جامعة أحمد زبانة غليزان
Ahmed Zabana Relizane University

جامعة أحمد زبانة غليـزان

كليـة الحقـوق

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه - الطور الثالث في الحقوق -

تخصص: قانون خاص

الموسومة بـ:

الالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر – دراسة مقارنة-

من إعداد الطالبة:

محجوب بوكريس مروى

تحت إشراف:

أ/د عليان عدة

أعضاء لجنـة المناقشـة

اسم ولقب الأستاذ	الرتبـــة العلمية	مؤسسة الانتماء	الصـــفة
برابح يمينة	أستاذ	جامعة أحمد زبانة غليزان	رئيـــسا
عليان عدة	أستاذ	جامعة أحمد زبانة غليزان	مشرفا ومقـــررا
مفلاح عبد الكريم	أستاذ محاضر " أ"	جامعة أحمد زبانة غليزان	منـــاقشا
براشمي مفتاح	أستاذ	جامعة أحمد زبانة غليزان	منـــاقشا
رباحي أحمد	أستاذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	منـــاقشا
حاج بن علي محمد	أسناذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	منـــاقشا

السنة الجامعية 2026/2025

بسم الله الرحمن الرحيم

وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ
لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي
لَشَدِيدٌ

[سورة إبراهيم، الآية: 7]

شكر وتقدير

اللهم لك الحمد حمداً كثيراً مباركاً فيه، كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، لا نحصي ثناءً عليك، أنت كما أثنيت على نفسك.

أتقدّم بخالص الشكر وعظيم الامتنان إلى الأستاذ المشرف "الأستاذ الدكتور عليان عدة" على ما قدّمه لي من توجيهات قيّمة ونصائح سديدة كان لها الأثر البالغ في إخراج هذه الرسالة على أحسن وجه.

كما أتوجّه بجزيل الشكر إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة، على ما تفضّلوا به من قراءة الرسالة وتنقيحها ومناقشتها.

ولا يفوتني أن أشكر كل من قدّم لي يد العون أو ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

إلى روح خالتي، تغمّدها الله بواسع رحمته.

إلى والديّ العزيزين، حفظهما الله ورعاهما.

إلى زوجي الكريم وابنتي فرح ياسمين.

إلى جميع أفراد العائلة الكرام.

وإلى كل من قدّم لي العون أو دعمًا، ولو بكلمة طيبة.

قائمة أهم المختصرات:

1. قائمة المختصرات باللّغة العربية:

ص..... صفحة.

ط..... الطبعة.

2. قائمة المختصرات باللّغة الفرنسية:

- p ..... page.
- p.p ..... page à page.
- n° ..... numéro.
- s..... suivant.
- Op.cit ..... Ouvrage précédemment cité
- Cass. Civ. ..... Cassation civile.
- Cass. Com. ..... Cassation commerciale.
- Bull. civ. ..... Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de Cassation française.
- LGDJ. ..... Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- éd. : ..... édition

مقدمة

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، فلا يمكنه العيش بمعزل عن المجتمع. وبسبب محدودية قدراته، يلجأ إلى الآخرين لتلبية احتياجاته ومصالحه اللامتناهية. ويعد العقد أحد أبرز الوسائل التي يعتمد عليها لتحقيق أهدافه، ذلك باعتباره من أبرز التصرفات القانونية الشائعة في المعاملات المدنية والتجارية، قوامه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثر قانوني، سواء كان ذلك في إنشاء التزام، أو تعديله، أو إنهائه. وتعبتر إرادة الأطراف العنصر الأساسي في تكوين العقد، إذ لا يمكن تصور العقد بدونها، ذلك لأنها تُنشئ العقد وتُخرجه للوجود من جهة، وتُحدد آثاره ومداه من جهة أخرى.

وتُعد حرية التعاقد من المبادئ الأساسية في الفلسفة الليبرالية، حيث يُفترض أن الفرد يمتلك الإرادة الحرة والقدرة الكافية على اختيار ما يناسبه من علاقات تعاقدية، طالما لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام والآداب العامة. وعليه متى اُنعقد العقد بحرية واختيار، فإنه عقدٌ عادلٌ ومتوازن حسب المذهب الفرداني، الذي يعتبر أن كل ماهو تعاقدي هو عادل بالنسبة للمتعاقدين وذلك لافتراض المساواة بينهما في المراكز القانونية والمعرفية، فلا عبرة بالشروط المجحفة التي يتعاقد بموجبها العامل مع رب العمل، ولا بإساءة استعمال الحق.

ومن الثابت قانوناً لدى أنصار المذهب الفرداني أن العقد متى استوفى أركانه وكافة شروطه يكتسب قوة إلزامية، تُلزم قيام أطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات، إذ يصبح العقد كالقانون لعاقديه سواء فيما بينهما أو في مواجهة الغير، فلا يستطيع أحدهما الإنفراد بنقضه أو تعديله، مهما طرأت مستجدات أو ظروف تعيق تنفيذ العقد، كما لا يحق للغير – على غرار القاضي– التدخل في العقد سواء بالتعديل أو بالإضافة أو الحذف، فالعقد حسب تصورهم نتاج لإرادة طرفيه، لذا تعتبر مسألة تعديل الالتزامات المنبثقة عن العقد حق مقتصر على الأطراف المتعاقدة، تطبيقاً لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين".

غير أن الادعاء بأن الفرد هو الأقدر على إدراك مصالحه الخاصة ورعايتها لا يتوافق مع معطيات الواقع الحالي، إذ كثيرًا ما شُهِدَت حالات من التعسف والظلم واستغلال حاجات الأفراد، ارتُكِبت باسم حرية التعاقد. فقد أظهرت الممارسة أن إطلاق حرية التعاقد دون قيود، والمبالغة في تقديس سلطان الإرادة، قد يؤدي إلى إختلالات

تعاقدية واضحة، لاسيما في العقود ذات الطابع الإقتصادي أوالمعلوماتي، إذ مع التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي شهده العالم مطلع القرن (20) العشرين، ظهرت شركات كبرى تُقدم خدمات لا يمكن الإستغناء عنها، كخدمات التأمين والنقل. ولغرض تسهيل الإجراءات وتوسيع نطاق التعامل، لجأت هذه الشركات إلى استخدام عقود نموذجية، ما أدى إلى نشوء علاقات تعاقدية غير متكافئة بين طرف قوي اقتصاديًا يفرض شروطه، وطرف ضعيف لا يملك سوى القبول بها تحت وطأة الحاجة لتلك الخدمة أو السلعة الأساسية. ونتيجة لهذه الهيمنة التعاقدية من الطرف القوي، ظهرت عقود تتضمن شروطًا تعسفية لا تقبل النقاش، على غرار عقود الإذعان.

كما أن إغفال البعد الاجتماعي للعقد، والتمسك المفرط بالطابع الفردي للعلاقات التعاقدية، يُفضي في كثير من الحالات إلى نشوء مراكز قانونية يشوبها عدم التوازن، لا توفر القدر الكافي من الحماية للطرف الضعيف. فالعقد ليس فقط اتفاقًا بين طرفين، بل هو أيضًا أداة لتعريف حدود الحقوق والواجبات المتبادلة، مما يعزز التفاهم بين الأطراف ويسهم في استقرار العلاقات الاجتماعية. على سبيل المثال، العقود بين الأفراد في مجال العمل أو الزواج أو التعاون التجاري، تساهم في بناء شبكة من العلاقات الاجتماعية المتوازنة.

وأمام اتساع دائرة التعارض والتضارب في المصالح بين الأطراف المتعاقدة، أصبح من المستلزم إعادة النظر في مدى إطلاق حرية التعاقد، مع ضرورة قيام العلاقة العقدية على مقتضيات النزاهة والتعاون بين المتعاقدين، بحيث تراعى مصالحهما المشتركة تحقيقاً للمساواة الفعلية، إذ في ظل التطور العلمي والتكنولوجي، أصبح من غير الممكن افتراض المساواة في المعرفة والخبرة بين المتعاقدين.

وحداً من الأنانية المفرطة التي تُلازم الشخص عند ممارسة حقوقه وتجعله متمسكاً بمصالحه الشخصية، برزت الحاجة إلى فكرة "**مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر**" كوجه من أوجه التعاون وحسن النية في العلاقات التعاقدية، قصد توجيه العقد سواء عند إبرامه أو عند تنفيذه، وذلك بإخضاعه إلى جملة من الضوابط والقيود القانونية، بغية حماية مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وقصد بسط المزيد من الثقة والأمانة والتعاون بين أطراف هذه العلاقة، بما يحقق التوازن في المصالح، فالعقد ليس

ثمرة توافق بين إرادتين متضادتين تعبران عن مصالح متعارضة، وإنما يجب أن ينظر إليه على أنه الوسيلة القانونية للتعاون بين الطرفين[1].

فبهذا الطرح أصبح التوجه القانوني الحديث يميل إلى تكريس مبدأ التعاون والتضامن في العلاقات التعاقدية، بما يفرض على كل متعاقد أن لا يقتصر في اعتباره على مصلحته الشخصية فحسب، بل أن يراعي كذلك مصالح المتعاقد الآخر. ويقتضي هذا التوجه قبول كل متعاقد بتقديم بعض التنازلات أو التضحيات عند الاقتضاء، بهدف الحفاظ على العقد وضمان تحقيق الغاية التي أُبرم من أجلها.

وتُعد فكرة "**مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر**" تجسيداً وامتداداً لمجموعة من المبادئ التوجيهية الراسخة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. فقد أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة مراعاة مصلحة الطرف الآخر في المعاملات المالية، مستندين في ذلك على عدة قواعد فقهية وأصولية أبرزها؛ قاعدة "**لا ضرر ولاضرار**"[2]، التي تمنع استعمال الحقوق بشكل يُسبب ضرراً غير مبرر بالغير، وكذا قاعدة "**رفع الحرج**" التي تدعو إلى التيسير في المعاملات وعدم تحميل أحد المتعاقدين أعباء تُثقل كاهله دون مبرر تطبيقاً لقوله عز وجل:"**وما جعل عليكم في الدين من حرج" (سورة الحج 78).**

كما دعّم الفقه القانوني[3] فكرة "مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر"، حيث سعى إلى بلورة هذه الفكرة من خلال تطويع المبادئ التوجيهية لنظرية العقد، وتكييفها مع متطلبات العدالة التعاقدية، لا سيما تطوير مفهوم مبدأ حسن النية، فبعدما كانت فكرة حسن النية

[1]– عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود "دراسة مقارنة" منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص.201.

[2] – أخرجه مالك بن أنس في الموطأ، كتاب الأقضية، باب "القضاء في المرفق"، تحقيق: مصطفى بن العدوي، دار ابن رجب، بيروت، ط01، 1423ه– 2003م، ص. 492.

[3] – على غرار الأستاذ MAZEAUD الذي نادى بإدماج فكرة التضامن والتعاون بين المتعاقدين ضمن أحكام المنظمة لنظرية العقد، وكذا الأستاذة MEHANNA التي سعت إلى إدخال مبدأ الأخوة المستمد من شعارات الثورة الفرنسية وإدخاله على النظرية الكلاسيكية للعقد، وعملا بهذا المبدأ يصبح المتعاقد يهتم إلى جانب مصلحته بمصلحة الطرف الآخر.

MAZEAUD DENIS, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ?, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, éd. J-Cl, 1999, p. 633.

MEHANNA MARIAM, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, Thèse de doctorat en droit Sous la direction de M. le Professeur Denis Mazeaud, université Panthéon - Assas France, 2014, p 4 et s.

في بادئ الأمر تفرض على المتعاقدين موقفاً سلبياً بعدم اتخاذ مسلك ينطوي على غش أو سوء نية، تطورت الآن بأن أصبحت تفرض على الاطراف المتعاقدة سلوكاً إيجابياً بالتعاون وعدم الإكتفاء بالامتناع عن سوء النية، تأسيساً على أن العقد وسيلة قانونية للتعاون بين الأطراف المتعاقدة.

وتُطبق فكرة "**مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر**" عبر جميع المراحل التعاقدية؛ ابتداءاً بمرحلتيّ التفاوض والتكوين، حيث يلتزم كل طرف بأن يكون صادقًا، شفافًا، وعادلاً أثناء التفاوض، وألا يُخفي معلومات جوهرية أو يستغل جهل الطرف الآخر أو حاجته أو ضعفه. وهذا الالتزام لا يفرض فقط الامتناع عن الغش أو التدليس، بل يذهب أبعد من ذلك ليشمل حماية مصلحة الطرف الآخر بما يتماشى مع العدالة والتوازن التعاقدي، فيُطلب من الطرف القوي في العلاقة، كالمؤجر أو رب العمل، ألا يفرض شروطًا مجحفة تضر بمصلحة الطرف االضعيف.

كما يتم تطبيق فكرة **مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر** أثناء مرحلة تنفيذ العقد، إذ تعتبر هذه المرحلة التعاقدية – مرحلة تنفيذ العقد – المجال الخصب لتطبيق فكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، فيتوجب تنفيذ الالتزامات المتفق عليها بطريقة تُراعي حقوق الطرف الآخر، والتزام بالتعاون لتذليل العقبات والظروف التي قد تعترض تنفيذ العقد.

كما يمتد تطبيق فكرة **مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر** إلى مرحلة إنهاء العقد، حيث يُشترط أن يتم الإنهاء وفق ما تفرضه قواعد العدالة والإنصاف، لاسيما في العقود متراخية التنفيذ، بحيث يُمنح الطرف المتضرر مهلة مناسبة للتكيّف مع الإنهاء وتفادي الأضرار المفاجئة، وإلا ترتب على ذلك تعويض عادل عما لحقه من ضرر.

وتبعاً لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية أوجدت الحاجة إلى تجديد روح العقد والتوفيق بين العدالة العقدية والحرية التعاقدية، من هنا تتجلى أهمية دراسة فكرة " **مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر**"، التي رأيت أنها تستحق فعلاً أن تفرد بدراسة مستقلة ومعمقة على الرغم من صعوبة ذلك نوعاً ما، لكونه موضوعاً فلسفياً بالدرجة الأولى، وكذا قلة الدراسات المتخصصة والمعمقة فيه، فأبحث عن التأصيل الفقهي لهذه الفكرة، وكذا مظاهرها وتجلياتها، وذلك انطلاقا من استقرائي وتحليلي للنصوص القانونية

المتفرقة؛ سواء في الشريعة العامة "القانون المدني" أو القوانين الخاصة المنظمة لمجال العقود.

ولا يوجد أي بحث علمي يخلو من أهدافٍ، يرجو الباحث تحقيقها من خلال دراسته لأي موضوع، وتتمثل الأهداف المرجوة من هذه الدراسة في التأصيل القانوني لفكرة "**مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر**" المبنية على مقتضيات الأخوة والتعاون والنزاهة بين المتعاقدين، مع إبراز مدى تأثير التحولات الفكرية والفلسفية العديدة في المجتمعات البشرية، والتي أدت إلى خروج العقد من النزعة الفردية إلى النزعة الاجتماعية، وبروز أفكار تطالب بإيجاد أكبر قدر من التضامن والتعاون بين طرفي العلاقة العقدية في إطار يسوده جو من النزاهة والثقة في التعامل، بالإضافة إلى بيان مدى استلزام العقد بمفهومه الحديث لمبادئ جديدة ذات أساس أخلاقي، كواجب التعاون، مبدأ النزاهة، الالتزام بالإعلام، الالتزام بتقليص الأضرار...الخ، التي تراعى فيها المصالح المشتركة للمتعاقدين من جراء العملية العقدية التي يباشرانها، مع تبيان التوجه الفقهي والتشريعي إلى أخلقة العقود، بما ينسجم مع التطورات الفكرية والحضارية للمجتمعات، وكذا إستقرار المعاملات، ومدى إنسجام فكرة " مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر" مع العدالة العقدية ومتطلبات العصر، مع التركيز على إظهار تجليات ومظاهر فكرة "**مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر**" في القانون المدني وكذا القوانين الخاصة المنظمة لمجال العقود (قانون الاستهلاك، قانون العمل، قانون التأمين...)، وذلك عبر كافة مراحل العقد المختلفة سواء أثناء مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه.

ومادام موضوع الدراسة يتمحور حول فكرة فلسفية محضة، وتثير عدة نقاشات نظراً للوضعية الحديثة لها، تُطرح إشكالية محورية مفادها:

ما دور النظرية الحديثة للعقد القائمة على أساس مراعاة المصالح المشتركة للمتعاقدين وتحقيق العدالة العقدية، في ضبط العلاقة بين المصلحة الشخصية للمتعاقد والالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد معه؟

ويندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات نجملها في النقاط الآتي بيانها:

- ما الأساس القانوني لمبدأ مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر في القوانين المقارنة؟
- كيف تُطبق هذه الفكرة في مراحل العقد المختلفة (التفاوض – التنفيذ – الإنهاء)؟

- هل تبنت الأنظمة القانونية اللاتينية والأنجلوساكسونية فكرة "مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر" في المعاملات المدنية والتجارية؟

وللإجابة على هذا الإشكال، ستعتمد دراستنا لهذا الموضوع بشكل أساسي على المنهج التحليلي والمنهج الوصفي، حيث تم توظيف المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية الوطنية والقواعد الدولية المتعلقة بالموضوع محل الدراسة، وذلك بغية الوقوف على طريقة معالجتها لهذا الالتزام، أما المنهج الوصفي فتّم إعماله في تبيان مختلف المفاهيم القانونية الواردة في هذا الموضوع، وكذا عند شرح آليات مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، هذا وسنستعين بالمنهج المقارن لإجراء مقارنة بين مضامين القوانين الوطنية والدولية والاجتهادات القضائية وقول الفقهاء القانونيين.

وجواباً على الإشكالية سالفة الذكر تم تقسيم الدراسة إلى بابين؛ جاء الباب الأول تحت عنوان الالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند إبرام العقد، بحيث تم تقسيمه إلى فصلين؛ خُصص الفصل الأول لمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر في مرحلة السابقة على التعاقد من خلال الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والتبصير، بحيث تطرقنا إلى تأصيل الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في المبحث الأول، بينما ناقشنا في المبحث الثاني فعالية هذا الالتزام – الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام- في تجسيد فكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر.

أما الفصل الثاني فقد خُصص لمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند إبرام العقد، بحيث تطرقنا إلى تبيان مُقدماً الإطار المفاهيمي للشروط التعسفية في المبحث الأول، بينما بيّنا آليات مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر في مواجهة الشروط التعسفية في المبحث الثاني.

بينما الباب الثاني فجاء تحت عنوان الالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند تنفيذ العقد وإنهائه، حيث تم تقسيمه إلى فصلين؛ أُفرد الفصل الأول لبيان مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر من خلال الالتزام بإعادة التفاوض كآلية لمعالجة مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد، والذي تم تقسيمه إلى مبحثين؛ المبحث الأول تطرقنا فيه إلى تحديد التأصيل القانوني للالتزام بإعادة التفاوض، أما المبحث الثاني ناقشنا فيه الآثار القانونية المترتبة عن فعالية الالتزام بإعادة التفاوض في تجسيد فكرة مراعاة مصلحةالمتعاقد الآخر .

أما الفصل الثاني فخُصص لبيان مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر خلال مرحلة إنهاء العقد، حيث تم تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول أوضحنا فيه كيفية مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند نقض العقد بالإرادة المنفردة، بينما المبحث الثاني فقد بيّنا فيه مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند تفعيل آلية الفسخ بالإرادة المنفردة.

الباب الأول:

الالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند تكوين العقد

أثرت تعقيدات الحياة المعاصرة وتفاوت مراكز القوة الاقتصادية بين الأفراد بشكل كبير على النظام القانوني للعقود، إذ أضحى من غير الكافي الاكتفاء بمجرد رضا الأطراف كشرط لصحة العقد. الأمر الذي أدى إلى ضرورة إرساء قواعد تُعزز من العدالة العقدية، وتُسهم في حماية الطرف الضعيف، وتحقق توازناً حقيقياً بين مصالح المتعاقدين. وفي هذا السياق، برز مبدأ "مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر" عند إبرام العقد، كأداة لضبط السلوك التعاقدي، والحد من حالات الاستغلال أو التعسف، وتعزيز الثقة المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة، بما يُرسخ لمبادئ الإنصاف والتكافؤ في العلاقات التعاقدية.

ويُقصد بمراعاة مصلحة الطرف الآخر عند إبرام العقد التزام كل من المتعاقدين بالتحلي بالصدق، والشفافية، والعدل أثناء مرحلة التفاوض. ويقتضي هذا الالتزام عدم إخفاء أية معلومات جوهرية، وعدم استغلال جهل المتعاقد الآخر أو وضعه الضعيف (الفصل الأول). ويتجاوز هذا الواجب حدود الامتناع عن الغش أو التدليس، ليشمل التزامًا بعدم فرض شروط مجحفة حمايةً لمصلحة المتعاقد الآخر، وذلك بما ينسجم مع مبادئ العدالة العقدية والتوازن بين مصالح الأطراف (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر في المرحلة السابقة على التعاقد

– الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام–

من المسلم به قانوناً أن القانون المدني القديم يرتكز في جوهره على افتراض المساواة بين الأطراف المتعاقدة دون تمييز في ذلك بين متعاقد محترف وآخر غير محترف، لذلك فقد سادت فكرة مفادها انه على كل طرف حماية حقوقه الخاصة إزاء المتعاقد معه دون أن ينتظر منه تعاونا . الأمر الذي استتبعه نشأة ما يعرف بواجب الاستعلام في عقد البيع. ويتمثل هذا الواجب في ضرورة أن يقوم المشتري بالتقصي عن المبيع الذي اعتزم شراءه وان يتوخى في ذلك تمام الحذر والحيطة . وقد اثر هذا المبدأ على سائر التشريعات التي غاب عن أحكامها نص عام يكرس الالتزام بالإعلام، والأدّل افتقار القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين المدنية العربية إلى نص عام وصريح يُقّر الالتزام بالاعلام، وذلك تبعاً لبساطة العقود والمعاملات المالية المبرمة آنذاك. أو تعريفاً محدداً له، إذ تم التأسيس لنشوءه على جملة من النصوص المتفرقة المنظمة لعقود الخاصة على غرار عقد البيع وعقود الإيجار والعمل[1].

إلا أن مع ما شهده العالم المعاصر منذ تسعينات القرن الماضي وحتى يومنا هذا من تحولات عميقة وتغيرات جذرية في مختلف مجالات الحياة؛ السياسية والاقتصادية والقانونية، تغيرت طبيعة ونمط الحياة الاقتصادية لكافة المستهلكين سواء في الدول المتقدمة أو النامية على حد سواء، وأثرت تأثيراً كبيراً على النظام القانوني للعقود التقليدية، فقد أضحى البعض يتعاقد على أشياء أو سلع أو خدمات لا يعلم عنها شيء، أو لا يكون مُلماً بمعلومات وافيةً عنها. الأمر الذي أدى إلى حدوث اختلالاً معرفياً لعدم التكافؤ بين المتعاقدين.

وإزاء ما تشهده المعاملات العقدية الحديثة من تفاوت في المراكز القانونية بين الأطراف المتعاقدة، وما تحتويه من مخاطر تمس بمصالح الطرف الضعيف على وجه الخصوص، باتت حمايته تشكل ضرورة مُلحة ومطلباً مهماً لا يمكن إهماله، فسداً للفجوة

[1] – سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 65 وما بعدها .

المعرفية بين متعاقد قليل الدراية وبين متعاقد يمتلك كل المعلومات، اهتم القضاء والفقه بالبحث عن حلولٍ في ظل أحكام النظرية العامة للعقد، من شأنها أن يُعاد بها التوازن المفقود في العلم بين الأطراف المتعاقدة، إلا أنه على الرغم من احتواء نظرية عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه، إلا أنها عجزت على تحقيق الحماية الكافية للطرف الجاهل بالمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، فقد اقتصرت فقط على تصحيح الأوضاع بارزة الخلل، والتي تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها في النصوص القانونية. فأقروا الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام كآلية لحماية رضا المتعاقد الضعيف. واتساقاً مع ما تقدم عمدت تشريعات الاستهلاك الحديثة- على غرار قانون الاستهلاك الجزائري- إلى تقرير الالتزام بالإعلام كواجب يُفرض على الطرف المُلم بكافة المعلومات المتعلقة بمحل العقد المراد إبرامه بغية إعادة التوازن المعرفي بين طرفي العقد، وتحقيقاً للعدالة العقدية، لاسيما في المرحلة السابقة للتعاقد. ولم يقتصر الأمر على تشريعات الاستهلاك التي ألفت سنّ مثل هكذا قواعد؛ نظراً لطبيعة العلاقة التي تحكم نصوص هذا القانون، بل وإدراكاً منها بالأهمية البالغة لهذا الالتزام في تكريس الأمن التعاقدي، وتعزيز الثقة العقدية، فقد تبنت بعض القوانين المدنية في أحدث تعديلاتها الالتزام بالاعلام كمبدأ عام يحكم كل العقود، على غرار المشرع الفرنسي الذي نصّ صراحة على هذا الالتزام بموجب تعديل 2016 تحت باب المبادئ العامة المنظمة للعقد وأفرد له قواعد خاصة، وذلك بموجب نص المادة 1112-01 من القانون المدني الفرنسي[1].

[1]- Art. 1112-1 du code civil français dispose: "celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer… "-

المبحث الأول: التأصيل القانوني للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في ضوء مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر

لم تحظ دراسة الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام بالرعاية والبحث إلا بعد حدوث تفاوت كبير بين الأفراد المتعاملين في مستوى العلم والدراية بشأن ما سيتعاملون عليه من سلعٍ ومنتجات يُستعص على غير المتخصصين العلم بتفاصيلها والإحاطة بطرق استعمالها وكيفية تفادي أخطارها[1]. الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يتناول هذا الالتزام بصورة جادّة وموضوعية، باعتباره الوسيلة المُثلى لإعادة التوازن المفقود في العلم بين طرفي العقد، لاسيما في ظل القصورالبيّن في الوسائل التقليدية المنصوص عليها في النظرية العامة للعقد.

والجدير بالذكر أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام قد نشأ وتطور في فرنسا بدعمٍ من الفقه والقضاء واعتبروه كوسيلة وقائية تهدف إلى تجنيب المتعاقد الضعيف معرفياً الدخول أو الاستمرار في علاقة تعاقدية غير متوازنة، لأن إلزام الأفراد بمراعاته واحترامه يحقق استقرار في المراكز القانونية الناجمة عن العقد ويحفظها من الوقف أو البطلان، إذ لايتصور مع التنفيذ لهذا الالتزام بتقديم كافة المعلومات الجوهرية التي يجهلها الطرف الآخر جهلاً مشروعاً، أن يقع هذا الأخير في غلطٍ تلقائي أو مفتعل أو أن يجهل أي سبب من الأسباب المحتملة للتعرض والاستحقاق في المستقبل بعدإبرام العقد أو يجهل عيباً بالشيء محل التعاقد[2]. وفي ذلك كله تطبيق لقاعدة "الوقاية خير من العلاج".

وفي ضوء هذه الأهمية البالغة للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، وعملا على إيضاح التأصيل القانوني لهذا الالتزام على الوجه الصحيح، وذلك بالبحث في ماهيته بدءاً من مفهومه ووصولاً إلى تحديد أحكامه.

[1] – خالد جمال أحمد حسين، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص. 192.

[2] – سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 77.

المطلب الأول: ماهية الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام كآلية لتحقيق مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر

يُعد الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام من أبرز الالتزامات التي أفرزتها تطورات المعاملات الحديثة، حيث لم يعد إبرام العقد يقتصر على تبادل الإرادتين فحسب، بل باتت مرحلة ما قبل التعاقد تشكّل جزءاً أساسياً من العملية التعاقدية، لما تتضمنه من تبادل للبيانات والمعلومات الضرورية التي تمكّن كل طرف من تكوين إرادة واعية ومستنيرة. وقد فرض هذا التطور على المشرع والفقه والقضاء الاعتراف بوجود التزام مستقل يقع على عاتق المتعاقد –خاصة الطرف المهني أو المحترف– بضرورة الإعلام والإفصاح عن المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد، حمايةً للطرف الآخر من الغرر والتغرير، وضماناً لسلامة الرضا وتحقيقاً للتوازن العقدي.

ومن ثمّ، فإن تحديد ماهية هذا الالتزام، وبيان عناصره ومضمونه وحدوده، يُعد مدخلاً ضرورياً لفهم طبيعته القانونية ودوره في تعزيز الثقة في المعاملات التعاقدية

الفرع الأول: التطور الفقهي والتشريعي لفكرة الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

يبدو للوهلة الأولى أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام حديث النشأة، وأن الاعتراف بوجوده قانوناً من قبل التشريعات وليد العصر الذي نعيش فيه، ذلك اعتباراً على أنه لم يبرز إلى حيز الوجود كدراسة قانونية ممنهجة إلا في أواخر النصف الأول من القرن العشرين على يد الفقيه الفرنسي JUGLART[1]، إلا أن المتصفح لفحوى نصوص القوانين المدنية لمختلف التشريعات يجد أن هذا الالتزام ليس بناءاً قانونياً جديد أملته ضروريات الحياة الحديثة ومتطلباتها فحسب، إنما هو التزام قديم النشأة عرفته الكثير من التشريعات المدنية القديمة باختلاف أنظمتها القانونية – لاتينية كانت أم أنجلوساكسونية– تناولته ضمن نظريات حماية الرضا على غرار نظرية عيوب التراضي ونظرية الضمان أو من خلال العقود المسماة، إلا أن ما يُعاب عليها أنها

[1] – بعتبر الفقيه الفرنسي JUGLART أول فقيه فرنسي أولى الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام كاالتزام مستقل بذاته ضمن بحثه المنشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني بفرنسا تحت عنوان:

Michel de julgart ، l'obligation de rensiegnement dans les contrat,rev. Tirm.dr.civ.1945.1 et s.

تناولته بتطبيقات متناثرة دون إقراره كالتزام قانوني مستقل قائم بذاته، إذ تطرأت إليه بصورة عرضية وضمنية لا تتوافق وظروف التعامل بين الأفراد في العصر الحديث، كما اقتصرته على فئة معينة من العقود.

أولاً: دور الفقه القانوني في الاعتراف بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام كالتزام قانوني يهدف إلى مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر.

يعد الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام فكرة مستجدة في الحقل القانوني، وفي ميدان المعاملات بين الأفرد. وعلى اعتبار أنه نظام قانوني جديد فقد تباينت حوله وجهات النظر وتفاوتت بصدده آراء الفقهاء بين مؤيد ومفند ورافض وقابل لفكرة الاعتراف للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام بالوجود القانوني. وفيما يلي تبيان لموقف الفقه القانوني من الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام.

أ: الإتجاه المناهض لفكرة وجود الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

لقد عارض جانب من الفقه الفرنسي فكرة وجود الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وعلى رأسهم العميد الفرنسي CARBONNIER الذي رفض الاعتراف بالالتزام بالإعلام، لاسيما في فترة ما قبل التعاقد بدعوى أن هذا الالتزام يقف في سبيل إقراره والاعتراف به عقبة تكمن في طبيعة العقد ذاته، على اعتبار أن من مقومات العقد أنه آداة للتوفيق من المصالح المتعارضة يسعى من خلالها كل طرف في العقد إلى تحقيق مصالحه الخاصة ولو على حساب مصلحة المتعاقد الآخر، ومن ثم يرى أن الاعتراف بمثل هذا الالتزام يمكن أن يتعارض مع مبادئ العامة والمستقرة في النظرية العامة للعقد، على غرار مبدأ حسن النية ومبدأ الثقة المشروعة بين الأطراف في ظل التعارض بين مصالح الأطراف المتعاقدة[1].

ب: الإتجاه المؤيد لفكرة وجود الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

لقد أولى الفقه الفرنسي الأهمية البالغة للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، حيث نادى العديد من الفقهاء بضرورة الإعتراف بوجود هذا الالتزام، فبرزت محاولات فقهية عدّة سعت إلى إنشائه كالتزام مستقل بذاته، وكانت أول بدايات الدراسات القانونية لهذا

[1] – مبارك خلف مبارك الوهيبي، الالتزام بالإفصاح في العقود، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2010، ص. 139.

الالتزام على يد الفقيه الفرنسي JULGART الذي نادى بضرورة وجود هذا الالتزام، تبعاً لأهميته الكبرى في جميع مراحل العقد وبالأخص المرحلة السابقة للتعاقد، وعلى أساس أنه يُشكل أحد مظاهر روح التضامن التي يجب أن تسود في العقود كرد فعل مُناهض على الفردانية المفرطة التي كانت سائدة في القرن التاسع عشر ميلادي. هذا وأوضح أن الحكمة من فرض هذا الالتزام تكمن في عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة لحماية المتعاقد الضعيف، خاصة وأن بعض الفقه يرى فيها استثناء على الأصل لا يجب التوسع في تطبيقها[1].

كما أكد الفقيه GHESTIN على وجود الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، حيث يرى أن الالتزام بإعلام المتعاقد الآخر بكل ظروف العقد، ما هو إلا وسيلة جديدة تُضاف إلى الوسائل التقليدية التي تهدف إلى حماية الرضا، حتى لا يقوم العقد على رضاء غير حر من جانب أحد طرفيه؛ فالرضاء لا يكون حراً إلا إذا استند إلى حرية كاملة من المتعاقد في تقدير ظروف التعاقد[2].

واعترف من جانبه الفقيه الفرنسي IVAINER بالوجود القانوني للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، وذلك بقوله: " ... فقد سادت في هذا العصر ظاهرة انزواء الأفراد، إلى التعاقد على أشياء وأمور هم على جهالة بها، وبما قد يتصل بها من معلومات هامة وضرورية، في الوقت الذي يكتمها عنهم الطرف الآخر، رغم علمه بحاجتهم إليها دون أن تفلح نظرية عيوب الإرادة في توفير الحماية الكافية واللازمة لهم."[3].

كما أوضحت الفقيه الفرنسي ALISSE JEAN في ضوء أطروحة دكتوراه المعنونة ب: " الالتزام بالإعلام في العقود" مدى الأهمية البالغة للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، حيث أكدت على ذلك في قولها : " ... وتعكس هذه الفروض معنى خلق وسيلة فعالة، لكفل قدر من الأمانة في العملية العقدية، حيث يكون من شأنها ردع جنوح

---

[1] – عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص. 38، ينظر كذلك مبارك خلف مبارك الوهيبي، المرجع السابق، ص. 141.

[2] - Ghestin jaques, Traité de droit civil, les obligation, le contrat, L.G.D.J, 1980, n. 455. أشار إليه: عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 39.

[3] – M. IVAINER. De l'ordre public technique et l'ordre public technologique. J.C.P.1972,I, 2495 أشار إليه عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 39.

بعض المتعاقدين، إلى التعسف في الإفادة من وضعهم المتميز في مواجهة الطرف الآخر؛ هذا الوضع المتميز بسبب ما في حوزة الأول من معلومات وخبرة لا يملكها الثاني، يستوي في ذلك أن يكون هذا الوضع المتميز، قد نشأ نتيجة وضع طبيعي، أو كان نتيجة وضع مكتسب." [1].

ثانياً: الدور الخلاق للاجتهاد القضائي في تقرير الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام خدمةً لمصلحة الطرف الضعيف.

على الرغم من الدور البارز للفقه الفرنسي في تأكيد الوجود القانوني للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، إلا أنه يجب أن لا نغفل الدور الإيجابي للقضاء الفرنسي في الاعتراف وتبني هذا الالتزام بعد ما كان يرفض في البداية الاعتراف بوجوده في مجال المعاملات، إلا أن الواقع كشف له أنه لا مناص من تكريسه لمعالجة آثار انعدام أو إختلال التوازن في مستوى العلم والمعرفة بين المتعاقدين، لاسيما بعدما تبين أن معظم دعاوى الإبطال للغلط أو التدليس أو دعاوى ضمان العيوب الخفية كان بإمكان تلافيها لو أن أحد المتعاقدين قام بواجبه في إعلام المتعاقد الآخر بالمعلومات المرتبطة بمحل العقد، والتي يستطيع من خلالها بناء رضاه به وفقاً لإرادة واعية. فعلى سبيل المثال ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1975/04/16، من إلقاء التزام بالإعلام على عاتق المدّعي عليه في قضية تتلخص وقائعها في إبرام عقد بين مُنظم سباق سيارات وبين متسابق، وتضمّن هذا العقد شرطاً يلزم منظّم السباق بإبرام عقد تأمين يضمن كافة آثار المسؤولية المدنية التي قد تقع على عاتق المتسابق نتيجة الأضرار الجسدية والمالية، التي قد تلحق المشاهدين، أو المتسابقين الآخرين، وخلال السباق اصطدم أحد المتسابقين بشجرة، ونجم عن الحادث وفاة أحد مساعدي السائق، ولمّا حاول المتسابق صرف مبلغ التأمين من شركة التأمين لتعويض الخلف العام للمساعد المتوفى، اكتشف وجود شرط في العقد يقضي باستثناء مساعدي المتسابق من ضمان عقد التأمين.

[1] – Alisse Jean, l'obligation de rensiengnement dans les contrats, these,1975, Paris, p.10.
أشار إليه عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص، 40.

فرفع المتسابق دعوى قضائية ضدّ منظم السباق مُطالباً إياه بالتعويض، استناداً إلى أنه كان على هذا الأخير لفت انتباهه إلى شرط استبعاد المساعدين من ضمان عقد التأمين، غير أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى التعويض، إلا أن محكمة النقض نقضت الحكم وقضت بالتعويض، على أساس الغموض في عبارات العقد، الذي لم يُمكّن المتسابق من العلم بالخطورة القانونية لشرط الاستبعاد[1].

كما اعتبر القضاء الفرنسي أن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يمثل إخلالاً صارخاً بمبدأ حسن النية قبل التعاقدي، بحيث يبرز ذلك واضحاً في قضية تتلخص وقائعها في أن شخصاً قد دفع عربوناً، تمهيداً لإبرام عقد مع شركة لتركيب وصلات وأسلاك تليفونية وصيانتها، وعقد توقيع العقد النهائي مع الشركة لاحظ وجود شرط جزائي تضمن غرامة مالية باهظة الارتفاع، لم يتم إعلامه بها من جانب الشركة، ودفع بعدم جواز تمسك الشركة بها بسبب إخفائها عنه عند دفعه للعربون، فردت الشركة على هذا الدفع بأمرين:

1- أن السكوت بمجرده أو الكتمان من جانبها لا يمثلان صورة من صور التدليس مما يترتب على الشركة أي مسؤولية.

2- أن المتعاقد كان عليه أن يستعلم عن شروط العقد قبل إبرامه، كما أن له وقد أهمل في ذلك الأمر أن يتخلص من العقد مع فقده العربون[2].

ولقد حكمت محكمة الموضوع بأنه وقد ثبت أن المتعاقد لم يكن عالماً بهذه الشروط إلا لحظة توقيع العقد النهائي وبعد دفعه العربون مما يعد قراراً صادراً دون رضا حر ومستنير بكل ما يتصل بهذا العقد من شروط.

وأيدت محكمة النقض الفرنسية مسلك محكمة الموضوع قائلة في معرض التدليل على تأييدها لها أن الحكم الذي أصدرته محكمة الموضوع لا يمكن رفضه واستهجانه بل على

[1] – علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2009، ص-ص. 196-197، ينظر كذلك الصادق ضريفي، اختلال التوازن في المعرفة بين الأطراف عند تكوين العلاقة التعاقدية، مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، العدد 13، 2012، ص. 85.

[2] – مبارك خلف مبارك الوهيبي، المرجع السابق، ص. 141.

العكس ينبغي قبوله واستحسانه لأنه يسعى إلى حماية مصالح المتعاقد الآخر الذي لا ينبغي أن يطالب بتنفيذ التزام أو تعهد دون أن يكون على علم ودراية بمدى هذا الالتزام وأبعاده بكل دقة[1].

وعليه يُتضح من استقراء الأحكام القضائية المذكورة أعلاه – على سبيل المثال– أن رجال القضاء – القضاء الفرنسي بالخصوص– أقروا بشكل صريح عن وجود التزام يقع على عاتق الطرف الذي يعلم مقومات العقد بإعلام الطرف الذي يجهل كافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه وتفصيلاته.

ثالثاً: التكريس التشريعي لالتزام قبل التعاقدي بالإعلام بوصفه أداة لحماية مصلحة المتعاقد الآخر.

لم يبقى الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام حبيس الأحكام القضائية والمقالات الفقهية، بل أصبح التزاماً مُكرساً في مختلف التشريعات المدنية لاسيما التشريعات المتعلقة بحماية المتعاقد الضعيف، فما من نظامٍ قانوني إلا وتعرض لهذا الالتزام سواء بشكل صريح أو ضمني، حتى وإن قلّ نطاق تطبيقه أو انحصر في مجال معين، أو اختلفت طريقة التعبير عنه من نظام إلى آخر[2].

فإذا تصفحنا تشريعات النظم القديمة، نجد أن الكثير منها راعى هذا الالتزام في بعض أحكامه، فالقانون الروماني الذي شاعت في ظله تجارة الرقيق ألزم البائع بموجب مرسوم وقعه البريتور بتعليق لافتة على رقبة العبد يكشف فيها عن عيوبه، كما أوجب القانون الروماني على البائع في البيوع العقارية الإفصاح للراغب في الشراء عن الحالة القانونية لهذه العقارات، ورتب جزاء على الإخلال بهذا الدور الإعلامي في مثل هذه البيوع، مما يدل على اعترافه بالوجود القانوني للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، حتى وإن انحصر تطبيقه على البيوع سالفة الذكر فقط دون أن يعترف به كالتزام عام يُطبق على كافة العقود متى توافرت شروط قيامه. ونفس الأمر بالنسبة للقانون اليوناني فقد ألزم

[1] – مبارك خلف مبارك الوهيبي، المرجع السابق، ص–ص. 141– 142.

[2] – مصطفى أبو منذر موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 2000، ص. 186.

البائع بالإفضاء للراغب في شراء عبدٍ أو حيوان عن العيوب التي تعتريهم، تحت طائلة قيام مسؤولية البائع حال عدم تنفيذه للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام[1].

أما في ظل القوانين الحديثة، فقد توسع نطاق هذا الالتزام، حيث نجد على سبيل المثال المشرع الانجليزي وإن كان لا يُقيم وزناً كبيراً للاعتبارات الأخلاقية في إطار التعامل على غرار مبدأ حسن النية، إلا أنه يُقر بأنه من حق المتعاقد طلب إبطال العقد في حالة إذا ما قدم المتعاقد الآخر معلومات خاطئة أو مغلوطة دون نية الغش، ولو كان حسن النية، كما حصروا نطاق تطبيق هذا الالتزام في طائفتين من العقود؛ عقود منتهى حسن النية كعقد التأمين مثلاً وعقود الثقة التي تقوم بين شخصين تجعل أحدهما يؤثر على الآخر لوجود علاقة بينهما، بمعنى آخر أن هناك في بعض الحالات أو الظروف يجد الأفراد أنفسهم في علاقة خاصة قائمة على الثقة تستوجب على الطرف الذي أودعت فيه هذه الثقة أن يقوم بأداء واجبه بالإعلام عن كل ما هو حيوي وضروري بالنسبة للطرف الآخر في العقد[2].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي في البداية لم يُنظم الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام على مستوى القواعد الحاكمة لنظرية العامة للعقد. إذ أن امام هذا النقص التشريعي قام رجال الفقه والقضاء بالبحث عن الأساس القانوني الذي يقوم عليه وقاموا بربطه بالعديد من النصوص المختلفة التي تضمنتها بعض النصوص العامة في القانون المدني[3] والقوانين المنظمة لبعض القطاعات والنشاطات الخاصة[4].

---

[1] – مصطفى أبو مندور موسى، المرجع السابق، ص. 186، يُنظر كذلك مبارك خلف مبارك الوهيبي، المرجع السابق، ص– ص–ص. 117– – 119118، ينظر كذلك صادق ضريفي، المرجع السابق، ص.81.

[2] – مبارك خلف مبارك الوهيبي، المرجع السابق، ص– ص. 129– 130، ينظر كذلك صادق ضريفي، المرجع السابق، ص.81.

[3] – من ذلك المواد 1108 و1109 تشترطان وجود رضاء خال من عيوب الغلط أو التدليس أو الإكراه، والمادة 3/1134 التي تقضي بأن الاتفاقات لابد أن تنفذ بحسن نية، والمادة 1602 التي تقرر بأن على البائع أن يشرح بوضوح بماذا يلتزم.قبل التعديل 2016 تطرق المشرع الفرنسي إلى الالتزام قبل التعاقدي ضمن النصوص المنظمة لعقد البيع وذلك في نص المادة 1602 من القانون المدني والتي تنص على مايلي: " البائع ملزم بشرح وتوضيح محل العقد.".

[4] – على غرار:

1/ قانون الاستهلاك: المادة L111-1

أما بعد تعديل 2016 للقانون المدني الفرنسي تمّ تكريس هذا الالتزام بمقتضى نص المادة 1112 فقرة 01 منه، واعتبر كمبدأ اساسي في قانون العقود يشمل جميع العقود دون استثناء. وهكذا يترسخ دور القضاء والفقه في تكريس الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام من قبل المؤسسة التشريعية الفرنسية.

وانتهج المشرع الجزائري ذات النهج المتبع من قبل المشرع الفرنسي (قبل التعديل)، إذ أنه لم يؤكد هذا الالتزام بصورة صريحة ضمن نصوص النظرية العامة للعقد[1]، وإنما نص عليه في بعض عقود المسماة[2] وبعض الفروع الخاصة بالتعاقد[3].

Art. L. 111-1 (L. n° 2010-853 du 23 juill 2010) I. "Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien." النص القديم

ART 1112-1C.CIV.F : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.
Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information =peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. » النص الجديد

[1] – وإنما تطرق إليه المشرع الجزائري بصورة ضمنية في باب تناوله لعيب التدليس وذلك من خلال المادة 86 من القانون المدني التي تنص على أنه : " يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العق ويعتبر تدليسا عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" .

[2] – مثال ذلك : نص المادة 352 من القانون المدني المتعلقة بعقد البيع التي تنص على أنه: " يجب أن يكون المشتري عالم بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسية بحيث يمكن التعرف عليه .واذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حق هذا الاخير في طلب ابطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا اثبت غش البائع"

[3] – مثال ذلك ما تناولته بعض القوانين الخاصة على غرار:

1/ قانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى) : كرّس القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى) لأول مرة في مبدأ الالتزام بالإعلام، حيث أوجب، بموجب نص المادة 04 منه، تزويد كل من يقتني منتوجاً أو يستفيد من خدمة بالمعلومات الضرورية المتعلقة بها، بما يضمن تحقيق الحماية القانونية للمستهلك وتمكينه من التعاقد على بينة.

الفرع الثاني: المفهوم الفقهي للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

عند تصفح فحوى النصوص القانونية المنظمة للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، نجد أن التشريعات الوضعية لم تضع تعريفاً جامعاً مانعاً له، وعملاً بمقولة ليس من وظيفة المشرع إيجاد تعريفات للمصطلحات القانونية، وإنما من شأن الفقهاء القانونين، عمد الفقهاء إلى وضع تعريف جامع مانع يتلائم وطبيعة العقود المبرمة. فقيلت في تعريف الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تعريفات عديدة، والتي من خلالها يمكن أن تبرز خصائص وميزات هذا الالتزام، ولأجل الإحاطة بهذا الموضوع، سنقسم هذا المطلب على فرعيين، سنوضح في الأول تعريف الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، أما الثاني سنخصصه لبيان خصائص هذا الالتزام.

أولاً: التعريفات الفقهية للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في إطار تحقيق توازن مصالح المتعاقدين

بالرجوع إلى كتب فقه القانون المدني، نجد أن الفقهاء عرفوا الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام بتعاريف عديدة، وذلك لتعدد الجوانب التي يُنظر من خلالها لهذا الالتزام، فبعضها جاء ناظراً للالتزام من جهة صفة من يتحمله، وبعضها ركّز على الهدف من هذا الالتزام.

أ- المقصود بالالتزام قبل التعاقدي بالاعلام عند الفقهاء العرب:

2/ قانون حماية المستهلك وقمع الغش: نجد أن المشرع الجزائري في الفصل الخامس من القانون 09-03 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش جاء يحمل عنوان " إلزامية إعلام المتسهلك"، نصّ في المادة 17 منه على أنه : " يجبّ على كلّ متدخّل أن يعلم المستهلك بكلّ المعلومات المتعلقّة بالمنتوج الذّي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع علامات أو بأيّة وسيلة أخرى مناسبة.".

2/ قانون التجاري : نجد أن المشرع الجزائري منح المساهم الحق في الإعلام وذلك بتمكينه من العلم بالوضعية المالية والاقتصادية للشركة من خلال الوثائق المحاسبية الكاشفة عن سير أعمالها تطبيقاً لنص المادتين 678 و680 من القانون التجاري الجزائري.

3/ قانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية: تُلزم المادة 08 منه البائع بإخبار المستهلك قبل إبرام العقد بأي طريقة وحسب طبيعة المنتوج بالمعلومات الصريحة المتعلقة بمميزات المنتوج أو الخدمة وكذا شروط البيع والمسؤولية المسؤولية لعملية البيع أو الخدمة.

4/ قانون التأمين: تُلزم المادة 15 الفقرة 01 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المؤمن له بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها...

عرّف رجال الفقه القانوني العربي الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام بتعاريف عدّة؛ نذكرها فيما يلي:

عرف الأستاذ نزيه محمد الصادق المهدي على أنه: " التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا حر سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد أو طبيعة طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم بيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر والذي يلتزم بناءاً على جميع هذه الاعتبارات بالإدلاء بالبيانات."[1].

وبصيغة مقاربة عرفه الأستاذ الدكتور خالد جمال أحمد بأنه: " التزام قانوني عام سابق على التعاقد يلتزم فيه المدين (سواء كان طرفاً في العقد المزمع إبرامه – أحدهما أو كليهما– أو غيراً من الأغيار عن هذا العقد)، بإعلام الدائن (سواء كان أحد الطرفين أو كليهما) في ظروف معينة إعلاماً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه بالعقد."[2].

وفي نفس السياق عرفه الأستاذ سهير منتصر على أنه : " تنبيه وإعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع إبرامه، حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد."[3].

ب–المقصود بالالتزام قبل التعاقدي بالاعلام عند الفقهاء الغرب:

لقد عرفت الاستاذ الفرنسي ALISSE JEAN الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام على أنه : " التزام مستقل بالإدلاء بالبيانات اللازمة لانعقاد العقد، ويقصد به التزام أحد المتعاقدين

[1] – نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص.15.

[2] – خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص. 82.

[3] – سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص. 41.

بأن يُقدم للمتعاقد الآخر في مرحلة تكوين العقد البيانات اللازمة لتبصير رضاه بمضمون هذا العقد، بناءاً على الثقة المشروعة بينهما."[1].

وعرفه الاستاذ M. JULGART بأنه: " إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين – الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد– بإخطار الطرف الآخر بكافة البيانات عند إبرامه للعقد والتي تساهم في تكوين الرضا الحر والمستنير، مما تمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على العقد عند إبرامه أو التحلل منه إذا شاء، ثم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقا لم اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل وحماية الثقة المشروعة في العقد."[2] .

والمُلاحظ من التعاريف المتقدمة أنها لا تقتصر صفة المدين بهذا الالتزام على المهني أو المحترف، بل تجعل من الطرف الآخر في بعض الأحيان مديناً بالالتزام بالإعلام[3]، كما لم تحدد نطاق تطبيق هذا الالتزام في عقد معين، بل يمتد ليشمل كافة العقود هذا من جهة، كما لاحظنا اشتراك التعاريف المذكورة سالفاً بمعنى واحد للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام؛ فهي تدور حول التزام المتعاقد بتقديم معلومات كاملة عن عناصر التعاقد والتي تجعل المتعاقد الآخر يُعلن رضاه بالعقد بعد قناعته به من أجل الوقاية من أضرار التعاقد الغير الواضح والبيّن.

ثانياً: خصائص الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

من خلال استقراء وتحليل التعاريف السابقة للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام نجد أنه يتسم بجملة من الخصائص، سنبينها على النحو الآتي:

---

[1] – ALLISSE (Jean.) , **L'obligation de renseignements dans les contrats**, Thèse, Paris I,1945, p.224 أشارت إليه الدكنورة بواكور رفيقة، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص. 17.

[2] – JULGART (Michelle)**,L'obligation de renseignements dans les contrats**, RTD civ.,1945, p .722

أشارت إليه: بواكور رفيقة، المرجع السابق، ص. 17.

[3] – كما هو الحال في عقد التأمين؛ فالمؤمن له مُلزم له بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها تطبيقاً لنص المادة 01/15 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات سالفة الذكر.

أ – الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام عام وقانوني

يُقصّد بعمومية الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام أنه التزام يشمل جميع العقود دون اقتصاره على عقد معين؛ أي أنه التزام سابق على إبرام كافة العقود وليس التزاماً مرتبط بعقد خاص بعينه، إلا أن التطبيق العملي أفرز أهمية وجوده في بعض العقود، أكثر من بعضها الآخر، ومثالها تلك التي محلها أشياء معقدة فنيا(عقود التجارة الإلكترونية وعقود نقل التكنولوجيا)، والعقود القائمة على الثقة بين أطرافها (عقود التأمين وعقود الاستهلاك)، ذلك بدافع التفاوت المعرفي بين الطرفين في مثل هاته العقود والثقة التي يوليها المستهلك للمحترف باعتباره تتوافر لديه مقومات العلم والدراية، مما يترتب على هذا الأخير التزاماً بضرورة تزويد المستهلكين بالمعلومات والبيانات الضرورية من أجل الوصول إلى رضا كامل ومستنير، حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يجعل من إرادة المستهلك معيبة وغير صالحة لإبرام عقد[1].

أما عن قانونية الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي؛ فيُعنى بها أن القانون فرضه وكفله وبيّن نطاقه وآليات تنفيذه وجزاء الإخلال به، وأنه التزام مفروض بموجب نصوص قانونية وليس بموجب شروط اتفاقية، والأدل على ذلك ربط التشريعات الوضعية –على غرار التشريع الفرنسي في تعديل 2016[2]– قواعده بالنظام العام، إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويقع باطلاً كل شرطٍ يعفي المحترف من الالتزام المسبق بالإعلام، لأن في ذلك مخالفة للحماية المقررة لمن شُرعت القواعد الآمرة لأجله(المستهلك)[3].

ب–الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام نسبي غير مطلق:

ويُقصد بنسبية الالتزام بالإعلام التعاقدي أنه مُقيّد غير مُطلق، بحيث يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن بالمعلومات الجوهرية فقط، ولا يلتزم بتقديم المعلومات الغير الهامة أو الثانوية، لا سيما أن مثل هذه المعلومات يسهل على الدائن تحصيلها دون الحاجة إلى

---

[1] – المخطار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر تلمسان، الجزائر، 2017–2018، ص. 29.

[2] – نصت الفقرة الخامسة من المادة :1–1112 على أنه:

« Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir » .

[3] – مصطفى أحمد أبو عمر، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص. 79.

تنوير من قبل المدين، إذ أن ليس من المعقول أن تلقى هذه المهمة بأكملها على عاتق المدين فهو ليس مُلزم إلا بتقديم معلومات يجهلها الدائن جهلاً مشروعاً ومُبرراً، ولا يملك وسائل الاستعلام عنها. وذلك حتى لا يصير الالتزام بالإعلام سيفاً مُسلطاً على رقاب المدنين به[1].

ت-الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام وقائي يهدف إلى منع الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر

يتسم الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام بأنه التزام ذو طبيعة وقائية، إذ وُجد من أجل تجنيب المتعاقد الضعيف معرفياً الدخول أو الاستمرار في علاقة تعاقدية غير متكافئة ومنع الاختلال التعاقدي المحتمل وقوعه. فهو الالتزام يعمل على حماية العقود في المستقبل من دواعي الإبطال، إذ أن أداء المدين للالتزام بالإعلام قبل التعاقد، يؤدي إلى تنوير رضا الطرف الآخر، الأمر الذي يؤدي إلى تفادي الحكم ببطلان العقد تطبيقاً لقاعدة "الوقاية خير من العلاج"[2].

ث- الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام مستقل يعكس القيمة الحمائية لمصلحة المتعاقد الآخر

كما أشرنا سابقاً أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام التزام قضائي النشأة، إذ كان الهدف من تقريره من قبل القضاء الفرنسي هو مواجهة اختلال التوازن القائم بين طرفي العقد في المرحلة السابقة للتعاقد. إلا أنه تباينت الآراء بين الفقه القديم والحديث حول استقلالية هذا الالتزام؛ فقد ربطه الفقهاء بداية ببعض النظريات الموجودة في القواعد العامة، كنظرية عيوب الإرادة، ونظرية العيوب الخفية، إلا أن سرعان ما اضمحلت هذه الأفكار تبعاً لعدم نجاعة النظريات التقليدية في توفير الحماية الكافية واللازمة للمتعاقد الضعيف لاسيما مع التطور التكنولوجي في إنتاج السلع والخدمات، الأمر الذي حذى بالفقه

[1] – المخطار بن سالم، المرجع السابق، ص-ص. 30-31.

[2] – أحمد رباحي، فاطمة الزهراء قلواز، علاقة الالتزام بضمان العيوب الخفية ببعض الالتزامات الحديثة، (الالتزام بالمطابقة والالتزام بالإعلام)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 01، 2017، ص.286.

الحديث بتبني الرأي القائل بالاستقلالية التامة للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام[1]. وهذا ما أكده الفقه في أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام التزام مستقل يقع على عاتق شخص ينوي التعاقد مع غيره، وهو لا يقوم لحماية الطرف الآخر، بل لتحقيق التكافؤ بين الطرفين، إعمالا لمقومات العدالة العقدية[2].

ومما يُؤكد استقلالية هذا الالتزام، وتميزه عن نظرية عيوب الإرادة قيام المسؤولية عن الإخلال به دون النظر إلى اعتبار أن إرادة الدائن معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة أم لا، كما يُؤكد ذلك أيضاً تميزه عن نظرية الضمان في أن أمر قيامه غير مرتبط بحدوث شيء يُوجب الضمان على عاتق المدين[3]. هذا وأنه ليس تطبيقاً من تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعن في عقود الإذعان لأنه ليس في نصوص القانون المدني الجزائري أو المصري أو الفرنسي أي حماية الطرف المذعن في المرحلة السابقة على التعاقد[4].

المطلب الثاني: خصوصية الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تجسيد لمبدأ مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر.

يتسم الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام بخصوصية قانونية فريدة لا سيما في ظل تعقّد المعاملات المالية وتشعب المصالح بين الأطراف. إذ أحد أبرز المبادئ القانونية التي تهدف إلى ضمان الشفافية والعدالة في المعاملات التعاقدية، مراعاةً لمصلحة المتعاقد الضعيف معرفياً. مما يتطلب بالضرورة وجود شروط واضحة ودقيقة لإتمام هذا الالتزام بشكل قانوني سليم (الفرع الأول).

---

[1] – عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص–ص. 28–29. ينظر كذلك رفيقة بواكور، المرجع السابق، ص. 21.

[2]– نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في قانون الاستهلاك، رسالة دكتوراه،، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، 2017–2018، ص. 342.

[3] – حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك: الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص. 12.

[4] – محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص. 198.

وتبعاً لخصوصية الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يُثار إشكال قانوني دقيق، يتمثل في تحديد طبيعته القانونية، في ما إذ كان التزام قانوني مستقل أم أنه التزام تعاقدي سابق يندرج ضمن المرحلة التمهيدية لتكوين العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط قيام الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

إن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام كوسيلة حمائية وقائية من اللاتوازن المعرفي بين طرفي العقد، لن يتسم بالفاعلية إلا تم تحديد شروط قيامه وثبوته في حق من تقررت هذه الآلية لمصلحته.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام نجد أن شروط ثبوته تتلخص في شرطين متلازمين؛ نوضحهما بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: علم المدين بالالتزام بالمعلومات الجوهرية اللازمة لتكوين رضا المتعاقد الآخر:

ويعتبر شرط معرفة المدين بمضمون المعلومات المتصلة بالعقد، شرطاً بديهياً ومنطقياً؛ فمن غير المقبول أن نُلزِم أحد الراغبين في التعاقد بإعلام الطرف الآخر عن معلومات هو يجهلها بالأصل تطبيقاً لقاعدة " لا تكليف بمستحيل" [1].

والجدير بالملاحظة أن المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، ليس دائماً هو الطرف القوي أو المهني أو المحترف، بل قد يكون طرفاً عادياً لا يحمل أي صفة مهنية ويكون مديناً بهذا الالتزام طالما يتوافر على معلومات متصلة بمحل العقد المزمع إبرامه[2]، إلا أن الفقه فرق بين المدين العادي والمحترف، فذهبوا إلى القول أن المدين العادي لا يلتزم إلا بإعلام بما لديه من معلومات يعلمها هو ولا يعلمها المتعاقد الآخر، فإذا لم يكن المدين العادي يعلم بها فهو غير مطالب بالتقصي والتحري عنها والإدلاء بها للدائن، لاسيما أنه شخص بسيط قليل الخبرة والدراية لا يعرف إلا النذر اليسير من المعلومات التي تتصل بما يتعامل عليه مع غيره[3].

---

[1] – إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص. 46.

[2] – عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 105.

[3] – إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، المرجع السابق، ص. 47.

أما بالنسبة للمدين المحترف فقد تشدد معه القضاء الفرنسي، إذ أرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ مفاده أن المدين المحترف ليس مديناً فقط بإعلام الدائن بما لديه بمعلومات فعلية يحوزها، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك بإلزامه بأن يتحرى ويبحث عن كافة المعلومات، التي يمكن أن تُفيد الدائن وتساعده على تنوير إرادته[1].

وتحميل المدين المحترف واجب الاستعلام عن جل المعلومات المتصلة بمحل العقد المزمع إبرامه راجع إلى خبرته واحترافيته التي تُمكنه من الإلمام بمعلومات أكبر من تلك التي بإمكان المتعاقد العادي الحصول عليها .

وبناءاً على ما تقدم، يتبيّن لنا أن المدين بالإعلام مُلزم بأداء التزامه سواء كان شخصاً عادياً أو محترفاً، فلا يمكن القول بإعفاء المدين بالإعلام غير المهني من ضرورة العلم بالبيانات والمعلومات الجوهرية المرتبطة بالعقد، ذلك بإعتبار أن المدين المحترف أو غير المحترف سواء في هذا الالتزام، ولا يُقبل منهما الإدعاء بالجهل. ولكن على من لا يعرف مثل هذه المعلومات منهما وخاصة إن كان محترفاً عليه أن يستعلم عنها بأي وسيلة ليتمكن من تحصيلها وإعلام المدين بها[2]، لأن المهني تقوم عليه قرينة الافتراض بعلمه بجميع المعلومات المرتبطة بمحل العقد، وهي قرينة قاطعة؛ بحيث لا يجوز له التحلل من التزامه بالإعلام ولا يعفى منه إلا بإثبات السبب الأجنبي[3] تطبيقاً لنص المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش السالفة الذكر.

وإضافة للمعلومات والبيانات الجوهرية التي يلتزم المدين بإعلامها للدائن يتوجب عليه أن يكون على علم بمدى أهمية هذه البيانات ودورها في توجيه إرادة الدائن إلى التعاقد.[4]

[1] – إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوان المعرفي في العقود، المرجع السابق، ص. 47.

[2] – عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 110.

[3] – محمد جفيلي، حامية المستهلك في نطاق العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2017–2018، ص. 143.

[4] – المخطار بن سالم، المرجع السابق، ص–ص. 39–40.

ثانياً: جهل الدائن بالمعلومات والبيانات العقدية اللازمة لإبرام العقد

فضلاً عن اشتراط علم المدين بالبيانات المرتبطة بمحل العقد المزمع إبرامه ومدى تأثيرها في تنوير إرادة الدائن وتوجيهها نحو التعاقد، يتعين في المقابل أن يكون الدائن بهذا الالتزام في مركز لا يسمح له بمعرفة هذه المعلومات، ولا يستطيع ان يحتج بجهله بما كان الطرف الآخر– المدين– يحوزه من معلومات، إلا إذا كان هذا الجهل مشروعاً أو كان له ما يُبرره؛ بمعنى أدق يستحيل عليه الوصول إلى تلك المعلومات أو العلم بها إلا من الطرف الآخر، وإلا اُعتبر هذا الالتزام دعوة إلى تخاذل الدائن في البحث عن المعلومات الجوهرية المرتبطة بالعقد المراد إبرامه.

وترجع الأسباب التي تحول دون إحاطة الدائن بالبيانات العقد المزمع إبرامه إلى فرضين؛ يتمثل الفرض الأول في الجهل المستند إلى استحالة العلم، أما الفرض الثاني فيتمثل في الجهل المستند إلى اعتبارات الثقة المشروعة.

أ– الجهل المستند إلى استحالة علم الدائن بالمعلومات اللازمة لإبرام العقد:

تتنوع أسباب استحالة علم الدائن بالمعلومات اللازمة لإبرام العقد إلى أسباب تتعلق بالشيء محل العقد، وهو ما يطلق عليه بالاستحالة الموضوعية، وأسباب تتعلق بشخص الدائن بهذا الالتزام وهو ما يعرف بالاستحالة الشخصية[1].

وتتجسد الاستحالة الموضوعية عندما يُواجه المتعاقد بعض العوائق والموانع التي يكون من شأنها أن تجعل استعلامه عن الشيء المتعاقد عليه ووصفه المادي أو القانوني أمراً مستحيلاً[2]، أما بالنسبة للاستحالة الشخصية فتتحقق عند عدم إمكانية الدائن من الإحاطة بتلك المعلومات لظروف شخصية أو أسباب خاصة تمنع أو تُبرر عدم قيامه بالاستعلام عن المعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه[3].إذ تتجلى بصورة واضحة عندما يكون المُقبل على التعاقد عديم الدراية أو قليل الخبرة بموضوع المعاملة إلى الحد

[1] – عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 116.

[2] – عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 240.

[3] – عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 119.

يجعله عاجزاً عن الإحاطة بتلك المعلومات بمفرده، حيث ينطبق عليه وصف غير المهني أو غير المحترف بمجال المعاملة محل التعاقد[1].

ب- الجهل المستند إلى إعتبارات الثقة المشروعة التي تفرض مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر:

قد يحدث أن يلجأ الدائن إلى التعاقد دون قيامه بواجب الاستعلام عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، بسبب الثقة المولدة لديه (الدائن) في الشخص المدين التي تعود إما بسبب طبيعة العقد أو بسبب صفة أطراف العقد.

1- الثقة المشروعة المستندة إلى طبيعة العقود:

مثل هذا النوع من الثقة يجد مجاله الخصب في العقود التي تقوم على وحدة المصالح بين الأطراف المتعاقدة؛ إذ يكون التزام كل طرف فيها مكملاً لالتزام الطرف الآخر في مواجهة الغير، ومثال ذلك العقود التي تقوم على فكرة النيابة كعقد الوكالة، فالوكيل يلتزم بمقتضى عقد الوكالة بتمثيل موكله وإعلامه بكافة البيانات والمعلومات التي يتوصل إليها أثناء مباشرته وتنفيذه لعقد الوكالة، فالموكل لا يضع ثقته في الوكيل فقط، وإنما يحله محل إرادته في تصرف جائز معلوم، وبالتالي فليس من المقبول أن يقوم بخيانة الثقة التي أولاها إياه موكله ثم يعود ويدعي أن الموكل هو الذي قصر في رعاية شؤونه وفي الاستعلام والتحري عن مصالحه[2].

2- الثقة المشروعة المستندة إلى شخصية المتعاقدين:

وتتجلى بوضوح في المعاملات التي تتم بين الأصول والفروع والتي تستلزم إعلام الطرف الآخر بكل تفاصيل العقد مراعاة لأواصر القرابة وروابط المحبة التي تشيع بين أفرادها[3]، وكذا في العقود الاستهلاكية التي تتميز بالعلاقة الغير المتكافئة بين المستهلك والمحترف. فالمستهلك ينظم إلى هذا النوع من العقود معتمداً على أمانة المتعاقد وثقته

---

[1] - نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص. 152.

[2]- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، الطبعة 1، 2010، ص-ص. 105-106. ينظر كذلك عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.247.

[3]- المخطار بن سالم، المرجع السابق، ص. 43.

التي أولاه إياها بسبب صفته المهنية ككونه صانعاً أو بائعاً محترفاً، ذلك تبعاً لاعتبار صفة الاحتراف في أحد المتعاقدين من أبرز العوامل التي تلقي عليه عبء الإفضاء بالبيانات اللازمة لتنوير رضاء المتعاقد الآخر ولإعادة التوازن إلى العقد من ناحية أخرى[1].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في نطاق مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر

تباينت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، إذ ترتب عن ذلك بروز ثلاث (03) إتجاهات؛ اتجاه يتساءل عما إذا كان الالتزام ببذل عناية، واتجاه آخر يتساءل عما إذا كان التزام بتحقيق نتيجة، وإتجاه يرى أنه التزام ذو طبيعة مزدوجة. وفيما يلي سنحاول الحديث عن كل موقف وبيان مبرراته.

أولاً- الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام ببذل عناية

يرى أصحاب هذا الرأي أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام لا يعدو إلا أن يكون التزاماً ببذل عناية فحسب، حيث يرون أن ذمة المدين تبرأ تجاه الدائن بمجرد إعلامه بكافة المعلومات الجوهرية المرتبطة بالعقد، دون أن يتحكم (المدين) في نتيجة النصائح والتوجيهات المقدمة، ولا يضّمن اهتمام الدائن بها وفهمها واستفادته الفعلية بالطريقة المحددة له، كما أنه حتى وإن فهم الدائن هذه المعلومات واستفاد منها في تكوين رأيه وتحديد قراره في إبرام العقد إلا أنه قد لا يبالي بما أفضى بها المدين من بيانات وإرشادات كان من شأنها تنوير إرادته[2].

ويستشهد أنصار هذا الرأي بأحكام القضاء الفرنسي في تدعيم وجهة نظرهم، حيث جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بأنه: " إذا كان من الثابت أن الالتزام أن الالتزام بالإعلام هو التزام بوسيلة، فإن عدم الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بكيفية استخدام السلعة والاحتياجات الواجبة في هذا الخصوص تُعيق المستخدم عن الاستخدام

[1]- حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع-د دراسة مقارنة-، أطروحة الدكتوراه، جامعة الأزهر، المكتب الفني للإصدارات القانونية، طبعة سنة 1999، ص .55.

[2]- رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص.59.

الصحيح الذي يتفق مع الغرض المُخصص له، ومنه فإن محكمة الاستئناف لا تكون قد خالفت المادة 137 من القانون المدني عندما فرضت هذا الالتزام الذي لا يستهدف تحميل المنتج بالنتيجة المطلوبة."[1].

ثانياً- الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام بتحقيق نتيجة

يذهب شُراح هذا الرأي إلى القول بأن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ذلك باعتباره وسيلة لضمان السلامة لاسيما في العقود التي ترد على الأشياء الخطرة، مستندين في ذلك على المنطق والعقل؛ إذ يرون أن منطق الحماية للمستهلك تستدعي اعتبار الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة لأن ذلك فيه تخفيف من عبء الإثبات عن الطرف الضعيف، الذي يكتفي بإثبات عدم التنفيذ من جانب المدين فقط، فمسؤولية المدين تترتب لمجرد عدم تحقق النتيجة، إذ لا يستطيع دفع المسؤولية عنه إلا إن أقام الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي حال دون تحقق النتيجة المطلوبة[2].

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن اعتبار الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة يتناسب وطبيعة العقود المنتشرة في وقتنا الحالي، ففي عقود المعلوماتية يصعب تحديد الجهد الذي يبذله المدين في تزويد الدائن بالمعلومات حتى ولوتم الاعتماد على معيار الرجل العادي، لذا كان ولابد اعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة[3]، لأنه إذا أُعتبر التزاماً ببذل عناية من شأنه أن يجعل هذا الالتزام عديم الجدوى[4].

وقد استند أنصار هذا الاتجاه في تأكيد حججهم إلى ما ورد في بعض الأحكام القضائية[5]، على غرار القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس القاضي بمسؤولية منتج إطارات السيارات عما لحق المشتري من أضرار بسبب انفجارها مع كتابته عليها عبارة " غير قابلة للانفجار"، وعدم تحذير المشتري من الانفجار الذي قد يحدث فجأة،

---

[1] - Cass. Civ1er. 23 avril.1985, Bull.civ I, 1985 n°125 D.1985, p558

أشار إليه: محمد جريفلي، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص. 139.

[2]- محمد جريفلي، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص. 138.

[3]- المخطار بن سالم، المرجع السابق، ص. 145.

[4]- عمر عبد الفتاح السيد عبد الطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 71.

[5]- مبارك خلف مبارك الوهيبي، المرجع السابق، ص. 194.

وقررت المحكمة أن هذا المنتج لا يستطيع التحلل من المسؤولية بقوله بعدم توصل العلم إلى اختراع إطارات غير قابلة للانفجار، وأنه لم يقصد من هذه العبارة سوى أنها لا تفرغ محتوياتها دفعة واحدة عند الانثقاب[1].

ثالثاً- الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام ذو طبيعة مختلطة يجمع بين حماية الإرادة ومصلحة المتعاقد الآخر

قام بعض شُراح القانون المدني بأخذ منحى مغاير للإتجاهين السابقين في تحديد الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، حيث دمجوا الإتجاهين السابق ذكرهما لتكوين إتجاه جديد يرى أنصاره أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يتحلل في الواقع إلى التزامين؛ أحدهما الالتزام بتحقيق نتيجة، الذي يتمثل في نقل المعلومات والبيانات إلى الدائن، وثانيهما التزام ببذل عناية والذي يتمثل بدوره في استعمال الوسائل المناسبة لنقل المعلومات إلى الدائن بالالتزام[2].

ويعتمد أنصار هذا الإتجاه في تدعيم رأيهم على التفرقة بين قيام البائع بالنقل المادي للمعلومات، وإبلاغها إلى المشتري، فيُتعبر هنا التزاماً بتحقيق نتيجة، بحيث لا يُعفى البائع من مسؤولية عدم التنفيذ إلا بإثبات السبب الأجنبي، وبين قيام البائع بالبحث والاستقصاء للمعلومات الصحيحة واختيار الوسيلة المُثلى والأكثر مُلائمة لتحقيق فهم الدائن لهذه المعلومات؛ فيُكيف على أنه التزاماً ببذل عناية[3].

ومن جانبنا نرى أن الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تتحدد على أنه التزام بتحقيق نتيجة؛ ذلك على اعتبار أن الغاية من تقرير الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تتجسد من خلاله – التزام بتحقيق نتيجة–، حيث يضمن الحماية الفعالّة للدائن لاسيما الطرف الضعيف الغير المُلم بالمعلومات الفنية المتعلقة بمحل العقد المراد إبرامه، كما

---

[1] – cour d'appl. Du paris 18 novembre1971. G.P.1972. I.juin P.289.

أشار إليه: مبارك خلف مبارك الوهيبي، المرجع السابق، ص.194.

[2] – شهيناز رفاوي، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقود الاستهلاك، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017، ص–ص. 44–45.

[3] – عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، المرجع السابق، ص.76. ينظر كذلك شهيناز رفاوي، نفس المرجع والصفحة.

يضمّن عدم تنصل المدين الذي يمتلك المعلومات من هذا الالتزام إلا بإثبات قيامه به أو حدوث سبب أجنبي حال دون تنفيذه للالتزام.

المبحث الثاني: تكامل مهلة التفكير مع الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وآثر الإخلال به في ضوء مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر

أفرزت المعاملات الحديثة توجهاً متزايداً نحو تعزيز حماية المتعاقد، خاصة في العقود التي يكون فيها أحد الأطراف في مركز ضعف اقتصادي أو معرفي. وفي هذا الإطار، ظهر التلازم بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام و منح المتعاقد مهلة للتفكير كآليتين متكاملتين تهدفان إلى ضمان تكوين إرادة تعاقدية واعية وغير متسرعة.

فالالتزام بالإعلام يوفر للطرف الآخر المعلومات الجوهرية التي تمكّنه من فهم طبيعة العقد ومخاطره ومزاياه، بينما تمنحه مهلة التفكير الوقت اللازم لاستيعاب تلك المعلومات وتقييمها بعيداً عن أي ضغط أو تأثير، بما يعزّز جودة الرضا ويمكّن المتعاقد من اتخاذ قرار مبني على معرفة كاملة.

ومن ثمّ فإن الجمع بين الإعلام الكافي والمهلة الكافية يمثل إحدى صور الحماية الوقائية ضد الغرر والتغرير، ويحدّ من حالات عدم التوازن في العلاقات التعاقدية، خصوصاً في العقود المبرمة مع المستهلك أو العقود التي تتسم بالتعقيد الفني.

غير أنّ الإخلال بأي من هذين الالتزامين –سواء بعدم تقديم المعلومات الجوهرية أو بحرمان المتعاقد من مهلة التفكير– قد يرتّب آثاراً قانونية هامة، تتراوح بين المسؤولية المدنية، وإبطال العقد أو فسخه، بحسب جسامة الإخلال وطبيعته وتأثيره على رضا المتعاقد. وهو ما يبرز أهمية دراسة هذا التكامل والآثار المترتبة على عدم احترامه في إطار حماية المتعاقد الآخر وتحقيق العدالة العقدية.

المطلب الأول: مهلة التفكير كامتداد وظيفي للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: نحو توازن يُراعي مصلحة المتعاقد الآخر

وفقاً للتصور التقليدي للعلاقات التعاقدية، كان يُنظر إلى الالتزام بالإعلام على أنه التزام سابق للتعاقد يقتصر على نقل المعلومات الجوهرية التي من شأنها التأثير على رضا الطرف الآخر. غير أن التطورات الاقتصادية والتكنولوجية، وازدياد التفاوت بين

الأطراف، دفعت بالفقه والقضاء إلى إعادة النظر في مضمون هذا الالتزام، بحيث لا يقتصر على الإعلام المجرد، بل يتجاوزه إلى تمكين الطرف الآخر من فهم المعلومات مع القدرة على تقييم انعكاساتها القانونية والاقتصادية، بما يضمن اتخاذه لقراره التعاقدي عن إدراك كامل ومسؤولية واعية.

ويتحقق هذا التمكين من خلال عناصر متعددة، من أهمها توفير الوقت الكافي للتفكير، إذ لا جدوى من إعلام المستهلك أو المتعاقد الضعيف بمعلومات معقّدة ومتشعبة، دون أن يُمنح الوقت اللازم لتأملها أو استشارة من يملك الخبرة لفهمها. بهذا المعنى، تصبح مهلة التفكير أداة لضمان الفعالية العملية للالتزام بالإعلام، لا مجرد عنصر خارجي مكمّل له.

وإن الانتقال من واجب الإعلام إلى واجب التمكين، يمثل نقلة نوعية في فلسفة حماية المتعاقد، ومن هنا، يثور التساؤل حول ما إذا كانت مهلة التفكير والتروي تمثل امتداداً وظيفياً لواجب الإعلام، ومدى إسهام هذا الامتداد في بناء علاقة تعاقدية متوازنة تراعي مصلحة الطرف الآخر دون أن تُخل بحرية التعاقد أو مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول: مفهوم مهلة التفكير في ضوء حماية مصلحة المتعاقد الضعيف

تُعد مهلة التفكير إحدى الآليات القانونية الحديثة التي أُقرّت بهدف حماية المتعاقد، لا سيما المستهلك، من التسرع أو التسرع غير الواعي في اتخاذ القرار التعاقدي، وذلك من خلال منحه فترة زمنية محددة للتروي وإعادة النظر قبل إبرام العقد أو الالتزام به نهائيًا. ولتحديد المقصود بمهلة التفكير على نحو دقيق، يتعين أولاً الوقوف على تعريف هذا النظام القانوني وبيان الخصائص التي تميّزه، مع تمييزه عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى التي قد تتقاطع معه في الأهداف أو في بعض الآثار.

أولاً- مهلة التفكير بين سكوت التشريعات وتعدد التعاريف الفقهية:

عند تصفح القوانين التي تهدف إلى حماية المتعاقد الضعيف في إطار العلاقة التعاقدية، كما هو الحال في كل من التشريعين الفرنسي والجزائري، يُلاحظ أن هذه التشريعات قد التزمت الصمت حيال تقديم تعريف دقيق وجامع لمهلة التفكير. ويُعد هذا التوجّه من

أبرز مظاهر الحكمة التشريعية، إذ امتنعت عن الخوض في تحديد مفهوم قانوني جامع لهذا المصطلح، إدراكًا منها بأن وضع التعاريف يُعد من صميم اختصاص الفقه القانوني، لا من صميم العمل التشريعي.

وبالرجوع إلى كتب الفقه القانوني والدراسات القانونية المنصبة في معالجة فكرة مهلة التفكير والتروي، نجد أنها عرفت مهلة التفكير بتعاريفٍ عديدة لا يسع ذكرها جميعها في هذا المقام، لذا سنختار أهمها:

عُرفت مهلة التفكير بأنها: " المهلة التي يخولها القانون للمستهلك من أجل التروي والتفكير في الإيجاب قبل إعلان قبوله، خلافاً للأصل المقرر للالتزامات"[1]، هذا الأخير لا يربط تطابق الإيجاب والقبول من المتعاقدين بفترة زمنية معينة، ويرى البعض أنها: " آلية قانونية فنية أدخلت تحويراً على مفهوم القبول"[2].

يُلاحظ أن التعريفات المقدمة آنفاً، تُركّز على ارتباط مهلة التفكير بالقبول الصادر من المستهلك، باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، دون أن تولي اهتماماً كافياً للإيجاب الصادر عن المهني، الذي تُلزم بعض التشريعات بإبقائه قائماً لمدة زمنية معينة. كما تعتبر مهلة التفكير، مفهوماً مستحدثاً وغريباً عن القواعد التقليدية التي تحكم تكوين العقد.

وفي المقابل، عرف بعض الفقه مهلة التفكير على أنها: " هي منح المستهلك فترة معينة قبل الارتباط بالعقد نهائياً، حيث يلتزم المهني خلال هذه الفترة بالإبقاء على العرض، ولا يستطيع أن يعدل عن إيجابه خلال هذه المدة التي تعطي الفرصة للمستهلك كي يتروى ويتبدر في أمر التعاقد.[3]"، هذا التعريف ينظر لمهلة التفكير من زاوية الإيجاب

[1] – مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقد، مذكرة ماجستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008م2009، ص. 81.

[2] – شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2015م2016، ص. 151.

[3] – محمد حسين أكرم التميمي، التنظيم القانوني للمهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 01، بيروت، لبنان، 2010، ص. 86.,

الصادر من المهني الذي لا يستطيع العدول عنه، مما يُتيح للمستهلك فرصة للتروي في العقد، لكن الإيجاب الملزم للمهني قد لا يكفي لحماية المستهلك، إلا إذا تم تقييد قبول هذا الأخير، الذي يقدم على التعاقد دون الاستفادة من مهلة التفكير كاملة.

