كونها حلاً ملائماً للمسائل الإجتماعية التي يغلب فيها العنصر النفسي. فالمعيار المادي قد شهد تطوراً وتحولاً كبيراً، أسفر بظهور نظرية جديدة في الواقع.

### 2 . النظرية النفسية

تقوم هذه النظرية على أساس شخصي، أي بالنظر إلى قيمة الشيء في نظر المتعاقد واعتباره. فالأصل هو التّعاقد في الالتزامات، وإذا إختل هذا التّعاقد، فإنّه دليل كاشف على أنّ إرادة المتعاقد غير سليمة، فالغبن في هذه الحال يشكلّ عيباً من عيوب الإرادة<sup>(2)</sup>.

لقد تبنت التشريعات الحالية النظرية النفسية، التي تمثل أحد مظاهر تطوّر نظرية الغبن؛ الانتقال والتحوّل من الأساس الشخصي إلى الأساس النفسي، المكوّن للإستغلال، وهو مظهر من مظاهر عيوب الرضا، ويقوم بناءً على معيار مرن غير محدّد، تبعاً لظروف كلّ معاملة عقدية.<sup>(3)</sup>

يُدافع أنصار هذه النظرية عن فكرة ملائمة نظرية الإستغلال للأوضاع الإجتماعية الراهنة، لاسيما أنّها تنطلق فعلاً من مقتضيات اجتماعية بحتة، مبتعدين عن الفلسفة الفردانية، وجعلهم الأخلاق تسيطر على العقود تحقيقاً لعدالة عقدية أفضل. وهو فعلاً ما أدى إلى اضمحلال مبدأ سلطان الإرادة، وتغيّر معالم

(1) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.01: نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام:

العقد-المطل غير المشروع- الإثراء بلا سبب-القانون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص358.

(2) - سليمان مرقس، شرح القانون المدني (العقود المسماة: عقد البيع)، ط.04، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص222.

(3) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص359.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

وأسس مبدأ القوّة الملزمة لاسيما بتدخل القانون في العقود باسم حماية الطرف الضعيف. وذلك كلّ أثر على تطوّر نظرية الغبن وخروجها من الطّابع المادّي الفردي الجامد، إلى الطّابع النّفسي الاجتماعي المرن فاتّسعت دائرة الغبن، وأصبح هذا الأخير لا يشكلّ إلاّ مظهراً مادياً للاستغلال.

تتمّة لذلك، واستناداً لأحكام القانون المدني في مادة الغبن والاستغلال، نستخلص موقف المشرّع الجزائي من النظريتين؛ بحيث؛ أخذ بالنظرية الشخصية للغبن كأصل عام، طبقاً للمادة 90 من ق.م.ج.<sup>(1)</sup> حيث جعله عيباً لكلّ أنواع التّصرفات إذا ما اصطحب بالاستغلال، ولا يجوز الطّعن في العقد إلاّ على أساس توافر العنصر الموضوعي والنّفسي. كما أخذ بالنظرية المادية للغبن كاستثناء، وهو ما أشارت إليه المادة 91 من ق.م.ج.<sup>(2)</sup>، وتطبيق جزاء الغبن في العقود المحددة بنصّ من القانون.

### ثانياً: خصوصية أحكام الإستغلال عن نظرية الغبن

بناءً على مضمون تطوّر نظرية الغبن إلى الإستغلال، نستخلص أهمّ الخصوصيات بين النظامين أهمّها؛ أنّ نظرية الغبن وجدت لحماية الطرف الضعيف، إذا اختلت الأداءات المتقابلة في العقد عن طريق رقم حسابي دون النظر إلى السبب وراء عدم التعادل، أمّا نظرية الإستغلال فهي حماية جديدة للطرف الضعيف من استغلال المتعاقد الآخر لضعف نفسي نال من سلامة رضاه، وأن يكون الإستغلال هو الدافع إلى التّعاقد، ولولاه لما أبرم العقد.

إنّ نظرية الإستغلال تركز على العنصر النفسي؛ فلا يعتبر الغبن إلاّ مظهراً مادياً له<sup>(3)</sup>، ومنه فإنّ الإستغلال يؤدّي إلى الغبن، لكن ليس بالضرورة، كلّ غبن يكون ناتجاً عن الإستغلال، فقد يأتي من أي عيب. والغبن عيب مستقل استثنائي في العقد، لا يرتّب أثراً إلاّ في العقود المحددة بنصّ القانون، حفاظاً على استقرار المعاملات. أمّا الإستغلال، فهو عيب في الرّضاء، وضع له المشرّع قاعدة عامة يطبق على جميع العقود.

(1) - تنصّ المادّة 90 ف1، من الأمر رقم 58-75، على أنّه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامع، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد"، المرجع السابق.

(2) - انظر المادّة 90، من الأمر رقم 58-75 على: "يراعي في تطبيق المادّة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصّة بالغبن في بعض العقود"، المرجع نفسه.

(3) - بن غريب رايح، المرجع السابق، ص476.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

لقد استبعد المشرع الجزائري تطبيق أحكام الإستغلال على بعض العقود التي تسري عليها أحكام نظرية الغبن، كعقد بيع العقار المادة 358<sup>(1)</sup>، والقسمة الرضائية في المادة 732<sup>(2)</sup> من ق.م.ج. وباستقراء هاتين المادتين، نفهم أنه لا مجال للتمسك بأحكام الغبن بعد مرور الميعاد المحدد من القانون. وهو ما أكدته المحكمة العليا، بأن عدم مراعاة الأجل أعلاه يشكل خطأ في القانون<sup>(3)</sup>.

إن خصوصية<sup>(4)</sup> دعاوي الإستغلال تظهر في ميعاد التمسك بالحق في إثارة دعاوي الإستغلال المحددة في القانون، فانقضاء مدة السنة دون التمسك بها يؤدي إلى سقوط الحق في التمسك بها، ولا تقبل الوقف أو الانقطاع، عكس عيوب الإرادة الأخرى، حيث تعدّ المدة فيها مدة تقادم تخضع للوقف والانقطاع. إن الغبن هو الحالة الوحيدة التي حدد بموجبها المشرع الجزائري درجة إختلال التوازن المالي بدقة، حيث إشتراط في بيع عقار مشوب بالغبن أن يصل إلى الخمس ثمن العقار. كذلك الحال بالنسبة للقسمة الرضائية الصحيحة<sup>(5)</sup> حتى يتم التمسك بأحد الدعويين؛ إمّا تكملة الثمن أو إبطال العقد، أمّا إذا لم تبلغ هذه القيمة أو الدرجة فيسقط الحق في اللجوء إلى القضاء. فالقاضي إذن ليس له الصلاحية في التوسع في هذه الحالات أو حتى القياس عليها<sup>(6)</sup> فلا يستطيع القاضي إعادة التوازن المالي للعقد في حالة الغبن إلا بموجب ما حدده القانون له من وسائل؛ إمّا تكملة الثمن أو الحكم ببطالان العقد. فمجال ونطاق سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للعقد المختل يتحدد في مسألة الإستغلال دون الغبن وهي الخصوصية الجوهرية التي تميز الإستغلال عن الغبن.

كما تظهر الخصوصية في شروط التمسك بكلا النظريتين، المحددة بموجب المادتين 90 و 91، وبمراعاة أحكام المادة 358 من ق.م.ج.

(1) - تنص المادة 358، من الأمر رقم 75-58، على: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"، المرجع السابق.

(2) - تنص المادة 732، من الأمر رقم 75-58 على: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة"، المرجع نفسه.

(3) - انظر إلى قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 196366، المؤرخ في 26 جويلية 2000، المجلة القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 01، الجزائر، الصادر سنة 2000، ص 229.

(4) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 183.

(5) - انظر قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 446655، المؤرخ في 24 فيفري 2008، المجلة القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 02، الجزائر، الصادر سنة 2009، ص 137.

(6) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 127.

### ثالثاً: عناصر الإستغلال

لا يتحقق الإستغلال إلا في ظلّ تحقق عناصره، العنصر المادي والنفسي؛

#### 1 . العنصر المادي للاستغلال

يتحقق العنصر المادي للاستغلال بإحدى الصّور الثلاث، إمّا على شكل تفاوت بين إلتزام المتعاقد وبين العوض الذي يتحصّل عليه، فالتفاوت اليسير أمر عادي ومقبول، وللقاضي كامل السّطة التقديرية في تقدير التفاوت الكثير من عدمه. أو في صورة التفاوت بين حظّ الرّبح والخسارة اللّذين يتحمّلهما كلّ متعاقد، أو في صورة إنعدام العوض<sup>(1)</sup>.

استناداً إلى المادة 90 من ق.م.ج، قد يتحقّق التفاوت المشكل للاستغلال إمّا في صورة تفاوت بين التّزامات المغبون وما حصل عليه من فائدة، أو في صورة التفاوت بين التّزامات المستغلّ والتّزامات المستغل<sup>(2)</sup>. وعليه فإنّ التفاوت بين الإلتزام والعوض صورتان، فقد يكون ما بين التّزامات المستغلّ وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، وتجسد هذه الصّورة، التفاوت الذي يحصل في عقود المعاوضة. وقد يكون التفاوت ما بين التّزامات المستغلّ، والتّزامات المستغلّ خاصة في العقود التبادلية. فالتفاوت يكون بين قيمة الأداء الذي يقوم به المتعاقد المغبون، وقيمة العوض الذي يتحصّل عليه، ويظهر ذلك عند إجراء المقارنة بين قيمة الأداء وقيمة الأداء المقابل، والمشرّع يأخذ بالتفاوت الكثير في النسبة، فإنّ التفاوت اليسير الذي نجده في كلّ المعاملات عادي ومقبول<sup>(3)</sup>.

قد يتحقق الإستغلال في صورة التفاوت بين الرّبح والخسارة، وهنا تحديداً يظهر مجال إعمال نظرية الإستغلال، الذي يسري على عقود المعاوضة، وعقود التبرع<sup>(4)</sup>، فلا مجال لإعمال أحكام الإستغلال على العقود الاحتمالية كونها تقوم على طابع احتمال الرّبح والخسارة. فطبيعة عقد الاحتمال تختلف على أحكام الإستغلال القائمة على استغلال ضعف المتعاقد<sup>(5)</sup>.

قد يتحقّق الإستغلال في صورة انعدام العوض، وقد أشار المشرّع الجزائري في المادة 90 ف3 على: "... ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقّى الطّرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً

(1) - فيلالي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السّابق، ص204.

(2) - محمد حسين منصور، المرجع السّابق، ص175.

(3) - فيلالي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السّابق، ص.ص204-205.

(4) - محمد حسين منصور، المرجع السّابق، ص177.

(5) - فيلالي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السّابق، ص.ص206-207.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

لرفع الغبن<sup>(1)</sup>. مما يعني أن عقود التبرع تخضع هي الأخرى لأحكام الإستغلال والجزاء فيها إما إبطال العقد أو إنقاص التزامات المستغل. فالعبرة الأولى للاستغلال يكمن في الضعف النفسي للمتعاقد<sup>(2)</sup>.

### 2. العنصر النفسي للاستغلال

يرتبط العنصر الثاني للاستغلال بنفسية المتعاقد المستغل، ويتشكل هذا العنصر إما في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد، أما الثاني، في استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف<sup>(3)</sup>. واستناداً للمادة 90 من ق.م.ج، يتحقق الضعف النفسي حسب المشرع الجزائري في صورتين أوردها على سبيل الحصر، إما الطيش البين؛ وهي حالة نفسية تعتري الشخص فتجعله يتخذ قرارات بسرعة وخفة بدون تبصر، ولابد أن يكون هذا الطيش بيناً معروفاً لدى الجميع، ومثال ذلك كأن يرث شخص مالا كثيراً ويقوم بإنفاقه بسفه، لآته شخص طائش، فيستغل الغير ذلك، ويبيع له شيئاً بأضعاف قيمته الحقيقية. أما الصورة الثانية، فتتعلق بالهوى الجامح؛ أي تلك الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتتال من سلامة القرارات التي يتخذها. فميول النفس، والرغبة في الحصول على شيء، غالباً ما تجعل المتعاقد يندفع ويسعى لتحقيق رغباته دون تبصر مهما كان الثمن، غير مبالٍ بالأضرار التي قد تلحقه<sup>(4)</sup>.

يشترط للتمسك بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة إثبات عنصره المادي والمعنوي<sup>(5)</sup>، ويقع عبئ إثبات الاستغلال بعنصره على المدعي. فالبينة على من إدعى واليمين على من أنكر. ولابد أن يستغل المتعاقد (المستغل) هذا الضعف فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد فيكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد ولولاه لما أقدم على التعاقد<sup>(6)</sup>. وللقاضي كامل السلطة التقديرية في تقدير درجة عدم التناسب بين الأداءات

(1) - انظر مضمون المادة 90 ف3، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) - فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.ص 206-207.

(3) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.366.

(4) - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد (ظاهرة إختلال التوازن بين الإلتزامات التعاقدية في ظل إنتشار الشروط التعسفية دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الانجلوامريكية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص.134.

(5) - وهو المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا في أحد قراراتها: "يشترط القانون المدني لإبطال العقد على أساس الاستغلال إثبات العنصرين المادي والمعنوي" انظر قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 427599، المؤرخ في 17 أوت 2008، المجلة القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 01، الصادر لسنة 2009، ص.123.

(6) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.ص 178-189.



## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

دون الإعتماد في ذلك على المعيار الحسابي بل على الظروف المختلفة التي جعلت من عدم التعادل أمراً فادحاً وواضحاً. وتقدير ذلك يكون وقت إبرام العقد ولا يعتد في ذلك بما يطرأ على العقد أثناء التنفيذ<sup>(1)</sup>.

وباستقراء المادتين 90 و 91 من ق.م.ج، يمكن التوصل إلى بعض التعليقات بالنسبة لموقف المشرع الجزائري لاسيما من خلال عدم ضبطه للمصطلحات، حيث إستخدم في المادة 90 إصطلاح "المغبون" ممّا يوحي لنا للوهلة الأولى أن المقصود بذلك أحكام الغبن، إلاّ أنّه في نفس الوقت يشير إلى استغلال الضعف النفسي، أي إلى أحكام الإستغلال باعتباره عيباً من عيوب الرضا<sup>(2)</sup>، وما لذلك من خطورة على الأمن القانوني الذي يقضي بضرورة وضوح ودقّة المصطلحات القانونية. كما أنّ المشرع الجزائري قد ضيق من مجال نظرية الإستغلال بحصر العنصر النفسي في صورتين الطّيش البين والهوى الجامح، متجاهلاً إمكانية أن يكون المتعاقد المغبون في حالة من السّذاجة أو قلّة الخبرة أمام حاجته الماسّة لإبرام العقد.

### الفرع الثاني

#### دور القاضي في إعادة الأمن للعقد الخاضع للاستغلال والغبن

إنّ الهدف الرئيسي لتوجّه المشرع الجزائري للاعتراف بسلطة القاضي في العقد محلّ الإستغلال أو الغبن لا يخرج عن كونه موقفٌ يهدف إلى إعادة الأمن والاستقرار للمعاملة العقدية. وهو ما يشير من جهةٍ أخرى إلى التحوّل العميق لمنطق المشرع، من مجرد الاهتمام بسلامة رضا المتعاقدين، إلى ضرورة ضمان استقرار وديمومة المعاملات التعاقدية.

غير أنّ مضمون سلطة القاضي في إعادة الأمن للعقد محلّ الإستغلال مختلفة عن العقد محلّ الغبن بحيث أنّ مجال وموضوع كلّ منهما محدّد وفقاً لإطار قانوني صريح، وبناءً على تحقّق مجموعة من الشروط.

(1) - المرجع نفسه، ص 176.

(2) - فيلالي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السّابق، ص.ص 201-203.

أولاً: سلطة القاضي في إعادة الأمن التعاقدى عند تحقق الغبن: البيع العقاري أنموذجاً

لم ينص المشرع الجزائري على مبدأ عام يحدد مجال الغبن بصفة عامة، إلا أنه أورد تطبيقاته ضمن القانون المدني<sup>(1)</sup>، فأشار إلى الغبن في القسمة الرضائية المادة 732، والغبن في المقايضة المادة 415، والغبن في العقار في المادة 358<sup>(2)</sup>، ونظراً لاختلاف الأحكام الواردة على كل منهما، تقتصر الدراسة على الغبن الوارد على العقار. وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، نجد أنه قد وسّع من مسألة الغبن في مجال العقار، على عكس المشرع المصري والفرنسي<sup>(3)</sup>.

يشترط القانون لصحة المعاملات المدنية التي موضوعها البيع، ضرورة توافر عنصرين جوهريين في معاملة البيع؛ الشيء محل البيع (العقار أنموذجاً)، والثمن، وهذا الأخير يشترط فيه القانون أن يكون جدياً وحقيقياً ومحددًا أو قابلاً للتحديد<sup>(4)</sup>، وبالعودة إلى المادة 358 وبعض المواد المتفرقة من ق.م.ج، فقد اشترط في البيوع الواردة على العقار مايلي:

- أن يكون المبيع عقاراً؛ سواء كان حق ملكية عقار، أو حق عيني آخر على عقار، وبالتالي فإن المنقولات تستبعد من تطبيق نظرية الغبن، لأن مجالها تحتويه نظرية الإستغلال. وقد عرّف القانون العقار في المادة 683 من ق.م.ج. مع مراعاة ما أشارت إليه المادة 684 من ق.م.ج<sup>(5)</sup>.
- انطلاقاً من اعتبار الغبن هو النقص؛ يشترط أن يتعاقد المغبون تحت تأثير الطّيش البين أو الهوى الجامح. بمعنى أنهما هما الدافع للتعاقد، وأن تتوافر في المتعاقد الآخر نية الاستفادة من هذا الضعف النفسي، وهذا الشرط يتطلب أن يكون هذا الشخص على علم بهذا الضعف، والقرينة على ذلك تقوم بمجرد عدم التعادل الفاذح كما يشترط أن يكون صاحب النّية هو نفس الشخص الذي يستفيد من التصرف.
- أن يقع المبيع بغبن يزيد عن خمس ثمن المثل استناداً إلى المادة 358 ف1<sup>(6)</sup>، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع، ومراعاة قيمته على حسب قانون العرض والطلب.

(1) - معمري عبد الرشيد، معزیز عبد السلام، "الإشكالات القانونية للغبن في البيوع العقارية، المجلة الأكاديمية للبحث

القانوني، المجلد 12، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2021، ص102.

(2) - راجع مضمون المواد المشار إليها أعلاه، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3) - خليفی أسماء، "الغبن في القانون المدني الجزائري ونظيره الفرنسي دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة حمه لخضر، الوادي، 2022، ص181.

(4) - HUCHET Marc-Oliver, Les indispensables du droit des contrats spéciaux, 2<sup>ème</sup> éd, Ellipses, Paris, 2024, p25.

(5) - راجع مضمون المواد المشار إليها أعلاه، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(6) - راجع مضمون الفقرة المشار إليها في المادة أعلاه، من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

- أن يكون المغبون هو البائع وليس المشتري؛ على أساس أن دعوى الغبن تحمي البيع لا الشراء.
- أن لا يكون البيع قد تمّ في المزاد العلني؛ فهذا الأخير يفرض أن يتحصّل البائع على أعلى ثمن، وبالتالي لا مجال لافتراض وقوع الغبن.
- إن دعوى الغبن الواردة على العقّار دعاوى شخصية لا عقارية؛ فقد يفهم من تسميتها أن موضوعها المطالبة بحقّ عقاري وهو غير صحيح. فموضوع الدّعى شخصي، يتمثّل في المطالبة بحقّ شخصي وارد على عقّار. وبالتالي ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدّعى عليه المشتري.
- يجب أن ترفع الدّعاوى التي موضوعها الغبن الوارد على العقّار، خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع، وفقاً لمضمون المادة 359 من ق.م.ج، على عكس القانون الفرنسي الذي حدّد ميعاداً يقلّ بسنة<sup>(1)</sup>. ممّا أورده التشريع الجزائري.

### 1. الأصل في موضوع دعوى الغبن العقاري: تكملة الثمن كآلية وقائية

إنّ في مضمون الطلبات المرفوعة أمام القضاء، والتي موضوعها الغبن لا تعني أنّها وفي كلّ الأحوال دعاوى تُتّوجّ بحكمٍ إيجابي لصالح المدّعي المغبون، بل إنّ القاضي ملزم بالتأكّد من مدى استيفاء جميع الشروط المفروضة قانوناً؛ سواء الإجرائية منها أو الموضوعية، التي سبق التفصيل فيها.

إنّ أثر الغبن في القانون واضح، فبالرجوع إلى المادة 358 ف1 إذا بيع عقّار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحقّ في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل<sup>(2)</sup>. فلا مجال للاجتهاد في ظلّ وضوح النصّ. فالدّعى الأولى، والأصل العام لنظرية الغبن العقاري يكمن في المطالبة بتكملة الثمن، وهو ما يشير إلى أهمية عنصر الثمن في عقود البيع.

تكمن الغاية من رفع دعوى الغبن؛ تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، وبالتالي فإنّ المدّعي المغبون لا يحقّ له رفع دعوى المطالبة بإبطال عقد البيع على أساس تحقّق الغبن، فالإطار العام لحقّ المغبون ينحصر في طلب تكملة الثمن لا غيره. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقّا وقت البيع وهو ما أكّده المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>(3)</sup>.

(1)-HUCHET Marc-Oliver, Op-Cit, p30.

(2)-العالية قرناش، "أثر الغبن في البيع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة"، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية، المجلّد 05، العدد 02، مركز الحكمة، الجزائر، 2018، ص185.

(3)- راجع مضمون قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 245195، المؤرخ في 12 سبتمبر 2000، المجلة القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 02، الصادر سنة 2001، ص137.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

أما إذا امتثل المشتري لطلبات البائع، وأكمل الثمن في أوانه، زال عيب الغبن، والمبلغ المحكوم بع ليس جزءاً مستقلاً عن الثمن الوارد في العقد؛ بل يدخل ضمن ثمن العقار، طبقاً للقواعد العامة<sup>(1)</sup>.

وفي ذات السياق؛ قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>(2)</sup>، على أن دعوى الغبن ليست دعوى تتعلق بشخصية الخصم بل هي دعوى مالية، لا تنقضي بوفاة الشخص المغبون، بل تنتقل إلى الخلف العام، وعلم البائع بالقيمة الحقيقية للعقار وقت البيع لا يمنعه من طلب تكملة الثمن، ذلك أن الغبن الثابت قانوناً يشكل في حد ذاته سبباً كافياً لمراجعة الثمن بغض النظر عن ظروف وقوعه. كما أن دعوى الغبن تقوم على أساس مادي، فلا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط، أو ضحية غش، بل يثبت فقط توافر شروط الغبن، لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والثمن على نوي الإستغلال القائمة على أساس شخصي.

وفقاً للمادة **359 ف1** تسقط دعوى تكملة الثمن بالتقادم؛ وتجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين المغبون كامل الأهلية، والمغبون ناقص الأهلية. ففي الحالة الأولى، ووفقاً للمادة **359 ف1**، فإن دعوى الغبن تسقط بالتقادم بعد مرور **03** سنوات من يوم انعقاد العقد، أما بالنسبة لناقصي الأهلية، وبمراعاة أحكام المادة **40، 90 و 91** من ق.م.ج فإن الدعوى تسقط بعد ثلاث سنوات من يوم زوال سبب العجز؛ مع مراعاة أحكام الفقرة الأخيرة للمادة **359 ف3** بالنسبة للغير حسن النية، وكذا مضمون المادة **360** من ق.م.ج<sup>(3)</sup>. مع مراعاة ما استقرت عليه المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>(4)</sup>.

وما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد وقع في الخلط بين المصطلحات (عديمي الأهلية وناقص الأهلية)، فعندما أشار لتصرفات لعديمي الأهلية في المادة أعلاه، واضعاً له حالة خاصة لميعاد رفع الدعوى، متجاهلاً أن تصرفات عديمي الأهلية باطلة بطلاناً مطلقاً بقوة القانون.

تنمّة لذلك، وبناءً على الأحكام القانونية، فإن المشرع الجزائري حسب وجهة نظرنا وبكل موضوعية قد وفق إلى حد بعيد في اختياره لدعوى تكملة الثمن، كآلية ناجعة في حفظ حقوق المتعاقدين المغبون على

(1) - معمري عبد الرشيد، المرجع السابق، ص 102.

(2) - راجع في شأن ذلك: قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 249694، المؤرخ في 20 جوان 2001، المجلة

القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 01، الصادر لسنة 2002، ص 157.

(3) - بوكرازة أحمد، "الغبن والإستغلال وأثرهما القانوني"، مجلة المعيار، المجلد 25، العدد 62، كلية العلوم الإسلامية،

جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2021، ص 959.

(4) - راجع في شأن ذلك: قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 188918، المؤرخ في 12 ماي 1999، المجلة

القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 01، الصادر لسنة 2000، ص 85..

وجه الخصوص، لاسيما ثقته المشروعة إلى القانون باعتباره الطرف الضعيف في العقد. كما تعدّ طريقاً وقائياً فعّالاً، في المحافظة على أمن المعاملات العقدية عموماً، من خلال ضمان ديمومتها لا إنهاؤها.

### 2. الإستثناء في موضوع دعوى الغبن العقاري: فسخ العقد وخطورته على فكرة الأمان التعاقدية

إذا لم تتحقّق الطّلبات الأصلية للمدّعي (البائع)، ولم يقبل المدّعي عليه (المشتري) طلب تكملة الثمن؛ حق للمدّعي طلب فسخ العقد<sup>(1)</sup>، بموجب الدّعوى الاحتياطية، كطريق استثنائي لاستيفاء الحقوق وفقاً لما تضمنه القانون المدني، وذلك بعد تبليغه بنسخة من الحكم أو القرار النّهائي للقاضي، وبعد إلزامه بالدفع بواسطة المحضر القضائي، بعد مضي 20 يوماً من تاريخ الإلزام بالدفع، فيلجأ البائع إلى المحضر القضائي لتحرير محضر بعدم التّنفّذ يسلمه للمشتري، ويطلبه بفسخ العقد والتّعويض عن كل ضرر لحق به وما فاتته من كسب<sup>(2)</sup>.

تُرفع دعوى المطالبة بفسخ عقد البيع العقاري محلّ الغبن من البائع ضدّ المشتري، مطالباً إيّاه باسترداد العقار المبيع، كما يلتزم المدّعي بردّ الثمن المبيع إلى المشتري، وبجب أن يرفعها المتعاقد المغبون خلال خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام عقد البيع تحت طائلة سقوط الحق، طبقاً للقواعد العامة.

بمجرّد قبول القاضي طلبات المدّعي؛ أعيد الأطراف إلى الحالة الأولى قبل التّعاقد وفقاً للمادة 119 من ق.م.ج، أمّا إذا تعرّض على القاضي الحكم بالفسخ، حتّى وإن كانت ضمن طلبات المدّعي، لاستحالة الاسترداد مثلاً، أو أنّ المشتري قد تصرف في العين المبيعة، وأنّ الغير قد اكتسب حقّاً على العقار المبيع وكان حسن النية (أي لا يعلم أنّ البائع الأول قد وقع في غبن)، حكم القاضي بالتّعويض، وله كامل السّلطة في تقدير مقداره.

عموماً، لقد تحفّظ المشرّع الجزائري من تحقيق التّوازن الموضوعي للعقد بصورة أكبر، من خلال تضيق من مجال نظرية الغبن بحيث حصرها في عقود محددة ولم يجعله مبدأ عاماً يسري على كافة العقود ولفائدة كامل المتعاقدين، حتى يخدم فكرة الأمن القانوني الذي مفاده حماية الأطراف وتوقّعاتهم<sup>(3)</sup>؛ فالتضيق من شأنه أن حوّل حماية لبعض المتعاقدين دون غيرهم، وهو ما يدل على انصراف المشرّع إلى احترام ما يفرضه مبدأ القوّة الملزمة للعقد بصورته التّقليدية على حساب التوسع في الحماية، مما يفرض ضرورة البحث عن مقاربة وفلسفة جديدة للأمن العقدي على ضوء المعطيات والمستجدات الرّاهنة.

(1) - السنهاوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 403.

(2) - العالية قرناش، المرجع السابق، ص 186.

(3) - بعجي أحمد، "الأمن التّعاقدية: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،

المجلّد 59، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2022، ص 83.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

إنّ دعوى المطالبة بفسخ العقد لا تخدم فكرة الأمان التعاقدية؛ ذلك أنّها طريقٌ لإنهاء المعاملة العقدية واهدار الثقة المشروعة للأطراف لاسيما الطرف الضعيف الذي لم يلجأ إلى البيع إلا لحاجته لذلك، كذلك من من وجهة النظر الطرف الآخر الذي لم يشتري إلا لحاجته لذلك، وبالتالي فإنّ هذه الآلية تهدّد من ضمان الأمان في المعاملات العقدية. ونحن بهذا لا نعني الإبقاء بالعقد محلّ الغبن كما هو إنّما الإبقاء على الحلّ الأوّل وهو تكملة الثمن تحت طائلة الغرامة التهديدية عن كلّ تأخير.

### ثانياً: سلطة القاضي في إعادة الأمان التعاقدية عند تحقّق الإستغلال

تعدّ نظرية الإستغلال أهمّ النظريات التي تخوّل للقاضي السلطة في المحافظة على العقد - لاسيما بوجود سلطة القاضي في إنقاص الالتزامات - وإعادة التكافؤ للمراكز العقدية ورفع اللاتوازن العقدي عنهما بشكلٍ يكرّس الأمان القانوني في العقود<sup>(1)</sup>؛ وعلى الرغم من أهمية هذه السلطة، إلّا أنّ المشرّع جعلها مقيدة بالطلب القضائي للطرف المستغل، دون أن يمنح له الصّلاحية في التّدخل تلقائياً، واستبعد النظرية من فكرة النظام العام، وهو ما يتناقض أساساً مع فكرة أخرى انطلق منها ألا وهي؛ فكرة وجوب حماية الطرف الضعيف.

استناداً إلى مضمون المادة 90 من ق.م.ج.<sup>(2)</sup>، فإنّه، وقبل الحديث عن آلية الإنقاص من الالتزامات باعتبارها طريق وقائي للعقد، توجّب الالتفات أولاً إلى الآلية الأولى المكرّسة قانوناً والممثلة في دعوى الإبطال، حتّى يتسنى لنا الحديث عن دعوى الإنقاص.

#### 1 . دعوى الإبطال

تقتضي دعوى الإبطال بالنسبة لأحكام الإستغلال وجوب تحديد من له الصّفة برفع هذه الدّعى، حتّى يتمّ الانتقال إلى مدى سلطة القاضي التقديرية في قبول طلبات المدّعي من عدمه، حتّى يتسنى الوقوف حول طرق توقّي الإبطال مستنديين في كلّ ذلك إلى الأسانيد القانونية، لاسيما المادة 90 من ق.م.ج. استناداً للمادة أعلاه، فإنّ الحقّ في رفع دعوى الإبطال حقّ للمتعاقد الذي وقع في الإستغلال<sup>(3)</sup>، وهو ما يفرضه المنطق والعدل، بحيث أنّ الهدف الأوّل من أحكام الإستغلال حماية المتعاقد المستغل ومصلحه، ضماناً لأمن المعاملات.

(1) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p147. GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p363.

(2) - راجع مضمون المادة 90، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3) - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 94.

غير أنّ الوقوف حول مضمون أحكام دعوى الإبطال تفرض البحث عن مدى اعتبارها، دعوى لتحقيق الأمان التعاقدى، والمحافظة على الثقة المشروعة للأطراف المتعاقدة، أم أنّها مجرد وسيلة لحماية رضا المتعاقد المستغلّ باعتباره في نظر القانون الطرف الضعيف.

تتطلب دعوى الإبطال على القاضي التأكّد أولاً من وجود الإستغلال، وإذا تحقّق هذا الأخير فله كامل السّلطة التقديرية؛ إمّا بقبول طلب المتعاقد المستغلّ فيقضي بإبطال العقد، وبالتالي، إعادة الأطراف إلى الحالة الأولى قبل التعاقد. وإذا افترضنا أنّ أحد الأطراف قد شرع كلّ منهما في تنفيذ التزاماته، التزم كلّ منهما باسترداد ما تلقّاه من الآخر، وإذا تعرّض إمكانية الاسترداد، حكم القاضي بطريق التعويض.

استناداً إلى المادة 90 ف3 من ق.م.ج.ع. على: "... ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقّى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن"؛ أشار المشرّع، وبالتّسبة لعقود المعاوضة؛ يمكن للمتعاقد المستغلّ أن يتوقّى طلب الإبطال من المتعاقد المستغلّ عن طريق عرض الزيادة في التزاماته عوض إبطال العقد ويكون القاضي ملزماً بقبول عرضه، إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الإستغلال الفاحش. أما إذا تبين له أنّ الزيادة لا ترفع الغبن، حكم بطلبات المتعاقد المستغلّ<sup>(1)</sup> والسّلطة التقديرية للقاضي واسعة في تقدير مقدار الزيادة في الالتزامات التي من شأنها أن ترفع الغبن بناءً على ظروف وحيثيات القضية أمامه، دون خضوعه لرقابة من المحكمة العليا باعتبارها مسألة وقائع<sup>(2)</sup>.

نرى وبكلّ موضوعية وتحفّظ، وبالنّظر إلى طبيعة، والآثار المترتبة عن دعوى الإبطال؛ أنّها، وبحقّ ليست الطّريق المثالي لحفظ الأمن التعاقدى، بقدر ما أنّها تؤدّي إلى زوال العقد والآثار التي ترتبها في حقّ كلا الطرفين، كما تؤدّي إلى اهدار التّوقعات المشروعة للأطراف لاسيما الطرف الضعيف الذي لم يتعاقد إلاّ ونظراً لحاجته لإبرام ذلك العقد، وبالتالي كان لزاماً على المشرّع إعادة النّظر في فحوى هذه الآلية، ومدى ملاءمتها مع فكرة المحافظة على المعاملات التعاقدية.

### 2 . دعوى الإنقاص

سعيّاً للمحافظة على استقرار المعاملات العقدية، وتحقيقاً للأمن التعاقدى؛ حوّل المشرّع آلية أخرى لرفع الإستغلال عن العقد بموجب دعوى الإنقاص من التزامات المتعاقد المستغلّ. والقاضي وبموجب هذه الآلية ملزم بقبول طلبات المدّعي في دعوى الإنقاص، بحيث لا يمكنه أن يقضي بالإبطال احتراماً لمبدأ التّقيّد بالطلب القضائي، وبشرط أن يتأكّد من تحقّق الإستغلال.

(1) - فيلالي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السّابق، ص215.

(2) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السّابق، ص371.



## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

تقرض أحكام دعوى الإنقاص أن يتم رفع الدعوى من المتعاقد المستغل ضد المتعاقد المستغل، مطالباً المحكمة بإنقاص من إلتزاماته العقدية. فقد يرى المتعاقد المستغل أن مصلحته تفرض الإبقاء على العقد دون إبطاله فيختار في هذه الحال رفع دعوى إنقاص إلتزاماته بدل إبطال العقد بعد تصحيحه؛ والتّصحيح هنا ينصب على إنقاص إلتزامات الطرف المستغل.

يكون القاضي ملزماً بالإنقاص الذي يتقدّم به المتعاقد، فلا يجوز له أن يقضي بإبطال العقد وفي هذه الحال، إمّا أن ينقص من إلتزامات المغبون إذا تحقق وجود الإستغلال، أو رفض الدعوى إذا لم يتحقق الإستغلال. كما أنّ القاضي كامل السلطة لتقديرية في تحديد مقدار إلتزامات الواجب إنقاصها، والملائم لرفع الإستغلال، مهتدياً بمبدأ العدالة<sup>(1)</sup>.

أمّا إذا كانت طلبات المتعاقد المستغل تهدف إلى إبطال العقد؛ فيحقّ للقاضي رفض طلبه، وبأن يقضي بطريق آخر غير الإبطال، بحيث له الصّلاحية في التّعديل طبقاً لمبدأ الملائمة في أعمال الجزاء<sup>(2)</sup> عن طريق إنقاص إلتزامات المتعاقد بدل إبطال العقد. والمشرّع قد قيّد هذه السّطة "بإنقاص إلتزامات الطرف المغبون" دون سواء طبقاً للمادة 90 من ق.م.ج. وبشرط أن يتأكّد القاضي من أنّها وسيلة كافية لرفع اللّاتوازن العقدي، تحقيقاً لأمن العقود الذي يفرض الإبقاء بالعقد وضمان ديمومته لا إبطاله، وذلك على ضوء ملابسات وظروف القضية المطروحة أمامه.

تماشياً على ذلك، ففي حالة ما إذا كانت طلبات المستغل تنصبّ على رفع إلتزاماته بدل إنقاص إلتزامات الطرف المستغل، في حين أنّ هذا الأخير يطالب بإنقاص من إلتزاماته؛ فإنّ العبرة بطلبات هذا الأخير لا المستغل<sup>(3)</sup> طبقاً لمبدأ ضرورة التقيّد بالطلب القضائي باعتباره الإطار العام لسلطته التقديرية<sup>(4)</sup>. وفي كلّ الحالات سواء حكم القاضي بالإبطال، أو الإنقاص، أو الزيادة في الإلتزامات؛ فإنّ النّتيجة المنتظرة ليست التّعادل الحسابي بين الإلتزامات، بقدر ما تنطوي على رفع التّفاوت الفاحش فقط.

تبعاً لذلك؛ يظهر لنا مدى أهمية دعوى الإنقاص في المعاملات التّعاقدية، إذ تعدّ النّموذج المثالي في تحقيق الاستقرار التّعاقدي؛ إلّا أنّها من جهةٍ مقابلة لا تضمن التّوازن الفعلي بين الإلتزامات، لاسيما بالنّظر إلى ميعاد رفع الدعوى. بحيث أكّد المشرّع، على أنّ ميعاد رفع دعوى الإستغلال مهما كان موضوعها، سواء بطلب الإبطال أو الإنقاص يتحدّد بسنة من تاريخ إبرام العقد، تحت طائلة سقوط الحق.

(1) - فيلالي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السّابق، ص 216.

(2) - تمّ الإشارة إلى مبدأ الملائمة في أعمال الجزاء. سعداتي نورة، المرجع السّابق، ص 31.

(3) - محمد حسين منصور، المرجع السّابق، ص 181.

(4) - للتّصيل انظر: سعداتي نورة، المرجع السّابق، ص 31.



وهو حكم تنفرد وتستقل به نظرية الإستغلال عن نظرية عيوب الرضاء، التي تنقضي الدّعى فيها غالباً ب 03 سنوات من وقت اكتشاف الغلط، التدليس، انقطاع الإكراه، وبخمس سنوات من وقت انعقاد العقد. ممّا يوحي من جهة أولى، على انصراف نية المشرّع للتضييق من نظرية الإستغلال. ومن جهة مقابلة، وباعتبار الطرف المستغلّ يكتف قانوناً بالطرف الضّعيف في العلاقة العقدية، فإنّ الميعاد المشار إليه أعلاه لا يُحقّق له حماية قانونية حقيقية.

استناداً إلى المواد 90 و 91 من ق.م.ج، يمكن فهم التحوّل التشريعي والفكري للمشرع الجزائري في السّعي للمحافظة على العلاقات العقدية، والدليل أنّه انطلق أولاً من التحوّل في الأساس الفعلي لنظرية الغبن من الطّابع المادي الجامد، إلى الطّابع الشّخصي المرن مستحدثاً نظرية الإستغلال الملائمة لمختلف التطوّرات الرّاهنة. كما يظهر أيضاً اهتمام المشرّع بتحقيق التّوازن الفعلي للالتزامات بين الأطراف، وأنّ في ذلك لتأكيد منه على التحوّل من قاعدة اعتبار أن كلّ ما هو عقدي هو عادل. كذلك الاهتمام بالمحافظة على العلاقات العقدية أكثر وضمان ديمومتها من خلال إقراره لآلية توقّي إنهاء العلاقة العقدية؛ بموجب دعوى الإنقاص من الإلتزامات التّعاقدية، التي تعدّ عنواناً واضحاً للتّوجه الحديث للمشرّع الجزائري في المحافظة على ديمومة العقود.

### المطلب الثاني

#### التّدخل القضائي لإعادة التّوازن في عقود الإذعان

فإنّ المعطيات الجديدة، وتطوّر المجتمع الرّاهن، كان ولا يزال كخيلاً على التّأكيد بأنّ سلطان الإرادة، والمساواة المفترضة-المزعومة- لا تلائم ولا تخدم كلا المراكز القانونية للطرفين<sup>(1)</sup>. لاسيما بظهور العقود الجديدة، والتي لا يعرف الشّخص العادي لا محتواها ولا آثارها، فأصبحت ظروف التعاقد وشروطه معقّدة، يصعب على المتعاقد العادي الإختيار بمحض إرادته<sup>(2)</sup>.

إذا كان الفقه الفردي لم يراع فكرة أنّ القدرة على إبرام العقد، والتفاوض بشأن بنوده، أمر مختلف بين شخصٍ لآخر، نظراً لتفاوت القدرات الفنية، الإقتصادية، التكنولوجية، وحتّى القانونية بين الأفراد. إلّا أنّ الواقع أكّد تحقّق الظاهرة ب بروز عقود الإذعان، التي تعدّ وبحقّ السّمة البارزة للتطوّر العميق الذي طال العقود، القائمة أساساً على سيطرة أحد الأطراف على الآخر، واستسلام العملاء لما يملهم المحترفون من شروط وبنود بعضها/أغلبها تعسفية، تحقق مصلحة القوي على حساب مصلحة الطرف الضّعيف.

(1)- CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p25..

(2)- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 118. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 45.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

تعود جذور عقود الإذعان إلى منتصف القرن 19، نتيجة الظروف الاقتصادية التي أدت إلى ميلاد عقود أطلق عليها عقود الانضمام. ويعد الفقه الفرنسي أول من تنبّه إلى الطبيعة الخاصة لها، عندما أدرك أنّ محتواه مفروض من أحد الأطراف على المتعاقد معه<sup>(1)</sup>.

لقد أثارت طبيعة، ومحتوى، ومضمون هذه العقود جدلاً بين الفقه القانوني، بالاعتراف بها بأنها عقود، أو عدم الاعتراف بها. حيث رفض بعض الفقه في بادئ الأمر، إعطاء وصف-العقد- بالمفهوم الصحيح لمثل هذه المعاملات، التي تنطوي على وجود التّعسف عند تكوينها، على رأسهم الفقيه سالييل (SALEILLES) الذي يرى أنّه، ونظراً لغياب المفاوضات فيما بين الأطراف (متمسكين بمبادئ والأصول الفردانية) فلا يمكن أن يكتف على أنّه عقد؛ ففضّل وصفه بـ "العقد المزعوم"<sup>(2)</sup>، وناد بتفسيره كالقانون، نظراً أنّه إنجاز من إرادة أحادية الجانب تملي قانونها على الآخر.

يترتب على إنفراد المتعاقد الأكثر قدرة والكفاءة بكتابة العقد إلى ترسيخ ظاهرة إختلال التوازن العقدي وإنتشار الشروط المجحفة التّعسفية، وصفة الإذعان وإختلال المراكز التعاقدية بين المستهلك والحرفي ليس ناتجاً من تسلط هذا الأخير وإحتكاره للسلع والخدمات فعلياً؛ بقدر ما يرجع إلى عدم إمكانية المستهلك من مناقشة شروط العقد المفروضة عليه مسبقاً<sup>(3)</sup>. فيتحقّق الإذعان من خلال إنضمام المتعاقد (الضعيف) إلى عقد يتضمّن شروطاً لا يعرفها أو لم يكن له دراية بها، نتيجة عدم خبرته خاصة في حالة ما إذا أوهم الطرف المحترف عميله، بأنّ العقد يحقق مصالحه، والحقيقة عكس ذلك<sup>(4)</sup>.

إنّ تحديد طبيعة العقد إن كان عقد إذعان، يتوقف على مدى كون أحد شروط العقد شرطاً تعسفياً، وتحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً يتوقف على معايير (الفرع الأول) معيّنة، وشروط محدّدة (الفرع الثاني) يلزم مراعاتها حتّى يتمّ تكييف الشرط إن كان تعسفياً من عدمه.

(1) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 97.

(2) - تم الإشارة إلى الآراء الفقهية: غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 242-243.

(3) - MAZEAU Henriet leon, MAZEAU Jean, CHABAS François, Leméçons de droit civil (obligations: théorie générale), 8<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, 1991, p113.

(4) - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 111. وحسب رأينا، ووفقاً للمثال أعلاه، فإنّ المتعاقد الضعيف قد وقع في عيب الغلط، وبالتالي الحق في المطالبة بإبطال العقد. كما يمكن تطبيق أحكام التدليس، بشرط التأكد من أن المحترف إستعمل طرق احتيالية لإيقاع المتعاقد معه، وإبرام العقد. وعليه، يخول القانون للطرف الضعيف الحق في طلب إبطال العقد بسبب رضاه المعيب بعبب الغلط أو التدليس.

### الفرع الأول

#### تحقق حالة التعسف في عقود الإذعان: بين المعايير والشروط

وعلى الرغم من خطورة مثل هذه الأوضاع، واصطدامها بالأفكار الكلاسيكية، فإنّ الشروط التعسفية ونظرية الإذعان عموماً، لم تتل حظاً من التّحديد، والتّعريف الجامع والمانع لها من قبل المشرّع الجزائري. فلا تزال تتجاذبه عدّة نظريات وأفكار، بعضها تقليدي كرس في إطار القانون المدني الجزائري، والبعض الآخر حديث مكرس أساساً بموجب التشريعات الخاصّة.

لم يهتم المشرع الجزائري في إطار أحكام الأمر رقم 58-75، بتعريف نظرية الإذعان أو عقود الإذعان، مسايرةً منه للقاعدة الفقهية؛ وضع التعاريف مهمّة الفقه. فقال هذا الأخير أنّه، العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقرّرة يضعها الموجب، ولا يقبل فيها أيّ مناقشة، ويكون ذلك متعلّق بسلعة أو مرفق ضروري محلّ إحتكار قانوني أو فعلي، أو موضع منافسة محدودة النطاق<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من صحّة هذا التعريف، إلّا أنّه يبقى تعريف كلاسيكي تقليدي، ضيق المجال ومحدود النطاق، ولا يتلاءم مع التطوّرات الحالية التي تنادي بتوفير حماية أكثر للمستهلك من تعسف تجمعات الإنتاج، وشبكات توزيع السلع والخدمات التي تتعامل بشروط معدّة مسبقاً أغلبها مجحفة، تحقق منافع وإمّيازات كثيرة للحرفي، وتقلّل عنه المسؤولية تصل في بعض الحالات إلى إعفائه منها<sup>(2)</sup>، وذلك على حساب المستهلك الذي ليس له إلّا حقّ القبول أو الرفض دون إمكانية تعديلها أو مناقشتها.

عرّفه آخرون، بأنّه العقد الذي يملّي فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر، الذي ليس له الحقّ في مناقشتها، ويشير هذا النوع من العقود إلى بروز سيطرة أحد المتعاقدين على الآخر<sup>(3)</sup>، فهو ذلك العقد الذي يتضمّن شروطاً يفرضها الأقوى على الطّرف الأضعف اقتصادياً؛ بحيث ينتج عنه عدم التّوازن بين حقوق والتّزامات الطّرفين لمصلحة الطّرف الأقوى، أو يمنح الطّرف الأقوى ميزة مفرطة<sup>(4)</sup>.

وعليه؛ فإنّ انعدام التّوازن، هو الميزة الجوهرية لعقود الإذعان، وهي التي تخوّل وتسمح للقاضي في التّدخل لإعادة الأمن والاستقرار والعدالة بين الطّرفين. بينما عرّفه آخرون إنطلاقاً من تحديد سماته وخصوصياته الثّلاث؛ بأن يكون الإيجاب موجّهاً لعامة الناس أولاً، وأن يكون العقد محلّ الإذعان ضمن

(1) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 229.

(2) - سعداني نورة، المرجع السابق، ص 32.

(3) - فيلالي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السابق، ص 82.

(4) - لقاء خالد عبد علي، الضّمانات القانونية لتحقيق مبدأ العدالة العقدية، المركز الأكاديمي للنّشر، الإسكندرية، 2022،

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

الحاجات الضرورية للطرف المذعن ثانياً، وتحقق حالة الإحتكار من قبل أحد المتعاقدين على الآخر سواء كان إحتكار فعلي أو قانوني للسلعة أو الخدمة محل العقد أخيراً<sup>(1)</sup>.

لقد اختلف الفقه التقليدي وحتى المعاصر في تبيان وتحديد المعيار الذي يضيف وصف التعسف للشروط المدرجة في عقد ما من عدمه؛ فاقترحوا في شأن ذلك فرضيات ونظريات عدة، واختلفوا حول ما خلفية التعسف في عقود الإذعان.

### أولاً: المعايير المعتمدة لتحديد طبيعة الشرط في العقد

ينصرف الشرط التعسفي إلى دلالات قانونية عدة، تختلف باختلاف الأنظمة القانونية؛ فوفقاً لمن وجهة النظر محكمة النقض الفرنسية فعرفت الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي من شأنه أن يستبعد أو يخفض الحق في التعويض للمستهلك حال مخالفة الإلتزامات أيّاً كانت"<sup>(2)</sup>، وهو ما أكدّه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك رقم 95-96 لسنة 1995 المعدل سنة 2014 تحديداً في نصّ المادة 222 ف 01 على أنه: "في العقود المبرمة بين المهنيين أو المستهلكين، تعدّ شروطاً تعسفية تلك التي يكون من أنها أو من نتيجتها أن تنشئ أو تخلق عدم توازن واضح بين حقوق والإلتزامات طرفي العقد على حساب مصلحة المستهلك"<sup>(3)</sup>. مكرساً قاعدة عدم التعادل بين الحقوق والإلتزامات لطرفي العقد، على الرغم من مطالبة بعض الفقه إحلال قاعدة الإخلال باقتصاد العقد محلّ الإخلال بالتوازن العقدي بين الأطراف<sup>(4)</sup>، إلا أنّ القضاء الفرنسي لم يرحّب بالفكرة بل فضّل الإخلال بالتوازن المنشود للعقد. وهو معيار موضوعي لا يعتمد على رقم معين لتحديد التعسف مثلما هو الشأن، بالنسبة للغبن، وهو ما كرّسه المشرع الجزائري في المادة 03 ف 05 من القانون رقم 04-02<sup>(5)</sup>.

عند تحديد معيار التعسف، فإنّ القاضي لا يتدخل لمكافحة الشروط التعسفية في العقد، إلا إذا تأكد أولاً من كون الشرط تعسفياً. وهي مسألة نسبية تختلف باختلاف ظروف وموضوع التعاقد، ومادامت المسألة

(1) - الشرفاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 60.

(2) - لقاء خالد عبد علي، المرجع السابق، ص 131.

(3) - المادة 122 ف 01، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4) - لقاء خالد عبد علي، المرجع السابق، ص 130.

(5) - بناسي شوقي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 47، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص 147.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

تقديرية لمحكمة الموضوع، سواء بإلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها، فإن القاضي من يقدّر كيفية التعديل ومداها، ولا رقابة عليه في مثل هذا التقدير<sup>(1)</sup>.

### 1. معيار التعسف في استعمال الحق

إنّ الإساءة في استعمال الحق، هو تجاوز الشخص عند ممارسة أحد حقوقه، الحدود المعيّنة المرسومة من القانون<sup>(2)</sup>، فغالباً ما يكون الطرف القوي في عقود الإذعان متفوقاً على المتعاقد معه في مجال معين، أو في العديد منها لاسيما فكرياً، فنياً، اقتصادياً، معرفياً... الخ؛ فيستغل تفوقه العام أو الخاص (كالاعداد المسبق لنماذج العقود) على حسب الحالة، ليحقق منافع وإميازات أحادية الجانب في العقد، دون مراعاة مركز المتعاقد معه، فيتحقق مظهر من مظاهر التعسف في استعمال الحق<sup>(3)</sup>، وما لذلك من أثر خطير في زعزعة التوازن وإستقرار المراكز التعاقدية.

تطرق المشرع الجزائري إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من ق.م.ج: "يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات الآتية: إذا وقع قصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"، فيمكن للقاضي الاستعانة بمضمون هذا النص للتدخل في العقد. وقد تضمنت 03 حالات يكون فيها استعمال الحق تعسفياً؛ أولهما إذا كان المحترف لم يقصد من وضع الشرط إلا الإضرار بمصالح الطرف الآخر المذعن، ثانيهما إذا كانت المنافع والمصالح التي يرمي المحترف إلى تحقيقها قليلة الأهمية مقارنة بالأضرار التي تلحق الطرف المذعن، أخيراً إذا كانت هذه المصالح التي يهدف المحترف تحقيقها تحقيق منفعة غير مشروعة.

وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها في 29 أكتوبر 2002، حيث اعتبرت الشرط الوارد في عقد إشترك المستهلك في خدمة المراقبة التلفزيونية بواسطة المحترف، والذي يقضي بأن من حق المشترك إلغاء العقد بإرادته المنفردة في أي وقت أثناء مدة العقد، بعد أن يدفع ما لا يقل عن 60% من قيمة الإشترك شرط تعسفي؛ لأنه يلزم المشترك أيضاً بأن يدفع للمحترف مبلغاً يساوي تقريباً قسط

(1) - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 241.

(2) - مورييس نخلة وآخرون، المرجع السابق، ص 139. بشار عنان ملكاوي، المرجع السابق، ص 16. طاهري حسين، السراج (معجم المفردات القانونية: قاموس قانوني عربي - فرنسي)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 53.

(3) - بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 161.

الإشتراك عن المدة التي ألغاهها. والسبب في إعتبار هذا الشرط تعسفياً، أنه قد فرض على المستهلك إلزاماً لا يتناسب البتة مع الميزة التي حصل عليها<sup>(1)</sup>.

على الرغم من ملائمة نظرية التعسف في استعمال الحق لأن تكون معياراً لإضفاء وصف التعسف لعقد ما من عدمه؛ إلا أنه تعرضت للنقد الشديد من أنصار نظرية الإستغلال، بكونها نظرية غامضة<sup>(2)</sup> كما أن ربط التعسف بتفوق المتعاقد المتعسف يتنافى مع الواقع<sup>(3)</sup>، بحيث يمكن للمحترف أو لمهني البسيط غير المتفوق على المتعاقد معه، بأن يفرض نفوذه دون أن تتمكن من ذلك الشركات الكبرى، حفاظاً على سمعتها ومكانتها.

### 2 . معيار الميزة الفاحشة للإستغلال

يرتبط التعسف مع الميزة الفاحشة إرتباطاً وثيقاً بحيث أن الميزة المفرطة التي يتحصل عليها المهني هي نتيجة التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير، وهكذا فإن المعيار الثاني هو نتيجة طبيعية للمعيار الأول<sup>(4)</sup>. فالتعسف على حسب هذا الإتجاه يتحدد من عدمه، بالنظر إلى الميزة التي يتحصل عليها المهني، فإن كانت فاحشة أو مفرطة، تحقق التعسف، وإذا كانت ليست كذلك عُد الشرط عادياً لا تعسفياً. غير أن ما يعاب على هذا الرأي عدم تحديد سبل تحديد الميزة الفاحشة، وعن طبيعة هذه الميزة إن كانت مادية أو معنوية.

وبناءً على المعيارين نفهم أنه؛ لتحقيق التعسف لعقد الإذعان وجب على القاضي البحث تارة في نظرية التعسف لإستعمال الحق، تارة في نظرية الإستغلال؛ ما دام أن المسألة مسألة مادية يمكن استخلاصها.

### ثانياً: الشروط القانونية لتحقيق حالة التعسف في عقود الإذعان

ترجع الشروط التعسفية إلى لحظة إبرام العقد (مرحلة تكوين العقد)، كأن يتعمد المحترف إلزام الطرف الآخر بالتعاقد معه؛ بينما يعطي لنفسه مهلة للتفكير من أجل التعاقد أو عدم التعاقد. كما قد تتحقق الشروط التعسفية بالنظر إلى محل العقد<sup>(5)</sup>، من خلال إنفراد المحترف بالحق في تحديد المحل بإرادته المنفردة، وقد

(1) - لقاء خالد عبد علي، المرجع السابق، ص 134.

(2) - المرجع نفسه، ص 137.

(3) - بناسي شوقي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المرجع السابق، ص 146.

(4) - لقاء خالد عبد علي، المرجع السابق، ص 138.

(5) - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.ص 113-114.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

يصل في بعض الحالات إلى إشتراط المحترف للمتعاقد معه عديم الخبرة وقليل الكفاءة، التوقيع الذي مفاده إعلان علمه الكامل بشروط العقد على الرغم من جهله لذلك. كما قد تظهر الشروط التعسفية أثناء الشروع في تنفيذ العقد كتنقييد المحترف مثلاً لمسؤوليته من ضمان العيوب الخفية، كما تتحقق الشروط التعسفية من خلال عدم تنفيذ المحترف لإلتزاماته، أو إنفراده بسلطة التعديل أو الإنهاء بإرادته المنفردة دون تسبب ذلك. بإستقراء النصوص المنظمة لعقود الإذعان، نجد أن المشرع الجزائري لم يحدّد درجة التعسف بقدر ما أشار إلى حصر الشروط التعسفية والنص عليها قانوناً، وهو ما يظهر جلياً في مضمون المادة 622 من ق.م.ج التي تضمنت بعض مظاهر للشرط التعسفي<sup>(1)</sup>، كذلك نص المادة 110، فقد حدّدت الشروط القانونية التي تسمح للقاضي بالتدخل في العقد لتعديله وأول هذه الشروط.

### 1. أن يكون العقد عقد إذعان

حتى يتدخل القاضي في عقود الإذعان وجب عليه أولاً، التأكد من أن العقد محلّ الدّعى عقد إذعان؛ انطلاقاً من تأكّده من إعتبار العقد عقداً صحيحاً، مُحققاً لجميع أركانه (التراضي، المحل السبب، الكليّة بإتفاق أو بنص القانون) وعناصره وشروط صحته (خلو الإرادة من العيوب)، أما إذا تبين للقاضي انعدام ركن من الأركان قضى ببطلانه لا تعديله. كذلك الحال إذا تحقّق عيب من عيوب الرضا (الغلط، التدليس، الاكراه، الإستغلال) قضى بإبطاله لا تعديله<sup>(2)</sup>.

أما الأمر الثاني الذي يبحث فيه القاضي يتعلّق، بمدى إعتبار أحد المتعاقدين محتكراً لما يدخل في موضوع العقد، خاصّة تلك التي تعدّ من الأساسيات ومن الصّوريات الأولى للمستهلكين أو المنتفعين، والتي يصعب عليهم الاستغناء عنها؛ سواء كانت سلعة أو خدمة، وسواء كان هذا الإحتكار قانونياً أو فعلياً. وأخيراً أن يعرض صاحب السلعة أو الخدمة عرضاً على الجمهور، ووفقاً لشروط معدّة مسبقاً، لا تقبل التعديل أو المناقشة<sup>(3)</sup>. ولعلّ هذه هي الخصوصية الأولى التي يتميّز بها عقود الإذعان عن غيرها من العقود.

(1) - تنصّ المادة 622، من الأمر رقم 58-75 على: " يكون باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم، إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية...."، المرجع السابق.

(2) - لا يحكم القاضي بإبطال العقد لتحقق عيب من عيوب الرضا، إلا إذا تمسك من له مصلحة بتلك الدّعى؛ على عكس دعوى البطلان، فإن المحكمة يمكن إثارة البطلان المطلق تلقائياً، دون الحاجة للطلب القضائي من المدّعي. للتفصيل أكثر حول تقرير البطلان أو الإبطال انظر المواد: 99، 100، 101 و 102، من الأمر رقم 58-75، المرجع نفسه.

(3) - امير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني معلقاً عليها بالأعمال التحضيرية للقانون المدني وبأحكام محكمة النقض، المكتب الجامعي الحديث، د.ب.ن، 2008، ص 63.



فإذا ما تأكد القاضي بوجود أحد هذه العناصر أو كلها كان العقد عقد إذعان، ومن ثم ينتقل القاضي إلى البحث في جوهر الدّعى والتأكد من مدى تعسفية شروط العقد من عدمه؛ فإذا تحقق الفرض الأول تدخل القاضي لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منها، أما إذا تحقق الفرض الثاني إلترزم بإحترام إرادة الأطراف والتقيّد بمضمون العقد تأسيساً بالمادة 106 من ق.م.ج.

### 2. تأكد القاضي من وجود التعسف من عدمه

بعد أن تحقق القاضي من طبيعة العقد أنّه عقد إذعان، يبحث ثانياً في جوهر الشروط التي تضمنها العقد إن كانت تعسفية أم لا. وبالرجوع إلى المقصود من الشروط التعسفية فقد قام المشرع الجزائري بتعريف الشرط التعسفي في المادة 03 ف5<sup>(1)</sup> من القانون رقم 04-02، كما قام بإيراد قائمة تضم مجموعة من الشروط التي تعدّ تعسفية وإدراجها في عقود الاستهلاك تحت طائلة البطلان، إستناداً إلى صريح المادة 29 من القانون رقم 04-02<sup>(2)</sup>، كذلك الحال بالنسبة للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306<sup>(3)</sup>، وهذه القوائم واردة على سبيل المثال لا الحصر بشكل يسمح للقاضي ببسط سلطته لحماية المستهلك في كلّ مرة يظهر له أن العقد قد تضمن شرطاً تعسفياً<sup>(4)</sup>.

وبمجرد أن يتأكد القاضي من أنّ شروط العقد تعسفية برر القانون تدخله لإعادة التوازن العقدي وتحقيق حماية قانونية للطرف الضعيف ورفع التعسف عنه وفقاً لما تقتضيه مبدأ العدالة<sup>(5)</sup>. كما أنّ القانون لا يحمي المتعاقد المذعن من الشروط التعسفية التي لم يكن على دراية بوجودها فحسب؛ بل تمتد الحماية حتّى بالنسبة للشروط التي علم بها وتنبّه إليها<sup>(6)</sup> منذ إبرام العقد، نظراً أن التعسف يظهر منذ إبرام العقد وليس تنفيذه، من خلال تلك الألفاظ التي تأتي في أغلبها متناقضة عن جوهر مضمون العقد، فيظهر التعسف جلياً ممّا يسمح للمحترف بالحصول على مميزات مبالغ فيها. وعليه فكلّما وجد وصف الإذعان حق للقاضي التدخّل لرفع التعسف وإعادة الأمن العقدي.

(1) - تنصّ المادة 03 ف5 على: "كلّ بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد" من القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 41 الصادر في 27 جوان 2004.

(2) - لقد أشار المشرع الجزائري إلى بعض مظاهر الشروط التعسفية، بموجب المادة 29، من قانون رقم 04-02، المرجع نفسه.

(3) - راجع المادة 05، من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المرجع السابق.

(4) - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 233.

(5) - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 159.

(6) - السنهاوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 234.



### الفرع الثاني

**مكافحة الشروط التعسفية: بين تنوع أساليب الحماية وضرورة البحث في مدى فعاليتها**  
عملت التشريعات الحديثة على توفير حماية للمتعاقد من الشروط التعسفية<sup>(1)</sup>، إلا أنهم اختلفوا في شأن تحديد الأشخاص الذين تشملهم الحماية من طرف المشرع<sup>(2)</sup>.

إن سلطة القاضي واسعة إزاء تحديد الشروط التعسفية، وبمجرد تحقق هذه الشروط يخول القانون للقاضي سلطة التدخل لتعديل عقد الإذعان، أو إعفاء الطرف المذعن منها، أو تفسير الشك لصالح الطرف المذعن؛ إلا أن القاضي لا يتدخل من تلقاء نفسه؛ إنما بناءً على طلب الطرف المذعن.

### أولاً: أساليب حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان

إنتهج المشرع الجزائري في سبيل مكافحة الشروط التعسفية، وتوفير حماية قانونية للطرف المذعن وقصد إعادة الاستقرار، والتوازن والأمن العقدي؛ عدة أساليب تتراوح بين الأسلوب التشريعي، والإداري، وإمتد حتى إلى الأسلوب القضائي. قاصداً بذلك حماية الطرف الضعيف المذعن. وهو ما يظهر بموجب أحكام قانون المدني الجزائري، وقانون رقم 04-02 وقانون حماية المستهلك وقمع الغش.

يتمثل الأسلوب التشريعي في حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان في مجمل النصوص القانونية التي كرّست حماية للطرف المذعن؛ حيث أصدر المشرع الجزائري بخصوص ذلك، عدة نصوص قانونية بدءاً من الأمر رقم 75-58، مروراً بالتشريعات الخاصة لاسيما قانون رقم 03-09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، قانون رقم 04-02 المتضمن قانون الممارسات التجارية، قانون رقم 15-04 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

أما الأسلوب الإداري في مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ينصرف إلى منح الرخصة للسلطات الإدارية أو التنظيمية لتقدير الشروط التعسفية حالة بحالة، وإستناداً إلى المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 كشفت عن لجنة البنود التعسفية ذات الطابع الاستشاري، التي تختص بتقديم توصيات متعلقة ببنود تعتبرها تعسفية؛ غير أن هذه التوصيات تبقى غير ملزمة للقاضي وللمتعاقدين، إما

(1) - تركي وليد، "حماية المستهلك من الإشهار التّضليلي في ظلّ القانون رقم 04-02 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية"، مجلة الاقتصاد والتنمية المستدامة، المجلد 04، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة حمة لخضر الوادي، 2021، ص 306.

(2) - بناسي شوقي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية"، ص 148.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

الأخذ بها أو عدم الأخذ بها؛ لكن هذا لا يمنع القاضي من إستشارتها بشأن بندٍ طُلب إبطاله أمامه، وله في ذلك منح مدة لإبداء رأيها، بشرط أن لا تتجاوز مدة 03 أشهر، وفي حالة الاستعجال أقل من ذلك. يُقصد بالأسلوب القضائي في مكافحة الشروط التّعسّفية؛ حضور السلطة التقديرية للقاضي في تكييف الشروط العقدية، وتحديد ما مدى تعسفها من عدمه. وإستنادا إلى نصّ المادة 110 من ق.م.ج فقد منح المشرع الجزائري للقاضي الصلاحية لحماية الطرف المذعن من خلال تعديل الشرط التّعسّفي أو إلغائه ما سنوضحه لاحقا.

### ثانياً: البحث في مدى فعالية الحماية القانونية للمتعاقد المذعن

لقد عمد المشرع الجزائري إلى إصدار ترسانة قانونية كبيرة من القوانين والمراسيم، قصد التوسّع من مظلة حماية الطرف المذعن، فتارة كرس الحماية القانونية بموجب الأمر رقم 75-58، وتارة أخرى بموجب القوانين الخاصة<sup>(1)</sup>. فلم تعدّ بذلك الحماية التشريعية للمتعاقد المذعن تقتصر على الأحكام الواردة في القانون المدني فقط، بل نظم له حماية شاملة وكافية، استجابة إلى الحاجة لتغليب إعتبارات العدالة والتّوازن بين الإلتزامات العقدية على غيرها من الإعتبارات. وهو الأمر الذي لا يمكن تحقيقه بالتمسك الحرفي والضيق بمضمون المواد التي تضمّنها قانون المدني الجزائري.

لم يكتف المشرع الجزائري بمنح القاضي سلطة تعديل الشروط التّعسّفية بما يرفع ويزيل عنه التّعسف، بقدر ما منح القاضي الصلاحية الكاملة في إعفاء الطرف المذعن من الشرط التّعسّفي عن طريق استبعاده<sup>(2)</sup>. وبالرجوع إلى المادة 70 من ق.م.ج التي تنص على: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"<sup>(3)</sup> وبالمقارنة مع نصّ المادة 03 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية: "عقد كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تادية خدمة محررة مسبقاً عن أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"<sup>(4)</sup>.

يفهم من تحليل المصطلحات أن المشرع الجزائري في إطار القانون المدني قد أغلق المجال على الطرف المذعن في مناقشة أو تغيير العقد محل الإذعان، وترك له حرية؛ إمّا قبول أو رفض التّعاقد (وأي حرية لاسيما في انه في غالب الاحيان يكون المتعاقد المذعن بحاجة ماسة لابرار العقد حتّى ولو كان

(1) - راجع في شأن ذلك: قانون رقم 04-02، المرجع السابق. المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المرجع السابق.

(2) - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 243.

(3) - أنظر المادة 70، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4) - أنظر المادة 03، من القانون رقم 04-02، المرجع السابق.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

على داية تامة بإذعانه) من خلال إستخدامه مصطلح غير قابلة للمناقشة. في حين خفف من الحكم، وفتح المجال في إطار المادة 03 من القانون رقم 04-02 عندما إستخدم عبارة تغيير حقيقي، مما يعني، وبصورة ما، أنه يمكن للطرف المدعن إحداث تغييرات طفيفة في العقد محل الإذعان. لكن ما يعاب على المشرع الجزائري وعلى الفقه عدم تحديد نطاق وحدود هذه التغييرات، حيث يبقى الطرف لمرّة أخرى عاجزا عن معرفة مدى احقيته في المناقشة مضمون العقد من عدمه.

نظرا لغموض العبارة وعدم تحديد أبعادها، فإن فكرة الأمن القانوني معرّضة للخطر دائماً، لاسيما أنها تقوم على إعتبار وضوح النص القانوني؛ وهو ما دفع البعض للحديث عن عدم كفاية هذه القاعدة لتوفير الحماية الكاملة للمتعاقد المدعن لاسيما المستهلك<sup>(1)</sup>.

### 1. محاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان: الحماية التشريعية العامة

لقد أكّدت محكمة العدل الأوروبية في قرار شهير أصدرته: "إنّ العدالة تتطلب أن يتم التعبير عن الشروط التعاقدية بشكل واضح وصريح، بحيث لا تحتوي على غش أو تحايل خفي، فالتعامل العادل يتطلب من الطرف المهني أن لا يستفيد، سواء عن عمد أو غير عمد من حاجة المستهلك وقلة خبرته، وحالة الضرورة التي قد يكون فيها، وعدم الإلمام بموضوع العقد، وضعف موقفه التفاوضي"<sup>(2)</sup>.

(1)- SALMA Abid-Mnif, « Le consommateur entre le droit des contrats et le droit de la consommation: concours de normes et une protection toujours insuffisante », Actes du colloque tuniso-français: L'évolution du droit des contrats (Approche comparée entre la Tunisie et la France), Op-Cit, p.p 61-126.

(2)- أشار إلى مضمون قرار محكمة النقض؛ لقاء خالد عبد علي، المرجع السابق، ص141.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

وقد عالج المشرع الجزائري نظرية الإذعان في نصوص متفرقة من قانون المدني الجزائري، وكرس بموجبها حماية للطرف المذعن. وإستنادا إلى نص المواد، 70<sup>(1)</sup>، 110<sup>(2)</sup>، 112<sup>(3)</sup>، 622<sup>(4)</sup>، فإن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع تراوحت في التدخّل في عقود الإذعان اما بطريق مباشر أو غير مباشر.

### أ . الحماية العامة المباشرة: آلية التعديل أو الإعفاء من الشرط التعسفي

تتحقق الصورة المباشرة لتدخل القضاء في حماية الطرف المذعن بموجب الشريعة العامة بإحدى الآليتين، إما بتعديل الشرط التعسفي أو بإلغائه من خلال إعفاء الطرف المذعن منه<sup>(5)</sup> إستناداً إلى المادة 110 من ق.م.ج؛ وهذا خروجاً عنما تقتضيه القوة الملزمة للعقد، بحرمان المساس ببند العقد. إلا أنه يبقى إستثناء أملتة مختلف مقتضيات الرأهنة - لاسيما الإقتصادية منها - التي أدت إلى إختلال الظاهر بين مراكز أطراف العقد.

إنّ تعديل الشرط التعسفي يعني الإبقاء عليه، والإكتفاء برفع التعسف الذي تضمّنه بالوسيلة الملائمة<sup>(6)</sup>، أما الإلغاء فينصرف إلى إزالة الأثر الذي رتبّه الشرط التعسفي، أو كان سيرتبّه مستقبلاً، كلّما رأى القاضي في ذلك داعٍ. إلا أنّ شرعية البحث تكمن حول إمكانية الحكم ببطلان العقد المتضمّن للشرط التعسفي من طرف القاضي. الإبطال يرتّب على الشرط التعسفي دون العقد، إلا إذا كان من غير الممكن الإستمرار في العلاقة العقدية بدونه، بدليل أنّه غالباً ما يكون تعديل الشرط التعسفي غير كافٍ، ولا يحقّق الحماية المطلوبة للطرف المذعن. وقد وضع المشرع الجزائري مبدأ يستأنس به القاضي في مهمته - التعديل - وهو مبدأ العدالة "... وفقاً لما تقتضي به العدالة..."، وعلى الرغم من غموض هذا المعيار إلا

(1) - لقد تطرق المشرع الجزائري في القسم الثاني من الأمر رقم 75-58 المعلنون بشروط العقد تحديداً في المادة 70 إلى تحديد صفة الإذعان في عقود الإذعان كالتالي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررّة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"، المرجع السابق.

(2) - تنصّ المادة 110، من الأمر رقم 75-58 على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي ان يجعل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة. ويقع باطلا كلّ إتفاق على خلاف ذلك". المرجع نفسه.

(3) - تنصّ المادة 112، من الأمر رقم 75-58 على: "يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنّه لا يجوز تاويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"، المرجع نفسه.

(4) - تنصّ المادة 622، من الأمر رقم 75-58 على: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: "... كلّ شرط تعسفي آخر يتبين انه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه"، المرجع نفسه.

(5) - GABERIEL-Pierre Jobin, « Coup d'oeil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », Les cahiers de droit, Vol47, N°01, 2006, p04.

(6) - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص164.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

أنّه في فحواه يشكل مجموعة من الأسس المستقرة التي تساهم في بناء قانون مثالي للبشرية، ونظام أعلى وجب الوصول إليه<sup>(1)</sup>.

إن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً من عدمه، وبتعديله، أو إلغائه عدل أو إلغاء الشرط التعسفي، وفقاً لما تقتضيه العدالة أمر جوازي يخضع لتقديره لمحكمة الموضوع. أي بإمكانها ممارسة السلطة، كما بإمكانها عدم ممارستها دون خضوعها لرقابة من المحكمة العليا. أمّا في حالة ما إذا كان تدخّل القاضي ضمن طلبات الطرف المذعن لرفع التعسف عن العقد بتعديله أو إعفائه منها، فإنّه يتوجب على القاضي الردّ على مثل هذه الطلبات دون أن يكون ملزماً بالاستجابة له بالقبول. لكن في حالة السلب والرفض؛ وجب عليه تسببكمه، تحت رقابة المحكمة العليا<sup>(2)</sup>.

إنّ التّمعن في الحماية العامة المباشرة، المقررة للطرف الضّعيف، إمّا بتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي المشار إليها في المادة 110 من ق.م.ج، وبالنظر إلى الواقع؛ فإنّ العقود الرضائية كالإيجار والبيع غالباً ما تتضمن هي الأخرى شروطاً تعسفية في حق المستأجر أو المشتري (كما يحصل في المحلات التجارية التي تضع لافتات "المباع لا يرد ولا يبدل").

بتحليل م 110 من ق.م.ج، فإنّ المشرّع الجزائري لم يهتم بطبيعة العقد بحد ذاته بل بالطريقة التي يتم بها التعاقد، مادام أنّ الإذعان يظهر في طريقة التعاقد، من خلال قصور حق الطرف المذعن على القبول أو رفض التعاقد، وهو ما أوضحه المشرّع الجزائري في ذات النصّ. حيث إستعمل عبارة "إذا تم بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز..."، وعليه فإنّ الحماية بموجب أحكام هذه المادة تسري على جميع العقود؛ سواء الرضائية أو الإذعان.

إنّ الحماية التشريعية العامة للطرف الضّعيف قاصرة في عدم ضمان وتحقيق الانسجام ما بين التوازن العقدي والأمن العقدي، بحكم أنّ سلطة القاضي في ذلك تبقى جوازية وإستثنائية<sup>(3)</sup>، وهو ما نستشفه من نص الماد 110... جاز للقاضي... وإذا إفترضنا قيام القاضي بتقرير الحكم ببطالان الشروط التعسفية المصاحبة لعقد ما، مع بقاء العقد قائم ومستمر التنفيذ، فإنّ في ذلك تحقيق لمصلحة المتعاقد الضّعيف في المحافظة على العقد وإستمراره ويجسد كذلك الإستقرار في المجال التعاقدي. غير أنّ ذلك مقيد بطلبات الطرف المذعن، فإذا إفترضنا أنّ الطرف الضّعيف لم يقدم طلبه للقضاء، فإنّه يمنع على هذا الأخير التدخّل تلقائياً لإنعدام النصّ القانوني لذلك، وهو ما سيؤدّي إلى غياب الأمن التعاقدي، مما يطرح مسألة ضرورة

(1) - سعداتي نورة، المرجع السابق، ص 34.

(2) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 234.

(3) - بعجي أحمد، "الأمن التعاقدي: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 81.

الإعتراف بسلطة القاضي في العقد بموجب قواعد آمرة، تخوّل له صلاحية التدخّل تلقائياً، دون تقييده بالطلب القضائي للطرف المذعن، وإعتبار الشروط التعسفية لعقود الإذعان مسألة مرتبطة بالنظام العام.

### ب . الحماية العامة غير المباشرة: آلية التفسير

تظهر الحماية العامة غير المباشرة للطرف المذعن عن طريق آلية التفسير في العقود؛ بحيث يقوم القاضي بتحديد الشروط التعسفية، ثم الرقابة عليها، مستهدياً باحكام العدالة<sup>(1)</sup>. وقد عرّف عبد الحكم فوده<sup>(2)</sup> آلية التفسير في العقد على أنّها: تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بمعنى القاضي نتيجة ما إعتري العقد من غموض وإبهام في المعنى دون اللفظ، قصد الوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، مستنداً في ذلك على ما ورد في العقد من بنود، وكذا العناصر الخارجية عنه؛ إلا أنّها مرتبطة به.

وإذا كانت القاعدة العامة، والمهمة التقليدية للقاضي في تفسير العقود، تقوم على عدم جواز تفسير العبارة الواضحة، بل الأخذ بالمعنى الحرفي للعبارة، تجسيدا للقوة الملزمة للعقد. وأنّ دور القاضي يقتصر في تفسير العبارات الغامضة<sup>(3)</sup> عن طريق تأويلها، بالبحث على النية المشتركة للأطراف المتعاقدة على ضوء معايير عدّة: كطبيعة التعامل، الأمانة، الثقة، والعرف<sup>(4)</sup>، كما يؤوّل الشك<sup>(5)</sup> لصالح الطرف المدين كأصل عام؛ غير أنّ إشتراط المشرع التقيد بالنية المشتركة للمتعاقدين، كان انطلاقاً منه من فرضية أنّ العقد شريعة المتعاقدين، وما تفرضه من تساوي افتراضي حكمي للأطراف، مادام أنّ التعبير عن الإرادة يكون بصفة حرة، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

من جهة أخرى، تفتنّ المشرع الجزائري لما تقتضيه عقود الإذعان، وضرورات حماية الطرف الضعيف، الذي قد يكون دائماً أو مديناً، فاستثنى من تطبيق القاعدة المعروفة، الشك يفسر لمصلحة الطرف المدين، بإقراره قاعدة قانونية جديدة، أكثر ملائمة لعقود الإذعان وحماية أكبر للطرف المذعن مترجمة بأن:

(1) - بن سعدي سلمة، "صور نظرية عقد الإذعان في احتواء الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي"، مجلة البحوث في

العقود وقانون الأعمال، المجلد 07، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2022، ص 370.

(2) - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 17.

(3) - يقصد بالعبارة الغامضة، تلك العبارة غير الواضحة، لا يمكن التعرف على المعنى الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف وقد حصر الفقه والقضاء بعض حالات غموض العبارة؛ كالعبارة المبهمة التي لا تقيد شيئاً، فيصعب الاطلاع على إرادة الأطراف. للتفصيل أكثر انظر: فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 310.

(4) - للتفصيل أكثر حول موضوع تفسير العقد؛ راجع في ذلك: عبد الحكم فوده، المرجع السابق.

(5) - تتحقق حالة الشك، كلما تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة لأطراف العقد. انظر في ذلك: فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 315.

"يؤول الشك لمصلحة الطرف المذعن" تأسيساً بالمادة 111 من ق.م.ج.<sup>(1)</sup>، أياً كان مركزه القانوني، سواء كان مديناً أو دائناً، حماية له ولمصالحه، ضد المتعاقد معه.

إن الحماية التشريعية العامة، سواء بصورتها المباشرة أو غير المباشرة، فيها ما يبرهن إهتمام المشرع بالطرف الضعيف في العلاقات العقدية، ومركزه المختل مقارنة بالمتعاقد معه. فأراد لاسيما، بموجب المادة 111 من ق.م.ج، توسيع مظلة الحماية التشريعية للمتعاقد المذعن في عقود الإذعان، من دلالات واضحة لا جدال فيها إلى احتمالية توافر خلل في إحدى الإرادتين من بداية تكوين العقد.

### 2. محاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان: الحماية التشريعية الخاصة

لم يكتفِ المشرع الجزائري بتوفير الحماية للطرف المذعن في القانون المدني الجزائري فحسب؛ بل إمتد إلى إصدار قوانين خاصة تكفل حماية أمثل له بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية. وتجسدت أول حماية له بإقراره المفهوم الحديث للإذعان؛ من خلال إضافة صفة الإذعان إلى عقود الاستهلاك وتوجيه الحماية الكاملة للمستهلك<sup>(2)</sup>، بعيداً عن التدابير القانونية الأخرى. وهو ما تضمنته تحديداً المادة 03 ف04 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>(3)</sup>. فالإذعان لم يعد يقتصر على مفهوم التقليدي المتعلق بالاحتكار من شخص لسلعة أو خدمة ما، بل أصبح شيئاً فشيئاً يتخذ صورة جديدة تتعلق بإذعان الطرف الضعيف في كل أشكال المعرفة<sup>(4)</sup>.

كما أصدر عدة مراسيم لحماية الطرف الضعيف، أهمها المرسوم التنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، خاصة المادة 01 ف2 منه والمادة 05 التي بينت الحالات التي تعتبر فيها تلك البنود تعسفية، مع ضرورة التنويه أن هذه الحالات واردة على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما تؤكدته المادة 03 ف5 من القانون رقم 02-04 من خلال تكريسها للمعيار العام يتمثل ب: "... الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"<sup>(5)</sup>.

(1) - راجع مضمون المادة 111، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) - PATRICIA Partyka, Op-Cit, p55.

(3) - تنص المادة 03 ف04، من القانون رقم 02-04 على: "كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تادية خدمة، حرر مسبقاً من أحد الأطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، المرجع السابق.

(4) - بن سعني سلمة، المرجع السابق، ص371.

(5) - راجع المادة 03 ف05، من لقانون رقم 02-04، المرجع السابق.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

وهنا تحديدا تظهر لنا جليا السلطة التقديرية للقاضي وفقا لهذا المعيار، واعطائه الصلاحية في تحديد ما يعد شرطا أو بندا تعسفيا وما لا يعد كذلك، على ضوء قضية الحال، وظروف وحديثات الدّعى المطروحة أمامه، قصد توفير حماية أكثر للطرف المذعن. فالقاضي يستعين عند تحديده للطابع التّعسفي لشروط وبنود العقد، بالنصوص الخاصة التي تضمنت قائمة تحتوي على الشروط التي تعتبر تعسفية، لاسيما المادة 29 من القانون رقم 04-02، والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، خاصة في ظلّ إتّساع وعمومية نصّ المادّة 110 من ق.م.ج.



### المبحث الثاني

#### زمن إختلال التوازن المالي للعقد: مرحلة التنفيذ

يتدخل القاضي لتقدير درجة إختلال التوازن العقدي في مرحلة التنفيذ بالنظر إلى يوم التنفيذ<sup>(1)</sup>. فإذا سبق القول أن القوة الملزمة تفرض عدم انتهاك العقد، لاسيما من القاضي؛ فإنّ المشرع ولإعتبارات العدالة، ومقتضيات المصلحة العامة<sup>(2)</sup>، اعترف بسلطة القاضي في تعديل العقد عند تنفيذه. وإذا كان الطابع الوقائي أبرز خصوصية يقوم عليها مرحلة التكوين؛ فإنّ الطابع العلاجي هو جوهر مرحلة تنفيذ العقد. على أساس أنّ التدخّل القضائي في هذه المرحلة يتوقّف لهدف تحقيق التوازن العقدي بعد ظهور إختلال في المراكز القانونية للأطراف، بعد الشروع في تنفيذ وأداء كلّ متعاقد لإلتزاماته العقدية.

يراد بالتوازن العقدي ذلك؛ التنااسب والتعادل بين ما يعطيه أحد الأطراف، وما يتحصّل عليه، أي بين الأداءات المقدّمة والمنافع المتحصّلة من العقد<sup>(3)</sup>، وإذا لم يتحقّق التنااسب بين الأداءات، فنكون أمام إختلال في المراكز العقدية للأطراف. فالحلّ القانوني الأمثل عند تحقّق ذلك، إعادة النّظر في بنود العقد وتكييفها مع الظروف المستجدة للحفاظ على الأهداف العقدية، بواسطة القاضي<sup>(4)</sup>، دون أخذ إعتبار للقوة الإلزامية. بل وجب إعادة إستقرار العقد، بما يُحقّق الأمن القانوني، حتّى وإن كان ذلك على حساب توقّعات الأطراف. تهدف نظرية الأمن القانوني إلى ضمان ديمومة العقد وإستقراره<sup>(5)</sup>، وبما أنّ العقد عمل توقع؛ فإنّه غالباً ما يتّسم بعدم الإستقرار نتيجة تأثره بتغيّر الظروف الإقتصادية، الإجتماعية.... فيصبح العقد الذي اعتقد بأنّه عادل وقت إنشائه، ليس معبراً عنه وقت التنفيذ<sup>(6)</sup>. وهنا تحديداً وجب على مبدأ القوة الملزمة للعقد الانسحاب<sup>(7)</sup>، والاستسلام لتلك المعطيات الإستثنائية غير المتوقّعة التي طالت العقد، والسّماح للقاضي بمراجعة العقد كإستثناء.

من هذا المنطلق، فإنّ تغيّر الظروف، يعدّ العامل الأوّل لزعة مبدأ إستقرار العقود؛ فقد يعتري العقد أثناء تنفيذه ظروف طارئة تجعل من تنفيذ الإلتزامات مرهقاً للمدين، ممّا دفع المشرع للتدخّل، مانحاً السلطة

(1) - غستان جاك، كريستوف جامان، مارك بيو، المرجع السابق، ص 402. أيضاً: همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 20.

(2) - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 318.

(3) - بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص 258.

(4) - بوشاشي يوسف، المرجع السابق، ص 112.

(5) - غستان جاك، كريستوف جامان، مارك بيو، المرجع السابق، ص 361.

(6) - سمير عبد السيد تناغو، النظريّة العامة للقانون، المرجع السابق، ص 165.

(7) - غستان جاك، كريستوف جامان، مارك بيو، المرجع السابق، ص 363.

للقاضي لتعديل ومراجعة العقد، بحثاً عن العدالة، وإستقرار المعاملات (المطلب الأول). كما إنصرفت نظرة المشرع حتى إلى إمكانية أن يكون الإختلال مردّه وجود شرط جزائي تعسفي في العقد؛ أو أنّ الأجل المتفق عليه في العقد لتنفيذ الإلتزامات لا يخدم وضعية المدين، ولا مصالحه، فاعترف القانون بسلطة القاضي في مراجعة مضمون الشرط الجزائي، وكذا أجل تنفيذ الإلتزامات العقدية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### التدخل القضائي لتعديل تنفيذ العقد: نظرية الظروف الطارئة

تقابل نظرية الظروف الطارئة (Théorie de l'imprévision)، التي تعتري العقد بعد إبرامه وقبل تمام تنفيذ الإلتزامات، نظريتي الإستغلال والإذعان التي تمسّ مرحلة تكوين العقد<sup>(1)</sup>. فقد تتغير ظروف إبرام العقد، فتحدث ظروف إستثنائية غير متوقّعة، تجعل من تنفيذ الإلتزامات العقدية، وفقاً لما تمّ الإتفاق عليه مرهقاً، مهدّداً المدين بخسارة فادحة، غير مألوفة في المعاملات المالية الاعتيادية. إنّ فحوى مبدأ القوّة الملزمة، يقضي بالتزام المدين بالوفاء، وتنفيذ الإلتزامات بشكل تام، دون مراعاة الظروف التي أحاطت المدين. فلا الدائن مبالي لحجم الخسارة ومدى جسامتها على المدين، ولا مبدأ القوّة الملزمة للعقد التي تقضي فقط بعدم جواز المساس بالعقد لاسيما من الغير (القاضي). وهو ما يعدّ من جهة أولى ظلماً كبيراً للأطراف، لاسيما المدين المرهق، بفعل مبدأ عريق في قانون العقود، يفترض منه العدل. كما يُعرض من جهةٍ مقابلةٍ، العدالة العقدية، ومبدأ إستقرار العقود، والتّوازن العقدي؛ للإضطراب والتدهور. تفرض هذه المقتضيات الأخيرة (العدالة والإستقرار والتّوازن) في جوهرها، انتهاك مبدأ القوّة الملزمة للعقد، في كلّ مرة يضطرب فيها الوضع الاقتصادي، والمالي للعقد، الذي ينذر بخسارة فادحة للمدين. وهذا الانتهاك يتم بتحويل السلطة للقاضي في إعادة مراجعة ما تضمنه العقد من بنود، وفقاً للشروط المحددة قانوناً (الفرع الأول)، غير أنّ سلطة القاضي في ذلك ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط محدّدة قانوناً (الفرع الثاني)

(1) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النّظرية العامّة للإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص184.

### الفرع الأول

#### تعديل العقد بسبب الظرف الطارئ: لمحة عن تطوّر نظرية الظروف الطارئة

لا يختلف الفقه القانوني عموماً، على أنّ جذور نظرية الظروف الطارئة تمتدّ إلى الفقه الإسلامي، والتي تستند في مضمونها إلى نظرية الضرورة، ونظرية العذر والحوادث. وتقوم في جوهرها على مبادئ ومثل عليا، مترجمة أساساً، بالعدل والإحسان<sup>(1)</sup>، استناداً لقوله جلّ جلاله في كتابه: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"<sup>(2)</sup>. وقد تبني فقهاء القانون الكنسي بنفس الحكم<sup>(3)</sup>، حيث تنبّهوا إلى خطورة تغيير ظروف التعاقد عند التنفيذ، عمّا كانت عليه وقت التعاقد (كأن تنخفض قيمة العملة وقت الوفاء بها، عمّا كانت عليه وقت الاقتراض)<sup>(4)</sup>، ومدى خطورته على قواعد العدالة، واعتبر على أنّه غبن غير جائز لا في مرحلة تكوين العقد، ولا عند تنفيذه. فرتّبوا بشأن ذلك شرط ضمني يتضمّن وجوب تعديل الإلتزامات المرهقة، إذا تغيرت ظروف تنفيذ العقد<sup>(5)</sup>.

إلا أنّ هذه النظرية ما لبثت أن إندثرت في الفقه والقضاء الفرنسي القديم، وحتّى في قانون نابليون لإعتبارها مساساً بمبدأ كفاية الإرادة؛ فضلاً عن إعتقاد محكمة النقض الفرنسية بأنّ التمسك بأحكام النظرية ما يدعو المدين إلى الغشّ بادعاء خلاف الواقع، ناهيك عن الإضرار بإستقرار المعاملات والثقة الواجبة في التعامل. وعلى الرّغم من عدم قبول محكمة النقض الفرنسية للنظرية، إلا أنّها وجدت دعماً من القضاء الإداري، لاسيما في عقود التوريد والمقاولات، والأشغال العامّة<sup>(6)</sup>.

لقد ظلّ الفقه والقانون المدني الفرنسي، معرضاً عن النظرية، إلى أن توجت بالإعتراف التشريعي لها بموجب تعديل لأحكام القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، بفضل دراسات وأبحاث القانونيين أنصار

(1) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.ص 152-154.

(2) - القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية رقم 185.

(3) - أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، الجامعة الاردنية، عمان، 2002، ص 227.

(4) - لقد كرس المشرع الجزائري مبدأ القيمة الاسمية للنقود، بموجب المادّة 95 من ق.م.ج، والذي مفاده؛ أنّ المدين في العقد بمبلغ مالي معين إلّترم برد قيمتها وعددها المنكور في العقد، دون أن تكون لتغيير ظروف تنفيذ العقد أثر في تغيير قيمة هذا الإلتزام. تنصّ المادّة 95 على: "إذا كان محلّ الإلتزام نقوداً، إلّترم المدين بقدر عددها المنكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير"، المرجع السابق.

(5) - أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، المرجع السابق، ص 227.

(6) - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 320.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

المذهب الاجتماعي، الذين اعتمدوا على فكرة، عدم الأخذ بإرادة المتعاقدين؛ إلا إذا كانت تتلاءم مع الضرورات الاجتماعية، والإقتصادية<sup>(1)</sup>.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فقد تبنت المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة، بدايةً من سنة 1975، عند إصداره للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، تحديداً في المادة 107 ف3<sup>(2)</sup> والتي تقابل نص المادة 147 ف2 من القانون المدني المصري<sup>(3)</sup>، التي استمدتها من القوانين المقارنة<sup>(4)</sup>. كذلك من الناحية التطبيقية؛ فقد كرّست المحكمة العليا مضمون المادة أعلاه، وأكدت في أحد قراراتها<sup>(5)</sup>؛ أما قبل سنة 1975، فلم تكن النظرية معروفة في القوانين الجزائرية، حتى بعد الإستقلال، نتيجة تمديد سريان العمل بالقانون الفرنسي بإستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية، وهذا الأخير لا يأخذ بالنظرية في القانون الخاص، بإستثناء تطبيقه في مجال القانون الإداري.

(1) - بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص 264.

(2) - تنص المادة 107 ف3، من الأمر رقم 75-58 على: "غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الإلتزام التعاقي، وإن لم يكن مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فاحشة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك"، المرجع السابق.

(3) - تنص المادة 147 ف2: "ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فاحشة جاز للقاضي تبعاً للظروف وسد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك"، القانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن إصدار القانون المدني المصري، الصادر في 29 جويلية 1948، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.eastlaws.com/ta3refat/al>، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 22 جوان 2022، على الساعة 23:00.

(4) - علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري)، ط. 05، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2003، ص 98.