بينما عرّفها البعض بصيغة مختلفة، مُشيرين إلى أنها: " المدة الإلزامية التي يهدف من خلالها المشرع إلى حماية الطرف الذي وجه إليه العرض، وذلك بمنعه من التعاقد قبل حلول الأجل المحدد قانوناً.[1]" فقد أشار هذا التعريف إلى تقييد قبول المستهلك خلال مدة معينة مما يضمن له الحماية، دون الإشارة إلى الإيجاب الصادر من الطرف الثاني في العقد. وهو تعريف يُركّز على تقييد قبول المستهلك خلال أجل معين، دون التطرق إلى التزامات المهني صاحب الإيجاب.

وفي تعريف أكثر شمولاً، تم اعتبار مهلة التفكير بأنها: " مهلة إلزامية ينبغي فواتها لإمكان انعقاد العقد، بمعنى أنه لا يمكن أن يقترن قبول بالإيجاب خلال هذه المدة.[2] " ، ويُجسّد هذا التعريف فهماً متوازناً لمهلة التفكير، إذ يربط بين عنصري الإيجاب والقبول، ويجعل من انقضاء هذه المهلة شرطاً ضرورياً لانعقاد العقد، مما يُسهم في توفير حماية فعلية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

وبعد استعراض مختلف التعريفات الفقهية بشأن مفهوم مهلة التفكير، يتضح أنها تتباين من حيث التركيز على القبول أو الإيجاب أو كليهما، وعليه يمكن تقديم تعريف جامع لمهلة التفكير على أنها: " فترة زمنية يقرّرها المشرّع لصالح المستهلك، يُلزَم خلالها المهني بالإبقاء على إيجابه دون تعديل أو سحب، ويُقيَّد فيها المستهلك من إبرام العقد عن طريق منعه من إبداء القبول قبل انقضاء هذه المدة، وذلك بغرض تمكينه من التفكير والتأمل في مضمون الالتزام التعاقدي، بما يُحقق التوازن العقدي ويُكرّس الحماية التشريعية للطرف الضعيف".

[1] - Laurent Bruneau, contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, pour l'obtention du grade de docteur en droit ,Université des sciences sociales, Toulouse, soutenue le 2 septembre 2005. P:398. .

[2] – جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة 01، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، 2017، ص. 115.

ثانياً– مهلة التفكير والتروي: ضمانة قانونية لصحة القبول في التعاقد

رغم أن المتعاقد الضعيف، عند إقدامه على إبرام العقد، قد يكون على قدر من الوعي بحقوقه والتزاماته القانونية، إلا أن هذا الوعي – على أهميته – لا يكفي بذاته لضمان سلامة إرادته أو صحة رضاه التعاقدي. فامتلاك المستهلك للمعلومات المتعلقة بموضوع العقد وشروطه لا يمنع بالضرورة من تعرضه للتأثير أو التغرير من قبل المهنيين أو المحترفين الذين يتمتعون بخبرة فنية وقدرة اقتصادية ومعرفية تفوق قدراته بكثير، مما يخلق اختلالاً واضحًا في مراكز القوة بين طرفي العلاقة التعاقدية.

ومن منطلق تحقيق التوازن العقدي وحماية الإرادة الفردية من الضغوط أو التأثيرات غير المشروعة، تدخل المشرّع لحماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف، فنصّ على منحه مهلة للتفكير والتروي قبل التعبير النهائي عن القبول. بحيث تُمكّنه هذه المهلة من إعادة النظر في قراره التعاقدي، ومراجعة تفاصيل العرض أو السلعة أو الخدمة محل العقد، وذلك بما يتوافق ومصلحته المشروعة وقدرته على الالتزام بالآثار المترتبة على العقد.

وتستند هذه المهلة إلى فرضية قانونية وفلسفية مفادها أن القبول المتسرّع لا يُعبّر بالضرورة عن إرادة حرة ومستقلة، إذ قد يكون ناتجًا عن انفعال لحظي أو تأثير نفسي أو اقتصادي تمارسه الجهة الأقوى في العلاقة التعاقدية. ومن ثم، فإن مهلة التفكير تمثل آلية قانونية وقائية تهدف إلى ضمان تكوين إرادة تعاقدية مستنيرة ومبنية على تفكير مسبق وهادئ، بما يُحقق التوازن بين حرية التعاقد من جهة، وحماية المستهلك من جهة أخرى.

ويُلاحظ أن هذا التوجه التشريعي يعكس تطورًا في الفكر القانوني نحو تعزيز البعد الإنساني والاجتماعي للعقد، إذ لم يعد يُنظر إلى التعاقد باعتباره مجرد التقاءٍ للقبول بالإيجاب، بل كعملية متكاملة تتطلب شروطًا واقعية ونفسية تضمن صدور الرضا في

ظروف من الحرية والوعي الكامل، وهو ما تُجسده فلسفة مهلة التفكير والتروي في القبول[1].

ولتحقيق الفاعلية المنشودة من هذه الآلية التي تهدف إلى حماية المستهلك من التسرع في القبول وما قد يترتب عليه من ندم لاحق، عمدت التشريعات الحديثة إلى تعزيز نظام مهلة التفكير باعتباره وسيلة جوهرية لضمان التروي والتبصر قبل إبرام العقد. وقد تم ذلك عبر وسيلتين أساسيتين: تتمثل الأولى في إلزام المتعاقد القوي – الحائز للمعلومات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد– بالبقاء على إيجابه مدة محددة لا يجوز له خلالها العدول عنه، حتى يتاح للمتعاقد الضعيف –المستهلك– الوقت الكافي لدراسة العرض وتمحيص شروطه. أما الوسيلة الثانية، فتكمن في منع الطرف الضعيف من إصدار قبوله خلال فترة معينة، بما يضمن أن يصدر قراره عن إرادة هادئة ورغبة مدروسة لا يشوبها التسرع أو التأثير اللحظي. وبهذا أصبحت مهلة التفكير أداة فعالة لتحقيق التوازن بين الطرفين، تكفل للمستهلك الحماية من الاندفاع غير المحسوب، وتؤكد على أهمية صدور الإرادة التعاقدية في مناخ من الوعي والتروي.

1– إلزام المتعاقد القوي بالثبات على إيجابه مدة محددة حماية لمصلحة المتعاقد الآخر:

تُعد فكرة إلزام المتعاقد القوي بالثبات على إيجابه مدة محددة من أبرز الوسائل التي تُكرّس الغاية الأساسية من مهلة التفكير، إذ يتدخل المشرّع ليفرض على الطرف المهني أو القوي في العلاقة التعاقدية الالتزام بالبقاء على عرضه الموجَّه للطرف الضعيف – أي المستهلك – خلال فترة زمنية معينة لا يجوز له خلالها الرجوع عن إيجابه أو تعديله. وتهدف هذه الآلية إلى تمكين المستهلك من التفكير المتأنّي والتقييم الواعي لشروط العقد قبل الإقدام على القبول، بعيدًا عن أي تأثير نفسي أو ضغط تجاري قد يدفعه إلى التسرّع.

[1] – بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 2011، ص. 202.

ولا يثير هذا الإلزام إشكالاً من حيث تكييفه القانوني، فهو التزام قانوني مفروض على المتعاقد القوي بصفة آمرة، وليس ناشئاً عن إرادته الحرة، بخلاف ما هو عليه الحال في الإيجاب الملزم في القواعد العامة، حيث يكون الموجب هو من يختار بإرادته أن يبقى على عرضه مدة معينة أو أن تُستفاد هذه المدة من ظروف التعاقد[1].

أما في نطاق حماية المستهلك، فإن مصدر الإلزام هو القانون ذاته، الذي يتولى تحديد مدته وأحكامه بشكل موضوعي، بما لا يترك مجالاً للاجتهاد أو الاتفاق بخلافه. وبهذا التنظيم، يضمن المشرّع للمستهلك فرصة حقيقية للتفكير والمقارنة بين العروض المختلفة، واختيار الأنسب لمصلحته، في إطار يحقق توازنًا تعاقديًا وعدالة حقيقية بين الطرفين[2].

2- منع المتعاقد الضعيف من إصدار القبول حفاظاً على مصلحته العقدية:

يُطرح التساؤل حول ما إذا كان المتعاقد الذي شُرعت من أجله مهلة التفكير – أي المستهلك أو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية – يُعد غير قادر على حماية إرادته التعاقدية، وبعبارة أخرى: هل يجوز أن يُترك حراً في إصدار قبوله دون أي قيد زمني؟

يرى الفقه أن الإجابة عن هذا التساؤل تكمن في فهم الغاية الحقيقية من مهلة التفكير، إذ لا تتمثل هذه الغاية في الخوف من قيام المهني بسحب إيجابه بسرعة، وإنما في حماية المستهلك نفسه، الذي قد تدفعه ظروف التبعية الاقتصادية وضعف الخبرة وقلة التجربة، إضافة إلى الإغراءات النفسية والإعلانات التجارية، إلى إبرام العقد باندفاعٍ وتسرّعٍ دون إدراك كافٍ للعواقب القانونية أو المالية التي تترتب على القبول.

[1] – سعدي محمد آمين، رباحي أحمد، مهلة التفكير كآلية وقائية لحماية رضا المستهلك، مجلة صوت القانون، المجلد 09، العدد 01، جامعة خميس مليانة، 2022، ص. 111.

[2] – شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على النظرية العامة للعقد،المرجع السابق، ص. 136، يُنظر كذلك سعدي محمد آمين، رباحي أحمد، مهلة التفكير كآلية وقائية لحماية رضا المستهلك، المرجع السابق، ص. 111.

لذلك، فإن إلزام المهني بالثبات على إيجابه وحده لا يحقق الغاية الوقائية الكاملة من مهلة التفكير، ما لم يُرافقه قيد على المستهلك يمنعه من القبول خلال فترة معينة، تتيح له فرصة للتروي والتفكير والمقارنة بين العروض المختلفة[1] .

وبناءاً على ذلك، يقرر الفقه أن تحقيق حرية الاختيار التامة أثناء مهلة التفكير يقتضي منع الموجه إليه العرض من القبول قبل انقضاء المهلة القانونية[2].

وقد أخذ المشرّع الفرنسي بهذا الاتجاه في عدد من المجالات، حيث جعل من مهلة التفكير التزامًا متبادلاً بين الطرفين: إلزام المهني بالثبات على إيجابه، ومنع المستهلك من القبول قبل انتهاء المهلة.

فنجد مثلاً في **مجال التعليم عن بعد**، أن المشرّع الفرنسي يمنع التلميذ من القبول قبل انقضاء مهلة سبعة (07) أيام من تاريخ تسلمه للعقد، وكذلك في عقود القرض العقاري، حيث نصّت المادة L312-10 في فقرتها الثانية من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه لا يجوز للمقترض قبول العرض قبل مرور عشرة(10) أيام من تاريخ تسلمه، في حين يُلزم المقرض بالبقاء على إيجابه لمدة ثلاثين (30) يومًا كاملة[3].

في حين عند فحص محتوى نصوص التشريع الجزائري، نجد أنه أقرّ في بعض النصوص التشريعية منح أجلاً للمستهلك من أجل التفكير والتروي قبل الالتزام النهائي بالعقد. ورغم اختلاف التسميات التي اعتمدها المشرّع في هذا الإطار، فإن الغاية واحدة، وهي توفير مهلة زمنية تسمح للمستهلك بفحص بنود العقد واستيعاب آثاره القانونية والمالية قبل القبول به.

[1] – بعجي أحمد، المرجع السابق، ص. 205.

[2] – نفس المرجع، ص. 206.

[3] – شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 143.

ومن أبرز الأمثلة على ذلك، المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 التي تنص على أنه: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات، ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".

ويُلاحظ أن المشرّع اكتفى باستعمال عبارة "مدة كافية " دون تحديدٍ دقيقٍ لها، وهو ما يعكس – في تقديرنا – رغبته في مراعاة تنوع طبيعة العقود، إذ تختلف حاجة المستهلك إلى الوقت تبعًا لطبيعة كل عقد. فبعض العقود – كعقود القروض العقارية أو التأمين أو الشراء بالتقسيط – تتطلب مهلة طويلة نسبيًا لفحص الشروط واستشارة المختصين نظرًا لحساسيتها وخطورتها، في حين أن عقودًا أخرى بسيطة قد تكفي فيها مدة قصيرة ومعقولة.

ومع ذلك، يُؤخذ على المشرّع أنه أبدى تحفظًا واضحًا في تنظيم مهلة التفكير، إذ لم يُحدّد مدتها أو آثارها القانونية، ولم يبيّن ما إذا كان المقصود بها إلزام المحترف بالبقاء على إيجابه أو تقييد حق المستهلك في القبول خلال فترة معينة، تاركًا ذلك لتقدير العون الاقتصادي، وهو ما يُضعف من الأثر الحمائي للنص. كما أن عدم تكافؤ المراكز التعاقدية بين المحترف والمستهلك كان يقتضي – من باب **أولى** – تدخلاً تشريعيًا أدق وأوضح يمنع المحترف من استغلال عمومية النصوص لتفادي التزاماته.

وقد أثار الفقه انتقادًا لعبارة "مدة كافية" باعتبارها تعبيرًا فضفاضًا وغامضًا، إذ تُثير التساؤل حول معيار الكفاية: هل يُقدّر استنادًا إلى قدرات كل مستهلك الذهنية والثقافية، أم بالنظر إلى طبيعة العقد وظروف إبرامه، أم بمراعاة الاعتبارين معًا؟ وبناءاً على ذلك، فإن هذا الغموض في تحديد المقصود بالمدة الكافية يفتح المجال أمام القاضي للممارسة سلطته التقديرية الذي يُوازن بين مصالح الطرفين وفق ظروف كل حالة على حدة[1]. ويُضاف إلى ذلك

[1] – إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص-ص. 130-131.

أن المشرّع لم ينص على جزاء محدد للإخلال بمهلة التفكير، مما أفقد النص فعاليته الحمائية وجعله أقرب إلى توجيه إرشادي منه إلى التزام قانوني ملزم.

وفي السياق نفسه، يُلاحظ أن المشرّع الجزائري أقرّ في مجالات أخرى فترات زمنية يمكن تكييفها على أنها شكل من أشكال مهلة التفكير، وإن لم يُصرّح بذلك صراحة، كما هو الحال في المادة 18 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، التي تنص على أنه: "يمكن أن يخضع العامل الجديد توظيفه لمدة تجريبية لا تتعدى ستة (6) أشهر، كما يمكن أن تُرفع هذه المدة إلى اثني عشر (12) شهرًا لمناصب العمل ذات التأهيل العالي"..."

فالغرض من هذه المدة التجريبية هو تمكين العامل من التعرّف على بيئة العمل وشروطه، وتقدير مدى توافقه مع متطلباته وطبيعة الوظيفة، كما تتيح لصاحب العمل اختبار كفاءة العامل ومدى ملاءمته للمنصب . ورغم أن النص لا يصف هذه المدة بأنها مهلة تفكير، إلا أنه يمكن اعتبارها كذلك من حيث الوظيفة، إذ تتيح للطرفين فرصة للتروي قبل الالتزام النهائي بعقد العمل، وإن كانت أطول زمنًا مقارنة بمهل التفكير في العقود الاستهلاكية، فإن اختلاف طبيعة العلاقة التعاقدية يبرّر ذلك.

ومن ثم، يتبيّن أن المشرّع الجزائري لم يُهمل تمامًا فكرة مهلة التفكير، لكنه تناولها بشكل جزئي وغير منهجي، مما يستدعي تدخلاً تشريعيًا صريحًا لتوحيد القواعد المتعلقة بها وتحديد آثارها القانونية ضمانًا لتحقيق الغاية الأساسية منها، وهي حماية الإرادة التعاقدية الحرة للطرف الضعيف.

وهكذا يتبين أن التشريعات الحديثة، وعلى رأسها التشريع الفرنسي، قد سعت إلى تحقيق توازن حقيقي في الإرادتين التعاقديتين، من خلال فرض التزامات متبادلة تضمن استقرار الإيجاب من جهة، وتروّي القبول من جهة أخرى، بما يكفل صدور الرضا التعاقدي في ظل إرادة حرة واعية ومستنيرة.

الفرع الثاني: تكامل مهلة التفكير مع الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام لتحقيق العدالة العقدية

كما أشرنا سابقاً تُعرف مهلة التفكير بأنها الفترة الزمنية التي تُمنح للطرف المتعاقد – وغالباً الطرف الضعيف أو المستهلك – بعد اطلاعه على العرض أو المعلومات التعاقدية، ليعيد النظر في تفاصيل العقد ومحتواه، ويتخذ قراره عن بيّنة وحرية تامة، بعيداً عن أي ضغط زمني أو نفسي قد يؤثر في إرادته. وتكتسب هذه المهلة أهميتها في العقود التي تتميز بدرجة عالية من التعقيد الفني أو الاقتصادي، أو تلك التي يكون فيها أحد الأطراف في وضع تبعية تفاوضية أو اقتصادية، كما هو الحال في العقود الاستهلاكية، أو العقود ذات الطابع المالي أو التأميني، أو عقود الخدمات الرقمية الحديثة.

ورغم أن مهلة التفكير لا تُذكر صراحةً في كثير من التشريعات ضمن مضمون واجب الإعلام[1]، إلا أن جانب من الفقه القانوني الحديث يرى أنها تمثّل امتداداً وظيفياً له، بل تكمل الغاية التي وُجد من أجلها. فالإعلام لا يتحقق بمجرد نقل المعلومة من المهني إلى المستهلك، وإنما يقتضي أن يكون هذا الأخير في وضع يمكّنه من استيعاب مضمون المعلومة وتقييم آثارها القانونية والاقتصادية، وهو ما لا يمكن ضمانه دون إتاحة وقت كافٍ للتفكير والتروي والمقارنة بين البدائل الممكنة[2].

فإذا كان واجب الإعلام يرمي إلى تمكين المتعاقد من إدراك عناصر العقد وتوفير الشفافية اللازمة لتمكين إرادته من التبصّر، فإن مهلة التفكير تأتي لتُترجم هذه المعرفة

[1] – من خلال استقراء نصوص التشريع الجزائري، يتبيّن أن المشرّع لم يمنح الحماية الكافية لعنصر الرضا في العملية التعاقدية، إذ أهمل تنظيم أحكام آلية مهلة التفكير التي تُعد وسيلة وقائية فعّالة لضمان حرية الإرادة وصونها من التأثير أو الاستعجال. فالتشريع لم يضع إطاراً واضحاً يُلزم المحترف بالثبات على إيجابه لمدة محددة، أو يُقيّد المستهلك بعدم القبول إلا بعد انقضاء مهلة معينة، بل ترك الأمر لتقدير المهني نفسه. وكان من الأنسب أن يُدرج المشرّع هذه المهلة ضمن منظومة الالتزام بالإعلام، لتتحقق حماية وقائية للرضا التعاقدي، بدلاً من الاقتصار على المعالجة اللاحقة عبر أحكام عيوب الإرادة التقليدية.

[2] – بعجي أحمد، المرجع السابق، ص–ص. 207–208.

إلى اختيار واعٍ ومستنير. فهي تؤمّن مهلة زمنية ضرورية لإعمال الإرادة الحرة بعيداً عن الانفعال اللحظي أو الإغراء التجاري، خاصة في ظلّ ما يشهده الواقع الاقتصادي من أساليب تسويقية مضلّلة، وحملات دعائية مكثفة تؤثر في قرارات المستهلكين.

ومن هذا المنطلق، يمكن القول إن مهلة التفكير تُعدّ ركناً مكمّلاً لواجب الإعلام، لا مجرد آلية مضافة إليه، إذ لا جدوى من إعلام المتعاقد بمضمون العقد إن لم يكن قادراً فعلاً على فهمه واستيعابه، واتخاذ قراره بشأنه برويّة. كما أن هذه المهلة تمثل ضمانة وقائية تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي وإعادة الثقة إلى العلاقة بين المهني والمستهلك، من خلال تمكين الأخير من مراجعة العرض أو الاستشارة أو المقارنة، بما يخفف من حالات الغبن أو التسرع في القبول.

ولذلك، فإن إدراج مهلة التفكير ضمن نطاق واجب الإعلام ليس توسعاً غير مبرر في التزامات المهني، بل هو تطور منطقي ووظيفي في مفهوم الحماية العقدية، إذ يُعزز من فكرة "الإرادة المستنيرة" التي باتت محوراً أساسياً في الفكر التعاقدي الحديث، ويُجسّد انتقال نظرية العقد من نموذجها الكلاسيكي القائم على المساواة الشكلية إلى نموذج حمائي يقوم على المساواة الفعلية بين المتعاقدين.

المطلب الثاني: آثار الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في إطار حماية مصلحة المتعاقد الآخر

مما لاشك فيه أن مراعاة المدين لالتزامه قبل التعاقدي بالإعلام من شأنه أن يكون له أثر وإنعكاس إيجابي على رضاء الدائن عند تكوين العقد، إلا أنه من جانب آخر فإذا امتنع المدين أو تقاعس عن أداء الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وتنفيذه فمن شأنه أن يُعرض العقد لجزاء الإبطال.

وكما أشرنا سابقاً أن المشرع الجزائري لم يُقرر الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في النظرية العامة للعقد، وإنما نصّ عليه صراحة ضمن تشريعات الاستهلاك، لكن المُلاحظ عند تصفح تلك النصوص القانونية المقررة له نجد أن المشرع الجزائري لم يرتب جزاء مدني عن إخلال المدين بهذا الالتزام، مما يستدعي تتبع والبحث في ضوء

نصوص القانون المدني لإيجاد أساس قانوني لطلب الإبطال يتطابق وخصوصية الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام.

وعلى اعتبار أن الغاية من تقرير الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تتمثل في حماية إرادة الدائن؛ فإن تعيُّب إرادته يُمكنه من طلب إبطال العقد إما على أساس نظرية عيوب الرضا لاسيما عيبيّ الغلط والتدليس، أو استناداً إلى نظرية العلم الكافي بالمبيع المنصوص عليها في نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: إبطال العقد تأسيساً على نظرية عيوب التراضي

من المسلم به قانوناً أن عيوب التراضي أربع؛ الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال، إلا أنه تجدر الإشارة أن البحث عن مدى قابلية العقد للإبطال لإخلال بالالتزام قبل التعاقدي في ضوء نظرية عيوب الرضاء سيقتصر على عيبيّ الغلط والتدليس فقط لإرتباطهما الوثيق بهذا الالتزام، لذا سيخرج من نطاق بحثنا عيوب الرضاء الأخرى على غرار الإكراه والاستغلال.

أولاً: قابلية العقد للإبطال تأسيساً على عيب الغلط

من المسلم به قانوناً أنه يحق لمن وقع في غلط بسبب نقص المعلومات والبيانات المتعلقة بمحل العقد المطالبة بإبطال العقد استناداً إلى عيب الغلط تطبيقاً لما ورد في نصوص المواد 81 و82 من التقنين المدني الجزائري والمواد 120- 124 من التقنين المدني المصري والمواد 1132- 1136 التقنين المدني الفرنسي.

ويُعرف جانب من الفقه عيب الغلط على أنه: " وهم يقوم في ذهن الشخص فيُصور له الأمر على خلاف حقيقته، ويكون هو الدافع إلى التعاقد."[1] كما يُعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: " وهم أو إعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد."[2].

[1] – عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، القسم الأول: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص. 87.

[2] – محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص. 162.

واستنتاجاً لما سبق يتضح أن عيب الغلط هو عبارة عن تصور كاذب للوقائع يؤدي بالشخص إلى إبرام تصرف، ما كان ليُبرمه لو علم بحقيقة هذا الواقع، كأن يشتري شخص تمثالاً يعتقد أنه أثري، ليتفاجئ بعد ذلك بأنه مجرد تقليد، أو شراء شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص، ليتبين له بعدها أنها من المعدن المطلي بقشرة من الذهب[1].

هذا ويُلزم لإبطال العقد بسبب عيب الغلط توفر شرطان أساسين؛ يتمثل الأول في أن يكون الغلط جوهرياً دافعاً للتعاقد بالغاً حداً من الجسامة بحيث لو علمه المتعاقد قبل التعاقد لما أبرم العقد، ويكون الغلط جوهرياً إذا وقع على صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد أو في شخص المتعاقد معه أو صفة من صفاته، بينما يتمثل الشرط الثاني في أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر، كأن يقع المتعاقد الآخر في الغلط؛ فحينئذ يكون الغلط مشتركاً أو أن يكون المتعاقد الذي لم يقع في الغلط على علم به أو كان بوسعه أن يعلم به[2].

وإتصالاً بموضوع محل الدراسة، فإن قيام المدين بتنفيذ التزامه بالإعلام تنفيذاً كاملاً، صحيحاً، دقيقاً، وموضوعياً، من شأنه إيجاد رضا حر وسليم لدى المتعاقد معه، فتزويد الدائن بكل تفصيلات العقد الجوهرية يُجنبه الوقوع في أي التباس أو غلط. أي أن تنفيذ الالتزام بالإعلام تنفيذاً صحيحاً يُجنب قابلية العقد للإبطال تأسيساً على عيب الغلط[3]، أما في حال لم يُنفذ المدين التزامه بالإعلام تجاه المتعاقد معه، قد يؤدي إلى وقوع المتعاقد عديم الخبرة في غلط، مما يُخول له الحق في طلب إبطال العقد، هذا ما يُبرز الارتباط الوثيق بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ونظرية الغلط، إلا أنه على الرغم من ذلك يوجد قصور بيّن في مدى قابلية إبطال العقد تأسيساً على عيب الغلط، تبعاً للتطور التكنولوجي الحاصل في ميدان الصناعي الذي أثمر عن إنتاج منتجات صناعية معقدة

[1] – محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص. 86. ينظر كذلك عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانونل المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معقمة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1984، ص. 297.

[2] – المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

[3] – رفيقة بواكور، المرجع السابق، ص. 179.

فنياً سواء من ناحية تصنيعها أو طريقة استعمالها، مما يصعب على الشخص الذي شاب إرادته عيب الغلط أن يثبت أنه وقع في غلط جوهري دفعه إلى التعاقد، واتصال الغلط بالمتعاقد الآخر، كأن يكون – المتعاقد الآخر– قد وقع فيه أيضاً، أو كان علم بها أو من السهل أن يتبينه[1]. الأمر الذي يؤدي إلى القول بعدم كفاية الغلط كأساس لإبطال العقد في حالة الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام.

ثانياً: قابلية العقد للإبطال تأسيساً على عيب التدليس

تبعاً لعدم كفاية عيب الغلط كأساس لإبطال العقد الناتج عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، إتجه شراح القانون المدني إلى تأسيس الإبطال على عيب التدليس.

ويُعرف جانب من الفقه التدليس على أنه: " إستعمال أحد المتعاقدين طُرقاً احتيالية لتضليل المتعاقد الآخر تضليلاً يحمله على التعاقد."[2].

كما يعرفه جانب آخر بأنه: " إيهام الشخص بغير الحقيقة، بالإلتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد."[3].

تبعاً للتعاريف السابق ذكرها نجد أن عيب التدليس يتوفر على عنصرين؛ أولهما العنصر الموضوعي يتمثل في إتيان واستعمال طرق إحتيالية، أما ثانيهما فهو العنصر المعنوي الذي يتمثل في نية تضليل المتعاقد الآخر .

هذا ويُلزم لإبطال العقد لعيب التدليس توافر ثلاث شروط أساسية؛ أولها يتمثل في إستعمال طرق إحتيالية ووسائل غير مشروعة لإيقاع المتعاقد الآخر في غلط؛ وثانيها أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد، أما ثالثها فيتمثل في أن يصدر التدليس من أحد المتعاقدين أو أن يكون على علم به إذا كان قد صدر من الغير[4].

---

[1] – مبارك خلف مبارك الوهيبين المرجع السابق، ص. 280. ينظر كذلك عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 256.

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء 1، الطبعة 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص. 391.

[3] – نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص. 265.

[4] – حسن عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 71

ويتحقق عيب التدليس إما بإتيان سلوك إيجابي؛ كأن يقوم المدين بتقديم بيانات خاطئة بإستخدام الكذب، أو أن يتخذ سلوكاً سلبياً كأن يسكت المدين عن الإدلاء بالمعلومات التي من شأنها أن تساعد المتعاقد الآخر على إتخاذ القرار السليم[1] تطبيقاً لما ورد في نص المادة 86 /2 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: " **يعتبر تدليساً السّكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدّلس عليه ما ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".**

إذاً بحسب نص المادة 2/86 المذكورة آنفاً – التي تقابها المادة 125 من القانون المصري والمادة 1137[2] من القانون المدني الفرنسي– نجد أن التشريعات الوضعية قد سوّت بين الكتمان السلبي، وبين الأفعال الإيجابية لتدليس؛ باعتبار أن الصمت قد يقترن بظروف سببت أو على الأقل ساهمت في وقوع الغلط لدي المتعاقد الآخر، وبالتالي يمكن أن يكون اتخاذ موقف صامت معادلاً لتأكيد إيجابي، فيكون الكتمان عندئذ مُترجماً لمهارة كبيرة، أو سوء نية من طرف المدلس، مما يؤدي إلى تغليط المدلس عليه، تماماً كما لو تم استعمال أفعال إيجابية في التدليس[3].

وبهذا المعنى فإن الكتمان التدليسي يحتوي في جانب منه إخلالاً بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، وذلك متى توافرت الشروط المشار إليها لاسيما نية التضليل والغش المؤثر في إرادة الدائن، بحيث لولا هذا التأثير لما أقدم على إبرام العقد، ففي مثل هذه الحالة فالحكم بالإبطال العقد بسبب إخلال المدين بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام تأسيساً على التدليس لا يثير أي إشكال قانوني[4].

---

[1] – عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، المرجع السابق، ص. 258. ينظر كذلك عبد الرزاق بولنوار، المرجع السابق، ص. 327.

[2] – Article 1137 Modifié par Ordonnance No2016-131 du 10 février 2016 :" Le dol est le fait pour un contractant contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manoeuvres ou des mensonges.
Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information **dont il sait** le caractère déterminant pour l'autre partie ".

[3] – جاك غيستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، 613.

[4] – فرحات ريموش، المرجع السابق، ص. 128.

إنما يُثار الإشكال في حال ما إذا تخلف شرط من الشروط السابق ذكرها، كأن تكون المعلومات المغفلة ليست بالأهمية التي لو علم بها الدائن لتراجع عن إبرام العقد، أو أن السكوت لم يكن بنية التضليل والغش، ومع ذلك تضرر الدائن من عدم تلقيه هذه المعلومات، ففي مثل هذه الحالة رغم أن هناك إخلال بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام إلا أنه لا يمكن للقاضي الحكم بإبطال العقد إذا تقيد حرفياً بهذه الشروط[1].

فإذا ما تمعنى في الركن المادي للتدليس نجد أنه يتطلب أن تكون الوقائع والمعلومات التي تمّ التكتم عليها على قدر كبير من الجسامة، بحيث لو علم الدائن – المدلس عليه– ما كان ليُبرم العقد، وأن يكون الكتمان هو الدافع الرئيسي لوقوع المتعاقد في غلط[2]، بينما يكفي لتحقق الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام أن يكتم المدين معلومات ذات أهمية لدى الدائن ولوكانت أقل جسامة وأقل تأثيراً على إرادته؛ بحيث ليس بالضرورة أن يؤدي الإطلاع عليها إلى رفض إبرام العقد، بل يكفي أن ذلك كان من الممكن أن يؤدي إلى قبول العقد ولكن بشروط أفضل، فدرجة التأثير على إرادة المتعاقد المطلوبة في الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تختلف عما هو مطلوب في عيب التدليس، بالرغم من الكتمان التدليسي يتقاسم حيزاً واسعاً مع الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام إلا أنه لا يُغطيه ولايستغرقه بالكامل، وذلك لأن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يشمل كل من التدليس الدافع وغير الدافع[3].

أما إذا تمعنى في الركن المعنوي للتدليس نجد أنه يقتضى توافر نية التضليل والغش لدى المدين، مما تدفع الدائن إلى قبول إبرام عقد في غير صالحه، في حين أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يشترط مجرد علم المدين بالمعلومات أو الوقائع محل هذا الالتزام وبأهميتها لدى الدائن[4].

وتبعاً لفرق الحاصل بين شروط قيام الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، وشروط عيب التدليس، حاول جانب من الفقه التقريب بين المفهومين، وذلك بإعطاء تصور واسع لنية

---

[1] – نفس المرجع ونفس الصفحة.

[2] – علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص. 183.

[3] – فرحات ريموش، المرجع السابق، ص. 130.

[4] – نفس المرجع، ص. 131.

التضليل، حيث تتحقق بمجرد علم المدين أن كتمانه قد يُفسد رضاء الدائن، ذلك باعتبار أن نية التضليل هي مسألة نفسية يصعب إثباتها قطعياً، فهي تستمد عادة من عناصر خارجية توحي بها[1]، ويتجسد ذلك بوضوح في العلاقات العقدية بين الشخص العادي والمحترف، إذ يمكن افتراض نية الغش لدى هذا الأخير، بسبب افتراض العلم لديه بكل صفات منتجاته[2].

والمتصفح للأحكام القضائية الفرنسية، يجد أن القضاء الفرنسي قرر إبطال العقد بسبب الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام على أساس التدليس في العديد من الأحكام القضائية دون معاينة الشروط النظرية المطلوبة لذلك بنفس الصرامة المعهودة فيه؛ فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في إحدى القضايا أن " عدم القيام بإعلام المشترين لدى التنازل عن محل تجاري بأن التصريح اللازم لاستغلال إحدى صالات هذا المحل لم يكن قد تمّ الحصول عليه بعد يُمثّل إخفاء مُتعمداً من جانب الباعة لمثل هذه الواقعة، التي لوكانت معلومة لدى المشترين لكانت منعتهم من التعاقد حيث يُشكل هذا الأمر تدليساً معيباً لرضاء هؤلاء المشترين في مفهوم نص المادة 1116 من التقنين المدني."[3].

وفي حكم آخر قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية قرار الصادر بتاريخ 19 ماي 1958 ببطلان عقد بيع سيارة لسكوت البائع الميكانيكي عن الإفصاح للمشتري عن السنة الحقيقية لصنع محركها[4].

من جماع ما تقدم بيانه، يتضح محدودية فعالية عيب الغلط والتدليس كأساس لجزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في مرحلة تكوين العقد، فعلى الرغم من اجتهاد الفقه في توسيع مفهومي الغلط والتدليس ومحاولة إحداث التقارب بينهما والالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، إلا أنه في كثير من الحالات باءت تلك المحاولات بالفشل، لاسيما في حال ما إذا تخلف شرط من شروط الغلط والتدليس المشار إليها ومع ذلك تضرر

---

[1] – نفس المرجع ونفس الصفحة.

[2] – بوالكور رفيقة، المرجع السابق، ص–ص. 186–187.

[3] - Cass.commerce, 13 Octobre 1981, D 1981, IR, p. 309

أشارت إليه عبوب زهيرة، المرجع السابق، ص. 131.

[4] - Cass civil 1er chambre 19 mai1958, bull civ I.N251,p. 147.

أشار إليه مبارك خلف مبارك الوهيبي، المرجع السابق، ص. 291.

الدائن من عدم تلقيه المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، فلا يمكن للقاضي الحكم بإبطال العقد إذا تقيد حرفياً بالشروط المشار إليها سابقاً للغلط والتدليس، مما يستحسن على التشريعات الوضعية تنظيم الالتزام بالإعلام كالتزام عام مستقل بذاته، بحيث يتم إفراد قواعد خاصة وجزاء مناسب له، تبعاً لما أثبته الواقع العملي من صعوبة إثبات الشروط العامة للغلط والتدليس، لاسيما المتعلقة بنية المدين المُلم بجل المعلومات المتعلقة بالعقد، ناهيك عن أن الدائن قد يكون هدفه ليس الحكم بإبطال العقد، وإنما يُفضل الإبقاء على العقد وتطبيق أحكام المسؤولية المدنية، لا سيما إذا ترتب على هذا الإخلال ضرر جسدي كما هو الحال في عقد العلاج الطبي.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

قد لا يُرضي الحكم بإبطال العقد الدائن بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام، وقد لا يقضي القاضي بإبطال العقد لعدم إمكانية تحققه، تبعاً لتخلف أحد الشروط اللازمة لإبطال العقد تأسيساً على عيب الغلط والتدليس، فيُفضل الدائن في هذه الحالة إما الإبقاء على العقد مع المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء إخلال المدين بالتزامه قبل التعاقدي بإعلام، أو المطالبة بإبطال العقد إلى جانب تطبيق أحكام المسؤولية المدنية والمتمثلة في الحصول على تعويض.

وقد اتفق شُراح القانون على قيام المسؤولية المدنية عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه قبل التعاقدي بالإعلام، إلا أنه اختلف حول تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة، ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية(أولاً) وفيما تتمثل شروط قيامها(ثانياً).

أولاً: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام:

من المعلوم أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى نوعين؛ مسؤولية عقدية تترتب نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامات الناشئة عن العقد، ومسؤولية تقصيرية تترتب نتيجة الإخلال بالتزام قانوني مضمونه عدم الإضرار بالغير[1].

وفي إطار دراسة الآثار المدنية المترتبة عن الإخلال بالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، وبالأخص نوع المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه قبل التعاقدي بالإعلام، نجد أن وجهات نظر الفقهاء قد اختلفت حول تحديد نوع المسؤولية المدنية المترتبة وربطتها بطبيعة الخطأ؛ فإتجاه يرى أن عدم تنفيذ الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام هو خطأ عقدي يُرتب مسؤولية عقدية، وإتجاه يرى أن عدم تنفيذ الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام هو خطأ تقصيري يُرتب مسؤولية تقصيرية.

أ- القائلون بالطبيعة العقدية لمسؤولية المدين عن الإخلال بالتزام قبل التعاقدي بالإعلام:

يستند جانب من أنصار هذا الرأي إلى نظرية الخطأ العقدي للفقيه الألماني " ايهرنج"[2] القائمة على اعتبار الخطأ الواقع في المرحلة السابقة على التعاقد خطأ عقدياً سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أو أدى إلى بطلانه، يُثير مسؤلية عقدية على عاتق مرتكبه بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر، وجانب آخر يرى أن الالتزام بالإعلام يجد مصدره في عقد ضمني سابق على إبرام العقد، يُلزم الأطراف المُقبلة على التعاقد ببعض الالتزامات، على غرار الالتزام بالإدلاء بالمعلومات اللازمة حول موضوع العقد، ومن امتنع عن تنفيذ هذا الالتزام، ترتبت على عاتقه مسؤولية عقدية، بينما ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الأخطاء المرتكبة في المرحلة السابقة على عقد ترتب مسؤولية عقدية، ذلك لأنها تستند إلى علاقة قانونية منبثقة عن مفاوضات عقدية ولو لم يكن بعد عقد بينهما. أما فريق آخر فيفترض وجود عقد ابتدائي سابق على العقد، يتمثل

[1] – تنص المادة 124 من التقنين المدني الجزائري: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."

[2] – نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص. 302.

في الوعد بالتعاقد، فإذا ما ثُبت أن الواعد قد أخل به قامت مسؤوليته العقدية، أما في حال غياب العقد الابتدائي فيُسئل المخطئ على أساس المسؤولية التقصيرية[1].

وعلّل أنصار هذا الإتجاه موقفهم، بما قضت به محكمة النقض الفرنسية في إحدى القضايا المعروضة والتي تتلخص وقائعها في شراء أحد الأشخاص مادة صلاء من أحد المنتجين دون أن يُقدم هذا الأخير المعلومات والبيانات الكافية حول الكيفية والمميزات المتعلقة بهذه المادة وكيفية استخدامها وواجب التحذير، فرفع المستهلك دعوى قضائية مُطالباً بالتعويض عن الأضرار التي تسببت فيها مادة الطلاء على أساس المسؤولية العقدية، فدفع المنتج بأن الخطأ سابق على التعاقد، ومن تم أيدت محكمة النقض حكم الاستئناف وقررت بأن واجب الإعلام يُشكل التزاماً عقدياً[2].

وعلى الرغم من الأسانيد والحجج المقدمة من أنصارالطرح القائل بالطبيعة العقدية للالتزام قبل التعاقدي إلا أنه تعرضت للنقد، على أساس أن العقد لم ينشأ بعد في هذه المرحلة – المرحلة السابقة على العقد–، فمن غير المعقول أن تقوم المسؤولية العقدية قبل وجود العقد في حد ذاته من جهة، وأن ليس بالضرورة تنتهي مرحلة المفاوضات بإبرام العقد، فإبرام العقد في هذه المرحلة يبقى نتيجة احتمالية غير محققة الوقوع، لذا لا يمكن اعتبار الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ذو طبيعة عقدية، ذلك بإعتبار أن الغاية من التفاوض هي تقريب وجهات النظر والتوفيق بين آراء المتفاوضين بغرض التعاقد، بالإضافة لا يمكن الاستناد على أساس الاتفاق الضمني بالضمان كما ذهب الفقيه " ايهرنج" لأنه يقوم على الافتراض المحض، حيث لا يمكن أن نفترض وجود هذا الاتفاق الذي يُوجب عدم عرقلة إبرام العقد أو ممارسة ما يؤدي إلى إلى بطلانه وإرادتهما لم تنصرف إليه أصلاً[3].

[1] – بوالكور رفيقة، المرجع السابق، ص. 233، ينظر كذلك فرحات ريموش، المرجع السابق، ص. 141.

[2] – جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، ص. 162.

[3] – المخطار بن سالم، المرجع السابق، ص. 133، ينظر كذلك جريفيلي محمد، المرجع السابق، ص. 162.

ب- القائلون بالطبيعة غير العقدية لمسؤولية المدين عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام:

يعتبر أنصار هذا الإتجاه أن المسؤولية المترتبة حال الإخلال بالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية؛ بحجة أن العقد لم يبرم بعد، فلا يمكن تصور تواجد نشوء التزام قبل تواجد مصدره؛ إذ لا يمكن أن يسبق الفرع الأصل[1].

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن الرضا باعتباره قوام العقد وأبرز أركانه لم يتحقق أصلاً، مادام الإخلال بالالتزام بالإعلام قد تحقق بدونه، فحسبهم الالتزام بالإعلام يتم في المرحلة السابقة على التعاقد، وبالتالي فإن مصدره القانون وليس توافق الإرادتين، أي يجد أساسه في الواجب العام المفروض على الأطراف ليس بوصفهم متعاقدين ولكن بوصفهم أشخاصاص مخاطبين بهذا الواجب القانوني كغيرهم والمتمثل في الحرص والمحافظة على مصالح وحقوق الآخرين وعدم الإضرار بهم[2]، تطبيقاً لما ورد في نص المادة 124 من التقنين المدني الجزائري والمقابلة لنص المادة 1240 من التقنين المدني الفرنسي.

وتدعيماً لوجهة نظر القائلون بهذا الرأي، استندوا إلى بعض الأحكام القضائية الفرنسية على غرار ما قضت به محكمة الفرنسية في قرار عنها في 04 جويلية 1970 بمسؤولية صانع المنتجات الدوائية، والتي اعتبرها تقصيرية إتجاه مستعمل الدواء نتيجة الأضرار التي لحقت به بسبب عدم إحاطته علماً بمكامن الخطورة في الدواء، وما صرحت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 30 جانفي 2001 حيث جاء فيه " أن الدعوى المرفوعة ضد المؤمن بسبب الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بإفضاء المعلومات لا تجد سندها في عقد التأمين"[3].

ومن خلال ما تم استعراضه من أسانيد وحجج لكل من الفريقين، نرى وغالبية الشراح أن القول بترتيب المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام هو الأرجح والأسلم قانوناً، لاسيما إذا ما نظرنا إليه من زاوية أنه عبارة عن خطأ سابق

[1] – خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص. 475.

[2] – بولنوار عبد الرزاق، المرجع، ص. 375.

[3] – فرحات ريموش، المرجع السابق، ص. 143.

على التعاقد ينفصل على العقد ويتم في المرحلة السابقة على التعاقد، حيث تعتبر الحل الوحيد المتوفر في حالة ما إذا فضل الدائن الاكتفاء بطلب التعويض دون إبطال العقد، وعليه لا يمكن إيقاع الجزاء بشأن عدم تنفيذ المدين لالتزامه قبل التعاقدي بالإعلام إلا في أحكام المسؤولية التقصيرية.

ثانيا: أركان المسؤولية المدنية عن إخلال المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

من المتفق عليه فقهاً وقضاءاً أن إخلال المدين بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام يرتب للدائن حق في طلب التعويض عما لحقه من ضرر، تأسيساً على القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وذلك بإثبات الضرر الذي أصابه والخطأ المرتكب من جانب المدين مع إثبات العلاقة السببية بينهما.

أ- ركن الخطأ في المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام:

لقد وردت تعاريف عدّة للخطأ في مجال المسؤولية المدنية، ولعل أهمها ما استقر عليه الفقه والقضاء بأنه: " هو إخلال الشخص بالتزام قانوني، مع إدراكه لهذا الإخلال.[1]" أو بمعنى آخر " هو الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد مع إدراك الشخص لذلك." [2]، فجانب من الفقه عرفه تأسيساً على المعيار الموضوعي بأنه: " العمل الضار غير المشروع أي مخالف للقانون" وبأنه: " هو خرق أو إخلال بالتزام سابق."[3] بينما جانب آخر فعرفه تأسيساً على المعيار الذاتي بأنه: " الاعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء." [4].

---

[1] – رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة 3، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص. 331.

[2] – محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (الفعل المستحق للتعويض)، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص. 30.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة 3، الجزء 01، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص-ص. 879- 880.

[4] – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 331.

وإن عدم إعلام المدين بالمعلومات الكافية لتنوير إرادة ورضا الدائن يعتبر إخلالاً يُنشأ ركن الخطأ الموجب للتعويض بالمعنى السابق بيانه آنفاً، باعتبار أنه قد أخل بالالتزام قانوني مفروض على عاتقه[1].

ويتخذ خطأ المدين في الإخلال بالتزامه قبل التعاقدي بالإعلام مظهرين؛ إما مظهراً إيجابياً؛ وهو الخطأ الشائع في الحياة العملية إذ يتجسد في صور مختلفة، كأن يمارس المدين الكذب على المتعاقد في بعض البيانات المرتبطة بالعقد، أو استعمال وسائل احتيالية من شأنها أن توهم المتعاقد الآخر بصحة المعلومات التي تلقاها من المدين وتدفعه لإبرام العقد[2].

أما المظهر الثاني للخطأ المدين، فهو ذلك الإخلال الذي يكتسي طابعاً سلبياً، كأن يكتم المدين بجزء أو كل المعلومات المتعلقة بمحل العقد رغم علمه بها وبمدى أهميتها لدى الدائن وتأثيرها على سلوكه في الإقدام أو الإحجام عن العقد[3].

ولإثارة مسؤولية المدين المخل بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، يتطلب أن يُثبت الدائن المتضرر وجود هذا الالتزام على عاتق المدين به وعدم تنفيذه له، فيُثبت أن المدين على علم بالبيانات اللازمة عن المنتوج أو الخدمة المقدمة ومدى أهميتها للدائن، وأن جهله لهذه البيانات والمعلومات جهلاً مشروعاً، كما له أن يثبت التنفيذ الخاطئ لهذا الالتزام من قبل المدين، كأن يُقدم المدين معلومات وبيانات غير كاملة أو كاذبة حول الشيء محل العقد[4].

وتجدر الإشارة أن إثبات الإخلال بهذا الالتزام في جانب المدين يكون سهلاً نوعاً ما بالنسبة للدائن في العقود الاستهلاكية، وذلك لوجود نصوص تشريعية وتنظمية صريحة تفرض على المحترف مهما كانت صفته بائعاً أو منتجاً بأن يُضمّن منتوجاته أو خدماته بينات معينة، بحيث يعتبر عدم وجود بيان من هذه البيانات اخلال بالالتزام قبل

[1] – شهيناز رفاوي، المرجع السابق، ص. 178.

[2] – بولنوار عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 379.

[3] – خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص. 477. ينظر كذلك بولنوار عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص. 380.

[4] – قلوش الطيب، الآثار المدنية لإخلال المتدخل بالالتزام بالإعلام، مجلة القانون، العدد 07، المركز الجامعي غليزان، 2016، ص. 164.

التعاقدي بالإعلام.(من بين هذه النصوص على سبيل المثال المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرض، وعليه فعلى الدائن المستهلك أن يُثبت الإخلال مثلاً من خلال أن طريقة الاستعمال كانت غير واضحة أو مكتوبة بغير اللغة العربية أو يُثبت أن تخذير المرفق بالسلعة لم يكن واضحاً كفاية، أو أن يثبت أن طريقة الاستعمال التي أرفقها البائع بالسلعة كانت غير كافية[1].

وقد يحدث أن يستعصى على الدائن إقامة دليل يُثبت إخلال المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في بعض المنتوجات والخدمات، نتيجة التقدم التكنولوجي والصناعي الحاصل في مجال الصناعة والتجارة، مما يصعب على المستهلك قليل أو عديم الخبرة والدراية إثبات الخطأ في جانب المدين المحترف، ومن ثم الحيلولة دون حصوله على التعويض عن الضرر الذي لحق به. الأمر الذي يستدعي بالضرورة البحث عن وسائل يتم بها نقل عبء الإثبات من المستهلك الدائن إلى المحترف المدين، كسنّ نصوص تشريعية[2] تكفل أمن وسلامة المستهلك الدائن من المخاطر التي تنجر نتيجة إخلال المدين المحترف بالالتزامه قبل التعاقدي بالإعلام، وتعفي الدائن من الإثبات بحيث يصبح المدين المحترف هو الملزم بإثبات تنفيذه لالتزام قبل التعاقدي بالإعلام[3].

ب- الضرر في المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام:

يُعرف الضرر كركن في المسؤولية المدنية على أنه: " الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه، والمصلحة المشروعة إما أن تكون مادية أو معنوية."[4].

---

[1] – بوالكور رفيقة، المرجع السابق، ص. 250.

[2] – لقد تناول المشرع الجزائري فكرة نقل عبء الإثبات بصورة ضمنية من خلال نص المادتين 09 و10 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فأقام المسؤولية على عاتق المهني متى ثُبت تضرر المستهلك من المنتوج دون الحاجة لإلزامه – المستهلك- بإثبات الخطأ في جانب المهني.

[3] – بن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص-ص. 203-204.، ينظر كذلك بولكور رفيقة، المرجع نفسه، ص. 251.

[4] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 314.

ويتخذ الضرر الموجب للمسؤولية المدنية شكلين؛ إما ضرر مادي متى مسّ مصلحة مالية أو السلامة الجسدية للمضرور، أو ضرر معنوياً متى مسّ المضرور في شعوره أو عاطفته[1].

كما يعتبر الضرر ركن جوهرياً ومؤسس للمسؤولية المدنية (سواء تقصيرية أم عقدية)، بحيث إذا انتفى فلا تقوم المسؤولية لأن الغاية من إقامتها إصلاح الضرر[2].

وينطبق ذات الحكم في الإخلال بالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، فلا مسؤولية للمدين عن عدم تقديمه للبيانات والمعلومات أو تقديمها بشكل ناقص، سواء تم ذلك في صورة الكتمان أو في صورة الكذب أو حتى القيام بالأفعال الاحتيالية المادية، ما لم يتسبب ذلك في ضرر للدائن. ولا تُقبل إدعاءات الدائن تحت غطاء الإخلال بهذا الالتزام متى اتضح أنه يريد التخلص من عقد جرى في غير مصلحته ولم يحقق له مزايا، وثُبت أن رضاءه كان سليماً غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة. ومن ثم اُعتبر الضرر عنصراً جوهرياً لقيام المسؤولية الناشئة عن الإخلال باللتزام قبل التعاقدي بالإعلام[3].

ويشترط في الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ما يُشترط في الضررالمنصوص عليه في القواعد العامة، وعليه يجب أن يكون الضرر مُحققاً، وأن يكون قد مس بحق أو مصلحة مالية للمضرر[4].

ويتخذ الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام قبل التعاقدي بالإعلام عدّة صور، فقد يتحقق في شكل الإصابة بعجز دائم نتيجة عملية جراجية، أو تنفيذ عقد بشروط باهظة التكاليف، أو في شكل تفويت فرصة بحيث أن إبرام العقد المتنازع فيه أدى إلى تفويت فرصة على المتسهلك للتعاقد بشروط أفضل[5].

---

[1] – تنص المادة 182 مكرر من التقنين المدني الجزائري على أنه: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."

[2] – محمد صبري السعدي، المرجع السابق، الفعل المستحق للتعويض، ص. 77.

[3] – بولنوار عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 387.

[4] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المصادر– الإثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1966، ص. 345 وما بعدها.

[5] – بوالكور رفيقة، المرجع السابق، ص. 254.

وغني عن البيان أن الدائن المتضرر يقع عليه عبء إثبات الضرر الذي أصابه، وإثبات أن هذا الضرر ناتج عن اخلال المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام استناداً لقاعدة العامة في الإثبات المذكورة في نص المادة 323 من التقنين المدني الجزائري.

ت- علاقة السببية في المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام:

من المسلم به قانوناً أنه لا يمكن تصور قيام المسؤولية المدنية في جانب المدين، إلا إذا أثبت الطرف المضرور أن الضرر الذي لحقه كان نتيجة خطأ المدين؛ أي يُشترط أن تكون علاقة السببية بين خطأ المدين بالالتزام والضرر الذي أصاب المضرور، بحيث يكون الضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار[1].

وتأسيساً على ذلك فإنه لا يكفي لقيام مسؤولية المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام أن يرتكب خطأً مُتمثلاً في عدم تقديم بيانات أو تقديمها بشكل ناقص أو يشوبها نوع من الغموض، وأن يلحق ضرر بالدائن، وإنما يشترط أن يكون الضرر اللاحق بهذا الأخير ناتج عن عدم تقديم المدين البيانات أو كتمانها، وعليه فلو ثُبت كتمان المدين للبيانات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد دون أن يكون ذلك الكتمان سبباً في حدوث الضرر الذي لحق بالدائن، فلا يكون ثمة حق للدائن في المطالبة المدين بالتعويض، لانتفاء الرابطة السببية بين خطأ المدين وضرر الدائن[2].

واستناداً للقواعد العامة، فإن الدائن المضرور يُكلف بإثبات خطأ المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وإثبات الضرر اللاحق به، بالإضافة إلى إثبات وجود علاقة سببية بين الخطأ المرتكب والضرر الحاصل، فإذا تمكن من إثبات هذه الشروط الثلاث مجتمعة كان له أن يحصل على حق مطالبة المدين بإصلاح الضرر[3].

وفي هذا الخصوص يجب الإشارة إلى أن مسألة البحث في تقدير مدى ارتباط الضرر المدعى به بإخلال المدين بالتزامه قبل التعاقدي بالإعلام تعود إلى قاضي

[1] – بن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص. 208.

[2] – عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 293.

[3] – خالد جمال أحمد، المرجع السابق، 484.

الموضوع حيث يقف على تقدير مدى تأثير البيانات المكتومة في السلوك الذي اتخذه المضرور حيال وقوع الضرر، فإذا ثُبت أن الدائن المتضرر ما كان ليتصرف بشكل مختلف عن السلوك الذي أوقعه في هذا الضرر إذا ما كان على عالم بتلك المبيانات وقت إبرام العقد، انتفت الرابطة السببية وانعدم بذلك أمله في الحصول على التعويض. أما إذا ثُبت العكس بأن الدائن المتضرر كان سيتخذ موقفاً مُغايراً إذا توافر له العلم بتلك البيانات، قامت العلاقة السببية بين الاخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والضرر الحاصل، وبالتالي يُثبت حينها حق الدائن المتضرر في الحصول على التعويض[1].

[1] – مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، المرجع السابق، ص. 561. ينظر كذلك بولنوار عبد الرزاق، المرجع السابق، ص–ص. 292–293.

الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند إبرام العقد من خلال حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية.

إن من أهم مظاهر تطبيق مبدأ الحرية التعاقدية هو حرية الإرادة في تكوين بنود العقد وتحديد أثرها ويفترض في العقود التساوي المفترض بين مراكز أطراف العقد المقبلة على التعاقد وتحقيق مصالح كل طرف ليتحقق التوازن العقدي بذلك طالما أن كل طرف رضي ببنود العقد بعد علمه بها ومناقشتها مع الطرف الثاني للعقد، إلا أن التطورات الاقتصادية والعلمية والصناعية وغيرها قد أدت إلى اختلال هذا التوازن وظهور قدر من التفاوت العقدي وعدم المساواة العقدية أين أصبحنا نجد في بعض العقود طرف قوي يُعد العقد مسبقاً ويبرمه مع الطرف الضعيف الذي هو في حاجة إلى إبرام هذا العقد دون مناقشته مما يجعله محل استغلال نظراً لتعسف الطرف القوي في العقد بإدراج ما يعرف بالشرط التعسفي، من هنا برزت الحاجة إلى مراجعة الأسس الكلاسيكية للعقد، وإعادة النظر في حدود حرية التعاقد، وذلك بتبني فكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر كأساس لإعادة التوازن المفقود في العقود المتضمنة بنوداً تعسفية تحقيقاً لحماية فعالة للمتعاقد الضعيف.

المبحث الأول: الإطار النظري العام للشروط التعسفية وأثرها على مصلحة المتعاقد الآخر.

لقد ظهرت فكرة الشروط التعسفية مؤخرا، بحيث لم يتعرض لها الفقه القانوني من قبل لذا لم يحدد تعريف موحد لهذه الشروط التعسفية لا من قبل التشريع ولا القضاء وقد اختلفت معظم التشريعات المقارنة على تعريف لها.كما أنها لم تدرج لها تعريف في قوانينها المدنية وإنما اغلب التشريعات أدرجت تعريف الشروط التعسفية ضمن نصوص خاصة.

كما أن اغلب التشريعات العربية كانت أو الغربية قد اختلفت في المعيار الذي تقوم عليه بتحديد الشرط التعسفي عن غيره ولم تولي أهمية كبيرة لضبط هذه المعايير وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل من خلال هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين أين تعرضنا في المطلب الأول إلى تعريف الشرط التعسفي في نظر الفقه والتشريع، أ ما المطلب الثاني فخصصناه إلى التعريج على مفهوم عقد الإذعان والمعايير التي على أساسها يتم تصنيف الشروط التعسفية .

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية[1].

يعدّ الشرط التعسفي مظهرًا بارزًا لاختلال التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية، إذ ينشأ غالبًا نتيجة الإفراط في إعمال مبدأ الحرية التعاقدية وتغليب سلطان الإرادة دون مراعاة التوازن بين الحقوق والالتزامات. وقد يترتب على ذلك تضمين العقد شروطًا تمنح أحد الأطراف مزايا أو حقوقًا غير متكافئة، أحيانًا دون علم أو إدراك كافٍ من الطرف الآخر، الأمر الذي يضفي على هذا الشرط طابع التعسف ويُخلّ بعدالة العلاقة التعاقدية.

وعليه، سنعمد إلى تناول هذا الموضوع من خلال محورين أساسيين، نُخصّص في الفرع الأول منهما لبيان التعريف الفقهي والتشريعي للشرط التعسفي، بينما نُعالج في الفرع الثاني نطاق ومجال تطبيق هذا النوع من الشروط.

---

[1] – قبل التطرق لتعريف الشرط التعسفي لا بد من توضيح المفهوم اللغوي والاصطلاحي لكلمتيّ الشرط والتعسف.

فالشرط لغة : هو إلزام الشئ والتزامه في البيع ونحوه. يُنظر إلى: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري ابن منظور، لسان العرب، الجزء 08، دار صادر، بيروت، 2003، ص. 57.

أما اصطلاحاً: فيعرف بأنه اقتران العقد بالتزام أحد طرفيه بأمر زائد عن أصل التصرف. يُنظر إلى: أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 01، 2011، ص. 150.

والتعسف لغة: أصل الكلمة " العَسَفُ" وهو السير بغير هداية، والأخذ على غير الطريق، وهو من الفعل تعسف، تعسفا، متعسف، ويُقال عسف عن الطريق يعسف: مال وعدل كاعتسف وتعسف أو خبطه على غير هداية وقيل: رجل عَسُوْف، إذا لم يقصد قصد الحق. يُنظر إلى: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء 01 دار الجيل، دون سنة نشر، ص. 773، ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، الجزء 10، 149.

أما اصطلاحاً: فمعناه أن الشخص يمارس فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض أو غير عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيه شرعا على حق يلحق بالغير ضرراً. " يُنظر إلى: عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد البرمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة 01، 2015، ص. 46.

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية.

سنحاول من خلال هذا الفرع التعرض لتعريف الشرط التعسفي من جانب الفقه والتشريع معاً، بهدف ضبط مفهومه بدقة وإبراز معالمه الأساسية، بما يسمح بتمييزه عن غيره من الشروط التعاقدية المشابهة.

أولاً: التعريف الفقهي للشروط التعسفية:

تعددت واختلفت التعاريف الفقهية للشرط التعسفي، تبعًا للزاوية التي ينطلق منها كل اتجاه، لاسيما في ظل تأثرها بقوانين حماية المستهلك.، فيُعرفه جانب من الفقه القانوني على أنه: " هو الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك نتيجة إساءة استعمال حقوقه الاقتصادية والثاني هو حصوله بسبب ذلك على مزية مفرطة أو مجحفة"[1]، كما يُعرفه جانب آخر من الفقه على أنه " الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح للأخير ميزة فاحشة على الطرف الأخر."[2].

كما عرفه الدكتور أحمد محمد الرفاعي بأنه: "شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواء أكانت الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره"[3].

وعرفه الأستاذ عبد الله ذيب محمود أيضا على أنه" الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المزود نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"[4].

---

[1] – عبد العال حسين، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 112.

2– سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 50.

3– أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص. 115.

[4]– عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة 1، در الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2012، ص.121

كما اتجه جانب من الفقه إلى تأسيس تعريف الشروط التعسفية بالاستناد إلى القواعد العامة في القانون المدني، ولا سيما مبدأ حسن النية ومتطلبات العدالة في التعامل. وفي هذا الإطار، عُرّف الشرط التعسفي بأنه: " الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية. والذي يتنافى أيضاً مع روح الحق والعدالة"[1]. كما عرف البعض أنه "يكون تعسفيا الشرط التعاقدي الذي يتضمن تفاوتا فاحشا يحصل عليه أحد المتعاقدين متعسفا في حقه التعاقدي أو في حقوقه التعاقدية"[2].

وبناءاً على التعريفات السابقة يمكن القول أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط:

– الذي يستأثر به أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه، أي يوضع من طرف أحد المتعاقدين فقط أما الطرف الثاني فليس له إلا الخضوع له باعتباره طرف ضعيف لا يمكنه مناقشة الشروط التي فرضت عليه أو تعديلها.

–الشرط التعسفي يرد على كل عقد يختل توازنه وتفقد فيه مبدأ العدالة والمساواة العقدية وليس مربوط بنوع معين من العقود.

–يعتبر الشرط تعسفيا إذا تحققت شروطه دون النظر إلى طريقة فرضه.

–يؤثر الشرط التعسفي على حقوق والتزامات أطراف العقد واختلال المراكز التعاقدية وذلك كما أشرنا سابقا كون أن هذا الشرط يفرض من قبل أحد المتعاقدين تعسفيا لتفوقه على الطرف الضعيف[3].

ثانياً: التعريف التشريعي للشروط التعسفية:

تباينت التعاريف التشريعية للشرط التعسفي تبعًا لاختلاف التوجهات القانونية والاعتبارات التي اعتمدها كل مشرّع. ولعل من أبرز هذه التعريفات ما أورده المشرّع الفرنسي، الذي تناول هذا المفهوم في إطار قوانين حماية المستهلك. فقد نصّ في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين على إمكانية حظر

[1] – عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 401.

[2] - A. karimi, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, L.G.D.j, 2001, p. 15.
أشار إليه: أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية، جامعة وهران، 2008، ص.25..

[3]–أحمد رباحي، المرجع السابق، ص–ص.25–26.

أو تنظيم بعض الشروط في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين أو غير المهنيين، وهو ما يُفهم منه أن المشرّع اعتمد ضمنيًا معيارين أساسيين لتحديد الشرط التعسفي، يتمثلان في وجود ميزة فاحشة لفائدة أحد الأطراف، واستغلال هذا الأخير لنفوذه الاقتصادي.

كما ورد تعريف أكثر وضوحًا في الأعمال التحضيرية لنفس القانون، حيث اعتُبر الشرط التعسفي كل شرط أو مجموعة شروط تؤدي إلى الإضرار بالمستهلك من خلال إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف، وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين دون أن تتاح لهذا الأخير إمكانية حقيقية للتفاوض أو التعديل[1].

وتكرّس هذا التوجه بشكل صريح في القانون 96/95 المعدل والمتمم للقانون 1993/07/26 المتعلق بالاستهلاك، حيث نصت المادة 132-1 على أن الشرط التعسفي هو ذلك الذي يُحدث اختلالًا واضحًا في التوازن العقدي على حساب الطرف الضعيف، سواء كان مستهلكًا أو غير مهني. ويُلاحظ أن هذا التعريف لا يخرج في مضمونه عن الإطار الذي رسمه قانون 1978، إذ يظل معيار التعسف قائمًا على استغلال الهيمنة الاقتصادية وما يترتب عنها من تحقيق منفعة مفرطة أو غير مبررة.

ومن خلال هذه النصوص، يتضح أن المشرّع الفرنسي ربط مفهوم الشرط التعسفي بعقود الاستهلاك على وجه الخصوص، واشترط توافر عنصرين جوهريين، هما الاختلال الواضح في التوازن العقدي، واستغلال أحد الأطراف لمركزه المهيمن لتحقيق ميزة فاحشة.

وخلاصة القول، فإن كل شرط يفرضه الطرف القوي—سواء استندت قوته إلى اعتبارات اقتصادية أو فنية—على الطرف الضعيف، ويؤدي إلى تحقيق منفعة مفرطة

[1]- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015، ص.170.

لفائدته على حساب هذا الأخير، يمكن أن يُوصف بأنه شرط تعسفي متى أخلّ بالتوازن العقدي وأضرّ بمصلحة الطرف الأضعف[1].

أما المشرّع المصري فقد عرّف الشرط التعسفي ضمن قانون حماية المستهلك في المادة 10، حيث اعتبره كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو أي سند يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، متى كان من شأنه إعفاء المورد أو مقدم الخدمة من التزاماته المقررة بموجب هذا القانون. ويُفهم من هذا التعريف أن المشرّع المصري ركّز على أثر الشرط التعسفي من حيث كونه وسيلة للإعفاء غير المشروع من الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق المهني[2].

في حين جاء المشرّع اللبناني بتحديد أكثر وضوحًا في المادة 26 من قانون حماية المستهلك، إذ نص على أن البنود التعسفية هي تلك التي تهدف أو تؤدي إلى الإخلال بالتوازن القائم بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك، بما يضر بمصلحة هذا الأخير. وبذلك يكون المعيار الأساسي للتعسف هو اختلال التوازن العقدي لصالح الطرف المهني على حساب المستهلك.

كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة نفسها على أن هذه البنود تُعد باطلة بطلانًا مطلقًا، مع بقاء العقد صحيحًا ومنتجًا لآثاره في باقي أجزائه. غير أنه في حال كان البند التعسفي عنصرًا جوهريًا في التعاقد، بحيث لولاه لما أبرم العقد، فإنه يؤدي إلى بطلان العقد برمته، نظرًا لارتباطه الوثيق بتكوينه وكيانه القانوني[3].

---

[1]– فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشرط التعسفي، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة 01، 2017، ص.104.

[2] – مصطفى أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 01، 2011، ص. 169.

[3]– بن سعيدي سلمة، خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد–دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2024/2023، ص..26

وبذلك يتضح أن المشرّعين المصري واللبناني قد اتجها إلى حماية المستهلك من خلال إقرار رقابة قانونية على الشروط التعسفية، سواء عبر إبطالها مع الإبقاء على العقد، أو بامتداد البطلان إلى العقد كله عند قيام ضرورة ذلك.

أما بالنسبة لموقف المشرّع الجزائري من تعريف الشرط التعسفي، فقد يُلاحظ أنه لم يُبدِ في البداية اهتمامًا مباشرًا بتحديد مفهوم دقيق لهذا النوع من الشروط، غير أن التحولات الاقتصادية والاجتماعية فرضت ضرورة التدخل التشريعي لتنظيمه ورفع ما يحيط به من غموض. وقد تجسّد هذا التدخل من خلال القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصّت المادة 3 فقرة 05 منه على أن الشرط التعسفي هو: «كل بند أو شرط، بمفرده أو بالاشتراك مع بند أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.« [1]

ويُستفاد من هذا التعريف أن المشرّع الجزائري قد اعتمد في تحديد مفهوم الشرط التعسفي على الأثر المترتب عنه، والمتمثل في الإخلال بالتوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة. كما يتبين أنه تبنّى معيارًا موضوعيًا يتمثل في "الاختلال الظاهر في التوازن العقدي"، باعتباره الضابط الأساسي لتحديد طبيعة الشرط التعسفي[2].

كما يُلاحظ كذلك من خلال نص المادة 3 فقرة 05 أن المشرّع الجزائري لم يحصر نطاق تطبيق الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك فقط، بل وسّع مفهومه ليشمل أيضًا عقود المهنيين، وهو ما يعكس اتجاهاً تشريعيًا يقوم على تبني مفهوم واسع للشروط التعسفية منذ صدور القانون رقم 04-02 [3].

[1]- القانون 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، بتاريخ 2004/06/27 المعدل والمتمم بموجب القانون 06/10 المؤرخ في 2010/08/15، الجريدة الرسمية، العدد 46 بتاريخ2010/08/18.

[2]- القانون 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، بتاريخ 2004/06/27 المعدل والمتمم بموجب القانون 06/10 المؤرخ في 2010/08/15، الجريدة الرسمية، العدد 46 بتاريخ2010/08/18.

[3]- بن سعيدي سلمة، خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على التوازن العقدي، مرجع سابق، ص.25

وفي السياق ذاته، لم يقتصر المشرّع على وضع تعريف عام للشرط التعسفي، بل قام أيضًا بتحديد بعض صوره وأنواعه على سبيل المثال لا الحصر، وذلك بموجب المادة 29 من نفس القانون، كما تبنّى نفس النهج في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، ويبيّن البنود التي تُعد تعسفية ضمن هذه العقود. وتجدر الإشارة إلى أن هذه النصوص، رغم إيرادها على سبيل المثال، إلا أنها تُعد مرجعًا تشريعيًا مهمًا في تحديد بعض صور الشروط التعسفية المعترف بها قانونًا[1].

وبناءً على ما سبق، يمكن القول إن موقف المشرّع الجزائري يُعد موقفًا إيجابيًا إلى حد كبير، إذ ساهم في رفع الغموض الذي كان يحيط بمفهوم الشرط التعسفي، ووفّر إطارًا قانونيًا يساعد على ضبطه وتحديد معاييره. وهو ما ينعكس في النهاية على تعزيز الاستقرار والتوازن في العلاقات التعاقدية، من خلال تمكين القضاء من إبطال الشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود الاقتصادية التي يحررها المحترف، حمايةً للطرف الضعيف وضمانًا لعدالة التعاقد[2].

الفرع الثاني: مجال ونطاق تطبيق الشرط التعسفي

بعد التطرق إلى تعريف الشرط التعسفي، يقتضي الأمر تحديد مجال ونطاق تطبيق الأحكام المتعلقة به، سواء من حيث طبيعة العقد أو موضوعه، أو من حيث كيفية وشكل إدراج هذا الشرط ضمن بنود العقد. ويهدف هذا التحديد إلى بيان الحدود التي ينصرف إليها مفهوم الشرط التعسفي، وضبط الحالات التي يمكن فيها إعمال الرقابة القانونية عليه، وهو ما سيتم تناوله بشيء من التفصيل في هذا الفرع.

[1] -المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التعسفية، المؤرخ في 2006/09/10، جريدة الرسمية، العدد 56، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 44/08 الصادر في 2008/02/03، الجريدة الرسمية، العدد07.

[2] – الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة أفاق العلمية، العدد 01، الجزائر، 2019، ص.43 .

أولاً: من حيث طبيعة العقود

إن تحديد مفهوم الشرط التعسفي يقتضي كذلك بيان مجال تطبيقه، وذلك لمعرفة ما إذا كانت الحماية من الشروط التعسفية تقتصر على عقود معينة، كعقود الإذعان، أم تمتد لتشمل أنماطًا تعاقدية أخرى. وفي هذا الإطار، يبرز اختلاف واضح بين التشريعات في تحديد نطاق هذه الحماية.

ففي التشريع الفرنسي، يتضح أن نطاق تطبيق النصوص المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك يشمل جميع العقود دون تمييز، سواء كانت عقود إذعان أو عقود مساومة، إذ لم يربط المشرّع الحماية بنوع محدد من العقود، وإنما وسّعها لتشمل مختلف المعاملات التعاقدية، بغض النظر عن طبيعتها أو محلها[1]، سواء تعلقت بمنقولات أو عقارات، وذلك بهدف تحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية للطرف الضعيف.

أما في التشريع الجزائري، فقد اتجه المشرّع إلى تضييق نطاق الحماية، حيث حصرها في عقود الإذعان، وهو ما يستفاد من المادة 4/3 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية، التي عرّفت العقد بأنه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تقديم خدمة، يكون محررًا مسبقًا من أحد الأطراف مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يملك هذا الأخير إمكانية إحداث أي تعديل جوهري عليه.

وبذلك، يتبين أن المشرّع الجزائري قد ربط الحماية القانونية من الشروط التعسفية بوجود حالة الإذعان، أي خضوع أحد الأطراف للعقد دون مناقشة فعلية لبنوده أو القدرة على تعديلها، مما يعني أن نطاق التطبيق لا يتجاوز هذه الفئة من العقود[2]. غير أن هذا التوجه يُنتقد، رغم شيوع عقود الإذعان في المعاملات الاقتصادية، لأنه لا يعني بالضرورة انحصار التعسف فيها، إذ قد يُتصور وجود اختلال في التوازن العقدي حتى

[1] – أحمد رباحي، المرجع السابق، ص. 317.

[2]–شوقي بناسي، أثر التشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجعال سابق، ص.398

في غياب صفة الإذعان، خاصة عندما يكون أحد الأطراف أضعف من حيث الخبرة أو الإمكانيات الاقتصادية أو القانونية[1].

كما أن التعسف قد يظهر خارج إطار عقود الإذعان، مثل عقود المساومة أو المعاوضة، وكذلك في العقود الحديثة كالعقود المبرمة عن بعد أو تلك المبرمة خارج المحلات التجارية، حيث قد يظل الطرف الضعيف في وضع غير متكافئ. ومن جهة أخرى، قد تخلو بعض عقود الإذعان نفسها من أي شروط تعسفية، رغم كونها المجال التقليدي لظهورها.

ومن ثم، يرى جانب من الفقه أن المشرّع كان الأجدر به توسيع نطاق الحماية ليشمل مختلف العقود دون التقيد بطبيعة معينة، تحقيقًا لفعالية أكبر في حماية الطرف الضعيف وضمان التوازن العقدي[2].

وفي المقابل، هناك اتجاه فقهي آخر يؤيد موقف المشرّع الجزائري، معتبرًا أن حصر الحماية في عقود الإذعان يجد مبرره في طبيعة هذه العقود التي تقوم أساسًا على غياب التفاوض الحقيقي، وهو ما يبرر تدخل المشرّع لحماية الطرف الضعيف. كما يرى أن الهدف من الحماية من الشروط التعسفية يتمثل في إعادة التوازن في الحالات التي يُفرض فيها العقد دون إمكانية تفاوض، أما في عقود المساومة التي تتسم بالتفاوض المتبادل، فلا يكون هناك مبرر قوي لتدخل هذه الحماية بذات الدرجة[3].

من خلال هذا الطرح يمكن استخلاص جملة من الملاحظات الأساسية، تتمثل فيما يلي:

[1] – سعدي محمد أمين، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.341.

[2] – حبيبة كالم، الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، مالرجع سابق، ص.890 .

[3] – شوقي بناسي، أثر التشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، مرجع سابق، ص..398

- إن قصر نطاق الحماية القانونية على عقود الإذعان يجعل من فكرة مكافحة الشروط التعسفية حماية غير مكتملة، لا تستوعب مختلف صور التعسف الممكنة في الواقع العملي .
- قد يتمكن الطرف الضعيف من إبرام العقد مع وجود قدر من حرية التفاوض، غير أنه قد لا يكون على دراية كافية بالآثار القانونية المترتبة عن بعض الشروط عند مرحلة التنفيذ .
- كما أن غياب صفة الإذعان لا يعني بالضرورة تمتع الطرف الضعيف بالخبرة القانونية أو الفنية الكافية التي تمكنه من إدراك مدى تأثير الشروط العقدية على حقوقه والتزاماته .
- إن حصر الحماية في نطاق عقود الإذعان قد يؤدي إلى حرمان فئات متعددة من الحماية القانونية، رغم تعرضها لشروط تعسفية في عقود أخرى، خاصة في ظل تطور المعاملات وتعقدها وتنوع صورها .
- إضافة إلى ذلك، قد يُستعمل التفاوض الجزئي أو الشكلي في بعض بنود العقد كوسيلة للتحايل، حيث يركز الطرف القوي على إظهار وجود تفاوض صوري يهدف إلى تفادي تطبيق قواعد مكافحة الشروط التعسفية .

وفي المقابل، يُلاحظ أن المشرّع الفرنسي، مدعومًا بتوصيات لجنة الشروط التعسفية، قد تبنى اتجاهًا أكثر مرونة، حيث اعتمد تنوعًا في العقود التي يمكن أن تتضمن شروطًا تعسفية، ووسع نطاق تطبيق قانون الاستهلاك ليشمل مختلف أنواع العقود، دون اشتراط أن تكون من قبيل عقود الإذعان، بخلاف ما هو عليه الحال في التشريع الجزائري[1].

ثانيا: موضوع العقد

[1]– أحمد بورزق، أثر الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2013–2014، ص.ص. 38 –39.

اشترط المشرّع الجزائري، من خلال المادة 4/3 من القانون رقم 04-02، أن ينصبّ موضوع العقد على بيع سلعة أو تقديم خدمة، وهو ما يختلف عن العديد من التشريعات المقارنة التي لم تُولِ أهمية خاصة لتحديد محل العقد بهذا الشكل الضيق. ويُطرح في هذا السياق تساؤل جوهري حول ما إذا كان هذا التحديد يعني استبعاد بعض العقود الأخرى، لاسيما عقود الخدمات والمعاملات العقارية.

في هذا الإطار، يرى جانب من الفقه أن ظاهر نصوص القانون 04-02، وكذا النصوص المرتبطة بحماية المستهلك، يفيد استبعاد العقار من نطاق الحماية، وذلك بالنظر إلى أن المشرّع استخدم مصطلحي "السلع" و"الخدمات"، وهما يرتبطان في الغالب بالمنقولات. ويُبرَّر هذا الاتجاه بأن المعاملات العقارية تخضع لنظام قانوني خاص يميزها عن باقي المعاملات الاستهلاكية[1].

في المقابل، ذهب اتجاه فقهي آخر إلى أن القول باستبعاد العقار لا يستقيم من الناحية القانونية، لأنه يتعارض مع المفهوم الواسع لعقد الاستهلاك ذاته، الذي يُعرّف بأنه العقد الذي يتحصل بموجبه المستهلك على سلعة أو خدمة من طرف محترف في إطار نشاطه المهني. وبناءً عليه، فإن اكتساب عقار لأغراض غير مهنية من طرف مستهلك في مواجهة محترف يجعل من هذا العقد عقد استهلاك بكل المقاييس، مما يبرر خضوعه لقواعد الحماية، شأنه شأن العقود المتعلقة بالمنقولات. ومن ثم فإن استبعاد العقار من نطاق الحماية يؤدي إلى حرمان شريحة معتبرة من المستهلكين من الاستفادة من النصوص الحمائية[2].

ومن جهة أخرى، وبخصوص عقود الخدمات، يُلاحظ أن المشرّع الجزائري لم يتناولها بشكل صريح ومفصل في بعض النصوص، حيث إن المادة 29 من القانون

[1] – ذلك تأسيسًا على أن المعاملات العقارية تخضع لنظام قانوني خاص يتميز بجملة من الإجراءات الشكلية، مثل ضرورة الإفراغ في شكل رسمي، ووجوب تسجيل العقود لدى مصالح الضرائب، إضافة إلى شهرها لدى المحافظة العقارية، يُنظر إلى: شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر 01، المجلد 48، العدد 02، ص. 167.

[2] – نفس المرجع، –ص. 167-168.

04-02 ركزت على العقود المبرمة بين البائع والمستهلك دون توضيح دقيق لمفهوم الخدمة. غير أن هذا السكوت لا ينبغي أن يُفهم على أنه استبعاد لها، لأن الخدمة تُعد بطبيعتها محلاً أصيلاً لعقد الاستهلاك، بل إن أغلب العلاقات الاستهلاكية المعاصرة تقوم أساسًا على تقديم خدمات متنوعة، مما يقتضي إخضاعها للحماية القانونية المقررة للمستهلك[1].

ثالثاً: شكـــل العقـــد

لم يعتمد المشرّع الجزائري شكل العقد كمعيار لتحديد الشرط التعسفي، على غرار بعض التشريعات المقارنة ومنها المشرّع الفرنسي[2]. فقد نصّ في المادة 4/3 من قانون الممارسات التجارية، في فقرتها الأولى، على مفهوم يفهم منه ارتباط الشرط التعسفي بعقود الإذعان، مع الإشارة إلى العقود "المحررة مسبقًا"، وهو ما يُستفاد منه استبعاد العقود الشفوية، حتى وإن كانت من قبيل عقود الإذعان.

غير أن هذا لا يعني اشتراط الكتابة الرسمية، إذ إن المقصود بالتحرير المسبق لا ينصرف إلى شكل معين، وإنما يكفي أن يكون العقد ثابتًا في أي وثيقة مكتوبة، مهما كانت طبيعتها أو شكلها. ويؤكد هذا التوجه ما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة، التي وسّعت من مفهوم الوثيقة، حيث اعتبرت أن العقد يمكن أن يُنجز في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو أي سند أو وثيقة مهما كان شكلها، بشرط أن تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع المحددة مسبقًا[3].

[1]– حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص.21

[2] – شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص. 165.

[3]– شوقي بناسي، أثر التشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، مرجع سابق، ص402، يُنظر كذلك بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، مرجع سابق، ص.219.

المطلب الثاني: عقد الإذعان والشروط التعسفية: علاقة ترابط ومساس بمصلحة المتعاقد الضعيف.

أدى تطور النشاط الاقتصادي إلى بروز أنماط جديدة من العقود تختلف عن المفهوم التقليدي للعقد القائم على التفاوض والمساومة بين الأطراف، حيث ظهرت عقود لا تقوم على هذه الآلية التعاقدية، بل يغلب عليها الطابع الجاهز والمسبق في تحديد شروطها. وقد عُرفت هذه العقود في الفقه الغربي قبل أن تنتقل إلى الفقه العربي، ويُطلق عليها اصطلاح عقود الإذعان.

ونظرًا لكون هذه العقود لا تتيح عادةً مجالًا حقيقيًا للمفاوضة أو تعديل الشروط، فإنها قد تتضمن أحيانًا بنودًا مجحفة يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف، مما يجعلها بيئة خصبة لظهور الشروط التعسفية. ومن هنا تبرز أهمية التطرق إلى تعريف هذه العقود، إلى جانب تحديد المعايير والأسس التي يعتمد عليها الفقه لتمييز الشروط التعسفية عن غيرها وتصنيفها، وهو ما سيتم تناوله ضمن هذا المطلب.

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

يُعدّ عقد الإذعان من أبرز مظاهر التطور الذي عرفته النظرية العامة للعقد في ظل التحولات الاقتصادية الحديثة، حيث لم يعد التعاقد يقوم دائمًا على مبدأ المساواة الفعلية في التفاوض بين الأطراف، بل ظهرت عقود يُهيمن فيها طرف قوي يضع شروطًا جاهزة ومسبقة، بينما يقتصر دور الطرف الآخر على القبول الكلي بها أو رفضها دون إمكانية تعديلها أو مناقشتها.

وقد أفرز هذا النمط التعاقدي إشكاليات قانونية مهمة، خاصة فيما يتعلق بمدى توازن العلاقة العقدية وضمان حماية الطرف الضعيف، وهو ما دفع الفقه والتشريع إلى الاهتمام به تنظيرًا وتقنينًا. ومن ثم، فإن دراسة عقد الإذعان تقتضي الوقوف على تعريفه وتحديد خصائصه، باعتباره الإطار الذي تبرز فيه العديد من صور الاختلال التعاقدي، ومنها الشروط التعسفية.

أولاً: تعريف عقد الاذعان.

سنحاول فيمايلي تبيان التعريف اللغوي والقانوني لعقد الإذعان

أ- الإذعان في الاصطلاح اللغوي: الإذعان: الانقياد، وأذعن الرجل: انقاد وسلس، وبناؤه ذعن يذعن ذعنا. وأذعن له، أي: خضع وذل. "[1].

ب- الإذعان في الاصطلاح القانوني: قد وردت فيه تعاريف كثيرة؛ نذكر منها: إذ عرف الفقيه "**ساليي**" عقد الإذعان على أنه: "هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى اذعان من يقبل قانونا العقد"[2].

[1] – ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، الجزء 06، ص. 33.

[2] – يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، العدد 02، 2019، ص. 103.

كما عرفه الأستاذ " عبد المنعم فرج الصدة" بأنه: " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[1].

أما الأستاذ السنهوري فقد قال بأنه قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان.[2]

ت- الاذعان في الاصطلاح الشرعي: عرّف فقهاء الشريعة المعاصرون عقود الإذعان بالاستناد إلى ما قرّره فقهاء القانون، باعتبار أن هذا النوع من العقود يُعد من المستجدات التي نشأت في الفقه الغربي ولم يكن له وجود بصورته الحالية في الفقه الإسلامي التقليدي. ومن بين هذه التعاريف ما ذهب إليه الدكتور قطب سانو، حيث عرّفه بأنه:" عقد يقوم على اتفاق يضعه أحد طرفي العقد، ويوجب على الطرف الأخر قبوله مطلقاً أو رفضه مطلقاً، ولا تكون هناك مسامة بين الأطراف حول بنود العقد[3]".

من خلال هذه التعاريف يمكن القول إن عقود الإذعان لا ترد إلا في نطاق معين، تحدده مجموعة من الخصائص الأساسية، من أهمها:

- أن يتعلق العقد بسلع أو مرافق تُعد ضرورية للمستهلك أو المنتفع، بحيث يصعب الاستغناء عنها .
- أن يتمتع الموجب (الطرف القوي) باحتكار لهذه السلع أو المرافق، سواء كان احتكارًا قانونيًا أو فعليًا، أو على الأقل سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة .

[1] – نفس المرجع، ص. 104.

2– أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.159.

[3]– أحمد بورزق، نفس المرجع، ص 161.

- أن يصدر الإيجاب إلى الجمهور بصفة عامة وبشروط موحدة ومستمرّة، وغالبًا ما يكون في شكل نماذج مطبوعة تتضمن شروطًا تفصيلية جاهزة، لا يُسمح عادةً بمناقشتها أو تعديلها.

لم يضع المشرّع الجزائري تعريفًا صريحًا لعقد الإذعان ضمن نصوص القانون المدني، وإنما اكتفى بتوصيف حالة الإذعان وبيان كيفية انعقاد القبول في هذا النوع من العقود، على غرار العديد من التشريعات العربية. فقد نصّت المادة 70 من القانون المدني على أن القبول في عقود الإذعان يتم بمجرد التسليم بالشروط التي يضعها الموجب، دون مناقشتها أو التفاوض بشأنها، وهو ما يُستفاد منه تعريف غير مباشر لعقد الإذعان يقوم على فكرة انعدام التفاوض وفرض الشروط من طرف واحد.

في المقابل، عرّف المشرّع الجزائري عقد الإذعان بشكل أكثر وضوحًا من خلال القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 والمتعلق بالقواعد المطبقة على النشاطات التجارية، حيث نص في المادة 3 فقرة 4 على أنه: «كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، يكون محررًا مسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغيير حقيقي فيه». ويُفهم من هذا التعريف أن المشرّع قد ربط عقد الإذعان بالعقود الجاهزة مسبقًا، التي يقتصر فيها دور الطرف الآخر على القبول أو الرفض دون إمكانية تعديل مضمونها.

وبذلك، يتضح أن المشرّع الجزائري اعتبر بعض عقود الاستهلاك، متى توافرت فيها خصائص الإذعان، بمثابة عقود إذعان، وهو ما يعكس ارتباط هذا المفهوم بحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية.

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان وخصائصه

يُعد عقد الإذعان من العقود الحديثة التي أثارت اهتمام الفقه والقضاء نظرًا لخصوصية تكوينه وطريقة إبرامه، حيث يقوم على نمط غير تقليدي في التعاقد يغيب فيه التوازن الفعلي بين أطراف العلاقة العقدية. ويتميز هذا النوع من العقود بخصوصيات تميّزه عن

العقود التقليدية القائمة على المساومة والتفاوض، مما يستدعي الوقوف على طبيعته القانونية وبيان أبرز خصائصه التي تميّزه عن غيره من العقود..

أ-تبيان طبيعة عقود الإذعان:

بما أن عقود الإذعان قد نشأت في ظل ظروف اقتصادية حديثة لم تكن مألوفة عند وضع المبادئ التقليدية للقانون المدني، فقد ترتب عن ذلك تباين آراء الفقهاء بشأن تحديد طبيعتها القانونية، ولا سيما من حيث اعتبارها عقدًا من عدمه. فذهب اتجاه إلى أنها لا ترقى إلى مرتبة العقد بالمعنى التقليدي، وإنما تمثل نوعًا من القواعد أو التنظيمات التي يفرضها الطرف المحتكر أو القوي على عموم المتعاقدين معه. في حين رأى اتجاه آخر أنها تُعد عقدًا قائمًا بذاته كسائر العقود، تقوم على تطابق إرادتين، رغم اختلال التوازن في مراكز الأطراف عند إبرامه.

1-أنصار النظرية غير العقدية لعقد الإذعان:

يتزعم هذه النظرية جانب من فقه القانون العام، حيث ينكر الطابع العقدي لعقود الإذعان، ويعتبرها مجرد مراكز قانونية تنظيمية تنشأ بإرادة منفردة صادرة عن الموجب، فتأخذ بذلك طابع القاعدة العامة أو القانون، الأمر الذي يُبعد عنها وصف العقد. ويستند هذا الاتجاه إلى أن العقد يفترض في جوهره وجود مساواة بين أطرافه وحرية حقيقية في التعاقد، وهي شروط لا تتوافر في عقود الإذعان، حيث تغيب إمكانية التفاوض وتقتصر إرادة الطرف الآخر على القبول أو الرفض.

وبناءً على ذلك، يُنظر إلى عقد الإذعان باعتباره أقرب إلى مركز قانوني تنظيمي، ومن ثم يجب تفسيره على نحو مماثل لتفسير القواعد القانونية واللوائح التنظيمية. وقد ترسخ لدى المتعاملين بهذه العقود، وخاصة المستهلكين، تصور مفاده عدم التمييز بين

النصوص القانونية والتنظيمية من جهة، وبين الوثائق التعاقدية المعدّة مسبقًا من طرف المهنيين من جهة أخرى، نظرًا لكونها تُفرض عليهم دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها [1].

وفي هذا السياق، يرى الأستاذ سالي أن هذه العقود لا تُعد عقودًا بالمعنى الفني الدقيق، وإنما تشبه القوانين التي تُفرض على الأفراد، مما يقتضي تفسيرها كما تُفسَّر النصوص القانونية، لعدم وجود تطابق حقيقي بين إرادتين، بل وجود إرادة منفردة مهيمنة يتمتع بها الطرف المحتكر، الأمر الذي يجعل من وصف "العقد" غير دقيق، ويجعلها أقرب إلى مراكز قانونية منظمة[2].

2- أنصار النظرية التعاقدية:

يرى أنصار هذا الاتجاه، وهم غالبية فقهاء القانون المدني، أن ما استند إليه أصحاب النظرية الأولى من حجج لا يرقى إلى مستوى الإقناع، وذلك لأن العديد من العقود التقليدية تتضمن في الواقع درجة من عدم التوازن أو خضوع أحد الأطراف للآخر، وهو ما يجعل وجود عنصر الاضطرار أو عدم التكافؤ أمرًا شائعًا في العلاقات التعاقدية، ولا يقتصر على عقود الإذعان وحدها. ومن ثم فإن اختلال التوازن العقدي لا يُعد استثناءً بل هو ظاهرة يمكن أن تظهر في مختلف العقود.

كما يُنتقد القول بأن الطرف المحتكر هو دائمًا الطرف الأقوى، إذ إن هذا التصور يُعد مبالغًا فيه، لأن هذا الطرف نفسه يخضع في كثير من الأحيان لظروف اقتصادية وسوقية تفرض عليه شروط التعاقد وتحد من حريته في تحديدها. بل قد يتعرض أحيانًا لضغوط من جماعة المستهلكين أو المنافسة، مما قد يجعله في موقف أقل قوة مما يُتصور. وبناءً على ذلك، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقد الإذعان يُعد عقدًا حقيقيًا يخضع في جوهره

[1]- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.15.

[2] - يمينة بليمان، المرجع السابق، ص. 109.

للقواعد العامة التي تحكم سائر العقود، دون أن تؤثر صفتي القوة أو الضعف في طبيعته القانونية[1].

وينطلق هذا الرأي من أن الحماية القانونية لا تُبنى على مجرد وجود طرف ضعيف، وإنما على تحقق الاستغلال الفعلي لهذا الضعف، وإلا فإن تدخل القضاء لمجرد عدم التوازن قد ينعكس سلبًا على استقرار المعاملات. ومن ثم فإن الحل لا يكمن في نفي الطبيعة العقدية أو التوسع في تدخل القاضي، وإنما في تقوية الطرف الضعيف من خلال آليات جماعية مثل تنظيم المستهلكين وتوعيتهم، أو عبر تدخل المشرّع لتنظيم عقود الإذعان ووضع ضوابط لها تحد من التعسف دون المساس بمبدأ استقرار العقود [2].

وقد تبنى المشرّع الجزائري هذا الاتجاه، حيث أقر بالطبيعة العقدية لعقد الإذعان، واعتبره عقدًا حقيقيًا، وهو ما يتجلى في نص المادة 70 من القانون المدني التي تنص على أن القبول في عقد الإذعان يتم بمجرد التسليم بالشروط التي يضعها الموجب دون مناقشة. وبذلك يكون المشرّع قد اعتبر أن التفاوت الاقتصادي بين الأطراف لا ينفي وجود التراضي، وإنما يظل هذا الأخير خاضعًا للقواعد العامة في نظرية العقد.

كما وضع المشرّع أحكامًا خاصة بهذا النوع من العقود حماية للطرف الضعيف، من بينها إجازة تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية، إضافة إلى تبنيه لقاعدة تفسير خاصة بعقود الإذعان، حيث يُفسَّر الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن، سواء كان دائنًا أو مدينًا، وهو ما يشكل خروجًا عن القاعدة العامة في تفسير العقود التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين[3].

1- جيلالي بن عيسى، بن قردي أمين، عقود الاذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد 01، العدد 01، ديسمبر 2019، ص.06.

2- جيلالي بن عيسى، بن قردي أمين، عقود الاذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، المرجع السابق، ص.07.

3 -المادة 112 من القانون المدني الجزائري.

ب- خصائص عقد الإذعان بين المفهوم التقليدي[1] والحديث[2]:

لقد كان تحديد الخصائص المكوّنة لعقد الإذعان محل اختلاف فقهي بين المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث، وهو ما سيتم تناوله من خلال هذه النقطة.

1- خصائص عقد الإذعان تبعاً للمفهوم التقليدي لعقد الإذعان:

اشترط الفقه التقليدي لتكييف العقد على أنه عقد إذعان توافر ثلاث خصائص أساسية، تتمثل في: احتكار الموجب للسلعة أو الخدمة محل التعاقد، وأن تكون هذه السلعة أو الخدمة من الضروريات التي لا يمكن للطرف المذعن الاستغناء عنها، إضافة إلى انفراد الموجب بوضع شروط العقد بشكل مسبق وغير قابل للمناقشة، فضلاً عن توجيه الإيجاب إلى الجمهور بصفة عامة وبصورة مستمرة [3] .

ففيما يتعلق باحتكار الموجب للسلعة أو الخدمة، يرى أنصار هذا الاتجاه أن الاحتكار يُعد قرينة قوية على قيام عقد الإذعان، إذ يعني قدرة الموجب على فرض شروط التعاقد مع ضمان إقبال الطرف الآخر على التعاقد نتيجة غياب البديل أمامه، مما يضع الطرف

[1] – يُعرف عقد الإذاعن تبعاً للمفهوم الكلاسيكي(الإتجاه المُضيّق) على أنه: " ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطاً محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة" يُنظر إلى : لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص. 31.

[2] – ويُعرف عقد الإذعان تبعاً للمفهوم الحديث على أنه: " انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب، وينضم إليه المتعاقد الآخر من دون إمكانية حقيقية لتعديله" ينظر إلى: جاك غيستان، المطول في القانون المدني: تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشرن بيروت، 2000، ص. 97.

[3] – بخصوص خصائص عقد الإذعان تراجع الآتي ذكرها: محمد صبري السعدي، شرح القادون الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الطبعة 02، 2004، ص-ص. 130-131، علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستر، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص-ص. 26-27، جمال زكي إسماعيل الجريدلي، حماية المستهلك في عقود الإذعان: دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، 2019، ص-ص. 31-32.

المذعن في وضعية ضغط تجعله مضطرًا للقبول بالشروط الجاهزة دون مناقشتها أو تقييم مدى عدالتها أو معقوليتها [1] .

كما يُشترط أن تكون السلعة أو الخدمة محل التعاقد من الضروريات التي يصعب الاستغناء عنها، وهو ما يعزز حالة التبعية الاقتصادية للطرف المذعن. أما بالنسبة للإيجاب، ووفقًا للمفهوم التقليدي، فإنه يكون إيجابًا عامًا موجّهًا إلى الجمهور كافة، وليس إلى شخص معين، ويتسم بالثبات والاستمرار، بما يضفي عليه طابعًا موضوعيًا يجعل شخصية المتعاقد الآخر غير ذات أهمية بالنسبة للموجب.

ويتميز هذا الإيجاب أيضًا بعدم قابليته للمناقشة، حيث يقتصر دور الطرف المذعن على القبول الكلي أو الرفض، دون إمكانية تعديل الشروط التي تكون معدة مسبقًا. كما يتسم عقد الإذعان، وفق هذا الاتجاه، بالديمومة والاستمرار، إذ غالبًا ما يكون غير محدد المدة. ويُشترط في النهاية توافر هذه العناصر الثلاثة مجتمعة حتى يُعتد بوجود عقد إذعان وفق التصور التقليدي[2].

2- المفهوم الحديث لعقد الإذعان:

خلافًا للاتجاه الأول، يرى هذا الاتجاه أنه لا يُشترط توافر جميع الخصائص مجتمعة لاعتبار العقد عقد إذعان، بل يكفي توافر خاصية واحدة جوهرية تتمثل في قيام الموجب بإعداد شروط العقد مسبقًا دون منح الطرف الآخر أي إمكانية حقيقية لمناقشتها أو تعديلها. ويُبرَّر هذا التوجه بكونه يوفر ضمانات وحماية أوسع للطرف المذعن، الذي يُعد الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ضرورة التوسع في مفهوم الإذعان، بما يحقق فعالية أكبر في حماية المستهلك والطرف الضعيف، ذلك أن حصر عقود الإذعان في حالات

1- أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص.249.

2 - أحمد رباحي، المرجع السابق، ص. 250.

الاحتكار فقط وفق التصور التقليدي يُعد تصورًا غير منسجم مع الواقع العملي للمعاملات الحديثة. كما أن تبني المفهوم الموسّع يكرّس حماية أكثر شمولًا، بالنظر إلى تنوع صور العقود التي يواجه فيها أحد الأطراف شروطًا جاهزة ومفروضة مسبقًا[1].

وبناءً على ذلك، يُعتبر العقد عقد إذعان متى كان مضمونه كليًا أو جزئيًا معدًا سلفًا من قبل أحد المتعاقدين بصورة عامة ومجردة قبل التعاقد، بحيث لا يكون للطرف الآخر سوى القبول أو الرفض دون أي مجال فعلي للمفاوضة، سواء اتخذت هذه الشروط شكل شروط عامة أو نموذج عقد جاهز. وفي هذا الإطار، لا يُشترط توافر احتكار قانوني أو فعلي لدى الموجب، كما لا يُشترط أن تكون السلعة أو الخدمة محل العقد من الضروريات، طالما أن الطرف الآخر لا يملك القدرة الواقعية على مناقشة الشروط أو تعديلها[2]..

وبذلك، يُعرَّف عقد الإذعان وفق هذا الاتجاه بأنه: " انضمام لعقد يحرره أحد الطرفين بصورة أحادية الجانب، وينضم إليه الفريق الآخر، بدون إمكانية حقيقية لتعديله."[3].

وفي السياق ذاته، يُلاحظ أن الفقه الجزائري قد تذبذب بين هذين الاتجاهين، حيث يرى بعض الفقه ضرورة الأخذ بالمفهوم التقليدي لعقود الإذعان، بما يستلزم توافر عنصر احتكار الموجب لسلعة أو مرفق ضروري لإضفاء وصف الإذعان على العقد[4]. في حين يذهب اتجاه آخر إلى الاكتفاء بشرط إعداد الشروط مسبقًا وعدم قابليتها للمناقشة،

1- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص. 498، يُنظر كذلك: إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص. 54، يُنظر كذلك إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلا، رسالة ماجستر، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012 ص. 48.، يُنظر كذلك أحمد رباحي، المرجع السابق، 254.

2-سعدي محمد أمين، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.288.

3 – جاك غيستان، المطول في القنون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 97.

4 – على غرار الأستاذ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1990، ص. 31 .

باعتباره المعيار الأهم لتكييف العقد كعقد إذعان، وذلك انسجامًا مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة، ومع ما تفرضه من تفاوت بين مراكز المتعاقدين، فضلاً عن كونه يوفر حماية أكبر للطرف الضعيف[1].

الفرع الثاني: معايير تصنيف الشروط التعسفية

تباينت الأسس والمعايير المعتمدة في تحديد مدى تعسف الشرط، حيث يمكن تصنيفها إلى نوعين رئيسيين: معايير ذات طابع شخصي، يُعتد فيها بسلوك المهني أو المحترف عند تقدير الطابع التعسفي للشرط، ومعايير أخرى ذات طابع موضوعي، يُنظر من خلالها إلى أثر الشرط على التوازن العقدي ومدى إخلاله به.

أ-**المعيار الشخصي**: باعتبار أن المهني، بحكم اعتياده على إبرام العقود، يكون على دراية كاملة بالحقوق والالتزامات الناشئة عنها، فإنه يُعدّ مختصًا في مجال المعاملة التي يبرمها، لما يمتلكه من خبرة ووسائل تمكّنه من فرض ما يراه من شروط على الطرف الآخر بما يخدم مصالحه. ومن ثمّ، فإن استغلاله لتفوقه الاقتصادي والفني وتخصصه في هذا المجال يُعد عنصرًا حاسمًا في قدرته على فرض تلك الشروط، الأمر الذي يجعل هذا المعيار ذا طابع شخصي[2].

وبناءً على هذا المعيار، يُعدّ الشرط تعسفيًا متى استغلّ المهني أو الطرف القوي في العقد تفوّقه الاقتصادي، الذي يتجلى في حجم مشروعه أو مؤسسته. كما أن إعمال هذا الشرط خلال مرحلة إبرام العقد قد يؤدي إلى اختلال في الرضا، يتمثل في نوع من التعسف الذي يقترب من التدليس، استنادًا إلى مفهوم عام يقوم على عدم الأمانة في التعامل. لذلك، وصفه بعض الفقه بأنه تعسف في الموقف، تمييزًا له عن التعسف في استعمال الحق كما هو مقرر في القواعد العامة[3].

---

[1] – على غرار الأستاذة سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 47، 2017، ص. 383، والأستاذ الدكتور أحمد رباحي، المرجع السابق، ص. 245.

2– بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، مرجع سابق، ص.213

[3] – رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص-ص. 194– 195.

في المقابل، ذهب اتجاه فقهي آخر إلى اعتبار أن التعسف المقصود هو ذاته التعسف في استعمال الحق كما هو معروف في القواعد العامة. غير أن هذا الرأي لم يحظَ بقبول واسع، إذ يرى جانب من الفقه أن التحرير الانفرادي للعقد لا يُعدّ ممارسة لحق، بل هو تعبير عن سلطة واقعية يفرضها الطرف القوي، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد فكرة التعسف في استعمال الحق كأساس لتكييف الشرط التعسفي[1].

غير أن هذا المعيار لم يسلم من الانتقادات، إذ وُجه إليه أنه يتسم بالغموض؛ فبينما يسهل إثبات التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بالنسبة للمشروعات الكبرى المعروفة، يختلف الأمر بالنسبة للمشروعات الصغيرة. كما أن تحميل المستهلك عبء إثبات تعسف المهني في استعمال قوته يؤدي إلى إرهاق الطرف الضعيف[2]. لذلك، سعى أنصار هذا المعيار إلى إيجاد حلول تقوم مقام القرائن على استغلال المحترف لقوته الاقتصادية، فذهب بعضهم إلى أن وجود عدم تعادل جسيم بين التزامات الطرفين يُعد قرينة على هذا التعسف، بل ويكفي في نظرهم لاعتبار الشرط غير ذي أثر[3]. في حين اتجه رأي آخر إلى أن التعسف يتجلى في حصول المحترف على شروط تحقق له مزايا غير متكافئة ومُبالغ فيها[4].

ب- المعايير الموضوعية: خلافًا للمعيار الشخصي الذي يقوم على الاعتداد بسلوك المحترف، اعتمدت تشريعات الاستهلاك معايير ذات طابع موضوعي لتقدير الطابع التعسفي للشرط، تُعنى أساسًا ببيان أثره على التوازن العقدي. ويتجسد ذلك في معيارين رئيسيين: معيار الميزة المفرطة، ومعيار الاختلال الظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

1- زبيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مع إسقاطات على عقود الاستهلالك في ضوء أحدث تعديلات القانون الجزائري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2019، ص. 115.

2 - إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، المرجع السابق، ص. 80.

3 - أحمد رباحي، المرجع السابق، ص. 38.

4- بودالي محمد، المرجع السابقن ص-ص. 128-129.

1- **معيار الميزة المفرطة:** يقوم معيار الميزة المفرطة على منح المحترف مزايا مبالغ فيها من شأنها أن تُخلّ حتمًا بالتوازن العقدي بين التزامات الطرفين الناشئة عن العقد. وتُقاس هذه الميزة بالنظر إلى ما يجنيه المحترف من هذا الشرط، بحيث لا يُعدّ الشرط تعسفيًا، وفق هذا المفهوم، إلا إذا أفضى إلى منحه ميزة مفرطة. كما يُلاحظ أن هناك ارتباطًا وثيقًا بين معيار القوة الاقتصادية ومعيار الميزة المفرطة من حيث علاقة السبب بالنتيجة، دون أن يؤدي ذلك إلى الخلط بينهما؛ إذ إن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني تُعدّ نتيجة لما يتمتع به من قوة اقتصادي[1].

وتدنو فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن، من حيث إن كلتيهما تُفضيان إلى إلحاق ضرر مباشر بالعدالة العقدية بما يؤدي إلى اختلال التوازن بين طرفي العقد. غير أنه، وعلى الرغم من هذا التشابه، يظل الاختلاف قائمًا من حيث محل التعسف؛ إذ ينصب الغبن على الثمن، في حين يتجه التعسف في الشروط التعسفية إلى الشرط ذاته المقترن بالعقد[2].

ومن جهة أخرى، يرى بعض الفقه أن مصطلح الميزة المفرطة قد ورد بصيغة عامة، بما يفيد عدم قصره على المزايا ذات الطابع المالي فقط، بل يمتد ليشمل مختلف الآثار المترتبة عن العقد، بحيث يمكن تصور قيام شروط تعسفية تمس هذه الآثار، كالتعسف في استعمال حق الفسخ، مستندين في ذلك إلى ما ورد في نص المادة 35 من قانون 10 يناير 1978[3].

أما فيما يتعلق بكيفية تقدير الميزة المفرطة، فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين: يذهب الأول إلى ضرورة تقييم كل بند من بنود العقد على حدة، لعدم الترابط بينها، بما يستوجب

1- بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص.213، يُنظر كذلك: رمزي بيد الله حجازي، المرجع السابق، ص. 196.

2 – بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 130.

3 – إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص. 67.

فحص كل شرط بشكل مستقل للتحقق من مدى توافر الميزة المفرطة فيه[1]. في المقابل، يرى اتجاه آخر ضرورة النظر إلى العقد في مجموعه، إذ قد يبدو أحد الشروط تعسفيًا في الظاهر، غير أن تحليل باقي الشروط قد يكشف عن توازن عام في العلاقة العقدية؛ كما هو الحال في شرط تحديد مسؤولية المحترف، الذي قد يقابله تخفيض في ثمن السلعة، بما يعيد التوازن للعقد، ومن ثم لا يُعدّ في هذه الحالة محققًا لميزة مفرطة[2].

غير أن معيار الميزة المفرطة لم يسلم من الانتقادات، حيث اعتُبر معيارًا غامضًا لغياب حدّ أقصى يمكن على أساسه تحديد ما إذا كانت الميزة مفرطة أو مجحفة، وهو ما يفتح المجال أمام سلطة تقديرية واسعة للقضاء في تكييف الشرط واعتباره تعسفيًا من عدمه[3].

في المقابل، رحّب جانب من الفقه بإسناد سلطة تقدير الميزة المفرطة إلى القضاء، على أساس أن قاضي الموضوع هو الأقدر على تقييم مدى فحش هذه الميزة في ضوء ظروف كل قضية على حدة والملابسات المحيطة بها، كأوضاع السوق والوضع الخاص بالمشروع محل النزاع[4].

2- معيار الاختلال الظهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد:

يرى بعض الفقهاء أن هذا المعيار ومعيار الميزة المفرطة يمثلان وجهين لعملة واحدة، إذ إن معيار الاختلال الظاهر في التوازن لا يختلف من حيث المضمون عن معيار الميزة المفرطة، وإنما يظل الاختلاف بينهما شكليًا يقتصر على التسمية فقط. كما ذهبوا إلى أن هذا المعيار يعد تكرارًا لمعيار الميزة المفرطة، لكونهما يقومان على الأساس نفسه القائم على تحقيق مصالح المهني على حساب مصالح المستهلك[5].

---

[1]Claire-Marie Peglion-Zika, La notion de clause abusive, thèse de doctorat, spécialité: droit prive, université Pantheon- Assas, France, 2013, p.302.

وينظر كذلك: سعدي محمد أمين، المرجع السابق، ص. 334.

[2] – سعدي محمد أمين، المرجع السابق، ص-ص. 334-335.

[3] – إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص-ص. 107-108.

[4] – أحمد رباحي، المرجع السابق، ص. 42.

[5] – إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص. 68.

غير أن جانبًا آخر من الفقه يذهب إلى خلاف ذلك، إذ يرى أن معيار الميزة المفرطة لا يهدف إلى تصحيح اختلال التوازن بين التزامات الطرفين بقدر ما يستهدف استبعاد الشروط التي من شأنها إحداث اضطراب جوهري في تنفيذ العقد. كما يعتبرون أن معيار الاختلال الظاهر في التوازن بين التزامات الطرفين يُعد أكثر دقة ووضوحًا، لأنه يتيح للقاضي إمكانية استبعاد كل شرط يكشف عن اختلال جسيم في التوازن بين أداءات المتعاقدين[1].

بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري[2]، يتضح أنه تبنّى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 03 الفقرة 05 من القانون 04-02 المعدل والمتمم، التي تنص على: «كل بند أو شرط... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين واجبات أطراف العقد.»

ورغم أن المشرع الجزائري لم يتضمن في القانون المدني تعريفًا صريحًا للشرط التعسفي، إلا أن القانون 04-02 المعدل والمتمم قد عرّفه بشكل واضح في المادة 3 الفقرة 5 سالفة الذكر. وقد اعتمد في هذا التعريف على معيار الاختلال الظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

كما حدد نطاق العقود التي يمكن أن تتضمن شروطًا تعسفية في عقود الإذعان، وهي العقود التي يغلب عليها وجود تفوق لأحد الأطراف على الآخر، سواء كان هذا التفوق قانونيًا أو اقتصاديًا أو تقنيًا[3].

1-شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.416.

2 – وقد تبنّى المشرّع الفرنسي بدوره هذا المعيار، وذلك من خلال المادة L.212-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر سنة 2016

L.212-1 du code de consommation français dispose: "dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat"

3- بن سعيدي سلمة، خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على التوازن العقدي، مرجع سابق، ص.44 .

في المقابل، وُجّهت انتقادات إلى موقف المشرع الجزائري، مفادها أنه لم يحدد بشكل دقيق العناصر المكونة لمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن، واكتفى بالإشارة إلى إمكانية تقدير الطابع التعسفي للشرط بصورة منفردة أو بالاقتران مع شرط أو عدة شروط أخرى، وهو ما قد يفتح المجال لتباين التفسير القضائي.[1]

غير أنه، وعلى الرغم من ذلك، يمكن القول إن المشرع الجزائري قد أحسن الاختيار باعتماده هذا المعيار، لكونه معيارًا قانونيًا وموضوعيًا، من شأنه تعزيز حماية المستهلك وتوسيع نطاقها لتشمل مختلف المحترفين، حتى في حال عدم تمتعهم بقوة اقتصادية كبيرة[2] .

[1] – أحمد رباحي، المرجع السابق، ص. 61.

[2] – إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص. 68.

المبحث الثاني: آليات حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية: تجسيد لمبدأ مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر.

يعتبر التوازن العقدي مقصدا هاماً يمكن من خلاله تجسيد الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، وفي المقابل فإن غياب التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة من شأنه أن يؤثر وبشكل كبير ومباشر في صحة العديد من المعاملات، بل قد يؤدي إلى بطلانها، لا سيما إذا علمنا أن هنالك طرفين؛ طرف ضعيف وطرف آخر قوي وأنّ هذه الأطراف الضعيفة بحاجة للحماية القانونية المناسبة، وقد كان من ضمن القواعد العامة التي يمكن أن يساهم إعمالها إلى محاربة عدم التوازن العقدي، قاعدتيّ الغبن والاستغلال وقاعدتيّ السبب ومبدأ حسن النية طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، فقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذه القواعد من أجل تضييق النطاق على الشروط التعسفية التي يمكن أن تتخلل جملة من العقود، كما أنه قد منح من خلال تبنيها إلى فرض الحماية القانونية اللازمة للمستهلك الذي يعتبر في غالب الأوقات والظروف الطرف الضعيف في العقد.

إنّ هذه المساحة الممنوحة من طرف المشرع الجزائري لإزالة كل شرط تعسفي ما هي إلا إعادة إحلال التوازن للعلاقات العقدية المختلة، سواء كان هذا الاختلال التعاقدي ناجم عن عدم المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية، أو بين الحقوق والالتزامات المتبادلة، أو كان منشأ الاختلال هو انعدام المساواة المعرفية[1].

وبالرغم من أنّ نصوص التشريع قد صيغت في الوقت الذي كان يتميز بشيء بالاستقرار والتوازن والقدرة على التفاوض، إلّا أنه في ضوء التغييرات الاقتصادية الحديثة ونشوء أنماط جديدة من العلاقات أصبح من الضروري البحث عن تنظيم بديل ومحكم له القدرة على التكفل بتحقيق حماية الطرف الضعيف[2] وتقويته، وقد ارتأينا أن

---

[1]– مسكين حنان– بن احمد الحاج، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد التاسع، دسمبر 2017، ص.67

2– بوعكاز خليل، الحاج علي بدر الدين، مكافحة الشروط التعسفية في العقد آلية للمحافظة على الرابطة التعاقدية، المرجع السابق، ص.1642.

تكون دراستنا لهذا المبحث مقسمة على مطلبين، المطلب الأول تم تخصيصه لدراسة الآليات القانونية العامة لحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية، أمّا المطلب الثاني خصصناه لدراسة الآليات القانونية الخاصة لحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية.

المطلب الأول: الآليات القانونية العامة لحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية.

شكّلت المبادئ الكلاسيكية للعقد – وفي مقدمتها حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة ومبدأ القوة الملزمة للعقد –الإطار النظري التقليدي الذي حكم العلاقات التعاقدية لقرون طويلة. فقد افترض الفقه الكلاسيكي أنّ أطراف العقد متساوون من حيث الإرادة والمعرفة والقدرة على التفاوض، وأنّ العقد ثمرة توافق حرّ بين إرادتين متكافئتين، الأمر الذي يبرّر احترام الشروط المدرجة فيه مهما كان مضمونها. وعلى هذا الأساس، كان التدخل في محتوى العقد يُعدّ خروجًا على حرية التعاقد ومساسًا باستقرار المعاملات.

غير أنّ التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها المعاملات الحديثة أظهرت محدودية هذه الرؤية المثالية، إذ لم تعد المراكز التعاقدية متكافئة كما افترضها الفكر الكلاسيكي. فظهرت فئات واسعة من المتعاقدين الضعفاء الذين يفتقرون إلى القدرة الحقيقية على التفاوض أو فهم الشروط المعقدة، خاصة في عقود الإذعان والعقود الاستهلاكية. وقد استغل المتعاقد القوي هذا الوضع لفرض شروط تعسفية تميل إلى تحقيق مصالحه وحده، وتضع الطرف الآخر في موقع غير متوازن.

أمام هذا الواقع، وجدت النظم القانونية نفسها مضطرة إلى إعادة النظر في صرامة المبادئ الكلاسيكية، من خلال إقرار آليات لحماية المتعاقد الضعيف، سواء عبر الحد من سلطان الإرادة أو التدخل في مضمون العقد أو عبر اعتبار الشروط التعسفية باطلة أو غير نافذ. وهكذا أصبح التوازن العقدي قيمة موازية لحرية التعاقد، وأضحى تدخل

القضاء والمشرّع أمراً ضرورياً لتحقيق العدالة التعاقدية، دون المساس بروح المبادئ الكلاسيكية ولكن عبر تكييفها مع متطلبات المعاملات الحديثة.

الفرع الأول: حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية في ظل مبادئ الكلاسكية للعقد

إن هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على أحكام القانون المدني أدّت إلى تضييق المجال أمام إعمال فكرة التوازن بين أطراف العلاقة العقدية، وهو ما تؤكده المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين"، بما يفيد أنّ العقد متى انعقد صحيحًا غدا ملزمًا لأطرافه بقوة القانون. ومن خلال استقراء القواعد العامة يتبيّن أنّ المشرّع لم يقر مبدأً عامًا قائمًا بذاته لمجابهة الشروط التعسفية أو لإعادة التوازن المختل بين المتعاقدين، فضلًا عن غياب آليات وقائية تحول دون وقوع الأفراد في مثل هذه الشروط[1]، ليظل الاعتماد قائمًا أساسًا على القواعد التقليدية التي تقوم عليها النظرية الكلاسيكية للعقد.

أولاً: نظريتي الغبن والاستغلال ودورهما في مواجهة الشّروط التعسّفية.

تُعدّ قاعدتا الغبن والاستغلال من أبرز القواعد ذات الصلة المباشرة بالعقود الحديثة المعقّدة، وقد أولت معظم التشريعات عناية خاصة لهاتين الآليتين على أساس التمييز بين طبيعتهما؛ إذ يُعدّ الغبن معيارًا ماديًا (موضوعيًا) يقوم على اختلال التعادل في القيمة الاقتصادية لالتزامات المتعاقدين، بينما يُمثّل الاستغلال معيارًا معنويًا (ذاتيًا) يرتبط بوجود حالة ضعف لدى أحد الأطراف يتم استثمارها لتحقيق مصلحة غير متكافئة، بما يؤدي إلى عدم التناسب بين ما يقدّمه المتعاقد وما يتحصّل عليه نتيجة استغلال هذا الضعف[2].

1- بوعكاز خليل، الحاج علي بدر الدين، المرجع السابق، ص.1642

2- شوقي بنّاسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق ص. ص.443-444.

أ- التأصيل الفقهي لنظريتي الغبن والاستغلال:

بغية الإحاطة بقاعدتي الغبن والاستغلال وبيان مدى إسهامهما في التصدي للشروط التعسفية التي قد تشوب مختلف العقود والالتزامات، يتعيّن ابتداءً تحديد الإطار المفاهيمي لكل منهما وبيان العناصر التي يقوم عليها كل من الغبن والاستغلال.

1- مفهوم الغبن: للغبن معنيان أحدهما لغوي والثاني اصطلاحي

1-1 الغبن لغةً : يُقَالُ غَبَنٌ، بِغَبَنٍ، غَبْناً، ويقال الرجل غبنه فلان في البيع إذا خدعه ونقصه، وفي الشيء إذا اخفاه، وفي الثمن إذا نقصه وغبن في رأيه إذا قلّ ذكاؤه وضعف، والغبن هو ضعف الرأي، أو النسيان والخديعة في البيع والشراء[1].

1-2 الغبن اصطلاحاً: إنّ الغبن في أصل الوضع النقص، والفقهاء يستعملون الغبن بمعنى عدم تكافؤ في العقود ذات الالتزامات المتبادلة كالبيع والإيجار[2].

ويُعرف أيضاً على أنه: " عدم التعادل بين ما يُعطيه العقد وما يأخذه"[3].

وكذلك يراد به اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما أُخذ وما أُعطي، فهو الخسارة التي تلحق احد المتعاقدين في العقد، وهو يعتبر المظهر المادي للاستغلال[4].

وتجدر الإشارة إلى أنّ القصور في التوازن العقدي الناشئ عن وجود عيب الغبن يُشكّل إحدى المسائل التي حظيت باهتمام مستمر لدى التشريعات القديمة والمعاصرة، إضافة إلى اختلاف مدارس الفقه في تناولها وفق توجهاتها ومذاهبها المتنوعة. ويكمن سبب هذا الاهتمام في صلة المسألة بمقصد من مقاصد العقود الأساسية، والمتمثل في ضمان تقارب أو تكافؤ أداءات أطراف العقد. ولم تسلك

---

[1] – ابن المنظور، لسان العرب، المرجع السابق، الجزء 11، ص. 12.

2- عبد المجيد محمود مطلوب، النظريات العامة في الفقه الاسلامي، المال والملك والعقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 230

[3] – بن غريب رابح، أحكام الغبن في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 06، العدد 01، 2021، ص. 474.

[4] – المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

التشريعات الوضعية نهجًا موحدًا في معالجة الغبن، إذ تأثّرت طرقها بالاعتبارات الاقتصادية والأخلاقية والاجتماعية التي قامت عليها كل منظومة تشريعية[1].

فبتصفح فحوى نصوص القانون الروماني نجد أنه لم يأخذ بفكرة الغبن على إطلاقها، وجعلها سبباً عاماً للطعن في العقود في حالات محددة، أهمها حماية القصر من التصرفات الضارة، وحق بائع العقار في الطعن بإبطال العقد عند وقوع غبن فاحش[2] .

وأمّا القانون المدني الفرنسي الصادر في سنة 1804، فمن ثابت قانوناً أن أحكامه متشبعة بالفكر الليبرالي الفرداني، ومن جملة نتائج ذلك أنه ضيّق من مجال الغبن، إذ لم يعتد به كسبب لإبطال العقد إلا في حالات معينة، استناداً بما قضت به المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، وقد استمر هذا الاتجاه لفترة طويلة، إلى أن جاءت التشريعات الحديثة لتطوّر مفهوم الغبن، منتقلة من النظرة المادية التي تقتصر على الفرق العددي بين العوضين، إلى نظرة شخصية ظرفية تأخذ بعين الاعتبار وضعية كل طرف في العقد، ففي القانون المدني الفرنسي بعد التعديل 2016 أصبح الغبن يُقدَّر وفق العدالة التعاقدية وحسن النية، مع مراعاة احتمال استغلال أحد الأطراف لضعف الطرف الآخر. كما تناولت التشريعات الغربية الحديثة هذا التطور بطرق متفاوتة، إذ تبنى القانون الألماني (المادة 138) والسويسري (المادة 21) المنظور الشخصي الذي يربط الغبن باستغلال ضعف الطرف، بينما اعتمد القانون المدني الإيطالي (المادة 1448) منظورًا مختلطًا يجمع بين معيار القيمة ومعيار الاستغلال. أما التشريعات العربية، فقد انتقلت إلى اعتماد معيار استغلال ظروف الطرف الضعيف مع مراعاة التوازن بين القيمة المادية للالتزامات وظروف الأطراف، كما يتضح في نصوص مثل المادة 90 من القانون المدني الجزائري، والمادة 145 من القانون المدني الأردني،

[1] – سعدي محمد أمين، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية، المرجع السابق، ص. 446.

2– علي كحوان، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص. 218، ينظر كذلك جاك غيستان، المرجع السابق، ص. 860.

والمادة 187 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مما يعكس الانتقال من النظرة المادية التقليدية إلى مقاربة شخصية وظرفية تعزز العدالة والإنصاف داخل العقود[1].

بينما في الفقه الإسلامي، يُقيَّم الغبن وفق معايير تجمع بين البُعد الموضوعي والظرفي للطرفين، بحيث يُقاس عند لحظة إبرام العقد دون الاعتداد بأي تغير لاحق في قيمة الآداءات. ويقوم المعيار على مبدأ التوازن بين العوضين، سواء كانت الآداءات نقدية أو عينية، ويُعد الغبن موجودًا عند تحقق اختلال فاحش في القيمة بين ما يمنحه الطرف وما يحصل عليه. كما يُراعى في التقدير الظروف الشخصية للطرفين، بما في ذلك الحاجة أو الجهل أو الطيش، واستغلال أحد الأطراف لضعف الآخر، بما يحقق حماية الطرف الأضعف وإرساء العدالة والإنصاف داخل العقد وفق مقاصد الشريعة في ضمان التوازن الاقتصادي والاجتماعي[2].

2-مفهوم الاستغلال : للاستغلال معنيان: أحدهما لغوي متعلق بالأصل اللغوي للكلمة، وأمّا الثاني فاصطلاحي متعلق بالمعنى الوظيفي لها.

2-1 الاستغلال لغة : مأخوذة من الفعل اسْتَغَلَ يَسْتَغِلُ مصدره اسْتِغْلالاً يقال استغلّ الضيعة: أخذ غلتها وفلاناً انتفع منه بغير حق، لجاهه أو نفوذه، ويقال استغلال المستغلات إذا أُخِذَ غَلَتِهَا[3].

2-2 الاستغلال اصطلاحاً: ذهب بعض شُراح القانون المدني إلى تعريف الاستغلال بأنه: " هو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الأخر للحصول على مزايا لا يقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً

[1] – للاستزادة أكثر حول موضوع تطور فكرة الغبن يُنظر إلى : محمد جبر الألفي، تطور فكرة الغبن، مقال منشور على: https://www.alukah.net/sharia/0/108273/%D8%AA%D8%B7%D9%88%D8%B1-%D9%81%D9%83%D8%B1%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%A8%D9%86/

[2] – رباحي احمد، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص.193.

[3] – محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986، ص. 200، ينظر كذلك مجمع اللغة العربية، المعجم الوجير، مجمع اللغة العربية، 1989، ص. 404.

غير مألوف"[1]، كما عرّفه اتجاهٌ آخر على أنه: " انتهاز أحد المتعاقدين فرصة طيش بيّن أو هوى جامح لدى المتعاقد الآخر تمكنه من الحصول على تعاقد فيه غبن بالمتعاقد الآخر"[2].

ب: الفرق بين الغبن والاستغلال:

يختلف الغبن عن الاستغلال في جانبين جوهرين[3]:

- أولاً: إن الغبن لا يتصور في العقود الاحتمالية ولا في عقود التبرع، باعتبار أن المتعاقد فيها قد يعطي دون أن يقابل ذلك عوض محدد، فضلاً عن أن معيار الغبن معيار مادي يقوم على مجرد التفاوت في القيم. أما الاستغلال فيقوم على عنصر نفسي، ويُعدّ الغبن فيه مجرد مظهر خارجي له؛ إذ العبرة فيه بمعيار شخصي لا مادي، ويمكن أن يرد في مختلف التصرفات القانونية.
- ثانياً: يُعدّ الغبن عيبًا في العقد ذاته، لأنه يتحقق بمجرد قيام التفاوت المادي المعتبر قانونًا، ولو كانت إرادة المتعاقد المغبون سليمة. في حين يُعدّ الاستغلال عيبًا في الإرادة، إذ لا يكفي فيه التفاوت غير المألوف، بل يجب أن يقترن باستغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف لدى الآخر، بما يؤدي إلى إفساد إرادته ودفعه إلى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال.

ت: مدى الاستفادة من نظريتي الغبن والاستغلال في مواجهة الشروط التعسفية بما يُحقق مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر.

تباينت اتجاهات الفقه بشأن مدى صلاحية مفهومي الغبن والاستغلال كآليتين لفرض الرقابة على الشروط التعسفية والحدّ من آثارها. فقد انقسم الفقهاء إلى اتجاهٍ رافض يستند إلى اعتبارات تشريعية وواقعية يرى معها عدم جدوى توظيف هذين المفهومين في هذا المجال، واتجاهٍ مؤيِّد يعتبرهما وسيلتين إضافيتين تمكّنان المتعاقد الضعيف من مواجهة

[1] – محمد شكري الجميل العدوي، الاستغلال العقدي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المجلة العلمية، العدد 10، كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنين، ديمياط الجديدة، دمشق، 2022، ص. 361.

[2] – نفس المرجع ونفس الصفحة.

[3] – بن غريب رابح، المرجع السابق، ص. 476.

الشروط التعسفية وإعادة التوازن المختل في العلاقة العقدية. وفيما يلي بيانٌ تفصيلي لهذين الاتجاهين وأسانيد كلٍّ منهما.

1- الرأي الرافض لإمكانية الرجوع إلى نظريتي الغبن والاستغلال لمواجهة الشروط التعسفية:

ينتمي أغلب أنصار هذا الرأي إلى الفقه الفرنسي، ويساندهم في هذا الموقف بعض الفقهاء العرب. فالفقهاء الفرنسيون يرون أن الغبن بالمفهوم الضيق لا يوفّر حماية حقيقية للمستهلك من الشروط التعسفية المفروضة عليه. فقد حاول هؤلاء ربط الغبن بالشروط التعسفية اعتمادًا على النصوص القانونية التي تعترف بالغبن، وعلى رأسها المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي القديم، التي تنص على أن الغبن لا يعيب العقود ولا يؤدي إلى بطلانها إلا في حالات استثنائية. ويؤكد أنصار هذا الرأي أن التوسع التشريعي الذي عرفه الغبن بموجب نصوص خاصة لا يكفي لاعتباره قاعدة عامة، ومن ثم فإن الغبن بمعناه الضيق لا يوفر أي حماية فعلية للمستهلك تجاه الشروط التعسفية المفروضة عليه[1] .

أمّا فيما يتعلّق بالتوسّع القضائي في بعض العقود، كعقد العمل فيما يخصّ الأجر والخدمات المقدَّمة في مقابله، فيرى أنصار هذا الاتجاه أنّه لا يفسح المجال لإبطال الشروط التعسفية بالاستناد إلى فكرة الغبن. فالغرض من الغبن، في نظرهم، يتمثّل أساسًا في حماية المستهلك من عدم تكافؤ الثمن مع ما يقابله، وليس في مواجهة الشروط التعسفية التي قد يتضمّنها العقد. ويؤكد هذا التوجّه ما جاء به قانون الاستهلاك المصري لسنة 1995، الذي استبعد إمكانية الاحتجاج بالغبن لمكافحة الشروط التعسفية، إذ قرّر أن تقدير تعسف الشرط لا يقوم على مدى ملاءمة الثمن أو الأجر للسلعة أو الخدمة المقدَّمة. وبناءً على ذلك، سواء تمّ توسيع مفهوم الغبن أو تضييقه، فإنه يظلّ غير كافٍ لمواجهة الشروط التعسفية، الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى التأكيد على أنّ الغبن يتحقق

[1] – رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 206.

عند وجود اختلال في التوازن بين الأداءات الأساسية، لا بسبب الطابع التعسفي لبعض الشروط العقدية [1].

ويميل بعض الفقه العربي إلى تأييد هذا التوجه الفرنسي، كما يتضح في القانون المصري وبعض القوانين العربية الأخرى، التي تؤكد أن الغبن بالمفهوم الضيق لا يوفر حماية كافية للمستهلك من الشروط التعسفية. كما لا يكتفي بعض أنصار هذا الرأي في الفقه العربي إلى منع الغبن من أداء دوره الوقائي ضد الشروط التعسفية، بل عمموا الحكم السابق حتى بالنسبة لعيب الاستغلال، إذ تشير المادة 129 من القانون المدني المصري (التي تقابلها المادة 90 من القانون المدني الجزائري) إلى حماية الطرف الأضعف، لكنها لا توفر قاعدة عامة لحماية المتعاقد الأقل خبرة أو المذعن للشروط التعسفية[2].

وتستند هذه الرؤية إلى عدة حجج، منها صعوبة تحقق شرط الفداحة لعدم التوازن في كثير من العقود، وتعقيد إثبات الجوانب المادية والمعنوية لعيب الاستغلال، بالإضافة إلى أن الطرف الأقوى اقتصاديًا أو الأكثر خبرة لا يكون بالضرورة هدفه استغلال إرادة الطرف الآخر، بل يسعى عادةً إلى تحقيق أكبر مكاسب ممكنة ضمن حدود التفاوض القانوني[3].

2- الرأي المؤيد لإمكانية الرجوع إلى نظريتي الغبن والاستغلال لمواجهة الشروط التعسفية :

يتجلى عدم التوازن العقدي في فرض شروط مجحفة تُثقِل كاهل أحد المتعاقدين، سواء اتخذ ذلك صورة غبنٍ مجرد، أم ظهر باعتباره المظهر المادي لعيب الاستغلال. ففي هذه الحالات يعمد الطرف الأقوى بالاستفادة من مركزه الاقتصادي أو الفني أو

[1] – نفس المرجع ، ص. 207.

[2] – رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 207.

[3] – حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص-ص. 87-88.

ظروف الطرف الآخر الخاصة، لحمله على قبول التزامات ما كان ليرتضيها لو توافرت له حرية تفاوض حقيقية[1].

وقد درج الفقه على إبراز أوجه التقارب بين عيب الاستغلال وعقد الإذعان من حيث تماثل اختلال مراكز الأطراف؛ ففي الحالة الأولى يُستغل ضعف شخصي أو ظرف استثنائي يحيط بأحد المتعاقدين، بينما في عقد الإذعان تُفرض شروط معدّة سلفًا لا يملك الطرف الآخر بشأنها سوى القبول أو الرفض. وفي الحالتين ينتقص عنصر الاختيار الحر، بما يُفضي إلى اختلال الرضا العقدي في مضمونه الحقيقي وإن بدا سليمًا في شكله الظاهري[2].

ومن ثمّ، يرى اتجاه فقهي أن التعسف الناشئ عن التفوق الاقتصادي لا يعدو أن يكون صورة حديثة من صور الغبن، لأنه يُفضي إلى منح الطرف القوي مزية فاحشة على حساب المتعاقد الأضعف. كما يذهب اتجاه آخر إلى أن آليات حظر الشروط التعسفية تلتقي وظيفيًا مع نظرية الغبن في غايتها المتمثلة في إعادة التوازن وتحقيق العدالة العقدية[3]، لا سيما إذا ما أُخذ بفكرة توسيع المجال المادي للغبن ليشمل مختلف الاختلال الجسيم في الالتزامات[4] .

فالاتجاه نحو توسيع نطاق الغبن لا يُعدّ انتقاصًا من مبدأ سلطان الإرادة، وإنما يمثل تقويمًا له في ضوء مقتضيات العدالة والإنصاف. فالإبقاء على نطاق ضيق للغبن قد يفضي إلى تضمين شروط تعسفية تستند إلى رضا شكلي لا يعكس توازنًا حقيقيًا في الالتزامات. أما التوسّع في مفهومه ليشمل الاختلال الفاحش في المقابل أو صور الاستغلال الاقتصادي، فيمنح القاضي وسيلة فعّالة لإعادة التوازن إلى العقد دون المساس بجوهر الحرية التعاقدية. وبذلك يغدو الغبن، في تصوره الموسّع، آلية حمائية تتكامل مع

[1] – محمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص–ص. 185–186.

[2] – رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 209..

[3] – نفس المرجع ونفس الصفحة.

[4] – لتفصيل أكثر يُراجع: أحمد رباحي، المجال المادي في العقود بين التوسعة والتضييق – دراسة مقارنة–، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، المجلد 02، العدد 01، 2010، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف.

نظرية الشروط التعسفية، وقاعدة عامة لضبط التعسف في استعمال الحرية العقدية وتحقيق العدالة بين المتعاقدين.

وفي هذا السياق، يؤكد الأستاذ سيد عبد الله علي حسين هذا المعنى موضحًا أن الغبن لا يقتصر على نوع معين من العقود، قائلاً: "الغبن يقع في كل من العقار والمنقول؛ إذ أن العلة في نقض البيع واحدة، وهي رفع الضرر عن المتعاقد الذي وقع عليه الغبن ومنع استغلال الآخرين باسم البيع. وكما يقع الضرر على البائع، فإنه يقع أيضًا على المشتري، وعليه فإن العدالة تقتضي عدم التفرقة بين البائع والمشتري في جواز نقض البيع للمتضرر". ومن هذا المنطلق، يتضح أن علة إبطال التصرف بسبب الغبن تتمثل في حماية المتعاقد المتضرر ورفع الضرر عنه، دون تمييز بين البائع والمشتري، ما دام مقصد الحماية هو إعادة التوازن ومنع استغلال حاجة أو ضعف الطرف الآخر تحت غطاء الحرية التعاقدية[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرّع الجزائري قد حصر الاعتداد بالغبن في نطاق ضيّق، إذ قصر تطبيقه على حالات محددة نصّ عليها صراحة، من أبرزها حالة الغبن الفاحش في الثمن المتعلّق ببيع العقار، وذلك وفقًا لأحكام المادة 358 من القانون المدني الجزائري. وعلى خلاف ذلك، نجد أن الشريعة الإسلامية قد وسّعت من نطاق الغبن، إذ تعتبره سببًا عامًا يمكن الاحتجاج به لإبطال التصرفات التي يترتب عليها اختلال بيّن في التوازن بين العوضين أو استغلال لضعف أحد المتعاقدين. فهي لا تقصر تطبيقه على نوع معيّن من العقود أو على صورة محددة من صور الاختلال، الأمر الذي يجعلها أكثر مرونة في توفير الحماية للطرف الضعيف وتحقيق قدر أكبر من العدالة في العلاقات التعاقدية[2].

1– سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي–مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه–، المجلد الأول، دار السلام للطباعة والنشر، الطبعة1، 2001، ص.1191.

[2] – رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 210.

ومن ثمّ تبرز أهمية إعادة النظر في نطاق تطبيق الغبن في التشريع الجزائري، من خلال توسيعه ليشمل حالات الاختلال الفاحش في التوازن بين الأداءات في مختلف العقود، وكافة صور الاستغلال التي قد يتعرض لها أحد المتعاقدين. فمن شأن هذا التوجه أن يوفّر حماية أكثر فعالية للطرف الضعيف في مواجهة الشروط التعسفية. ذلك أن التقيد بالحالات المحددة حصراً في النصوص القانونية قد يفضي إلى ترك ثغرات يستغلها الطرف الأقوى لفرض شروط مجحفة من جهة، كما يحدّ من سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي من جهة أخرى. في المقابل، فإن توسيع نطاق الغبن يتيح للقضاء أداة قانونية فعّالة للحد من التعسف في استعمال الحرية التعاقدية، ويسهم في تحقيق قدر أكبر من العدالة بين المتعاقدين كلما ظهر اختلال واضح في التوازن الاقتصادي للعقد.

في ضوء ما تقدّم، يتبين أن نظرية الاستغلال بوجه عام، ونظرية الغبن بوجه خاص، تمثلان من أبرز الآليات التي ينبغي أن يوليها المشرّع الجزائري والقضاء اهتمامًا بالغًا لمواجهة الشروط التعسفية في العقود. فمن خلال تبني هذه النظريات وتوسيع نطاق تطبيقها، يمكن تعزيز الحماية والضمانات الممنوحة للطرف الأضعف في العلاقات التعاقدية، وضمان توازن الالتزامات بين الأطراف. أما نظرية عيوب الإرادة، فيلاحظ أنها لم تُصمّم بالأساس لمكافحة الشروط التعسفية، مما يفسر محدودية اعتمادها من قبل القضاء والفقه في هذا السياق. ومع ذلك، لا يمكن إنكار ما قد تؤديه من دور نسبي في هذا السياق، إذ تمثل ضمانة إضافية يمكن الاستناد إليها لتعزيز الحماية القانونية، دون أن ترقى إلى مرتبة الآلية الأساسية في مواجهة الشروط التعسفية، بل تظل وسيلة مكمّلة تدعم غيرها من الوسائل الهادفة إلى تحقيق العدالة والتوازن في العلاقات العقدية.

ثانياً: دور نظرية السبب ومبدأ حسن النية في مواجهة الشّروط التعسّفية.

تُعدّ كلٌّ من قاعدة السبب وقاعدة حسن النية من القواعد الأساسية التي تسهم بدور مهم في تحقيق التوازن العقدي والحدّ من الشروط التعسفية. ومن ثمّ سيتم في هذا الفرع تناول هاتين القاعدتين بالدراسة كلٌّ على حدة، وذلك من خلال عرض موقف القانون

الوضعي منهما، ثم إبراز الدور الذي يمكن أن تؤديه كل منهما في مواجهة الشروط التعسفية والحدّ من آثارها في العلاقات التعاقدية.

أ- التأصيل الفقهي لنظرية السبب ومبدأ حسن النيّة

بالرغم من تنوّع العقود واختلاف أنواعها، إلا أن جميعها يشترك في وجود عنصر أساسي يتمثل في السبب الذي يبرّر إبرام العقد، فلا يمكن لأي عقد أن يخلو منه. كما يظل مبدأ حسن النية حاضرًا في مختلف مراحل التعاقد، سواء من جانب البائع أو المشتري، بل ويشمل كلا الطرفين، مع ارتباطه غالبًا بالطرف الأضعف لضمان حمايته وتحقيق العدالة التعاقدية. وبناءً على ذلك، سيتم في البداية دراسة قاعدة السبب، ثم الانتقال إلى دراسة مبدأ حسن النية.

1- نظرية السبب:

ذهب العديد من الفقهاء إلى أن نظرية السبب[1] نشأت في القانون الروماني مع ظهور العقود اللفظية[2]، حيث بدأت الإرادة تتخلل التصرفات القانونية، غير أن السبب في تلك المرحلة لم يكن قائمًا على أساس نفسي مرتبط بإرادة المتعاقد، بل على أساس موضوعي يتمثل في العدالة. ومع ظهور العقود الرضائية، أصبح السبب واضحًا في هذه العقود؛ ففي عقد البيع، يُعدّ التزام البائع سببًا لالتزام المشتري، فإذا هلك المبيع قبل التسليم، انتفى التزام البائع لعدم وجود المحل، ولم يُنشأ التزام المشتري لانعدام السبب.

أما في العقود غير المسماة، فيبرز السبب غالبًا في الالتزام بالتسليم؛ ففي عقد المقايضة، يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم ما يقابله من العوض عند تسليم الطرف الآخر لعوضه. وبالنسبة لعقود التبرعات، مثل عقد الهبة، اعترف القانون الروماني بالسبب باعتباره نية التبرع، وهو ما يعكس اعتماد النظرية على الأساس الموضوعي لا الذاتي.

[1] – لتتبع تطور نظرية السبب يُنظر إلى جاك غيستان، المرجع السابق، ص. 925 وما بعدها و كذلك يُنظر إلى عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء 01، ص. 464 وما بعدها.

[2] – رباحي احمد، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص.214.

وفي العصر الكنسي، أقر الفقهاء مبدأً جوهريًا مفاده أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان الغرض منه غير مشروع، باعتبار أن القيام بعمل غير مشروع يُعدّ خطيئة. ومن هنا، أصبح الغرض الذي يسعى إليه المتعاقد هو السبب النفسي خارج نطاق العقد، والذي يختلف من شخص لآخر ومن عقد لآخر، ويعرف بالدافع أو السبب القصدي.

لاحقًا، أعاد الفقيه دوما (Doma) دراسة نظرية السبب، وأعاد ترتيبها وجمع شتاتها، مؤكدًا أن السبب يشترط في جميع العقود؛ ففي العقود التبادلية يكون التزام الطرف الآخر سببًا، وفي التبرعات تكون نية التبرع سببًا، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فيتمثل السبب في التسليم. وقد ساهم ذلك في توضيح النظرية ومنحها معالم دقيقة، مع تمييز نوعي السبب: سبب الالتزام، وهو الغرض المباشر الذي يقصده الملتزم (السبب القصدي)، وسبب العقد، وهو الدافع الباعث على التعاقد.

بعد ذلك، نقل الفقيه بوتييه (Pothier) عن **دوما** هذه النظرية وبسطها، مؤسسًا بذلك طريقها إلى القانون المدني الفرنسي، حيث نصّت المادة 1131 – قبل التعديل– على أن السبب ركن أساسي في الالتزام، فإذا تخلف أو كان غير مشروع أو فاسد، فلا يترتب على الالتزام أي أثر[1].

وقد نشأ جدل فقهي حول نظرية السبب، إذ سعى بعض الفقهاء إلى إنكار فعاليتها وإقصائها، معتبرين أن تطبيقها العملي على جميع العقود غير ممكن[2]، في حين دافع تيار

[1] - Article 1131: « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

[2] – رأى فريق من الفقهاء، يتقدمهم الأستاذ بلانيول والفقيه البلجيكي أرنست، أنه لا جدوى من النظرية التقليدية للسبب. واستندوا في ذلك إلى عدة حجج، أبرزها:

أولًا، فيما يتعلق بالعقود التبادلية، لا يمكن اعتبار التزام أحد الأطراف سببًا لالتزام الطرف الآخر، إذ يفترض هذا الرأي وجود أحد الالتزامين قبل الآخر. فالتزام البائع، على سبيل المثال، لا يمكن أن يُعد سببًا لالتزام المشتري قبل وجود التزام المشتري، والعكس صحيح، مما يؤدي إلى حلقة مفرغة لا يمكن الخروج منها.

فقهي آخر عنها بقوة، مؤكدًا على أهميتها في تحقيق العدالة والتوازن بين أطراف العقد[1]. وقد أسفر هذا الخلاف عن توضيح الغموض الذي كان يكتنف النظرية، إذ أعاد إبرازها في صورة أكثر وضوحًا.

فقد أسهمت حملة الانتقادات التي وُجهت إلى النظرية التقليدية للسبب في إبراز محدودية هذه النظرية وعجزها عن مواكبة التطورات العملية، وعدم كفايتها لمعالجة جميع الحالات التي تستدعي إبطال العقد. ورغم محاولات الفقيه كابيتان تعديل النظرية

ثانيًا، فيما يخص العقود العينية، فإن القول بأن تسليم الشيء هو سبب الالتزام لا يعكس الغاية الحقيقية للسبب، بل يُعتبر مجرد مصدر للالتزام، ويمتزج السبب بأركان العقد الأخرى. ففي عقد البيع، على سبيل المثال، لا يمكن اعتبار السبب عنصرًا مستقلًا للالتزام، بل يمتزج سبب العقد بالمحلين، وهما المبيع والثمن، وبذلك يصبح سبب التزام كل طرف مرتبطًا بالمحل ذاته وليس بالالتزام المسبق للطرف الآخر. أما في عقد الهبة، وهو عقد تبرع، فيمتزج السبب بالرضا؛ فإذا وقع خطأ في شخص الموهوب له، فإن الرضا لا يتحقق، وبالتالي لا ينعقد العقد.

خلاصة القول، أن كل عقد تبادلي وكل عقد عيني له محل صحيح وجائز قانونيًا، يكون له سبب صحيح، وفي عقود التبرع يكون الرضا الصحيح سببًا صحيحًا، وبذلك، يرى هؤلاء الفقهاء أن السبب لا يشكل ركنًا مستقلًا، بل هو جزء متداخل مع باقي أركان العقد، مما يقلل من أهميته باعتباره أداة مستقلة للالتزام. يُنظر إلى عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء 01، ص-ص. 446-447.

[1] – يعد الفقيه الفرنسي **كابيتان Capitant** من أبرز من طوروا نظرية السبب التقليدية في الفقه المدني، حيث لم يكتفِ بقبولها كما هي، بل أدخل عليها تعديلات جوهرية جعلت موقفه أكثر توازنًا بين التقليدية والحداثة. فبالنسبة لكابيتان، يُعرف السبب بأنه الغرض الحقيقي أو الباعث الموضوعي الذي يدفع الطرف إلى الالتزام، وليس مجرد الالتزام المقابل كما كان يُنظر إليه في النظرية التقليدية. ويبرز هذا التمييز بوضوح في العقود الملزمة للجانبين، إذ يرى أن السبب يكمن في تنفيذ الالتزام نفسه لتحقيق الغاية المتفق عليها بين الطرفين، وليس مجرد وجود التزام الطرف الآخر. كما يفرق كابيتان بين السبب من جهة، والباعث الشخصي من جهة أخرى، بحيث لا يُعتبر الباعث الشخصي جزءًا من السبب إلا إذا كان محل اتفاق صريح بين المتعاقدين، وهو ما يضفي على النظرية بعدًا موضوعيًا يحمي العقد من التجريد القانوني المفرط. ويتجلى هذا الموقف بوضوح في عقود الهبة، حيث يكون السبب هو نية التبرع، أي الغاية الخاصة لدى الواهب، وهو ما يعترف به كابيتان كسبب مشروع يدخل في نطاق العقد. ومن ثم، يمكن القول إن كابيتان احتفظ بجوهر النظرية التقليدية المتمثل في تبرير الالتزام بوجود سبب مشروع، مع تطويرها لتصبح أكثر مرونة وموضوعية، بحيث تراعي الغايات الواقعية والوظائف الاقتصادية والاجتماعية للعقد، بما يعزز العدالة في تطبيق القانون المدني. يُنظر إلى:

-H. Capitant, De la cause dans les obligations, librairie Dalloz, 3éd, Paris, France, 1927, p.p. 63-84.

بإدراج الباعث في مجال التبرعات، فقد ظل هذا الباعث مستبعدًا تمامًا عن العقود التبادلية، مما أظهر قصور النظرية التقليدية في تفسير دوافع الأطراف في هذه العقود[1].

كما دفع هذا الواقع القضاء الفرنسي إلى انتهاج مسلك أكثر مرونة، إذ لم يعد يتقيد بالحدود الصارمة التي أرستها النظرية التقليدية في الفصل بين السبب والباعث، بل عمد إلى الربط بينهما لا في عقود التبرعات فحسب، وإنما في مختلف أنواع العقود. ومن هنا برز ما عُرف في الفقه والقضاء بـــ النظرية الحديثة للسبب، وهي نظرية تستمد جذورها التاريخية من أحكام القانون الكنسي. غير أن هذه النظرية لم تُقصِ النظرية التقليدية أو تحل محلها، وإنما جاءت مكملة لها، الأمر الذي أسفر عن تكريس فكرة ازدواجية السبب؛ بحيث يُنظر إلى السبب في صورتين متلازمتين: سبب الالتزام بالمعنى التقليدي، وسبب العقد الذي يتمثل في الدافع الشخصي إلى التعاقد. وقد أتاح هذا التطور للقضاء توسيع نطاق الرقابة على مشروعية التصرفات القانونية، فصار من الممكن الحكم ببطلان بعض العقود التي لم يكن من المتيسر الطعن فيها إذا اقتصر النظر على سبب الالتزام وحده. ويتحقق ذلك من خلال البحث في الباعث الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، فإذا تبيّن أن هذا الباعث غير مشروع، وكان المتعاقد الآخر على علم به، عُدّ هذا الباعث سببًا غير مشروع يبرر إبطال العقد[2].

وقد حظي هذا التوجه بتأييد واسع من فقهاء فرنسا، على رأسهم ريبر وجوسران وبولانجر، كما لاقى قبولاً من عدد من الفقهاء العرب، أبرزهم الأستاذ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الذي أشاد بجرأة القضاء الفرنسي في هدم القيود التقليدية، معتبراً أن هذا النهج منح النظرية مرونة جديدة، إذ أصبح السبب بموجبه عنصراً نفسياً متغيراً ومستقلاً عن العقد، بعدما كان جامداً وغير فعّال في التطبيقات العملية[3].

---

[1]– درماش بن عزوز، نظرية السبب والعدالة التعاقدية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 05، العدد 02، 2012، ص. 406.

[2] – رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 215، ويُنظر كذلك: درماش بن عزوز ، المرجع السابق، ص. 406.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء 01، ص. 569، ينظر كذلك درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص. 406.

ولم يقتصر هذا التوجه على الفقه فحسب، بل امتد أثره إلى بعض التشريعات المقارنة، من بينها القانون اللبناني الذي أخذ بفكرة ازدواجية السبب، فميّز بين سبب العقد وسبب الالتزام[1]. ويبدو أن المشرّع الجزائري قد تأثر بدوره بهذا التصور – على نحو ما ذهب إليه بعض الفقه – إذ إن تنظيم السبب في القانون المدني الجزائري جاء بصياغة توحي بالجمع بين المفهومين التقليدي والحديث معًا. ويتضح ذلك من خلال نصوص المواد المنظمة للسبب؛ فقد أسند المشرّع السبب إلى العقد في المادة 97 من القانون المدني، بما يقترب من التصور الحديث الذي يربط السبب بالدافع إلى التعاقد، ثم عاد في الفقرة الأولى من المادة 98 فنسبه إلى الالتزام حين قرر أن: " كل التزام مفترض أن له سببًا مشروعًا ما لم يقم الدليل على غير ذلك«، وهو ما يعبّر عن المفهوم التقليدي للسبب. غير أنه في الفقرة الثانية من المادة نفسها أعاد إسناد السبب إلى العقد بنصه على أن: "يعد السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك".

ويكشف هذا التنوّع في الإسناد التشريعي عن قدر من المرونة في صياغة النصوص، بل وعن نوع من التداخل المقصود بين المفهومين التقليدي والحديث للسبب، الأمر الذي يسمح بتفسيرها في ضوء فكرة ازدواجية السبب. ومن ثمّ، يمكن القول إن التنظيم التشريعي الجزائري لركن السبب لا يقف عند حدود التصور التقليدي الضيق له، بل يفتح المجال أمام استيعاب البواعث الشخصية للتعاقد ضمن الإطار القانوني لنظرية

[1] – نصّ القانون اللبناني للموجبات والعقود على فكرة السبب ضمن الأحكام العامة للعقود، وقد عالجها في المواد من 194 إلى 201 ، حيث تبنى اتجاهاً يقوم على إزدواجية السبب، حيث أقرت المادة 194 صراحة ضرورة التفريق بين سبب الموجب وسبب العقد، كما أشارت المادة 195 منه على أنه سبب الموجب يكون الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير وهو يعد جزءاً غير منفصل من العقد كالموجب المقابل في العقود التبادلية والقيام بالأداء في العقود العينية ونية التبرع في العقود المجانية، أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنيا كان أو طبيعياً، هذا وأشارت المادة 200 من ذات القانون على سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على إنشاء العقد وهو جزءا غير منفصل عن العقد بل يختلف في كل نوع من العقود وإن تكن من فئة واحدة .

السبب، بما يحقق قدرًا أكبر من العدالة العقدية ويعزز دور القاضي في مراقبة مشروعية الأغراض التي يقوم عليها العقد[1].

2- مبدأ حسن النية :

يحتلّ مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية مكانة بارزة في الفكر القانوني الحديث، إذ لم يعد العقد يُنظر إليه باعتباره مجرد توافق شكلي بين إرادتين مستقلتين، بل أصبح إطاراً قانونياً تحكمه اعتبارات الثقة والصدق والتعاون بين المتعاقدين. ومن ثمّ، أولت العديد من التشريعات الوضعية عناية خاصة بالبواعث والنيات الكامنة وراء التصرفات القانونية، إذ إن مراقبة مشروعية الباعث تمكّن القانون من بسط الاعتبارات الأخلاقية

[1] – تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي في تعديله الحديث للقانون المدني الفرنسي سنة 2016 أحدث تحولًا جوهريًا تمثّل في التخلي عن فكرة السبب كركن من أركان العقد، وذلك نظرًا لما اكتنف هذه النظرية من غموض وصعوبات تطبيقية. وقد مثّل هذا التوجه ميزة مزدوجة؛ فمن جهة، أسهم في تحقيق قدر من الانسجام مع عدد من التشريعات المقارنة التي سبقت إلى هجر هذه الفكرة، ومن جهة أخرى، كرّس توجّهًا نحو إعادة التوازن في العلاقات العقدية، وهو المسار الذي كان القضاء الفرنسي قد مهّد له من قبل.

ورغم إقصاء مصطلح "السبب" من البناء الشكلي للعقد، فإن المشرّع لم يتخلَّ عن وظائفه الجوهرية، بل أعاد صياغتها ضمن مفاهيم بديلة، أبرزها مشروعية مضمون العقد ومتطلبات التوازن العقدي. ويتجلّى ذلك من خلال نصوص عدة، منها المادة 1128 التي حدّدت أركان العقد دون ذكر السبب، والمادة 1162 التي تقضي ببطلان العقد إذا كان مضمونه أو غرضه مخالفًا للنظام العام، فضلاً عن المادة 1170 التي تُبطل كل شرط تعاقدي يُفرغ الالتزام الأساسي من مضمونه، إضافة إلى المادة 1178 التي تقرر بطلان العقد الذي لا يستجمع شروط صحته. وبذلك، يتضح أن المشرّع الفرنسي، وإن تخلّى عن المصطلح، فقد حافظ على مضمونه الوظيفي في إطار أكثر وضوحًا وفعالية.

للاستزادة حول تطور فكرة السبب في التشريع الفرنسي يُراجع: أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المئتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصباح والتطوير، 2017، ص. 306 وما بعدها، ويُراجع أيضاً: نسير رفيق، بخصوص إلغاء القانون الفرنسي لنظرية السبب، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، جامعة عمار الثلجي الأغواط، 2024، ص-ص. 297- 318.

على دائرة التعاقد بين الأفراد في معاملاتهم الخاصة، بما يتجاوز الشكل الظاهر للعقد إلى الغايات التي يسعى المتعاقدون إلى تحقيقها[1].

ومع ذلك، يكتنف تحديد مضمون مبدأ حسن النية في القانون الوضعي قدر من الصعوبة، ويرجع ذلك إلى تعدد دلالاته في التصرفات القانونية. ففي بعض الحالات يُفهم على أنه غياب العلم بالعيب الذي يشوب التصرف عند اكتساب الحقوق، بينما يُراد في حالات أخرى به الالتزام بالنزاهة والاستقامة في تنفيذ الالتزامات بما يعكس قيم التعامل الشريف[2]. وعلى الرغم من أن الفقه القانوني حاول تقديم تعريفات لتضييق مفهومه، مثل تعريفه بأنه: "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون[3]"، وعُرف أيضاً على أنه: " ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء بما يوجبه العقد من أداء، فلا ينظر إلى سلوك المدين في تنفيذ لالتزاماته على ضوء الحيطة والمهارة الواجبتين، بل أيضاً على ضوء الامانة والإخلاص في التنفيذ."[4].

ولا يقتصر تأصيل هذا المبدأ على التشريعات الوضعية فحسب، بل يجد جذوره العميقة أيضاً في الفقه الإسلامي الذي أقام نظام المعاملات على أساس من القيم الأخلاقية التي تحكم سلوك الأفراد في تعاملاتهم. فقد حرصت الشريعة الإسلامية على إرساء مبادئ الصدق والأمانة والعدل في المعاملات، ومنعت كل صور الغش والتدليس والاستغلال، وهو ما يعكس مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية. وقد وردت في القرآن الكريم نصوص عديدة تؤكد ضرورة الالتزام بالأمانة والوفاء في التعامل، من ذلك قوله تعالى :﴿يَا أَيُّهَا الذينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[5]، وقوله سبحانه :﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا

---

[1] – بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن المهيدي، أم البواقي، 2013/2012، ص. 19.

[2] – رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 226.

3– عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004 .ص. 75.

[4] – شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة، المجلة العلمية لجامعة جيهان، السلمانية، المجلد 05، العدد 01، العراق، جوان 2021، ص. 44.

[5] – سورة المائدة، الآية 01.

تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾[1]، وهي نصوص تؤكد وجوب احترام الالتزامات التعاقدية والامتناع عن كل ما يخلّ بمقتضيات العدل والإنصاف في المعاملات. كما أكدت السنة النبوية هذا المعنى في العديد من الأحاديث، من أبرزها قوله ﷺ" : إنّما الأعمالُ بالنَّيَّاتِ ، وإنّما لِكُلِّ اِمْرِئٍ مّا نَوَى..."[2]، وقوله أيضاً" :المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً"[3]، وهو ما يدل على أن حرية التعاقد مقيدة بضرورة احترام القيم الأخلاقية وعدم الإضرار بالغير.

ومن جهة أخرى، ركّز الفقه الغربي على أهمية إدماج البعد الأخلاقي في القانون لضمان العدالة في المعاملات، ومن أبرز هؤلاء الفقهاء الفرنسي جورج ريبار (Georges Ripert)، الذي اعتبر أن مبدأ حسن النية أداة فعالة لإدخال القيم الأخلاقية في نطاق القانون الوضعي، كما يمكّن المشرّع والقضاء من مراقبة سلوك المتعاقدين وضمان عدم انحرافهم عن العدالة والإنصاف[4]. ويتضح هذا التوجه بشكل ملموس عند النظر إلى التكريس التشريعي للمبدأ في التشريعات الوضعية؛ ففي التشريع الفرنسي بعد تعديل 2016، نصّت المادة 1104 من التقنين المدني على أن" :العقود يجب التفاوض بشأنها وإبرامها وتنفيذها بحسن نية"، وهو ما يوسع نطاق المبدأ ليشمل كافة مراحل العقد، في حين يقتصر التشريع الجزائري على مرحلة التنفيذ وفق المادة 107 من القانون المدني، ويضاف إليه التشريع المصري الذي ينص في المادة 148 على تنفيذ العقد بحسن نية، مع إتاحة للقاضي تقدير حسن النية أو سوءها عند النظر في النزاعات، ما يربط المبدأ بالبعد القضائي والأخلاقي على حد سواء.

وبناءً على ما سبق، يظهر أن مبدأ حسن النية يجمع بين البعد الأخلاقي والبعد القانوني، كما يتيح للقاضي والمشرّع مراقبة تصرفات المتعاقدين في القانون الوضعي.

---

[1] – سورة النساء، الآية 29.

[2] – أخرجه البخاري، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ، رقم 01.

[3] – أخرجه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ماذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، رقم 1352. وأخرجه أبو داود، كتب الأقضية، باب الصلح، رقم 16443.

4– رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 227.

ويختلف مستوى تكريسه وتطبيقه بين التشريعات المختلفة، إذ يمتد تطبيقه في فرنسا على جميع مراحل العقد، بينما يركز في التشريع الجزائري والمصري على مرحلة التنفيذ، مما يعكس تنوع الأساليب القانونية لضمان تحقيق العدالة العقدية وحماية الأطراف من الانحراف أو الاستغلال.

ب- مدى فاعلية نظرية السبب ومبدأ حسن النية في مواجهة الشّروط المخلة بمصلحة المتعاقد الآخر.

1- دور نظرية السبب في الحماية من الشروط التعسفية.

كما سبق بيانه، فإن نظرية السبب تتألف من فرعين رئيسيين: التقليدية والحديثة، لكل منهما مقوماته وحدوده، مما يثير التساؤل حول مدى فعالية كل منهما في مواجهة الشروط التعسفية.

فيما يتعلق بالنظرية الحديثة للسبب، فإن الاعتماد عليها كأساس لمواجهة الشروط التعسفية يبدو محدوداً. ذلك أنها تقوم على الاعتداد بالبواعث والدوافع الشخصية التي حملت المتعاقد على الالتزام، وهي عناصر ذاتية يصعب ضبطها أو التحقق منها على نحو موضوعي. وبما أنّ وجود باعث لدى الملتزم يُعد أمرًا مفترضًا في غالبية التصرفات التعاقدية، فإن ذلك يؤدي عمليًا إلى افتراض قيام السبب في أغلب الحالات، حتى ولو تضمّن العقد شروطًا تعسفية تُخلّ بالتوازن بين الطرفين.

ومن ثمّ، فإن التركيز على الباعث الشخصي لا يسمح بالكشف عن غياب المقابل الحقيقي أو عن الاختلال في التوازن العقدي، وهو ما يُفرغ فكرة انعدام السبب من مضمونها العملي في هذا المجال. لذلك، لا يمكن التعويل على النظرية الحديثة للسبب كآلية فعّالة لاستبعاد الشروط التعسفية، لكونها تُضفي المشروعية على الالتزامات بمجرد وجود دافع نفسي، بصرف النظر عن عدالة التوازن العقدي[1].

[1] - أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة لنيل شهادة االماجستر، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2010/2011 ص .12.