(5) - أكدت المحكمة العليا على أنه: "يجوز للقاضي، إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة، رد الإلتزام المرق إلى حده المعقول، من نون اعفاء المدين من تنفيذ إلتزامه" انظر في ذلك، قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 351258، المؤرخ في 21 مارس 2007، مجلة المحكمة العليا، الصادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 02، الجزائر، الصادر سنة 2007، ص 135.

### أولاً: شروط إعمال القاضي لنظرية الظروف الطارئة

إنَّ التصرّفات المتعلّقة بعدم التّوقّع تشكّل إستثناءً لمبدأ إستقرار العقود<sup>(1)</sup>، وقصد إعمال نظرية الظروف الطّارئة ينبغي على القاضي التأكّد من مدى توافر الشّروط الموضوعية المحدّدة قانوناً<sup>(2)</sup>. فسلطة القاضي ليست مطلقة عند وجود الظّرف الطّارئ، بل لا بدّ أن يكون الحادث إستثنائياً، غير متوقّع، وأن يكون عامّاً<sup>(3)</sup> يشمل مجموعة من النّاس وليس الشّخص المدين فقط؛ على عكس القوة القاهرة<sup>(4)</sup>.

استناداً على ذلك، فإنّ شروط إعمال سلطة القاضي في مراجعة العقد بسبب الظّرف الطّارئ، ووفقاً لما نظمته المادة 107 ف3 من ق.م.ج، تنقسم إلى شروط خاصة بالعقد الذي تسري عليه الظّرف الطّارئ بالإضافة إلى ذلك، تحقق الشروط الخاصّة بالحادث الطّارئ، أخيراً الشروط الخاصّة بأثر الحادث الطّارئ.

#### 1 . سلطة القاضي في البحث عن الشروط الخاصّة بالعقد محلّ الحادث الطّارئ

أول مسألة يبحث فيها القاضي بشأن إعمال أحكام نظرية الظروف الطّارئة من عدمه، هو التأكّد من أنّ العقد محلّ الظّرف الطّارئ من العقود المستمرة كأصل عام<sup>(5)</sup>؛ بمعنى وجود فترة زمنية تفصل ما بين عملية إبرام العقد، وبين تنفيذه: كعقود الإيجار مثلاً، نظراً لوجود فاصل زمني بين إنشاء الإلتزامات ووقوع الظّرف الطّارئ قبل تمام تنفيذه، وكإستثناء يشترط لسريان نظرية الظروف في العقود الفورية، بشرط

(1) - غستان جاك، كريستوف جامان، مارك بيو، المرجع السابق، ص395.

(2) - الشواربي عبد الحميد، المشكلات العملية في تنفيذ العقد (تنفيذ العقد بحسن النية والتّعسف في إستعمال الحقّ - تفسير العقد - تكييف العقد - نظرية الظروف الطّارئة - الدفع بعدم التّنفيد - الحقّ في الحبس - البطلان - فسخ العقد - المسؤوليّة العقدية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص109.

(3) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص51.

(4) - تشترك نظرية الظروف الطّارئة مع نظرية القوة القاهرة بصفة المفاجأة والحتم، بإعتبار كلّ منهما حادث إستثنائي وغير متوقّع؛ غيير إلهما يختلفان في شرط العمومية. ذلك ان الأولى يشترط لتحقيقها أن تكون عامة، تطبق على الجميع، بينما الثّانية ليست كذلك، بل مرتبطة بالشخص المدين دون غيره، الأمر الذي ساهم في تضيق مجال نظرية الظروف الطّارئة، مما يصعب تحقيق الهدف في تقريرها وهو العدالة العقدية. تمت الإشارة لذلك: فيلالي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السابق، ص302. كما يختلفان بالنّظر إلى تنفيذ الإلتزام فيشترط في الظرف الطّارئ الارهاق أمّا القوة القاهرة الزم المشرع أنّ يبلغ درجة الاستحالة فينقضي بذلك الإلتزام؛ انظر المادّة 307 من الأمر رقم 75-58، التي تنصّ على: "ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته". ناهيك عن اختلاف الطبيعة القانونية لحكام كلّ منهما فأحكام نظرية الظروف الطّارئة من النّظام العام خلافاً لأحكام القوة القاهرة.

انظر المادّة 127، من الأمر رقم 75-58، التي تنصّ على: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، ... كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخاف ذلك". المرجع السابق.

(5) - محمد صبري السعني، المرجع السابق، ص72.

تأجيل التنفيذ فيها<sup>(1)</sup>، أما إذا كان العقد فورياً إلا أن المدين تأخر عن تنفيذ التزاماته بخطئه أو بإهماله ثم حدث الظرف الطارئ، فلا مجال لتطبيق النظرية؛ وإلا سيستفيد المدين من إهماله. كما يمكن أن يتحقق الظرف الطارئ في العقود الدورية كعقود التوريد.

كما يجب أن يكون العقد محدداً<sup>(2)</sup> وبأن تكون التزامات العاقدین محققة الوجود ومحددة المقدار<sup>(3)</sup>. بمعنى المخالفة، لا تطبق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية، لأنها في ذاتها تقوم على المخاطرة من أحد المتعاقدين فيتعرضان لاحتمالين، إما الكسب الكبير، أو الخسارة الفادحة. تحقيقاً للهدف المنشود من تطبيق النظرية، حماية للمدين ورفع العنت عنه، وإصلاح ما يتعرض له من إختلال في التوازن العقدي. يجب أن يقع الحادث أثناء تنفيذ العقد وليس بعده، ففي الفرض الثاني العقد ينقضي بمجرد التنفيذ الكامل ويستحيل بذلك تطبيق أحكام النظرية<sup>(4)</sup> وهو فعلاً ما ساق عليه القضاء الجزائري<sup>(5)</sup>.

### 2 . سلطة القاضي في البحث عن الشروط الخاصة بالحادث الطارئ

ثاني مسألة يتطرق إليها القاضي، التأكد من توافر الشروط الخاصة بالحادث الطارئ والمحددة بنص من القانون، فبالاستناد إلى نص المادة 107 ف3: "غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها...."، نستخلص الشروط الخاصة التي وضعها المشرع الجزائري للحادث الطارئ، حيث يلزم أن يكون الحادث إستثنائياً، ومما لا يمكن توقعه أو دفعه.

فيجب أن يكون الحادث محل الظرف الطارئ إستثنائياً، وغير متوقع؛ ويراد بالظروف الإستثنائية تلك الظروف غير العادية التي لا تقع بصفة دائمة<sup>(6)</sup>. والحادث الطارئ قد يكون عملاً تشريعياً (صدر قانون يتضمن ارتفاع الأسعار...)، أو واقعة مادية<sup>(7)</sup> سواء بفعل الطبيعة (كالزلازل، الثلوج غير المألوفة لتي يمكن أن تؤثر سلباً على المزروعات، الجراد، إنتشار الأوبئة (كجائحة كورونا لسنة 2019)، أو بفعل الإنسان (كالهرب، الثورات، الارتفاع الباهظ في الأسعار...)؛ فهي بمجملها ظروف إستثنائية لا تقع كل

(1) - أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، المرجع السابق، ص 228.

(2) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 186.

(3) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 50.

(4) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 187.

(5) - للتفصيل أكثر انظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 324034، المؤرخ في 21 فيفري 2007 المجلة

القضائية للمحكمة العليا، الصادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 01، الجزائر، الصادر لسنة 2007، ص 211.

(6) - علي علي سليمان، مصادر القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 99.

(7) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 187.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

فترة زمنية محدّدة، ولا يستبعد أمر وقوعها بصفةٍ قطعية. ففي حالة ما إذا كان الطرف يقع كلّ فترة زمنية فيسقط عنصر الإستثناء والمفاجأة، أمّا إذا كان لا يحدث بصفةٍ قطعية، فلا مجال للحديث عن ظرف طارئ أصلاً أو بتطبيق أحكام النظرية. كذلك أن يكون الحادث غير متوقّع عند التعاقد، ولا بوسع المتعاقدين توقّعه أو ادخاله في اعتقادهم وقت إبرام العقد<sup>(1)</sup>، كما لا يمكن دفعه لاسيما من قبل المدين. فعنصر المفاجأة هو الذي يميز الظرف الطارئ، ويبرّر إعمال أحكام النظرية، ويمنح المجال للتدخّل القضائي.

إنّ الحادث غير المتوقّع في حقيقته، هو الحادث الإستثنائي نفسه؛ وترجع الحكمة من النصّ عليه من قبل المشرّع الجزائري للتذكير والتأكيد على أنّ مراجعة القاضي للعقد، تبقى حالة إستثنائية فقط. وتكمن شرعية البحث حول ما إذا كانت العبرة بعدم توقّع الحادث في ذاته، أم يرجع إلى النتائج المترتبة عن الحادث. وفي الحقيقة فإنّ كلا وجهتي النظر<sup>(2)</sup> قد تمّ الدفاع عنها والتأسيس لهما<sup>(3)</sup>. بحيث أكّد البعض من الفقه أنّ شرط عدم التوقّع يعود إلى نتائج الظرف الطارئ، بدليل أنّ ما يترتّب عنه من آثار هي التي تكون غير متوقّعة، وتمسّ التوازن العقدي للأطراف. في حين أكّد البعض الآخر على أنّ النتائج غير المتوقّعة لا تترتّب على الظرف الطارئ فقط، بل قد يحدث الحادث المتوقّع نتائجاً غير متوقّعة وغير منتظرة<sup>(4)</sup>.

إلاّ أنّه و-بحقّ- فإنّ العبرة بإصطلاح الإستثنائية ترجع إلى الحادث وآثاره في آن واحد، حتّى يتحقّق الهدف من إشتراطه. فلا يتمّ التمسك بأحكام نظرية الظروف الطارئة في كلّ عقد إختل فيه التوازن الاقتصادي له، بل يجب أن يكون الحادث إستثنائياً، وترتّب عليه آثار إستثنائية، جعلت من تنفيذ الإلتزام مرهقاً.

إنّ مسألة توقّع الحادث الطارئ، تبقى غير خاضعة للمعيار الذاتي الشّخصي بالمتعاقدين، على أساس أنّ ما هو متوقّع للطرف المدين ليس بالضرورة نفسه بالنسبة للمتعاقد معه الدائن، بقدر ما أنّها تخضع للمعيار الموضوعي -الرجل العادي- بالنظر إلى الظروف المحيطة بالعملية العقدية<sup>(5)</sup>. ويبقى استتعار المدين بالارهاق المترجم للخسارة الفادحة، المؤشّر لذلك<sup>(6)</sup>، ممّا يعني، أنّه لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة للحوادث الخاصّة بالشّخص المدين، كإعلان إفلاسه مثلاً، نظراً لانتفاء شروط تحقّق الظرف الطارئ عامّة. وللقاضي كامل السّلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان الحادث إستثنائياً، غير متوقّع من عدمه.

(1) - علي سليمان، مصادر القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 100.

(2) - فيلاي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 301.

(3) - بوشاشي يوسف، المرجع السابق، ص 119.

(4) - فيلاي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 300.

(5) - المرجع نفسه، ص 301.

(6) - أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، المرجع السابق، ص 229.



## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

إنّ الحكمة من إشتراط المشرّع إستثنائية الطرف ترجع لرغبته في تقييد<sup>(1)</sup> سلطة تدخّل القاضي، وعدم الإسراع في تعديل العقد من جهة، حفاظاً على مبدأ القوّة الملزمة للعقد، إلى الحدّ الذي يمكن معه التوفيق بين تغيّر الأوضاع، وما يتطلبه ثبات العقد.

أخيراً؛ أن تكون الظروف المشكلة للحادث الطارئ عامّة، أي تشمل عامّة الناس، ولا ترتبط بالشخص المدين فقط<sup>(2)</sup>، (أمّا إذا كانت مرتبطة بالشخص المدين كافلاسه، فلا يتحقّق شرط عمومية الظرف، وبالتالي لا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة)؛ كالحرب، الزلّزل، البراكين. غير أنّ عمومية الظرف يمكن أن يتعدّى إقليم دولة معينة، إلى دول أخرى، حتّى يمكن أن يكون ظرفاً عامّاً، عالمياً، يمسّ جميع دول العالم، مثلما تحقّق سنة 2019 بسبب وباء كورونا 19؛ والذي يُكيّف على أنّه ظرفاً إستثنائياً عامّاً، يمسّ جميع الأشخاص. ولا يُفهم من عمومية الظرف، شموليته لكافة الناس بالمعنى الدقيق والحرفي للإصطلاح؛ فقد يكون الظرف عامّاً يشمل طائفة معينة من الأشخاص-كفئة التجار مثلاً- يزاولون مهنة أو حرفة معينة، فيمسّهم ظرف إستثنائي غير متوقّع، فيتحقّق شرط العمومية، حتّى وإن لم يمسّ باقي الأشخاص الآخرين؛ وبالتالي تجد نظرية الظروف الطارئة مجالا للتطبيق عليهم.

### 3 . سلطة القاضي في البحث عن الشروط الخاصة بأثر الحادث الطارئ

استناداً إلى مضمون نصّ المادة 107 ف 03: "... وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يكن مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين ويهدّده بخسارة فادحة..."<sup>(3)</sup>، فإنّ آخر مسألة يتعرّض لها القاضي وبعد أن يتأكّد من تحقّق الشّروط أعلاه، التطرّق إلى مسألة الآثار التي رتبها الحادث الطارئ للمتعاقدين لاسيما المدين، بحيث يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون تنفيذ الإلتزام محلّ الظرف الطارئ مرهقاً، لكن لا يبلغ درجة الإستحالة؛ بمعنى بشكلٍ يعرّض المدين لخسارة فادحة، ولا يعتد بالخسارة المألوفة في التعامل.

لا يكون المدين مرهقاً، إلّا إذا كان تنفيذ الإلتزامات ممكناً؛ أمّا إذا كان أمر تنفيذها مستحيلاً هنا لا نكون بصدد الإرهاق، بل الإستحالة التي تؤدي إلى فسخ العقد لا البحث عن سبل إعادة التّوازن العقدي للإلتزامات<sup>(4)</sup>، وهنا تحديداً يبرز الإختلاف الجوهرى بين الظروف المفاجئة المشكلة للظرف الطارئ، وبين

(1) - بوشاشي يوسف، المرجع السابق، ص 118.

(2) - علي علي سليمان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 99.

(3) - المادة 107 ف 03، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4) - علي علي سليمان، مصادر القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 100.



## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

الظروف المفاجئة المساوية للقوة القاهرة؛ فعنصر الإستحالة هو الفاصل الذي يمكن القاضي من تكيف القضية، إن كانت تجد أساسها القانوني في المادة 107 ف3<sup>(1)</sup> أم المادة 121 من ق.م.ج.<sup>(2)</sup>.

لا يكفي مجرد الارهاق حتى يثير القاضي أحكام النظرية، بل وجب أن يهدد الطرف المرهق، والذي غالباً ما يكون المدين بخسارة فادحة<sup>(3)</sup>، وللقاضي كامل السلطة في تقديرها، طبقاً للمعيار الموضوعي لا الذاتي<sup>(4)</sup>. ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الخسارة -فحسن ما فعل-، بقدر ما وصفها بالفادحة أي غير العادية وغير المألوفة، مما يعني أنه، إذا كانت الخسارة في تقدير القاضي فادحة، تدخل لتعديل العقد وفقاً للقواعد التي وضعها القانون له، وأما خلاف ذلك، التزم المتعاقدان بالإستمرار في تنفيذ العقد، مع استبعاد التدخل القضائي في ذلك.

يظهر أن المشرع الجزائري قد نظم نظرية الظروف الطارئة بوجه عام بموجب أحكام المادة 107 ف3 من ق.م.ج؛ حيث وضع حكماً عاماً في القانون المدني الجزائري، إلا أنه عاد وفي إطار ذات القانون تناول تطبيقاتها بموجب نصوص أخرى لعقود خاصة تخرج عما هو مألوف في إطار ذات المادة لاسيما ما تعلّق بشروط إثارة الظرف الطارئ، بحيث خرج المشرع الجزائري عن مجمل هذه الشروط -من عمومية الظرف إلى إعتبار الظرف طارئاً ولو كان الظرف خاصاً بالشخص المتعاقد- وهو ما التمسناه بموجب أحكام عقد الإيجار في المادة 469 مكرر 02 من ق.م.ج.<sup>(5)</sup>.

(1)- راجع مضمون المادة 107 ف03، من الأمر رقم 58-75، المرجع السابق.

(2)- تنص المادة 121، من الأمر رقم 58-75 على: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى إلتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"، المرجع نفسه.

(3)- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص307.

(4)- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات: مصادر الإلتزام- التصرف القانوني- العقد -الإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص320. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، المرجع السابق، ص324. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص307.

(5)- تنص المادة 469 مكرر 02، من الأمر رقم 58-75 على: "لا ينتقل الإيجار إلى الورثة. غير أنه في حالة وفاة المستأجر، ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك، يستمر العقد إلى إنتهاء منته، وفي هذه الحالة، يجوز للورثة النين كانا يعيشون عادة معه منذ ستة أشهر إنتهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهضة بالنسبة إلى ماردتهم أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجتهم"، المرجع السابق.

ثانياً: التعليق على الشروط القانونية للتمسك بالطرف الطارئ في القانون الجزائري

إن واقع الأمر، وبالنظر إلى مجمل الشروط القانونية التي تضمنتها المادة 107 ف3 من ق.م.ج لإعمال نظرية الظروف الطارئة، نقيده أن المشرع الجزائري قد صعب من الأخذ بأحكام نظرية الظروف الطارئة، وما يؤكد ذلك، ندرة القرارات وحتى الاجتهادات القضائية حول الموضوع، وذلك راجع إلى شروطها المجحفة والمقيدة.

بحيث؛ أن المشرع الجزائري قد عمل على تقليص مجال تطبيق النظرية، بإشتراطه لمجموعة من الشروط، بصورة لا تخدم بتاتا فكرة الأمن العقدي. فإشتراط المشرع عمومية<sup>(1)</sup> الطرف، وبأن يصيب عامة الناس وليس المدين فقط، ليس إلا وسيلة للتضييق من مجال تطبيق النظرية قصد المحافظة على القوة الملزمة للعقد<sup>(2)</sup>. فإذا كان المشرع الجزائري انطلق من اعتبار العدالة العقدية، وفقاً لما أشارت إليه المادة 107 ف3، فإن مقتضيات العدالة تفرض أن لا يتعلّق الطرف بالشخص المدين فقط. وهو ما يشير إلى تمسك المشرع الجزائري بمبدأ القوة الملزمة للعقد، على حساب مبدأ العدالة العقدية، والتحقّظ من الرقابة القضائية على العقد.

كما يعتمد في مجمل ذلك على المعيار الذاتي، على عكس المشرع الفرنسي الذي إكتفى بتبني شرطاً واحداً لإعمال النظرية، تطبيقاً لنص المادة 1195 بعد التعديل<sup>(3)</sup>، والمتمثل في أن يكون الطرف الطارئ غير متوقّع وقت الإبرام معتمداً في ذلك على المعيار الموضوعي لا الذاتي وهو ما يبرر لنا أفضلية النص الفرنسي عن الجزائري نظراً أنه يساهم من توسيع نطاق تطبيق النظرية ومن فعاليتها في مواجهة حالات إختلال التوازن العقدي.

### الفرع الثاني

دور وحدود سلطة القاضي في إعادة الإستقرار العقدي عند تحقّق الطرف الطارئ

خول القانون للقاضي السلطة في تعديل العقد الذي نتج عنه إختلال في التوازن المالي للمتعاقدين، وذلك برفع الإرهاق عن المدين، عن طريق توزيع تبعه الحادث، وردّ الإلتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، مراعيّاً في كلّ ذلك الثّقة المشروعة للأطراف<sup>(4)</sup>.

(1) - فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.ص 396-399.

(2) - بعجي أحمد، "الأمن التعاقدية: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص.82.

(3) - محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الطلي الحقوقية، د.م.ن، 2018، ص.81.

(4) - PHILIPPE Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », Revue des contrats, hirs-série, dossier: la réforme du droit des contrats: quelles innovations?, Paris, 16 février 2016, S.P.

إنّ سلطة القاضي في مراجعة العقد بسبب الظرف الطارئ ليست مطلقة، بل مقيدة بضرورة تحقيق التوازن بين مصلحتي الأطراف، وكذا مراعاة الظروف المحيطة بهما<sup>(1)</sup> ضماناً لاستقرار، وإستمرار العلاقة العقدية، من خلال ضمان الإبقاء على العقد<sup>(2)</sup> لا إبطاله، وبذلك يتحقّق الأمن القانوني، ويطمئن الأفراد إلى القانون.

### أولاً: دور القاضي في إعادة الإستقرار العقدي عند تحقّق الظرف الطارئ

إنّ مهمة القاضي في مراجعة العقد بسبب الظرف الطارئ محدّدة بالزامية إعادة التوازن العقدي<sup>(3)</sup> من خلال توزيع مقدار الخسارة الفادحة بين الأطراف، مراعيّاً في ذلك مصالح كلّ طرف، عن طريق ردّ الإلتزام المرهق إلى الحدّ المعقول بوسائل عدّة، إمّا بانقاص الإلتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، أو بزيادة إلتزام الدائن، وفقاً للمادّة 107 ف3 من ق.م.ج. وفي كلّ الحالات، فإنّ المدين وحده من يتحمّل الخسارة المألوفة التي كان بإمكانه توقّعها وقت التعاقد، أمّا ما زاد عن ذلك، فتقسّم بين الأطراف؛ أو بأن يقضي بوقف تنفيذ الإلتزامات إلى غاية زوال الظرف الإستثنائي العام غير المتوقّع.

يتمتّع القاضي بكامل السلطة والصّلاحية في إختيار الآلية المناسبة لردّ الإلتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، سواء بالزيادة أو الإنقاص أو بوقف التنفيذ، ولا يوجد أيّ معيار يتّبعه القاضي في ترتيب هذه السّطات، بقدر ما يقتضيه مبدأ الملائمة في أعمال الجزاء، وما يفرضه منطق حلّ كلّ نزاع على حدى. أمّا الفقه<sup>(4)</sup> فأشار إلى تقيّد القاضي بإنقاص الإلتزام المرهق أولاً، وإذا لم ينجح في ردّ الإلتزام إلى الحدّ المعقول كان له في سبيل ذلك إمكانية الزيادة في الإلتزام المقابل، وإذا لم ينجح في ذلك تبقى له وسيلة القضاء بوقف التنفيذ كحلّ ملائم لتفادي الفسخ، وهو ما أكّده العلّامة عبد الرزاق السنهوري.

إنّ تحقيق الإستقرار التعاقدى عند تحقّق الظرف الطارئ، لا يعني رفع كلّ خسارة عن المدين (وإلاّ ستقلب الخسارة بكاملها على الدائن)، بقدر ما يكون على أساس تحميل كلّ طرف نصيباً من الخسارة التي يتعرّض لها المدين، وله في ذلك السّطة الواسعة في تقدير الوسيلة الأنسب.

(1) - ثور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، المرجع السابق، ص229.

(2) - منى أبو بكر حسان، الإتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022، ص72.

(3) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص258.

(4) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوجيز في النظرية العامة للالتزم (المصادر - الإثبات - الآثار - الأوصاف - الانتقال - الإنقضاء)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص255.

لا يمكن انكار فعالية الرقابة القضائية في إعادة الإستقرار للعقد محل الطرف الطارئ، بحيث ينطلق القاضي من اعتبارات عديدة تتراوح بين اعتبار: ضرورة حماية الطرف المرهق، ضمان العدالة بين الطرفين، التضامن للعلاقات العقدية. وما له من انعكاس ايجابي على فحوى الأمن القانوني؛ لكن وبنفس القيمة فغالبا ما تكون سلطة القاضي في العقد محل الطرف الطارف السبب الأبرز لإنتهاك كل هذه الإعتبارات لاسيما إعتبار الأمن القانوني الذي يفرض الابقاء على العقد لا فسخه.

### 1 . سلطة القاضي في إنقاص إلتزامات الطرف المرهق: تجسيداً لحماية الطرف الضعيف

يظهر الطرف المرهق في العقد محل الطرف الطارئ بمظهر الطرف الضعيف في تنفيذ إلتزاماته العقدية، وباستقراء المادة 107 ف3 نجد أن المشرع الجزائري حدّد درجة الإختلال المالي في العقد بسبب الطرف الطارئ بإصطلاح، **المرهقة**. وعليه، فإنّ القاضي مقيّد بالنظر إلى الإلتزام المرهق، أي من جهة المدين لا الدائن؛ فنية المشرع الجزائري إنصرفت إلى إنقاص الإلتزام لا الزيادة فيه<sup>(1)</sup>.

وتتمّة لذلك، يتدخل القاضي في سبيل إنقاذ العقد من تدهور الأوضاع المالية له، فينقص من إلتزامات الطرف المرهق، والذي غالباً ما يكون المدين<sup>(2)</sup>. ولا يفهم من آلية الإنقاص، إبطال العقد، إنّما يعنى به تعديل الإلتزامات العقدية المرهقة<sup>(3)</sup> بردها إلى ما هو معقول، ورفع الإرهاق عن المدين. وترجع الحكمة من تقرير وسيلة الإنقاص (آلية الإنقاص قد تشمل الشيء محل الإلتزام أو ثمنه) إلى التقليل من الخسارة الفادحة التي تقع على عاتق المدين، فيقوم القاضي بالحكم بانقاص مقدار الإلتزام المرهق للمدين من خلال اعفاء من تنفيذ جزء من إلتزاماته (كاعفاء من الإلتزام بجودة معينة<sup>(4)</sup>) أو من تنفيذ جزء مما إلتزم به أو تخفيض ثمن الشراء، اعفاءه من بعض الشروط المرهقة كالتي تتعلّق بأجل التنفيذ).

وبالنسبة لتقدير الخسارة الفادحة فتحدّد بالمعيار الموضوعي<sup>(5)</sup> لا الشخصي، فالخسارة تظلّ فادحة حتّى ولو كان تأثيرها على المدين ضئيلاً بسبب ثرائه الفاحش أو تخزينه كميات كبيرة من البضاعة محلّ التعاقد.

(1) - فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص305.

(2) - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص325.

(3) - الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص132.

(4) - فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص.ص304-305.

(5) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص188. فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع

السابق، ص.ص302-303.

### 2. سلطة القاضي في الزيادة من إلتزامات الدائن: مظهر لتجسيد العدالة والتكافل العقدي

كثيراً ما تقتضي العدالة العقدية<sup>(1)</sup> ضرورة الالتفات إلى الدائن لرفع الإرهاق عن العقد محل الظرف الطارئ؛ ولهذا أكد الفقه، أن رد الإلتزام إلى الحدّ المعقول، قد يتحقق عن طريق الزيادة في إلتزامات الدائن من طرف القاضي، بشكلٍ يخفّف من الخسارة التي يتعرّض لها المدين. فعوض الإنقاص من إلتزامات المدين، يتمّ الزيادة من إلتزامات الدائن بشكلٍ يرفع الإرهاق عنهما. غير أن القاضي إذا اختار هذا الطريق فليس له إجبار الدائن على قبول الزيادة<sup>(2)</sup>، بمعنى المخالفة إذا رفضها الدائن، وطلب فسخ العقد، كان له ذلك، حتّى دون الحاجة لرضا المدين، ودون المطالبة بالتعويض. ولا ينبغي في كلّ ذلك أن يُعوّض القاضي المدين كلّ الخسارة الناشئة من الظرف الطارئ.<sup>(3)</sup>

إستناداً إلى حرفية نصّ المادة 107 ف03 م ق.م.ج، فإنّ المشرّع الجزائري لم يشر إلى صلاحية القاضي في الزيادة في إلتزامات الدائن؛ خاصّة، وأنّه، وباستحضار النصّ الفرنسي للمادة، نجد أنّ المشرّع إستعمل إصطلاح (Réduire) أي الإنقاص وليس الزيادة<sup>(4)</sup>. غير أنّ هذا التّدخل، وبهذه الآلية، يمكن أن تجد أساسها القانوني في المادة 561 من ق.م.ج<sup>(5)</sup> التي أشارت إلى إضطراب التّوازن الاقتصادي أو المالي للعقد، وما تخوّله للقاضي من سلطة في التّدخل للزيادة في إلتزام العامل برفع الأجرة؛ غير أنّ الإشكال، يبقى في أنّ المشرّع، وبموجب هذه المادة، يعالج عقود المقاولة وليس أيّ عقدٍ آخر.

أكد الأستاذ فيلالي<sup>(6)</sup> أن هذه الفقرة تعدّ حلاًّ إستثنائياً لم تتضمنه المادة 107 ف03، ولو كانت إرادة المشرّع قد إنصرفت إلى تضمين فحوى هذا الحلّ في المادة 107 ف03، فما الجدوى من إعادتها في هذه الفقرة؛ ممّا يفهم أنّ مجال سريان المادة 561 من ق.م.ج يخصّ عقود المقاولة فحسب.

لا مجال لإعمال أحكام نظرية الظروف الطّارئة سواء بالزيادة أو النقصان، إلّا بالنسبة للأقساط المستقبلية التي يحتمل زوال أثر الحادث الطارئ عند استحقاقها<sup>(7)</sup>، كما لا ينصرف مجال النظرية إلّا

(1) - NGONÉ Diatta, Op-Cit, 2022, p25.

(2) - بوشاشي يوسف، المرجع السابق، ص125.

(3) - بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص270.

(4) - فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص306.

(5) - تنصّ المادة 561، من الأمر رقم 75-58 على: "... غير أنّه إذا انهار التّوازن الاقتصادي بين إلتزامات كلّ من رب العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"، المرجع السابق.

(6) - تمت الإشارة إلى الفكرة: فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص306.

(7) - ثور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، المرجع السابق، ص229.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

بالنسبة للقسط أو الأقساط التي تثبت أنّ إلتزام المدين أصبح مرهقاً، بشكلٍ يهدّد بخسارة فادحة<sup>(1)</sup>. فإذا اختار القاضي إنقاص الإلتزام، أو الزيادة فيه فلا يكون ذلك إلّا بالنسبة للوقت الحاضر لا المستقبل، ممّا يعني، أنّه، وإذا إفترضنا زوال الظرف الإستثنائي العام غير المتوقع بعد الحكم، تعيّن إرجاع العقد، والمتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل حدوث الظرف.

كما أنّه، وسواء؛ قام القاضي بالإنقاص أو الزيادة، إلّا أنّ النتيجة واحدة، وهي توزيع الخسارة الفادحة بين الطرفين كمظهر يجسد التضامن والتكافل بين أطراف العلاقة العقدية، تحقيقاً لاستقرار المعاملات، وتجنّب هدم وإنهاء العقد بفسخه؛ غير أنّ التّمعّن في آلية الزيادة من إلتزامات الدائن نجد أنّ المنطق يفرض أن تكون حالة الدائن في يسرٍ، حتّى يلتفت إليه القاضي بوسيلة الزيادة في الإلتزامات؛ وإذا إفترضنا عكس ذلك، فإنّ القاضي يتجاوز تطبيق هذه الوسيلة، وتقع عليه مهمة إيجاد وسيلة أخرى غير الزيادة.

### 3. سلطة القاضي في وقف تنفيذ الإلتزامات: وسيلة فعالة لتوقي طريق الفسخ

يتمتع القاضي في العقد محلّ الظرف الطارئ بسلطة وقف تنفيذ الإلتزامات العقدية إلى غاية زوال الظرف الطارئ، كوسيلة لإنقاذ العقد من الزوال. بشرط أن يكون الظرف مؤقتاً، ومقدراً بالزوال في وقتٍ ما وأن يكون ضمن طلبات الدائن<sup>(2)</sup>. ويلتزم القاضي، قبل الحكم بهذه الآلية، التأكّد من أنّ الإنقاص في الإلتزام المرهق أو الزيادة في إلتزامات المتعاقد معه، لا يكفي لردّ الإلتزام المرهق إلى الحدّ المعقول<sup>(3)</sup> وبشرط عدم الإضرار بمصالح الدائن، وألّا يتجاوز أجل وقف تنفيذ الإلتزامات مدّة السّنة<sup>(4)</sup>. وهو فعلاً ما أكّده قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>(5)</sup>.

(1) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 191.

(2) - انظر في ذلك كلّ من: المرجع نفسه، ص 190. العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 260. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 309.

(3) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوجيز في النّظرية العامّة للإلتزام، المرجع السابق، ص 255.

(4) - لقد اعتبر الأستاذ علي علي سليمان، إصدار القاضي لحكم وقف تنفيذ الإلتزامات إلى غاية زوال الظرف الطارئ تطبيقاً من تطبيقات مهلة الميسرة المشار إليها في القانون المدني الجزائري. للتّفصيل في شأن ذلك أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 101.

(5) - أكّدت المحكمة العليا في قرار لها: "إنّ قضاة المجلس لما منحوا للمطعون ضدها أجلاً للتنفيذ إلتزاماتها، معتمدين في ذلك على الظروف الآتية السائدة في منطقة الأخضرية عام 1994 التي ترتّب عنها عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون بذلك قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً" قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 212782 المؤرخ في 12 جانفي 2000، المجلة القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم الوثائق، ج.ج.د.ش، العدد 01، الجزائر، 2001، ص 114.

4 . إشكالية سلطة القاضي في الحكم بالفسخ: بين إعتبار الأمن القانوني ومقتضيات طبيعة العقد يذهب بعض الفقه في إعتقادهم إلى أبعد ممّا استقرت عليه المادة 107 ف3 في مسألة آليات التّدخل القضائي في العقد محلّ الظرف الطّارئ، إلى صلاحيته في الحكم بفسخ العقد تأسيساً بذات المادة؛ لكن هذا الحلّ يجعلنا في إصطدام مع نظرية الأمن القانوني ومتطلباتها؛ بالنّظر إلى الآثار التي يترتبها؛ بإعادة المتعاقدين إلى الحالة السّابقة عن التعاقد. والذي يشكّل تهديداً وانتهاكاً صارخاً لأمن العقود. كما أنّه، وبالرجوع إلى المعنى الحرفي للمادة 107 ف3 من ق.م.ج، فلا وجود لأيّ مؤشّر يفيد انصراف إرادة المشرّع إلى منح القاضي الصّلاحية في تقرير الفسخ بسبب الظرف الطّارئ، وهو ما يعدّ خروجاً عمّا تقتضيه نظرية الأمن القانوني بالتقيّد بمضمون وحرفية النّصّ.

فعلاً، عارض فقهاء القانون الجزائري هذه الآلية؛ فنذكر في شأن ذلك كلّ من؛ الأستاذ علي علي سليمان<sup>(1)</sup> والأستاذ بلحاج العربي<sup>(2)</sup> والأستاذ محمد صبري السعدي<sup>(3)</sup>، معتبرين أنّ القاضي لا يتمتّع بصلاحية الحكم بفسخ العقد عند تحقّق الظرف الطّارئ، بقدر ما يلتزم بالمعنى الحرفي للقاعدة القانونية 107 ف3، وبتوزيع عبئ الحادث على طرفي العقد تحنّباً لزوال وانقضاء العقد؛ بل إنقاذه وتحقيق الأمن والعدالة العقدية؛ فموضوع نظرية الظروف الطّائرة تقوم على رفع وإزالة الإرهاق عن أحد أطرافها، لا إزالة العقد كلّّه.

غير أنّ الوقوف حول مضمون بعض النّصوص القانونية المتفرّقة من القانون المدني الجزائري، نجد أنّ المشرّع الجزائري في كثير منها أشار إلى نظرية الظروف الطّائرة بنفس الشّروط التي تضمّنتها المادة 107 ف3، لكن بحكم مغاير نوعاً ما لما كرّسه في ذات النّصّ.

بحيث، لم يتوقّف المشرّع الجزائري على حرفية النّصّ الأخير؛ بل عاد وفي ذات القانون إلى الإشارة إلى سلطة القاضي في التّدخل في العقود عند إضطراب التّوازن الاقتصادي أو المالي لها، وهذا بموجب المادة 561 من ق.م.ج<sup>(4)</sup>. ففي كلّ مرة يضطرب فيها التّوازن الاقتصادي لعقد لمقولة، الذي يجمع بين ربّ العمل والعامل، فللقاضي كامل السّلطة في التّدخل، إمّا للزيادة في إلزام العامل ورفع الأجرة، أو بأنّ يقضي بفسخ العقد. وهو ما يعدّ، في حقيقته، انتهاكاً صارخاً لمبدأ القوّة الملزمة، الذي يقضي بتنفيذ الالتزامات

(1) - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص101.

(2) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص260.

(3) - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص310.

(4) - تنصّ المادة 561، من الأمر رقم 58-75 على: "... غير أنّه إذا أنهار التّوازن الاقتصادي بين إلزامات كلّ من ربّ العمل والمقاول بسبب حوادث إستثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"، المرجع السابق.



## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

لا التحلّل منها من جهة، وكذا على فكرة الأمن القانوني للعقود من جهة مقابلة؛ التي تقضي في فحواها، المحافظة على العقود لا إنهاءها.

لقد حاول الأستاذ **فيلاي**<sup>(1)</sup> التلطيف من حدة الإشكالية، فأشار إلى أنّ سلطة القاضي في تقرير الفسخ بسبب الظرف الطارئ تعدّ حلاًّ إستثنائياً لما تضمنته المادة **107 ف3** من ق.م.ج؛ حلّ اقضته طبيعة عقد المقاولة فقط. وعليه، فإنّ مجال سريان المادة **561** من ق.م.ج، يخصّ عقود المقاولة فحسب، وليس سائر العقود. والقاعدة العامة، وتأسيساً بالمادة **107 ف3**، فلا يجوز للقاضي الإقرار بفسخ العقد، لاسيما أنّ مهمته تتعلّق بإعادة التوازن المفقود، وتحقيق العدالة العقدية، والتكافل بين أطراف العقد محلّ الظرف الطارئ، ولا تتعدّى إلى تقرير الفسخ. كما أنّ تلك الاعتبارات تتنافى مع آلية الفسخ؛ لكن ومادام لكلّ قاعدة عامّة قاعدة أخرى خاصّة تقيدها، فإنّ المشرّع الجزائري سمح للقاضي بالحكم بفسخ العقد وإعادة الأطراف إلى ما كانوا عليه سابقاً في عقود المقاولة المشمولة بالظرف الطارئ. إلا أنّ القاضي في هذه الحال ملزمّ بمراعاة الترتيب الذي وضعه المشرّع الجزائري في إطار المادة **561** من ق.م.ج، بأن يتأكّد أولاً من عدم الجدوى بالحكم بآلية الزيادة في الأجرة، حتّى يحكم بفسخ عقد المقاولة.

أمّا الأستاذ **بلحاج العربي**<sup>(2)</sup>، فأكدّ هو الآخر، أنّ مثل هذه الحالات تعدّ تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة، وزيادة على المادة **561** من ق.م.ج أشار إلى عقد الإيجار المادة **510** و **513** من ق.م.ج وحق الارتفاق المادة **881** من ق.م.ج؛ كلّها مسائل خاصّة تخضع للأحكام الواردة بشأنها، لا أحكام المادة **107 ف3**. وبالتالي وجب على القاضي عند إثارة أحد هذه التطبيقات الخاصة، تطبيق النصّ الخاص، لا مضمون المادة **107 ف3** باعتباره مبدأ عام.

بالرجوع إلى التحليل القانوني للمادة **107 ف3**، نجد أنّ المشرّع قد إستخدم مصطلح "يجوز للقاضي..." مما يوحي للوهلة الأولى أنّ تدخّل القاضي في العقد يكون على سبيل الجواز وليس الإلزام، إلا أنّ الوضع ليس كذلك. فتأسيساً بذات الفقرة التي كيفت النظرية على أنّها من النظام العام، ممّا يؤكّد أنّ تدخّل القاضي بمجرد تحقّق شروط الظرف الطارئ يكون على وجه الإلزام، وليس الجواز.

من هذا المنطلق، فإنّ نظرية الظروف الطارئة-عموماً- تسعى لتكريس الحماية الفعلية للمتعاقد الضعيف، من خلال السعي إلى الإنقاص من الإلتزامات المرهقة له بسبب الظرف الإستثنائي غير المتوقع. كما تعمل على تجسيد فكرة العدالة العقدية من خلال إعادة التوازن الاقتصادي للعقود عن طريق الترخيص

(1) - تمت الإشارة إلى الفكرة: **فيلاي علي**، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 306.

(2) - **بلحاج العربي**، المرجع السابق، ص 261.



## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

للقاضي بالتدخل في الزيادة من التزامات الطرف الدائن، تحقيقاً للتوازن الاقتصادي، ورفع الإرهاق على العقد، ومن ثمة، تحقيق إستقرار العلاقة العقدية وضمان ديمومتها بدل فسخها.

بذلك يتحقق الأمن القانوني الذي يتوقف على طمأنينة الأفراد للعقود التي أبرموها، دون مفاجأتهم بإنهاءها، بل الإبقاء بالعلاقة العقدية وضمان إستمرارها. لاسيما أن غاية المتعاقدين هو تنفيذ العقد والحصول على منفعه؛ ولا يتحقق ذلك إلا بديمومته من جهة، وبإستقراره من جهة أخرى؛ وهو ما يتعارض مع ما كرسه المشرع في إطار المادة 561 من ق.م.ج، والتي تستدعي البحث عن إتجاه قانوني يحفظ العلاقة العقدية، ويضمن إستقرارها وأمن وثقة الأطراف المشروعة.

إستناداً إلى صريح المادة 107 ف 03 من ق.م.ج، وبالمقارنة مع المادة 1195<sup>(1)</sup> من ق.م.ف، وتحليل مضمونها يتبين لنا الإختلاف الظاهر في الأحكام والحلول المكرسة في إطار القانونين، حيث كرس المشرع الفرنسي حلاً قانونياً أكثر استجابة للظروف العقدية غير المتوقعة، وتكريساً أكثر لعدالة عقدية متكاملة، بإقراره مبدأ حمائي عام؛ حيث لم يقتصر الحماية التشريعية على المدين فقط، مثلما فعل المشرع الجزائري بقدر ما كرس مبدأ حمائي عام للطرفين "إذا كان تنفيذ الإلتزام مرهقاً لأحد الأطراف..." متفوقاً بذلك على المشرع الجزائري الذي تبنى مبدأ حماية الطرف الضعيف (المدين) فحسب.

ومن مستجدات المشرع الفرنسي أيضاً، إقراره بحق أحد الأطراف الذي أصبح إلتزامه مرهقاً بالتقدم بطلب للمتعاقد معه، لإعادة التفاوض بشأن الظروف المستجدة للعقد تحقيقاً للأمن العقدي من جهة، وتمسكاً أكثر بمضمون العقد شريعة المتعاقدين من جهة أخرى. وهو حلٌ قانوني، عملي، أكثر ديناميكية مقارنة بما كرسه المشرع الجزائري. كما أن إعتبار العقد مفسوخاً تلقائياً (الفسخ الإتفاقي) عند فشل المفاوضات حلاً قانونياً ملائماً لمصلحة الطرفين، والذي من شأنه إستبعاد التدخل القضائي في العقد والتقييد أكثر بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وتعزيز دور الإرادة في العقد، كاتجاه حديث لتكريس الأمان التعاقدية.

غير أن ما يُعاب على المشرع الفرنسي، تقييده لتدخل القاضي في العقد بالطلب القضائي المشترك لأطراف العقد، مما يبرر استبعاده لحكم إعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام. وهو الوضع الذي تفوق فيه المشرع الجزائري وبجدارة.

(1) - تنص المادة 1195 من ق.م.ف بعد التعديل، على أنه: "إذا طرأت ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد جعلت من تنفيذ الإلتزام مرهقاً لأحد أطراف العقد ..... يمكن لهذا الأخير ان يطلب من الطرف الآخر إعادة التفاوض، ..... يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف مراجعة العقد أو إنهائه في التاريخ وبالشروط التي يحدونها"، انظر: محمد حسن قاسم، المرجع السابق. ص 81.

ثانياً: ضوابط سلطة القاضي في مراجعة العقد: تحقيقاً للعدالة والتضامن العقدي

إستناداً إلى صريح المادة 107 ف02 التي تنص على: "... جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول...."<sup>(1)</sup> نستخلص أن القانون، وضع ضوابط قانونية يستعين بها القاضي المدني عند تحقق الظرف الطارئ. وقد حدّد ثلاث ضوابط يستأنس بها القاضي، على ضوء حيثيات القضية المطروحة أمامه، وأوّل هذه الضوابط، مراعاة الظروف المحيطة بكلّ عقد على حدى. فالظروف المحيطة بالمتعاقدين تختلف من عقد لآخر، وتكريس المشرّع الجزائري لهذا الضابط يشير إلى رغبته في توسيع سلطة القاضي بتعديل العقد المختل اقتصادياً.

ثم يليه الضابط الثاني، ضابط قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين، حيث حرص المشرّع الجزائري على أن يتمّ تعديل العقد بعد تقدير الظروف المحيطة، بإجراء الموازنة بين مصلحة الأطراف. ثمّ توزيع تبعات العبء الطارئ بينهما. وهذه الموازنة تتمّ في ميزان الظروف الإستثنائية الجديدة، على أساس أن العقد ينشأ متوازناً، إلّا أن حدوث ظروف طارئة رتبت، إختلال في المصالح وإنعدام التّعادل بينهما.

أخيراً، ضابط الإلتزام بالحدّ المعقول في ردّ الإلتزام المرهق، حيث يهدف القانون بإقرار هذا الضابط إشراك الدائن والمدين معاً في الخسائر المترتبة عن الحوادث الطارئة غير المتوقّعة، لا أن يتحمّلها المدين وحده<sup>(2)</sup>، وفقاً لما تقتضيه إعتبارات العدالة التي ترفض أن يتحمّل المدين وحده تبعات الظرف الطارئ ونتائج إختلال التّوازن العقدي<sup>(3)</sup> بل لابد أن تتوزّع بين كلا المتعاقدين، تأسيساً بمبدأ التضامن والتكافل العقدي بين الطرفين. وعلى الرّغم من أن المشرّع الجزائري لم يضع القواعد التي يجرى بها ردّ الإلتزام للحد المعقول، بل ترك أمر استنباطها لقاضي الموضوع، إلّا أنّه يمكن إستخلاص البعض منها: فإذا كانت الخسارة مألوفة يتحمّلها المدين وحده، أمّا إذا كانت غير مألوفة فيتدخّل القاضي لردّ الارتزام المرهق إلى الحد المعقول.

صفوة القول، فما يمكن ملاحظته أن ق.م.ج، قد استبعد فكرة إمكانية الرّجوع إلى الأطراف لدفع آثار الظرف الطارئ؛ من خلال آلية التفاوض من جديد. كما أنّ هذه التقنية تحت الأطراف إلى التعاون قصد إستبعاد المرحلة الثانية الممثلة في التدخّل القضائي، مما سيساهم في إنقاذ وإستمرار العقد، بتوازنه، من جهة ومن جهة أخرى التأكيد على كفاية الإرادة بدفع اللاتوازن في العقد. أكثر من ذلك، يمكن أن يقتصر التدخّل القضائي عند فشل المفاوضات فقط؛ وسائل وآليات قانونية ناجعة غائبة عن القانون المدني الجزائري وحتى التشريعات الخاصة.

(1) - المادة 107 ف02، من الأمر رقم 58-75، المرجع السابق.

(2) - سعداتي نورة، المرجع السابق، ص37.

(3) - منى أبو بكر حسان، المرجع السابق، ص71.

### المطلب الثاني

#### دور القاضي في مراجعة العقد بسبب الشرط الجزائي أو لمنح مهلة الميسرة

تتصرف إهتمامات المتعاقدين بمجرد إبرام العقد إلى ضمان تنفيذه؛ غير أنّ هذه العملية غير مضمونة بسبب إمكانية تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته سواءً جزئياً أو بصورة كلية، وبناءً على ذلك خول القانون للأطراف الحق في الإتفاق مسبقاً أو لاحقاً على تحديد مقدار التعويض المستحق لأحدهما عند إخلال المتعاقد معه في تنفيذ التزاماته؛ وهو ما يسمى بـ "الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي"؛ غير، أنّ هذا، لا يعني أنّ كلّ عقدٍ تضمّن الشرط الجزائي، يُلزم بالتقيّد به. بل إنّ وجوده في العقد هو ما قد يستدعي التّدخل القضائي لمراجعته.

يُعرف الشرط الجزائي على أنّه، مبلغ من التعويض المتّفق عليه من قبل أطراف العقد، وغالباً ما يتمّ وضعه ضمن شروط العقد الأصلي<sup>(1)</sup>؛ لكن هذا لا يمنع الأطراف من الإتفاق لاحقاً على مقداره<sup>(2)</sup> بشرط أن كون هذا الإتفاق قبل وقوع الضرر<sup>(3)</sup> أي قبل استحقاق التعويض<sup>(4)</sup>، أمّا غير ذلك فنكون أمام تطبيق أحكام الصّح لا الشرط الجزائي.

ونظراً لأهميته، لاسيما أمام شيوع وكثرة العقود المتضمّنة للشرط الجزائي في الحياة العملية<sup>(5)</sup>، دفع المشرّع إلى التّدخل لتنظيم أحكامه، بحيث حدّد الإطار العام للتّدخل القضائي لتعديل الشرط الجزائي، تحديداً ضمن المواد 183 184 و185 من ق.م.ج ح، معترفاً بصلاحيّة القاضي في التّدخل لتعديل الشرط الجزائي كلّما تحقّقت مجموعة من الشّروط، وبآليات محدّدة قانوناً (الفرع الأوّل).

إذا كان المبدأ العام يقضي بالتزام المدين بالوفاء بالتزاماته في آجالها، وطوعاً؛ فإنّ هذه القاعدة ليست مطلقة. فقد يتعذّر على المدين الوفاء بها لظروف عدّة، وقصد عدم الإضرار بمصالح الدائن المشروعة خول له القانون الحقّ في رفع إحدى الدّعويين؛ إمّا دعوى المطالبة بفسخ العقد، أو دعوى وقف تنفيذ العقد. وبالمقابل لذلك؛ فإنّ القانون منح للقاضي السّلطة في تعديل آجال تنفيذ الإلتزامات العقدية، تلك التي تضمّنها العقد محلّ الدّعوى، ومنح أجل للمدين قصد الوفاء بالتزاماته بمناسبة النّظر في إحدى الدّعويين، خروجاً

(1)- FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, Droit civil ( les obligations: Le rapport d'obligation: La preuve-Les effets de l'obligation-La responsabilité contractuelle-Transmission-Transformation Extinction), 2<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2001, p152.

(2)- FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, Op-Cit, p15.

(3)- السنهاوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص815.

(4)- عبد الوهيد يحيى، الموجز في النّظرية العامّة للإلتزامات، ج.01: مصادر الإلتزام، دار النّهضة العربية، بيروت،

1994، ص414.

(5)- عبد الوهيد يحيى، المرجع السابق، ص413.

عمّا يقضيه مبدأ القوة الملزمة للعقد، وبعيداً عمّا تملّيه قاعدة العقد شريعة العاقدین. فطبيعة الوفاء بالالتزامات في هذه الحالة، يكون مضافاً لأجل<sup>(1)</sup>، وقد نظّم المشرّع أحكامه تحديداً في القسم الثاني: محل الوفاء، من الفصل الأول: الوفاء، من الباب الخامس: انقضاء الالتزام، الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود من القانون المدني الجزائري، مع وجود أحكام متفرقة؛ كالمواد 119<sup>(2)</sup> 210<sup>(3)</sup> 281<sup>(4)</sup>. من ق.م.ج. (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### سلطة القاضي في مراجعة مضمون الشرط الجزائي

يجب على القاضي التأكّد أولاً من توافر الشروط القانونية للحكم بالتعويض الإتفاقي، فإذا تخلف أحدها رفض الحكم بالتعويض، أمّا إذا تأكّد من توافرها جميعاً حكم بقيمة التعويض المقدّر في العقد الأصلي أو بموجب العقد اللاحق له، فيكون في هذه الحالة حكمه كاشفاً لإرادة الأطراف؛ غير أنّ سلطة القاضي تظهر عندما يكون مقدار التعويض مفرطاً أو أن الضرر اللاحق بالدائن أكبر من مقدار التعويض المحدّد في العقد والذي تزامن مع اثباته غش المدين؛ هنا يجوز للقاضي الحكم إمّا بالإنقاص أو الزيادة من مقدار الشرط الجزائي على حسب الحالة فيكون بذلك حكمه منشأً لا كاشفاً.

(1) - تتعدّد أقسام الأجلّ لإعتبارات عدة ولكلّ نوع أحكامه الخاصّة به، فمن حيث الأثر ينقسم الأجلّ إلى واقف واجلّ فاسخ إما من حيث المصدر فينقسم إلى أجلّ قانوني، إتفاقي، قضائي وهذا الأخير هو محلّ دراستنا. للتفصيل أكثر حول أقسام الأجلّ، راجع في ذلك: محمد سعدي الصبري، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 212 ومايليها.

(2) - تنصّ المادّة 119، من الأمر رقم 58-75 على: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي ان يمنح أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"، المرجع السابق.

(3) - تنصّ المادّة 210، من الأمر رقم 58-75 على: "إذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بوفائه إلّا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الاجلّ، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، مع إشتراط عناية الرجلّ الحريص على الوفاء بالالتزامه"، المرجع نفسه.

(4) - تنصّ المادّة 281، من الأمر رقم 58-75 على: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في نمة المدين، مالم يوجد إتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك"، المرجع نفسه.

### أولاً: شروط التدخّل القضائي لتعديل الشرط الجزائي

يخضع الشرط الجزائي في استحقاقه لنفس الشروط العامة المقررة للمسؤولية المدنية<sup>(1)</sup> في شقها العقدي<sup>(2)</sup>، وجود خطأ من المدين، ضرر يصيب الدائن، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، إضافة إلى اشتراط المشرّع الجزائي وجوب الإعذار.

#### 1. الخطأ العقدي

يجب لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون عدم التنفيذ أو الإخلال به راجعاً إلى إرتكاب المدين خطأ عقدياً؛ ويراد بالخطأ العقدي، إخلال المتعاقد بالتزام موجود في العقد<sup>(3)</sup>، ويتحقق ذلك بعدم قيام المدين سواء عمداً أو بإهمال، بتنفيذه أحد الإلتزامات العقدية أو كلّها<sup>(4)</sup>، أو التأخّر عن تنفيذها<sup>(5)</sup>، أو التنفيذ المعيب لها؛ ويقع على الدائن عبئ إثبات خطأ المدين.

يختلف الخطأ العقدي بالنظر إلى طبيعة الإلتزام، فإذا كان الإلتزام الذي قصده المدين، الإلتزام بتحقيق نتيجة، فيتحقق الخطأ العقدي عند عدم تحقّق النتيجة (كأن يتخلّف المؤجّر عن تسليم مفاتيح العين المؤجرة للمستأجر، أو هذا الأخير عن دفع بدل الإيجار)، وخطأ المدين مفترض في هذه الحالة بمجرد إثبات الدائن عدم تحقّق النتيجة المنتظرة؛ أما إذا كان الإلتزام ببذل العناية فيُنظر إلى ما مدى إتخاذ كافّة الوسائل الضّرورية لتنفيذ الإلتزام، وببذل عناية الرجل العادي في ذلك<sup>(6)</sup> (كالإلتزام المحامي في الدفاع عن موكله، فهو ملزم باتخاذ جميع الإجراءات والدفع لحماية حق موكله دون أن يضمن له ذلك، فيكون قد نفذ الإلتزام كاملاً حتّى دون تحقّق نتيجة ما) والدائن في هذه الحالة ملزم بإثبات عدم إتخاذ المدين عناية الرجل العادي في تنفيذ إلتزاماته<sup>(7)</sup>، وهي أمور يصعب عليه إثباتها مقارنةً بالإلتزام بإثبات عدم تحقّق إلتزامه بالنتيجة.

(1) - كيف الأستاذ فيليب ديليك المسؤولية المدنية على أنّها شرط تقيّد من الحرية العقدية.

DELEBECQUE Philippe, JEROME PANSIER Frédéric, Droit des obligations (responsabilité civile- Délit et quasi -délit), 09<sup>ème</sup> éd, Lexis Nexis, Paris, 2023, p01.

(2)- Pour clarifier plus sur les conditions de la responsabilité contractuelle, Voir, FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric, Op-Cit, p.119-143.

(3) -DELEBECQUE Philippe, JEROME PANSIER Frédéric, p65.

(4)- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص311.

(5)- تنصّ المادّة 176، من الأمر رقم 58-75 على: "إذا استحال على المدين ان ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت ان استحالة التّفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه"، المرجع السابق.

(6)- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.ص312-313.

(7)- مصطفى الخطيب، الموجز في النّظرية العامة للإلتزامات (نظرية العقد- مفهوم الإلتزام- انواعه- مصادره- نظرية العقد)، مطبعة قرطبة، المغرب، 2019، ص17.

### 2 . الضرر العقدي

الضرر؛ هو الركن الثاني لقيام المسؤولية العقدية، ولإستحقاق الشرط الجزائي، وبمعنى المخالفة لنص المادة 184 ف01<sup>(1)</sup>، فلا يُستحق الشرط الجزائي إلا إذا ترتب عن عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ ضرراً بالذائن، ويراد به ذلك الأذى الذي يلحق بمصلحة مشروعة للذائن أو بحق من حقوقه<sup>(2)</sup>. إن مسألة وقوع الضرر أمر مفترض<sup>(3)</sup>، فلا يكلف الذائن إثباته، بل وجب على المدين إثبات أن الذائن لم يلحقه ضرر، خلافاً للقواعد العامة في إثبات الضرر. فبفضل وجود الشرط الجزائي، ينتقل عبئ الإثبات من الذائن إلى المدين. وبمجرد وقوع الضرر، يكفي للقاضي إجراء تناسب بين التعويض المتفق عليه مع الضرر الحاصل دون أن يلتزم بالوصول إلى المساواة المطلقة بينهما؛ ويلعب هذا الشرط دوراً كبيراً في تحديد مقدار التعويض وقيمته، حيث يلتزم القاضي بتعويض الذائن ما لحق به من خسارة، وما فاته من كسب<sup>(4)</sup>، ويعتبر باطلاً كل إتفاق يخالف هذا الحكم تأسيساً بالفقرة الأخيرة من المادة 184<sup>(5)</sup>.

### 3 . العلاقة السببية

إن العلاقة السببية بين ركن الخطأ والضرر مسألة معقدة تطرح عدة تساؤلات<sup>(6)</sup>، غير أننا نكتفي بالإشارة إليه باعتباره الركن الثالث لإعمال أحكام الشرط الجزائي؛ بأنه الرابطة القانونية التي تربط بين الركنين الأولين، على أساس أنه لا يكفي وقوع الخطأ والضرر؛ أحدهما أو كلاهما لإعمال الشرط الجزائي، إنما وجب أن تتحقق العلاقة السببية بينهما، فيكون الخطأ قد ولد ضرراً، والضرر ناتجاً عن الخطأ. أما إذا لم تتحقق العلاقة السببية، فلا يمكن التمسك بالشرط الجزائي إنما يكون الضرر في هذه الحال متولداً عن سبب أجنبي، إما القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، فعل الغير أو فعل الذائن.

### 4 . الإعذار

(1) - أكد المشرع الجزائري في صريح المادة 184 ف01، من الأمر رقم 75-58، على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقاً إذا ثبت المدين ان الذائن لم يلحقه اي ضرر"، المرجع السابق.  
(2) - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص312-314.  
(3) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.02: نظرية الإلتزام بوجه عام (الإثبات-آثار الإلتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص876.  
(4) - سمير عبد السيد تاغو، أحكام الإلتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص248.  
(5) - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 184، من الأمر رقم 75-58، على أنه: "يعتبر باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه"، المرجع السابق.

(6) - DELEBECUE Philippe, JEROME Pansier Frédéric, Op-Cit, p147..

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

أخيراً؛ وجوب توجيه الإعذار<sup>(1)</sup>، أي انذار المدين، ووضعه قانوناً موضع المتأخر في تنفيذ التزامه. فبمجرد حلول موعد تنفيذ الإلتزام يُفترض التنفيذ فوراً، ولا يوجد احتمال أن يكون الدائن راضياً لتأخر المدين في التنفيذ. والإعذار يكون مجدياً، أي توجيهه عند حلول آجال الشرط الجزائي أو بعده، وليس قبله<sup>(2)</sup>. إنَّ الإعذار إجراء شكلي لقبول الدّعى شكلاً، قبل التطرق لموضوعها، وقد تطرّق المشرع الجزائري إليه ضمن المواد 179<sup>(3)</sup>، 180<sup>(4)</sup> و 181<sup>(5)</sup> من ق.م.ج، حيث لا يمكن المطالبة باستحقاق الشرط الجزائي إلا بعد توجيه الإعذار وبنص من القانون؛ إلا في الحدود التي ورد نص على خلاف ذلك. إنَّ عدم إعذار الدائن للمدين يفهم منه أنّه متسامح وراضي على تأخر أو عدم تنفيذ المدين لالتزاماته وهو قرينة<sup>(6)</sup> على عدم وجود ضرر يصيبه من جراء التأخير في تنفيذه. فإذا لم يقم الدائن بإعذار المدين في كلّ حالة أوجب القانون ذلك، فلا يمكن له التمسك بمضمون الشرط الجزائي بمجرد وقوع الضرر أو الخطأ أو كلاهما. وهو ما كرّسه قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها، بضرورة توجيه الإعذار<sup>(7)</sup>؛ إلا أنَّ الإشكال الحقيقي ليس في تحديد ذاتية شرط الإعذار بقدر ما يتعلّق بمضمونه، اهية البيانات المرتبطة به،

(1) - سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، المرجع السابق، ص 247.

(2) - للتفصيل انظر: السنهاوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 02: الإلتزام بوجه عام (الإثبات- آثار الإلتزام)، المرجع السابق، ص 830.

(3) - استناداً لنصّ المادّة 179، من الأمر رقم 58-75 التي تنصّ على: "لا يستحقّ التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم يوجد نص مخالف لذلك"، المرجع السابق.

(4) - انظر المادّة 180، من الأمر رقم 58-75: "يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز لن يكون مترتباً على إتفاق يقضي بأن يكون المدين معزراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر"، المرجع نفسه. كذلك قرار المحكمة العليا حول ما يقوم مقام الإنذار، حيث كرست مبدأ مفاده إعتبار المطالبة القضائية تقوم مقام الإعذار، مرتبة لآثاره القانونية. راجع، قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 390796، المؤرخ في 21 نوفمبر 2007، المجلة القضائية للمحكمة العليا، الصادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 01، الجزائر، الصادر سنة 2008، ص 93.

(5) - أوجب المشرع الجزائري توجيه الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي كقاعدة عامة، وحدد الحالات المستثناة من ذلك في المادّة 181 من الأمر رقم 58-75 على: "لا ضرورة للإعذار المبين في الحالات الآتية: - إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو أصبح غير بفعل المدين. - إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر. - إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك. - إذا صرح المدين كتابة أنّه لا ينوي تنفيذ إلتزامه"، المرجع السابق.

(6) - محمد سعدي الصبيري، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 85.

(7) - انظر في شأن ذلك، قرار المحكمة العليا، القاضي بنقض القرار المطعون فيه نظراً لعدم توجيه المطعون ضدها لإعذار مسبق وفقاً للمادّة 180 من ق.م.ج. وبتجاهل قضاة الموضوع للدفع وعدم مناقشته فإنهم اخطؤوا مما ينبغي نقض القرار. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 203796، المؤرخ في 12 جانفي 2000، المجلة القضائية للمحكمة العليا، صادرة عن قسم لوثائق، ج.ر.ج.د.ش، عدد 01، الجزائر، سنة 2001، ص.ص 110-113.



## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

شكله، وطبيعته، إن كان خاضعاً لمحض إرادة الدائن أم لا بد من استيفاءه لشكلية رسمية، وهي المسائل التي اغفلها المشرع الجزائري.

### ثانياً: سلطة القاضي في رفع اللاتوازن العقدي بسبب الشرط الجزائي: سلطة مقيدة

إستناداً إلى صريح المادة 184 من ق.م.ج، فإن القاعدة العامة، تلزم القاضي بالحكم بالشرط الجزائي دون تعديل بمجرد التأكد من توافر الشروط القانونية لاستحقاقه، وبأن التعويض مساوي للضرر الذي أصاب الدائن. أما إذا تبين للقاضي، زيادة على تحقق شروط الشرط الجزائي، أن مقدار التعويض في ارتفاع أو انخفاض، التزم بالتدخل لتعديل مضمون الشرط الجزائي، وإعادة التوازن والعدالة العقدية للمتعاقدین. تتراوح سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي بين الإغفاء، إلى التخفيض، أو الزيادة منه؛ ولكل حالة أحكامها الخاصة؛ وفي كل الأحوال، فإن سلطة القاضي في ذلك ليست مطلقة، بل وجب عليه مراعاة مجموعة من الضوابط التي حددت مجال ونطاق تدخله لتعديل الشرط الجزائي، ولعل أهمها؛ ضابط ارتباط تعديل الشرط الجزائي ببلوغ درجة معينة من الارتفاع أو الانخفاض على حسب الحالة، فيتدخل القاضي بعد إجراء الموازنة بين الضرر اللاحق بالدائن، نتيجة التأخر في التنفيذ أو عدم التنفيذ، وبين مقدار الشرط الجزائي، كما أن هذا التدخل يتوقف على الطلب القضائي الذي يتمسك به صاحب المصلحة.

#### 1 . سلطة القاضي في الإغفاء من الشرط الجزائي

يخضع الشرط الجزائي في صحته لجميع الأركان العامة للعقد (رضا، محل، وسبب)، وعند تخلف أحد هذه الأركان حق للقاضي الحكم بإستبعاد الشرط الجزائي لبطلانه، مع بقاء العقد قائماً. كما أكد المشرع على حالات أخرى لبطلان الشرط الجزائي في نصوص خاصة<sup>(1)</sup>.

كما يحكم القاضي ببطلان الشرط الجزائي، أو تقرير الإغفاء منه، لتخلف الشروط التي وجب تحققها لصحة دعوى الدائن المطالب بفسخ العقد، وإنهاء وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه سابقاً. كما يحق للقاضي رفض الحكم بالشرط الجزائي، وبإغفاء المدين منه متى تأكد من إنعدام الشروط القانونية لاستحقاقه (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية، الإغذار)، بعضها أو كلها<sup>(2)</sup>.

(1) - نذكر في سياق ذلك المادة 811، من الأمر رقم 75-58 التي تنص على: "يعد باطلاً وعديم المفعول كل شرط تعاقدي يكون هدفه وأثره المباشر أو غير المباشر ما يلي: أبعاد أو تحديد المسؤولية الخاصة بالناقل والناجمة عن المواد 770، 773، 780، 802، 803، 804 من هذا الكتاب. تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي يحدد في المادة 805 أعلاه، ما عدا في حالة ما جاء في المادة 808. منح الناقل الاستفادة من التأمين على البضائع"، المرجع السابق.

(2) - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 333.



كما أنّ القاضي لا يقبل طلب التعديل، إلّا إذا كان صاحب الطلب حسن النية، أمّا إذا كان المدين سيئ النية، ويقصد الإضرار بالدائن، فإنّ القانون لا يخوّل له الحقّ في الاستفادة من سلطة القاضي بتعديل الشرط الجزائي. كما في حالة ما إذا تسبّب الدائن وبسوء نيته في إطالة الدّعى، حق للقاضي إلّا تخفيض مبلغ التعويض أو أن لا يحكم به إطلاقاً، طيلة تلك المدة التي طال بها النزاع دون داعٍ وفقاً للمادة 187<sup>(1)</sup>.

### 2. سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي: مظهر لتحقيق الاستقرار التعاقدية

إنّ التحكم في الاستقرار والتّوازن العقدي أمر معقّد<sup>(2)</sup> في ظلّ النّظرية التّقليدية، ولا يخدم جديد العلاقات العقدية الحالية. فالأوضاع الرّاهنة، تفرض التّدخل القضائي لتحقيق الأمن التعاقدية بوجهه العام. غير أنّه، وفي كلّ الأحوال؛ فإنّ القاضي لا يستطيع أن يضمن التّكافؤ بين الإلتزامات العقدية<sup>(3)</sup> بصورة مطلقة، بل وظيفته هو رفع اللاتوازن عن الطّرفين. وإستناداً إلى أحكام الشرط الجزائي، وما تقتضيه المادة 184 ف2<sup>(4)</sup>، فإنّ إعادة الأمن للعقد محلّ الشرط الجزائي يكون عن طريق آلية الإنقاص من الإلتزامات العقدية. ويتدخّل القاضي لتعديل الشرط الجزائي بانقاصه، في حالتين حصرهما المشرّع؛ عندما يكون الشرط الجزائي مفرطاً أو عند التنفيذ الجزئي للإلتزام استجابة لمبررات عدة؛ أهمها العدالة، وحسن النية<sup>(5)</sup>.

### أ. سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي: حالة الإفراط

غالباً ما يكون مقدار الشرط الجزائي لا يُترجم في حقيقته مقدار الضّرر اللاحق بالدائن؛ كأن يكون مبالغاً فيه، ولا يعكس حجم الضّرر أو الأضرار الواقعة، فيكون ذلك عنواناً للاتوازن بين الطّرفين. ولذلك خوّل المشرّع للقاضي سلطة في التّدخل لإنقاص من قيمة الشرط الجزائي ليتناسب مع الضّرر. ويقع على

(1) - تنصّ المادة 187، من الأمر رقم 58-75 على: "إذا تسبّب الدائن وبسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فللقاضي ان يخفض مبلغ التعويض المحدد في الإتفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر"، المرجع السابق.

(2) - Le contrôle de l'équilibre du contrat était inutilement complet dans le droit ancien...ect. VINCENT Mazeaud, «L'objet et la cause dans la réforme du droit français des contrats: Le changement dans la continuité», Acte du colloque tuniso-français: L'évolution du droit des contrats (approche comparée entre la Tunisie et la France), Op-Cit, p15.

(3) - Le juge ne peut contrôler l'équivalence entre les obligations, mais en revanche doit s'assurer de l'existence même des obligations stipulées de part et d'autre. Ib-Id, p15.

(4) - تنصّ المادة 184 ف02، من الأمر رقم 58-75، على: "ويجوز للقاضي ان يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين ان التقدير كان مفرطاً أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"، المرجع السابق.

(5) - سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، المرجع السابق، ص251.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

المدين عبئ إثبات أن التعويض الوارد في الشرط الجزائي مبالغ فيه<sup>(1)</sup>، وإثبات أن هذا التقدير لا يتناسب مع حجم الضرر الواقع فعلاً. وإذا أثبت ذلك، يقوم القاضي بتخفيض مقدار الشرط الجزائي إلى الحد المعقول<sup>(2)</sup>، دون أن يكون ملزماً بالوصول إلى الحد المساوي للضرر الحاصل.

### ب . سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي: حالة التنفيذ الجزئي للإلتزامات

غالباً ما يقوم المدين في الشروع في تنفيذ إلتزاماته المترتبة عن العقد، ليرتكب خطأً عقدياً، يلحق به ضرراً بالذائن، ليرفع هذا الأخير دعوى قضائية للمطالبة بمقدار الشرط الجزائي الوارد في العقد نتيجة الإخلال بتنفيذ الإلتزامات (سواء التنفيذ المعيب أو حتى عدم تنفيذ البعض منها)؛ غير أن مقتضيات العدالة العقدية تقضي بأن لا يلتزم القاضي في هذه الحالة بالاستجابة لطلبات الذائن، بل السلطة في التدخل للتخفيض من مقدار الشرط الجزائي بما يتفق مع ما تم تنفيذه من قبل المدين؛ بشرط أن يكون التنفيذ الجزئي ممكناً (أن لا يكون الإلتزام غير قابل للتجزئة)<sup>(3)</sup>، ومقبولاً (فلا يمكن إجبار الذائن بقبول التنفيذ الجزئي حتى ولو كان الإلتزام بطبيعته قابلاً للوفاء به جزئياً وفقاً للمواد 258 إلى 284). وكاملاً وسليماً (بمعنى لا يشوبه نقص أو عيب في التنفيذ)<sup>(4)</sup>. كما يلزم عدم وجود إتفاق مسبق بين الأطراف على تخفيض الشرط عند التنفيذ الجزئي، فإذا تم الإتفاق مسبقاً على ذلك، وجب على القاضي إحترام إرادة الأطراف<sup>(5)</sup>.  
عموماً، وطبقاً للقواعد العامة؛ فإن القاضي له الحق في رفض التدخل بتخفيض الشرط الجزائي إذا تبين له سوء نية المدين. أما إذا قبل ذلك؛ وجب عليه في هذه الحال تخفيض الشرط الجزائي على أساس مبلغ التعويض المتفق عليه<sup>(6)</sup> وليس على أساس التعويض الذي يحكم به عند غياب الشرط الجزائي.

(1) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 02: نظرية الإلتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الإلتزام)، ص 868.

(2) - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 335.

(3) - راجع في ذلك: القسم الثاني: عدم قابلية التجزئة، من الفصل الثالث: ضمان حقوق الذائنين، من الباب الثالث: الاوصاف المعدلة لآثار الإلتزام، من الكتاب الثاني: الإلتزامات والعقود. المواد 236، 237 و 238 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4) - راجع في هذا السياق، الفصل الأول: التنفيذ العيني، من الباب الثاني: آثار الإلتزام، الكتاب الثاني: الإلتزامات والعقود، لاسيما المادة 167.

(5) - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 345.

(6) - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 346.

كذلك، مراعاة معيار سوء أو حسن نية الدائن، ففي حالة ما إذا تسبّب وبسوء نيته في إطالة الدعوى، يمكن للقاضي تخفيض مبلغ التعويض بدل من أن لا يحكم به إطلاقاً حسب المادة 187<sup>(1)</sup> من ق.م.ج.

### 3. البحث في مدى سلطة القاضي في التدخّل للزيادة من مقدار الشرط الجزائي

استقراءً لنصّ المادة 185<sup>(2)</sup>، نجد أنّ المشرّع الجزائري قد نظم مسألة الزيادة من مقدار الشرط الجزائي، بأن وضع قاعدة عامّة، تقضي بعدم جواز الدائن بالمطالبة بأكثر ممّا تمّ الإتّفاق عليه، حتّى وإن كانت قيمته منخفضة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالدائن؛ إستثناءً، يجوز له ذلك في حالتين حصرهما بوجود؛ إثبات الدائن أنّ المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

#### أ. عدم جواز القاضي الزيادة في مقدار الشرط الجزائي: القاعدة العامّة

طبقاً لنصّ المادة 185 من ق.م.ج أعلاه، فإنّ الدائن لا يحق له مطالبة المدين إلا بقيمة ما ورد في الشرط الجزائي، وتكيف العملية -على الرّغم من قلّة مقدارها مقارنة بالضرر اللاحق بالدائن-، على أنّها تخفيف من شدة المسؤولية، وهو أمر جائز قانوناً، إستناداً للمادة 178 ف02<sup>(3)</sup> من ق.م.ج.

يظهر من خلال هذه القاعدة العامّة المترجمة لعدم جواز تعديل مضمون الشرط الجزائي؛ أنّ نية المشرّع الجزائري إنصرفت إلى الزيادة من فعالية وقوة مبدأ القوّة الملزمة للعقد، وأنّ ما ورد في العقد من قيمة للتعويض بناءً على إتّفاق الإرادتين، يفرض في ذاته التمسك به دون تعديل إحتراماً للقوّة الملزمة للعقد. كما ترجع العلة أيضاً، إلى التأكيد على فكرة التضامن الاجتماعي<sup>(4)</sup>، فلا يجوز أن يكون العقد أو الشرط الجزائي على وجه الخصوص محلاً لافراغ الإتّفاق، عن طريق السّماح بمراجعته، فإنّ في ذلك ما يؤدّي إلى هدم العقد وافراده من كلّ منفعة، بل لا بدّ أن يلتزم المدين بالعناية الكاملة، وتجنب الأخطاء العقدية في تنفيذ الالتزامات. إلّا أنّه وفي حقيقة الواقع؛ فإنّ هناك حالات تفرض تعديل مضمون الشرط الجزائي، وبالتالي المساس بالقوّة الملزمة للعقد.

(1) - تنصّ المادة 187، من الأمر رقم 58-75، على: "إذا تسبّب الدائن وبسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة امد النزاع فللقاضي ان يخفض مبلغ التعويض المحدد في الإتّفاق أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر"، المرجع السابق.

(2) - راجع مضمون نصّ المادة 185، من الأمر رقم 58-75، المرجع نفسه.

(3) - انظر المادة 176 ف02، من الأمر رقم 58-75 التي تنصّ على: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعااقدي، إلّا ما نشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم..."، المرجع نفسه.

(4) - الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص35.

### ب . سلطة القاضي في الزيادة من مقدار الشرط الجزائي: القاعدة الخاصة

تظهر سلطة القاضي في الزيادة من مقدار الشرط الجزائي -كإستثناء- في حالتين فقط؛ إذا أثبت الدائن أن الضرر اللاحق به كان بسبب غش أو خطأ المدين الجسيم<sup>(1)</sup> كما لو تعمد عدم التنفيذ حتى يتمكن القاضي من التدخل للزيادة في مقدار الشرط الجزائي تحقيقاً لعدالة المتعاقدين.

والغش يعني، إستخدام المدين الوسائل التضليلية قصد الوصول إلى نتائج غير مشروعة، بايقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى قبول تنفيذ الإلتزامات التعاقدية<sup>(2)</sup>. أما الخطأ الجسيم (**Faute lourde**)<sup>(3)</sup> فينصرف إلى النية غير الشريفة، التي تقوم على التدليس<sup>(4)</sup>؛ ولقاضي الموضوع كامل السلطة التقديرية في الفصل في الوقائع المكونة للخطأ دون خضوعه لرقابة المحكمة العليا. أما تكييف تلك الوقائع إن كانت خطأ جسيماً أو غشاً مرتكباً من المدين فهي مسائل قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا<sup>(5)</sup>.

نفهم من خلال هاتين الحالتين -غش وخطأ المدين الجسيم- أن المشرع الجزائري قد ضيق من مجال سلطة القاضي في التدخل للزيادة من قيمة الشرط الجزائي، كما أسقط حالة إرتكاب المدين لخطأ يسير عمدي كحالة تستدعي الزيادة من قيمة الشرط الجزائي، خاصة، إذا كان مقدار الضرر جسيماً بالدائن.

إن القاضي لا يتقيد بالحالة التي تضمنتها المادة 185 من ق.م.ج أعلاه وفقط؛ بل يتعين عليه الرجوع إلى الأسانيد القانونية الواردة في قانون المدني الجزائري، لاسيما تلك المتعلقة بحالة ما إذا كان التعويض الإتفاقي يتضمن اعفاءً أو تخفيضاً من المسؤولية العقدية. فإن الإتفاق على تشديد أحكام المسؤولية التقصيرية يعد صحيحاً وليس فيه ما يخالف النظام العام، أما إذا كان مقداره تافهاً أو أقل قيمة من الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع جاز للدائن مطالبة القاضي بالزيادة<sup>(6)</sup> من التعويض، ليتناسب مع الضرر.

(1) - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 88.

(2) - الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص.ص 09-13.

(3) - رفيق خوجة بوشارب، المرجع السابق، ص 94.

(4) - كورنو جبرار، المرجع السابق، ص 756.

(5) - الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 32.

(6) - بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص 303.

### الفرع الثاني

#### سلطة القاضي في مراجعة أجل تنفيذ الإلتزامات العقدية

تخول مهلة الميسرة للقاضي السلطة في إعطاء المدين مهلة إذا كان معسراً، وهي بذلك نوع من التعديل الذي يمس العقد في أحد أركانه وهو أجل تنفيذ الإلتزام التعاقدية<sup>(1)</sup>، كما يمس القوة الملزمة للعقد لتي تقضي بتنفيذ الإلتزامات في الآجال المحددة في العقد. ويراد بالعسر ضيق الحال، أما النظرة فهي التأخير اما الميسرة فمن اليسر<sup>(2)</sup>.

فإذا كان الأصل في تنفيذ الإلتزامات هو تنفيذها في الميعاد المتفق عليه فإن منح المدين مهلة يعد إستثناءً عن الأصل، إلا أن ذلك يتوقف على توافر جملة من الشروط، وفي مجال حدده القانون.

#### أولاً: سلطة القاضي في التأكد من مدى توافر الشروط القانونية لمنح مهلة الميسرة

إستناداً إلى صريح المادة 281 ف02 من ق.م.ج<sup>(3)</sup>، وبعض النصوص المتفرقة في ق.م.ج، التي حددت الشروط الواجب توافرها لمنح مهلة الميسرة؛ بأن تكون حالة المدين تفرض منح مهلة الميسرة؛ وعسر المدين وجهان، أولهم إثبات المدين أنه لا يملك مالاً للوفاء على الإطلاق، إلا ما استثنى لحاجاته الضرورية، الوجه الثاني، أن يكون له مالاً لكن لا يستطيع الوفاء عند حلول الأجل<sup>(4)</sup>، كأن يكون له حقوقاً لدى الغير؛ غير أن القاضي وجب عليه التأكد أولاً من حسن نية المدين<sup>(5)</sup>، وذلك بناءً على المعيار الذاتي بأن لا يكون المدين غاشاً أو مرتكباً لخطأ جسيم<sup>(6)</sup>.

كما إشتراط مراعاة الحالة الإقتصادية للمدين من خلال مدى قدرته على الوفاء حالياً من عدمه، والحالة الإقتصادية للمدين لا يُقصد منها الحالية فقط بل حتى موارد المدين المستقبلية<sup>(7)</sup> تدخل في تقدير القاضي. تفادياً لإلحاق الضرر بالدائن من جراء منح مهلة الميسرة؛ إذ ليس من العدل إغاثة المدين على

(1) - فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأسيسية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص456.

(2) - المرجع نفسه، ص463.

(3) - تنص المادة 281 ف02، الأمر رقم 58-75 على: "... غير أنه يجوز نظراً لمركز المدين ومراعاة للحالة الإقتصادية، أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة وإن يوقفوا التنفيذ، مع إبقاء جميع الأمور على حالها"، المرجع السابق.

(4) - فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص487.

(5) - ماهر جابر وآخرون، المرجع السابق، ص1234.

(6) - الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص38.

(7) - أشارت المادة 210، من الأمر رقم 58-75، إلى مسألة أن القاضي ملزم بمراعاة موارد المدين الحالية والمستقبلية للمدين، المرجع السابق.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

حساب إلحاق الضرر البليغ بالدائن، وإذا كان كذلك امتنع القاضي من الحكم بها. فإنَّ القاضي ملزم بالموازنة بين مصالح الطرفين (المدين بإعتباره الطرف الضعيف والدائن بإعتباره صاحب الحق)، وعدم الإضرار بالدائن (وهو الشرط الذي يستخلص ضمنيا من تعبير المشرع... آجالا ملائمة للظروف..).

كما إشتراط في مدة المهلة أن تكون معقولة، كافية، ومناسبة حسب ظروف وملابسات القضية أمامه لتمكين المدين من الوفاء بالتزاماته، وهذا الأجل يقتصر على الشخص المدين دون المدينين المتضامنين معه<sup>(1)</sup> ولم يحدّد القانون مدة معينة بالذات<sup>(2)</sup>، في حين أشار الفقه إلى الحدّ الأقصى الذي وجب على القاضي عدم تجاوزه وهو ميعاد سنة على الأكثر<sup>(3)</sup>؛ فمنع منح المدين أجلا طويلا لما في ذلك من تعطيل وأضرار بمصالح الدائن حسب المادة 181 ف02<sup>(4)</sup> أعلاه، وهو ما أكّته المحكمة العليا<sup>(5)</sup>.

وبإستقراء الشق الأخير من المادة 210 من ق.م.ج<sup>(6)</sup>، نفهم أنّ المشرع الجزائري إشتراط في المدين أن يكون حسن النية، سيئ الحظ<sup>(7)</sup>، فقد يمر المدين بأزمة طارئة مؤقتة - فيكون بذلك سيئ الحظ- فيتجاوزها بتدخل القاضي لتطبيق أحكام نظرة الميسرة، كما يمكن للقاضي التّدخل لتعديل العقد بموجب المادة 107 من ق.م.ج إذا ما طرأت عليه ظروف إستثنائية طارئة غير متوقّعة -نظرية الظروف الطارئة- فيحكم القاضي بتأجيل ميعاد الوفاء عن الميعاد المحدد من قبل الأطراف وفي هذه الحالة يطبق أحكام

(1) - فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص.ص 484-485.

(2) - ماهر جابر وآخرون، المرجع السابق، ص 1235.

(3) - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 101.

(4) - غير أنّه ما يثير التساؤل هو عدم تحديد المشرع الجزائري لموعد البدء بسريان المهلة القضائية؛ فبالرجوع إلى النصوص القانونية، نجد أنّها غير واضحة. فهل يعتد بتاريخ صدور قرار القاضي بمنحها، أم هو موعد تبليغ الأطراف العلاقة بها؟

(5) - راجع مضمون قرار المحكمة العليا الذي يقضي: "إذا كان يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين ومراعاة لحالته الإقتصادية منحه أجلا للتنفيذ عليه لا يتعدى مدة سنة، فإنّ ذلك يكون عندما يتعلق بالإلتزام محل السند التنفيذي بالوفاء بدين من النقود معين الأجل وليس إلتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل" قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1029318، المؤرخ في 23 جويلية 2015، المجلة القضائية للمحكمة العليا، الصادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 02، الجزائر، الصّادر سنة 2015، ص 25.

(6) - تنصّ المادّة 210، من الأمر رقم 75-58 على: "...مع إشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بإلتزامه"، المرجع السابق.

(7) - العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص 123.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

نظرية الميسرة بصورة غير مباشرة (الإختلاف في الأساس العبرة بالمادة 107 بدل المادة 281 من ق.م.ج<sup>(1)</sup>) أما حسن النية في هذه الحال مسألة مفترضة<sup>(2)</sup>.

كما إشتراط عدم وجود نصوص قانونية تمنع القاضي من منح مهلة الميسرة (يمنع القانون منح مهلة الميسرة في المواد التجارية كاصل عام إلا بوجود نص)<sup>(3)</sup>، كما هو الحال بالنسبة المادة 120 من ق.م.ج<sup>(4)</sup> أين سمح القانون لأطراف العقد بتضمين بند في عقدهم "الشروط الفاسخ أو الفسخ الإتفاقي" يمكنهم من الانحلال من الرابطة العقدية تلقائيا دون الحاجة إلى تدخل القضاء لتقرير ذلك. فوفقاً للمادة أعلاه لا يتدخل القاضي بمنح مهلة للمدين لتنفيذ التزاماته، فدوره في هذه الحال يقتصر على كشف إرادتهم خلافاً "الفسخ القضائي" أين يعتبر دور القاضي في العقد منشئاً، وفي نفس السياق، المادة 392 من ق.م.ج<sup>(5)</sup> كما لا يجب على القاضي منح أجلاً للمدين بالنظر إلى طبيعة الإلتزام (الإلتزام بعدم القيام بعمل ثم قام به) فلا جدوى من ذلك أصلاً.

(1) - لاسيما أن نظرية الظروف الطارئة تكيف كإحدى صور نظرة الميسرة. للتفصيل أكثر انظر: طرطاق نورية، "سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة"، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 03، العدد 01، كلية الحقوق، المركز الجامعي تامنغست، تامنغست، 2014، ص129.

(2) - فيلاي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص368.

(3) - انظر المادة 464 ف02، من الأمر رقم 59-75، التي تنص: "ولا يجوز منح آجال قانونية كانت شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون" والتي تعبر الأصل، وبإستقراء المادتين الفقرة الأخيرة 426 على: "على أنه يمكن للضامينين الذين اقيمت عليهم دعوى الرجوع بالضمان في الأحوال المبينة في الفقرتين الأخيرتين الثانية والثالثة أن يقدموا خلال الثلاثة أيام من ممارسة هذا الرجوع لمحكمة موطنهم طلباً يلتزمون فيه ميعاداً لهذا الشأن، فإذا تقرر قبول الطلب، حدد في أمر المحكمة الوقت الذي يجب فيه على الضامين وفاء الأوراق التجارية المعنية، بدون أن تتجاوز المهلة الممنوحة التاريخ المحدد للاستحقاق، ولا يكون الأمر المنكور قابلاً للمعارضة ولا للاستئناف"، أيضاً تنص المادة 438 ف1 على: "إذا حال دون تقديم السفينة أو تقديم الاحتجاج في المهل المقررة حائل لا يمكن التغلب عليه ... فتمتد هذه المواعيد"، فهي الاستثناء، المرجع السابق. وبإستقراء نصوص أخرى في ق.ت.ج، نجد أن سلطة القاضي في منح المهلة للمدين، لتنفيذ إلتزاماته المترتبة عن المعاملة المدنية واسعة، مقارنة بصلاحيته في اعطاء مهلة للمدين بالنسبة للمعاملات التجارية. والغرض من تضيق وتشديد المشرع لمجال هذه المعاملات؛ راجع إلى عاملي السرعة والانتظام التي تمتاز بهما هذه الأخيرة.

(4) - تنص المادة 120، من الأمر رقم 58-75 على: "يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون ... دون الحاجة إلى حكم قضائي..."، المرجع السابق.

(5) - تنص المادة 392، من الأمر رقم 58-75 على: "وفي بيع العروض وغيرها من المنقولات، إذا عين أجل لبيع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً وجوباً في صالح البائع ودون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل وهذا ما لم يوجد لتفاهت على خلاف ذلك"، المرجع نفسه.



## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

ذهب جانب من الفقه<sup>(1)</sup> إلى اعتبار تدخل القاضي لتعليق تنفيذ التزامات العملية العقدية، وإعطاء مهلة للمدين التعس حسن النية للوفاء أمر مقبول (في إطار معين)؛ إلا أن المحاكم في نظرهم كثيراً ما تميل في أكثر من مناسبة لتوسيع هذه الصلاحية، عن طريق عدم إجبار المدين على الوفاء بعد انقضاء المهلة. مما يوحي باهتمامات خاصة بـالمدين - على حساب الدائن لاسيما أن هذه المهلة القضائية تتعلق فقط بتنفيذ المدين لالتزاماته دون صلاحية تعديل مقدار -الالتزامات- وبالتالي تكمن شرعية التساؤل عن مضمون طبيعة ما ورد في النص أعلاه أن كان موضوعه وبحق يحقق التوازن المختل ويعيد الأمن والاستقرار؛ أم أنه يشكل فقط وببساطة وسيلة -معطاة للمدينين الذين يواجهون صعوبة في التنفيذ.

### ثانياً: نطاق التدخّل القضائي لمنح مهلة الميسرة

يحق للقاضي رفض منح مهلة الميسرة حتّى يتأكّد من تحقق الشروط أعلاه، وأن يسبب حكمه بالرفض قانوناً طبقاً للمادة 11 من ق.إ.م.إ؛ فالأحكام والقرارات يجب أن تكون مسببة حسب المادة 358 من ق.إ.م.إ<sup>(2)</sup> وإلاّ عرض حكمه للنقض. أمّا إذا قرر منحها فإنّ نطاق ومجال سلطته في ذلك تختلف بالنظر إلى موضوع الدعوى، فتميز بين مهلة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ أو بموجب النظر في دعوى التنفيذ.

#### 1. البحث في مدى سلطة القاضي في منح مهلة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ

لقد خولت المادة 119 من ق.م.ج<sup>(3)</sup> للدائن الحقّ في رفع دعوى قضائية للمطالبة بفسخ العقد، بسبب إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته في الأجل المتفق عليه. والفسخ جزاء قانوني على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، مما يخوّل للمتعاقد معه حقّ رفع دعوى قضائية مطالباً بفسخ العقد، ويقوم الفسخ على شروط؛ أن يكون العقد ملزماً لجانبين<sup>(4)</sup>؛ بمعنى أنه من العقود التي ترتب التزامات متقابلة ومتبادلة؛ فيكون كلّ طرف دائناً ومديناً في آنٍ واحد كما هو الحال في عقود البيع الإيجار. مع اشتراط إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته العقدية، بشرط أن يكون تنفيذ الالتزامات ممكناً وغير مستحيل، وأن يكون هذا الإخلال راجع إلى خطأ المدين لا إلى سبب أجنبي.

(1) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 179.

(2) - راجع مضمون المادتين 11 و 358، من القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

(3) - تنصّ المادة 119 ف01، من الأمر رقم 75-58 على: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك" المرجع السابق.

(4) - رفيق خوجة بوشارب، المرجع السابق، ص 157.



يجب أن لا يقصر طالب الفسخ في الوفاء بالتزاماته، فإن لم يحم بالوفاء فعلاً، وجب على الأقل أن يكون مستعداً للوفاء بها، إذا وفي الطرف الآخر بالتزاماته<sup>(1)</sup>، وهو ما تفرضه مقتضيات العدل والمنطق؛ أما إذا افترض العكس، فليس له الحق بالمطالبة بفسخ العقد، وحتى وإن كانت من طلباته، فيكفي للمتعاقد معه الدفع بعدم التنفيذ المشار إليه في المادة 123 من ق.م.ج<sup>(2)</sup> كوسيلة لإجباره على التنفيذ أو التعويض. أيضاً، أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه سابقاً<sup>(3)</sup>، أما إذا إستحال عليه ذلك؛ فيسقط حقه في المطالبة بالفسخ نتيجة إلتزامه بالضمان الذي يحرمه من المطالبة بالفسخ، بل المطالبة بإستكمال ما تبقى من التنفيذ عيناً أو المطالبة بالتعويض<sup>(4)</sup> وفقاً لنص المادة 122 من ق.م.ج. أخيراً، ضرورة توجيه الإعذار، بحيث يجب على طالب الفسخ أن يسبق طلبه بفسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد معه لتنفيذ إلتزاماته بضرورة توجيه إعذار منه للمدين ( *Mise en cause du débiteur*)<sup>(5)</sup>؛ والإعذار في دعوى الفسخ هو ذاته الإعذار الذي تقتضيه المطالبة بتعديل ومراجعة مضمون الشرط الجزائي، والذي سبق التفصيل فيه طبقاً للأسس القانونية.