على النقيض، تطرح النظرية التقليدية للسبب إطاراً أكثر فاعلية لإعادة التوازن العقدي والتصدي للشروط التعسفية. فهذه النظرية تقوم على أن التزام كل طرف يُعد سببًا لالتزام الطرف الآخر، أي أن المقابل الذي يحصل عليه كل متعاقد هو الذي يبرر تحمّله بالالتزام. ومن ثمّ، فإن انعدام المقابل يؤدي إلى انعدام السبب، وهو ما يترتب عليه بطلان الالتزام، بل وبطلان العقد في بعض الحالات[1].

وانطلاقًا من هذا التصور، يمكن القول إن الشرط التعسفي غالبًا ما يفرض على أحد المتعاقدين التزامًا يفتقر إلى مقابل حقيقي، الأمر الذي يثير إمكانية اعتباره التزامًا باطلًا لغياب السبب. وقد كرّست النصوص القانونية هذا التوجه، حيث تقضي القاعدة العامة بأن كل التزام يجب أن يقوم على سبب مشروع وموجود، وإلا كان عديم الأثر. وهو ما يفيد نظريًا بإمكانية توظيف نظرية السبب لتحقيق نوع من التوازن العقدي في مواجهة الشروط التعسفية[2].

غير أن التطبيق القضائي، لاسيما في القضاء الفرنسي، يكشف عن توظيف حذر لهذه الفكرة. فقد قضت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1990 ببطلان شرط وارد في عقد تأمين كان من شأنه حرمان المؤمن له من الاستفادة من الضمان رغم دفعه للأقساط، معتبرة أن هذا الشرط يُنشئ مزية غير مشروعة للمؤمّن دون مقابل، مما يجعله مجردًا من السبب[3]. كما أكدت الغرفة التجارية لمحكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1996 (قضية Chronopost) أن الشرط المحدد للمسؤولية، الذي يفرغ الالتزام الجوهري للناقل من مضمونه، يُعد كأن لم يكن، لأنه يؤدي إلى تجريد التزام العميل من سببه، المتمثل في الحصول على خدمة سريعة وموثوقة تبرر الثمن المرتفع[4].

[1] – نفس المرجع، ص. 14.

[2] – المادة 98 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري.

[3] - cass, civ, 1 ére chambre, 19 décembre 1990, Revue trimestrielle de droit civil, 1991, p. 325, observations de Jacques Mestre

[4] - cass, com, 22/10/1996, Revue trimestrielle de droit civil, 1997, p. 418, observations de Jacques Mestre

ويُستفاد من هذه التطبيقات أن القضاء قد لجأ إلى فكرة انعدام السبب، سواء الكلي أو الجزئي، لمعالجة الاختلال العقدي الناجم عن بعض الشروط، خاصة عندما يكون الالتزام مفروضًا دون مقابل حقيقي. غير أن هذا التحليل، رغم وجاهته النظرية، يواجه صعوبات عملية، ذلك أن العقد يُعد وحدة متكاملة من الشروط والالتزامات المتداخلة، مما يجعل من الصعب عزل شرط معين والحكم عليه بانعدام السبب بمعزل عن بقية عناصر العقد. كما أن تقدير التوازن لا يتم بالنظر إلى التزام منفرد، بل إلى مجموع الالتزامات المتقابلة[1].

وعلاوة على ذلك، يذهب جانب من الفقه إلى أن حالات انعدام السبب بالمعنى الدقيق نادرة في العلاقات التعاقدية، وخاصة في عقود الاستهلاك، حيث لا يتعلق الأمر عادة بانعدام المقابل، وإنما بعدم التكافؤ أو الاختلال في الالتزامات. ومن ثمّ، فإن مجرد عدم التوازن الاقتصادي لا يكفي للقول بانعدام السبب، إذ يتطلب ذلك انعدامًا حقيقيًا وكليًا للمقابل[2].

وبناءً عليه، يبدو أن الاعتماد على نظرية السبب لاستبعاد الشروط التعسفية يظل محدود الفعالية، لكونها لا تستوعب إلا الحالات القصوى التي ينعدم فيها المقابل تمامًا. أما الحالات الأكثر شيوعًا، والتي تتمثل في اختلال التوازن دون انعدامه، فإنها تخرج عن نطاق هذه النظرية، وتستدعي البحث عن آليات أخرى، كمبدأ حسن النية، التي قد تكون أكثر قدرة على تحقيق العدالة التعاقدية ومعالجة الشروط التعسفية.

[1] – أحمد يحياوي سليمة، المرجع السابق، ص. 16.

[2] – تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الدراسات العليا، كلية الشركة، العدد 20، 2009، ص. 306، يُنظر كذلك بورزق أحمد، الحماية القضائية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021، ص576.

2- دور مبدأ حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية :

شهد الفقه القانوني تباينًا ملحوظًا بشأن مدى فاعلية مبدأ حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية؛ إذ يرى اتجاه أول أنّ هذا المبدأ يُمثل ضمانة حقيقية لحماية المتعاقد من الشروط المجحفة التي قد تُفرض عليه في إطار العلاقة التعاقدية، بينما يذهب اتجاه آخر إلى إنكار هذا الدور، معتبرًا أنّ حسن النية لا يُعد وسيلة فعالة لحماية الطرف الضعيف.

2-1- المنكرون لدور مبدأ حسن النية في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية:

يذهب جانب من الفقه إلى التشكيك في فعالية مبدأ حسن النية كأداة لمواجهة الشروط التعسفية، انطلاقًا من اعتباره غير كافٍ لضمان حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. ويستند هذا الاتجاه إلى عدة اعتبارات[1]، من أبرزها أنّ النصوص القانونية، وعلى رأسها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل (والتي تقابلها المادة 107 من القانون المدني الجزائري والمادة 148 من القانون المدني المصري)، تقصر الالتزام بحسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، دون أن تمتد إلى مرحلة تكوينه.

كما يؤكد أنصار هذا الاتجاه أنّ حسن النية يرتبط بسلوك المتعاقدين لا بمضمون الشروط التعاقدية، الأمر الذي يجعله غير ملائم لمعالجة الشروط التعسفية التي تقوم أساسًا على اختلال التوازن الموضوعي بين الالتزامات. ويُضاف إلى ذلك أنّ هذا المبدأ لا يُعتبر في نظرهم، أداة قانونية مستقلة يمكن للقاضي الاعتماد عليها للرقابة على شروط العقد أثناء تكوينه.

وفي إطار المقارنة القانونية، يُلاحظ أنّ القضاء الألماني قد توسع في توظيف مبدأ حسن النية لإقصاء الشروط المختلة بالتوازن العقدي، بخلاف القضاء الفرنسي الذي ظل أكثر تحفظًا في هذا الشأن، رغم استلهامه لبعض تطبيقات هذا المبدأ. أما على الصعيد الجزائري، فيرى بعض الفقه أنّ غياب جزاء قانوني صريح عند الإخلال بحسن النية

[1] – رباحي أحمد، المرجع السابق، ص-ص. 231-232.

يُضعف من فعاليته، وهو ما يفسر محدودية الاجتهاد القضائي في هذا المجال، ويعزز الشكوك حول قدرته على تحقيق التوازن العقدي [1].

ومع ذلك، لا ينكر أنصار هذا الاتجاه أهمية مبدأ حسن النية بصورة مطلقة، بل يقصرون دوره على مرحلة تنفيذ العقد، حيث يمكن أن يُستعان به للحد من الآثار الناجمة عن التعسف في استعمال الشروط التعاقدية[2].

2-2 -المؤيدون لدور مبدأ حسن النية في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية:

في المقابل، يرى اتجاه فقهي واسع أنّ لمبدأ حسن النية دورًا محوريًا في تحقيق التوازن العقدي ومواجهة الشروط التعسفية، سواء في مرحلة تكوين العقد أو أثناء تنفيذه. ويؤكد هذا الاتجاه أنّ حسن النية ليس مجرد حالة نفسية، بل هو معيار موضوعي للسلوك القويم الذي يتعين أن يلتزم به المتعاقدون وفق ما جرى عليه التعامل السليم [3].

ويرى أنصار هذا الاتجاه أنّ حسن النية يجب أن يسود كافة مراحل العقد، بدءًا من مرحلة المفاوضات وإبرام العقد، وصولًا إلى مرحلة تنفيذه، باعتبار أنّ العقد وحدة متكاملة لا تتجزأ، وأنّ التنفيذ ما هو إلا امتداد طبيعي للتكوين. ومن ثم، لا يُتصور اشتراط حسن النية في التنفيذ دون الالتزام بها عند التعاقد [4].

كما تعزز هذا التوجه التطورات الحديثة في القوانين الوضعية، التي كرّست التزامات ما قبل تعاقدية، وعلى رأسها الالتزام بالإعلام والتبصير، بهدف تحقيق حماية فعالة

[1] – بغداوي مولود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص71.

[2] – رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 232.

3- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 419

[4] – عبد الحليم القوني، المرجع السابق، ص. 323 وما بعدها، ينظر كذلك رباحي أحمد، المرجع السابق، ص-ص. 233-234.

للمتعاقدين. ويتلاقى هذا الاتجاه مع الفقه الإسلامي، الذي يُقرّ بامتداد مبدأ حسن النية إلى مرحلة إبرام العقد، ويشدد على ضرورة خلوّ التعاقد من الغش والتدليس والاستغلال[1].

وفي هذا الإطار، يُنظر إلى الغش باعتباره مظهرًا من مظاهر سوء النية في التنفيذ، يقابله التدليس في مرحلة التكوين، وهو ما يعكس وحدة المبدأ في مختلف مراحل العقد. وبتصفح القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد كرّس هذا التوجه، لاسيما في المادة 2/111 من القانون المدني بشأن تفسير العقد، على ضرورة مراعاة ما يجب أن يسود بين المتعاقدين من أمانة وثقة، وهو ما يؤكد ضرورة حضور حسن النية منذ مرحلة إبرام العقد.، بما يعكس تبنيًا ضمنيًا لفكرة حسن النية في مرحلة التكوين.

وانطلاقاً من ذلك، يُعدّ مبدأ حسن النية أداة فعالة لحماية الطرف الضعيف، إذ يفرض التزامات سلوكية على عاتق الطرف القوي، خاصة في العقود غير المتكافئة كعقود الإذعان. كما يمتد نطاق هذا المبدأ ليشمل طرفي العلاقة التعاقدية على حد سواء، بحيث يُلزم كلًّا من الدائن والمدين باحترام مقتضيات الأمانة والصدق في التعامل[2].

علاوة على ذلك، يشكّل مبدأ حسن النية قيدًا على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، إذ يحدّ من إطلاق هذا الأخير متى أدّى تطبيقه الحرفي إلى الإضرار بأحد الأطراف أو الإخلال بالتوازن العقدي. وبناءً على ذلك، يمكن الاستناد إلى هذا المبدأ كأساس لإبطال أو تعديل الشروط التعسفية التي تُفضي إلى اختلال العدالة العقدية. وقد لقي هذا التوجّه دعمًا فقهيًا معتبرًا، يدعو إلى تمكين القضاء من توظيف مبدأ حسن النية بمرونة وفعالية، بما يسمح له بمواجهة الشروط الجائرة، سواء في العلاقات بين المهني والمستهلك أو حتى بين المهنيين أنفسهم، تحقيقًا لعدالة تعاقدية حقيقية قوامها النزاهة والتوازن[3].

1- عبد الحليم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، المرجع السابق، ص 323.

2- رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 233.

3 - رباحي أحمد، المرجع السابق، ص. 237.

الفرع الثاني: حماية مصلحة المتعاقد من الشّروط التعسّفية في إطار عقود الإذعان.

تتميز عقود الإذعان بكونها غالبًا مُعدة مسبقًا من قبل الطرف القوي، بحيث يتعين على الطرف المذعن قبول شروطها كما هي، دون مجال للتفاوض. وقد تحتوي بعض هذه الشروط على عناصر تعسفية تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي أو منح الطرف الأقوى امتيازات غير متكافئة، بما ينعكس على وظيفة العقد الأصلية في تبادل المنافع. ورغم أن مبدأ سلطان الإرادة يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فإن تطبيقه المطلق قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة في ظل عدم التكافؤ بين الأطراف. لذلك، اقتضت الضرورة فرض قيود على هذا المبدأ من خلال تدخل المشرع وتمكين القاضي من تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، بما يحقق حماية الطرف المذعن ويكرّس العدالة العقدية. وهو ما سنقوم بمناقشته وتحليله في هذا الفرع.

أولاً: شروط استفادة الطرف المُذعَن من الحماية.

يتطلب تحقيق العدالة في العلاقات التعاقدية توفير حماية فعّالة للطرف الضعيف، لا سيما عندما يكون الطرف الآخر في موقع قوة، سواء أكانت هذه القوة اقتصادية أو فنية أو قانونية، مما يمنحه القدرة على السيطرة على كافة مراحل العقد، من الإبرام إلى التنفيذ، وفرض شروط قد تكون تعسفية وتضر بالطرف الأضعف.

ومن ثم، أصبح من الضروري التصدي لهذه الظاهرة عبر سن تشريعات تكفل حماية هذا الطرف، مع منح القاضي سلطة استثنائية محددة قانونيًا للتدخل في حالات معينة، بهدف إعادة التوازن إلى العقد عند اختلال الالتزامات المتقابلة[1]. وفي هذا السياق، تشير المادة 110 من القانون المدني الجزائري إلى أن تدخل القاضي مشروط بتحقق شرطين أساسيين يمكّنانه من تعديل الشروط المجحفة في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها.

[1] – نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، الاسكندرية،2002، ص.81.

أ- وجود عقد الإذعان:

كما سبق الإشارة إليه، يُعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يفرض فيه أحد الأطراف – وغالبًا الطرف الأقوى اقتصاديًا – شروطًا محددة مسبقًا على الطرف الآخر، دون أن يتيح له أي مجال للتفاوض أو تعديل هذه الشروط، وذلك عادةً في سياق تقديم سلعة أو خدمة تُعد ضرورية، سواء أكان الاحتكار فيها قانونيًا أو فعليًا، أو كانت حرية النقاش محدودة للغاية.

وقد جاء في المادة 04/03 من القانون 02/04 تعريف لعقد الإذعان على النحو التالي: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقًا من أحد الأطراف مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي."

وانطلاقًا من هذا التعريف، يتضح أن عقد الإذعان يقوم على عنصرين أساسيين:

1. **التحديد المسبق لمحتوى العقد من قبل أحد الأطراف:** حيث يُهيمن أحد الأطراف على صياغة شروط العقد قبل التوقيع، مع ضرورة تحقق عنصر التراضي الصحيح، بحيث يكون العقد خاليًا من العيوب التي قد تُخلّ بصحة الإرادة.
2. **عجز الطرف المذعن عن إحداث أي تغيير جوهري في العقد:** إذ يقع الطرف الضعيف أمام شروط محددة مسبقًا يفرضها الطرف الأقوى اقتصاديًا، دون أن تتاح له فرصة حقيقية للتفاوض أو تعديل هذه الشروط، بحيث يظل الخيار متاحًا له فقط بين القبول الكامل أو الرفض التام للعقد.

ب- تضمن العقد شرطاً أو عدة شروط تعسفية تمس مصلحته المشروعة:

عندما يتضمن العقد شرطًا أو عدة شروط تعسفية تمس المصلحة المشروعة للطرف المذعن، يبرز المبرر القانوني لتدخل القاضي لمعالجة هذه الشروط التي يفرضها الطرف الأقوى مستغلاً موقعه التعاقدي. وفي مثل هذه الحالات، يُخوّل القانون القاضي تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها، بهدف إعادة التوازن للالتزامات

التعاقدية وتخفيف العبء عن الطرف الأضعف، بما يحقق العدالة والإنصاف في العلاقة التعاقدية.

ثانياً: إمكانية تعديل الشّروط التعسّفية أو استبعادها

يُعد القبول بالعرض المقدم من الطرف الأقوى في عقود الإذعان بمثابة خضوع لإرادته، وهو ما يظهر جليًا في تطبيق هذه العقود. ومع ذلك، فإن الاختلال في توازن الإرادتين لا يعني بالضرورة انعدام رضا الطرف الأضعف، ما دام حراً في القبول أو الرفض. وقد قيّد المشرع الطرف القوي في هذه العقود بعدم التعسف في فرض الشروط، حيث منح القاضي سلطة تعديل هذه الشروط أو إلغائها كليًا وفقًا لأحكام المادة 110 من القانون المدني. كما أتاح للقاضي سلطة تقديرية لتقييم مدى إجحاف الشرط، معتبرًا ذلك مسألة من النظام العام، حيث يُبطل أي اتفاق يخالف هذه الضوابط. وبناءً عليه، تُعد عقود الإذعان استثناءً من القاعدة العامة القائلة بأن "العقد شريعة المتعاقدين"[1].

ونظرًا لما تتضمنه عقود الإذعان في الغالب من شروط قد تضر بالطرف المذعن، فقد أقرّ المشرع الجزائري حماية قانونية لهذا الطرف تتجسد في وسيلتين أساسيتين: الأولى، منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها؛ والثانية، اعتماد تفسير خاص للعقد يميل لصالح الطرف الأضعف، بما يضمن التوازن والعدالة في العلاقة التعاقدية.

أ- سلطة القاضي في تعديل أو إعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية:

بالرغم من أن مبدأ الحرية التعاقدية يهدف إلى تحقيق توازن بين إرادات الأطراف، إلا أن هذا التوازن قد يختل في بعض الحالات، لا سيما في عقود الإذعان، حيث يكون أحد الأطراف في موقع قوة يفرض شروط العقد، بينما لا يمتلك الطرف

[1] – جيلالي بن عيسى، بن قردي أمين، عقود الاذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الاكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد 01، العدد 1، 2019، ص.08.

الآخر سوى خيار القبول أو الرفض دون إمكانية مناقشتها. هذا الوضع يضعف حرية إرادة الطرف المذعن ويخل بمبدأ التوازن العقدي.

وقد أدرك المشرع الجزائري هذه الإشكالية، فخصّ الطرف المذعن بحماية قانونية من خلال المادة 110 من القانون المدني، التي تنص على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وتضمن شروطًا تعسفية، جاز للقاضي تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها، وفق ما تقضي به العدالة، ويُعد كل اتفاق يخالف ذلك باطلاً." ويتضح من هذا النص أن للمذعن الحق في اللجوء إلى القضاء للطعن في الشروط التعسفية، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية لتعديلها أو إلغائها إذا ثبت عدم عدالتها. وتظل بقية بنود العقد سارية المفعول، بينما تُلغى أو تُعدّل الشروط المخالفة للعدالة، ويُعد أي اتفاق يقيد هذا الحق باطلاً تمامًا.

وتُمارس هذه السلطة القضائية دون رقابة من المحكمة العليا، إذ تخضع لتقدير القاضي وفقًا لمبادئ العدالة، ويهدف تدخل القاضي إلى تحقيق هدفين أساسيين: أولاهما تفادي الظلم الناتج عن فرض شروط تعسفية غير قابلة للتعديل، وثانيهما ضمان التوازن الواقعي والعادل في العلاقة التعاقدية بما يخدم المصلحة العامة.[1].

تشكل أحكام المادة 110 من القانون المدني قيدًا على مبدأ سلطان الإرادة، إذ تمنح القاضي سلطة تتجاوز مجرد تفسير العقد لتشمل إمكانية تعديله. ويُعتبر هذا النص أداة فعّالة لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي قد تُدرج في عقود الإذعان. ويُناط بالقاضي وحده تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيًا، فإذا قرر ذلك، جاز له تعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه، أما إذا لم يثبت وجود تعسف، فيُقرّ الشرط ويتركه على حاله. ويُعتبر الشرط تعسفيًا عندما يتعارض مع مقتضيات العدالة وروح التعامل القائم على المساواة والإنصاف. ولا يجوز للأطراف الاتفاق على الحد من سلطة القاضي في

[1] – جيلالي بن عيسى، بن قردي أمين، عقود الاذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، المرجع السابق، ص. 09.

هذا الشأن، إذ تُعد هذه السلطة من النظام العام، ويكون أي اتفاق يخالفها باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ومن الجدير بالذكر أنه في حال ثبوت وجود شرط تعسفي في عقد الإذعان، يكون من حق الطرف المذعن طلب الحماية القانونية لهذا الشرط، من خلال رفع دعوى قضائية تهدف إلى تعديله أو إلغائه. ويترتب على ذلك أن القاضي لا يمكنه التدخل من تلقاء نفسه في هذا الشأن، بل يقتصر دوره على الاستجابة لطلب صريح من الطرف المذعن، التزاماً بمبدأ حياد القاضي وضماناً لحقوق جميع الأطراف المتعاقدة[1].

وبناءً على ذلك، لا يجوز للقاضي عند عرض النزاع عليه بشأن تنفيذ العقد أو فسخه، أن يتدخل من تلقاء نفسه لتعديل بنوده إذا تبين له أنها تتضمن شروطًا تعسفية. ومع ذلك، يرى بعض الفقهاء أنه كان من الأجدر منح القاضي صلاحية إثارة مسألة الشروط التعسفية تلقائيًا عند نظره في دعاوى التنفيذ أو الفسخ، لما في ذلك من تعزيز للرقابة القضائية وتوفير ضمانات فعالة لحماية الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية[2].

ب–سلطة القاضي في تفسير العقد لمصلحة المذعن مديناً أو دائناً:

أولى المشرع الجزائري حماية مباشرة للطرف المذعن في مواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، وذلك من خلال ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري، التي تنظّم تفسير الشروط الغامضة في العقد. كما أكدت المادة 112 على أن "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن". ويُقصد بالتفسير العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي أو المفسر عند وجود غموض في العقد، بهدف الكشف عن

[1] – بدر جاسم اليعقوب، الغبن في القانون المدني الكويتي، " دراسة مقارنة، المجلد 11، العدد 02، مجلة الحقوق، كلية الحقوق الكويت، 1987، ص. 170.

[2] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 59..

الإرادة المشتركة للمتعاقدين، اعتمادًا على نصوص العقد وما يرتبط بها من عناصر خارجية [1].

وتبرز أهمية التفسير في مراحل تكوين العقد وصحته، وكذلك في تحديد آثاره القانونية، إذ يسعى إلى الكشف عن مدى تطابق إرادة الأطراف وتحديد الالتزامات المترتبة على كل منهما وفقًا لمضمون العقد. والأصل في التفسير أنه عند وجود شك، تُفسر العبارات الغامضة لمصلحة المدين. غير أن عقود الإذعان تُستثنى من هذا الأصل، بحيث يُفسر الغموض لمصلحة الطرف المذعن، سواء كان دائناً أو مديناً. ويُبرر هذا الاستثناء بأن الطرف الأقوى في عقد الإذعان هو من يصوغ شروط العقد ويملك الوسائل لإبداء عبارات واضحة، وبالتالي يقع على عاتقه مسؤولية أي غموض في تلك الشروط[2].

وعندما تتضمن عقود الإذعان عبارات غامضة لا يمكن توضيحها بالوسائل التفسيرية المعتادة، فإنه لا يجوز تفسيرها لمصلحة المدين كما في العقود التقليدية، بل يجب تفسيرها لصالح الطرف المذعن، سواء كان دائناً أم مديناً. ولا تُطبق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين إلا بعد استنفاد قواعد التفسير الأصلية والوصول إلى طريق مسدود. فإذا كانت عبارات العقد واضحة وتعكس إرادة الأطراف، فإنه يتعين الالتزام بها دون اللجوء إلى قاعدة الشك. ويستند هذا النهج إلى أن شروط عقود الإذعان تُفرض من قبل الطرف الأقوى دون إتاحة فرصة للطرف الآخر لمناقشتها أو تعديلها، مما ينفي وجود إرادة تعاقدية متبادلة بالمعنى التقليدي، ويبرر تفسير الغموض لصالح الطرف المذعن تحقيقًا للعدالة[3].

[1]– عبد الرحمان حديبي، سلطة القاضي في عقد الاذعان –دراسة مقارنة– المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 02، 2023، ص.101.

[2] – المرجع نفسه، ص. 102.

[3] – المرجع نفسه، ص.103.

صفوة القول، نجد أن المشرع الجزائري نجح في إرساء حماية قانونية متوازنة للطرف المذعن في عقود الإذعان، بما يحقق العدالة ويضمن استقرار المعاملات، حيث لم يعد نفاذ العقد مرتبطًا بمجرد إبرامه فحسب، بل أصبح مرتبطًا أيضًا بتحقيق العدالة العقدية وحماية الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.

الفرع الثالث: حماية مصلحة المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية في ظل الشروط التعاقدية.

إلى جانب الحماية العامة التي توفرها القواعد التقليدية وعقود الإذعان لمواجهة مختلف أنواع الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك، جاءت الحماية الخاصة لتستهدف معالجة شروط تعسفية محددة عبر قواعد فرعية مستمدة من القواعد العامة. وتمتد هذه الحماية لتشمل كل طرف يعاني من ضعف اقتصادي، حتى وإن لم يكن مستهلكًا، مع العلم أن المستهلك هو الأكثر تضررًا من هذه الشروط عمليًا. في هذا الفرع، سيتم تناول عنصرين: العنصر الأول يركز على دور القاضي في الحد من بعض الشروط التعسفية، مثل الشروط الجزائية والإرادية، أما العنصر الثاني فيسلط الضوء على حماية المستهلك من خلال إبطال الشروط الخاصة، وهي شروط تعسفية بطبيعتها، وقد تناولتها نصوص عدة في قوانين مختلفة، منها القانون المدني والقانون التجاري وتشريعات أخرى.

أولاً: حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية المرتبطة بالشرط الجزائي والشروط الإرادية

تعد الشروط الجزائية والشروط الإرادية شروطًا عادية في طبيعتها، ولا يطرأ عليها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، إلا أن هذه الصفة قد تظهر أثناء مرحلة التطبيق أو التنفيذ. وفيمايلي سنعرض الحماية المقررة للمستهلكين فيما يخص الشروط الجزائية المبالغ فيها، وكذلك الحماية من آثار الشروط الإرادية

.أ: إعادة تقدير الشرط الجزائي بما ينسجم مع مصلحة المتعاقد الآخر

في كثير من الحالات، يلجأ المحترف إلى إدراج شرط جزائي في العقد مستغلاً نفوذه وقوته الاقتصادية، بهدف الحصول على مزايا مفرطة تُفضي إلى تعويض اتفاقي فاحش على المستهلك، نظرًا لعدم المساواة الاقتصادية بين الطرفين. ومن هذا المنطلق، منحت

معظم التشريعات القاضي سلطة التحقق مما إذا كان التقدير الاتفاقي للتعويض يُشكل مبالغة فاحشة أم لا.

بمعنى آخر، تدخل المشرع لإلغاء مبدأ عدم المساس بالشرط الجزائي عندما يؤدي هذا الأخير إلى نتائج مجحفة بشكل واضح، أو يترتب عليه اختلال في التوازن الاقتصادي بين المحترفين والمستهلكين من جهة، أو بين المحترفين فيما بينهم من جهة أخرى. ويُعد هذا سببًا لاعتبار إدراج الشرط الجزائي تعسفيًا، إذ يتم وفق إرادة محرر العقد شبه المنفردة، بينما تكون إرادة المستهلك في الواقع إرادة افتراضية لا تأثير لها. وتشير هذه الشروط، في واقع الحال، إلى الطابع التقييدي والتحكمي الذي يمارسه الطرف المهيمن اقتصاديًا. وفيما يلي، سيتم تناول مفهوم الشرط الجزائي، وتمييزه عن غيره من الشروط، بالإضافة إلى دور سلطة القاضي في مراجعته.

1-مفهوم الشرط الجزائي:

سيتم التطرق من خلال هذا العنصر إلى تحديد تعريف الشرط الجزائي في الاصطلاح التشريعي والفقهي، ثم تمييزه عن شرط تحديد المسؤولية، بالإضافة إلى إبراز سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي.

1-1-تعريف الشرط الجزائي:

لم يُعرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي صراحة، مكتفيًا بإقرار شرعيته في المواد من 183 إلى 185 من القانون المدني، تاركًا تحديد مفهومه للفقه والقضاء.

ولقد عرف الفقه الشرط الجزائي بعدة تعريفات، منها: أنه "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين – يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود- في حالة إخلاله بالتزام أصلي مقرر في ذمته، أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضاً للدائن عما يُصيبه من ضرر بسبب ذلك."[1]، كما عرّف أيضًا بأنه " ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدين – مسبقا

[1] - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، " دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص فقه وأصول، كلية التربية، جامعة المالك سعود، السعودية، 1425 ه- 1426ه، ص. 17.

وبطريقة جزافية– التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدي. فهو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض. ويكون القصد منه غالباً استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، والتخلص من عبء إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض."[1]

استنادًا إلى هذه التعريفات، يمكن القول إن الشرط الجزائي هو شرط يُدرج في العقد يقدر بموجبه الطرفان التعويض المستحق عند إخلال أحدهما بالتزاماته العقدية، أي أنه التزام تبعي[2]. ويجمع الفقه على أن جوهر الشرط الجزائي هو التعويض، وهو ما دفع بالمشرع الجزائري إلى تنظيم أحكامه ضمن الباب الخاص بالتنفيذ بطريق التعويض. ويقرر الشرط الجزائي إما لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ، وله خاصيتان أساسيتان: إما أن يكون التزامًا بفعل شيء أو ضماناً لتنفيذ الاتفاق، كما أن جوهره ردعي وتهديدي. كما أن محله ليس بالضرورة ماليًا، بل يمكن أن يكون أداءً لعمل معين أو امتناعًا عنه.

وبذلك، يحمل الشرط الجزائي صفة تعويضية، وقد يكون وسيلة ردع إذا كان المبلغ المالي أعلى من قيمة الضرر، أو وسيلة لتخفيف المسؤولية إذا كان المبلغ أقل من الضرر الفعلي. ويتيح المشرع الجزائري للمتعاقدين تحديد قيمة التعويض مسبقًا في العقد أو في اتفاق لاحق، وفق المادة 183 من القانون المدني، مؤكدًا أن مصدر الشرط الجزائي هو الاتفاق بين الطرفين دون تدخل القانون إلا بما نص عليه.

هذا ويمكن إدراج الشرط الجزائي في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق، ويستحق بمجرد إخلال الطرف بالتزامه، حتى وإن لم يتناسب المبلغ مع حجم الضرر أو لم ينشأ أي ضرر فعلي، كما نصت المادة 266 من القانون المدني على أن "المتعاقدين لهم أن يعينوا في العقد أو في صك لحق قيمة بدل الضرر والعطل إذا تخلف المدين عن تنفيذ

[1] – بوادالي محمد ، المرجع السابق، ص. 64.

[2]– قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الاسلامية، دراسة مقارنه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 4، العدد2، 2019، ص2258

التزامه كليًا أو جزئيًا". والهدف من الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخير[1].

انطلاقًا من ذلك، يمكن القول إن الشرط الجزائي لا يُعد تعسفيًا في ذاته، وإنما قد يكتسب هذا الوصف متى توافرت فيه المقومات التي تميز الشروط التعسفية، كأن يؤدي إلى اختلال واضح في التوازن العقدي أو يفرض التزامًا مرهقًا وغير متكافئ على عاتق أحد الطرفين. وفي هذه الحالة، يصبح من المشروع إخضاعه لرقابة القضاء وتفعيل آليات الحماية القانونية الكفيلة برفع التعسف وإعادة التوازن بين المتعاقدين.

1-2 – تمييز الشرط الجزائي عما يشابهه

يتشابه الشرط الجزائي مع عدد من المفاهيم القانونية القريبة منه، مما يقتضي بيان أوجه التمييز بينها دفعًا لكل لبس. وبالرجوع إلى ما سبق بيانه، فإن الشرط الجزائي يتمثل في اتفاق مسبق بين الطرفين على تحديد مقدار التعويض المستحق للدائن في حال إخلال المدين بالتزامه أو تأخره في التنفيذ، ويُدرج هذا الاتفاق إما ضمن العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق، على أن يتم تقدير التعويض قبل وقوع الضرر. أما إذا تم تحديده بعد تحقق الضرر، فإنه يخرج عن كونه شرطًا جزائيًا ويُعد صلحًا. ومع ذلك، فقد يلتبس الأمر في بعض الأنظمة القانونية نظرًا لتشابهه مع بعض النظم القريبة، وهو ما يستوجب تمييزه عنها بصورة دقيقة.

-الشرط الجزائي والعربون:

نظّم المشرّع الجزائري العربون نظرًا لشيوع استعماله في المعاملات المالية، ويُوظف على أساس معنيان رئيسيان: فقد يُقصد به تأكيد انعقاد العقد، وذلك من خلال المبلغ الذي يدفعه المشتري للبائع على أن يُحتسب جزءًا من الثمن، وفي هذه الحالة لا يثور أي تشابه بينه وبين الشرط الجزائي. وقد يُراد به، في المقابل، جزاءً للعدول عن العقد، بحيث يفقده من عدل عن التصرف أو يلتزم بردّ مثله، وفقًا لما نصت عليه المادة 72

1- رباح سعيدة، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجيستير، حقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سطيف02، 2014/2013، ص.96.

مكرر من القانون المدني الجزائري. وهنا قد يلتبس أمره بالشرط الجزائي، من حيث كونه تقديرًا مسبقًا للتعويض عن العدول.

ومع ذلك، يظل التمييز بينهما قائمًا من عدة أوجه؛ فالعربون يُعد جزاءً للعدول ويستحق حتى ولو لم يترتب على هذا العدول أي ضرر للطرف الآخر، في حين أن الشرط الجزائي لا يُستحق إلا عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه. كما أن العربون لا يخضع لسلطة القاضي في التخفيض، بخلاف الشرط الجزائي الذي يجوز تعديله إذا تبين مبالغته أو عدم تناسبه مع الضرر.

ومن جهة أخرى، فإن التعاقد بالعربون يُخول لكل من المتعاقدين حق التحلل من العقد مقابل التضحية بقيمة العربون، فيُعد بمثابة مقابل للعدول. أما في الشرط الجزائي، فإن المدين يظل ملزمًا بتنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذًا عينيًا متى كان ذلك ممكنًا، ولا يُعفيه الشرط الجزائي من هذا التنفيذ، إلا إذا استحال التنفيذ العيني، فيتحول الالتزام حينئذ إلى تعويض نقدي يُقدر سلفًا بموجب هذا الشرط[1].

-الشرط الجزائي والغرامة التهديدية:

تشابه كلٌّ من الغرامة التهديدية والشرط الجزائي في عدة جوانب، إذ يتمثل كلاهما في التزام مالي يُفرض على المدين نتيجة إخلاله بتنفيذ التزامه أو تأخره فيه، مما يجعلهما مرتبطين بفكرة الجزاء عن عدم التنفيذ. كما يؤدي كل منهما وظيفة ردعية، حيث يشكلان وسيلة ضغط لحمل المدين على الوفاء بالتزاماته تفاديًا لتحمل عبء مالي إضافي. ويشتركان أيضًا في كونهما يقومان على تقدير مالي يُلزم به المدين، سواء كان هذا التقدير سابقًا باتفاق الأطراف كما في الشرط الجزائي، أو لاحقًا بحكم قضائي كما في الغرامة التهديدية. وعلى هذا الأساس، يظهر التقارب بينهما من حيث الأثر المالي والغاية العملية، ورغم هذه الأوجه من التشابه، فإن الاختلاف الجوهري بينهما يظل قائمًا، خاصة من حيث الهدف، إذ يُعد الشرط الجزائي تعويضًا اتفاقيًا، بينما تُعتبر

[1]- طلبة وهيبة خطاب، أحكام التزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، دون سنة النشر، ص.68.

الغرامة التهديدية وسيلة إكراه لحمل المدين على التنفيذ العيني، فإذا تأخر في التنفيذ التزم بدفع هذه الغرامة. ومن ثمّ، فهي ذات طابع تهديدي ومؤقت، هدفها الأساسي ليس التعويض، بل دفع المدين إلى التنفيذ العيني[1].

-الشرط الجزائي وشرط تحديد المسؤولية:

تهدف المسؤولية العقدية إلى معالجة النتائج المترتبة على إخلال المدين بالتزامه، سواء من خلال عدم التنفيذ أو التأخر فيه، ويقرر القانون في هذا الإطار جزاء المسؤولية عن طريق إلزام المدين بالتعويض. غير أن هذا النظام القانوني للمسؤولية العقدية ليس ملزمًا للأطراف بالكامل، إذ يُتاح لهم الاتفاق على تعديل أحكام هذه المسؤولية أو تحديد قيمة التعويض مسبقًا، وهو ما قد يثير شبهات حول تشابهه مع الشرط الجزائي.

إلا أن الشرط الجزائي يختلف عن ما يُعرف بالشرط المحدد للمسؤولية في عدة نواحٍ؛ إذ إن التعويض في الشرط الجزائي يُلزم المدين بالمبلغ المتفق عليه حتى لو كان الضرر الفعلي أقل من قيمة الشرط، باستثناء حالات استثنائية. أما الشرط المحدد للمسؤولية فيقتصر عادةً على حماية المدين، لا سيما في عقود الاستهلاك، بينما يمكن أن يستفيد أي من المتعاقدين من الشرط الجزائي تبعًا لقيمة الجزاء. كما قد يُستغل الشرط الجزائي لإخفاء الشرط المحدد للمسؤولية أو لتجنب أحكام قانونية تمنع الإعفاء التام من المسؤولية، بحيث يُحدد الشرط بمبلغ ضئيل يؤدي ضمنيًا إلى إلغاء المسؤولية، مما يجعل الشرط باطلاً في هذه الحالة[2] .

2- سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي

[1]-- قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الاسلامية، دراسة مقارنه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 4، العدد2، 2019، ص.2260

[2]- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص.67.

تدخل المشرّع الجزائري لحماية المتعاقد الضعيف من التعسف في استعمال الشرط الجزائي، فخوّل للقاضي سلطة تعديله تحقيقًا للتوازن العقدي. إذ يجوز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا قام المدين بتنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذًا جزئيًا، أو إذا أثبت أن التعويض المتفق عليه مبالغ فيه إلى حد كبير، وذلك وفقًا لما نصت عليه المادة 2/184 من القانون المدني الجزائري. كما منح المشرّع للقاضي سلطة زيادة قيمة الشرط الجزائي متى تجاوز الضرر الفعلي مقدار التعويض المقدر، بشرط أن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشًا أو خطأً جسيمًا، وذلك استنادًا إلى أحكام المادة 185 من القانون المدني[1].

ويُشار في هذا الصدد إلى أن جانبًا من الفقه[2] قد وجّه انتقادًا للمشرّع الجزائري، على أساس أنه لم يضع معيارًا دقيقًا لتحديد مدى المغالاة أو البخس في تقدير التعويض مقارنةً بالضرر الفعلي الذي لحق بالدائن. كما يُؤخذ عليه أيضًا أنه لم يمنح القاضي سلطة مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه، خلافاً لما هو معمول به في القانون الفرنسي[3]، الأمر الذي أفضى إلى إقرار حماية غير مكتملة للطرف الضعيف[4].

2-1--سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

يجوز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي، كما سبق بيانه، بما يجعله متناسبًا مع الضرر الذي لحق الدائن نتيجة الإخلال بالتنفيذ. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني على أنه: "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطًا، أو أن الالتزام الأصلي قد نُفذ في جزء منه". وبناءً على ذلك، يتم التخفيض في حالتين:

---

[1]– بغدادي خديجة، ويس فتحي، أثر القوة الاقتصادية على عقود الاستهلاك–بين القواعد العامة والتوجه التشريعي الحديث، مجلة المفكر، المجلد 16، العدد2، 2021، ص.320.

[2] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 68.

[3] – وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الفرنسي لم يمنح القاضي سلطة مراجعة الشرط الجزائي إلا بموجب قانون 9 جويلية 1975، ثم قام بتدعيم هذه السلطة من خلال إضافة فقرة إلى المادة 1152 بموجب تعديل 11 أكتوبر 1985، والتي خولت للقاضي إمكانية مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه، حتى في غياب طلب من الخصوم.

[4]– سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص.67.

– **الحالة الأولى:** يجوز تخفيض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض قد شابه قدر كبير من المبالغة، إذ يُنظر إليه في هذه الحالة على نحو يجعله أقرب إلى الغرامة التهديدية، فيخضع لسلطة القاضي في إعادة التقدير. غير أن دور القاضي لا يتمثل في جعل التعويض مساويًا تمامًا للضرر، وإنما يقتصر على إزالة ما شابه من غلوّ ومبالغة. وإذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغًا من النقود، فقد يُستدل من المغالاة في تقدير الشرط الجزائي على محاولة إخفاء فوائد ربوية، الأمر الذي يستوجب تخفيضها إلى الحد القانوني.

وعليه، يتعين أن يكون إنقاص التعويض بالقدر الذي يجعله متناسبًا مع الضرر الفعلي. ويتضح من ذلك أن المشرّع يستهدف حماية المدين بوصفه الطرف الضعيف من جهتين: الأولى، إمكانية استبعاد الشرط الجزائي كليًا إذا ثبت عدم تحقق أي ضرر للدائن؛ والثانية، جواز تخفيضه إذا تبين عدم تناسبه مع الضرر أو انطواؤه على مبالغة جسيمة في التقدير، بحيث يتولى القاضي تعديله بما يحقق التوازن دون أن يلزم بمطابقته تمامًا لقيمة الضرر[1].

– **الحالة الثانية:** يجوز تخفيض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ جزء من التزامه الأصلي، ذلك أن هذا الشرط وُضع أساسًا لمواجهة حالة عدم التنفيذ الكلي. أما إذا تحقق تنفيذ جزئي، فإن مقتضيات العدالة تقتضي عدم إلزام المدين بكامل قيمة الشرط الجزائي. ولا يُعد ذلك مساسًا بما اتفق عليه الطرفان، إذ يُخفض المبلغ المتفق عليه بنسبة الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام، بحيث يقوم القاضي بإنقاص التعويض إلى الحد الذي يتناسب مع الجزء المتبقي غير المنفذ. وينطبق الحكم ذاته في حالة الشرط الجزائي المقرر عن التأخر في التنفيذ[2].

2-2-سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

[1]– قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.2263.

[2] – نفس المرجع، نفس الصفحة.

تنص المادة 185 من القانون المدني على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشًا أو خطأً جسيمًا". ويُستفاد من هذا النص أن الدائن يظل مقيدًا بقيمة الشرط الجزائي، فلا يجوز له المطالبة بما يجاوزها، إذ يُعد هذا الشرط في هذه الحالة بمثابة وسيلة لتخفيف المسؤولية، ومن ثمّ لا يقضي القاضي إلا بالمبلغ المتفق عليه، حتى ولو كان أقل من الضرر الفعلي[1].

غير أنه يرد على هذا الأصل استثناء، يتمثل في حالة ثبوت الغش أو الخطأ الجسيم من جانب المدين، حيث يفقد الشرط الجزائي أثره الملزم، ولا يُعتد بالاتفاق في هذا الخصوص، ويجوز للقاضي عندئذٍ الحكم بتعويض يتجاوز القيمة المحددة، بما يجعله متناسبًا مع الضرر الحقيقي الذي لحق بالدائن.

3-سلطة القاضي بالنسبة للشرط الجزائي ومعايير تقدير القيمة الفاحشة لهذا الشرط:

تُعد سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي آلية فعّالة لإعادة التوازن إلى العلاقات العقدية، لا سيما في الحالات التي يكون فيها أحد الأطراف مستهلكًا ضعيفًا مضطرًا للتعاقد من أجل الحصول على سلعة أو خدمة. غير أن هذه السلطة ليست مطلقة، إذ يتعين على القاضي أن يستند إلى جملة من المعايير لتحديد ما إذا كان الشرط الجزائي مبالغًا فيه أو زهيدًا، خاصة وأن المادة 184 من القانون المدني لم تضع معيارًا دقيقًا لهذا التقدير. فإذا ثبت أن قيمة الشرط الجزائي مبالغ فيها، فإنه يتحول إلى عقوبة تعسفية يفرضها الطرف القوي على الطرف الضعيف، الأمر الذي يبرر تدخل القاضي لتخفيضه بما يتناسب مع حجم الضرر، وبما يحدّ من التعسف ويعيد التوازن إلى العلاقة العقدية.

وفي هذا السياق، اتجه الفقه والقضاء إلى بلورة معايير تساعد على تقدير مدى فداحة الشرط الجزائي عندما يبلغ حدّ العقوبة التعسفية، بهدف تمكين القاضي من تحقيق

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الهدى للنشر، لجزائر، 2010، ص.90

التوازن العقدي بين الأطراف. ويقتضي ذلك أن يكون الشرط الجزائي متناسبًا مع الضرر الفعلي الذي لحق بالطرف المتعاقد الضعيف، مع مراعاة الظروف الموضوعية والواقعية المحيطة بالعقد، فضلًا عن الأوضاع الشخصية للأطراف، بما يكفل حماية الطرف الضعيف من التعسف ويضمن استقرار المعاملات التعاقدية.

- **.المعيار الموضوعي:**

يقوم هذا المعيار على فكرة الضرر الحقيقي كأساس لتقدير ما إذا كانت قيمة الشرط الجزائي فاحشة من عدمه، حيث يستند القاضي في هذا التقدير إلى معايير موضوعية تقوم على المقارنة بين الضرر الذي لحق فعلاً بالطرف المتعاقد والجزاء المحدد في العقد، باعتبار أن هذا الضرر يمثل مؤشرًا جوهريًا ينبغي أخذه بعين الاعتبار عند تقييم مدى فداحة الشرط[1].

وعلى هذا الأساس، تتحقق الصفة الفاحشة للشرط الجزائي عندما ينطوي على زيادة مفرطة لا تتلاءم مع قواعد العدالة والإنصاف، وهو ما استقر عليه الفقه. أما القضاء، فقد تبنّى بدوره هذا التوجه من خلال اعتماده المعيار الموضوعي، حيث يرتكز في تقديره على قيمة الضرر الفعلي ومقداره، لمقارنة ذلك بالجزاء المتفق عليه، وذلك بغرض تحديد ما إذا كان هذا الجزاء يتسم بالفحش أو ينطوي على تعسف في مواجهة الطرف الآخر[2].

- **المعيار الشخصي**

وفقًا لهذا المعيار، يعتمد القاضي في تقديره لمدى فداحة الشرط الجزائي على مجموعة من الاعتبارات، من بينها الظروف الشخصية للمدين والصعوبات التي قد تعترضه أثناء تنفيذ الالتزام الأصلي، إضافة إلى إمكانية التحقق من وجود سوء نية لدى أحد طرفي العقد. ويستند القاضي في ذلك إلى أحكام المادة 184 من القانون المدني، التي تخوّله

[1]– سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.71.

[2] – نفس المرجع، ص. 72.

سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي متى ثبت له أن التعويض المتفق عليه مبالغ فيه، أو أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فعلي نتيجة الإخلال بالالتزام التعاقدي[1].

ب: ضبط الشروط الإرادية بما يحفظ مصلحة المتعاقد الآخر.

باعتبار أن العقود الاستهلاكية تُعد من العقود الملزمة للجانبين، فإن المتدخلين الاقتصاديين يلتزمون فيها بتقديم سلعة أو أداء خدمة لفائدة المستهلكين. وفي هذا الإطار، تجد الشروط الإرادية مجالًا واسعًا للظهور ضمن هذه العقود. غير أن القواعد العامة قد قرّرت حظر تضمين مثل هذه الشروط متى كانت معلّقة على محض إرادة المتدخل الاقتصادي، لما تنطوي عليه من مساس بتوازن العلاقة العقدية، إذ قد يترتب عليها بطلان العقد برمّته.

وتكمن خطورة هذه الشروط بالنسبة للمستهلك في كونها قد تفرض عليه أعباءً مرهقة نتيجة طابعها التعسفي، ذلك أن مضمون الشرط الإرادي يتمثل في جعل تنفيذ التزام المتدخل الاقتصادي رهينًا بإرادته المستقبلية المطلقة. كما يتسم هذا النوع من الشروط بالغموض والتعقيد، وهما خاصيتان غالبًا ما يتم استغلالهما من قبل بعض المتدخلين الاقتصاديين سيئي النية للتحلل من التزاماتهم والتحايل على المستهلك، من خلال صياغتها بطريقة تنطوي على قدر من الخداع والتضليل[2].

ولإبراز مفهوم الشرط الإرادي ومدى خطورته على المستهلك، يتعين بدايةً تحديد المقصود به وبيان أنواعه، ثم التطرق إلى أبرز صوره، والمتمثلة أساسًا في إخضاع تحديد الثمن لمحض إرادة المتدخل الاقتصادي.

1- مفهوم الشرط الإرادي:

فيما يلي سيتم التطرق إلى تعريف الشرط الإرادي، مع توضيح مختلف أنواعه وإبراز أهم صور تطبيقه.

---

[1]- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، المرجع السابق، ص.280.

[2] - سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص.78.

1-1- تعريف الشرط الارادي:

هو الشرط الذي يتوقف تحقق الالتزام فيه على إرادة أحد طرفيه. وقد نظّم المشرّع هذا النوع من الشروط في المادة 205 من القانون المدني، التي نصّت على أنه: «لا يكون الالتزام قائمًا إذا عُلِّق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفًا على محض إرادة الملتزم». ويُستفاد من هذا النص أن الشرط الإرادي يُعد باطلًا متى كان معلقًا على محض إرادة المدين وحده، غير أن هذا البطلان يقتصر على هذا النوع تحديدًا. أما إذا كان الالتزام متوقفًا على إرادة الدائن، فإنه رغم وصفه بالإرادي لا يُعد باطلًا في ذاته[1].

1-2- أنواع الشرط الإرادي: يُميّز الفقه بين نوعين من الشرط الإرادي، يتمثل الأول في الشرط الإرادي البسيط الذي يُعد صحيحًا ومنتجًا لآثاره القانونية، بينما يتمثل الثاني في الشرط الإرادي المحض الذي يُعتبر باطلًا ولا يعتد به قانونًا.

-**الشرط الإرادي البسيط:** هو الشرط الذي يرتبط بإرادة أحد طرفي الالتزام، ولكن هذه الإرادة تكون مقترنة بعناصر أو أعمال أخرى أو ظروف وملابسات خارجية تؤثر في تحقق الشرط أو تخلفه. وبذلك لا تكون إرادة أحد المتعاقدين منفردة وكافية لتحقيق الشرط أو إنفاذه، بل تتداخل معها عوامل موضوعية أخرى. ولما كانت إرادة المتعاقد لا تنفرد وحدها بالتحكم في تحقق الشرط، فإن هذا النوع يُعد مقبولًا من الناحية القانونية وملزمًا[2]. وقد استقر الفقه والقضاء على مشروعية الشروط الإرادية البسيطة، بخلاف الشروط الإرادية المحضة التي يرد عليها البطلان وفقًا للنص القانوني[3].

---

[1] – أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 286.

[2]–حملاوي دغيش، الشرط كوصف للالتزام في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 24، العدد 01، 2024، ص.241.

[3]– ومن أمثلة الشرط الإرادي البسيط، الذي لا يترتب عليه البطلان، ما قرّرته الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية، حيث ورد في عقد بيع شرط يمنح البائع حق فسخ العقد إذا تقاعس المشتري عن دفع رسوم الماء والكهرباء والتدفئة، وبعد مرور ثلاثين يومًا من إعذاره بالتنفيذ، متى رأى البائع أن ذلك يحقق مصلحته.

وفي هذه الحالة، لا يكون الشرط معلقًا على محض إرادة البائع، وإنما يرتبط بتوافر إرادته مقرونة بعنصر موضوعي يتمثل في عدم تنفيذ المشتري لالتزامه، إضافة إلى إجراء الإعذار، مما يجعل تحقق الشرط مرتبطًا بجملة من العناصر وليس بإرادة منفردة.

-**الشرط الإرادي المحض:** هو الشرط الذي يتوقف تحققه على الإرادة المنفردة المحضة لأحد أطراف الالتزام، دون اقترانه بأي عمل أو ظرف خارجي. وفي هذا الإطار يُفرّق بين ما إذا كان الشرط مرتبطًا بإرادة الدائن أو بإرادة المدين.

فإذا ارتبط الشرط بإرادة الدائن، فإنه يُعد صحيحًا، سواء كان شرطًا واقفًا كما في التزام البائع بالبيع على شرط التجربة، أو شرطًا فاسخًا.

أما إذا ارتبط الشرط بإرادة المدين وحده، فيُميز بين حالتين: فإذا كان شرطًا واقفًا، فإنه يكون باطلًا ويؤدي إلى بطلان الالتزام المعلق عليه، لأن الالتزام يصبح في هذه الحالة غير مستقر ومعلقًا على محض إرادة المدين. أما إذا كان شرطًا فاسخًا، فإن الالتزام يكون قائمًا ونافذًا منذ البداية، ويظل فسخه معلقًا على إرادة المدين، مما يجعل الشرط صحيحًا، لأن وجود الالتزام لم يتوقف ابتداءً على محض إرادته[1] .

1-3- خضوع تحديد الثمن لمحض إرادة المهني:

يُعدّ الثمن من الشروط الجوهرية في عقد البيع، باعتباره المحل الرئيسي لالتزام المشتري، ومن ثم يتعين على طرفي العقد تحديده من حيث المبدأ، وإلا جاز لهما الاتفاق على إدراج العناصر الكفيلة بتحديده داخل العقد، أو ترك أمر تحديده لاحقًا بموجب اتفاق مستقل[2].

وقد استقر القضاء منذ وقت طويل على أنه لا يشترط أن يكون الثمن محددًا تحديدًا دقيقًا ومطلقًا عند إبرام العقد، وإنما يكفي أن يكون قابلاً للتحديد وفقًا لعناصر موضوعية

Cass. civ. 25 nov.1986, J.C.P., 1987-1-éd.,p.405.

نقلاً عن سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص.78.

[1]- حملاوي دغيش، الشرط كوصف للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.242.

[2] - تُراجع المواد 351 356 و 357 من القانون المدني الجزائري.

منصوص عليها في العقد، دون أن يرتبط ذلك بإرادة أحد الأطراف على نحو إرادي محض[1].

وتتجلى أهمية هذا الطرح في كون الثمن عنصرًا مؤثرًا بشكل مباشر على إرادة المتعاقدين، إذ تقتضي القواعد العامة ضرورة علم المتعاقد بمضمون العقد، ويُعدّ العلم بالثمن عنصرًا حاسمًا في تكوين هذا الرضا، باعتبار أن قدرته على الدفع قد تحدد قبوله أو رفضه للتعاقد. غير أن واقع التعامل بين المهني والمستهلك يكشف عن اختلال واضح في التوازن أثناء التفاوض حول الثمن، يصل في كثير من الأحيان إلى حد الانعدام بسبب غياب المساومة الفعلية[2].

ومن ثم، تتجلى مصلحة المستهلك في إبطال الشرط الإرادي مع الإبقاء على العقد، إذ يرى بعض الفقه أن بطلان العقد كليًا لا يُعد جزاءً مناسبًا للمستهلك، لأنه قد يترتب عليه حرمانه من سلعة أو خدمة هو في حاجة إليها. لذلك، فإن ما يهم المستهلك في الغالب هو الإبقاء على العقد مع استبعاد الشرط المعيب[3].

ث: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية ببطلان الشروط الواردة في العقود الخاصة.

نصّ المشرّع على مجموعة من الشروط التعسفية الخاصة، والتي وردت في نصوص قانونية متفرقة ضمن القواعد العامة في القانون المدني أو التجاري. ومن بين هذه الشروط تلك التي يُحظر إدراجها في وثائق التأمين، إضافة إلى الشروط المحدِّدة للمسؤولية التي تُلحق ضررًا كبيرًا بالمستهلكين. كما تشمل أيضًا شرط إسقاط أو تقليص الضمان القانوني للعيب الخفي في عقد البيع، وكذلك شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل التجاري. وفيما يلي سنتناول كل شرط على حدة.

[1] -سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص.82.

[2] – أحمد مجمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.296

[3] - سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.82.

1-الشروط التعسفية في وثيقة التأمين:

يعد عقد التأمين من أهم عقود الاستهلاك، وهو في الغالب من عقود الإذعان، نظرًا لما تتمتع به شركات التأمين من قوة اقتصادية وفنية وتقنية تُمكّنها من إعداد نماذج عقود جاهزة تتضمن شروطًا وتفصيلات محددة مسبقًا، ثم عرضها على المستهلك دون إمكانية فعلية للمناقشة أو التعديل. ويقتصر دور الراغب في التأمين على اختيار المؤمن فقط، دون أن تكون له حرية حقيقية في التفاوض بشأن شروط العقد، مما يجعل الإرادة التعاقدية محدودة الأثر في تحديد مضمون العلاقة التأمينية[1].

هذا الوضع يجعل وثائق التأمين بيئة خصبة لظهور الشروط التعسفية، خاصة في ظل تطور أهمية التأمين ليصبح ضرورة ملحة، بل وقد يكون إلزاميًا في بعض الحالات لحماية الأشخاص من مخاطر معينة[2]. وهو ما دفع المشرّع إلى عدم الاكتفاء بالحماية العامة المقررة في القواعد المدنية، كسلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية وتفسير الشك لمصلحة المدين، وإنما خصّ عقد التأمين بتنظيم قانوني مستقل، من خلال إفراد فصل خاص به في القانون المدني، إلى جانب إصدار قانون خاص بالتأمينات، بهدف الحد من تعسف شركات التأمين وحماية المستهلكين[3].

---

[1] – بركات أحمد، بن شرف نسيمة، مدى اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان في ظل تعدد شركات التأمين، مجلة حوليات جامعة بشار، العدد 06، 2009، ص. 53.

[2] – ألزم المشرّع الجزائري، بموجب الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974، كل مالك لمركبة برية ذات محرك بإبرام عقد تأمين يغطي مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي قد تلحق بالغير، وذلك كشرط مسبق لوضع المركبة في السير. ويهدف هذا الإلزام إلى ضمان تعويض ضحايا حوادث المرور وتوفير حماية قانونية فعّالة لهم، بغضّ النظر عن القدرة المالية للمسؤول عن الحادث.

[3] –يخضع عقد التأمين في التشريع الجزائري لتنظيم قانوني متكامل يجمع بين القواعد العامة والنصوص الخاصة، بما يحقق التوازن بين مصالح أطراف العلاقة التأمينية ويضمن حماية المؤمن لهم والمستفيدين. فقد خصّ المشرّع عقد التأمين بأحكام خاصة ضمن القانون المدني، لاسيما المواد المتعلقة بتحديد التزامات كل من المؤمن والمؤمن له، وتنظيم آثار العقد وحدود المسؤولية. وإلى جانب ذلك، تم تدعيم هذا التنظيم بإطار تشريعي خاص يتمثل في القانون رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، المعدّل والمتمم، والذي يُعد المرجع الأساسي في

وفي هذا الإطار، حدد المشرّع مجموعة من الشروط التعسفية التي يُحظر إدراجها في وثيقة التأمين، واعتبرها باطلة بموجب المادة 622 من القانون المدني، بما يشكل ما يُعرف بـــ"القائمة السوداء" للشروط التعسفية في عقود التأمين، وذلك على النحو الآتي:

يُبطل الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا كانت هذه المخالفة تشكل جناية أو جنحة عمدية، وذلك لأن أغلب الحوادث، مثل حوادث المرور، تنجم عن مخالفات غير عمدية، كما أن القواعد العامة تجيز مساءلة المؤمن له عن الخطأ غير العمدي دون امتدادها إلى الغش أو الخطأ العمدي[1].

كما يُبطل الشرط الذي يرتب سقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إبلاغ الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات، حتى ولو كان التأخير راجعًا إلى عذر مقبول، إذ اعتبره المشرّع شرطًا تعسفيًا لما قد يترتب عنه من حرمان غير مبرر من الحق في التأمين، مع إمكانية مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الناتج عن التأخير وفق القواعد العامة، بشرط إثبات هذا الضرر من جانبه، مع حق المؤمن له في نفيه[2].

ضبط نشاط التأمين وشروط ممارسته، من حيث تنظيم شركات التأمين، وآليات الرقابة عليها، وتحديد أنواع التأمين، وبيان حقوق والتزامات الأطراف.

كما عزّز المشرّع هذا الإطار بنصوص خاصة أخرى، من بينها الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام تعويض الأضرار، والذي أقرّ الطابع الإلزامي لبعض أنواع التأمين حمايةً للغير. وتكمل هذه المنظومة مجموعة من المراسيم التنفيذية والتنظيمية التي تحدد تفاصيل تطبيق هذه الأحكام. ويُلاحظ من خلال هذا التنظيم أن المشرّع الجزائري لم يكتفِ بالقواعد العامة، بل اتجه نحو إرساء نظام قانوني خاص يوازن بين حرية التعاقد ومتطلبات الحماية، خاصة في مواجهة الطابع الإذعاني الذي يميز عقود التأمين.

[1]– بودالي محمد، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري المرجعال سابق، ص. 75.

[2]– فايز أحمد عبد الرحمان، الشّروط التعسّفية في وثائق التأمين، دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون رقم الطبعة، 2006، ص.72.

ويُبطل أيضًا الشرط الذي يؤدي إلى سقوط الحق في حال التأخر في تقديم المستندات للمؤمن إذا كان التأخير بعذر مقبول، حتى وإن ورد في اتفاق خاص أو ضمن الشروط المطبوعة بشكل ظاهر، باعتباره من الشروط التعسفية التي تمس توازن العقد[1].

وكذلك الحال بالنسبة للشرط الذي يلزم المؤمن له، في تأمين المسؤولية، بإدارة دعوى التعويض المرفوعة من المضرور مع ترتيب سقوط الحق في التأمين عند التأخير في تقديم المستندات، إذ يُعد هذا الشرط تعسفيًا، دون أن يمنع ذلك المؤمن من المطالبة بالتعويض وفق القواعد العامة متى ثبت له الضرر[2].

ويُعتبر باطلًا كل شرط مطبوع لم يُبرز بشكل واضح وكان من شأنه أن يؤدي إلى السقوط أو البطلان، حيث يتعين أن يكون بارزًا وواضحًا للمؤمن له حتى يُعتد به، سواء من خلال اختلاف الخط أو لونه أو طريقة عرضه[3].

كما يُبطل شرط التحكيم[4] إذا ورد ضمن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين ولم يكن محل اتفاق خاص ومستقل بين الطرفين.

وأخيرًا، يُبطل كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لعدم الالتزام به أثر في وقوع الحادث المؤمن منه، وهو ما يتيح للقاضي سلطة تقديرية واسعة لإهدار أي شرط غير عادل يخل بتوازن العقد حمايةً للمؤمن له.

وبناءاً على ذلك، يُستشف من نص المادة 622 من القانون المدني الجزائري أن المشرّع قد تبنّى نظام "القائمة المحددة" للشروط التعسفية، حيث حدد على سبيل الحصر مجموعة من الشروط التي يُفترض فيها الطابع التعسفي افتراضًا قاطعًا لا يقبل إثبات

[1] – فايز أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 73.

[2] – نفس المرجع ، ص.–ص. 73– 74.

[3] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 76.

[4] – يُعرّف شرط التحكيم بأنه اتفاق مسبق يدرجه الأطراف ضمن العقد، يلتزمون بمقتضاه بإحالة النزاعات المستقبلية الناشئة عنه إلى التحكيم بدل القضاء، وذلك وفقًا لما تقرره المواد 1006 و1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، التي تُجيز اللجوء إلى التحكيم وتشترط الكتابة لصحة هذا الاتفاق.

العكس[1]. وبذلك يُغلق المجال أمام إعادة مناقشة طبيعة هذه الشروط أو محاولة إثبات مشروعيتها في كل حالة على حدة، مما يعكس توجهًا تشريعيًا يهدف إلى تعزيز حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

2- الشّروط المعفية أو المحدّدة للمسؤولية:

يُعرف الشرط المعفي أو المحدِّد للمسؤولية بأنه: " ذلك الشرط الذي يهدف إلى استبعاد التزامات أحد المتعاقدين أو الحد منها في إطار مسؤوليته التعاقدية أو التقصيرية". وتُعد هذه الشروط من أكثر الظواهر شيوعًا في العقود، ولا سيما في العقود النموذجية التي يهيمن فيها الطرف القوي على صياغة بنود العقد[2].

وغالبًا ما يلجأ المحترف إلى هذه الشروط بغرض التخفيف من التزاماته أو تفادي الدعاوى المحتملة للتعويض التي قد يرفعها الطرف المتضرر. وتبرز أهمية هذه الشروط بوجه خاص في العلاقات التعاقدية التي تتفاوت فيها المخاطر بين الأطراف، سواء من حيث طبيعة العملية التعاقدية أو قيمة محل العقد أو حجم المقابل المالي. وفي حال عدم التنفيذ السليم للعقد في مثل هذه الحالات، قد تنشأ أضرار جسيمة يصعب على الطرف الضعيف تحملها، بينما لا تحقق القواعد العامة للمسؤولية دائمًا حماية كافية، إذ غالبًا ما تقرر المسؤولية إلا في حالات الغش أو الخطأ الجسيم[3].

وفي هذا السياق، نصت المادة 178 من القانون المدني على جواز الاتفاق على تحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، كما أجازت الاتفاق على إعفائه من المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، باستثناء ما ينشأ عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عنه أو عن الأشخاص الذين يستعين بهم في التنفيذ. ويُفهم من ذلك أن الأصل

---

[1] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 77.

[2] – نادية محمد معوض، شرط الإعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص.06.

[3] – نادية محمد معوض، المرجع السابق، ص. 08.

هو صحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية، وهو ما يُبرَّر تقليديًا بكون هذه الأحكام لا ترتبط بالنظام العام، وإنما تُعد نتاجًا لمبدأ سلطان الإرادة[1].

غير أن هذا الاتجاه لم يظل مطلقًا، إذ بدأ يضيق نطاقه تدريجيًا أمام تزايد الحاجة إلى حماية الطرف الضعيف، وخاصة المستهلك، بعدما تبيّن الأثر السلبي لهذه الشروط على التوازن العقدي. وقد أدى ذلك إلى تقييد حرية تعديل أحكام المسؤولية والحد من مشروعيتها في عدة حالات[2]. رغم إقرار المادة 178 بصحة هذه الاتفاقات في الأصل، مع بقاء استثناء الأضرار الجسمانية خاضعًا لقواعد النظام العام[3].

كما يُستشف من المادة 140 مكرر من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدِّل والمتمم للقانون المدني، وبمفهوم المخالفة، أن المشرّع قد قصد ضمناً بطلان أي شرط يحدد مسؤولية المنتِج عن الضرر الناتج عن منتوجه المعيب. وإضافة إلى ذلك، فإن شرط تحديد المسؤولية قد يقع تحت طائلة المادة 110 من القانون المدني إذا ورد ضمن عقد إذعان، الأمر الذي يخول للقاضي سلطة تعديله أو إلغائه حمايةً للطرف المذعن.

3-شرط إسقاط أو إنقاص الضمان

إن المشرع الجزائري، هو الآخر يجيز هذه الشّروط كمبدأ عام بموجب المادة 1/384 من القانون المدني السابق الذكر، غير أنه يعتبر هذه الشّروط باطلة إذا تعمد البائع إخفاء العيب في الشيء المبيع وهذا ما أقرته المادة 384 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري السابق الذكر[4].

---

[1] – قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ص. 258..

[2] – نفس المرجع ، ص. 260، يُنظر كذلك سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص.86,.

[3] – أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987، ص. 52.

[4]– بودالي محمد، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، المرجع سابق، ص69

تنص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي[1] على أنه يجوز للبائع الذي يجهل وجود عيب خفي في الشيء المبيع أن يتضمن عقد البيع شرطًا يسقط أو يحدّ من ضمانه تجاه المشتري. وبمفهوم المخالفة، فإنه إذا كان البائع عالمًا بالعيب الخفي وقت إبرام العقد، فإنه لا يستفيد من هذه الحماية المقررة للبائع حسن النية، ويُعدّ الشرط في هذه الحالة غير منتج لآثاره القانونية[2].

وقد استقر القضاء الفرنسي، منذ خمسينيات القرن الماضي، على اعتبار الشروط التي تقضي بإسقاط الضمان أو تقليصه شروطًا تعسفية، بل واعتبرها في بعض الحالات كأنها غير مكتوبة وبالتالي باطلة، خاصة عندما يكون البائع محترفًا ويُفترض علمه بعيوب المبيع أو تعمده إخفاءها[3].

أما في القانون الجزائري، فقد أخذ المشرّع بالمبدأ ذاته من حيث الأصل، إذ أجاز في المادة 384 من القانون المدني إمكانية إدراج شروط تقضي بإسقاط أو تقليص ضمان العيب الخفي[4]، غير أنه استثنى حالة تعمد البائع إخفاء العيب، حيث يُعد الشرط في هذه الحالة باطلًا وغير نافذ[5]. كما نص كذلك على بطلان شرط إسقاط أو إنقاص الضمان بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 السالف الذكر، الذي قرر عدم إنتاج هذا الشرط لأي أثر قانوني.

4-شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل التجاري:

يتميّز عقد النقل بطابعه الاستهلاكي الغالب وخصوصيته من حيث الموضوع، مما يجعله عقدًا ذا طبيعة قانونية متميزة، خاصة من حيث كونه غالبًا ما يُوجَّه في شكل

[1] - Article 1643 code cilvil fr: "Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie."

[2] – محمد منصور صقر، الحماية القانونية للمستهلك من الأضرار الجسدية الناشئة عن المنتجات المعيبة، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة دمياط، العراق، العدد 08، يوليو 2023، ص. 199.

[3] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 69.

[4] – المادة 384 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري.

[5] – المادة 384 الفقرة 02 من القانو ن المدني الجزائري.

إيجاب إلى جمهور المستهلكين. وهذا ما قد يجعله مجالًا لظهور الشروط التعسفية، لاسيما وأنه يُصنَّف في كثير من الحالات ضمن عقود الإذعان، حيث تُعدّ شروطه مسبقًا وبصفة منفردة من طرف المتدخل الاقتصادي أو الناقل دون إمكانية فعلية للمناقشة أو التعديل.

وفي التشريع الجزائري، نصت المادة 47 من القانون التجاري على مسؤولية الناقل عن نقل الأشياء المسلَّمة إليه، سواء في حالة فقدانها كليًا أو جزئيًا أو تلفها أو التأخر في تسليمها. كما قررت المادة 3/52 من نفس القانون بطلان كل شرط يهدف إلى الإعفاء الكلي للناقل من مسؤوليته عن فقدان المنقولات أو تلفها، بما يعكس توجهًا حمائيًا لصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

ومع ذلك، فإن الشروط المحددة للمسؤولية تبقى من حيث المبدأ جائزة في القانون الجزائري، طالما لم تؤدِّ إلى الإعفاء الكامل من المسؤولية. وفي المقابل، يُعدّ صحيحًا شرط الإعفاء من المسؤولية عن الإخلال بالالتزام المتعلق بنقل المسافر إلى المكان المتفق عليه وفي الوقت المحدد، متى اقتصر نطاقه على الأخطاء البسيطة أو اليسيرة التي لا ترقى إلى مرتبة الغش أو الخطأ الجسيم، وبما لا يؤدي إلى الإخلال الجوهري بمضمون الالتزام التعاقدي أو المساس بحقوق المسافر الأساسية[1].

المطلب الثاني: الآليات القانونية الخاصة لحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية

لقد عمدت بعض التشريعات الحديثة إلى استحداث آليات قانونية خاصة ترمي إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وذلك لمعالجة الاختلال في التوازن العقدي الذي تُحدثه هذه الشروط المفروضة عليه، والسعي إلى تكريس قدر من المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية. ورغم أن القواعد العامة في القانون المدني قد تضمنت مبادئ توفر حدًا أدنى من الحماية للطرف الضعيف، لاسيما من خلال تمكين القاضي من التدخل لإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، إلا أن هذه الحماية ظلت محدودة ولم تكن كافية لمواجهة مختلف صور التعسف.

[1] – المادة 66 من القانون التجاري الجزائري.

وأمام هذا القصور، برزت اتجاهات تشريعية حديثة تسعى إلى تدعيم حماية المستهلك بآليات أكثر فعالية، تتلاءم مع التحولات الاقتصادية المعاصرة، وذلك من خلال سنّ قواعد خاصة تُعنى بتنظيم الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية. وقد جاء تدخل المشرّع عبر نصوص قانونية متخصصة لسدّ الثغرات التي لم تغطّها القواعد العامة، إلى جانب إسهام كل من السلطة التنفيذية والقضاء في تعزيز هذه الحماية، كلٌّ في حدود اختصاصه وبالوسائل المتاحة له.

الفرع الأول: اعتماد نظام القوائم لتحديد الشروط التعسفية بموجب تشريعات حماية المستهلك

نظرًا للتزايد المستمر في إدراج الشروط التعسفية ضمن عدد كبير من العقود، وما ترتب عن ذلك من اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات كلٍّ من المستهلك والمهني، خاصة في ظل قدرة المتعاملين الاقتصاديين على التحايل على القواعد الحمائية بفضل ما يتمتعون به من خبرة فنية وقانونية وقوة اقتصادية، برزت محدودية القواعد العامة في التصدي لمختلف صور التعسف. الأمر الذي استدعى تدخل المشرّع بإصدار نصوص قانونية خاصة ومستقلة تهدف إلى توفير حماية فعّالة للمستهلك، على نحو يتلاءم مع خصوصية عقود الاستهلاك[1].

وفي هذا الإطار، جاء تدخل المشرّع الجزائري من خلال جملة من النصوص، أبرزها القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2]، والقانون رقم

1- الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة أفاق علمية، المجلد11، العدد1، 2019، ص.38.

2 - القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/13، الجريدة الرسمية، العدد 41، المؤرخة في 2004/06/27، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 05أوت2010، الصادر بتاريخ 2010/10/18، الجريدة الرسمية، العدد46.

09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[1]، إلى جانب المرسوم التنفيذي رقم 06-306، الذي حدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المتعاملين الاقتصاديين والمستهلكين[2]، وبيّن الشروط التي تُعد تعسفية. وقد اعتمد المشرّع الجزائري في هذا المجال أسلوب تحديد هذه الشروط وفق نظام قائم على إدراجها ضمن قوائم، الأمر الذي يقتضي الوقوف على هذا النظام وبيان دوره في تكريس حماية الطرف الضعيف، وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي.

أ-المقصود بنظام القوائم:

تُعدّ تقنية القوائم من أبرز الآليات التي اعتمدتها تشريعات الاستهلاك في مواجهة الشروط التعسفية، حيث يقوم المشرّع من خلالها بتحديد هذه الشروط عبر إعداد قوائم تتضمن تعدادًا لها. وتنقسم هذه القوائم إلى نوعين: قائمة رمادية تشمل شروطًا يُفترض فيها التعسف مع إمكانية إثبات عكس ذلك، وقائمة سوداء تضم شروطًا يُعد طابعها التعسفي ثابتًا بصورة قاطعة لا تقبل إثبات العكس.

ومن خلال هذه الآلية، يتولى المشرّع وضع قوائم تتضمن جملة من الشروط التي تُعتبر تعسفية بقوة القانون، ويتم إعدادها من قبل جهات مختصة ومؤهلة. ويترتب على إدراج الشرط ضمن هذه القوائم تقييد سلطة القاضي في تقدير طابعه التعسفي، باعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية محددة سلفًا، كما يُمنع على المحترف تضمين عقوده مثل هذه الشروط، لكونها مخالفة للنظام العام الحمائي الذي أقره المشرّع حمايةً للطرف الضعيف.

[1] – القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 25/ 02/ 2009، الجريدة الرسمية الصادرة في 2009/03/08 ، العدد 15 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 18-09 المؤرخ في 10/ 2018/02، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 13/ 06/ 2018، العدد 35.

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التعسفية، المؤرخ في 2006/09/10، جريدة الرسمية، العدد 56، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 44/08 الصادر في 2008/02/03، الجريدة الرسمية، العدد07.

ويعدّ المشرّع الألماني من أوائل من بادروا إلى إرساء نظام قانوني خاص لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية، وذلك من خلال إصدار قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي دخل حيّز التنفيذ سنة 1977. وقد تميّز هذا القانون باعتماده نظامًا مزدوجًا يقوم على تقسيم الشروط التعسفية إلى قائمتين: قائمة سوداء تضم الشروط التي تُعد باطلة بقوة القانون، دون أن تكون للقاضي سلطة تقديرية بشأنها، وقائمة رمادية تشمل شروطًا يُفترض فيها التعسف، غير أن للقاضي سلطة تقدير إبطالها أو الإبقاء عليها وفقًا لمعايير محددة يقرها القانون. وبذلك سعى المشرّع الألماني إلى التوفيق بين البطلان التلقائي لبعض الشروط، من جهة، ومنح القاضي سلطة رقابية تقديرية على بعض الشروط الأخرى، من جهة ثانية[1].

أما المشرّع الفرنسي، فقد تبنّى بدوره أسلوب القوائم لمكافحة الشروط التعسفية، وذلك بموجب القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية. حيث قام في البداية بوضع قائمة تتضمن العناصر الأساسية للعقود التي يمكن أن تكون محلاً للشروط التعسفية عند مخالفتها، وذلك وفقًا للمادة 35 من هذا القانون. غير أن هذه القائمة اعتُبرت، وفقًا لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 3 ديسمبر 1981، قائمة ذات طابع حصري[2].

وفي مرحلة لاحقة، وتحديدًا سنة 1995، أدرج المشرّع الفرنسي ملحقًا ضمن قانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية غير حصرية للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، مستلهمًا ذلك من التوجيه الأوروبي لسنة 1993. وقد تميزت هذه القائمة بكونها ذات طبيعة استرشادية، مما جعلها تفتقر إلى القوة الإلزامية الكاملة، كما أنها حمّلت المدعي عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط، وفقًا لما نصت عليه المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وقد تضمنت هذه القائمة سبعة عشر نوعًا من الشروط[3].

---

[1] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص-ص. 17-20.

[2] – مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 105.

[3] – بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 28.

ثم جاء تدخل تشريعي لاحق بموجب قانون 28 جانفي 2005، المعروف بقانون "Châtel"، الذي عدّل أحكام قانون الاستهلاك الفرنسي، لا سيما ضمن باب الأحكام المختلفة، حيث أضاف إلى القائمة البيانية للشروط التعسفية بندًا جديدًا يقضي باعتبار الشرط الذي يُلزم المستهلك بالقبول بنظام بديل لتسوية النزاعات من بين الشروط التي قد تُوصف بالتعسفية، وذلك في إطار تعزيز حماية المستهلك وتدعيم حقوقه في مواجهة المهني[1].

أما في التشريع الجزائري، فقد تبنّى المشرّع هذه الآلية كذلك، حيث لم يتأخر في اعتماد نظام القوائم للحد من الشروط التعسفية، مع مراعاة عدم حصرها بشكل نهائي نظرًا لتطور المعاملات الاقتصادية. وقد تجسد ذلك **في** المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي نصّت على اعتبار بعض البنود والشروط تعسفية، لا سيما تلك التي تمنح المهني امتيازات لا يقابلها حقوق مماثلة للمستهلك، أو تفرض عليه التزامات نهائية في حين يحتفظ الطرف الآخر بحرية التنفيذ، أو تخول للمهني تعديل عناصر العقد الأساسية أو خصائص المنتوج دون موافقة المستهلك، أو تمنحه سلطة تفسير بنود العقد أو الفصل في مدى مطابقة التنفيذ، أو تُلزم المستهلك بتنفيذ التزاماته دون التزام مقابل، أو تحرمه من حق فسخ العقد عند إخلال المهني بالتزاماته، أو تمنح هذا الأخير حرية تحديد آجال التنفيذ، أو تُمكّنه من تهديد المستهلك بإنهاء العلاقة التعاقدية بسبب رفضه شروطًا غير متكافئة.

وقد سعى المشرّع من خلال هذه القائمة إلى تحديد نطاق تطبيق الشروط التعسفية عبر مختلف مراحل العلاقة التعاقدية، بدءًا من مرحلة التفاوض، مرورًا بإبرام العقد، ووصولًا إلى مرحلة تنفيذه[2]. ويُلاحظ أن نص المادة قد تضمّن ثمانية أصناف من الشروط التي اعتبرها المشرّع تعسفية، غير أنها وردت على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما تؤكده عبارة "لاسيما" الواردة في النص، مما يدل على أن هذه القائمة ذات طابع

[1] – مولود بغدادي، المرجع السابق، ص-ص. 105-106.

2- زرداني عبد العزيز، مواجهة الشروط التعسفية كالية لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، العدد 04، افريل 2017، ص.85

استرشادي وليست حصرية. ويُعدّ هذا التوجّه محمودًا، إذ يتيح مرونة أكبر في حماية المستهلك من خلال تمكين القاضي من بسط رقابته على الشروط التي لم تُدرج ضمن القائمة، والحكم بتعسفها متى توافرت معايير ذلك. كما أن هذه القائمة تُعد ملزمة في مواجهة مختلف المتعاملين في علاقاتهم مع المستهلكين، غير أنه يُؤخذ على صياغة النص من زاوية أخرى أنها تُضيّق من نطاق الحماية من حيث الأشخاص، عندما استعملت عبارة «البائع» بدل «العون الاقتصادي»، ذلك أن العلاقة التعاقدية لا تقتصر على عقد البيع فحسب، بل تمتد إلى مختلف العقود الأخرى، كعقود المقاولة والتأمين والنقل والقرض، سواء تعلّق محلها بمنقول أو عقار أو خدمات. ويؤكد هذا المعنى استعمال المشرّع لعبارة «العقود» بدل «عقد البيع»، مما يكشف عن عدم انسجام في الصياغة. ويمكن تفسير ذلك على أنه مجرد خطأ مادي في التعبير، لا يستقيم معه المعنى إلا بتصحيحه، ليصبح النص أكثر دقة وشمولًا، على نحو: «تُعد بنودًا أو شروطًا تعسفية في العقود بين المستهلك والعون الاقتصادي». ويُعزّز هذا التفسير أن المشرّع قد تدارك هذا الخلل لاحقًا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306، لا سيما في المادة 05 منه، حيث استُعملت العبارة الأدق «العون الاقتصادي»، بما ينسجم مع الهدف الحمائي للنص ويوسّع من نطاق تطبيقه[1].

وبناءً على ذلك، يمكن القول إن المشرّع الجزائري قد اعتمد أسلوبًا مباشرًا في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، من خلال النص صراحة على بعض هذه الشروط واعتبارها كذلك بالنظر إلى طبيعتها والآثار الضارة التي قد تُلحقها بالمستهلك. كما تُسهم هذه القائمة في توجيه القاضي عند تكييف شروط أخرى غير واردة فيها. ويُستفاد من أحكام المادة 29 من قانون الممارسات التجارية أن المشرّع قد اقترب من تبنّي فكرة القائمة السوداء، بالنظر إلى أن الشروط المذكورة تُعد تعسفية بقوة القانون، فلا يُلزم

[1] – حبيبة كالم، الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 08، العدد 02، ص. 893.

المدعي بإثبات طابعها التعسفي[1]. وقد عزّز هذا التوجّه بنص المادة 30 من نفس القانون، التي منعت إدراج بعض الشروط التعسفية في مختلف أنواع العقود، تكريسًا لحماية الطرف الضعيف وضمانًا للتوازن العقدي[2].

تجدر الإشارة إلى أن المشرّع الجزائري قد اعتمد كذلك نظام القوائم في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تُعد تعسفية. حيث نصّ هذا المرسوم على مجموعة من الشروط التي تُعتبر تعسفية بقوة القانون، ومن بينها تلك التي تخوّل العون الاقتصادي تقليص العناصر الأساسية للعقد، أو الاحتفاظ بحق تعديله أو فسخه بإرادته المنفردة دون تعويض المستهلك، أو إعفاء نفسه من المسؤولية في حالة عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب، أو فرض التزامات غير مبررة على المستهلك، أو حرمانه من وسائل الطعن، أو تحميله أعباءً لا تقع في الأصل ضمن نطاق مسؤوليته. كما شملت هذه القائمة الشروط التي تسمح للعون الاقتصادي بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة دون منح المستهلك حقًا مماثلًا في التعويض، أو فرض تعويضات غير متوازنة في حالة الإخلال بالتزامات العقد.

ويُلاحظ أن هذه القائمة، على غرار ما ورد في قانون الممارسات التجارية، جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يُعد توجّهًا منطقيًا ينسجم مع طبيعة الشروط التعسفية التي تتسم بالتجدد والتنوع تبعًا لتطور المعاملات واختلاف العقود. ومن ثمّ، يمكن القول إن المشرّع الجزائري قد تبنّى نظام القوائم كآلية فعّالة لمكافحة الشروط التعسفية، حيث اعتبر كل شرط وارد ضمن هذه القوائم تعسفيًا بقوة القانون، بما يوفر حماية مباشرة للمستهلك من خلال الحظر المسبق لبعض الممارسات التعاقدية المجحفة[3].

1- مسكين حنان، بن أحمد الحاج، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد التاسع، ديسمبر2017 ، ص.63.

2-الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص..48

3- حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.65.

ورغم ذلك، لم يَسلم هذا التوجّه من النقد الفقهي، إذ يرى بعض الفقه أن اعتماد ما يشبه «القائمة السوداء» قد يتعارض مع المعيار العام لتحديد الشرط التعسفي المنصوص عليه في المادة 3 الفقرة 5 من القانون رقم 04-02، والذي يقوم على فكرة الإخلال بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو معيار يُفترض تقييمه في ضوء العقد ككل لا بالنظر إلى شرط معزول[1]. وبناءً على ذلك، يذهب هذا الاتجاه إلى ضرورة إما تبنّي «قائمة رمادية» تقوم على قرينة قابلة لإثبات العكس، أو إعادة صياغة تعريف الشرط التعسفي بما ينسجم مع منطق القوائم المغلقة[2].

غير أن هذا الرأي يمكن الرد عليه بالقول إنه لا يوجد تعارض حقيقي بين اعتماد المشرّع لمعيار الإخلال بالتوازن وتبنّيه لنظام القوائم، إذ إن إدراج بعض الشروط ضمن قائمة تُعد تعسفية بقوة القانون إنما يفترض سلفًا أن هذه الشروط تُحدث إخلالًا جسيمًا بالتوازن العقدي، بحيث لا يمكن تداركه أو تصحيحه عبر شروط أخرى في العقد. وعليه، فإن المشرّع، عند وضعه لهذه القوائم، يكون قد استند ضمنيًا إلى ذات المعيار العام، مع تحويله في بعض الحالات إلى قرينة قاطعة حمايةً للمستهلك، وهو ما يعزّز فعالية الحماية القانونية دون أن يُلغي دور المعيار العام في الحالات الأخرى.

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية

لم يقتصر تدخل المشرّع على إرساء رقابة قانونية قضائية لمواجهة الشروط التعسفية، بل عزّزها برقابة إدارية تمارسها السلطة التنفيذية، من خلال إصدار نصوص تنظيمية تهدف إلى ضبط هذه الشروط، سواء بمنعها أو تقييدها أو تنظيمها. وتندرج هذه الآليات ضمن إطار رقابي وقائي يسعى إلى الحد من الممارسات التعاقدية المجحفة وحماية المستهلك بصورة أكثر فعالية.

1 –شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.422.

2 – أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، الجزائر، 2011، ص. 217. يُنظر كذلك :شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص- ص..422.423.

ويعكس هذا التوجه حرص المشرّع على تنويع وسائل الحماية وعدم الاكتفاء بالرقابة اللاحقة للقضاء، بل إقرار رقابة مسبقة ومرافقة تمارسها الإدارة. ومن أبرز مظاهر هذه الرقابة إسناد دور للهيئات الإدارية المختصة، كـــلجان دراسة البنود التعسفية، إلى جانب تدخل الحكومة عبر المراسيم التنظيمية التي تضبط مضمون الشروط التعاقدية وتحد من تعسف المهنيين. وعلى هذا الأساس، سيتم تناول هذه الآليات باعتبارها من بين الأساليب الحديثة المعتمدة في مواجهة الشروط التعسفية.

أولاً- الرقابة الإدارية من خلال لجنة البنود التعسفية:

تُعدّ لجنة الشروط التعسفية هيئة مختصة تتولى فحص نماذج العقود التي يعرضها العون الاقتصادي على المستهلك، وذلك بهدف الكشف عن الشروط التي قد تتسم بالطابع التعسفي، ثم إصدار توصيات تدعو إلى حذفها أو تعديلها بما يحقق التوازن العقدي[1]. وتندرج هذه اللجنة ضمن الآليات الحديثة التي اعتمدتها تشريعات الاستهلاك، كما تُعد من التقنيات القانونية الرامية إلى إرساء منظومة فعّالة للتصدي للشروط المجحفة وتعزيز حماية المستهلك. ومن ثمّ، فإن دراسة هذه اللجنة تقتضي بيان مفهومها، ثم الوقوف على اختصاصاتها، وأخيرًا إبراز دورها في مكافحة الشروط التعسفية.

أ-تعريف لجنة الشروط التعسفية:

تعزيزًا للحماية التشريعية المقررة للمستهلك، أنشأ المشرّع الجزائري جهازًا مختصًا يتولى فحص البنود التعاقدية، وذلك خروجًا عن القاعدة العامة التي تجعل القاضي المدني الجهة الوحيدة المختصة بتقدير ما إذا كانت العقود تتضمن شروطًا تعسفية. ويتمثل هذا الجهاز في لجنة الشروط التعسفية، أو ما يُعرف بلجنة البنود التعسفية، حيث نصّت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على إنشائها لدى الوزير المكلف بالتجارة، مع إضفاء طابع استشاري عليها.

وتُعرّف هذه اللجنة بأنها هيئة أوجدها المشرّع إلى جانب القضاء، بهدف تدعيم الحماية القانونية لمصالح المستهلكين، لا سيما في مواجهة الشروط التعسفية التي قد

1- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.346.

تتضمنها عقود الاستهلاك، والتي يغلب عليها طابع الإذعان[1]. وعليه، تُعد هذه اللجنة جهازًا إداريًا استشاريًا ذا طابع تقني، يختص بدراسة وتحليل البنود التعاقدية واقتراح التوصيات المناسبة للحد من الشروط المجحفة، وهي تابعة تنظيميًا للوزارة المكلفة بالتجارة، بما يعكس توجّه المشرّع نحو إشراك الإدارة في تحقيق التوازن العقدي وتعزيز حماية الطرف الضعيف[2].

ب- **تشكيل لجنة البنود التعسفية:**

نصّت المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على تحديد تشكيلة لجنة الشروط التعسفية، حيث تتكوّن من ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، بصفته رئيسًا، وممثل عن وزير العدل مختص في قانون العقود، إضافة إلى عضو من مجلس المنافسة، وعضوين من الأعوان الاقتصاديين المنتمين إلى الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، يتمتعان بكفاءة في قانون الأعمال والعقود، فضلًا عن ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلين في المجال ذاته. كما أجازت الفقرة الأخيرة من المادة نفسها للجنة الاستعانة بأي شخص ترى في خبرته فائدة لأعمالها.

وقد أعاد المشرّع الجزائري ضبط تشكيلة هذه اللجنة بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المعدّل للمرسوم التنفيذي رقم 06-306، حيث جاء هذا التعديل في إطار تعزيز فعالية اللجنة وضمان حسن سيرها. ومن أبرز ما تضمّنه، إقرار مبدأ العضوية الاحتياطية إلى جانب العضوية الأصلية، بما يضمن استمرارية نشاط اللجنة وعدم تعطله، إضافة إلى التخفيف من بعض الشروط المتعلقة بتمثيل جمعيات حماية المستهلكين، من خلال إلغاء شرط الانتماء إلى جمعية وطنية، وهو ما يعكس توجه المشرّع نحو تبسيط إجراءات تشكيل اللجنة وتيسير أدائها لمهامها.

1-بن حليمة سعاد، لجنة البنود التعسفية كآلية لحماية العلاقة التعاقدية لتقوية قانون العقود، مجلة القانون، المجلد 11 العدد 1، 2022، ص173

2- نفس المرجع، ص.174

ويُستفاد من هذه التشكيلة حرص المشرّع على تحقيق توازن تمثيلي داخل اللجنة، يجمع بين مختلف الأطراف المعنية بالعلاقة التعاقدية، بما يضمن مراعاة مصالح كل من المستهلك والعون الاقتصادي على حد سواء، ويعزز الطابع الموضوعي والتقني لعملها.

ت-اختصاصات لجنة البنود التعسفية

تختص لجنة البنود التعسفية بدراسة العقود التي يطبقها الأعوان الاقتصاديون في تعاملهم مع المستهلكين، ولا سيما البنود التي يُحتمل أن تتسم بالطابع التعسفي. ويشمل اختصاصها فحص الشروط المزمع إدراجها أو المفروضة فعلًا ضمن عقود الاستهلاك، فإذا تبين لها أن أحد هذه الشروط ينطوي على تعسف، انعقد اختصاصها لإصدار توصيات تقضي بحذفه أو تعديله.

وتقوم اللجنة بإبلاغ توصياتها إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى الجهات والمؤسسات المعنية، بما في ذلك جمعيات الأعوان الاقتصاديين وجمعيات حماية المستهلك، بل وقد تمتد هذه التوصيات إلى المشرّع ذاته، متى اقتضى الأمر التدخل التشريعي لإزالة الشرط التعسفي أو الحد من آثاره. وبهذا تضطلع اللجنة بدور وقائي واستشاري يهدف إلى الحد من انتشار البنود المجحفة في عقود الاستهلاك.

كما خوّلها المشرّع، بموجب المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، صلاحية القيام بكل دراسة أو خبرة تتعلق بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، وهو ما يعكس الطابع التقني لعملها. وفي سبيل أداء مهامها، يجوز إخطارها إما من تلقاء نفسها، أو من طرف الوزير المكلف بالتجارة، أو من قبل الإدارات المختصة، أو الجمعيات المهنية، أو جمعيات حماية المستهلكين، أو أي مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك.

وتجتمع اللجنة، وفقًا لأحكام المرسوم ذاته، مرة واحدة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية بناءً على استدعاء من رئيسها، كما يمكنها الاجتماع في دورة استثنائية بمبادرة منه أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل. ويكون اجتماعها صحيحًا بحضور نصف الأعضاء على الأقل، غير أنه في حالة عدم اكتمال النصاب، يجوز لها الاجتماع

مجددًا بعد ثمانية أيام بصفة قانونية، حتى ولو لم يكتمل النصاب، وذلك وفقًا لما نصت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

وتتولى اللجنة كذلك نشر آرائها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، كما يجوز لها إعداد ونشر كل المعلومات المفيدة المرتبطة بمجال اختصاصها. وإضافة إلى ذلك، تُعدّ سنويًا تقريرًا عن نشاطها يُرفع إلى الوزير المكلف بالتجارة، ويُنشر كليًا أو جزئيًا بكل وسيلة مناسبة، وذلك تطبيقًا للمادة 12 من المرسوم نفسه. ويُلاحظ في هذا الصدد أن المشرّع الجزائري لم يُسند للجنة أي دور استشاري مباشر أمام القضاء.

ومع ذلك، ورغم مرور سنوات عديدة على صدور المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي نص على إنشائها، فإن هذه اللجنة لم تُفعّل فعليًا على أرض الواقع إلى غاية اليوم، وهو ما يحدّ من فعالية الحماية الإدارية التي أراد المشرّع تكريسها في مجال مكافحة الشروط التعسفية.

ثانيا: رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم.

لم يقتصر المشرّع الجزائري على الرقابة التي تمارسها لجنة الشروط التعسفية، بل أقرّ إلى جانبها رقابة تنظيمية تُمارسها السلطة التنفيذية، بما يوفّر حماية إضافية للمستهلك. فقد خوّل للسلطة التنظيمية، وبعد استطلاع رأي اللجنة، صلاحية إصدار مراسيم تنظيمية ترمي إلى منع بعض الشروط التعسفية أو تقييدها أو تنظيمها. ويتجلى ذلك بوضوح في نص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تقرّر أنه: " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

ويُفهم من هذا النص أن المشرّع منح السلطة التنظيمية دورًا وقائيًا يتمثل في التدخل المسبق لضبط مضمون العقود، سواء من خلال تحديد عناصرها الأساسية أو من خلال حظر بعض الشروط التي تُعد تعسفية. ويتميّز هذا التدخل باتساع نطاقه، إذ لا يقتصر

على عقود الاستهلاك فحسب[1]، بل يمتد – بحسب ظاهر النص – إلى «مختلف أنواع العقود»، بما في ذلك العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين أنفسهم، متى اتسمت بطابع الإذعان[2] .

ويمثّل هذا التوجّه توسعًا في نطاق الحماية مقارنة بما ورد في المادة 29 من نفس القانون، التي ركّزت على الشروط التعسفية في عقود البيع بين البائع والمستهلك. ومن ثمّ، يتبيّن أن المشرّع قد منح السلطة التنظيمية صلاحية أوسع للتدخل، ليس فقط من خلال تحديد مسبق للعناصر الجوهرية للعقود، بل أيضًا عبر منع إدراج بعض الشروط التعسفية في مختلف العقود، بما يعزّز الحماية القانونية ويكرّس رقابة وقائية فعّالة على الممارسات التعاقدية.

– تحديد العناصر الأساسية للعقود:

انطلاقًا من الطابع العام لنص المادة 29 من القانون رقم 04-02، جاء نص المادة 30 من القانون ذاته ليُحيل مسألة تحديد الشروط التعسفية إلى التنظيم، وذلك بهدف ضبط العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين[3]. وتطبيقًا لهذا التوجه، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي حدّد هذه العناصر وبيّن البنود التي تُعد تعسفية، حيث نصّت المادة 05 منه على مجموعة من الشروط التي تُعتبر تعسفية بقوة القانون، من بينها تلك التي تخوّل العون الاقتصادي تقليص العناصر الأساسية للعقد، أو تعديله أو فسخه بإرادته المنفردة دون تعويض المستهلك، أو إعفاء نفسه من المسؤولية في حالات عدم التنفيذ أو التنفيذ غير الصحيح، أو فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها عند التعاقد، أو تحميله التزامات غير مبررة، أو حرمانه من وسائل الطعن، أو إقرار تعويضات غير متكافئة بين الطرفين.

[1]– بن سعيدي سلمة، خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على التوازن العقدي، المرجع السابق، ص.118.

[2]– بوعكاز خليل، الحاج علي بدر الدين، مكافحة الشروط التعسفية في العقد الية للمحافظة على الرابطة التعاقدية، المرجع السابق، ص.1647.

[3]– زرداني عبد العزيز، مواجهة الشروط التعسفية كالية لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، المرجع السابق، ص.86.

كما نصّت المادة 02 من المرسوم ذاته على تحديد العناصر الأساسية للعقود المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك، والتي يتعيّن إدراجها في العقود، ومن بينها: الإعلام المسبق، ونزاهة وشفافية المعاملات، وضمان أمن ومطابقة السلع والخدمات، إلى جانب الضمان وخدمة ما بعد البيع. وجاءت المادة 03 لتفصّل هذه العناصر، فبيّنت أنها تتعلق أساسًا بخصائص السلع أو الخدمات، والأسعار والتعريفات، وكيفيات الدفع، وشروط وآجال التسليم، والعقوبات المترتبة عن التأخير، وكيفيات الضمان، وشروط تعديل العقد، وتسوية النزاعات، وإجراءات فسخه.

ويُستفاد من استعمال المشرّع لعبارة «يجب» أن إدراج هذه العناصر في العقود يُعد التزامًا قانونيًا ذا طابع آمِر، لا يجوز الاتفاق على مخالفته، لما لهذه العناصر من ارتباط مباشر بحماية الحقوق الأساسية للمستهلك وضمان التوازن العقدي. غير أن تعداد هذه العناصر ورد على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يتضح من عبارة «أساسًا»، بما يتيح مرونة في استيعاب التطورات التي قد تطرأ على العلاقات التعاقدية.

وبذلك يكون المشرّع الجزائري قد أرسى إطارًا عامًا لتنظيم الشروط التعسفية من خلال تحديد العناصر الجوهرية للعقد، التي تُعد المجال الأكثر عرضة لظهور التعسف، بحيث لا يجوز للعون الاقتصادي الإخلال بها أو الخروج عنها. كما حدّد المجالات التي يمكن أن تكون محلًا لإدراج الشروط التعسفية، بدءًا من خصائص السلع أو الخدمات، وصولًا إلى إجراءات فسخ العقد، بما يضمن حماية فعّالة للمستهلك وإعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدي[1].

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على الشروط التعسفية:

الأصل في العقود أن يلتزم القاضي بمضمونها كما اتفق عليه المتعاقدان، متى كانت صحيحة ومتوازنة، وذلك احترامًا لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يقوم على سلطان

[1]– زرداني عبد العزيز، مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، المرجع السابق، ص–ص.86–89.

الإرادة، والذي يحدّ من تدخل القاضي في تعديل محتوى العقد أو إعادة صياغته. غير أن هذا المبدأ ليس مطلقًا، إذ استثنى المشرّع حالات معينة خول فيها للقاضي سلطة التدخل لتصحيح الاختلال في التوازن العقدي وإعادة التوازن بين الأطراف.

ويبرز هذا الدور الاستثنائي للقاضي خصوصًا في العقود التي تُعد مسبقًا ولا يكون فيها مجال حقيقي للتفاوض، أو في الحالات التي يواجه فيها المستهلك اختلالًا في مركزه التعاقدي بسبب جهله أو ضعف خبرته أو تفوق الطرف الآخر اقتصاديًا أو تقنيًا. كما يظهر أيضًا في بعض الظروف الاستثنائية كالتغيرات غير المتوقعة التي تمس تنفيذ الالتزامات العقدية.

وبناءً على ذلك، مُنح القاضي سلطة رقابية تهدف إلى حماية التوازن العقدي وتحقيق العدالة، سواء في إطار القضاء المدني أو الإداري، وذلك من خلال التدخل عند الاقتضاء للحد من آثار الشروط المجحفة. وسيتناول الفرع الأول هذا الدور الرقابي للقاضي، بينما يُخصَّص الفرع الثاني لبيان الجزاء القانوني المترتب على إدراج الشروط التعسفية في العقد.

أولاً: أنواع الرقابة القضائية على الشروط التعسفية

يُعدّ القضاء إحدى الآليات الأساسية لحماية المستهلك أو الطرف غير المهني من الشروط التعسفية، وذلك من خلال دوره الرقابي على النصوص التنظيمية التي تصدرها الحكومة في هذا المجال. وتتجلى هذه الرقابة سواء عبر القضاء الإداري عند الطعن في المشروعية التنظيمية للمراسيم، أو عبر القضاء المدني عند النظر في المنازعات التعاقدية التي تتضمن شروطًا تعسفية، بما يضمن تحقيق التوازن العقدي وصون حقوق الطرف الضعيف.

أ- رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية:

يملك القضاء الإداري سلطة رقابية على مدى مطابقة المراسيم التي تورد قوائم محددة للشروط التعسفية والتي تصدرها الحكومة طبقا للقانون الذي خول لها هذه السلطة وهذا ما نصت عليه المادة 30 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على

الممارسات التجارية على أنها "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"

كما يمكن للقضاء الإداري أن يقرر الطابع التعسفي في الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الصناعية والتجارية وبين المستهلكين، وقد أعطى القانون 04-02 للسلطة التنظيمية أو اللائحية إمكانية التدخل عن طريق وسيلتين وهما إما بإصدار قرارات وزارية وإدارية تتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود أو منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية.

يمارس القضاء الإداري رقابة على مدى مشروعية ومطابقة المراسيم التنظيمية التي تتضمن قوائم محددة للشروط التعسفية، والتي تصدرها الحكومة استنادًا إلى الصلاحيات المخولة لها قانونًا. ويجد هذا الأساس سنده في نص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي تنص على أنه: «بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"[1].

كما يمتد دور القضاء الإداري ليشمل إمكانية الرقابة على الطابع التعسفي لبعض الشروط الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري والمستهلكين، بما يضمن حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. وفي هذا الإطار، منح القانون رقم 04-02 للسلطة التنظيمية أو اللائحية صلاحية التدخل عبر وسيلتين أساسيتين، تتمثل الأولى في إصدار قرارات تنظيمية تحدد العناصر الأساسية للعقود، والثانية في اتخاذ تدابير تنظيمية تهدف إلى منع إدراج بعض الشروط التي تُعد تعسفية في مختلف أنواع العقود[2].

[1] – سي الطيب محمد الأمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص-ص. 136- 138.

[2] – نفس المرجع، ص-ص. 138-140.

ب- رقابة القضاء المدني:

منحت المادة 110 من القانون المدني الجزائري للقاضي سلطة التدخل في الشروط التعسفية، سواء من خلال تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها، بما يسمح بإعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية. ويجد هذا الدور سندًا إضافيًا في تعريف الشرط التعسفي الوارد في القانون رقم 04-02، لاسيما في المادة 3 الفقرة 5، التي تُفهم منها ضرورة تدخل القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط، حيث يتم هذا التقدير بالرجوع إلى مجموع بنود العقد في مجمله، وهو ما يُعد من صميم الوظيفة القضائية.

كما يمتد دور القاضي إلى اعتبار بعض الشروط تعسفية حتى وإن لم ترد ضمن القائمة المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02 السالفة الذكر، بالنظر إلى أن هذه القائمة وردت على سبيل المثال لا الحصر، بما يفتح المجال أمام السلطة التقديرية للقاضي لمواجهة مختلف صور التعسف غير المنصوص عليها صراحة[1].

ورغم أهمية هذا الدور القضائي في حماية المستهلك وإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط المجحفة، إلا أن الواقع العملي أظهر أن لجوء المستهلكين إلى القضاء يظل محدودًا في كثير من الحالات، بسبب ما يتطلبه من تكاليف مالية وإجراءات طويلة ومعقدة. ولذلك، تدخل المشرع الجزائري ليمنح جمعيات حماية المستهلك إمكانية رفع الدعاوى نيابة عنهم، وإن كان ذلك في إطار شروط وضوابط محددة قانوناً.

ت-دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية

تفادياً لامتناع المستهلكين عن مباشرة دعاوى إبطال الشروط التعسفية، اتجهت التشريعات الحديثة إلى تمكين جمعيات حماية المستهلك من التدخل نيابة عنهم في الدفاع عن حقوقهم. وتُعد هذه الجمعيات تنظيمات تطوعية مستقلة، تتسم بالحياد وعدم السعي للربح، يؤسسها أفراد ينتمون إلى مختلف فئات المجتمع بهدف معالجة قضايا ذات طابع عام تمس فئة واسعة هي فئة المستهلكين.

[1]- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص.431.

وتكتسي جمعيات حماية المستهلك طابعًا اجتماعيًا خاصًا، باعتبارها إحدى أبرز صور التنظيم المدني القادر على معالجة اختلالات السوق، وذلك نتيجة عجز الآليات التقليدية للدولة عن توفير حماية كافية وفعّالة لمستخدمي السلع والخدمات. وقد ساهم هذا الواقع في بروز دور هذه الجمعيات كأداة للدفاع الجماعي عن المصالح الاستهلاكية، خارج أي تأثيرات سياسية مباشرة، من خلال التكتل والتنظيم في إطار جمعوي[1].

وفي هذا الإطار، حرص المشرّع الجزائري على تدعيم الدور الحمائي لجمعيات حماية المستهلك من خلال منحها صلاحيات إجرائية فعّالة، حيث نصّت المادة 65 من القانون رقم 04-02 المتعلّق بالقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية على إمكانية لجوء هذه الجمعيات، إلى جانب الجمعيات المهنية وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، إلى القضاء من أجل رفع دعاوى ضد كل عون اقتصادي يخالف أحكام هذا القانون، كما خوّل لها الحق في التأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بها.

ولم يقف المشرّع عند هذا الحد، بل كرّس هذا التوجه أيضًا في المادة 23 من القانون رقم 09-03 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، والتي عزّزت من مكانة جمعيات حماية المستهلك ومنحتها دورًا فعالًا في الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين.

ويُستفاد من هذا النص أن المشرع قد فتح المجال أمام هذه الجمعيات لتحريك الدعوى الجزائية أو التأسيس كطرف مدني أمام الجهات القضائية الجزائية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالمستهلكين، بما في ذلك الأضرار الناتجة عن إدراج الشروط التعسفية[2]. ويتم هذا التأسيس إما أمام قاضي التحقيق، أو أمام المحكمة الجزائية عن

[1]- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء مضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 235

[2]- بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، المرجع السابق، ص.225.

طريق تصريح يُودع لدى كتابة الضبط قبل الجلسة أو أثناءها، شريطة أن يتم ذلك قبل تقديم النيابة العامة لطلباتها، وإلا كان غير مقبول[1].

وعليه، يمكن لهذه الجمعيات إما المبادرة بتحريك الدعوى العمومية، أو الاكتفاء بالتدخل كطرف مدني بعد تحريكها من طرف النيابة العامة. كما يُلاحظ أن المشرع لم ينص صراحة على إمكانية اللجوء إلى القضاء المدني في هذا الإطار، مما يفيد أن نطاق تدخل هذه الجمعيات ينصرف أساسًا إلى القضاء الجزائي، مع التركيز على التعويض عن الأضرار[2].

ومن جهة أخرى، يُسجل أن المشرع الجزائري لم يرتب جزاءً مدنيًا صريحًا بخصوص الشرط التعسفي ضمن القانون رقم 04-02، حيث اقتصر على الجزاء الجزائي المتمثل في الغرامة المنصوص عليها في المادة 38 من نفس القانون، وهو ما يُعد فراغًا تشريعيًا يستوجب الاستدراك من خلال التنصيص الواضح على بطلان الشرط التعسفي مع إمكانية بقاء العقد قائمًا متى أمكن استمراره دون هذا الشرط.

ورغم ذلك، تبقى الحماية الجماعية التي تمارسها جمعيات حماية المستهلك أكثر فعالية من الحماية الفردية، خاصة في ظل ضعف لجوء المستهلكين إلى القضاء، وهو ما يجعل هذه الآلية عنصرًا مهمًا في مواجهة الشروط التعسفية داخل عقود الاستهلاك[3].

[1] – المواد240 241، 242، من الأمر 66 – 155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد رقم ،48 مؤرخة في 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

[2] – شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، مرجع سابق، ص.442

[3] – مسكين حنان، بن أحمد الحاج، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري،المرجع السابق، ص.68.

ثانياً: الجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية في العلاقة العقدية

سعت معظم التشريعات ذات الطابع الاستهلاكي، بما فيها التشريع الجزائري، إلى تدارك أوجه القصور التي تعتري القواعد العامة، وذلك من خلال تبني آليات حديثة تهدف إلى مكافحة الشروط التعسفية. غير أن فعالية هذه الحماية تبقى غير مكتملة ما لم تُدعَّم بجزاء قانوني يترتب على مخالفة هذه القواعد، إذ إن الحماية القانونية دون إقرار عقوبة أو أثر ردعي تفقد جانبًا كبيرًا من جدواها العملية.

فردع المهنيين عن إدراج شروط تعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين لا يتحقق إلا من خلال ترتيب جزاءات قانونية مناسبة، تكفل تحقيق التوازن العقدي وتضمن احترام القواعد الحمائية المقررة. وتتوزع هذه الجزاءات بين جزاءات ذات طابع إداري وأخرى ذات طابع قضائي، وهو ما سيتم تناوله بالتفصيل في النقطة الموالية.

أ- الجزاء الإداري المقرر في مواجهة الشرط التعسفي:

الأصل أن منازعات الممارسات التعاقدية ذات الطابع التعسفي تدخل في اختصاص الجهات القضائية المختصة، باعتبارها الجهة المخولة بالفصل في المنازعات وترتيب الجزاءات القانونية. غير أن المشرع الجزائري استثنى هذا الأصل، ومنح الإدارة صلاحيات تدخلية في هذا المجال، تتمثل أساسًا في إمكانية اللجوء إلى إجراءات المصالحة، بالإضافة إلى سلطة غلق المحل التجاري أو المؤسسة في الحالات التي تستوجب ذلك، بما يعزز الطابع الوقائي والردعي للرقابة الإدارية على هذه الممارسات.

1- إجراء المصالحة:

لم يورد القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تعريفًا صريحًا للمصالحة، غير أنه بالرجوع إلى المادة 60 منه يتبين أن المشرّع قد نظم آلية تطبيقها من خلال توزيع الاختصاص بين ممثلي الإدارة، وفقًا لقيمة الغرامة المقدرة من طرف الأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات.

فقد خول المشرّع للمدير الولائي المكلف بالتجارة صلاحية منح المصالحة إذا كانت المخالفة المعاينة يترتب عنها غرامة لا تتجاوز أو تساوي مليون دينار جزائري، أما إذا تراوحت الغرامة بين أكثر من مليون دينار وأقل من ثلاثة ملايين دينار، فإن الاختصاص في منح المصالحة يعود إلى الوزير المكلف بالتجارة، بناءً على المحضر المحرر من طرف الأعوان المؤهلين والذي يُحال عبر المدير الولائي.

أما في الحالات التي تتجاوز فيها الغرامة ثلاثة ملايين دينار جزائري، فإن المحضر يُحال مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميًا، قصد تحريك الدعوى والمتابعة القضائية دون اللجوء إلى إجراء المصالحة.

كما استثنى المشرّع حالة العود من الاستفادة من هذا الإجراء، حيث نصت المادة 62 من نفس القانون على حرمان مرتكب المخالفة في حالة التكرار من إمكانية إجراء المصالحة، بما يعكس الطابع الردعي لهذا النظام.

2-إجراء الغلق الإداري

لقد اقر المشرع إلى جانب إجراء المصالحة إجراءا أخر متمثل في الغلق الإداري بموجب نص المادة 1/47 من القانون رقم 10-06 والتي نصت على "تتخذ إجراءات الغلق الإدارية المنصوص عليها في المادة 46 أعلاه وفق الشروط نفسها في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون" وهو بمثابة عقوبة تبعية للعقوبة الأصلية المتمثلة في الغرامة إلا أن هذا الإجراء لا يقره المشرع إلا إذا كان أمم ظرف العود عكس الغرامة التي تسلط على كل من يخلف هذا القانون وغير مرتبطة بالعود.[1]

وبالرجوع إلى نص المادة 46 نجد أن المشرع قد أقر إجراء غلق المحل التجاري أو المؤسسة لمدة أقصاها 60 يوما لكل عون اقتصادي يقوم بممارسة تعاقدية تعسفية متى

[1]- حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص.139.

تعلق الأمر بحالة من حالات العود ويكون ذلك بموجب قرار صادر عن الوالي المختص إقليميا بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة.[1]

أقرّ المشرّع الجزائري، إلى جانب إجراء المصالحة، آلية أخرى ذات طابع إداري تتمثل في الغلق الإداري، وذلك بموجب المادة 1/47 من القانون رقم 10-06 التي تنص على أنه: «تتخذ إجراءات الغلق الإدارية المنصوص عليها في المادة 46 أعلاه وفق الشروط نفسها في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون». ويُعد هذا الإجراء بمثابة تدبير تبعي يضاف إلى الجزاء الأصلي المتمثل في الغرامة المالية.

غير أن تطبيق الغلق الإداري لا يتم إلا في حالة العود، بخلاف الغرامة التي تُسلّط على كل مخالفة لأحكام القانون دون ارتباط بشرط التكرار. وبالرجوع إلى المادة 46 من نفس القانون، يتضح أن هذا الإجراء يتمثل في غلق المحل التجاري أو المؤسسة لمدة لا تتجاوز ستين (60) يومًا، وذلك في مواجهة كل عون اقتصادي يثبت ارتكابه لممارسات تعاقدية تعسفية في حالة العود.

ويصدر قرار الغلق الإداري من طرف الوالي المختص إقليميًا، بناءً على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة، مما يعكس الطابع الإداري والردعي لهذا الإجراء في مواجهة المخالفات المتكررة.

ب- الجزاء القضائي المقرر في مواجهة الشرط التعسفي

يُعدّ الجزاء، سواء كان مدنيًا أو جزائيًا، أداة أساسية لضمان فعالية القواعد القانونية واستمرارها، إذ يساهم في حماية النظام القانوني وترسيخ احترامه. وانطلاقًا من هذا الاعتبار، سعى المشرّع الجزائري، على غرار مختلف التشريعات التي تناولت مسألة

[1]- حبيبة كالم، الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص.894

الشروط التعسفية، إلى إقرار مجموعة من الجزاءات الردعية، بهدف الحد من لجوء المهنيين إلى إدراج شروط مجحفة في العقود التي يحررونها.

وفي هذا الإطار، ومن خلال استقراء النظام القانوني الجزائري، يتضح أن القضاء يعتمد نوعين رئيسيين من الجزاءات لمواجهة هذه الممارسات، يتمثلان في الجزاء المدني والجزاء الجزائي، وذلك تحقيقًا للتوازن العقدي وحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

1-الجزاء الجنائي:

يحظى المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية بنوع من الحماية القانونية ذات الطابع الردعي، تتمثل أساسًا في الحماية الجزائية، التي يمكن اللجوء إليها عندما تعجز الآليات الأخرى عن توفير حماية كافية. وفي هذا الإطار، أقرّ المشرّع الجزائري عقوبة أصلية تتمثل في الغرامة المالية، تُسلّط على كل عون اقتصادي يُدرج شروطًا تعسفية في العقد الرابط بينه وبين المستهلك، لما لذلك من أثر في الإخلال برضا هذا الأخير وخلق عدم توازن في العلاقة التعاقدية.

وقد اعتبر المشرّع أن الممارسات التعاقدية التعسفية المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02، وكذا المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، تشكل مخالفات يعاقب عليها بموجب المادة 38 من القانون 04-02 والمادة 17 من المرسوم التنفيذي نفسه، حيث نصت هذه الأخيرة على أنه: «يعاقب على الممارسات التعسفية بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج.»(

هذا ويرى جانب من الفقه أن الجزاء الجنائي الذي أقرّه المشرّع الجزائري في مجال حماية المستهلك لم يأتِ بمعزل عن التأثيرات المقارنة، بل يُستشف أنه مستلهم إلى حدّ كبير من التجربة الفرنسية، التي اعتمدت بدورها على إقرار عقوبات مالية لمواجهة بعض صور الإخلال بالالتزامات التعاقدية المرتبطة بالضمان. ويتجلّى ذلك بوضوح في

ما قرّره المشرّع الفرنسي بموجب المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978، الذي نصّ على معاقبة المهني بالغرامة في حالة عدم احترامه لالتزام الإعلام بوجود الضمان القانوني للعيوب الخفية.[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرّع الجزائري لم يقتصر على العقوبة الأصلية، بل أقر أيضًا عقوبات تكميلية تُضاف إليها وجوبًا أو جوازًا، من بينها المصادرة المنصوص عليها في المادة 44، ونشر الحكم طبقًا للمادة 48، إضافة إلى إمكانية المنع المؤقت من ممارسة النشاط وفق المادة 11 من القانون ذاته.

ورغم أهمية هذا الجزاء الجنائي في تحقيق الردع العام والخاص، إلا أنه لا يكفي وحده لتوفير حماية فعالة للمستهلك، مما يجعل الجزاء المدني ضرورة لا غنى عنها باعتباره الأساس في حماية التوازن العقدي. ومن ثمّ، فإن تكريس نصوص واضحة تمنع الشروط التعسفية وتُرتب آثارًا مدنية عليها، يساهم في تعزيز الثقة في المعاملات التجارية ويضمن شفافية أكبر في العلاقات بين المهنيين والمستهلكين.

2- الجزاء المدني:

لم يتضمن القانون رقم 04-02 نصًا صريحًا يقرر الجزاء المدني المترتب عن إدراج الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية، وهو ما قد يُفهم منه أن المشرّع أحال ضمنيًا إلى تطبيق القواعد العامة الواردة في القانون المدني، ولا سيما المادة 110 منه، التي تخوّل القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع له. [2]

ولقد أدى سكوت المشرّع الجزائري، في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، عن النص صراحة على الجزاء المدني المترتب عن الشروط التعسفية، إلى إثارة خلاف فقهي حول مدى إمكانية إعمال هذا

[1] - بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 101.

[2]- برابح يمينة، خصوصية الحماية القانونية من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 01، 2023،، ص.19.

الجزاء في ظل هذا الفراغ التشريعي. وقد انقسم الفقه إلى اتجاهين فقهين حاول كل منهما تقديم تفسير لهذا السكوت وتحديد آثاره القانونية.

يذهب اتجاه أول إلى إنكار دور القضاء المدني في تقرير جزاء مدني للشروط التعسفية في غياب نص صريح، كما يرفض هذا الاتجاه إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، لاسيما تلك المتعلقة بعقود الإذعان (المادة 110 من القانون المدني الجزائري). ويستند هذا الرأي إلى أن القانون رقم 04-02 تضمن آليات خاصة لمكافحة الشروط التعسفية، من خلال تحديدها ومنعها، دون أن يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة كتلك المقررة في القانون المدني. وعليه، فإن إعمال القواعد العامة، التي تخول القاضي تعديل الشروط أو إلغاءها، يُعد في نظرهم تجاوزًا لخصوصية هذا القانون. ويخلص هذا الاتجاه إلى ضرورة تدخل المشرّع صراحة لتقرير جزاء مدني يتمثل في بطلان الشروط التعسفية مع الإبقاء على العقد متى أمكن ذلك[1].

وعلى خلاف ذلك، يرى اتجاه آخر أن الجزاء المدني يمكن استخلاصه ضمنيًا من أهداف القانون رقم 04-02، الذي يرمي إلى حماية المستهلك وضمان نزاهة وشفافية الممارسات التجارية، مما يضفي على قواعده طابعًا آمِرًا. كما أن إقرار المشرّع لجزاءات ذات طابع ردعي يفترض وجود جزاء مدني موازٍ، إذ لا يُتصور تقرير مخالفة دون ترتيب أثر قانوني يحمي المصلحة الخاصة. فضلاً عن ذلك، فإن تحديد مفهوم الشرط التعسفي ومعاييره يقتضي بالضرورة تمكين القاضي من ترتيب الجزاء المناسب، وعلى رأسه البطلان[2].

وفي الاتجاه نفسه، يرى جانب من الفقه أن الفراغ التشريعي، المتمثل في عدم النص الصريح على الجزاء المدني في القانون رقم 04-02، لا يمنع القاضي من الحكم ببطلان الشرط التعسفي، استنادًا إلى ما استقر عليه الفقه الحديث من جواز إقرار البطلان حمايةً لمصلحة جوهرية، حتى في غياب نص. ولا شك أن حماية المستهلك

[1] -بودالي محمد، المرجع السابق، ص. 102.

[2] - أحمد رباحي، المرجع السابق، ص-ص. 390-391.

وإعادة التوازن العقدي تُعد من المصالح الأساسية التي تبرر هذا الجزاء. ويُعزَّز هذا الطرح بما أقرّه المشرّع من إمكانية رفع الدعوى أمام القضاء من قبل جمعيات حماية المستهلك وكل ذي مصلحة، ضد كل عون اقتصادي يخالف أحكام قانون الممارسات التجارية، وهو ما يفترض ضمناً وجود أثر مدني يمكن ترتيبه[1].

ومن جهة أخرى، يرى اتجاه فقهي أن سكوت المشرّع عن النص على الجزاء المدني يُفهم في إطار تحقيق التكامل بين أحكام القانون رقم 04-02 والقواعد العامة في القانون المدني. فبإمكان القاضي، في هذا الإطار، إخضاع عقود الاستهلاك لنظام عقود الإذعان، ومن ثم تطبيق الأحكام التي تخوّله تعديل الشروط التعسفية أو إلغاءها، فضلًا عن إمكانية تعديل الشروط الجزائية إذا اتسمت بالتعسف، بما يحقق حماية فعالة للمستهلك[2].

كما يرى اتجاه فقهي آخر[3] أن الأخذ بالجزاء المدني في مواجهة الشروط التعسفية يُعدّ الرأي الأجدر بالترجيح، خاصة في ظل ما يُلاحظ من فراغ تشريعي في القانون رقم 04-02، الذي لم ينص صراحة على الأثر المدني المترتب عن إدراج هذه الشروط. وعليه، فإذا عُرض على القاضي نزاع يتعلّق بشرط تعسفي لم يرد ضمن القوائم المحددة قانونًا، فإن له سلطة تقديرية في تحديد الجزاء المناسب، بالاستناد إلى أحكام المادة 110 من القانون المدني الجزائري. ويقود هذا التفسير إلى النتيجة ذاتها التي كان من المفترض أن ينص عليها المشرّع صراحة، والمتمثلة في إبطال الشرط التعسفي مع الإبقاء على العقد صحيحًا، كلما كان ذلك ممكنًا.

غير أنه يُحتمل، في المقابل، أن يكون سكوت المشرّع عن تقرير جزاء مدني صريح مقصودًا، بحيث يُفهم منه الاكتفاء بآلية التعويض عن الضرر اللاحق بالمستهلك من

[1] – شوقي بناسي، أثر التشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص-ص. 439-440.

[2] – إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص-ص. 176-177.

[3] – عدة عليان، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص.-ص. 312-313.

خلال دعوى مدنية بالتبعية، على اعتبار أن التعسف لا يُشكّل سوى صورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية، دون أن يمتد أثره إلى إبطال الشرط ذاته. ويؤدي هذا التصور إلى تضييق نطاق الحماية المدنية، من خلال استبعاد جزاء البطلان وقصر الأمر على التعويض فقط.

ويجد هذا الاتجاه سنده في التعديل الذي أدخله المشرّع الجزائري على القانون المدني سنة 2005، حيث نصّ صراحة على اعتبار التعسف صورة من صور الخطأ، وذلك بموجب المادة 124 مكرر من القانون المدني. ومن ثمّ، فإن تكييف التعسف على هذا النحو قد يدفع إلى إعمال قواعد المسؤولية المدنية دون اللجوء إلى جزاء البطلان، وهو ما يثير نقاشاً فقهيًا حول مدى كفاية هذا الحل في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك وضمان التوازن العقدي.

ومع هذا التباين الفقهي، يمكن ترجيح الاتجاه القائل بإمكانية إقرار الجزاء المدني، والمتمثل في بطلان الشروط التعسفية مع بقاء العقد صحيحًا متى أمكن ذلك، باعتباره الأكثر انسجامًا مع أهداف حماية المستهلك. ومع ذلك، يبقى من الأفضل أن يتدخل المشرّع بنص صريح يكرّس هذا الجزاء، تفاديًا لأي غموض أو تباين في التطبيق القضائي، وتعزيزًا للأمن القانوني في المعاملات التعاقدية.

الباب الثاني:
مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند تنفيذ العقد وإنهائه.

يقوم العقد على مبدأ تبادل المصالح بين الأطراف المتعاقدة، إلا أن تنفيذ العقد وإنهاءه يجب أن يتم وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف، وبطريقة تُحقق الغاية المشتركة من وراء إبرامه، إذ يتوجب على كل طرف أن يؤدي التزاماته بما يحقق الهدف الذي رمى إليه العقد عند إبرامه، مع اجتناب أي سلوك يضر بمصلحة الطرف الآخر أو يحول دون استفادته المشروعة من العقد؛ بمعنى ألا يركز كل متعاقد على مصلحته الخاصة فقط، بل يجب أن يراعي مصالح الطرف الآخر، لا سيما في ظل التغيرات غير المتوقعة عند تنفيذ العقد أو إنهاءه.

ولقد عالج الفقه القانوني المعاصر مسألة تغير ظروف تنفيذ من خلال إقرار **تقنية إعادة التفاوض**، التي تُعد بمثابة ترجمة عملية لمبدأ **حسن النية** في تنفيذ العقود. غير أن هذه المعالجة لا تقتصر على رفع الضرر عن الطرف المرهق فقط، بل تمتد أيضًا إلى **مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر**، باعتبار أن العدالة لا تكتمل إلا بتحقيق التوازن بين مصالح الطرفين (الفصل الأول).

كما أظهر تطور الفكر القانوني المعاصر اتجاهاً مُتزايداً نحو حماية مصلحة المتعاقد الآخر عند إنهاء العقد، وذلك من خلال تقييد ممارسة هذا الحق بضوابط، منها حسن النية والتعويض والإشعار المسبق، بغية تحقيق العدالة التعاقدية والتوازن بين حرية الأطراف واستقرار العلاقات القانونية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند تنفيذ العقد

"الالتزام بإعادة التفاوض: تقنية تعاقدية لمعالجة تغيرظروف تنفيذ العقد"

تُعد تقنية إعادة التفاوض من أبرز التقنيات التعاقدية والقانونية التي استحدثها الفكر القانوني المعاصر كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي عند تغيّر الظروف. وهي تمثل امتدادًا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، حيث يُطلب من المتعاقدين عند وقوع ظرف استثنائي يُخل بتوازن العقد، أن يدخلا في مفاوضات جديدة بغرض تعديل بنوده بما يتلاءم مع الوضع المستجد، دون الإخلال بجوهر العقد أو فرض حلول تعسفية من طرف واحد.

ولقد برزت آلية إعادة التفاوض كحل بديل لتدخل القضاء، الذي كان يُعد الوسيلة التقليدية لإعادة التوازن من خلال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، خاصة في النظم التي تسمح للقاضي بتعديل العقد أو تمديد أجل تنفيذه. غير أن الواقع العملي كشف عن محدودية هذا الحل القضائي، إما بسبب بطء الإجراءات أو عدم دقة الحلول المفروضة من الأطراف غير المتعاقدة– القاضي–. ومن هنا نشأت الحاجة إلى إتاحة الفرصة للمتعاقدين أنفسهم – بصفتهم الأدرى بطبيعة العلاقة – لمحاولة الوصول إلى حل عادل يراعي مصلحة الطرف المرهق دون الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر.

وتماشياً مع التوجه الحديث في مجال العقود، الهادف إلى الحفاظ على استمرارية العلاقة التعاقدية، وإلى تحقيق العدالة التبادلية التي تُراعي التغيرات الموضوعية في التوازن بين الالتزامات المتقابلة، أقرت التشريعات الوضعية الحديثة – على غرار القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة 2016 – صراحة فكرة إعادة التفاوض، واعتبرته كحق مخول لأحد الطرفين، يطلب من خلاله إعادة التفاوض في حال تغيّرت الظروف بشكل كبير وغير متوقع.

ومن هذا المنطلق، سنحاول في هذا الفصل دراسة تقنية "إعادة التفاوض" دراسة معمقة، ابتداءاً بالتعرف على مضمون الالتزام بإعادة التفاوض (المبحث الأول) ووصولاً إلى الآثار القانونية المترتبة على تفعيله(المبحث الثاني).

المبحث الأول: التأصيل القانوني للالتزام بإعادة التفاوض

يعد الالتزام بإعادة التفاوض من المواضيع الحديثة التي أُدرجت في العديد من الأنظمة القانونية، سواء على مستوى التشريعات الوطنية أو في إطار الاتفاقيات الدولية، ويعود تطوره إلى التحديات الاقتصادية والتجارية التي تواجه الأطراف المتعاقدة في تنفيذ عقودهم. حيث أصبح هذا الالتزام جزءًا من الأسس التي تحكم العلاقات التعاقدية، خصوصًا في العقود الطويلة الأجل أو تلك التي تتطلب مرونة في التنفيذ لمواجهة التغيرات غير المتوقعة.

المطلب الأول: حقيقة الالتزام بإعادة التفاوض

الالتزام بإعادة التفاوض هو مبدأ قانوني حديث يعكس تطور العلاقات التعاقدية في ظل التغيرات الاقتصادية والاجتماعية السريعة التي تؤثر على تنفيذ العقود، ويُعد من الميكانيزمات التي تضمن تكييف العقود مع الظروف المستجدة، بحيث يلتزم الأطراف بالتفاوض مجددًا في حال ظهور ظروف غير متوقعة تؤثر بشكل جوهري على تنفيذ التزاماتهم.

وتبعاً لأهمية آلية إعادة التفاوض، سعت التشريعات الوضعية إلى تنظيم أحكامه بدءاً من كيفية ممارسة الالتزام بتخفيف الضرر وصولاً إلى الآثار المترتبة على ممارسته، إلا أن البحث عن ضوابط هذه الممارسة والآثار القانونية المترتبة عنها، يقتضي تبيان مفهوم فكرة إعادة التفاوض (الفرع الأول)، وكذا إبراز طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد مفهوم فكرة إعادة التفاوض كآلية لتحقيق توازن المصالح التعاقدية

لقد أطلق شراح القانون عدّة تسميات حول فكرة الالتزام بإعادة التفاوض في العقود، إذ بتصفح التعريفات المطروحة من قبلهم نجد أن البعض يطلق عليه شرط المراجعة (clause de Revision)، أو شرط المشقة (clause de hardship)، ويصفه جانب أخر بشرط العدالة أو الإنصاف (clause D'equite)، في حين ينعته جانب من الشراح بشرط إعادة التفاوض (clause de renégociation)[1]، وبالرغم من الاختلاف في التسميات

[1] –هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد – دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص. 23.

والمصطلحات إلا أنهم اتفقوا في مضمونه والهدف المرجو من إعماله والمتمثل في معالجة اللاتوازن العقدي الناتج عن تغير في الظروف التي تطرأ العقد وتعيق تنفيذه.

وتعددت التعريفات المطروحة من قبل شراح القانون حول فكرة إعادة التفاوض على العقد؛ إذ عرفه جانب من الفقه على أنه: " التزام أطراف العقد بإعادة النظر في العقد، إذا ما كانت هناك ظروف أدت إلى تغيير في المسائل الجوهرية للعقد، مما يؤدي إختلال التوازن العقدي بين المتعاقدين."[1]، وعرفه جانب آخر بأنه: " شرط يُدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة، يُحددها الأطراف في العقد، سواء في نفس الشرط الوارد بالعقد أو في اتفاق منفصل، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد، ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح. والهدف الذي يسعى الشرط إلى تحقيقه هو تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتمشى مع الظروف الجديدة وإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي تسببت فيها هذه الظروف."[2].

كما عُرفت على أنها: " شرط يُدرجه المتعاقدين في العقد أو ينص عليه المشرع، بمقتضاه يلتزم الاطراف بإعادة التفاوض عندما إعادة التفاوض عندما تقع أحداث من طبيعة معينة مستقلة عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم – يُحددها الشرط أو النص القانوني– وتكون نتيجتها الإخلال الجسيم بتوازن العقد، ويهدف هذا الالتزام إلى تعديل العقد حتى يتمشى مع الظروف الجديدة وإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب هذه الظروف."[3].

هذا وأعطى قضاة محكمة النقض الفرنسية تعريفاً لفكرة إعادة التفاوض على أنها: " التزام الأطراف بمناقشة وتبادل الاقتراحات في ظروف معينة، نتيجة لتغيرات خارجة

[1] – علي حسين الدويح، الالتزام بإعادة التفاوض في تكوين العقد المعدل، مجلة الإمام جعفر الصادق للدراسات القانونية، كلية القانون، جامعة الإمام جعفر الصادق، العدد 3، حزيران 2022، ص. 195.

[2] – محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص. 24.

[3] – مهند عثمان خضير موسى الموسري الأحمد دلمي، التزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية " دراسة مقارنة بين فرنسا والعراق ومصر"، المجلة العراقية للبحوث الانسانية والاجتماعية والعلمية، جامعة قم، جمهورية إيران، العدد 08، 2023، ص. 237.

عن إرادتهم والتي اعترضت العقد أثناء تنفيذه مما يؤدي إلى إعادة تنظيمه مثلما يحدث في الاتفاقيات الجماعية للعمل."[1].

ويتضح من مجمل التعريفات السابق ذكرها أن فكرة إعادة التفاوض هي عبارة عن تقنية تعاقدية وتشريعية تتيح الفرصة للأطراف المتعاقدة لإعادة التوازن العقدي الذي أُختل بسبب تغير الظروف عن طريق السماح للمتعاقدين بإعادة التفاوض بغية الوصول إلى حل يحقق التوازن للعقد المبرم بينهما، ويضمن إستمرارية العقد بشروط تتوافق وتتناسب والظروف المحيطة به.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية الالتزام بإعادة التفاوض

ثار تساؤل بين جموع الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بإعادة التفاوض؛ فجانب من الفقه يرى أن الالتزام بإعادة التفاوض التزام ببذل عناية، في حين يعتبر جانب آخر من الفقه أن الالتزام بإعادة التفاوض التزاماً بتحقيق نتيجة. وفيمايلي تبيان للحجج وأسانيد كل فريق:

أولاً: الالتزام بإعادة التفاوض التزام ببذل عناية

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الالتزام بإعادة التفاوض في العقود، التزاماً ببذل عناية، وذلك لاحتمال عدم الاتفاق بعد إعادة التفاوض، كما يرون أن ليس من الضروري أن تكلل عملية التفاوض بالنجاح، وبالتالي التوصل إلى اتفاق بين الأطراف المتعاقدة، فربطوا مصير العقد بعد التفاوض بالظروف التي تحكم عملية إعادة التفاوض والتي لها الأثر الواضح على النحو الذي يجعل هذه العملية إيجابية أم سلبية[2].

ثانياً: الالتزام بإعادة التفاوض التزام بتحقيق نتيجة

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الالتزام بإعادة التفاوض التزاماً بتحقيق نتيجة، مستندين في ذلك على المبادئ التوجيهية العامة التي تحكم العقد والمتمثلة في حسن النية والتعاون والتضامن، وهي مبادئ من شأنها أن تدفع الأطراف المتعاقدة إلى التمسك بالعقد، ومعالجة اللاتوازن العقدي، وتجاوز جل الأحداث والظروف وصولاً إلى التنفيذ الأمثل للعقد، باعتبار أن العقد لا يمثل مصلحة لأطرافه فقط بل هو مصلحة عامة تهدف

[1] – V. Cass. Soc. 30 Mars, 1982, Bull Civ, No 232

[2] – أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص. 306.

إلى عدم المساس بالعقود وإنهائها، مما يستلزم إتخاذ كل ما من شأنه الإبقاء على العقد، فالحفاظ على العقد كوسيلة لتحقيق الهدف الاقتصادي هو الأهم للمتعاقدين إذ أن الاعتبار الاقتصادي هو الذي يحدد سلوك المتعاقدين القانوني[1]، فالمتعاقدين ليسوا ملزمين فقط بالجلوس إلى مائدة المفاوضات، وإنما ملزمون أيضاً بتحقيق نتيجة لما حدث من مشقة وإرهاق لأحد طرفي العقد؛ أي التوصل لتغيير ظروف تنفيذ العقد حتى ولو يكن هناك خطأ من أي طرف[2].

ثالثاً: الالتزام بإعادة التفاوض التزام بتحقيق نتيجة ذو طبيعة خاصة يُحقق المصلحة المشتركة للمتعاقدين

يُلقي أنصار هذا الاتجاه على المتعاقدين واجب تضّمين العقد شرط إعادة التفاوض حال تغير الظروف التعاقدية، كما يلزموا أطراف العقد بالوفاء بالتفاوض دون إلزامهم بتحقيق نتيجة إيجابية، فدخول واجتماع المتعاقدين حول طاولة التفاوض التزام بتحقيق نتيجة أما المراجعة الفعلية للاتفاق فهي اختيارية بحتة، ويجب على طرف المخل تحمل عواقب الحدث[3]. هذا ويرى أنصار هذ الإتجاه أن تفعيل عملية التفاوض ودياً دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء؛ فحسبهم العلاج القضائي لن يكون مفيد إذا تم فسخ العقد، مما يستوجب ارتباط عملية إعادة التفاوض بحسن نية المتعاقدين، وأن يبدوا إرادتهم في التمسك باستمرارية العقد وتنفيذه تنفيذاً كاملاً لا يشوبه أي خلل[4].

[1] – هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 130 وما بعدها.

[2] – Oppetit (B), L'adaptation des contrarts internationaux aux changements de circonstances, la clausse de hardship, J.D.I, n.4, p. .807

[3] – خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقلرنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ص. 47.

[4] – المرجع نفسه، ص. 46.

الفرع الثالث: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن الأنظمة القانونية المشابهة –تقارب واختلاف–

من الثابت قانوناً أن فكرة إعادة التفاوض تجد محلها في مرحلة تنفيذ العقود، إذ تعتبر تقنية قانونية استحدثت لمعالجة اللاتوازن العقدي الناتج حال وقوع أحداث لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد، ومن المستقر قانوناً أن المعالجة القانونية لمشكلة تغير الظروف وقت تنفيذ العقد لا تقتصر على الالتزام بإعادة التفاوض، بل تتعدد وتتنوع الأنظمة القانونية الهادفة إلى معالجة اللاتوازن العقدي الناجم عن تغير في الظروف الاقتصادية والتكنولوجية؛ فقد تكون تشريعية وقد تكون اتفاقية، مما يسفر عن تواجد تقارب كبير لهذا الالتزام والمعالجات القانونية التقليدية، الأمر الذي يفرض علينا تبيان مواطن التقارب والإختلاف بينها وبين فكرة إعادة التفاوض فيما يلي:

أولاً: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من أهم الآليات التشريعية المقررة لمعالجة مشكلة تغير الظروف وقت تنفيذ العقد، إذ يتمثل قوامها في السماح بتعديل القضائي للعقد حال ما إذا طرأ أثناء تنفيذ العقد أحداث لم تكن غير متوقعة وقت إبرامه، فيلتزم بموجبها قاضي الموضوع برد الالتزام المرهق المُلقى على المدين إلى الحد المعقول، وتوزيع تبعات الظرف الطارئ بين المدين والدائن.

ولقد تبنى المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في نص المادة 107 الفقرة 03 من التقنين المدني، وتبعته العديد من التشريعات الوضعية العربية في تبني ذات النظرية في قوانينها المدنية، فنجد أن المشرع المصري قد تناولها في نص المادة 148 الفقرة 02 وكذا المشرع الأردني في نص المادة 205 والمشرع المشرع العراقي في نص المادة 146 الفقرة 2.

وبالتمعن في مضمون كل من نظرية الظروف الطارئة والالتزام بإعادة التفاوض نجد تقارب كبير بينهما، حيث تعد نظرية الظروف الطارئة أقرب النظم تشابهاً مع فكرة إعادة التفاوض من حيث الهدف، إلا أنهما يختلفان من حيث القواعد التي تحكمهما.

أ-أوجه التقارب:

تشترك كل من نظرية الظروف الطارئة والالتزام بإعادة التفاوض في بعض المواطن، نوجزها فيما يلي:

- **من حيث شروط التطبيق:**

تتشارك نظرية الظروف الطارئة مع التزام بإعادة التفاوض من حيث شروط التطبيق، حيث يشترط في كليهما أن يكون هناك تغير في الظروف وقت تنفيذ العقد، وذلك بوقوع أحداث غير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، وأن يؤدي ذلك إلى اختلال التوازن للعقد، مما يجعل من تنفيذ المدين لالتزامه مرهقاً[1].

- **من حيث الغاية:**

تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى الحفاظ على العقد وضمان التنفيذ الأمثل له، ويقتصر تدخل القاضي على إعادة التوازن ورفع الإرهاق عن المدين قدر الإمكان، وهو ذات الحال بالنسبة للالتزام بإعادة التفاوض، الذي تتمثل غايته في في الحفاظ على بقاء العقد واستمرار تنفيذه، عن طريق إعادة التفاوض بين المتعاقدين، لإزالة اللاتوازن العقدي، ومن ثم تتحقق وحدة الهدف والغاية في كلاهما[2].

- **من حيث نطاق التطبيق:**

يستلزم تطبيق نظرية الظروف الطارئة والالتزام بإعادة التفاوض أن يكون هناك فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذه، مما يجعل الأمر مقتصراً على العقود الفورية التي تحتاج مدة في تنفيذها والعقود الزمنية، وأن يُحدث هذا التقلب في الظروف أثناء تنفيذ العقد وقبل تمام التنفيذ[3].

ب-أوجه الاختلاف:

على الرغم من التقارب الكبير بين نظرية الظروف الطارئة والتزام بإعادة التفاوض إلا أن هناك اختلاف بينهما في مواطن عدة؛ نوضحها فيما يلي:

---

[1] – وصال علي راغب محمد ابو سعده، الآليات الـــإتفاقية لإعادة التوازن في العقود المدنية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2022، ص-ص. 166-167.

[2] – نفس المرجع، ص. 167.

[3] – هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 64.

- **من حيث الطبيعة القانونية:**

من المسلم به قانوناً أن نظرية الظروف الطارئة تعد من قبيل الآليات التشريعية التي تمتاز بطبيعتها القانونية الملزمة والمرتبطة بالنظام العام، بحيث لا يحق للمتعاقدين أن يتفقا على استبعادها في التطبيق، وأي اتفاق غير ذلك يقع باطلاً[1].

في حين نجد أن الالتزام بإعادة التفاوض يعد من قبيل الآليات الاتفاقية أصالة، إذ يجد مصدره في اتفاق الأطراف المتعاقدة، ومن ثم إذا لم يتفق المتعاقدين على تضمين العقد المبرم بينهما شرط إعادة التفاوض، فلا يمكن إلزامهم بتطبيقه حال تغير الظروف[2].

هذا وتجب الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في تعديل 2016 للقانون المدني قد اعتبر مسألة إعادة التفاوض حال تغير الظروف أثناء تنفيذ العقد من المسائل الغير إلزامية لأطراف المتعاقدة، حيث منح المتعاقدين حق استبعاد شرط إعادة التفاوض، مما يدل على تبني المشرع الفرنسي للطبيعة القانونية غير الملزمة للالتزام بإعادة التفاوض[3].

- **من حيث القوة الملزمة للعقد:**

تعد نظرية الظروف الطارئة استثناء من الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك لأنها تتيح للقاضي – باعتباره طرف أجنبي عن العقد– التدخل في تعديل مضمون العقد– إما بإنقاص أو زيادة التزامات أو وقف تنفيذ العقد– دون الحاجة إلى اتفاق مسبق لأطراف العقد، فالقاضي في إطار تطبيقه لأحكام نظرية الظروف الطارئة يكون مُلزم بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بناءاً على طلب المدين

---

[1] – المادة 107 الفقرة 03 من التقنين المدني الجزائري.

[2] – ميثاق طالب عبد حمادى الجبوري، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الأنظمة القانونية الوطنية والدولية معززة بأحكام القضاء والتحكيم والشروط التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، 2016–2017، ص. 202.

[3] - V. art. 1195 du code civil Fr. Que dispose qui, « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

المضرور، ورغم اعتراض الدائن، إذ يعتبر أي اتفاق يقضي بحرمان القاضي من حقه في تعديل العقد إزاء تغير ظروف العقد لحظة تنفيذه يقع باطلاً[1].

وهذا بخلاف الالتزام بإعادة التفاوض الذي يعد تكريساً مباشراً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ذلك باعتبار أن إرادة المتعاقدين هي المصدر الذي تنبع منه فكرة إعادة التفاوض[2]، وزيادة على ذلك حتى ولو كان المصدر الذي تنبع منه فكرة إعادة التفاوض إرادة المشرع كما نص عليه التقنين المدني الفرنسي في المادة 1195 منه، فإنه يبقى محتفظاً بالسمة الاتفاقية لها، إذ يبرز ذلك في منح المتعاقدين الدور الأساسي في الوصول إلى حل ابتداءاً، فإن تعذر ذلك – اتفاق على التفاوض– جاز للقاضي بناءاً على طلب أحد الأطراف مراجعة العقد أو إنهائه[3].

- **من حيث أثر التطبيق:**

باستقراء أحكام نظرية الظروف الطارئة نجد أن الحلول الممنوحة للقاضي الموضوع منحصرة في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ذلك بعد التحقق من الظروف التي لحقت بالعقد وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، فلا يمكن للقاضي أن يقضي بفسخ العقد بناءاً على طلب المدين وإلا ترتب على ذلك تحمل الدائن كل تبعات الظروف الطارئة، كما أن القاضي لا يرفع كل الضرر أو الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على الدائن وحده، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، مراعياً في ذلك كافة الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما[4].

---

[1] – المادة 107 الفقرة 03 من التقنين المدني الجزائري.

[2] - Nathalie lou Nahan Konan, l'application des principes d'inidroit au contrats en contexte de gestion de projets internationoux: un Moyen de gestion de Risque, mémoire présenté à université du québec a trios – Rivières, Mars 2004, p. 72.

[3] – رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، التزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 07، العدد 2، ديسمبر 2021.، ص. 17.

[4] – منى أبوبكر حسان، الإتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، دار الجامعة الجديدة، 2022، 35.

وهذا بخلاف الالتزام بإعادة التفاوض الذي تقتضي طبيعته الاتفاقية منح أطراف العقد نطاقاً أوسع في اختيار الطريقة والوسيلة الملائمة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن الحلول النابعة من اتفاق الطرفين تمتاز –غالبا– بنوع من العدالة والمقبولية من قبل الأطراف المتعاقدة، بعكس الأحكام القضائية المفروضة على الأطراف، فأحياناً ما ينتجه قرار القاضي قد يكون غير ملائم لمصلحة أحد المتعاقدين، مما يُفضل مشاركة الأطراف في إيجاد آلية مفيدة ونافعة تُعيد التوازن للعقد وتتلائم ومتطلبات الظروف المتغيرة[1].

ثانياً: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن شروط التعديل التلقائي

من المستقر قانوناً أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، تحكمه جملة من المبادئ التوجهية على غرار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو مبدأ مؤداه حرية الأطراف في تضمين ما شاؤوا من شروط بشرط ألا تُخالف النظام العام والآداب العامة، وتبعاً لتغير واقع البيئة العملية في مجال التعاقد، التي تتسم بالتغير الظروف مابين وقت ابرام العقد وتنفيذه، استحدث الأطراف المتعاقدة شروط تسمح بالحفاظ وثبات علاقتهم التعاقدية في مواجهة الظروف الاقتصادية والمالية التي تحدث أثناء تنفيذ العقد، والتي يمكن تصنيفها إلى طائفتين؛ الأولى تتولى معالجة اللاتوازن الاقتصادي للعقد بمجرد تحقق تلك الظروف المتوقعة والمتفق عنها وقت إبرام العقد، ودون تدخل من الأطراف المتعاقدة، وتسمى بشروط التعديل التلقائي للعقد، والثانية تسمى بشروط مراجعة العقد أو ما يصطلح عليها بشرط إعادة التفاوض، التي تتم عن طريق إعادة اجتماع الاطراف المتعاقدة على مائدة التفاوض بهدف إعادة النظر في بنود العقد ومراجعتها.

وتبعاً لما تم إيضاحه آنفاً، يتبين لنا التقارب والارتباط الكبير مابين هاتين الطائفتين من الشروط، إذ يهدفان إلى ضمان تنفيذ أمثل للعقد، إلا أنه بالرغم من ذلك يُوجد مواطن يختلف فيها الالتزام بإعادة التفاوض وشروط التعديل العقد التلقائية، نوضحها فيما يلي:

[1] – وصال علي راغب محمد أبو سعدة، المرجع السابق، ص. 171.

أ-أوجه التقارب:

بإستقراء الأحكام المنظمة لكل من شروط تعديل العقد التلقائية والالتزام بإعادة التفاوض نجد أنهما يتفقان ويشتركان في نقاط عدة، نذكرها على النحو الآتي:

- **وحدة المصدر المنشئ:**

يتفق الالتزام بإعادة التفاوض وشروط التعديل التلقائي للعقد من حيث المصدر المُنشئ لهما، حيث يُعتبران من الآليات الإرادية التي يتفق عليها الأطراف وقت ابرام العقد، إذ يتم النص عليهما في بنود صريحة يتفق عليها طرفيّ العقد، فالمصدر الإرادي يُشكل نقطة الإلتقاء بينهما، والأساس القانوني لالتزام الاطراف بتنفيذ هذه الشروط، وإلا ستثثار مسؤوليتهم التعاقادية بمخالفة بنود العقد[1].

- **وحدة الغاية المرجوة من إعمالهما:**

يتشارك كل من الالتزام بإعادة التفاوض وشروط التعديل التلقائي للعقد في الهدف المرجو من إعمالهما، حيث يسعى كلاهما إلى معالجة اللاتوازن العقدي الناتج عن تغير الظروف وقت تنفيذ العقد، فيتجسد ذلك باعتماد أسس ومعايير محددة لغرض الإبقاء على ثبوتية العقد وضمان استمرار توازنه الاقتصادي[2].

- **ان في تكريسهما تأكيد لمبدأ القوة الملزمة للعقد:**

تتسم شروط التعديل التلقائي للعقد بالطابع الإرادي، وذلك كونها نتاج لإتفاق إرادي بين الأطراف المتعاقدة، وبالتالي فهي لا تُشكل قيداً أو استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، بل تعتبر تطبيقاً وتأكيداً للقوة الإلزامية للعقد، وهو ذات الحال بالنسبة للالتزام بإعادة التفاوض[3].

---

[1] – وصال علي راغب محمد أبو سعدة، المرجع السابق، ص.181.

[2] – مروك أحمد، معالجة أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص. 168 وما بعدها، ينظر كذلك ميثاق طالب عبد حمادى الجبوري، المرجع السابق، ص-ص. 212-214.

[3] – وصال علي راغب محمد أبو سعدة، المرجع السابق، ص.182.

- **مجال التطبيق:**

يتم تفعيل الالتزام بإعادة التفاوض وشروط التعديل التلقائي للعقد في العقود طويلة المدة أو مستمرة التنفيذ، بحيث لا يمكن تصور إعمالهما في العقود الفورية إلا إذا كان التنفيذ مؤجلاً لفترة من الزمن[1].

ب- أوجه الإختلاف:

على الرغم من نقاط الالتقاء بين الالتزام بإعادة التفاوض وشروط التعديل التلقائي للعقد، إلا أنه توجد فوارق عدّة تبرز ذاتية كلا النظامين، ونوضحها في مايلي:

- **اختلاف طريقة إعمال التعديل:**

بتصفح الأحكام القانونية المنظمة لشروط التعديل التلقائي للعقد نجد أن أحكام العقد تُعدل بشكل تلقائي، وبحسب الطريقة التي سبق للمتعاقدين الاتفاق عليها، ومثالها كأن يتفق الأطراف عند إبرام العقد على أنه لو حدث تغير في قيمة العملة التي يتم بها الدفع، أو في تكلفة المواد الأولية بنسبة معينة، يتعدل بصورة تلقائية دون تدخل من الأطراف، ودون الحاجة إلى إجراء عملية إعادة التفاوض بينهما[2].

في حين نجد أن تعديل العقد وفقاً للالتزام بإعادة التفاوض لا يتم بشكل تلقائي، بل يستلزم إجتماع الأطراف المتعاقدة على طاولة المفاوضات مرة أخرى بغية الوصول إلى حل يُعيد التوازن الاقتصادي للعقد، ويُرضي الأطراف المتعاقدة[3].

- **اختلاف مقدار التعديل:**

بإستقراء الأحكام المنظمة لشروط التعديل التلقائي للعقد نجد أن نسبة التعديل في التعديل التلقائي للعقد تتحدد سلفاً من قبل المتعاقدين، وتُقاس عادة بنسبة الزيادة في المواد الأولية أو قيمة العملة أو نسبة الضرائب المفروضة، بحيث يشترط أن يُحدد مقدار

[1] – ميثاق طالب عبد حمادى الجبوري، المرجع السابق، ص. 214.

[2] – محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 101.

[3] – ميثاق طالب عبد حمادى الجبوري، المرجع السابق، ص. 215.

التعديل بشكل أدق عند إبرام العقد وبصورة لا تُثير أي لبس أو غموض لدى الأطراف وقت تحقق ظروف تعديل العقد – المذكورة آنفاً–[1].

خلافاً للالتزام بإعادة التفاوض، فإن مقدار التعديل لا يتحدد مسبقاً، بل يتقرر بناءاً عما اتفق عليه المتعاقدين أثناء فترة إعادة التفاوض. بمعنى أن وفقاً لأحكام فكرة إعادة التفاوض، فإن نسبة تعديل أحكام العقد تتحدد تبعاً لما تسفر عنه المفاوضات العقدية التي تتم بين الأطراف المتعاقدة، بحيث لا يمكن التكهن –وفقاً للالتزام بإعادة التفاوض– مسبقاً بمقدار نسبة التعديل المقترحة لمشكلة تغير الظروف إلا بعد وقوع الطارئ وبعد إجراء التفاوض بشأن ما أحدثته هذه الظروف من إخلال لتوازن العقد[2].

المطلب الثاني: مضمون الالتزام بإعادة التفاوض في ضوء حماية مصالح المتعاقدين

تهدف فكرة إعادة التفاوض إلى المحافظة على التوازن العقدي الناجم عن حدوث ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين وقت تنفيذ العقد، فهي بذلك تعتبر طوق نجاة لاستمرارية العقد وضمان ملائمته وفقاً للتغيرات التي تقع.

ويتحدد مضمون فكرة إعادة التفاوض في النظم القانونية إستناداً إلى الأساس التي يستمد منه قوته الإلزامية ما إذا كان أساساً إرادياً ناجم عن ممارسة عقدية أو تشريعياً مُكرساً بموجب قوانين داخلية ودولية (الفرع الأول)، هذا ويتطلب لتفعيل الالتزام بإعادة التفاوض توفر جملة من الظوابط القانونية والعملية لإعماله(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزام بإعادة التفاوض – من ممارسة عقدية إلى تنصيص قانوني–

يُناقش رجال الفقه والقضاء مسألة تحديد أساس الالتزام بإعادة التفاوض من زواية وجود شروط عقدية تقضي به (أولاً)، ومن زواية غياب إتفاق يقضي بمناقشة بنود العقد في حال لو طرأت ظروف تعيق تنفيذ العقد (ثانياً).

[1] – مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص. 55.

[2] – مروك أحمد، المرجع السابق، ص. 168.

أولاً: الأساس الإرادي للالتزام بإعادة التفاوض تحقيقاً لمصلحة المتعاقدين

برزت فكرة إعادة التفاوض في أول الأمرعلى شكل شروط يُدرجها المتعاقدين، إذ أن إرادة المتعاقدين هي التي تُحدد محتوى عملية إعادة التفاوض[1]، وذلك إما في نفس الشرط الوارد بالعقد أو في اتفاق منفصل.

وترتيباً على ذلك فإن فكرة إعادة التفاوض ذات منشأ إتفاقي[2] تخضع لإرادة الأطراف، وعلى اعتبار أن فكرة إعادة التفاوض تهمين عليها الصفة التعاقدية ثار تساؤل حول مدى علاقة شرط إعادة التفاوض بمبادئ التوجيهية للعقد والمتمثلة في مبدأ حرية التعاقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد.

أ- إعادة التفاوض تجسيد لمبدأ الحرية العقدية

من المستقر قانوناً أن مبدأ سلطان الإرادة يعتبر بمثابة الدستور الذي يحكم العقود لاسيما العقود المدنية، إذ يخول لإرادة الفرد القوة والفاعلية لأن تُنشىء ما شاءت من التصرفات القانونية، ذلك اعتباراً أن الإنسان هو أدرى بما هو خير لمصلحته ويُدافع عنها ولا يتصور بالتالي إضرار الإنسان بنفسه، وإذا ما خيف إلحاق الضرر بالغير فإن قاعدة تعارض المصالح تحول دون ذلك فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه وبذلك يكون هنالك نوع من توزان المصالح في العقد بما يضمن عدم إضرار أي طرف[3].

هذا ومن الثابت قانوناً أن مبدأ سلطان الإرادة يجد أساسه القانوني في إرادة الأطراف المتعاقدة، فيُبرمو ما شاؤو من العقود، ويُنظموها بالشكل الذي يروه مناسباً للظروف المحيطة بالعقد[4]، لأن ذلك نابع من الحرية التعاقدية التي تكفل للمتعاقدين الصلاحية والحرية في إدراج ما شاؤو من الشروط التي تحقق مصالحهم الشخصية

---

[1] – جانب من الفقهاء يطلق عليه تسمية " إعادة التفاوض المتوقع la renégociation contractuelle prévue" يُنظر إلى هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 26.

[2] – رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص-ص. 26-28.

[3] – علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد، الجزء 01، الطبعة 01، بيروت، لبنان، 2011، ص. 61، ينظر كذلك دلشاد رمضان، إيمان يوسف نوري، الأساس القانوني لإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة دهوك، المجلد 26، العدد 02، 2023، ص. 1714.

[4] – المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

وتحمي علاقتهم التعاقدية من الزوال، وتمنحهم إمكانية أن يتقابلوا في أي وقت بعد حدوث التغيرات بهدف تعديل العقد المبرم بينهم[1].

ويرى غالبية الفقه القانوني أن الالتزام بإعادة التفاوض ذو منشأ اتفاقي، فيعتبرونه تجسيد لمبدأ الحرية التعاقدية، ذلك باعتبار أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد نطاق ومضمون عملية إعادة التفاوض، وهي من تسمح للمتعاقدين الاقتراب بشكل مرن لإيجاد حل مناسب لتعديل الالتزامات العقدية المتبادلة، نتيجة لتغير الظروف غير المتوقعة، وكذا يعطي فرصة لاستمرار الرابطة العقدية[2].

كما يروا أن إدراج آلية إعادة التفاوض كشرط تعاقدي يُضفي الصفة الإلزامية على المتعاقدين بضرورة الجلوس على مائدة التفاوض بحسن نية، بغية الوصول إلى حل لإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب تغير الظروف، وبالتالي يتعرض الطرف الممتنع عن التفاوض للمسؤولية العقدية[3].

وعليه، فإن تضمين المتعاقدين شرط إعادة التفاوض كآلية لمراجعة العقد حال تغير الظروف المحيطة وقت تنفيذ العقد يعتبر محض تطبيق لمبدأ الحرية التعاقدية، وذلك طالما أن الأطراف المتعاقدة قادرة على الإتفاق على التعديل اللاحق للعقد، لأن هذا الاتفاق يكون بمحض إرادة المتعاقدين.

ب-إعادة التفاوض تطبيق عملي لمبدأ القوة الملزمة للعقد

من المستقر قانوناً أن العقد متى أُبرم بالشكل القانوني المطلوب، فإنه يُكسبه قوة إلزامية لعاقديه، إذا يضحى قانوناً يُلزم منشؤوه، وهذا ما يسمى في قاموس القانوني للعقود بمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين pacta sunt servenda"، الذي ينتج عنه ضرورة التزام الأطراف بعقدهم، فمتى أبرم بالشكل القانوني السليم أنتج آثاره القانونية، ويُنزل

[1] – دلشاد رمضان، إيمان نوري، المرجع السابق، ص. 1714.

[2] – شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 72.

[3] – دلشاد رمضان، إيمان يوسف نوري، المرجع السابق، ص. 1715.

منزلة القانون للذين أنشاؤوه[1]، فيُرفض أن ينفرد أحد المتعاقدين بنقض العقد أو تعديله حتى ولو تغيرت ظروف تنفيذه بشكل يُسبب ضرراً لأحد المتعاقدين.

ويرى رجال القانون أن تطبيق فكرة إعادة التفاوض لا يمكن أن يتعارض بأي حال من الأحوال مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما أنها تتلاءم ولا تتناقض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، وأن التخوف من كونه يُؤثر على مبدأ القوة الملزمة للعقد تخوفٌ لا أساس له، لأن تطبيقه لا يمكن أن يتم إلا بواسطة الأطراف معاً وبرضائهما، ولا شك أن ذلك يعد تطبيقاً لمبدأ لقوة الملزمة للعقد[2].

هذا ويرى أنصار ذات الإتجاه أن فكرة إعادة التفاوض تعمل على تأكيد القوة الإلزامية للعقد، ذلك لأن طبيعة الشروع في إعمال آلية إعادة التفاوض تُعالج مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد بالحوار الودي والتواصل بالتراضي إلى ما فيه مصلحة للمتعاقدين، لا سيما إن تم تفعيل آلية إعادة التفاوض بناءاً على شرطٍ أدرجه الأطراف في العقد، فهنا نكون أمام التطبيق العملي للقوة الملزمة للعقد، لكون الإرادة التعاقدية في الأساس في إدراج هذا الشرط وكذلك هي الأساس في تنفيذه، وبذلك نصل إلى نتيجة ثابتة تتمثل أن آلية إعادة التفاوض كوسيلة إرادية لمعالجة مشكلة تغير الظروف، يشكل تطبيقاً حقيقياً وعملياً لمبدأ القوة الملزمة للعقد للعقد، ذلك لكونه نابع من صميم الإرادة التعاقدية، وتم تنفيذه من قبل هذه الإرادة ذاتها[3].

وعليه، فإن فكرة إعادة التفاوض من أنجع وأحرص التقنيات القانونية فاعلية في الحفاظ على استمرار العقد مقارنة بغيرها من النظريات القانونية، بسبب اتاحتها الفرصة للمتعاقدين لمراجعة العقد، كونهم الأحرص على استمرار العقد والمحافظة على مصلحتهم.

---

[1] - article 1103 code civile fr: « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

[2] – رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 314.

[3] – ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، المرجع السابق، ص. 219.

ثانياً: أساس إعادة التفاوض في ظل غياب اتفاق صريح حمايةً للطرف الذي اختل مركزه العقدي

قد يحدث أن لا يتم التنصيص على مراجعة العقد حال حدوث ما هو غير متوقع من ظروف في بند خاص في العقد، وحدث أن اختل التوازن العقدي للعقد، مما يُثير تساؤل حول مدى إمكانية إعادة التفاوض ومراجعة العقد رغم عدم ورود شرط إتفاقي يجيز ذلك، وهل من الممكن مراجعة العقد من قبل القاضي في مثل هاته الأحوال.

جواباً على هذا الإشكال، لقد ثار جدل فقهي حول امكانية مراجعة العقد عن طريق آلية إعادة التفاوض حال عدم وجود بند إتفاقي يقضي بذلك، إذ برز اتجاهين فقهين متناقضين؛ إتجاه يؤيد فكرة مراجعة العقد عن طريق إعادة التفاوض، وإتجاه يرفض مراجعة العقد وفق تلك الآلية.

فأما الإتجاه الرافض، فيرى أنصاره أن تطبيق آلية إعادة التفاوض حال تغير ظروف تنفيذ العقد غير جائز، لاسيما أن الأطراف المتعاقدة لم تدرجه كبند خاص، لأن عزوف المتعاقدين عن إدراج مثل هذا الشرط – إعادة التفاوض– دليل على عدم قبولهم لفكرة مراجعة العقد حال حدوث أحداث غير متوقعة وقت تنفيذ العقد، هذا ويستند أنصار ذات الإتجاه إلى اعتبارات الاستقرارالقانوني للمعاملات المالية ومبدأ القوة الملزمة للعقود باعتباره من كلاسيكيات القانون المدني التي لا يجوز المساس بها ولا تعديلها، لأنه لوتم تعديل العقد لتغير الظروف سيكون فيه مساس بقدسية العقد[1]، واستندوا في ذلك إلى أن المساس بالعقد من شأنه إعطاء ذريعة للمدين سيء النية للتحلل من التزاماته العقدية التي أبرمها من تلقاء نفسه[2].