تتمةً لذلك، وبمجرد أن تتحقق كامل الشروط أعلاه، حق للدائن الإختيار إمّا، المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ تأسيساً بالمادة 119 ف1 من ق.م.ج؛ غير أن سلطة القاضي تظهر جلياً في هذا الطريق الثاني. إلا أن، محكمة الموضوع غير ملزمة بالاستجابة لطلب الدائن في قضية الحال (دعوى الفسخ)، بل لها السلطة التقديرية في القبول أو الرفض<sup>(6)</sup>، وفي كلا الحالتين وجب على القاضي التأكد من توافر شروط الفسخ المحددة قانوناً، وهنا تحديداً تظهر سلطة القاضي، إمّا بقبول طلب الدائن والإقرار بفسخ العقد وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد مع التعويض إذا اقتضت الضرورة لذلك؛ أو رفض طلب الدائن على الرغم من توافر شروط الفسخ والإكتفاء بمنح المدين أجلاً للوفاء بالتزاماته أو ما تبقى منها. وإذا قرر القاضي منح هذا الاجراء الاخير (منح مهلة الميسرة) تحققت سلطة القاضي في منح مهلة الميسرة بمناسبة نظره في دعوى الفسخ، وكذا تعديل العقد الذي انصب على مدة تنفيذ العقد خروجاً عن

(1) - بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص285.

(2) - تنص المادة 123، من الأمر رقم 58-75: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يحم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به"، المرجع السابق.

(3) - بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص285.

(4) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثرء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص190.

(5) - طاهري حسين، المرجع السابق، ص52.

(6) - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص349.

## الفصل الثاني تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين التجارة والقصور

مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ غير أنه من جهة أخرى وجب عليه التأكّد من توافر شروط منح مهلة الميسرة السّالفة الذكر قبل النّطق بالحكم بها، وهو فعلاً ما أيّده قضاء المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>(1)</sup>.

لقد وسّع المشرّع الجزائري من سلطة القاضي عند النظر في دعوى الفسخ، بحيث أنّه غير ملزم بقبول طلبات الدّائن الهادفة إلى فسخ العقد، بل له الصّلاحية الواسعة في رفضها، والإكتفاء بمنح مهلة الميسرة للمدين الذي أخلّ بتنفيذ إلتزاماته<sup>(2)</sup>، كما يجوز للقاضي رفض الطلب الذي يقضي بالفسخ إذا كانت الإلتزامات التي لم يوف بها المدين قليلة الأهمية مقارنة بكامل الإلتزام، ولم تلحق بالدّائن ضرراً جسيماً<sup>(3)</sup>، كما يمكن للقاضي إضافة إلى الحكم بمهلة الميسرة، منح تعويض للدّائن عن الأضرار اللاحقة به جرّاء عدم التّنفيذ، أو التّنفيذ المعيب<sup>(4)</sup> طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية في التعويض.

لا يجوز فسخ العقد، إذا قام المدين بالوفاء في غضون الأجل الممنوح له قضائياً<sup>(5)</sup>؛ بحيث أنّ القاضي قد توقي فسخ العقد من خلال مهلة الميسرة، وضمن بها ديمومة العقد، كما أنّ سلطته واسعة وفقاً المادة 119 من ق.م.ج، التي لم تضع معياراً محدداً، يلتزم القاضي به عند النّطق بمهلة الميسرة.

يبقى السّؤال المطروح، حول ما إذا فضّل القاضي منح مهلة للمدين قصد الوفاء بإلتزاماته؛ إلّا أنّه ونظراً لنفس ظروفه الأولى لم يقدّر بتنفيذ إلتزامه، وعليه هل يجوز للقاضي في هذا الحال إضافة أجل آخر وتمديد المدة الأولى، أم يحكم بالفسخ تلقائياً، لاسيما أمام ظلّ سكوت المشرّع الجزائري عن تحديد مدة المهلة القضائية التي ينطق بها القاضي لصالح المدين، كما أنّ الإجتهد القضائي السالف ذكره اقتصر على ميعاد السنة بالنسبة لحالة ما إذا كان موضوع الوفاء مبلغاً من التّقود، معين الأجل، وليس في حالة الإلتزام بالقيام

---

(1) - وفي هذا السّياق أقرت المحكمة العليا بتأييد القرار الصادر، كالاتي: "حيث أنّه، وبالرجوع إلى المادّة 106 من القانون المدني فإنّ العقد شريعة المتعاقدين، وفي الدّعوى الرّاهنة الطّاعنة طلبت فسخ عقد البيع لعدم إحترام من قبل المطعون ضدها شروط البيع لكن قضاة المجلس طبّقوا نصّ المادّة 119 من القانون المدني الفقرة الثّانية منها متى منحوا للمطعون ضدها أجلاً لتنفيذ إلتزاماتها....وعليه، حين منح قضاة المجلس أجلاً للمطعون ضدها للوفاء بإلتزاماتها فإنّهم بذلك أحسنوا تطبيق القانون" قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 212782، المؤرخ في 12 جانفي 2000، المجلّة القضائية للمحكمة العليا، الصادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 01، الجزائر، الصادر لسنة 2002 ص114.

(2) - بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص275.

(3) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثر بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص191.

(4) - فيلالي علي، الإلتزامات (النّظرية العامّة للعقد)، المرجع السابق، ص434.

(5) - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج.01: في الإلتزامات (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، 1998، ص653.

بعمل أو الإمتناع عن عمل<sup>(1)</sup>. ونفترض نية المشرع، أنه فيما إذا تحقق الفرض أعلاه، حق للمدين باللجوء إلى القضاء للمرة الثانية للمطالبة بتمديد مهلة الوفاء بالإلتزام، بشرط إثبات حسن نيته، وجدите في تنفيذ الإلتزام. في حين ذهب بعض الفقه إلى عكس ذلك، فليس للقاضي السلطة في إعطاء مهلة أخرى له<sup>(2)</sup>.

### 2 . سلطة القاضي في منح مهلة الميسرة: بمناسبة دعوى التنفيذ

إستناداً إلى المادة 281 ف2، التي اعترفت بالتدخل القضائي في دعوى التنفيذ، تطبيقاً لمبادئ العدالة التي تفرض ضرورة التخفيض من صرامة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومنح القاضي الصلاحية في إعطاء أجل قضائي في دعوى التنفيذ، قصد الإبقاء بالعقد<sup>(3)</sup>.

يفرق الفقه بين الأجل الذي يمنحه القاضي بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ، وبين الأجل الذي يمنحه في دعوى الفسخ، وذلك من زاوية الأساس الذي يقوم عليه كل منهما، حيث ترجع سلطته في الفرض الأول إلى أسس العدالة، بينما في الفرض الثاني، تعود إلى ضرورة التخفيف من صرامة جزاءات الفسخ التي تؤدي إلى إنهاء العقد، وإعادة الأطراف إلى حالة ما قبل التعاقد. كذلك يختلفان من حيث مدى إتساع سلطة القاضي في كل منهما؛ ففي الفرض الأول تكون أكثر إتساعاً، فقد تتعدّد مما يسمح للقاضي بمنح آجال متعدّدة، لنفس أطراف القضية، بشرط عدم الضرر بالذات<sup>(4)</sup> على عكس الفرض الثاني.

إنّ المهلة الممنوحة في دعوى التنفيذ ترجع إلى الرغبة المشتركة للمشرع والقاضي بالإبقاء على العقد وضمنان إستمراره، في حين منح الأجل في دعوى الفسخ يقتصر على عدم الإضرار بالمتعاقدين معه<sup>(5)</sup>. وما تجدر الإشارة إليه أنّه إذا كانت من طلبات المدعي تنفيذ العقد بدل فسخه وجب على القاضي عدم الحكم بفسخ العقد لأنّه مقيد بالطلب القضائي وهو ما أكّده المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>(6)</sup>. ومادامت مسألة منح القاضي لمهلة الميسرة مسألة وقائع، فلا رقابة للمحكمة العليا على قرار قاضي الموضوع ولمحكمة الموضوع كامل السلطة في منح أو عدم منح المهلة القضائية.

(1) - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1029318، المؤرخ في 23 جويلية 2015، المجلة القضائية للمحكمة العليا، الصادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 02، الجزائر، الصادر سنة 2015، ص 25.

(2) - الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 38.

(3) - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 382.

(4) - الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 38.

(5) - بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 379-384.

(6) - قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، الملف رقم 225843، المؤرخ في 20 فيفري 2002، المجلة القضائية للمحكمة العليا، الصادرة عن قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 02، الجزائر، الصادر سنة 2002، ص 370.

## خلاصة الباب الأول

لقد إنتقد اللاأمن القانوني الحالي<sup>(1)</sup> لاسيما من جانب المعاملات العقدية؛ بسبب تدهور جودة القواعد القانونية وعدم فعليتها، وعدم إستقرار القوانين، وكذا تقادم ظاهرة التّضخّم التشريعي بصورة أصبح فيها القاضي آخر وافي للأمن القانوني، في مواجهة مشرع قليل الإهتمام بجودة تشريعاته. فأضحى المتقاضي الضحية الأولى نتيجة معاناته من التقلّبات والتغيّرات المفاجئة للقوانين بشكل يهدم آماله وتوقعاته المشروعة. وعليه، وتأسيساً بذلك، فإنّ الأمن القانوني في جوهره يتوقّف على ثبات النصّ، وجودته، وملائمته للأوضاع والمستجدّات التي تطرأ على المجتمع لكلّ زمانٍ ومكان. وتجسيده يتوقّف على ضمانات، أهمّها مبدأ عدم رجعية النصّ القانوني إلى الماضي، ودوره في الحفاظ على بعض الأفكار التي تشكّل بمجملها نظرية اللاأمن القانوني؛ كالثقة المشروعة للأطراف والحق في التّوقع المشروع، حماية الحقوق المكتسبة؛ ونظراً لأهميتها ووظيفتها في تكريس الأمن القانوني فعلاً، كيّفت على أنّها الضمانة القطعية الثابتة.

إلى جانب مبدأ عدم الرجعية، وفي إطار المعاملات العقدية، فإنّ مبدأ القوّة الملزمة للعقد أحد أبرز ضمانات الأطراف في مواجهة أنفسهم وبعضهم البعض، أو في مواجهة الغير لاسيما القاضي في سبيل المحافظة على العقد، وهو ما يترجم بفعالية الإرادة في المجال التعاقدي. غير أنّه، وبالنّظر إلى الأفكار القائمة عليها، والأسس المكوّنة لها، وبالمقارنة مع المستجدات الرأهنة، أصبحت فكرة القوّة الملزمة وفلسفتها لا تخدم جديد العلاقات الرأهنة المتطورة، بسبب بروز مفاهيم جديدة، وآليات حديثة لم يكن في وسع المشرّع الانطلاق منها سنة 1975. فحماية الطّرف الضعيف في العلاقات العقدية، بموجب آليات عدّة، وضمان ديمومة العقد بالتّوجّه لدور الغير في المحافظة على العقد، دوافع أولى وقفت وراء انتهاك القوّة الملزمة خدمةً لفكرة الأمان العقدي، لذلك كُيف المبدأ على أنّه من الضّمانات النسبية والمتغيرة في سبيل المحافظة على الرّوابط العقدية.

في سياق التّوضيح؛ فإنّ تكريس الأمن التعاقدي لا يتوقّف على الإرادة فحسب، بل على تدخّل الغير الممثّل في القاضي للحفاظ على ديمومة العقود. فإذا تحقّق الأمن في مرحلة تكوين العقد فغالبا ما يشوب عملية التّنفيذ عدّة إهتزازات تحيل وتمنع من إستمرارية تنفيذ الإلتزامات، تصل في بعض الحالات إلى مطالبة أحد أطرافها بإنهاء العقد عن طريق الفسخ. وحفاظاً على ديمومة العلاقات العقدية، وضمان الأمن والإستقرار في العقود، امتدت صلاحية القضاة في التّدخّل في العقود حتّى إلى مرحلة التّنفيذ، عن طريق آلية تعديل الإلتزامات.

(1) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص 21.

لقد إنطلقت الشريعة العامة من فلسفات عدّة؛ كاعتبار كلّ ما هو عقدي عادل، أو من اعتبار العقد شريعة العاقدين، الإهتمام بالمبادل الإهتمام بالمتعاقدين؛ كلّها إقتراحات وإعتبارات صحيحة، يمكن الأخذ بها، لكن ليس بإطلاقها. فعلى الرغم من الاعتداد بالمساواة المجردة في النظرية الكلاسيكية، إلّا أنّ هناك ما يُشير إلى انتباه المشرّع، للاختلال في المراكز العقدية للأطراف، وبالتالي التوجّه لإعادة التوازن العقدي والأمن للعقود بواسطة القاضي، وهو ما يظهر عند تنظيمه لكلّ من: الغبن والإستغلال، مكافحة الشروط التعسّفية، نظرية الظروف الطارئة، تعديل الشرط الجزائي، منح مهلة للطرف المرهق؛ كلّها إعتبارات وقف أمامها المشرّع الجزائري بعناية، وحرص شديد، تفوّق حتّى على التشريعات الغربية.

إنّ القراءة التحليلية، لمختلف الحلول المكرّسة من قبل المشرّع عند إعتراؤه بسلطة القاض، قصد إعادة الأمن العقدي، صلاحيات تراوحت بين النسبية والإطلاق على إختلاف موضوعات التدخّل، وقد ساهمت، وبحقّ في إهتزاز بعض المفاهيم والتصورات العقدية التقليدية -الثابتة-؛ فكان ولا يزال المظهر الأوّل الذي عكس التحوّل، والانتقال الفكري الجديد لنزعة المشرّع، وأفكاره ومنطقاته.

وعلى الرّغم من المحاسن والايجابيات التي حقّقها هذا الاعتراف؛ إلّا أنّه من جهة أخرى يبقى اعتراف تقليدي، أمام ما نشهده اليوم من تطوّر على جميع الأصعدة. كما، أنّه احتوى على ثغرات، وقيود، كانت السبب الأوّل الذي مهّد إلى بروز الإتجاه والتّصور الحديث للعقد، بعيداً عن الأسس التقليدية، الثابتة، الجامدة، وقبول أسس، ومفاهيم حديثة، تنطلق أساساً من نفس منطلقات ومحتكمات القاضي عند تدخّله في العقد، سواء في مرحلة الإنشاء أو التنفيذ.

ينحصر إشكال قانون العقود اليوم في وجود تعارض قانوني فاضح بين بعض الحقائق القانونية ببعض الآخر منها، عن طريق إصطدام بعض المبادئ الراسخة ببعض الآليات القانونية؛ ولعلّ مبدأ القوّة الملزمة للعقد هو النموذج الحي لمثل هذا التصادم، فمن جهة إعتترف المشرّع الجزائري بالسلطان للإرادة والحرية في إنشاء التصرّفات العقدية، وإنّ العقد يمثل شريعة العاقدين، ومن جهة أخرى خول للقضاء الصلاحية في التدخّل لإعادة التوازن العقدي للعلاقة العقدية متجاهلاً الإرادة المنشئة للعقد،

إنّ دقة الملاحظة في الآليات القانونية، التي يتدخل بها القاضي في العقد، نجد أنّها قد حملت في فحواها العديد من المبادئ الهامّة، التي لعبت دوراً في إعادة الإستقرار التّعاقدي؛ فترجمت في ثناياها وظيفيتين أساسيتين، إذ تعتبر من جهة أداة وآلية لفرض الرقابة القضائية على العقد بعيداً عن إرادة الأطراف، تجسيدا لدور الغير في المحافظة على العقد، ومن جهة مقابلة إعادة الأمن والإستقرار للعلاقة العقدية باسم مبادئ حديثة؛ كالمنفعة الإجتماعية (عن طريق أداة المحافظة على النّظام العام) والعدالة العقدية (إعادة التوازن العقدي والمساواة) التضامن بين الأطراف (توزيع تبعات الحادث الطارئ على العاقدين).

## الباب الثّاني

التّوجّه الحديث لتكريس الأمن القانوني

في العقد

يُشير الواقع الحالي، إلى تغيير ملامح وأسس النظرية العامة للعقد، فأصبحنا اليوم أمام ضرورة التمييز بين الأحكام التقليدية للعقود، المكرّسة في القانون المدني- لاسيما أمام تنامي الإعتقاد بعدم ملائمتها لفكرة التعاقد -، وبين أحكام النظرية الحديثة التي تختلف عن سابقتها، من حيث؛ الأسس، الأحكام، والمبادئ وحتى -أشخاص التعاقد -، المكرّسة بموجب التشريعات الخاصة.

وفي هذا الشأن؛ فقول أن: "العقد اليوم ليس العقد الذي كان يعرفه الرومان ولا العقد الذي كان معروفاً في القرون الوسطى"<sup>(1)</sup> وتتزايد متطلّبات الأمن القانوني في علاقته مع القضاء<sup>(2)</sup>، فالقاضي يعدل بحكمه ما كان جائراً في القانون، فيخلق القاضي وفي كلّ مرّة لا يجد أمامه نصّ قانوني الحلّ الملائم للنزاع<sup>(3)</sup>. ففي المجال القانوني، فإنّ وظيفة القاضي اليوم تتجاوز مجرد قراءة النصوص القانونية، تصل حتّى إلى خلقه، وفي سياق ذلك، أشار البعض إلى<sup>(4)</sup>: "إنّ المحاكم أقامت شيئاً فشيئاً بناءً خاصاً من القواعد القانونية... يثري العمل التشريعي، وبغير هذه الثروة... تشيخ القوانين ويلحقها الذبول"

أشار الأستاذ غستان<sup>(5)</sup>، إلى أنّ مختلف الوسائل المقترحة والمستخدمّة عن طريق آلية الرقابة القضائية لحماية المتعاقدين، تحوي على ثغرات عديدة، وأنّ مثل هذا الوضع يُدرس تحت إطار "تلاشي العقد أو زواله". فتدخلات المشرّع من جهة، والقاضي من جانب آخر، كان السبب الرئيسي في تعديل وتغيير- بشكل عام - ملامح القانون الوضعي للمجال التعاقدية غير أنّ هذا الأخير، يُعدّ الآلية الأكثر خطورة لهذا العصر، وأنّ النظام العقدي الوضعي، وجب إعادة صناعته<sup>(6)</sup>، نظراً لكون كلّ شيء فيه غامض ومختلط. لذلك وجب إعادة صنع قانون التعاقد من جديد، لاسيما أمام تنامي إقتراحات خطيرة متعلّقة، بإحلال بعض نماذج التشريعات الخاصة محل القانون المدني- قانون حماية المستهلك محل القانون المدني-<sup>(7)</sup>.

(1) - عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 30.

(2) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص 53.

(3) - حامد شاكر محمود الطائي، "دور الإجتهد القضائي في تحقيق الأمن القانوني"، كلية القانون، جامعة المستنصرية، مقال منشور على الموقع الالكتروني الآتي: <https://www.iasj.net/iasj/download/b470f2618a1477d>، تمّ الإطلاع عليه: 13 جوان 2023، على الساعة 23:00.

(4) - حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الإجتهد القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 2018، ص 18.

(5) - نقلاً عن: غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 100.

(6) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثر بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص 436.

(7) - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 232.

تشهد الأحكام المنظمة للعقد وتيرة من التطور، نظراً لتطور الحياة، وتبعاً لذلك، وانطلاقاً من كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية، حتم عليها التطور والتغير، مواكبةً للأوضاع الراهنة. ولتجاوز الفلسفة القائلة بتلاشي الروابط العقدية، وبوجود أزمة العقد، لابدّ اليوم قبول فكرة تطور العقد بتطور الحياة أولاً، حتى يتسنى تأطير وحماية العقد في ظلّ الأوضاع الراهنة ثانياً<sup>(1)</sup>. لكن هذه الحماية لا يمكن أن تتم بمنأى عن التدخّل القضائي الذي يعود له الفضل في تطوير فكرة الأمن القانوني عامة<sup>(2)</sup> (الفصل الأول).

وفي موضع آخر؛ ومن جهة أولى، أكدت الأستاذة كاثرين (RAYNOUARD Cathrine) على أنّ القانون المدني الفرنسي يبقى النموذج الاجتماعي الحيّ، فقواعده تعكس الترجمة الحرفية لمختلف الروابط التي تتشكل وتتفكك في المجتمع، هادفةً في مجملها إلى توفير الأمن القانوني للعلاقات التعاقدية<sup>(3)</sup>. ومن جهة أخرى، فإذا كان المجتمع يكفل مهمة تحديد بنية العقود بنصوص قانونية، وهذه البنية قوية لا يشملها التغيير إلّا في حدود ما يتغير إليه المجتمع<sup>(4)</sup>؛ فإنّ مرور قرابة خمسون سنة على إصدار القانون المدني الجزائري مدّة كافية للبحث عن مدى ملائمة أحكامه، لحكم مختلف القضايا والإشكالات المستجدة. تأكيداً على ذلك، وبالرجوع إلى القراءة التاريخية والتحليلية، وبالنظر إلى الأوضاع التي سنّ فيها القانون المدني الجزائري سنة 1975 نجد أنّ الواقع الاجتماعي، والاقتصادي، والقانوني، وحتى القضائي؛ للجزائر آنذاك مغاير تماماً عمّا نشهده اليوم من تطور وتغير على كافّة الأصعدة، لاسيما بدخول عصر التكنولوجيا والرقمنة.

إنّ الإشكال لا يتعلّق بالنصوص القانونية فحسب، بقدر يمتدّ حتى إلى القضاة، والجهاز القضائي. فعند الحديث عن الإصلاح التشريعي، لابدّ الالتفات إلى ضرورة اجتماعية وقانونية أخرى متعلّقة بالأمن القضائي على وجه الخصوص، والعمل على تدوين القوانين البريتورية، وكذا التوفيق بين سلطات القاضي في العقد مع إرادة العاقدین<sup>(5)</sup>. ناهيك عن إشكالية فكرة العدول عن الإجهادات القضائية، ومدى خطورتها على فكرة التوقعات المشروعة للمتقاضين عموماً، وحتى على الأمن العقدي والقانوني على وجه أخصّ (الفصل الثاني).

(1) – NGONÉ Diatta, Op-Cit, p08.

(2) – SOULAS De RUSSEL Dominique, RAIMBAULT Philippe, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : Une mise au point », Revue internationale de droit compare, Vol 55, N°1, 2003, p84.

(3) – RAYNOUARD Cathrine, « La chancellerie et la réforme », Art publié, dans l'ouvrage collective intitulé sur: L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Op-Cit, p03.

(4) – علي فيصل علي الصديق، المرجع السابق، ص 73. أيمن العشماوي إبراهيم، المرجع السابق، ص 155-161.

(5) – GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p35.



## الفصل الأول

نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد:  
بين الأزمة وواقع التّطوّات الرّاهنة

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

لا يجب أن تقتصر مسألة إستعمال مبرر الأمن القانوني لتبرير أمر ما<sup>(1)</sup> وعكسه في آن واحد، دون الأخذ في ذلك إعتبارات أخرى. فإذا كان العقد يحظى بالحماية باسم الأمن القانوني من خلال فرض وتكريس القوّة الملزمة له<sup>(2)</sup>، فإنّه وبنفس القدر فباسم الأمن القانوني يتم السماح بتدخل القاضي لتعديل العقد ومقتضياته، وهو ما يتعارض مع الفرض الأوّل!

لقد انتقد الأستاذ ريمي (CABRILLAC Rémy)<sup>(3)</sup> فكرة تعرض العقد للأزمة، وأكّد على أنّ هذا الإصطلاح مجرد -خدعة- للتشكيك بفكرة وجود العقد، وعدم قبول فكرة أخرى تتعلّق بالتطوّر الحيوي الذي طال مجال العقود. فالعقد ليس في تراجع بقدر ما يشهد مضياً للأمام<sup>(4)</sup>. ولا يمكن تجاهل المكانة البارزة له في مجال المعاملات، فهو في نظر الأستاذ كورنو (CORNU Gérard) بمثابة القانون العام للأعمال القانونية (Droit commun des actes juridique)<sup>(5)</sup>. فالعقد لم يضطرب، بل هو مجرد إعادة ترتيب وتفسير لمبدأ سلطان الإرادة بعد إطلاقه<sup>(6)</sup>، خاصّة أنّ هذا الأخير ليس المبدأ الوحيد لقانون العقود<sup>(7)</sup>. فالعقد يشهد نهوضاً وتطوّراً ملحوظاً<sup>(8)</sup>، لاسيما أمام تزايد الطابع العام أو الجماعي للعقود. فأصبح اليوم إضافة لكونه ذو طابع خاص، صار ذو طابع جماعي أكثر، فلم يعد مبدأ القوّة الملزمة المبدأ الوحيد لتحقيق الأمن في العقود.

كما أنّ شيوع فكرة، العقد هو الصورة المثالية للعدل، فكرة نالت رفضاً من قبل المذاهب الإجتماعية والموضوعية. فالعقد ليس إلّا نظاماً اجتماعياً؛ لا يستند إلى محض الإرادة المطلقة بل هناك إعتبارات اجتماعية مجسدة في الحاجة إلى الإستقرار في المعاملات والثبات والثقة التي يجب أن يكون عليها العقد<sup>(9)</sup>. وهذه الإعتبارات الأخيرة لا يمكن تجسيدها، إلّا بتدخل المشرّع عن طريق القضاة، والسّماح لهم بمراجعة العقود، وإنقاذ العلاقات العقدية ذات الطابع غير المتوازن.

(1) - غميجة عبد المجيد، "أبعاد الأمن التعاقدية وارتباطاته"، مداخلة مقدّمة في اللقاء الدولي حول: الأمن التعاقدية وتحديات

التّمتية، يومي 18 و 19 أبريل، المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات، 2014، ص 08

(2) - وفقاً للشكل الذي أوضحناه في الباب الأوّل.

(3) - "... Un nouvel essor du concept contractuel". CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p36.

(4) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 810.

(5) - Voir: ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Op-Cit, p51.

(6) - محمد محسوب، المرجع السابق، ص 08.

(7) - JAOUL Mélanie, MATHIEU Marie-Laure, Op-Cit, p843.

(8) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 802.

(9) - بوبينار بلقاسم، "الطول الموضوعية لأزمته العقد والمسؤولية في القانون المدني الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلّد 07، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2022، ص 579.

## المبحث الأول

### التدخّل القضائي في العقد: مظهر من مظاهر إضطراب العقد

ناد فلاسفة القرن 19 وبعض روّاد النّوثة الفرنسية بالتخلّي عن السّلطة التّقديرية للقاضي في العقد وطالبوا باقتصار دوره على تطبيق القواعد القانونية تطبيقاً "آلياً"، وفي هذا الشّأن قال الفقيه مونتيسكيو: "أنّ قضاة الوطن ليسوا إلّا الفم الذي ينطق بكلمات التّشريع"، وسانده في الرّأي الفقيه (ROBESPIERRE) ب: "أنّ كلّما الإجتهد يجب أن تمحي من لغتنا"<sup>(1)</sup> رافضين أيّ تدخّل قضائي في العقد، خشية إدخال هذا الأخير في دائرة اللّاستقرار<sup>(2)</sup>. كما أشار الفقيه سافاتيه إلى التّغير الجذري الحاصل في مجال العقود؛ وفي هذا شأن ذلك يقول: "ما أجمل وأبسط مفهوم العقد في التّقنين المدني"<sup>(3)</sup> فالتدخّل القضائي في العقود قد أسفر بتشويه فكرة العقد، فأصبح إلى جانب إتّساع محتوى العقد؛ لم تعد للإرادة أهمية أو دور، بل أصبحت الإرادة ثانوية وضعيفة، أمام إرادة القاضي الأولى القوية، فدخل العقد في أزمة<sup>(4)</sup>.

أشار الأستاذ كورنو في إلى اصطلاح الأزمة (Crise) في قاموسه، بأنّه ذلك الوضع الذي يفيد الإضطراب أو النّزاع<sup>(5)</sup>، وقياس ذلك على مادة التّعاقد، تعني أنّ العقد في اضطراب، نتيجة مراجعته من قبل القضاة، دون رضا الأطراف، فلم يبق للأطراف السّلطة الواسعة على المضمون العقدي، بسبب فرض الرّقابة القضائية عليه في مختلف مراحله.

يجسّد القاضي ميزان العدل؛ بدليل أنّه ملزم بالحياد؛ وخلاف ذلك، من شأنه أن يؤدّي إلى ميل ميزان العدل، وهو ما يتعارض مع غاية المشرّع الأولى. وبناءً على ذلك، فإنّ مهمة القاضي تنحصر بتطبيق القواعد القانونية المصاغة من المشرّع وإحترام بنود العقد المحرّرة بإرادة الأطراف امتثالاً منه لما يفرضه الحياد، باسم مبرر تحقيق العدالة، وكلّ مخالفة لذلك، تعني في جوهرها مخالفةً للقانون في حدّ ذاته وهو ما يعدّ مبرراً لنقض الحكم<sup>(6)</sup>.

(1) - حامد شاكر محمود الطائي، "دور الإجتهد القضائي في تحقيق الأمن القانوني"، المرجع السّابق، ص 19.

(2) - عثمان بلال، "القاضي طرف جديد في العقد المدني"، المجلّة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلّد 15، العدد 01،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرّحمان ميرة، بجاية، 2017، ص 430.

(3) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السّابق، ص 801.

(4) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصّص: القانون الخاص،

كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2020، ص 55.

(5) - كورنو جيرار، المرجع السّابق، ص 129.

(6) - بسام أحمد حمدان، المرجع السّابق، ص 132.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

إنّ التدخّل القضائي في العقد بسلطاته العديدة-التعديل، الإكمال، الإنقاص، التّكييف، التّفسير-، لا يخرج عن كونه مجرد، تنظيم جديد، من صنع القضاة<sup>(1)</sup>، ممّا أدّى إلى اضطراب المعاملات العقديّة، وشيوع مفهوم وتصور أزمة العقد (المطلب الأوّل)، نتيجة التدخّل القضائي الكثيف في العقود، بإستحداث إلّتزامات جديدة في مضمون العقد دون إتّفاق الأطراف بشأنها، بل كانت من خلق وصنع القضاء، إلى جانب ما تمّ الإتّفاق عليه من قبل المتعاقدين؛ الأمر الذي أسفر إلى اكتظاظ المضمون العقدي بالإلّتزامات (إتّفاقية وقضائية معاً) (المطلب الثّاني).

### المطلب الأوّل

#### تشخيص أزمة العقد

لقد انتشرت في الآونة الأخيرة مفاهيم وأفكار تبحث أساساً عن؛ الاستقرار، التّوازن، الأمان، الحماية الأمان...، ووصفت بالأفكار المهيمنة في الوسط القانوني<sup>(2)</sup>. ومن جانب آخر، فقد تعرّضت فكرة الأمان القانوني لكثير من الانتقادات والشّكاوي<sup>(3)</sup>، وأشار البعض إلى أنّ المبدأ مهدّد بالزّوال شيئاً فشيئاً<sup>(4)</sup>. والحديث عن الإستقرار والتّوازن العقدي في ظلّ المعطيات الرّاهنة أصبح أمر مستعجل، خاصّة في ظلّ سيطرة أحد الأطراف على الآخر، بصورة أصبح العقد تحت سيطرة المتعاقد الأقوى. الأمر الذي أثر سلباً على مبدأ الاستقرار والمساواة والتّوازن للرّوابط العقديّة.

تتمّة لذلك؛ ولتحقيق الأمان في المجال العقدي، كثقافة جديدة وحديثة، وكنظام تعاقدية مختلف، في مواجهة السّلطة المنفردة في تقرير مصير العقد منذ إبرامه إلى غاية تنفيذه، أقرّ المشرّع للقاضي صلاحيته بالتّدخّل لإعادة التّوازن والعدالة العقديّة<sup>(5)</sup>؛ غير أنّ الوضع الرّاهن أثبت أنّ القاضي قد توسّع في التدخّل في العقد، تحت غطاء البحث عن التّوازن العقدي، متجاهلاً شرط إستقرار العلاقة العقديّة من جهة، وحرمة إتّفاق الأطراف من جهة أخرى، ناهيك عن إعتبار تدخّل القضاء في كثير من الحالات يكون متجاوزاً للصلاحية المسندة إليه؛ حتّى قيل في هذا الشأن أنّ القاضي أصبح طرفاً ومصدراً جديداً للعقد.

(1) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثراء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السّابق، ص 441.

(2) - FAVENNEC-Héry Francoise, Op-Cit, p01.

(3) - RENAN Friederich, Op-Cit, p21.

(4) - BEECK Jérémie, De la certitude a la confiance (Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour de justice de l'union européenne), Anthemis, Bruxelles, 2014, p17.

(5) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السّابق، ص 35.

## الفرع الأول

### تأصيل أزمة العقد. نظرة حول المفهوم والأبعاد

وُصفت الأحكام التقليدية للعقد في العصر الحديث بالفاشلة، نتيجة التّخفيف من صرامة وفعالية مبدأ القوّة الملزمة للعقد<sup>(1)</sup> على وجه الخصوص، وبعض المبادئ القانونية الأخرى. فتنامي الاعتقاد بقصور الإرادة، عن تفسير الظواهر العقدية. أسفر بإنكار دورها في العقد كلباً، وصل ذروة الاعتقاد بأنّ العقد يشهد أزمة<sup>(2)</sup> حادّة تُهدّد وجوده. أي التّشكيك في دور الإرادة في إنشاء وتحديد مضمون العقد، وحتّى في المحافظة على العلاقات العقدية. وتبقى الأنظمة القانونية لعقد العمل أبرز الأمثلة عن الاعتداءات الأكثر بداهة على المبادئ التقليدية لقانون العقود<sup>(3)</sup>، والأحكام التي تضمّنها باسم مواكبة متطلّبات العصر، والحاجة إلى إصلاح القوانين المنظّمة لعلاقات العمل، غير أنّ وهذه الإصلاحات يُنظر إليها بمن وجهة النظر مؤسف لنزعة طبيعية هدفها تغليب دور الدولة على المبادرة الفردانية.

تتصرف أزمة العقد وفقاً للمن وجهة النظر العام؛ إلى اعتبار أنّ العقد الذي كان يتمتّع بحظوة كبرى ودور هام في حياة الفرد والجماعة في ظلّ أحكام النّظرية التقليدية للعقد، بدأ شيئاً فشيئاً بالاضمحلال، بحيث أصبح مضمون العقد يتحدّد بموجب نصوص القانون، لاسيما أمام التّوسّع في تطبيق فكرة النّظام العام، التي تحدّد كافّة الأحكام التي يحتويها المضمون العقدي، وبذلك لم تبقَ إرادة الأطراف سوى مجرد شكلية نظرية.

في حين انصرف بعض الفقه إلى اعتبار أزمة العقد، أزمة عرضية وثانوية؛ من خلال حصرها بجانب خاصّ، إمّا بربطها تارةً ببعض الفلسفات والنّظريات، كبروز دراسات حول أزمة العدالة العقدية<sup>(4)</sup> أو تلك المقترنة (الأزمة) ببعض القوانين على وجه الخصوص<sup>(5)</sup>، كأزمة القانون المدني في ظلّ إتّساع نطاق قانون المستهلك.

(1) - جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصّص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014، ص 204.

(2) - عبد النور، جربوعة منيرة، المرجع السّابق، ص 204.

(3) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السّابق، ص 51.

(4) - محمد محسوب، المرجع السّابق، ص 88.

(5) - راجع في ذلك مقال ل: بودالي محمد، المرجع السّابق.

## أولاً: ظهور أزمة العقد

إنّ الفصل في الكشف عن ظاهرة أزمة العقد يعود إلى المذهب الموضوعي، والذي أشار إلى الأزمة التي وقع فيها المذهب الشّخصي، من خلال تراجع القوّة الملزمة للعقد، والاعتداءات المتوالية عليه. فإنكماش دور الإرادة وعجزها عن إنشاء عقود متوازنة عادلة، وبروز ظاهرة عدم تكافؤ المراكز القانونية للأطراف، كانت السّبب الأول للاعتداء على القوّة الملزمة للعقد، من خلال السّماح للمشرع بالتدخّل لتنظيم العقد تارةً، وبإعطاء الصّلاحية للقاضي للمسّاس به ومراجعتة تارةً أخرى. وهو الوضع الذي أدّى إلى الزيادة في فرض قواعد جديدة، لاسيما من قبل القضاة، غالبيتها غير مألوفة بالنسبة للمتعاقدين، فترتب عن ذلك، تصدّع فكرة العقد حتّى أصبحنا أمام -نظام خاص- بعيداً عن إرادة العاقدين.

تبعاً لذلك، فلم يعد العقد نتاج إتحاد الإرادات، بل نظام خاص من صنع المشرع والقاضي، ممّا دفع البعض بالتنبأ بنهايته وزواله<sup>(1)</sup>، بينما ركّز البعض الآخر على إعتبار أزمة العقد، قد تعدّت كلّ ذلك لتصبح أزمة تقنية نتيجة المسّاس بالعديد من أحكامها ومبادئها إلى درجة توقّع زوال النّظرية العامّة للعقد<sup>(2)</sup>.

لاحظ الفقه الفرنسي خلال القرن العشرين خطورة ما تعرّض له العقد -مؤخراً-، نتيجة تزايد التدخّل القضائي في مضمونه، بسبب عجز القواعد والمبادئ العامّة للعقود عن إحتواء التطوّر الهائل الذي مسّ العديد من القطاعات. وقد سلّط الفقه الفرنسي الضّوء على ما تعرّض له العقد من اضطرابات وتغييرات في شتى مراحله.

بحيث كتب الفقيه ميشال (MICHEL) سنة 1964، مقالاً تحت عنوان: "زوال أو تدهور العقد" (*Le déclin du contrat*)، موضحاً بأنّ تراجع العقد وإضطرابه بات أمراً مألوفاً مؤخراً، وقد بلغ ذروته حتّى أوشك على الزوال<sup>(3)</sup>، وبعد أربعة سنوات، تحديداً عام 1968 ذهب العميد باتيفول (BATTIFOL) إلى كتابة مقال أخذ صدى واسع عند الفقه بسبب الأفكار والخطوط العميقة التي تعرّض لها تحت عنوان: أزمة العقد ومداها (*La crise du contrat et de portée*)<sup>(4)</sup> وهو ما أشار إليه أيضاً الأستاذ "غستان"<sup>(5)</sup> مؤكداً حقيقة تعرّض العقد لأزمة تهدّد كيانه ووجوده.

(1) - بوبنار بلقاسم، المرجع السابق، ص 578.

(2) - بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 21"، مداخلة أُلقيت في الملتقى الوطني حول: مستقبل النّظرية العامّة للعقد في ظلّ تزايد التشريعات الخاصّة، يومي 19 و 20 فيفري، كليّة الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص 02.

(3) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 33.

(4) - بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 21"، المرجع السابق، ص 01.

(5) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 187.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

لقد كان لكلّ تلك الدّراسات، والآراء الفقهية؛ الفضل الكبير في إنتشار هذا الإصطلاح في السّاحة القانونية. وعلى الرّغم من حداثة الإصطلاح، وغموضه مبدئياً خاصّة طبيعته اللاّقانونية؛ إلّا أنّ ذلك لم يمنع من تداوله على لسان كبار القانونيين<sup>(1)</sup>، فكان عنواناً ودافعاً للمطالبة بإصلاحات جذرية للأحكام المنظّمة للعقد.

### ثانياً: تعريف أزمة العقد

يراد بأزمة العقد؛ تلك الحالة التي أضحى بها العقد في إطار القانون المدني بالمقارنة مع المعطيات الإقتصادية والإجتماعية الرّاهنة؛ فأزمة العقد، تعبيرٌ عن حالة معينة يوجد فيها العقد واقعياً<sup>(2)</sup>. بحيث، أنّ الظروف الرّاهنة، أكّدت حقيقة تعرّض العقد لأزمة أدّت إلى تقهقر نظام التّعاقّد، نتيجة المساس بأهم مبادئه، القوة الملزمة للعقد؛ ممّا ربّث إنعدام الثّقة في الأطراف عند الإقدام على التّعاقّد، مادام أنّه، وفي كلّ الأحوال، العقد معرّض للتّعديل أو حتّى الإنهاء من قبل القضاء.

ضيف على ذلك، فإنّ تعدّد التّعريفات المقدّمة للعقد، أدّت إلى بروز أزمة غموض في المفهوم (*Imprécision de la notion*)، حيث عرّفه م ج ناهيك عن م 54 من ق.م.ج<sup>(3)</sup>، في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، قانون الممارسات التّجارية... إلخ، باعتبارها قوانين ديناميكية ومرنة تستجيب لكلّ ماهو جديد. فالمفهوم الإرادي للعقد لم يعد ملائماً لحكم المستجدّات الحالية، وليس محلّ ثقة بالنسبة للأطراف<sup>(4)</sup>. و"الأزمة" المتداولة حالياً لا تتعلّق بمصدر الإلتزام -العقد- فحسب، بل هي أزمة للتّصور الكلاسيكي للمعاملات العقدية.<sup>(5)</sup> فالعقد اليوم، تجاوز ما تضمّنه القانون المدني في نصوصه أو في فحواه، إلى ما تقرّضه التّشريعات الخاصّة.

وفي ذات السّياق، تساءل البعض عن صحّة طبيعة هذه الأزمة، إن كان مردّها القضاء (أزمة قضائية) أم إلى الفقهاء (أزمة فقهية) أم تعود إلى العقد (أزمة عقدية)<sup>(6)</sup>. إلّا أنّ دقة الملاحظة، وحسب وجهة نظرنا، وبكلّ تحفظ، فإنّ أزمة العقد تبقى صنيعة فقهية. فعلى الرّغم من أنّ أحكام الأمر رقم 75-

(1) - بحيث عقدت بشأنه العديد من النّدوات والمؤتمرات العلمية، قيّمت وشخّصت هذا التّحدّي الفكري، والتّوجه القانوني. ونظراً لحساسيته وخطورته، دفع العديد من الدّارسين للاهتمام به، فكانت عنواناً لدراساتهم سواء بصورة صريحة أو ضمنية دالة على وجود الأزمة، كدراسة حول مستقبل العقد.

(2) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السابق، ص.ص 797-799.

(3) - راجع مضمون المادّة 54، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السابق، ص. 805.

(5) - بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 21"، المرجع السابق، ص. 01.

(6) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السابق، ص. 804.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

58 أغلب قواعده عرفت تناقضات عدّة، لاسيما مع التشريعات الخاصّة؛ إلّا أنّ ذلك يعود إلى البيئة التي وضع فيها القانون المدني آنذاك، والمختلفة عمّا نشهده ونحتكّ به اليوم، ناهيك عن عوامل سياسية تاريخية أثّرت هي الأخرى على صياغة تلك القواعد.

### ثالثاً: أبعاد أزمة العقد

لقد ترتّب عن الإختلاف الفقهي حول فكرة أزمة العقد، تعريفاً، وطبيعةً، اختلافاً آخر يتعلّق بتحديد نطاق أزمة العقد، إذ فهناك من يرى أنّها فكرة عامّة مسّت كلّ العقد، كيانه ووجوده؛ وهناك من يرى أنّها اقتصرّت على أحد المبادئ الجوهرية المكوّنة للعقد<sup>(1)</sup>. ومازاد الإشكال صعوبة أنّ الأزمة التي يتحدّث عنها الفقه قد إقترنت بالعقد، وهذا الأخير مفهوم مرّن، متغيّر، وغير ثابت. فالعقد الذي كان بسيطاً، ثابتاً في العهد الرّوماني، والذي ينطوي على إتّفاق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية؛ تغيّرت ملامحه بسبب المعطيات الإقتصادية، والإجتماعية الحالية. وذات الوضع ينطبق على التعريف الوارد في القانون المدني الجزائري، فبفعل التّغيرات الرّاهنة لاسيما الانتقال والتّحول إلى العصر التكنولوجي؛ وضع كشف التّغير الكبير في مفهوم، وأطراف العقد وحتّى آثاره، لاسيما أمام تنامي الاهتمام التشريعي بالقوانين الخاصّة. كما أنّ عدم الإتّفاق على التعريف الفقهي، وحتّى القانوني، الجامع والمانع للعقد، أثّر سلباً على فكرة الأمان التّعاقدي بوجهها التّقليدي.

### 1 . أزمة أساس

يتعلّق نطاق أزمة العقد، إلى أزمة من حيث الأساس، أي بالنّظر إلى الأساس الجوهرية لتكوين العقود، فالوضع الحالي لا يقتصر على مجرّد تقييد الإرادة وسلطانها وإنزالها مرتبة الإستثناء، بل أصبحنا أمام مبادئ قانونية مستحدثة تحلّ محلّها، كمبدأ التّوجيه العقدي (العقود الموجهة **Les contrats dirigés**)<sup>(2)</sup> أين تعتبر الدّولة طرفاً فيها. فلم يبق العقد موجّهاً في نشأته فحسب، بل إضافة لذلك، توجيهه عند القيام بتنفيذه وذلك إمّا من طرف المشرّع أو القاضي، باسم الضّرورات الإجتماعية<sup>(3)</sup> فدخل بذلك العقد في الأزمة من حيث الأساس.

(1) - بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 21"، المرجع السابق، ص 04.

(2) - انظر في تعريف العقد الموجه، سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثر بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص.ص 438-439.

(3) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 803.



## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

والواقع يُثبت القيمة القانونية التي حضي بها مبدأ القوّة الملزمة للعقد، لاسيما في إعطاء العقد القوّة لتنفيذه تشبه إلى حدٍّ ما قوّة القاعدة القانونية في تطبيق ما أوتي منها من حكم، وهذه القيمة استمدّها في ظلّ المذهب الشّخصي؛ إلّا أنّه، وبفعل التطوّرات الإقتصادية والإجتماعية الرّاهنة، وبروز تشريعات خاصّة كثيرة، وكذا الإختلال بين أطراف العلاقة العقدية (طرف ضعيف أمام طرف قوي)؛ كلّها عوامل أدّت إلى إهتزاز فلسفة المذهب الفردي الممّجدة للقوّة الملزمة، بحيث لم يعد دوره إلّا متواضعا في إنشاء أو تنفيذ العقود وحتّى إنهاءها، فاهتزّت على إثره صورة مبدأ القوّة الملزمة للعقد، الذي يعدّ الأساس الجوهري لقانون العقود.

### 2 . أزمة مبادئ

يرى البعض أزمة العقد بمن وجهة النظر أزمة مبادئ النّظرية العامّة للعقد، فالتمسك بمبدأ سلطان الإرادة، استلزم واستتبعه بالضرورة تمجيد بعض المبادئ القانونية أهمها مبدأ القوّة الملزمة للعقد (المادة 106 من ق.م.ج)؛ إلّا أنّ هذا المبدأ شهد إنتهاكا صارخا في الآونة الأخيرة، حيث تمّ الإعتداء على مبدأ الرّضائية<sup>(1)</sup>، من خلال فرض الكتابة على بعض العقود، سواء للإنعقاد أو الإثبات، أو فرض بعض البيانات في بعض العقود<sup>(2)</sup>، إلى غيرها من صور التدخّل التشريعي في المجال العقدي، وأهمها تجاهل مضمون مبدأ القوّة الملزمة للعقد، من خلال السّماح بمراجعة القاضي للعقد... الخ.

### 3 . أزمة مفاهيم

لقد أكّد الاستاذ غستان أنّ أزمة العقد مردها إلى أزمة مفاهيم، ترجع أساسا إلى مفهوم العقد المؤسّس عند المذهب الفردي الحر<sup>(3)</sup>. فالمفهوم الكلاسيكي للعقد في مدوّنة نابليون والذي تأثرت به أغلب التّشريعات المقارنة؛ شهد تغييرات جذرية راجعة في الأساس إلى الإضطرابات الناتجة عن الثّورة الصّناعية وأثرها الكبير على فكرة العقد<sup>(4)</sup>. تتجلى في حقيقتها في عدم التّطابق بين المفهوم الذي صيغ للعقد آنذاك مع الوضع الحالي الذي آل إليه، نتيجة التطوّر<sup>(5)</sup>. فقد كان قانون العقود - إلى عهد قريب - يُعرف بالثبات نتيجة

(1) - بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 20"، المرجع السابق، ص 07.

(2) - انظر نصّ المادّة 418 ف1، من الأمر رقم 58-75: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلّا كان باطلا..."، المرجع السابق. ونصّ المادّة 883 ف1، التي تنص على: "لا ينعقد الرهن إلّا بعقد رسمي..."، المرجع السابق.

(3) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 188.

(4) - NGONÉ Diatta, Op-Cit, p02.

(5) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 805.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

إستقرار المفاهيم الّتي يقوم عليها، ولكن الأمور تغيّرت كثيراً مع نهاية القرن (20) وبداية القرن (21)<sup>(1)</sup>.

بدليل، المفهوم القانوني وحتّى الفقهي الّذي صيغ للعقد لا يزال على حاله في ظلّ أحكام القانون المدني<sup>(2)</sup>. ذلك، أنّ العقد -في يومنا هذا- لم يعد قائماً على مفهوم واحد فحسب، والّذي يشمل عاقيه فقط، بل أخذ إلى جانب مفهومه القديم، تطوّراً كبيراً ظهر بواصره ضمن التّشريعات الخاصّة، فكشف العيب الّذي طال النّظرية العامّة للعقد، بحكم أنّها الإطار العام لكلّ ما يدخل ضمن الدّائرة التّعاقدية. فإذا كانت الممارسات والأشكال التّعاقدية قد تطوّرت على مرّ السنين، فإنّ ذلك استتبع بالضرورة تطوّر أسس، ومبادئ وكيفية إنعقاد العقد، والآثار المترتّبة عليه، والسّلطة المخوّلة للقاضي في التّدخّل لمراجعته، وهو ما أدّى إلى تراجع الأحكام الّتي تبناها المشرّع في إطار القانون المدني.

أثبت الواقع الرّاهن، قصور المفهوم الإرادوي للعقد القائم على القوّة الملزمة للتصرّفات العقدية، وهو ما دفع الفقه إلى توقّع انتكاسه، لاسيما مع بروز موضوعية العقد الخاضع لمقتضيات النّظام العام<sup>(3)</sup>. وإذا كان مفهوم العقد بسيطاً في ظلّ النّظرية التّقليدية، فإنّ الطّروف الإقتصادية والإجتماعية للعصر الحديث كانت كغلبة بإثبات قصور، وعجز هذا المفهوم، عن إحتواء ظاهرة العقد بأكملها، وعن تفسير الكثير من المسائل المرتبطة به، وعن تحديد مركزه القانوني وسط التّصرّفات القانونية الّتي كشفت عنها الحياة العملية فأصبح العقد شيئاً فشيئاً، يأخذ منحى التّركيب في الأحكام، والخصائص، وحتّى التّكييف، وهو ما التمسناه في عقد البيع بالايجار، البيع بناءً على التّصاميم،... إلخ.

بناءً على ذلك، وفي سياق التّوضيح، برز التّشكيك في بعض المفاهيم، أهمّها -على سبيل المثال لا الحصر- ما تضمّنته المادة 54 من ق.م.ج، بشأن تعريف العقد، وعدم توحيد المشرّع لمسألة التعريف بالمقارنة مع التّشريعات الخاصّة، كذلك بالنّسبة لما تضمّنه نصّ م106 المترجمة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ القوّة الملزمة للعقد، حقائّق لا تخرج عن كونها مجرد مفاهيم نصّية نظرية، لا ترقى أن تترجم أو تحكم النّاحية الواقعية. لاسيما ببروز التّعاقد الإجباري، عقود الإذعان، التّدخّل التّشريعي والقضائي لمراجعة العقد.

وصفوة القول، وإنّ تمّ الأخذ بصحّة وجود أزمة العقد؛ فإنّها يمكن أن تترجم وباختزال، بعدم التّطابق بين المفهوم القانوني الّذي وُضع للعقد، وبين وجوده في الواقع العملي. بمعنى وجود تناقض بين مفهوم

(1) - بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 20"، المرجع السّابق، ص05.

(2) - NGONÉ Diatta, Op-Cit, p03.

(3) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السّابق، ص.ص799-801.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

العقد ووظيفته الحقيقية؛ فخرج النّصّ عن الواقع الذي فرض عقوداً دون رضی الطرفین (العقود الجبرية ومثالها العقود المبرمة بين المؤمن وشركة التأمين) أو حتّى بإذعان أحد الأطراف (كعقود الاستهلاك المبرمة بين الطّرف الضّعيف والقوي) سبب جوهري لشيوع الأزمة من حيث المفهوم. فشيوع الأزمة الحالية مردّها إلى تجاهل المشرّع لوظيفته الأولى المتمثلة، في تنظيم الوقائع والمستجدّات الرّاهنة تنظيمياً محكماً، تحقيقاً لفكرة الأمان للنّصّ القانوني؛ فالواقع، أثبت عجز المشرّع عن وضع تعريف شامل، جامع ومانع للعقد، والذي ساهم في إضطراب الأحكام وتناقضها وتعارضها. فحتّى وإن كانت مهمّة وضع التعاريف ليست مهمّة المشرّع بل الفقه، إلّا أنّ منطق المشرّع ومسلكه يشوبه الغموض والاضطراب، تارةً يمتنع عن تعريف العقد، تارةً أخرى يلتزم بذلك، ويقع في الخط والتّعارض مع ما كرّسه في قانون آخر (تعارض تعريف المشرّع لفكرة العقد بموجب قانون حماية المستهلك، وقانون الممارسات التّجارية، وحتى قانون المنافسة؛ مع ما تضمّنه نصّ م54 في القانون المدني الجزائري).

### 4 . أزمة تصوّرات

إنّ ما لحق العقد ينحصر في أزمة التّصور الكلاسيكي للعقد، من خلال خروج هذا الأخير من نزعته الفردية إلى الجماعية، ممّا فرض على الدّولة ضرورة التّدخّل قصد تنظيم العملية العقدية باسم حماية الطّرف الضّعيف<sup>(1)</sup>. ويبدو أنّ أزمة التّصورات، مردّها المعادلة الصّعبة القائمة بين منطق الدّولة، ومنطق السو. فكلّما تغلّب الأوّل، طغى العقد بالنزعة الموضوعية نتيجة تدخل الدّولة في تنظيم العقد على حساب إرادة الأطراف. وكلّما تغلّب الثّاني، تشبّع العقد بالنزعة الذاتية، من خلال انفراد الأطراف بتنظيمه<sup>(2)</sup>. وعلى الرغم من تبني المشرّع النّظام الإشتراكي، القائم على محاربة الليبرالية، وفسح المجال لتدخل الدّولة في جميع شؤون الحياة التّعاقدية، إلّا أنّ هذا التّدخّل لم يدم طويلاً. بحيث، سرعان ما أخذت الدّولة تتراجع تدريجياً عن ذلك؛ ومن ملامحه إصدار قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وقانون المنافسة، وتنظيم الممارسات التّجارية... فبدأ التّصور الذّاتي يستعيد مجده (إلّا أنّ ذلك لا يعني زوال النّظرة الموضوعية للعقد فمظاهرها لا تزال منتشرة بقوة من خلال العقود الجبرية والعقود المنظّمة والعقود النّوذجية)، فكان ذلك عنواناً لبروز أزمة جديدة بتصور جديد -أزمة التّصور الموضوعي للعقد-<sup>(3)</sup>.

(1) - بناسي شوقي، قانون العقود (دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي -المعدل-والفقه الإسلامي)، المرجع السّابق، ص26.

(2) - بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 20"، المرجع السّابق، ص09.

(3) - المرجع نفسه، ص08.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الراهنة

يمكن الاعتقاد بأنّ، تعرّض التّصوّر الفلسفي الذاتيّ للأزمة، يرجع أساساً إلى المنطلقات السّلبية له، بحيث أنّ المساواة بين المتعاقدين أمر مفترض قانوناً؛ غير أنّ ظهور وتطوّر الثّورة الصناعيّة، وما نتج عنها من تفاوت فاضح بين الأطراف المتعاقدة، مظهرٌ يُشير إلى انعدام المساواة بين الأطراف؛ وعلى إثرها تدخلت الدولة بقوة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، قاصدةً حماية الطرف الضّعيف، فانكمش التّصوّر الذاتيّ؛ لحساب التّصوّر الموضوعي القائم على تدخّل الغير.

### 5 . أزمة تكييف

لقد أفرز التدخّل التشريعي في الحقل الاقتصادي والاجتماعي، أنواعاً جديدة من العقود؛ كعقد حفظ الحقّ، وعقد البيع على التصاميم<sup>(1)</sup>، والإعتماد الإيجاري، وغير ذلك من المعاملات العقدية الوافدة من البلاد الأوروبيّة، والتي عادة ما كانت نتيجة للممارسات العقدية<sup>(2)</sup>. إلّا أنّها كانت ولا تزال محلّ إختلاف وجهات النّظر فيما يخصّ مسألة إعطاء الوصف القانوني لها (تكييفها)<sup>(3)</sup>، واكتفوا بإعتبارها "عقوداً من نوع خاص" (*sui generis*)، وهذه العبارة، في حقيقتها، تفيد "رفض التكييف" (*Refus de qualification*)، على حدّ تعبير الأستاذ بنّاسي<sup>(4)</sup>. فبرزت بذلك أزمة العقد من زاوية التكييف.

### 6 . أزمة مصطلحات

انطلاقاً من اعتبار القانون علماً من العلوم الاجتماعية، وكل علم ينفرد بمصطلحات ومفاهيم خاصة به، فلا يمكن إذن أن نتصوّر وجود مصطلحين أو أكثر للدلالة على نفس المفهوم، إلّا إذا تعدّدت المجالات العلمية لذلك هذا من جهة أولى<sup>(5)</sup>. ومن جهةٍ مقابلة، لا يختلف إثنان عن الفشل الفاضح للمشروع الجزائري في استخدام وانتقاء المصطلحات القانونية المعبرة عن الحقائق العملية في مواد القانون المدني، وحتّى

(1) - راجع بخصوص عقد حفظ الحقّ وعقد البيع على التصاميم: المرسوم التنفيذي رقم 13-431، المؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحقّ وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، ج.ر.ج.د.ش العدد 66، الصّادر في 25 ديسمبر 2013.

(2) - فيلالي علي، العقود الخاصّة (البيع)، موفم للنشر والتّوزيع، الجزائر، 2018، ص13.

(3) - DELEBECQUE Philippe, «Le mondat», Art publié dans l'ouvrage collective intitulé sur : L'avant -projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Op-Cit, p34.

(4) - بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 20"، المرجع السّابق، ص10.

(5) - انظر: بناسي شوقي، "المصطلح بين علم المصطلحات وعلم القانون"، مجلة بحوث، الجزء 01، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص16.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

بالنسبة للتشريعات الخاصة؛ وعلى الرّغم من التيقن من مخاطر المسألة، وأثرها السّلبى على فكرة الأمن القانوني عموماً، والعقدي على وجه أخص.

لقد ترتّب عن ظاهرة انفجار قانون العقود بروز أزمة إصطلاحية في القانون، فوجد المشرّع الجزائري نفسه أمام صعوبة في إيجاد المصطلحات العربية الدّقيقة المعبّرة عن الحقائق القانونية لبعض المصطلحات الفرنسية على وجه الخصوص. فقد عمد المشرّع إلى تسمية "عقد تحويل الفاتورة (Factoring)"<sup>(1)</sup> بموجب المرسوم التشريعي رقم 08-93 المعدل والمتمم للقانون التجاري"<sup>(2)</sup>، وبالفرنسية نفس المصطلح الإنكليزي (Factoring)، ولم يستعمل المصطلح الفرنسي (Contrat d'affacturage). كما نظّم (Leasing) بموجب الأمر رقم 09-96 وأطلق عليه بالعربية مصطلح "الإعتماد الإيجاري"<sup>(3)</sup>، وبالفرنسية مصطلح (Crédit-bail)<sup>(4)</sup>، ولم يستعمل المصطلح الإنكليزي (Leasing)، ممّا يوحي على أنّ منطق المشرّع لا يسير وفق ضابط علمي موحد<sup>(5)</sup>.

كما أنّ المشرّع ساق نحو استخدام اللغة الفضفاضة - غير القانونية - ولعلّ أبرزها: العقد الموجه، أو توجيه العقد والذي اعتبر بمثابة حلّ لمواجهة أزمة العقد - عند البعض -<sup>(6)</sup>؛ لا يبتّ إلى علم القانون بأية صلة، وفي الشّأن كتب الأستاذ تناغو<sup>(7)</sup>، ناقداً الإصطلاح أعلاه، وأعتبره مجرد إصطلاحات بربرية غامضة واسعة، تسمح بالأخذ بمصطلحات أخرى مغايرة، لا ترقى إلى الصّياغة القانونية الفنية. وأعاب على المشرّع محاولته - الفاشلة - في شرح نظرية العقد للقانون المدني، بأدوات فنية مستعارة من علم الاقتصاد (العقد الموجه - الاقتصاد الموجه، التّوجيه العقدي - التّوجيه الاقتصادي) وهو ما يهدّد كيان ووجود القانون المدني.

(1) - راجع المادّة 543 مكرر 14، من الأمر رقم 75-59، التي تنص على: "عقد تحويل الفاتورة هو عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى "وسيط" محل زبونها المسمّى "المنتمي" عندما تسدد فوراً لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد وتتكلّف بتبعية عدم التسديد وذلك مقابل أجر"، المرجع السابق.

(2) - المرسوم التشريعي رقم 08-93 المؤرخ في 27 أبريل 1993 يعدّل ويتمم الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 27 سبتمبر سنة 1975 المتضمّن القانون التجاري. ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 27، الصادر في 27 أبريل 1993.

(3) - الأمر رقم 09-96 المؤرخ في 10 يناير 1996 يتعلق بالإعتماد الإيجاري. ج.ر.ج.ج.د.ش العدد 03، الصادر في 13 يناير 1996.

(4) - تنصّ المادّة الأولى، من الأمر رقم 09-96: "يعتبر الإعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية مالية..."، المرجع السابق.

(5) - بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 20"، المرجع السابق، ص 11.

(6) - زراقي سامية، عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 805.

(7) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد - الإرادة المنفردة - العمل غير المشروع - الأثر بلا سبب - القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص 438.

## الفرع الثاني

### القاضي مصدر أزمة العقد

إن إختيار الأطراف طريق التّعاقد ليس إلّا لإستبعاد تدخّل الغير في شؤونهم<sup>(1)</sup> لاسيما القضاة، وعندما يفرض القانون تعديل الإلتزام العقدي -دون ضوابط- فإنّه يأمر بانقضائه لا الاحتفاظ عليه<sup>(2)</sup>. وفي ظلّ غياب وانعدام أحد المبادئ المبرّرة للمساس بالعقد؛ فإنّ المحافظة عليه متوقّف على مدى الانسجام بين قواعد القانون الوضعي، وبين الحاجة للتّعاقد. ذات الفكرة هي التي تبرر وتشرح ضرورة الاستغناء عن العقد، عند حدوث عدم الانسجام. فلا يتصوّر وجود تنازع بين العقد والقانون، ومثل هذه النزاعات تؤدّي حتماً إلى اختفاء العقد.

لقد ربط الأستاذ تناغو<sup>(3)</sup> فكرة التّعديل القضائي للعقد، بمبدأ آخر هو مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي، وفي شأن ذلك، أكّد أنّ تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي على المراكز العقدية يُفسّر كنوع من تعديل هذه العقود تعديلاً تشريعياً، وهو ما يعني انقضاء الإلتزامات التي رتبتها هذه العقود، وظهور إلتزامات جديدة محلّها؛ والوضع سيّان بالنسبة للتّدخّل القضائي.

لقد تضمّنت المادة 107 من ق.م.ج مفهوماً وأساساً، واسعاً ومرناً للعقد؛ فلم يعد العقد شأن المتعاقدين بل أصبح كذلك شأنًا للقانون والقاضي على وجه الخصوص، من خلال السّماح لهذا الأخير بإضافة إلتزامات جديدة تحت لواء مبدأ العدالة تارةً ومبدأ حسن النية تارةً أخرى. ومازاد من صعوبة الإشكال أن المشرّع الجزائري لم يضع الإطار العام أو التّشريعي لهذه المبادئ ممّا فتح المجال للقاضي في التوسّع في مضمونها ونطاقها.

وعلى الرغم من أنّ التدخّل القضائي كان يستند في أساسه إلى أسانيد قانونية صريحة، إلّا أنّ هناك تجاهلاً واهتفلاً حقيقياً لإرادة الأطراف. فالإشكال اليوم يتجاوز مجرد قبول سلطات القاضي في العقد، إلى البحث عن المصدر الحقيقي للعلاقة العقدية. العقد الذي كان مبنياً على إرادة الأطراف، وبمجرّد تدخّل القاضي بأحد الأدوات المخوّلة له قانوناً، تغيير مصدره. وهو ما أكّده الأستاذ تناغو<sup>(4)</sup> مؤكّداً على أنّ التّعديل يؤدّي إلى التعديل القضائي يؤدي إلى التّغيير في مصدر العقد، بل وحتى في محلّ، ووصف العقد (عقد رضائي إلى عقد قضائي).

(1) - LAURENT Aynés, Op-Cit, s p.

(2) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثر بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السّابق، ص 434.

(3) - المرجع نفسه، ص 449.

(4) - المرجع نفسه، ص 448.

## أولاً: القاضي طرف جديد في العقد

كتب الأستاذ عثمانى بلال، مقالاً بعنوان: (القاضي طرف جديد في العقد)<sup>(1)</sup>، وقد أحدث جدلاً واسعاً بين الفقه القانوني الجزائري، الذي انطلق من خلفيتين، أولهما العقد شأن طرفيه، ثانيهما؛ القاضي حامي الحقوق لا منشأ لها.

يرى الأستاذ كاربوني (CARBONNIER)<sup>(2)</sup>، أنّ التعديل فيه إنكار للعقد؛ فالواقع أنّه إذا ما استبعدنا إرادة الأطراف من خلاله (التعديل)، فلا يمكن انساب هذا التنظيم الجديد إلى هذه الإرادة ذاتها. وهو ما يؤكد أنّ نظرية الرقابة القضائية على العقد هي الآلية الأكثر خطورة في هذا العصر، فإذا كانت مصادر الإلتزام تقوم على خمس؛ العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانوناً اليوم فيحقّ لنا وبوضوح، إعتبار الحكم القضائي المصدر السادس للإلتزام، ناهيك عن إعتبار القضاء طرفاً ثالثاً في العقد.

إنّ القاضي طرف -ثالث- في العقد ( *Le juge devient une troisième partie au contrat*)<sup>(3)</sup>؛ وأساس ذلك، يرجع إلى ما يتمتع به من سلطات؛ فبإمكانه التّحقّق من عملية إبرام العقد، بموجب حسن النية، ناهيك عن تأكّده من إحترام الإلتزام بالإعلام، فضلاً عن سلطته في مراجعة العقد أو إنهائه... الخ<sup>(4)</sup>. فلا يقتصر العقد على طرفيه العاقلين، ولا على ما ورد فيه من بنود؛ إنّما يشمل وإلى حدّ بعيد، زيادة على ذلك، ما استقر عليه القضاة. فهذا الأخير له الحقّ في خلق ما يراه مناسباً من الإلتزامات تحقيقاً للعدالة العقدية تارة، أو تكريساً للتوازن العقدي.

وتأسيساً على ذلك، أصبح القاضي، الطّرف الأقوى في العقد<sup>(5)</sup>، بدليل أنّ ما يضيفه القاضي لا يقبل لا النقاش ولا المساومة؛ بل يُفرض فرضاً لا يقبل لا الرّفص ولا التعديل. وكلّ تعديل قضائي للعقد، يعني في جوهره، حلول إرادة القاضي محلّ إرادة الأطراف.

(1) - عثمانى بلال، المرجع السابق.

(2) - أشار إلى الرّأي أعلاه: سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثراء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص 417.

(3) - عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 429.

(4) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 200. بن لعلّ عبد النور، جربوعة منيرة، المرجع السابق، ص 213.

(5) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثراء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص 427.



## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الراهنة

إنّ قيام القاضي بتعديل العقد ليس إلّا تجديداً للإلتزامات المترتبة عنه<sup>(1)</sup>، أي انقضاء الإلتزامات العقدية القديمة، وحلول محلّها إلتزامات قضائية جديدة. فيكون حكم القاضي في هذه الحال منشأً ومصدراً للإلتزام<sup>(2)</sup>. وبناءً على ذلك، يمكن اعتبارها أنّها لا تخرج عن مجرد كونها إلتزامات قضائية وليست عقدية في الأساس، ما دام أنّه، وفي كلّ الأحوال، فإنّ التدخّل القضائي لا يقتصر على مرحلة التكوين فقط؛ بقدر ما يمتدّ حتّى إلى مرحلة ما بعد التعاقد.

### ثانياً: إطلاق يد القاضي في العقد

إنّ سلطة القاضي في العقد واسعة جداً، متعدّدة الأشكال، وأهمّها على الإطلاق، سلطة التعديل والإنهاء وأثرهما على حقوق، ومراكز الأطراف، خاصّة أنّ الخيار بينهما يرجع للقاضي. وهو في حقيقته يهدّد أمن المتعاقدين<sup>(3)</sup>، فعندما لا يتضمّن العقد أيّ شرطٍ يسمح بتعديله أو إنهائه وعندما يتقرّر التعديل أو الإنهاء بموجب نصوص القانون، تسمح للأجهزة المطبّقة لها بالمساس بالعقد؛ تعدّله أو تكيّفه دون حتّى الرجوع إلى إرادة الأطراف، وعندما لا تكون موافقة الأطراف شرطاً واقفاً يُعلّق عليه التعديل أو الإنهاء؛ فإنّ ذلك الإجراء سيشكل انتهاكاً<sup>(4)</sup> وتجاوزاً خطيراً لإرادة الأطراف<sup>(5)</sup> ومخالفة علنية لمضمون العقد<sup>(6)</sup>، لاسيما بالنظر إلى الآثار الجانبية والتمتالية للإنهاء على الغير<sup>(7)</sup>.

كما أنّه، وبالرجوع إلى أحكام النظرية التقليدية للعقد، فإنّه من الصّعب قبول عبارة -العقد القضائي (Acte judiciaire)<sup>(8)</sup> - وإستبعاد فكرة -العقد الرضائي- على حدّ تعبير الأستاذ عثمانى<sup>(9)</sup>، لأنّ العقد

(1) - سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن، ص 67.

(2) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثر بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص 07. أنظر أيضاً: عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 429.

(3) - PHILIPPE Stoffel-Munck, Op-Cit, s.p.

(4) - رفيق خوجة بوشارب، المرجع السابق، ص 34.

(5) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثر بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السابق، ص 433.

(6) - مورييس نخلة ولخرون، المرجع السابق، ص 531.

(7) - PHILIPPE Stoffel-Munck, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », Revue des contrats, hors-série, dossier: la réforme du droit des contrats: quelles innovations?, 2016, Paris, S.P. GABERIEL-Pierre Jobin, Op-Cit, p03.

(8) - رفيق خوجة بوشارب، المرجع السابق، ص 157.

(9) - عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 431.



## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

استقر على إعتباره شأنًا خاصًا بالمتعاقدين<sup>(1)</sup>. أمّا في ظلّ النّظرية الحديثة، فقد تحوّل وتطوّر دور القاضي عند الفصل في القضايا، من دور سلبي بإعتباره طرف أجنبي عن العقد، إلى دور ايجابي في جميع مراحل إبرامه على حسب إعتقاد البعض<sup>(2)</sup>.

إنّ إعتراف القانون بسلطة القاضي في العقد، ومنحه آليات عدّة، خوّل له دوراً انشائياً في الإلتزامات كتدخّل القاضي لتعديل الشرط الجزائي<sup>(3)</sup> إمّا بتخفيضه إذا كان مفرطاً أو عند التّنفيذ الجزئي للإلتزامات، أو عن طريق الزيادة في مقدار الشرط بالنظر إلى حجم الضرر الذي أصاب الدّائن، فينقضي البند المتّفق عليه من قبل الأطراف، ويحلّ محله الإلتزام-الحكم - القضائي؛ فيصبح القاضي مصدراً للإلتزامات النّعاقدية. ومن الدّعائم لسلطة القاضي الواسعة في العقد، سلطته في إعتبار العقد منعقد بين الأطراف على الرّغم من انعدام الإلتفاق على ذلك فيما بين المتعاقدين؛ كما هو الحال بالنّسبة لأحكام الوعد بالعقد (**Promesse De Contrat**) المشار إليه في المادتين 71 و 72 من ق.م.ج<sup>(4)</sup>، والتي تجيز للقاضي بناءً على طلب من الموعود له، باعتبار العقد قائماً، بعد التّأكّد من تحقّق شروط الوعد بالتّعاقد، بتعيين المسائل الجوهرية لا سيما ما إقتضته المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها؛ بأنّ الإلتفاق الذي يعدّ كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معيّن في المستقبل، لا يكون له أثر، إلّا إذا عُيّنَت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها<sup>(5)</sup>، دون إغفال الشّكل إذا إقتضى النّص القانوني ذلك<sup>(6)</sup> وإذا تحقّقت تلك الشّروط، إلّا أنّ الموعود له عدل عن إرادته في قبول الوعد، فإنّ حكم القاضي يقوم مقام العقد بين الواعد والموعود له<sup>(7)</sup>. إذ يصبح العقد نهائياً، ويصبح الموعود له بالبيع مالاً سواء كان محل العقد منقولاً أو عقاراً؛ غير أنّ هذا المحل الأخير (عقاراً) فإنّ الملكية لا تنتقل إلّا بعد تسجيله من خلال تدخّل الواعد للتّصديق على توقيعه بالبيع، وإذا إفترضنا رفض الواعد ذلك حقّ للموعود له اللّجوء إلى القضاء؛ فيتدخل القاضي لصالح الموعود له، فيقوم العقد بحكم قضائي متى حاز قوة الشّيء المقضي به<sup>(8)</sup>.

(1) - PIERRE-Gabriel Jobin, Op-Cit, 2006, p05.

(2) - انظر سعداني نورة، المرجع السّابق، ص 42.

(3) - سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، المرجع السّابق، ص 252.

(4) - انظر مضمون المواد 71 و 72، من الأمر رقم 75-58، المرجع السّابق.

(5) - انظر قرار الحكمة العليا، الغرفة الدنية، ملف رقم 56500، الصادر في 26 مارس 1990، المجلة القضائية للمحكمة

العليا، قسم الوثائق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 03، الجزائر، 1992، ص 112.

(6) - امير فرج يوسف، المرجع السّابق، ص 69. أيضاً بلحاج العربي، المرجع السّابق، ص 88.

(7) - عثمان بلال، المرجع السّابق، ص 431-432.

(8) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثر بلا سبب-القانون مصدران

جديدان للإلتزام الحكم القرار الاداري)، المرجع السّابق، ص 47.

## المطلب الثاني

### ملامح أزمة العقد وتداعياتها

إنّ حقيقة الأوضاع الرّاهنة، لاسيما في ظلّ المعطيات الإقتصادية، الإجتماعية، الحالية، ببروز عدم التّكافؤ بين المراكز العقدية... فيها ما يؤكّد ضرورة التّوجّه لحماية العقد وأطرافه، خاصّة الطّرف الضّعيف من خلال السّماح للقاضي بالتّدخّل في العلاقة العقدية بآليات عدّة. إلّا أنّ ذات الوضع، دفع الفقه المعاصر إلى الإعتقاد بأنّ العقد يعيش في أزمة، راجعة في الأساس إلى تنامي تدخّل القضاة لمراجعة العقود بصورة مباشرة أو غير مباشرة<sup>(1)</sup>. فأصبح التدخّل القضائي في العقود المصدر الأوّل لاضطراب العقد، فبدل تحقيق الحماية، أصبح هو الخطر الأوّل في مواجهة أطراف العلاقة العقدية، الذين ليس لهم إلّا إلّزام الانصياع والخضوع لأوامر القانون وحتّى القضاة.

وفي هذا الشّأن، أشار الأستاذ "غستان"<sup>(2)</sup> على تمتّع القاضي بالسلطة الواسعة في العقد، وتظهر حتّى خارج أيّ تفويض تشريعي صريح، خاصّة من جانب سلطته في إضافة إشتراطات ضمنية لم يفكر فيها الأطراف، وغالباً ما تكون إرادتهم قد إنصرفت إلى استبعاده. وهنا تكمن شرعية السّؤال، حول طبيعة ومدى شرعية هذه الظّاهرة بالنّظر إلى ما تمليه النّظرية العامّة للعقد، لاسيما مبدأ القوّة الملزمة للعقد، والإشكال لا ينحصر حول الطّبيعة العقدية لهذه الإلتزامات من عدمه، بقدر ما يمتدّ إلى مدى ملائمة فرضها على فكرة الأمن التّعاقدي التّقليدية التي تقضي أنّ إرادة الأطراف هي جوهر العقود، وما أبرمته إرادة واحدة لا يمكن لغيرها تعديلها، أو مراجعتها احتراماً للإرادة الأولى المنشئة لهذه الإلتزامات.

للإجابة على كلّ ذلك، تفرض الدّراسة التّطرّق إلى التدخّل القضائي لفرض إلتزامات ومفاهيم جديدة في العقد، حتّى يتسنى لنا التعرّيج لأثر ذلك على الأمن العقدي للعقود.

(1) - بوراس لطيفة، "نظرية العقد في مواجهة التحديات الإقتصادية"، مجلة بحوث، الجزء 01، العدد 14، كلية الحقوق،

جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص 07.

(2) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 182.

## الفرع الأول

### التدخّل القضائي لفرض إلتزامات جديدة في العقد

لقد إختصر الفقيه موريل (MOURIL I)<sup>(1)</sup>، واقع التدخّل القضائي في العقد، فأشار إلى أنّ هناك عقدٌ بين الأطراف قد انقضى، ليتدخل المشرّع لتحويله إلى علاقة قانونية. فالأمر، حسب اعتقاده، لا يتعلّق في بعلاقة عقدية ذات أصل قانوني، بل بعلاقة قانونية ذات أصل عقدي، وهو ما يهدّد فعلاً فكرة التعاقد عموماً. فبالنظر إلى سلطة القاضي في العقد، لاسيما بموجب نظام التكملة<sup>(2)</sup> بإعتباره آلية تسمح للقاضي بالتدخّل لإضافة إلتزامات تبعية إلى الإلتزامات الأصلية، والتي تعدّ من مستلزمات العقد، إلّا أنّ إرادة الأطراف لم تتصرف إلى إدراجها في بنود العقد.

كما نجد أنّ سلطة القاضي تتّسع شيئاً فشيئاً، لاسيما بموجب مقتضيات العدالة وحسن النية، فيخلق بموجبهما إلتزامات جديدة، ويطوّع بها القانون دون مراعاة لفكرة الأمن القانوني للعقود<sup>(3)</sup>، وهذه الإلتزامات القضائية تصبح متواترة بالنسبة لأحكام قضائية أخرى حتّى تصبح في النهاية إلتزاماً يبرره القضاء<sup>(4)</sup>، وفي شأن ذلك، يقول الأستاذ مارتى (MARTY): "لا يوجد أمل لدى أيّ متعاقد في تعديل العقد أو تفسيره تحت ستار فكرة العدالة أو حسن النية"<sup>(5)</sup>.

فالواقع العملي أثبت أنّ تدخّل القضاء في العلاقة العقدية لمراجعتها، بفرض إلتزامات جديدة باسم العدالة تارةً، وباسم حسن النية تارةً أخرى، والذي يرجع غالباً إلى الضعف الذي يعتري أحد الإرادتين<sup>(6)</sup> يشكلّ بمجمله إنتهاكاً صارخاً لمبدأ إستقرار العقود. وقد علّق هنري (HINRI) على ذلك بمقال مشهور معنون، ب: "نظام مخالفة العقود"<sup>(7)</sup>.

يفهم ممّا أوتي أعلاه، أنّ التدخّل القضائي غالباً ما تعتمد سلطته على مبادئ قانونية غامضة في مضمونها، ذات طابع عام، ومرن، قابلة لاحتضان أيّ جديد أو تغيير، ناهيك عن طبيعتها الفلسفية. وهو

(1) - أشار إلى الرأى أعلاه: سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثرء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الاداري)، المرجع السابق، ص 446.

(2) - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات)، المرجع السابق، ص 308.

(3) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 47.

(4) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثرء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الاداري)، المرجع السابق، ص 417.

(5) - أشار إلى الرأى أعلاه: المرجع نفسه، ص 419.

(6) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 43.

(7) - تمّت الإشارة إلى الرأى أعلاه: سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثرء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الاداري)، المرجع السابق، ص 444.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الزاهنة

ما ساهم في التوسّع في إضافة الإلتزامات الجديدة إلى العقد، ومن أهمّ هذه الإلتزامات الجديدة التي إستحدثها القضاء نميّر - على سبيل المثال لا الحصر - بين تلك المتولّدة عن مبدأ العدالة المتمثلة في الإلتزام بالإعلام والسّلامة، أمّا باسم حسن النية فنذكر الإلتزام بالصدّق، الأمانة، الأخوة، الحيطة والاستقامة، التعاون، التحذير وضمان المطابقة...، ونظراً لكثرتها ستقتصر الدراسة حول النّمودجين الأخيرين.

### أولاً: فرض إلتزامات جديدة باسم مبدأ العدالة

يرى الأستاذ "احمد عبد الحميد عشوش"، أنّ القاضي يعدّ مخطئاً في كلّ مرة عندما يُعدل عقداً ما باسم العدالة أو وفقاً لما يعتقده ملائم، دون إقرار صريح من المشرّع. ففكرة العدالة تبقى معياراً يستعين به القاضي في مهمّة التفسير، دون أن تكون آلية تخوّل لقضاة الموضوع إمكانية تحريف العقد؛ والإقرار بغير ذلك، يعني تمكين القضاة من إعادة صياغة العقود وفقاً للشكل الذي يتوافق مع تصوّراتهم واقتناعاتهم لمفهوم العدالة، وبالتالي إحلال إرادتهم محل إرادة الأطراف<sup>(1)</sup>، وهو ما حاول الأستاذ كاربونيي (CARBONNIER) تفسيره، مؤكّداً على أنّه: "يجب إدراك حقيقة أنّ القاضي أصبح لديه مكنة إنشاء واجبات عقدية جديدة طالما أنّها تتوافق مع مقتضيات العدالة ومن مستلزمات العقد، على الرّغم من أنّ الأطراف المتعاقدة لم تفكر فيها"<sup>(2)</sup>، بينما وقف غيره، متسائلاً عن مدى قدرة القضاة في المحافظة على الإستقرار التّعاقدي، وأمن التوقّعات المشروعة للأطراف، أثناء البحث عن تحقيق العدالة العقدية.<sup>(3)</sup>

إستناداً إلى أحكام القانون المدني الجزائري، فإنّ العقد لا يقتصر على ما ورد فيه من إلتزامات، بل ينصرف أيضاً إلى ما يعدّ من مستلزماته، وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، وبحسب طبيعة الإلتزام، وهو ما تضمّنته صريح المادّة 107 ف2<sup>(4)</sup>. وعلى الرّغم من وضوح موقف المشرّع، إلّا أنّ التدخّل القضائي لتكملة العقد وفقاً لمقتضيات العدالة يبقى محلّ إشكال وغموض. فكثيراً ما يعتمد القاضي على مبدأ العدالة بإعتباره مفهوماً فلسفياً أكثر منه قانوني، لغرض إضافة إلتزامات جديدة إلى العقد لم تكن موجودة من قبل، ولا تدخل ضمن توقّعات الأطراف، وفي كثير من الحالات قد تكون رغماً عن إرادتهم. ممّا يفتح المجال للتشكيك في صحتّها.

(1) - عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 505.

(2) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 52.

(3) - « Jusqu'où les tribunaux peuvent-ils aller dans la défense de l'équité au détriment de la stabilité contractuelle et des attentes légitimes des parties? ». GABERIEL-Pierre Jobin, Op-Cit, p11.

(4) - راجع مضمون المادّة 107 ف2، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

## 1. إشكالية الأخذ بالتزام السّلامة

يُقصد بالتزام السّلامة، ضمان المدين بهذا الإلتزام، سلامة سيطرته الفعلية على كلّ العناصر التي يمكن أن تشكل خطراً، أو ستسبّب ضرراً للدائن المتعاقد المستفيد من الخدمة أو السلعة<sup>(1)</sup> أي ضمان الحفاظ على صحّة المستهلكين، وحياتهم وسلامتهم الجسدية، من أيّ أذى يمكن أن يسبّبه تنفيذ الإلتزامات العقدية. يعود ظهور الإلتزام بالسّلامة إلى القضاء الفرنسي، تحديداً سنة 1911<sup>(2)</sup>، أين قضى بأحقية مسافرة تعرّضت لإصابة في قدمها أثناء تنفيذ عقد النّقل<sup>(3)</sup>، معتبرةً هذا الأخير يوقع على النّاقل إلتزاماً بالسّلامة<sup>(4)</sup>. ليتم فيما بعد تكريسه، وإعتباره إلتزاماً عقدياً في العديد من القرارات القضائية، فعرف على إثرها انتشاراً واسعاً لاسيما في العقود الطّبية، السّياحية... الخ. إلّا أنّ اضمفاء الصّفة العقدية للإلتزام بالسّلامة، يعدّ بحدّ ذاته ظلماً كبيراً وإنتهاكاً خطيراً لإرادة الأطراف وإتفاقهم؛ على أساس أنّ مصدره القضاء لا الأطراف.

يترتّب عن الإقرار بالتزام السّلامة، الذي يرجع في أساسه إلى الحكم القضائي دون إرادة الأطراف؛ إلى التّوسيع من مجال المسؤولية العقدية، على حساب المسؤولية التّقصيرية، من خلال حرمان الدائن من ممارسة حقّه في رفع دعواه على أساس المسؤولية التّقصيرية الناشئة عن الأشياء<sup>(5)</sup> طبقاً لمبدأ عدم الخيرة بين المسؤوليتين. ناهيك عن إلتزام الدائن في هذه الحال بإثبات خطأ المدين حتّى يتمكن من ممارسة حقّه بالتّعويض، على عكس أحكام المسؤولية التّقصيرية التي لا تفرض له ذلك.

تضمن أحكام المسؤولية المدنية القائمة على نظرية المخاطر حماية أكثر من إلتزام بالسّلامة، وهو الدّافع الجوهري للمطالبة بنزع الصّفة العقدية لإلتزام بالسّلامة وضرورة التخلّي عنه<sup>(6)</sup>، بدليل أنّه لم يقدم أي ميزة للدائن، ناهيك عن عدم إمكانية تبريره إستناداً إلى الإرادة الحتمية للأطراف<sup>(7)</sup>.

تتمّةً لذلك، تكمن شرعية السّؤال، حول الجدوى الحقيقية من تضمين فحوى إلتزام بالسّلامة كإلتزام جديد في العقد، مادام بالإمكان الإبقاء على مبدأ أكثر أهمية وفعالية، وفي ظلّ ملائمة أحكام المسؤولية

(1) - سارة بيلامي، الإلتزامات المستحدثة كآلية لتحقيق العدالة العقدية في تنفيذ العقد، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 33،

العدد 04، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022، ص246.

(2) -PIAZZON Thomas, Op-Cit, p04. LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p218.

(3) - للتّفصيل حول عقد نقل الأشخاص، راجع مضمون المادّة 62، من الأمر رقم 59-75، المرجع السّابق.

(4) - عثمان بلال، المرجع السّابق، ص435.

(5) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السّابق، ص68.

(6) - مرليبطين سفيان، مستقبل العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصّص: القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق،

جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص139.

(7) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السّابق، ص67.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الراهنة

التقصيرية التي توفّر حلولاً أحسن، المترجمة في إلترام واحد هو؛ الإلترام بعدم الأضرار بالغير، بإعتباره إلترام قانوني.

### 2 . التشكيك في صحّة الإلترام بالإعلام

لا يخفى أهمية تكريس الإلترام بالإعلام في تحقيق العدالة والتّوازن العقدي، من خلال إزالة الفوارق المعرفية والفنية والإقتصادية بين الطّرفين، في صورة تحقيق العدالة. وشتان، بين الإلترام بالإعلام قبل التّعاقد، والإلترام به بعد التّعاقد؛ فيقتصر الأوّل على مجرّد تنوير رضا المتعاقد معه<sup>(1)</sup>، أمّا الثّاني فينصرف إلى تقديم المعلومات والبيانات من المحترف أو المنتج، إلى المتعاقد معه بشأن تنفيذ العقد (كيفية الإستعمال التّدابير الاحتياطية، نتائج الإستعمال، إخطار الخدمة..)<sup>(2)</sup>.

إنّ فرض الإلترام بالإعلام من قبل القضاء<sup>(3)</sup>، تحت غطاء مبدأ العدالة، فيه ما يشير إلى أنّ التدخّل القضائي لتكملة العقد لا يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد فحسب<sup>(4)</sup>، بقدر ما يمتدّ حتّى إلى لحظة ما قبل إبرامه دون وجود نصّ. فإذا كان نظام التكملة يجد مجاله في مرحلة التّنفيد، إلّا أنّه حالياً فقد شهد امتداداً حتّى إلى مرحلة التّكوين من خلال فرض الإلترام بالإعلام<sup>(5)</sup>. وعلى الرّغم من إعتباره في بادئ الأمر - عدم الإعلام - إلتراماً ناتجاً عن السّكوت التّدليسي، إلّا أنّه تمّ التّأكيد فيما بعد على أنّه، إلترام عقدي مستقل قائم بذاته<sup>(6)</sup>. والإشكال لا يكمن في مدى صحّة فرض هذا الإلترام من عدمه، بقدر ما يمتدّ إلى غياب نصّ قانوني صريح في القانون المدني يخوّل هذه السّلطة الواسعة للقضاء للتدخل في العلاقة العقدية وفرض الإلترام بالإعلام، سواء في المرحلة السّابقة للتّعاقد، أو عند نشأة العقد.

وتأسيساً على ذلك، تمّ التشكيك في صحّة الإلترام بالإعلام، واعتبره الفقه الحديث، ليس إلّا إثراء للعلاقات العقدية، وتضخيمها بنصوص قانونية، وتمّ الاعتراض على فرضه من قبل القضاء، لاسيما قبل التّعاقد<sup>(7)</sup>.

(1)-HUCHET Marc-Oliver, Op-Cit, p14.

(2)-Ib-Id, p38.

(3)-LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p218.

(4)-تمّ التّطرّق إلى تلك المواضيع، وبالتّفصيل فيما سبق، راجع في شأن ذلك: الباب الأوّل، الفصل الثّاني، لاسيما المبحث الأوّل، من هذه الأطروحة.

(5)- بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السّابق، ص71.

(6)- عثمان بلال، المرجع السّابق، ص432.

(7)- مربيطين سفيان، المرجع السّابق، ص140.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الراهنة

وعلى الرّغم من إعتراف القضاء بالإلتزام بالإعلام كإلتزام عقدي يشمل سائر العقود؛ إلّا أنّ طبيعته وفحواه طرحت العديد من الإشكالات لدى الفقه الحديث، والذي انقسم إلى إتجاهين. إتجاه يأخذ بالطبيعة العقدية للإلتزام، وبضرورة تدخّل القضاء في فرضه، لما في ذلك من تحقيق للعدالة العقدية. فتجسيد هذه الأخيرة مرهون أولاً بتبادل المعلومات المتعلّقة بالعملية العقدية، والتي لها صلة وطيدة بمضمون العقد وكلّ إمتناع عن ذلك يؤدّي إلى الإختلال في التّوازن بين مراكز الأطراف المتعاقدة. ولتفادي ذلك، كان لزاماً على القاضي التّدخّل لمراقبة مدى احترام الإلتزام بالإعلام في العقد، ابتداءً وتنفيذاً؛ إحتراماً لمبدأ العدالة العقدية<sup>(1)</sup>. وعلى الرّغم من إتفاقهم على الطبيعة العقدية للإلتزام؛ إلّا أنهم اختلفوا في شأن ما إذا كان مردّ الإلتزام العقدي يرجع إلى الإلتزام بتحقيق نتيجة أم يقتصر على بذل العناية<sup>(2)</sup>. حيث يرى البعض، أنّ المدين بهذا الإلتزام ملزمٌ بتقديم المعلومات والتّحذيرات والنّصائح إلى المدين، المرتبطة بالعقد. أمّا آخرون، يرون أنّه إلّزام ببذل العناية، على أساس أنّ المدين بالإلتزام، يُلزم بتنوير الدائن بكافة المعلومات والبيانات والأخذ في ذلك العناية اللازم دون ضمان تحقيق نتيجة إعلامه من عدمه.

أمّا الإتّجاه الثّاني، فيرفض إعطاء الصّفة العقدية للإلتزام، وأكّد أنّ كلّ اعترافٍ بالقيمة العقدية للإلتزام من شأنه أن يشكّل إنتهاكاً صارخاً لأهمّ مبادئ قانون العقود أبرزها؛ مبدأ القوّة الملزمة للعقد؛ بل هو وفقاً لمن وجهة النظرهم، تعسّفاً من قبل القاضي الذي ليس له تبريراً في فرض إلتزامات خارجة عن إرادة الأطراف<sup>(3)</sup> وفي ظلّ انعدام الإتّفاق عليه لا صراحةً ولا ضمناً يمنع إضفاء الصّفة العقدية له.

كثيراً ما يوسّع القضاة من فرض الإلتزام بالإعلام في العلاقة العقدية، وهذا ما دفع البعض إلى التّحذير من خطورة الحكم به دون ضوابط، وكلّ توسّع في ذلك، من شأنه إزالة الإلتزام الأساسي لأطراف العلاقة العقدية<sup>(4)</sup>. كما أنّ إلزام المتعاقد بإبلاغ المتعاقد معه بكلّ التّفاصيل والمعلومات لاسيما سهولة الحصول عليها، غير منطقي، وله سلبيات عديدة أهمّها؛ التأثير سلباً على الإلتزام الذي يقع على عاتق الجميع بالحرص على إدارة مصالحهم، كما أنّه فيه ظلم من خلال السّعي لحماية أحد الأطراف دون الآخر وهذا يتنافى مع مبدأ الحياد الذي يمثل له القاضي، ويتنافى مع مبدأ المساواة الذي ينطلق منه المشرّع.

وعليه، فإنّ الطّبيعة القضائية للإلتزام بالإعلام، تثير في نفوس المتعاقدين الشّك والارتياح حيال فرضه، كما أنّ إطلاقه على نحوٍ واسع دون تقرير ضوابط أو شروط لإثارته، يعدّ بدوه تجاوزاً خطيراً على

(1) - مربيطين سفيان، المرجع السّابق، ص 142. بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السّابق، ص 72.

(2) - سارة بيلامي، المرجع السّابق، ص 247.

(3) - مربيطين سفيان، المرجع السّابق، ص 141.

(4) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السّابق، ص 77.



## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

أمن العلاقة العقدية، من خلال إتّساع المضمون العقدي، وتضخّمه بالتزامات غير عقدية، لم يتّفق عليها من قبل. ناهيك عن أنّ التدخّل القضائي لفرضه على أحد المتعاقدين، لا يحقّق التّوازن والإستقرار العقدي بالمعنى الحرفي، بقدر ما يؤدّي إلى حماية أحد الأطراف على حساب الطّرف الآخر

### ثانياً: فرض إلّاتزامات جديدة باسم مبدأ حسن النّية

يُعد مبدأ حسن النّية نقيضاً لفكرة سوء النّية؛ وقد ذهب الأستاذ كورنو (CORNU) في قاموسه للتأكيد على الطّابع الأخلاقي للمبدأ، حيث يعتبره، ذلك التّصرّف النّزيه الذي يتطلّب تنفيذه الإلتزام، وهو ما أكّده "غستان"، على أنّ مبادئ العدالة يجب أن يكملها حسن النّية<sup>(1)</sup>.