كما يُدعم هؤلاء موقفهم بما قضت به محكمة النقض الفرنسية في القرار المشهور المسمى ب: "canal de carponne" التي تتمحور حيثيات وقائع القضية في أن السيد آدم كرابون أبرم اتفاقتين مع بلدية بليسان pélissane"" سنة 1560 و1567 من أجل بناء

[1] – خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للإلتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2019، ص. 13.

[2] – سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، 2007، ص.21.

وصيانة قناة متخصصة لري الأراضي الزراعية في هذه البلدية، وفي المقابل كان على مُلاك هذه الأراضي دفع رسوماً قدرها ثلاث سولات لمنتفعيّ قناة الري، وبعد ثلاث قرون طالب ورثة مالك القناة برفع قيمة الرسوم بالنظر إلى زيادة تكاليف الإصلاح لتلك القناة. فستجابت محكمة الاستئناف "aix- en provence لطلبهم وألزمت المنتفعين من القناة بدفع أجر إضافي، لكن سرعان ما قامت محكمة النقض الفرنسية بإلغاء الحكم الصادر عن المحكمة الاستئناف ورفضت مراجعة العقد لتغير الظروف؛ وذلك استناداً إلى المادة 1134[1] من القانون المدني الفرنسي، وعلى أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث جاء في قرارها أنه " لا يعود للمحكمة مهما كان قرارها عادلاً أن تأخذ بعين الاعتبار الزمان والظروف من أجل تعديل اتفاقيات الأطراف وإبدال الشروط التي كانت قد تم قبولها بحرية من قبل الأطراف بشروط جديدة[2].

هذا ويستند أنصار هذا الإتجاه إلى مبدأ القوة المزمة للعقد؛ ذلك أن العقد المبرم بشكل صحيح بين طرفين يلزمهما احترام مضمونه، ولذلك لا يمكن أن يتم تعديله أو فسخه دون اتفاق الطرفين؛ مما يوجب أن يتم تنفيذ العقد مهما حصل ويجب احترام الالتزامات الناشئة عنه وفي كل الظروف[3]. والعقد المبرم بشكل صحيح وقانوني إذا كان يلزم أطرافه باحترامه، فهو أيضاً يلزم القاضي بوجوب احترام القوة الملزمة له، بحيث يضفي هذا المبدأ نوعاً من الاستقرار القانوني على التعاملات؛ ذلك أن الأطراف يعرفون مسبقاً بما هم ملتزمون ويعولون على ذلك. كما أن القوة الملزمة للعقد تثني أي شخص عن محاولة التحلل من اتفاقه، يضاف إلى ذلك ما يراه جانب من الفقه أن إعطاء القاضي

[1] - Art.1134: « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qu'ils ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.»

[2] – Philippe Stoffel – Munck, Regard sur la théorie de l'imprévision, Aix- Marsielle, Presses universitaires d,Aix –Marseille, 1994, p 15 ets.

ومنى أبوبكر حسان، المرجع السابق، ص–ص. 63– 64.

[3] – منى أبوبكر حسان، المرجع السابق، ص–ص. 62–63.

صلاحية مراجعة العقد يعد أكثر خطورة من إلغائه؛ حيث أنه بمراجعة العقد سوف يلزم أحد الأطراف بأن ينفذ شيئاً ليس ملتزماً به[1].

في حين يرى أنصار الإتجاه المؤيد والقابل لفكرة مراجعة العقد عن طريق آلية إعادة التفاوض أنه من الضروري عدم التمسك بشدة هذه المبادئ الكلاسكية للعقد، إذ يستندون أنصار هذا الإتجاه إلى عدة مبادئ توجيهية عامة ومستحدثة في بيئة العقود، على غرار مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[2] ومبادئ العدالة، والالتزام بالتعاون الذي يجب أن يسود الاتفاقات، بالإضافة إلى مقتضيات التضامن العقدي، حيث يرون أن المعاملات يمكن أن تكتسب استقراراً عقدياً أكثر إذا كان الأطراف متأكدين من أنهم سوف يحصلون على مراجعة العقد إذا اختل التوازن العقدي فيه[3].

كما استند أنصار هذا الرأي إلى أن الإتجاه الحديث في نظرية العقود يقضي بأن العقد يُترجم التوافق بين المصالح المتعارضة للمتعاقدين؛ مما يُعطيه استقراراً وقوة إلزامية تجاه الأطراف؛ فلو تم التمسك بالمبادئ الكلاسيكية للعقد قد يؤدي إلى نتائج تتعارض مع الروح التي أملت وجودها، على الرغم من أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يعكس العدالة الطبيعية والمتطلبات الإقتصادية التي تقضي بأن إلزام كل طرف لحماية الطرف الآخر، إلا أنه لا يمكن أن يستمر على هذا النحو إذا ما تغيرت الظروف ضمنياً وحدث مالم يكن متوقع. لذلك كان لابد من قبول فكرة مراجعة العقد في حالة تغير الظروف حتى يتناسب ويتوافق العقد مع مقتضيات الظروف الحاصلة[4].

هذا وقد عالجت العديد من القرارات القضائية فكرة مراجعة العقد – ولو على مراحل ومع بعض التحفظات–، بحيث وضعت اللبنات الأولى للالتزام بإعادة التفاوض في حال استجدت ظروف أدت إلى اختلال التوازن العقدي، لاسيما ما قضى به مجلس الدولة

---

[1] – علاء الدين فواز الحصاونة، المرجع السابق، ص. 635. ينظر كذلك منى أبوبكر حسان، المرجع السابق، ص. 63.

[2] - Imel Benabdellah, la renégociation du contrat, thése de doctorat, Droit privé et sciences criminelles, école doctorale droit et science politique, Montpellier, 2013, p.01.

[3] - Malaurie Philippe, Aynés Laurent, Stoffel –Munck, Droit des obligations, 9 éd, LGDJ, 2017, P. 371.

[4] - علاء الدين فواز الحصاونة، المرجع السابق، ص. 636.

الفرنسي بمناسبة قضية غاز بوردو Bordeaux –[1] التي تتلخص وقائعها في أن الشركة العامة للإنارة في مدينة بوردو أبرمت عقد امتياز لتوريد الكهرباء مع بلدية بوردو لتزويد المدينة بما تحتاجه من غاز والكهرباء لمدة ثلاثين عاماً، وقد تحددت الأسعار في قائمة ملحقة بعد الامتياز وفقاً لأسعار الفحم آنذاك، باعتبار أن الفحم يعتبر المادة الأولية التي يستخرج منها الغاز، حيث كان ثمن الطن الواحد من الفحم وقت إبرام العقد يقدر بثلاثة وعشرون فرنك فرنسي، لكن مع نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم في فرنسا بسبب احتلال الألمان لمعظم مناطق إنتاج الفحم. وعلى إثر ذلك صار الفحم نادراً وارتفعت أسعاره بحيث أصبحت الطن الواحد يُقدر ب 60 فرنك أي تقريباً ثلاثة أضعاف سعر الأساس، ولما تأكدت الشركة الملتزمة أنها لن تستطيع أن تسير مرفق الغاز والكهرباء إلا بتحمل خسائر فادحة تهددها بالإفلاس، تقدمت بطلبٍ إلى مصالح بلدية بوردو للسماح لها برفع أسعار الغاز بما يتناسب مع الزيادة التي طرأت على أسعار الفحم، غير أن مصالح بلدية بوردو رفضت الطلب متحججة بعدم ورود شرط في العقد يُخول القيام بمثل هذا الإجراء، وعندما عُرض النزاع على مجلس ديوان المحافظة – محكمة إدراية على مستوى بلدية بوردو–، رفض هذا الاخير مبدأ الزيادة في أسعار الغاز، غير أنه عند عرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي وجد نفسه أمام مشكلة أنه إذا استمر تنفيذ العقد بالشروط المنصوص عليها عند إبرام العقد، فإن الشركة ستهلك لا محالة، وبالتالي ستتوقف عن إنتاج الكهرباء، الأمر الذي سيحرم المدينة من الإنارة، وتوصل إلى أن الحل المناسب هو أن تستمر صاحبة الامتياز بإنتاج الغاز، ولكن دون أن تتحمل كل العجز الناجم عن ذلك، وبالمقابل تتحمل بلدية بوردو جزء من خسائر الشركة الوطنية المكلفة بالإنارة، مما دفع بمجلس الدولة إلى الحكم بمراجعة شروط العقد للأسباب المذكورة آنفاً، فأقر مجموعة من القواعد التي تُنظم

[1] – أُعتبر شراح القانون هذه القضية بمثابة دستور لنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية لشمولها لمعظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية المتعلقة بمراجعة شروط العقود الإدراية بسبب الظروف الطارئة.

Arrêt gaz de bordeaux du 30 mars 1916, sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT0000076294 65, page 1, consulté le 21/05/2025 à 19 : 17.

الطريقة التي يتعين اتباعها بشأن مراجعة العقود الإدراية بسبب حدوث ظروف غير متوقعة لحظة تنفيذ العقد[1].

هذا وقد انتهجت المحاكم القضاء العادي الفرنسي ذات النهج المعتمد من قبل مجلس الدولة الفرنسي – قبول فكرة مراجعة العقد–، فأُصدرت العديد من الأحكام المؤيدة لفكرة إعادة التفاوض، على غرار ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها سنة 2004 خاص بدعوى ثلاثية الأطراف بين بلدية cluses وجمعية إقامة العمال الشباب l' association foyer des jeunes travailleurs ومؤسسة وجبات باريسية، والذي يموجبه تستغل هذه الاخيرة محلاً كمطعم مقابل بدل إيجار تدفعه لإقامة العمال الشباب، ورسم تدفعه لبلدية cluses غير أنها فسخت العقد بصفة إنفرادية نتيجة استحالة تنفيذ العقد اقتصادياً.فقضت محكمة النقض الفرنسة برفض الطعن المقدم من قبل مؤسسة وجبات باريسية مؤيدة في ذلك قرار محكمة الإستئناف، وذلك على أساس أن هذه الأخيرة – مؤسسة وجبات باريسية قد استندت على الاختلال المالي للعقد منذ إبرامه وليس على أساس الرفض غير المبرر للمتعاقدين معها للأخذ بعين الإعتبار التغير غير المتوقع للظروف الاقتصادية أو رفضهم لإعادة التفاوض بشأن آليات تعديل عقدهم مراعاة لالتزاماتهم بالتفاوض والتنفيذ بحسن نية[2].

هذا ويتضح من استقراء أحكام القضاء الفرنسي بخصوص قبول فكرة مراجعة العقد عن طريق آلية إعادة التفاوض، قد أسست أحكامها على مقتضيات المادة 1135 من القانون المدني، وارتكزت على مقتضيات النظام التعاقدي الحديث المبني على مقتضيات مبدأ حسن النية في ثوبه الجديد، فتم فرض التزاماً بالتعاون ومن ثم بملائمة العقد ومراجعته استناداً إلى مبدأ حسن النية، في محاولة منه – القضاء الفرنسي– لإنقاذ الطرف المضرور من الخلل، فكان له سبق الاعتراف بآلية إعادة التفاوض كآلية لمعالجة آثار تغير الظروف لحظة تنفيذ العقد.

---

[1] – أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 04، 2006، ص. 391، ينظر كذلك أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 24.

[2] – هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص–ص. 306–307.

وفي عقود التجارة الدولية فإن مبدأ مراجعة العقد يعد أكثر قبولاً، فلأهمية هذه العقود وبسبب قيمتها الاقتصادية الضخمة فإن الالتزام بإعادة التفاوض يوجد حتى بغياب الشرط الاتفاقي الذي يقرره، وهو ما يختلف عن الحال في القانون الداخلي؛ ذلك أنه ليس عدلاً تحميل أحد الأطراف عبء اختلال التوازن في العقد بسبب الظروف المستجدة[1].

كما يصب في الإتجاه نفسه ما تبنته بعض أحكام التحكيم الدولية التي سمحت بمراجعة العقود الدولية في حال تغيرت الظروف حتى في غياب الشرط الإتفاقي الذي يقرر الالتزام بإعادة التفاوض مرتكزة إلى مبدأ حسن النية في العقود[2].

الفرع الثاني: ضوابط إعمال الالتزام إعادة التفاوض مراعاةً لمصلحة المتعاقد الآخر

إن إعمال فكرة إعادة التفاوض يتم وفق ضوابط محددة، ترتبط أساساً بوقوع حدث معين بعد إبرام العقد، وهو حدث لا دخل للمتعاقد في حدوثه ولا يمكن توقعه أوتحاشيه، فيترتب على هذا الحدث إختلال في التوازن في الالتزامات بين الأطراف المتعاقدة، بحيث يكون تنفيذ العقد مرهقاً لأحد المتعاقدين، وعليه يُشترط لتفعيل آلية إعادة التفاوض شروط معينة في الحدث(أولاً)، وشروط أخرى في الأثر الحدث على توازن العقد(ثانياً).

أولاً: الضوابط الواجب توافرها في الحدث المتسبب في اختلال التوازن

يُشترط لتفعيل آلية إعادة التفاوض توافر ضابطين أساسين في الحدث الذي أخل بتوازن العقد؛ يتمثل الاول في عدم إمكانية توقع الحدث المخل، أما الثاني فيتمثل في إستقلالية الحدث عن إرادة المتعاقدين.

---

[1] – حيث بتصفح فحوى نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة نجد أنها تناولت فكرة إعادة التفاوض التفاوض بشكل صريح، على غرار نص المادة 6-2-3 من مبادئ Unidroitعلى أنه: " 1/في حالة الظروف الشاقة، يحق للطرف الذي تعرض لها طلب إعادة التفاوض، ويتعين توجيه هذا الطلب مُسبباً دون تأخير غير مبرر.

2/ لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته للطرف المضرور من الظرف الشاق الحق في الامتناع عن التنفيذ.

3/ إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق خلال مدة معقولة، فيحق لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء."

هذا ونصت المادة 111–6 من مبادئ القانون الأوروبي للعقود: " 1/ كل طرف طرف ملزم بتنفيذ التزامه ولو صار تنفيذها جد مرهق، سواء بزيادة تكاليف هذا التنفيذ أو انحفاض قيمة مقابل الأداء.

2/ غير أنه يقع على عاتق الأطراف الاتزام بمباشرة المفاوضات بغية تعديل عقدهم أو إنهائه، إذا صار هذا التنفيذ مرهقاً لدرجة لا تحتمل من طرف أحدهم بسبب تغير ظروف العقد...".

[2] – لأكثر تفصيل ينظر إلى: هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص– ص. 245– 255.

أ- عدم إمكانية توقع الحدث

يعد عدم توقع الحدث أو توقع وقوعه الفيصل في تحديد قدرة المتعاقد على تفادي وقوع الحدث من خلال الاستعداد السابق لمواجهته اذا كان يتوقعه او عدم قدرته على ذلك اذا لم يكن يتوقع الحدث.

واتساقاً مع موضوع الدراسة فإنه يُشترط لإعمال الالتزام بإعادة التفاوض أن يكون الحدث الذي أدى إلى اختلال التوازن غير متوقعاً وقت إبرام العقد، بحيث إذا كان متوقعاً لأخذه المتعاقدين في اعتبارهم وقت التعاقد، فإذا لم يأخذنه في الحُسبان يكونان مقصران ولا يلومن إلا أنفسهم لا سيما الطرف المتضرر من تغير ظروف تنفيذ العقد. ومن ثم لا يجوز التحجج بهذا الحدث لتعديل التزامه التعاقدي[1].

هذا وتجب الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي قد شدّد في تحديد المقصود بعدم التوقع الحدث المنشئ لعملية إعادة التفاوض، إذ يتجسد ذلك فيما قضت به محكمة النقض الفرنسية في إحدى القضايا المطروحة أمامها، فقد عبرت عن هذا المفهوم المتشدد لعدم التوقع بقولها: " إن الحدث غير المتوقع هو ذلك الحدث الذي يكون مستبعداً من كل توقع إنساني."[2]، هذا وباستقراء العديد من الاحكام القضائية الفرنسية القديمة والحديثة[3]، نجد أن القضاء الفرنسي يتشدد في تقدير خاصية عدم التوقع ولا يسمح بتوافرها بسهولة. الأمر الذي عرضه للانتقاد من جانب رجال الفقه الذين نادوا بمفهوم أكثر مرونة لعدم التوقع، على غرار الأستاذ كوران CORRAN الذي أكد على ضرورة التركيز على الأحداث التي من المتصور عقلاً توقعها عند التعاقد بدلاً من الاعتماد على استحالة

---

[1] – رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، 37.

[2] – أحمد مصطفى محمد منصور العجوز، إعادة التفاوض لمعالجة تغير الظروف في العقود الإدار ية، بحث مستخلص من رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2017، ص. 14.

-http://lawfac.mans.edu.eg/images/files/Magazine/2020/70/14.pdf consulté le : .22/05/2025.

[3] – قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها عام 1989 بأن : " عدم التوقع يعني إستحالة وقوع الحدث، فكل حدث ممكن وقوعه يكون متوقعاً"

Cass civ 1ere chambre, 31 may 1989, bull. Transp.1989, p. 513.

أشار إليه: أحمد مصطفى محمد منصور العجوز، المرجع السابق، ص. 14.

توقعها، وبذلك هجر معيار استحالة التوقع، لأن إذا ما تم تبني هذا المعيار سيؤدي إلى رفض فكرة عدم التوقع في ذاتها، فلا توجد أحداث غير متوقعة بشكل مطلق، وفي ذلك عبر الأستاذ TUNC بقوله: " وفقاً لهذا المفهوم لن يكون هناك شيء غير متوقع، لا حروب ولا الفيضانات ولا الصواعق..."[1].

وتبعاً للانتقاد المقدم تغير إتجاه القضاء الفرنسي عن تبني فكرة المفهوم المتشدد لعدم التوقع في حالة إعادة التفاوض، وذلك بفضل الاجتهادات الفقهية التي تقيس عدم التوقع بمعيار " غير معقول"، بحيث يتم تقدير قدرة المدين على التوقع بشكل واقعي ووفقاً لظروف كل حالة على حدة[2]؛ بمعنى قياس مدى إمكانية الطرف المعني في تفادي الحدث أو على الأقل تفادي آثاره، وذلك بالنظر إلى سلوك المتعاقد الحذر والعقلاني.

هذا ويتم تقدير شرط عدم التوقع وقت ابرام العقد. ففي هذا الوقت يفترض بالأطراف أنهم قد واجهوا كل الظروف والأحداث التي من المحتمل ان تخل بالتوازن الاقتصادي لالتزاماتهم العقدية. وعلى المتعاقد أن يبذل في تقدير التوقع عناية الشخص المعتاد. فلكي يكون الحدث غير متوقع يجب أن لا يكون في مقدور الشخص العادي ان يتوقع حدوثه ولو وجد في نفس ظروف المدين وقت التعاقد[3] .

ولقد أكدت مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا) على ضرورة ان يكون الحدث الذي يواجهه الشرط المذكور غير ممكن التوقع من قبل المدين. إذ تنص المادة (6-2-2) منها في الفقرة (ب) على انه: " ..... اذا لم يستطع الطرف المضرور أن ياخذ في حسبانه مثل هذه الاحداث وقت ابرام العقد ".

كما نصت مبادئ قانون العقود الأوروبي على ذات الحكم في نص المادة (6-111) في الفقرة الثانية منه على أنه: " ومع ذلك إذا أصبح تنفيذ العقد يُشكل عبئاً ثقيلاً بسبب تغير الظروف فيجب على الأطراف الدخول في المفاوضات بهدف تكييف العقد أو إنهائه، بشرط ... ب- يكون إحتمال وجود تغير الظروف غير متوقع وقت إبرام العقد".

---

[1] - شريف محمد غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، ص-ص. 76- 78.

[2] - المرجع نفسه، ص. 79.

[3] - شريف محمد غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 87.

وعليه، فإذا وقع الحدث بعد إبرام العقد ولم يكن في وسع المتعاقد توقعه أثناء التعاقد، فإنه يمكنه التمسك بإعمال آلية إعادة التفاوض، ولكن بشرط ألا يكون بمقدوره دفع الحدث أو تجنب آثاره الضارة، لأنه لو أمكنه دفع الحدث أو تجنب الآثار الناجمة عنه أو التقليل منها، وعلى الرغم من ذلك تقاعس في إتخاذ الإجراءات الكفيلة بذلك، فإنه يعد مُخطئاً، وبالتالي لا يجوز له الإستفادة من شرط إعادة التفاوض[1].

ب- استقلالية الحدث عن إرادة المدين

يُشترط لإعمال آلية إعادة التفاوض استقلالية الحدث عن إرادة المتعاقد المضرور، فإذا كان وقوع الحدث راجعاً إلى إرادته وبسوء نية وتعمد، لا يمكنه الإستفادة من آلية إعادة التفاوض، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة السادسة من المادة (6-2-2) من مبادئ التجارة الدولية اليونيدروا أن تكون هذه الأحداث خارجة عن إرادة الطرف التي تعرض لها[2].

وواقعياً، فإن اشتراط أن يكون الحدث خارجاً عن إرادة المدين المتضرر هو أمر منطقي ومتطابق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد؛ فمن غير المعقول ولا من العادل أن يستفيد المدين من تغير ظروف تنفيذ العقد بالتمسك بإعمال آلية إعادة التفاوض لتعديل بنود العقد، بينما يعود هذا التغيير إلى خطأ هذا المدين، فهذا الشرط يسمح بحماية الدائن حسن النية من تدخل المدين سيء النية في إحداث التغيير بشكل مباشر أو غير مباشر[3].

وعلى الرغم من الأهمية البارزة لشرط الاستقلالية، إلا أنه كان محل انكار من قبل جانب من الفقه؛ فمن ناحية يستبعد بعض الفقه وجود هذا الشرط ضمن شروط الحدث الموجب لعملية إعادة التفاوض، ويكتفون بشرطيّ عدم التوقع وإستحالة الدفع، ومن ناحية أخرى يرى بعض الفقه أنه شرط غير محدد وغير منضبط لكونه لا يتمتع بذاتية خاصة تُميزه عن باقي الشروط، لذا يمكن أن يغني عنه شرطا عدم التوقع

---

[1] - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية وآثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص. 198.

[2] - تنص المادة 6-2-2 من مبادئ التجارة الدولية اليونيدروا على أنه: " ... ج) أن تكون هذه الاحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض إليها."

[3] - محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص-ص. 100-101.

واختلال توازن العقد، بحيث لو التزم المدين بالعناية والحيطة والحذر في التوقع، وبذل قصارى جهده للتغلب على الحدث ودفعه، فإنه يكون قد أثبت أنه لم يرتكب أي خطأ وأن الحدث خارج عن ارادته[1].

إلا أنه على الرغم من ادعاء البعض عدم ذاتية هذا الشرط واستقلاله عن شرطيّ عدم التوقع واختلال التوازن، فإن غالبية الفقه القانوني ترى أن هذا الشرط يعد عنصراً أساسياً لتكوين الحدث الموجب لعملية إعادة التفاوض، كما أن أهميته لاخلاف عليها لاسيما في عقود التجارة الدولية[2]. فمن خلال تحليل ما ورد من شروط تعاقدية يمكن أن نستخلص حقيقة ثابتة مفادها أن أي تغير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد يجب أن لا يعود الى إرادة المدين وأن يكون أجنبياً عنها تماماً[3].

ولقد اختلف الفقه في تحديد معيار استقلال الحدث عن إرادة المدين؛ بحيث ثار تساؤل حول ما إذا كان يستلزم أن يكون الحدث مستقلاً استقلالاً تام وكامل عن إرادة الشخص المدين أم لا، وجواباً على التساؤل المثار وضع رجال الفقه معيارين لتحديد مدى استقلال إرادة المدين عن الحدث الموجب لعملية إعادة التفاوض.

– **المعيار الشخصي:** ويُقصد به أن لا تشارك إرادة المدين في أي وقت وبأي شكل من الأشكال في إحداث الحدث. بحيث وفقاً لهذا المعيار يفترض أن يقوم القاضي أو المحكم بتحليل موقف المدين وسلوكياته لمعرفة ما اذا كان قد ساهم بشكل أو بآخر في وقوع الحدث[4].

–**المعيار الموضوعي:** وفقاً لهذا المعيار يقيس القاضي شرط إستقلال الحدث عن إرادة المدين تبعاً لمدى عدم ارتباط هذا الحدث بعمل أو نشاط المدين، حيث لا يكفي أن يكون الحدث مستقلاً عن ارادة المدين وأن لا تشارك إرادته في وقوعه، بل يجب أيضاً

[1] – نفس المرجع، ص–ص. 102–103.

[2]– رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص. 40.

[3] – محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض، المرجع السابق، ص–ص. 106–107.

[4] – هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 92.

ان يكون بعيداً عن مجال نشاط أو عمل المدين، ويُسمى الاستقلال في هذه الحالة ب "الاستقلال المادي أو الموضوعي"[1].

وللإشارة، فإن ميدانياً إذا ما تم الأخذ بالمعيار الموضوعي، فإن ذلك يؤدي الى التضييق وبقدر كبير، من حالات اعمال آلية إعادة التفاوض لأنه يخرج الكثير من الحالات من نطاق تطبيق عملية إعادة التفاوض، فيُقلل من حالات الإعفاء من المسؤولية أو إعادة التعديل في العقد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى سيؤدي إلى رفض السماح باعتبار حالات الإضراب سبباً لإعادة التفاوض؛ فالإضراب الذي يحدث في مشروع المدين لن يكون مستقلاً عنه وفقاً لهذا المعيار[2].

إلا أنه يُثار تساؤل حول المعيارالمعتمد في ميدان التجارة الدولية في تقدير شرط استقلالية الحدث عن إرادة المدين؟

وجواباً على الإشكال المطروح آنفاً نجد أنه بتفحص نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية نجد أن مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا) تتبنى المعيار الشخصي في تقدير استقلال الحدث عن ارادة المدين. وذلك في المادة المادة (6-2-2) التي تنص على أنه: " تتوافر حالة الأحداث الشاقة إذا وقعت ظروف تخل بتوازن العقد بشكل جوهري سواء بإرتفاع تكاليف التنفيذ على أحد الاطراف، أو بإنخفاض قيمة ما يلقاه احد الاطراف ويشترط ... ج- أن تكون هذا الأحداث خارجة عن سيطرة الطرف الذي تعرض لها ...".

هذا ويظهر واقع التعامل في ميدان التجارة الدولية ميلاً واضحاً الى الأخذ بالمعيار الشخصي[3]، حيث نجد أن قرارات التحكيم التجاري الدولي تميل إلى الآخذ بالمعيار الشخصي، فعلى سبيل المثال ما عبرت به هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 3100 بقولها: "دون أن يوجد خطأ وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب

[1] – محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص-ص. 114-115.

[2] – نفس المرجع، ص. 115.

[3] – محمد شريف غانم، المرجع السابق، ص. 117.

عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه أو إهمال من الطرف الذي يتمسك بحالة القوة القاهرة"[1].

ت- عدم إمكانية دفع الحدث وتجنب نتائجه

يشترط لإعمال شرط إعادة التفاوض أن لا يكون بإستطاعة المدين دفع وقوع الحدث وتلافيه والتغلب على نتائجه السلبية الضارة ولو ببذل قصارى جهده. فلو كان بإمكان المدين دفع الحدث أو تجنب نتائجه الضارة، ولم يفعل رغبة منه في التمسك بإعمال آلية إعادة التفاوض لتعديل شروط العقد، فإن يكون مخلاً بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، لاسيما وأن لهذا المبدأ أهمية بالغة في مجال المعاملات التجارية الدولية التي تعتمد في الكثير منها على المعاييرالأخلاقية القائمة على الثقة المتبادلة بين الاطراف والتعاون وحسن النية[2].

ويرتبط وجود شرط عدم إمكانية الدفع بإرادة الشخص المتعاقد، فحيثما كان هذا الشرط متوافر في الحدث، فإن ذلك يعني انعدام إرادة المدين وقدرته على التصرف على نحو يتفادى من خلاله الحدث ونتائجه[3].

ومن الناحية العملية فإن مدلول قدرة المدين على دفع الحدث وتجنب نتائجه يتخذ صوراً عدة[4]:

- **الصورة الأولى:** ويكون فيها المدين قادراً على دفع الحدث وتفادي النتائج الناجمة عنه بشكل مطلق. وعليه فإذا كان بإمكان المورد أن يدفع عن مستودعاته خطر الصواعق التي حدثت ولم يفعل، فلا يجوز له التمسك بها كحدث مبرر لإعمال آلية إعادة التفاوض.

- **الصورة الثانية:** وفيها يكون المدين قادراً على التقليل فحسب، من إمكانية وقوع الحدث وحجم نتائجه الضارة. وعندئذ فإن شرط عدم امكانية دفع الحدث ونتائجه

[1] - آسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل للعلوم القانونية، المجلد الأول، العدد 01، 2011، ص-ص. 121- 146، ينظر كذلك محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، 117.

[2] - آسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص. 123.

[3] - نفس المرجع، ص. 123.

[4] - آسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص. 123

لايتحقق إذا أغفل المدين إتخاذ بعض الاحتياطات والقيام بجملة من الإجراءات لتقليل حجم الحدث وآثاره الضارة.

- **الصورة الثالثة:** حيث يكون بإمكان المدين اتخاذ تدبير أو اجراء وقائي يساعد على التقليل من حجم النتائج الضارة للحدث . كإبلاغ الدائن بوقوع الحدث لكي يتمكن من تدارك الضرر والامتناع عن ابرام صفقات جديدة ترتبط ارتباطاً مباشراً بالالتزامات التي شابها الاختلال بسبب الحدث.

ويتم تقدير الجهد الذي يجب أن يبذله المدين في دفع الحدث وتجنب نتائجه الضارة وفق المعيار الشخصي، الذي يعتد فيه بظروف المدين الشخصية ووسائله الخاصة وامكاناته الذاتية[1].

ثانياً: الضوابط المتعلقة بأثر الحدث مركز المتعاقد الآخر والتوازن الاقتصادي العقد

تعد آلية إعادة التفاوض مكنة حمائية يستطيع بموجبها الأطراف المتعاقدة الحفاظ على استمرارية العقد وملائمته للظروف الاقتصادية المحيطة به، وكما أشرنا سابقاً فإن فعالية فكرة إعادة التفاوض منوطة بضوابط لممارسته وشروط مرتبطة بطبيعة الحدث، غير أن التفعيل الفعلي لآلية إعادة التفاوض منوط بمدى تأثير تغير الظروف على الالتزام العقدي. فلكي يتم إعمال آلية إعادة التفاوض يستلزم أن يؤدي وقوع الحدث إلى إحداث إختلال في الآداءات المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة مما يخلق اضطراب في التوازن العقدي.

ولقد اشترط دارسي فكرة إعادة التفاوض في العقود لا سيما العقود التجارة الدولية أن يفوق هذا الإختلال في جسامته الاختلال العادي الذي يجب أن يتحمله المدين، ويقل في درجته عن استحالة التنفيذ الذي تُحدثه القوة القاهرة، فهو بحسبهم في مرتبة وُسطى بين استحالة التنفيذ بصورة مطلقة، وبين مجرد تغيير بسيط في ظروف تنفيذ العقد التي قد يؤثر بشكل أو بآخر في توازن العقد دون أن يجعل التنفيذ مستحيلاً أو حتى مرهقاً بالنسبة للمدين[2].

[1] - نفس المرجع، ص-ص. 123-124.

[2] - شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 142.

وعليه فإن الإخلال المُشترط لتفعيل آلية إعادة التفاوض يستوجب أن يكون نتيجة توافر درجة معينة من الخطورة والإضطراب في الآداءات المتقابلة بين المتعاقدين مما يؤدي إلى اللاعدل بين هذه الآداءات؛ بمعنى أن يكون التغيير الذي يؤدي إليه الحدث المبرر لإعادة التفاوض جوهرياً مما يسبب إما زيادة في تكاليف تنفيذ العقد أو نقص في الآداء المقابل لأحد المتعاقدين[1].

ولقد أُثير التساؤل بين الفقه عن المعيار الذي يمكن أن يُقاس به الاخلال الموجب لتفعيل آلية إعادة التفاوض، بحيث برز إتجاهين فقهيين؛ إتجاه يُقيس درجة إختلال التوازن وفقاً للمعيار الشخصي، وإتجاه يُقيسه وفقاً للمعيار الموضوعي.

فأما بالنسبة للمعيار الشخصي، فهو يُقيس الإختلال بالتغيير الذي طرأ على الظروف الشخصية للمتعاقدين، لاسيما الطرف المدين المضرور، فالاختلال يكون ضاراً غير عادل وفقاً لهذا المعيار متى تحمل المدين ضرراً جسيماً من جراء فقد العقد لتوازنه، ووفقاً لهذا المعيار فإنه ليس من العدل أن نُلزم المدين بأن يتحمل الضرر حتى ولو كان بإمكان مدين آخر أن يتحمل مثل هذا الضرر، لأن المعيار الشخصي يُعول بدرجة أولى على ظروف المدين الشخصية[2].

ويُبرر أنصار هذا الرأي في إعتمادهم على المعيار الشخصي لتقدير الإختلال، ذلك لكونه[3]:

- **معيار منطقي:** لأنه يأخذ في حسبانه ظروف المتعاقد الشخصية، ذلك لأن هذه الظروف بلا شك ستؤثر على تنفيذ المتعاقد لالتزامه، ومن ثم يجب مراعاتها عند الاختلال.
- **معيار عادل:** لأنه يأخذ في اعتباره الظروف المحيطة بالطرف المدين، ومن ثم يكون نطاق الضرر مُنظبطاً ومُحدداً.
- **معيار يُحقق التوازن في العلاقة التعاقدية:** بحيث وفقاً لهذا المعيار يمكن للقاضي أن يبحث عن مقدار الخسارة التي تكبدها المدين من جراء تغير الظروف هذا من ناحية،

[1] – مروك أحمد، المرجع السابق، ص 174..

[2] – شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 168.

[3] – ميثاق طالب عبد حمادى جبوري، المرجع السابق، ص. 431.

كما يسمح له – القاضي– بأن يبحث عن مقدار المكسب الذي منحه الاختلال للطرف الآخر من ناحية أخرى.

أما بالنسبة للمعيار الموضوعي، فهو يُقيس الإختلال في ضوء التوازن الأساسي للعقد كما توقعه رجل معتاد موضوع في ظروف التعاقد ذاته التي كان فيها المدين، فهو معيار مجرد قِوامُه عدم الأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمدين في تقدير الإختلال الموجب لعملية إعادة التفاوض، بل النظر إلى مدى تأثر الشخص المعتاد في حال ما إذا وُضع في نفس ظروف المدين المتعاقد، وإن كان سيتأثر بهذا الإختلال أم لا، فإذا كان هذا الشخص سيلحقه ضرراً جسيماً بسبب نفس الظروف كان عنصر الاختلال متوافراً، وإذا لم يلحقه ضرراً جسيماً فإن هذا العنصر– الاختلال يكون قد تخلف[1].

وتبعاً لما تقدم بيانه من تعددٍ في المعايير المعتمدة من قبل الفقه في تقدير الاختلال التوازن الموجب لإعمال آلية التفاوض، فإننا نرى أن الأخذ بمعيار من هذين المعياريين متوقف على مصدر الالتزام بإعادة التفاوض، فإذا كان مصدر الالتزام بإعادة التفاوض هو الإتفاق، فالمعيار الذي يعول عليه لقياس اختلال التوازن هو المعيار الذي اتفق عليه الطرفان سواء كان معيار شخصي أو موضوعي، وإن كان في الغالب أن المعيار المعتمد من قبل الاطراف المتعاقدة لاسيما متعاملو التجارة الدولية هو المعيار الشخصي، أما إذا كان مصدر الالتزام بإعادة التفاوض هو التشريع مثلما حدث في القانون المدني الفرنسي الجديد، فإن المعيار الذي يعتد به لقياس اختلال التوازن هو المعيار الموضوعي تطبيقاً لنص المادة 1195 السالفة الذكر.

[1] – شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص–ص–ص– 164–165–166، ينظر كذلك مروك أحمد، المرجع السابق، ص. 180.

المبحث الثاني: فعالية الالتزام بإعادة التفاوض كأداة لحماية مصالح المتعاقدين

يعد الالتزام بإعادة التفاوض إحدى الآليات القانونية الهادفة إلى الحفاظ على التوازن العقدي في ظل التغيرات غير المتوقعة، والمُجسدة لفكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، فهو أداة فعالة لمراعاة مصلحة كلا الطرفين، لا سيما في العقود طويلة الأجل أو المعقدة فنياً. إلا أن تفعيل هذا الالتزام يفرض على الأطراف المتعاقدة التزامات فردية متقابلة (المطلب الأول) والتزامات مشتركة يشترك في تنفيذها كلا المتعاقدين، مضمونها مباشرة عملية إعادة التفاوض بحسن نية(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزامات الفردية الناشئة عن التزام بإعادة التفاوض

الالتزام بإعادة التفاوض كغيره من الالتزامات القانونية، ينشأ بموجب مصدر تشريعي أواتفاقي، ويُمارس وفق ظوابط وشروط محددة، فإذا ما تم تفعليه وتوافرت شروطه يرتب عدة التزامات متقابلة في ذمة كل من الدائن والمدين، فيُفرض على المدين المضرور أن يُخطِر الدائن في أقرب وقت ممكن بوقوع ظروف جعلت من تنفيذه التزامه الرئيس مرهقاً(الفرع الأول)، وفي المقابل يُفرض على الدائن أن يبذل جهده في تقليص الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزام الرئيس (الفرع الثاني) وفي ذلك كله بغية الحفاظ على استمرارية العقد وضمان تنفيذ أمثل للعقد.

الفرع الأول: التزام المدين بالإخطار مراعاة لمصلحة الدائن.

تستوجب آلية إعادة التفاوض ضرورة قيام المتعاقد المتضرر بإخطار المتعاقد معه خلال مدة معقولة بوقوع أحداث وظروف أعاقت تنفيذ العقد المبرم بينهما، وكذلك إخطاره بالحلول المقترحة من جانبه لمجابهة هذه الأحداث، وذلك حتى يتسنى للمتعاقد معه أن يُشارك في تطويع أحكام العقد تبعاً للظروف المستجدة، وحتى يتمكن – المتعاقد معه– من إتخاذ إجراءات يتفادى بها الخسائر التي قد تُصيبه من جراء عدم تنفيذ المدين للالتزامه.

أولاً: مضمون الالتزام بالإخطار

يعتبر الالتزام بالإخطار نقطة البدء في عملية إعادة التفاوض، بحيث لا يكفي أن يقع الحدث المخل بتوازن العقد لتفعيل آلية إعادة التفاوض بل يجب أن يلتزم المدين المتضرر بتبصير دائنه بكل ما يصادف العقد من ظروف تعيق التنفيذ الأمثل للعقد،

وذلك بغية تلافي المخاطر الناتجة عنها – الظروف المستجدة وقت التنفيذ– أو تلافي جزء منها.

هذا ويعتبر الالتزام بالإخطار من الصور المجسدة لمبدأ مراعاة مصلحة المتعاقد معه، هذا ما أكدّه الأستاذ REINE بقوله: " ... إن فرض مثل هذا الإخطار العاجل للمتعاقد الثاني، يشير بصورة مؤكدة، إلى روح شرط إعادة التفاوض كآلية تهدف إلى المحافظة على وجود العقد، على أية حال يتيح ذلك أولاً للطرف المتضرر من الحد من خسائره، وذلك بإيجاد بديل مناسب في أقرب الآجال، كما يصب ذلك في مصلحة المتعاقد الثاني، حيث أنه وإن كان هذا الاخير يستفيد في أول الأمر من اختلال توازن العقد، إلا أنه ستضرر بدوره عندما يتوقف عن تلقي مقابل الأداء المرجو من الصفقة، إذ يمثل له هذا المقابل، بالنظر إلى طبيعة وأهمية هذا النوع من العقود مصلحة ضرورية."[1].

أ–الأساس القانوني للالتزام بالإخطار

عند تصفح التشريعات المدنية العربية– لاسيما التشريع الجزائري– يتبين أنها لم تتضمن في ثنياها نصاً صريحاً عن الالتزام بالإخطار حال تغير ظروف تنفيذ العقد، إلا أن ذلك لا يعني أنها لم تتضمن فكرة إخطار المدين المتضرر للمتعاقد معه بشأن تغير ظروف تنفيذ العقد بتاتاً، بل يوجد له عدة تطبيقات في نصوص متفرقة في القوانين الخاصة، فعلى سبيل المثال ما جاء في نص المادة 4/438 من القانون التجاري المتعلقة بأحكام السفتجة إذ تنص على أنه: " ... ويجب على الحامل أن يبادر دون ابطاء بإخطار المظهر له بالقوة القاهرة وأن يضمن هذا الإخطار على السفتجة أو الورقة المتصلة بها وأن يؤرخه ويوقع عليه وتطبق فيما بقي أحكام المادة 430."، والتي تقابلها نص المادة 4/448 من قانون التجارة المصري.

غير أن تضمين الالتزام بالإخطار في عقود معينة يحول دون تطبيقه في جل العقود، الأمر الذي أدى برجال الفقه القانوني إلى استخلاص الالتزام بالإخطار من فحوى نصوص القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد، على غرار المبدأ العام القاضي ب" تنفيذ

[1] – Reine. Al Achkar, clause de hardship et clause d’amiable composition, thèse Doctorat, droit privé, Paris II, 2010, p. 133.

العقود بحسن نية"، ذلك باعتبار أن الإخطار هو من إحدى نتائج فكرة التعاون والتضامن المفترض بين الأطراف المتعاقدة، ولأنه يحمي مصلحة كلا من المتعاقدين، فمن جهة يُتيح للدائن أن يتخذ الإجراءات اللازمة لتخفيف الضرر الذي سيلحقه جراء عدم التنفيذ، ومن جهة أخرى يمنح الفرصة للمدين المتضرر في أن يجد حلولاً من شأنها أن تُسهل عليه تنفيذ التزامه[1].

أما إذا ما تفحصنا نصوص الاتفاقيات التجارة الدولية، فنجد أنها نصت على الالتزام بالإخطار واعتبرته مبدأ عاماً يحكم التجارة الدولية، فلقد تناولته اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في المادة 79 الفقرة 04 بقولها: " يجب على طرف الذي لم ينفذ التزامه أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدراته على التنفيذ..." .

كما تناولت مبادئ التجارة الدولية (اليونيدروا) الالتزام بالإخطار في المادة (7-1-7) الفقرة 03 على أنه: "يلتزم الطرف الذي يخفق في التنفيذ بأن يخطر الطرف الآخر بوجود العائق وتأثيره على قدرته على التنفيذ، فإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي أخفق في التنفيذ قد علم بالعائق أو كان في وسعه العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة على عدم تسليم الإخطار."

ب- تنوع الاجراءات التي تتخذ لإخطار الدائن

يعد الالتزام بالإخطار إجراء شكلياً[2] يتخذ صيغة التزام يقع على عاتق المدين المتضرر تجاه المتعاقد معه، يلتزم بموجبه –المدين المتضرر- بإتباع جملة من الإجراءات لإخطار الدائن تتعلق بالكيفية التي يتم بها الإخطار، وكذلك المدة الزمنية التي ينبغي خلالها تبليغ الإخطار.

---

[1] – صالح مهدي كحيط، نور عقيل طاهر، الالتزام بالإخطار في عقود التجارة الدولية، مقال منشور على الانترنت، ص. 07

https://abu.edu.iq:8081/ar/research/articles/12330 يوم 2025/02/05 على الساعة 21:46. ينظر كذلك هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 106، ينظر كذلك مروك أحمد، المرجع السابق، 224.، ينظر كذلك وصال علي راغب محمد ابو سعده، المرجع السابق، ص-ص. 206-207.

[2] – هني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 106.

1- اعلام الدائن بأسرع وقت ممكن بوقوع الحث المرهق

لقد ربطت التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية فعالية آلية إعادة التفاوض بمدى إسراع المدين المتضرر بتوجيه الإخطار للدائن في وقت ملائم بعد وقوع الحدث المخل بالعقد، وذلك تبعاً لما تلعبه مسألة تحديد مدة إعلام الدائن من أهمية في تحديد اللحظة التي يمكن فيها إسناد الخطأ لأي من الطرفين لاسيما المدين لعدم احترامه للالتزام بالإخطار[1].

وتجدر الإشارة أن التشريعات الوطنية والدولية لم تتقيد بمصطلح واحد للتعبير عن المدة المطلوبة لإجراء الإخطار، إذ عبرت عنها بمصطلحات عدة؛ فعلى مستوى التشريعات الوطنية فنجدها قد عبرت عنها بعبارة " دون بطء"[2]، أما على مستوى اتفاقيات التجارة الدولية فنجد أن اتفاقية الأمم المتحدة لبيع الدولي للبضائع " فيينا 1980" ومبادئ التجارة الدولية "اليونيدروا" قد عبرتا عن المدة الإخطار بعبارة "مدة معقولة"[3].

هذا ويمكن للأطراف المتعاقدة تحديد عدد الأيام الواجب فيها إخطار المدين المتضرر للدائن عن وقوع ظروف تعيق تنفيذ العقد، تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لكن بشرط أن يوجه الإخطار بأسرع وقت ممكن حفاظاً على استمرارية العقد[4].

2- التقيد بالشكلية

باستقراء النصوص المنظمة للالتزام بالإخطار في التشريعات الوطنية واتفاقيات التجارة الدولية نجد أنها لم تقيد المدين المتضرر بإتخاذ شكلية معينة لإجراء الإخطار، ذلك لأنها تعطي الأولوية لعنصر السرعة في تنفيذ الإخطار، وهذا راجع إلى طبيعة العقود محل النقاش – عقود متراخية التنفيذ–، إذ أنها عقود في غالبها عقود تتعلق بالتجارة، وكما هو معلوم أن عنصر السرعة من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون التجارة، لأنه في

[1] – صالح مهدي كحيط، نور عقيل طاهر، المرجع السابق، ص. 11.

[2] – على سبيل المثال المادة 438 من قانون التجاري الجزائري السالفة الذكر.

[3] – المادة (7–1–7) من مبادئ اليونيدروا السالفة الذكر والمادة 79الفقرة 04 من اتفاقية فيينا السالفة الذكر.

[4] – صالح مهدي كحيط، نور عقيل طاهر، المرجع السابق، ص. 11

فرض تم تقييد المدين المتضرر بإتخاذ شكليات معينة ليخطر الدائن، فإنه ستتفاقم الأضرار الناجمة عن تغير الظروف مما سيُسبب خسائر جسيمة للأطراف المتعاقدة[1].

والجدير بالذكر أن التشريعات الوضعية اعتبرت أن اختيار شكل الإخطار متروك لإرادة الأطراف المتعاقدة تطبيقاً للمبدأ العام " العقد شريعة المتعاقدين"، لكن بشرط أن لا تتعارض الشكلية المختارة والسرعة التي يجب أن يكون فيها الإخطار[2].

وعليه مادامت التشريعات الوضعية لم تُقيد المدين المتضرر بإتخاذ شكلية معينة ليتم بها الإخطار، فإننا نرى من الأفضل إخطار الدائن كتابة حتى يسهل على المدين المتضرر الإثبات، ذلك بإعتبار أنه من سيقع عليه عبء الإثبات، وتفادياً لأي نزاع بينه وبين الدائن بخصوص مسألة الإخطار، وحتى يتسنى للمدين المتضرر ممارسة حقه في إعادة التفاوض.

بناءاً على ما تقدم، يتضح أن واضعي النصوص المنظمة للالتزام بالإخطار قد منحوا الأولوية لعنصر السرعة التي يجب أن يتسم بها الإخطار والتي تتناسب مع خطورة وأهمية الظروف المستجدة على العقد.

ثانيا: آثار تنفيذ الالتزام بالإخطار على سير العقد

يترتب على تنفيذ المدين المتضرر للالتزامه بالإخطار، التزام في ذمة الدائن، مفاده الرد على هذا الإخطار إما بقبول الدخول في مفاوضات، أو رفض إجراء المفاوضات لتجاوز مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد.

ففي حال تم قبول الطرف المتعاقد معه الجلوس إلى مائدة المفاوضات، فإنه يتم مناقشة الحلول التي اقترحها المدين المتضرر، وكذا تبيان الحلول التي يقترحها الدائن لتجاوز مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد[3].

أما في حال رفض الدائن المُضي في عملية إعادة التفاوض مع المدين المتضرر، فإن رفضه سيرتب في ذمته مسؤلية مدنية تجاه المدين لاسيما إذا كان رفضه غير مبرر،

[1] – طيار محمد السعيد، أثر تغير الظروف على الالتزام العقدي في التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2023، ص. 151.

[2] – صالح مهدي كحيط، نور عقيل طاهر، المرجع السابق، ص. 10.

[3] – علاء الدين الخصاونة، المرجع السابق، ص. 656.

ذلك لأنه تعسف في استعمال حقه في إنهاء الرابطة العقدية رغم تحقق شروط إعمال آلية إعادة التفاوض، كما أن السلوك الذي اتخذه يتنافى مع مقتضيات حسن النية والتعاون المفترض بين الأطراف المتعاقدة[1].

إلا أنه يُثار تساؤل حال ما إذا اتخذ الدائن موقفاً سلبياً، كأن يلتزم السكوت[2] ولم يرد لا بالموافقة ولا بالرفض، فهل يمكن أن يعتبر هذا السكوت قبولاً أم يحتاج القبول لتعبير صريح به ويعتبر السكوت في هذه الحالة رفضاً؟

وجواباً على الإشكال المطروح، يتجه جانب من الفقه إلى اعتبار أن هذا السكوت قبولاً لارفضاً، إذ يستند أنصار هذا الرأي على نوعيين من الحجج: حجج قانونية وأخرى منطقية، فمفاد الحجج المنطقية أنه إذا كان مصدر الالتزام بإعادة التفاوض هو الإتفاق، فيفترض تواجد إرادة ضمنية متبادلة من قبل المتعاقدين بإعادة التفاوض حال تحقق أحداث تخل بالتوازن العقدي، مالم يُعبر الدائن صراحة عن رفض إعادة التفاوض[3]. أما الحجج القانونية فتتمثل في أن متى اتفق المتعاقدين مسبقاً على إعادة التفاوض فإن ذلك يرتب التزاماً على عاتق المتعاقدين بالدخول إلى المفاوضات، ذلك على أساس الالتزام بإعادة في مثل هذه الحالة هو التزام بتحقيق نتيجة، والمتعاقد الذي يرفض تنفيذ هذا

---

[1] – وصال علي راغب محمد ابو سعده، المرجع السابق، ص–ص. 196–197، ينظر كذلك علاء الدين الخصاونة، المرجع السابق، ص.656.

[2] – الأصل أن السكوت لا يدل على القبول ولا على الرفض استناداً لما عبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بقولهم: " لاينسب لساكت قول"، إذ يختلف – السكوت– عن التعبير الضمني للإرادة الذي يعتبر عملاً إيجاباً أو قبولاً، في حين يعتبر السكوت وضع سلبي لا يمكن على الإطلاق أن يكون إيجاباً لأن الإيجاب عرضٌ والعرض لا يتم إلا بإتخاذ موقف إيجابي، وإنما يمكن أن يكون قبولاً وذلك في حالات استثنائية على غرار السكوت الملابس الذي صاحبته ظروف تدل على موقف من وُجه إليه الإيجاب تطبيقاً لأحكام نص المادة 68 من القانون المدني الجزاري.
عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء 01، الطبعة 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 1998، ص–ص. 156–157، ينظر كذلك مرتضى عبد الله خيري، السكوت المُعبر ودوره في بعض البيوع المدنية، دراسة في قانون المعاملات المدنية العماني لسنة 2013، مجلة الأكاديميا، العدد06، جوان 2017، ص. 217، ينظر كذلك وصال علي راغب محمدابو سعده، المرجع السابق، ص. 200.

[3] – حياة محمد محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة المنصورة، مصر، 2004، ص. 282.

الالتزام يعتبر مُرتكباً لخطأ تعاقدي يوجب مساءلته، وعليه فإن سكوت الدائن في هذه الحالة لا يمكن أن يفهم إلا بمعنى القبول[1].

ثالثاً: جزاء الإخلال بالالتزام بالإخطار

كما أشرنا سابقاً أن الالتزام بالإخطار يجد مصدره إما في الإتفاق أو القانون، فإذا لم يُنفذ المدين المتضرر التزامه بالإخطار تقوم في حقه مسؤولية عقدية، وذلك إذا كان مصدر الالتزام بالإخطار هو الإتفاق، وتكون تقصيرية إذا كان مصدر الالتزام هو القانون[2].

وتطبيقاً للقواعد العامة فإن الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزامات تتنوع بحسب طبيعة المسؤولية الناشئة، فإذا ترتبت المسؤولية العقدية فيكون الجزاء المترتب هو التنفيذ العيني والفسخ والتعويض أما إذا ترتبت المسؤولية القانونية فينحصر الجزاء في التعويض عن الضرر الحاصل فقط[3].

وعليه فإن عدم تنفيذ المدين المتضرر للالتزامه بالإخطار يعرضه لعدة جزاءات على غرار تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه بسبب عدم تبصير الدائن بوقوع أحداث أعاقت تنفيذ العقد في الوقت المناسب مما سبب له ضرر كان يمكن أن يتداركه لولا عدم الإخطار، بالإضافة إلى سقوط حق المدين المتضرر في التمسك بوقوع الحدث لإعادة التفاوض على العقد لا سيما إذا ثُبت سوء نية المدين في عدم إخطار الدائن في الوقت المناسب[4].

---

[1] – شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 199.

[2] – رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص.55.

[3] – لتفصيل أكثر حول مسألة التفرقة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية ينظر في: علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة 03، موفم للنشر، 2015، ص. 22، ينظر كذلك غنيمة خيار لحلو، نظرية العقد، بيت الأفكار، الجزائر، 2018، ص. 205.

[4] – صالح مهدي كحيط، نور عقيل طاهر، المرجع السابق، ص–ص–ص.15–16–17.

الفرع الثاني: التزام الدائن بتقليص الأضرار مراعاة لمصلحة المدين المتضرر

متى وجه المدين المتضرر الإخطار للطرف المتعاقد معه ووفق الإجراءات القانونية المذكورة آنفاً، فإنه يترتب في ذمة الدائن التزاماً ببذل كل ما في وسعه بتقليص الأضرار الناجمة عن تغير ظروف تنفيذ العقد.

ويعد التزام الدائن بتقليص الأضرار آلية لتفعيل عملية إعادة التفاوض، ومن إحدى صور التعاون المفترض بين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد، فهو التزام إيجابي يقضي باتخاذ إجراءات معقولة لتقليص الضرر الناتج عن عدم تمكّن المدين من تنفيذ التزامه التعاقدي.

أولاً: مضمون الالتزام بتقليص الأضرار

يتجه غالبية الفقه القانوني إلى القول بأن التزام الدائن بتقليص الأضرار يجد أساسه في واجب التعاون[1] بين المتعاقدين الذي يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، هذا ما أكّده الفقيه DEMOGUE بقوله أن التزام الدائن بتقليض الضرر يُبرره واجب التعاون بين الطرفين، وهو في حد ذاته نتيجة طبيعية لحسن النية المفروض في تنفيذ العقد[2].

ولإلقاء الضوء على هذا الالتزام يقتضي تحديد الأساس القانوني الذي يستند إليه، والإجراءات التي يجب أن يتخذها الدائن لتقليص الأضرار.

أ- الأساس القانوني للالتزام بتقليص الأضرار

يجد التزام الدائن بتقليص الأضرار أساسه في العديد من المصادر؛ فقد يستند في وجوده إلى إرادة الأطراف المتعاقدة، كما يمكن أن يستند في وجوده إلى أساس تشريعي سواء في القوانين الوطنية أو الاتفاقيات التجارة الدولية.

[1] – واجب التعاون هو سلوك إيجابي يفرض على المتعاقد القيام بعمل ينعكس على العقد بالوصول إلى أقصى منفعة مبتغاة من التعاقد ينظر إلى فاطمة الزهراء زيتوني، حسن النية في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص. 324.

[2] – René Demogue, traité des obligation en général, effets des obligation, librairie arthur Rousseau, paris,1932, p.p.p.09-24-25 stéphan reifegerste, pour une obligation de minimiser le dommage, presses universitaire d'aix-marsielle, aix en provence, 2015,p.132.

1- إرادة المتعاقدين كأساس للالتزام بتقليص الأضرار:

تطبيقاً لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين"، فإنه يمكن للأطراف المتعاقدة تضمين شرط تعاقدي يقضي بإلزام الدائن ببذل قصارى جهده لتقليص الأضرار الناجمة عن تغير ظروف تنفيذ العقد، ويُعبر المتعاقدين في الغالب على هذا الالتزام بصياغات عامة تؤكد وجوده على غرار " إتخاذ الإجراءات المعقولة"، " بقدر الإمكان"، " كل ما يمكن عمله"، " ببذل قصارى جهده"، " الإجراءات الضرورية"[1].

2 – الأساس التشريعي للالتزام بتقليص الأضرار:

باستقراء نصوص القوانين الوطنية المقارنة نجد أن عدد كبير من الأنظمة القانونية تنص بشكل صريح على الالتزام بتقليص الأضرار على غرار الأنظمة الأنجلوساكسونية، التي تعد اللبنة الاولى لهذا الالتزام والأرضية التي يستمد منها أصله القانوني، حيث يعود الفضل في بروزه إلى القضاء الانجليزي الذي رسخه كأحد المحددات القانونية الواجبة لتقدير التعويض الناجم عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية[2]، وما يؤكد ذلك ما تضمنه نص المادتين 50 و51 من قانون بيع البضائع الإنجليزي لسنة 1979، اللتان تنصان على أنه في حالة عدم تنفيذ الطرف المتعاقد لالتزاماته، يفترض على الطرف الآخر – المشتري أو البائع – أن يخفف من الضرر الواقع على عاتقه، وذلك من خلال السعي لإبرام عقد بديل – على سبيل المثال –، وفي حال عدم السعي وراء إبرام عقد بديل، فإن الدائن المهمل يُخاطر بحصوله على تعويض منخفض[3].

إلا أن عند تصفح الأنظمة اللاتينية على غرار التشريع الفرنسي نجد أنه لم يستوعب فكرة تقليص الضرر بنفس المنهج الذي اتبعته الأنظمة الأنجلوساكسونية، فلم يعترف بوجود الالتزام بتقليض الضرر في قانونه المدني، كما لم رفضت محكمة النقض الفرنسية الاعتراف به بشكل صريح، إذ نلتمس ذلك من خلال ما قضت به في الحكمين المؤرخين في 19 جوان 2003 بأن " صاحب الحادث ملزم بإصلاح جميع

[1] – stéphan reifegerste, pour une obligation de minimiser le dommage, op,cit,p. 109.

[2] – شريف محمد غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 292.

[3] - stéphan reifegerste, pour une obligation de minimiser le dommage, op,cit,p. 32.

العواقب الضارة وأن الضحية غير مطالبة بالحد من الضرر الذي لحق به لصالح الشخص المسؤول"[1].

غير أنه بإمعان النظر في التشريعات الخاصة الفرنسية، نجد أن المشرع الفرنسي كرّس التزام الدائن بتقليص الضرر الذي لحق به بشكل صريح في قانون التأمين البحري[2]، غير أن هذا التكريس الصريح لواجب تقليص الضرر لا يشكل قاعدة عامة تُطبق على كافة العقود، وإنما يقتصر تطبيقه على عقود التأمين البحري فقط.

في حين عند تصفح فحوى تشريعات الدول العربية على غرار التشريع الجزائري، نجد أنه قد كرّس التزام الدائن بتقليص الضرر بشكل صريح في نص المادة 182 الفقرة 01 من القانون المدني التي تنص على أنه: " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في

---

[1]– لحكمان الصادران في 19 يونيو 2003 (الغرفة المدنية 2، قضية رقم 00–22302 و01–13289) يتعلقان بضحايا حوادث الطرق. في الحالة الأولى، كان الأمر يتعلق بضحية أصيب باضطراب عقلي بعد حادثه. وعندما طلب طبيب الأعصاب علاج النطق والتأهيل النفسي، لم تفعل ذلك، وعادت إلى المحكمة بعد عدة سنوات للحصول على تعويض إضافي عن تدهور حالتها الصحية. ومع ذلك قبلت محكمة استئناف بورجيه الحجة القائلة بأن رفض الضحية التماس العلاج كان على خطأ وساهم جزئيًا في استمرار اضطرابه العقلي. وتتعلق الحالة الأخرى بعاملة متجر عانت من فترة طويلة جدًا من العجز نتيجة إصاباتها، حيث ظل عملها التجاري، وهو مخبز غير مستخدم. طالبت بتعويض عن الأضرار الاقتصادية التي لحقت بها بسبب خسارة أعمالها التجارية. قبلت محكمة استئناف أميان بعد ذلك الحجة التي يدعمها الدفاع والتي تفيد بأن الخسارة في قيمة العمل التجاري لم تكن نتيجة مباشرة للحادث، لأن الضحية يمكنه استدعاء طرف ثالث خلال فترة عجزه عن تشغيل المخبز . للاستزادة بنظر إلى: isabelle bessiéres roques, L’obligation pour la victime de minimiser son dommage faut-il une réforme législative, l’argus de l’assurance, n°¨7718 du 16/07/2015, trouver sur lelien :https://www.argusdelassurance.com/acteurs/l-obligation-pour-la-victime-de-minimiser-son-dommage-faut-il-une-reforme-legislative.95985, voir le : 24/09/2021.

ومع ذلك نجد أن العديد من الأحكام القضائية الفرنسية قضت بتخفيض التعويض المستحق للضحية على أسس متنوعة، كإهمال الضحية أو إشتراكه بالخطأ المؤدي إلى حدوث الضرر للاستزادة ينظر إلى: وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود، دراسة مقارنة بين القوانين الأنكلوسكسونية والمدنية وعقود نقل البيع الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 01، لبنان، 2015، ص. 50..

[2] - Article L172-23 code assurances français (loi n°92-665 du 16 juillet 1992 art.37 II journal officiel du 17 juillet 1992.) : « L'assuré doit contribuer au sauvetage des objets assurés et prendre toutes mesures conservatoires de ses droits contre les tiers responsables. Il est responsable envers l'assureur du dommage causé par l'inexécution de cette obligation résultant de sa faute ou de sa négligence. ».

الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"[1].

هذا ولقد حظي التزام الدائن بتقليص الضرر بعناية كبيرة من قبل واضعي الاتفاقات الدولية المنظمة للتجارة الدولية، فلقد تناولته اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع سنة 1980 في المادة 77 بقولها: "يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير المعقولة والملائمة للظروف للتخفيف من الخسارة الناجمة عن المخالفة، بما فيها الكسب الذي فات. وإذا أهمل القيام بذلك، فللطرف المخل أن يطالب بتخفيض التعويض بقدر الخسارة التي كام من الممكن تجنبها"[2].

كما أشارت مبادئ "اليونيدروا" "unidroit" على ذات الالتزام في نص المادة 7-4- 8 تحت عنوان "تخفيف الضرر" على أنه: "1- لا يلتزم المدين بتعويض الضرر في الحالة التي يستطيع فيها الدائن تخفيف هذا الضرر بطرق معقولة. 2- يمكن للدائن أن يستعيد النفقات المعقولة التي أنفقها بغرض تخفيف الضرر"[3].

هذا وقد نصت توجيهات العقد الأوروبية لسنة 1998 على التزام الضحية بتخفيف الضرر الذي لحق به من خلال نص المادة 5-5: 9، والتي جاء في فحواها مايلي: "1- أن طرف العقد المخل بالتزامه لا يكون مسؤولاً عن الخسارة التي لحقت بالطرف الآخر المضرور وفي الحدود التي كان بإمكان الأخير أن ينقص الخسارة لو إتخذ خطوات

[1] – للإشارة لقد نصت العديد من التشريعات العربية على غرار القانون المدني المصري –المادة 221– والقانون المدني السوري – المادة 222– على هذا الالتزام مثلها مثل القانون المدني الجزائري من حيث المضمون والمصطلحات.

[2] - Article 77: « A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated. », United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2011,p.24.

[3] -Article 7-4-8 : «1)Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables 2) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice. », Principes d'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL 2016, p.296.

معقولة. 2- للطرف الآخر المضرور أن يسترد كل النفقات المعقولة التي يتحملها من أجل إنقاص الخسارة."[1].

3 – الأساس الفقهي للالتزام بتقليص الأضرار:

نظراً لعدم تناول التشريعات المدنية اللاتينية للالتزام بتقليص الأضرار بشكل صريح، سعى كل من رجال الفقه والقضاء لاسيما الفقهاء الفرنسيين[2] إلى التقصي على أساس قانوني نابع من فحوى نصوص القانون المدني، يمكن على أساسه تكريس هذا الالتزام تكريساً صريحاً في قادم الإصلاحات التشريعية لقانون الالتزامات.

3-1- مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بتقليص الضرر:

يرى غالبية الفقه أن التزام الدائن بتقليص الضرر يجد أساسه في مبدأ حسن النية بمفهومه الحديث[3]، الذي يُلزم كل متعاقد – دائن ومدين- أن يكون أميناً في تنفيذ التزاماته المترتبة عن العقد، وأن يبذل قصارى جهده في عدم الإضرار به، فحسن النية لم يعد ملزمًا فقط للمدين في ممارسة التزاماته، ولكن أيضًا على الدائن في ممارسة حقوقه التعاقدية[4].

وعليه، فإن من مقتضيات مبدأ حسن النية هو إلزام الدائن بأن يخفف من الضرر الواقع عليه كلما استطاع ذلك، والامتناع عن إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر ولا كسب

---

[1] - Article 9.505: « 1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.
(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss. », The Principles Of European Contract Law 1998, p.25.

[2] – يعتبر الفقيه " DEMOGUE" و"TUNK " " من أبرز الفقهاء القانونيين الذين نادوا بضرورة تكريس الالتزام بتخفيف الضرر في القانون المدني الفرنسي، للاستزادة ينظر إلى :
;René Demogue, traité des obligation en général, effets des obligation, op, cit, p.p.p.09-24-25 ; ATUNC, Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on droit réparation, R.I.D.C. 1953, p. 29.

[3] – عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود "دراسة مقارنة" منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص-ص. ز-ح.

[4] – مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارية الدولية، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة منصورة، مصر، 2015، ص. 22.
ينظر كذلك وليد صلاح رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص.266.

منفعة غير مشروعة على حسابه، وأن لا يقف إزاء الضرر الواقع عليه، مكتوف اليدين غير مكترث لعلمه أنه سينال من تعويض ما عظُم، وإنما يجب عليه أن يتدارك ما يقع من ضرر لتهوين أعباء المدين المتعثر[1].

3-2- فكرة الإنصاف وقواعد العدالة:

يُؤسس جانب من الفقه الالتزام بتقليص الضرر على فكرة الإنصاف الواردة في نص المادة 1135 المعدلة بالمادة 1194 من القانون المدني الفرنسي[2]. ذلك على أساس أن قواعد العدالة والإنصاف تُلزم المتعاقد تجاه المتعاقد الآخر بقدر من العدالة، فلا يُبادر إلى الإضرار به أو مقابلة الضرر بالضرر، كما أن من العدالة أن يمتنع الفرد عن تفاقم الأضرار التي تسبب بها الغير تجاهه فليس للمظلوم أن يظلم كما ظُلم[3].

كما يتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بأن من مقتضيات العدالة العقدية، وجود قدرٍ من الثقة المشروعة عند التعامل، وأن الإخلال بهذا القدر يعد بحد ذاته خطأ يتوجب المعاقبة عليه، فمن حق كل شخص أن يتوقع قدراً معقولاً من الثقة عند التعامل مع الغير، مضمونه أن يباشر الغير نحوه السلوك الذي يُمَكِنه من العمل، وللشخص أن يعول على هذا السلوك في نشاطه ومباشرته لأعماله، فإذا أخل الغير بهذه الثقة ولم يراع في سلوكه ما هو منتظر ومتوقع يكون قد أخطأ بهذا التصرف[4].

هذا ويستند أنصار هذا الرأي، إلى أن فكرة قواعد العدالة والإنصاف الورادة في نص المادة 1194 السالفة الذكر، يمكن أن تبرر فرض قاعدة السلوك هذه على الدائن المتضرر، ذلك على أساس أنها في كثير من الأحيان أصل تفسير مكمل لمحتوى العقد

---

[1] - Mustapha Mekki, Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile, gazette du palais, n°22, p. 17.

[2] – تقابلها المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

[3] – رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2017، ص-ص. 114-115.

[4] – ابراهيم دسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص. 53.

الإلزامي من قبل القاضي. ومن أبرز الأمثلة على ذلك الالتزام بالسلامة، والالتزام بتقديم المعلومات والمشورة[1].

3-3-واجب التعاون بين الاطراف المتعاقدة:

يرى جانب موسع من الفقه بأن الالتزام بتخفيف الضرر يجد أساسه في واجب التعاون بين الأطراف الذي يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، بحيث يعد المجال الخصب لنمو فكرة تخفيف الضرر، فقيام الدائن بالتعاون مع مدينه والذي قد يكون بأمس الحاجة إلى هذا التعاون ما هو إلا تطبيق لفكرة تخفيف الضرر، إذ لو تُرك المدين تحت رحمة الظروف المادية أو القانونية التي تواجهه من دون تقديم الدائن له يد العون، فإن ذلك سيؤدي حتماً إلى مضاعفة مسؤوليته وزيادة في قيمة الأضرار[2].

وبالاطلاع على الآراء الفقهية التي قيلت في تكريس فكرة وجود الالتزام بتخفيف الضرر، نجد أن الأسس الثلاث تتكاتف جميعاً لتكون كأساس للالتزام بتخفيف الضرر. فكما أوضحنا أن من مقتضيات مبدأ حسن النية إلزام الدائن بتخفيف الضرر الواقع عليه كلما استطاع ذلك، والامتناع عن إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر، وأن لا يقف إزاء الضرر الواقع عليه، مكتوف اليدين غير مكترث لعلمه أنه سينال من تعويض ما عظُم، وإنما يجب عليه أن يتدارك ما يقع من ضرر لتهوين أعباء المدين المتعثر. لهذا يمكن القول أن الالتزام بتخفيف الضرر ماهو إلا تجسيد لقواعد العدالة والإنصاف، وتطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية وواجب التعاون بين المتعاقدين[3].

ب- تنوع الإجراءات المتخذة لتقليص الأضرار:

باستقراء وتحليل النصوص القانونية المنظمة لفكرة التزام الدائن بتقليص الأضرار، نجد انها ألزمت هذا الأخير – الدائن المتضرر- بإتباع جملة من الإجراءات بغية التنفيذ

---

[1] – هيثم فضل الله، الطبيعة المقيدة للحرية التعاقدية في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، العدد23، 2019، ص-ص.50- 65.

[2] – أمل كاظم سعود، الالتزام بالتعاون، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2007، ص.26، ينظر كذلك رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص-ص-ص. 129-130-131.

[3] – شريف محمد غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.312.

السليم للالتزام الدائن بتقليص الأضرار، والمتمثلة في إتخاذ تدابير معقولة لتقليص الضرر، والسرعة في إتخاذ تدابير تقليص الضرر.

1-الالتزام بإتخاذ تدابير معقولة لتقليص الضرر:

يعد التزام الدائن المتضرر بإتخاذ التدابير المعقولة بمثابة العمود الفقري للالتزام بتخفيف الضرر، فلا يتصور أن يكون تخفيف الضرر متحققاً، إذالم يتصرف الدائن على نحو معقول في تصرفه تجاه تخفيف الضرر، مما يجعل المعقولية نقطة الإرتكاز التي يحتكم لها لتقدير مدى قيام الدائن بتنفيذ التزامه بتخفيف الضرر[1].

وتتنوع التدابير المتخذة من قبل الدائن المتضرر لتقليص الضرر، من عقد لآخر ومن واقعة لأخرى، ووفقاً لملابسات الضرر الحاصل؛ فعقد البيع مثلاً يفرض بطبيعته إجراءات معينة تنفيذاً لهذا الالتزام تختلف عن الإجراءات التي يفرضها عقد التأمين. وهذه التدابير قد تكون تدابير وقائية، أو تدابير إصلاحية أو تدابير بديلة .

1-1- التدابير الوقائية:

عند التقصي في مضمون الأحكام القضائية والنصوص القانونية المتناولة لفكرة تقليص الضرر، نجد أنها فرضت على الدائن المتضرر إجراءات وقائية من شأنها أن تقلص من مسؤولية المدين المتعثر وتُبقي العلاقة التعاقدية حسنة بينهما مما يزيد من السريان العادي إذا ما شابه بعض المعوقات؛ فمثلاً في حالة عدم قيام المشتري بتَسلُم البضاعة المبيعة، فعلى البائع -الدائن- أن يتخذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على البضاعة التي لم تسلم، على أن ترد المحكمة إليه هذه مصاريف الحفظ[2].

ويتباين نمط المحافظة على البضاعة تبعاً لنوع وطبيعة تلك البضاعة، فإذا كانت هذه البضاعة عبارة عن كمية من المواد الاستهلاكية سريعة التلف، توجب على الدائن خزنها في خزانات مبردة تمنعها من التلف، وفي حال كانت البضاعة عبارة عن أجهزة كهروبائية، فعلى الدائن خزنها في موقع يحميها من الظروف المناخية الضارة بها. أما

[1] – وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود، المرجع السابق، ص. 109.

[2] – يمينة حوحو، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط1، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2016، ص.123، علي فيلالي، العقود الخاصة، البيع، بدون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص-ص-ص-.315-316-317، ينظر كذلك ينظر كذلك محمد شريف غانم، المرجع السابق، ص.315.

في حال عدم التزام الدائن بمقتضيات حسن النية وعدم انفاقه المصاريف اللازمة للمحافظة على هذه البضاعة مما تسبب بهلاكها، فإن الأمر يتعلق بحالتين[1]:

– **الحالة الأولى:** في حالة التزام الدائن بالمحافظة على البضاعة بشرط عقدي، فإن عليه الالتزام بهذا الشرط تطبيقاً لشروط المقترنة بالعقد، وفي حالة مخالفته له فيكون عليه تحمل تبعة ذلك والزامه التعويض عن التلف تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية.

– **الحالة الثانية:** في حالة عدم وجود شرط عقدي يقضي بالمحافظة على البضاعة، فإن الأمر يكون مماثلاً لما سارت عليه أغلب القوانين المقارنة، فالقانون الجزائري يعد هلاك المبيع في يد البائع – الدائن– قبل أن يتسلمه المشتري هلاكاً على البائع واستثناءاً على المشتري إذا كان هذا الهلاك بعد قيام البائع بإعذار المشتري لتسلم الشيء المبيع[2].

وبالرغم من اتجاه إرادة المشرع في العديد من القوانين المقارنة إلى تحميل المشتري تبعة الهلاك بمجرد إعذاره بالتسليم وبما يمنع من تحقق المسؤولية على عاتق البائع – الدائن– والناتجة عن هلاك البضاعة، فإن هذا الأمر لا يمنعه مطلقاً – البائع– وفقاً لمتطلبات حسن النية على قيامه بالمحافظة على البضاعة حال تأخر المشتري في استلامها أو حتى امتناعه عن تسلمها، لا سيما إذا ما كانت هذه البضاعة ذات قيمة مادية أومعنوية كبيرة، فيمكن له تخزينها وتحميل المشتري تكاليف هذا التخزين شريطة أن لا تكون هذه النفقات – نفقات التخزين– أكثر من قيمة البضاعة، وإلا انقلب هذا التخفيف إلى ثقل كبير على كاهل المشتري[3].

كما نجد هناك بعض الحالات التي تعد بمثابة تطبيق سليم للتدابير المعقولة لتخفيف الضرر العقدي في نصوص القانون المدني، على غرار مسألة إلزام الدائن بأن يقوم بتوجيه إخطار إلى المدين عن تفاقم الأضرار وضرورة لفت انتباهه إليها، وفي حالة إخلاله بعمل ذلك، فإن حقه في التعويض سيُخفض إلى القدر الذي أهمل فيه تنبيه وإخطار المدين؛ فحسب نص المادة 553 من القانون المدني الجزائري، نجد أن واجب

[1] – رعد عداي، دور المتضرر في تخفيف الضرر، المرجع السابق، ص–ص. 226–227.

[2] – أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011، ص– ص –ص. 294– 295–296 .

[3] – رعد عداي، دور المتضرر في تخفيف الضرر، المرجع السابق، ص– ص. 227–228.

رب العمل بأن يقوم بإخطار المقاول عن التنفيذ المعيب للعمل، فإذا لاحظ أن المقاول أثناء سير العمل أنه يقوم به على وجه المعيب، أو مناف للعقد، فله أن ينبهه بأن يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدده له، فإذا انقضى الأجل المسمى دون أن يرجع المقاول إلى طريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد، أو أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك.

وتأسيساً على ماسبق إيضاحه، نجد في قيام رب العمل بإخطار المقاول عن التنفيذ المعيب للعمل تجسيد حي للتدابير الوقائية المعقولة الواجب اتخاذها لتخفيف الأضرار، فعن طريق الإنذار سيقوم رب العمل بلفت انتباه المقاول إلى الأضرار التي ستحصل نتيجة التنفيذ المعيب، فإذا لم يقم بإخطاره، فإن الأضرار ستتزايد ومن ثم إن الإخطار سيقللها، وبالتالي سيحافظ رب العمل على حقه بالتعويض دون انتقاص، بينما لو سكت ولم يخطر المقاول عنها، فإن رب العمل سينخفض تعويضه إلى الحد الذي حصل بسبب عدم توجيه الإخطار[1].

1-2- التدابير الإصلاحية:

قد يذهب الالتزام بتقليص الضرر إلى أبعد من مجرد التزام باتخاذ تدابير احترازية وقائية؛ إذ يفرض في بعض الأحيان تدابير إصلاحية، من شأنها تقليص الأضرار التي لحقت بالدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية. وتتنوع التدابير العلاجية حسب طبيعة كل عقد؛ ففي سياق البيوع الدولية عندما يوجد عيب بسيط في البضاعة عند استلامها، وكانت عملية إصلاح ذلك العيب ليس بالأمر الصعب، فإنه يجوز للمشتري إصلاح ومعالجة البضاعة المعيبة، على أن تكون مصاريف الإصلاح على نفقة البائع، لكن بشرط أن تكون تلك المصاريف الإصلاحية معقولة وممكنة، لأنه

[1] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 7، ص. 841، ينظر كذلك خالد وليد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود، المرجع السابق، ص. 118.

في حال إذا ما كانت مصاريف الإصلاح غير معقولة وغير ممكنة، فإن المشتري سيتحملها على نفقته، ولا يجوز له مطالبة البائع بها[1].

وتجدر الإشارة أن المبدأ المتعلق بأحقية المشتري في إصلاح الشيء المبيع المشوب بعيب على نفقة البائع، ليس غريباً على نصوص القانون المدني الجزائري، والتي تمكن الدائن في حال ما إذا امتنع مدينه عن تنفيذ التزامه وتعلق الأمر بالالتزام بعمل، من اللجوء إلى القاضي للحصول على ترخيص يمكنه من تنفيذ الالتزام على نفقة المدين[2].

وهو نفس الحكم في القواعد الخاصة بحماية المستهلك، حيث باستقراء نص المادة 18 الفقرة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات[3]، نجد أنها أعطت المستهلك حق اللجوء إلى محترف آخر من أجل إصلاح عيب المنتوج على نفقة المحترف المقصر في تنفيذ التزامه المتعلق بإصلاح عيب منتوجاته.

ومن الإجراءات الإصلاحية التي يعتمد عليها أيضاً الدائن المتضرر في سبيل تخفيف الضرر الذي لحقه، هي الدخول في مفاوضات جديدة مع المدين المتعثر بغرض التوصل لاتفاق ودي بينهما، من شأنه تذليل العقبات التعاقدية والتخفيف من مسؤولية المدين. ومن الثابت قانوناً أن للدائن حق اللجوء إلى القضاء مباشرة للمطالبة بالتعويض، إلا أن لجوئه لهذه المفاوضات من شأنه رفع كاهل المسؤولية عن المدين أو التخفيف منها، فيكون بذلك قد طبقا لمقتضيات حسن النية والتعاون في العقود.

---

[1] – stéphan reifegerste, pour une obligation de minimiser le dommage, op,cit,p.p.296 -297.
وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا النمساوية في قرار لها صادر سنة 2002 ب: "أن المشتري لا يكون ملزماً بمصاريف غير معقولة إذا كانت مصاريف إصلاح المبيع تفوّت المنفة الناتجة من الإصلاح فيما يتعلق بالمشتري." للاستزادة ينظر إلى: خالد وليد عطية، النظرية العامة لواجب تقليض الأضرار في العقود، المرجع السابق، ص. 126 وما يليها.

[2] – المادة 170 من القانون المدني الجزائري.

[3] – المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريد الرسمية الصادرة سنة 1990، العدد 40، ص. 1247.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد نص على إعادة التفاوض بين أطراف العقد حال تغير الظروف أثناء تنفيذ العقد في نص المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني الجزائري تحت إطار ضمان إستمرارية العقد وعدم تعريضه للفسخ بسبب طروء ظروف غير متوقعة.

1-3- التدابير البديلة:

بغض النظر عن تدابير الحفظ أو الجبر، فإن الالتزام بتقليص الضرر قد يتطلب من الضحية إتخاذ تدابير بديلة، على غرار السعي إلى إبرام صفقة جديدة، وذلك بأن يدخل في علاقات قانونية جديدة مع أطراف جدد – مشترين أو بائعين جدد- لإبرام صفقات بديلة بعد فسخ العقد مع الطرف المخل ليُمكن نفسه – الدائن المتضرر- بالمُضي في تنفيذ ما خطط له فيما يتعلق العقد الذي أبرمه مع الطرف المخل[1].

ويعد إبرام صفقة بديلة من أكثر الأساليب المتبعة من قبل الدائن في سبيل تخفيف الضرر الذي لحق به، حيث تضمنته معظم القوانين المقارنة والاتفاقات الدولية المنظمة للعقود عامة والمنظمة لعقد البيع الدولي خاصة، حيث نصت المادة 75 من اتفاقية فيينا لبيع الدولي للبضائع على أنه: "إذا فُسخ العقد وحَدث، على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ، أن قام المشتري بشراء بضائع بديلة أو قيام بإعادة بيع البضائع فللطرف الذي يطالب بالتعويض أن يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل أو السعر عند إعادة البيع وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة 74". كما نصت المادة 5.4.7 من مبادئ عقود التجارة الدولية على أنه: "يجوز للطرف الدائن الذي أنهى العقد إذا أبرم صفقة بديلة خلال مدة معقولة وبطريقة معقولة أن يسترد الفارق بين قيمة العقد وقيمة الصفقة البديلة فضلاً عن التعويض عن أي ضرر آخر."، وكذلك نصت المادة 9:506 من مبادئ قانون العقد الأوروبي على أنه: "عندما ينهي الطرف المتضرر العقد ويبرم صفقة بديلة خلال مدة معقولة وبطريقة معقولة فإنه يحق له أن يسترد الفرق بين العقد والصفقة البديلة إضافة إلى تعويضه عن الخسائر الإضافية بقدر ما تكون قابلة للتعويض بموجب هذه المادة".

[1] - محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 316.

والقانون المدني الجزائري، هو الآخر تناول هذا التدبير البديل – إبرام صفقة جديدة– في فحوى نص المادة 166 منه، التي أشارت إلى أنه يجوز للدائن في حالة الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني معين بالنوع، ولم يقم المدين بتنفيذه، أن يقوم بتنفيذ الالتزام على حساب ونفقة المدين بعد استئذان المحكمة، وبدون إستئذانها في حالة الإستعجال. وعليه فإن هذا الحكم الوارد في نص المادة المذكورة آنفاً يدل حسب وجهة نظرنا على إعتداد تدبير إبرام صفقة بديلة كأسلوب من أساليب تخفيف الدائن للضرر الذي لحق به، وتقليصاً من مسؤولية المدين المخل بالتزاماته التعاقدية[1].

ومقتضى ما سلف بيانه، فإن التزام الدائن المتضرر ببذل الجهد لتخفيف الضرر الواقع عليه، يجب أن يبقى في حدود ما هو معقول، دون أن يُحمَّل ما لا طاقة له به من أعباء ذهنية أو مالية تفوق إمكانياته. إذ أن قدرات المتضررين في التخفيف من آثار الضرر تختلف باختلاف ما يمتلكونه من موارد وإمكانات، سواء كانت مادية أو ذهنية أو مهنية، الأمر الذي يستوجب من قاضي الموضوع أن يراعي، عند تقديره لإجراءات التخفيف، الظروف الخاصة والشخصية للدائن المتضرر[2].

ويُستفاد من فحوى النصوص القانونية المدنية، كما ورد في العديد من الاتفاقيات الدولية، أن الجهد المطلوب من الدائن المتضرر لتفادي تفاقم الضرر أو التخفيف من حدته، يجب أن يكون في حدود ما يُعد معقولاً في ضوء ملابسات الحالة وظروف الدائن، دون إفراط في التقدير يؤدي إلى تحميله التزامات غير واقعية. وبالتالي، فإن معيار المعقولية يظل الضابط الأساس في تحديد ما إذا كان الدائن قد قصّر في التزامه بالتخفيف من الأضرار اللاحقة به من عدمه.

---

[1] – محمد سيد طنطاوي، إشكاليات التنفيذ العيني ووسائل إكراه المدين على التنفيذ، المركز الوطني الديمقراطي العربي، مقال منشور على الأنترنت، https://www.democraticac.de/?p=58860، تاريخ الإطلاع: 2021/12/14.

[2] - رعد عداي، دور المتضرر في تخفيف الضرر، المرجع السابق، ص. 268، ينظر كذلك محمد شريف غانم، المرجع السابق، ص– ص. 327– 328.

ب- التزام الدائن بالسرعة في إتخاذ تدابير تقليص الضرر:

لا يقف التزام الدائن المتضرر عند حد اتخاذ تدابير التخفيف فقط، بل يمتد ليشمل أيضاً ضرورة المبادرة إلى اتخاذ هذه التدابير في الوقت المناسب، إذ أن التراخي أو التأخير غير المبرر في ذلك قد يُعد إخلالاً بواجب التخفيف، ويؤدي إلى تحميل الدائن جزءاً من المسؤولية عن تفاقم الضرر اللاحق به

1- التزام الدائن باتخاذ التدابير المعقولة بشكل فوري

تزداد فائدة التقليل من الأضرار إذا تم اتخاذ التدابير في الوقت المناسب. ففي بعض الحالات، يكون من الضروري أن تتم هذه الإجراءات في وقت معين لتكون فعّالة، وإلا فإنها قد تفقد قيمتها. قد يكون من المفيد أن يبادر الدائن باتخاذ هذه التدابير بمجرد شعوره أن المدين سيتخلف عن الوفاء بالتزاماته العقدية، ويكون قادرًا على التخفيف من الأضرار مسبقًا. في بعض الأحيان، قد يكون التخفيف أكثر فعالية إذا تم أثناء تنفيذ العقد، وقد يكون في بعض الحالات الأخرى أنسب بعد وقوع الضرر[1].

وفي هذا السياق، أشار الفقيه الإنجليزي "Chitty" إلى أن الوقت المناسب لاتخاذ التدابير المعقولة لتقليص الأضرار يعتمد على مدى علم الدائن أو ما يجب أن يكون قد علمه بشأن إخلال المدين بالالتزام العقدي. وعليه، يجب على الدائن أن يتصرف بشكل فوري بمجرد اكتشافه أن المدين قد قدم له مواد غير صالحة بسبب عيوب ناتجة عن إخلاله بالعقد. يجب على الدائن في هذه الحالة إيقاف استخدام هذه المواد فورًا، وتتحمل تبعات ذلك على المدين. كما يكون للدائن الخيار بين إصلاح هذه المواد أو استبدالها. وبالتالي، بمجرد علم الدائن بإخلال المدين بالتزاماته، يتوجب عليه اتخاذ تدابير عاجلة لتقليص الأضرار ومنع تفاقمها[2].

2- التزام الدائن بتقليل الضرر في غضون فترة زمنية معقولة:

إن مبدأ التفاعل الفوري لتقليص الأضرار يواجه بعض القيود، حيث لا يكون من الممكن دائمًا الاستجابة فورًا، وفي بعض الحالات، قد لا يكون من الممكن تقليص الضرر بشكل فعال بمجرد حدوثه. علاوة على ذلك، فإن محاولة التصرف بسرعة قد تزيد من تكلفة

[1] – رعد عداي، دور المتضرر في تخفيف الضرر، المرجع السابق، ص. 281

[2] – خالد وليد عطية، القيود الواردة على التعويض العقدي في القانون الانجليزي، المرجع السابق، ص. 46.

المسؤولية، حيث يُجبر الدائن في بعض الأحيان على التعاقد مع أطراف ثالثة لإبرام عقد بديل، مما يحرم الدائن من فرصة التفاوض على شروط أفضل أو طلب عروض أسعار[1]. هذه الاعتبارات دفعت هيئات التحكيم إلى إظهار قدر من التساهل تجاه الدائن المتضرر، ولم تعد تشترط عليه اتخاذ التدابير بشكل فوري، بل تتطلب أن يتم ذلك في غضون فترة زمنية "معقولة"، ما يعتبر التأخير في اتخاذ الإجراءات تأخيرًا مشروعًا

وفقًا لهذا النهج، لا يسأل الدائن إذا تأخر في اتخاذ الإجراءات خلال هذه الفترة، بل يعتبر ذلك أمرًا منطقيًا. فالأصل أن يُمنح الدائن وقتًا مناسبًا لأن المدين قد يكون لديه فرصة لاستعادة قدرته على الوفاء بالالتزامات أو لإعادة تنظيم أوضاعه، ما يُمكّنه من تنفيذ التزاماته. لذا، لا يُعد تأخير الدائن في البحث عن مشتريين أو بائعين جدد أو تقديم اقتراحات جديدة تقصيرًا أو إهمالًا، بل تأخيرًا مشروعًا ومقبولاً.[2].

وقد أكدت بعض الأحكام القضائية على هذا المبدأ، كما في قرار التحكيم رقم 2103 لسنة 1972، حيث لم تُنتقد هيئة التحكيم موقف الشركة الفرنسية في انتظارها فترة زمنية معقولة لاستمرار العلاقة مع المتعاقد الآخر. فقد اعتبرت الهيئة أن "من المشروع ومن الطبيعي ألا تبحث الشركة الفرنسية خلال هذه الفترة عن شركاء جدد لإقامة علاقات تجارية مشابهة لتلك التي كانت تربطها بالمدين المتعثر."[3].

بناءً على ذلك، يتضح أن المحكمين في قضايا التجارة الدولية يسمحون للدائن بتأخير اتخاذ الإجراءات لتخفيف الأضرار لمدة معقولة، ويعتبرون ذلك طبيعيًا. ومع ذلك، تبدأ مسؤولية الدائن في التصرف بعد مرور فترة معقولة من الزمن. والجدير بالذكر أن تقدير ما إذا كان تأخير الدائن مشروعًا من عدمه يعود إلى تقدير المحكمين، استنادًا إلى ظروف كل حالة على حدة.

---

[1] - David Malazoué, l’obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, mémoir de master 2 droit des contrats internes et internatiounaux, faculté jean monnet, paris sud, p.20.

[2] - محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 332، ينظر كذلك رعد عداي، دور المتضرر في تخفيف الضرر، المرجع السابق، ص. 302.

[3] – David Malazoué, l’obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, op-cit, p. 23.

ثانياً: الآثار القانونية الناتجة عن التزام الدائن بتخفيف الضرر

يعد التزام الدائن المتضرر بتقليل الضرر من التصرفات القانونية التي تترتب عليها آثار قانونية، سواء في حالة عدم تنفيذ هذا الالتزام أو في حالة تنفيذه.

أ- الآثار المترتبة عن عدم تنفيذ التزام تقليص الضرر:

إن الحديث عن الآثار القانونية المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر، يتطلب بالدرجة الأولى البحث على من يقع عليه عبء إثبات عدم تنفيذ هذا الالتزام، ثم البحث في هذه الآثار والتي تتلخص أساسا في إنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن المتضرر.

1- عبء إثبات عدم تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر

حسب قانون الإثبات، فإن العبء يقع على من يدعي تغييرًا في الوضع القانوني، أي المدعي. هذا يعني أن من يدعي حدوث ضرر أو تغيّر يجب عليه إثبات ذلك وفقًا للمادة 323 من القانون المدني الجزائري[1]. لذلك، يقع على الدائن المتضرر عبء إثبات وجود الضرر، وأسباب حدوثه، والعلاقة السببية بينه وبين الأضرار الناتجة عنه، حسب ما ورد في المادة 124 من نفس القانون.

أما في ما يتعلق بإثبات عدم قيام الدائن بتقليص الضرر، فيقع عبء الإثبات هنا على المدين الذي يدعي ذلك. إذا تمكن المدين من إثبات عدم قيام الدائن بتخفيف الضرر، فليس له الحق في التعويض عن الأضرار التي كان بالإمكان تجنبها. أما إذا فشل المدين في إثبات ذلك، فيكون الدائن مستحقًا للتعويض الكامل عن الضرر[2].

كما تُظهر قرارات التحكيم التجاري الدولي أن عبء إثبات عدم قيام الدائن بتخفيف الضرر يقع على المدين طبقًا للقاعدة العامة. فعلى سبيل المثال، في القضية رقم 2478 لعام 1974، أظهر المدين أن الدائن أخطأ عندما رفض عرضًا له بتنفيذ التزامه بسعر أعلى من السعر المتفق عليه ولكنه أقل من الأسعار العالمية. في هذه الحالة، أشار المحكمون إلى ضرورة إثبات المدين لخطأ الدائن[3].

---

[1] – الطاهر بريك، عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 13، العدد 03، 2013، الجزائر، ص.ص. 164-165، وينظر كذلك: الضيف كيقاجي، دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسطينة، المجلد 18، العدد 35، 2014، الجزائر، ص.ص. 264-265، وينظر كذلك: محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.329.

[2] – رعد عداي، دور المتضرر في تخفيف الضرر، المرجع السابق، ص.271.

[3] – محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.331.

ومع ذلك، فإن قاعدة عبء إثبات عدم تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر تتلقى استثناءات في قانون التجارة الدولي، إذ أن قضاء التحكيم يُقلب عبء الإثبات فيضعه على عاتق الدائن نفسه لا عاتق المدين – خلافاً للقاعدة العامة–، فعلى إثر ذلك يُلزم المحكمون الدائن – عند رفعه دعوى التعويض– أن يثبت أنه قد اتخذ كل الإجراءات المفيدة لتخفيف نطاق الضرر الواقع عليه.

ويفترض المحكمون أن هناك قرينة على عدم قيام الدائن بهذه الإجراءات، ويقع عليه عبء إثبات قيامه بها، إلا أن هذه القرينة المفترضة، هي قرينة بسيطة لا قطعية، يجوز للدائن إثبات عكسها كأن يثبت بأنه قد قام بهذه الإجراءات، فيستحق بذلك قيمة التعويض كاملاً. وتأكيداً لهذه الحالة – قلب عبء الإثبات على عاتق الدائن– يمكننا الاستشهاد بالقرار الصادر في القضية رقم 3344 لعام 1981، اين أوجبت هيئة التحكيم الشركة "ب" بوصفها"الدائن المتضرر" بأن تثبت أنها اتخذت الإجراءات الضرورية لتخفيف الأضرار.

غير أنه في قانون التجارة الدولي، هناك استثناءات، حيث يمكن لقضاء التحكيم أن يقلب عبء الإثبات ويضعه على الدائن. في هذه الحالة، يُلزم المحكمون الدائن بتقديم دليل على أنه اتخذ جميع التدابير الممكنة لتقليص الضرر الذي وقع عليه. يُفترض أن الدائن لم يتخذ هذه التدابير، وبالتالي يقع عليه إثبات العكس، إلا أن هذا الافتراض يعد قرينة بسيطة يمكن للدائن دحضها إذا أثبت قيامه بهذه الإجراءات.

والجدير بالذكر، أن بعض الفقهاء يعتبرون أن قلب عبء الإثبات أصبح عادة سائدة في قضاء التحكيم التجاري الدولي، حيث يُطلب من الدائن إثبات أنه بذل كل ما في وسعه لتخفيف الضرر الذي أصابه[1].

2– إنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن:

كما تم الإشارة سابقًا، أنه عند وقوع الضرر، لا يجوز للدائن المتضرر أن يظل غير مبالٍ بالضرر الذي أصابه، بل يتعين عليه اتخاذ تدابير معقولة لمنع تفاقم الأضرار. وفي

[1] – محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص–ص. 331–332.

حالة عدم قيامه بتخفيف الضرر، يتم إنقاص قيمة التعويض المستحق له. فلا يُعوض الدائن إلا عن الجزء من الضرر الذي لم يتمكن من تخفيفه.

ففي حال عُرِض النزاع على القضاء، وتبين من الوقائع أن الدائن لم يقم بالالتزام بتقليص الضرر، فإن الجزاء المترتب على ذلك هو خصم من قيمة التعويض المستحق. بمعنى آخر، يقوم القاضي بتقليص التعويض المستحق للدائن بحيث لا يُعوض عن الأضرار التي كان في إمكانه تخفيفها باتخاذ تدابير معقولة. أما الأضرار التي لم يتمكن من تخفيفها رغم بذله الجهود اللازمة، فيتم تعويضه عنها بالكامل. وبالتالي، يُؤخذ في الاعتبار الجهود التي كان يجب على الدائن بذلها عند تحديد قيمة التعويض المستحق له، وذلك وفقًا لما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

كما تتكرر في قرارات التحكيم التجاري الدولي قاعدة أنه لا يُعوض الدائن إلا عن الأضرار التي كان بإمكانه التخفيف منها ببذل جهود معقولة. ففي القضيتين رقم 2139 و2142 لسنة 1974، أشارت هيئة التحكيم إلى أن البائع مطالب ببذل جهد معقول لتخفيف الأضرار التي لحقت به، وفي حال قصّر في ذلك، يتحمل جزءًا من المسؤولية عن الضرر الذي أصابه، في حين يتحمل المشتري التعويض عن الجزء الذي لم يتمكن الدائن من تجنبه[1].

ب- الآثار المترتبة عن تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر:

تتمثل الآثار القانونية المترتبة عن تنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر في نقطتين رئيسيتين: الأولى هي استرداد النفقات التي تكبدها المتضرر في سبيل تخفيف الضرر، والثانية هي تحمل مُحدث الضرر (المدين) المسؤولية عن الجزء من الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن تخفيفه.

1- استرداد النفقات التي يتكبدها المتضرر لتقليص الضرر:

لتحقيق الهدف من تقليص الضرر، قد يتعين على الدائن المتضرر أن يلجأ إلى بعض الوسائل التي تتطلب منه بذل نفقات مالية. وبغض النظر عن نجاح هذه الوسائل في تخفيف الضرر أو فشلها، فإن الدائن يحق له استرداد هذه النفقات من المدين لاحقًا. فإذا

[1] – محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 335.

نجح في تخفيف الضرر، فإن المدين يتحمل النفقات التي دفعها الدائن في سبيل ذلك، ويتم تحويل المبلغ الذي أنفقه الدائن في إصلاح الضرر إلى دين نقدي على المدين. أما إذا فشل الدائن في تقليص الأضرار رغم بذله أقصى جهده، فيظل له الحق في استرداد النفقات التي تكبدها. ذلك أن العدالة تقتضي أن يتحمل المدين المسؤولية عن النفقات التي استلزمتها محاولات الدائن لتقليص الضرر، لأن المدين هو السبب في الضرر الذي أصاب الدائن[1].

2- تحمل مُحدث الضرر المسؤولية عن الجزء الذي لم يكن باستطاعة الدائن تخفيفه:

رغم أن بعض القوانين المقارنة تميل إلى تقليص قيمة التعويض المستحق للدائن إذا فشل في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتخفيف الضرر، إلا أن هناك حالات لا يتمكن فيها الدائن من تقليص الأضرار حتى بعد بذل أقصى ما في وسعه. في هذه الحالات، يتحمل المدين كامل المسؤولية عن الأضرار التي لم يتمكن الدائن من تخفيفها. ذلك على أساس أن الالتزام بتخفيف الضرر الذي يقع على عاتق الدائن يجب أن يكون في حدود المعقول؛ فلا يُطلب من الدائن بذل جهد يتجاوز طاقته أو إمكانياته المالية والعقلية[2].

المطلب الثاني: الالتزامات المشتركة الناشئة عن التزام بإعادة التفاوض

كما أشرنا سابقاً أن آلية إعادة التفاوض تعتبر من قبيل الصور المجسدة لفكرة التعاون بين المتعاقدين، ذلك لما لها دور في ضمان استمرارية العقد وتنفيذه بشكل أمثل رغم االمتغيرات المستجدة، فمتى التزم المدين المتضرر بإخطار الدائن بالتغيرات الحاصلة، ورد هذا الأخير على الإخطار بمباشرته لإجراءات تخفيف الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزامات المُتفق عليها، فإنه يُفرض على المتعاقدين التزاماً مشتركاً مفاده الشروع بإعادة التفاوض بحسن النية ووفقاً للمتغيرات الجديدة بغية التوصل الى اتفاق جديد.

الفرع الأول: إعادة التفاوض بحسن نية ضماناً لمصلحة كل متعاقد

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ التوجهية للعقد، إذ يلعب دوراً محورياً في تهذيب السلوك التعاقدي للأطراف، كما يعد المساهم الأول في تحقيق التوازن بين المتعاقدين،

[1] – رعد عداي، دور المتضرر في تخفيف الضرر، المرجع السابق، ص.ص. 305-306، وينظر كذلك: محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص.ص. 336-337.

[2] – رعد عداي، دور المتضرر في تخفيف الضرر، المرجع السابق، ص.ص. 270 – 271.

فهو التزام قانوني موجه إلى كلا المتعاقدين – الدائن والمدين– يهدف إلى ضمان المساواة والتعاون المتبادل بين طرفي العقد[1].

ويرى خبراء فن إدارة التفاوض أن عملية إعادة التفاوض ترتكز أساساً على أخلاقيات وآداب معينة لتحقيق الغاية منها، لذلك يُفرض على الأطراف المفاوضة الالتزام بمبدأ حسن النية، فيُستوجب على المتعاقدين الالتقاء للبحث وتبادل وجهات النظر بخصوص مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد ومدى تأثيرها على الآداءات المتقابلة، وكذا اقتراح حلول وصيغ جادة تهدف إلى الوصول إلى حل بين الطرفين وليس مجرد التفاوض[2].

وتجدر الإشارة إلى أن لعملية إعادة التفاوض مفهوم مزدوج؛ الحضور المادي ومعنوي، فأما الحضور المادي فنعني به جلوس الأطراف إلى طاولة التفاوض وتقديم حلول مجدية، أما الحضور المعنوي فنقصد به أن يحضر كل متعاقد قاصد العزم على الوصول إلى حل إيجابي مع المتعاقد الآخر، فلا يحضر وتتملكه نية إضاعة الوقت، والمجادلة في كل ما يطرح والإضرار بالطرف الآخر، كما يجب عليه تقديم حلول مقبولة تحقق مصالحه ومصالح الطرف الآخر في ذات الوقت[3].

هذا وتجدر الإشارة إلى أن في حال التزم المتعاقدين بحسن النية في التفاوض، وقدّم كل منهما اقتراحات جادة ومعقولة يمكن قبولها من المتعاقد الآخر، فإنهم لا يكونون مخالفين لمبدأ حسن النية إذا لم يتوصلوا مع ذلك إلى اتفاق مشترك، فالالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، على أساس أن المفاوضات يمكن أن تُكلل بالنجاح كما يمكن أن تنتهي بالفشل، وعليه فالمتعاقدين غير ملزمين بالوصول

[1] – أسيل نجم عبد الله، طارق كاظم عجيل، دور حسن النية في تخفيف عبء الاثبات في النطاق التعاقدي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، المجلد 15، العدد 25، 2022، ص. 214.

[2] – بوكريريس سهام، أحمد داود رقية، دور الإلتزام بمبدأ حسن النية في تحقيق أمن التفاوض في العقود المُبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، المجلد 08، العدد 02، 2022، ص. 330.

[3] – شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص–ص. 207–208.

إلى إتفاق بقدر ما هم ملزمين بتقديم إقتراحات جادة ومعقولة والتفاوض بحسن نية وبأمانة[1].

الفرع الثاني: مصير العقد بعد إعادة التفاوض في ضوء مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر

لقد سبق وأن عرفنا أن اجتماع المتعاقدين حول طاولة التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة، غير أن التزامهم بنجاح المفاوضات هو التزام ببذل عناية فقط، إذ يمكن أن تنتهي عملية إعادة التفاوض إما بالنجاح أو الفشل.

أولاً: حالة نجاح المفاوضات وإعادة التوازن العقدي بصورة تحمي المصالح المتبادلة

يقصد بنجاح المفاوضات هو وصول المتعاقدين إلى حل اتفاقي يقضي بتعديل العقد بعد أن اختل بفعل الظرف الطارئ غير المتوقع وملائمته وفق المتغيرات المستجدة.

ويعد وصول المتعاقدين إلى حل إتفاقي أفضل بكثير من الحلول التي تُفرض من قبل القاضي، إذ أن هذا الأخير قد يملي على المتعاقدين حلولاً غير ملائمة من شأنها أن تفتح باب النزاع بينهما مستقبلاً[2].

غير أنه يُثار تساؤل حول التكييف القانوني للحل الاتفاقي الذي توصل إليه المتعاقدين، فهل يعد تعديلاً للعقد أم عقد جديد[3]؟

وجواباً على التساؤل المطروح نجد أن فقهاء القانون قد اختلفوا في ضبط التكييف القانوني للاتفاق الذي توصل إليه الاطراف، حيث برز ثلاث (03) اتجاهات فقهية:

- **الإتجاه الأول:** يرى أنصار هذا الاتجاه أن الاتفاق الذي توصل إليه المتعاقدين ما هو إلا تعديل للعقد الأصلي، أي أن اتفاق الأطراف انصب على تعديل بعض شروط العقد الأصلي، وأن الاتفاق الناشئ عن عملية إعادة التفاوض لا يهدم وجود العقد الأصلي ولا يقصد به خلق عقد جديد، كما أن في فرض أن الحل الاتفاقي اعتبر عقد جديد فإن ذلك

---

[1] – شريف محمد غنام، شرط إعادة التفاوض فيعقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 241، ينظر كذلك رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، ص. 66.

[2] – حياة محمد محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص. 284.

[3] – هناك فرق بين النظام القانوني للعقد المعدل والعقد الجديد، فبالنسبة للعقد الأول فملحقاته تستمر تلقائياً أما في العقد الثاني فملحقاته تختفي بسبب انقضاء العقد ينظر إلى :

Ghozi (A) , La modification de l’obligation par la volonté des parties , Etude de droit civile français, L.G.D.J, Paris, 1980, P 04

يتنافى ومقتضيات فكرة إعادة التفاوض التي تهدف بدرجة أولى إلى تطويع بعض أحكام العقد الأصلي تفادياً للفسخ[1].

- **الإتجاه الثاني:** يعتبر أنصار هذا الإتجاه أن الاتفاق الناشئ عن عملية إعادة التفاوض هو عقد جديد، وذلك متى اتجهت نية الأطراف المتعاقدة صراحة إلى التجديد[2] لا تعديل، أي متى عبر الأطراف على رغبتهم في انشاء التزام جديد بشروط جديدة تختلف اختلاف كبير عن العقد الأصلي، فالإتفاق المترتب عن إعادة التفاوض يعد عقد جديد بشروط وأحكام جديدة[3].

- **الإتجاه الثالث:** يُؤسس أنصار هذا الإتجاه رأيهم على التفرقة بين فرضين هما:

- **الفرض الأول:** والذي يعتبر الإتفاق الناشئ عن عملية إعادة التفاوض تجديداً للعقد الأصلي متى ورد التغيير على وجود الالتزام ذاته، وذلك متى أدت عملية إعادة التفاوض إلى استبدال التزام جوهري في العقد بالتزام آخر، أما إذا أدت عملية إعادة التفاوض إلى تغيير التزام غير جوهري فنكون بصدد تعديل للعقد وليس تجديداً له.

- **الفرض الثاني:** والذي يعتبر الإتفاق الناشئ عن عملية إعادة التفاوض تعديل للعقد الأصلي، وذلك متى انصب التغيير على طريقة تنفيذ العقد الأصلي، كأن يرد التغيير على مكان تسليم السلعة أو المدة اللازمة لتنفيذ العقد[4].

ونحن من جانبنا نرى أن الإتفاق الناشئ عن عملية إعادة التفاوض يعتبر تعديل للعقد الأصلي متى لم ينصب التغيير على التزام جوهري في العقد، لأنه لو وردت عملية إعادة التفاوض على تغيير أمور ثانوية في العقد فإننا نعتبره تعديل للعقد الاصلي وليس تجديداً.

---

[1] - شريف محمد غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 248.

[2] -يُعرف التجديد بأنه: " عملية قانونية يحل من خلالها الالتزام الجديد محل الالتزام القديم، ومنه يتم خلق التزام جديد مرتبط بإنقضاء الالتزام القديم." حليمة بن دريس، إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليونيدروا والتشريعات الوطنية، مجلة الإجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، 2021، . 257.

[3] - شريف محمد غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص-ص. 249- 250.

[4] - حياة محمد محمد أبو النجا، المرجع السابق، ص. 285.

ثانياً: حالة فشل المفاوضات والخيارات القانونية المتاحة لحماية مصالح الطرف الضعيف

لقد سبق وأن أشرنا أن التزام بإعادة التفاوض هو التزام ببذل عناية، مما يحتمل عدم توصل الأطراف المفاوضة إلى اتفاق بشأن تعديل العقد، رغم سعي المتعاقدين إلى إنجاح عملية إعادة التفاوض.

وتتباين الآثارالقانونية المترتبة عن فشل عملية إعادة التفاوض في التشريعات الوضعية لا سيما التشريع الفرنسي، إذ باستقراء نص المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي نجد أنها تبنت حلولاً مختلفة بشأن مصير العقد بعد فشل المفاوضات[1]، نجملها فيما يلي:

أ- الفسخ الإتفاقي:

أمكن المشرع الفرنسي المتعاقدين من الاتفاق على فسخ العقد في حالة فشلهما في التوصل إلى حل إتفاقي بشأن الظروف المستجدة على العقد، والفسخ الإتفاقي المقصود في نص المادة 1195 ليس نفسه الفسخ الإتفاقي المنصوص عليه في القواعد العامة، إذ تُوجد فوارق عدة بينهما، أولها الفسخ الإتفاقي في ظل القواعد العامة هو أن يتفق الأطراف المتعاقدة مُسبقاً على اعتبار العقد مفسوخاً إذا لم يُنفذ أحد الأطراف التزاماته، أما في حالة حدوث ظروف الطارئة ليس هناك اتفاق مسبق بين المتعاقدين بشأن فسخ العقد، بل يتم الاتفاق عليه – الفسخ الإتفاقي- لاحقاً عند تحقق الحدث المخل بتوازن العقد، وثانيها يتعلق بالأثر المترتب إذ نجد أن الفسخ الاتفاقي في القواعد العامة يسري بأثر رجعي يُعيد المتعاقدين إلى الحالة ما قبل التعاقد، أما الأثر المترتب عن الفسخ الإتفاقي المتعلق بفكرة إعادة التفاوض فهو يُفسخ العقد بالنسبة للمستقبل فقط، بمعنى أن الفسخ في هذه الحالة لا يكون له أثر رجعي[2].

[1] - Article 1195: "… En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de proceder à son adaptation. Adéfaut d'accord dans un délai raisonnable le juge pent, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre Fin, à la date et aux conditions qu'il fixe"

[2] – رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المرجع السابق، 77.

ب- تدخل القاضي لملائمة العقد للظروف المستجدة:

أجاز المشرع الفرنسي للمتعاقدين أن يحتكما إلى القاضي لكي يقوم بالتوفيق بينهما، وذلك بناءاً على طلب مشترك من قبلهما.

وتدخل القاضي في هذه الحالة يكون في حدود العمل على التوفيق بين مصالح الأطراف المتعاقدة، بحيث لا تقوم المحكمة بمراجعة العقد بما يتجاوز رغباتهم، أي أن بموجب هذا التفويض يمكن للقاضي تعديل العقد أو فسخه، مع مراعاة ما سبق أن اتفقا عليه من تفاصيل خلال فترة التفاوض (إن وجد)، ويكون قرار القاضي بهذا الشأن ملزماً لهما[1].

أما في حال إذا لم يتفق المتعاقدين خلال مدة معقولة، فإنه يستطيع أحد المتعاقدين أن يطلب تدخل القاضي لمراجعة العقد أو إنهائه وفقاً للشروط وبالتاريخ الذي يحدده القاضي[2].

[1] – أحمد إبراهيم الحياري، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد، " دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني"، مجلة القانونية، هيئة التشريع والرأي القانوني، جامعة البحرين، ص. 247.

[2] -المادة 1195 الفقرة 02 من القانون المدني الفرنسي.

الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند إنهاء العقد.

تُشكل الإرادة حجر الزاوية في نظرية العقد التقليدية، حيث كانت تُعد المصدر الوحيد لقيام العقد استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد، الذي كرسه الفقه الكلاسيكي المُتأثر بالفكر الليبرالي، إلا أن التطورات الحديثة فرضت إعادة النظر في هذه الحرية لضمان حماية فعالة للمتعاقد الضعيف، وتحقيقاً للعدالة التعاقدية. ومن أبرز صور هذه الحماية فكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، التي تعد تجسيد عملي لفكرة العدالة التعاقدية، وقيد موضوعي وأخلاقي على ممارسة الحقوق العقدية، لاسيما عند ممارسة الحقوق بصورة منفردة، كنقض أو فسخ العقد بالإرادة المنفردة، اللذان قد يتحولان إلى أداة تعسف تهدد الاستقرار العقدي، لذا تم تقييد حق النقض والفسخ بالإرادة المنفردة بضوابط تُراعي مصالح المتعاقد الآخر، التي تُشكل أحد المعايير القانونية الظابطة لمدى مشروعية ممارسة الحقوق العقدية – حق الفسخ والنقض بالإرادة المنفردة–، وتُسهم في تحقيق التوازن العقدي ومنع تغوّل متعاقد على متعاقد الآخر تحت ستار الحرية التعاقدية.

المبحث الأول: مراعاة مصلحة المتعاقد الأخر عند نقض العقد بالإرادة المنفردة.

إن من أهم المبادئ القانونية التي تنظم العقود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ القوة الملزمة للعقد أي أن الشروط التي اتفق عليها طرفي العقد هي الحاكمة بينهم وهي التي تراعي اتفاق إرادتي الموجب والقابل لأنه بعد اتحادهما ظهر العقد الذي يمثل إرادتهما المشترك وهذا يؤدي إلى اعتبار أن هذه الشروط تكون ملزمة لطرفي العقد ولا يجوز أن ينقضها أحد أطراف العقد وأن يتم تنفيذ العقد بين الطرفين بالكامل حتى نهاية المدة المتفق عليها في العقد[1]، فالعقد عند نشوئه صحيحا ينشأ بين عاقديه التزامات تكون في إلزامها أشبه بالالتزامات التي يضعها القانون ومن ثم لا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من التزاماته وما عليه إلا تنفيذها طوعا أو جبرا، فالعقد في العلاقة التي ينضمها بين عاقديه هو قانونهما الخاص الواجب التطبيق عليها دون غيره وبهذا يضفي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على العقد طابع الأمان والثقة المتبادلة فهو يقوم على أساس أخلاقي يتمثل في ضرورة احترام العقد وآخر اقتصادي يتجسد في توفير الاستقرار والطمأنينة في المعاملات.[2]

ومع ذلك قد تظهر أسباب عديدة مختلفة قد يحتاج أحد الطرفين فيها لإنهاء العقد من جانب واحد قبل انتهاء مدته مما دفع بالمشرع بالخروج عن المبدأ العام فأورد عليه استثناءات ومن أهمها الاستثناءات التي ترد على القوة الملزمة للعقد ما يمنحه القانون بإجازة نقض العقد أي إنهائه بالإرادة المنفردة، وقد كان هذا الاستثناء محل اهتمام الفقه القانوني وقد تضمن بدوره عدة حالات استثنائية وبالتالي أدرج ضمن نظرية فقهية عنوانها نظرية نقض العقد بالإرادة المنفردة، مما يستوجب التطرق الى مفهومه وخصوصياته من حيث الأسباب وكذا من حيث الآثار ومقارنتها مع بعض النظم القانونية الأخرى وهو ما سنتناوله من خلال هذا المبحث.

---

[1]–صهباء نزار ناظم، إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، مجلة النور للدراسات القانونية، العدد 2، المجلد 1، ديسمبر 2024، ص2.

[2]–قسمي أحلام، نقض العقد إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن عكنون، 2013/2012، ص.5.

المطلب الأول: التأصيل القانوني لفكرة نقض العقد بالإرادة المنفردة

كما أشرنا سابقا فإن العقد كان ولا زال من أهم المصادر الإرادية للالتزام وبموجبه الحرية العقدية يستطيع الأفراد إبرام ما يشاؤون من العقود مع احترام ما يقضي به القانون والنظام العام والتزام أطرافه به مبدأ عام يرد عليه استثناء بحيث أجاز القانون نقض وإنهاء بالإرادة المنفردة وهو ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 106 من القانون المدني والتي نصت على" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع قد منح لأحد المتعاقدين أو كلاهما سواء بنص في القانون أو باتفاقهما حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة[1]، ودون موافقة الطرف الأخر وبذلك يتخلص المتعاقد الذي يقوم بالنقض من التزامته العقدية دون أن تقوم مسؤوليته العقدية اذا هذا المبدأ ممكن وفعال وضروري أيضا في بعض الحالات ومن هنا تظهر اهمية النقض في العقود باعتباره نظما من نظم انهاء العقد وعليه لا بد من التطرق الى مفهومه والحالات التي أجاز المشرع استعماله فيها وكذا تسليط الضوء على خصوصيته وخصائصه.

الفرع الأول: مفهوم نقض العقد بالإرادة المنفردة في ضوء حماية مصلحة المتعاقد الآخر

يعتبر نقض العقد نظام قانوني ينهي العقد بإرادة أحد المتعاقدين يترتب عليه زوال العقد لكنه ليس النظام الوحيد الذي يرتب ذلك الأثر، بل يشركه في ذلك العديد من النظم القانونية بعضها يقترب منه وتتشابه وتتقارب الآثار التي تترتب على كل منهم ولذا كان لزاماً توضيح مفهوم نقض العقد بالإرادة المنفردة وتبيان خصائصه وتمييزه عن غيره.

أولاً: تعريف نقض العقد بالإرادة المنفردة

يعتبر نقض العقد بالإرادة المنفردة نظام جديد لحل الرابطة التعاقدية إلى جانب الأنظمة التقليدية المعروفة ولذلك لا بد من تحديد تعريف له وضبط مفهومه ومن هنا لا بد أولاً

[1]– تواتي باسمة، عثماني بلال، الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 7، العدد2، 2022، ص.160.

وقبل التطرق للتعريف نقض العقد بالإرادة المنفردة التعريف بالتصرف الانفرادي أولاً ثم تحديد تعريف نقض العقد.

أ- مفهوم التصرف الانفرادي: يعتمد تعريف التصرف الانفرادي على المفهوم العام وكذا المفهوم الخاص وهو ما سنتعرض له بالتفصيل من خلال هذه النقطة.

1- التصرف الانفرادي بمعناه العام: يقصد بالتصرف الانفرادي في مفهومه العام بالتصرف القانوني الصادر من جانب واحد ينتج عنه أثار قانونية مختلفة[1].

كما عرفه البعض بأنه" سلطة ممنوحة لشخص ما تهدف إلى إنشاء أو تعديل أو إنهاء علاقة قانونية أو مركزا قانونيا يخص شخصا آخر بإرادته المنفردة ولا يقابل هذا الحق التزام ما"[2]. من هنا يمكن القول أن التصرف الانفرادي هو عمل قانوني يصدر عن إرادة منفردة لشخص ما، ويترتب عليه أثر قانوني يمس المركز القانوني لشخص آخر، سواء من خلال تعديله أو إنهائه، وذلك دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر.

2- المعنى الخاص للتصرف الانفرادي: يحمل التصرف الانفرادي في مفهومه الخاص معنيين، يختلفان باختلاف المجال الذي يُمارس فيه؛ فقد يكون تصرفًا انفراديًا مستقلاً يصدر عن شخص بإرادته المنفردة خارج إطار العلاقة التعاقدية، أو يكون تصرفًا انفراديًا في سياق تعاقدي، يصدر ضمن علاقة عقدية قائمة ويؤثر فيها.

2-1- التصرف الانفرادي المستقل: يقع التصرف الانفرادي في هذه الحالة خارج نطاق العقد، أي أنه يُعد تصرفًا قانونيًا غير تعاقدي. ويُعرف هذا النوع من التصرف بأنه تعبير عن إرادة منفردة لشخص يهدف من خلاله إلى إنشاء التزام أو إحداث أثر

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء1، منشورات لحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.1444

[2] - عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة 01، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص. 236.

قانوني معين، دون أن تكون هناك علاقة بين هذا التصرف وأي عقد من العقود، كما هو الحال في الإبراء من الدين وغيره من التصرفات المشابهة[1].

2-2- التصرف الانفرادي في السياق التعاقدي: على العكس من المفهوم الأول، فإن التصرف الانفرادي في السياق التعاقدي يتم داخل إطار العلاقة التعاقدية، فهو تصرف يصدر عن أحد المتعاقدين بهدف إحداث أثر قانوني معين في العقد المبرم، دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر. وبالتالي، فإن هذا النوع من التصرف يتم في ظل وجود عقد قائم، حيث ينشأ الالتزام ابتداءً من توافق إرادتين، غير أن الإرادة المنفردة لأحد الطرفين تظل قادرة على التأثير فيه وتعديله أو إنهائه ضمن حدود ما يسمح به العقد أو القانون[2].

ب- تعريف نقض العقد بالإرادة المنفردة:

إن المشرع لم يحدد تعريفاً دقيقاً وواضحاً لنقض العقد بالإرادة المنفردة وإنما ترك ذلك للفقه، والذي عرفه على أنه: "تصرف قانوني صادر من جانب واحد يترتب عليه بالنسبة للمستقبل فقط إنهاء علاقة قانونية لم يعين لها المتعاقدان من أول الأمر أجلا منهيا"[3].

ويُؤخذ على هذا التعريف أنه حصر العقود التي يجوز فسخها بالإرادة المنفردة في العقود غير محددة المدة، في حين أن الواقع يبين أن هذا الأمر يمتد أيضًا إلى بعض العقود محددة المدة. واستنادًا إلى هذا النقد، ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف نقض العقد

[1]- محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر الالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص78

[2]- بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة من الاستثناء إلى المبدأ، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، أطروحة دكتوراه، 2016/2015، ص..13

[3] - إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقة الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2013، 141.

بالإرادة المنفردة بأنه: تعبير عن إرادة واحدة بحل الرابطة التعاقدية بالنسبة للمستقبل فقط دون أن ينسحب ذلك على الماضي"[1].

إلا أن هذا التعريف لم يَسلم هو الآخر من النقد، إذ أنه ركز على عدم الأثر الرجعي لنقض العقد، مُستندًا إلى ما هو متعارف عليه في الأنظمة التقليدية، التي تُقصر حل الرابطة التعاقدية على المستقبل فقط. غير أن التطورات التي شهدها النظام القانوني الحديث أفرزت توجهاً مغايراً، حيث لم يعد أثر نقض العقد محصوراً في المستقبل فحسب، بل قد يمتد ليشمل الماضي أيضًا، مما يمنحه أثرًا رجعيًا في بعض الحالات، خلافًا لما كان يُعدّ من الاستثناءات في السابق.

استنادًا إلى هذه التعاريف، ووفقًا لما أشار إليه الدكتور علي فيلالي، يمكن القول أن نقض العقد بالإرادة المنفردة هو سلطة قانونية أو اتفاقية يتمتع بها المتعاقد في إنهاء العقد بإرادته المنفردة."[2] وبمعنى آخر، فإن نقض العقد بالإرادة المنفردة هو حق قانوني معترف به لأحد أطراف العقد القائم والصحيح، يسمح له بفسخ الرابطة التعاقدية دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع قد منح حق نقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد دون رضا المتعاقد الأخر، وذلك لأسباب نذكر منها مثلا:

– حمايةً للحرية الفردية، فإن تحريم الالتزام الأبدي أو مدى الحياة يُعد أمرًا ضروريًا، لما قد يترتب عليه – الالتزام الأبدي– من تقييد دائم لحريات الأفراد المكفولة دستورياً. لذلك ينبغي تمكين أحد طرفي العقد أو كليهما من الحق في نقض العقد بإرادته المنفردة، كضمانة تحول دون الإخلال بتلك الحرية[3].

[1]– أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص.250.

[2]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.378.

[3]– عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر، مطبعة جامعة فراد، مصر، 2003، ص.176.

– تبعاً لوجود بعض العقود تقوم في جوهرها على مبدأ الثقة المتبادلة بين الطرفين، فإن انعدام هذه الثقة يفقد العقد مقومات استمراريته. وفي مثل هذه الحالات، يُبيح المشرع للمتعاقد أن يُنهي العقد أو يُعدل بعض شروطه بإرادته المنفردة، حفاظًا على التوازن العقدي وحمايةً للطرف المتضرر[1].

– في حال أصبح التمسك بالعقد يُشكل تهديدًا لمصالح أحد المتعاقدين، بحيث يؤدي إلى تكبده خسائر جسيمة، فإن ذلك يستدعي تعديل العقد أو نقضه. وقد أخذ القانون المدني الجزائري بهذا المبدأ في عدد من نصوص المنظمة للعقود، لا سيما في بعض العقود الخاصة كعقد الإذعان[2]، حرصًا على تحقيق العدالة والتوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية.

– إذا اتفق المتعاقدان في العقد المبرم بينهما مسبقًا على أحقية أي منهما في إنهائه بإرادته المنفردة، فإن ذلك يُعد استثناءً من القاعدة العامة، وقد أقره المشرع بناءً على مبررات ودوافع محددة تقتضيها المصلحة العامة، وذلك ضمن نطاق معين رسمه القانون. ويهدف هذا الاستثناء إلى تحقيق التوازن بين حرية الإرادة واستقرار المعاملات العقدية، بما يضمن حماية مصالح الأطراف المتعاقدة وعدم الإخلال بجوهر العلاقة التعاقدية[3].

ثانياً: خصائص نقض العقد بالإرادة المنفردة

بعد توضيح مفهوم نقض العقد بالإرادة المنفردة، يمكن استخلاص أبرز الخصائص التي تميّزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة، وذلك على النحو الآتي:

[1]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.362.

[2] – المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

[3] – تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أنه:" ... فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين..."

أ-نقض العقد بالإرادة المنفردة تصرف انفرادي في السياق التعاقدي:

بعد إبرام العقد بصورة صحيحة نتيجة لتوافق إرادتي المتعاقدين، قد تنفرد إرادة أحدهما لاحقًا بإنهاء هذا العقد القائم. ويُعد نقض العقد بالإرادة المنفردة تعبيرًا عن رغبة أحد الطرفين في إحداث أثر قانوني معين، يتمثل في إنهاء الرابطة التعاقدية دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر. وبهذا تتجه الإرادة المنفردة إلى إنهاء العلاقة التعاقدية القائمة، بما يترتب عليه نشوء مركز قانوني جديد[1].

ب-نقض العقد بالإرادة المنفردة حق إرادي في السياق التعاقدي:

يُعد نقض العقد بالإرادة المنفردة تصرفًا قانونيًا يصدر من طرف واحد، حيث يُمنح صاحبه الحق في إنهاء العلاقة التعاقدية بإرادته المنفردة، دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر، إذ يتمكن من خلال هذا الحق من إنهاء ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات، بمجرد إبداء رغبته، حتى وإن كان لهذا الفعل أثر مباشر على المركز القانوني للطرف الآخر. ويجوز له ممارسة هذا الحق في أي مرحلة من مراحل العقد، دون قيود زمنية. ويُصنّف هذا النوع من الحقوق ضمن فئة "الحقوق الإرادية" الحديثة، وهي تلك التي تُخوِّل صاحبها سلطة قانونية تُتيح له تعديل أو إنهاء مركز قانوني قائم بإرادته المنفردة[2].

ت-أثر نقض العقد بالإرادة المنفردة بالنسبة للمستقبل:

يُعد الأثر الناتج عن نقض العقد بالإرادة المنفردة مقتصرًا – كأصل عام – على المستقبل، ولا يمتد أثره إلى الماضي. ويرجع ذلك إلى أن العقد قد أُبرم بشكل صحيح، وأنتج آثاره القانونية بين الطرفين حتى اللحظة التي قرر فيها أحدهما إنهاءه بإرادته المنفردة. وعليه فإن هذا الإنهاء يؤدي إلى زوال العقد بالنسبة للمستقبل فقط، دون أن

[1] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 15.

[2] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص.15، ينظر كذلك إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 212.

يترتب عليه رجوع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، على خلاف ما يحدث في حالات البطلان أو الفسخ[1]. وفي هذا الصدد، أشار الأستاذ عبد الكريم بلعيور إلى أن: "الإنهاء شأنه شأن التقابل بالنسبة للأثر المترتب عليه إذ لا يجوز كقاعدة عامة أن يستند أثره إلى الماضي بل يقتصر على المستقبل فقط."[2] .

ث-نقض العقد بالإرادة المنفردة وإلزامية العلم به:

بما أن النقض يتم بالارادة المنفردة لصاحبه فما على الطرف الاخر سوى الخضوع له فلا يمكن مخالفة هذا الحق أو الاعتراض عليه، كما لا يمكن الاعتداء عليه وتجدر الإشارة هنا الى أن النقض في الأصل لا يفرض على من يستعمله أي التزام ولا يكسب أي حق إلا أنه يتعلق فقط بإرادة صاحب الحق؛ فهنا موافقة الطرف المتعاقد ليست ضرورية بل يكفي فقط أن يكون عالما بأنه صاحب حق النقض يريد نقض تعاقده وما له سوى الامتثال لتلك الإرادة[3] تطبيقاً لنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري.

وبعبارة أخرى، فإن ممارسة حق نقض العقد بالإرادة المنفردة تقتضي إعلام الطرف الآخر بقرار إنهاء الرابطة العقدية، دون أن يكون من اللازم حصول قبوله- الطرف المتعاقد معه- بهذا القرار. فالغرض الأساسي من هذا الإعلام لا يتمثل في الحصول على موافقة المتعاقد، بل في تفادي عنصر المفاجأة وتمكينه من الاستعداد واتخاذ التدابير المناسبة بعد علمه بقرار النقض الانفرادي، مع تحمله للنتائج المترتبة على هذا الاستعمال[4].

[1]- بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، جامعة الجزائر1-يوسف بن خدة-، كلية الحقوق، 2021/2020، ص.60.

[2] - عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، الجامعة الأردنية، الأردن، 1993، ص. 129.

[3]- ياسر الصريفي، الغاء التصرف القانوني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية، عدد74، مطبعة كلية الحقوق، مصر، 2004، ص.137.

[4]- قسمي أحلام، نقض العقد إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص.113.

ثالثاً: تمييز نقض العقد بالإرادة المنفردة عن بعض الأنظمة القانونية المقاربة له.

إن نقض العقد باعتباره نظام من النظم القانونية التي تنهي العقد بإرادة أحد المتعاقدين قد يقترب في كثير من الأحيان من نظم متشابهة له، فتؤدي إلى الخلط بينه وبينها مما يظهر وكأنه مجرد تطبيق لأحد هذه النظم وعليه كان لزاماً مقارنته مع تلك الأنظمة وإيجاد أوجه الشبه والاختلاف بينهم، وهو ما سيوضح أكثر فهم نظام نقض العقد بالإرادة المنفردة.

أ- نقض العقد بالإرادة المنفردة ونظام التقايل:

قبل التعرف على الفرق بين النظامين كان لابد من التعريج على مفهوم نظام التقايل أولاً وقد وردت عدة تعريفات لهذا الأخير نذكر منها: يُعرف التقايل على أنه: "اتفاق يرد على العقد بعد أن يكون قد تم تكوينه تكويناً صحيحاً، يهدف من ورائه المتعاقدان إلى حل الرابطة التعاقدية."[1]، كما يُعرف على أنه: "هو اتفاق الطرفين الذي يُمكِنهما من نقض العقد الذي أبرماه ومن ثم حل الرابطة العقدية التي تجمعهما"[2].

انطلاقًا من هذه التعاريف، يمكن القول أن نظام الإقالة يقوم على اتفاق إرادتيّ المتعاقدين على إنهاء الرابطة العقدية، وذلك بعد أن يكون العقد قد نشأ صحيحًا، سواء تم البدء في تنفيذه أم لا. وتُعد الإقالة بمثابة عقد جديد، يشترط لصحته توافر رضا الطرفين وتطابق إرادتيهما، ويُطبق هذا النظام في العقود الملزمة للجانبين[3].

هذا ويُلاحظ أن المشرّع الجزائري لم ينص صراحة على نظام التقايل، إلا أنه أشار إليه ضمنياً في نص المادة 106 من القانون المدني، والتي يُستفاد منها إمكانية إنهاء العلاقة التعاقدية بالتراضي بين الطرفين. وعليه من خلال فهم طبيعة نظام التقايل ومقارنته بنظام نقض العقد بالإرادة المنفردة، يمكن استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بين النظامين.

---

[1]- عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص. 125.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص.428.

[3]- قسمي أحلام، نقض العقد إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص.ص.107-108.

1-**أوجه التشابه:** يتشابه النظامان في عدة جوانب، أبرزها أن كلاً منهما يرد على عقد أُبرم بشكل صحيح وبدأ تنفيذه بالفعل. كما يتشابهان من حيث الأثر، إذ يهدف كل من الإقالة والنقض بالإرادة المنفردة إلى إنهاء العلاقة التعاقدية ووضع حد للرابطة التي نشأت بين الطرفين.

2- أوجه الاختلاف: بالمقارنة بين النظامين نُلاحظ أنهما يختلفان من حيث المضمون، إذ نجد أن نظام التقايل يُعد تصرفًا قانونيًا قائمًا على تطابق الإيجاب والقبول، أي يتطلب توافق إرادتي المتعاقدين لإحداث الأثر القانوني المتمثل في إنهاء العقد، كما سبق توضيحه في تعريف التقايل. أما نقض العقد بالإرادة المنفردة، فهو تصرف انفرادي داخل الإطار التعاقدي، إذ تكفي إرادة واحدة لإحداث الأثر القانوني بإنهاء العقد، دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر.

كما يظهر الاختلاف بين النظامين أيضًا في مدى اتساقهما مع مبدأ القوة الملزمة للعقد وقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، حيث يُجسّد نظام التقايل هذا المبدأ من خلال الاتفاق المتبادل، بينما يُعدّ النقض بالإرادة المنفردة خروجًا فعليًا عن هذه القاعدة، باعتباره يسمح بإنهاء العقد بإرادة طرف واحد فقط[1].

ب-نقض العقد بالإرادة المنفردة ونظام فسخ العقد:

وفي هذه النقطة أيضاً سيتم التطرق أولاً لتعريف نظام الفسخ ثم إيجاد أوجه الشبه والاختلاف مع نظام نقض العقد بالإرادة المنفردة.

فيُعرف الفسخ على أنه: " أحد طرق انحلال العقد، وهو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، وهو بذلك حق للمتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد"[2]، وعليه يُعد الفسخ حقًا ممنوحًا لأحد طرفي العقد الملزم

[1]- بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص. 63.

[2] - توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص. 328.

للجانبين، يُمكِّنه من إنهاء الرابطة العقدية في حال إخلال الطرف المتعاقد معه بتنفيذ التزاماته. ويُنظر إلى الفسخ هنا باعتباره جزاءً يُوقع على الطرف المخل، إذ يهدف إلى إنهاء العلاقة التعاقدية التي دخلت حيز التنفيذ بعد إبرامها بصورة صحيحة. فلا يسعى الفسخ إلى تنفيذ العقد أو ترتيب آثاره، بل إلى إلغاء قوته الملزمة وزوال آثاره نتيجة عدم تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عنه. ويستند هذا الحق إلى اعتبارات العدالة، إذ لا يُتصور أن يُجبر أحد الطرفين على الالتزام بعقد لم يُنفذه المتعاقد معه[1].

والثابت قانوناً أن الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً، إذ لا يتحقق إلا بموجب حكم صادر عن القضاء بعد رفع دعوى من قبل الدائن بسبب إخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية. تطبيقاً لما ورد في نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري، التي خوّلت للقاضي، في حدود سلطته التقديرية، أن يقرر الفسخ بناءً على طلب الدائن، وذلك وفقًا لظروف كل قضية وما تقتضيه العدالة. ومع ذلك، قد يكون الفسخ اتفاقيًا أيضًا، إذا نص عليه صراحة في العقد، وهو ما أكدته المادة 120 من القانون المدني.

وبعد تعريف نظام الفسخ، يمكن استخلاص أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين نظام نقض العقد بالإرادة المنفردة.

1- أوجه التشابه: يتشابه النظامان في كونهما وسيلتين تؤديان إلى إنهاء العقد بعد انعقاده بصورة صحيحة، إذ لا يُلجأ إليهما إلا في مرحلة لاحقة لتكوينه، وتحديدًا خلال مرحلة تنفيذه؛ بمعنى أن كلاً من الفسخ ونقض العقد بالإرادة المنفردة يتعلقان بمرحلة تنفيذ العقد لا بمرحلة إنشائه.

2- أوجه الإختلاف: يمكن إبراز أوجه الاختلاف بين نظام الفسخ ونقض العقد بالإرادة المنفردة على النحو التالي:

[1]-محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالارادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، 2010، ص.59.

- يُعد الفسخ، كما سبق توضيحه، جزاءً يُرتب على إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، في حين أن نقض العقد بالإرادة المنفردة يقوم على أسباب أخرى، كاستحالة الاستمرار في العلاقة التعاقدية لأسباب موضوعية أو شخصية لا تتعلق بوجود إخلال تعاقدي.
- يتطلب الفسخ في الغالب صدور حكم قضائي، إذ لا يتم إلا بعد تدخل القضاء، حيث يقوم القاضي بالتحقق من توافر شروط الفسخ وله سلطة تقديرية في قبول طلب الفسخ أو رفضه. وبالتالي، فإن للقضاء دورًا قبليًا في نظام الفسخ، من حيث مراقبة توفر شروطه وتقدير ملائمته[1]، أما في نظام نقض العقد بالإرادة المنفردة، فلا يشترط تدخل القضاء بشكل مُسبق، حيث يُمارَس الحق في النقض مباشرة من قبل أحد المتعاقدين دون الحاجة إلى حكم قضائي، ويقتصر دور القاضي على الرقابة البَعدية، في حال حدوث نزاع بشأن مشروعية النقض أو آثاره[2].
- يترتب على الفسخ أثر رجعي، إذ تعود أطراف العقد إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامه، وكأن العقد لم يكن، مما يعني أن آثاره تُزال بأثر رجعي منذ تاريخ إبرامه. أما نقض العقد بالإرادة المنفردة، فإن أثره يكون – كقاعدة عامة – غير رجعي، حيث يؤدي إلى إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل فقط، دون المساس بالآثار التي ترتبت عليه في الماضي قبل النقض[3].
- يقتصر تطبيق نظام فسخ العقد على العقود الملزمة للجانبين، حيث يُشترط أن يكون هناك التزام متبادل بين الطرفين يُمكن أن يُخلّ به أحدهما. في المقابل، فإن نظام نقض العقد بالإرادة المنفردة يمتد ليشمل كلًا من العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، مما يجعله أوسع نطاقًا من حيث التطبيق[4].

---

[1]–منى أبو بكر الصديق محمد حسن، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود لفرنسي المعدل، 2017، مجلة روح القوانين، العدد 85، جانفي2019، ص.3,.

[2] – سيتم التفصيل أكثر بخصوص هذه النقطة في شروط ممارسة نقض العقد بالإرادة المنفردة.

[3]–عبد العزيز علي خميس السعدي، دور الإرادة المنفردة في انحلال الرابطة العقدية، دراسة مقارنة، جامعة القاهرة، كآلية الحقوق، قسم القانون المدني، 2021، ص.14.

[4]–بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص.ص31–32.

ت-نقض العقد بالإرادة المنفردة ونظام الانفساخ:

تبعاً لكون نقض العقد بالإرادة المنفردة يُعد أحد أنظمة انحلال الرابطة العقدية، فإن هناك مواضع تداخل وتشابه بينه وبين نظام الانفساخ، الأمر الذي يقتضي ضرورة التطرق أولًا إلى تعريف نظام الانفساخ، تمهيدًا لاستخلاص مواطن الشبه والاختلاف بين النظامين، والانفساخ هو: "انحلال العقد بقوة القانون لاستحالة تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه"[1]، ويُشترط أن تكون في هذا الصدد الاستحالة مطلقة، لا يمكن توقعها أو دفعها، كما يُشترط أن تكون استحالة كاملة[2]؛ أي تشمل كل الالتزامات التي رتبها العقد وإلا انتفى عنصر الاستحالة المقصود والمُفعل لنظام الإنفساخ[3] وهذا ما أكد عليه نص المادة 121 من القانون المدني، حيث جاء فيها: " في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"، وتجدر الإشارة إلى أن الانفساخ يتم بقوة القانون ولا يخضع لرقابة القضاء، إذ لا يملك القاضي أن يمنح أجلاً أو أن يحكم بالتعويض، إلا في حال نشوء خلاف بين الطرفين. كما لا يُشترط إعذار الطرف الآخر، إذ أن الإعذار يفترض إمكانية التنفيذ، وهو ما لا يتصور في حال الاستحالة. ويُضاف إلى ذلك أن الانفساخ لا يتعلق بسلوك المدين، بل يُشترط أن تكون الاستحالة ناتجة عن سبب أجنبي

[1]- قسمي أحلام، نقض العقد إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص106، بوكرزازة أحمد، الابطال والفسخ دراسة مقارنه بين النظامين في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الانسانية، المجلد 32، العدد3، ديسمبر2021، ص.538.

[2] - أما إذا كانت الاستحالة جزئية، بحيث تصيب جزءًا فقط من الالتزامات التي رتبها العقد، فإن العقد لا ينفسخ بقوة القانون. وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 481 من القانون المدني، التي تنص على أنه في حال هلاك العين المؤجرة هلاكًا جزئيًا، يجوز للمستأجر إما أن يطالب بإنقاص بدل الإيجار بما يتناسب مع النقص في المنفعة، أو أن يطلب فسخ العقد، مما يدل على أن الانفساخ هنا – الاستحالة الجزئية- لا يتم تلقائيًا، بل يُترك لتقدير المتعاقد المتضرر.

[3]- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص. 469.

لا يُنسب إليه، أما إذا كان المدين هو المتسبب في الاستحالة، فإن الأمر لا يُعد انفساخاً بل فسخاً للعقد[1].

كما يترتب على انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضاء الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بقوة القانون، لذا تبرأ ذمة المتعاقد المدين نحو المتعاقد الآخر، ولا يجوز مطالبته بالتنفيذ، سواء تنفيذاً عينياً أو عن طريق التعويض، كما لا تُرتب عليه أي مُساءلة قانونية[2].

ومن خلال هذا التعريف يمكن استخلاص مواطن التشابه والاختلاف بين النظامين.

1- مواطن التشابه:

كلا من نظامي نقض العقد والانفساخ يردان على عقد نشأ صحيحًا، إلا أن تأثيرهما يظهر في مرحلة تنفيذ العقد، إذ يؤدي كل منهما إلى توقف العقد عن إنتاج آثاره القانونية، ومن ثم إلى انحلاله[3]. ويتميز كل من الانفساخ والنقض بالإرادة المنفردة بأنهما – في الأصل – لا يرتبان التزامًا بالتعويض؛ فالنقض يُعدّ استثناءً أجازه القانون، أما الانفساخ فينتج عن استحالة تنفيذ المدين لالتزامه بسبب أجنبي لا يد له فيه، مما يعفيه من المسؤولية عن التعويض[4].

كما يشترك النظامان في أنهما لا يشترطان اللجوء إلى القضاء لإنهاء الرابطة التعاقدية، حيث يتحلل الطرفان من التزاماتهما التعاقدية دون مساءلة أو تدخل قضائي، إلا في حال نشوء نزاع بين المتعاقدين يتعلق بإساءة استعمال الحق أو بعدم توافر أحد الشروط اللازمة للانفساخ أو النقض[5].

---

[1] – علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 06، 2005، ص. 108.

[2]– علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، 471.

[3]– بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص.66.

[4] – قسمي أحلام، المرجع السابق، ص-ص. 106-107.

[5] – ياسر الصريفي، المرجع السابق، ص. 134، ينظر كذلك بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص. 66.

2- مواطن الإختلاف: وعلى الرغم من نقاط التشابه التي تم ذكرها بين نظام الانفساخ والنقض بالإرادة المنفردة إلا أن هذا لا يعني اختلافها من بعض النواحي:

- يقوم الانفساخ على استحالة تنفيذ المدين لالتزامه نتيجة سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه، مما يؤدي إلى انحلال العقد دون أن ترتب عليه مسؤولية. أما نقض العقد، فيستند إلى إرادة الطرف الذي يباشره، دون أن يكون هناك استحالة في التنفيذ من جانب المتعاقد معه، بل ينبع من أوضاع خاصة قدّرها المشرع، فجعله – نقض العقد- استثناءً من القواعد العامة التي تفرض على الأطراف المتعاقدة التزام بتنفيذ عقودهم[1].

- يقع الانفساخ تلقائيًا وبقوة القانون دون حاجة لطلب من أحد المتعاقدين، بينما لا يتم نقض العقد إلا إذا قرر صاحب الحق تفعيله وممارسته بإرادته[2].

ث-نقض العقد بالإرادة المنفردة ونظام البطلان:

إن التعرض لفكرة البطلان من شأنه أن يحدد لنا الخصائص المميزة التي تسمح بمقارنته بالنقض بالإرادة المنفردة، لذا وُجِب أن نستعرض تعريف البطلان لاستخلاص أوجه الشبه والاختلاف مع نظام نقض العقد بالإرادة المنفردة. وقد حظي البطلان بتعريفات عديدة سنتعرض للبعض منها، فقد عرف بعض الفقه البطلان بأنه: " الجزاء الذي يقرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته."[3]، كما عرف البعض الآخر على أنه: " انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تُحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع، والبطلان لا يخرج عن كونه بُطلاناً مُطلقاً، أو قابلية للبطلان."[4]

[1] – قسمي أحلام، المرجع السابق، ص. 107.

[2]- ياسر الصريفي، المرجع السابق، ص-ص. 134-135.

[3] – خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 04، 2010، ص. 81.

[4] – عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص. 118.

كما يُعرف على أنه: " العقد الذي لا تتوافر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح، فالعقد لا يقوم صحيحاً إلا أذا استجمع أركانه وشروط صحتها."[1].

وعليه فالبطلان نعني به ذلك الجزاء الذي فرضه القانون على عدم وجود ركن من أركان العقد والمتمثلة في ركن الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية وسمى هنا البطلان المطلق، أما إذا كانت أسباب البطلان قد تتعلق بسلامة الإرادة والمتمثلة أساسا في صحة الأهلية وما قد يشوب إرادة المتعاقد من عيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه فيؤدي هذا إلى قابلية العقد للبطلان أو ما يصطلح على تسميته بالبطلان النسبي[2].

ومن خلال هذا التعريف الموجز لبطلان العقد يظهر جلياً أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين نظام نقض العقد والإرادة المنفردة.

1- **أوجه الشبه:** يتشابه كل من نظام النقض والبطلان في كونهما وسيلتين تؤديان إلى إنهاء العقد وزوال آثاره. كما يُلاحظ تشابه بين النقض والبطلان النسبي قبل تقرير بطلانه، من حيث أن زوال العقد في كلتا الحالتين يتوقف على إرادة أحد المتعاقدين[3].

2- **أوجه الإختلاف:** يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بين بطلان العقد ونقض العقد بالإرادة المنفردة في النقاط التالية:

- يُعد نقض العقد بالإرادة المنفردة حقًا يمنح لأحد المتعاقدين لفسخ العقد بإرادته دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر، في حين أن البطلان ينشأ نتيجة وجود عيب قانوني في العقد يؤدي إلى زواله بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن[4].

---

[1]- هجيرة تومي، سامية بويزري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الاول، 2021، ص.247.

[2]-مولاي محمد لمين، بطلان العقد ضمن أحكام القانون المدني، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 10، العدد 1، 2024، ص.50.

[3]- بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص.68.

[4] - قسمي أحلام، المرجع السابق، ص. 100.

– يشمل البطلان، سواء كان مطلقًا أو نسبيًا، العقود التي اختل فيها أحد أركان الانعقاد أو شروط الصحة اللازمة، في حين أن النقض بالإرادة المنفردة يرد على عقد صحيح مستوفي لجميع أركانه وشروط صحته[1].

– البطلان بنوعيه يمكن أن يحدث في كافة العقود أما بالنسبة لنقض العقد فلا يحدث إلى في حالات محددة قررها المشرع مراعاة لأوضاع خاصة.[2]

من هنا يتبين من مقارنة نظام نقض العقد بالإرادة المنفردة بغيره من الأنظمة القانونية المشابهة له أنه نظام مستقل بذاته، له مفهومه وخصائصه التي تميزه عن غيره من الأنظمة التقليدية، ويعتبر بذلك طريق جديد لحل الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة.

الفرع الثاني: حالات نقض العقد بالإرادة المنفردة

كما سبق وأن أوضحنا، فإن المشرع منح أحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة، وذلك على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد ملزم لطرفيه. ولا شك أن هذا الاستثناء لم يأتِ عبثًا، بل جاء استجابة لأسباب ومبررات قانونية وواقعية محددة دفعت المشرع إلى تقريره. فقد رأى المشرع أن هناك حالات معينة تقتضي إجازة فسخ أو تعديل العقد من جانب واحد، دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر، مراعاة لظروف خاصة أو حمايةً لمصلحة فئة معينة. ومن هذا المنطلق، سنتناول في هذا الفرع الحالات التي دفعت إلى النص على هذا الاستثناء في القانون.

[1] – نفس المرجع، ص. 100.

[2] – نفس المرجع، ص.100.

أولاً: تحريم الالتزام الأبدي حماية لحرية التعاقد ومصلحة الطرفين

أ-فكرة عدم تأبيد الالتزامات:

يُعد رفض الالتزام الأبدي تجسيدًا لحماية مبدأ الحرية الفردية، إذ أن حماية الفرد من القيود التي تمس حريته المكفولة دستورياً[1] يقتضي السماح لأحد المتعاقدين، أو كليهما، بإنهاء العقد بإرادته المنفردة[2].

وتُبرز فكرة الالتزام الأبدي عادة في إطار العقود الزمنية، أو ما يُعرف بعقود المدة، والتي يُعرّفها الأستاذ علي فيلالي بأنها: " العقد الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصراً جوهريا، حيث تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد فتكون التزامات لمتعاقدين مقترنة دائمة بالزمن"[3]، وتُثير هذه العقود – عقود الزمنية- إشكالية تأبيد العلاقة التعاقدية، وهو أمر غير جائز قانوناً، إذ لا يجوز أن تظل الالتزامات قائمة إلى أجل غير مسمى، فالعقود التي يتصور نظرياً أن تكون مؤبدة تتحول بالفعل إلى عقود يجب أن تكون مؤقتة بناءاً على حكم القاعدة التي تحرم تأبيد العقد. ورغم أنه لم ينص المشرع صراحة على قاعدة تحظر تأبيد العقود، إلا أنه يمكننا استباطها من روح النصوص القانونية التي أوردها المشرع سواء بشكل صريح أو ضمني عبر أحكام خاصة تُعد تطبيقاتٌ لقاعدة "تحريم الالتزام الأبدي"[4].

واستنباطاً لما تقدم بيانه، فإنه يُعد تحريم تأبيد الالتزامات تجسيد لتغليب فكرة حماية حرية الأفراد وملكياتهم الخاصة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، لا سيما عندما تتحول العقود إلى قيود دائمة على تلك الحرية بفعل عدم تحديد مدتها. وإلى جانب ذلك، فإن رفض الالتزام الأبدي يستند أيضًا إلى اعتبارات اقتصادية؛ إذ أن بقاء العقود دون تحدية مدة إنقضائها يُسهم في إغلاق السوق أمام المتعاملين الإقتصاديين الجدد، ويُؤدي إلى

---

[1] – لقد كفلت الدساتير الجزائرية الحماية القانونية للحرية الفردية والأدّل على ذلك ما جاء في نص المادة 32 من دستور 1996 بقولها: " الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة وتكون إرثاً مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات...".

[2]– قسمي أحلام، المرجع السابق، ص. 82، ينظر كذلك بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، ص. 51.

[3]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع سابق، ص-ص. 69-70.

[4] – سيتم التطرق للتطبيقات فكرة تحريم الالتزام الأبدي في النقطة الموالية.

الركود ويُعيق التطور الاقتصادي، وهو ما ينعكس سلبًا على الجانب الاجتماعي، الذي يمثل العقد فيه أحد أبعاده الحيوية. وبناءً عليه، فإن السماح بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، رغم ما قد يحمله من مساس بمبدأ القوة الملزمة للعقد والأمن التعاقدي، يظل ضرورة تفرضها حماية الحرية الفردية والملكية الخاصة[1].

ب-تطبيقات فكرة عدم تأبيد الالتزامات:

كما أشرنا سابقاً، فإن فكرة عدم تأبيد الالتزامات تحظى باعتراف من قبل المشرع، سواء من خلال نصوص قانونية صريحة أو ضمنية، إذ يتجلى ذلك في أحكام القانون المدني كما يظهر أيضاً في بعض القوانين الخاصة.

1- إقرار فكرة عدم تأبيد الالتزامات ضمن أحكام القانون المدني:

1-1- في عقد الشركة:

بإستقراء نص المادة 1/440 من القانون المدني يتبين أنه يجوز للشريك بعد انعقاد عقد الشركة، أن ينسحب منها إذا لم تكن مدة الشركة محددة؛ سواء لكونها غير منصوص عليها صراحة أو لتجاوز مدتها عمر الإنسان العادي، أو لإرتباطها بعمل غير محدد المدة، فالشريك غير ملزم بالبقاء في الشركة لأجل غير مسمى، لتعارض ذلك مع الحرية الشخصية التي تُعد من النظام العام، وكل اتفاق على خلاف ذلك، يكون باطلاً[2]. هذا ويظهر من خلال هذا النص أن المشرع أقر صراحة بإمكانية انعقاد الشركة لمدة غير معينة، مما يمنح أحد الشركاء الحق في الانسحاب منها[3] وفق ضوابط معينة، وهو ما يُشكل دليلاً صريحاً على تبني المشرع لفكرة عدم تأبيد الالتزامات[4].

[1] - بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص-ص. 51- 52.

[2] - شريفي ويزة، مدى تأثر الشركة بانسحاب الشريك " دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2023، ص. 32.

[3] - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص.362.

[4]-نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2003، ص.48.

1-2- في عقد العارية:

ورد في نص المادة 546 من القانون المدني أن العارية تنتهي بانتهاء الأجل المتفق عليه، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشئ الذي أعير من أجله، فيُفهم من هذا النص أن عقد العارية، في حال لم تُحدد مدته، يجيز لأي من الطرفين إنهاءه بإرادته المنفردة، وهو ما يُعد تأكيداً إضافياً على مبدأ رفض تأبيد الالتزامات التعاقدي [1].

واستخلاصاً لما تقدم بيانه، فإن المشرع قد أقر مبدأ عدم تأبيد الالتزامات بصورة ضمنية من خلال نصوص القانون المدني. وهنا يثور التساؤل: هل يحظى هذا المبدأ بالإعتراف ضمن أحكام القوانين الخاصة؟.

2-إقرار فكرة عدم تأبيد الالتزامات ضمن أحكام القوانين الخاصة- قانون العمل أنموذجاً-:

ما دام القانون المدني قد نص صراحةً على حق أحد المتعاقدين في فسخ العقد بإرادته المنفردة في حال ما إذا كان العقد غير محدد المدة، فإن ذلك يُعد إقراراً من المشرع بعدم جواز تأبيد الالتزامات التعاقدية. غير أن المشرع لم يكتف بهذا الإقرار ضمن القانون المدني فحسب، بل مد نطاق هذا المبدأ إلى القوانين الخاصة، ومن أبرزها **قانون العمل.**

ولقد كرّس المشرع الجزائري مبدأ قابلية عقد العمل غير محدد المدة للفسخ بإرادة أحد الطرفين، انطلاقاً من أن الأصل في عقد العمل هو كونه غير محدد المدة، بينما يُعد تحديدها استثناءً[2]. ويتجلى هذا المبدأ في المادة 11 من القانون رقم 90-11 المتعلق

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص.362.

[2] - بن عزوز بن صابر، التعليق على قرارات المحكمة العليا المتعلقة بإعادة تكييف عقد العمل من مدة محددة إلى مدة غير محددة، مجلة قانون العمل والتشغيل، المجلد 09، العدد 02، جوان 2024 ص. 02، ينظر كذلك رشيد واضح، إنهاء عقود العمل غير محددة المدة، بين المشروعية والتعسف، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 49، العدد 03، 2012، ص. 119.

بعلاقات العمل[1]، التي تقر بأن عدم تحديد مدة العقد هو القاعدة العامة في التشريع الجزائري المُنظم لعقود العمل.

كما أوضحت المادة 68 من القانون ذاته على أن الاستقالة حق معترف به للعامل، فيمكن للعامل إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة، مما يعكس رغبة المشرع في حماية المتعاقد من الاستمرار في علاقة تعاقدية غير محددة المدة قد تفقد فعاليتها أو تصبح بلا جدوى بالنسبة لأحد الطرفين أو كليهما.

وتبعاً لما تقدم بيانه، فإن حق نقض العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين في العقود غير المحددة المدة يُعد بمثابة عنصراً جوهرياً لا يمكن استبعاده إلا في حال كان العقد مؤبداً. ونظراً لأن شرط التأبيد مرفوض قانوناً، فإن استبعاد إمكانية النقض يُعد أمراً غير مقبول. وعليه، فإن حق أحد الطرفين في إنهاء العقد يُعد من الأسس الجوهرية في العقود غير محددة المدة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال التنازل عنه أو التحلل منه[2]، وبالنظر إلى طبيعة عقد العمل باعتباره من العقود الزمنية التي يصعب في كثير من الأحيان ضبط مدتها مسبقاً، فقد أُعطي للطرفين الحق في إنهائه بإرادتهما المنفردة، وهو ما يُشكل تأكيداً صريحاً على مبدأ رفض تأبيد الالتزامات التعاقدية[3].

ثانياً: مراعاة مصلحة المتعاقد الضعيف

اعترف المشرع لأحد المتعاقدين بحق نقض العقد بإرادته المنفردة نتيجة لضعف مركزه التعاقدي مقارنة بالمتعاقد الآخر القوي. وهذا ما سنوضحه من خلال هذه النقطة مع التطرق إلى بعض التطبيقات العملية التي تجسده.

---

[1] – تنص المادة 11 من قانون العمل رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية العدد 17 الصادرة في 25 أبريل 1190، المعدل والمتمم على أنه: " يعتبر العقد مُبرماً لمدة غير محدودة إلا إذا نص على غير ذلك كتابة. وفي حالة انعدام عقد عمل مكتوب، يفترض أن نكون علاقة العمل قائمة لمدة غير محدودة."

[2] – قسمي أحلام، المرجع السابق، ص. 87.

[3] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 55.

أ- تقرير حق نقض العقد بالإرادة المنفردة حماية للمتعاقد الضعيف:

من الثابت قانوناً أن العقد في الفقه القانوني الكلاسيكي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يفترض بموجبه أن الأطراف المتعاقدة تُبرم العقد بكامل إرادتها وحريتها، وعلى أساس من المساواة في الإرادة والمركز القانوني، إلا أن هذا التصور النظري لا يعكس دائما الواقع العملي، حيث أفرزت التحولات الاقتصادية والاجتماعية تفاوتاً واضحاً في المراكز التعاقدية بين الأطراف، سواء من حيث القوة الاقتصادية أو المعرفية أو التفاوضية.

ومن هذا المنطلق، برزت الحاجة إلى إقرار حماية قانونية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، من خلال منحه الحق نقض العقد حماية للمتعاقد الضعيف عن طريق الاعتراف له بحق نقض العقد، متى ثُبت أن عدم التوازن في القوة بين المتعاقدين أثّر على المتعاقد الضعيف في إتخاذ قراره، أو أدى إلى فرض شروط مجحفة تخل بتوازن العقد.

وقد تم تكريس الحق في نقض العقد بالإرادة المنفردة من خلال عدة نصوص قانونية وردت متفرقة في القانون المدني وبعض التشريعات الخاصة، وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بحماية المستهلك، سواء في إطار التعاملات التقليدية أو في العقود الإلكترونية. وقد عُرف هذا الحق في العديد من هذه النصوص بمصطلحات مختلفة، من أبرزها : **حق التراجع[1] أو حق العدول**[2] ، باعتباره آلية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية تُمكنه من إعادة النظر في التزامه التعاقدي خلال مرحلة تنفيذ العقد.

---

[1] – يرى الأستاذ علي فيلالي أن المصطلح الأدق هو ما نصّت عليه التشريعات الفرنسية تحت مسمى (le droit de rétractation)، أي "حق التراجع"، والمقرر بموجب التشريعات الخاصة في إطار حماية المستهلك. ويُميز فيلالي بين هذا الحق وحق العدول، موضحًا أن حق التراجع يتيح للمستهلك فرصة تفكير إضافية بعد إبرام العقد، يُمكنه خلالها إعادة النظر في التزامه وإنهاء العقد بإرادته المنفردة، دون الحاجة إلى تبرير أو تحمّل جزاءات، مما يجعله – بحسب رأيه – يختلف في طبيعته وآثاره عن حق العدول. ينظر إلى علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص.377.

[2] – يُطلق غالبية الفقه القانون العربي على حق النقض الممنوح للطرف المتعاقد الضعيف بحق العدول ويعتبرونه نفسه الحق في الرجوع. يُنظر إلى خلفي عبد الرحمان، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري، مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد الأول ، 2013، فلسطين، ص. 13، سليمان براك دايح الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة الحقوق، جامعةالنهرين (العراق)، عدد 04، 2005، ص. 168، ممدوح

1-بعض تجليات حماية المتعاقد:

1-1- حق مالك العقار المرتفق به في طلب إنهاء الارتفاق عند زوال فائدته حماية لملكيته من التقييد غير المبرر:

يتضح من خلال استقراء نص المادة 881 من القانون المدني الجزائري، أن المشرّع قد أقر صراحة حق مالك العقار المرتفق به[1] في التحرر، بإرادته المنفردة، من كل أو بعض الالتزامات المترتبة عن الارتفاق، وذلك في حال زوال المنفعة كليًا عن العقار المرتفق[2]، أو إذا أصبحت تلك المنفعة ضئيلة بشكل لا يتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به. ومن ثم فإذا أصبح للعقار المرتفق منفذ الى الشارع العام نتيجة لفتح شارع جديد يغني عن الممر المقرر له على العقار المرتفق به فأن لصاحب العقار الاخير المطالبة بتحرير عقاره من حق الارتفاق ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق

محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دراسة تحليلية في القانون المدني وقانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص. 154، نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 01، 2018، ص. 318.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يعتمد مصطلحاً موحداً عند تنظيمه لمبدأ الرجوع عن التعاقد، حيث استخدم مصطلحات متعددة تبعا لسياق كل نص تشريعي. فقد ورد مصطلح "التراجع" في مجال التأمينات ضمن المادتين 70 مكرر و90 مكرر، كما استعمله في قانون النقد و القرض، وتحديدا في المادة 119 مكرر 01، الفقرة الثالثة من الأمر رقم 10-04.

أما في مجال القرض الاستهلاكي، فقد استخدم المشرع مصطلح "حق العدول" ، كما هو وارد في المادتين 11 و12 (الفقرة 2)، و المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114. كما ورد ذات المصطلح ايضا في المادة 11 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية. يُنظر إلى: قانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006، الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 16 أوت 2010 المعدل والمتمم لقانون النقد والقرض، الجريدة الرسمية الشعبية للجمهورية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010، مرسوم تنفيذي رقم 15- 114 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، العدد 24، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2015.

[1] - يُقصد بالعقار المرتفق به هو العقار الذي يتحمل حق الارتفاق.

[2] - يُقصد بالعقار المرتفق هو العقار المستفيد من حق الارتفاق.

على أن يدفع تعويضا" مناسبا" أذا كان له ما يبرره .فأذا كان في وجود الارتفاق فائدة أضافية للعقار فيجب أن يعوض عنها من يستفيد من زوالها[1].

وعليه، فإن هذا النص يُعد تجسيدًا صريحًا للحماية القانونية التي كفلها المشرّع الجزائري لصاحب العقار المرتفق به، وذلك متى انتفت الغاية التي أُنشئ من أجلها حق الارتفاق، بما يتيح له التحرر من القيود المفروضة على ملكيته متى زالت الحاجة إليها. فاستمرار فرض الارتفاق رغم انعدام فائدته لا ينسجم مع مبادئ العدالة والتوازن العقدي.