إنّ الأخذ بمبدأ حسن النّية يسمح للقضاة بفرض إلّاتزامات جديدة لم يتّفق عليها الأطراف. وقد عبّر عنه الفقه بمصطلحات عدّة كالإلتزام بالنّزاهة، والتّعاون<sup>(2)</sup>، الشّرف والاستقامة، الأمانة، الإخلاص، الشّفافيّة رعاية المصالح والرّغبات المشروعة، ناهيك عن غيرها من المصطلحات المشابهة<sup>(3)</sup> والتّطبيقات المماثلة. وتتميز هذه الإلتزامات بعدم إمكانيّة توقّعها من الأطراف، وغالباً ما تكون ضدّ إرادتهم. وهناك من يرى أنّ هذه الإلتزامات المنقرّعة عن مبدأ حسن النّية ليست إلّاتزامات عقدية، ولا تخضع للمسؤولية العقدية بقدر ما تكيف على أنّها، واجبات عامّة مرتبطة بالأخلاق، وبالتالي تخضع للمسؤولية التّقصيرية<sup>(4)</sup>.

تجد فكرة حسن النّية مجالها في العديد من الأسانيد القانونية، أهمّها نصّ المادّة 107 التي تضمّنت الإلتزام بحسن النّية في العقود، إلّا أنّها اقتصرّت بالنّصّ عليه في مرحلة التّنفيذ فقط؛ غير أنّ القضاء قد توسّع في تفسيره إلى مرحلة التّكوين، بحجّة أنّ مستقبل -الذي يضمن الأمن- العقد يتوقّف على مستلزمات هذه المرحلة. ولم يتوقّف الوضع على ذلك فقط، إنّما اجتهد القضاء فيه حتّى إمتد فرضه على المرحلة السّابقة للتّعاقد (مرحلة المفاوضات) كفرض الإلتزام بالجديّة، والإستمرار في التّفاوض، وعدم قطعها دون سبب مشروع، والإلتزام بسريّة المعلومات...<sup>(5)</sup>.

كذلك نصّ المادّة 111 المتعلّقة بتفسير العقد؛ فيجب الاستهداء بما يجب أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وهي إشارة إلى مبدأ حسن النّية الذي يشمل الأمانة الثّقة. وفي نظرية الغلط أيضاً نذكر

(1) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السّابق، ص 2783.

(2) - فيلاي علي، العقود الخاصّة (البيع)، المرجع السّابق، ص 295.

(3) - لقد تبني الفقه ثلاثة عشر -13- مصطلحاً مختلفاً للدّلالة على مبدأ حسن النّية. انظر في ذلك: محمد عماد الدين عياض، "تحولات نظرية العقد في ظلّ قانون الاستهلا"، مداخلة ملقاة في أشغال الملتقى الدولي حول: القانون المدني بعد اربعين سنة، المرجع السّابق، ص 265.

(4) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السّابق، ص 76.

(5) - محمد عماد الدين، المرجع السّابق، ص 266.



## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الراهنة

المادّة 82، يعتبر الغلط جوهرياً، على الأخص إذا وقع في الصّفة التي يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب إعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد وحسن النية<sup>(1)</sup>.

وقد أكّد الفقه أنّ القضاة قد توسّعوا في تفسير مبدأ حسن النية، وتعرّفوا فيه من خلال إضافة مبادئ ومفاهيم جديدة للعقد لا تبتّ له بصلّة، فأضافوا إليه ما ليس فيه، كالتّحذير والتّعاون، والأمانة الإخلاص التّضامن؛ حتّى أصبح مبدأ حسن النية وعاء لفرض كلّ ما يعتقده القاضي صالحاً لتحقيق الإستقرار العقدي<sup>(2)</sup>. فالنزاهة والاستقامة وشرط التعامل؛ كلّها مسائل غير قابلة للضبط، والوضع يشتدّ أكثر بالنسبة لمبدأ حسن النية، إذ تتسم بالغموض وعدم التّحديد، وتتغير من زمان لآخر، ومن مكان لآخر. فهي أفكار مطاطية تساهم في توسيع السّلطة التقديرية للقاضي. فيتدخل باسمها، ويوسّع من مجال إطلاق يده في العقد باسمها أيضاً.

### 1. فرض الإلتزام بالتّعاون كنموذج للتّوسيع من فكرة حسن النية

يرى الفقيه روني (DEMOGU René)، أنّ العقد، عبارة عن شركة مصغرة، يسعى كلّ طرفٍ فيها إلى تحقيق هدف مشترك. وهذا الأخير يتشكّل من مجموع الأهداف الفردية لكلّ طرف، تماماً مثل الشركة المدنية والتّجارية<sup>(3)</sup>، ويرجع الأساس القانوني لواجب التّعاون (Devoir de collaboration)<sup>(4)</sup> إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، الذي يوجب على الأطراف التّعاون لغرض تحقيق مصالحهم العقدية، والتّحلّي بالشفافية والنّزاهة وغيرها من المظاهر الإيجابية، وهو ما يحقّق التّوازن والعدالة العقدية<sup>(5)</sup> وهناك من اعتبره من المبادئ الإرشادية للعقد<sup>(6)</sup>.

غالباً ما يستند القاضي إلى نظام تصحيح العقد لفرض الإلتزام بالتّعاون على عاتق المتعاقدين، لغرض تصحيح النّتائج المترتّبة عن سلوكهم سواءً في مرحلة المفاوضات أو التّنفيد؛ كأن تتوافر في العقد جميع أرائه وشروط صحّته؛ إلّا أنّه مهدد بالإبطال بسبب سلوك أحد الأطراف؛ فيتدخل القاضي لإستبعاد تطبيق جزاء الإبطال لإنقاذ العلاقة العقدية. وهذا ما يستشف من نصّ المادّة 85 من ق.م.ج التي تسمح

(1) - راجع المواد رقم، 82، 107، 111، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 87.

(3) - سارة بيلامي، المرجع السابق، ص 251.

(4) - كورنو جبرار، المرجع السابق، ص 496.

(5) - سارة بيلامي، المرجع السابق، ص 251.

(6) - DIESSE François, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat , pdf, consulté le site: <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/71.pdf> , date: 25 mars 2023, a 13:00 h.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

للمتعاقد الذي وقع في الغلط بالتمسّك به على وجه لا يتعارض مع ما تقتضيه حسن النية؛ فبدلاً من إبطال العقد، يفرض القاضي على المتعاقد ضرورة التعاون مع الطرف الآخر في العلاقة العقدية، وهو أيضاً ما يستشف من نصّ المادة 107 ف1 تقضي بتنفيذ العقد بحسن النية

### 2 . الإلتزام بالتّحذير وضمان المطابقة

أقرّ القضاء الفرنسي منذ مدّة الإلتزام بالتّحذير في العديد من القرارات أهمها؛ القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة القضاة الفرنسية 2009/04/30 التي أكّدت على ضرورة تنفيذ إلتزام البنك بالتّحذير<sup>(1)</sup>.

أمّا فرض الإلتزام بالمطابقة (L'obligation de conformité)<sup>(2)</sup>، فقد توصّل الأستاذ ريك (NOOMEN Rekik) إلى تحديد معناه، فأشار أولاً إلى المعنى الموضوعي له، فالمنتوج يجب أن يتوافق مع الأحكام واللوائح المعمول بها، ثم أشار إلى المعنى الشّخصي له، الذي يتم تحديده وفقاً لإرادة الأطراف<sup>(3)</sup>. أمّا الأساس القانوني للإلتزام، فيرجع إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وكلّ إخلال به يترتب إعمال أحكام المسؤولية العقدية والآثار المترتبة عنها<sup>(4)</sup>، ويلزم المتعاقد بضمان الإلتزام بالمطابقة وبأن يتوفّر على جميع المواصفات الموجودة بها، والمتطلّبات المشروعة، وإلاّ اعتبر مخالفاً في تنفيذ إلتزامه. وعموماً، وما يمكن أن نستشفه أنّ القضاء قد تولّى مهمة إخراج مبادئ قانونية جديدة، والتوسّع من المضمون العقدي. حيث ومن جهة أولى، فإنّ هذه الإلتزامات وغيرها لا تخرج عن كونها مجرد تطبيقات لمبدأ العدالة وحسن النية، وحسب اعتقادنا فهذا هو العمل الأوّل الذي يقوم به القضاء، أي الإجتهد في سبيل استخلاص حلولاً صارمة لقضايا مماثلة، وهو ما التمسناه في العديد من المناسبات أين ساهم القضاء في رقي القاعدة القانونية، لاسيما أنّه المحتكّ الأوّل للقضايا المطروحة أمامه، فهو أدري بالحلّ الأنسب للنزاع أكثر من المشرّع.

(1) - عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 433.

(2) - HUCHET Marc-Oliver, Op-Cit, p56.

(3) - NOOMEN Rekik, Op-Cit, p37.

(4) - سارة بيلامي، المرجع السابق، ص 251

## الفرع الثاني

### إنعكاسات أزمة العقد

إنّ البحث المستمر من قبل القاضي لتحقيق الإستقرار والتّوازن العقدي، عن طريق فرض واجبات عقدية جديدة؛ وضع أثار المخاوف لدى البعض من انقلاب هذه الغاية والهدف إلى إشكالٍ جديد (اللاستقرار) تعجز النصوص القانونية عن حلّه، لاسيما في ظلّ تعارض آلية الرّقابة القضائية مع مبدأ القوّة الملزمة للعقد.

لقد أكّد العميد باتيفول (BATIFFOL) أنّ تدخّل القاضي في العقد قد أثر سلباً على الأمن القانوني عموماً<sup>(1)</sup>، وفي مجال العقود -في صورته التقليديّة-، من خلال ضخامة المضمون العقدي، بشكلٍ لا يقتصر على ما يتّفق عليه المتعاقدين بقدر ما يمتدّ إلى ما يقرّره القاضي، لاسيما في ظلّ اعتباره طرفاً ومصدراً جديداً للعقد.

فأصبح، هذا الأخير، ومن جهةٍ أولى في تضخّم واكتظاظ بالإلتزامات؛ عقدية من جهةٍ أولى، ومفروضة من قبل القضاء من جهةٍ مقابلة. كما يمكن أن تكون هذه الإلتزامات بعيدة عن توقّعاتهم بشكلٍ يهدّم ثقة الأطراف، وكذا الهدف المرجو من العقد. وهو ما يعدّ إنتهاكاً صارخاً لإرادة الأطراف، ولفكرة العقد عموماً<sup>(2)</sup>، ناهيك عن إنعدام الأمن القانوني للعقود من جهةٍ أخيرة.

### أولاً: التّضخّم في الإلتزامات العقدية

لقد أدّت التدخّلات القضائية -المستحدثة- في العقد إلى تضاعف الإلتزامات العقدية، وبروز ظاهرة التّضخّم التعاقدية؛ فتحول العقد من أداةٍ للأمن، والإستقرار، إلى أداةٍ للقلق والإضطراب. وقد تمّ تبرير فرض الإلتزامات الجديدة باسم حسن النية أو العدالة من قبل القضاء، على أنّها سياسة تجد أساسها في النية المفترضة للأطراف؛ لكن الإشكال يكمن فيما مدى مطابقة ما إنصرفت إليه إرادة القضاء مع إرادة الأطراف. وقد حاول البعض توضيح ذلك بأنّه؛ لا يخرج عن مجرّد كونها إلتزامات تعود إلى إعتبارات غير واضحة وإقرارها من قبل القضاء، لا يشكلّ إلّا تضخّماً بالنسبة للإلتزامات العقدية دون داعٍ<sup>(3)</sup>.

فالتّوازن والعدالة العقدية لا تفرّض مضاعفة الإلتزامات العقدية، لما في ذلك من إنتهاك لمبدأ التّوقّعات المشروعة للأطراف، كما أنّ في ذلك خطورة، إذ تودّي إلى تضخّم العقد، وقد يصل الأمر إلى التّخلي عن

(1) - CLEQUETTE Yves, Op-Cit, p207.

(2) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 63.

(3) - مريبطين سفيان، المرجع السابق، ص 140.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

فكرة التعاقد أصلاً. فالتدخّل يجب أن يكون بصورةٍ حذرة، وتقف ورائها ضوابط محدّدة، مراعاةً لإتّفاق العقّدين.

تأسيساً على تلك الخطورة، وجب عدم إعطاء مجال واسع لفكرة العدالة وحسن النية في سبيل التوسّع من سلطة القاضي في العقد طبقاً لما أورده المشرّع من أحكام في القانون المدني، والاستناد إلى حسن النية وفكرة العدالة لا يمنح القاضي من التدخّل؛ بقدر ما يفرض عليه إحترام إعتبار الإستقرار والأمن العقدي

### ثانياً: أزمة الثقة

لقد ترتّب عن التدخّل القضائي في العقد، قصد تحقيق التوازن والأمن للعقود؛ أزمة ثقة تهدّد البناء العام للعقد. فبعدما كان العقد مصدراً للثقة بين المتعاقدين، تلاشت هذه الثقة بسبب تحريف بعض المفاهيم الراسخة (القوة الملزمة للعقد والعقد شريعة لمتعاقدين) دون مراعاة الثقة المشروعة للمتقاضين<sup>(1)</sup>، وكذا التوسّع في البعض الآخر<sup>(2)</sup>.

إنّ فحوى نظرية الأمن العقدي -التقليدية- وأفكار القوة الملزمة للعقد، تقضي بإستبعاد كلّ تدخل قضائي في العقد، وكلّ إستمرار في ذلك، من شأنه زعزعة الطمأنينة والأمن داخل العقد، بل حتّى العصف بها أحياناً، وتعطيل الإستقرار واليقين لدى الطرفين<sup>(3)</sup>. فمحتوى العقد لم يعد مقتصر على ما تم الإتّفاق عليه بل أصبح للقاضي كلمة مؤثّرة، ودوراً بارزاً فيه.

### ثالثاً: انعدام الأمن القانوني للعقود

إنّ الحديث اليوم، يتجاوز أزمة الثقة والعقد، إلى أزمة القانون (La crise de la loi)<sup>(4)</sup>، فالقانون الوضعي يمكن أن يكون مصدراً لعدم الأمان (بواسطة القاضي) للمتقاضين عندما يكون مشكوكاً فيه<sup>(5)</sup> وتدرجياً أصبح القانون في جوهره، يسعى للحفاظ على انعدام الأمن، حتّى وإن كان في ظاهره يهدف لغير ذلك<sup>(6)</sup>، فانعدام الأمن القانوني أصبح من الرّموز القطعية<sup>(7)</sup>.

(1)- HENRI DE Castries, NICOLAS Molfessis, Op-Cit, p18.

(2)- بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص174.

(3)- NGONE Diatta, Op-Cit, p24.

(4)- HENRI DE Castries, NICOLAS Molfessis, Op-Cit, p17.

(5)- GORDON Choisel, L'origine de la notion d'insécurité juridique-approche française-, Art publier dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: L'émergence d'une notion?, le 22 mars 2021, société de législation comparée, Paris, 2022, p22.

(6)- HENRI DE Castries, NICOLAS Molfessis, Op-Cit, p18.

(7)- HELENE Hardy, Op-Cit, p02.

إنّ ظاهرة انعدام الأمن القانوني قديمة قدم القانون، إلّا أنّها بدأت تأخذ منحى واسع في أواخر القرن التاسع عشر<sup>(1)</sup>. ونظراً لتركيبتها اللفظية المعقّدة؛ رفض الأستاذ جوناكس (KNETSH Jonas)، وضع تعريف محدّد للفكرة، وأشار وباختصار أنّ الاصطلاح ينفي وجود الأمن في القانون (Négation de la sécurité juridique)<sup>(2)</sup>، في حين يرى الأستاذ فرونسوا (MOLINS François)، أن نقيض اللأمن القانوني هو الأمن القانوني<sup>(3)</sup>، أمّا الأستاذ طوماس (PIAZZON Thomas)، فيرى أنّ فكرة الأمن القانوني لقيت رفضاً لازعاً لدراسة معالمها، وذلك راجعاً إلى جانبها السلبي المتعلّق بالأمن في القانون؛ بحيث أصبح هذا الأخير حدسي (Intuitivement) ومن المسلّمات القانونية<sup>(4)</sup>.

لقد حاول الأستاذ شوازيل (GORDON Choisel) تحديد مفهوم وأصل كلمة انعدام الأمن القانوني، وحتّى تطوّرها عبر الزمن، بحيث تمركزت سابقاً، حول الشّعور بالخوف من وقوع الخطر، لتتطوّر الفكرة إلى الإشارة بوقوع الخطر؛ فلم تعد مجرد الإحساس (Un sentiment) بالخطر، بل تُمثّل حالة الخطر بذاتها (état dengereuse)<sup>(5)</sup>. لأنّها تمسّ أمن وتوقّعات المخاطبين بالقاعدة القانونية<sup>(6)</sup>.

في سياقٍ آخر؛ فقد احتدم الجدل الفقهي بين مسألة الأمن القانوني من جهة أولى، والعدالة والتوازن العقدي من جهة ثانية؛ وأساس هذا الجدل، هو الرجوع إلى غاية القانون، إن كانت تعود إلى تحقيق الأمن والإستقرار للعقد من خلال ثباته وعدم التدخّل فيه، أم أنّ الهدف من القانون هو الميل إلى تحقيق العدالة والتوازن العقدي وبالتالي السّماح للقاضي في التدخّل في العقد<sup>(7)</sup>؛ إلّا أنّ الواقع يفرض في جوهره التّغيير في المفاهيم والثّوابت الراسخة من الطّابع الجامد إلى المرن.

(1)-JEANNENEY Julien, Insécurité juridique : Un argument au parlement, Art publier dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: L'émergence d'une notion?, Op-Cit, p136.

(2)-KNETSH Jonas, L'instrumentalisation politique de la notion d'insécurité juridique: Recherches historiques sur le droit Allemand (Allemagne nazie et RDA), Art publier dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: l'émergence d'une notion?, Op-Cit, p48.

(3)-MOLINS François, L'insécurité juridique état d'urgence, Art publier dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: L'émergence d'une notion?, Op-Cit, p141.

(4)-PIAZZON Thomas, Op-Cit, p02.

(5)- GORDON Choisel, Op-Cit, p19.

(6)-JEANNENEY Julien, Insécurité juridique : Un argument au parlement, Art publier dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: L'émergence d'une notion?, Op-Cit, p107.

(7)- بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص187.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

مبدئياً، استقرّ الرّأي الأوّل على اعتبار الأمن القانوني، وباختزال شديد؛ حرمة الإتّفاقات العقدية وعدم المساس بها، فالعقد يعتبر مسألة تخصّ الأطراف دون سواهم<sup>(1)</sup>. فوجب على القاضي احترام وتطبيق فكرة الأمن القانوني، وعدم التّوسّع في تفسير بعض المبادئ داخل العقد، لاسيما تلك المفاهيم المرنة والفضفاضة؛ كحسن النية والعدالة.

أمّا الإتّجاه الثاني، فيميل إلى فكرة العدالة العقدية حتّى ولو كان تحقيقها مرهون بتدخّل القضاء في العقد. ففكرة الأمن القانوني حسبهم ليست الفكرة الوحيدة المستأثّرة على العقد، بل هناك إلى جانبه فكرة العدالة والتّوازن العقدي<sup>(2)</sup>. كما أنّ التمسك بالفكرة الأولى، ليس إلّا تطبيقات لمعطيات تقليدية تجاوزها الزمن، بحيث غالباً ما يؤدّي إلى هيمنة القوى الإقتصادية والإجتماعية لتحقيق مصالحهم الخاصة، ممّا يؤدّي إلى انتشار العلاقات العقدية غير المتوازنة. فإذا طبقنا فكرة الأمن القانوني التقليدي، والمطالبة بثبات العقد وتحقيق الأمن والاستقرار في ظلّ المعطيات الرّاهنة، لا يعد إلّا درع أمانٍ للقوى الإقتصادية. ممّا يعني أنّ الأمن القانوني يخدم الأطراف القوية دون الضّعيفة.

أخيراً، وعلى الرّغم ممّا توصّل إليه الرّأي القائل بوجود أزمة العقد بسبب التدخّل القضائي؛ إلّا أنّ هذا الأخير كان ولا يزال يتمّ بموجب النصوص القانونية التي تفوّض له السّلطة والصّلاحية لإعادة الأمن العقدي، ناهيك عن كون حالات الرّقابة القضائية، حالات محصورة بنصّ القانون.

إنّ العقد يبقى يحظى بأهمية بالغة لا سيما مؤخّراً، ولعلّ أهميته اليوم، وفي هذا العصر تتجاوز الأهمية التي حظي بها في ظلّ القانون الروماني أو النابليوني، لاسيما بتأثير التكنولوجيا على وجوده، وأحكامه. فالواقع الحالي، يبرهن أنّ العقد في تطوّر، ويسعى دائماً للإستمرارية، استجابةً لتغيرات المجتمع. عموماً؛ لا يمكن إستبعاد التدخّل القضائي في العقد بشكلٍ مطلق؛ فلا يمكن تجاهل أنّ عملية تدخّل القاضي في العقد لاسيما لتعديله، من أهمّ العوامل المؤدّية إلى إستبعاد الآثار الخطرة على العقد؛ كالفسخ أو إنهاء الرّابطة العقدية بالإرادة المنفردة، وما يترتّب عنها من اللّاستقرار للمعاملات العقدية وإنّهاكاً لأمن العقود. وعليه، فإنّ القاضي يلعب دوراً في ضمان ديمومة العقد، وأمنه قدر الإمكان. وعندما يختار القاضي إنهاء العقد لحالة ما، ولأسباب معينة، فإنّه يرى في ذلك إستقراراً للحقوق لا زعزعتها؛ فخيرٌ أن يُقال: تدخّل القاضي لإنهاء العقد، من الاستمرار فيه دون تحقيق أهدافه المرسومة.

(1) - بونيني مختار، "مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلّد 03، العدد 02، كلية

الحقوق، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، 2016، ص 26.

(2) - بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، المرجع السابق، ص 190.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

نرى وبكلّ موضوعية؛ بعدم وجود أزمة عقدية، فما يمرّ به قانون العقود لا يخرج عن كونه مجرد تحدّيات، وتحولات جوهرية؛ بين ما يعدّ ثابت بنصّ القانون (القوة الملزمة للعقد)، وبين ما يفرضه الواقع من تغيير (التطوّرات الرّاهنة)؛ غير أنّه لا يمكن إنكار الفضل الكبير للرأي أعلاه، والذي ساهم وبحقّ بتصدّع الأفكار القانونية لاسيما التقليدية منها، ورفع الغبار عن بعض الحقائق الواقعية. فعلى الرّغم من المغالاة في تمجيد بعض الأفكار التقليدية، إلّا أنّ ذلك ساهم في بلورة معالم الإتّجاه الحديث لفكرة الأمان العقدي. فالبحت وراء فهم مشكلة قانونية معيّنة، غالباً ما يُشير باقتاب الحلّ الأمثل لها.

## المبحث الثاني

### التدخّل القضائي في العقد: حتمية فرضه واقع التطوّرات الرّاهنة

يُوحى الواقع الرّاهن إلى تطوّر، وتحوّل المبادئ القانونية للعقد، قصد التّكيّف مع المعطيات الرّاهنة<sup>(1)</sup>، والقاضي باعتباره تجسيد للعدالة، فعندما يسمح له القانون بالتدخّل في العقد، فإنّه يثق فيه بعدم الإساءة، وإذا أخطأ في حكمه، فإنّ ذلك يعدّ ثمناً للرّجوع إلى الإرادة الإنسانية<sup>(2)</sup>.

مسايرة لهذه الديناميكية القانونية؛ أصبح التدخّل القضائي أمراً مألوفاً، ولا يثير أيّ قلق أو اضطراب<sup>(3)</sup>؛ فعلى الرّغم من تعارض هذا الإجراء مع القوّة الملزمة والتّوقّعات المشروعة للأطراف، إلّا أنّه من جهةٍ أخرى، يمثّل النّقاثة التّعاقديّة الجديدة، أي الانتقال من الطّابع التّعاقدي الجامد إلى المرن<sup>(4)</sup>. فالعقد أصبح خاضع لمقتضيات الحاجة الاجتماعيّة، وضغط الظروف والعوامل الرّاهنة، وتزايد التدخّل القضائي ليس إلّا لهدف تحقيق مقتضيات الصّالح الخاصّ والعام في آنٍ واحدٍ، ولا يعني تدخّل القاضي -على الإطلاق- تدهور العقد، فبدلاً من أن يضيق وينكمش نجده قد اتّسع أكثر لاسيما ببروز التّعاقد في الفضاء الرّقمي.

لقد أثبت الواقع أنّ النّظرة والمفاهيم والتّصورات العقدية قد تغيرت، فلم يعد ينظر إلى العقد وفقاً للمن وجهة النظر الإرادي الفردي الذاتي -على الرّغم من بقاء النّظرة قانوناً- بل وفقاً للنّظرة الاجتماعيّة الموضوعية فالقاضي عندما يفرض إلزامات جديدة على المتعاقدين، فإنّ الأهداف الاجتماعيّة والاقتصاديّة بل وحتّى الأخلاقيّة، هي التي تبقى خلف ما استهدفه المشرّع والقاضي معاً. فالعقد يبقى وسيلة ونمطاً للتّكيف مع المعطيات الاقتصاديّة والاجتماعيّة للمجتمع.

في خضم هذه المعطيات، فإنّ أحكام العقد تعرف مرحلة جديدة، تتعلّق بضرورة التّأقلم والتّكيف مع ما تشهده الحياة القانونيّة من مستجدات على الصّعيد الاجتماعي والاقتصادي، وأنعكاسها على فكرة التّعاقد. كما أنّ هذه المستجدات ليست حبيسة الأوضاع الرّاهنة، بل إنّ التّطوّر مستمر، وما يؤكّد ذلك، ديناميكية وظيفة الدّولة في العلاقات العقدية، وإستمرار تطوّر فكرة النّظام العام في صورته النّقليديّة؛ ببروز النّظام العام الاقتصادي بشقيه (المطلب الأوّل)، ناهيك عن تدفّق ظاهرة التّعاقد في البيئة الرّقمية وتطوّر حياة التّجارة الإلكترونيّة، وكذا التّحدّي الجديد للمشرّع بظهور عصر الذّكاء الاصطناعي (المطلب الثّاني).

(1) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السّابق، ص 188.

(2) - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد - الإرادة المنفردة - العمل غير المشروع - الأثر بلا سبب - القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، المرجع السّابق، ص 453.

(3) - CORNI Gérard, Introduction ? Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Paris, 2006, p19.

(4) - GABERIEL-Pierre Jobin, Op-Cit, p03.



## المطلب الأول

### تأثير المعطيات الاجتماعية والإقتصادية في تطوير العقد

انطلاقاً من تأثير قانون نابليون 1804 على الأنظمة القانونية الأخرى بما فيها القانون الجزائري<sup>(1)</sup>؛ فقد ذهب الأستاذ فيليب (STOFFEL-Munck Philippe) في أحد مقالاته، للتأكيد على أنّ النّظر بدرجة عالية من التجريد للواقع الإقتصادي المشار إليه ضمن هذا القانون، سيجد أنّه مختلف اليوم<sup>(2)</sup>، فالقراءة الواسعة لسلطاته في العقد توحى إلى التطوّر الكبير الذي آل إليه هذا الأخير، والدولة لم تستغن عن فكرة التعاقد<sup>(3)</sup>. وكثيراً ما يظنّ المشرّع -حفاظاً على الانسجام بين القانون والمستجدات الرأهنة- إلى فرض أحكام قانونية جديدة تنظّم الأوضاع المستجدة، غالباً ما تكون متعارضة مع سابقتها؛ كأن يسمح القانون للقاضي في التدخّل في العلاقة العقدية بعدما كانت هذه الأخيرة شأنًا خاصاً للأطراف<sup>(4)</sup>. من المعلوم جيّداً، أنّ الفرد غاية كلّ تنظيم قانوني هذا من جهة<sup>(5)</sup>، ومن جهة أخرى، فلا يمكن إنكار أنّ فكرة العقد مرنة<sup>(6)</sup> بطبيعتها، فهي مرتبطة بالظروف الإقتصادية والاجتماعية المحيطة بها، وبالتالي فهي قابلة للانسحاق نحو التغيير.

لقد ساهمت التحوّلات الاجتماعية والإقتصادية، في خلق تغييرات تدرجية لمجال العقود، بحيث كانت السبب المباشر في ازدهاره، وانتعاش مبادئه، التي عرفت جموداً وثباتاً لأمدٍ بعيدٍ، وبشكلٍ أحدث ثورة في قانون العقود، من خلال تطوّر وتحوّل وظيفة الدولة. وما لذلك من آثار هامة للتّمهيد نحو إعطاء تصوّر مبدئي جديد للعقد، خاصّة مع بروز مفاهيم جديدة (كأسلوب جمعية وعيمة العقد)، وأساليب معاصرة (بلورة فرع قانوني جديد يتعلّق بقانون الضبط الاقتصادي، وظهور سلطات الضبط المستقلة) (الفرع الأول).

ذات الوضع والمعطيات؛ كانت السبب في تصدّع فكرة النّظام العام؛ فإذا كانت الحقوق مطلقة في ظلّ النظرة الكلاسيكية للعقد، ولا تخضع إلّا لقيد النّظام العام بمفهومه التقليدي، الذي ينطوي على الجانب السلبي المتمثّل في الرّقابة فقط. فإنّه حالياً، أصبحت رهينة لقيود و/أو توجيهات أخرى متعلّقة أساساً بنظام حديث يعرف بالنّظام العام الاقتصادي، القائم على التدخّل الإيجابي في العقد. فكان لكلّ ذلك الفضل الكبير

(1)- HALPERIN Jean-Louis, Histoire de droit privé français depuis 1804, 01<sup>ère</sup> éd, Presses universitaires de France, Paris, 1996, p10.

(2)- STOFFEL-Munck Philippe, Op-Cit, p12.

(3)- فيلاي علي، "الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018، ص 17.

(4)- المرجع نفسه، ص 08.

(5)- فاضل خبيجة، المرجع السابق، ص 145.

(6)- العشماوي إبراهيم، مفهوم العقد وتطوّره (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 05.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

في تطوّر قانون العقود الحالي، وخلق قواعد سامية عن مبدأ الإرادة وسلطانها، ووضع الأطر القانونية للعقد والسّماح للإرادة بأن تدور في فلكها ولا تتعدّاها؛ تقادياً للفوضى التي قد تعصف بالعقد، وضماناً للأمن العقدي بصورته الحديثة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### التحوّل في وظيفة الدولة: مظهر من مظاهر تطوّر قانون العقود

شهد النّصف الثاني من القرن التاسع عشر ميلاد المذاهب الجماعية، والتي لعبت دوراً هاماً في تطوير قانون العقود، والتحوّل أساساً في وظيفة الدولة؛ هادفةً أساساً إلى إعادة ترتيب العلاقات العقدية؛ في ظلّ الحاجة إلى توسيع نطاق البحث عن التوازن العقدي والحماية العقدية. بحيث، كانت الحماية تقتصر سابقاً على العلاقات التعاقدية التي تجمع بين المستهلك والمحترف. لتكون الدولة أمام وضعية عقدية جديدة تربط بين طائفة المحترفين أو الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم؛ وفي ظلّ عجز قانون الاستهلاك عن حماية هذه الطائفة الجديدة بإعتباره قانون يحمي المستهلك باعتباره الطرف الضّعيف؛ أصبح ضرورة البحث عن حماية لهم ضرورة من أولويات الدولة.

#### أولاً: مظاهر تطوّر وظيفة الدولة

لقد تبنّت الدولة في الآونة الأخيرة أشكالاً عديدة لممارسة السّلطة في العلاقات التعاقدية، وهو ما لا يمكن قبوله -نسبياً- في إطار المذهب الفردي، فتارةً تتدخل في الحقل الاقتصادي بقواعد أمرة، وتاراتٍ أخرى عن طريق الضّبط لذات المجال دون خضوعها للرقابة<sup>(1)</sup>. وبناءً على ذلك، تحوّلت وظيفتها من مجرد الحراسة سابقاً، إلى المتدخّلة، ثمّ ظابطة؛ لأوضاع السّوق والمتعاملين فيه. معتمدةً في ذلك إمّا على أسلوب جمية وعيية العقد، أو إصدار قوانين خاصّة، أو عن طريق ترك المهمّة لسلطات الضّبط المستقلة لضبط الأوضاع العقدية -لأسيما الإقتصادية منها-؛ فكان ذلك أبرز معالم وملاح تغير القانون الوضعي المنظم للمجال التعاقدية

#### 1. تطوّر وظيفة الدولة: من حراسة إلى متدخّلة

يقتصر دور الدولة في المجال العقدي في ظلّ المذهب الفردي، على مراقبة مدى إحترام الأطراف لفكرة النظام العام والآداب العامّة-البسيطة- بعناصره التقليدية الثلاث: الأمن العام، السّكينة العامّة، والصّحة العامّة فقط. دون الإهتمام بمدى تحقّق المساواة الفعلية للمتعاقدين، على أساس أنّ الفكرة قانوناً مفترضة من

(1)- EMERICH Yaeil, LAURENCE Saint-Pierre Harvey, Le public en droit privé, Yvon blais, Montréal, 2019, p05.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الراهنة

جهة أولى. ومن جهة ثانية، فإنّها لا تتدخّل في معاملاتهم العقدية، بل تضع قواعد قانونية تُسهّل لهم كيفية الدخول إليها، وترتيب آثارها، إحتراماً لمبدأ القوّة الملزمة للعقد. غير أنّ هذه القواعد والأفكار كانت محدودة النطاق، ولا تخدم إلّا تلك البيئة البسيطة المستقرة آنذاك؛ أمّا اليوم، ومع مرور الزمن، وتطوّر الثّورة الصناعية، وبروز الثّورة التكنولوجية، وما رتّبته ذلك من ظهور الطّرف القوي، الّذي يملك رؤوس الأموال والسلع والخدمات... من جهة. يقابلهم الطّرف الضّعيف، لاسيما فنياً، معرفياً، واقتصادياً؛ فأصبح نادراً الحديث عن القوى التّعاقدية - لاسيما الإقتصادية - المتوازنة؛ مجمل العوامل والدوافع الّتي كانت وراء تغيّر وظيفة الدّولة من حارسة إلى متدخّلة.

تعقيباً لذلك؛ فالأخذ بالحرية التّعاقدية، والمساواة المفترضة؛ غالباً ما يجعلهما سلاحاً في يد الأقوياء للتسلّط على الضّعفاء واستغلالهم. وهو الوضع الّذي أدّى إلى تجسيد عدم التّكافؤ بين المراكز العقدية للأطراف واقعياً، لتظهر ملامح الاختلاف الجوهرية بين المساواة الفعلية والقانونية، وتمّ الانتباه، إلى أنّه، وحاليّاً وفي ظلّ التطوّرات الراهنة؛ لا يمكن تحقيق المساواة الفعلية بإطلاق الإرادة، بل بالسّماح للدّولة بالتدخّل<sup>(1)</sup>، عن طريق آليّة القوانين، وهو ما يظهر في عقود العمل، حيث تدخّلت الدّولة فيه، فحدّدت مناصب العمل، الأجور، وحتىّ كيفية التّرقية... الخ.

ضِفْ على ذلك؛ فإنّ وصف الدّولة في ظلّ المذهب التّقليدي براعية الحقوق، ومصالح الأطراف العقدية، بدليل أنّ دورها يقتصر على الحراسة، ومراقبة، وحماية النّظام العام، وترك المجال الاقتصادي للخواص، دون تقييد السّوق، مترجمةً في فحواها الفلسفة الليبرالية؛ دورٌ تقليدي يخدم مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويلائم قاعدة كلّ ما هو عقدي هو عادل. إلّا أنّ تحوّل النّهج الاقتصادي للجزائر القائم على الاقتصاد الإشتراكي، إلى الاقتصاد الحر، عزّز من ضرورة فرض منطق الدّولة في العقود بتوجيهها، ومراقبة الجانب الاقتصادي؛ لضمان حد أدنى من التّوازن بين أطراف العلاقات العقدية، وحماية للطّرف الضّعيف، خصيصاً، ولتبرير قيود على الحرية الإقتصادية عموماً.

يتأسّس هذا التدخّل على تبرير جوهري يكمن، أنّه في حال ما إذا افترضنا السّماح للأفراد بممارسة الأنشطة الإقتصادية بحرية وطلاقة، فإنّ ذلك لا محالة سيؤدّي إلى أزمات اقتصادية واجتماعية. بدليل أنّ الحرية الإقتصادية، ستدفع البعض إلى تجاوز حدود المعقول، لإرتباطها أساساً بحرية التملّك. وهو ما سيؤدّي إلى رغبة كلّ طرف في توسيع نطاق مكاسبه، وبالتالي الدخول في المواجهة والصّراعات<sup>(2)</sup>.

(1) - يس محمد محمد الطباخ، المرجع السابق، ص 84 إلى 107.

(2) - سويلم محمد، سلطة الإدارة في حماية النّظام العام الإقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصّص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة غرداية، غرداية، 2018، ص 54.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

تقديراً لذلك، فرض الواقع، التّحوّل من وظيفة الحراسة، إلى حتمية التّدخّل في العلاقات العقدية عن طريق؛ إمّا، تجاوز مفهوم العقد بفرض عملية التّعاقّد دون الإهتمام برضا أو عدم رضا أطرافه، مثلما تحقّق في العقود المنظّمة (Les contrats reglementes)<sup>(1)</sup> أو الجبرية (Contrats forcés)<sup>(2)</sup> وأحياناً أخرى، التّلطيف من مفهوم العقد، عن طريق السّماح بالتّعاقّد، وتقييده في آنٍ واحدٍ، مثلما تطرّق إلیع المشرّع في بعض البيوع، فاشتراط تارةً ضرورة الحصول على تصريح مسبق (كالبيع بالتّخفيض المادة 03) وتارةً أخرى، إشتراط الحصول على رخصة مباشرة (كالبيع خارج المحلات بواسطة فتح الطّردود المادة 19) المشار إليها بموجب المرسوم التّنفيذي 06-216<sup>(3)</sup>.

تتمّةً لذلك، فتغيّر وظيفة الدّولة من حراسة إلى متدخّلة، لم يوجد لغرض التّقييد من حرية الأطراف عبثاً، إنّما كان التّقييد وليد تخوّفات من الإحتكار، والتّعسف في ممارسة أنشطة معيّنة. فالتّحوّلات الرّاهنة كانت كفيلة للتّخلّي عن فكرة الحياد التي سادت الدّولة الحارسة<sup>(4)</sup>، والانتقال إلى دور جديد -المتدخّلة- بموجب قواعد آمرة في أغلب الحالات (كقانون التّأمين من خلال إجبارية التّأمين على المركبات، أيضاً تدخّل المشرّع لتنظيم عقد العمل تنظيمًا دقيقاً، وبموجب القواعد الآمرة المحدّدة للأجر، وساعات العمل الضّمان الاجتماعي، شروط السّلامة الصّحية، العطل، والإجازات؛ كمظاهر حماية العامل)<sup>(5)</sup> تاركةً الحرية للأطراف في مسائل معيّنة.

ش ومن خلال انسحاب الدّولة الحارسة، لتفسح المجال للدّولة المتدخّلة؛ أصبحت هذه الأخيرة تهدف إلى تحقيق ما عجزت عنه الأولى، باحثةً أساساً عن سبل تحقيق التّوازن، والمساواة الفعلية للأطراف. فأصبحت، الإرادة الجماعية تعلو الإرادة الفردية، وهذه الأخيرة خاضعة للمصلحة العامّة للمجتمع<sup>(6)</sup> فغاية

(1) - أشار غستان، إلى العقود المنظّمة، بأنّها تلك المنظّمة من طرف المشرّع تنظيمًا شاملاً. انظر غستان جاك المطول في القانون المدني (تكوين العقد) المرجع السابق، ص.ص 148-159. أمّا الأستاذ عبد الحي حجازي يرى أنّ مثل هذه العلاقة لا تعتبر عقدية، بقدر ما أنّها مركز قانوني منظم. نقلاً عن: عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 285.

(2) - ومثال ذلك: عقد التّأمين، حيث يجب على كلّ مسّتعلم المركبة اكتتاب عقد تأمين من جهة، ومن جهة أخرى شركة التّأمين ملزمة بتحمّل عبئ المخاطر تطبيقاً للمادة 01، من الأمر رقم 74-15، والإرادة تتجلى فقط في إختيار المؤمن له لشركة التّأمين دون غير ذلك. للتّفصيل أكثر، انظر في الأمر رقم 74-15، المرجع السابق.

(3) - راجع، خاصّةً مضمون المواد: 02، 03 و 19، من المرسوم التّنفيذي رقم 06-215، المؤرّخ في 18 جوان 2006، المحدّد لشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتّخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطردود، ج.ر.ج.د.ش، العدد 41، الصّادر في 21 جوان 2006، المعدل والمتمم.

(4) - EMERICH Yaeil, Op-Cit, p07.

(5) - انظر تحديداً المواد 15، 22، 27، 32، 33 و 87 من القانون رقم 90-11، المرجع السابق.

(6) - فاضل خبيجة، المرجع السابق، ص 07.

الدّولة الأولى حماية الطّرف الضّعيف، بموجب قواعد أمر، وتحت رقابة الإدارة أو القاضي؛ ليمهّد كلّ ذلك لبروز، التّصوّر الجديد للعلاقة العقدية، بعيداً عن المبادئ التّقليدية، كالملزّمة للعقد.

### 2 . تطوّر وظيفة الدّولة: من متدخّلة إلى ضابطة

بعدما تدخّلت الدّولة في العلاقات العقدية بتسيير الأسواق وتصحيحها، قصد مواجهة الأزمات؛ انسحبت، ومن جديد من الحقل الاقتصادي، تاركةً المهمّة على عاتق هيئات جديدة لضبط بعض القطاعات. فلم تعد تتدخّل في الأنشطة الإقتصادية بالوسائل المعتمدة في ظلّ الاقتصاد الموجه، بل بأساليب وآليات جديدة ذات طابع ليبرالي، وبالاكتفاء على أجهزة حديثة تعرف بهيئات الضّبط الاقتصادي.

يسعى "الضّبط (La régulation)"<sup>(1)</sup> إلى إقامة التّوازن بين حقوق والتّزامات أطراف السّوق، عن طريق إحترام قواعده. فهو بذلك الوجه الجديد لوظيفة الدّولة في المعاملات العقدية. ويتعلّق دوره أساساً، في المحافظة على المنافسة الحرة، كمبدأ أساسي في اقتصاد السّوق، من خلال محاربة كلّ أشكال التّصرّفات والممارسات المناهية للمنافسة. فإذا كان قانون المنافسة يظلّ محور التّصرّفات في السّوق فإنّه كذلك؛ يعدّ مصدراً لتجاوز آليات اقتصاد السّوق البسيطة، القائمة على العرض والطلب<sup>(2)</sup>. ولهذا وُجدت آلية الضّبط، كوسيلة مهمّة لضمان السّير الحسن والنّزيه للسّوق، وللأنشطة الإقتصادية عامّة، وفقاً لمبدأي الحرية الإقتصادية، والمنافسة النّزيهة<sup>(3)</sup>. فأصبحت وظيفة الدّولة الجديدة، غير منتجة ولا مسيرة في الاقتصاد؛ بل مدعّوة فقط للحفاظ على مهامها السيادية التّقليدية<sup>(4)</sup>، مع بقائها كجهة تتولّى مهمّة توفير الطّروف المناسبة بواسطة هيئات جديدة تتمتّع بصلاحيات واسعة؛ تنظيمية، قمعية، ورقابية، قصد تطوير المناخ التّنافسي، والمجال الاقتصادي عامّة<sup>(5)</sup>.

(1) - تولى المشرع الجزائري تعريفه في المادّة 03، من الأمر رقم 03-03، المؤرّخ في 19 جويلية 2003، يتعلّق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 43، الصّادر في 20 جويلية 2003، المعدّل والمتّم بالقانون رقم 10-05، المؤرّخ في 15 أوت 2010، يتعلّق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 46، الصادر في 18 أوت 2010 على أنّ: "الضّبط: كلّ إجراء أيّاً كانت طبيعته صادر عن لية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق وحرية المنافسة ورفع القيود التي بإمكانها الدخول إليها وسيرها المرن وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها وذلك طبقاً لأحكام هذا الأمر".

(2) - سويلم محمد، المرجع السّابق، ص 135.

(3) - بن يوب جهيد، المرجع السّابق، ص 193.

(4) - عيساوي عز الدين، أبحاث في قانون الضّبط الاقتصادي، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، بجاية، 2022، ص 09.

(5) - بن يوب جهيد، المرجع السّابق، ص 194.

ذلك ما يؤكّد، التحوّل الجديد لدور الدولة (من متدخّلة إلى ضابطة)، وهو في مجمله، عبارة عن إعادة لتعريف الدولة المتدخّلة التي لم تنسحب كلياً من الحقل الاقتصادي، إنّما أصبح لها دور فعّال فيه، بإعتبارها الضامن الوحيد لجميع أطراف العلاقات الاقتصادية. فالدولة إذن بموجب وظيفتها الجديدة-الضابطة-تقوم بوظيفتين معاً؛ التدخّل والحراسة في آنٍ واحدٍ؛ لكن تحت غطاء، ومفهوم، ودور متجدّد، يتعلّق أساساً، بضبط القطاعات خاصّة الاقتصادية منها.

إنّ هذا التحوّل الجديد يضعنا أمام العديد من التّصوّرات للدولة الضابطة، أبرزها؛ تصوّر العودة إلى الدولة الراعية الليبرالية؛ ليتدخّل الأستاذ شوفالي (JACQUES Chevallier) لدحض ذلك، والاقرار بالنموذج الجديد للدولة<sup>(1)</sup>، القائم على وظيفة جديدة تلازم مع التحوّل في مفهوم تدخّلها<sup>(2)</sup>. فهي لم تعد تتدخّل في تسيير الأنشطة الاقتصادية، وتوجيهها فحسب؛ بل أصبحت زيادةً على ذلك طرفاً ضامناً تارةً وحكماً بين أطراف العلاقة الاقتصادية تارةً أخرى، وهو ما أشار إليه الأستاذ زوايمية قائلاً: "هو إعادة تأسيس شرعية تدخّل الدولة ولا يمكن إحترام النظام العام الاقتصادي إلّا في ظلّ قواعد الضبط الاقتصادي التي تستهدف إلى تنظيم وإحترام النظام العام الاقتصادي"<sup>(3)</sup>؛ فالنموذج الجديد لوظيفة الدولة، يدحض فكرة العودة إلى الدولة الليبرالية أو الحارسة، بل يبقى نموذج ووظيفة جديدة، فرضته الأوضاع الحالية.

### ثانياً: إنعكاس تطوّر وظيفة الدولة

لقد أسفر عن تدخّل الدولة في الحياة القانونية للعقد والمتعاقدين؛ فضلاً عن ميلاد مجموعة من العقود الحديثة، تحت تسميات مختلفة: العقد المنظم، العقد الممنوع، ظهور ما يسمى بمجموعات العقود<sup>(4)</sup>؛ نتج عنه بروز مفهوم جديد للسّاحة القانونية يعرف، بِجَمِيعَةٍ وَعَيْمَمَةٍ العقد ( La socialisation et la )

(1) - سويلم محمد، المرجع السابق، ص 101.

(2) - شيباني مختارية، التدخّل التشريعي في العقود وأثره على سلطان الإرادة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2022، ص 175.

(3) - سويلم محمد، المرجع السابق، ص 128.

(4) - العقود المركبة نتاج تناسق عدة عقود خاصّة؛ كعقد الإعتماد الإيجاري، عقد الفاكترينغ. انظر بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السابق، ص 433. أمّا مجموعات العقود، فهي عقود اشتركت في تحقيق مشروع واحد، وذلك دون أن تتشكّل من حيث المبدأ، أي العبرة بتناسق العقود لا إتحادها. للتفصيل أكثر راجع في ذلك: نصير صبار لفته الجبوري، علاء ناصر عزوز، "تأصيل نظرية المجموعة العقدية" دراسة في القانون المدني"، مجلة الكوفة، المجلد 12، العدد 40، 2019، ص.ص 194-241. وقد تم تكريسها في القانون الجزائري من خلال الإشارة إلى فكرة الارتباط بين العقود، خاصّة بين عقود القرض والبيع.

# الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

**(publicisation du contrat)** من جهة، إلى جانب ميلاد فرع قانوني جديد يُعرف بقانون الضّبط الاقتصادي من جهةٍ ثانية، ناهيك عن إنتشار الهيئات الإدارية المستقلة من جهةٍ ثالثة.

أوضاع جديدة، لم يشهدها المذهب الكلاسيكي؛ لأنّها تتعارض أساساً مع فلسفته، ومبادئه؛ وهو ما يؤكّد، ولمرةٍ أخرى، ازدهار العقد وتطوّره.

## 1. بروز جمعية وعيْمة العقد

يُقصّد بجمعية العقد (**La socialisation du contrat**)، أنّ العقد أصبح واقعة جماعية<sup>(1)</sup> تهّم حياة المجتمع، لا أطرافه فحسب. فلم يعد شأنًا خاصًا بالمتعاقدين فقط، بل إنتقل وتحوّل من نزعته الفردية التقليديّة، إلى النّزعة الجماعية الجديدة. أمّا عيْمة العقد فنقصد به، أنّ العقد الخاص الذي كان يحكمه مبدأ سلطان الإرادة، القائم على الحرّية العقدية والقوّة الملزمة لإتفاق الأطراف، تدخّلت فيه إرادة الدّولة -القانون- ففقد بذلك طابعه الخاص من جهة أولى، وتعيّم بقدر ما فقد من ذلك الطّابع من جهةٍ مقابلة<sup>(2)</sup>.

واقع تحقّق بآليات عدّة؛ كإشتراط الحصول على إذن مسبق للتّعاقد، ضرورة إتباع شكلية ما سواء لإنعقاد التّصرف أو لإثباته في بعض الحالات، الإلّجبار على التّعاقد كما هو الحال في عقود التّأمين، وغالباً ما نجد مثل هذه الأحكام تتّبع أسلوب القانون العام<sup>(3)</sup>، حيث تمّ صياغتها بقواعد آمرة لارتباطها بأحد مسائل النّظام العام، وقد يصل في بعض الأحيان إلى الاستغناء عن فكرة التّعاقد.

لقد ساهمت الجمعية والعيْمة في تطوّر قانون العقود؛ حيث يعود لهما الفضل ب بروز تصوّر جديد للعقد يهدف أساساً إلى تغليب المصلحة الجماعية للعقد عن المصلحة الفردية<sup>(4)</sup>. ولجوء الدّولة إلى أسلوب القانون العام وإستعماله في قانون العقود لم يكن بصورة عبثية، بل للوصول إلى تكيّف العقد مع المتغيرات الإجتماعية والإقتصادية، فترتّب عن ذلك تقلّص الطّابع الفردي للعقد. كذلك السّعي لتحقيق المساواة الفعلية بين الأطراف، في ظلّ عجز المذهب الفردي عن ذلك؛ غير أنّ تحقيق المساواة والتّوازن من جهة، لا يتم إلّا عن طريق المساس بالأسس الرّاسخة سابقاً -القوّة الملزمة - وهو ما كان محلّ رفض من قبل أنصار الإرادة. فتوسّعت على إثر ذلك، مهمة المشرّع، من خلال القاضي إلى إيجاد التّوازن والتّوافق<sup>(5)</sup> بين مبادئ

(1) - حليس لخضر، جمعية وعيْمة العقد، المرجع السابق، د.ص.

(2) - عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 267-268.

(3) - راجع في ذلك، نصّ المادّة 136، من القانون رقم 90-11 التي تنصّ على: "يكون باطلاً وعديم الأثر كلّ بند في عقد العمل مخالفاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وتحلّ محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"، المرجع السابق.

(4) - حليس لخضر، جمعية وعيْمة العقد، د.ص.

(5) - فاضل خبيجة، المرجع السابق، ص 06.



## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

الفلسفة الفردية ومبدأ المساواة، وذلك بتأطيرها، وتوجيهها، والمساس بها (كلّما إقتضت الصّورة إلى ذلك) تحقيقاً للمصلحة العامّة، والخاصّة الممتثلة في؛ المساواة الفعلية، المنفعة الاجتماعيّة، والعدالة العقدية. من جهة معاكسة؛ فإنّه يظهر وبوضوح، خطورة ظاهرتي الجميعة والعيمة على فكرة الأمن القانوني والعقدي من خلال استبعادهما للإرادة -خاصّة- في المجال العقدي، وفرض منطق الدّولة في تنظيم، العملية التّعاقدية. فنحن اليوم بحاجة إلى إيجاد سبل التّوفيق بين سلطة القانون، والإرادة، والقاضي؛ في المحافظة على العقود. بالإضافة إلى خطورة تراجع قواعد القانون الخاص -عموماً- لحساب قواعد القانون العام<sup>(1)</sup>. الحقّ يُقال أنّه، وبفضل جميعة وعيمة العقد؛ بدأت النّصوّرات والاتّجاهات الحديثة للعلاقة العقدية تبرز إلى الأفق، فأضحى تدخّل الدّولة أو القاضي في العقود أمراً عادياً مألوفاً، لا يثير الإضطراب في العلاقة العقدية، بقدر ما أنّ الهاجسه الأوّل والأخير يكمن في، تحقيق المساواة الفعلية للأطراف، بشكلٍ يضمن الإستقرار والأمن للعقد، وضمان ديمومته في ظلّ عجز الأسس الفردية عن تحقيق ذلك، لاسيما أمام تطوّر وتغيّر الأوضاع الرّاهنة.

### 2 . ظهور السّلطات الإداريّة المستقلة كجهة منافسة لعمل القضاء

إذا كان للدّولة في وقت سابق حصّة الأسد للتّدخّل في العقد، من خلال تنظيمه وتوجيهه، حتّى قيل أنّها طرفاً في العقد<sup>(2)</sup>، تغيّرت الأوضاع تاركة المجال لسلطات مستقلة لا تخضع في نشاطها لنظام السّلطة الرّئاسية، ولا للوصاية الإداريّة؛ تعرف بالسّلطات الإداريّة المستقلة<sup>(3)</sup>. فتحوّل دور الدّولة، من دولة رافعة لشعار الحرية المطلقة إلى ضبط المجالات الحسّاسة لاسيما الأسواق، ضماناً للمنافسة النّزيهة، وتحقيقاً للعدالة والرّفاهة الاجتماعيّة، كان له الأثر البارز في ظهور هذه السّلطات والأجهزة الجديدة. لم يكن يتصوّر الحديث عن السّلطات الإداريّة المستقلة في ظلّ النّظام الإشتراكي للجزائر، إذ يعود ظهورها بعد إقرار الخيار الليبرالي سنة 1989، ممّا فتح باباً واسعاً للقطاع الخاص في السّوق، فاحتدمت المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين، لتظهر علاقات غير متكافئة بين الأعوان والمستهلكين. ممّا دفع الدّولة إلى التّدخّل لضبط وترشيد الواقع الحساس، فأنشأت هيئات إداريّة ذات طابع استشاري؛ لتتسحب نسبياً عن التّدخّل في تسيير الاقتصاد<sup>(4)</sup>.

(1)- المرجع نفسه، ص 08.

(2)- حامق ذهبية، المرجع السّابق، ص 80.

(3)- عيساوي عز الدين، المرجع السّابق، ص 51.

(4)- بناسي شوقي، قانون العقود (دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي- المعدل - والفقّه الإسلامي)، المرجع السّابق، ص 104.



## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الزاهنة

تعدّدت السّلطات الإدارية المستقلة، كلّ بمجالها، وأولّها يعود إلى سنة 1990 الممثّلة في المجلس الأعلى للإعلام، كما حدّدت مهامه<sup>(1)</sup>، ليتّم حلّه بعد سنتين فقط<sup>(2)</sup> لتفسح المجال لظهور غيرها؛ كمجلس المنافسة، مجلس النّقض، لجنة الإشراف على التّأمينات... الخ.

تتمتّع السّلطات الإدارية المستقلة بإمّيازات عديدة، لاسيما في جانب العقود منها: استشارية وتنظيمية، التّحكيم، تسوية النزاعات، (ناهيك عن سلطات أخرى ذات طابع جزائي<sup>(3)</sup>)، وهي صلاحيات في الأصل ينفرد بها القضاء ما جعلها بحقّ تنافس عمل الهيئة القضائية عموماً، وعمل القضاء -القاضي المدني- على وجه أخص. وهو ما يظهر من خلال نقل الاختصاص التّحكيمي لفضّ النزاعات بين الأعوان الاقتصاديين؛ من القاضي العادي إلى هيئات الضّبط المستقلة<sup>(4)</sup>، قصد الوصول إلى حلّ النزاع في وقت وجيز، مقارنةً بالقضاء المدني، المقيد بنصوص وإجراءات قانونية غالباً ما تتسم بطول الإجراءات.

يخضع العقد لقواعد الضّبط<sup>(5)</sup> التي تضعها السّلطات الإدارية المستقلة لتنظيم واقع السوق والتي تسمو عندما إتفق عليه الأطراف في عقدهم، فيستبعد مجال تطبيق إتفاقهم في المسائل التي نظّمها وهذا راجع أساساً إلى إعتبار القواعد الإتفاقية للأطراف، تنظّم مسائل محدّدة، في حين تعتبر قواعد السوق غير موجهة لشخص بذاته، فهي عامّة<sup>(6)</sup>. إلّا أنّ هذا التّنافس، والمواجهة، لا يغير من طبيعة الهيئات الإدارية المستقلة، من كونها مجرد سلطات شبه قضائية، لا تعلو ولا تساوي عمل القضاء، الذي يتمتّع باختصاصات واسعة، أمام محدودية اختصاصاتها ودون صلاحيتها في النّظر في دعاوي معينة؛ كدعاوي التعويض أو البطلان<sup>(7)</sup>، ناهيك عن افتقارها لأهم الآليات والتّقنيات للتدخّل وفرض رقابتها على مرحلة تكوين وتنفيذ العقود، بإعتبار أغلب اختصاصاتها تقتصر على مجرد ابداء الآراء والاستشارات.

(1) - تنصّ المادّة 59 على: "يحدث مجلس أعلى للأحكام وهو سلطة إدارية مستقلة ضابطة تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي تتمثل مهمتها في السهر على إحترام أحكام هذا القانون وبهذه الصفة يتولى ما يأتي: يبين بدقة كليات تطبيق حقوق التعبير عن مختلف تيارات الآراء. يضمن إستقلال أجهزة القطاع العام للبث الإذاعي الصوتي والتلفزيون وحياده وإستقلالية كلّ مهنة من مهن القطاع. يسهر على تشجيع وتدعيم النشر والبث باللغة العربية بكلّ الوسائل الملائمة..." من القانون رقم 90-07، المؤرخ في 03 أفريل 1990، يتعلق بالإعلام، ج.ر.ج.د.ش، العدد 14 الصّادر في 1990 (ملغى).

(2) - انظر المرسوم الرّئاسي رقم 93-252، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، يتعلق بالمجلس الأعلى للإعلام، ج.ر.ج.د.ش، العدد 69، الصّادر 27 أكتوبر 1993.

(3) - عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 17.

(4) - المرجع نفسه، ص 130.

(5) - فاضل خبيجة، المرجع السابق، ص 14.

(6) - عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 102.

(7) - المرجع نفسه، ص 145.

## الفرع الثاني

### التّحوّل في فكرة النّظام العام: الانتقال من النّظام العام التقليدي إلى الأنظمة العامة

كرّس المشرّع الجزائري فكرة النّظام العام بوجهها التقليدي، بموجب أحكام صاغها بقواعد أمرّة، فوضع حدودها، واشترط بشأنها -على سبيل المثال لا الحصر- أن يكون المحلّ والسبب مشروعاً، غير مخالفٍ للنّظام العام والآداب العامة، استناداً إلى المادتين 93 و97 من ق.م.ج.<sup>(1)</sup> كما قيّد بعض التصرّفات بضرورة افرائها في قالبٍ مادي، تحت طائلة البطلان المطلق. هادفاً إلى تكريس الأمن وحماية الحريات الفردية، والجماعية في آنٍ واحدٍ؛ غير أنّه وبفعل التّحوّلات الرأهنة، فرضت على المشرّع الانتقال من فكرة النّظام العام التقليديّة، إلى فكرة الأنظمة العامة، أبرزها، ظهور النّظام العام الاقتصادي.

ساهمت طبيعة فكرة النّظام العام في حدّ ذاتها، وباعتبارها من المسائل الفضاضة، المرنة؛ ببروز هذا النوع الجديد. فالمجال الاقتصادي اليوم غزى فكرة النّظام العام، وأصبح جزءاً منها<sup>(2)</sup>، إلّا أنّ هذا لا يعني زوال فكرة النّظام العام التقليديّة<sup>(3)</sup> بقدر ما أنّها تجددت، توسّعت، تطوّرت، وارتبطت مع بعض أكثر. وعليه، فإنّ النّظام العام الاقتصادي عنصرٌ جديد لفكرة النّظام العام عامّةً، ويقوم على إشباع حاجيات ضرورية أو ملحة ينتج عن عدم إشباعها إحداث اضطرابات لا تقل خطورة عن الإضطرابات الجارية التي تؤثر على النّظام العام في مفهومه التقليدي<sup>(4)</sup> كما يمثّل الوجه الاقتصادي، لمجموعة المبادئ التي يقوم عليها اقتصاد الدولة، ومجموع المصالح الجوهرية والمثل العليا التي ارتضتها الجماعة لنفسها. وفكرة النّظام العام سواء التقليديّة أو بصورتها الحديثة، تعدّ أولى القيود التي وضعها المشرّع للحدّ من الحرّية المطلقة. يختلف النّظام العام الاقتصادي كثيراً عن النّظام العام التقليدي، من حيث الهدف والنطاق والعناصر؛ فإذا كان الأوّل يقوم على أحكامٍ مانعة من التّعاقّد في شيء ما (كمنع التّعامل في تركة الإنسان وهو حي المادة 99 من ق.م.ج.)؛ فإنّ النّظام العام الجديد له روح التّجديد وثنوري<sup>(5)</sup>، فلا يقتصر على المنع فقط، قدر ما يفرض بصورة ايجابية إلتزامات على الأطراف وتحديد ما يجب القيام به بإتباع أساليب حديثة غير

(1)- راجع مضمون المادتين 93 و97، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2)- غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص117.

(3)- أكّد قضاء مجلس الدولة لسنة 2004، على العلاقة الوثيقة بين النّظام العام الاقتصادي والعناصر التقليديّة للنّظام العام، القاضي بحماية الصّحة العامّة والحفاظ على النظافة وحماية المستهلك بصفة خاصة. انظر القرار، ملف رقم 13944، المؤرخ في 15 جويلية 2004، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، الصادر في سنة 2004، ص135.

(4)- سويلم محمد، المرجع السابق، ص53.

(5)- فاضل خبيجة، المرجع السابق، ص10.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الزاهنة

معروفة سابقاً. وإذا كانت فكرة النّظام العام تقوم أساساً على، الأمن، الصّحة، السّكينة العامّة؛ فإنّ الفقد الحديث يأخذ الفكرة على نطاقٍ واسع، نتيجة ظهور النّظام العام الاقتصادي التّوجيهي والحماي. يحمل النّظام العام الجديد في فحواه العوامل التي ترتكز عليها الحياة الإقتصادية والإجتماعية؛ فأحياناً يكون الفرد بحاجة إلى التّوجيه لتسيير شؤونه، وأحياناً أخرى يكون بحاجة إلى الحماية من تسلّط القوي عليه<sup>(1)</sup>. فشكّلت مجمل هذه العوامل أحد مبررات قبول التدخّل القضائي في العقد ضمن أحكام النّظام العام الاقتصادي، والذي يتفرّع إلى قسمين، أحدهما توجيهي (النّظام العام التوجيهي) والآخر حمائي (النّظام العام الاقتصادي الحمائي). ينصب الأول على القواعد القانونية المنظّمة والموجّهة لحماية الأسس والمصالح العليا للبلاد، أمّا الثاني، فيتعلّق بحماية بعض العناصر الإجتماعية الضّعيفة. وتبقى مسألة إتّساع نطاق المصلحة العامّة بصورتها الحديثة المجال الأبرز لفرض الرّقابة على العقود من طرف القاضي.

### أولاً: النّظام العام الإجتماعي: إتّساع مفهوم المصلحة العامّة كمبرر للتدخّل القضائي في العقد

إنّ التدخّل القضائي ليس مظهرًا من مظاهر اضطراب العقد، فالقانون لا يسمح له في التدخّل، إلّا في المسائل التي تحقّق المصلحة الخاصّة للأفراد، والمصلحة العامّة للمجتمع. وبالرجوع إلى هذه الفكرة الأخيرة، فهي نسبية متغيرة، تسعى لمواكبة كلّ المستجدات، وبناءً على ذلك، فهي في تطوّر وإتّساع دائم<sup>(2)</sup>. إذا كانت فكرة النّظام العام قد تطوّرت، فقد صاحب ذلك التطوّر إتّساع فكرة المصلحة العامّة، بحيث ترتّب عن تدخّل الدّولة بآلية النّظام العام الجديد إتّساع في مفهوم المصلحة العامّة<sup>(3)</sup>، وتغيير معالم الحياة العقدية. فلم يقتصر دور النّظام العام في حماية المصالح العليا للدّولة الممثّلة أساساً في الأمن، الصّحة والسّكينة؛ بل امتدّ، واتّسع، ليشمل حماية العلاقات الفردية -العلاقات الخاصّة- بإعتبارها جزءاً من المصلحة العامّة. وإختلال المصلحة الخاصّة من شأنه أن يؤثر سلباً على إستقرار المصالح العامّة للدّولة، فعلاقتهما اليوم أصبحت علاقة الجزء بالكلّ. ولعلّ أبرز مظاهر اتّساع المصلحة العامّة؛ السّعي لتحقيق المصلحة الخاصّة للطرف الضّعيف في العلاقة الاستهلاكية، وكلّ إتّساع المصلحة الخاصّة - بإعتبارها جزءاً من المصلحة العامّة - يعدّ تبريراً لمراقبة القاضي للعقد بمراحله الثّلاث<sup>(4)</sup>.

(1) - بعجي أحمد، "أثر القوة التعاقدية للمتعاقد على قانون العقود"، المرجع السابق، ص 146. فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 21.

(2) - فيلاي علي، "الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد"، المرجع السابق، ص 18.

(3) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 275.

(4) - بوراس لطيفة، المرجع السابق، ص 07.

فتدخّل الدولة بواسطة القاضي أصبح ضروريّاً لمعالجة اللاتوازن العقدي<sup>(1)</sup>، وهذا التدخّل فرضته التغيرات الإقتصادية، وتطوّر متطلّبات الجماعة، التي فرضت على المشرّع تغيير نهجه<sup>(2)</sup> فترتّب عن ذلك التوسّع في مجال فكرة النّظام العام<sup>(3)</sup>، وهو ما أدّى إلى ظهور النّظام العام الاقتصادي والذي لا يتعلق باستقرار المجتمع فحسب؛ بقدر ما يمتدّ إلى سياسات اقتصادية - خاصة - دائمة التّغيير والتطوّر<sup>(4)</sup>. فمجمل قواعد النّظام العام الجديد وجدت لتحقيق التّوازن بين مجموعة من المصالح؛ المصلحة العامة والخاصة معاً.

### ثانياً: قبول قواعد النّظام العام الحمائي للتدخّل القضائي في العقد

وجدت فكرة النّظام العام عموماً، والنّظام العام الحمائي خصوصاً؛ كوسيلة في يد القاضي تمكّنه من التصدّي لبعض المعاملات العقدية التي تشكل خطراً على أمن المجتمع (المصلحة العامة)، والأطراف (المصلحة الخاصة) وبالتالي منع إبرامها وتقرير بطلانها إذا ما تمّت. أو تحديد ما يجب الإلتزام به بفرض قيود جديدة، حماية للطرف الضعيف، وتحقيقاً لاستقرار وتوازن الأوضاع، لاسيما العقدية منها. إنّ تطوّر وظيفة القاعدة القانونية من قاعدة كلاسيكية راعية، إلى أكثر حداثة غرضها حمائي<sup>(5)</sup> ساهم في ظهور هذه الصّورة الحديثة للنّظام العام. وقد فصل المشرّع فيها، بموجب النصوص التشريعية الخاصة الهادفة لحماية المصالح الخاصة، لاسيما الطرف الأكثر حرماناً في العقد (كقانون حماية المستهلك، قانون التأمينات، قانون العمل... إلخ)؛ وهذا التّكريس للنّظام العام الحمائي ليس حكراً على التشريعات الخاصة فقط، فالحق يُقال أنّ الشريعة العامة قد تضمّنت فحواه في ماضيع معيّنة.

### 1 . التدخّل القضائي بآلية النّظام العام الحمائي ضمن قواعد الشريعة العامة

لقد عالج المشرّع الجزائري نظرية إكمال العقد في القانون المدني الجزائري، وخصّص لها مادتين 65 و107 ف02 منه<sup>(6)</sup> وخول بموجبهما للقاضي سلطة التدخّل في العقد لغرض إكمال ما لم يتمّ تنظيمه من

(1) - سويلم محمد، المرجع السابق، ص58.

(2) - بن أمينة مصطفى، "النّظام العام الاقتصادي وتطبيقاته في قانون حماية المستهلك الجزائري - مقارنة تشريعية لضبط سلوك العون الاقتصادي"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص1183.

(3) - سويلم محمد، المرجع السابق، ص142.

(4) - المرجع نفسه، ص142.

(5) - بوراس لطيفة، المرجع السابق، ص04.

(6) - تنصّ المادة 65، من الأمر رقم 58-75 على: "إذا إفتق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، أعتبر العقد مبرماً وإذا قام

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرأهنة

المسائل الثأونية من قبل الأطراف، إلّا أنّها تعدّ من مستلزمات العقد، وذلك بإضافة إلترامات جديدة تسهّل تنفيذ العقد أو تحقّق التّوازن العقدي، بصورة تضمن الحماية القانونية لأطراف العلاقة العقدية.

يعدّ نظام إكمال العقود أحد أهمّ الآليات (الى جانب نظرية رفع الإستغلال، والتّعسف) التي تكفل إعادة التّوازن العقدي ورفع الإختلال عن الأطراف، وحمايتهما، لاسيما المتعاقد المدين. فعند النظر في مضمون مبدأ التّوازن العقدي وعملية إستكمال العقد نجد أنّ كلّ منهما جوهر الآخر<sup>(1)</sup>؛ فالتّوازن العقدي هو سبب إكمال العقد، وهذا الأخير يهدف لتحقيق التّوازن العقدي، وهي غاية متلازمة تضمّنتها المادّتين 65 و 107 من ق.م.ج بصورة ضمنية لا صريحة. على أساس أنّه من غير العدل متابعة تنفيذ العقد-الناقص المختل- ومن الخطأ التمسك بالعقد على النحو المتّفق عليه لحظة الإبرام؛ بل يقضي مبدأ الاستقامة<sup>(2)</sup> والحماية العقدية ضرورة تدخّل القاضي لإستكمال ما نقص منه تحقيقاً للتّوازن العقدي.

علاوة على ذلك؛ فإنّه يظهر وبوضوح، أنّ نظام الإكمال يهدف إلى تجسيد الأمن القانوني؛ فالتطبيق الصّارم والجامد لمبدأ القوّة الملزمة للعقد في إطار تقديس الإرادة قد نجح في تحقيق الأمن نوعاً ما، ولحقة ما؛ إلّا أنّ هذا الثّبات والجمود، الذي صاحب تلك القوانين والمبادئ، أصبح لا يتماشى مع واقع التطوّرات الرأهنة. لذلك وجب تبني المبدأ بثوبه الجديد المرن<sup>(3)</sup>، من خلال الإبقاء عليه للحفاظ على ثبات العقود، لكن مع إضافة بعض اللّيوننة لأحكامه عن طريق تبني أسس وفلسفات جديدة تكون معاصرة للتطوّرات الحالية، وتحقيقاً لكبر عدالة عقدية، ولعلّ أولى الحلول؛ منح السّلطة والصّلاحية للقاضي بإستكمال العقد<sup>(4)</sup>. وفي هذا السّياق، فإنّ نظرية إستكمال العقد تهدف -عموماً- إلى تحقيق الأمن النّعائدي، عن طريق الإبقاء على العقد ما أمكن، وبالتالي تجسيد الأمن القانوني بمفهوم أكثر ليونة؛ غير أنّه وجب أن لا يكون هناك مبالغة وفرط في اللّيوننة، بدليل أنّ الأمن لا يتحقّق إلّا بالموازنة بين القواعد القانونية ومتطلّبات

---

خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"، المرجع السابق.

كما تنصّ المادّة 107 ف2، من الأمر رقم 75-58 على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام"، المرجع نفسه.

(1) - رجاء عيساوي، "تطابق فكرة استكمال العقد وأبعادها"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 03، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص.ص 181-182.

(2) - ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص 375.

(3) - المرجع نفسه، ص 369.

(4) - رجاء عيساوي، المرجع السابق، ص 184.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

المجتمع<sup>(1)</sup>. ممّا يعني، أنّ حرص المشرّع على تحقيق الإستقرار العقدي عن طريق إستكمال العقد الهادف للإبقاء على العقد لا هدمه؛ فإنّه بذلك لا ينتهك الأمن القانوني بقدر ما يحافظ عليه.

### 2. التدخّل القضائي بآلية النظام العام الحمائي ضمن التشريعات الخاصة

لقد ارتبطت فكرة التّوازن العقدي بالفكر القانوني الحالي إرتباطاً وثيقاً، وعرفت تطوّراً ملحوظاً عبر مراحل عدّة، فانعكس ذلك على النظام القانوني ونظرية العقد؛ لاسيما أنّها عرفت ثباتاً وإستقراراً لحقبة من الزّمن في ظلّ سلطان القوة الملزمة للعقد. فبعدما كانت جامدة، وضيقة؛ أصبحت اليوم أكثر مرونة تماشياً مع التطوّرات الرّاهنة، لاسيما أنّها فكرة ذي علاقة بالعدالة العقدية. فبعدما كان العقد-مهما كان مضمونه- عادلاً في ظلّ النّزعة الفردية، تراجعت الفكرة إلى إعتبار موضوعي أكثر عدلاً، يهدف إلى تحقيق ثلاثية المبادئ الحديثة؛ التّوازن، والعدالة العقدية، والأمن التّعاقدي.

تعدّدت ملامح النظام العام الحمائي ضمن التشريعات الخاصة، إلّا أنّ غاية القاضي واحدة تتمثل عموماً، في تحقيق التّوازن في العقود وحماية الطّرف الضّعيف في العقد. والتّدخّل التشريعي في العقد بإستعمال قواعد النظام الحمائي يخوّل للمشرّع التّحقّق من/ أو لإعادة الأمن والتّوازن العقدي<sup>(2)</sup>، ومجالات ذلك عديدة؛ فنذكر على سبيل المثال لا الحصر: قانون التّأمينات بإعتبار أحد المتعاقدين مدّعناً لا يملك حقّ التّفاوض، فتدخل المشرّع الجزائري بواسطة القاضي لغرض حماية المؤمن له عن طريق لجنة الإشراف على التّأمينات، وما لها من سلطة في حماية وضبط القطاع. كذلك قانون حماية المستهلك وقمع الغش وتقاضي كلّ أشكال التّعسف ضده بإعتباره حقّ مكفول له دستورياً<sup>(3)</sup> ولعلّ أبرز الإلتزامات الهادفة إلى تكريس الطّابع الحمائي للمستهلك، تلك التي حدّدها المرسوم التّنفيذي رقم 06-215<sup>(4)</sup>، القانون رقم 04-02<sup>(5)</sup> والقانون رقم 09-03<sup>(6)</sup> والرسوم رقم 06-306<sup>(7)</sup>.

(1)- المرجع نفسه، ص.ص 356-357.

(2)- سويلم محمد، المرجع السّابق، ص 102.

(3)- تنصّ المادّة 62، من الدستور الجزائري لسنة 2016، على: "تعمل السلطات العمومية على حماية المستهلكين بشكل يضمن لهم الأمن والسلامة والصحة وحقوقهم الإقتصادية"، المرجع السّابق.

(4)- راجع فحوى المرسوم التّنفيذي رقم 06-215، المؤرخ في 18 جوان 2006، المحدّد لشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، ج.ر.ج.د.ش، العدد 41، صادرة في 21 جوان 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم التّنفيذي رقم 20-399، المؤرخ في 19 ديسمبر 2020، ج.ر.ج.د.ش، العدد 80، الصّادر في 29 ديسمبر 2020.

(5)- راجع القانون رقم 04-02، المرجع السّابق.

(6)- راجع القانون رقم 09-03، المرجع السّابق.

(7)- انظر في ذلك أيضاً، المادّة 05، من المرسوم التّنفيذي رقم 06-306، المرجع السّابق.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

-فرض الإلتزام بإعلام المستهلك بممارسات معيّنة، كالإعلان عنها مثلاً، وهو ما أشارت إليه المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-215<sup>(1)</sup> ولم يكتف المشرّع الجزائري بفرض إلتزام بإجراء الإعلان بقدر ما نظّم كيفية اجراءه، بأن إشتراط أن يكون الإعلان واضحاً، وفي مكان ظاهر من واجهة المحل، وأن يشمل مجموع السّلع التي يشملها التّخفيض، السّعر السّابق والجديد، مدّة التّخفيض تبدأ من وتنتهي في.

-أيضاً المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09<sup>(2)</sup>، التي فرضت على عاتق المتدخّل، تنفيذ الإلتزام بالإعلام، قصد تنوير رضا المستهلك وتزويده بكافة المعلومات، والبيانات، والمواصفات، وحتىّ كيفية إستعمال السّلع محل العقد، وسبل تجنّب مخاطر والأضرار المترتبة عن سوء إستعمالها؛ تحقيقاً للتّوازن وتكافؤ المراكز العقدية للأطراف. خاصّة أنّه واقعياً فغالباً ما يتفوّق مقدم أو محتكر السّلع فنياً ومعرفياً واقتصادياً، مقارنة بالمستهلك صاحب الحاجة. وعليه بواسطة هذه الآلية، يستطع القاضي إعادة التّكافؤ للمراكز العقدية المختلفة وتحقيق العدالة؛ لاسيما أنّه جعل الإلتزام بالإعلام من الإلتزامات الاجبارية المقترنة بجزاء، قاصداً بذلك إعادة التّوازن المعرفي المختل ممهداً للتّصوّر الحديث للعقد، بعيداً عنما تحويه النّظرية النّقليدية للعقد.

هنا تحديداً، يظهر دور القاضي في إستخدام آليات النّظام العام الحمائي؛ فقواعده تنصبّ على طرف من أطراف العلاقة العقدية، غالباً ما يكون طرفاً ضعيفاً مقارنةً بالمتعاقّد معه، فتضمن قواعد النّظام الحمائي حد معين من الحماية لهذا المتعاقّد الضّعيف<sup>(3)</sup>. مع ضرورة التمييز بين الحماية المقررة للمستهلك في وجهها النّقليدي المقررة في قانون رقم 09-03 والحديث (الإلكتروني) ناهيك عن فرض الإلتزام بالمطابقة طبقاً المادة 01 في قانون رقم 09-03<sup>(4)</sup> وحقّ العدول عن العقد.

-فرض الإلتزام بالسلامة على عاتق محتكري السّلع والخدمات طبقاً لنص المادة 03 ف7 من قانون رقم 09-03 المتعلّق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش<sup>(5)</sup>، وإعتبارها آلية لضمان أمن وسلامة المستهلك من الأضرار التي قد تنتج من إستعمال أو استهلاك السّلع محلّ العقد. ونظراً لأهمية هذا الإلتزام، أفرد المشرّع الجزائري له قسماً خاصاً به تحت عنوان "الإلزامية أمن المنتجات"، تحقيقاً للأمن التّعاقدي

(1)- راجع مضمون المادة 05، من المرسوم التنفيذي رقم 06-215، المرجع السّابق.

(2)- انظر المادة 17، من القانون رقم 09-03، المرجع السّابق.

(3)- بوعريوة منصف، "الحرية العقدية في ظلّ النّظام العام الاقتصادي"، *مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال*، المجلّد

03، العدد 02، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018، ص 55.

(4)- أوضحت المادة 01 الإلتزام بالمطابقة في قانون رقم 09-03 على أنّه: "استجابة كلّ منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصّة به"، المرجع السّابق.

(5)- راجع فحوى المادة 03 ف07، من القانون رقم 09-03، المرجع نفسه.



## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الراهنة

- ذات الغاية انطلق منها المشرّع في مسألة ضمان العيوب الخفية في قانون المستهلك في مادته 13؛ حيث وسّع من مجال إعمال النّظرية، خلافاً للقواعد العامّة. فلم يعد الحقّ في المطالبة بالتّعويض عن العيوب الخفية للسلعة محلّ العقد للمشتري (المستهلك) فقط، بل حقّ يمتدّ حتّى إلى أفراد أسرته تطبيقاً للمادة 13 وحتّى دون تحديد الإطار الفعلي للعيوب محلّ الضّمان، بل كلّ عيب خفي للسلعة محلّ العقد، تلزم المتدخل أو مقدم السلعة بتعويض المستهلك، تكريساً لقواعد النظام العام الحمائي.

- ناهيك عن قواعد قانون العمل التي صاغ أغليبيتها، بشكل قواعد آمرة، هادفاً إلى حماية العامل بإعتباره الطرف الضّعيف، مزوداً إيّاه بمجموعة من الضّمانات والحقوق، جاعلاً منها حقوقاً مطلقة لا يجب التنازل عليها حتّى برضا العامل؛ ولعلّ ترتيب المشرّع لجزاء البطلان الجزئي عند مخالفة قواعده (قاعد النظام العام الحمائي) طبقاً للمادة 13 من القانون رقم 90-11<sup>(1)</sup> المتعلق بعلاقات العمل، لتأكيد على رغبة المشرّع في الحفاظ على العقد ناهيك عن الجزاءات الإدارية والجزائية.

### المطلب الثاني

#### تأثير التطوّرات التكنولوجية على العقد: بين الواقع والتّحديات

ساهم التطوّر التكنولوجي الذي ميّز القرن العشرين<sup>(2)</sup>، في تطوير نظرية العقد<sup>(3)</sup>، بحيث كان عنواناً للثورة الصناعية الثانية في حياة البشرية، لاسيما بميلاد عقود جديدة لم يكن لها وجود سابقاً مرتبطة أساساً بالتجارة الإلكترونية، وتماشياً مع ما أفرزته هذه التطوّرات على الصعيد العالمي والوطني، كان لزاماً على المشرّع التدخّل لمعالجة هذه الأوضاع الجديدة.

حيث أنّ، الواقع العملي يؤكّد التدخّل التشريعي بآلية التشريع بالقانون الخاص (حتّى وإن سبقت الإشارة إلى التعاقد في البيئة الرقمية بموجب القانون المدني، إلّا أنّ ذلك اقتصر على مادتين فقط، غير جامعتين أو مانعتين لكلّ ما يحويه مجال التعاقد الإلكتروني) للتّطرق إلى جوهر ما تتضمنه هذه العقود، وذلك بموجب القانون رقم 18-05 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية، ناهيك عن القانون رقم 18-04 المتعلّق بالتصديق والتّوقيع الإلكترونيين (الفرع الأوّل).

لا يقتصر التأثير التكنولوجي على نظرية العقد على مجرد ظهور العقود الإلكترونية، وتطوّر الأحكام والأوضاع التي تقوم عليها بالمقارنة مع العقود التقليدية، بل أصبحت كلّ تلك المفاهيم ومشتقاتها (العقد

(1)- تنصّ المادة 13، من القانون رقم 90-11 على أنه: "يكون باطلاً وعيب الأثر كلّ بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحال محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"، المرجع السابق.

(2)- جبارة نورة، "أثر التحولات التكنولوجية على النّظرية العامّة للعقد: العقد الإلكتروني"، بحوث جامعة بن يوسف بن خدة، المجلّد 14، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص172.

(3)- NGONÉ Diatta, Op-Cit, pp09-10.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني، التصديق والتوثيق الإلكترونيين...) واقع مضى. فعلى الرغم من إحتلالها لصدارة إهتمام المشرّعين، وفقهاء القانون لزمّنٍ طويل، إلّا أنّه كتب لها أن تترك كلّ ذلك الإهتمام لتقنيات وأنظمة حديثة أخرى مرتبطة أساساً بتكنولوجيا المعلومات؛ فنظرية العقد تواجه اليوم تحديات جديدة وعصرية، هامة وخطيرة في آنٍ واحد، ولعلّ أبرز التحديات، تنامي دور أنظمة الذكاء الاصطناعي وتأثيرها الكبير على قانون العقود (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تأثير التطوّرات التكنولوجية على قانون العقود: العقود الإلكترونية أنموذجاً

تولّى المشرّع الجزائري تعريف العقد الإلكتروني في نصّ المادّة 06 ف2 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية<sup>(1)</sup>، وما يمكن ملاحظته أنّ هذا التعريف غير جامع وغير مانع لكلّ ما يدخل ضمن التعاقد الإلكتروني؛ فقد نظّمه دون حصره في نوعٍ ما من العقود، وترك المجال مفتوحاً لإدراج تصرّفات قانونية جديدة تتمّ بهذه الصّفة، والتي قد توجد مستقبلاً. وحسن ما فعل المشرّع نظراً لكون مجال التجارة الإلكترونية مجال شاسع وبشكلٍ يمنع تحديد بعض صور تطبيقاته.

لابدّ لنا الوقوف حول أهم ملامح تطوّر نظرية العقد في صورته الحديثة-التعاقد في البيئة الرقمية- مقارنةً مع الأحكام والتنظيم التي طالت النّظرية العامّة للعقد في صورته -الكلاسيكية التقليدية- ونجمل أهم هذه الملامح بالنّظر إلى:

#### أولاً: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني: بين القواعد العامّة وخصوصيات الرّقمنة

لقد تطوّرت مرحلة تطابق الإرادتين، بالنّظر إلى طبيعة العرض (الإيجاب الإلكتروني) الذي يتقدّم به أحد الأطراف، حيث ينفرد الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب العادي بطبيعته الإلكترونية<sup>(2)</sup>، الذي يتمّ عبر الوسائط الإلكترونية وعبر شبكة دولية الاتّصالات، بوسيلة مسموعة أو مرئية أو بهما معاً، ممّا جعله خاضعاً

(1) - تنصّ المادّة 06 ف02 على: "العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02، المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 23 جوان سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتمّ إيرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني"، من القانون رقم 05-18، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 28، الصّادر في 16 ماي 2018.

(2) - امانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دار وائل للنشر، بغداد، 2002، ص33.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

للقواعد العامّة لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد<sup>(1)</sup>. وهو ما أشارت إليه المادة 10 من ق.ت.إ.<sup>(2)</sup>. وقد يكون الإيجاب الإلكتروني خاصاً موجّهاً للموجب له عبر تقنية البريد الإلكتروني مثلاً، أو أن يكون عاماً موجّهاً إلى أشخاص غير محدّدين بواسطة مواقع الويب التجارية مثلاً. وعليه، فإنّ الإيجاب الإلكتروني عابر للحدود، وهي أهم خاصية له، كما أنّه موجّه إلى عامة الجمهور دون التقيّد بالحدود الجغرافية لدولة ما، وهذا لا يمنع تحقق الإيجاب الإلكتروني في حدود الجغرافية لدولة معينة.

يشترط لصحة الإيجاب الإلكتروني؛ إضافةً إلى خضوعه للشروط العامّة التقليدية (أن يكون جازماً محدداً، باتاً ولا رجعة فيه) أن يكون مسبقاً بإعلان يتضمّن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه<sup>(3)</sup>، وفقاً لما أقره المشرّع الجزائري في المادة 10 من ق.ت.ج.<sup>(4)</sup> وأن يتضمّن على مدة صلاحية الإيجاب، وحق الرجوع عن التّعاقّد، وبيان للسلع والخدمات المعروضة، والشروط العامّة للعقد<sup>(5)</sup>. أمّا بالنسبة للمعاملات التي تتم بالمحادثة أو المشاهدة المباشرة سواء عن طريق (Skipe- viber- messenger)، فنكون أمام حالة الحضور الافتراضي للأطراف، تقترب كثيراً إلى الحضور المادي لهما، فيكون الإيجاب صادراً مباشرة إمّا؛ بالكلام أو المشاهدة<sup>(6)</sup>.

(1) - ربحي تبوب فاطمة الزهراء، "واقع النظريّة العامّة للعقد في البيئة الرقمية"، بحوث جامعة بن يوسف بن خدة، المجلّد 14، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2020 ص 76.

(2) - تنصّ المادة 10، من القانون رقم 05-18 على أنّه: "يجب أن تكون كلّ معاملة تجارية إلكترونية مسبّوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توقف بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني"، المرجع السّابق.

(3) - امانج رحيم أحمد، المرجع السّابق، ص 35.

(4) - تنصّ المادة 10، من القانون رقم 05-18 على أنّه: "يجب أن تكون كلّ معاملة إلكترونية مسبّوقة بعرض تجاري إلكتروني..."، المرجع السّابق.

(5) - جبارة نورة، المرجع السّابق، ص 174.

(6) -، المرجع نفسه، ص 177.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الزاهنة

أمّا بالنسبة لمسألة القبول، فيُقصد به موافقة الموجب على الإيجاب الموجّه إليه بالشروط التي حدّدها الموجب ودون تعديل. وبالرجوع إلى قانون اليونسترال، فإنّه لم يعرف صراحة القبول في العقود الإلكترونية إنّما إكتفى بالإشارة إليه في المادة 113<sup>(1)</sup> وهو ما تبناه م.ج، في نصّ م 10 من ق.ت.إ.<sup>(2)</sup>

غالباً ما تكون أحكام القانون المدني غير ملائمة أو بالأحرى لا تكفي وحدها لتنظيم التعاقد في البيئة الرقمية، سواء بالنسبة للإيجاب أو القبول، لاسيما ما تثيره إشكالية مدى ملائمة أحكام المادة 40 من ق.م.ج.<sup>(3)</sup> المتعلّقة بالأهلية للتطبيق على طرفي العقد الإلكتروني، خاصّةً أمام غياب قواعد واضحة في التشريع الخاص بالمعاملات الإلكترونية. كذلك، إشكالات القبول الإلكتروني، لاسيما مسألة السكوت؛ فإذا كان الأصل أنّ السكوت لا يعدّ قبولاً بإعتباره موقفاً سلبياً، بإستثناء السكوت الملابس المشار إليه في المادة 68 طبقاً للقواعد العامّة في العقود التقليديّة<sup>(4)</sup>؛ فإنّ أحكام هذه الأخيرة غير ملائمة للمجال الإلكتروني بحجّة أنّ الأطراف في هذا النوع من العقود على اتّصال افتراضي وغير مباشر، وليس اتصال مادي كما هو الحال في العقود التقليديّة<sup>(5)</sup>. وهنا تظهر خصوصية القبول الإلكتروني عن القبول التقليدي؛ أنّ هذا الأخير وحسب المادة 60 من ق.م.ج.<sup>(6)</sup>، يمكن أن يكون في صورتين إمّا صراحةً أو ضمناً، أمّا بالنسبة للعقد المبرمة عن بعد، فالقبول فيها لا يكون ضمناً. لأنّه يتمّ بواسطة أجهزة وبرامج الكترونية مؤتمنة، تعمل آلياً

(1) - تتصّل المادة 113 من قانون الأونسيترال النموذجي على: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك العرض". انظر المادة في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المعقود في فيينا 2001. متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf>. تم الاطلاع عليه بتاريخ: 22 جانفي 2022، على الساعة: 22:00.

(2) - راجع مضمون المادة 10، من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

(3) - راجع مضمون المادة 40، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4) - راجع مضمون المادة 68، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(5) - ينطبق الحكم على كافة الأشكال والصّور التي حدّتها نصّ المادة 68 (العرف، الإيجاب النافع) - بإستثناء حالة وجود تعامل سابق بين الطرفين كوضعية يمكن إعتبار السكوت فيها قبولاً (كأن يقوم القابل بشراء السلعة من أحد المتجر الافتراضية الموجودة على شبكة الانترنت بشكل مستمر ومنظم وإذا عرض المورد أي سلعة وارسلها إلى أحد عملائه إيجاباً ولم يبدِ العمل رفضه إنّما سكت فسكوته هنا دلالة على القبول نظراً لوجود تعامل سابق بينهما) - انظر: ربحي تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 80.

(6) - راجع مضمون المادة 60، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

فلا يمكن استنتاج إرادة المتعاقد<sup>(1)</sup>. فالعلاقات التقليديّة تختلف عن العلاقات الإلكترونيّة أين تكون الإرادة الصّريحة تهيمن على الإرادة الباطنة، وهي أهم خصوصيّة تميز التّعاقد في البيئة الرّقميّة.

### ثانياً: ظهور مجلس العقد الإلكترونيّ استجابةً لخصوصيّة البيئة الرّقميّة: بين الواقع والقانون

يوحي الواقع الحاليّ إلى تطوّر فكرة مجلس التّعاقد، من فكرة بسيطة، غير مركّبة؛ إلى ظهور أصناف جديدة مرتبطة أساساً بمجال التّجارة الإلكترونيّة. وتهدف فكرة مجلس العقد عموماً، إلى تحديد المدّة التي يصحّ الفصل فيها بين الإيجاب والقبول، حتّى يتمكّن الموجب له باتّخاذ قراره إمّا بالقبول أو الرّفص<sup>(2)</sup>. وإذا كان التّعاقد في البيئة العاديّة يعني أنّ تحديد الأطراف لمكان إنعقاد العقد، يستتبعه بالضرورة زمان التّعاقد، وطبقاً للحضور الماديّ لهما، فإنّ الأمر يختلف بالنّسبة للتّعاقد في البيئة الرّقميّة

عالمج المشرّع الجزائريّ مجلس العقد التقليديّ في المادّة 67<sup>(3)</sup> من ق.م.ج، وهو حكم غير ملائم للسّريان في العقود الإلكترونيّة نظراً لطبيعتها الخاصّة، ممّا طرح إشكالية تحديد طبيعة التّعاقد الإلكترونيّ إن كان تعاقد بين غائبين أو حاضرين. حيث استقرّ البعض على إعتباره تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً، أمّا البعض الآخر استقرّ على أنّه تعاقد بين حاضرين، نظراً لعدم وجود فاصل زمنيّ بينهما<sup>(4)</sup>، أمّا الرّأي الثّالث يرى أنّه تعاقد بين حاضرين من حيث الزّمان لعدم وجود فاصل زمنيّ، وتعاقد بين غائبين لعدم وجود الأطراف في مكان واحد<sup>(5)</sup>.

أمّا الإتّجاه الرّاجح في شأن ذلك، استقرّ على اعتبار مجلس العقد الإلكترونيّ ذو طبيعة مختلفة -ذو طابع خاص-<sup>(6)</sup>، حيث يكون تعاقد بين حاضرين من حيث الزّمان، وغائبين من حيث المكان لأنّ التّعاقد يتمّ بوسائل الكترونيّة<sup>(7)</sup>. غير أنّ ما يعاب على هذا الرّأي، أنّه، وفي كلّ الأحوال فإنّ العقد وحدة زمنيّة ومكانية تقتضي توحيدة وحدة المكان والزّمان، فلا يمكن أبداً تجزئة مجلس العقد إلى تعاقد بين غائبين وبين

(1) - ربحي تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السّابق، ص 79.

(2) - أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتّصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 80.

(3) - تنصّ المادّة 67، من الأمر رقم 58-75، على أنّه: "يعتبر التّعاقد بين الغائبين قد تمّ في المكان والزّمان النّين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد إتّفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ويفترض ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزّمان النّين وصل اليهما فيهما القبول"، المرجع السّابق.

(4) - امانج رحيّم أحمد، المرجع السّابق، ص 38.

(5) - ربحي تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السّابق، ص 81.

(6) - خالد مملوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكترونيّ (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 371.

(7) - جبارة نورة، المرجع السّابق، ص 178.

حاضرين في آن واحد، وهو ما يوحي الطّبيعة الخاصّة لمجلس العقد الإلكتروني، وأنّه تعاقد بين غائبين من نوع خاص، فعلى الرّغم من التباعد المادي للأطراف إلّا أنّه لا يمكن تجاهل الالتقاء الافتراضي لهما. غير أنّه، وبالرجوع إلى نصّ المادّة 06 من ق.ت.إ.ج، فقد أكّد المشرّع الجزائري على اعتبار العقد الإلكتروني ذلك، العقد الذي يتمّ إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه، وباللّجوء إلى تقنية الاتصال الإلكتروني. وهو ما يشير إلى الطّبيعة القانونية للعقد، وبأنّه، تعاقد بين حاضرين من حيث الزّمان وغائبين من حيث المكان، إلّا أنّه وبالنّظر إلى شبكة الانترنت، وباعتبارها عالم افتراضي رقمي يوفّر كلّ الإمكانيات المتطوّرة الموجودة في الواقع العملي، فإنّ الأخذ بمضمون المادّة أعلاه محلّ شكّ. فلا يمكن تعميم مسألة طبيعة مجلس التّعاقد الإلكتروني بأنّه تعاقد بين حاضرين أو غائبين<sup>(1)</sup> لجميع العقود الإلكترونية. وهو ما يوحي إلى فرضية جديدة، أنّ طبيعة مجلس العقد الإلكتروني تختلف باختلاف وتنوع المجالس العقدية، فبالنّظر إلى التّعاقد عبر المشاهدة والمحادثّة، فهو تعاقد بين حاضرين على الرّغم من البعد المكاني كذلك الحال بالنّسبة للتّعاقد عبر البريد الإلكتروني. مع الأخذ في عين الاعتبار حالة إمكانيّة أن يكون التّعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً في حال عدم وصول رسالة الموجب إلى علم الموجب له في اللّحظة ذاتها لسبب خارجي؛ كقطع لكهرباء أو ضعف التّغطية مثلاً.

### ثالثاً: المحلّ الإلكتروني: عنصر جديد في واقع متجدّد

يؤكّد الواقع الحالي، أنّ أحكام العقد في تطوّر كبير، دون أن يشملها ركود، نظراً لإستمرار ظهور صور جديدة لمحل العقد الإلكتروني. ونظراً لوضعها الرّقمي، أصبحت القواعد العامّة لنظرية العقود غير قادرة على استيعاب وإحتواء مضمون هذه النّماذج الرقمية الجديدة، ومن أمثلتها: ظهور السّلع الرّقمية كالمصنّفات، والمعلومات الرقمية، التي تعتمد على العيّنات التكنولوجية الجديدن مقارنة بالمصنّفات النّقليدية، برامج الحاسب الآلي المعدّة من قبل شركات البرامج، والتي تختلف عن المصنّفات الأدبية والعينية النّقليدية<sup>(2)</sup>، ناهيك عن قواعد البيانات التي تعتمد عن المصنّفات اللامادية، والمعلومات الرّقمية<sup>(3)</sup>. بحيث، أصبح المحلّ في هذه العقود، وبفعل التطوّرات الإلكترونية، في شكل معلومة رقمية: كبيع الكتب الإلكترونية، والأفلام، والبرامج الإلكترونية<sup>(4)</sup>. وعند الحديث عن المحلّ في التّعاقد، لابدّ التّعرّيج إلى

(1) - خالد ممنوح إبراهيم، المرجع السّابق، ص 376.

(2) - ماجد محمد سليمان أبا الخليل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، ناشيرون، 2009، ص 21.

(3) - ربحي تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السّابق، ص 83-84.

(4) - بن لعلّ عبد النور، جربوعة منيرة، المرجع السّابق، ص 222.

المادة 682 من ق.م.ج.<sup>(1)</sup> التي وسعت من المحلّ التقليدي، مقارنةً بالمادتين 03 و 05<sup>(2)</sup> من القانون رقم 05-18، حيث فضّل المشرّع الجزائري تحديد قائمة لمجموعة السلع والخدمات التي يمنع التعامل فيها إلكترونياً؛ حت طائلة المتابعة الجزائية.

### رابعاً: ظهور وسائل الدفع الإلكترونية أمام وسائل الدفع التقليدية

ظهرت وسائل الدفع الإلكترونية مسايرةً للأوضاع التي فرضتها عولمة التكنولوجيا، لتنافس، وبحق، وسائل الدفع التقليدية. وقد تولّى المشرّع الجزائري تعريفها بموجب المادة 69 من الأمر رقم 03-11<sup>(3)</sup> كما إعتترف بتقنية التحويل الإلكتروني بموجب القانون رقم 18-04<sup>(4)</sup> تحديداً في المادة 46 ف 04 منه. ويأتي المشرّع الجزائري بعدها في ق.ت.<sup>(5)</sup> ليخصّص الفصل السادس من الباب الثاني منه؛ للدفع في المعاملات الإلكترونية، معرّفاً وسيلة الدفع الإلكتروني صراحةً، بموجب المادة 05 من القانون رقم 18-05<sup>(6)</sup>، ثم أشار في ثلاثة مواد تضمّننها هذا الفصل، إلى الشّروط والمتطلّبات التي ينبغي توافرها.

(1) - تنصّ المادة 682، من الأمر رقم 75-58، على: "كلّ شيء غير خاج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية"، المرجع السابق.

(2) - تنصّ المادة 03، من القانون رقم 18-05 على أنّه: "تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنّه تمنع كلّ معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يلي: - لعب القمار والرهان واليانصيب- المشروبات الكحولية والتبغ-المنتجات الصيدلانية...."، المرجع السابق. أمّا المادة 05 تنصّ: "تمنع كلّ معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طيق التنظيم المعمول به وكذا كلّ المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المسّاس بمصالح الدفاع الوطني والنّظام العام والأمن العمومي"، نفس المرجع.

(3) - تنصّ المادة 69 على: "تعتبر وسائل الدفع كلّ الأدوات التي تمكّن كلّ شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"، الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 جوان 2003، يتعلّق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.د.ش. العدد 52، الصّدر في 27 جوان 2003، المعدل والمتمم.

(4) - أنظر المادة 46 ف 4، من القانون رقم 18-04، المؤرخ في 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والإتصالات الإلكترونية، ج.ر.ج.د.ش. العدد 27، الصّادر في 13 ماي 2018.

(5) - أنظر: قانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلّق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.د.ش. العدد 28، الصادر في 16 ماي 2018.

(6) - تنصّ المادة 05، من القانون رقم 18-05: "وسيلة الدفع الإلكتروني كلّ وسيلة دفع مرخص بها طبقاً للتشريع المعمول به تمكّن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية"، المرجع السابق. ومن خلال هذه المادة نجد أنّ تعريف المشرّع الجزائري لوسيلة الدفع الإلكتروني تعريف مرّن وواسع يشمل أي وسيلة تسمح بإجراء عملية الدفع، سواء كان ذلك عن قرب أو عن بعد، يشترط فقط أن يكون مرخص لها قانوناً.



لقد قام المشرّع الجزائري بتنظيم أحكام بطاقة الدّفع بموجب التّعديل الأخير للقانون التجاري سنة 2005، في الفصل الثّالث من الباب الرابع منه؛ تحت عنوان، "في بطاقات الدّفع والسّحب"<sup>(1)</sup>. وعلى الرغم من الإهتمام التّشريعي لها؛ إلّا نظام الدّفع الإلكتروني عبر شبكة الانترنت يتطلب تعاضد الجهود بين الدول لوضع التّشريعات المناسبة لتلافي سلبيات ومعوّقات التجارة الإلكترونية بشكل عام<sup>(2)</sup>، ولتقادي عيوب الدّفع الإلكتروني، بشكل خاص من خلال إيجاد آلية وجهاز مالي يستهدف مراقبة وتنظيم الدّفع الإلكتروني عن بعد، بشكل آمن وموثوق به.

### خامساً: نظام الإثبات الإلكتروني في منافسة قواعد الإثبات التّقليدية

أثّرت التّحوّلات التّكنولوجية على نظام الإثبات؛ فبعدما كان يقوم على وسائل محدّدة في العقود الورقية، نظّمها المواد من 323 إلى 350 من ق.م.ج، اقتصرت على الكتابة بشقيها، أو عن طريق الشهود، القرائن، الإقرار، واليمين؛ لتتغير معالمه وطبيعته بالنّظر إلى خصوصيات التّعاقد في البيئة الرقمية. بحيث، أكّدت إستحالة تطبيق مثل هذه الوسائل على العقود الإلكترونية.

إذا كانت العقود التّقليدية تقوم على الكتابة الورقية كأهم وسيلة لإبرامه، ولإثباته. ناهيك، عن الوسائل الأخرى المعترف بها قانوناً؛ فإنّ الأمر ليس سيان بالنّسبة لإبرام العقود الإلكترونية أولاً، ولإثباتها ثانياً، نظراً للطّبيعة غير المادية لها. بحيث أشار المشرّع الجزائري في نص المادّة 323 مكرّر من ق.م.ج<sup>(3)</sup> إلى الكتابة الإلكترونية، وجعلها أداة إثبات<sup>(4)</sup>. وفصّل في ذلك إتباع طريقة إطلاق النّص وعموميته، حيث تشمل أدلة الإثبات في الشكّل الإلكتروني: كلّ الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أيّة علامات أو رموز، ممّا يعني قبول أيّة وسيلة الكترونية جديدة. وحسن ما فعله المشرّع، نظراً لكون المجال الإلكتروني، مجالاً واسع لم يتم

(1) - تنصّ المادّة 543 مكرّر 2، من الأمر رقم 75-59، على أنّه: "تعتبر بطاقة دفع كلّ بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانوناً وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال. وتعتبر بطاقة سحب كلّ بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانوناً وتسمح لصاحبها فقط بسحب أو تحويل أموال"، المرجع السّابق.

(2) - بوحليط يزيّد، الجرائم الإلكترونية والوقاية منها في القانون الجزائري في ضوء الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 163.

(3) - تنصّ المادّة 323 مكرّر من على: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"، من القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدّل والمتمم للأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السّابق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 44، الصّادر في 26 جوان 2005.

(4) - ماجد محمد سليمان أبا الخليل، المرجع السّابق، ص 44.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

ضبط حدوده بعد، وما يوضح ذلك، عبارة أو أيّة علامات؛ ويشترط أن تكون قابلة للقراءة وقائمة على خاصية الدّوام<sup>(1)</sup>.

من المعلوم، أنّ الكتابة بالنّسبة للشّكل التّقليدي نوعان؛ رسمية وعرفية (والتي لا تثير إشكالات بقدر ما يتعلق الوضع بضرورة استيفاء جميع شروطها وإجراءاتها المحددة قانوناً)<sup>(2)</sup> أمّا بالنّسبة للشّكل الإلكتروني فإنّ المشرّع لم يميز بين رسمية أو عرفية المحرّرات الإلكترونية، بقدر ما إشتراط الإثبات بالكتابة في الشّكل الإلكتروني بأي شكل كان، مكرّساً مبدأ الفصل بين الكتابة والدّعامة التي تضمّنته. ولضمان سلامة بيانات المحرّرات الإلكترونية عموماً إشتراط ضرورة التوقيع عليها الكترونياً<sup>(3)</sup>، وهو أشارت إليه المادة 327 ف2 من ق.م.ج<sup>(4)</sup>، وقد أولى المشرّع الجزائري أهمية وحجية للتوقيع الإلكتروني تماثل الحجية القانونية للتوقيع التّقليدي<sup>(5)</sup>، وهو ما أوضحه في نصّ المادّة 76 من المرسوم التّنفذي رقم 07-162 المنظم لنشاط

(1) - ربحي تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 88.93. CORINE Renault-Brahinsky, Op-Cit, p93.88 .

(2) - راجع في ذلك: المواد 324 و324 مكرر 1 و324 مكرر 2 و324 مكرر 5 و324 مكرر 6 و324 مكرر 7، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(3) - بشأن تعريف التوقيع الإلكتروني راجع: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، تنصّ المادّة 07 على: "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يستوفي ذلك الشّروط بالنّسبة إلى البيانات...". القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1996، موجود على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf> وقانون الأونسيترال النموذجي في المادّة 02/أ على أنّه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات". قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المعقود في فيينا 2001. موجود على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf> تمّ الإطّلاع عليه: 11 مارس 2022، على الساعة 14:00. المادّة 03 مكرر من المرسوم التّنفذي رقم 07-162 أنّه: "هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المانتين 223 مكرر و223 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1935 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 "المرسوم التّنفذي رقم 07-162، المؤرخ في 30 ماي 2007 يعدل ويتم المرسوم التّنفذي رقم 01-123، المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلّق بنظام الإستغلال المطبق على كلّ نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهريائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج.ج.د.ش. عدد 37، صادر في 07 جوان 2007.

(4) - تنصّ المادّة 327 ف2، من القانون رقم 05-10، على: "وبعد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المنكورة في المادّة 323 مكرر 01 أعلاه"، المرجع السابق.

(5) - بوحليط يزيد، المرجع السابق، ص 181.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

التصديق الإلكترونيين<sup>(1)</sup>. كما عمل على ضمان حمايته بإستحداث إجراءات التوثيق والتصديق على التواقيع والمحركات الإلكترونية من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكترونية<sup>(2)</sup>.

أكثر من ذلك؛ فإذا كان إستحداث المشرّع للبصمة في العقود الورقية كوسيلة للتصديق للعجز أو الأمية (وسائر الأسباب الأخرى)؛ فإنّ النّقد التكنولوجي أظهر وسيلة جديدة أكثر ملائمة لبيئة التجارة الإلكترونية، حيث ظهرت البصمة الإلكترونية كآلية مزدوجة لإثبات صفة المتعاقد من جهة أولى، وآلية لإثبات العقد من جهة ثانية، كما أنّها تتمتع بحجية مثلها مثل باقي أدوات الإثبات البيومترية<sup>(3)</sup> تحقيقاً لأمن وسلامة المعاملات الإلكترونية، وحمايةً أكثر للمتعاقد من إنتهاك الغير لخصوصية اتّفاقاتهم.

إلاّ أنّ ظهور هذه الآليات الرّقمية الجديدة؛ خاصّةً الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، توحى من الوهلة الأولى، إلى وجود مواجهة بينها وبين الآليات التّقليدية، وتأسيساً بالمادة 323 مكرر 01 من التّعديل الأخير للقانون المدني الجزائري<sup>(4)</sup>، فإنّ المشرّع أخضعهما لمبدأ التّكافؤ الوظيفي لكلّ منهما، وسوّى بينهما سواء من حيث إعتبارهما من عناصر الدّليل الكتابي أو من زاوية القوة التّبوتية لكلّ منهما في الإثبات. فظهر هذه الوسائل الحديثة لم تجعل الآليات التّقليدية (الكتابة الورقية والتوقيع التّقليدي) محلّ تهديد بالزّوال. ونظراً لخصوصية المحررات الإلكترونية عن التّقليدية، والخطورة التي تقوم عليها لاسيما أنّها تتم في مجال لا يعرف العقبات ولا الحواجز، مجال يغلبه الطّابع اللامحدود في الزّمان والمكان، فقد إشتراط المشرّع لضمان حجية المحررات الإلكترونية وأمن سلامة البيانات المحرّرة فيها شرطان متلازمان (يشترط توفرهما معا وسقوط أحدهما يجعل الثّاني غير معتد به)؛ أولهما، إلزامية التّأكّد من هوية الشّخص الذي أصدرها، ثانيهما أن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها لاسيما من عمليات الاختراق أو حتّى التلف تأسيساً بذات المادة 323 مكرر 01 في شقها الأخير<sup>(5)</sup>.

(1) - راجع مضمون المادة 76، من المرسوم التّنفيذي رقم 07-162، المرجع السّابق.

(2) - ربحي تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السّابق، ص 87. عرّفت المادّة 02 ف12، هيئات التّصديق الإلكتروني بأنّه: "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التّصديق الإلكتروني"، من القانون رقم 15-04، المؤرخ في 01 فيفري 2015، المتعلّق بتحديد القواعد العامّة المتعلّقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ج.د.ش العدد 06، الصادر في 10 فيفري 2015.

(3) - بن لعلّ عبد النور، جربوعة منيرة، المرجع السّابق، ص 224.

(4) - تنصّ المادّة 323 مكرر 01، من القانون رقم 05-10 على: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشّكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق..."، المرجع السّابق.

(5) - تنصّ المادّة 323 مكرر 01 في شقها الأخير: "... بشرط امكانية التّأكّد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن يكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، من القانون رقم 05-10 المرجع السّابق.

عموماً، فإنّ بروز هذه الآليات الحديثة؛ الكتابة الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني، هيئات ضمان سلامتهما، البصمة الإلكترونية، وحتى نظام التّشفير، فيه تأكيدٌ على التطوّر الكبير الذي تشهده نظرية العقد بتأثير من المعطيات التكنولوجية، وانتصار حقيقي لتطلّعات المشرّع الجزائري في ترقية قانون العقود عموماً، ومسألة الإثبات بتجاوزها الوسائل التقليدية السّطحية، إلى الوسائل الحديثة المتطورة.

### الفرع الثاني

#### الدّكاء الاصطناعي كتحديّ جديد في العقد: رؤية جديدة لأفّاق واعدة

يشهد العالم اليوم نهضة جديدة في مجال تكنولوجيا المعلومات، حيث بزغت إلى الافق تقنيات جديدة أكثر ارتباطاً بدكاء جديد غير الدّكاء الادمي يعرف بالدّكاء الاصطناعي، ذات التأثير الكبير على مختلف المجالات أهمها المجال القانوني، وذلك بالنسبة لشتى فروعها أبرزها على الإطلاق فرع القانون المدني، لاسيما من من وجهة النظر عمليات التّعاقد.

تكتسي أنظمة الدّكاء الاصطناعي أهمية بالغة من ناحية إعتبارها أحد أهم ضرورات الحياة العصرية، والعمل على إدخالها إلى الحياة الإنسانية اما كمساعد للانسان في القيام بمهامه، أو بإعتبارها أداة تسهل القيام بالعديد من الأمور وبأداء يتفوق الأداء البشري بإعتبارها تمثل التكنولوجيا الأكثر تطوّراً في السوق. ومن ناحية أخرى لا يخفى علينا توسيع الإعتماد على هذه الأنظمة من دول العالم فلم تعد تقتصر على الكمبيوتر ومشتملاته فقط بل امتدت إلى ظهور متعاقد الدّكاء الاصطناعي ووسطاء ووكلاء الانترنت ... كلّها ترتبط بمجالات عديدة كالصحة، الاقتصاد، الحاسوب، التعليم، العدالة...<sup>(1)</sup> ومن أهم تطبيقاتها ظهور الروبوتات (وتأثيرها لاسيما على جهاز العدالة بظهور قضاة وحتى محامين كأنظمة ذكية تقوم بتحليل وإعطاء تنبؤات عن قرارات القضاء<sup>(2)</sup> وحتى الدفاع عن موكلّهم) والسيارات ذاتية القيادة (ومشكلة مدى مسؤوليتها عن مختلف الأضرار التي قد تلحقها للغير ومدى ملائمتها للخضوع لأحكام القانون المتعلق بالزامية المركبات باكتتاب عقد التّأمين<sup>(3)</sup>) خوارزميات الفيس بوك (إشكالية المسّاس بالحرمة الشخصية وانتهاك خصوصية الأفراد كإستعمال بياناتهم دون إذن أصحابها...).

(1) - أحمد علي حسن عثمان، "انعكاسات الدّكاء الاصطناعي على القانون المدني (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلّد 11 العدد 76، كلية الحقوق، جامعة آفلو، المنصورة، 2021، ص 1525.

(2) - مرشد يوسف، "المحامي والدّكاء الاصطناعي"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 162، 2018، ص.ص 100-105.

(3) - القانون رقم 88-31، المؤرخ في 19 جويلية 1988، الذي يعدل ويتمّ الأمر رقم 74-15، المؤرخ في 30 جوان 1974، المتعلّق بالزامية التّأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.د.ش، العدد 29، الصادر في 20 جويلية 1988.

إنطلاقاً من ذلك؛ غدا بالإمكان رؤية أهمّ التحديات التي يواجهها قانون العقود اليوم وبشكل واضح نتيجة تطوّر أنظمة الذكاء الاصطناعي بشكل أفرز العديد من الإشكالات الواقعية والقانونية لاسيما في ظلّ توجه الدولة الجزائرية عموماً إلى عصرنة قطاعاتها رقمياً وعلى وجه الخصوص تأثرها بالذكاء الاصطناعي ودعمه لاسيما في قطاع التعليم العالي؛ إلّا أنّ الإعتماد على أنظمة الذكاء الاصطناعي لا بد أن يصاحبه إهتمام تشريعي عملي لهذه التقنيات الجديدة، وذلك بإصدار قوانين تعالج إشكالات حقيقية واقعية.

## أولاً: جدلية الاعتراف بالشخصية القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي

يعدّ الذكاء الاصطناعي عبارة عن سلوك أو أنظمة وبرمجيات وخوارزميات صممها البشر ليحاكي الذكاء الادمي باستقلالية لتفسير البيانات ومعالجة المعلومات وتحديد أفضل الإجراءات التي يجب اتخاذها لتحقيق الهدف المحدد بطريقة مستقلة<sup>(1)</sup>، وهو ما يشير إلى تمتع النظام الذكي بما يتمتع به الإنسان من حرية في اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات؛ وفي هذا السياق ساد جدل كبير بين فقهاء العصر حول مدى تمتع أنظمة الذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية من عدمه وما لذلك من أهمية في تحديد مدى اهليتها في إبرام التصرّفات القانونية من عدمه؛

### 1. الإتّجاه المعارض لمتّعة أنظمة الذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية

إنّ أنظمة الذكاء الاصطناعي مهما تطوّرت وارتقت ستظلّ مفتقرة لملكة الحس والإدراك والخيال<sup>(2)</sup>؛ فالأنظمة الذكية تبقى مجرد أداة أو وسيلة يعتمد عليها الشخص الطبيعي أو المعنوي في إبرام أو تنفيذ عقد ما<sup>(3)</sup>. والاعتراف بالشخصية القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي بصفة مستقلة، يشكلّ خطراً كبيراً من الجانب العملي، يمثل أساساً في إستبعاد مسؤولية مصممي وواضعي هذه الروبوتات بالنسبة للأضرار<sup>(4)</sup> التي قد تلحقها بالغير بشكل سيؤدّي إلى تدني حرصهم على تصنيعها أو إستعمالها بشكل آمن مادام انه في كلّ الأحوال تبقى مسؤولية النظام الذكي هي محل النظر بإعتباره شخص قانوني مستقل. كما أنّ التطوّر الفائق والسرعة الكبيرة لانشطة الذكاء الاصطناعي والذي لا يعرف حدوداً وضوابط لبرهان قطعي لجعل البشرية أكثر عرضة للخطر في حال ما إذا تمّ الإقرار بها كأشخاص قانونية.

(1) - بن عثمان فريدة، "الذكاء الاصطناعي (مقاربة قانونية)"، بفاتر السياسة والقانون، المجلّد 12، العدد 02، كلية

الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2020، ص.ص 156-168. ص 106.

(2) - مرشد يوسف، المرجع السابق، ص.ص 100-101.

(3) - نشاش منية، "متعاقد الذكاء الاصطناعي: شخص قانوني جديد؟"، محلّة أبحاث قانونية وسياسية، المجلّد 07، العدد

01، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق، جيل، 2022، ص 422.

(4) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1560.

### 2. الإتّجاه المؤيّد بتمتّع أنظمة الذّكاء الاصطناعي بالشّخصية القانونية

لقد نظم القانون الجزائري الشخصية القانونية (الحقّ في اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات) للأشخاص الطّبيعية بإعتبارهم جوهر التّصرّفات القانونية في نصّ المادّة 25 من ق.م.ج.<sup>(1)</sup>، فحدد بدايتها ونهايتها، ليجد نفسه أمام معطيات اقتصادية اجتماعية تفرض عليه تمديد الشخصية القانونية إلى أشخاص غير الأشخاص الطّبيعية فأعترف بوجود الشخص الإعتباري في المادّة 49 من ق.م.ج. وتمتعه بالشّخصية القانونية أيضاً وحددتهم بالترتيب<sup>(2)</sup>، ناهيك عن مضمون المادّة 50 من ذات المصدر التي اعترفت بجملة من الحقوق للأشخاص الإعتبارية<sup>(3)</sup>.

ذهبت العديد من الإتّفاقيات والتّشريعات الوضعية، إلى الترحيب بفكرة شخصنة الأنظمة الذّكية<sup>(4)</sup> وإعتبارها أنظمة مستقلة حرة عن مستخدميهما أو مستعميليهما<sup>(5)</sup>، وهو ما دفع البرلمان الأوروبي في عام 2017 إلى إقتراح الإعتراف<sup>(6)</sup> بتمتّع أنظمة الذّكاء الاصطناعي بالشّخصية القانونية وبأنها أشخاص الكترونية مسؤولة حتّى يتسنى مساءلة هذه الروبوتات لاسيما عن الأضرار التي تسببها للغير من جهة<sup>(7)</sup> وكذا تعزيز اهليتها للدخول في المجال التّعاقدي من جهة ثانية. وهو ما رحبت به ولاية نيفادا الأمريكية فحولت للروبوتات بعض سلطات الشخص المعنوي من خلال اخضاعها لإجراءات القيد في سجلّ خاص تم انشاؤه لهذا الغرض وتخصيص ذمة مالية لها ومسؤوليتها في التعويض للدعاوي المرفوعة ضدها بسبب الأضرار التي تسببها للغير<sup>(8)</sup> وتبعته في ذلك "و.م.ا" بإستحداثها نظام يدعى كافيلتكس، الذي ظهر عام

(1) - انظر المادّة 25، من الأمر رقم 58-75، التي تنصّ: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولانته حيا وتنتهي بموته ..."، المرجع السابق.

(2) - انظر المادّة 49، من الأمر رقم 58-75، التي تنصّ على: "الأشخاص الإعتبارية هي: التّولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات ولمؤسسات، الوقف، كلّ مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية"، المرجع نفسه.

(3) - انظر المادّة 50، من الأمر رقم 58-75، التي تنصّ على: "يتمتع الشخص الإعتباري بجميع الحقوق إلّا ما ان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون. يكون لها خصوصاً: ذمة مالية. أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشاءها أو التي يقرها القانون، موطن ... نائب يعبر عن إرادتها، حق التقاضي"، المرجع نفسه.

(4) - بن عثمان فريدة، المرجع السابق، ص 159.

(5) - المرجع نفسه، ص 161.

(6) - مرشد يوسف، المرجع السابق، ص.ص 107.

(7) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1558.

(8) - المرجع نفسه، ص 1559. انظر أيضاً معمر بن ططرية، "أضرار الروبوتات وتقنيات الذّكاء الاصطناعي: تحدّ جديد لقانون المسؤولية المدنية الحالي (لمحات في بعض مستحدثات القانون المدني)"، مقال منشور في جوليات جامعة الجزائر، عدد خاص حول الملتقى الدولي بعنوان: الذّكاء الاصطناعي: تحدي جديد للقانون، المرجع السابق، ص 135.

2017 يحاكي عمل المحامي، متخصص في تحليل وإعطاء التنبؤات بخصوص قرارات القضاء<sup>(1)</sup>. وهو ذاته الحل الذي لجأت إليه بعض الدول العربية؛ كالمملكة العربية السعودية، إلى منح الجنسية السعودية لأحد التقنيات الذكية (الروبوت الالي المسمّى ب-ربوت صوفيا- والذي ظهر اواخر سنة 2017<sup>(2)</sup>). وما تجدر الإشارة إليه أنه، على الرغم من إتجاه تلك الدول إلى تزويد الأنظمة الذكية ببعض السلطات التي يتمتع بها الأشخاص القانونية؛ إلّا أنّ ذلك يبقى مجرد إقرار ضمني دون أن يشمل إصدار قوانين تنظم وضعية هذه الروبوتات، والإقرار بشخصيتها القانونية صراحةً. وهو ما التمسناه حتّى من طرف البرلمان الأوروبي، الذي اقتصر على مجرد إقرار فكرة الإقرار بالوجود القانوني لهذه الأنظمة، دون أن يبين سبل وآليات ذلك.

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري، فلا يوجد نصّ تشريعي ينظم أنظمة الذكاء الاصطناعي بوجه عام، أو خاص. وعلى الرغم من تأخر صدور قانون التجارة الإلكترونية، لوقت تزامن إصداره بما شهده العالم من قفزة وثورة نوعية في مجال التكنولوجيا، إلّا أنّ المشرع الجزائري سكت وتجاهل فكرة أنّ تقنيات الذكاء الاصطناعي استطاعت أن تخلق كائناً جديداً في المجال الافتراضي. وفي ظلّ عدم وجود نص؛ يبقى الأساس والمبرر للقول بعدم تمتّع هذه الأنظمة بالشخصية القانونية، وعدم إمكانية قياسها مع غيرها لاسيما مع الأشخاص المعنوية، حيث أنّ هذه الأخيرة قد نظّمها تنظيمياً محكماً، انطلاقاً من الإقرار الصريح بها.

### 3 . مستقبل فكرة شخصنة الأنظمة الذكية

تعبيراً لكلّ ذلك؛ وبالنظر إلى ما نشهده اليوم من تدفّق التطوّر التكنولوجي، وتأثير ذلك على تطوّر أنظمة الذكاء الاصطناعي، فإننا لا نستبعد صدور تشريعات عالمية في الأيام القليلة القادمة (مثلما حدث بالنسبة للعقود الإلكترونية)؛ تقرّ وتنظّم هذه الأنظمة الحديثة صراحةً لاسيما أنّ مجال الإعتماد عليها في أغلب المجالات أصبح كضرورة حتمية. وهو ذاته الأمر الذي يستدعي من المشرع الجزائري ضرورة التدخّل ولما أن تكون له الريادة الأولية في تنظيم هذه المستجدات على الساحة العالمية، بنصوص قانونية محكمة وذلك إمّا بالإقرار بأنظمة الذكاء الاصطناعي بصورة مستقلة، أو إعتبارها النوع الحديث للأشخاص المعنوية، وما يترتب عن ذلك من آثار في اكتساب، والتمتع بالاسم، الجنسية، الذمة المالية، حق التقاضي ولعلّ أهمها على الإطلاق، وجود ممثل قانوني للنظام الذكي يمثلها أمام القضاء (بالنسبة للدعوى المرفوعة

(1) - مرشد يوسف، المرجع السابق، ص.ص 100-105.

(2) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 155.



## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات التّراهنّة

ضده من قبل الغير، ولما لا، حتّى تلك التي يرفعها باسمه ضد الغير، لاسيما عند سوء إستعماله أو عدم صيانتّه ومراجعتّه للنظام الذكي).

تماشياً على ما سلف؛ لا يمكن الحديث عن إمكانية دخول أنظمة الذكاء الاصطناعي إلى مجال التعاقد، إلّا إذا تمّ الإعتراف بالشخصية القانونية لها، وهذا الإعتراف ليس عبثاً، إنّما راجع لأسباب عدة؛ فمن ناحية، يجد أساسه، من التطوّر الهائل الذي يعيشه المجتمع ويشهده يوماً بعد يوم، ومن ناحية أخرى عدم إمكانية إستبعاد أنظمة الذكاء الاصطناعي عن السّاحة العملية. فالإعتراف بها كشخصية قانونية مستقلة، إلى جانب الأشخاص القانونية المعترف بها قانوناً (الأشخاص الطّبيعية والمعنوية) أو إعتبارها نوعاً ثالث من أنواع الأشخاص المعنوية، إلى جانب الأشخاص المعنوية الخاصّة والعامة سيجعلها أهلة قانوناً وعملياً - لإبرام العقود.

### ثانياً: إشكالية قدرة الأنظمة الذّكية في التعاقد

قد يقع الكثير في الخلط بين عقود الذكاء الاصطناعي والتعاقد الإلكتروني، إلّا إنّهما يختلفان مفهوماً وخاصية<sup>(1)</sup>؛ وعلى الرغم من ذلك، إلّا إنّهما يجتمعان في نقاطٍ مشتركة عدة؛ كالسرعة الفائقة، والإنجاز الملحوظ في المهام التي توكلّ لكلّ منهما.

لقد تعدّدت تسميات عقود الذكاء الاصطناعي<sup>(2)</sup> فهناك من يطلق عليها إصطلاح، عقود سلسلة الكتل أو عقود ذاتية التنفيذ أو العقود الذّكية<sup>(3)</sup> -ومن وجهة نظرنا الشّخصية- فإنّ هذه التسمية فيها نوع من

(1) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1527.

(2) - يعود ظهور عقود الذكاء الاصطناعي إلى عام 1996 لعالم الحاسوب (SZABO Nick) في مقال له بعنوان "العقود الذّكية: البنات الأساسية للأسواق الرّقمية (Smart of contracts: Building of digital markets)" موضعاً ما أفرزته الثّوة الرّقمية، والمخاض الذي آل إليه العالم، وصل إلى حدّ تصوّر طرق جديدة لإضفاء الطّابع الرّسمي لمثل هذه العلاقات. وعلى الرّغم من هذا الانجاز والتطوّر والابتكار، إلّا أنّ التّطبيق العملي لهذه العقود عرف عقبات عدة لاسيما في ظلّ غياب تقنيات ومنصات تطبيقية؛ حتّى ظهرت سلسلة الكتل (Blockchain) وعملة البتكوين (Bitcoin). وتمّ تعريف هذه العقود على أنّها مجموعة من الوعود المحدّدة التي تتم صياغتها في شكل رقمي، بما في ذلك البروتوكولات التي من خلالها ينفذ الأطراف هذه الوعود تلقائياً، دون الحاجة للعنصر البشري، معتمدة في ذلك على سياسة: الند...لند (peer..to peer) أو إذ ... إذن (if...then). للتفصيل أكثر: محمد ربيع فتح الباب، عقود الذكاء الاصطناعي -نشأتها، مفهومها، خصائصها، تسوية منازعاتها من خلال تحكيم سلسلة الكتل- جامعة المنوفية، د.د.ن، د.س.ن، ص 615.

(3) - العقود الذّكية، عبارة عن تطبيقات برمجية، تعمل على تنفيذ التعليمات المبرمجة سابقاً، بشكل آلي، ودون إمكانية التّلاعب بنتائجها، وتغيير خط سيرها، أو إيقاف عملها، ودون إمكانية تأثير أي أطراف، وعوامل خارجية على حياة البرمجية. ويكون لتقنيات الذكاء الاصطناعي دور مهم فيها؛ فالعقود الذّكية يمكن أن تحلّ محلّ التعاقدات بين الشركات وبين الأفراد حين تقوم البرمجية بضمان وفاء كلّ طرف من الأطراف المتعاقدة بالتزاماته قبل اتمام نتائج التعاقد أو مبادلة القيمة المتعاقدة عليها. أنظر: أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1574.

التحفّظ، فبعضها ليس دقيقاً، والبعض الآخر لا يبيّن إلى القانون بأيّة صلة. بل كانت من خلق بعض المهمتين بالمجال، للفت الانتباه إليه، وبأن يحظى بأهمية مثلاً نجح الوضع بالنسبة للتعاقد الإلكتروني. فالترسمية الأولى -عقود سلسلة الكتل- غير دقيقة، وليست إلاّ تسمية أطلقت لطائفة معينة من عقود الذكاء الاصطناعي، والتي تتم في منصة سلسلة الكتل، بينما التسميات الأخرى نجدها بعيدة عن المجال القانوني، ومحلّ تعارض مع الأحكام المنظمة للعقد في صورته العادية أو الإلكترونية. فالعقد يبقى إنفاق بين إرادتين كأصل، وهذه الأخيرة هي مصدر وجوده، باستثناء بعض الأوضاع المستثناة. في حين أنّ إصطلاح العقود الذكيّة أو ذاتية التنفيذ، يوحي لنا أنّ هذه العقود قائمة على الإبداع الفائق لا على الإرادة. كما أنّ في ذلك ما يوحي إلى أنّ العقد مسير الأطراف لا العكس<sup>(1)</sup>. وعلى الرغم من ذلك تبقى تسمية -العقود الذكيّة- الشائعة، ولعلّ الأمر راجع إلى تمتع هذه الأنظمة بذكاء فائق.

وعندما نتحدث عن مدى قدرة الأنظمة الذكيّة بإجراء عملية التعاقد، من عدمه فإننا سنحيل دائماً المن وجهة النظر وفقاً لأحكام النظرية العامّة للعقد، لاسيما ما تعلّق بأركان العقد. انطلاقاً من البحث عن إشكالية مدى قدرة هذه الأنظمة الحديثة في إجراء المفاوضات العقدية، مروراً بمدى قدرتها على إبرام وتنفيذ العقد حتّى يتسنى لنا إعطاء لمحة لطرق حل منازعاتها.

### 1 . مدى قدرة الأنظمة الذكيّة في الدخول في المفاوضات

مبدئياً وحالياً؛ يتعزّر على أنظمة الذكاء الاصطناعي إجراء المفاوضات العقدية، فهذه الأخيرة تحكمها الإرادة وحرية التعاقد. فالإرادة البشرية، والإدراك البشري، الدور البارز للدخول إليها، كما أنّها المعيار الجوهرية إذا ما توجت المفاوضات بإبرام العقد. وهو ما نستبعده في مثل هذه الأنظمة الذكيّة<sup>(2)</sup>، ولكن ما يبعث الأمل مستقبلاً، بشأن قدرة أنظمة الذكاء الاصطناعي بإجراء مفاوضات عقدية، هو أنّ تطبيقات الذكاء الاصطناعي أصبحت في تنامي متسارع، وبصورة غير متوقّعة، ممّا يوحي بقدرتها على إجراء المفاوضات العقدية مستقبلاً، لاسيما بالنسبة لأنظمة الذكاء الاصطناعي فائقة التطوّر<sup>(3)</sup>، وأنّه في حال إمكانية التوصل إليها مستقبلاً، فإنّه ستكون المجال الخصب لإجراء المفاوضات العقدية، فستكون مزودة ومصمّمة بقدرات تفوق القدرات البشرية، وستكون مسألة إجراء هذه المفاوضات أمراً يسيراً بالنسبة لها<sup>(4)</sup> وبأشكال وأحكام جديدة، ربما مختلفة تماماً لما يتضمّنه القانون الوضعي في التعاقد الرقمي.

(1) - محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص 598.

(2) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1576.

(3) - مرشد يوسف، المرجع السابق، ص 104.

(4) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1577.

وما يزيد من تأكيد ذلك؛ إتجاه أنظمة الذكاء الاصطناعي اليوم إلى إعتبار مثل هذه التّعاقبات الحديثة خالية من الإرادة، وذلك عندما تكون عروض المواقع الافتراضية مبرمجة، من خلال متعاقد ذكاء اصطناعي يجعل من مسألة المفاوضات أو إبرام العقد مع أطراف أخرى، وفقاً لضوابط معينة ممكناً، وفي صورة تبرهن قدرة تلك الأنظمة في إجراء تصرفات قانونية حتّى مع غياب الإرادة<sup>(1)</sup>. فأصبح الحوار والمناقشة يتم مع الآلة، لا مع البشر؛ فبرز بذلك مظهر جديد للإرادة -الإرادة الإلكترونية-. ولعلّ ابر مثلاً على ذلك، قدرة هذه الأنظمة على تحديد احتياجات المستهلك، أو تلك التي يمكن له أن يجذب إليها من خلال الإعلانات والإشهارات الإلكترونية... حيث يقوم النظام الذكي بطرح جملة من الأسئلة التي يمكن بواسطتها التعرف على رغبات المستخدم، وتبصيره بالتطوّرات الحالية وهو الشكل الجديد الحديث بالنسبة لنظرية المفاوضات.

### 2 . مدى قدرة الأنظمة الذكية على إبرام العقد

إنّ التّعاقد الحر، أو ما يسمى بعقود المساومة القائمة على أساس عنصر المناقشة والمساومة، والتّفاوض، والقدرة على التمييز بين ما هو نافع؛ كلّها خصوصيات وإعتبارات، لا تتحقق كأصل في أنظمة الذكاء الاصطناعي، لأن هذه الأمور تبقى في نهاية المطاف إنعكاسات لمبدأ سلطان الإرادة<sup>(2)</sup> وهو ما تقتقر إليه الأنظمة الذكية، باستثناء حال ظهور الإرادة الإلكترونية. أما بالنسبة للتّعاقد عن طريق الإذعان، فإنّه المجال الخصب لإبرام مثل هذه العقود، فمحتكر السلعة، يُشير إلى عدم إمكانية التّفاوض العقدي<sup>(3)</sup>، كما أنّ خاصية -الإذعان- لا ترتبط بعقد معين ؛ بل تشمل طوائف كثيرة: كعقود العمل، التّأمين عقود الإذعان ف الإلكترونية، ولا نستغرب ظهور عقود الإذعان ذات الذكاء الاصطناعي مستقبلاً.

### 3 . مدى قدرة الأنظمة الذكية على تنفيذ العقد

إنّ ظهور عقود الذكاء الاصطناعي المبرمة على منصة سلسلة الكتل، أبرز النماذج لهذا المجال؛ حيث تعدّ المجال الخصب لتنفيذ عمليات التّعاقد باسماء مستعارة. ويتم صياغتها برموز مشفرة سرية، أما تنفيذها فيكون بصورة مستقلة دون الإعتماد على وسطاء، بل بناء على قاعدة: "إذا...إنّ (If.... Then)"<sup>(4)</sup>.

(1) - نشناش منية، المرجع السابق، ص 423.

(2) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1571.

(3) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1573.

(4) - محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص 600.

وما يزيد من تأكيد الدور التنفيذي للنّظم الذّكية في التّعاقد، تدخّل هذه الأخيرة في العديد من القطاعات فنذكر: النّظم الطّبية (الإعتماد على الروبوتات لإجراء العمليات الجراحية الصعبة)، القطاع المصرفي المالي...<sup>(1)</sup> وغالباً ما يتمّ الإعتماد على هذه التقنيات لتنفيذ العقود الخطيرة الشاقة. مثلما تحقق مؤخراً إجراء فيروس كورونا، أين سارعت الدول الكبرى لاسيما الصين للإعتماد على الروبوتات الآلية في المجال الطبي لاسعاف المرضى وتشخيص حالتهم الصحية إن كانوا مرضى، دون تجاهل ظهور قضية وحتى محامين كأنظمة ذكية مثلما أعلنته أحد الشّركات الأمريكية مؤخراً، بتطويرها لنظام ذكي؛ مهمته الدّفاع عن أحد موكلّيه في المحكمة.

### ثالثاً: إشكالية القدرة على الفصل في منازعات عقود الذّكاء الاصطناعي

لقد تنبأ العالم الأمريكي (SZABO Nick) في تسعينات القرن الماضي، على أن التّنفّذ التلقائي للعقود الذّكية سيؤدّي إلى نشوء نزاعات، بينما العالم (Ethan katsk) (مؤسس فكرة حل النزاعات عبر الانترنت)، تفاعل بتفوق وقوة التكنولوجيا في حل النزاعات، وبصورة تتجاوزها قوة التكنولوجيا في إثارة هذه النزاعات<sup>(2)</sup>.

التّحكيم الذّكي<sup>(3)</sup> أول آلية بزغت لحل منازعات عقود الذّكاء الاصطناعي، والذي يختلف حسب المنصة التي تمّ إختيارها؛ ويتميّز بمنصات رقمية، وبرامج حاسوبية، تضم خبراء متخصصين (محكمين) لاسيما في تقنية سلسلة الكتل على وجه الخصوص، مهمتها حل النزاعات، وفقاً لما يتفق مع طبيعة هذه العقود والمتمثلة أساساً، بحل النزاع بطريقة سرية ومشفرة كلياً<sup>(4)</sup>. فيتم حل هذه النزاعات بطريقتين، إمّا بواسطة شرط التّحكيم أو مشاركة التّحكيم. وعند نشوء النزاع يقوم الطّرف الرّاغب في حله بارسال طلبه بالتّحكيم إلى المنصة الرقمية التي تمّ الإتّفاق على اللّجوء إليها لحلّ النزاع (منصة سلسلة كتل مثلاً)، ويعلن

(1) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1575.

(2) - محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص 632.

(3) - تختلف هذه التقنية الحديثة عن التّحكيم العادي أو الإلكتروني كثيراً حيث يعتمد كلياً على الحاسوب المبرمج بخوارزميات محددة سلفاً وبواسطتها يمكن تحديد الحكم العادل لكلّ نزاع أي طول البرنامج الحاسوبي كلياً محل المحكم البشري كما يختلف هذا النوع عن التّحكيم الإلكتروني من حيث مسألة أو طريقة إختيار المحكمين إذ يتمّ إختيارهم بطريقة عشوائية من قبل المنصة لا الأطراف بشرط أن يتفق هذا الأخير على إختيار هذه المنصة للفصل في كلّ ما ينشأ أو نشأ من منازعات عن باقي المنصات ناهيك عن عدم معرفة الأطراف بالمحكمين المختارين وعدم معرفة هؤلاء للأطراف، كما يختلفان من حيث مسألة تنفيذ قرار التّحكيم حيث يتمّ تنفيذه بطريقة تلقائية من طرف المحكم ذاته للتفصل أكثر انظر: المرجع نفسه، ص.ص 603-604.

(4) - أحمد علي حسن عثمان، المرجع السابق، ص 1574.

## الفصل الأول نحو تقييم التدخّل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطوّرات الرّاهنة

للأطراف الأخرى هذا الطلب، ثم يتم بعدها تشكيل هيئة التحكيم عبر سلسلة الكتل مثلاً، بصورة عشوائية من محكمين، وصولاً إلى صدور الحكم، بالتصويت الجماعي وفقاً لنظرية "نقاط أو لعبة شيلينج"<sup>(1)</sup>. هو ما يُشير إلى إنتشار هذه العقود مستقبلاً، لاسيما بظهور أنظمة حل المنازعات بنظام التحكيم الذكي، وإعتماده على البرمجة الذكية مع تجنب العنصر البشري فيها؛ وعلى الرغم من أهمية هذه الطريقة إلا أنّها تتصادم مع أحكام التحكيم العادي أو الالكتوني، ذلك أنّ أغلب قواعد التحكيم لا تسري عليه لاسيما حول صحة الإتّفاق عليه؛ كالكتابة ناهيك عن ضرورة الإعتراف بالعملات الرقمية المشفرة التي تعتمد عليها طبيعة هذه العقود عموماً ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق تطويع أحكام القانون المدني لاستيعاب هذه العقود التي تبرم بهذه التقنيات الحديثة بإعتباره التحدي الجديد لقانون العقود.

---

(1) - محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص 634.

## الفصل الثاني

نحو البحث عن الآليات الحديثة  
لتجسيد الأمن القانوني في العقد

أشار الأستاذ الفرنسي كاربونيي (CARBONNIER) إلى التأثير الكبير للقانون المدني الفرنسي على المجتمع الأوروبي؛ فنشر في شأن ذلك مقالا متساءلاً عن: **Le code civil des Français a-t-il changé la société européenne?**<sup>(1)</sup>، أما الأستاذ كاتالا (CATALA) فوصف قانون نابليون بالمثالي<sup>(2)</sup>؛ إلا أنه ناد بضرورة تجديده، وهو ما أكدّه الأستاذ ليفي (LEVY Jean Philippe) في مقدمة أحد كتاباته، مُشيراً إلى أنّ؛ ما شهده القانون المدني مؤخراً كان ثورة حقيقة مثمرة شعارها من أجل التغيير، والتحوّل للبحث عن فلسفات، ونظريات، ومبادئ أكثر حداثة<sup>(3)</sup>. تماشياً مع مستجدات العصر؛ كالعادلة العقدية، والمنفعة الجماعية<sup>(4)</sup>، وكذا الالتفات إلى دور القاضي في إرساء الأمن للعقود، وحدود سلطاته التقليدية في تجسيد ذلك؛ غير أنّ البحث عن وسيلة أو آلية تحقّق ذلك، ليست من الأمور السهلة<sup>(5)</sup> ولم يتردّد الأستاذ فيلالي بأن يعهد المهمة الصعبة على عاتق فقهاء المستقبل<sup>(6)</sup>.

تعقيباً لذلك؛ نفهم أنّ الإشكال الذي يعاني منه قانون العقود، لا يتعلق بندرة الأحكام أو المبادئ، أو الأدوات، أو الآليات، الهادفة للمحافظة على العلاقات العقدية. فالأحكام والمبادئ موجودة (مبدأ الإرادة، مبدأ القوّة الملزمة للعقد، مبدأ حسن، مبدأ المساواة..) والآليات كثيرة (ولعلّ التدخّل القضائي يبقى الآلية الأمثل لإعادة الأمن للعقود)؛ بقدر ما أنّ الإشكال يكمن في عدم وجود نسق خاص يتّبعه المشرّع عند صياغة نصوص العقود، فلسفة ما، ينطلق منها المشرّع عند صياغة أحكام قانون العقود، وتفضيله لآلية معينة على حساب أخرى (اهتمام المشرّع بتنظيم جديد للعلاقات العقدية بقوانين خاصة على حساب النظرية العامة للعقد). فجّل هذه الأحكام والمبادئ والآليات التقليدية منها أو الحديثة على الرّغم من وجودها، إلا أنّها مبعثرة، بعضها وارد في القانون المدني، والبعض الآخر بموجب التشريعات الخاصة؛ وضع أثر سلباً على مكانة قانون العقود والنظرية العامة للعقد من جهة، وعلى فلسفة الأمن القانوني التي تقتضي في جوهرها ضمان الأمن في القانون من جهة مقابلة.

(1)- Voir: CARBONNIER Jean, Le code civil des Français a-t-il changé la société européenne? Programme pour une recherche sociologique sur l'influence du code de 1804, II foro Italiano, Vol98, N°12, 1975, 258.

(2)- Le Code de 1804 constituait toujours un modèle idéal de législation civile; qu'il était possible de le rénover sans dégrader sa structure ni sa forme. PIERRE Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, la documentation française, Paris, 2006, p11.

(3)- JEAN Philippe Lévy, André castaldo, histoire du droit civil, 2<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2010, p721.

(4)- بن لعلی عبد النور، جربوعة منيرة، المرجع السابق، ص212.

(5)- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الأثرء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الاداري)، المرجع السابق، ص437.

(6)- أشار إلى ذلك: فيلالي علي، "الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد"، المرجع السابق، ص11.



وفي سياق الحديث عن التشريعات الخاصة وديناميكتها الراهنة، فلا يمكن إنكار من جهة أولى ما جاءت به من مبادئ جديدة وتقنيات وفلسفات حديثة، استجابت لمستجدات البيئة التعاقدية الحالية، ومن جهة مقابلة أثرت بشكل كبير على القانون المدني الجزائري. فمجمل التحديثات التي كرسها المشرع الجزائري في القوانين الخاصة والتي لم نلمسها في القانون المدني الجزائري؛ ولعل أبرزها، نظرية الإعلام، وحق التراجع؛ دليل على أن التشريعات الخاصة سدّت الثغرات والنقائص القانونية التي وقع ق.م.ج، من جهة، إلا أنها قلّصت من مجال النظرية العامة للعقد ومن أهميتها من جهة أخرى.

وعليه، فإنّ اليوم لا يقتصر الحديث عن التّحفظ بمسألة المساس بالعقد بواسطة القاضي، لأنّ ذلك عدّ من البديهيات إقتضته عدّة عوامل ومعطيات، ولتحقيق أهداف أخرى مختلفة عن كلّ علاقة عقدية عن غيرها، مجسدة أغلبها في البحث عن: العدالة، والتّوازن، والحماية، والأمن. فالحديث أصبح عن عدم ملائمة التّصورات والفلسفات التقليدية بمبادئها الفارغة عن تحقيق الأمن والاستقرار في ظلّ المقتضيات التي يشهدها قانون العقود، وبالتالي ضرورة البحث عن كيفية وسبل إصلاحه، من خلال الأخذ بالمقتضيات الإجتماعية والإقتصادية المعاصرة وتسليط الضّوء على المبادئ القانونية الجديدة المستمدة من التشريعات الخاصة نظراً لاحتمالك هذه الأخيرة بالمستجدات الراهنة (المبحث الأوّل).

انطلاقاً من اعتبار القواعد الحالية جامدة، لا تعكس في حرفيتها الواقع المعاش ولا تخدم القضايا المطروحة أمام القضاة، مما يفرض على عاتقهم الإجتهد أكثر فأكثر، من خلال تفسيرها. غير أنّ تفسير هذه الأخيرة للنصوص القانونية يغلبه الطابع المتبذب أكثر، منه الاستقرار، بشكل يهدد الأمن القضائي (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### الإصلاح التشريعي: ازدواجية الأصالة بالحادثة

إنّ الوظيفة الأولى للقانون هو ترويض ومسايرة الزمن (Domestiquer le temps) <sup>(1)</sup>؛ وبناءً على ذلك، فإنّ فكرة الأمن التعاقدية قد تحوّلت من فكرة فقهية فلسفية نظرية، إلى مبدأ قانوني تطبيقي جوهري؛ لا يتحقق إلّا عن طريق التأكيد على قيمة بعض المبادئ التقليدية -بتحيينها- تارةً، ومن خلال تكريس بعض التصورات، والنظريات الحديثة، وهجران بعض الفلسفات الفارغة تارةً أخرى. فالتصورات التقليدية والحديثة معاً تضمنت سبل المحافظة على العقد، وتعمل على بناء وتحديد وجهته ومستقبله بالإعتماد على منهجية وتقنية محددة؛ فالوضع الراهن يستدعي البحث عن الآليات المعززة للتوازن والأمان التعاقدية وهو ما ذهب إليه الأستاذين (CATALA Pierre, TERRE François) <sup>(2)</sup>.

وقع إختيارنا لإصطلاح "الإصلاح التشريعي" نظراً لكونه يحمل في فحواه التصور الجديد الذي يحكم قانون العقود بنظرته الحديثة. فالإصلاح أعمق وأشمل من الإجراءات أو العمليات الأخرى لاسيما التعديل الذي يقتصر على جانب دون جانب آخر.

لقد ناد البعض إلى ضرورة إقامة قانون عام ومشترك للعقود <sup>(3)</sup>، وفحوى هذا القانون لا يمحى الأصول القانونية القديمة يقدر ما أنّه سيعمل على إدماجها في البيئة القانونية المعقدة الحالية؛ لكن بشرط أن يتم مراعاة فكرة الأمن القانوني وكذا إرادة الأطراف <sup>(4)</sup>.

غالباً ما ترمز الأصالة إلى ما هو قديم، أما الحداثة فتشير إلى ما هو جديد <sup>(5)</sup> ولا يوجد مانع في أن يجتمعا معاً لتحقيق هدف مشترك انطلقا منه -عموماً- يتعلق بالحاجة إلى الإبقاء على العقد، عن طريق المحافظة على الإرادة باعتبارها جوهر العقود، مع إعطاءها رؤية تجديدية.

انطلاقاً من تأثير <sup>(6)</sup> القانون المدني الفرنسي على القانون الجزائري <sup>(7)</sup> فلا يخفى علينا أهمية التعديل الأخير له بموجب الأمر رقم 131-2016 المؤرخ في 10 فبراير 2016 المتعلق بتعديل قانون العقود

(1)- VAN Meerbeeck Jérémie, Op-Cit, p641.

(2)- C'est à d'autre codes ou lois qu'incombe le soin de régler la balance contractuelle vers plus d'efficacité ou de sécurité. CATALA Pierre, Op -Cit, p12.

(3)- GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p11.

(4)- Voir: ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Op-Cit, p53.

(5)- أشار إليه؛ فيلالي علي، "القوانين المدنية العربية بين المحاكاة والأصالة"، حوليات جامعة بن يوسف بن خدة، المجلد

35، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2021، ص48.

(6)- انظر: حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطوّر العقد، المرجع السابق، ص10.

(7)- للتفصيل أكثر انظر: بناسي شوقي، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

وأحكام الإلتزام واثباته<sup>(1)</sup>، الذي عُدَّ إصلاحاً استثنائياً وثورة حقيقية في مجال العقود<sup>(2)</sup>؛ ساعياً إلى ضمان الأمن القانوني<sup>(3)</sup>. وبهذا فإنَّ المشرع الفرنسي أدرك واقع النصوص القانونية الفرنسية<sup>(4)</sup>. على عكس المشرع الجزائري، الذي لم يتقطن لخطورة الوضع الذي آل إليه أحكام ق.م.ج، الصادر قرابة أكثر من 48 سنة (باستثناء بعض التعديلات الطفيفة)، حيث تقاعس عن أصلحه، واكتفى بإصدار قوانين خاصة تنظم كل مسألة على حدى.

وفي سياق مجمل ذلك؛ فإنَّ الواقع الحالي ومن أجل إصلاح وتطوير العقد ومسايرته للتحويلات الرأهنة أوجب من الناحية الأولى؛ ضرورة إتباع منهجية وتقنية، جديدة لأحكام ق.م.ج، حتى تؤدي وظيفتها في المحافظة على العقد، وبأن تهدف أحكامه لتأطير وتوجيه العقد وجهته الصحيحة في ظل وجود أسس وتصورات ومفاهيم مؤطرة تخدم العلاقات التعاقدية ابتداء من إبرامها مروراً بتنفيذ جل بنودها إلى غاية إنهاؤها، وذلك عن طريق الإعراف لمرة أخرى بدور الإرادة كمفهوم جديد في العقد. فإذا كان تمجيد الإرادة وإعطاء السلطان لها في إنشاء وتحديد آثار العقود أمر مبالغ فيه وخطير، يمسّ بفكرة الاستقرار التعاقدى بوجهه الحديث، فإنَّ استبعادها من الحقل التعاقدى يبقى الصورة الأخطر، نظراً لمساسها بفكرة وجود العقد. فالضرورة تقض، التأكيد على فعالية الإرادة في المحافظة على العقد، لما تحمله من آليات تكفل حمايته (المطلب الأول). أمّا من الناحية الثانية تستلزم ذات التقنية تبني جديد ما يخدم الأوضاع الرأهنة من مبادئ حديثة، تجسيدا للتصور الحديث في تكريس الأمن للعقود (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### المبادئ المؤطرة للعقد كمنهجية حديثة في تحقيق الأمان التعاقدى

(1)- L'ordonnance N°2016-131, Op-Cit.

(2)- لقد شهد قانون نابليون إصلاحات انطلقت من مشاريع فقهية على يد الأستاذين (CATALA) و (TERRE)، حيث لهما الفضل الكبير في بناء النظرية الحديثة للعقد، من خلال عصرنة قانون العقود. CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p10.

(3)- ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Op-Cit, p19.

(4)- بناسي شوقي، قانون العقود (دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي - المعدل - والفقہ الإسلامي)، المرجع السابق، ص35.

بالرجوع إلى مضمون المشاريع الفقهية الفرنسية التي طالبت بالإصلاح التشريعي؛ نجد أن فحوى مشروع الفقيه كاتال (CATALA) كان عاملاً كلاسيكياً في قبول فكرة الإصلاح، حيث لم يقترح إصدار قانون للإنفصال، إنما للتكيف مع المستجدات الرأهنة<sup>(1)</sup>.

تشير الحداثة عموماً إلى الحاجة إلى إدخال العالم في منطقٍ محسوب وضبط الممارسة، حتى تعمل وفق النموذج والمسار السابق للأوضاع الرأهنة؛ والقانون وفقاً لهذا التصور مجموعة من القواعد والتعليمات المحددة لإطار المباح من الممنوع<sup>(2)</sup> وهو فعلاً ما نبحت عنه في سبيل المحافظة على العقد من الزوال وتحقيق قدر من الثبات والاستقرار للعلاقات العقدية.

إن تحقيق هذه الأهداف ليس سهلاً بالنسبة للمشرع الجزائري لاسيما من خلال تأثره بالتشريعات الخاصة وهو ما التمسناه من خلال معالجته وتنظيمه لجديد العلاقات والأوضاع العقدية المستجدة بموجب نصوص خاصة بعيداً عن النظرية العامة للعقد؛ فتقهقرت هذه الأخيرة بفعل عدم مواكبتها للمستجدات الرأهنة. وبالتالي وجب على المشرع الجزائري الإكتفاء بهذا القدر من التضخم في القوانين الخاصة، والالتفات من جهة أخرى إلى دور وفعالية القانون المدني وقدرته على الاستجابة واحتواء المظاهر العقدية الجديدة ومختلف المفاهيم والتصورات الحديثة بالاستعانة بالادوات والمبادئ المكرسة ضمن القوانين الخاصة.

مُجمل ذلك يدور في فلك، عادة الإعتبار للشريعة العامة، ولا يتحقق ذلك، إلا من خلال إتيان المشرع الجزائري بمنهجية وتقنية جديدة لتنظيم وضبط العلاقات العقدية، وتوجيهه وجهته الصحيحة لتحقيق الأهداف المسطرة له من قبل الأطراف تحت مسميات المبادئ المؤطرة للعقد ( Les principes directeurs du contrat ) من جهة أولى، وكذا ضرورة تجديد بعض التصورات، والالتفات إلى دور الإرادة في تعزيز الأمان العقدي والمحافظة على العقد بعيداً عن دور القاضي كطرف ثالث في العقد -من جهة ثانية-.

## الفرع الأول

### الإطار المفاهيمي للمبادئ المؤطرة للعقد

تُعد المبادئ المؤطرة أو التوجيهية للعقد من أحدث المفاهيم التي عرفها الفقه القانوني المعاصر<sup>(3)</sup>، وتعود جذوره الأولى إلى سنة 1975 تحديداً ضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، الذي كرس هذا هذه

(1) - GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p13.

(2) - أشار إليه؛ فيلالي علي، "القوانين المدنية العربية بين المحاكاة والأصالة"، المرجع السابق، ص 45. نقلاً عن: عباد البطنجي، تطبيقات الحداثة القانونية في سياق عربي، مدونة الحقوق جامعة بيروت، متوفر على الموقع الإلكتروني: <http://lawecenter.birzeit.edu/lawcenter/ar/easyblog/entry/2015-09-02>، تم الإطلاع عليه بتاريخ، 06 جوان 2023، على الساعة 23:20.

(3) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p52.

المنهجية الهادفة لرسم الخطوط العريضة للسير الآمن للخصومة، المتضمن لمجموعة المبادئ التوجيهية التي تحكم الخصومة المدنية في الفصل الأول من الباب الأول المعنون بأحكام تمهيدية<sup>(1)</sup>.

### أولاً: تعريف المبادئ المؤطرة للعقد

شهدت المبادئ المؤطرة للعقد اختلافاً في تسميتها، وتذبذباً في مضمونها؛ بحيث لم يتفق الفقه القانوني ولا التشريعي على تسمية أحادية جامعة ومانعة لها، ولا على مضمونها. فقد تعددت التسميات بين المبدأ العام، المبادئ التمهيدية، المبادئ التوضيحية، المبادئ التوجيهية للعقد، المبادئ المؤطرة للعقد، أمّا مضمونها، فإنّ ما استقرّ عليه أنصار المذهب التقليدي مغاير تماماً لما تبناه المذهب الحديث.

يظهر من خلال التركيبة اللغوية لمصطلح "المبادئ المؤطرة أو التوجيهية للعقد"، أنّه مركب من ثلاث كلمات: المبدأ، التوجيهية، العقد.

يُعرّف جانب من الفقه المبدأ على أنّه، مجمل القواعد القانونية المكتوبة بصياغة عامة، لها القدرة على استيعاب الكثير من القواعد والمبادئ الفرعية. وإنّ حمل هذا التعريف نوعاً من الصحة في جزء منه، إلّا أنّه غير مقبول على حدّ تعبير الأستاذ بناسي شوقي؛ فالمبادئ التوجيهية ليست بالضرورة قواعد مكتوبة نظراً لوجود قواعد ومبادئ جوهرية في مجال التعاقد، إلّا أنّها غير مكتوبة<sup>(2)</sup>، كما أنّه غالباً ما يقترن المبدأ بفكرة معينة كنتيجة لقيمتها القانونية فيقال مبدأ الأمن القانوني، مبدأ الأمن القضائي، المبادئ التوجيهية للعقد. كما أنّ المتمم في الإصطلاح نجد أنّه اتى بصياغة جماعية للدلالة على مجموعة من المبادئ التي ترسم الخطوط العريضة للعلاقات العقدية -مجتمعة-، لا عن مبدأ واحد.

أمّا إصطلاح التوجيهية، فيعرفه الأستاذ كورنو (CORNU)، بأنّه صفة مشتقة من (Direct) قويم ومستقيم؛ فيقال أنّ القاعدة المرنة معدة لتوجيه وإرشاد المخاطبين بها، لمتابعة غاية معينة بدون الانحباس في تعليمات تفصيلية<sup>(3)</sup>. وعلى الرغم من بساطة هذا التعريف، إلّا أنّ هذا الاصطلاح يحيلنا للوهلة الأولى إلى الحديث عن النظام العام التوجيهي، وإذا ما أسقطنا تعريف هذا الأخير على عنصر الدراسة، فإنّه لا محالة سيعبر عن التدخّل التشريعي لتسيير وتوجيه العقد لوجهته الصحيحة؛ إلّا أنّه من جهة أولى فإنّ الأخذ بذلك فيه ما يشير إلى غياب دور ومكانة الإرادة في العقد، وهو ما لا يمكن قبوله بصفة مطلقة، وهو

(1) - بناسي شوقي، "المبادئ التوجيهية للعقد"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020، ص 243.

(2) - بناسي شوقي، "المبادئ التوجيهية للعقد"، المرجع السابق، ص 245.

(3) - كورنو جيرار، المرجع السابق، ص 579.

ما دفعنا إلى العزوف عن التسمية "المبادئ التوجيهية" من جهة ثانية، والأخذ باصطلاح "المبادئ المؤطرة" لما تقيده من تأطير للعقد، حمايته، الإشراف على العلاقات العقدية، السعي لتكريس الأمان العقدي من جهة أخيرة.

أما اقتران الإصطلاحين أعلاه بالعقد فلا يخرج عن غاية التأكيد للمجال الواسع للمبادئ المؤطرة، والتي يمكن أن تسري على مجالات أخرى غير العقد (كما هو مشار إليه في المبادئ التوجيهية للخصومة فيقانون الإجراءات الفرنسي) وعليه فإن نطاق سريان فحوى هذه -المبادئ التوجيهية- محل الدراسة يقتصر على العقد؛ والعقد المراد به العقد في القانون الخاص -القانون المدني-.

إذن، فإن المبادئ المؤطرة للعقد، تمثل مجمل القواعد القانونية التي يقوم عليها العقد، لحظة إبرامه إلى غاية تنفيذه، ويستوي الوضع أن تكون القواعد مكتوبة أو غير مكتوبة، يُشترط أن تدور في فلك تأطير وحماية العلاقات العقدية في مرحلة وجودها، والإشراف عليها في مرحلة تنفيذها، وتقرير وضعيتها عند زوالها.

### ثانيا: منهجية المبادئ المؤطرة للعقد: بين الرّفص والقبول

لقد تعرّضت منهجية المبادئ المؤطرة للعقد لجدل واسع بين الفقه القانوني، بين التسليم بصحتها والأخذ بها من عدمه، وكلّ في ذلك حججه الخاصة. وجوهر هذا الاختلاف الفقهي، لا يتعلق بمدى التصريح بقبول وجودها بذاتها من عدمه؛ ذلك أنّ معظم القوانين المقارنة والمشاريع الدولية تكاد لا تخلو عن النص؛ إما على الحرية العقدية، القوة الملزمة للعقد، وحسن النية. إنّما مكن الرّفص يتعلق حول أفراد أو تخصيص قسم أو فصل من المواد يتضمن مجموع هذه المبادئ والتي تشكل الإطار العام لنظرية العقود أو الخطوط العريضة لعملية التعاقد.

#### 1 . الإتجاه الرافض لمنهجية المبادئ المؤطرة للعقد

يرى معارضي منهجية المبادئ المؤطرة للعقد، أنها تخلو من الطابع المعياري؛ أي الدقة التي تميز القواعد القانونية، وبأنّها مجرد تكرار للقواعد القانونية، ومجرد عمل فقهي لا تشريعي<sup>(1)</sup> غير أنّ ما يعاب عليهم أنّ اسقاط ميزة الدقة على المبادئ المؤطرة للعقد يعني اسقاطها على جميع المبادئ القانونية الأخرى وحتى بالنسبة للمبادئ التقليدية كالحرية العقدية والقوة الملزمة... الخ، وهو ما لا يمكن تصوّره أو قبوله.

(1) - بناسي شوقي، "المبادئ التوجيهية للعقد"، المرجع السابق، ص 248.

ذلك أنّ الدقة أو الجودة في الصياغة شرط جوهري لكل قاعدة قانونية، أكانت جوهريّة، أو تفصيلية، كما أنّ الدقة في الصياغة يعد أحد مقتضيات ومتطلبات تحقيق الأمان في القانون.

أمّا بشأن إعتقادهم بأنّ تخصيص قسم أو فصل معين للمبادئ المؤطرة للعقد، سيوقع المشرع في التكرار للأحكام المنظمة لعملية التعاقد والتي سيتم التفصيل فيها لاحقاً؛ فإنّ ما يعاب على منادي هذه الفكرة، أنّهم تجاهلوا فكرة أنّ المبادئ المؤطرة للعقد تهدف إلى وضع ورسم الخطوط العريضة لعملية التعاقد عامة، أو في شق معين منها (مرحلة التكوين أو التنفيذ أو الإنهاء). وغالباً ما تأتي هذه المبادئ بصيغة العمومية، وبالتالي لا يمكن الإكتفاء بالقدر العام في إيضاح عناصر معينة للتعاقد، أو جزئية جديرة بالتنظيم. بل لابد أن تأتي مواد أخرى للتفصيل في جزئيات العقد لرفع الغموض، واللبس عن بعض الحقائق؛ ولعلّها المهمة الأولى للقانون والشرط الأوّل لتحقيق الأمان فيه.

كما أنّ مناصري الرأي الرافض لهذه المنهجية قد وقعوا في تناقض عندما اعتبروا مهمة المشرع لا تتعدّى إلى وضع المبادئ التي تبقى مهمة الفقهاء، بل تقتصر على وضع الأحكام المنظمة للعقد فقط؛ وهو ما يتنافى مع الواقع، بحيث أنّ المشرع وضع العديد من المبادئ النّاطمة للعقد كمبدأ حسن النية، مبدأ عدم التّعسف في استعمال الحق، مبدأ الأمن القانوني (المكرس دستورياً)؛ بل وفي أكثر من مرة، وعلى الرغم من وجود قواعد فقهية شهيرة معمول بها، إلّا أنّه يفضل تقنينها، فيقوم بإعادة تنظيمها لغاية التأكيد على مضمونها بوضع أسس قانونية لها؛ ولعلّ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين خير مثال على ذلك.

يواصل معارضي هذه المنهجية رفضهم القاطع لها بإعتقادهم أنّها ستفتح الباب أكثر للقاضي بأن يكون طرفاً ثالثاً في العقد، من خلال فرض رقابته الواسعة على المضمون العقدي، بشكل يمسّ الاستقرار والأمان التعاقدية<sup>(1)</sup>؛ ويظهر لنا أن هذا الإتجاه لا يزال يتشبث بالتفكير التقليدي الحر، المقدّس للإرادة. فالتدخل القضائي باسم المعطيات والمبادئ الجديدة، بعيداً عمّا تفرضه القوة الملزمة في فحواها، وضع يفرضه الإتجاه الحديث للنظرية العامة للعقد، أمّا بشأن فلسفة الأمن التعاقدية فقد انتقلت من النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة، ومن الطابع الجامد الصلب إلى ما يسمى بالمرونة العقدية.

وعليه؛ ووفقاً للانتقادات أعلاه، فلا يمكن الأخذ بما تبناه الرأي الرافض لمنهجية المبادئ المؤطرة للعقد، نظراً لأبعادها غير القانونية. إلّا أنّه وبحسب رأينا، وبكل تحفظ، فإنّ الاختلاف الفقهي والتشريعي في ضبط وتحديد الإطار الجامع للمبادئ المؤطرة للعقد، أي تحديد ما يدخل ضمن دائرة التأطير من عدمه،

(1) - محمد عرفان الخطيب، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة

كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، 2019، ص191.



يبقى أحد المبررات الجوهرية للتحفظ من هذه التقنية. بحيث وبالرجوع إلى النظرية التقليدية فإنها لا تزال تمجّد الحرية العقدية، والقوة الملزمة للعقد، بينما النظرية الحديثة تنادي بأبعاد جديدة مترجمة بالمساواة، التوازن، والتكافل في العقد. كذلك الوضع بالنسبة للمشاريع الدولية، بحيث أن قواعد (UNIDROIT) فصلت في مبدأ حسن النية، فأخرجت منه مبدئين مستقلين؛ أمانة التعامل، والسلوك المنضبط، اللذان يعدّان أحد التطبيقات الرئيسية لمبدأ حسن النية، بالإضافة، النصّ على حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد. وهو ذاته الوضع الذي وقع فيه القانون الأوروبي (PDEC)، فأشار إلى الحرية العقدية، حسن النية، وواجب التعاون. وعليه؛ وجب على الأقلّ الإتفاق على ما يدخل ضمن الإطار العام لتأطير المعاملات العقدية سواء الوطنية أو على المستوى الدولي.

## 2 . الإتجاه المؤيد لمنهجية المبادئ المؤطرة للعقد

لقد كرّست معظم المشاريع العالمية والتشريعات المقارنة، منهجية المبادئ المؤطرة للعقد، حيث تبنتها مبادئ (UNIDROIT) والأوروبية (PDEC)، فأوردت المبادئ المؤطرة للعقد ضمن الأحكام التمهيدية المنظمة للعقد<sup>(1)</sup>، وهذا راجع أساساً إلى مختلف الوظائف الجوهرية التي تقوم عليها المبادئ المؤطرة للعقد أهمّها:

تهدف المبادئ المؤطرة للعقد إلى وضع إطار صارم للإتفاقيات العقدية<sup>(2)</sup>، كما تضطلع إلى تأدية مهام ووظائف عديدة أخرى، مختلفة، تتراوح بين الوظيفة المعيارية، والبيداغوجية، إلّا أنّ وظيفة التأطير، والتوجيه، تبقى أهم الوظائف التي تقوم عليها. بحيث تهدف في جوهرها إلى تأطير العلاقة العقدية والمحافظة عليها، بتسخير مبادئها القانونية؛ كمبدأ التضامن العقدي الهادف إلى ضمان إستمرارية العقد. كما تهدف إلى ضمان السير الحسن للمعاملة العقدية بشكل يضمن حقوق طرفيها بصورة متوازنة وعادلة.

أما الوظيفة المعيارية للمبادئ المؤطرة للعقد فتظهر في ثلاث زوايا؛ أولها، زاوية التنظيم، بحيث يمكن أن تأخذ إمّا طابع الحظر والمنع، مثلما يفرضه مبدأ حسن النية (الذي يفرض النزاهة والتعاون، ويمنع الغش والاحتيال). وقد يأخذ طابع الإلزام، كما هو الشأن في القوة الملزمة للعقد (التي تلزم الأطراف بتنفيذ العقد)، أو بتحديد ما هو مباح مثلما ما تمليه الحرية العقدية<sup>(3)</sup>. ثانيها، الزاوية التكميلية، بحيث تخوّل هذه المبادئ

(1) - بناسي شوقي، "المبادئ التوجيهية للعقد"، المرجع السابق، ص 243.

(2) - راجع أكثر مقال حول المبادئ المؤطرة للعقد، الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.doc-du-juriste.com/droit->

تم الإطلاع عليه يوم 25 أوت 2023، على الساعة 15:00.

(3) - بناسي شوقي، "المبادئ التوجيهية للعقد"، المرجع السابق، ص 248.

تفسير القواعد القانونية المنظمة للعقد، وسد ثغرات القانون، وإعطاء الحل عند سكوت النص القانوني عن ذلك، وتمكين القاضي من الاجتهاد عليها بشكل سيساهم في تطور قانون العقود. وأخيراً الزاوية التقنية، عن طريق المساهمة في تصحيح القواعد القانونية المنظمة للعقد قصد ملائمتها مع الظروف المستجدة.

أخيراً؛ الوظيفة البيداغوجية؛ عن طريق وضع النموذج القانوني المنظم لأحكام العقد؛ ولا شك أن آثار هذا النموذج تمتد إلى خارج حدود البلد الواحد وهو ما التمسناه في قانون (UNIDROIT) ومبادئ القانون الأوروبي (PDEC)، ولما لا أن يتضمنها القانون المدني الجزائري فتصبح له الريادة في التفوق على باقي القوانين العربية، وتتأثر به هذه الأخيرة، فيعملان على توحيدها مستقبلاً<sup>(1)</sup>.

تقف هذه الوظائف وراء تأثر الفقه الفرنسي بها، لاسيما أن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قد تضمنها، إلى جانب المشاريع الدولية؛ فجاهدت العديد من المشاريع الفقهية الفرنسية للمطالبة بتعديل القانون المدني الفرنسي، وبضرورة الأخذ بهذه المنهجية ضمن قانون العقود، كمشروع كاتالا (CATALA) الذي تقيد بإصطلاح أحكام عامة (Dispositions générales)<sup>(2)</sup> وكذلك مشروع (TERRE) والذي نص في مشروعه على ثلاثة مبادئ توجيهية للعقد، الحرية العقدية، حسن النية، وحظر التناقض<sup>(3)</sup>.

فعلاً تأثر المشرع الفرنسي كثيراً بهذه المشاريع الفقهية، سواء الوطنية أو الدولية، فاستعمل لأول مرة وبصراحة عبارة، المبادئ التوجيهية (Les principes directeurs) كعنوان للفصل الثاني وكان ذلك ضمن مشروع (Chancellerie) لعام 2008<sup>(4)</sup>، إلا أن ضغط معارضي هذه المنهجية دفعت المشرع الفرنسي إلى التراجع عن تبنيها، فقام بإصدار مشروع تعديل جديد لسنة 2009 خالياً من إصطلاح المبادئ التوجيهية، وإكتفى بالنص على الأحكام التمهيدية للعقد. ونفس الحل كرسه في مشروع 2013 و2015، ليتم إصدار الأمر رقم 131-2016 دون التقيد الحرفي بهذه التسمية أو المنهجية<sup>(5)</sup>.

غير أن دقة الملاحظة في الفصل الأول، من الباب الفرعي الأول، من الكتاب الثالث، للباب الثالث، يجد أن المشرع الفرنسي إستخدم إصطلاح -أحكام توضيحية (Disposition liminaires) - خلافاً لمصطلح -أحكام تمهيدية (Disposition préliminaires) وهو ما أكدّه البعض على أن عبارة

(1)- المرجع نفسه، ص 249.

(2)- محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 188.

(3)- بناسي شوقي، "المبادئ التوجيهية للعقد"، المرجع السابق، ص 247.

(4)- محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 188.

(5)- بناسي شوقي، "المبادئ التوجيهية للعقد"، المرجع السابق، ص 247.

الأحكام التوضيحية تفيد في فحواها، النصّ على المبادئ التأسيسية لنظرية العقد<sup>(1)</sup>، كما أنّ المشرع الفرنسي ذكر مبدأ الحرية العقدية، والقوة الملزمة، وحسن النية في قسم واحد؛ وهو ما يوحي إلى انصراف نية المشرع إلى الأخذ بمنهجية القواعد الأساسية أو المؤطرة لقانون العقود<sup>(2)</sup>. فالمشرع الفرنسي لم يتحفظ من تبني هذه المنهجية بشكل قطعي، بل تضمنها ضمناً، حيث أشار إلى ثلاثية المبادئ<sup>(3)</sup>.

ترجع غاية المشرع الفرنسي من التكريس الضمني للمبادئ التأسيسية للعقد إلى رغبته في التوفيق والموازنة بين الأطر العامة التي تحكم العقد، وبين سلطة القاضي في التدخّل لإعادة تأطيرها بما يتناسب مع متطلبات العدالة العقدية، دون التخوّف من الوقوع في التعارض مع قاعدة أو مبدأ قانوني ما، بل سلطته في التدخّل لإعادة التأطير تكون وفقاً لمجموعة من المبادئ القانونية المؤطرة للعقد<sup>(4)</sup>. ممّا يعني أنّ وجود القواعد المؤطرة للعقد لا تعني إستبعاد التدخّل القضائي في كلّ مرة يهتز فيها الأمان التعاقدية، وتتحدد سلطته وفقاً لمجموعة من المبادئ التي تعمل على تكريس العدالة، والتوازن، والتكافل فيما بين الأطراف.

## الفرع الثاني

### التأكيد على كفاية الإرادة في المحافظة على العقد

إنّ تراجع فلسفة المذهب الفردي، ومبادئه الجامدة أصبح من الواقع؛ فلم تعد الإرادة وحدها الركيزة الجوهرية (**Le fondement unique**) لوجود العقد<sup>(5)</sup>؛ غير أنّه وبنفس القدر لا يمكن إبعاد الإرادة والاستغناء عنها بشكل مطلق؛ بحيث تبقى الإرادة جوهر العقد<sup>(6)</sup>.

إنّ القول بتراجع الإرادة قول يجد صحته في مسألة إطلاق الإرادة، وبالإعتقاد أنّ لها السلطان الأكبر في إنشاء العقد، وتحديد آثاره دون التسليم بأنّ الإرادة تخضع لقيود تقتضيها إعتبارات عدّة؛ كالصالح العام والخاص. فالمسألة إذن مرتبطة بتجديد هذه الإرادة دون استبعادها من الحقل التعاقدية<sup>(7)</sup>. والتجديد يتم بفرض آليات، وحلول، وميكانيزمات تخدم جديد الظروف التي يتعرّض لها العقد في مختلف مراحلها. فإذا

(1) - محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 189.

(2) - GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p105.

(3) - Ib-Id, p87.

(4) - محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 194.

(5) - CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p24.

(6) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p34.

(7) - Ib-Id, p34.

كانت الإرادة قادرة على إنشاء وتحديد حقوق والتزامات الأطراف، فهي وبنفس الكيف قادرة على المحافظة عليها عند إختلال التوازن فيها.

ذهب البعض<sup>(1)</sup> إلى التأكيد على أنه؛ إذا كان الأمن القانوني يرتبط بضمان مقروئية وموصولية القاعدة القانونية واستقرارها، فإنه في مجال المعاملات العقدية يتضمن كذلك جانباً آخر حاسماً يتعلق بإمكانية الأطراف الاعتماد على العقد، وعلى إرادتهم المشتركة لدرء المخاطر والأزمات اللاحقة بالعقد. قد يتقطن الأطراف أثناء إبرام العقد لمسألة إمكانية إختلال الظروف المستقرة التي عاصرت مرحلة التكوين، فيتقنوا في العقد الأصلي على آليات، وحلول، تتضمن حق الأطراف في التدخّل لتعديل ما إختل في العقد في مرحلة التنفيذ عن طريق آلية -البنود التلقائية وأشهرها بند التقييس-، وإذا لم يتنبهوا لمثل هذه الأوضاع فلا يوجد مانع بأن يتقنوا لاحقاً للتدخل لمناقشة وتعديل ما آل إليه العقد وهو ما يعرف - بالبنود غير التلقائية ولعل أهمها بند إعادة التفاوض -.

تُترجم بلبنود التلقائية؛ دور الإرادة في الإرادة في المحافظة على العقد، وتتعلق أساساً بتلك البنود والشروط التي يتضمنها العقد الأصلي باتّفاق العاقدین، تخول لهما حق تعديل ما طرأ على العقد من تغيرات وتطوّرات، من شأنها الإخلال الظاهر بالتوازن المالي للعقد. وتسمى تلقائية، لأنها تتعلق بالعقد الأصلي أي أن الأطراف يتنبهون أو يتوقعون تلقائياً مثل هذه الأوضاع قبل وقوعها. على عكس البنود غير التلقائية؛ فالأطراف يبرمون العقد دون أن يضعوا في إعتقادهم تغير ظروف العقد بل الأمر متروك إلى حينه، وبمجرد تغير هذه الظروف وقت التنفيذ لهم أن يجتمعوا للإتفاق بشأن الأحداث المستجدة. وبمجرد الإتفاق يلحق مضمون الإتفاق اللاحق بالعقد الأصلي. مع ضرورة التنويه، أنه في كلا الحالتين، فإن الإتفاق المتوصل إليه يخضع في صحته لذات الشروط، والأركان العامة للعقد، إذا اقتضاها نص القانون أو بالإتفاق.

تقترب هذه الآليتين؛ البنود التلقائية أو غير التلقائية بما يسمى بمشارطة التحكيم أو شرط التحكيم الذي يتضمنه نظام التحكيم، باعتباره وسيلة بديلة لحل المنازعات؛ ولعل الأهمية التي يقوم عليها هذا الأخير (تسهيل الإجراءات وإستبعاد طول الإجراءات القضائية... الخ) تخدم كثيراً مسألة المحافظة على العقد؛ لكن، وعلى الرّغم من نجاعة وفعالية هذه الآليتين في ضمان إستمرارية العقد؛ إلا أنه بالمقابل من ذلك فإنّ الأخذ بهذه الآليتين غالباً ما قد يصطدم مضمونها وأحكامها مع أحكام أخرى واردة في ق.م.ج.

**أولاً: البحث في مدى فعالية بند التقييس كآلية إرادية لإعادة الإستقرار التعاقدية**

(1) - ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Op-Cit, p97.

يُعدّ بند التقييس، أحد البنود التلقائية التي تلعب دوراً في إنقاذ العلاقة العقدية من الزوال؛ تقنية تخوّل للأطراف السلطة في إحداث تغيير جزئي، تلقائي، للعلاقة العقدية، فيمثل أداة لمواجهة مختلف التحوّلات، والأوضاع المستجدة للعقد، عن طريق آلية التعديل<sup>(1)</sup>. فهو آلية إتفاقية يضعها الأطراف في مرحلة الإبرام، تسمح بتعديل المضمون العقدي، قصد مواجهة التحوّلات والظروف والأزمات الإقتصادية التي قد تعصف بإستقرار العقد عند تنفيذه<sup>(2)</sup>، فيكيف على أنّه شرط تعاقدى لا يمكن تعديله إلاّ بموافقة المتعاقدين<sup>(3)</sup>.

ومن خلال التعريف؛ يبرز الدور الإيجابي -الجديد- للإرادة في تعزيز الإستقرار التعاقدى، بعدما كان ينظر إليها بمن وجهة النظر سلبى؛ غير أنّ الإعتراف بهذا الدور الجديد للإرادة يجعلها في إصطدام مع إعتبار التّدخل القضائي في العقد، خاصةً عندما تعترى مرحلة التّنفيد ظروف تجعل من تنفيذ الإلتزام في أجاله غير ممكناً، فيتدخل القاضي لمنح نظرة الميسرة للمدين تقادياً للفسخ، لنكون أمام شرعية البحث عن الإرادة الأولى بالتطبيق.

## 1 . مساهمة بند التّقييس في دفع اللاتوازن العقدي

يُعبّر بند التّقييس عن الدور الكبير للإرادة في الإبقاء على العقد مدة أطول، بحيث تساهم هذه الآلية الإتفاقية في تعديل ما إختل في العقد. كما أنّ هذه الآلية؛ ساهمت في الردّ وبكّل طلاقة على أصحاب المذهب المتشائم لدور الإرادة في العقود، بقولهم أنّ العقد لا ينبع من الإرادة، وبأنّ هذه الأخيرة قاصرة عاجزة على إنقاذ العقود بالشكل الصحيح، المتوافق مع ما تشهده الحياة القانونية الرأهنة.

يجد بند التّقييس مجاله في العقود الزّمنية المستمرة، أو مؤجّلة التّنفيد التي يكون فيها الزّمن العنصر الجوهرى للإلتزام<sup>(4)</sup>؛ وذلك بتوقع قيمة الأداءات بمعيار اقتصادى أو نقدي ممّا يجعل العقد مضبوطاً، من خلال حماية العملة النقدية وتوفير النّقة بين الأطراف<sup>(5)</sup>.

(1) - جربوعة منيرة، "المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف وسلطة القاضي"، مجلة طلبة للدراسات العلمية والأكاديمية،

المجلد 04، العدد 01، كلية الحقوق، المركز الجامعي سي الحواس، بركة، 2021، ص255.

(2) - المرجع نفسه، ص254.

(3) - بشار عننان ملكاوي، المرجع السابق، ص134.

(4) - مصطفى الخطيب، المرجع السابق، ص47.

(5) - جربوعة منيرة، المرجع السابق، ص254.

يهدف بند التقييس، إلى وضع حدٍّ للخسارة الفادحة التي قد تلحق بأحد الأطراف أو كلاهما بسبب التقلبات الطارئة والظروف الاقتصادية غير المستقرة، فالمهمة الأولى له تتحدد في إعادة التوازن والاستقرار العقدي المختل. بمعنى أكثر، يتحدد المجال الزمني لسريان بند التقييس بالنظر أولاً، إلى ظروف تنفيذ العقد إذا كانت ذاتها ظروف التعاقد، فإذا كانت كذلك فلا يتم إثارة أو التمسك بهذه الآلية، أما إذا تغيرت، وبرز مظهر اللاتوازن، وجب على الأطراف الالتفات إلى إعمال بند التقييس.

يفهم من ذلك؛ أن بند التقييس، آلية إتفاقية تضمن للأطراف التوازن الاقتصادي، والمالي للعقد في مرحلة تنفيذه، كما أنه، من أهم الميكانيزمات الهادفة إلى تعزيز دور الإرادة في العلاقات العقدية واستبعاد التدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد؛ مادام أن هذا الأخير يركز أساساً إلى إعادة التوازن والاستقرار والتوازن المالي للعقد، ويجد الصلاحية في ذلك بموجب النصوص القانونية. أما بند التقييس، فيجد الصلاحية في التدخل بموجب الإرادة التي أنشأت العقد محل التعديل بواسطة البند؛ فالإرادة التي أنشأت العقد قادرة إذن على إعادة الاستقرار، في كل مرة يخل فيها عند الشروع في تنفيذه.

ووفقاً لذلك؛ يبرز لنا مواطن التدخل والإختلاف بين بند التقييس والتدخل القضائي في العقد. فيتحقق عنصر التشابه بالنظر إلى غاية كل منهما؛ حيث يهدفان إلى التدخل في مرحلة تنفيذ العقد في كل مرة يخل فيها التوازن المالي للعقد، قصد إعادة الأمن للعلاقة لعقدية. ويختلفان، بالنظر إلى طبيعة كل منهما؛ حيث أن بند التقييس يرجع إلى الطبيعة الإتفاقية؛ فالإتفاق جوهر وجود البند من عدمه مما يفهم أن في حالة ما إذا لم يتم الإتفاق عليه يسقط حق الأطراف في التعديل وعند تحقق الإستقرار في العقد يبقى للأطراف حق اللجوء إلى التدخل القضائي كسبيل آخر لإنقاذ العقد، ويشترط في الإتفاق أن يكون وقت إبرام العقد لا وقت تنفيذه، وإلا كنا أمام حالة أخرى سنفصل فيها لاحقاً. أما التدخل القضائي فهو ذو طبيعة قانونية، بمعنى أن المشرع هو من يتدخل بآلية التشريع وبموجب نصوص قانونية تخول للقاضي الصلاحية في التدخل لإعادة الأمن والاستقرار للعقد. وهو فعلاً ما التمسناه في العديد من النصوص المنظمة لسلطات القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه سواء بالنسبة للطرف الطارئ، الشرط الجزائي، مهلة الميسرة.

## 2. إشكالية مضمون بند التقييس وسلطة القاضي في نظرة الميسرة: طبيعة مختلفة والإهتمام

### واحد

إذا كان بند التقييس يهدف في جوهره، إلى إعادة الاستقرار الاقتصادي للعقد في مرحلة تنفيذه، باستبعاد التدخل القضائي أولاً، وتعزيز دور الإرادة في العقد ثانياً، فإن هذا ما يثير إشكالية الإصطدام بين اعتبارين، اعتبار إرادة الأطراف المجسدة في بند التقييس مع اعتبار إرادة القاضي المعترف بها بنص

القانون في سبيل تحقيق الهدف الموحد لهما، المحافظة على العقد. فسلطة إرادة الأطراف في التدّخل لتعديل العقد في مرحلة تنفيذه، عبر آلية بند التقييس الذي يقضي في جوهره إلى ضرورة العودة والرجوع إلى الإرادة التي أنشأته؛ غالباً ما قد تصطدم مع التدّخل القضائي -لأسيما- التلقائي، وصلاحيته في تعديل العقد عند التنفيذ، دون الحاجة إلى التقيد بالطلب القضائي لأحد أو كلا الطرفين خاصة، إذا كان موضوع التدّخل مرتبط بالنظام العام والآداب العامة<sup>(1)</sup>.

وفي سبيل التوضيح، وكنموذج للدراسة؛ فإنّ نظرة الميسرة تعدّ النموذج الأمثل للتدّخل التلقائي للقاضي في مرحلة تنفيذ العقد؛ بحيث تخوّل له السلطة في منح المدين أجلاً لتنفيذ إلتزاماته، وهو فعلاً ما يشكلّ تعارضاً مع بند التقييس. إذ نكون أمام إرادتين؛ إرادة الأطراف التي تقضي الرجوع إلى إرادتيهما المشتركة لدفع الأوضاع المستجدة التي عاصرت مرحلة تنفيذ العقد، مع إرادة القاضي المكلف بنص لقانون، باتخاذ أحد الحلول القانونية **الثابتة المحصورة**. فإرادة الأطراف قد تتوصّل إلى حلّ لم تتضمنه نصوص القانون ولا يدخل في إعتقاد المشرّع ولا القاضي: إنقاص الإلتزامات، التحوّل عن العقد الأصلي، تعليق أو وقف تنفيذ الإلتزامات... إلخ.

(1) - جريبوعة منيرة، المرجع السابق، ص 254.



## ثانياً: بند إعادة التفاوض

بحثاً عن العدالة والتوازن العقدي يذهب الاتجاه الحديث إلى التأكيد على دور الإرادة في إعادة الأمن التعاقدية عن طريق آلية إعادة التفاوض<sup>(1)</sup>، ككماسة حقيقة للإرادة. ولا يمكن للقاضي في أي حال التشكيك في صحة ما انصرفت إليه إرادة الأطراف<sup>(2)</sup>.

عموماً قد لا يتقطن المتعاقدين عن إمكانية تغير ظروف التعاقد عند إبرام العقد؛ فإذا كان التوازن جوهر عملية الإبرام، فلا مانع من أن يكون اللاتوازن جلياً في مرحلة التنفيذ، طبقاً لتغير الأوضاع، لاسيما في العقود المستمرة التي يكون فيها الزمن العنصر الجوهرى لقياس مدى إستقرار العقد من عدمه. وإذا تحقق الوضع؛ باختلال المراكز العقدية للأطراف، حقّ للأطراف الاعتماد على بند إعادة التفاوض، لدفع المخاطر والأضرار، من خلال الجلوس لمرة جديدة لمناقشة، وتحديد، وتقييم الوضع الذي آل إليه العقد، والتفاوض على العناصر المستجدة، مع ربطها بالجزئيات والعناصر المكوّنة للعقد الأصلي، قصد الخروج من اللاتوازن وإنقاذ العقد.

### 1 . مضمون بند إعادة التفاوض

ظهر بند إعادة التفاوض أولاً في عقود التجارة الدولية<sup>(3)</sup>، ليصبح كاتجاه حديث كرسه أغلب القوانين المقارنة كمبادئ القانون الموحد (Unidroit)<sup>(4)</sup> الذي نظم البند بأسس وأحكام حديثة<sup>(5)</sup> تخول الحق للطرف المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد بالمطالبة بإعادة التفاوض. ذات الحل، كرسه مبادئ القانون الأوروبي للعقود (PDEC)<sup>(6)</sup>، وأيضاً بموجب التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016؛ بحيث حاولت مجمل هذه القوانين، التخفيف من حدة الشروط المطلوبة لإعمال البند، والتوسيع من نطاقه.

(1) - بن دريس حليلة، "إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليونديروا والتشريعات المقارنة"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص250.

(2) - ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Op-Cit, p99.

(3) - بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص251.

(4) - (Unidroit) إختزال لعبارة (L'unification du Droit privé) وهي مبادئ صادرة عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص.

Voir. Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, sur: [www.Unidroit.org.fr](http://www.Unidroit.org.fr), consulté le:01-02-2023 à 15:00 h.

(5) - منى أبو بكر حسان، المرجع السابق، ص51.

(6) - (PDEC) إختزال لعبارة (Principes du droit européen des contrats) وهي جهود مبدولة لتوحيد قانون العقود في أوروبا. منى أبو بكر حسان، المرجع السابق، ص55.

يعدّ بند أو شرط إعادة التفاوض؛ أحد الآليات الهادفة إلى التصدي لمختلف التغيرات والأزمات الإقتصادية التي قد تعصف بإستقرار العلاقة العقدية<sup>(1)</sup>، من خلال السماح بإعادة هيكلة العقد لمرة أخرى، عن طريق تغيير بعض البنود وشروط العقد، والإتفاق عليها من جديد بواسطة التفاوض عليها في مرحلة التنفيذ<sup>(2)</sup>، أي الحفاظ على العقد لخدمة مصالح الأطراف المتعاقدة<sup>(3)</sup>.

شتان بين المفاوضات العقدية، وبند إعادة التفاوض؛ بحيث أنّ الأولى، أو ما يسمى بالمرحلة التمهيدية للعقد، يدخل إليها الأطراف قبل إبرام العقد، فلا نكون أمام علاقة عقدية، ولا يصح القول بوجود عقد بين الأطراف؛ بدليل أنهم بصدد تبادل الآراء والمناقشات ووجهات النظر، بشأن المسائل الجوهرية المكوّنة لعقد ما (محل معين، سبب معين، شوط معينة، شكلية معينة...) ولا مانع من التفاوض حول المسائل الثانوية فيها. بينما بند إعادة التفاوض، فنكون أمام عقد معين، كلّ طرف حدّد التزاماته تجاه الطرف الآخر، إلّا أنّه، ونظراً لتغيّر الأوضاع العقدية، حقّ للأطراف الاجتماع لمرة جديدة، لمناقشة الأوضاع المستجدة المتغيرة، ووضع حلول لها قصد رفع اللاتوازن في العقد.

يسري بند إعادة التفاوض على العقود الزمنية المستمرة، أو العقود دورية التنفيذ<sup>(4)</sup> أو العقود المحددة، وبالتالي يستبعد منها العقود الفورية نظراً أنّها تقوم على عنصر تنفيذ الإلتزام فور نشوئه، كما تستبعد العقود الاحتمالية لأنّها أساساً تقوم على عنصر تحمل الخسارة أو الربح. فالظروف غير المتوقعة المؤدية إلى تغيير في المسائل الجوهرية للعقد، ومن ثم الإخلال في التوازن العقدي؛ تلزم الأطراف بمراجعة وإعادة تنظيم العقد من جديد عن طريق التفاوض<sup>(5)</sup>، وهنا تظهر أهمية وفعالية شرط التفاوض، بحيث من جهة أولى، يعدّ ضماناً عقدياً لإعادة الأمن التعاقدية، كما يساهم من جهة مقابلة، في خلق المجال الاقتصادي الآمن، وبأن يخول للأطراف فرصة الجلوس مرة أخرى لحياء العقد بدل إنهاءه.

يلتزم الأطراف عند إعادة التفاوض، باتخاذ جميع التدابير والآليات التي تسهّل من نجاح عملية التفاوض، مع مراعاة ما تقتضيه حسن النية والنزاهة، والجدية في التفاوض، وكذا، ضمان أمن وسرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف<sup>(6)</sup>. فالذخول في المفاوضات دون وجود النية الجادة والنزاهة العقدية،

(1) - بن دريس حليلة، المرجع السابق، ص 259.

(2) - جربوعة منيرة، المرجع السابق، ص 255.

(3) - JOAQUIN Emilio Acosta -Rodriguez, JOSÉ Manuel Gual Acosta, Op-Cit, p149.

(4) - جربوعة منيرة، المرجع السابق، ص 256.

(5) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 859.

(6) - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 89.

سيؤدي لا محالة إلى فشلها. كما أن إعادة التفاوض لا يعفي المتعاقدين من الإستمرار في تنفيذ إلتزاماتها طيلة فترة التفاوض، بشرط أن يكون ذلك ممكناً، وهو ما يراه البعض<sup>(1)</sup> حلاً منطقياً، مادام أن المدين أو الدائن، أمام ظرف طارئ وليس قوة قاهرة، تجعل من تنفيذ الإلتزام مرهقاً ليس مستحيلاً، ولا وجود مانع في الإلتفاق على تعليق تنفيذ الإلتزامات إلى غاية زوال الظرف.

#### أ . نجاح إعمال بند التفاوض

قد يترتب على إعادة المفاوضات بشأن تقييم الظروف المستجدة للعقد، النجاح، من خلال الوصول إلى إتفاق مشترك يقضي بدفع الأخطار التي أعاققت الهدف المنشود من العقد (تحديد كيفية دفع الأضرار التي رتبها الأوضاع المستجدة، وزمان البدئ بالتقيد بمضمون الإتفاق الجديد، تحديد مدة سريان العمل به الخ). ويخضع إتفاق التفاوض في صحته ووجوده، لجميع الأركان العامة للعقد؛ من رضا، محل، سبب وشكلية، بنص القانون أو بإتفاق، على حسب طبيعة إنعقاد العقد الأصلي.

يترتب على نجاح المفاوضات، وبعد التقيد بمعطياته، ومخرجاته؛ تجاوز تبعات الحادث الطارئ، والإختلال في التوازن العقدي، قبل اللجوء إلى المراجعة القضائي للعقد. أي إعادة الأمن التعاقدي بموجب الإرادة، والتأكيد على الدور الفعال لها في تحقيق التعاون والتكافل بين الأطراف المتعاقدة.

#### ب . فشل إعمال بند التفاوض

إن إعمال بند التفاوض؛ لا يعني في كل الأحوال نجاحه في درئ الخطر عن العقد والعاقدين؛ فقد تنتهي المفاوضات بين المتعاقدين دون الوصول إلى حل إتفاقي مشترك، وفي مدة معقولة، لمواجهة مختلف الظروف المستجدة التي أدت للإخلال بالتوازن العقدي.

كما يمكن أن تغشل المفاوضات نظراً لعدم صحتها؛ كأن يتخلف أحد أركانها (التراضي الذي يقضي بأن يتم الدخول إلى المفاوضات بإتفاق مشترك، المحل لا بد أن يتم التفاوض على محل العقد الأصلي لا محل جديد، وإلا سنكون أمام عقد جديد، مشروعية السبب بأن لا يتم التفاوض على مسائل تخل بالنظام العام والآداب العامة، تخلف الشكلية إذا كان العقد الأصلي يقضي إتباع شكلية معينة بنص القانون أو بإتفاق - إلا أنه تم اغفالها في إتفاق التفاوض)، أو عدم الامتثال لمبدأ حسن النية في التفاوض الخ.

(1) -سمير عبد السيد تناغو، نظرية الإلتزام، المرجع السابق، ص96.

2 . إشكالية بند إعادة التفاوض وتدخل القاضي التلقائي في العقد: نظرية الظروف الطارئة أنموذجاً  
تعدّ نظرية الظروف الطارئة النموذج الأمثل للتدخل القضائي التلقائي عند تنفيذ العقد، تأسيساً بنصّ المادة 107 ف3 من ق.م.ج<sup>(1)</sup>. وذلك بموجب آليات قانونية ترجمت في فحواها رغبة الغير في المحافظة على العقد وضمنان إستمراريته؛ وإذا كان هذا الحكم مستقراً على ذلك، فإنّ بند إعادة التفاوض لا يعني المحافظة على العقد فحسب، بل إستبعاد التدخل الأجنبي فيه، ضماناً للقوة الملزمة للعقد، وتحقيقاً للأمن التعاقدى. ويفرض بند إعادة التفاوض، ضرورة العودة إلى إرادة الأطراف عند تحقق الظرف، مجسداً في ذلك رغبة العاقدین في الإبقاء على العقد مدة أطول؛ وهنا تحديداً نكون أمام إشكال حقيقي؛ سلطة القاضي المكلف بنصّ القانون من جهة، وسلطة الأطراف بإعتبارها السلطة الأولى التي أنشأت العقد محلّ الظرف من جهةٍ أخرى.

إذا ما تمّ الأخذ ببند إعادة التفاوض، فإنّ الحل المنطقي للتساؤل أعلاه يكمن في التنازل عن فكرة إعتبار نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، وهو الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي، بموجب المادة 1195 من ق.م.ف<sup>(2)</sup>.

وعله؛ يجب -كحلٍ أول- تقييد القاضي بالطلب القضائي، حتّى يتدخل في العقد، وترك المجال لإعمال بند التفاوض مادام أنّه في كلّ الأحوال يتم الرجوع إلى الإرادة التي أنشأت العقد قصد إنقاذ العقد من الزوال، وغالباً ما تكون هذه الإرادة أفضل من إرادة الغير -القاضي- في تحقيق ذلك أنّها أدرى بما تعاقدت ومع من تعاقدت. أمّا سلطة القاضي في شأن ذلك تكون رقابية فقط، أي تجسيد دور الغير في الرقابة على مضمون بند التفاوض، وكيفية إعماله، وإثارته، وماهية النتائج المتوصل إليها لدفع الظرف من عدمه (لاسيما مراقبة مدى الإلتزام بمبدأ حسن النية وتطبيقاته).

بحيث؛ إذا تحقّق الفرض الأول -أي دفع الظرف بواسطة بند التفاوض - تحققت فعالية الآلية في الحفاظ على العقد دون التدخل القضائي، وهنا تتحقّق فعالية الإرادة في تجسيد الأمان في العقد؛ أمّا إذا

(1) - راجع مضمون المادة 107 ف3، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) - تنص المادة 1195 من ق.م.ف على: "إذا طرأت ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد جعلت من تنفيذ الإلتزام مرهقا لأحد أطراف العقد الذي لم يقبل تحمل الخسارة يمكن لهذا الأخير أن يطلب من الطرف الآخر إعادة التفاوض، على أن يواصل تنفيذ إلتزاماته أثناء المفاوضات، في حالة رفض أو فشل إعادة المفاوضات يمكن للأطراف الإتفاق على فسخ العقد في التاريخ أو الشروط التي يحدونها أو توجيه طلب مشترك للقاضي لتعديله إذا تم الإتفاق على أجل معقول يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف مراجعة العقد أو إتهائه في التاريخ وبالشروط التي يحدونها"، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص81.

تحقق الفرض الثاني-عدم نجاح بند التفاوض في توقي الطرف- هنا حق للأطراف توجيه طلب مشترك للقاضي في سبيل إنقاذ العقد من الزوال، وهنا يلتزم القاضي بالتدخل لرفع اللاتوازن عن العقد والعاقدين؛ مجسداً دور الغير دائماً في سبيل المحافظة على العقد.

إذن، سلطة القاضي وفقاً لهذا النحو، تأخذ الطبيعة غير المباشرة في دفع اللاتوازن العقدي، في كل مرة لا ينجح فيها العاقدين في أعمال بند إعادة التفاوض (كأن لا يتفقا على طريقة موحدة لإعماله لدفع الطرف الطارئ، أو عدم الامتثال لمقتضيات حسن النية)، أما عند نجاحهم في ذلك، هنا أيضاً تظهر سلطة القاضي في الرقابة على صحة ما تم التوصل إليه.

**أما الحل الثاني** إذا تبين للقاضي، أو أن أحد الأطراف قام بالدفع بعدم صحة بند إعادة التفاوض كبطلانه مثلاً (كإثبات عدم التراضي بين العاقدين، عدم مشروعيته، مخالفته للنظام العام والآداب العامة)، حق للقاضي في التدخل -مباشرة- وتلقائياً، وأن يقضي ببطلان بند التفاوض، لمخالفته لفكرة النظام العام. أما مسألة إنقاذ العقد من الزوال، فسيتم إثارتها كمسألة فرعية ثانوية، مجسداً بذلك إعتبارات عدة، تتراوح بين تكريس المصلحة العامة (عندما قام بإثارة بطلان بند التفاوض) والمصلحة الخاصة للأطراف (بإنقاذ العقد من الزوال وضمان ديمومته)؛ فيقضي أولاً ببطلان بند التفاوض دون العقد ثم الإلتفات لإنقاذ العقد.

**وصفوة القول؛** فإن البنود التلقائية وغير التلقائية، لا تهدف إلى العودة لتمجيد الإرادة في المجال التعاقدي، بقدر ما أن المنطق منها يفرض أولاً، العودة إلى ذات الإرادة التي أنشأت العقد، قبل السماح للقاضي بالتدخل للمحافظة على العقد. ولا نجد أن ذلك يشكل خطراً على الأمن التعاقدي ولا على الأمن القضائي. فتكريس هاتين الآليتين، لا يعني إستبعاد التدخل القضائي في العقد، بقدر ما تعدّ آليات تضمن حلاً ناجعة لمختلف المشاكل التي قد تطرأ على العقد بالعودة أولاً إلى ذات الإرادة التي أنشأت مختلف المراكز العقدية، فإذا نجحت في إعادة الأمن التعاقدي أثبتت بذلك فعاليتها ونجاحتها في المحافظة على العقد، أما إذا أخفقت، حق للأطراف اللجوء إلى القضاء بإعتباره حق مكفول دستورياً لكل شخص.

تتمّة على ذلك؛ فإن مجال سريان سلطات القاضي في تعديل العقد، وجب أن تظهر بعد فشل الإرادة في إعادة الأمن التعاقدي؛ كحل قانوني حديث يهدف إلى المحافظة على العقد، ليس بإقصاء الإرادة، بل عند عجزها في تحقيق الإستقرار والأمن التعاقدي.

## المطلب الثاني

### ضرورة الالتفات إلى تكريس المبادئ الحديثة لنظرية العقد

يرى الأستاذ فيلالي، أن مختلف الصعوبات والتحديات التي يشهدها العقد حالياً، يمكن حصرها بأربعة مسائل جوهرية؛ الحرية العقدية، وأخلقة المعاملات، وتحقيق العدالة العقدية في مرحلة التكوين أو التنفيذ<sup>(1)</sup> أما الأستاذ بناسي فأشار إلى المساواة العقدية -الفعلية-، التوازن العقدي، والتضامن العقدي<sup>(2)</sup>.

إنّ جلّ الاعتداءات، والانتهاكات التي شهدها قانون العقود لا سيما مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ سواء من طرف العاقدین بتكريس آلية التراجع عن التعاقد، أو عن طريق بروز مبدأ الحماية لأحد أطراف العقد -الطرف الضعيف أولى بالحماية في نظر القانون-، أو عن طريق الإقرار بالسلطة التقديرية للقاضي في التدخّل لإعادة الأمن والاستقرار للعقد عند التكوين والتنفيذ؛ شكّلت بمجملها تمهيداً لبروز النصوص الحديثة للأمن القانوني في العقود بعيداً عن الفلسفة التقليدية.

كما أنّ تفوق القانون على سلطان الإرادة<sup>(3)</sup>، التي أصبحت شيئاً فشيئاً عاجزة لوحدها عن ترجمة بعض الحقائق الواقعية<sup>(4)</sup>، مبرّر كافٍ للبحث عن نظريات جديدة<sup>(5)</sup>، خاصةً أمام تطوّر الحياة في شتى ميادينها، والذي أظهر معه سلبيات التمسك بالمذهب الفردي. ممّا دفع بعض التشريعات المعاصرة إلى ضرورة مواكبة هذه التحوّلات من خلال تحيين وعصرنة قوانينها بما يتلاءم مع متطلبات العصر<sup>(6)</sup> وبشكل يسهّل من مقروئية وفعالية<sup>(7)</sup> النصوص القانونية؛ تجسيدا لفكرة الأمن القانوني.

**نعتقد وبكل موضوعية؛ أنّ قانون العقود يحتاج اليوم ليؤسس بناءً على مبادئ تأطيرية، مستخلصة من النظريات والتصورات الحديثة، ومستلهمة بناءً على السلطات المخولة للقضاء للتدخل لإعادة الأمن للعقود؛ ولعلّ أبرز هذه المبادئ.**

(1) - فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 63.

(2) - بناسي شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 553.

(3) - بناسي شوقي، قانون العقود (دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي -المعدل-والفقه الإسلامي)، المرجع السابق، ص 26.

(4) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 105.

(5) - « Le doyen Roubier il a classait dans sa théorie générale du droit les doctrines et les valeurs sociales selon une trilogie basée sur la sécurité, la justice, et les progrès social ». Consulté, JEAN-Louis Bergel, La sécurité juridique, Revue du notariat, Vol 110, N°02, 2008, p273.

(6) - بن لعلّ عبد النور، جربوعة منيرة، المرجع السابق، ص 204.

(7) - بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السابق، ص 516.

## الفرع الأول

### ولوج مبدئي الأمن القانوني والقوة الملزمة إلى فلك المبادئ المؤطرة للعقد

كيّف الأستاذ جوناس (KNETSH Jonas) الأمن القانوني إلى جانب القوة الملزمة للعقد؛ على أنهما من المبادئ العامة المؤطرة للعقد<sup>(1)</sup>، وهذا المفهوم الجديد ليس غريباً عن المنظومة القانونية ككل، بقدر ما هو غريب عن القانون المدني الجزائري دون تشريعاته الخاصة، التي كرّست مبادئ وآليات جديدة؛ كحماية الطرف الضعيف وطرق فرض وإعادة التوازن العقدي، إنقاذ العقد من الزوال وضمان إستمرارية المعاملات العقدية.

يحكم المبدئين؛ العقد في شتى مراحله، بدءاً من التكوين إلى التنفيذ<sup>(2)</sup>، وقد انتقلا من طبيعته الصلبة الجامدة (الأمن القانوني والقوة الملزمة ك مفهوم تقليدي)، إلى المرونة العقدية، لاسيما بعد قبول التدخّل القضائي في العقود، حيث يعد هذا الأخير (القاضي) الحارس الأوّل لضمان فعالية الأمن القانوني.

### أولاً: تحولات مبدأ الأمن القانوني

ترفض بعض الآراء قبول طبيعة مبدأ الأمن القانوني، بأنّ مبدأ عام في القانون، أو بالأحرى في قانون التعاقد<sup>(3)</sup>. في حين يرى الأستاذ هنري (HENRI) أنّ الأمن القانوني الحالي ليس كالسابق<sup>(4)</sup>؛ ويجب الوصول إلى الأمان -الحقيقي- في القانون<sup>(5)</sup>، فالفكرة الجامدة له، تفرض استخدام الماضي في الحاضر لتجميد المستقبل؛ وهو ما لا يخدم وظيفة القانون، المتمثلة في التعامل مع الواقع باختلافاته وتطوّراته<sup>(6)</sup>. لقد شهد مبدأ الأمن القانوني حركة ديناميكية قوية، بحيث انتقل إلى فلك المبادئ المؤطرة للعقد بفضل مرونته<sup>(7)</sup>. فلم تعد فكرة الأمن القانوني مجرد مبدأ فلسفي، ذو طبيعة صلبة وجامدة، يقتصر على تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، بل أنّ تطوّره أصبح واقع ملموس، بلغ ذروة منافسة المبادئ القانونية التقليدية والحديثة؛ كالقوة الملزمة، والعدالة والنّضام في العقد، وأصبح في ذات الوقت

(1)-KNETSH Jonas, Op-Cit, p47.

(2)- Les règles proposées sont mues par l'impératif d'assurer la sécurité juridique lors de la période précontractuelle. DELEBECQUE Philippe, DENIS Mazeau, Formation du contrat (art.1104 à 1107), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Paris, 2006, p28

(3)- RENAN Friederich, Op-Cit, p109.

(4)- « La sécurité juridique d'hier n'est plus celle d'aujourd'hui... ». HENRI De Castries, NICOLAS Molfessis, Op-Cit, p28.

(5)- LAURENCE Boy, JEAN-Baptiste Racine, Op-Cit, p17.

(6)- VAN Meerbeeck Jérémie, Op-Cit, p642.

(7)- HELENE Hardy, Op-Cit, p696.



ينادي بأن يؤسس بناءً على مفهوم جديد، انطلاقاً من تغيّر طبيعته؛ غير أنّ النظرة الجديدة له لا تعني اضمحلال العلاقة الوطيدة بينه وبين الأفكار التقليدية<sup>(1)</sup>.

### 1. التحوّل في طبيعة الأمن القانوني للعقد: من الجمود إلى المرونة العقدية

يواجه الفكر القانوني اليوم مفهوماً جديداً يُعرف بالمرونة القانونية أو العقدية ( *La flexibilité juridique ou contractuelle* )<sup>(2)</sup>؛ فالأمن العقدي شهد تحوُّلاً جذرياً في فحواه، فبعدما كان جامداً ثابتاً ضمن النّصور الدّاتي التقليدي للعقد؛ فإنّه اليوم في تطوّر وتحوّل حتّى أصبح يستدعي بأن يؤسس بناءً على مقارنة جديدة تتماشى والتّطوّرات الرّاهن<sup>(3)</sup>.

أكّد البعض على أنّ فكرة الأمن القانوني قد أخذت منحى حاسماً مؤخّراً؛ وهذا المنحى يلزم المتعاملين بالنّصوص القانونية على احترامه، وكذا التّأكيد على تطبيقه من طرف السّلطات الخاصّة بتنفيذه (أي المشرّع والقاضي)<sup>(4)</sup>. وقد برز هذا المفهوم الجديد للأمن القانوني بعيداً عن التّفكير التقليدي، بحيث أصبح نسبي بعدما كان مطلقاً، وهو الآن في حالة توافق واستجابة أكثر لفلسفة معاصرة تتضمّن نظريات حديثة<sup>(5)</sup> مترجمة أساساً بالعدالة في العقود<sup>(6)</sup>، إلى جانب الأمن والإستقرار<sup>(7)</sup>. كما تُعدّ هذه النظرة الجديدة، أهمّ الإعتبارات المكوّنة لنظرية الظروف الطّارئة، الهادفة لتوزيع تبعات الظّرف على المتعاقدين، تحقيقاً لأمن وعدالة العقد. وفي ذات السّياق، أكّد البعض، أنّ الأمن يبحث عن تغيير في طبيعته،<sup>(8)</sup> وهذا كان نتيجة التّشكيك في مصداقية وشفافية الرّؤية الجامدة له سابقاً<sup>(9)</sup>. أمّا الأستاذ (Mazeaud)، فيعتقد أنّ اصطلاح الأزمة الذي شاع مؤخّراً، عاملٌ ساهم في ظهور ما يعرف بالمرونة العقدية، بحيث كانت الدّافع إلى التّوجه لتليين بعض المبادئ ( *La fragilisation des principes* ). وتراجع فكرة الأمن القانوني الجامدة، لتفسح

(1)- JOAQUIN Emilio Acosta -Rodriguez, JOSÉ Manuel Gual Acosta, Op-Cit, p150.

(2)- HELENE Hardy, Op-Cit, p699.

(3)- بعجي أحمد، "الأمن التّعاقدي: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص90.

(4)- VAN Meerbeeck Jérémie, Op-Cit, p371.

(5)- بعجي أحمد، "الأمن التّعاقدي: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص90.

(6)- غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص260-261.

(7)- آوت عمر قاصر حاجي، المرجع السابق، ص45.

(8)- أشار إلى الرّأي الفقهي، بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النّظرية العامّة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصّص: القانون المدني وقانون التّأمين، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2019، ص180.

(9)- VAN Meerbeeck Jérémie, Op-Cit, p633.

المجال للتدخل القضائي لاستعادة التوازن والمحافظة على العقد<sup>(1)</sup>. فالتمسك الجامد ببعض المبادئ كالأمن القانوني رتب نتائجاً كارثية.

## 2 . الحاجة إلى تصحيح توقعات المتعاقد بدل من قاعدة عدم المساس بالعقد

تعد فكرة التوقعات المشروعة، ومدى حمايتها، من أهم الأهداف المسطرة للأنظمة القانونية المختلفة<sup>(2)</sup>، وتعد كنتيجة حتمية، أو كتمديد لفكرة الأمن القانوني من جانب الحقوق الشخصية للأفراد<sup>(3)</sup>.

إن تجديد مفهوم الأمن العقدي القائم على التصور الفردي المترجم بضرورة حماية توقعات الأطراف المشروعة، يتطلب إحلال فكرة تصحيح توقعات المتعاقدين، محل فكرة عدم المساس بها<sup>(4)</sup>. فإذا كان العقد مفهوماً قانونياً ارتبط مع فكرة الأمن القانوني. فإن الوضع الراهن، قلب الموازين التقليدية، ليفرض المفاهيم الجديدة، أبرزها -المفهوم المرن للأمن القانوني-، والذي تضمن بدوره فكرة ضرورة تصحيح توقعات الأطراف بدل الحفاظ عليها<sup>(5)</sup>، والانتقال من فكرة ثبات العقد بعدم المساس به، إلى اعتبار المساس به؛ ضماناً لأمن الأطراف<sup>(6)</sup> وآلية لإنقاذ العقود. فالموازين الإقتصادية والإجتماعية الراهنة، فرضت مقاربة جديدة لتحقيق الأمن في المجال العقدي<sup>(7)</sup>، عبر فكرة التوقعات المشروعة والإستقرار القانوني<sup>(8)</sup>.

وبناءً على ذلك، أصبح مبدأ حماية مصلحة المتعاقد الضعيف أولى من فرضية عدم المساس بالعقد، وقصور الفلسفة التقليدية على تكريس المساواة المفترضة لا الفعلية؛ دافع وراء اتجاه المشرع إلى إصدار قوانين خاصة تهدف لضمان أمن الطرف الضعيف في العقد. وما يوضح هذا الاتجاه، الحماية الضئيلة للطرف المذعن بموجب م 110 من ق.م.ج، مقارنة بما تضمنه القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، لاسيما تكريسه فكرة بطلان الشروط التعسفية في عقود الإذعان بدل بطلان العقد كله<sup>(9)</sup>. فلا بد إذن من تجديد المفاهيم في ظل التحولات الراهنة<sup>(10)</sup>.

(1) - بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 181.

(2) - VAN Meerbeeck Jérémie, Op-Cit, p49.

(3) - RENAN Friederich, Op-Cit, p59.

(4) - بعجي أحمد، "الأمن التعاقدى: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 83.

(5) - VAN Meerbeeck Jérémie, Op-Cit, p100.

(6) - بعجي أحمد، "من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد"، المرجع السابق، ص 239.

(7) - بعجي أحمد، "الأمن التعاقدى: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 75.

(8) - بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 176.

(9) - بعجي أحمد، "الأمن التعاقدى: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 86.

(10) - عطوي حفيظة، "أثر الظروف الإقتصادية على العقد المدني"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية،

المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السابسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص 618.

### ثانياً: مبدأ القوّة الملزمة للعقد: رؤية جديدة

يشهد قانون العقود اليوم تغيراً في بعض المبادئ بعد أن كان البعض منها عُدّ من المسلّمات كالقوّة الملزمة للعقد بصورته التقليديّة، الذي يمنع المساس بالعقد سواء من قبل أحد الأطراف أو من قبل القاضي والمشرّع<sup>(1)</sup>. فالعقد، عرف انتقالاً وتحولاً جزئياً<sup>(2)</sup>؛ من التجريد إلى الواقعية (أي من المساواة المفترضة إلى المساواة الفعلية) ومن الفردية إلى الجماعية (أي من الذاتية إلى الموضوعية) ومن الحيادية إلى التدخّلية (أي من الدولة الحارسة إلى المتدخّلة)<sup>(3)</sup>، وأصبح الوصول إلى أمن العلاقات العقدية وفقاً للمعطيات الرأهنة، ضرورة حتمية<sup>(4)</sup>، ولا يتمّ ذلك إلا عن طريق تجديد المفاهيم<sup>(5)</sup>.

إنّ القراءة المطلقة لمبدأ القوّة الملزمة للعقد وفقاً لصورته الكلاسيكية، صاحبتة نتائج غير مستقرة، بالنظر إلى المعطيات والمتغيّرات الرأهنة. حيث أصبح شيئاً فشيئاً يبحث عن فلسفة جديدة أكثر مرونة، وأكثر عدلاً ونفعاً<sup>(6)</sup> باسم الأمن القانوني الجديد، وكذا التعاون بين الأطراف<sup>(7)</sup>. فلم يعد يتأسّس بسلطان الإرادة فقط،<sup>(8)</sup> بل وفقاً لقواعدٍ حديثة، هادفاً إلى تحقيق أمن المعاملات العقدية<sup>(9)</sup>.

إنّ الوجه الجديد لمبدأ القوّة الملزمة؛ الهادف لضمان بقاء العقد وتأقلمه مع التّغيرات الرأهنة، رؤية جديدة أكّدت على ضرورة التّغيير في مضمونه نظراً لتغيير بعض المذاهب والأبعاد. كما أنّ الإعتبارات الدّينية أو الأخلاقية ليست كافية لتأسيس المبدأ، ممّا يقتضي إعادة النّظر في مفهومه، ومنطلقاته وأسس خدمته للأمن التعاقدية. كما أنّ قاعدة من قال عقداً قال عدلاً، مقولة ليست بخاطئة بإطلاق، ولا بصحيحة دون إستثناء؛ ففحواها يتطلّب صياغة جديدة.

(1)– LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p53.

(2)–Ib-Id, p34.

(3)– بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السابق، ص 419.

(4)– بوشاشي يوسف، المرجع السابق، ص 113.

(5)– حليس لخضر، "جميعية وعيئة العقد"، المرجع السابق، د.ص.

(6)– بعجي أحمد، "الأمن التعاقدية: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 88.

(7)– JOAQUIN Emilio Acosta -Rodriguez, JOSÉ Manuel Gual Acosta, Op-Cit, p150.

(8)– غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 241.

(9)– بوشاشي يوسف، المرجع السابق، ص 116.

## 1. الإستقرار والثقة: الأساس الحديث لمبدأ القوة الملزمة للعقد

لقد وصف الأستاذ هوريو (Hauriou)<sup>(1)</sup> العقد، بأنه المؤسسة الأكثر صلابة وجراً لأجل بسط هيمنة الإرادة على الوقائع، والدخول في عقد تنبؤ. فالعقد يؤمن السيطرة للأطراف على المستقبل، وهنا تحديداً تكمن المنفعة الاقتصادية للعقد بإعتباره عمل توقع. وتظهر هذه المنفعة عموماً، عن طريق إنشاء الإلتزامات، حيث يشعر الأفراد أنهم بحاجة إلى إدراك المستقبل في عمل توقع، وكذا الحصول على خدمات آنية لمنافع مستقبلية أو العكس؛ وإدراك مثل هذه المنافع لا يمكن الوصول إليها لولا القوة الملزمة للعقد. فالبائع مثلاً لا يتنازل عن ملكيته، نفس الشيء المقرض عن أمواله... ولا أي شخص آخر عن خدماته... إذا كان الظاهر القانوني للموجب لا يضمن لهم الحصول على مقابل معادل لذلك.

وهنا تبرز أهمية مبدأ القوة الملزمة ودوره في العقود، والتأكيد على عدم إمكانية التخلي عنه بإعتباره ركيزة أساسية في العقد؛ غير أن إعتبارات حفظ التوازن والإستقرار العقدي ينبغي أن تحوز أولوية إلى جانب القراءة الجديدة لمبدأ القوة الملزمة للعقد<sup>(2)</sup>.

لقد أكد الأستاذ مصطفى العوجي<sup>(3)</sup> على وجود أساس جديد يقوم عليه مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ وهو الإستقرار والثقة فيما بين العاقدين. فالأمن التعاقدية، وفقاً للفهوم الحديث يقاس بناءً على الثقة القائمة فيما بين المتعاقدين وحتى بالنسبة للأشخاص التالين المهتمين بالعقد<sup>(4)</sup>. ذلك أن القوة الإلزامية للعقد تنبع من إرادة المدين نفسه. فعندما يختار التعاقد إنما بذلك إلزاماً لنفسه بوجوب تنفيذ ما ورد فيه من إلتزامات تحقيقاً للإستقرار التعاقدية، دون إغفال دور الثقة التي يضعها الدائن في الشخص المدين، فيقع على عاتق هذا الأخير عدم الإخلال بالثقة الممنوحة له، وبالتالي تنفيذ العقد. وهو ما أكدّه أيضاً الأستاذ غستان<sup>(5)</sup>؛ بإقراره أن القوة الإلزامية للعقد تحقق الأمن، والإستقرار.

(1) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 252.

(2) - منى أبو بكر حسان، المرجع السابق، ص 79.

(3) - العوجي مصطفى، المرجع السابق، ص 126.

(4) - وهو ما أشارت إليه ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص 360.

(5) - غستان جاك، كريستوف جامان، مارك ييو، المرجع السابق، ص 365.

لقد رفض البعض إعطاء تفسير قانوني لنظرية الثقة المشروعة كأساسٍ جديد للقوة الملزمة للعقد<sup>(1)</sup> أما الأستاذ ليفي (EMMANUEL Lévy)<sup>(2)</sup>، فقد تمكّن من تفسيرها وفقاً لمن وجهة النظر الحقّ، الذي يعدّ رابطة متعدّدة العناصر، وأهمّ هذه العناصر صاحب الحقّ، الذي يؤوّل إليه الحقّ، فهو من أراد اكتسابه دون أن ينقل إليه من الغير، وهذه الإرادة كافية لاكتسابه بشرط، أن يكون مشروعاً ومقبول من المجتمع، ومحل الثقة العامّة، ويضيف أنّ هذه الأخيرة هي التي يضعها المجتمع في مختلف المعاملات تحقيقاً لإستقرار التصرّفات العقدية.

بناءً على ذلك؛ فإنّ القوة الملزمة للعقد لا تقوم على مجرد احترام الوعد؛ بل على الثقة المشروعة لأطرافه<sup>(3)</sup>. فمن يلزم نفسه بعقدٍ ما، يمارس حريته باتّخاذ كلّ الوسائل الضرورية لتنفيذ التزاماته، وذلك يدخل ضمن الممارسة الحقيقية للقوة الملزمة، فالمظهر الإيجابي للمتعاقدين، يتحدّد في إحترام القوة الملزمة على الصعيّد الخلقي. أما على الصعيّد الاقتصادي والاجتماعي، فإنّ الأمر يتوقف على شرط الائتمان؛ وأيّ مساسٍ أو تعدّ على القوة الملزمة للعقد تنقص من ثقة الدائن، وتحمل تعدياً على الائتمان اللذين تتوقّف عليهما عمليات أخرى ذات منفعة اجتماعية<sup>(4)</sup>.

وعليه؛ فإنّ توجّه القانون الوضعي الحالي لهذا المن وجهة النظر؛ يُغيّر من فحوى قانون التعاقد، انطلاقاً من اعتبار، أنّ ثقة الدائن الآلية القانونية الفعالة للعقد، والتي يمكن أن تعطي للعقد القوة الملزمة، وفي بعض الحالات يمكن أن تتغلب حاجة الأمن القانوني في بعض الظروف على الثقة المشروعة للدائن، كما هو الحال في الأخذ بنظرية عيوب الرضا التي لا تأخذ في الإعتبار إرادة الطّرف الذي وقع في الغلط فحسب؛ وإنّما كذلك الثقة المشروعة للطّرف الآخر.

(1) – ...Cette théorie ne permet pas d'expliquer la force obligatoire du contrat... Pourquoi le droit protège-t-il certaines attentes? Parcequ'elles sont légitimes... Mais pour quoi ces attentes sont-elle légitimes ? Parcequ'elles sont protégées par le droit... Cette théorie repose sur un raisonnement circulaire, elle offre un éclairage intéressant sur la force obligatoire mais elle ne permet pas de l'expliquer... Voir : LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p35.

(2) – أولت عمر قاصر حاجي، المرجع السابق، ص 65.

(3) – LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p34.

(4) – غستان جاك، كريستوف جامان، مارك بيو، المطول في القانون المدني مفاعيل العقد أو آثاره، المرجع السابق، ص 367.

## 2 . العقد ليس ملزماً إلا إذا كان عادلاً

يرى البعض<sup>(1)</sup> أن اعتبار الإتفاق بالضرورة عادل أشبه بإعطاء رخصة صيد للقراصنة مع منحهم الحق في أخذ ما يقع تحت أيديهم. فقاعدة كل ما هو عقدي عادل قاعدة ليست خاطئة لكنها ليست صحيحة أيضاً؛ فعلى الرغم من أنها قاعدة حملت في ثناياها العديد من الحقائق الواقعية الصحيحة، إلا أنها بنفس القدر تخالف بعض الحقائق الأخرى<sup>(2)</sup>، وعليه فإن إتفاق الإرادتين يبقى جوهر العقد، إلا أنه لا بد من صقلها وتحيين مفاهيمها فهذه الإرادة -حديثة، مرنة-، ولا نقصد بها الإرادة في ظلّ التصور الكلاسيكي للعقد.

يتميز العقد اليوم، أنه إتفاق ارادتين، إلى جانب الإعراف بسلطة القانون في إنشاءه<sup>(3)</sup>، فلا يمكن وصف العقد خروجاً عن هذا المعيار<sup>(4)</sup> بعيداً عن منطلقات المذهب الفردي. فالعقد ليس ملزماً، إلا إذا كان مفيداً<sup>(5)</sup> وبشرط أن يتوافق مع العدالة<sup>(6)</sup>؛ فالنافع والعادل جوهر النظرية الحديثة للعقد<sup>(7)</sup>.

وفي سياق آخر؛ فإن تزايد الإهتمام بمظاهر القوة التعاقدية ومظاهر ضعفها، ساهم إلى حد بعيد في إنتهاك القوة الإلزامية، وفتح المجال للتدخل الواسع للقاضي في العقد، لغرض تحقيق العدل والمساواة. فاضمحل بذلك مبدأ القوة الملزمة للعقد<sup>(8)</sup> -بصورته التقليدية-، لاسيما بتطور تقنيات حماية الطرف الضعيف، الذي مهد لبروز التصور الحديث القائم على العدالة.

كما أن التدخل القضائي، لا بد أن ينطلق بناءً على معيار الموازنة بين ما هو إرادي وبينما هو قانوني دون تفضيل أحدهما عن الآخر بشكل يحقق إستقرار الأوضاع العقدية مع ما تقتضيه توقعات الأطراف

(1) - نقلاً عن: إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2009، ص 41.

(2) - سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص 164

(3) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 240.

(4) - المرجع نفسه، ص 241.

(5) - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص 09.

(6) - العدالة عند الفيلسوف أرسطو تمثل قيمة الفضائل، والشاملة لكل الفضائل. وأفردها بمعنيين؛ ينصرف الأول إلى المعنى الواسع، أنها فضيلة أخلاقية تختلط بباقي الفضائل الأخلاقية الأخرى، أما الثاني فهو ضيق أي هي تلك الفضيلة المحددة والتي لا تختلط بغيرها المتمثل في اعطاء كل فرد نصيبه وحقه. وبهذا فإن هذا المفهوم الضيق مرتبط جداً بفكرة المساواة. للتفصيل أكثر، أنظر: أولت عمر قادر حاجي، المرجع السابق، ص 46.

(7) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 270.

(8) - بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 60 ومايليها.

المشروعة<sup>(1)</sup>. بمعنى التّوفيق بين ما تقتضيه الإرادة، بإعتبارها وسيلة لتحقيق غاية في العقد المجسّدة في العدالة العقدية، ودور هذه الأخيرة في منح العقد القوّة الملزمة.

تتّٰ لذلك؛ فإنّ تكريس هذه الرّؤية الجديدة، ستبعث روح التّجديد لمبدأ آخر أو غاية أخرى كرّسها المشرّع الجزائري بموجب التّشريعات الخاصّة، المتمثّلة في البحث عن سبل تحقيق المساواة الحقيقية فيما بين أطراف العلاقات العقدية، بعدما كان يعتد بالمساواة المجرّدة والمفترضة في ظلّ النّظرية النّقليدية، سيصبح الاعتراف بالمساواة القانونية والفعلية. وهو ما سيساهم كثيراً في تحقيق أهداف كثيرة أهمّها، التّوازن، العدالة، بصورة سيحقّق الأمن القانوني للعقود بشكلٍ كبير.

وفي حقيقة الوضع؛ فإنّ تغيّر مفهوم القوّة الملزمة للعقد من الصورة النّقليدية (القائم على تمجيد الإرادة) إلى الصّورة الحديثة (الهادف إلى تحقيق عدالة العقد)، ساهم بميلاد مبدأ حديث يقوم عليه قانون العقود يتعلّق بمبدأ العدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية؛ فما يعدّ عادلاً للطرفين، بالضرورة نافعاً اجتماعياً.

## الفرع الثاني

### مبدأ الثلاثية الحديثة: العادل والنّافع والتّضامن في العقود

إنّ العقد اليوم يفرض تصوّراً جديداً<sup>(2)</sup>، يرتكز أساساً على مبادئ وقيم جديدة مستخلصة من العدالة والمنفعة<sup>(3)</sup>. فكلّ ما هو نافع بالضرورة عادل؛ شعار صاغه الفقيه جاك غستان الذي جمع بين نفعية العقد وعدالته<sup>(4)</sup> في مقال مشهور بعنوان، (L'utile et le justice dans les contrats)<sup>(5)</sup>، مدافعاً على النّظرية الحديثة للعقد، مبتعداً عن الفلسفة النّقليدية القائمة على سلان الإرادة، مشيراً إلى أنّ العقد يُجرّد من قوته الإلزامية إذا لم يكن نافعاً عموماً (نقصد هنا أن يكون العقد نافعاً اجتماعياً)، وعادلاً على وجه الخصوص (أي بالنّسبة إلى المتعاقدين)؛ فالعادل والنّافع هو ما يبرّر كأساس للعقد<sup>(6)</sup>.

(1) - بونعامه صديق، خليف مريم، "جدلية الصّياغة الفنية للعدالة العقدية"، المجلّة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلّد 06، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، 2022، ص 1653.

(2) - GABERIEL-Pierre Jobin, Op-Cit, p11.

(3) - عطوي حفيظة، المرجع السّابق، ص 617.

(4) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السّابق، ص. ص 01-05. حتّى إن كان هذا المفهوم الحديث لاسيما العدالة العقدية قد تضمنته فلسفة جون جاك روسو في كتابه العقد الاجتماعي كتعبير جديد للعقد وبعيدا عن الإرادة. راجع في ذلك: سمير عبد السيد تناغو، النّظرية العامّة للقانون، المرجع السّابق، ص 173.

(5) - أشار إلى المقال الأستاذ، بناسي شوقي، قانون العقود (دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي-المعدل - والفقه الإسلامي)، المرجع السّابق، ص 307.

(6) - غستان جاك، كريستوف جامان، مارك ييو، المرجع السّابق، ص 230.



فلابد من تجديد صورة العقد، من خلال التحرر من الفكر التقليدي المكس في إطار القانون المدني الجزائري، وبعث أفكار ومبادئ جديدة تخدم فكرة الأمن القانوني، وجديد العلاقات العقدية الحديثة، عن طريق تكريس نظرية العادل والنافع للعقد. فمجل الأفكار، والمفاهيم التي تقوم عليها النظرية، تخدم واقع التطورات الراهنة، وتساهم كثيراً في قبول التحول الكبير الذي مس أحكام قانون العقود.

### أولاً: مبدأ العدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية قوام قانون العقود

لقد أشار غستان، إلى أن العدل في العقود يتعلق بالعدالة التبادلية والتصحيفية<sup>(1)</sup> ولا يعترف بالقوة الملزمة للعقد، إلا إذا كان هذا الأخير عادلاً. وعدل العقد يعني أنه متوافق مع القانون الوضعي الذي يفترض فيه-القانون- العدل في جوهره على حسب فلسفة أرسطو وغيره؛ ولا يتحقق ذلك، إلا بالسعي إلى تحقيق الخير العام والمصلحة العامة للجماعة<sup>(2)</sup>.

#### 1 . خدمة نظرية العادل والنافع للأمن القانوني

إذا كان الأمن القانوني أحد أهداف دولة القانون الحديثة<sup>(3)</sup>، فهو أيضاً وسيلة لتحقيق الأهداف الأخرى، أبرزها العدالة التعاقدية<sup>(4)</sup> والسعي لتحقيق هذه الأخيرة، وجب أن يكون في نطاق الأمن القانوني وليس على حسابه<sup>(5)</sup>.

إن المنفعة الاجتماعية للعقد تولد الأمن القانوني<sup>(6)</sup>، وعلى أساس ذلك ذهب الفقه الحديث، إلى ضرورة البحث عن إعطاء نظرة تجديدية، موضوعية للعقد، ومحاربة الهشاشة التي طالت المعاملات التعاقدية<sup>(7)</sup>. ومكن هذه النظرة؛ تكريس فكرة الفقيه جاك غستان<sup>(8)</sup> حول المنفعة والعدالة في العقود<sup>(9)</sup>.

(1) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 255.

(2) - أمار تياسن، فكرة العدالة، ترجمة: مازن جنلي، الدار العربية للعلوم، ناشيون، 2010، ص 103.

(3) - MICHEL Pâques, Op-Cit, p 14.

(4) - بناسي شوقي، قانون العقود الفرنسي الجديد في ثوبه العربي-تقديم-ترجمة-ملاحق، المرجع السابق، ص 91.

(5) - ELISE Charpentier, Op-Cit, p556.

(6) - غستان جاك، كريستوف جامان، مارك ييو، المرجع السابق، ص 413.

(7) - ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Op-Cit, p99.

(8) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 232.

(9) - أمار تياسن، المرجع السابق، ص 105.

معتبراً العقد أداةً يعترف به القانون، لإتاحة عمليات نافعة اجتماعياً، والتي تستنبط منها المبادئ المرتبطة بفكرة الأمن القانوني المجسدة في البحث عن العدالة العقدية، والمنفعة الاجتماعية للعقد<sup>(1)</sup>.

يضيف الفقيه غستان، موضحاً نظريته الشهيرة حول العدالة والمنفعة؛ أن الإستقرار الذي تتسم بها بعض نماذج العقود، كالبيع والإيجار والقرض، ليس نابعاً عن الإرادة المطلقة، إنما السبب في ذلك يرجع في جوهره، لتحقيق حاجات أساسية للمتعاقد والمجتمع<sup>(2)</sup>. وكل ذلك مع مراعاة اعتبار الأمن القانوني، ومقتضياته؛ لاسيما أن العقد في نهاية المطاف عمل توقع، وإذا كان باستطاعة القاضي باسم المنفعة العامة أو العدالة تحويل شروطه؛ فيجب التوفيق بين العادل والنافع بواسطة حسن النية<sup>(3)</sup>.

## 2. نظرية العادل والنافع لا تستبعد الإرادة في العقد

لقد ظلّ الفقه الحالي والتشريعات المقارنة، لاسيما العربية ومنها القانون المدني الجزائري، متشبهاً بالفكر الحر، المترجم لهيبة قانون نابليون؛ إلا أنه في ذات الوقت لم ينكر الفشل الذي طال العديد من أسسه وتصوراته.

فالمشرع على حسب اعتقادنا وبكل موضوعية؛ لا ينكر مسألة عدم ملائمة الأحكام التي تضمنها القانون المدني الجزائري للبيئة المعاصرة الحديثة، ولعلّ البرهان على ذلك قيام المشرع بإصدار تشريعات خاصة تعالج وضعيات عقدية جديدة حديثة، أغلب أحكامها مغايرة، وتخرج عما كرسه بموجب القانون المدني. بشكل يوضح انتقال وتحول المشرع عن الأفكار التقليدية، إلى تبني أسس حديثة في إطار تنظيم العلاقات العقدية. ومكمن الإشكال في كلّ ذلك، راجع إلى عدم إيجاد التّصور الذي يتوافق مع الإرادة بإعتبارها ركيزة وقوام العقود، مع التّوجّه الحديث لتكريس النّظرة الموضوعية للعقود.

إنّ القوانين الخاصة اليوم تهدف إلى فرض التّوازن أثناء إبرام العقد، وتنفيذه للمحافظة على إستمراره وإستبعاد فرضية فسخه وزواله، وهو ما أوضحتها المادة 13 من القانون رقم 09-03 التي قدمت حلاًّ عديدة للمستهلك (كإصلاح أو حتّى استبدال المنتج) عوض فسخه للعقد، والمحافظة على العقد بإعتباره وسيلة لتحقيق المصالح الخاصة للأطراف، والمصالح الاجتماعية الإقتصادية<sup>(4)</sup>.

(1) - بعجي أحمد، "الأمن التّعاقدي: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 84.

(2) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 233.

(3) - المرجع نفسه، ص 270.

(4) - بعجي أحمد، "الأمن التّعاقدي: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 85.

وهو ذات الوضع الذي لحق المشرع الفرنسي لعقود من الزمن؛ رافضاً تعديل القانون المدني الفرنسي؛ إلا أنه في نفس الوقت ظلّ يسعى لإيجاد نوع من التوازن بين العدالة العقدية وبين مبدأ سلطان الإرادة حتى أسفر بتعديل<sup>(1)</sup> القانون المدني الفرنسي 2016 محدثاً نقلة تشريعية معاصرة، بتكريسه لنظريات، وأحكام أكثر فعالية وضماناً للأمن القانوني وإستقرار المعاملات. أهمها نظرية الظروف الطارئة بمفهومها الجديد.

### 3 . ملائمة نظرية النافع والعاقل لواقع التدخّل القضائي في العقد

إنّ نظرية العادل والنافع في العقد، ترحب كثيراً بفكرة مراجعة العقد إذا كان فيه إختلال في التوازن. فلا خوف على توقّعات الأطراف، مادام أنّه سيعاد تصحيحها<sup>(2)</sup>، حيث تفرض النظرية الجديدة تعديل العقد وأسسها من قبل المشرع بواسطة القاضي، فيتراجع بذلك سلطان الإرادة في العقود، إلا أنّها تبقى على إستمرار العقد، ومن ثم تحقيق أمنه القانوني.

يهدف الأمن القانوني عن طريق السماح للقاضي في التدخّل إلى تحقيق غاية العدالة العقدية<sup>(3)</sup> كما أنّه إذا كانت المبادئ التقليدية التي تحكم العقد ذات طبيعة ذاتية، تحت شعار إستقلالية وطلاقة الإرادة فإنّ القاضي ملزم في إطار ذلك بتفسير العقد الغامض بواسطة آلية البحث عن النية المشتركة للأطراف؛ إلا أنّ هذه التقنية فرضت إشكالاً فيما مدى صحّة وجودها من عدمها، وتوصّل الفقه المعاصر إلى التأكيد على أنّ النية المشتركة مجرد وهم، وبالتالي وجب الإتّجاه إلى تقنية ذات طبيعة موضوعية أي خارجية عن الأطراف، أي بواسطة القاضي، مع احترام أسس نظرية العدالة العقدية والمنفعة الإجتماعية<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: تكريس مبدأ التضامن العقدي

إنّ إدخال القواعد الأخلاقية إلى مجال التعاقد ليس بالهين، وقد شهد الوضع رفضاً لازعاً من قبل أنصار الفكر المجدّد للإرادة<sup>(5)</sup>؛ إلا أنّ ذلك لم يمنع بعض التشريعات من التأكيد على النزعة الجديدة للعقد القائمة على الطابع الأخلاقي كفلسفة حديثة يقوم عليها العقد.

ولعلّ التعديل الأخير الفرنسي؛ النموذج الأمثل لإدخال القاعدة الأخلاقية إلى العقود، من خلال تكريس مبدأ حسن النية (الذي يقوم على أسس التعاون والوفاء والنزاهة والجدية) كمبدأ توجيهي للعقد، والذي

(1) - منى أبو بكر حسان، المرجع السابق، ص 19.

(2) - بعجي أحمد، "الأمن التعاقدى: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 84.

(3) - بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 181.

(4) - غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 279.

(5) - هانس كلس، النظرية المحضة للقانون، ترجمة: الوتري أكرم، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986، ص 44.

يسمح للقاضي بالتدخل من خلاله لتعديل المضمون العقدي، وحتى لفرض الرقابة على المفاوضات العقدية بموجب المادتين 1104 و 1112 من ق.م.ف.<sup>(1)</sup>، بصورة مهّدت إلى التلطيف من صرامة وجمود مبدأ الأمن القانوني التقليدي.

## 1 . جذور مبدأ التضامن العقدي

تعود جذور فكرة التضامنية في المجال التعاقدى إلى الأستاذ ديموغ (DEMOGUE René) في كتابه الشهير بعنوان (Traité des obligations en général) أين شبه العقد بالشركة التجارية أو المدنية؛ بحيث أكد على أنّ العقد لم يعد مجرد مجموعة المصالح المتعارضة؛ بل في حقيقته، مؤسسة صغيرة تفرض على كلا الأطراف العمل على تحقيق هدف مشترك، ويتشكل هذا الأخير من مجموعة الأهداف الفردية لكل طرف<sup>(2)</sup>. فالتضامن في مجمله؛ رابطة أخلاقية، تضمن المساعدة بين أفراد الجماعة، وتوحيدهم عن طريق التعاون،<sup>(3)</sup> وهذا الأخير؛ أحد مبادئ وأسس فكرة التضامنية في العلاقات التعاقدية إلى جانب مبادئ والتزامات أخرى كالنزاهة والجديّة في كلّ متعاقد<sup>(4)</sup>.

من جانب آخر؛ حاول البعض توجيه انتقاد لفكرة التضامن التعاقدى؛ من زاوية أنّ كلّ طرف في يسعى لتحقيق مصالحه الذاتية دون الالتفات إلى مصلحة المتعاقد معه، كما أنّ فلسفة التضامن في العقد في حقيقتها تفرض التزامات جديدة على الأطراف، وتقسح المجال للقضاة لفرض سلطتهم على العقد، نظراً لوجود صلاحيات جديدة لهم لاسيما بوجود فكرة حسن النية؛ وهو ما يهدّد فكرة الأمن القانوني<sup>(5)</sup>؛ غير أنّ ما يعاب على هذا الرأي أنّه تجاهل فكرة أنّ التحوّل في فلسفة العقد لم يتوجّ بميلاد فلسفة التضامن التعاقدى فقط، بل أسفر بظهور مبدأ جديد يُعرف بالمرونة التعاقدية؛ بعيداً عن الجمود الذي طال بعض المبادئ التقليدية أهمّها القوة الملزمة والأمن القانوني.

في سياق التأكيد؛ أشار الأستاذ فيلالي<sup>(6)</sup> على أنّ المتعاقد ملزم بالأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف المتعاقد معه، ولو كان ذلك عن طريق التضحية ببعض مصالحه، تضامناً مع الطرف الآخر.

(1) -راجع المادتين 1104 و 1112، من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل، أنظر باللغة العربية: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 99.

(2) - Voir: LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p37.

(3) - كورنو جيرار، المرجع السابق، ص 487.

(4) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p37.

(5) - Ib-Id, p38.

(6) - فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 56.

ويتعلق هذا التضامن أساساً في عنصرين جوهريين؛ علاقة التكافل بين المتعاقدين من جهة، والتوافق بين مصالحهما من جهة أخرى، بحيث تتطلب علاقة التكافل، أن لا ينشغل كل متعاقد بمصالحه فحسب، بل عليه أيضاً أن يأخذ بعين الاعتبار مصالح المتعاقد الآخر. أما التوافق بين مصالح المتعاقدين يعني التوزيع العادل للتكاليف والأرباح المترتبة عن العقد؛ فيصبح العقد علاقة تعاون بعدما كان علاقة تنافر.

بناءً على ذلك؛ فإنّ المن وجهة النظر الفقهي والواقعي للعقد قد تغيّر؛ فلم يعد العقد مجرد إتفاق؛ بل مؤسسة صغيرة يتعاون بموجبها الأطراف قصد تحقيق هدف مشترك، وهو الإبقاء بالعقد مدة أطول. ولا يتحقق ذلك، إلا عن طريق التعاون والتضامن بحسن النية في تنفيذ الإلتزامات العقدية؛ وإذا إقتضى الأمر التّضحية بجزء من المصلحة الخاصة وإعطاء الأولوية لإنقاذ العقد.

تقرض هذه المتطلبات الجديدة التي يقوم عليها العقد؛ كالتعاون، والنزاهة، والثقة، والوفاء<sup>(1)</sup>، أن يؤسس النظام التعاقدى على ثقافة تعاقدية جديدة بين الأطراف، تترجم في فحواها هذه المفاهيم الحديثة، لاسيما من جانب الطرف القوي في العقد الذي غالباً ما تسمح له وضعيته في إنشاء العقد وحتىّ إنهائه<sup>(2)</sup>. وتتمّة لذلك؛ أصبحت القاعدة الأخلاقية تحفر مكاناً لنفسها ضمن قانون العقود، فبعد أن كانت قاصرة على مرحلة تنفيذ العقد (بموجب آلية حسن النية في تنفيذ العقد المادة 107 ف2 من ق.م.ج) امتدت إلى كلّ مراحل العقد، وحتىّ قبل الإبرام وما بعده. وبهذا، أصبحت مقتضيات الأخلاق الحسنة (كالتعاون، الإعلام، التضامن، التحذير... إلخ) تؤكد على التوجّه الحديث لأخلفة قانون العقود.

## 2. التضامن في العقد ليس غريباً عن أحكام قانون العقود: تجليات التضامنية العقدية

إنّ المتمعن لأحكام القانون المدني الجزائري، لاسيما آليات التدخّل القضائي في العقد يستشف، أنّ نظرية التضامن ليست جديدة عن قانون العقود، بقدر ما أنّها تضمّنت في أكثر من مناسبة؛ الانتقال الفكري والتشريعي للمشرّع الجزائري في إطار تنظيمه لأحكام العقد، سواء في مرحلة التكوين أو التنفيذ. من نزعتة الذاتية إلى فرض التضامنية والاستقامة في العقد (Loyauté)<sup>(3)</sup>.

بحيث تضمّن القانون المدني الجزائري بعض ملامح ومؤشرات التكافل التعاقدى، وهو ما يوضّحه إتجاه المشرّع الجزائري إلى إلزام الأطراف المتعاقدة بتنفيذ العقد بحسن النية 107 ف1، وما تقرضه في

(1) - هانس كلس، المرجع السابق، ص 46.

(2) - بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 152.

(3) - وتمثل في جوهرها النزاهة والصدق التعاقدى في تشكيل العقد. كورنو جيرار، المرجع السابق، ص 159.

فحواها من إلترام بالامتثال لمبادئ التّعاون والأخوة والتّكافل، في سبيل تنفيذ ما يمليه العقد من إلترامات، ووفقاً لما تقتضيه حسن الأخلاق في التّعاقد.

وهو ما التمسناه أيضاً في نظرية الظروف الطّائرة المادة 107 ف3، بحيث يتدخّل القاضي لإعادة التّوازن والإستقرار للعقد، من خلال رفع الإرهاق على الطّرف المدين، بإشارك الدّائن في تحمّل تبعات الطّرف الطّارئ؛ كمظهر يجسّد التّعاون والتّضامن التّعاقد، في سبيل إنقاذ العقد.

كما يظهر مبدأ التّضامن في العقد كذلك بموجب القوانين الخاصّة؛ من خلال فرض الإلتزام بالإعلام والأمن في المنتوجات، وإلزامية مطابقتها، وحظر الممارسات التّجارية المنافسة للنّزاهة في ظلّ القانون رقم 04-02...الخ؛ ممّا يؤكّد تأثّر المشرّع الجزائري بالأسس الجديدة لنظرية العقد.

### 3 . ترحيب فكرة التّضامن التّعاقد لواقع التدخّل القضائي في العقد

تقوم نظرية التّضامن العقدي على قواعد ذو طبيعة أخلاقية، مرنة؛ وهي أفكار تخدم كثيراً مسألة تطويع أحكام العقد وملاءمته للتّطوّرات الرّاهنة. وكذا، الانتقال من التّصور الكلاسيكي الجامد، إلى التّصور الحديث المرن، الهادف في جوهره إلى فرض آليات جديدة لتحقيق الأمن التّعاقد<sup>(1)</sup>.

إنّ التدخّل القضائي في العقد، واستبعاد المفهوم الجامد لمبدأ القوّة الملزمة، كان مردّه؛ إعادة الاعتدال لبعض الإتّفاقات، وأيضاً لحماية الضّعفاء، وفرض النّزاهة والأخوة والتّعاون<sup>(2)</sup>، ومن أجل تحقيق مرونة، وعدالة، وأيضاً الفعالية الإقتصادية، والتّضامن الاجتماعي في العقود<sup>(3)</sup>.

أشار الأستاذ جامين (Jamin)، إلى أنّ الأخذ بالتّضامن التّعاقد لديه أفضلية مزدوجة، فمن جهة أولى يهيئ الظروف لقطع النقاش مع التّصور الفردي، مما يسمح بالتّدخّل القضائي في العقد دون التّحفظ عنه، ومن جهة ثانية يعد أداة للدخول في نقاش قانوني حول مضمون هذه الأفكار التّضامنية<sup>(4)</sup>.

(1) - بعجي أحمد، تأثير التّوجيه التشريعي على النّظرية العامّة للعقد، المرجع السّابق، ص144.

(2) - رفيق خوجة بوشارب، المرجع السّابق، ص59.

(3) - بعجي أحمد، تأثير التّوجيه التشريعي على النّظرية العامّة للعقد، المرجع السّابق، ص176.

(4) - أشار إلى هذا الرّأي: بعجي أحمد، تأثير التّوجيه التشريعي على النّظرية العامّة للعقد، المرجع السّابق، ص151.

وعليه؛ فإنّ مجمل الأفكار التي تشكّل فكرة التضامن في العقد، تخدم مسألة الأمن القانوني بوجهه الحديث، ولهما ارتباط وثيق ببعضهما البعض، حتّى أصبح هذا الأخير-الأمن القانوني- يستعين بأدوات، وآليات التضامن التعاقدية، في سبيل الانتقال من الطّابع الجامد له إلى الطّابع المرن؛ ولعلّ فكرة تصحيح توقّعات الأطراف بدل عدم المساس خير مثالٍ على ذلك، كذلك التّوجّه إلى تكريس فكرة حسن النّية كمبدأ عام في العقود.



## المبحث الثاني

### الإصلاح القضائي: بين توسيع صلاحيات القاضي وضرورة تجاوز إشكالية تذبذب

#### إجتهاداته

إنّ عملية الإصلاح؛ لا تقتصر على النصوص القانونية المنظمة للعقد، بقدر ما تقتضي الضرورة الوقوف حول حلول ناجعة لمختلف الإشكالات والثغرات الواقعية لسلطات القاضي في العقود، وما يعانيه القضاء أمام حدود سلطاتهم في إعادة الأمن والاستقرار للعقد. ناهيك عن كون أغلب القواعد القانونية جامدة في لفظها، وفحواها لا يترجم الواقع الراهن، ولا يخدم القضايا المطروحة أمام القضاء، مما يفرض عليهم الاجتهاد بتفسيرها؛ إلا أنّ هذا الإجراء -تفسير النصوص القانونية- يغلبه الطابع المتذبذب أكثر منه الاستقرار.

تبعاً لذلك، وبتأثير التطور الحالي في تغيير فلسفة الأمن القانوني، وآليات تحقيقه؛ قد انعكس كذلك على سلطات القاضي التقليدية، بضرورة توسيعها بعد تقييدها. فتكريس النصوص الموضوعية للعقد، والاعتراف بمبدأ القوة الملزمة للعقد بمفهومه الجديد، يخول للقاضي إمكانية التدخّل في العقد لمراجعتة بصورة أكبر، تحقيقاً للأمن العقدي، بعد أن كانت هذه السلطة محلّ رفض، وشكّ، من قبل المذهب الكلاسيكي. كما أنّ التحول في بعض المفاهيم، أبرزها فكرة الأمن العقدي، من عدم المساس بتوقعات المتعاقدين (النصوص الكلاسيكي)، إلى وجوب تصحيحها بواسطة القاضي؛ أفكاراً، ومفاهيم، وإعتبارات؛ أبرزت الدور الإيجابي -المعاصر- للقضاء في العقد.

لا يمكن إنكار حقيقة؛ محدودية الأسانيد القانونية المتضمنة آليات التدخّل القضائي في العقد، وأنّها تبقى مجرد أدوات تقليدية، مضمونها لا يترجم الهدف وراء الاعتراف التشريعي بسلطاتهم في المجال التعاقدي. فالمحافظة على المعاملات العقدية في ظلّ الأوضاع الراهنة؛ أصبح يقتضي قراءة جديدة، ورؤية واضحة للقاضي في المحافظة على العقد، لاسيما أمام تعدّد أشكال هذا الأخير (المطلب الأول).

إنّ تجديد أحكام القانون المدني الجزائري، مهمّة ليست سهلة، ولا ينطوي الأمر على مجرد تقنية الإصدار بقدر ما تتطلب عدّة إعتبارات، تتراوح بين إحترام أسس ومقومات الأمن القانوني، وبما يتلاءم مع الأوضاع الحالية. دون إغفال الوضع الذي آلت إليه الاجتهادات القضائية، ذات الطابع -المتذبذب؛ فإن كان الوضع غير محسوب من قبل المشرّع في الماضي، فإنّ اليوم يفرض إتباع آليات وطنية لضمان إستقرارها وضمان ثقة وتوقعات المواطنين في أجهزة القضاء، وإذا كانت تلك الآليات غير كافية وغير فعّالة، وجب الاطلاع على غيرها ضمن التشريعات المقارنة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### ضرورة توسيع صلاحيات القاضي في العقد

تحت تأثير المفاهيم الجديدة للأمان التعاقدية، تمت إعادة النظر في القواعد التقليدية التي تضمنها القانون المدني بفعل الاجتهادات القضائية<sup>(1)</sup>. فالنظرة الحديثة لفكرة الأمن القانوني ساهمت في إبعاد التصور التقليدي، في ظلّ عجز القوة الملزمة للعقد<sup>(2)</sup> عن ضمان الأمن للمعاملات العقدية. فمبدأ القوة الملزمة للعقد بمفهومه التقليدي يشهد قصوراً في فحواه كضمانة لتحقيق الأمن القانوني، وفقاً للمعطيات الراهنة. ونتيجةً لذلك، شهد في الآونة الأخيرة العديد من التعديلات، فلم يعد مقبولاً التكلم عن ثبات المبدأ، في ظلّ الاتجاه الحديث الهادف إلى السماح بإتساع الرقابة القضائية على العقود.

قيل في سياق ذلك؛ أنّ التقيّد بمقتضيات القوة الملزمة ينتج عنه في الغالب اللّاعدل، لذلك وجب أن يكون المبدأ محدوداً... ومحدوديته تتطلب تدخلاً قضائياً كثيفاً<sup>(3)</sup>. كما أنّ فكرة الأمن القانوني تتحقق بالتدخل القضائي، وهذا الأخير يؤيد استمرارية العقد<sup>(4)</sup>.

فكرة الأمن القانوني، عرفت تحولاً في مضمونها، متعلقة أساساً بجانب التدخل القضائي في العقد وصلاحياته في تحقيق الأمن للمعاملة العقدية<sup>(5)</sup>، ومحاربة اللّا توازن العقدي<sup>(6)</sup>. وكان له الفضل في ظهور المبادئ الحديثة، وفي تأطير العلاقات العقدية. فانتقل بذلك من طابعه السلبي، إلى الطابع الإيجابي<sup>(7)</sup>. إنّ التحول الفقهي والقانوني؛ نحو التهذيب والتخفيف من بعض الأفكار التقليدية، سيساهم كثيراً في تهيئة البيئة القانونية الفعلية للتوسيع من صلاحيات القاضي في العقد، من الجانب التقليدي الضيق، إلى الجانب الحديث الواسع. كما أنّ قبول فكرة، تغيير أسس ومفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد، سيسهل كثيراً من قبول التدخل القضائي في العقود. خاصةً أنّ تطوّر هذا الأخير -قانون العقود- يفرض بالضرورة المساس بالقوة الملزمة للعقد تحقيقاً للتوازن العقدي، عبر فكرة التوقعات والإستقرار القانوني. وهو ما يوجي إلى ضرورة تشكيل وتأسيس قانون العقود على أفكار جديدة تدعم سلطات القاضي في العقد.

(1)- HALPERIN Jean-Louis, Op-Cit, p350.

(2)- بعجي أحمد، "الأمن التعاقدية: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 80.

(3)- حنون حسن، تراجع مبدأ القوة الملزمة للعقد-دراسة مقارنة في ظلّ التشريعات الخاصة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2021، ص 14.

(4)- ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Op-Cit, p101.

(5)- Ib-Id, p45.

(6)- بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السابق، ص 428.

(7)- سعداني نورة، المرجع السابق، ص 42.

## الفرع الأول

### توسيع سلطات القاضي إلى مرحلة ما قبل التعاقد: فرضية لازمة

تعدّ المرحلة السابقة للتعاقد من المسائل المهمة والمعقّدة قانوناً، ممّا دفع الإتّجاهات الحديثة للاهتمام بها؛ بالنظر إلى البداية الحقيقية للمعاملة العقدية، الممثّلة في لحظة التّفكير فيه<sup>(1)</sup> لا لحظة إبرامه. وهذه النظرة الجديدة فُرِضت نتيجة التّطوّر الديناميكي للعقد، الذي انتقل من الإهتمام بلحظة إبرام العقد الممثّل بعنصر التّراضي، إلى بعدٍ آخر جديد ممّ مرحلة التّفكير في التعاقد، وضرورة التّدخّل القضائي فيها.

لقد تضمّنت مشاريع الإصلاح القانوني في فرنسا مفهوماً جديداً للقاضي، فوق مشروع الأستاذ تيري (François TERRE) حول فكرة، ضرورة التّوسيع من وظائف وسلطات وصلاحيات القاضي في العلاقات العقدية. والأخذ بذلك سيمنّ القانون الفرنسي من الانتقال من قانون وطني، إلى نموذج عالمي إلى جانب المشاريع الأوروبية الأخرى<sup>(2)</sup>؛ فالقاضي اليوم هو من يدعّم السّير الحسن للعلاقات العقدية (Un véritable office au service de la relation contractuelle)<sup>(3)</sup>، ناهيك عن تحقيق العدالة والأمن في العقود<sup>(4)</sup> في شتى مراحله؛ حتّى وإن كان هذا الاعتراف محلّ انتقاد لدى البعض<sup>(5)</sup>.

إنّ تتبّع التّطوّرات الإقتصادية، الإجتماعية، والتّقنية، التي نشهدها حالياً، وما صاحبها من تطوّر موازٍ في أنماط التّعامل وكيفياته؛ سنلاحظ، التّحوّل الجذري المتعلّق بفكرة ميلاد العقد. فبعد أن كانت الاهتمامات تنصبّ على اللّحظة التي يتلاقى فيها الإيجاب والقبول (التّكوين)، على أساس، أنّه عند هذه اللّحظة فقط ينبثق ويولد العقد ككائن قانوني؛ برزت إلى الأفق المرحلة السابقة للتعاقد تطغى على باقي المراحل الأخرى للعقد<sup>(6)</sup>، وتأخذ حصّتها من الاهتمام، خاصّة بالنّظر إلى مختلف الإشكالات والثغرات التي تنيرها هذه المرحلة، التي تفرض تدخّلاً تشريعياً لتكريس الأمن فيها.

(1) - نبيل اسماعيل الشبلق، فاروق أبو الشامات، "الطّبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدّولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلّد 29، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، 2013، ص300.

(2) - GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p14.

(3) - ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Op-Cit, p101.

(4) - DOKA Boura Aude, Le juge du contrat et la clause résolutoire, thèse en cotutell université de nantes, Université de ngaoundéré, Bretagne, 2017, p18.

(5) - ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Op-Cit, p.p97-98..

(6) - JOANNA Schmidt-Szalewski, « La période précontractuelle en droit français », Revue internationale de droit comparé, Vol 42, N° 02, 1990, p545.

أولاً: فرض التدّخل القضائي في المرحلة السابقة للتّعاقد: آلية لتكريس الأمن العقدي العام

أطلق الأستاذ بلحاج العربي على المرحلة السابقة للتّعاقد بإصطلاح، العقود التّمهيدية أو عقود ما قبل العقد النهائي؛ وعرفها على أنّها: "... العقود التحضيرية التي يبرمها الأطراف قبل العقد النهائي، فهي عقود مؤقتة سابقة على التّعاقد، يتطلّع بها الأطراف نحو تحقيق عقد نهائي"<sup>(1)</sup>، أي تلك العقود التي تنطوي على ضرورة مباشرة النقاشات، والمحادثات وقبول بعض التنازلات، تمهيداً للتّعاقد النهائي<sup>(2)</sup>. وقد ظهرت هذه المرحلة الجديدة، كنتيجة لما أفرزته التّطوّرات الحالية من عقود جديدة قائمة على مشاريع ضخمة: كالعقود المركّبة، عقد نقل التكنولوجيا، ناهيك عن عقود التجارة الدولية؛ كلّها تفرض في جوهرها ضرورة الدّخول في المفاوضات تمهيداً لإبرام العقد.

غير أنّ هذا لا يعني أبداً، أنّ جميع العقود تقوم على أربع مراحل (مرحلة ما قبل العقد-المفاوضات-مرحلة التّكوين، التّنفيد، الإنهاء أو الانقضاء) وهو ما أوضحه المشرّع الفرنسي في نصّ المادّة 1112 من ق.م.ف.<sup>(3)</sup> فمرحلة التّفاوض لا تشمل كلّ العقود، كما أنّ التّفاوض لا يعدّ شرطاً أو ركناً لإبرام العقد؛ بقدر ما أنّه آلية، يستلزم توافرها في العقود التي تستدعي في طبيعتها ضرورة التّفاوض عليها، سواءً في البيئة العادية أو في الشّكل الإلكتروني.

لقد نظم المشرّع الجزائري مراحل العقد واكتفى على تنظيم مرحلتي الإبرام والتّنفيد، مع الإشارة إلى أسباب زوال وانقضاء العقد في موادٍ متفرقة من القانون المدني، متجاهلاً مرحلة مهمة في العقد -المرحلة السابقة للتّعاقد والتي يحكمها نظام التّفاوض- التي لا تقل أهمية عن غيرها من المراحل بل ترتبط بها-على الغالب- وجوداً وعدمياً (فإبرام العقد مرهون أولاً بمدى نجاح عملية المفاوضات والعكس صحيح). ولم يقتصر الوضع على الفراغ التشريعي فحسب، بقدر ما امتد حتّى إلى غياب الإجهادات القضائية حول الفكرة؛ على عكس ما استقر عليه القضاء الفرنسي، الذي كان له الفضل في بلورت مبادئ قانونية أقرّها وصنعها؛ كفرض الإلتزام بحسن النية، فرض الإلتزام بالإعلام ما قبل التّعاقد...، لتتّوج -المرحلة السابقة للتّعاقد- بإعتراف تشريعي صريح.

(1) - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 9.

(2) - JOANNA Schmidt-Szalewski, Op-Cit, p546.

(3) - راجع مضمون المادة رقم 1112، من القانون المدني الفرنسي بعد التّعديل باللّغة العربية، انظر: محمد حسن قاسم،

المرجع السابق، ص 34. باللغة الفرنسية انظر: ' L'ordonnance n°2016-131, Op-Cit.

تأسيساً على ذلك؛ يظهر الدور البارز للقضاء إلى جانب التشريع؛ وبأنه لا يقتصر على مهامه التقليدية المقتصرة على التعديل لمرحلتى الإبرام أو التنفيذ، بل أصبح اليد اليمنى للمشرع في خلق قواعد قانونية فعالة<sup>(1)</sup>. فامتزجت بذلك الصناعة القضائية، بالصياغة التشريعية؛ في سبيل تحقيق الأمن القانوني والقضائي، وحتى العقدي. فالأمن التعاقدى الحديث؛ لم يعد يقتصر على مرحلتى التكوين والتنفيذ، بل كذلك على المرحلة السابقة للتعاقد.

على الرغم من أهمية المرحلة السابقة للتعاقد، إلا أنها تثير العديد من الإشكالات، لاسيما في ظل غياب نصوص قانونية تضبطها وتحكمها. فوجب على نصوص القانون قبول الاهتمام بتنظيم المرحلة، بتقويض وتكليف القاضي في التدخل لمراقبة سلوك الأطراف في فترة ما قبل التعاقد، معتمداً في ذلك على آلية مبدأ حسن النية باعتباره إلزاماً عاماً، مؤطراً للمعاملات العقدية في نظر الفقه الحديث.

### 1. إشكالات المرحلة السابقة للتعاقد

لقد وصف الأستاذ بلحاج العربي<sup>(2)</sup> المرحلة السابقة للتعاقد؛ بأهم وأخطر المراحل، مهمة لأنها تمكن الأطراف من تحديد ومناقشة مختلف الإلتزامات والحقوق<sup>(3)</sup>. كما أنها لا تقتصر على مجرد المناقشات السطحية بل تمتد في غالب الحالات إلى معالجة حتى المسائل المرتبطة بالمراحل التالية للمفاوضات-إذا ما توجت بالنجاح-: كوضع الإطار النهائي للعقد، وطرق تنفيذه.... خطيرة؛ نظراً لما قد تثيره من مشكلات واقعية لا يحكمها سوى الفراغ التشريعي، التناقض الفقهي، والتعارض القضائي.

لم يُنظم المشرع الجزائري المرحلة السابقة للتعاقد في القانون المدني، إلا أنه أشار إلى أبرز صورها كالإتفاق الابتدائي على المسائل الجوهرية (المادة 65 من ق.م.ج)، الوعد بالتعاقد<sup>(4)</sup> (المادة 72 من ق.م.ج)، والعربون (المادة 72 مكرر ق.م.ج)<sup>(5)</sup>، كما تطرق إليها ضمن في مجال الأحوال الشخصية، بحيث نظم مرحلة إبرام عقد الزواج تنظيماً محكماً (المادة 05 و06 من ق.أ.ج)<sup>(6)</sup>؛ دون أن تحظى المرحلة

(1)- GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p08.

(2)- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 08.

(3)- LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p82.

(4)- CORINE Renault-Brahinsky, Op-Cit, p p57-60.

(5)- راجع مضمون المواد 65، و72، و72 مكرر، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(6)- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1: التصرف القانوني (العقد - الإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص 24.

بذات الاهتمام في القانون المدني الجزائري، ولعل ذلك راجع إلى إعتبار العقود التي تحكمها النظرية العامة للعقد تبرم بصورة تقليدية بسيطة، عند إصدار الأمر رقم 75-58، والتي تختلف لما نشهده حالياً.

تُثير مسألة عدم تنظيم المشرع الجزائري للإلتزام قبل التعاقد إشكالات عدة، سواء بالنسبة للعقد التقليدي أو تلك التي تبرم في البيئة الرقمية؛ وتظهر أساساً في سكوتها عن حماية المتعاقد في مرحلة المفاوضات، تاركاً الأمر بيد القضاء، الذي يكتف المرحلة بأنها مجرد أعمال مادية غير ملزمة، وبالتالي لا يترتب عليها أي آثار قانونية، ولا ينشئ على عاتق الطرفين أي إلتزام<sup>(1)</sup>.

توضيحاً لذلك، أشار المشرع الفرنسي في المادة 1240 من ق.م.ف الجديدة، والتي حلت محل المادة 1382 القديمة<sup>(2)</sup>؛ طبيعة المسؤولية عن قطع المفاوضات، واعتبرها مسؤولية تقصيرية، مادام أنها تحققت قبل إبرام العقد، وأن التعويض يقتصر على ما لحق الطرف من خسارة دون ما فاتته من كسب، باعتبار أن العقد محل التفاوض لم يبرم بعد.

مما يعني أنه؛ إذا ارتكب أحد المتفاوضين خطأ في حقّ التفاوض معه (كأن يتفاوض أحد الأطراف صورياً فقط، فيصرّح بتصريحات كاذبة تولّد ثقة لدى الطرف الآخر، قصد تحقيق أهداف أخرى باطنية، كإطالة مدة التفاوض دون جدية، أو كان الهدف من الدّخول في المفاوضات أساساً، لمراوغة وإبعاد الطرف الآخر من الدّخول في مفاوضات مع الغير...) يبقى التفاوض الواقع في الضّرر غير قادر على التمسك بقواعد المسؤولية العقدية، بسبب أن العقد لم يبرم بعد، وباعتبار أن القضاء لا يعتبر المفاوضات إعمالاً مادياً لا يستلزم التعويض، إلا إذا ثبت الخطأ<sup>(3)</sup>. كما أن، المطالبة بالتعويض بطريق أحكام المسؤولية التقصيرية، ووفقاً للمادة 124، القائمة على أساس قانوني لا عقدي -الإلتزام بعدم الإضرار بالغير-<sup>(4)</sup> الممثل عموماً بالإخلال بقواعد حسن النية؛ تلزم بإثبات عناصرها الثلاثة (خطأ التفاوض قبل التعاقد، الضّرر اللاحق بالمدعي، والعلاقة السببية بين الخطأ والضّرر)، وهي مسألة ليست سهلة عكس أحكام المسؤولية العقدية، أين يكتفي بإثبات الخطأ العقدي لا غير.

(1) - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 10.

(2) - راجع مضمون المادتين رقم 1240، و1382 من القانون المدني الفرنسي، L'ordonnance n°2016-131, Op., consulté le 12 avril 2023, à 10:00 'Cit. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

(3) - جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، النظام القانوني لمرحلة التفاوض على عقد العمل (دراسة مقارنة)، دار البحوث القانونية، القاهرة، 2020، ص 115.

(4) - راجع مضمون المادة 124، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

استقرّ الإتّجاه الفقهي والقضائي الفرنسي الحديث، على السّماح لأطراف التّفاوض بوضع اتّفاقات مبدئية لتنظيم عملية سير المفاوضات كالالتزام بالسرية وشروط متعلّقة بمعلومات الأطراف، وتكلفة الدّراسات الأولية...<sup>(1)</sup>، فالتّعهدات في مرحلة التّفاوض لها أثراً قانونياً، حيث يلتزم المتعهد بتنفيذ ما ورد في تعهده وإلاّ كان مسؤولاً؛ بشرط أن تكون عبارات التّعهد واضحة، ومحدّدة، وأن يثبت إنصراف نيته إلى الإلتزام بتنفيذ ما ورد في التّعهد قانوناً<sup>(2)</sup>. كما أنّه، أمام وجود الاتّفاقات المبدئية في التّفاوض، سيساهم في قبول طبيعة التّفاوض، وتحوّلها من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، فتتحول معه المسؤولية؛ من تقصيرية إلى عقدية، وكلّ إخلال بمضمون هذه الاتّفاقات يربّط مسؤولية عقدية لا تقصيرية. وهو ما يشير إلى الطّابع الخاص للمسؤولية في مرحلة التّفاوض القائم بين المزج من أحكام المسؤولية التقصيرية والعقدية في غالب الأحيان.

في سياقٍ آخر؛ تفضّل الأستاذ بلحاج العربي، لوضع حدود للمرحلة<sup>(3)</sup>، فميّزها عن مرحلة إبرام العقد أنّه بمجرد التّقدّم بالإيجاب تنتهي قانوناً مرحلة المفاوضات؛ فالإيجاب هو الحدّ الفاصل بين المرحلتين. بمعنى المخالفة إذا لم يتمّ التعبير عن الإيجاب فلا يزال الأطراف في التّفاوض، وبمجرد أن يتقدم أحد المتفاوضين بالإيجاب تنقضي مرحلة التّفاوض، فيدخل الأطراف في المرحلة الثّانية (إبرام العقد) بعد أن افتُرض الاتّفاق على جميع المسائل الجوهرية كأساس لإبرام العقد الذي تمّ التّفاوض بشأنه. وبعد تقديم العرض بالإيجاب من الموجب للموجب له، متضمّناً جميع ما تمّ الاتّفاق عليه في المفاوضات، يتوقّف إبرام العقد على الموجب له؛ فإذا صدر القبول واقترن بعلم الموجب محقّقاً لشروط صحته، إنعقد العقد.

إنّ الإشكال يتعلّق بحالة ما إذا توجّبت المفاوضات بعقد نهائي؛ بقدر ما يتعلّق حول حكم الآثار التي ربّتها من حقوق والتّزامات إذا لم يتمّ الوصول إلى إبرام العقد، وخاصّة إذا تحققت أحد عيوب الرضاء: كالإكراه أو التّدليس أو حتّى الغلط، أو كان أحد المتفاوضين متعسفاً في إستعمال حقه (كان يكون ذو معرفة فنية إلّا أنّه اقتصر على الإفصاح ببعض الأمور دون أخرى مع علمه التام بها وباهميتها)، أو في حالة قطع المفاوضات دون إغذار مسبق أو دون وجه حق؛ كلّها إشكالات تفرض شرعية البحث حول مدى؛ إذا كانت الأحكام المنظّمة للعقد في مرحلة التّكوين تسري وتمتد إلى مرحلة المفاوضات.

(1) - LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p83.

(2) - جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، المرجع السّابق، 2020، ص27.

(3) - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السّابق، ص12.



إذا كانت الإجابة بالإيجاب؛ فبأيّ أساس قانوني، مادامت هذه النصوص تحكم مرحلة التكوين لا التمهيد لاسيما أنهما مرحلتان مستقلتان. فضلاً؛ على أنّ أغلب أحكام مرحلة التكوين غير ملائمة للتطبيق على المرحلة السابقة للتعاقد (كعيب الإكراه فيجد مجاله في عنصر القبول؛ أي أن يُكره أحد الأطراف الطرف الآخر لقبول محتوى ومضمون العرض المقدم له، إلا أننا في هذه المرحلة لم نصل بعد إلى التّقدم بعرض الإيجاب فلا نزال في مرحلة التّمهيد والمفاوضات لا الإبرام..)، كما أنّ أحكام مرحلة التكوين لا تسمح للقاضي بالتّدخل في المفاوضات لا حكماً، ولا مراقباً.

لكن؛ وضع ضوابط وحدود ما بين الإيجاب والمفاوضات، وإعتبار هذه الأخيرة مرحلة مستقلة بذاتها عن مرحلة الإبرام حكم يثير إشكالاً آخر. فإذا إفترضنا الإنتهاء من عملية المفاوضات وتمّ الإتفاق على جميع المسائل الجوهرية وحتى التفصيلية، فتقدّم أحد المفاوضين بعرض يتضمّن الإيجاب، إلاّ أنّه تفاجأ بالعرض المتزامن له من طرف المفاوض معه المتضمّن إبرام نفس وذات العقد محلّ التفاوض؛ هنا نكون أمام إشكال أيّهما الموجب، أيّهما الموجب له على ذات محلّ العقد، وما لذلك من أهمية بالنسبة لحقوق والتزامات الطرفين، وكذا بالنسبة للنظام القانوني المنظم للعقد. ناهيك عن مشكلة سبل حماية أطراف العقد إذا ما تم الإخلال اللاحق بأحد أو مجموعة من بنود التفاوض السابق تحديدها<sup>(1)</sup>.

مجل الإشكالات أعلاه، لا تقتصر على العقود التقليدية بقدر ما أننا نشهد، وإضافة إليها، إشكالات جديدة مرتبطة أساساً بالبيئة الرقمية التي أبرم فيها العقد (العقود الإلكترونية)؛ خاصة مسألة تحديد زمان ومكان اتمام التفاوض، القانون الواجب التطبيق، إشكالية أمن المعلومات المتداولة عبر وسائل الانترنت... مما يستدعي تنظيماً محكماً لمرحلة المفاوضات في شكلها العادي أو الإلكتروني على حد السواء تحقيقاً للامن القانوني<sup>(2)</sup> من جهة وامن الأطراف من جهة أخرى، ولا يتحقق الهدف إلا إذا اتم الترحيب وقبول التّدخل القضائي في المرحلة السابقة للتعاقد.

## 2. آلية التّدخل القضائي في المفاوضات: حسن النية إلتزام عام في العقد والمتعاقدين

لقد تسائل البعض عن الآلية التي يتدخّل بموجبها القضاء في المرحلة السابقة للتعاقد، وعن طبيعة مبدأ حسن حسن النية، إن كان مبدأً عاماً في عمليات التعاقد أم إلتزاماً ناشئاً عن العقد<sup>(3)</sup>. فأمام فشل فكرة

(1) - جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 19.

(2) - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.ص 25-27.

(3) - GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p104..

## الفصل الثاني نحو البحث عن الآليات الحديثة لجسيد الأمن القانوني في العقد: الإصلاحات التشريعية والقضائية

سلطان الإرادة في السيطرة على قمة هرم فكرة وجود العقد، حتمت الأوضاع البحث عن مبدأ قانوني أمثل في مجال التعاقد<sup>(1)</sup>، وعن قواعد مرشدة إلى الحلّ العادل<sup>(2)</sup> وأهمّ القواعد حسن النية<sup>(3)</sup> باعتباره من المبادئ العامة للعقود<sup>(4)</sup>، بديل أن الإتفاق لم يعد معياراً أحادياً في العقود، بل لابدّ من أن يكمله مبادئ أخرى أهمّها حسن النية<sup>(5)</sup>، باعتباره التكملة الجوهرية للعدالة العقدية أيضاً<sup>(6)</sup>.

تقوم فكرة حسن النية على مدلولين مختلفين ومتلازمين؛ فمن جهة أولى يعدّ المبدأ تقنية حمائية (Téchnique de protection)، لها الصّلاحية بالحكم على سلوك المتعاقد بصورة صادقة، ومن جهة مقابلة يعدّ المبدأ قاعدة سلوك (Règle de comportement)، تتضمن التزاماً وواجباً على المتعاقد بالالتزام بحسن السلوك<sup>(7)</sup>.

لقد استبعد الفقه القضائي الفرنسي فكرة أن الأخذ بمبدأ حسن النية فيه ما يؤدّي إلى انتهاك الالتزامات الأساسية للعقد<sup>(8)</sup>، ذلك أن عدم المساس بالعقد يشمل كذلك ضرورة الامتثال لمقتضيات ومبادئ حسن النية: كالإخلاص والتعاون والنزاهة<sup>(9)</sup>، أمّا التّغيير المفاجئ في السلوك يؤدّي إلى المساس بالعقد والتوقّعات المشروعة للمتعاقد معه<sup>(10)</sup>.

إنّ مختلف المشكلات التي تثيرها المرحلة السابقة للتعاقد تستوجب على المفاوضين التّفاوض وفقاً للأساس القانوني المترجم بحسن نية، وبأمانة، وإخلاص<sup>(11)</sup>. كما أنّه، وإحتراماً للقاعدة الفقهية الغش يفسد كلّ شيء، يفهم أن مرحلة المفاوضات لا ينبغي أن يحكمها مبدأ الحرية فحسب بل إضافة إليه<sup>(12)</sup>، وجب

---

(1) – CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p33.

(2) – غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 255.

(3) – منى أبو بكر حسان، المرجع السابق، ص 71.

(4) – LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p53.

(5) – JEAN Philippe Lévy, Op-Cit, p727.

(6) – غستان جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص 261.

(7) – LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p.p 54-55.

(8) – HALPERIN Jean-Louis, Op-Cit, p352.

(9) – شيباني مختارية، المرجع السابق، ص 102.

(10) – CABRILLAC Rémy, Op-Cit, p120. GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p155.

(11) – جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 25.

(12) – لا نقصد هنا، مبدأ الحرية في التعاقد من عدمه، إنّما الحرية في الخروج من المفاوضات تعسفياً، والذي يشكل انتهاكاً للتوقّعات والآمال المشروعة للمفاوضين، وانتهاكاً صارخاً لعملية التّفاوض.

الاعتداد بمبدأ حسن النية<sup>(1)</sup>، التي توجب الصدق والصراحة والنزاهة والتعاون، كما أنه أداة لمراقبة مدى التزام الأطراف بحسن سلوكياتهم مع بعض، وكلّ غش في ذلك يعدّ انحرافاً لحسن النية الواجب توافرها.

يحكم المرحلة السابقة للتعاقد مبدأ الحرية، وحسن النية، ويُمثّلان عند البعض أحد المبادئ التوجيهية لمرحلة ما قبل التعاقد<sup>(2)</sup>، ويعدّ حسن النية، آلية يتدخل بموجبها القاضي في المفاوضات لتكريس الأمن ما قبل التعاقد، ولا متماد غاية الإستقرار إلى جميع مراحل العقد. فيصبح بذلك، مبدأ حسن النية بمثابة مبدأ عام يهدف القاضي بواسطته إلى فرض الرقابة على الأطراف وضمان السير الحسن للمفاوضات، لتقادي إنعدام الأمن فيما بين المفاوضين، والالتزام بالشفافية وحسن المعاملة والأخلاق النزيهة، قصد الوصول إلى إبرام العقد لا إنهاء المفاوضات؛ مادام أنّ الأصل العام والهدف الأولي من الدّخول في المفاوضات ليس مجرد التفاوض أو المراوغة فيها، بقدر ما أنّها تهدف إلى الوصول إلى إنشاء كيان قانوني جديد -إبرام العقد-.

لكن؛ هذا لا يعني أنّ كلّ من دخل في المفاوضات سيكون ملزماً بإبرام العقد، فهذا القول يتعارض مع حقّ آخر هو حرية التعاقد من عدمه<sup>(3)</sup>، لذلك، وجب التفرقة بين الإلتزام بحسن النية ومبدأ حرية التعاقد، فهذا الأخير يخوّل للطرف المتفاوض الحقّ في الدّخول في المفاوضات من عدمه، كما لا يجعله ملزماً بإبرام العقد النهائي محلّ التفاوض، فله الحرية في الإبرام من عدمه<sup>(4)</sup>، وإذا اختار الحلّ الأخير لا بدّ أن يرتبط بأسباب مشروعة، وفي إطار حسن النية<sup>(5)</sup>.

توضيحاً لما تمّ ذكره؛ فمجال إعمال الرقابة القضائية على المرحلة السابقة للتعاقد يتعلّق بالتأكّد من مدى توافر حسن النية بين طرفي العقد. وقد تضمّنت المادّة 107 صريح المبدأ، وبالرجوع إلى حرفية وصراحة النصّ: "يجب تنفيذ العقد... وبحسن النية" نجد أنّه اقتصر فرضه على مرحلة التنفيذ دون الإبرام والمفاوضات، إلّا أنّ تفحص المواد التي تسبق نصّ المادّة 107 يفهم ضمناً إنصراف إرادة المشرع إلى فرض الإلتزام بحسن النية في مرحلة الإبرام لاسيما عندما نظم عيوب الرضاء، مستبعداً التدليس والإكراه، واعتبرهما سبباً لإبطال العقد. وإن كان التكريس الضمني يسري على مرحلة الإبرام فلا يمكن الأخذ بذلك بالنسبة للمرحلة السابقة للتعاقد؛ لاختلاف نظامها وطبيعتها عن المراحل الأخرى التي تليها.

(1)– LACHIEZE Christophe, Op-Cit, p54.

(2)– GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p154.

(3)– CORINE Renault-Brahinsky, Op-Cit, p53.

(4)–GAEL Chantepie, MATHIAS Latina, Op-Cit, p.p 88-89.

(5)– شيباني مختارية، المرجع السابق، ص104.

يفرض مبدأ حسن النية، باعتباره إلزاماً عاماً يقع على عاتق المفاوضين الإلتزام بتحقيق النتيجة<sup>(1)</sup> وهو ما كرّسه المشرع الفرنسي، بحيث فرضه على جميع مراحل العقد بدءاً من المرحلة السابقة للتعاقد إلى غاية تنفيذها، وهو ما أشار إليه في نص المادة 1104 على: "يجب أن يتم بحسن نية كل من التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها" بعد أن كان المبدأ مقتصرًا على مرحلة تنفيذ العقد فقط في إطار المادة 1134 ف3<sup>(2)</sup> كما صاغ المشرع الفرنسي أهم تطبيقاته في المرحلة السابقة للتعاقد، وقتنها تشريعياً لتفادي الإشكالات التي وقع فيها قبل التعديل؛ ففرض الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد<sup>(3)</sup> قصد محاربة كل إشكال الكتمان التدليسي<sup>(4)</sup> إستناداً للمادة 1112 ف1 التي تنص على: "يجب على من يكون لديه من الأطراف معلومات جوهرية ومحددة جوهرية ومحددة ومحل إعتبار لرضاء الطرف الآخر، ان يقوم باعلامه بها، ومتى كان هذا الأخير يجهلها، على نحو سائغ قانوناً، أو كان قد اودعه ثقته"<sup>(5)</sup>.

لا يتحقق الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد وفقاً للمادة أعلاه، إلا بتوافر جملة من الشروط، أهمها؛ أن تكون المعلومات محل الإلتزام بالإعلام جوهرية، وتتعلق هذه الصفة كلما كانت المعلومات تدخل في إطار محل إعتبار المفاوض الآخر، كما يجب أن يكون أحد الطرفين عالماً بها بينما يجهلها الطرف الآخر. بمعنى المخالفة إذا كانت معلومة للمفاوض الآخر فلا يلزم من المفاوض الأول الإفصاح بها، وأخيراً ألا يكون جهل الطرف الآخر أو ثقته التي أولّاها للمفاوض معه راجعة إلى تقصير منه وهو ما يفهم من عبارة

(1) - لقد اعتبر الأستاذ جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، الإلتزام بحسن النية في المفاوضات إلتزاماً بتحقيق نتيجة، حيث لا يمكن للمفاوض دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لكي يكون حسن النية، إلا أنه لم يستطع الامتثال لمتطلبات المبدأ، كما لا يجوز له التفاوض بصورة صورية لمجرد التسلية دون نية حقيقية في التعاقد. جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، المرجع السابق، ص57.

(2) - راجع مضمون المادتين رقم 1104 و 1134 ف3 من القانون المدني الفرنسي، من القانون المدني الفرنسي، <https://www.legifrance.gouv.fr>, consulté le 12 mars 'L'ordonnance n°2016-131, Op-Cit. 2023, à 10:00

(3) - يختلف الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد عن الإلتزام بالإعلام التعاقدى العديد من الزوايا أبرزها، من حيث المصدر؛ أن أولهما يجد مصدره فكرة حسن النية باعتبارها مبدأ أخلاقياً وقانونياً-عاماً- يحكم جميع مراحل العقد، في حين يجد الثاني وجوده في العقد الذي يلتزم به الأطراف. للتفصيل أكثر، انظر في شان ذلك: جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، المرجع السابق، ص90.

(4) - L'information doit porter essentiellement sur le prix du produit ou du service, et sur ses caractéristiques, pour certains contrats d'ente spécifiques, il faut indiquer d'autres informations telles que les modalités de paiement (vente avec facilité de paiement)... ect. NOOMEN Rekik, op-cit, p33.

(5) - راجع مضمون المادة رقم 1112 ف1 من القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق.

"بأن يكون جهل الطرف الآخر على نحو سائق قانوناً"، صياغة تخول للقضاء السلطة التقديرية في الموازنة بين التزامين متقابلين؛ الالتزام بالاستعلام<sup>(1)</sup> والالتزام بالإعلام.

أما بالنسبة لمجال وحدود الالتزام بالإعلام في هذه المرحلة فقد أشار المشرع الفرنسي في ذات النص إلى عدم جواز الاتفاق على الحد أو الإعفاء من الالتزام بالإعلام، ويترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام جواز إبطال العقد<sup>(2)</sup> تطبيقاً للمادة 1130 من ق.م.ف.

إن السماح للقاضي في التدخل في المفاوضات بموجب مبدأ حسن النية، تجسيدا للأمن التعاقدية؛ لا يعد مانعاً بالنسبة للأطراف في تحقيق هدفهم، سواء بإبرام العقد النهائي من جهة، أو، لتدعيم أمنهم وثقتهم من جهة أخرى، عن طريق آلية إعادة التفاوض عند الفشل في الوصول إلى إبرام العقد؛ بشرط أن يكون الفشل في إطار احترام مبدأ حسن النية وتطبيقاته. خاصةً، أن عملية التفاوض الجديدة ستتم بمراقبة القاضي، وتحت سلطان وتأطير مبدأ حسن النية، قصد تدعيم النزاهة العقدية، وإنشاء توقعات جديدة<sup>(3)</sup> لبناء العقد لا العزوف عنه. فالغاية الأولى للأمن القانوني الحديث تبقى؛ المحافظة على العقد وإستقراره، لا هدمه وزواله.

## الفرع الثاني

### الالتفات إلى محدودية سلطات القاضي في مرحلتي ما بعد التعاقد

شهدت مادة التعاقد تحولات كثيرة في المفاهيم والأفكار؛ والمطالبة بتحقيق الأمن القانوني في عمليات الاستهلاك لم يكن إلا بداية لميلاد شيوع ظاهرة جديدة في القانون تتمثل في المطالبة بالأمن والحماية في مختلف العمليات العقدية<sup>(4)</sup>. والواقع الراهن أثبت صعوبة تحقيق الأمن العام للعلاقات العقدية، لاسيما أمام قصور سلطات القاضي-التقليدية- في إعادة التوازن للعقد، حيث أصبحت محدودة، ضيقة؛ لا تستوعب التغيرات والتحويلات الراهنة<sup>(5)</sup>.

في سياق التأكيد على ذلك؛ تضمن القانون المدني الفرنسي سنة 2016 تحت مسميات إصلاح قانون العقود الفرنسي، سلطات واسعة للقاضي، من خلال فرض سلطته على المضمون العقدي عن طريق إقراره بنظرية الظروف الطارئة تشريعياً، وذلك بموجب المادة 1195 من ق.م.ج، كما إستحدث نظام جديد لنظرية

(1)- جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، المرجع السابق، ص 65.

(2)- CORINE Renault-Brahinsky, Op-Cit, p p55-56.

(3)- بعجي أحمد، "الأمن التعاقدية: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 89.

(4)- HALPERIN Jean-Louis, Op-Cit, p351.

(5)- حليمي علاوة، "تفسير النصوص القانونية: وسيلة القاضي في إنشاء القانون"، مداخلة ملقاة في أشغال الملتقى الوطني حول دور التشريع والفقه والإجتهاد القضائي في تطوير القانون، يوم 23 نوفمبر، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، 2021، ص 137.

البطلان -البطلان الجزئي للعقد- في المادتين 1170 و 1171 المتعلقة بعقود الإذعان<sup>(1)</sup>، وهو ما يترجم إهتمام المشرع الفرنسي لدور القاضي في إستقرار المعاملات<sup>(2)</sup>.

أما المشرع الجزائري، فصحيح أنه كان سابقاً في إدراج بعض النظريات التي لم يعرفها قانون نابليون؛ كالإعتراف بسلطة القاضي في التدخل في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه، وتبنى في شأنهما عدة نظريات وفلسفات لم يشهدا القانون المدني الفرنسي. إلا أنه؛ تحفظ فيهما (مرحلتى التكوين والتنفيد) بشكل كبير، بحيث ضيق من مجال ممارسة القضاة لمهامهم في سبيل إعادة الإستقرار والتوازن العقدي.

يفرض ذلك الوضع في جوهره؛ ضرورة توجه المشرع إلى تعزيز وتدعيم سلطات القاضي في إعادة التوازن الموضوعي للعقد، من خلال الانتقال من التكريس التقليدي الضيق لدور القضاء في المجال التعاقدى، إلى التكريس الحديث الواسع؛ في إعادة الأمن التعاقدى من جهة أولى. وبإشراك أجهزة وسلطات حديثة لتحقيق ذلك من جهة أخيرة.

#### أولاً: تدعيم سلطات القاضي في إعادة التوازن الموضوعي للعقد: مرحلتى الإبرام والتنفيد

يعدّ التوازن الموضوعي للعقد من أهمّ المسائل التي تضمن ديمومة، واستمرارية العقود، ومن المعلوم جيداً عدم إمكانية المشرع توقع كلّ التفاصيل المرتبطة بالعمليات العقدية<sup>(3)</sup>، لذلك تمّ الاعتراف ضمناً بسلطة القضاة في استكمال ما نقص منها باعتبارهم الجهة الأولى التي يرفع إليها النزاع، وتقرير الحقوق إلى أصحابها. كما أنّ وظيفة القاضي في العقود، تتجاوز مجرد تطبيق القاعدة القانونية في لفظها، بل البحث في فحواها وجوهرها لاستخلاص الحلّ، طبقاً لملايسات القضايا المرفوعة إليهم. وقد يجتهد فيها حتى يصل إلى خلق وإنشاء القاعدة القانونية.

الحق يُقال، أنّ القاعدة البريتورية تعاني من ضعف تقني في طريقة تكوينها، وحتى مكانتها الهشة لاسيما ضمن قانون التعاقد، والسبب في ذلك راجع إلى اختلاف نظرة، وتركيز، واهتمامات المشرع والقاضي للواقع<sup>(4)</sup>. فالقاضي يحكم على الواقع بالنظر إلى القضايا المرفوعة إليه، وما تتضمنه من حيثيات، ليقرر مسألة معينة محدّدة في سياقٍ معيّن، ويتّبع في شأن ذلك النهج التفصيلي؛ على عكس المشرع فإنّ نظرتة

(1) - بعجي أحمد، "الأمن التعاقدى: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص 88.

(2) - بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السابق، ص 521.

(3) - حليمي علاوة، المرجع السابق، ص 138.

(4) - STOFFEL-MUNCK Philippe, Op-Cit, p15.

إلى الواقع شمولية، ومهمته الأولى وضع وتحديد القاعدة القانونية، وله في ذلك الحرية الكاملة في تحديد نطاقها، على عكس القاضي الذي يبقى مقيداً بحدود القضية الواجب الحكم عليها.

لقد إعتترف التّصوّر الكلاسيكي للعقد بالتّدخل القضائي بصورة ضيقة<sup>(1)</sup> واقتصره على الطّبيعة الجوازية دون الإلزام -بإستثناء بعض الحالات- وهو ما يظهر في مرحلة الإبرام، خصوصاً في نظرية الإستغلال حسب المادة 90 ف1 من ق.م.ج. التي تنصّ على: "...جاز للقاضي بناءً على طلب..."، كذلك الحال في نظرية إنقاص العقد المشار إليها في المادة 104 من ق.م.ج.

وقد امتد التّضييق حتّى إلى مرحلة التّنفّذ وه ما يظهر أساساً في نظرية الطّروف الطّارئة؛ فبالنّظر إلى شروط التمسك بالطّرف الطّارئ الواردة في المادة 107 ف3، فمن جهة أولى، إشتراط المشرّع الجزائي أن يكون الحادث عامّاً؛ أي لا تقتصر آثاره على الشّخص المدين فقط بل تمتد إلى كافة الناس، أو على الأقل أن يشمل الطّرف طائفة أو مجموعة من الناس تجمعهم مهنة مشتركة: كهيئة التّجار مثلاً. فهذا الشّروط في مجمله، يضيّق من نطاق تطبيق هذه النّظرية، فالمدين الذي يتعرّض لتغير ظروف التّعاقد دون سواه، وحده من يتحمّل نتائج الطّرف تطبيقاً لشروط النّظرية؛ فالظّروف العامّة يمكن التحقق منها وضبطها، خلاف الطّروف الخاصّة بالمدين: كإفلاسه أو غرق محصولة...<sup>(2)</sup> تمسكاً بالفلسفة التّقليدية للعقد، ورغبة المشرّع في عدم زعزعة القوّة الملزمة للعقد.

ومن جهة مقابلة؛ فإنّ مضمون هذا الشّروط -عمومية الطّرف- يتعارض جدا مع الأساس الذي تقوم عليه نظرية الطّروف الطّارئة وهو إعتبار العدالة الذي يقتضي رفع الإرهاق عن المدين لا غير ذلك. فتطبيق هذه النّظرية بشروطها، يحرم المدين المرهق من الحماية، في حين أنّ إعتبارات العدالة تقتضي أن تجد النّظرية مجالاً واسعاً لتطبيقها حتّى تحقّق هدفها في حفظ التّوازن العقدي. فلا وجود لأهمية التّفرة بين الطّروف العامّة والخاصّة مادام أنّ الغرض من تطبيق النّظرية هو؛ تحقيق التّوازن والعدالة العقدية. ونعتقد وبكلّ موضوعيّة، أنّ هذا الشّروط هو الذي أثقل كاهل القضاة، وجعل هذه النّظرية بعيدة عن التّطبيق الفعلي وظلّت عائقاً للمدنيين في إسترجاع حقوقهم.

كما تظهر محدودية السّلطة التّقديرية للقضاة في مرحلة تنفيذ العقد، عند التّدخل لمحاربة الشّروط التّعسّفية في عقود الإذعان حسب المادة 110 من ق.م.ج.: "...جاز للقاضي..."، كذلك في المادة 119

(1) - بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، المرجع السّابق، ص 143.

(2) - منى أبو بكر حسان، المرجع السّابق، ص 39.



ف2: "...ويجوز للقاضي... كما يجوز له أن يرفض الفسخ..."<sup>(1)</sup>، حيث يتدخل القاضي على سبيل الجواز لمنح المدين مهلة الميسرة، كما أجاز له أيضاً رفض طلب الفسخ.

إنّ دقة الملاحظة لواقع تلك المعطيات القانونية؛ يدفعنا إلى طرح شرعية البحث عن الهدف الحقيقي للمشرع وراء الاعتراف بالسلطة الجوازية للقضاة في العقود، فهذه الطبيعة تتنافى مع متطلبات تكريس التوازن والأمن في العقود.

فالمعطيات الرأهنة، والاتجاهات القانونية الحديثة؛ تفرض على المشرع الاعتراف بالتدخل التلقائي للقاضي في العقود، وإعتبار تلك المسائل مرتبطة بالنظام العام، ودون حتى التقييد بطلبات أحد الأطراف، تحقيقاً للتوازن العقدي. فالأولوية الأولى تبقى في المحافظة على العلاقات العقدية وضمان أمنها.

### ثانياً: إشراك السلطات الإدارية المستقلة في تحقيق الاستقرار العقدي

إذا كان التدخل القضائي في المرحلة السابقة للتعاقد يعتمد على آلية التحقق من مدى إحترام مبدأ حسن النية والتطبيقات المتفرعة عنه؛ فإنه وإضافة إلى ذلك، أصبح الحديث اليوم عن تقنية وآلية حديثة في فرض الرقابة على التوازن والاستقرار العقدي عن طريق الهيئات الإدارية المستقلة.

إنّ ضمان فكرة الأمن العقدي الذي يبقى أحد أهم وظائف السلطات الإدارية المستقلة، التي كثيراً ما تستحدث آليات جديدة بهدف استمرار العلاقة العقدية باعتبارها سلطة من السلطات الشبه القضائية<sup>(2)</sup>، من خلال فرض الإلتزام بالتسبب عند رفض أحد الأطراف الدخول في عملية التعاقد.

لقد سكت المشرع الجزائري في إطار القواعد العامة عن الإشارة إلى الإلتزام بالتسبب؛ وينصرف مفهوم هذا الأخير إلى نوعان، أحدهما واسع والآخر ضيق، فيتحقق الأول عن طريق تأسيس الأسباب والوقائع والتصرفات القانونية، بينما الثاني فيُتصد به المراكز المتلازمة المفروضة بين إبلاغ الأسباب وتبليغ التصرف الذي يؤسسه<sup>(3)</sup> وهذا الإلتزام يفرض على المدين توضيح أسباب الرفض وتبريرها.

يعدّ الإلتزام بالتسبب أداة للرقابة، تسمح بتحقيق التوازن العقدي، وقد كرسه المشرع الجزائري ضمن القوانين الخاصة، حيث أشارت إليه المادة 173 ف4 و5 من ق.ت.ج، التي تضمنت إلتزام المؤجر بتبرير

(1) - راجع مضمون المواد رقم 90 ف1، و104، و119 ف2 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) - بعجي أحمد، "الأمن التعاقدية: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المرجع السابق، ص89.

(3) - فاضل خبيجة، المرجع السابق، ص244.

التنبية بالإخلاء الموجه للمستأجر وإلزامه بذكر الأسباب التي أدت إلى توجيهه، وإلا أعتبر باطلاً. كما يلتزم المؤجر بتبرير رفض تجديد الإيجار بذكر دوافع الرفض<sup>(1)</sup>.

يهدف المشرع من وراء فرض الإلتزام بالتسبب، تحقيق رقابة على المجال الاقتصادي. فكلما تحقق الاختلال في التوازن بين القوى العقدية، كلما فتح المجال للتدخل؛ لكن ليس باسم المساواة والعدالة، بل تحت غطاء الفعالية الاقتصادية. ولتحقيق هذه الأخيرة فرض المشرع الإلتزام بالتسبب لترقية المنافسة وتحقيق غاية مزدوجة؛ التوجيه والحماية<sup>(2)</sup>. وفي ظل تكريس الحرية العقدية، أصبح الإلتزام بالتسبب آلية تضمن ديمومة العقد، فإلتزام أحد الأطراف بتسبب قراراته تسمح للقاضي برقابه، بأن يكون قراراً مبرراً وكافياً لتعويض الضرر اللاحق بالطرف الآخر. تحقيقاً لاستقرار العلاقات العقدية. وكل رفض للتعاقد دون مبرر يكون مخالفاً لإلتزام بالتسبب من جهة، ويعد تعسفاً في استعمال الحق من جهة أخرى.

وعليه؛ فإذا كان إشراك السلطات الإدارية المستقلة في المحافظة على استقرار المعاملات، يفرض في جوهره ضرورة تقنين الإلتزام بالتسبب من جهة أولى؛ فإنه من جهة مقابلة يفرض كذلك ضرورة تدعيم المهام المنوطة بها. فبالرجوع إلى لجنة البنود التعسفية التي أشارت إليها نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، وبالاطلاع لمضمون المادة 07 المحددة لمهام اللجنة<sup>(3)</sup> وعلى الرغم من تضييقها؛ إلا أن الأستاذ بناسي شوقي<sup>(4)</sup> أكد على الدور الفعال لها لاسيما في صناعة قانون العقود، بالنظر إلى مضمون التوصيات التي ترفعها إلى وزير التجارة والمؤسسات المعنية التي تعدّ نصوصاً عامة صالحة، بأن تكون نصوصاً قانونية مستقبلاً. فهذه التوصيات غالباً ما تخدم القضاة من جهة أولى وذلك في مجال الإجتهد بالنسبة للقضايا المطروحة أمامهم، بشرط نشرها وإتاحة إمكانية الاطلاع عليها. ومن جهة أخرى، بأن يستفيد الأعوان الاقتصاديون من مضمون هذه التوصيات، في إعداد العقود المقترح التعامل بها مع المستهلكين.

وعليه كان بإمكان المشرع الجزائري تدعيم مهام اللجنة، قصد ترقية قانون العقود مستقبلاً، كالسماع للقضاة بالاتصال المباشر باللجنة للاستفادة من خبرة أعضائها في حل النزاعات.

(1) - المرجع نفسه، ص 245.

(2) - فاضل خبيجة، المرجع السابق، ص 250.

(3) - راجع مضمون المادة 06 والمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المرجع السابق.

(4) - بناسي شوقي، قانون العقود دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل) - والفقهاء الاسلامي: ج. 1، عموميات في العقد، المرجع السابق، ص 106.

أما بالنسبة لمجلس المنافسة، وبإعتباره هيئة إدارية مستقلة ذو دور شبه قضائي أيضاً؛ فإنه أكثر وضوحاً من لجنة البنود التعسفية. حيث سعى المشرع الجزائري إلى التوفيق بين مبدأ حرية المقولة والمصلحة العامة المستمدة من الحاجة إلى الحفاظ على التوازن في العلاقات التجارية. وعلى هذا الأساس، تُحضر الممارسات والأعمال، والإتفاقيات الصريحة أو الضمنية، التي تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة، أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق، أو في جزء جوهري منه. وكذلك يُحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة السوق، إحتكار له أو على جزء منه؛ فكل هذه الممارسات تستدعي تدخل مجلس المنافسة وفقاً لمضمون المادة 06 من قانون المنافسة<sup>(1)</sup>.

يؤكد الأستاذ بناسي شوقي على الدور الكبير الذي يلعبه مجلس المنافسة في ترقية قانون العقود<sup>(2)</sup>، وهو ما توّضحه المادة 38 من ق.م.ج، التي تخول للجهات القضائية طلب رأي مجلس المنافسة في القضايا المعروضة أمامها، والمتصلة بالممارسات المقيّدة للمنافسة. كما أوضحت المادة 44 ف2 من نفس القانون<sup>(3)</sup>، اختصاص مجلس المنافسة لاسيما في المسائل والإتفاقيات غير المشروعة، أو التعسف في وضعية التبعية الإقتصادية، أو البيع بسعر منخفض تعسفياً، إبرام عقد شراء استثنائي لإحتكار السوق. وصلاحيّة مجلس المنافسة في هذه الحال تتعلق بإصدار أوامر لوقف هذه الممارسات وسلطة توقيع العقوبات المالية؛ كلّها أدوار وسلطات مهمّة، ستعزّز من تكامل المنظومة القانونية والقضائية في الجزائر، بتفاعل النصوص القانونية وهيئاته، لاسيما تلك المحتكة بالواقع، بشكل سيساهم في الفصل في القضايا والنزاعات المعروضة أمام القضاء.

## المطلب الثاني

### إشكالية عدم استقرار الاجتهاد القضائي: بين المخاطر وسبل الإصلاح

تسعى الدّول لتحقيق أمنها اقتصادياً، اجتماعياً، سياسياً، وإلى جانب ذلك أصبحت في الآونة الأخيرة تهتمّ وبالقدر نفسه على ضمان أمنها القضائي؛ عن طريق تكريس الاستقرار والثبات لاجتهاداتها القضائية. إلّا أنّ هذه المميزات في حقيقتها، تبقى بعيدة عن أجهزة القضاء الجزائري، نظراً لتصاعد وتيرة العدول عن الإجتهادات القضائية، بشكل أصبح فيه الأمن القضائي منتهكاً ومهدّداً، وآخر ما يمكن الحديث عنه.

(1) - راجع بالتفصيل مضمون المادة 06، من الأمر رقم 03-03، المرجع السابق.

(2) - بناسي شوقي، قانون العقود دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل) - والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 107.

(3) - راجع مضمون المادتين 38 و 44 ف2، من الأمر رقم 03-03، المرجع السابق.

تعدّ حالتني غموض وإبهام النصّ القانوني، أكثر الأسباب المؤدية إلى تذبذب الاجتهادات والأحكام القضائية. فالفهم الذي يتوصل إليه القاضي "أ" لنزاع معين، ليس ذاته الحلّ الذي يتوصل إليه القاضي "ب" لنفس النزاع، وما لذلك من تهديد لفكرة أمن، وثقة المتقاضين في القضاة، وفي الجهاز القضائي ككلّ.

علاوة على ذلك؛ فإنّ حالة غياب النصّ القانوني لحكم مسألة معينة، وما يقضيه الوضع من ضرورة اجتهاد القاضي لإيجاد حلّ ملائم لحثثيات ذلك النزاع؛ خاصّة في ظلّ عدم أحقية القاضي بالنطق بحكم مفاده رفض الفصل في الدّعى لغياب النصّ. فإنّ الاجتهاد القضائي في هذه الحالة، قاصر على النزاع المعروض عليه فقط، دون الاجتهاد إلى وضع قاعدة عامّة تنير الجهات القضائية الأخرى على إختلاف درجاتها، لإتباع ذات الاجتهاد.

هذا وذاك؛ أبرز المظاهر الدّالة على انعدام الأمن القضائي في الجزائر (الفرع الأوّل)، ونظراً لخطورة العدول عن الاجتهاد القضائي، كان لزاماً الوقوف حول الآليات التي تعزّز أمن المتقاضين، وثقتهم المشروعة في جهاز القضاء عامّة (الفرع الثّاني).

### الفرع الأوّل

#### خطورة العدول عن الاجتهاد القضائي

يرى الأستاذ بوبشير محند أمقران<sup>(1)</sup>؛ أن الإشكال في الجزائر لا يتعلق بندرة النصوص القانونية<sup>(2)</sup> (وحتّى الأحكام أو القرارات القضائية)، فالنصوص موجودة (والأحكام والقرارات كثيرة) بقدر ما يتعلق الإشكال في التّطبيق السّليم (بمعنى عجز الأجهزة المكلفة بتطبيق القواعد القانونية -القضاة- عن الفهم الصحيح للقاعدة القانونية وبالتالي الانحراف عن مقاصدها ومضمونها).

نوافق على هذا الرأي إلى حدّ بعيد. غير أنّه وكتعليق منا، وبكلّ موضوعية وتحفّظ، فإنّه قبل النظر إلى إجراءات تطبيق النصوص القانونية من أشخاص القانون، وجب علينا الالتفات إلى الوراة قليلاً للوقوف أمام فحوى النصوص القانونية، سواء تلك المدرجة في القانون المدني الجزائري، أو القوانين الخاصّة، فمكّن الثّغرة تتعلّق بلحظة ميلاد القاعدة القانونية لمتد إلى عمل القضاء.

(1) - راجع بوبشير محند أمقران، "تغير الاجتهاد القضائي بين النصّ والتطبيق"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية،

المجلد 41، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2004، ص 168.

(2) - MICHEL Pâques, La sécurité juridique en droit administratif (quatre leçons sur l'Etat de droit), Larcier, Paris, 2023, p 323.

فالمشرع الجزائري عندما وضع قاعدة عدم رجعية القوانين، لم يضع مبدأ عدم رجعية الاجتهاد القضائي؛ ولربما يمكن تسبب ذلك أنه، لم يكن مدركاً حينها بالقيمة القانونية للاجتهاد القضائي، وخطورة عدم استقراره أو العدول عنه بالنسبة للأفراد، وحتى بالنسبة للمنظومة القانونية عموماً<sup>(1)</sup>.

بحيث، يترتب عن العدول على الاجتهاد القضائي مخاطر عدة، تمس المتقاضين من جهة أولى. وإذا كان استقرار الاجتهاد القضائي في مجمله يشكل الوجه الإيجابي لفكرة الأمن القضائي، من خلال استقرار الحقوق والمراكز القانونية للأطراف؛ فإنه، وبمعنى المخالفة، عدم استقرار الاجتهاد أو العدول عنه يمثل الوجه السيئ للاجتهاد بذاته، ويعدّ عصفاً باستقرار حقوق المتقاضين.

### أولاً: الاجتهاد القضائي والعدول عنه: ضبط المفاهيم

يرى الفقيه كاربوني (CARBONNIER) أنّ القاضي أثناء بحثه في القاعدة القانونية لاستخلاص الحكم الأنسب يعدّ بذلك؛ "مشرعاً من نوع خاص (Un législateur particulier)"<sup>(2)</sup> والقاضي في نظر آخرين، له الصلاحية في تفضيل حلاً معيناً على واقعة ما، دون غيره<sup>(3)</sup>. فالاجتهاد القضائي يشكل بمجمله، أحد الحلول الناجعة لتقاضي القصور التشريعي، فهو الأداة الأكثر حفاظاً على حقوق وحريات الأفراد، إستناداً إلى نصّ المادة 157 من دستور لسنة 2016<sup>(4)</sup>.

يُقصد بالاجتهاد القضائي، بذل القاضي جهداً في إستنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية. فهو الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية فيقضي به؛ وله مدلولين أحدهما واسع والآخر ضيق، فيتحدد الأول في إعتباره مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم في مسألة قانونية معينة<sup>(5)</sup>، في

---

(1) - ذهب الفقه الفرنسي إلى تعدّد حالات العدول عن الاجتهاد القضائي وتوصل إلى ثلاث حالات؛ أولاً، تعارض الاجتهاد مع تطوّرات المجتمع والتي تتحقّق كلّما لاحظت الهيئة القضائية المختصة أن التفسير المقدم للقاعدة القانونية لم يعد متوافقاً مع التطوّر الحاصل في المجتمع مما يتوجب تفسير أكثر ملائمة أي أصبح الاجتهاد لا يجدي نفعاً من استمرار العمل به مستقبلاً. ثانياً، العدول الاضطراري نتيجة لقرار الغرفة المختلطة أو الجمعية العامة الذي يشير لصورة فاطعة إلى وجود تباين أو اختلاف في التفسير داخل غرف محكمة النقض. ثالثاً، العدول نتيجة الخطأ، كالدراصة السيئة غير الصحيحة للسوابق القضائية والناجمة عن عيب العمل للمستشارين الآخرين في سياق قضايا ذات أهمية ثانوية. للتفصيل انظر: حامد شاكر محمود الطائي، "دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني"، المرجع السابق، ص 14.

(2) - أشارت إلى رأي الفقيه، حليمي علاوة، المرجع السابق، ص 135.

(3) - FAVENNEC-Héry Françoise, Op-Cit, p30.

(4) - راجع مضمون المادة 157، من دستور الجمهورية الجزائرية لعام 2016، المرجع السابق.

(5) - قليل علاء الدين، "الاجتهاد القضائي والأمن القضائي: بين متطلبات تكريس العدالة ومقتضيات إرساء الأمن القضائي"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021، ص 309.

حين ينصرف المدلول الثّاني (الصّيق) إلى الحلّ الخاص الذي يضعه القضاء بشأن قضية ما<sup>(1)</sup>. فغالباً ما يكون القاضي أمام المطرقة والسندان، مطرقة خضوعه لمبدأ لا اجتهد في ظلّ وجود نص، وسندان إلزامية الفصل في جميع القضايا المطروحة عليه<sup>(2)</sup>؛ تحت طائلة متابعة القاضي بتهمة إنكار العدالة<sup>(3)</sup>. يرتبط المفهوم الصّيق للاجتهد القضائي بالإستقرار، أما العدول عن الاجتهد، فإنّه يخلق وفي كثير الحالات عدم الإستقرار والإضطراب على مستوى المنظومة القضائية، ويقضي على النّقة المشروعة للمواطن، والأخطر من ذلك تطبيقه بأثر رجعي، ممّا يؤثّر سلباً على الحقوق المكتسبة للمتقاضين، وتوقعاتهم المشروعة، وهو ما يتضمّن مدلول العدول عن الاجتهد القضائي. وفي هذا الشّأن؛ يقول الأستاذ محمد عرفان الخطيب؛ أنّ الاجتهادات القضائية ذو الطّبيعة المتذبذبة لا يمكن أن تؤمّن فكرة الأمن القانوني حقيقة<sup>(4)</sup>، فتطبيق الاجتهد القضائي الجديد على كلّ الوقائع دون مراعاة لتاريخ وقوعها، سواء قبل أو بعد الاجتهد الجديد، يعدّ انتهاكاً صارخاً لمبدأ الأمن الأمن القضائي<sup>(5)</sup>؛ فعلى الرّغم من كون خصوصية الاجتهد القضائي تكمن في رجعيته إلى الماضي، إلّا أنّ ذلك يتنافى مع الإستقرار والأمن القضائي وحتى القانون.

### 1. دور الاجتهد القضائي في تكريس الأمن القانوني

يضيف الاجتهد القضائي على القانون طابعه العملي، ويحدّد مداه، وأبعاده، كما يساهم في خلق القواعد القانونية، فهو بذلك، بمثابة المصدر المغذّي للنّظام القانوني<sup>(6)</sup>، نظراً لأهميته لاسيما في تكريس

(1) - عبد المنعم البدوي، مبادئ القانون، مطابع دار الكتاب، القاهرة، د.س.ن، ص 244.

(2) - قليل علاء الدين، المرجع السّابق، ص 314.

(3) - عجة الجبالي، المرجع السّابق، ص 636، أنظر أيضاً، أورك حورية، المرجع السّابق، ص 202.

(4) - محمد عرفان الخطيب، "إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي رقم 16-131 بتاريخ 10 فيفري 2016 المعدل لنظرية العقد في القانون المدني الجديد: التّبنى والآثار"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 08، العدد 04، كلية الحقوق، الكويت، 2020، ص 342.

(5) - أحمد سعود، ياسين بن عمر، "تغير الاجتهد القضائي وأثره على الأمن القانوني"، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول: القضاء والدستور، يومي 08 و 09 ديسمبر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، 2019،

ص 181

(6) - قليل علاء الدين، المرجع السّابق، ص 318.

فكرة الأمن القانوني<sup>(1)</sup>، أدرجته بعض الدّول ضمن مصادر القانون<sup>(2)</sup>. فالقاضي، يعدّ الموظف الأوّل الذي يقع عليه عبئ تطبيق القانون، ومادام القضاء بطبيعته محتكّ بالواقع، فإنّ القاضي ملزمٌ عليه متابعة هذا التطوّر وملابساته، وهو ما يشير إلى كونه أوّل من يحسّ بالحاجة إلى التّغيير أو التّعديل<sup>(3)</sup>.

وفي ذات السّياق؛ وُصف القاضي بأنّه: "كلام القانون الحي"<sup>(4)</sup> بمعنى أنّ القضاء يمنح للقواعد القانونية الحياة، خاصّةً وقت الأزمات، حتّى قيل أنّ القضاء هو المشرّع وقت الأزمات<sup>(5)</sup>. فكلّما عجز القانون عن تقديم حلول خاصّة لكلّ واقعة، يحضر القضاء ليفصل في القضايا المطروحة أمامه؛ بتقديم حلولاً جديدة للقاعدة القانونية القديمة، وإعادة احياها من جديد، من خلال تكييفها مع الوقائع المستحدثة. فالقانون الحي، هو ذلك الذي تصل إليه الجهات القضائية على اختلاف درجاتها.

ضف على ذلك؛ فإنّ الإجتهد القضائي يساهم في تطوير وخدمة القواعد القانونية، باعتبار أنّ القاضي بمثابة اليد اليمنى للمشرّع. فإذا كانت القاعدة القانونية تتميز بخصوصيات عدّة، ولعلّ أهمّها أنّها؛ عامّة ومجردة، إلّا أنّه، ومن جهةٍ أخرى، فلا تستطيع تقديم، أو الوصول إلى الحلول الفردية لشتى النزاعات. إنّما ذلك يبقى وظيفة القضاة.

ويرتبط الأمن القانوني بفكرة القضاء، بالنّظر إلى الطّابع الحمائي الذي يتميز به هذا الأخير، والمتمثّل في السّهر على تطبيق القانون. كما أنّه إذا كانت القاعدة القانونية تتميز بالطّابع الواقي بإعتبارها أداة للتّنظيم والضّبط؛ إلّا أنّها تلعب دوراً آخرًا، أنّها قاعدة قانونية كهيلة بحل نزاع الأطراف. وهنا يبرز دور القضاء في الكشف والوصول إلى التّطبيق الصّحيح والسّليم للقانون، ممّا يعزّز حماية أكثر للأمن القانوني.

(1) -حوبة عبد القادر، "أثر الإجتهد القضائي على حركة التّشريع"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة، خنشلة، 2021، ص 23.

(2) -انظر مضمون الفقرة 03، من المادة 01 من القانون المدني العراقي، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pdf>، تم الإطّلاع عليه: 11 جانفي 2023، على الساعة 15:00.

(3) - حامد شاكر محمود الطائي، دور الإجتهد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، المرجع السّابق، ص 03.

(4) - نقلاً عن: حامد شاكر محمود الطائي، العُدول في الإجتهد القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، المرجع السّابق، ص 19.

(5) - أوراك حورية، المرجع السّابق، ص 202.



يحتلّ الإجتهد القضائي مكانة مرموقة ضمن مصادر القانون، فقد لعب ولا يزال يلعب دوراً في غاية الأهمية، ينحصر في تطوير القواعد القانونية، وإرساء قواعد الأمن القانوني<sup>(1)</sup>، من خلال احتكاكه بالتغيرات اللاحقة بالمجتمع، والسعي نحو مواكبة ومسايرة التطورات الاجتماعية، والإقتصادية التي يشهدها. ولا يمكن إنكار الفضل الكبير للقضاء في إستخلاص بعض المبادئ القانونية الحديثة، والحق يُقال، أنّ الإجتهد القضائي الفرنسيّ أول من تقنّن كثيراً في هذا المجال.

تتمّة لذلك؛ فبعد صدور قانون نابليون، كرّس القضاء الفرنسي عدّة قواعد قضائية استقرّ عليها، ليتم تقنينها فيما بعد، لاسيما بموجب التّعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي. ولا يزال القضاء متمسكاً بدوره في الإجتهد، وإستخلاص الحلول القانونية التي عجز التشريع المدني عن تقديمها، فاستقرّ على ما يعرف في قانون العقود: بالإكراه الاقتصادي، والإلتزام الأساسي، وذلك بموجب التّعديل لسنة 2016. وإلى غيرها من الحلول الواقعية التي توصّل إليها الإجتهد القضائي، خدمةً لمصالح الأطراف المتنازعة، وكذا الصالح العام بتجسيد الثقة في الجهاز القضائي، ومن ثمة إشاعة الأمن بأنواعه القضائي والقانوني.

### 2 . إشكالية فكرة العدول عن الإجتهد القضائي وقاعدة لا يعذر بجهل القانون

إذا كانت قاعدة لا يعذر بجهل القانون؛ نتيجة حتمية للعلم المفترض بالقانون، وتجد تأسيسها وإمكانية الأخذ بها بالنسبة للتشريع، وباقي المصادر الرسمية الأخرى: كالشريعة الإسلامية، العرف، ... فإنّ واقع الحكم يصعب تصوّره بالنسبة لقرارات القضاة واجتهاداتهم. وعليه فإذا كان القانون يأخذ بقاعدة لا يعذر أحد بجهل القانون طبقاً لنصّ المادة 60 من دستور سنة 2016<sup>(2)</sup>، والمادة 04 من ق.م.ج<sup>(3)</sup>، فإنّ القاعدة لا يمكن تطبيقها في مجال الإجتهد القضائي، ويقتصر الأخذ بها بالنسبة لباقي المصادر الأخرى، بمجرد تحقّق الشّروط الشّكلية والموضوعية الواجب توافرها. أهمّها، شرط إلزامية نشر القوانين في الجريدة الرسمية، طبقاً لنصّ المادة 126 ف1 من دستور 2016<sup>(4)</sup>. وبالتالي قيام قرينة افتراضية على علم جميع المخاطبين بأحكامه.

(1) -عجالي خالد، "دور الإجتهد القضائي في إرساء الأمن القانوني"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد

03، كلية الحقوق، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، 2014، ص398.

(2) - أنظر المادة 60 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016، المرجع السابق.

(3) - أنظر المادة 04، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4) - أنظر المادة 126 ف1 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016، المرجع السابق.

وعليه، فإنّه، وبالنسبة للإجتهاد القضائي؛ فعلى الرغم من المجهودات التي تقوم بها المحكمة العليا بشأن إصدار ونشر الإجتهاادات القضائية، إلّا أنّها لم تبلغ الهدف بشكلٍ مطلق. بحيث، تبقى الكثير من الإجتهاادات القضائية غير معروفة، حتّى من قبل المتخصّصين في المجال القانوني، من محامين، وحتّى القضاة، ناهيك عن المتقاضين. ممّا ترتّب عنه تذبذب في الحلول القانونية المقدّمة من قبل مختلف الجهات القضائية، للقضايا المعروضة أمامها، بشكلٍ يعرّض الأمن القضائي للإهتزاز. والأخطر، أنّه، حتّى الجهات القضائية للمحاكم والمجالس القضائية، لا تقوم مسؤوليتها في حال إصدار قرارات، وأحكام تخالف أو تعارض مضمون الإجتهااد القضائي الصّادر عن المحكمة العليا؛ مادامت هذه الأخيرة لم تنشر فحوى الإجتهااد.

### ثانياً: نطاق خطورة العدول عن الإجتهااد القضائي

إذا كان الأصل في القاعدة القانونية مبدأ عدم رجعية القانون إلى الماضي؛ فإنّ الأمر ليس سيان بالنسبة للإجتهاادات القضائية التي تقوم بطبيعتها على الرجعية. ويعتبر البعض، رجعية الإجتهااد القضائي تفسيراً أحسن للقانون، ويطبّق في كلّ النزاعات، دون مراعاة لتاريخ الوقائع<sup>(1)</sup>.

إنّ جمود القاعدة القانونية لمدة زمنية طويلة، تجعلها غير مواكبة للواقع المعقّد، والمتغيّر. ممّا يفتح المجال للقضاة للإجتهااد في فحوى القاعدة، وإخراجها إلى الواقع، بموجب اجتهادات قضائية تتماشى مع الواقع. وهنا تحديداً نصّيح أمام وضع خطير، على أساس أنّ القاعدة البريتورية الوضعية، لم تكن موجودة إلّا ضمن تقارير الإجتهاادات القضائية<sup>(2)</sup>. وهو مايتطلّب ضرورة استقرار الإجتهااد القضائي<sup>(3)</sup>.

يرى البعض أنّه خير من أن يُقال، أنّ القاضي قد أبدع قاعدة قانونية واستقر عليها، من أن يُقال أنّه صنعها حسب الطلب<sup>(4)</sup>، فالأخذ بمضمون الإجتهااد القضائي لحلّ جميع النزاعات، مقيدٌ بالزامية تحقيق الإستقرار له. بمعنى عدم التراجع عنه، لا سيما في القضايا المماثلة، خاصّةً، أنّه نظرياً وقانونياً، لا يوجد ما يمنع القضاء عن التراجع في اجتهاداتها. لكن من الناحية الواقعية، فإنّ هذا التراجع وبلا شكّ سيخلق حالة اللأمن في الجهاز القضائي؛ من خلال إثارة الشكوك في نزاهة القضاء. فيصبح هذا الأخير، وكأنّه لا يخرج عن مجرد كونه هيئة تستجيب لرغبات المتقاضين، وعلى وحسب مكانة المدّعي أو المدّعى عليه.

(1) - عبد القادر حوية، المرجع السابق، ص 27.

(2) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص 47.

(3) - حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الإجتهااد القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص 21.

(4) - راجع في ذلك: عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 535.

وعلى الرغم من مخاطر العدول عن الإجتهد القضائي، فإنّ هذا لم يمنع القضاء الجزائي من العدول عن إجتهداتهم في أكثر من مناسبة، وغالباً ما يتمسك بذلك تحت غطاء الحفاظ على الصالح العام<sup>(1)</sup>.

### 1. ملامح خطورة العدول عن الإجتهد القضائي بالنسبة للأفراد

إنّ الهدف من الإجتهد القضائي عامّة، تفسير مجمل، وتقييد ما هو مطلق، ممّا يوحي بعدم إستقراره وقابليته للتحوّل والتّغير؛ إلّا أنّ حقيقة هذا الوضع ترتّب آثاراً سلبية على الحقوق المكتسبة، والثّقة المشروعة للمتقاضين عموماً<sup>(2)</sup>. فإذا كان الإجتهد القضائي رجعي بطبيعته لأنّه يتعلّق بتفسير القوانين، فإنّ في ذلك زعزعة لإستقرار المراكز القانونية للأطراف.

#### أ. خطر عدم توقّع الأفراد لمضمون الإجتهد الجديد

تأسيساً بالقاعدة الفقهية: "الإجتهد لا ينقض بمثله"؛ يفهم مبدئياً، عدم جواز التّغيير في الإجتهدات القضائية<sup>(3)</sup>، وخلاف ذلك، من شأنه أن يصطدم بمبدأ التّوقّع المشروع للمواطنين. فخطورة العدول عن الإجتهد القضائي على الأفراد تكمن عند إستحالتهم توقّع الإجتهد القضائي الجديد.

إلّا أنّ الحقيقة تُشير إلى غير ذلك؛ فمهما طال إعتداد القاضي على قاعدة اجتهادية معيّنة، لا يوجد ما يمنعه من تبني اجتهادٍ آخر يراه مناسباً لتطبيقه على وقائع القضية، خاصّةً أمام اتّساع السّلطة التّقديرية له في التّأويل، وبحيث أنّه يمكن لأيّ جزئية بسيطة في الدّعوى أن تغيّر من قناعاته، وبالتالي تغيير فحوى الحكم النّهائي للدّعوى بإقرار اجتهاد قضائي جديد، وما لذلك من إهدار لمبدأ التّوقّع المشروع للأفراد.

وعليه؛ فإنّ الحكم الذي يصدره القاضي بناءً على الاجتهاد من النّاحية العملية، حكم غير متوقّع بالنسبة للمتقاضين<sup>(4)</sup>، على أساس أنّ القاضي لا يتعامل مع قاعدة قانونية صريحة واضحة، وإنّما مع مسألة الإجتهد سواء داخل النّصّ أو خارجه<sup>(5)</sup>، حتّى يصل إلى استخلاص الحكم أو القرار، بشكلٍ يجعل من هذا

(1) -انظر: حامد شاكر محمود الطائي، دور الإجتهد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، المرجع السّابق، ص14.

(2) -صاري نوال، المرجع السّابق، ص04.

(3) -إلّا أنّ العدول عن الإجتهد القضائي يجد أساسه في الإستثناء التّالي: "إذا وجبت مصلحة عامة تقتضي نقض إجتهد ما يجوز نقضه بإجتهد لاحق". حامد شاكر محمود الطائي، دور الإجتهد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، المرجع السّابق، ص13.

(4) -عجالي خالد، المرجع السّابق، ص398.

(5) -عجة الجبالي، المرجع السّابق، ص535.

الأخير غير متوقع. فلا يمكن أن يكون الاجتهاد القضائي قابلاً للتوقع، ذلك أن قاضي الموضوع يحكم وفقاً لحيثيات وظروف قضية الحال، والتي تختلف عن غيرها<sup>(1)</sup>.

علاوة على ذلك؛ فإنّ تغيّر الاجتهاد القضائي يؤثر سلباً على مسار القضية، وعلى توقّعه من أطرافها، وأيضاً، إخضاعهم للحكم تحت عنصر المفاجأة. كما أنّ، عدم توقّع الاجتهاد اللاحق بالقضاء، مسألة لا تقتصر على الطرف العادي فقط، بل تمتد حتّى إلى رجال القانون من محامين؛ بصعوبة الإلمام وتوقّع الاجتهادات القضائية<sup>(2)</sup>.

يظهر جلياً إنعدام وغياب مسألة التوقّع للاجتهاد القضائي الجديد، من زاوية أنّ الأفراد يدخلون في علاقات تحت ظلّ اجتهاد محدّد؛ إلّا أنّهم يجدون أنفسهم أمام اجتهاد جديد. فالقاضي يقضي وفقاً لفهمه الذاتي للنص القانوني، وماله من سلطة تقديرية واسعة، وما لذلك من آثار على قرار أو حكم الدّعى<sup>(3)</sup>. إذا كان الاجتهاد القضائي في حقيقته تأويلٌ للقاعدة القانونية المكتوبة<sup>(4)</sup> على أساس أنّ القضاء من يبعث الروح للقواعد القانونية، من خلال نقلها من الشكل النظري إلى الواقع العملي، وبذلك يكفل لها الإستمرارية في التطبيق عن طريق التفسير المتطور، وتحقيق الحد الأدنى من الثبات والإستقرار<sup>(5)</sup>. لكن؛ الإشكال يكمن في تغيّر وتعدّد التفسيرات القضائية لنفس القاعدة القانونية. فعند التسليم بصحة القول أعلاه بصفة مطلقة؛ سنكون بالضرورة أمام حالة توحيد الاجتهادات القضائية، مادام أنّ التفسير القضائي تأويل للقاعدة المكتوبة، ومادامت هذه الأخيرة نفسها لم تتغير؛ لكن بالنظر إلى الواقع نجد العكس تماماً، وهو ما يملّي ضرورة الإتجاه إلى وضع حلول صارمة لما آلت إليه الاجتهادات القضائية في الجزائر.

## ب . خطر صعوبة الوصول إلى الاجتهادات القضائية الجديدة

إذا كانت القاعدة القانونية من السهل الولوج والوصول إليها، بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، إستناداً للمادة 78 ف02 من دستور لسنة 1996<sup>(6)</sup>؛ فإنّ الوضع ليس سيّان بالنسبة للاجتهادات القضائية، فغالباً ما تكون هذه الأخيرة حبيسة المتخصّصين في الغرفة أو الهيئة التي أصدر

(1) - أحمد السعود، ياسين بن عمر، المرجع السابق، ص 181.

(2) - نقلاً عن: مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 57.

(3) - راجع إبراهيم رحمانى وآخرون، الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د.د.ن، الوادي، 2019، ص 22.

(4) - غميجة عبد المجيد، "مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي"، المرجع السابق، ص 19.

(5) - نقلاً عن: مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 52.

(6) - راجع مضمون المادة 78 ف2 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المرجع السابق.

منها الاجتهاد. فالاجتهاد القضائي لا يمكن أن يحقق غايته، ودوره إذا ظلّ حبيس رفوف وأدراج المحاكم، لذا ينبغي نشره لضمان الإطلاع عليه من قبل جميع الجهات القضائية خصوصاً، وبالنسبة للمواطنين عموماً. فالوصول إلى الاجتهادات القضائية في الجزائر في الوقت الحالي أصبح شبه مستحيل، سواء كان ذلك مادياً أو فكرياً.

## 2. خطورة العدول على الاجتهاد القضائي بالنسبة للمنظومة القانونية

هناك من يأخذ بخطورة العدول عن الاجتهاد القضائي على مدى بعيد، يربطه مع النظام القانوني ككلّ، وعلى الرغم من وجود من يرى أنّ عدم تطبيق الأثر الرجعي للاجتهاد القضائي ليس أساسه الأمن القانوني، بل مبدأ المحاكمة العادلة، بدليل أنّ القانون الحيوي هو الذي تصنعه الجهات القضائية<sup>(1)</sup>؛ إلا أنّه لا يمكن إخفاء الانعكاسات السلبية لظاهرة العدول عن الاجتهاد القضائي، خاصّة في انهيار الأمن القانوني وبروز أزمة ثقة في القضاء.

### أ. رجعية الاجتهاد القضائي: إنتهاك للأمن القانوني

الجزائر أمام أزمة حقيقية؛ هكذا استهلّ أحد المحامين تصريحاته<sup>(2)</sup>، مشيراً إلى اضطراب الأمن القانوني في الجزائر، في صورة أصبحت النصوص القانونية مطاطية، غير آمنة، يمكن إستعمالها أكثر من مناسبة. ناهيك عن اخضاعها لتوجّهات وأفكار سياسية للقاضي؛ وغياب الأمن القانوني حسب راجع إلى عمومية القواعد القانونية تارةً، وابهامها تارةً أخرى.

ومن زاوية أخرى؛ فإنّ الأمن القانوني يحمل في فحواه اتّهام وإدانة للاجتهاد القضائي؛ فكّما تحقّق أحدهما، تقلّص مجال الآخر، وعند الأخذ بالأوّل، يستدعي التشكيك في صحّة التّأني<sup>(3)</sup>. وإذا كان الاجتهاد القضائي مطلباً ضرورياً؛ إلّا أنّ الإشكال يكمن في الحجم الحالي للاجتهادات القضائية. ممّا يفرض إلزامية توجيه الحلول القضائية على نحو يرسّخ الأمن الذي يهدف إلى تمكين المواطن بدون عناء من تحديد ما هو مباح، وما هو محظور، وشعور المواطن بالأمن سيسمح بتجسيد الأمن القضائي.

(1) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص 55.

(2) - عبد الغني بادي، مقال منشور حول: الأمن القانوني... ضرورة مستعجلة للقاضي والمتقاضي، الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية والاستراتيجية، 11 فيفري 2022. متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.elkhabar.com/press/article/203350>، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 11 ديسمبر 2023، على الساعة 04:00.

(3) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص 53.

إذا كان الأمن القانوني يعدّ أحد متطلبات العصر، فمن مقوماته أيضاً؛ إستقرار الإجتهد القضائي<sup>(1)</sup>، بحيث يؤثر الإجتهد القضائي على الأمن القانوني سلباً وإيجاباً؛ وجوداً وعدم<sup>(2)</sup>. إيجاباً ووجوداً؛ في حالة تدخّل القضاء لمعالجة القصور التشريعي، هادفاً للحفاظ على المراكز القانونية للأطراف الذي يعدّ من أهم عناصر وأهداف الأمن القانوني<sup>(3)</sup>. فالمجتمع "يشعر دائماً بالحاجة إلى ثبات القانون ووحدة تطبيقه ويوم يختلف تطبيقه من قاضٍ لآخر سوف يفقد معناه الحقيقي، وتهتزّ إرادته الإلزامية ويكون مبدأ توحيد أحكام المحاكم ووحدة القضاء ضرباً من الخيال<sup>(4)</sup>. سلباً وعدم<sup>(4)</sup>؛ في حالة ما إذا كان اجتهاد القاضي وتفسيره للقاعدة القانونية مخالفاً لتفسير سابق لها، أو مخالفاً لاجتهاد قضائي مستقر، فإنّ ذلك لا محالة سيسبّب إعتداءً على الأمن القانوني، خاصّة أنّ العدول يتمّ سريعاً، مبالغاً، دون علم المتقاضين<sup>(5)</sup>.

كما أنّه، وإذا كان مضمون الأمن القانوني مبني على المفاهيم الآتية: الوضوح، الدقّة، والتّوقّع والثّبات، فإنّ رجعية الإجتهد القضائي لا تخدم بتاتاً هذه الإعتبارات، بل على العكس تهدّدها، ويصل الأمر في كثير الأحيان إلى إهدارها. فأصبح اليوم ضرورة تحقيق الإستقرار والثّبات على مستوى الهيئات القضائية حتمية ضرورية، أمّلتها الآثار السّلبية للوضع الراهن، ولا نقصد بثبات الإجتهد القضائي الثّبات المطلق بقدر ما نأمل بإستقرارها بصورة تخدم فكرة الأمن القانوني.

## ب . رجعية الإجتهد القضائي: بروز أزمة الأمن القضائي

يُعدّ الأمن القضائي-كما أشرنا سابقاً<sup>(6)</sup>- من المفاهيم الحديثة التي تقوم عليها دولة القانون، ويعني في جانبه الضّيق؛ سهر الجهات القضائية لتحقيق الإستقرار والثّقة في جهاز القضاء، من خلال اطمئنان الأطراف على أنّ الحكم القضائي الصّادر عنها عادل. تتطابق فيه الحقيقة النّظرية مع الحقيقة الفعلية<sup>(7)</sup>. غي أنّ الإشكال يتعلّق، بمدى اطمئنان الخصوم إلى أنّ منازعتهم سيتم النّظر إليها من جهة قضائية عادلة.

(1)- راجع في ذلك إشكالية أشغال الملتقى الدولي حول القانون المدني بعد أربعين سنة، المرجع السابق، ص 9.

(2)- أورك حورية، المرجع السابق، ص 218.

(3)- نقلاً عن: مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 51.

(4)- حامد شاكر محمود الطائي، "دور الإجتهد القضائي في تحقيق الأمن القانوني"، المرجع السابق، ص 02.

(5)- نقلاً عن: مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 52.

(6)- انظر في الباب الأوّل الفصل الأوّل المبحث المطلب الأوّل.

(7)- مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 46.

وأن أحكام هذه الأخيرة تتميز بالثبات والاستقرار، فلن يتم عكسها بصورة مباغتة، تتنافى مع توقعاتهم المشروعة. وعليه فإنّ عكس الإجهاد يمسّ فكرة الأمن القضائي، ويعرّضها للخطر<sup>(1)</sup>.

تتمّة لذلك؛ فإذا كانت فكرة الأمن القانوني غالباً ما تقتنر بفكرة الأمان في القضاء؛ ذلك أنّ هذا الأخير يعتبر حامي حقوق المتقاضين<sup>(2)</sup>، ونظراً لتطوّر فكرة الأمن القانوني من جانبها السلبي، فإنّه وفي الآونة الأخيرة برزت نقاشات حول تطوّر فكرة أخرى مرتبطة بعدم الأمان في جهاز القضاء، على أساس أنّ القضاة يشيرون في قراراتهم وأحكامهم بمصطلحات غامضة، غير مفهومة<sup>(3)</sup>.

بعيداً عن الأهمية الكبيرة للإجهاد القضائي، فإنّه قد يكون في كثير الحالات مصدر خطر، يمسّ ثقة المتقاضين خصوصاً<sup>(4)</sup>، ويعرّض مبدأ الأمن القضائي للأزمة عموماً؛ وهو ما يظهر مؤخراً لاسيما أمام نقشي ظاهرة البحث عن أيّ مخالفة في مادّة الإجراءات، حتّى وإن لم يتم النصّ عليها قانوناً لرفض الدّوى، تحقيقاً لغرض مزدوج؛ تقادي الفصل في موضوعها، وتضخيم عدد القضايا التي فصل فيها. إلى جانب، شيوع ظاهرة تأييد القرارات والأحكام من قبل المجالس القضائية أو حتّى المحكمة العليا قصد تصفية القضايا دون الفصل فيها<sup>(5)</sup>.

وفي هذا المقام؛ أكّد الأستاذ عبد المطلب قنان<sup>(6)</sup>، أنّ الواقع القضائي أصبح في عهدٍ مجهل فيه المتقاضي وحتّى المحامي خلفيات الحكم الصادر في حقه/حق موكله، كما أنّ بعض الأحكام القضائية غالباً ما يعجز المحامين عن فهمها، وما لذلك من آثار سلبية على فكرة الأمن القضائي المجسّدة في فقدان النّقة في العدالة<sup>(7)</sup>.

إذن القاضي، وتأسيساً لذلك؛ أصبح طرفاً إلى جانب المشرّع -قليل الإهتمام بجودة عمله- في إضطراب جهاز القضاء، بسبب قراءته الخاصة للقواعد القانونية، وإصدار أحكام، وقرارات بعيدة عن الواقع.

(1)- المرجع نفسه، ص.ص 42-44.

(2)- غميّة عبد المجيد، "مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي"، المرجع السابق، ص 21.

(3)- FULLI-LemairieSamuel, l'essor de la notion d'insécurité juridique dans la jurisprudence judiciaire française et la jurisprudence européenne, Art publier dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: l'émergence d'une notion?, Op-Cit, p101.

(4)- JEAN -Louis Bergel, Op-Cit, p274.

(5)- بوبشير محند امقران، المرجع السابق، ص 69.

(6)- عبد المطلب قنان، الأمن القانوني... ضرورة مستعجلة للقاضي والمتقاضي، انظر الموقع السابق.

(7)- سعيد صالح، (نائب الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان)، مقال منشور حول: الأمن القانوني... ضرورة مستعجلة للقاضي والمتقاضي، الموقع السابق.



فتطبيق الرجعية لا يخدم الأمن القضائي، بل يهدمه على أساس أن تطبيق الاجتهاد الجديد على كل الخصومات، دون مراعاة لتاريخ الوقائع فيه مساس بأمن المتقاضين، ذلك أن هذا الأخير سيخضع لاجتهاد ناتج عن تغير جديد، ومختل، عن ذلك السائد في تاريخ الوقائع، مما يهدم توقعاته<sup>(1)</sup>.

خلاصة ذلك؛ إذا كان الإسراع في إصدار قواعد قانونية غير مدروسة، يؤدي إلى خلق كثرة التعديلات مستقبلاً أو حتى إلى إلغائها أوالى إصدار قوانين جديدة تنظم بعض المستجدات بشكل يخلق ظهرة التضخم في القوانين؛ فإن نفس الإشكال يتجسد عند تغير الاجتهادات القضائية أو العدول عنها باستمرار، على نحو يهز ثقة المتقاضي بهذه الأحكام أو القرارات، مما يجعل القاعدة القانونية والقضائية غير مستقرة على حدّ السواء، وبالتالي إهدار مبدأ الأمن القانوني والقضائي على التوالي. وإذا كان تحقيق الأمن القانوني يتوقف على اعتبارات هذة سبق الحديث عنها؛ فإن إستقرار الاجتهاد القضائي، يمكن أن يتوقف على متطلبات معينة أبرزها: الدقة، التكرار، توقع مضمون الاجتهاد، والثبات لمدة زمنية معينة. فعندما تصدر جهة قضائية اجتهاداً ما، لابد أن يكون واضحاً ودقيقاً، محيطاً لجميع حيثيات الدعوى، وتلتزم سائر الجهات القضائية باتباع مضمونه، والاستشهاد به في أحكامها وقراراتها. وهذا الثبات هو الذي يجسد الإستقرار والاطمئنان إلى جهاز القضاء، والشعور بالعدالة والمساواة.

## الفرع الثاني

### آليات تكريس الأمن القضائي في الجزائر: بين الواقع والمأمول

لقد تجاوز الفقه القانوني فكرة انعدام الأمن القانوني، لتتجه دراستهم للتركيز حول انعدام الأمن القضائي، بسبب التغيرات الكثيرة التي طالت الاجتهادات القضائية بشكل يمس أمن وتوقعات المتقاضين، وقد أشار الأستاذ طوماس (PIAZZON Thomas) على أن مطلب الاستقرار لا يقتصر على النصوص القانونية فقط، بل يشمل كذلك الاجتهادات القضائية<sup>(2)</sup>.

(1) - نوال صاري، المرجع السابق، ص112.

(2) - RENAN Friederich, Op-Cit, p28. PIAZZON Thomas, Op-Cit, p29.

إنّ ضمان الأمن القضائي في الجزائر يتوقّف على مدى إستقرار وثبات الإجتهااد القضائي؛ وتحقيق هذا الأخير مطلب ضروري، حتّى لا يعتبر البعض الاجتهاد مجرد نزوة أو محاباة أو انحياز لطرف على حساب طرف آخر، فالثّبات والإستقرار كفيّلين بتوفير صفة العمومية، والتجريد في أعمال الإجتهااد<sup>(1)</sup>. كما أنّ فكرة العدول بذاتها، فكرة تتعارض مع مفهوم مبدأ الأمن القانوني، وأسسّه، وأهدافه، القائم على الإستقرار والثّبات<sup>(2)</sup>. فإذا كان الإجتهااد القضائي الجديد يخدم مصلحة الطّرف الأوّل، فلا شك أنّ المصلحة الثّانية يتعارض معها، وهذا الأخير له كامل الحقّ في التمسّك بمبدأ الأمن القانوني والمطالبة بتطبيق الإجتهااد القضائي الأوّل عليه بعد اثباته لحقه<sup>(3)</sup>، فإستقرار الإجتهااد يخدم كثيراً فكرة الأمن القانوني، من خلال الاطمئنان لوجود اجتهاد تمّ التّواتر عليه، وأصبح ثابت ومستقر، فيتصرف الأفراد بناءً عليه دون خوف.

تأسيساً على ذلك، ونظراً لما تعانيه الاجتهادات القضائية في الجزائر من تذبذب واللامن، وتبعاً لخطوة الوضع؛ أصبح ضرورة التّقليص من حدّة العدول عن الإجتهااد القضائي ضرورة ملّحة. ونحن بهذا لا نعارض فكرة رجعية الإجتهااد القضائي، بقدر ما نأمل بإستقراره، والأخذ بإعتبار مبدأ الأمن القانوني كأعتبار أولي بضرورة إحترام توقّعات الأطراف. وهذا لا يعني المبالغة في التمسّك بمبدأ الأمن القانوني على حساب مسار الاجتهادات القضائية، بقدر ما أنّ الهدف يكمن في تحقيق الاستقرار والأمان القضائي، بإتباع مجموعة من الآليات التي تضمّنها التشريع الجزائري، ونظراً لقصور غالبيتها، وجب الاستعانة بالآليات المكرّسة ضمن القوانين الأجنبية.

### أولاً: الآليات التشريعية الوطنية لتجسيد الأمن القضائي

نقصد بالآليات التشريعية الوطنية في تجسيد الأمن القضائي، مجمل الآليات، والأدوات، والضّمانات والإجراءات، التي كرّسها المشرّع الجزائري بموجب القوانين الجزائرية؛ سواء الدّستور أو القانون العضوي، أو القانون العادي، وحتّى تلك التي أحالها إلى التّنظيم. وعلى الرّغم من أنّ القانون قد تقطّن إلى خطورة العدول عن الإجتهاادات القضائية، وعدم إستقرارها؛ إلّا أنّ هذه الآليات تعرف نوعاً من الثّغرات والإخفاقات.

#### 1. آلية توحيد الإجتهاادات القضائية: بين النّصّ والواقع

(1) - نقلاً عن: عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 539.

(2) - لقد اعتبر الأستاذ غميّة تدخّل القضاء للفصل في القضايا المعروضة أمامهم مطلب آخر لتحقيق الأمن القانوني. للتّفصيل أكثر، أنظر: غميّة عبد المجيد، "مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي"، المرجع السابق، ص 05.

(3) - صاري نوال، المرجع السابق، ص 08.

إذا كان المدلول الضيق لفكرة الأمن القضائي تتطلب عنصرين؛ العمل على توحيد الاجتهاد القضائي إلى جانب إنشاء وحدة قضائية متينة<sup>(1)</sup>. بمعنى المخالفة، فغياب العنصرين، يعني اهدار فكرة الأمن القضائي خصوصاً، ويمنع من إقامة دولة القانون على وجه العموم. لاسيما أنّ الوصول لبناء هذه الأخيرة، يتوقف على مدى وجود هيئة قضائية عليا مستقلة، تعمل على مراقبة مدى تطبيق القواعد القانونية من الجهات القضائية الأدنى منها درجة، وتضمن توحيد الاجتهاد القضائي في الدولة<sup>(2)</sup>؛ غير أنّه، وبعد مضي قرابة 20 سنة من إنشاء المجلة القضائية، و50 سنة من إنشاء المحكمة العليا؛ لا تزال هذه الأخيرة بعيدة عن تحقيق مهمتها في توحيد الاجتهاد القضائي.

على المستوى النظري؛ كرس المشرع الجزائري هذه الوظيفة بموجب نصّ دستوري<sup>(3)</sup>، ولم يكتف بتحديد وظيفة ومهمة المحكمة العليا المتمثلة في السعي إلى توحيد الاجتهادات القضائية، بقدر ما قام بتنظيمها، من خلال شرح مختلف الإجراءات المتبعة لتحقيق وظيفة التوحيد بموجب المواد 16، 17 و18 من القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 يوليو 2011 المحدد لتنظيم المحكمة العليا، عملها، واختصاصاتها، والتي تضمنت حلولاً عند وجود تعارض بين الأحكام القضائية، سواء على مستوى القضاء العادي، وحتى على المستوى القضاء الإداري بموجب القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيم عملها المعدل والمتمم<sup>(4)</sup>.

تكتسي آلية التوحيد أهمية بالغة في مجال تفسير القاعدة القانونية<sup>(5)</sup> أمام مختلف الجهات القضائية لتفادي تعارض الأحكام<sup>(6)</sup>. فالحلّ القضائي الذي تتبناه الهيئة القضائية العليا، هو الحل الذي يطبق على المسألة القانونية محلّ الاختلاف، وفي هذا تطبيق لمبدأ المساواة أمام القانون. كما تتولّى المحكمة العليا ومجلس الدولة حصراً بإعتبارهما أعلى هيئة قضائية، مهمة توحيد الاجتهاد القضائي، ومن ثم لا يجوز لأيّ جهة قضائية أخرى أن تقوم بذلك<sup>(7)</sup>.

(1) - قليل علاء الدين، المرجع السابق، ص 312.

(2) - بوبشير محمد امقران، المرجع السابق، ص 72.

(3) - تنصّ المادة 171 ف1 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016 على: "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهادات القضائية في جميع أنحاء البلاد ويسهران على إحترام القانون"، المرجع السابق.

(4) - بوبشير محمد امقران، المرجع السابق، ص 72.

(5) - بوكماش محمد، كلاش خلود، المرجع السابق، ص 143.

(6) - GORDON Choisel, Op-Cit, p24.

(7) - شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 411.

على المستوى الواقعي؛ فعلى الرغم من وجود مختلف الأسانيد القانونية المترجمة لمهمة العمل على توحيد الاجتهادات القضائية؛ إلا أنها تبقى مجرد نصوص نظرية، فالواقع الراهن أثبت غياب فعالية هذه النصوص نظراً للتذبذب الكبير على مستوى الاجتهادات القضائية.

## 2. الضبط التشريعي لآلية التراجع عن الاجتهاد: إجراءات قانونية غير كافية

نظرياً؛ نظم المشرع الجزائري آلية التراجع عن الاجتهاد القضائي في النصوص التشريعية، لهدف خلق نوعاً من الأمان، والثقة في جهاز القضاء<sup>(1)</sup>، وهو ما توضّحه أحكام القانون العضوي رقم 89-22 المعدل بموجب القانون العضوي رقم 11-12، وقد كرس هذه الآلية في القضايا العادية بموجب القانون العضوي رقم 11-12 في مادتيه 18 و 19<sup>(2)</sup>، كما كرسها في القضايا الإدارية<sup>(3)</sup> بموجب القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة في المادة 32 منه<sup>(4)</sup>. تطبيقياً؛ فإن هذه الإجراءات تبقى غير فعّالة من الناحية العملية، بحيث لم يتم إحاطتها بضمانات كافية، ممّا جعلها تستخدم بشكل سيئ، وبصورة تمس الأمن القضائي. فالإجراءات التي حدّدت بموجب القانونين أعلاه، تحمل في ثناياها نقائص أكثر من الإيجابيات، بحيث لم يضع المشرع الجزائري جزءاً في كلّ حالة لم يتم فيها التقيد الصّارم بمضمون هذه الإجراءات من قبل المحكمة العليا. كما أنّه لم يعتبر مثل هذه الإجراءات من النظام العام، وهو ما يؤكّده إصطلاح يجوز في المادة 22 ف5 من القانون العضوي رقم 89-22<sup>(5)</sup>. كما أنّه لم يضع طريقة للطعن أو المعارضة على قرارات المحكمة العليا في كلّ مرة تقوم بالعدول أو التغيير في اجتهاداتها، دون التقيد بتلك الإجراءات. لاسيما أنّ قراراتها غير قابلة للمعارضة، تطبيقاً للمادة 379 ق.إ.م.<sup>(6)</sup>، ولا يمكن إثارة أو التمسك بالبطلان دون نص صريح. وهنا تكمن شرعية البحث حول فعالية وجدوى ما تحمله هذه القوانين من إجراءات وقواعد وأحكام.

(1) - بوبشير محند امقران، المرجع السابق، ص 58.

(2) - راجع مضمّن المادتين 18 و 19 من القانون العضوي رقم 11-12، المؤرخ في 26 جويلية 2011، يحدّد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج.ر.ج.د.ش، العدد 42، الصادر 31 جويلية 2011.

(3) - شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 411.

(4) - انظر مضمون المادة 32 من القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج.د.ش، العدد 37. المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج.ر.ج.د.ش، عدد 43.

(5) - راجع مضمون المادة 22 ف5 من القانون العضوي رقم 89-22، المرجع السابق.

(6) - راجع مضمون المادة 379، من القانون رقم 08-09، المرجع السابق.

### 3. آلية تقنين ونشر الإجتهد القضائي: بين القبول والرفض

إنَّ التَّخفيف من الآثار العكسية للعدول عن الاجتهادات القضائية، وتحقيقاً للأمن القضائي، غايةٌ تتوقَّف على تدخُّل المشرِّع لغرض تقنين الاجتهادات القضائية التي تمَّ التَّواتر عليها، مساهمةً لما يفرضه جوهر الأمن القانوني، الَّذي لا يتحقَّق إلَّا بواسطة القانون المكتوب. بحيث، أنَّ هذه الآلية -تقنين القانون الثابت للاجتهادات القضائية- ستضع نهاية لتردِّدات الاجتهادات القضائية التي تضرُّ بالأمن القانوني من جهة أولى<sup>(1)</sup> وبصورة يرفع من قيمتها القانونية، فتصبح قواعد قانونية تحت ما يعرف بالقانون البريتوري أو الصِّياغة البريتورية، نتيجة تغير طبيعتها من الطَّابع القضائي إلى الطَّابع التشريعي المحض، وبذلك تصبح القاعدة القانونية -الاجتهادية- لا جدل فيها فتكون بذلك بمأمن من التَّغيرات، والعدول عنها؛ لاسيما من قبل القضاة<sup>(2)</sup>.

لكن وعلى الرِّغم من إعتبار القضاء الأقرب للمواطن؛ إلَّا أنَّ تقنين تلك الاجتهادات بصورة نهائية يجعلها جامدة. فإذا كان تقنين الإجتهد تحت رقم معين (رقم المادة) يجعل تطبيقها يسيراً عملياً، بشكلٍ يحقِّق الاستقرار. فإنَّ الإشكال يكمن، حالة ما إذا أضيف للإجتهد القضائي بعض الخصوصية أو الاستثناءات مستقبلاً، فنكون أمام إشكال آخر حول ما إذا كان ذلك إلغاءً ضمني من قبل القضاء للإجتهد الأوَّل المقتن، أم لا.

في سياق التأكيد؛ وباعتبار الوظيفة الأولى للاجتهاد القضائي تتمثَّل في، تدارك النقص الَّذي يشوب القاعدة القانونية، فمهما كانت ذو جودة عالية، إلَّا أنَّها تبقى غير كاملة لوضع الحلول الفردية لجميع النزاعات. ولهذا يحضر دور الإجتهد القضائي في سدِّ ذلك الفراغ، بموجب حلول تكون أقرب إلى نصوص قانونية، وجب العلم بها لغرض القيام بتصرفات تراعي مضمون الإجتهد؛ فهو بذلك بمثابة قانون.

لذلك وجب نشره حتَّى تتحقَّق قرينة العلم به، وتمكين المخاطبين به من خلال الاطِّلاع على جميع الاجتهادات القضائية في جميع القضايا، بشكلٍ يعزِّز النِّقَّة في أجهزة القضاء، وبالتالي تحقيق الأمن القضائي، خاصَّةً، أنَّ الحقَّ في المعلومة ليست مسألة تنظيمية، بقدر ما أنَّها حق دستوري لكلِّ مواطن.

كرَّس المشرِّع الجزائري آلية نشر الاجتهادات القضائية بموجب المادة 05 من القانون العضوي رقم 11-12 والتي جاء فيها ما يلي: "تعمل المحكمة العليا على نشر قراراتها وكذا التعليقات والابحاث

(1) - بناسي شوقي، قانون العقود الفرنسي الجديد في ثوبه العربي-تقديم-ترجمة-ملاحق، المرجع السابق، ص 90.

(2) - بوزيد صبرينة، المرجع السابق، ص.ص 47-49.

القانونية والقضائية<sup>(1)</sup>، وقد أحالت شروط تطبيقها إلى التنظيم. وفي شأن ذلك، تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 12-268 المؤرخ في 23 جوان 2012 المحدد لشروط وكيفيات نشر القرارات، والتعليقات، والأبحاث القانونية والقضائية للمحكمة العليا<sup>(2)</sup>، كما نص القانون العضوي رقم 11-13 في مادته 08 على أن مجلس الدولة ينشر قراراته ويسهر على نشر كل التعليقات والدراسات القانونية، لكن الملاحظ أن هذه المادة لم تتضمن إحالة إلى التنظيم الجديد، لتحديد شروط تطبيقها<sup>(3)</sup>.

تكمن الغاية من نشر الإجتهاادات القضائية، ليس مجرد إعلام المحاكم والمجالس القضائية، بل الغاية وقائية، وحمائية؛ تهدف نحو مساعدة وحث القضاة على إصدار قرارات وأحكام سريعة، وإيجاد حلول قانونية ناجعة، لاسيما أن عملية النشر تعد الضامن الوحيد لمسألة توحيد الاجتهاد القضائي<sup>(4)</sup>. وعلى الرغم من هذه الأهمية البالغة لعنصر النشر، إلا أنه لا يزال محدوداً وضيقاً<sup>(5)</sup>.

كما أن المشرع الجزائري، قد أغفل مسألة تحديد طبيعة الأحكام الواجب نشرها، فعملية النشر يجب أن تقتصر على الأحكام التي تتضمن اجتهاداً قضائياً يفسر نصاً غامضاً أو يملأ فراغاً تشريعياً، أو يكمل نصاً قانونياً ناقصاً، وعليه إذا تضمن النشر أحكاماً تطبيقية، لقواعد قانونية واضحة، فهذا تنتمي الغاية من النشر، لأن العبرة ليست بكمية الأحكام المنشورة، وإنما بالموضوع الذي تعالجه والحل القانوني الذي تقدمه<sup>(6)</sup>.

## ثانياً: الآليات التشريعية المقارنة لتكريس الأمن القضائي: الحاجة إلى فعاليتها

لقد تم إستحداث، وتبني آليات عدة لتحقيق الأمن القضائي بموجب التشريعات المقارنة، ونظراً لفعاليتها نناد المشرع الجزائري الأخذ بها:

### 1. الإعتدال على آلية الدور الرقابي والوقائي للمحكمة العليا

تخول هذه الآلية لمحكمة الموضوع طلب رأي المحكمة العليا في مسألة قانونية نشأ بمناسبة تطبيقها نزاع، وذلك قبل الفصل في موضوع الدعوى، على سبيل الاستئناس برأي المحكمة العليا حول تفسير النص

(1) - المادة 05، من القانون العضوي رقم 11-12، المرجع السابق.

(2) - راجع مضمون المرسوم التنفيذي رقم 12-268، المؤرخ في 23 جوان 2012، المحدد لشروط وكيفيات نشر القرارات، والتعليقات، والأبحاث القانونية والقضائية للمحكمة العليا،

(3) - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 412.

(4) - بوبشير محمد امقران، المرجع السابق، ص 71.

(5) - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 24.

(6) - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 412.

القانوني الذي شابه اللبس في التطبيق، ومن ثم تصدر محكمة الموضوع حكمها في القضية<sup>(1)</sup>. وهذا الإجراء لا يتنافى مع طبيعة عمل المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون وليس الموضوع؛ بقدر ما أن وظيفتها يتعلّق فقط بالدور الرقابي والوقائي للجهات الأدنى منها درجة.

كما أن هذه الآلية، تسمح بإخراج المحكمة العليا من وظيفتها التقليدية الممثلة بالعمل على توحيد الاجتهاد القضائي إلى دور أكثر فعال، هو إبداء الرأي والمشورة في القضايا المرفوعة إلى الجهات القضائية الأدنى منها.

## 2 . آلية التخلي عن نظام الإحالة الثانية في النقض

يكن جوهر هذه الآلية؛ في أنه إذا خالف القاضي الأدنى درجة قرار المحكمة العليا التي نقضت حكماً سابقاً، فإن محكمة النقض تجتمع بجميع غرفها وتصدر قراراً يصبح ملزماً، بحيث لا يمكن الطعن فيه بالنقض من جديد، ومن ثم يتم العمل فقط بنظام الإحالة الأولى<sup>(2)</sup>. ففي حالة عدم إلزام القاضي الأدنى بقرار المحكمة العليا، تفصل هذه الأخيرة مباشرة، ولا داع لنظام الإحالة الثانية. وتبني هذا الإجراء يؤدي إلى الإسراع في الفصل في القضايا، والقضاء على تعارض الأحكام الصادرة بين المحكمة العليا والجهات القضائية الدنيا.

## 3 . آلية العمل على توحيد منهجية التفسير

لا تقف وظيفة القاضي على مجرد تطبيق القاعدة القانونية، بل البحث عن الحلّ العادل للنزاع، والذي لو تنبّه إليه المشرّع لوضع نصّاً مكتوباً<sup>(3)</sup>، لذلك يوصف القاضي بأنه طبيب القوانين؛ إذ يشفي الآثار السلبية التي تركها أو خلفها المشرّع؛ قاصداً بذلك ضمان فكرة الأمن القانوني. إلا أنه، ومن جهة مقابلة، يساهم في خرق الأمان القضائي، ذلك أن القاعدة القضائية تبقى غير متوقعة من طرف المتقاضين<sup>(4)</sup>.

وعليه؛ فإذا كانت فكرة الأمن القانوني غائبة ضمن مادة قانون التعاقد، فإن هذا يعني التشكيك في القدرة على التنبؤ بأحكام وقرارات القضاة<sup>(5)</sup>. بحيث، أن عدم وجود نصّ قانوني، أو وجود النصّ إلا أنه

(1) - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 414.

(2) - المرجع نفسه، ص 414.

(3) - عجالي خالد، المرجع السابق، ص 397.

(4) - RENAN Friederich, Op-Cit, p27.

(5) - FAVENNEC-Héry Francoise, Op-Cit, p400.



غامض؛ لحكم نزاع ما، يلزم القضاة بإتباع منهجية معيّنة في فهم القضية والحكم عليها، وهذا الطريق يُعدّ أحد الأسباب الرئيسيّة المؤدية إلى إختلاف التفسير بين قضاة الموضوع، وبالنتيجة، تعارض الأحكام. وهذا أمر واقعي<sup>(1)</sup>، إذ أنّ القضاء الجزائري يعتمد على عدّة طرق فقهية في ذلك<sup>(2)</sup>، وهو ما أثر سلباً على فكرة أخرى متعلّقة بإمكانية التوقّع أو التنبؤ بالتفسير، فأصبحت هذه الأخيرة غير مؤكّدة نظراً لاختلاف المناهج، والطرق المتبعة من القضاة في التفسير<sup>(3)</sup>، ممّا يفرض بالضرورة العمل على توحيد منهجية تفسير النصوص القانونية.

#### 4 . آلية اعتبار الإجتهد القضائي مصدراً رسمياً في القانون

إنّ تحقيق الأمن القضائي في الجزائر متوقّف على مدى تحوّل نظرة المشرّع نحو الاجتهادات القضائية، بحيث، يجب عليه إدراج الاجتهادات القضائية كمصدر رسمي للقانون، إلى جانب المصادر المدروسة في المادة 02، من ق.م.ج<sup>(4)</sup>.

إنّ تكريس هذه الآلية بنصوص القانون، ستساهم كثيراً في التزام قضاة الجهات الأدنى، الأخذ بمضمون الإجتهد القضائي المتوصّل إليه، والموحّد من جهة قضائية أعلى، باعتباره، اجتهاداً منشوراً، نتيجة اعتباره مصدراً رسمياً في القانون.

(1)-Ib-Id, p37.

(2)- فريجة حسين، "الإجتهد القضائي مفهومه، شروطه -المجتهد معناه ومطلوه-، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 01، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004، ص.23، ص.ص.11-26. شيخ نسيم، المرجع السابق، ص.414.

(3)- DOUET Frédéric, Op-Cit, p397.

(4)-راجع مضمون المادة 02، من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

## خلاصة الباب الثاني

أشار تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، إلى الهدف الأول المعلن منه، المتعلق بتحقيق الأمن القانوني، عن طريق منح السلطة الواسعة للقاضي في العقد، وهو ما يوحى إلى وجود تعارض بين هذا الإجراء الجديد والتمسك الحرفي بمبدأ الأمن القانوني التقليدي الرافض للتدخل القضائي؛ إلا أنه وفي حقيقة الأمر فلا وجود للتعارض، بقدر ما أن في ذلك ما يوحى، إلى التحوّل في فحوى نظرية الأمن القانوني في العقود، من فكرة تقليدية قائمة على مبدأ عدم المساس بالعقد إلى فكرة حديثة ترحب أكثر بالتدخل القضائي في العقد، تحقيقاً لأمن وإستقرار العلاقات العقدية.

إنّ دقة الملاحظة لآليات التدخل القضائي في العقد؛ سواء في مرحلة الإنشاء أو التنفيذ، ووفقاً لرأينا الشخصي، وبكل موضوعية، تؤكد أنّ اليوم يفرض علينا عدم التّحفظ أو التّخوف من الرّقابة القضائية في العقود، ذلك أنّه وضع أملتة عدة إعتبارات منها؛ اللاتوازن الفاضح بين الأداءات، وحتّى بين الحقوق. صف على ذلك، غياب العدالة العقدية.

يجسّد التدخّل القضائي في العقود دور الغير في المحافظة على العقد، باعتباره وسيلة إيجابية للوقوف حول الإختلال في التّوازن العقدي. وتتحقق إيجابية هذا التدخّل في المحافظة على بقاء وإستمرار العقد؛ وإذا كان في ذلك خرق لأهم مبدأ في قانون العقود القاضي بضرورة إحترام القوّة الملزمة للعقد، فهو ما يستدعي صياغة مبدأ قانوني يتضمّن فحوى أسس قاعدة القوّة الملزمة للعقد بصورة لا تستبعد الإرادة من المجال العقدي؛ لكن وبنفس القدر، أن لا تعدّ المهيمنة الوحيدة على إنشاء، وتحديد آثار العقد. فالمبدأ الجديد يجب أن يكون أكثر توافقاً مع متطلبات الإرادة من جهة -لأنّه في كلّ الأحوال لا يمكن استبعادها من المجال العقدي إلا في حالات معينة- ومن جهة ثانية، سيكون بصورة مرنة، قابل لاحتضان تغيرات ومعطيات المجتمع، بعيداً عن الجمود الذي طاله في ظلّ النظرية التقليدية. ومن جهة أخيرة، سيصبح التدخّل القضائي، فعّالاً أكثر في الحفاظ على العقد.

هنا تحديداً تبرز الأهمية النظرية وحتّى التّطبيقية لظهور إصطلاح أزمة العقد؛ فمن جهة لا بد من قبول التدخّل القضائي في العقد حفاظاً على الأمن القانوني له، والابتعاد عن صلابة وجمود القوّة الملزمة. لكن، من جهة مقابلة، يجب أن يكون هذا التدخّل بصورة حذرة حتّى لا نمجّد هذا الأخير. وعليه، فإننا لا نبحث عن سبل تقديس التدخّل القضائي في العقد، ولا عن تمجيد الإرادة؛ بقدر ما الهدف يكمن في إيجاد الآليات التّوافقية التي تضمن التّوفيق بين دور الإرادة والتدخّل القضائي في المحافظة على المعاملات العقدية.

وعليه؛ فإنّ الرّؤية الفقهية، القائلة بوجود أزمة العقد لا تقتصر على الجانب السلبي وفحسب؛ فعلى الرّغم من الصّدع الكبير الذي أحدثه ذلك الرّأي؛ إلّا أنّه وفي حقيقته، يرجع له الفضل الكبير في بلورة المفهوم الجديد للأمن التّعاقدي. بحيث ساهم كثيراً في رسم المعالم الحديثة لنظرية العقد، وإعادة النّظر في بعض الأفكار والمبادئ وحتّى أبعاد العلاقات العقدية؛ غير أنّ القول بأن المحافظة على العقد لا يمكن أن يتحقق إلّا عن طريق التّدخل القضائي، أمر لأكثر من مبالغ. ذلك أنّه يمكن الاستعانة بآليات وميكانيزمات هادفة إلى إنقاذ العقد قبل التّدخل القضائي؛ وذلك عن طريق الرّجوع إلى ذات الإرادة التي أنشأت العقد؛ وهو الصّورة الثّانية للأمن القانوني الحديث.

كما يعود الفضل الكبير للسّعي لبناء نظرية جديدة للأمن التّعاقدي في الآونة الأخيرة؛ إلى واقع التّطوّرات الرّاهنة لشتى المجالات، سواء المجال الاجتماعي، والاقتصادي، وخاصةً أمام انتشار التكنولوجيا وظهر العقود الإلكترونية، ناهيك عن التّحديات المستقبلية التي تنتظر المشرّع بظهور الذّكاء الاصطناعي وهيمنته على الواقع الرّاهن؛ كلّها حقائق أظهرت العجز والقصور الفاذح لنظرية الأمن القانوني بوجهها التّقليدي. وأمام التّحولات العميقة لها، يستدعي الوضع في حقيقته، إعادة النّظر في الأسس الجديدة للأمن التّعاقدي.

أشار الأستاذ بناسي، إلى ظاهرة حديثة تعرف بالقضائية التّصاعدية (Judiciarisation progressive) فالقضاة -حسب اعتقاده- مدعوون إلى تلطيف بعض الإلتزامات التّعاقدية، وإعادة التّوازن لها، ويساعده في ذلك ظهور ما يسمى بالأنماط القضائية الأخلاقية، أهمّها؛ حسن النية، العدالة<sup>(1)</sup>، والتي ستلعب أدواراً مميزة في خلق قانون أكثر تماشياً مع العصر الرّاهن، مثلما حصل بالنسبة للإرادة وسلطانها قديماً.

وكتعليق منّا للرّأي أعلاه، وبكلّ تحفظ؛ فإنّ دقّة التّمعن تفرض علينا منطقاً آخر يترجم بأن مهمّة التّلطيف من حدة وصلابة القواعد القانونية، ليست مهمة القضاة، بقدر ما أنّها تدخل ضمن وظائف السّلطة المشرّعة للقوانين. وبالتالي فالحلّ الأمثل ليس الأخذ بالتّصاعدية القضائية، بل؛ تبني التّصاعدية التّشريعية كمؤشّر أول؛ عن طريق تدخل المشرّع، للتّلطيف من صرامة وجمود بعض الأفكار والقواعد القانونية، أهمّها مبدأ القوّة الملزمة للعقد، الذي يفرض عدم المسّاس بالعقد، وبأنّ العقد شريعة عاقيه. أفكار قانونية، وحقائق اجتماعية، تفرض في جوهرها التّحول، والتّغير؛ ليس للتّرحيب بالتّدخل القضائي لأن هذا الأخير ليس غاية المشرّع، ولا الأطراف، بل لغاية إنقاذ العقد من الإضطرابات، وخدمة للأمان العقدي. ولا نعني بتبني

(1) - بناسي شوقي، قانون العقود دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل) - والفقه الإسلامي، المرجع السّابق، ص.ص 150-151.

التصاعدية التشريعية، إستبعاد الرقابة القضائية، بل تبقى الضمانة الثانية لإعادة الأمان التعاقدية، تسبقها آلية أولى مجسدة بالتدخل التشريعي لتحقيق الأمان في النص القانوني.

إنّ التمسك الحرفي والجامد للأمن القانوني للعقود، سيمنع القضاة من الإجتهد لمواكبة التطورات الراهنة. وبالرجوع إلى المقصود وطبيعة الإصطلاحين الأمن (الثبات المطلق) مع التطور (المتغير النسبي) فإنّ تطبيق الأمن القانوني بصفة حرفية وجامدة لا يتحقق إلا في ظل جمود المجتمع بجمود التصرفات. وبما أنّه يستحيل تصوّر ذلك -فهذه الأخيرة تتغير- ممّا يصعب تطبيق المبدأ بصورته الجامدة؛ وهو ما يفرض كمؤشر ثانٍ، التحوّل لصناعة مبدأ قانوني جديد يلئم مع التطورات الراهنة.

كما أنّه، ووفقاً للمعطيات الراهنة، التي تفرض النظر والتّمعّن أكثر حول سبل إنقاذ العلاقات العقدية، متجاوزين الاهتمام بمرحلتَي التكوين والتّنفيد، والالتفات قليلاً إلى المرحلة السابقة للعقد، والتحوّل عن فكرة التقيّد بمحدودية سلطات القاضي في العقود، وهو الوضع الذي يوحى بلامح المؤشر الثالث لتحقيق الأمن القانوني للعقد بوجهه الحديث.

إنّ تكريس الأمن التعاقدية بوجهه الحديث لا يتوقّف على إعادة تشكيل صورة الأمن القانوني ومقتضياته؛ بقدر ما يستدعي أيضاً، ووبنفس القدر الاهتمام بفكرة ضمان الأمن القضائي، وتجنّب التذبذب الذي لحق الاجتهادات القضائية. بحيث، ولأنّ واقع النصوص القانونية المنظمة للعقود، غامضة أحياناً، ومتعارضة أحياناً أخرى؛ هنا تكمن سلطة القضاة في البحث عن الحلّ الملائم للنزاع المعروض أمامهم سواء داخل النصّ بتفسيره، أو خارج النصّ بالقياس عليه. غير أنّ فكرة توحيد الإجتهد المتوصّل إليه من القضاة غير مكرّسة في الجزائر، ونظراً لخطورة الوضع خاصّة على ثقة المتقاضين واطمئنانهم إلى الجهاز القضائي، وجب على المشرّع الجزائري تنظيم بعض الآليات المنصوص عليها قانوناً، خدمة لفكرة الأمان القضائي، وكذا، إتباع بعض الحلول المكرّسة في القوانين المقارنة، نظراً لفعاليتها؛ وهو المؤشر الأخير لإعادة بناء الأمن القانوني والتعاقدية والقضائي معاً.

إنّ إعتبار هذه العقود عقوداً بصفة باتة، قد يجعلنا حقيقة في تصادم أمام عقوبات قانونية تعجز طبيعة هذه العقود عن تجاوز أي منهما، وأبرزها؛ مسألة الأهلية القانونية لمباشرة هذه التصرفات القانونية، ومن بينها عمليات التعاقد. ناهيك عن صعوبة تلبية مثل هذه العقود للإشكال التي يتطلبها القانون كفرض الشكالية في بعض العقود ناهيك عن إشكالية الفصل في النزاع الذي قد ينشأ بين الأطراف، والجهة المختصة للفصل فيها، القانون الواجب التطبيق؛ وحتى وإن تحققت الحلول بالنسبة للعقبتين الأخيرتين (تحديد الجهة المختصة والقانون المختص) إلا أنّ مهمة الفصل في النزاع تبقى صعبة وصعبة جداً نظراً أن بنود العقد تم بصيغة مشفرة وبسرية تامة وبشكل سيصعب من فكها وفهمها.

وعموماً، وإلى هذا الحد، ووفقاً لما قدمناه فلا يخفى علينا تأثير التطوّرات الإجتماعية والإقتصادية والتكنولوجية على العقد، وبين القصور الذي تعانيه أحكام نظرية التعاقد لاسيما أمام التحديات التي نشاهدها اليوم، مما تفرض الضرورة وجوب البحث عن سبل التوفيق بين الأمن القانوني للعقود والتطوّرات الراهنة أي التوفيق بين ما هو ثابت وبين ما هو متغير. وإن لا نبالغ في التمسك بالأمن القانوني -بصورته الجامدة- لأنّه يسبب ظلماً؛ ولا أن نكون خياليين في السعي نحو تحقيق العدالة والتّوازن الكامل للمجتمع المتغير -العدالة المطلقة- الذي يبقى أمراً صعب المنال وحتّى لا نقع ولمرة أخرى في نفس الاخطاء التي وقع فيها ممجدي الإرادة بسلطانها.

الخاتمة

لم تظهر بوادر الاهتمام بالأمن القانوني، إلا بعد شيوع ظاهرة انعدام الاستقرار في التصرفات، نتيجة التصادم بين بعض الأفكار الثابتة بنص القانون، وبعض الحقائق الواقعية. كل ذلك، أثر على الثقة المشروعة للمتعاملين بالنصوص القانونية، لاسيما في المجال العقدي. وهو الوضع الذي دفع إلى التركيز حول فكرة الأمن القانوني في الحقل التعاقدي، مع ربطه بمتغير ثالث، يشير إلى العجز الحالي للقضاة في إعادة الأمن للعقود؛ تحت عنوان: **الأمن القانوني في مواجهة سلطة القاضي في العقد.**

تأسيساً على ذلك، توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والإقتراحات، نوجز أهمها كالتالي:

### 1- نتائج الدراسة:

✓ يشكّل الأمن القانوني في جوهره؛ أحد الأنظمة القانونية الهادفة لتحقيق الإستقرار في القوانين، من خلال تقادي إصدار قوانين مباحة، مفاجأة. حفاظاً على مصالح الأطراف وتوقعاتهم المشروعة. ويقوم على مقومات عدّة أهمها: مقروئية النص القانوني، بوضوحه وجودته، وكذا موصولية المواطن إلى القانون، بضمان الوصول المادي والفكري للقاعدة القانونية، ناهيك عن إستقراره وضمان فاعليته.

✓ تشكّل قاعدة عدم رجعية النص القانوني، أحد أبرز الضمانات القطعية المجسدة للأمن القانوني، والتي تقضي في فحواها أنّ معاملات الأفراد لاسيما العقدية لا تخضع إلا للقانون الذي نشأ وقت إبرام التصرف، حفاظاً على التوقعات والثقة المشروعة للمتعاملين بها، وكذا حقوقهم المكتسبة.

✓ يعدّ العقد من انتاج الفكر القانوني، وينطوي مفهومه العام على أنّه؛ مصدر من مصادر الإلتزام وآلية تمكّن الشخص من تحقيق مصالحه في شتى المجالات. وقد أولى المشرّع إهتماماً بالغاً له، فتدخل لتنظيمه، من خلال تبيان مفهومه بأنّه؛ تلاقي إرادتين أو أكثر من أجل إحداث آثار قانونية، تتمثل أساساً في اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات. فالإرادة إذن، جوهر وأساس العقد.

✓ بعد أن كان الأمن العقدي محققاً في ظلّ الفكر التقليدي المقدّس للقوة الملزمة، القائمة على قاعدة عدم المساس بالعقد، لا من قبل الأطراف، ولا من قبل الغير الممثل بالقاضي على وجه الخصوص؛ أصبحت ذات الفكرة -الأمن العقدي- تبحث عن معطيات جديدة، وتقرض في جوهرها بدائل قانونية معاصرة بعيداً عن ذلك التطوّر -الجامد- وما خلقه من ظلم تعاقدية، وإهدار لتوقعات المتعاقدين بدل أمنها. وعلى الرغم من معارضة بعض الفقه لفكرة المساس بالقوة الملزمة من طرف القاضي من جهة، إلا أنّها تبقى فرضية متعارضة، ومتناقضة في الأساس، مع تطوّر فلسفة الأمن بشقيه الثلاث من جهة مقابلة. فالتطورات التي طالت المبدأ، مختلفة عن تلك التي تنصبّ حول ضرورة إحترام والتّقيّد بأقوال المتعاقدين.



✓ أمام محدودية القانون المدني في احتواء كلّ ما هو جديد؛ وضع فرض على المشرّع الاستعانة بآليات القوانين الخاصة لسدّ مختلف الثّغرات والنّقائص القانونية، ومواكبةً منه لمختلف التّحوّلات والضّغوطات الرّاهنة؛ إلّا أنّ ذلك كان على حساب الأمن القانوني، نظراً لوقوعه في ظاهرة الاكتظاظ التشريعي.

✓ إنّ القوة الملزمة للعقد شهد تطوّراً ملحوظاً؛ فبعدما كان يستمدّ قوته من إرادة الأطراف ومن العقد عامّة. أصبح، ونتيجةً للتطوّرات الرّاهنة وتغيّر المعطيات المكوّنة للعقد، أصبح يستمدّ قوته وحتى وجوده من القاعدة القانونية. بحيث أنّ هذه الأخيرة تنافس الإرادة في المجال العقدي، في سبيل إعادة الإستقرار والأمن للعقود، في كلّ مرة يختل فيه التّوازن العقدي. فإذا كانت الإرادة العقدية سبيلاً لإنشاء العقود كأصل (مع مراعاة حالات غياب الإرادة في بعض العقود)، فإنّها ليست كفيلاً لتحقيق التّوازن العقدي، وفي كلّ مرة يغيب هذا الأخير، يعدّ مبرراً مشروعاً للتّدخل القضائي لمراجعة العقد.

✓ إنّ الإعتماد على الإرادة في شقّها القوّة الملزمة بالشكّل المطلق، أفرز من النّاحية الواقعية عقوداً تتضمّن استغلال أحد الطّرفين للطّرف الآخر، أو الغبن في بعض العقود، أو التّعسف في العقد (الإذعان) أو الإرهاب في تنفيذ ما يملّيه العقد (نظرية الطّروف الطّارئة)، أو عدم عدالة ما تضمّنه شرط التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي)، أو عدم القدرة على تنفيذ العقد في الآجال المتّفق عليها، ممّا يفرض إعادة النّظر فيه (مهلة الميسرة)؛ أوضاعٌ مختلفة، برهنت، عدم كفّاء الإرادة في توجيه العقود لتحقيق غاياته، وبالتالي فهي ظالمة بالنّسبة للمتعاقدين، وبالنّسبة للمجتمع. فكان لزاماً الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في الحفاظ على العقود.

✓ لقد تضمّنت نصوص القانون المدني مواضع عدّة تسمح للقضاة ببسط رقابتهم على المعاملات العقدية، لاسيما في ظلّ قصور الإرادة في المحافظة على العقد. بحيث اعترف المشرّع بسلطتهم في إعادة الأمن التّعاقدي وضمان ديمومة العقد، سواء في مرحلة التّكوين أو التّنفيذ؛ إلّا أنّها سلطات تقليدية، محدودة وضيّقة، أمام ما يشهده قانون العقود من تحدّيات ورهانات عدّة.

✓ إذا كان الأصل في العقود تنفيذ كلّ الإلتزامات في آجالها، ففي كثير من الحالات قد تصطدم هذه الغاية -التّنفيذ- بعوائق تمنع المدين من أداء ما تعهّد به للدائن في مواعيد استحقاقها. وحمايةً لحقوق الدائن وضمان ديمومة العقد بمنع هذا الأخير من المطالبة بفسخ لعقد، يتدخّل القاضي بناءً على نصّ من القانون لتعديل أجل تنفيذ الإلتزامات العقدية، ومنح أجل للمدين قصد الوفاء بما تعهّد به في العقد. حفاظاً على

استقرار العلاقة العقدية، وهو ما يترجم بالأجل القضائي؛ كمظهر بارز لدور الغير في المحافظة على العقد، ناهيك عن مظاهر أخرى بنص القانون.

✓ إن سلطة القاضي في العقد ليست مصدراً للأزمة، ولا تثير الاضطراب في العقود؛ بقدر ما أنها سلطة تفرضها أساساً طبيعة العمل القضائي المتمثل في حل النزاعات المعروضة أمامه، المترجمة أساساً بالعمل القضائي. وكلما إعترف القانون الوضعي بوجود هذا الأخير، فإنه لا محالة لا يستبعد السلطة التقديرية للقضاة، لاسيما في المجال التعاقدية، وخاصةً أمام الأوضاع الراهنة التي تتسم بالاستقرار.

✓ يعد التدخل القضائي في العقد آلية حامية للحقوق خاصة، وللعقود عامة. وعليه، فلا يمكن استبعاده لاسيما أمام ما أفرزته التكنولوجيا الحديثة، بظهور العقود الإلكترونية من جهة، دون تجاهل التحديات الراهنة التي تنتظر المشرع بتطور الذكاء الاصطناعي، وبروز عقود قائمة ابتداءً وانتهاءً على غير الذكاء البشري وتداعيات ذلك في تغيير معالم القانون الوضعي الذي يحكم العقد بصفة عامة.

✓ استخلصنا من الدراسة، أن فلسفة الأمن العقدي وليدة المجتمع، تتطور بتطور هذا الأخير، وتتغير إلى ما يتغير إليه، وتستقر -ولو كان نسبياً- نحو ما تستقر عليه المجتمعات. وما يؤكد ذلك؛ أن الأمن العقدي المجسد في إطار المذهب الفردي، والذي إقتضته تطورات تلك البيئة لذلك العصر، نفسها السبب في تغير معالم وأسس نظرية الأمن القانوني والتعاقدية وحتى القضائي اليوم، ولعلها السبب الراجح في تغييرها مستقبلاً، لاسيما بدخول وتطور الذكاء الاصطناعي، وما سيرتبه ذلك من تغير معالم القانون الوضعي. كما أن، ظهور النظريات الحالية، وضع يرتبط بالمجتمع، وهذا الأخير يتسم بالطبيعة الديناميكية وكثير التطور. عوامل وإعتبارات ساهمت ولا تزال تساهم/ وستساهم في بناء المنظومة القانونية الحديثة، والمستقبلية.

✓ إن تحقيق الأمن سواء القانوني أو العقدي أو القضائي، ليست فكرة مطلقة ثابتة؛ بقدر ما أنها فكرة مرنة متغيرة، غير لصيقة بنظام قانوني معين، أو تصور فلسفي ما. بل هي فكرة متجددة، متطورة؛ بفعل تطور الفكر القانوني. وهو ما التمسناه من البحث.

✓ أكدت الدراسة على التحول العميق للنظرية العامة للعقد، التي تشهد تغيراً في معالمها؛ فبعد تمجيد النظرة الذاتية للعقد بنص من القانون، أصبحت الحاجة إلى تكريس البعد الموضوعي له، فبرزت المواجهة بين البعدين، مما دفع بعض التوجهات إلى تغليب أحد الأبعاد. وبعدما كانت العبرة بالمساواة المجردة، أصبح الحديث عن المساواة الفعلية. وبعدما كان العقد الضامن الأول لعدالة أطرافه، انتقل البحث عن سبل تعزيز

التدخل القضائي بغية المحافظة على العقد. وبعد أن كان الإعراف بفكرة حسن النية كقاعدة أخلاقية وقانونية، اقتصر على مرحلة تنفيذ العقد، وجد المشرع نفسه أمام حتمية مراجعة نطاق المبدأ؛ بأن يمتد إلى سائر مراحل التعاقد، وحتى بالنسبة للمرحلة السابقة أو اللاحقة للعقد. أوضاعاً، وملامح تشير إلى التغير الجذري لفحوى النظرية العامة للعقد من التقليد إلى الحداثة، ومن الأفكار الجامدة إلى أخرى أكثر مرونة.

✓ إن عدم كفى القاعدة القانونية وعدم نجاعتها أو فعاليتها في إعطاء الحل الملائم للنزاع المعروض أمام القضاء؛ سبب أولي يفرض على عاتق القضاة الإجتهد وإعمال السلطة التقديرية لهم في ربط الوقائع والأحداث الموضوعة أمامهم بمضمون القاعدة القانونية الوضعية. وإذا توصلوا بعدم ملائمة هذه الأخيرة لحكم النزاع، وجب عليهم خلق قاعدة قانونية جديدة، وفقاً لإعتبارات عدة تتناسب مع قضية الحال؛ ولعل أهم هذه الاعتبارات، فكرة العدالة؛ فخير أن يقال أن القاضي ابتدع حلاً للنزاع؛ من أن يتعرض القاضي لجزاء خيانة ونكران العدالة.

✓ تعاني الإجتهادات القضائية للمنظومة القضائية في الجزائر من إشكالية التذبذب، وعدم الاستقرار لما تتوصل إليه من أحكام وقرارات. وما لذلك من خطورة على حقوق المتقاضين، وتوقعاتهم المشروعة خصوصاً، وعلى فكرة الأمن القضائي عموماً.

### إقتراحات الداسة:

✓ إن الإعراف بأي مبدأ لاسيما في الدستور، يفرض في ذاته أن تسبقه معطيات وركائز، للتمكين من ملامسة فعاليتها في الواقع. والمشرع الجزائري لم يأخذ ذلك في الحسبان، عندما قام بدسترة مبدأ الأمن القانوني، ليصبح المبدأ في ذاته وعلى الرغم من دسترته (المادة 34 من دستور لسنة 2020) منفصلاً مع الواقع (بالنظر إلى الإشكالات العملية التي توحى باللامن في القانون، التضخم التشريعي، عدم الجودة في الصياغة القانونية، عدم فاعلية القاعدة القانونية، التناقض في الأحكام..). وما لذلك من مخاطر على حقوق المواطنين، لا سيما في المجال التعاقدي، وعدم استقرار المنظومة القانونية عموماً. فالإعراف بالقيمة الدستورية لمبدأ الأمن القانوني، وجعله في فلك المبادئ الدستورية التي تسمو على باقي القواعد القانونية والمبادئ الأخرى؛ عملية (الإعراف) تسبقها عمليات وضرورات، مقومات أخرى. فالقاعدة القانونية وجدت لتنظيم سلوك المجتمع، وهذا الأخير وجب دراسته أولاً، لاسيما تطوره الهائل، وكذا العمل على إيجاد سبل إيصال القاعدة القانونية للمواطنين بطريقة مباشرة لضمان فعاليتها. وهو ما نناشد المشرع للقيام به.

✓ ضرورة التدّخل التشريعي لوضع قانون يضمن حماية شاملة للمتعاقدین، وفقاً لمقاربة قانونية شاملة ورؤية تشريعية حكيمة؛ مع أخذ في عين الاعتبار المستجدات الرأهنة، وضرورة الانفتاح على الفكر القانوني الحديث والتشريعات المقارنة، بما يتلاءم مع المجتمع الجزائري وخصائصه الإجتماعية، السّياسية، الفكرية.

✓ العمل على إصدار قوانين شاملة، ونصوص عامّة؛ وتجنّب العمل بالتّعديلات الجزئية والنّصوص المتفرّقة، لتفادي فكرة التّضخّم التشريعي التي عانت ولا تزال تعاني منه القوانين الجزائرية. الأمر الذي أثر سلباً على المنظومة القانونية عامّة، والقضائية على وجه الخصوص.

✓ الاهتمام بالمكانة، والوضعية التي آلت إليها أحكام القانون المدني، وتفادي تنظيم المستجدات المرتبطة بالمجال التعاقدی بموجب القوانين الخاصة. فهذه الأخيرة تبقى المجال الضيق لحكم المسائل العقدية، بينما القانون المدني يبقى الشريعة العامة، والأصل العام لباقي القوانين.

✓ يجب على المشرّع الجزائري إدراج القواعد التّوجيهية للنظرية العامة للعقد، خاصّة فكرة تجديد الإرادة في المجال التعاقدی، وقابليتها للانسحاق نحو التّغيير والتّجديد، للتلاءم أكثر مع المعطيات والتّحدّيات الرأهنة. خاصّة مع وجود آليات جديدة (بند التّقييس وإعادة التّفاوض)، تؤكّد فعالية الإرادة في المجال التعاقدی، وفي ظلّ الأوضاع الرأهنة.

✓ التأكيد على ضرورة مراجعة نظرية الإستغلال، لاسيما مظاهر إثارة عيب الإستغلال الذي اقتصره المشرّع الجزائري بمظهري الطّيش البين والهوى الجامح، نظراً لوجود مظاهر أخرى منتشرة، جدية بأن تلحق الإختلال للتوازن العقدي: كضعف الإدراك، عدم الخبرة في ظلّ الحاجة للتعاقد. وبالرجوع إلى ميعاد السنة الذي حدده بموجب المادة 90 من ق.م.ج فهي مدّة قصيرة جداً في سبيل إعادة الأمن والإستقرار للعقد محلّ الإستغلال، ولم نفهم منطق المشرّع من إخراج أحكام رفع دعوى الإستغلال عن نظرية عيوب الإرادة المحدّدة ب 03 سنوات إبتداءً من تاريخ زوال العيب، أو إكتشافه، أو كمال الأهلية. وبالتالي نناشد المشرّع الجزائري بالتدّخل، لأن يجعلها مدّة شاملة لجميع عيوب الإرادة ب 03 سنوات، حتّى تجتمع نظرية عيوب الإرادة من جهة، ومن جهة أخرى العمل على تحقيق الإستقرار للعقد محلّ الإستغلال، وبأن تبدأ مدة رفع الدّعى إبتداءً من تاريخ إنتهاء أثر الإستغلال، أو التّنّب له، وبأن يجعلها مدة تقادم لا سقوط.

✓ نقترح على المشرّع، ضرورة تكريس مبدأ حسن النية كمبدأ عام في العقود؛ تكويناً وتنفيذاً، باعتباره

أهم المبادئ القادرة على وضع حلّ بات للإضطراب الذي اعتقد أنّه طال العقد. وكذا في المرحلة السابقة للتعاقد، من خلال منح القاضي الصّلاحيات اللاّزمة للتّدخل في المفاوضات عند مخالفة مبدأ حسن النّية، لتصل إلى إعتبار العقد قائماً حتّى وإن تنافى ذلك مع الحرية التعاقدية.

✓ يجب على المشرّع التّدخل بنصوص قانونية فعّالة لتجاوز مختلف الإشكالات التي تثيرها العقود الإلكترونية، لاسيما أمام التّعارض الفاضح في مواد القانون المدني، وقانون التّجارة الإلكترونية. والاهتمام بهذا الأخير أكثر، بسدّ مختلف الثّغرات القانونية المرتبطة بالمجال، تكريساً لفكرة الأمن القانوني.

✓ الالتفات، والاهتمام التشريعي بالذكاء الاصطناعي، وإعطاء حيز قانوني له، باعتباره من أهمّ التّحديات التي تنتظر قانون العقود.

✓ الالتفات إلى الصّيغة القانونية للمادة 107 ف3 من ق.م.ج؛ بحيث أنّ المشرّع قد إستخدم مصطلح يجوز للقاضي ممّا يفهم للوهلة الأولى أنّ تدخّل القاضي في العقد يكون على سبيل الجواز وليس الإلزام؛ إلّا أنّ هذا هذا الحكم يتعارض مع الشقّ الآخر للمدة، التي كيّفت نظرية الظروف الطّارئة من النظام العام فلا يجوز مخالفتها أو الإتّفاق على ما يخالفها.

✓ التأكيد على التّوجّه التشريعي للمحافظة على المعاملات العقدية، عن طريق أولاً: إبراز الدور الإيجابي للقاضي في العقود، من خلال التّوجّه إلى تعزيز صلاحياته وسلطاته في المعاملات العقدية؛ دون إستبعاد دور إرادة الأطراف في إعادة الأمن والإستقرار للعلاقة العقدية.

✓ إنّ مجمل الأوضاع، والمعطيات الرّاهنة، توحى إلى غياب فكرة الأمن القانوني عموماً، وعلى مستوى العقود والقضاء على وجهٍ أخصّ. ولذا، نناشد المشرّع على إلزامية رفع اللّبس والغموض، لاسيما حول الصّيغة التشريعية للقوانين، وربط النّص القانوني بالمعطيات الواقعية، وضمان فعالية القاعدة القانونية بأنّ تحكم الوقائع الحالية لا السّالفة. وكذا التأكيد على أهمية إتّباع المشرّع لما تقتضيه المرونة التشريعية خاصّةً في المجال التعاقدية.

✓ العمل على تكريس الإتّجاهات الحديثة لتعزيز الأمن القانوني في العقد، من خلال تبني إصلاحات تشريعية وأخرى قضائية.

✓ إنّ دولة القانون بالفهم الحالي تقاس بمدى عدل قضائها، ونجاعة أحكامه وقراراته؛ غير أنّه وقبل

أن تقاس بناءً على ذلك، توجب عليها تحقيق الأمن في قانونها أولاً. فالأمن في القانون، هي الركيزة والأولوية الأولى التي تسبق باقي الركائز والأوليات الأخرى؛ بما في ذلك الأمن في القضاء.

✓ النص قانوناً على اعتبار الاجتهاد القضائي مصدراً من مصادر القانون، وذلك بموجب المادة 02 من الأمر رقم 75-58، الذي حدّد مصادر القاعدة القانونية.

✓ العمل على توحيد الإجتهاادات القضائية عن طريق توحيد منهجية التفسير، وتقادي العدول عنها، بالزام القضاة الأخذ بمضمون الاجتهاد المتوصل إليه من المحكمة العليا. وتعزيز دور هذه الأخيرة بوظيفة جديدة ممثلة بابداء الرأي في القضايا المرفوعة إلى الجهات القضائية الأدنى منها.

✓ يجب على المشرع الجزائري الاهتمام بضمان الأمن القضائي في الجزائر، من خلال؛ ضرورة تجاوز التذبذب في الإجتهاادات القضائية، والنص قانوناً ضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، بإعتباره المنظم لكل ما يتعلق بالإجراءات؛ على أن يتّباع المحكمة العليا لأجراءات العدول عن الإجتهااد القضائي يكون بإتّباع مجموعة من الإجراءات، وبصفة إلزامية، احتراماً لثقة وتوقعات المواطنين في أجهزة القضاء. وتوقيع جزاءات عند مخالفة ذلك، تكريساً لفكرة الأمن القضائي من جهة، وتعزيز دولة العدل والقانون من جهةٍ مقابلة.

## قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولاً: المراجع باللغة العربية

### I. المعاجم

1. جبور عبد النور، معجم عبد النور الحديث (عربي - فرنسي)، ط. 10، دار العلم للملايين، لبنان، 2000.
2. خوجة رفيق بوشارب، معجم المصطلحات القانونية (عربي - فرنسي / فرنسي - عربي)، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2010.
3. طاهري حسين، السراج (معجم المفردات القانونية: قاموس قانوني عربي - فرنسي)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
4. فيليب ابي فاضل، قاموس المصطلحات القانونية (قاموس موسّع في القانون والتشريع والاقتصاد: فرنسي - عربي)، ناشيون، لبنان، 2004.
5. كورنو جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998.
6. موريس نخلة وآخرون، القاموس القانوني الثلاثي: قاموس قانوني موسوعي شامل ومفصل (عربي - فرنسي - انجليزي) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

### II. الكتب

1. ابراهيم رحمانى وآخرون، الأمن القضائي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، د.د.ن، الوادي، 2019.
2. ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
3. أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
4. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام (العقد - الإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
5. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، العدالة التشريعية في ضوء فكرة التوقع المشروع، دار الفكر الجامعي، مصر، 2017.
6. \_\_\_\_\_، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018.



7. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
8. أحمد فرج حسين، الملكية ونظرية العقد، في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
9. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، د.د.ن، د.م.ن، 2008.
10. آلان بينابنت، القانون المدني (الموجبات أو الإلتزامات)، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
11. أمار تياسن، فكرة العدالة، ترجمة: مازن جندلي، الدار العربية للعلوم، ناشيون، 2010.
12. امانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دار وائل للنشر، بغداد، 2002.
13. امير فرج يوسف، العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني معلقاً عليها بالأعمال التحضيرية للقانون المدني وبأحكام محكمة النقض، المكتب الجامعي الحديث، د.م.ن، 2008.
14. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الجامعة الأردنية، عمان، 2002.
15. ———، الموجز في النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
16. آوات عمر قادر حاجي، مبدأ إستقرار المعاملات (دراسة تحليلية في القانون المدني)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2017.
17. ايمن العشماوي ابراهيم، مفهوم العقد وتطوره (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
18. أهتوت نجيم، النظرية العامة للإلتزامات، ج. 01: المصادر الإرادية (العقد - الإرادة المنفردة)، مطبعة القيس للطباعة والنشر، الناصور، 2019.
19. بسام أحمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2018.
20. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 1: التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
21. ———، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.

22. بلخير محمد آيت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، 2018.
23. بناسي شوقي، مقدمة في الإلتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، 2018.
24. \_\_\_\_\_، قانون العقود (دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي - المعدل - والفقه الإسلامي)، ج. 01: عموميات في العقد، بيت الأفكار، الدار البيضاء، 2022.
25. \_\_\_\_\_، قانون العقود الفرنسي الجديد في ثوبه العربي - تقديم - ترجمة - ملاحق، بيت الأفكار، الدار البيضاء، 2022.
26. بوحليط يزيد، الجرائم الإلكترونية والوقاية منها في القانون الجزائري في ضوء الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات وقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
27. بوزيد صبرينة، الأمن القانوني لأحكام المنافسة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.
28. بوضياف عمار، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، جسور النشر والتوزيع، المحمدية، 2007.
29. جلال علي العدوي، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
30. جمال أبو الفتوح محمد أبو الخير، النظام القانوني لمرحلة التفاوض على عقد العمل (دراسة مقارنة)، دار البحوث القانونية، القاهرة، 2020.
31. حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2016.
32. \_\_\_\_\_، العدول في الإجتهد القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 2018.
33. حبيب إبراهيم الحلبي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
34. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد (ظاهرة إختلال التوازن بين الإلتزامات التعاقدية في ظل إنتشار الشروط التّعسفية دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الانجلوامريكية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
35. دينيس لويد، فكرة القانون، عالم المعرفة، الكويت، 1978.
36. رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

37. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
38. سليمان مرقس، شرح القانون المدني (العقود المسماة: عقد البيع)، ط. 04، عالم الكتب، القاهرة، 1980.
39. \_\_\_\_\_، الوافي في شرح القانون المدني، ج. 01: في الإلتزامات (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، 1998.
40. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة الإسكندرية، الإسكندرية، 1974.
41. \_\_\_\_\_، مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون مصدران جديان للإلتزام الحكم القرار الإداري)، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2005.
42. \_\_\_\_\_، أحكام الإلتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
43. \_\_\_\_\_، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.
44. السنهوري عبد الرزاق أحمد، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون (أو المدخل لدراسة القانون)، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950.
45. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 02: نظرية الإلتزام بوجه عام (الإثبات-آثار الإلتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
46. \_\_\_\_\_، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام (المصادر - الإثبات - الآثار - الأوصاف-الانتقال-الإنقضاء)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
47. \_\_\_\_\_، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج. 01: نظرية الإلتزام بوجه عام (مصادر الإلتزام: العقد-المحل غير المشروع- الإثراء بلا سبب-القانون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.
48. الشراقوي عبد الرحمان، القانون المدني دراسة حديثة للنظرية العامة للإلتزام في ضوء تأثيرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي، ج. 1: مصادر الإلتزام (التصرف القانوني- العقد الإرادة المنفردة)، د.د.ن، الرباط، 2018.
49. الشواربي عبد الحميد، المشكلات العملية في تنفيذ العقد (تنفيذ العقد بحسن النية والتعسف في استعمال الحق- تفسير العقد- تكييف العقد- نظرية الظروف الطارئة- الدفع بعدم التنفيذ- الحق في الحبس- البطلان- فسخ العقد- المسؤولية العقدية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.

50. عباس حسيني محمد، العقد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي)، ج. 01: حقيقة العقد ومشروعيته وبعض أركان العقد، د.د.ن، د.م.ن، 1993.
51. عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
52. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج. 1: مصادر الإلتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
53. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
54. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، ج. 1: انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر، بغداد، 1967.
55. عبد المنعم البداوي، مبادئ القانون، مطابع دار الكتاب، القاهرة، د.س.ن.
56. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974.
57. عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، ج. 01: مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1994.
58. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون بين التقليد والحداثة)، دار الخلدونية، د.س.ن.
59. العشماوي ابراهيم، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
60. عصام نعمة إسماعيل، الإلغاء الإلزامي للأنظمة الإدارية غير المشروعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2004.
61. عكيلي علي مجيد، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
62. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري)، ط. 05، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2003.
63. علي فيصل علي الصديق، مضمون العقد بين النزعة الشخصية والموضوعية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2019.
64. العوجي مصطفى، القانون المدني، ج. 1: العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، د.س.ن.

65. غستان جاك، المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة)، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2003.
66. ———، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة: منصور القاضي، ط.3، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
67. غستان جاك، كريستوف جامان، مارك بيو، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو آثاره)، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.
68. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
69. فيلالي علي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
70. ———، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
71. ———، العقود الخاصة (البيع)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
72. كزبري مامون، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي (مصادر الإلتزامات)، د.د.ن، بيروت، 1972.
73. لقاء خالد عبد علي، الضمانات القانونية لتحقيق مبدأ العدالة العقدية، المركز الأكاديمي للنشر، الإسكندرية، 2022.
74. لموشية سامية، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، مطبعة منصور، الوادي، 2022.
75. مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.
76. ماجد محمد سليمان أبا الخليل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، ناشيرون، 2009.
77. محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن.
78. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، د.م.ن، 2018.
79. محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.

80. محمد ربيع فتح الباب، عقود الذكاء الإصطناعي - نشأتها، مفهومها، خصائصها، تسوية منازعاتها من خلال تحكيم سلسلة الكتل - جامعة المنوفية، د.د.ن، د.س.ن.
81. محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات)، ج.01: مصادر الإلتزام (العقد-الإرادة المنفردة)، ط.4، دار الهدى، عين مليلة، 2007.
82. محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2003.
83. \_\_\_\_\_، الخيارات العقدية في الفقہ الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن.
84. محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة للإلتزام (في القانون المدني المصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
85. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات)، ج.01: مصادر الإلتزام (التصرف القانوني-العقد-الإرادة المنفردة)، ط.2، دار الهدى، الجزائر، 2004.
86. \_\_\_\_\_، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
87. محمد صغير جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة، الجزائر، 2004.
88. محمد فلسطين حمزة، مظاهر الأمن القانوني في قضاء مجلس الدولة (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2022.
89. محسوب محمد، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني (دراسة تحليلية مقارنة مع المفكر القانوني الحديث)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
90. محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، د.د.ن، الرغبة، 2000.
91. محي الدين اسماعيل، علم الدين نظرية العقد مقارنة بين القواعد العربية والشرعية الإسلامية ط.3، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.ن.
92. جمال مصطفى، النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
93. الخطيب مصطفى، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات (نظرية العقد-مفهوم الإلتزام- أنواعه- مصادره-نظرية العقد)، مطبعة قرطبة، المغرب، 2019.
94. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

95. منى أبو بكر حسان، الإتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2022.
96. هانس كلس، النظرية المحضة للقانون، ترجمة: الوتري أكرم، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1986.
97. هدى عبد الله، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ب.ن، 2008.
98. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للإلتزام (نظرية العقد)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
99. يس محمد محمد الطباخ، الإستقرار كغاية من غايات القانون (دراسة مقارنة)، دار الكتب والوثائق القومية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2012.

### III. الأطروحات ومذكرات الماجستير

#### أ. أطروحات الدكتوراه

1. أورك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018.
2. بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص: القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2019.
3. بكر عبد السعيد محمد أبو طالب، أزمة العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2020.
4. بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.
5. جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014.
6. حدون حسن، تراجع مبدأ القوة الملزمة للعقد-دراسة مقارنة في ظل التشريعات الخاصة-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2021.
7. حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد (دراسة لبعض العقود الخاصة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

8. حليمي ربيعة، الغير في العقد دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017.
  9. سويلم محمد، سلطة الإدارة في حماية النظام العام الإقتصادي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة غرداية، غرداية، 2018.
  10. شيباني مختارية، التدخل التشريعي في العقود وأثره على سلطان الإرادة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2022، ص 175.
  11. فاضلي خديجة، عيمنة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016.
  12. مرابطين سفيان، مستقبل العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020.
  13. نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.
- ب. مذكرات الماجستير
1. علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للقد وحدودها-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007.
  2. مهند جاسم محمد، الصياغة التشريعية بين لغة القانون وقانون اللغة، مذكرة ماجستير، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2020.
- IV. المقالات والمداخلات
- أ. المقالات
1. أحمد علي حسن عثمان، "إنعكاسات الذكاء الإصطناعي على القانون المدني (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 11 العدد 76، كلية الحقوق، جامعة آفلو، المنصورة، 2021، ص.ص 1516-1630.
  2. بشير الشريف شمس الدين، لعقابي سميحة، "مبدأ الأمن القانوني: أفكار حول المضمون والقيمة الدستورية"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة حمة لخضر الوادي، الوادي، 2019، ص.ص 76-87.



3. بعجي أحمد، "أثر القوة التعاقدية على قانون العقود"، مجلة الدراسات القانونية والمقارنة، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020، ص.ص 138-157.
4. \_\_\_\_\_، "من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد"، بحوث جامعة الجزائر 01، الجزء 01، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص.ص 232-252.
5. \_\_\_\_\_، "الأمن التعاقدى: مفهوم كلاسيكي بمقاربة قانونية جديدة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 59، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2022، ص.ص 75-93.
6. بن أمينة مصطفى، "النظام العام الاقتصادي وتطبيقاته في قانون حماية المستهلك الجزائري - مقارنة تشريعية لضبط سلوك العون الاقتصادي"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص.ص 1178-1199.
7. بن دريس حليلة، "إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليونديروا والتشريعات المقارنة"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص.ص 249-266.
8. بن سعدي سلمة، "صور نظرية عقد الإذعان في احتواء الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 07، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2022، ص.ص 359-376.
9. بن عثمان فريدة، "الذكاء الإصطناعي (مقاربة قانونية)"، دفا تر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2020، ص.ص 156-168.
10. بن لغريب رابح، "أحكام الغبن في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 06، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2021، ص.ص 472-490.
11. بناسي شوقي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 47، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص.ص 141-195.
12. \_\_\_\_\_، "المصطلح بين علم المصطلحات وعلم القانون"، مجلة بحوث، الجزء 01، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص.ص 14-38.

13. ———، المبادئ التوجيهية للعقد"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020، ص.ص 243-271.
14. بواب بن عامر، هنان علي، "الحق في التوقع المشروع: الثقة المشروعة كأحد ركائز الأمن القانوني"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 07، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، غرداية، 2020، ص.ص 57-85.
15. بوبشير محند امقران، "تغير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 41، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2004، ص.ص 154-186.
16. بودينار بلقاسم، "الحلول الموضوعية لأزمته العقد والمسؤولية في القانون المدني الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2022، ص.ص 575-587.
17. بوراس لطيفة، "نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية"، مجلة بحوث، الجزء 01، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص.ص 10-19.
18. بوشاشي يوسف، "نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات"، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 31، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2017، ص.ص 111-133.
19. بوعريوة منصف، "الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018، ص.ص 48-66.
20. بوكزازة أحمد، "الغن والإستغلال وأثرهما القانوني"، مجلة المعيار، المجلد 25، العدد 62، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2021، ص.ص 952-961.
21. بوكماش محمد، كلاش خلود، "مبدأ الأمن القانوني ومدى تكريسه في القضاء الإداري"، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 14، العدد 24، كلية الحقوق، جامعة حمة لخضر الوادي، الوادي، 2017، ص.ص 139-158.
22. بونعامه صديق، خليفي مريم، "جدلية الصياغة الفنية للعدالة العقدية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 06، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، 2022، ص.ص 1641-1669.

23. تركي وليد، "حماية المستهلك من الإشهار التّضليلي في ظلّ القانون رقم 04-02 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية"، مجلة الاقتصاد والتنمية المستدامة، المجلّد 04، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة حمه لخضر، الوادي، 2021، ص.ص 305-316.
24. جبارة نورة، "أثر التّحوّلات التكنولوجية على النّظرية العامّة للعقد: العقد الإلكتروني"، بحوث جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، المجلّد 01، العدد 14، 2020، ص.ص 171-182.
25. جربوعة منيرة، "المحافظة على العقد بين إرادة الأطراف وسلطة القاضي"، مجلة طبنة للدراسات العلمية والأكاديمية، المجلّد 04، العدد 01، المركز الجامعي سي الحواس، بريكة، 2021، ص.ص 250-277.
26. حليس لخضر، "جمعية وعيّمّة العقد"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المجلّد 12، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، 2018، د.ص.
27. حمامي عادل، آيت عودية بلخير محمد، "مبدأ عدم الرّجعية بين المشروعية الإدارية والأمن القانوني"، مجلة الإجتهد والدراسات القانونية والإقتصادية، المجلّد 12، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة تمانغست، تمانغست، 2023، ص.ص 273-291.
28. حوبة عبد القادر، "أثر الإجتهد القضائي على حركة التّشريع"، مجلة الحقوق والعلوم السّياسية، المجلّد 08، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة عباس لغرور، خنشلة، 2021، ص.ص 15-29.
29. خادم نبيل، "قراءة تحليلية للأمن القانوني"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلّد 03، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2021، ص.ص 24-41.
30. خليف أسماء، "الغن في القانون المدني الجزائري ونظيره الفرنسي دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلّد 06، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة حمه لخضر، الوادي، 2022، ص.ص 165-189.
31. دويني مختار، "مبدأ الأمن القانوني ومقتضيات تحقيقه"، مجلة الدراسات الحقوقيّة، المجلّد 03، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، 2016، ص.ص 24-38.
32. ربحي تبوب فاطمة الزهراء، "واقع النّظرية العامّة للعقد في البيئة الرقمية"، بحوث جامعة بن يوسف بن خدة، المجلّد 14، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، ص.ص 73-96.

33. رجاء عيساوي، "نطاق فكرة استكمال العقد وأبعادها"، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 03، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص.ص 136-187.
34. سارة بيلامي، "الإلتزامات المستحدثة كآلية لتحقيق العدالة العقدية في تنفيذ العقد"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 33، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2022، ص.ص 243-256.
35. سعداني نورة، "سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 01، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2015، ص.ص 28-42.
36. شورش حسن عمر، خاموش عمر عبد الله، "دور العدالة التشريعية في تحقيق الأمن القانوني-دراسة تحليلية-"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، 2019، ص.ص 334-360.
37. شورش حسن عمر، لطيف مصطفى أمين، "الموازنة بين أثر الحكم بعم الدستورية والحقوق المكتسبة-دراسة تحليلية مقارنة-"، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 03، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة آفلو، الأغواط، 2020، ص.ص 402-458.
38. طرطاق نورية، "سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 03، العدد 01، كلية الحقوق، المركز الجامعي تامنغست، تامنغست، 2014، ص.ص 124-138.
39. العالية قرناش، "أثر الغبن في البيع بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة"، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية، المجلد 05، العدد 02، مركز الحكمة، الجزائر، 2018، ص.ص 171-190.
40. عبد الله لعويجي، "الأمن القانوني وعوائق تحقيقه في الجزائر"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2021، ص.ص 99-119.
41. عثمان بلال، "القاضي طرف جديد في العقد المدني"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص.ص 429-442.

42. عجالي خالد، "دور الإجتهد القضائي في إرساء الأمن القانوني"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، 2014، ص.ص 375-401.
43. عطوي حفيظة، "أثر الظروف الإقتصادية على العقد المدني"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السابسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص.ص 612-628.
44. فريجة حسين، "الإجتهد القضائي مفهومه، شروطه -المجتهد معناه ومدلوله-، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 01، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2004، ص.ص 11-26.
45. فيلاي علي، "الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2018، ص.ص 08-19.
46. ———، "القوانين المدنية العربية بين المحاكاة والأصالة"، حوليات جامعة بن يوسف بن خدة، المجلد 35، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2021، ص.ص 38-64.
47. قليل علاء الدين، "الإجتهد القضائي والأمن القضائي: بين متطلبات تكريس العدالة وومقتضيات إرساء الأمن القضائي"، مجلة الإجتهد القضائي، المجلد 13، العدد 02، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021، ص.ص 307-322.
48. ماهر جابر وآخرون، "سلطة القاضي في تعديل الأجل في القانون الأردني"، العدد 71، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2020، ص.ص 01-16.
49. محمد عرفان الخطيب، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 07، العدد 02، الكويت، 2019، ص.ص 183-234.
50. ———، "إظاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي رقم 16-131 بتاريخ 10 فيفري 2016 المعدل لنظرية العقد في القانون المدني الجديد: التبنّي والآثار"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 08، العدد 04، كلية الحقوق، الكويت، 2020، ص.ص 321-363.
51. مرشد يوسف، "المحامي والدّكاء الإصطناعي"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 162، 2018، ص.ص 111-131.

52. مصدق فطيمة الزهراء، بقّة عبد الحفيظ، "حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 06، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2021، ص.ص 334-347.
53. المعزوز البكاي، "بعض مظاهر اضطراب النظرية العامة للعقد"، مجلة القانون المدني، المغرب، العدد 03، 2016، ص.ص 07-22.
54. معمر عبد الرشيد، معزير عبد السلام، "الإشكالات القانونية للغبن في البيوع العقارية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2021، ص.ص 100-131.
55. نبيل اسماعيل الشبلاق، فاروق أبو الشامات، "الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2013، ص.ص 299-336.
56. نشناش منية، "متعاقد الذكاء الاصطناعي: شخص قانوني جديد؟"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 07، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة محمد الصديق، جيجل، 2022، ص.ص 414-429.
57. نصير صبار لفته الجبوري، علاء ناصر عزوز، "تأصيل نظرية المجموعة العقدية" دراسة في القانون المدني"، مجلة الكوفة، المجلد 12، العدد 40، 2019، ص.ص 194-241.

#### ب. المداخلات

1. أحمد سعود، ياسين بن عمر، "تغير الاجتهاد القضائي وأثره على الأمن القانوني"، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول : القضاء والدستور، يومي 08 و 09 ديسمبر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، 2019، ص.ص 176-186.
2. بن رجدال آمال، علي موسى خدوجة، "قراءات فقهية جديدة في إطار تطور القانون"، مداخلة ملقاة في أشغال اليوم الدراسي حول: دور التشريع والفقه والاجتهاد القضائي في تطوير القانون، يوم 23 نوفمبر، منشورة في مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، عدد خاص، الجزائر، 2021، ص.ص 01-10.
3. بناسي شوقي، "أزمات العقد في مطلع القرن 21"، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مستقبل النظرية العامة للعقد في ظلّ تزايد التشريعات الخاصة، يومي 19-20 فيفري، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020، الجزائر، ص.ص 01-16.

4. **بودالي محمد**، "أزمة القانون المدني في ظلّ إتساع نطاق حماية المستهلك"، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول: القانون المدني بعد أربعين سنة، منشورة في حوليات جامعة الجزائر، العدد 05، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص.ص 224-245.
5. **حامق ذهبية**، "النظرية العامة للعقد: تصور جديد"، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول: القانون المدني بعد أربعين سنة، يومي 24-25 ديسمبر، منشورة في حوليات جامعة الجزائر، العدد 05، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص.ص 77-101.
6. **حليمي علاوة**، "تفسير النصوص القانونية: وسيلة القاضي في إنشاء القانون"، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: دور التشريع والفقه والإجتهد القضائي في تطوير القانون، يوم 23 نوفمبر، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، 2021، ص.ص 137-145.
7. **صاري نوال**، "التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون ورجعية الإجتهد القضائي"، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: الأمن القانوني، المنعقد يومي 5 و 6 ديسمبر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص.ص 01-14.
8. **غميجة عبد المجيد**، "مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي"، مداخلة مقدّمة في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة، يوم 28 مارس، المجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، المغرب، 2008، ص.ص 01-17.
9. \_\_\_\_\_، "أبعاد الأمن التعاقدى وارتباطاته"، مداخلة مقدّمة في اللقاء الدولي حول: الأمن التعاقدى وتحديات التنمية، يومي 18 و 19 أبريل، المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات، 2014، ص.ص 01-15.
10. **محمد عماد الدين عياض**، "تحولات نظرية العقد في ظلّ قانون الاستهلاك"، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول: القانون المدني بعد أربعين سنة، القانون المدني بعد أربعين سنة، منشورة في حوليات جامعة الجزائر، العدد 05، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص.ص 246-275.

### V. النصوص القانونية

#### أ. التشريع الأساسي

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 96-438، المؤرخ في 07 أفريل 1996، ج.ر.ج.د.ش، العدد 76، الصّادر في 08 فيفري 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أفريل 2002،

ج.ر.ج.د.ش، العدد 25، الصادر في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.د.ش، العدد 63، الصادر في 30 ديسمبر 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.د.ش، العدد 14، الصادر في 07 مارس 2016، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر.ج.د.ش، العدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

## ب. النصوص التشريعية

### ب.1. التشريع العضوي

1. القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج.د.ش، العدد 37، المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 11-13، المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج.ر.ج.د.ش، العدد 43، الصادر في 03 أوت 2011.
2. القانون العضوي رقم 11-12، المؤرخ في 26 جويلية 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج.ر.ج.د.ش، العدد 42، الصادر 31 جويلية 2011.
3. المرسوم الرئاسي رقم 93-252، المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، يتعلق بالمجلس الأعلى للإعلام، ج.ر.ج.د.ش، العدد 69، الصادر في 27 أكتوبر 1993. (ملغى).
4. المرسوم التشريعي رقم 93-08، المؤرخ في 27 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 27 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري. ج.ر.ج.د.ش، العدد 27، الصادر في 27 أبريل 1993.
5. المرسوم التنفيذي رقم 80-210، المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 يعدل ويتمم المواد 15 و 18 و 89 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63، المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل التجاري ج.ر.ج.د.ش، العدد 34، الصادر 23 ماي 1993.
6. المرسوم التنفيذي رقم 01-123، المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 27، الصادر في 13 ماي 2001. المعدل والمتمم.
7. المرسوم التنفيذي رقم 06-215، المؤرخ في 18 جوان 2006، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، ج.ر.ج.د.ش، العدد 41، الصادر في 21 جوان 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 20-399، المؤرخ في 19 ديسمبر 2020، ج.ر.ج.د.ش، العدد 80، الصادر في 29 ديسمبر 2020.



8. المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 56، الصادر في 11 سبتمبر 2006.

9. المرسوم التنفيذي رقم 07-162، المؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123، المؤرخ في 09 ماي 2001، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 37، الصادر في 07 جوان 2007.

10. المرسوم التنفيذي رقم 13-431، المؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، ج.ر.ج.د.ش، العدد 66، الصادر في 25 ديسمبر 2013.

11. المرسوم التنفيذي رقم 15-114، المؤرخ في 12 ماي 2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج.ر.ج.د.ش، العدد 24، الصادر في 13 ماي 2015.

### ب.2. التشريع العادي

1. الأمر رقم 70-91، المؤرخ في 15 ديسمبر 19970، المتضمن قانون التوثيق، ج.ر.ج.د.ش، العدد 107، الصادر 25 ديسمبر 1970.

2. الأمر رقم 74-15، المؤرخ في 30 جانفي 1974، يتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.د.ش، العدد 15، الصادر 19 فيفري 1974.

3. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.د.ش، العدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.د.ش، العدد 44، الصادر في 26 جوان 2005.

4. الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.د.ش، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج.ر.ج.د.ش، العدد 11، الصادر في 09 فيفري 2005.

5. القانون رقم 88-31، المؤرخ في 19 جويلية 1988، الذي يعدل ويتم الأمر رقم 74-15، المؤرخ في 30 جوان 1974، المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.د.ش، العدد 29، الصادر في 20 جويلية 1988.

6. القانون رقم 90-02، المؤرخ في 06 فيفري 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، ج.ر.ج.د.ش، العدد 06، الصادر في 07 فيفري 1990.
7. القانون رقم 90-04، المؤرخ في 06 فيفري 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر.ج.د.ش العدد 06، الصادر في 07 فيفري 1990.
8. القانون رقم 90-07، المؤرخ في 03 أفريل 1990، يتعلق بالإعلام، ج.ر.ج.د.ش، العدد 14 صادر في 1990 (ملغى).
9. القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أفريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.د.ش، العدد 17، الصادر في 25 أفريل 1990.
10. الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 يتعلق بالإعتماد الإجاري، ج.ر.ج.د.ش العدد 03، الصادر في 13 جانفي 1996.
11. الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.د.ش، العدد 43، الصادر في 20 جويلية 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.د.ش، العدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.
12. الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 جوان 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.د.ش العدد 52، الصادر في 27 جوان 2003، المعدل والمتمم.
13. القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 41، الصادر في 27 جوان 2004.
14. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13، المؤرخ في 13 جويلية 2022، المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 48، الصادر في 17 جويلية 2022.
15. القانون رقم 15-04، المؤرخ في 01 فيفري 2015، المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ج.د.ش العدد 06، الصادر في 10 فيفري 2015.
16. القانون رقم 18-04، المؤرخ في 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 27، الصادر في 13 ماي 2018.
17. القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 28، الصادر في 16 ماي 2018.

18. القانون رقم 09-18، المؤرخ في 10 جوان 2018، يعدل ويتم القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.د.ش، العدد 35، الصادر في 13 جوان 2018.

### ت. القرارات

1. مجلّة مجلس الدولة لسنة 2004.
2. المجلّة القضائية، العدد 02، لسنة 1991.
3. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 03، لسنة 1992.
4. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2000.
5. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2001.
6. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2002.
7. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2002.
8. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2008.
9. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2007.
10. المجلّة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2007.
11. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2009.
12. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2009.
13. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2011.
14. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2012.
15. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2013.
16. المجلّة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2015.

### VI. التشريعات الأجنبية

1. القانون رقم 131 لسنة 1948، يتضمن القانون المدني المصري، الصادر في 29 جويلية 1948، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.eastlaws.com/ta3refat/al>، تمّ الاطلاع عليه بتاريخ: 22 جانفي 2022، على الساعة 23:00.
2. القانون المدني العراقي، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pd>، تمّ الإطلاع عليه: 11 جانفي 2023، على الساعة 15:00.

3. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf>، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 22 جانفي 2022، على الساعة: 22:00.

### VII. المواقع الإلكترونية

1. حامد شاكر محمود الطائي، "دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني"، كلية القانون، جامعة المستنصرية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.iasj.net/iasj/download/b470f2618a1477d0> ص19، تم الإطلاع عليه: 13

جوان 2023، على الساعة 23:00.

2. عبد الغني بادي، مقال منشور حول: الأمن القانوني... ضرورة مستعجلة للقاضي والمتقاضي، الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية والاستراتيجية، 11 فيفري 2022. متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.elkhabar.com/press/article/203350> تم الإطلاع عليه بتاريخ: 11 فيفري 2023، على الساعة 04:00.

3. عباد البطينجي، تطبيقات الحداثة القانونية في سياق عربي، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني: <http://lawecenter.birzeit.edu/lawcenter/ar/easyblog/entry/2015-09-02>، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 06 جوان 2023، على الساعة 23:20.

4. مقال حول المبادئ المؤطرة للعقد، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.doc-du-juriste.com>، تم الإطلاع عليه يوم 25 أوت 2023، على الساعة 15:00.

### ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

#### I. Ouvrages

1. ANCEL François, BENEDICTE Fauarque-Cosson, Le nouveau droit des contrats (guide bilingue a l'usage des praticiens), Lextenso, L.G.D.J, Paris, 2019.
2. BEECK Jérémie, De la certitude a la confiance (le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour de justice de l'union européenne), Anthemis, Bruxelles, 2014.
3. BELTRAME Pierre, La sécurité juridique et le contribuable, Presses universitaires, Marseille, 2016.
4. CABRILLAC Rémy, Droit des obligations, 15<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2022.

5. **CLEQUETTE Yves**, Défense et illustration de l'ordre civil français, Dalloz, Paris, 2023.
6. **CORINE Renault-Brahinsky**, Droit des obligations, 16<sup>ème</sup> éd, Gualino moulineau Cedex, 2019.
7. **CORNI Gérard**, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Paris, 2006.
8. **DELEBECQUE Philippe, JEROME Pansier Frédéric**, Droit des obligations (Responsabilité civile- Délit et quasi -délit), 09<sup>ème</sup> éd, Lexis nexis, Paris, 2023.
9. **EMERICH Yaeil, LAURENCE Saint-Pierre Harvey**, Le public en droit privé, Yvonblais, Montréal, 2019.
10. **FAVENNEC-Héry Francoise**, La sécurité juridique en droit du travail, Lexisnexis, Paris, 2013.
11. **FLOUR Jaques, AUBERT Jean-Luc, FLOUR Yvonne, SAVAUX Eric**, Droit civil (Les obligations: Le rapport d'obligation: La preuve-Les effets de l'obligation-La responsabilité contractuelle-Transmission-Transformation Extinction), 2<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2001.
12. **HALPERIN Jean-Louis**, Histoire de droit privé français depuis 1804, 01<sup>ère</sup> éd, presses universitaires de France, Paris, 1996.
13. **HENRI DE Castries, NICOLAS Molfessis**, Sécurité juridique et initiative économique, Mare & Martin, Paris, 2015.
14. **HUCHET Marc-Oliver**, Les indispensables du droit des contrats spéciaux, 2<sup>ème</sup> éd, Ellipses, Paris, 2024.
15. **JEAN Philippe Lévy**, André castaldo, histoire du droit civile, 2<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2010.
16. **LACHIEZE Christophe**, Droit des contrats, 05<sup>ème</sup> éd, Ellipses, Paris, 2020.
17. **MAZEAU Henriet leon, MAZEAU Jean, CHABAS François**, Leméçons de droit civil( oligations: théorie générale), 8<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, 1991.
18. **MICHEL Pâques**, La sécurité juridique en droit administratif (Quatre leçons sur l'Etat de droit), Larcier, Paris, 2023.
19. **NGONÉ Diatta**, Le juge et le contrat: Etude comparative des droits français

et senegalais, Université de perpignan via domttia, 2022.

20. **PHILIPPE Mallaurie, LAURENT Aynes, Philippe stoffel-Manck**, Droit civil (Les obligations), 02<sup>é</sup>me éd, Defrénoins, Paris, 2005.
21. **LAURENCE Boy, JEAN-Baptiste Racine, FABRICE Siriaenin**, Sécurité juridique et droit économique, éd Larcier, Bruxcelles, 2008.
22. **DELEBECQUE Philippe, DENIS Mazeaude**, Formation du contrat (art.1104 à 1107), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Paris, 2006.
23. **RAIMBAULT Philippe**, Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français, L.G.D.G, Paris, 2009.
24. **CASSIN René**, Etauter La sécurité juridique et la complexite du droit études et documents du conseil d'Etat, La documentation française, Paris, 2006.
25. **ROUBIER Paul**, Théorie générale du droit (histoire des doctrines juridique et philosophié des valeurs sociales), Dalloz, Paris, 2005.
26. **PIERRE Catala**, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation français, Paris, 2006.

## II. Thèses de doctorat

1. **BRAHIM Dalil**, Le droit administratif fac au principe de la sécurité juridique, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris-ouest nanterre la défense, Paris, 2015.
2. **DOKA Boura Aude**, Le juge du contrat et la clause résolutoire, Thèse en cotutell université de nantes, Université de ngaoundéré, Bretagne, 2017.
3. **DOUET Frédéric**, Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français, Thèse de doctorat en droit, Université de rouen, France, 1996.
4. **PIAZZON Thomas**, La sécurité juridique, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Paris, 2006.

5. **RENAN Friederich**, La sécurité juridique: Confrontation entre théorie générale du droit et droit social, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Paris, **2008**.

6. **TEYSSA Gustan**, La sécurité juridique et les plages, Thèse de doctorat en droit, Université des Antilles, Amérique, **2015**.

7. **HELENE Hardy**, Le principe de sécurité juridique au sens du droit de la convention européenne des droits de l'homme, Thèse de doctorat e, droit, Université de montpellier, Montpellier, **2019**.

### **III. Articles et Communications**

#### **A. Articles**

1. **PHILIPPE Stoffel-Munck**, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », **Revue des contrats**, hors-série, dossier: la réforme du droit des contrats: quelles innovations?, **2016**, Paris.

2. **SOULAS De Russe Dominique, RAIMBAULT Philippe**, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », **Revue internationale de droit compare**, Vol. 55 N°1, **2003**, p85.

3. **SOULAS DE RUSSEL Dominique, RAIMBAULT Philippe**, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », **Revue internationale de droit compare**, Vol 55, N°1, **2003**.

4. **ZOUAIMIA Rachid**, « Les fonctions décoratives du principe de sécurité juridique dans le domaine économique », **Revue Algérienne des sciences juridiques et politiques**, Vol 60, N°01, **2023**.

5. **ERIC Cevaer**, «.sécurité juridique et vente d'immeuble »? **Art.** Publié à l'occasion de l'acte congrès N° **111**, Intitulé sur: «.La sécurité juridique un défi authentique», notaires de France, strasbourg, **10-13 mai, 2015**.

6. **PHILIPPE Stoffel-Munck**, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », **Revue des contrats, hors-série, dossier: la réforme du droit des contrats: quelles innovations?**, Paris, **16 février 2016**.

7. **LAURENT Aynés**, « Le juge et le contrat: nouveaux role? », **Reveue des contrats**, hors-série, Paris, **16 février 2016**.

8. JOANNA Schmidt-Szalewski, « La période précontractuelle en droit français », Revue internationale de droit comparé, Vol 42, N° 02, 1990, p545.
9. JEAN-Louis Bergel, La sécurité juridique, Revue du notariat, Vol 110, N°02, 2008.
10. ELISE Charpentier, « Le prix de la sécurité juridique en matière contractuelle: l'exemple de la lésion en droit québécois », Revue du notariat, Vol.110, N°02, Montréal, 2008.
11. GABRIEL-Pierre Jobin, « coup d'oeil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », Revue les cahiers de droit, Vol47, N°01, 2006.
12. CARBONNIER Jean, Le code civil des Français a-t-il changé la société européenne? Programme pour une recherche sociologique sur l'influence du code de 1804, II foro Italiano, Vol98, N°12, 1975.

## B. Communication

1. FULLI-LemairieSamuel, L'essor de la notion d'insécurité juridique dans la jurisprudence judiciaire française et la jurisprudence européenne, Art publier dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: l'émergence d'une notion? Le 22 mars 2021, Société de législation comparée, Paris, 2022 .
2. GORDON Choisel, L'origine de la notion d'insécurité juridique-approche française-, Art, publier dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: L'émergence d'une notion?, Le 22 mars 2021, Société de législation comparée, Paris, 2022.
3. JEANNENEY Julien, Insécurité juridique : Un argument au parlement, article publier dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: l'émergence d'une notion? Le 22 mars 2021, Société de législation comparée, Paris, 2022.
4. KETATA Mouna, «Le formalisme dans les contrats d'auteur», Actes du colloque tuniso-français : L'évolution du droit des contrats (Approche comparée



entre la Tunisie et la France), 2 et 3 mars 2016, **Latrach**, Tunisie, 2021, P.P299-318.

5. **KNETSH Jonas**, L'instrumentalisation politique de la notion d'insécurité juridique: recherches historiques sur le droit Allemand (Allemagne nazie et RDA), Art publié dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: l'émergence d'une notion? Le 22 mars 2021, Société de législation comparée, Paris, 2022.

6. **MOLINS François**, l'insécurité juridique état d'urgence, Art publié dans la collection colloques tenu à la Cour de cassation sur: Insécurité juridique: L'émergence d'une notion? Le 22 mars 2021, Société de législation comparée, Paris, 2022.

7. **NOOMEN Rekik**, « Quelle protection du consommateur dans les contrats de la consommation? », Colloque tuniso-français: L'évolution du droit des contrats (approche comparée entre la Tunisie et la France), 2 et 3 mars 2016, **Latrach**, Tunisie, 2021.

8. **PATRICIA Partyka**, « Actualité du droit de la consommation en France », Art publié, Acte du colloque tuniso-français: L'évolution du droit des contrats (Approche comparée entre la Tunisie et la France), 2 et 3 mars 2016, **Latrach**, Tunisie, 2021.

9. **SALMA Abid-Mnif**, « Le consommateur entre le droit des contrats et le droit de la consommation: Concours de normes et une protection toujours insuffisante », Art publié, dans le colloque tuniso-français: L'évolution du droit des contrats (Approche comparée entre la Tunisie et la France), 2 et 3 mars 2016, **Latrach**, Tunisie, 2021.

10. **STOFFEL-Munck Philippe**, « L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : Pourquoi, Pour qui, Comment ? », Art publié dans l'ouvrage collective intitulé sur : L'avant -projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Lextenso éd, L.G.D.J, Paris, 2024.

11. **VINCENT Mazeaud**, « L'objet et la cause dans la réforme du droit français des contrats: Le changement dans la continuité », Art publié dans le colloque

tuniso-français: L'évolution du droit des contrats (approche comparée entre la Tunisie et la France), 2 et 3 mars 2016, **Latrach**, Tunisie, 2021.

**12. JAOUL Mélanie, MATHIEU Marie-Laure**, «La liberté contractuelle», **Art** publié dans l'ouvrage collective intitulée sur: Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, Paris, 2022.

#### **IV. Textes Juridiques**

1. Le Code civil français (1804), Consulté le site électronique: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

2. L'ordonnance N°2016-131, Du 10 février 2016, Portant la réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations, **J.O.R.F**, N° 0035, Du 11 février 2016.

#### **V. Sites web**

1. Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, **sur:** [www.Unidroit.org](http://www.Unidroit.org), consulté le: 01-02-2023 à 15:00 h.

2. **DIESSE François**, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, art publier dans le site: <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/71.pdf>, consulté le: 25/10/2023, à 13:00 h.

# الفهرس

شكر وتقدير

الإهداء

قائمة المختصرات

1 ..... مقدمة

## الباب الأول

### الإتجاه التّقليدي لتحقيق الأمن القانوني في العقد

19 ..... الفصل الأول: الضّمانات التّقليدية لتحقيق الأمن القانوني في العقد: بين الثّابت والمتغيّر ....

21 ..... المبحث الأول: مبدأ عدم رجعية القوانين كضمانة قطعية لتكريس الأمن القانوني .....

22 ..... المطلب الأول: ذاتية فكرة الأمن القانوني .....

24 ..... الفرع الأول: البحث عن مفهوم الأمن القانوني: تكامل بين المقاربات .....

25 ..... أولاً: المقاربة الفقهية في مفهوم الأمن القانوني .....

27 ..... ثانياً: المقاربة التشريعية في مفهوم الأمن القانوني .....

29 ..... ثالثاً: المقاربة القضائيّة في مفهوم الأمن القانوني .....

31 ..... الفرع الثاني: مقتضيات تكريس الأمن القانوني .....

33 ..... أولاً: مقروئية القاعدة القانونية .....

34 ..... 1. إعتبار وضوح القاعدة القانونية .....

34 ..... 2. إعتبار جودة الصّياغة القانونية .....

36 ..... ثانياً: موصولية القاعدة القانونية .....

37 ..... 1. الولوج المادي والفكري للقانون .....

38 ..... 2. إمكانية التّنبؤ بالقانون .....

39 ..... ثالثاً: إستقرار القاعدة القانونية .....

40 ..... رابعاً: الحاجة إلى ضمان فعّلية القاعدة القانونية: الإعتبار الغائب .....

42 ..... المطلب الثاني: مبدأ عدم رجعية القانون: الضّمانة الثّابتة لتحقيق الأمن القانوني .....

43 ..... الفرع الأول: مضمون مبدأ عدم رجعية القانون .....

43 ..... أولاً: مبدأ عدم رجعية القوانين: رؤية حول التّكييف وبعض الممارسات القضائية .....

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| ثانياً: مكانة الأمن القانوني في ظلّ رجعية القوانين: بين المبررات وأثر عنصر المفاجأة .....      | 46 |
| 1. مبررات الأخذ بفكرة رجعية القانون .....                                                      | 47 |
| 2. أثر عنصر المفاجأة بالتّشريع على فكرة الأمن القانوني .....                                   | 49 |
| الفرع الثاني: عن فعالية مبدأ عدم رجعية القانون في تجسيد الأمن القانوني .....                   | 50 |
| أولاً: مبدأ عدم رجعية القانون: تكريس العدالة .....                                             | 51 |
| ثانياً: عدم رجعية القانون: ضمانات للحقوق المكتسبة .....                                        | 52 |
| 1. مضمون الحقّ المكتسب .....                                                                   | 52 |
| 2. مبدأ عدم رجعية القانون آلية حمائية للحقوق المكتسبة .....                                    | 53 |
| ثالثاً: عدم رجعية القانون: إستقرار للمراكز العقدية .....                                       | 53 |
| 1. تعريف المراكز القانونية للأفراد .....                                                       | 54 |
| 2. دور مبدأ عدم رجعية القانون في حماية مراكز الأفراد .....                                     | 55 |
| المبحث الثاني: القوّة الملزمة للعقد ضمانات الأطراف وقيد القاضي: الضّمانة المتغيرة .....        | 56 |
| المطلب الأوّل: مضمون مبدأ القوّة الملزمة للعقد: عهد الإزدهار .....                             | 58 |
| الفرع الأوّل: أسس مبدأ القوّة الملزمة للعقد .....                                              | 59 |
| أولاً: مرجعية العقد ضمن الفلسفة الكلاسيكية .....                                               | 59 |
| ثانياً: مرجعية العقد ضمن فلسفة ضرورة تجاوز النّظرة الكلاسيكية للعقد .....                      | 62 |
| الفرع الثاني: عن ملائمة القواعد التقليديّة لمبدأ القوّة الملزمة في تحقيق الأمن التّعاقدي ..... | 63 |
| أولاً: العقد قانون المتعاقدين: حرمان إنتهاك حرمة العقد .....                                   | 64 |
| 1. سريان المبدأ في مواجهة الأطراف: تقنية لتنفيذ توقّعات المتعاقدين .....                       | 66 |
| 2. سريان المبدأ في مواجهة الغير: تقنية لعدم المساس بتوقّعات الأطراف .....                      | 67 |
| ثانياً: دور مبدأ القوّة الملزمة في حماية الثّقة المشروعة للمتعاقدين .....                      | 69 |
| 1. إرتباط فكرة التّوقّع المشروع بالأمن القانوني: لمحة عن العلاقة .....                         | 70 |
| 2. التمسك بالقوّة الملزمة للعقد: حماية للثقة المشروعة للأطراف .....                            | 71 |
| المطلب الثاني: التّعدي على القوّة الملزمة وأثره على الأمن القانوني للعقد: عهد الانتكاس .....   | 72 |
| الفرع الأوّل: إنتهاك القوّة الملزمة للعقد: حماية للطرف الضّعيف .....                           | 74 |

|                                                                                            |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| أولاً: بروز مبدأ الحماية للطرف الضعيف .....                                                | 75        |
| 1. خلفية ظهور مبدأ حماية الطرف الضعيف.....                                                 | 75        |
| 2. مهلة التفكير وحق التراجع عن العقد: النموذج القانوني لحماية الطرف الضعيف .....           | 77        |
| ثانياً: الحاجة إلى تغليب البعد الموضوعي على البعد الذاتي في العقد .....                    | 79        |
| الفرع الثاني: انعكاسات تراجع القوة الملزمة .....                                           | 81        |
| أولاً: إنتهاك توقعات أطراف العقد .....                                                     | 81        |
| ثانياً: الوقوع في التضخم التشريعي .....                                                    | 82        |
| 1. التخصص التشريعي للعقود: الشكل الحديث للتضخم التشريعي .....                              | 83        |
| 2. التضخم التشريعي عائق لتحقيق الأمن القانوني .....                                        | 85        |
| <b>الفصل الثاني: تجسيد القاضي لوظيفة الغير في المحافظة على العقد: بين النجاعة والقصور</b>  | <b>87</b> |
| المبحث الأول: زمن إختلال التوازن المالي للعقد: مرحلة التكوين .....                         | 89        |
| المطلب الأول: التدخل القضائي لإعادة التوازن العقدي بسبب الغبن والإستغلال .....             | 89        |
| الفرع الأول: الغبن والإستغلال: ضبط المفاهيم .....                                          | 90        |
| أولاً: تطوّر نظرية الغبن إلى الإستغلال .....                                               | 91        |
| 1. النظرية المادية .....                                                                   | 91        |
| 2. النظرية النفسية .....                                                                   | 92        |
| ثانياً: خصوصية أحكام الإستغلال عن نظرية الغبن .....                                        | 93        |
| ثالثاً: عناصر الإستغلال .....                                                              | 95        |
| 1. العنصر المادي للاستغلال .....                                                           | 95        |
| 2. العنصر النفسي للاستغلال .....                                                           | 96        |
| الفرع الثاني: دور القاضي في إعادة الأمن للعقد الخاضع للاستغلال والغبن .....                | 97        |
| أولاً: سلطة القاضي في إعادة الأمن التعاقدي عند تحقق الغبن: البيع العقاري أنموذجاً .....    | 98        |
| 1. الأصل في موضوع دعوى الغبن العقاري: تكملة الثمن كآلية وقائية .....                       | 99        |
| 2. الإستثناء في موضوع دعوى الغبن العقاري: فسخ العقد وخطورته على فكرة الأمان التعاقدي ..... | 99        |
| 101 .....                                                                                  | 101       |

|     |                                                                                              |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| 102 | ثانياً: سلطة القاضي في إعادة الأمن التعاقدى عند تحقق الإستغلال                               |
| 102 | 1. دعوى الإبطال                                                                              |
| 103 | 2. دعوى الإنقاص                                                                              |
| 105 | المطلب الثاني: التدّخل القضائي لإعادة التّوازن في عقود الإذعان                               |
| 107 | الفرع الأول: تحقّق حالة التّعسف في عقود الإذعان: بين المعايير والشّروط                       |
| 108 | أولاً: المعايير المعتمدة لتحديد طبيعة الشّروط في العقد                                       |
| 109 | 1. معيار التّعسف في إستعمال الحقّ                                                            |
| 110 | 2. معيار الميزة الفاحشة للاستغلال                                                            |
| 110 | ثانياً: الشّروط القانونية لتحقّق حالة التّعسف في عقود الإذعان                                |
| 111 | 1. أن يكون العقد عقد إذعان                                                                   |
| 112 | 2. تأكّد القاضي من وجود التّعسف من عدمه                                                      |
|     | الفرع الثاني: مكافحة الشّروط التّعسفية: بين تنوع أساليب الحماية وضرورة البحث في مدى فعاليتها |
| 113 |                                                                                              |
| 113 | أولاً: أساليب حماية الطّرف الضّعيف في عقود الإذعان                                           |
| 114 | ثانياً: البحث في مدى فعالية الحماية القانونية للمتعاقد المذعن                                |
| 115 | 1. محاربة الشّروط التّعسفية في عقود الإذعان: الحماية التشريعية العامّة                       |
| 119 | 2. محاربة الشّروط التّعسفية في عقود الإذعان: الحماية التشريعية الخاصّة                       |
| 121 | المبحث الثاني: زمن إختلال التّوازن المالي للعقد: مرحلة التّنفيذ                              |
| 122 | المطلب الأول: التدّخل القضائي لتعديل تنفيذ العقد: نظرية الطّروف الطّارئة                     |
| 123 | الفرع الأول: تعديل العقد بسبب الطّرف الطّارئ: لمحة عن تطوّر نظرية الطّروف الطّارئة...        |
| 125 | أولاً: شروط إعمال القاضي لنظرية الطّروف الطّارئة                                             |
| 125 | 1. سلطة القاضي في البحث عن الشروط الخاصّة بالعقد محلّ الحادث الطّارئ                         |
| 126 | 2. سلطة القاضي في البحث عن الشروط الخاصّة بالحادث الطّارئ                                    |
| 128 | 3. سلطة القاضي في البحث عن الشروط الخاصّة بأثر الحادث الطّارئ                                |
| 130 | ثانياً: التعلّيق على الشّروط القانونية للتّمسك بالطّرف الطّارئ في القانون الجزائري           |

|                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| الفرع الثاني: دور وحدود سلطة القاضي في إعادة الإستقرار العقدي عند تحقّق الظرف الطّارئ     | 130 |
| أولاً: دور القاضي في إعادة الإستقرار العقدي عند تحقّق الظرف الطّارئ                       | 131 |
| 1. سلطة القاضي في إنقاص إلتزامات الطرف المرهق: تجسيداً لحماية الطرف الضّعيف ....          | 132 |
| 2. سلطة القاضي في الزّيادة من إلتزامات الدّائن: مظهر لتجسيد العدالة والتّكافل العقدي .... | 133 |
| 3. سلطة القاضي في وقف تنفيذ الإلتزامات: وسيلة فعّالة لتوقي طريق الفسخ .....               | 134 |
| 4. إشكالية سلطة القاضي في الحكم بالفسخ: بين إعتبار الأمن القانوني ومقتضيات طبيعة العقد    | 135 |
| ثانياً: ضوابط سلطة القاضي في مراجعة العقد: تحقيقاً للعدالة والتّضامن العقدي               | 138 |
| المطلب الثاني: دور القاضي في مراجعة العقد بسبب الشرط الجزائي أو لمنح مهلة الميسرة..       | 139 |
| الفرع الأوّل: سلطة القاضي في مراجعة مضمون الشرط الجزائي .....                             | 140 |
| أولاً: شروط التّدخل القضائي لتعديل الشرط الجزائي .....                                    | 141 |
| 1. الخطأ العقدي .....                                                                     | 141 |
| 2. الضرر العقدي .....                                                                     | 142 |
| 3. العلاقة السببية .....                                                                  | 142 |
| 4. الإعذار .....                                                                          | 142 |
| ثانياً: سلطة القاضي في رفع اللاتوازن العقدي بسبب الشرط الجزائي: سلطة مقيدة .....          | 144 |
| 1. سلطة القاضي في الإعفاء من الشرط الجزائي .....                                          | 144 |
| 2. سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي: مظهر لتحقيق الاستقرار التعاقدية .....              | 145 |
| 3. البحث في مدى سلطة القاضي في التّدخل للزيادة من مقدار الشرط الجزائي .....               | 147 |
| الفرع الثاني: سلطة القاضي في مراجعة أجل تنفيذ الإلتزامات العقدية .....                    | 149 |
| أولاً: سلطة القاضي في التأكّد من مدى توافر الشروط القانونية لمنح مهلة الميسرة .....       | 149 |
| ثانياً: نطاق التّدخل القضائي لمنح مهلة الميسرة .....                                      | 152 |
| 1. البحث في مدى سلطة القاضي في منح مهلة الميسرة بمناسبة دعوى الفسخ .....                  | 152 |
| 2. سلطة القاضي في منح مهلة الميسرة: بمناسبة دعوى التّنفيد .....                           | 155 |



|     |                                                                                       |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------|
| 156 | ..... خلاصة الباب الأول                                                               |
|     | الباب الثاني                                                                          |
|     | التوجه الحديث لتكريس الأمن القانوني في العقد                                          |
| 161 | الفصل الأول: نحو تقييم التدخل القضائي في العقد: بين الأزمة وواقع التطورات الزاهنة ... |
| 163 | المبحث الأول: التدخل القضائي في العقد: مظهر من مظاهر اضطراب العقد .....               |
| 164 | المطلب الأول: تشخيص أزمة العقد .....                                                  |
| 165 | الفرع الأول: تأصيل أزمة العقد. نظرة حول المفهوم والأبعاد .....                        |
| 166 | أولاً: ظهور أزمة العقد .....                                                          |
| 167 | ثانياً: تعريف أزمة العقد .....                                                        |
| 168 | ثالثاً: أبعاد أزمة العقد .....                                                        |
| 168 | 1. أزمة أساس .....                                                                    |
| 169 | 2. أزمة مبادئ .....                                                                   |
| 169 | 3. أزمة مفاهيم .....                                                                  |
| 171 | 4. أزمة تصورات .....                                                                  |
| 172 | 5. أزمة تكييف .....                                                                   |
| 172 | 6. أزمة مصطلحات .....                                                                 |
| 174 | الفرع الثاني: القاضي مصدر أزمة العقد .....                                            |
| 175 | أولاً: القاضي طرف جديد في العقد .....                                                 |
| 176 | ثانياً: إطلاق يد القاضي في العقد .....                                                |
| 178 | المطلب الثاني: ملامح أزمة العقد وتداعياتها .....                                      |
| 179 | الفرع الأول: التدخل القضائي لفرض إلتزامات جديدة في العقد .....                        |
| 180 | أولاً: فرض إلتزامات جديدة باسم مبدأ العدالة .....                                     |
| 181 | 1. إشكالية الأخذ بالتزام السلامة .....                                                |
| 182 | 2. التشكيك في صحة الإلتزام بالإعلام .....                                             |
| 184 | ثانياً: فرض إلتزامات جديدة باسم مبدأ حسن النية .....                                  |

|     |                                                                                                              |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 185 | 1. فرض الإلتزام بالتّعاون كنموذج للتّوسيع من فكرة حسن النية .....                                            |
| 186 | 2. الإلتزام بالتّحذير وضمان المطابقة.....                                                                    |
| 187 | الفرع الثّاني: إنعكاسات أزمة العقد .....                                                                     |
| 187 | أولاً: التّضخّم في الإلتزامات العقدية .....                                                                  |
| 188 | ثانياً: أزمة النّقة .....                                                                                    |
| 188 | ثالثاً: انعدام الأمن القانوني للعقود .....                                                                   |
| 192 | المبحث الثّاني: التّدخل القضائي في العقد: حتمية فرضه واقع التّطوّرات الرّاهنة .....                          |
| 193 | المطلب الأوّل: تأثير المعطيات الإجتماعية والإقتصادية في تطوير العقد.....                                     |
| 194 | الفرع الأوّل: التّحوّل في وظيفة الدّولة: مظهر من مظاهر تطوّر قانون العقود .....                              |
| 194 | أولاً: مظاهر تطوّر وظيفة الدّولة .....                                                                       |
| 194 | 1. تطوّر وظيفة الدّولة: من حارسة إلى متدخّلة .....                                                           |
| 197 | 2. تطوّر وظيفة الدّولة: من متدخّلة إلى ضابطة .....                                                           |
| 198 | ثانياً: إنعكاس تطوّر وظيفة الدّولة.....                                                                      |
| 199 | 1. بروز جميعة وعيّممة العقد.....                                                                             |
| 200 | 2. ظهور السّلطات الإدارية المستقلة كجهة منافسة لعمل القضاء .....                                             |
|     | الفرع الثّاني: التّحوّل في فكرة النّظام العام: الانتقال من النّظام العام التّقليدي إلى الأنظمة العامّة ..... |
| 202 | أولاً: النّظام العام الإجتماعي: إتّساع مفهوم المصلحة العامّة كمبرّر للتّدخل القضائي في العقد .....           |
| 203 | ثانياً: قبول قواعد النّظام العام الحمائي للتّدخل القضائي في العقد .....                                      |
| 204 | 1. التّدخل القضائي بآلية النّظام العام الحمائي ضمن قواعد الشّريعة العامّة.....                               |
| 206 | 2. التّدخل القضائي بآلية النّظام العام الحمائي ضمن التّشريعات الخاصّة .....                                  |
| 208 | المطلب الثّاني: تأثير التطوّرات التكنولوجية على العقد: بين الواقع والتّحديات .....                           |
| 209 | الفرع الأوّل: تأثير التطوّرات التكنولوجية على قانون العقود: العقود الإلكترونيّة أنموذجاً .....               |
| 209 | أولاً: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني: بين القواعد العامّة وخصوصيات الرّقمنة .....                      |

|     |                                                                                             |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| 212 | ثانياً: ظهور مجلس العقد الإلكتروني استجابةً لخصوصية البيئة الرقمية: بين الواقع والقانون .   |
| 213 | ثالثاً: المحل الإلكتروني: عنصر جديد في واقع متجدد .....                                     |
| 214 | رابعاً: ظهور وسائل الدفع الإلكترونية أمام وسائل الدفع التقليدية .....                       |
| 215 | خامساً: نظام الإثبات الإلكتروني في منافسة قواعد الإثبات التقليدية.....                      |
| 218 | الفرع الثاني: الذكاء الاصطناعي كتحديد جديد في العقد: رؤية جديدة لآفاق واعدة.....            |
| 219 | أولاً: جدلية الاعتراف بالشخصية القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي .....                      |
| 219 | 1. الاتجاه المعارض لتمتع أنظمة الذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية.....                     |
| 220 | 2. الاتجاه المؤيد بتمتع أنظمة الذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية.....                      |
| 221 | 3. مستقبل فكرة شخصنة الأنظمة الذكية .....                                                   |
| 222 | ثانياً: إشكالية قدرة الأنظمة الذكية في التعاقد.....                                         |
| 223 | 1. مدى قدرة الأنظمة الذكية في الدخول في المفاوضات .....                                     |
| 224 | 2. مدى قدرة الأنظمة الذكية على إبرام العقد .....                                            |
| 224 | 3. مدى قدرة الأنظمة الذكية على تنفيذ العقد .....                                            |
| 225 | ثالثاً: إشكالية القدرة على الفصل في منازعات عقود الذكاء الاصطناعي .....                     |
|     | <b>الفصل الثاني: نحو البحث عن الآليات الحديثة لتجسيد الأمن القانوني في العقد: الإصلاحات</b> |
| 227 | <b>التشريعية والقضائية .....</b>                                                            |
| 230 | المبحث الأول: الإصلاح التشريعي: ازدواجية الأصالة بالحادثة.....                              |
| 231 | المطلب الأول: المبادئ المؤطرة للعقد كمنهجية حديثة في تحقيق الأمان التعاقدي .....            |
| 232 | الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للمبادئ المؤطرة للعقد .....                                   |
| 233 | أولاً: تعريف المبادئ المؤطرة للعقد .....                                                    |
| 234 | ثانياً: منهجية المبادئ المؤطرة للعقد: بين الرّفص والقبول .....                              |
| 234 | 1. الاتجاه الرافض لمنهجية المبادئ المؤطرة للعقد.....                                        |
| 236 | 2. الاتجاه المؤيد لمنهجية المبادئ المؤطرة للعقد .....                                       |
| 238 | الفرع الثاني: التأكيد على كفاية الإرادة في المحافظة على العقد .....                         |
| 239 | أولاً: البحث في مدى فعالية بند التقييس كآلية إرادية لإعادة الإستقرار التعاقدي .....         |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. مساهمة بند التقييس في دفع اللاتوازن العقدي .....                                              | 240 |
| 2. إشكالية مضمون بند التقييس وسلطة القاضي في نظرة الميسرة: طبيعة مختلفة والإهتمام واحد .....     | 241 |
| ثانياً: بند إعادة التفاوض .....                                                                  | 243 |
| 1. مضمون بند إعادة التفاوض .....                                                                 | 243 |
| 2. إشكالية بند إعادة التفاوض وتدخل القاضي التلقائي في العقد: نظرية الظروف الطارئة أنموذجاً ..... | 246 |
| المطلب الثاني: ضرورة الالتفات إلى تكريس المبادئ الحديثة لنظرية العقد .....                       | 248 |
| الفرع الأول: ولوج مبدأي الأمن القانوني والقوة الملزمة إلى فلك المبادئ المؤطرة للعقد .....        | 249 |
| أولاً: تحولات مبدأ الأمن القانوني .....                                                          | 249 |
| 1. التحول في طبيعة الأمن القانوني للعقد: من الجمود إلى المرونة العقدية .....                     | 250 |
| 2. الحاجة إلى تصحيح توقعات المتعاقد بدل من قاعدة عدم المساس بالعقد .....                         | 251 |
| ثانياً: مبدأ القوة الملزمة للعقد: رؤية جديدة .....                                               | 252 |
| 1. الاستقرار والثقة: الأساس الحديث لمبدأ القوة الملزمة للعقد .....                               | 253 |
| 2. العقد ليس ملزماً إلا إذا كان عادلاً .....                                                     | 255 |
| الفرع الثاني: مبدأ الثلاثية الحديثة: العادل والنافع والتضامن في العقود .....                     | 256 |
| أولاً: مبدأ العدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية قوام قانون العقود .....                          | 257 |
| 1. خدمة نظرية العادل والنافع للأمن القانوني .....                                                | 257 |
| 2. نظرية العادل والنافع لا تستبعد الإرادة في العقد .....                                         | 258 |
| 3. ملائمة نظرية النافع والعادل لواقع التدخل القضائي في العقد .....                               | 259 |
| ثانياً: تكريس مبدأ التضامن العقدي .....                                                          | 259 |
| 1. جذور مبدأ التضامن العقدي .....                                                                | 260 |
| 2. التضامن في العقد ليس غريباً عن أحكام قانون العقود: تجليات التضامنية العقدية .....             | 261 |
| 3. ترحيب فكرة التضامن التعاقدية لواقع التدخل القضائي في العقد .....                              | 262 |

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| المبحث الثاني: الإصلاح القضائي: بين توسيع صلاحيات القاضي وضرورة تجاوز إشكالية تذبذب إجهاداته..... | 264 |
| المطلب الأول: ضرورة توسيع صلاحيات القاضي في العقد .....                                           | 265 |
| الفرع الأول: توسيع سلطات القاضي إلى مرحلة ما قبل التعاقد: فرضية لازمة .....                       | 266 |
| أولاً: فرض التدخّل القضائي في المرحلة السابقة للتعاقد: آلية لتكريس الأمن العقدي العام....         | 267 |
| 1. إشكالات المرحلة السابقة للتعاقد.....                                                           | 268 |
| 2. آلية التدخّل القضائي في المفاوضات: حسن النية إلزام عام في العقد والمتعاقدين .....              | 271 |
| الفرع الثاني: الالتفات إلى محدودية سلطات القاضي في مرحلتي ما بعد التعاقد .....                    | 275 |
| أولاً: تدعيم سلطات القاضي في إعادة التوازن الموضوعي للعقد: مرحلتي الإبرام والتنفيذ .....          | 276 |
| ثانياً: إشراك السلطات الإدارية المستقلة في تحقيق الاستقرار العقدي .....                           | 278 |
| المطلب الثاني: إشكالية عدم استقرار الإجهاد القضائي: بين المخاطر وسبل الإصلاح .....                | 280 |
| الفرع الأول: خطورة العدول عن الإجهاد القضائي.....                                                 | 281 |
| أولاً: الإجهاد القضائي والعدول عنه: ضبط المفاهيم.....                                             | 282 |
| 1. دور الإجهاد القضائي في تكريس الأمن القانوني .....                                              | 283 |
| 2. إشكالية فكرة العدول عن الإجهاد القضائي وقاعدة لا يعذر بجهل القانون .....                       | 285 |
| ثانياً: نطاق خطورة العدول عن الإجهاد القضائي .....                                                | 286 |
| 1. ملامح خطورة العدول عن الإجهاد القضائي بالنسبة للأفراد .....                                    | 287 |
| 2. خطورة العدول على الإجهاد القضائي بالنسبة للمنظومة القانونية.....                               | 289 |
| الفرع الثاني: آليات تكريس الأمن القضائي في الجزائر: بين الواقع والمأمول .....                     | 292 |
| أولاً: الآليات التشريعية الوطنية لتجسيد الأمن القضائي .....                                       | 293 |
| 1. آلية توحيد الإجهادات القضائية: بين النصّ والواقع.....                                          | 293 |
| 2. الضبط التشريعي لآلية التراجع عن الإجهاد: إجراءات قانونية غير كافية.....                        | 295 |
| 3. آلية تقنين ونشر الإجهاد القضائي: بين القبول والرفض .....                                       | 296 |
| ثانياً: الآليات التشريعية المقارنة لتكريس الأمن القضائي: الحاجة إلى فعاليتها .....                | 297 |
| 1. الإعتماد على آلية الدور الرقابي والوقائي للمحكمة العليا.....                                   | 297 |

|     |                                                               |
|-----|---------------------------------------------------------------|
| 298 | 2. آلية التّخلي عن نظام الإحالة الثانية في النّقض .....       |
| 298 | 3. آلية العمل على توحيد منهجية التّفسير .....                 |
| 299 | 4. آلية اعتبار الإجتهد القضائي مصدراً رسمياً في القانون ..... |
| 300 | خلاصة الباب الثاني .....                                      |
| 304 | الخاتمة .....                                                 |
| 312 | قائمة المراجع .....                                           |
| 340 | الفهرس .....                                                  |

.

# الأمن القانوني في مواجهة سلطة القاضي في العقد

## ملخص

لقد ساهمت التطورات الاجتماعية، الاقتصادية، والتكنولوجية الرأبنة في الكشف عن اللأمن الذي لحق قواعد القانون المدني الجزائري؛ وبعد التأكد من عدم ملائمة الأحكام التي تضمنتها لخدمة جديد المعاملات العقدية الحالية، نتج عنه كذلك غياباً لفكرة الأمان التعاقدى خاصةً أمام محدودية سلطات القضاة في إعادة الأمن للعقود، ناهيك عن التذبذب الذي طال اجتهاداتهم حتى ظهر مظهرٌ جديد يتعلّق بانعدام الأمن في القضاء.

إنّ مسألة المحافظة على المعاملات العقدية تتطأب اعتبارات عدّة وتتجاذبها مقتضيات معينة متعلقة أساساً بوضع ضمانات وميكانيزمات فعالة؛ تهدف إلى ضمان الأمن كلّ بمجاله. فالمشرع يهتم بأمن النصوص القانونية الصادرة عنه خاصةً تلك المرتبطة بالمعاملات التعاقدية وأطراف هذه الأخيرة يمثلون لفحوى ما تضمنته القاعدة القانونية بكلّ نزاهةٍ وشفافية. ليأتي فيما بعد دور القضاة في تكريس الأمن القضائي عن طريق الاهتمام بالقضايا المرفوعة أمامهم، وبالأحكام والقرارات الصادرة عنهم هادفين من كلّ ذلك إلى ضمان حقوق المتقاضين واحترام توقّعاتهم ومكتسباتهم المشروعة.

**الكلمات المفتاحية:** الأمن، الاستقرار، القانون، العقد، التوازن العقدي، العدالة العقدية، أزمة العقد، التطورات الرأبنة، الإصلاح التشريعي، الإصلاح القضائي، الأمن القضائي.

## Résumé

Les évolutions sociales, économiques et technologiques actuelles en Algérie ont révélé les lacunes qui ont affecté les fondements du droit civil. Après avoir confirmé l'inadéquation des dispositions qui les ont incluses pour servir les nouvelles transactions contractuelles, cela a entraîné une absence de concept de sécurité contractuelle, en particulier en raison de la limitation des pouvoirs des juges à rétablir la sécurité des contrats, ainsi que des fluctuations qui ont affecté leurs efforts jusqu'à l'apparition d'un nouveau aspect concernant l'absence de sécurité dans le système judiciaire.

La question de la préservation des transactions contractuelles nécessite plusieurs considérations et implique des exigences spécifiques liées principalement à l'établissement de garanties et de mécanismes efficaces visant à assurer la sécurité dans chaque domaine. Le législateur se soucie de la sécurité des textes juridiques qu'il émet, en particulier ceux liés aux transactions contractuelles, et les parties concernées respectent le contenu de ce que la règle légale a inclus avec intégrité et transparence. Ensuite, le rôle des juges est de consolider la sécurité juridique en se concentrant sur les affaires portées devant eux, ainsi que sur les jugements et décisions qu'ils émettent, dans le but de garantir les droits des demandeurs et de respecter leurs attentes et leurs acquisitions légitimes.

**Les mots clés :** Sécurité, stabilité, loi, contrat, équilibre contractuel, justice contractuelle, crise contractuelle, évolutions actuelles, réforme législative, réforme judiciaire, sécurité judiciaire.

## Abstract

The current social, economic, and technological developments in Algeria have revealed shortcomings that have affected the foundations of civil law. After confirming the inadequacy of the provisions that included them to serve new contractual transactions, this led to an absence of the contractual security concept, particularly due to the limitation of judges' powers to restore contract security, as well as fluctuations that affected their efforts until a new aspect emerged regarding the absence of security in the judicial system.

The issue of preserving contractual transactions requires several considerations and implies specific requirements mainly related to establishing guarantees and effective mechanisms aimed at ensuring security in each domain. The legislator is concerned about the security of the legal texts it issues, especially those related to contractual transactions, and the parties involved adhere to the content of what the legal rule included with integrity and transparency. Subsequently, the role of judges is to consolidate legal security by focusing on the cases brought before them, as well as the judgments and decisions they issue, with the aim of guaranteeing the rights of plaintiffs and respecting their legitimate expectations and acquisitions.

**Key words:** Security, stability, law, contract, contractual balance, contractual justice, contractual crisis, current developments, legislative reform, judicial reform, judicial security.