1-2-تقرير حق العدول في العقود الإلكترونية:

يعد حق العدول أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني لحماية المستهلك، وآلية حمائية للمستهلك الالكتروني على وجه الخصوص، بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية مقارنةً بالمحترف الذي يتمتع بالخبرة مما يسمح له بالتفوق معرفياً واقتصادياً. إذ الغاية من تقرير هذا الحق تتمثل في محاولة إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية نظراً لظروف إبرام العقود الالكترونية والمتمثلة بانعدام القدرة على رؤية محل العقد حقيقةً أو مناقشة شروط العقد صراحةً، لذا كان لا بد من تخويل المستهلك حق العدول عن العقد بعد إبرامه، ليُتاح له الاختيار بين الاستمرار فيه، أو العدول عنه، بغية إزالة الضرر عن المستهلك وتخليصه من عقدٍ أبرمه بعجالة دون تروي وتمهل.

ولقد نظمت القوانين الخاصة بحماية المستهلك وعقود التجارة الإلكترونية أحكام هذا الحق، فوضعت ضوابط قانونية يُمارِس من خلالها المستهلك الإلكتروني حقه في العدول، ذلك باعتبار أن هذا الأخير – حق في العدول– حق مقرر للمستهلك دون سواه، يجب ألا يكون على حساب مضرة الطرف المتعاقد معه وهو المحترف، لا سيما عند انتفاء أي مُبرر للعدول. وعليه تم تقييد ممارسة العدول بمدة قانونية محددة، يتم من

[1] – محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة 04، الجزء01، العاتك للنشر، القاهرة، 2010م.

خلالها العدول العقد بعد إبرامه[1]، كما حصرت تطبيقه في عقود معينة ضماناً للتوازن العقدي العقدي وعدم الإضرار بمصلحة المتعاقد معه – المحترف–، فاستثنت بعض العقود من نطاق تطبيق الحق في العدول، بحيث لا يجوز للمستهلك ممارسة هذا الحق فيها[2].

[1] - تجدر الإشارة إلى أن بإستقراء القوانين المتعلقة بحماية المستهلك نجد أنها لم تتفق حول تحديد مدة ممارسة العدول وسريانها، فمثلاً التوجيه الأوروبي رقم 09/97 حدد المدة الممنوحة للمستهلك لممارسة عدوله عن العقد بسبعة (07) أيام عمل تبدأ من تاريخ تسلم البضائع، وهي نفس المدة إذا إنصب البيع على خدمة، لكن تحتسب ابتداء من تاريخ إبرام العقد، أما قانون الإستهلاك الفرنسي المعدل فحددها في المادة 222–7 منه ب14 يوم وبصدور قانون ماكرون سنة 2015 أصبحت 15 يوما كاملةً، على أن تبدأ مدة السريان من تاريخ تسلم السعة أو من لحظة قبول المستهلك للعرض المقدم من المهني، وفي هذه الحالة قد لايستفيد المستهلك من المدة الممنوحة له، خاصة أن الأيام كاملة قد يتخللها أيام عطل، وإزاء ذلك تدارك المشرع الفرنسي ذلك ومدّد المدة إلى أول يوم عمل يلي مباشرة السبت أو الأحد أو يوم عيد أو يوم عطلة[1]. ينظر إلى: قشي عبد النور، خيار العدول عن العقد ضمانة للمستهلك في المعاملات الإلكترونية، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد رقم 57، العدد 04، 2020، ص. 347، ينظر كذلك إلى سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، المركز الجامعي تمنراست، 2018، ص–ص. 22.21.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده لم يُحدد مدة ممارسة الحق في العدول في باب تنظيم المعاملات التجارة الالكترونية ، وإنما ربط تحديد كيفيات ممارسة حق العدول بما فيها آجال الممارسة، إلا أن التنظيم لم يصدر بعد، لذا نأمل من المشرع الإسراع في إصداره.

[2] - لم يصدر المشرع الجزائري النص التنظيمي الذي يُحدد بمقتضاه قائمة المنتوجات المعنية بممارسة حق العدول، إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي نجده وبموجب المادة 221–28 من قانون الاستهلاك نص على طائفة من العقود لا يسري عليها حق العدول، وتتمثل في:

– عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالكامل قبل نهاية فترة العدول بناء على موافقة صريحة مسبقة من طرف المستهلك، والتي يعبر فيها صراحة على أنه لا يريد ممارسة حقه في العدول،

– عقود السلع والخدمات التي تتحدد أسعارها تبعاً لتقلبات أسعار الأسواق المالية، دون أن يكون للمحترف دخل في ذلك والتي تحدث أثناء فترة العدول،

– عقود السلع التي يتم تصنيعها وفقاً لاشتراطات ومواصفات المستهلك والموجهة إليه شخصياً، عقود السلع القابلة للفساد أو التلف بسرعة،

– عقود السلع التي تم فتحها من قبل المستهلك والتي لا يمكن إرجاعها لأسباب تتعلق بالنظافة وحماية الصحة،

وبناءاً على ما سبق بيانه آنفاً، فإن حق العدول يعد تجسيد صريح لفكرة نقض العقد بالغرادة المنفردة، إذ يُخول للمستهلك الإلكتروني- بإعتباره الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية- التراجع عن العقد بعد إبرامه بإرادته المنفردة خلال فترة زمنية محددة إتفاقاً أو قانوناً، دون حاجة لتبرير موقفه للمورد الإلكتروني ودون تحمله أي تعويض أو تبعات[1].

1-3-إقرار حق العدول للمستهلك المُقترض في مواجهة المؤسسات الائتمانية:

حماية للمستهلك من مخاطر القرض الاستهلاكي، أقرت التشريعات الحديثة حق العدول عن العقد، كضمانة حمائية مقررة للمستهلك المقترض في مواجهة المؤسسات الائتمانية، ذلك من أجل إزالة الضرر عن المستهلك وتخليصه من عقدٍ أبرمه بعجالة دون تروي وتمهل[2].

- عقود السلع التي بعد تسليمها وبحكم طبيعتها يتم خلطها مع عناصر أخرى بطريقة لا يكمن فصلها،

- العقود المتعلقة بتوريد الكحول والتي يتأخر تسليمها إلى ما بعد 30 يوماً، والتي تخضع أسعارها لتقلبات السوق والخارجة عن سيطرة المحترف،

- العقود الواردة على الصحف والمجلات الدورية باستثناء عقود الاشتراك في هذه المنشورات،

- خدمات الإستضافة، التسكين، النقل، الإطعام والترفيه التي تقدم في وقت محدد أو خلال فترة دورية محددة،

- توريد محتوى الرقمي الذي يحتوي على وسيط ملموس، والذي يتم تنفيذه بناءاً على موافقة صريحة مسبقة من المستهلك مع تنازله صراحة على ممارسة حقه في العدول. ينظر إلى: جامع مليكة، حق العدول عن العقد كآلية مُستحدثة لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 13، العدد 01، 2020، ص. 459.

[1] - للاستزادة في موضوع آثار ممارسة المستهلك الإلكتروني لحقه في العدول يُرجى تفحص الدراسات الآتي بيانها: سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والمغربي واللبناني والتونسي والتوجيهات الأوروبية، دار الجامعة الجديدة، 2018، ص. 408، ينظر كذلك سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، المركز الجامعي تمنراست، 2018، ص.-ص-ص. 23-24-25.

[2] - محجوب بوكريس مروى، أمحمدي بوزينة إيمان، حماية المستهلك من مخاطر القرض الاستهلاكي في القانون الجزائري، مجلة القانون، المجلد 11، العدد 01، 2022،ص. 258.

ولقد أقر المشرع الجزائري حق المقترض في العدول عن العقد بإرادته المنفردة في نص المادة 11 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 15- 114 المتعلق بكيفيات وشروط العروض في مجال القرض الاستهلاكي، حيث حدد صراحة آجل لأن يُمارس فيها العدول مدته 08 أيام من يوم إبرام العقد، حماية للمستهلك المقترض الذي يكون ضحية الإغراء الدعائي المُمارس من قِبل المؤسسات المانحة للقرض، بشرط أن يكون العدول مُبرراً وأن لا يكون أن على حساب مضرة المؤسسات الائتمانية.

ثالثاً: زوال البواعث العقدية التي يقوم عليها العقد

من المسلم به قانوناً أن من مظاهر الحرية التعاقدية، تمتع الأطراف بحرية اختيار من يتعاقدون معه. وتُعد هذه الحرية أساساً لنشوء نوع خاص من العقود تُولَى فيها أهمية خاصة لشخصية أحد المتعاقدين أو كليهما، كما هو الحال في العقود التي تقوم على عنصر الائتمان. ففي مثل هذه العقود يُراعى الصدق والأمانة لدى المتعاقد، أو يُعتمد على كفاءته ومهاراته وخبراته في المجال محل التعاقد. ويُعد الاعتبار الشخصي في هذه الحالة عنصراً جوهرياً من عناصر العقد، بحيث لا ينعقد إذا غاب هذا الاعتبار، حتى وإن توفرت العناصر الجوهرية الأخرى للعقد. كما أن تنفيذ الالتزامات في هذه العقود يكون على نحو شخصي نظراً لخصوصية شخصية المتعاقد، وإذا زالت الصفات التي تم بناء العقد على أساسها، فإن العقد ينقضي.

كما قد تُبرم بعض العقود بناءً على اعتبارات تهم أحد الطرفين، دون أن تكون مرتبطة مباشرة بشخص المتعاقد الآخر، مثل أن تتعلق هذه الاعتبارات بمهنته، أو بعائلته، أو قناعاته الشخصية.

أ- زوال الاعتبار المرتبط بشخصية المتعاقد:

يُشترط في بعض العقود توافر اعتبارات شخصية تتعلق بذات أحد المتعاقدين، بحيث تُعد هذه الاعتبارات عنصراً جوهرياً لانعقاد العقد، ويُبنى عليها رضا الطرف الآخر. ويُقصد بالاعتبار الشخصي قيام العلاقة التعاقدية على الثقة المفترضة في شخص

المتعاقد وصفاته، بحيث لولا توافر هذه الثقة أو الصفة محل الاعتبار، لما أُبرم العقد من أساسه [1].

وفي هذا الإطار، تُعد شخصية المتعاقد في بعض العقود محورًا أساسيًا في التعاقد، كما هو الحال في العقود ذات الطابع الشخصي، التي يكون فيها التعامل قائماً على صفات خاصة أو كفاءات محددة. وعليه فإن زوال هذه الثقة أو انتفاء الصفة محل الاعتبار يُخول للطرف الآخر وفقاً لما يقرره المشرع، حق فسخ العقد أو تعديل بعض شروطه بإرادته المنفردة، باعتبار أن استمرار العقد في ظل غياب هذا الركن الجوهري يُعرضه لمخاطر لا يُمكنه تحمّلها[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع لم يضع تعريفاً صريحاً للاعتبار الشخصي في العقود، تاركاً مهمة تحديده للفقه، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العقد متسماً بالاعتبار الشخصي عندما تكون شخصية أحد المتعاقدين هي الدافع الأساسي لرضا الطرف الآخر وإبرامه للعقد[3]. إلا أن هذا التعريف تعرّض للانتقاد، نظراً لما يشوبه من غموض، إذ خلط بين الاعتبار الشخصي وركن السبب في العقد، فبينما يقتصر الاعتبار الشخصي

---

[1]–رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر الاعتبار الشخصي في عقد الكفالة، دراسة مقرنة، دار الجماعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص7

2– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص.362.

[3] – مشعل مهدي جوهر حياة، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة ، الحقوق، المجلد 33، العدد 01، 2009، ص. 27.

للإشارة يرتبطُ عيب الغلط ارتباطًا وثيقًا بفكرة الاعتبار الشخصي في العقود، حيث إن الغلط في شخص المتعاقد قد يُعد من قبيل الغلط الجوهري الذي يعيب الإرادة، متى كان لشخصية المتعاقد مكانة جوهرية في تقدير الطرف الآخر عند إبرام العقد. ويظهر ذلك بوضوح في العقود التي تتأسس على صفات خاصة في الشخص، مثل عقود العمل أو الوكالة أو المقاولة، إذ لا تتجه الإرادة فيها إلى مجرد التعاقد، بل إلى التعاقد مع شخص بذاته لما يتمتع به من مؤهلات أو صفات معينة. ومن ثم فإن الغلط في الشخص المتعاقد أو في صفاته الأساسية يؤدي إلى عدم تطابق بين إرادتين، مما يبرر إبطال العقد وفقًا لأحكام عيب الغلط، كما تقرر ذلك المادة 82 من القانون المدني الجزائري التي نصت صراحة على أن الغلط في صفة في الشخص، متى كانت هذه الصفة محل اعتبار، يعد غلطًا جوهريًا موجبًا للإبطال. ينظر إلى: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، الجزء 01، ص–ص. 563–564، جاك غيستان، المرجع السابق، ص. 563.

على بعض العقود ويترتب على زواله إمكانية إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فإن السبب ركن عام في جميع العقود، ويؤدي تخلفه إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً[1].

ومن جانب آخر ذهب فقه آخر إلى أن المقصود بالاعتبار الشخصي في التعاقد هو أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كليهما عنصراً جوهرياً أو صفة أساسية في العقد[2]. غير أن هذا الرأي أيضاً لم يخلُ من الانتقاد، إذ إن مفهوم "الصفات الجوهرية" قد يتسع ليشمل مختلف العناصر التي تدخل في تقدير العقد وتنفيذه بحسن نية، مثل المقدرة المالية، أو المؤهلات الفنية، أو الخبرة، أو السمعة[3]. وهو ما يعكس الأهمية الكبيرة للاعتبار الشخصي في العقود التي تُبنى عليه، ويبرّر الأثر القانوني المترتب على زواله.

وتتجسد أهمية الأخذ بزوال الاعتبار الشخصي كسبب لنقض العقد بالإرادة المنفردة في الخطورة التي تنبع في مثل هذا النوع من العقود لكونها تُرتب التزامات في ذمة الدائن بناءً على تصرفات يقوم بها المدين تنفيذاً للعقد، الأمر الذي قد يُعرض الدائن لمخاطر كبيرة، لا سيما إذا كان المدين سيء التصرف أو غير جدير بالثقة، أو إذا مُنح سلطات واسعة بموجب العقد.

وتبعاً لهذه المخاطر، تقتضي حماية الدائن تمكينه من الحد من الآثار السلبية التي قد تنجم عن وضع ثقته في طرف لا يستحقها. لذا ينبغي أن يُمنح الدائن الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة، متى تبيّن له أن المدين لم يعد أهلاً لثقة التي مُنحت له من قبل الدائن[4].

1-حالات زوال الاعتبار الشخصي في العقود:

هناك بعض العقود التي تقوم أساسا على الاعتبار الشخصي وعنصر الثقة في المتعاقد معه، ومن ثم فإن بقاء العقد واستمراره مرهون ببقاء هذه الثقة فان زالت جاز للمتعاقد

[1] – بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص. 77.

[2] – رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص. 15.

[3] – رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص. 19.

[4] – قسمي أحلام، المرجع السابق، 92.

إنهاء العقد ونقضه بإرادته المنفردة، وفيما يلي نبرز أمثلة توضيحية لزوال الاعتبار الشخصي في بعض العقود ذات الطابع الشخصي:

1-1- نقض عقد الوكالة بالإرادة المنفردة لزوال الثقة في الوكيل:

يُعد عقد الوكالة من العقود التي تقوم على عنصر الثقة المفترضة بين الطرفين، حيث يُنشئ المُوكل العلاقة التعاقدية بناءً على ثقته في شخص الوكيل وصفاته. ويُشكّل هذا الاعتبار الشخصي جوهر العقد وأساس استمراره، فإذا انعدمت الثقة التي بُني عليها، عُدّ ذلك بمثابة زوال للاعتبار الشخصي، مما يبرر للموكل الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة[1]. وقد أكد المشرّع الجزائري هذا المبدأ صراحةً في المادة 587 من القانون المدني، التي تنص على أن: "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك..."، وهو ما يُعكس سلطة المُوكل في إنهاء الوكالة متى فقد ثقته في الوكيل، باعتبار أن استمرار العلاقة التعاقدية بات غير ممكن أو غير مرغوب فيه.

1-2-نقض عقد الشركة بالإرادة المنفردة لزوال الاعتبار الشخصي في أحد الشركاء:

بالرجوع إلى الأحكام المنظمة لعقد الشركة – لا سيما شركات الأشخاص- يتبيّن أنها تقوم في جوهرها على الاعتبار الشخصي بين الشركاء، حيث تُبنى على الثقة المتبادلة فيما بينهم. ويترتب على ذلك أن زوال هذا الاعتبار يؤدي إلى انقضاء الشركة. وقد نصت المادة 439الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أن الشركة تنقضي بوفاة أحد الشركاء[2]، وهو ما يُعد دليلاً على مدى أهمية الاعتبار الشخصي في استمرارها. هذا يجوز لأحد الشركاء أن يطلب إنهاء الشركة بإرادته المنفردة، إذا زالت الثقة التي قام

[1] – أم كلثوم بوغابة، نورالدين زرقون، إنهاء عقد الوكالة التجارية بالإرادة المنفردة للموكل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص. 126.

[2] – للإشارة فإن المادة المذكورة أعلاه هي قاعدة قانونية مكملة، إذ يُستشف من خلال استقراء الأحكام المنظمة لشركة التضامن – باعتبارها النموذج الأمثل للشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي- أن عقد شركة التضامن ينقضي بمجردة وقاة أحد الشركاء ما لم يوجد نص أو شرط يقضي بأن الوفاة لا تؤدي إلى حل الشركة تطبيقاً لنص المادة 562 الفقرة 01 من القانون التجاري الجزائري هذا ما يدل على امكانية استمرار نشاط شركة التضامن بعد وفاة أحد الشركاء، إذا تم الاتفاق على ذلك مسبقاً في القانون الأساسي.

عليها عقد الشركة بعد انعقاده بسبب ممارساتغير مهنية تضر بمصلحة الشركاء وبمصلحة الشركة، ومرد ذلك إلى أن استمرار الشركة في ظل انعدام الاعتبار الشخصي يتنافى مع الأساس الذي قامت عليه منذ نشأتها [1].

1-3- نقض عقد الوديعة بالإرادة المنفردة لزوال الاعتبار الشخصي في المودع لديه:

تنص المادة 594 من القانون المدني الجزائري على جواز نقض عقد الوديعة[2] بالإرادة المنفردة للمودِع عند زوال الاعتبار الشخصي للمودَع لديه، ذلك باعتبار أن عقد الوديعة يُعد من أبرز عقود الحفظ والأمانة، التي تقوم أساسًا على الثقة والاعتبار الشخصي. فإذا زالت هذه الثقة، وتعرض الشيء المودَع للخطر، يحق للمودِع المطالبة باسترداده، وهو ما يُعد نقضًا للعقد بإرادته المنفردة[3].

ب-زوال الاعتبارات غير المرتبطة بشخص المتعاقد معه أو صفاته المؤثرة في قيام العقد:

قد يُبرم العقد أحيانًا استنادًا إلى اعتبارات خاصة بأحد المتعاقدين، دون أن تكون مرتبطة بذات الطرف الآخر أو بصفاته الشخصية. وقد تتعلق هذه الاعتبارات، على سبيل المثال، بمهنة المتعاقد، أو وضعه العائلي، أو معتقداته الشخصية، مما يجعلها عناصر مؤثرة في إبرام العقد دون أن تمس شخص المتعاقد الآخر بشكل مباشر. وإذا زالت هذه الاعتبارات التي لا ترتبط بشخص المتعاقد معه أو بصفة جوهرية فيه، قد

[1]- تنص المادة 441 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو بأي سبب آخر ليس هو من فعل الشركاء، ويقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة."

[2] - عرف المشرع الجزائري عقد الوديعة في نص المادة 590 من القانون المدني على أنه: " الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عيناً." هذا و يُعد عقد الوديعة في الأصل عقدًا رضائيًا، وهو من عقود التبرع، إلا أنه قد يتحول إلى عقد معاوضة إذا نُص فيه على مقابل مادي (أجر) تطبيقاً لما ورد في نص المادة 596 من القانون المدني الجزائري. لأكثر تفصيل يُراجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء 07، 1964، ص-ص. 676-677.

[3] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء 07، ص. 679.

يترتب عليه نشوء حق لأحد الطرفين في نقض العقد بإرادته المنفردة، متى كانت تلك الاعتبارات تمثل دافعًا جوهرياً للتعاقد.

1- حالات زوال الاعتبارات غير المرتبطة بشخص المتعاقد معه أو صفاته:

1-1-زوال الاعتبارات المهنية والعائلية لدى المستأجر:

قد يرتبط عقد الإيجار بأسباب ذات طابع عائلي أو مهني، كما في حالة استئجار شخص لمسكن بسبب قربه من مكان عمله أو لتلبية حاجة عائلية معينة. فإذا زال هذا السبب بعد إبرام العقد، أتاح المشرّع للمستأجر حق إنهاء العقد بإرادته المنفردة. ويستند هذا الحق إلى أن المستأجر ما كان ليُقدم على التعاقد لولا وجود هذا الاعتبار، وبالتالي فإن زواله – كأن يُنقل من عمله إلى مكان بعيد – يُعد مبررًا كافيًا لإنهاء العقد. ويُكرّس هذا المبدأ نص المادة 469 مكرر 01 من القانون المدني، التي تنص على أن: " ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء. غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني. ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعار لمدة شهرين."

1-2- زوال الاعتبارت المرتبطة بالقناعات الشخصية للمؤلف :

قد تنشأ أحيانًا اعتبارات ذات طابع أدبي تؤثر في إرادة المتعاقد، كما هو الحال في علاقة المؤلف بالناشر في إطار حقوق التأليف. فقد يُبرم المؤلف عقدًا مع دار نشر معينة لنشر مصنفه، لكنه بعد فترة من الزمن قد يُغيّر قناعاته الشخصية بشأن الأفكار التي تضمنها ذلك العمل، فيشعر بالندم ويتراجع عنها. وفي مثل

هذه الحالات، أتاح القانون للمؤلف إمكانية سحب مصنَفه من التداول بإرادته المنفردة، مستندًا إلى ما يُعرف بـــ "حق في السحب"[1].

والأدّل على ذلك ما نصت عليه المادة 24 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة على هذا الحق، حيث جاء فيها:" يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقاً لقناعاته أن يوقف صنع دعمة إبلاغ المصنف إلى الجمهور بممارسة حقه في التوبة أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب...".

المطلب الثاني: ضوابط ممارسة حق نقض العقد بالإرادة المنفردة ومدى إمكانية التدخل القضائي.

يُعتبر نقض العقد بالإرادة المنفردة أحد الاتجاهات القانونية المستحدثة في ميدان التعاقد، وقد أسهم هذا التحول في تقليص دور القاضي وحدّ من نطاق تدخله، مما منح الأطراف المتعاقدة حرية أوسع في إدارة علاقاتهم التعاقدية. وانطلاقًا من ذلك يثور تساؤل حول مدى الحاجة إلى وضع آليات فعّالة تضمن حماية الحقوق وتمنع التعسف في استخدام هذا الحق، لا سيما في ظل تراجع الرقابة القضائية. ولتحقيق الاستخدام السليم لحق النقض بالإرادة المنفردة، يُفترض الالتزام بجملة من الإجراءات الشكلية، إلا أن الملاحظ هو غياب نصوص قانونية واضحة تنظم شروط وإجراءات هذا النوع من النقض، رغم وجود بعض الإشارات المتفرقة في قوانين ذات صلة. ويرجع هذا الفراغ التشريعي إلى أن هذه الآلية لا تزال في طور الدراسات النظرية، ولم تُصغ بعد ضمن نظرية قانونية عامة ومتكاملة.

[1] – خديجة يحي باي، حق الندم وحق السحب في نظام الملكية الأدبية والفنية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 01، 2020، ص. 326.

الفرع الأول: تقدير مصلحة المتعاقد الآخر عند ممارسة حق نقض العقد بالإرادة المنفردة

يُعد حق نقض العقد بالإرادة المنفردة من المظاهر الاستثنائية في مجال الالتزامات التعاقدية، حيث يتيح لأحد الأطراف إنهاء العلاقة التعاقدية دون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر. غير أن ممارسة هذا الحق لا تتم بصورة مطلقة، وإنما تُقيّد بجملة من الإجراءات الشكلية والموضوعية تفرضها القواعد القانونية أو ما تقتضيه المبادئ العامة للعدالة وحسن النية في تنفيذ العقود. ومن أهم هذه الإجراءات: الإخطار المسبق للطرف الآخر بقرار النقض، واحترام مهلة زمنية معقولة تتيح له التكيّف مع الوضع الجديد وتفادي الأضرار الناتجة عن الإنهاء المفاجئ للعقد. كما يُشترط في كثير من الحالات تقديم مبررات موضوعية ومشروعة لهذا الإجراء، منعًا للتعسف وسوء استعمال الحق.

أولاً- الالتزام بالإخطار المسبق في مهلة زمنية معقولة حمايةً لمصلحة المتعاقد الآخر:

لتفادي عنصر المفاجأة الذي قد يترتب عن نقض العقد بالإرادة المنفردة، يُعد الإخطار المسبق إجراءً ضرورياً يهدف إلى تمكين الطرف الآخر من الاستعداد للآثار المترتبة عن إنهاء العلاقة التعاقدية. ولا يُشترط في الإخطار المسبق شكل مُعين، إلا أن جوهره يتمثل في علم الطرف الموجَّه إليه، أي أنه يجب أن يصل إلى علمه بغض النظر عن قبوله أو رفضه لمضمونه، إذ إن موقفه من الإخطار لا يؤثر على صحته أو أثره القانوني[1].

وانطلاقًا من هذه الأهمية، بات من الضروري الوقوف على مفهوم الإخطار، وتحديد الغاية منه، تمهيدًا لتحديد المهلة الزمنية التي يتعين احترامها بين تاريخ الإخطار وتاريخ تنفيذ النقض، ضمانًا لتحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية، وحماية لمصلحة المتعاقد معه.

[1] - بنور سعاد، الإخطار المسبق كقيد لتفادي الإنهاء المفاجئ لعقد العمل – دراسة مقارنة–، المجلة الأكاديمية للبحوث القنونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، 2022، ص. 292. ينظر كذلك بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 188.

أ-تعريف الإخطار وأهميته:

يعرف الإخطار بأنه: "تصرف قانوني من جانب واحد يهدف إلى إعلام شخص ما بأمر يهمه دون اشتراط موافقته عليه."[1]، كما يُعرف على أنه: " إعلان إرادة أحد المتعاقدين إلى الآخر بانتهاء العقد."[2].

ويعد الإخطار المسبق أحد أهم مظاهر مراعاة كمصلحة المتعاقد الآخر عند إنهاء العلاقة العقدية، إذ يقوم على فكرة الإعلام المسبق بنية النقض، خلال أجل يحدده القانون أو الإتفاق، بما يسمح للطرف الآخر بإتخاذ التدابير اللازمة لتفادي الأضرار الناشئة على نقض المفاجئ.

وقد تبنت التشريعات الحديثة مبدأ الإخطار المسبق حماية للطرف الضعيف، كما هو الشأن في عقد العمل، حيث أوجب المشرع الجزائري على كل من العامل وصاحب العمل توجيه إشعار مسبق قبل إنهاء العقد. فقد نصت المادة 73-2[3] من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل على أنه: " يعلن على التسريح، المنصوص عليه في المادة 73 أعلاه، ضمن الإجراءات المحددة في النظام الداخلي. ويجب أن تنص هذه الإجراءات على التبليغ الكتابي القرار التسريح..."، وهو ما يوضح الطبيعة الإلزامية هذا الإجراء.

كما نجد ذات التوجه في عقد الإيجار، حيث يُلزم المؤجر او المستأجر بإشعار الطرف الآخر قبل الإنهاء بمدة معينة، والأدل على ذلك ما جاء في نص المادة 469 من القانون المدني التي أوجبت على المؤجر أو المستأجر في حالة العقود غير محددة المدة، توجيه تنبيه بالإخلاء قبل المدة القانونية.

1- عماد خضير علاوي، دور الإرادة المنفردة في إنهاء العقد، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 03، 2011، ص.203، ينظر كذلك بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 189.

2 - بن سطاعلي جميلة، الإخطار كآلية لتفادي الإنهاء المفاجئ لعلاقة العمل، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد 05، 2018، ص. 306.

3 - تجدر الإشارة أن المادة 73 من القانون رقم 90-11 قد تم تعديلها وتتمتها بموجب المادة 02 و03 من القانون رقم 91-29 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق ل 21 ديسمبر 1991 ، المعدل والمتمم للقانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

ويُعد الإخطار في مجال نقض العقد بالإرادة المنفردة إجراءً شكليًا يُباشره الطرف الذي يملك حق النقض، يتمثل في تصرف قانوني يُعبر من خلاله صراحة عن إرادته في إنهاء العلاقة التعاقدية، دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر. ونظرًا لخصوصية هذا النظام، فإن التعبير عن الإرادة يجب أن يتم بشكل صريح وكتابي، وذلك على خلاف القاعدة العامة المقررة في المادة 60 من القانون المدني، التي تجيز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا أو غير مكتوب.

كما تبرز أهمية الإخطار الكتابي، وإن لم يكن شرطًا لصحة النقض، في ضمان وضوح القرار وثبوت الإرادة، مما يُسهم في تجنب الغموض ورفع كل لبس محتمل بشأن إنهاء العلاقة التعاقدية. كما أن الطبيعة الانفرادية لهذا التصرف تقتضي أن يُبلَّغ الإخطار للطرف الآخر بوسيلة تضمن علمه علمًا يقينيًا نافياً لكل جهالة، حفاظًا على حقوقه وضمانًا للتوازن التعاقدي[1].

أما الاتجاه القائل بجواز الإخطار الضمني أو عدم اشتراط الكتابة[2]، فإنه يُضعف من القوة الإثباتية لهذا الإجراء، ويُعرض العلاقة التعاقدية لمخاطر قانونية قد تنشأ عن سوء الفهم أو إساءة الاستعمال، الأمر الذي قد يُلحق الضرر بأحد الطرفين[3].

ويُحقق الإخطار أيضًا وظيفة حمائية للطرف الذي يُمارَس ضده حق النقض، من خلال تمكينه من الاستعداد لمواجهة تغيير مركزه القانوني الذي يُفرض عليه بإرادة منفردة. كما يُكرّس مبدأ احترام الحقوق التعاقدية ويُخفف من احتمالات التعسف، باعتبار أن العلم

[1] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص.192.

[2] - يرى جانب من الفقه في مصر وفرنسا أن الأصل في الإخطار كتعبير عن الإرادة، يتم بأية طريقة من طرق التعبير التي أقرها القانون والتي لا يشترط فيها أية شكلية أو طريقة خاصة، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ توجد حالات يشترط فيها القانون شكلاً خاصاً أو طريقة معينة للإعلان عن الإخطار بإنهاء العالقة التعاقدية، والأدل على ذلك ما فعله المشرع الجزائري في قانون العمل فقد اشترط أن يكون الإشعار بالتسريح كتابياً تطبيقاً لنص المادة 73-2 السالفة الذكر.يُنظر إلى عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الهبة والشركة، الجزء05، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ابنان، 2000، ص372، ينظر كذلك عماد خضير علاوي، المرجع السابق، ص. 203.

[3] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 193.

المسبق بالقرار يُقلل من مفاجأته ويُتيح للمتعاقد اتخاذ ما يلزم من تدابير. وفي المقابل، تتجلى أهمية الإخطار كذلك من منظور قضائي، إذ يُمكّن القاضي من الوقوف على مضمون قرار النقض ومبرراته، مما يُعزز إمكانية الرقابة القضائية على مدى مشروعية استعمال هذا الحق الانفرادي[1].

ورغم الأهمية البالغة التي يكتسيها الإخطار كإجراء أساسي في ممارسة حق نقض العقد بالإرادة المنفردة، إلا أن ذلك لا يُعفي من ضرورة احترام إجراء شكلي آخر لا يقل أهمية، ويتمثل في مهلة الإخطار السابقة على سريان حق النقض. إذ لا يُعتد بممارسة هذا الحق بشكل فوري ومباشر دون منح الطرف الآخر مهلة زمنية كافية، وهو ما سنقوم بتفصيله في النقطة الموالية.

ب- ضرورة احترام المهلة الزمنية التي تسبق النقض:

يُشترط لممارسة حق النقض بالإرادة المنفردة احترام مهلة زمنية مسبقة ومعقولة، التي تُعد جزءًا لا يتجزأ من الإخطار، وذلك ضمانًا لحماية المتعاقد الذي يُمارَس هذا الحق في مواجهته. فلا يكفي مجرد توجيه الإخطار، بل يجب أن يتضمن هذا الأخير فترة زمنية تسبق فعليًا تاريخ إنهاء العلاقة التعاقدية، بما يسمح للطرف الآخر ليتدبر أمره والتحضير للآثار المترتبة عن هذا الإنهاء[2]. وتُحدد هذه المهلة بحسب طبيعة العقد، ونوع الالتزامات الناشئة عنه، بالإضافة إلى المدة المتفق عليها لتنفيذه، والظروف الخاصة المحيطة بكل علاقة تعاقدية[3].

[1] – نفس المرجع، ص-ص. 192-193.

[2] - عماد خضير علاوي، المرجع السابق، ص. 203، ينظر كذلك بن سطاعلي جميلة، المرجع السابق، ص. 307، ينظر كذلك بنور سعاد ، المرجع السابق، ص. 293.

[3] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 198.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات الوضعية تتدخل لتنظيم هذه المسألة، فتنص صراحة[1] أو ضمناً[2] على ضرورة احترام مهلة محددة قبل أن ينتج الإنهاء أثره القانوني، وذلك تأكيدًا على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، والحد من تعسف أحد الأطراف في استعمال حقه في النقض.

ثانياً: الالتزام بالتبرير مراعاة لمصلحة المتعاقد الآخر

يعتبر الالتزام بالتبرير من الالتزامات الإجرائية التي تهدف إلى إنهاء الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة، فهو إجراء شكلي يُكمل آلية الإخطار والمهلة الزمنية التي تسبق نقض العقد، ولذلك يجب أن يتضمن الإخطار المسبق الأسباب والمبررات التي دفعت الطرف صاحب الحق لاتخاذ قرار نقض العقد.

أ- تعريف الالتزام بالتبرير:

لقد عرف جانب من الفقه الالتزام بالتبرير على أنه: " إيراد الأسباب والأسانيد التي تبرر النتيجة التي انتهى إليها المتعاقد بخصوص العقد، أو بمعنى آخر هو ما يسوقه المتعاقد من مبررات لإرادته العقدية، وهذه الأسباب التي تبرر إرادة المتعاقد يجب أن تكون واضحة وجلية، وغير مشوبة بالإبهام، أو الغموض.[3]" ، كما عُرف على أنه: "آلية فعالة تأتي في سياق الاجراءات الشكلية لممارسة الامتيازات التعاقدية الانفرادية والتي تهدف الى إعطاء مشروعية للقرار المتخذ"[4].

واتساقاً مع موضوع هذه الدراسة المتعلق بنقض العقد بالإرادة المنفردة، يمكن تعريف الالتزام بالتبرير على أنه: "التزام يقع على عاتق صاحب القرار المتخذ بالإرادة

---

[1] – للإشارة نجد أن المشرع الجزائري قد أشار إلى ضرورة احترام المهلة الزمنية التي تسبق النقض صراحة في باب الأحكام المنظمة لعقد الإيجار، إذ باستقراء نص المادة 469 مكرر 01 الفقرة 02 نجد أنه حدد مهلة الإخطار بشهرين قبل إنهاء عقد الإيجار من قبل المستأجر.

[2] - مثلاً نجد أن المشرع الجزائري قد أشار بطريقة ضمنية إلى ضرورة احترام مهلة زمنية تسبق النقض في انسحاب الشريك من الشركة تطبيقاً لنص المادة 440 السالفة الذكر.

[3] – تامر محمد الدمياطي، الالتزام بالتسبيب في إطار النظرية العامة للعقد، مجلة القانون والاقتصاد، المجلد 94، العدد 01، 2021، ص. 152.

[4] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 203.

المنفردة، يتمثل في ضرورة تقديم أسباب ومبررات واضحة التي على أساسها تم النقض، بما يضمن مشروعية هذا القرار، خاصة عندما يتعلق الأمر بإنهاء الرابطة العقدية. ويهدف هذا الالتزام إلى تعزيز الشفافية والعدالة، والحد من التعسف في ممارسة الحقوق، وذلك عبر إيضاح الدوافع التي أدت إلى اتخاذ القرار، مما يسهل الرقابة القضائية عليه ويحمي الطرف الآخر من القرارات التعسفية.".

وقد تم تكريس هذا الإجراء في عدة نصوص قانونية، من بينها المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني، التي تنص على أن يكون قرار المستأجر بإنهاء عقد الإيجار مسببًا ومبررًا، كأن يكون الإنهاء ناتجًا عن ظروف مهنية أو عائلية. كما ورد في المادة 587 من نفس القانون ما يفيد بضرورة أن يكون الإخطار بإنهاء عقد الوكالة، سواء صدر عن الوكيل أو الموكل، مبررًا ومستندًا إلى عذر مقبول. وفي السياق ذاته، أجازت المادة 59 من قانون العمل لرب العمل تقليص عدد العمال، شريطة أن تكون هناك أسباب اقتصادية تبرر هذا الإجراء.

وتُشكل هذه التطبيقات، التي كرّست صراحة ضرورة التزام الطرف الذي مارس حقه في نقض العقد بتقديم مبررات قانونية مقبولة، مدخلاً تمهيدياً لفهم هذا الالتزام المستحدث في نطاق العلاقات التعاقدية. وهو ما يفتح المجال لتعميم هذا المبدأ على كافة حالات الفسخ أو الإنهاء بالإرادة المنفردة، بما يساهم في تعزيز حماية حقوق الأطراف المتعاقدة، وتحقيق التوازن العقدي، وضمان قدر أكبر من الاستقرار القانوني في مجال إبرام العقود وإنهائها.

وبناءً على ما تم بيانه توضيحه آنفاً، فإن الالتزام بالتبرير يُعد إجراءً شكليًا يهدف إلى إظهار أسباب إنهاء العقد، وتحقيق قدر من العدالة التعاقدية من خلال إعادة التوازن بين طرفي العلاقة العقدية. ويكتسب هذا الالتزام أهميته خاصة في مرحلة تنفيذ العقد، حيث يُعتبر تطبيقًا عمليًا لمبدأ حسن النية، الذي يُعد من المبادئ العامة الحاكمة للعقود، ويمثل وسيلة فعالة لضبط سلوك المتعاقدين ومنع التعسف في استعمال الحق في النقض.

ب- الآثار القانونية للالتزام بالتبرير: بين المعاينة القضائية وعبء الإثبات

يترتب على الالتزام بالتبرير آثار قانونية مهمة، تبرز بوجه خاص عند عرض النزاع أمام القضاء. فالتبرير يُخضع قرار النقض لرقابة القاضي، الذي يُقيّم مشروعيته في ضوء ظروف العقد ومبدأ حسن النية، كما يُحمِّل الطرف المُنهِي للعقد عبء إثبات الأسباب التي بررت قراره، مما يعكس دوره كأداة لضمان التوازن العقدي والحد من التعسف.

1- الالتزام بالتبرير والمعاينة القضائية:

يكتسي الالتزام بالتبرير أهمية بالغة، عند نشوء نزاع بين المتعاقدين نتيجة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، إذ يُسهّل مهمة القضاء في الفصل في النزاع، ويُسهم في تقييم مشروعية الإنهاء[1]. ويملك القاضي ، سلطة تقديرية واسعة عند فحص مدى احترام هذا الالتزام، تُتيح له طلب أدلة إضافية من الطرف المُنهِي لتعزيز تبريراته، كما يقوم بمعاينة مدى جدية تلك الأسباب وارتباطها الفعلي بقرار النقض. ولا يتقيد القاضي بالتكييف الذي يمنحه الطرف المبرِّر لتصرفه، بل يُعيد تكييف التبريرات وفقًا لما تقتضيه سلطته التقديرية. وفي هذا السياق، يقع عبء إثبات التبرير على عاتق من مارس حق النقض، باعتباره الطرف المدّعي لمشروعية الإنهاء[2].

2- الالتزام بالتبرير وعبء الإثبات:

إن المتعاقد الذي استعمل حق النقض ضده معفى من عبء إثبات صحة التبريرات التي استند اليها صاحب حق النقض في حالة عرض النزاع أمام القضاء، وعلى خلاف القاعدة العامة التي تجعل عبء الاثبات على عاتق المدعي في الدعوى، فإنه في مجال حل الرابطة العقدية بالإرادة المنفردة ينتقل عبء الاثبات الى المدعي عليه، وهو صاحب حق النقض، بحيث يقع عليه عبء اثبات مدى صحة التبريرات التي أستند اليها.

[1] – محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 01، 2010، ص. 215.

[2] – بدري جمال، المرجع السابق، ص-ص. 208-209.

في حال عرض النزاع أمام القضاء بسبب إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، يُعفى الطرف الذي اُستعمل ضده هذا الإنهاء من عبء إثبات مشروعية الأسباب التي اعتمد عليها الطرف الآخر في نقض العقد. وعلى خلاف القاعدة العامة التي تُحمّل المدعي عبء الإثبات، فإن خصوصية إنهاء العقد بالإرادة المنفردة تقتضي نقل عبء الإثبات إلى الطرف الذي بادر بالنقض، أي المدعى عليه، والذي يُطالَب بإثبات مشروعية التبريرات التي استند إليها في قراره. وللقاضي أن يطلب منه أي عناصر إضافية من شأنها تعزيز تلك التبريرات.

ونقل عبء الاثبات في مجال نقض العقد بالإرادة المنفردة من شأنه أن يخلق نوعاً من التوازن بين المراكز القانونية للطرفين، فرغم أن صاحب حق النقض يتمتع بسلطة قانونية تؤهله لتغيير الوضع التعاقدي للطرف الآخر، إلا أن هذه السلطة تقابَل بإلزامه بتحمل عبء إثبات مشروعيتها في حال النزاع. وبالمقابل فإن الطرف الذي فُسخ العقد في مواجهته يُوضع في مركز قانوني أقوى، إذ يُعفى من عبء إثبات عدم جدية التبريرات، مما يخلق نوعاً من التوازن في المراكز القانونية للمتعاقدين[1].

الفرع الثاني: دور الرقابة القضائية في ضبط حدود ممارسة حق النقض حماية لمصلحة المتعاقد الآخر

يُعد نقض العقد بالإرادة المنفردة تجسيدًا لمبدأ حرية التعاقد، إذ يُمكّن أحد الأطراف من إنهاء هذه العلاقة دون الحاجة إلى رضا الطرف الآخر. وقد أُحيط هذا النظام بمجموعة من الإجراءات الشكلية التي تسبق ممارسته، والتي تُعد بمثابة ضمانات تمهيدية، تهدف إلى تحقيق نوع من التوازن، تعويضًا عن غياب الرقابة القضائية المسبقة، تبعاً لتقلص دور القاضي في هذا المجال[2].

وتُعد هذه الإجراءات تعبيرًا عن أحد آثار الحق الإرادي، الذي لا تتسق طبيعته القانونية مع أي تدخل قضائي مُسبق؛ إذ إن تدخل القاضي قبل ممارسة الحق يُفقده قيمته

[1] – بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، المرجع السابق، ص.100.

[2] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 215.

وفعاليته. ومع ذلك فإن دور القضاء في إطار نقض العقد بالإرادة المنفردة لم يُلغَ، بل تأخر تدخله إلى مرحلة لاحقة لممارسة هذا الحق[1]. وانطلاقًا من هذه الخصوصية، يبرز دور القضاء فيما بعد استعمال الحق، سواء من حيث توفير الحماية القانونية أو توقيع الجزاء عند إساءة استخدامه، مما يستدعي التوقف عند طبيعة هذا الدور وحدوده.

أولاً: الدور الحمائي للقاضي في مواجهة سوء استعمال حق النقض:

يُجسد استعمال حق النقض مظهراً من مظاهر حرية التعاقد التي أقرتها النظرية الحديثة للعقد، حيث بات من المقبول في إطار هذه الحرية، إنهاء الرابطة العقدية بإرادة منفردة، شريطة احترام الإجراءات الشكلية المقررة سلفًا. ويُفترض أن يُتبع هذا الاستعمال بتدخل لاحق من القضاء عند الاقتضاء، لضمان التوازن بين حرية التصرف وحماية الحقوق.

وفي هذا السياق، يبرز الدور الخاص لقضاء الاستعجالي كآلية وقائية فعالة، تهدف إلى حماية حقوق الطرف الآخر، ومنع وقوع أضرار يصعب تداركها مستقبلاً، لا سيما في الحالات التي يتم فيها استعمال حق النقض دون مراعاة للإجراءات المسبقة المنصوص عليها قانونًا[2].

وعليه، يصبح من المنطقي أن يلجأ الطرف الذي أُستعمل ضده حق النقض إلى القضاء الاستعجالي، طالبًا لحماية مؤقتة، لاسيما إذا رأى أن حقوقه باتت مهددة بسبب هذا التصرف. وهنا تتجلى أهمية قاضي الاستعجال في اتخاذ قرار مؤقت يقضي ببقاء العقد قائمًا إلى حين الفصل في الموضوع من قِبل قاضي الأصل، حمايةً لحقوق لا تحتمل التأجيل أو الانتظار. كما أن ما يميز القضاء الاستعجالي هو سرعته في التدخل، ما يجعله أداة فعالة لتفادي أضرار جسيمة قد تنجم عن التعسف في استعمال حق النقض، والتي قد لا تُجدي معها الإجراءات العادية للتقاضي. ومن ثمّ، يمكن اعتبار قضاء

[1] – محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص–ص. 222–223، ينظر كذلك بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع، ص. 215.

[2] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 218.

الاستعجال آلية رقابية تضمن عدم الانحراف في ممارسة هذا الحق، وتُشكّل وسيلة ردع فورية ضد أي تعسف قد يقع[1].

ثانياً: دور القاضي في توقيع الجزاء عند الإخلال بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر

رغم أن تدخل القضاء في نظام نقض العقد بالإرادة المنفردة يتم بصورة لاحقة، إلا أن ذلك لا يعني غياب دوره الرقابي على مشروعية استعمال هذا الحق، ولا يعفيه من إقرار الجزاءات القانونية في حال الخروج عن نطاق الاستعمال المشروع. فعندما يُقدم أحد المتعاقدين على نقض العقد بإرادته المنفردة، يخلق بذلك مركزًا قانونيًا جديدًا قد يمس بمصالح الطرف الآخر، مما يُخوّله اللجوء إلى القضاء، إما بطلب الحماية الاستعجالية إذا وُجد خطر يهدد حقوقه، أو بمباشرة دعوى أمام قضاء الموضوع للطعن في أصل الحق[2].

وبذلك يصبح الطرف المتضرر في مركز المدعي، ويقع على عاتقه عبء إثبات تجاوز الطرف الآخر للحدود القانونية في ممارسة حقه. وعند عرض النزاع على قاضي الموضوع، يُفترض به التحقق من مدى مشروعية استعمال حق النقض، وتقدير الآثار القانونية المترتبة عليه، ومن ثم إقرار الجزاء المناسب في حال ثبوت التعسف أو سوء الاستعمال، والذي يتم بتقدير حجم الضرر الفعلي الذي لحق به، سواء تعلق ذلك بخسارة حقيقية أو كسب فوّت عليه، ويصدر حكمه بناءً على ما يقدّره من تعويض عادل ومناسب.

---

[1] - لتفصيل أكثر بخصوص دور القضاء الاستعجالي في حماية المراكز القانونية التي يهددها خطر محدق ومدى فعاليته في تحقيق حماية قضائية سريعة ومؤقتة للحقوق والمراكز القانونية، تُراجع المراجع الآتي ذكرها: الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، 2000 الطبعة 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، حسين طاهري، قضاء الإستعجال فقهاً وقضاء، دار الخلدونية، الجزائر، دون سنة نشر، يُنظر كذلك لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008. سعودي زهير، القضاء الاستعجالي العادي، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 01، 2020.

[2] - بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، .219

وتجدر الإشارة إلى أنه يُمكن أن يتخذ قاضي الموضوع قرارًا بالإبقاء على الرابطة التعاقدية، في حال ثبت أن الطرف الذي مارس حق النقض قد ارتكب غشًا أو لم يلتزم بالإجراءات الشكلية والموضوعية المنصوص عليها، وهو ما يؤكد الدور الرقابي الجوهري الذي لا يزال القضاء يحتفظ به في هذا الإطار، رغم طبيعته اللاحقة لتصرف النقض. وبالتالي يمكن القول إن دور القاضي، وإن كان مؤجلاً، يظل قائمًا ومؤثرًا في نظام نقض العقد بالإرادة المنفردة، حيث يتمثل في مراقبة سلوك المتعاقدين، وتوقيع الجزاءات القانونية المناسبة عند الإخلال بالشروط التي تحكم ممارسة هذا الحق.

وفي هذا السياق، تبرز الحاجة إلى تعزيز هذا الدور من خلال إدخال مفهوم "التعويض الجزائي" كآلية ردعية تُضاف إلى النظام الحالي. فإقرار هذا النوع من التعويض، لا بوصفه مجرد جبر للضرر، بل كجزاء تأديبي على سوء استعمال الحق، من شأنه أن يُشكّل وسيلة وقائية فعالة ضد التعسف في إنهاء العقود[1].

وعليه فإن وعي المتعاقد مسبقًا بوجود جزاءات إضافية محتملة في حال التجاوز، سيدفعه إلى التريث والتفكير الجاد في مدى مشروعية قراره قبل الإقدام على نقض العقد. وهو ما يسهم في ترسيخ الحماية القانونية، ويعزّز فعالية نظام النقض بالإرادة المنفردة، بما يحقق توازنًا بين حرية الإرادة من جهة، واستقرار المعاملات واحترام الالتزامات من جهة أخرى.

[1] – بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة، مرجع سابق، .232.

المبحث الثاني: مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند فسخ العقد بالإرادة المنفردة

إذا أخلّ أحد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن عقد ملزم للطرفين، جاز للطرف الآخر أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه المقابل، فيمتنع عن أدائه إلى حين قيام الطرف المخلّ بتنفيذ ما عليه. وفي هذه الحالة، يُعلق تنفيذ العقد دون أن يؤدي ذلك إلى فسخه، إذ يظل العقد قائمًا. ومع ذلك يحق للطرف المتضرر أن يطالب بالتنفيذ العيني لاستيفاء حقه، غير أن هذا المسار قد يستغرق وقتًا طويلًا، وقد يكلّفه ما لا طاقة له به، مما يفتح له سبيل التحلل من العقد كليًا واللجوء إلى الفسخ[1].

ويُقصد بالفسخ هنا إنهاء الرابطة العقدية التي دخلت حيز التنفيذ بعد إبرامها على وجه صحيح، وذلك بسبب إخلال الطرف الآخر بالتزامه. ويترتب على الفسخ زوال القوة الملزمة للعقد وإزالة آثاره بأثر رجعي. وكأصل عام لا يتم الفسخ بمجرد رغبة الدائن، بل يتطلب صدور حكم قضائي، ما يمنح الفسخ طابعًا قضائيًا. مع ذلك، يجوز للمدين أن يتوقى الحكم بالفسخ إذا بادر بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم، وقد يرفض القضاء طلب الفسخ ويأمر بالتنفيذ العيني بدلاً منه[2].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي يعتبر الفسخ بالإرادة المنفردة هو الأصل، ولا يُلجأ إلى القضاء إلا في حال تعذر إثبات سبب الفسخ أو خفائه[3]. أما في التشريعات الحديثة، فقد اتجه العديد منها إلى إقرار الفسخ بالإرادة المنفردة دون الحاجة إلى حكم

---

[1] –عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 01، الجزء 01، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص. 692، ينظر كذلك حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام " العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 1999، ص. 599، ينظر كذلك علاء السيد محمود الزاهي، إخلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طانطا، 2006، ص. 282 وما بعدها.

- f. terré, ph. Simler et y. lequette, droit civil, les obligation, précis dalloz, 10eme éd. 2009, p 660 et suivantes.

[2] – منى أبوبكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة " دراسة تحليلة في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016"، مجلة روح القوانين، العدد 25، 2019، ص–ص–ص. 02– 03– 04، ينظر كذلك المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

[3] – محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص.24.

قضائي، ما دام الدائن قد استوفى الشروط اللازمة. ويظهر هذا الاتجاه بوضوح في عدد من الأنظمة القانونية، مثل القانون الألماني الذي نص في المادة 323 الفقرة 03، والقانون الهولندي في المادة 265 الفقرة 06، على جواز فسخ العقد بالإرادة المنفردة للدائن دون الحاجة إلى تدخل قضائي مسبق، حيث يقتصر دور القاضي على التدخل اللاحق إذا ما نشأ نزاع حول مشروعية الفسخ، وليس كشرط لازم لوقوعه. لإعلان الفسخ وليس شرطًا مسبقًا له[1].

ولا شك أن هذا التطور في منح الدائن حق الفسخ بإرادته المنفردة يعود إلى اعتبارات عملية تتعلق بسرعة الإجراءات وتخفيف الأعباء[2]. ومن هذا المنطلق، سنتناول في هذا المبحث نظام فسخ العقد بالإرادة المنفردة، مع بيان الضوابط القانونية التي تحكم ممارسته، بما يضمن التوازن بين مصلحة الدائن وحقوق المتعاقد الآخر.

المطلب الأول: التأصيل القانوني لفكرة فسخ العقد بالإرادة المنفردة

الثابت قانوناً أن الالتزام العقدي يكتسب قوته من المبدأ القائل بأن "العقد شريعة المتعاقدين"، وفقاً لما تنص عليه المادة 106 من القانون المدني، ما يمنحه حجية نسبية سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع. وبما أن العقد يُنشئ التزامات متبادلة تجعل كل طرف مديناً ودائناً في الوقت نفسه، فإن إخلال أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته، وبحكم القوة الملزمة للعقد، يؤدي إلى ترتيب جزاءات متعددة، مثل التنفيذ العيني، أو التعويض، أو الدفع بعدم التنفيذ، أو الفسخ،لا سيما الفسخ بالإرادة المنفردة الذي يُشكل محور دراستنا. وبناءً عليه، قبل التعرض لنظام فسخ العقد بالإرادة المنفردة كان لزاماً التعرض الى الإطار المفاهيمي للفسخ، وأيضا تمييزه عن بعض الأنظمة والمفاهيم المتقاربة منه.

[1] – محجوب بوكريس مروى، عليان عدة، نظرية الالتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي – دراسو مقارنة بالقانون المدني الجزائري–، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 02، 2021، ص. 98.

[2] – محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص–ص. 150–151.

إلى جانب الشروط الواجب توافرها للتمسك به، مع استعراض النظام القانوني للفسخ المعتمد.

الفرع الأول: تحديد مفهوم فكرة فسخ كأصل عام

سنتناول في هذا الفرع مفهوم الفسخ وما يرتبط به من تمييز بينه وبين بعض الأنظمة والمقاهيم المتقاربة، كما سنوضح الشروط اللازمة لغعمال الفسخ، فضلاً عن بيان أبرز تقسيماته.

أولاً- تعريف فكرة الفسخ كأصل عام:

يتحدد مفهوم فكرة فسخ العقد من ناحية اللغوية(أ) ومن ناحية الإصطلاحية (ب).

أ- المعنى اللغوي للفسخ:

يُقال الفسخ أي النقض، فيُقال: فسخ البيع أي نقضه وأزاله، وفسخت الثوب ألقيته، وفسخت العقد فسخاً أي رفعته، وفسخت الشيء فرقته، وفسخت المفصل عن موضعه أزلته، ويُقال: فسخ الشيء يفسخه فسخاً فالفسخ: نقضه فانتقض، وفسخ الشيء: فرقه، وفسخ رأيه أفسده[1].

ب- تعريف الفسخ اصطلاحاً:

تعددت الزوايا التي يمكن من خلالها النظر إلى الفسخ، ففي جانب من الفقه يُنظر إليه كنظام قانوني استثنائي قائم إلى جانب نظام التنفيذ، بينما يعتبره جانب آخر جزاءً قانونياً يترتب على إخلال أحد الأطراف بواجبات تنفيذ العقد. كما ينظر جانب ثالث إلى الفسخ كأحد الطرق المشروعة لحل الرابطة العقدية وإزالتها، في حين يرى جانب رابع أنه حق مقرر للمتعاقد المتضرر الذي لم يفِ الطرف الآخر بالتزاماته المقررة له[2].

ولقد اتفق معظم الفقه القانوني على اعتبار الفسخ حقاً للمتعاقد، حيث يُعرف بأنه: " حق المتعاقد في العقد الملزم لجانبين إذا لم يوفي المتعاقد معه بالتزامه في أن يطلب حل الرابطة العقدية كي يتحلل هو من التزامه". ويأتي هذا التعريف تطبيقاً لنص المادة 119

[1] – أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، الجزء 02، ص. 472.

[2]–حنتيت عمار، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، رسالة ماجيستير، القانون الخاص، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر1، 2015، ص.ص9–10.

من القانون المدني الجزائري. وبناءً على هذا النص تتحدد شروط الفسخ في أن يكون العقد ملزماً لطرفين يتقابلان بالالتزامات، وأن يكون هناك إخلال من أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه مع وجود خطأ منه. أما إذا كان عدم التنفيذ نتيجة ظرف أجنبي، فيكون الأمر هنا انفساخ العقد تلقائياً بقوة القانون. كما يشترط في طالب الفسخ أن يكون قد نفذ التزاماته أو مستعداً وقادراً على تنفيذها، إضافة إلى قدرته على إعادة الوضع إلى حالته الأصلية قبل التعاقد [1] .

ثانيا: مقارنة نظام الفسخ بغيره من الأنظمة القانونية المقاربة له

أ- الفسخ والبطلان:

يُعرف الفسخ كما أشرنا سابقا على أنه انحلال الرابطة العقدية لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، أما البطلان فيُعرف على أنه الجزاء الذي يقرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، وعلى الرغم أن كلا النظامان يؤديان الى انحلال الرابطة العقدية،إلا أنهما يختلفان في عدة أوجه.

1- أوجه الاختلاف:

- **من حيث السبب المُنشئ:** يُعد الفسخ جزاءً قانونيا على إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وذلك بعد أن يُبرم العقد صحيحاً ومستوفياً لجميع أركانه وشروطه، ويترتب على هذا الإخلال انحلال العقد لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه، على خلاف البطلان الذي ناتجاً عن وجود عيب أو خلل وقت إبرام العقد نفسه.

من حيث النطاق: الفسخ لا يرد إلا على العقود الملزمة لجانبين؛ أي التي تفرض التزامات متبادلة على كلا المتعاقدين. في حين أن البطلان، فمجاله أوسع، إذ يُمكن أن يرد على العقود الملزمة لجانبين والملزمة لجانب واحد.

من حيث السلطة التقديرية للقاضي: في حالة الفسخ، يملك القاضي سلطة تقديرية؛ أي أنه يمكنه أن يقرر قبول طلب الفسخ أو رفضه بحسب ظروف القضية المعروضة أمامه، فقد يرى أن الفسخ غير مبرر رغم وجود إخلال في التنفيذ. أما في حالة

[1]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص. 306.

البطلان، فليس للقاضي هذه الحرية، بل يكون ملزمًا بالحكم ببطلان العقد إذا ثبت وجود سبب قانوني للبطلان، مثل غياب ركن من أركان العقد أو وجود خلل في الأهلية أو الإرادة[1].

ب: الفسخ والانفساخ

يُشترك كل من الفسخ والانفساخ في أنهما يؤديان إلى زوال العقد، لكن يختلفان من حيث السبب والآثار. فالفسخ يحدث عندما يُخل أحد الطرفين بالتزامه التعاقدي، ويكون للطرف الآخر الحق في طلب إنهاء العقد نتيجة هذا الإخلال، مع سلطة تقديرية للقاضي في قبول الفسخ أو رفضه. أما الانفساخ، فيقع تلقائيًا عند استحالة تنفيذ الالتزام بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، أي لسبب أجنبي لا دخل للمدين فيه، وبدون حاجة لطلب قضائي، مما يؤدي بدوره إلى انقضاء الالتزام المقابل. كذلك، يتحمل تبعة هلاك الشيء الطرف الذي وقع عليه الحادث وفقًا لأحكام القانون، بخلاف الفسخ الذي يُنظر فيه إلى الطرف المخل بالالتزام[2].

ت: الفسخ والبطلان النسبي

البطلان النسبي يرد على العقود التي استوفت أركانها الأساسية، لكن شاب ركن الرضا فيها عيب، كالإكراه أو التدليس أو الغلط. ولذلك يُعد العقد القابل للإبطال عقدًا صحيحًا من الناحية القانونية ويظل منتجًا لآثاره إلى أن يُبطَل بحكم قضائي، بخلاف العقد الباطل الذي يُعد معدومًا من البداية ولا يرتب أي أثر قانوني[3].

---

[1]–هجيرة تومي، سامية بويزري، المرجع سابق، ص.247.

[2] – تنص المادة 121 من القانون المدني الجزائري على أنه: " في العقود الملزمة لجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون."

[3]–جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص.169.

ويختلف االبطلان النسبي عن الفسخ، رغم أن كليهما يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية، إلا أن الإبطال يتمسك به فقط الطرف الذي شاب رضاه العيب[1]، بينما الفسخ يمكن لأي من المتعاقدين المطالبة به إذا أخل الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

ث: الفسخ وعدم النفاذ

لا يُعد الفسخ الوسيلة الوحيدة التي قررها القانون المدني لحماية الدائن من تصرفات المدين، بل إلى جانبه توجد وسيلة أخرى هي "الدعوى بعدم نفاذ التصرفات". فقد يحدث أن يبرم المدين عقدًا صحيحًا ومنتجًا لآثاره القانونية، لكنه يتعمد لاحقًا التصرف في أمواله – كبيعها مثلاً – بقصد الإضرار بدائنيه وإخفاء أمواله عنهم، حتى لا يتمكنوا من اقتضاء حقوقهم. وفي مثل هذه الحالات، قررت القوانين المدنية – سواء العربية أو الغربية – أن تصرفات المدين لا تسري في مواجهة الدائن، إذا ثبت أنها أُبرمت للإضرار به[2] .

ويختلف الفسخ عن عدم النفاذ في نقاط جوهرية؛ فالحكم بعدم نفاذ تصرف المدين لا يُبطل العقد في حد ذاته، بل يظل هذا العقد صحيحًا ونافذًا بين المدين والطرف الآخر الذي تعاقد معه. أما الفسخ، فيؤدي إلى زوال العقد من أساسه بأثر رجعي وكأنّه لم يكن، بما في ذلك الالتزامات الناشئة عنه. كما أن الفسخ لا يَحق التمسك به إلا لأحد طرفي العقد، أي المتعاقدين أنفسهم، بينما الدعوى بعدم النفاذ تُرفع من طرف خارجي، وهو الدائن، الذي لم يكن طرفًا في التصرف الذي يطالب بعدم سريانه في حق[3].

ثالثاً: الشروط القانونية للفسخ وتقسيماته

---

[1] – المادة 101 من القانون المدني الجزائري.

[2] – داودي ابراهيم، لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام دعوى عدم النفاذ (البوليصية) ودعوى الصورية نموذجا، مجلة حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، الملجلد 07، العدد 03، 2015، ص–ص–ص. 169– 170– 171.

[3]– عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود، أطروحة دكتوراه، العقود والمسؤولية في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، 2018، ص.307، ينظر كذلك إلى داودي ابراهيم، لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص–ص. 170–171.

يُعدّ الفسخ من الوسائل القانونية التي أقرها المشرّع لحماية المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين، حيث يسمح للمتضرر من إخلال الطرف الآخر بالتزاماته أن يطلب إنهاء العقد. غير أن ممارسة هذا الحق لا تتم بشكل مطلق، بل تُقيد بشروط قانونية تضمن تحقيق التوازن بين المصالح المتقابلة للمتعاقدين وتفادي التعسف في استخدام الحق. وقد أدّى اختلاف الظروف المحيطة بتنفيذ العقود، وتنوع إرادة المتعاقدين، إلى تنوع صور الفسخ، بحيث يمكن تقسيمه إلى عدة أنواع بحسب المصدر أو الطبيعة القانونية. وهذه التقسيمات تُعد ضرورية لفهم الآثار القانونية المترتبة على الفسخ، والإجراءات الواجب اتباعها في كل حالة، إذ إن لكل نوع شروطًا وأحكامًا خاصة تحكمه. وهو ما سنتعرض له من خلال هذه النقطة.

أ: الشروط القانونية للفسخ

يستلزم لممارسة حق الفسخ جملة من الشروط القانونية، بعضها يتعلق بطالب الفسخ، وبعضها الآخر يتعلق بالعقد المراد فسخه.

1- الشروط المتعلقة بطالب الفسخ:

من أبرز هذه الشروط أن يكون هذا الأخير قد أوفى بالتزاماته التعاقدية، أو على الأقل أن يكون مستعدًا وقادرًا على تنفيذها. فلا يكفي للحكم بالفسخ مجرد إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، بل يجب أن يُثبت طالب الفسخ التزامه هو أيضًا. أما إذا كان تنفيذ التزامه مستحيلاً، فإن العقد يُفسخ بقوة القانون[1].

بالإضافة إلى ذلك، يُشترط توجيه إعذار إلى المدين بشكل رسمي وثابت قبل التقدم بطلب الفسخ، وذلك وفقًا لما تنص عليه المادة 119الفقرة 01 من القانون المدني. ومن الشروط الأخرى كذلك، ألا يكون طالب الفسخ قد تنازل عن هذا الحق، سواء صراحة أو ضمنًا. فالفسخ يُعد حقًا مقرّرًا لمصلحة الدائن، وليس من النظام العام، ولذلك يجوز له

[1]-عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام مع مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة 2، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ص. 369، يُنظر إلى فوده عبد الحكم، إنهاء القوة الملزمة للعقد، دراسة نقدية على ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1993، ص. 324.

استخدامه أو التنازل عنه، كما يمكن الاتفاق بين الطرفين على استبعاد هذا الحق حتى وإن توافرت أسبابه[1].

2- الشروط المتعلقة بالعقد المراد فسخه:

أما فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في العقد المراد فسخه، فتتمثل في شرطين أساسيين:

- **الشرط الأول: أن يكون العقد ملزمًا للطرفين:** أي أن ينشئ التزامات متقابلة بين المتعاقدين. والعلة في حصر الفسخ على هذا النوع من العقود إلى أن الغرض من الفسخ هو تمكين الدائن من التخلص من الالتزامات التي تقع عليه نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته. وهذه الغاية لا تتحقق إلا في العقود الملزمة للجانبين، بخلاف العقود الملزمة لجانب واحد، والتي لا تنشئ التزامات متبادلة، وبالتالي لا يُتصور فيها طلب الفسخ لهذا السبب[2].
- **الشرط الثاني: إخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزامه:** فطلب الفسخ لا يكون مقبولاً إلا إذا ثبت أن أحد المتعاقدين قد أخلّ بالتزام يقع على عاتقه، ويُعد الفسخ في هذه الحالة جزاءً لهذا الإخلال. ويشترط أن يكون هذا الإخلال جسيمًا أو مؤثرًا بدرجة تبرر فسخ العقد، بالنظر إلى أثره في تحقيق التوازن التعاقدي.

ب: تقسيمات الفسخ:

ينقسم الفسخ إلى ثلاثة أنواع: الفسخ القضائي، والفسخ الاتفاقي، والفسخ القانوني. وسنتناول كل نوع منها بإيجاز.

1- الفسخ القضائي: الأصل في الفسخ أنه يتم عبر القضاء، حيث يُعهد إلى قاضي الموضوع صلاحية تقرير الفسخ أو رفضه، وذلك بعد أن يتقدم أحد المتعاقدين بدعوى

[1] – نهلة أحمد فوزي البرهيمي، إعمال الشرط الفاسخ الصريح وسلطة القاضي حال تحققه في القانون المدني المصري وقانون المعملات المدنية السعودي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، 2024، ص. 1183.

[2] – المادة 119 من القانون المدني.

لطلب الفسخ. وإذا اعتُبر الفسخ بمثابة جزاء، فإن توقيع هذا الجزاء لا يكون إلا من خلال القاضي المختص[1].

بناءاً على ما تقدم، يُعرَّف الفسخ القضائي بأنه إنهاء الرابطة التعاقدية بين الطرفين عن طريق اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم بفسخ العقد، وذلك بعد توجيه إنذار إلى المدين ورفع دعوى قضائية للمطالبة بالفسخ.

2- الفسخ الاتفاقي: يقصد بالفسخ الاتفاقي في العقود الملزمة للجانبين، اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخًا بحكم القانون إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته، وذلك دون الحاجة للجوء إلى القضاء. ويختلف هذا النوع من الفسخ في آثاره بحسب صيغة الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا نص الطرفان في العقد على أنه يُعد مفسوخًا عند إخلال أحدهما بالتزاماته، فإن هذا لا يُعدو كونه ترديدًا للقاعدة العامة، ولا يعفي الدائن من توجيه الإعذار ورفع دعوى قضائية أمام المحكمة، التي تظل لها السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ أو رفضه. أما إذا اتفق الطرفان صراحة على أن العقد يُفسخ تلقائيًا دون الحاجة إلى حكم قضائي، فإن لهذا الاتفاق أثرًا مباشرًا، ولا يُشترط اللجوء إلى المحكمة، ويُعتبر العقد مفسوخًا بمجرد تحقق الإخلال بالالتزام. وفي حال حدوث نزاع حول تطبيق هذا الشرط أو تفسيره، فإن دور القاضي يقتصر على تأكيد وقوع الفسخ، باعتباره كاشفًا له لا منشئاً، إذ إن الفسخ ينحقق بقوة القانون متى توفرت شروطه، دون حجاة إلى حكم يُنشئه. وفي صورة ثالثة، قد يتفق المتعاقدان على أن يُفسخ العقد من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى حكم قضائي أو حتى توجيه إعذار، وهنا يُعتبر الفسخ واقعًا بمجرد حلول أجل التنفيذ دون أن يقوم المدين بالوفاء بالتزامه[2].

3- الفسخ بقوة القانون: يتجلى مفهوم الانفساخ على أنه انحلال الرابطة العقدية بقوة القانون في حالة استحالة التنفيذ لسبب أجنبيكما يعرف أيضا بأنه انحلال الرابطة العقدية بقوة القانون وبدون أن يكون ذلك مشترطا في العقد أو أن يحتاج الى حكم من القضاء

[1]-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، مرجع سابق، ص.309.

[2]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، الجزء 01، ص.589.

ويحدث الانفساخ اذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب قوة قاهرة أو سبب لا يد للمدين فيه كما اشرنا سابقا ولا يستطيع دفعه وهو ما كرسته المادة 121 من القانون المدني الجزائري.

يُطلق على هذا النوع من زوال الرابطة العقدية مصطلح "الانفساخ"، ويُقصد به زوال الرابطة العقدية بقوة القانون نتيجة لاستحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا دخل للمدين فيه، ودون الحاجة إلى نص صريح في العقد أو صدور حكم قضائي. ويتحقق هذا الانفساخ عندما يصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بسبب ظرف طارئ أو قوة قاهرة خارجة عن إرادة المدين، لا يمكن له توقعها أو دفعها. وقد كرّست المادة 121 من القانون المدني الجزائري هذا المبدأ، مؤكدة على أن الانفساخ يقع قانوناً عند استحالة التنفيذ لسبب لا يُنسب إلى المدين[1].

الفرع الثاني: الفسخ بالإرادة المنفردة في ظل التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة.

من المقرر قانوناً في العقود الملزمة للجانبين، أنه إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، جاز للطرف الآخر أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه. ويقوم الفسخ في هذه الحالة على فكرة الالتزامات المتقابلة، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي ترابط التزامات الطرفين، بحيث يكون من العدالة السماح للمتعاقد الملتزم بأن يتحلل من التزامه إذا أخل الطرف الآخر بما عليه من واجبات، وذلك عن طريق فسخ العقد.

غير أن الاتجاهات التشريعية الحديثة بدأت تتجه نحو تجاوز المفهوم التقليدي للفسخ القضائي باعتباره الوسيلة الوحيدة لإنهاء العقد عند الإخلال، حيث لم يعد الفسخ القضائي هو الأصل في جميع الحالات. فقد شهدت نظرية فسخ العقد تطورًا ملحوظًا، خاصة بفضل الاجتهادات القضائية، وعلى رأسها القضاء الفرنسي، الذي لعب دورًا بارزًا في تكريس مبدأ فسخ العقد بالإرادة المنفردة، حتى في غياب اتفاق مسبق بين الطرفين، وخارج نطاق الحالات الاستثنائية المعروفة. وقد عبّر أحد الفقهاء عن هذا التحول بقوله:

[1] – تنص المادة 121 من القانون المدني الجزائري على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون".

"لقد انطلق الفرنسيون من نظام جامد يتمثل في الفسخ القضائي، لكن بفضل مرونة قضائهم، تمكنوا من مواجهة الضرورات التي يفرضها الواقع العملي."[1].

وقد اتجهت بعض التشريعات إلى منح الدائن صلاحية أوسع، حيث أجازت له صراحة فسخ العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى اللجوء الفوري للقضاء، شريطة توفر شروط معينة والالتزام بضوابط محددة. ومع ذلك، لم تُلغَ الرقابة القضائية تمامًا، إذ يظل للقاضي دورٌ لاحق يتمثل في النظر في مشروعية الفسخ إذا اعترض المدين عليه.

أولاً: دور القضاء الفرنسي ومشاريع الإصلاحية للقانون المدني الفرنسي في قيام نظرية فسخ العقد بالإرادة المنفردة

اضطلع القضاء الفرنسي بدور بالغ الأهمية في سد الثغرات التشريعية، ومعالجة أوجه القصور التي أظهرتها النصوص القانونية في مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية المتسارعة، وذلك في إطار حرصه على مواكبة المستجدات التي طرأت على العديد من مجالات التعاقد. واستجابةً لإشكاليات فرضها الواقع العملي، تجاوز القضاء الفرنسي التفسير الحرفي للنصوص القانونية، حيث اعتمد في بعض الحالات حلولاً قضائية مبتكرة وجريئة، وهو ما يدل على مرونة كبيرة في التعامل مع تطور العلاقات التعاقدية. وبرز هذا التوجه بشكل واضح في التطور الذي عرفه مفهوم التصرف الانفرادي في العقود، حيث تم الاعتراف صراحة بحق أحد المتعاقدين في إنهاء العقد بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى تدخل قضائي مسبق في حالات معينة.

وقد كرّست الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية هذا التوجّه من خلال قرارها الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 1998، والذي قضت فيه بأن جسامة السلوك الصادر عن أحد المتعاقدين قد تشكّل سببًا مشروعًا يخول الطرف الآخر الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، مع تحمّله التبعات القانونية المترتبة على هذا الإنهاء[2].

[1] – محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 103.

[2] - H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrets de la juriprudence civile, Tomme.02, 12éme éd, Dalloz 2008,p. 266.

ويُعتبر هذا القرار خروجًا صريحاً عن القاعدة التقليدية الراسخة، التي تفرض على المتعاقد كأصل عام اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي القديم. فقد أرست محكمة النقض الفرنسية، من خلال هذا القرار، مبدأً جديدًا مفاده أن السلوك الجسيم الصادر عن أحد المتعاقدين يُمكن أن يُشكل في حد ذاته سببًا مشروعًا لفسخ العقد بإرادة الطرف الآخر المنفردة، حتى في ظل غياب نص قانوني صريح يقرر ذلك، مما يمثل تحولاً جذريًا عن التصور التقليدي الذي يجعل من الفسخ إجراءً قضائيًا محضاً[1].

وتجدر الإشارة إلى أن قرار محكمة النقض الفرنسية المشار إليه لم يصدر في إطار استثناء من القواعد العامة، بل جاء ليؤكد على تأسيس مبدأ جديد في مجال فسخ العقود، متجاوزًا بذلك مضمون الاستثناءات التقليدية المعروفة. وقد دفع هذا التوجه العديد من الفقهاء[2] إلى التوقف عند هذا القرار، قصد دراسته وتحليله، والبحث في الأسس التي اعتمدتها المحكمة للوصول إليه، لاسيما بالنظر إلى التساؤلات التي يثيرها بشأن مدى اتساقه مع المبادئ الراسخة في قانون العقود، وعلى وجه الخصوص مبدأ القوة الملزمة للعقد، إضافة إلى القواعد التي تقضي بأن الفسخ لا يتم إلا بحكم قضائي لا سيما في ظل

تعود وقائع القضية إلى دعوى قضائية أقامها طبيب تخدير كان مرتبطًا بعقد عمل مع إحدى المستشفيات لمدة ثلاثين عامًا. وبعد فترة من مزاولة عمله، بدأت ترد شكاوى متكررة بحقه من زملائه الأطباء ومن المرضى، تضمنت اتهامات بعدم التعاون الجاد في أداء المهام، والانفعال المستمر، وإلغاء المواعيد المحددة مع المرضى بشكل متكرر، فضلاً عن افتقاده لما يُعرف بالضمير المهني. وبناءً على هذه الشكاوى، قررت إدارة المستشفى إنهاء التعاقد معه بشكل فوري ودون منحه أي مهلة، وذلك من خلال فسخ العقد بإرادتها المنفردة، من دون اللجوء إلى القضاء. وإزاء هذا القرار، قام الطبيب برفع دعوى أمام المحكمة المختصة، والتي رأت أن تصرف المستشفى كان مبررًا، ورفضت طلبه. وعند الطعن أمام محكمة الاستئناف، تم تأييد حكم محكمة الدرجة الأولى، مما دفع الطبيب إلى الطعن بالنقض، مستندًا إلى الطبيعة القضائية للفسخ، ومحتجًا بأن فسخ عقد محدد المدة دون الرجوع إلى القضاء يُعد مخالفة لأحكام المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي. غير أن الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية لم تقتنع بالمبررات التي أوردها الطاعن، وقضت بأن جسامة السلوك الصادر عن أحد المتعاقدين تبرر للطرف الآخر إنهاء العقد بإرادته المنفردة، وعلى مسؤوليته، دون حاجة إلى صدور حكم قضائي مسبق بذلك. ينظر إلى محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع سابق، ص-ص. 135-136.

[1]- بدري جمال، نقض العقد بالارادة المنفردة، مرجع سابق، ص89.

[2] - سنتاول لاحقاً موقف الفقه القانوني بخصوص مسألة الفسخ بالإرادة المنفردة.

غياب تنظيم تشريعي صريح لهذا النوع من الفسخ القائم على الإرادة المنفردة، مما يثور التساؤل حول كيفية الحد من احتمال التعسف في استعمال هذا الحق، وما هي الضوابط القانونية التي ينبغي مراعاتها عند تفعيله، فضلاً عن دور القاضي في مراقبة مشروعية هذا الفسخ بعد وقوعه[1].

كما تبِع قرار الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية المشار إليه عددٌ من الأحكام القضائية التي جاءت لتُؤكد الاتجاه نفسه، نذكر من بينها القرار الصادر بتاريخ 20 فبراير 2001 عن ذات الغرفة، والذي قضى بأن : "خطورة سلوك أحد المتعاقدين في عقد معين قد تبرر للطرف الآخر إنهاء العقد بإرادته المنفردة وتحت مسؤوليته، سواء أكان العقد محدد المدة أم غير محدد". ويُلاحظ أن هذا القرار جاء أكثر تفصيلاً من القرار السابق، مما يعكس تطورًا تدريجيًا في موقف القضاء الفرنسي من مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة. كما صدرت قرارات أخرى في السياق ذاته، منها قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض لسنة 2002، والقرار المؤرخ في 28فبراير 2008، وغيرها من القرارات صدرت من قضاء الغرفة الغرفة المدنية الثالثة[2] والغرفة التجارية[3]، والتي تؤكد، مجتمعة، اعترافًا قضائيًا متزايدًا بدور الإرادة المنفردة في إنهاء العلاقة التعاقدية.

---

[1]–محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص–ص–ص. 71–72–73.

[2] – أقرت الغرفة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية، بموجب حكم صادر في 22 أكتوبر 2002، مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة باعتباره قاعدة عامة في نطاق العلاقات التعاقدية، وليس مجرد استثناء يُعمل به في حالات محددة. وقد شكل هذا القرار تحولًا هامًا في الفقه القضائي الفرنسي، إذ كرّس إمكانية أحد أطراف العقد في إنهائه بإرادته المنفردة متى توفرت مبررات مشروعة، دون الحاجة إلى اللجوء المسبق إلى القضاء، وذلك تعزيزًا لمبدأ حرية التعاقد والتوازن بين المتعاقدين.

[3] – انضمت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية إلى الاتجاه الذي كرّسته كل من الغرفة المدنية الأولى والثالثة بشأن إقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث أكدت هذا التوجه من خلال حكم صدر عنها بتاريخ 23 سبتمبر 2008. وقد جاء في هذا الحكم تأييدها لقرار محكمة الاستئناف القاضي بصحة الفسخ الذي قامت به شركة Temco دون اللجوء إلى القضاء. وبذلك، تبنت الغرفة التجارية بشكل صريح فكرة جواز الفسخ من جانب واحد في حال توافر إخلال جسيم من الطرف الآخر يبرر إنهاء العقد، مما يعكس تطورًا ملموسًا في الفقه القضائي الفرنسي نحو تكريس

وقد ساهم هذا التراكم القضائي في بلورة نظام جديد موازٍ للأنظمة التقليدية المتعلقة بفسخ العقد، وهو ما دفع بالمشرّع الفرنسي إلى التفكير في مشاريع إصلاحية تهدف إلى تجديد التشريعات الخاصة بالعقود، بغرض تحقيق الانسجام بين النص القانوني والواقع العملي، سواء على المستوى الداخلي أو في إطار التوجهات القانونية المقارنة. ومن أبرز هذه المشاريع:

أ- مشروع كاتالا -: المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون المدني الفرنسي:(Catala)[1]جاء المشروع التمهيدي لكاتالا بعديد من المستجدات المتعلقة بنظرية الالتزام، حيث عكس إرادة واضحة في مواكبة التحولات الاقتصادية والاجتماعية، لا سيما فيما يخص دور الإرادة المنفردة في العقد .وقد نصت المادة 1158[2] من هذا المشروع صراحة على حق الدائن في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، إذا استمر المدين في الإخلال بالتزامه رغم توجيه إعذار قانوني إليه. ويُعد ذلك تطورًا مهمًا في إطار النظرية العامة للالتزامات، حيث تجاوز دور القضاء

مرونة أكبر في تنفيذ وإنهاء الالتزامات التعاقدية، لا سيما في ميدان العلاقات التجارية التي تتطلب أحياناً سرعة وفعالية في التعامل مع الإخلالات التعاقدية دون تعطيل المصالح الاقتصادية للأطراف.

[1] – لتفصيل أكثر حول هذا المشروع يُراجع :

D. Mazeaud, B. fauvarque- cosson, l'avant – projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Uniform Law Review, volume 11, january 2006, p-p. 103-132.

[2] - Art. 1158:" Dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution. Quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la otivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie".

ليصل إلى مرحلة التقنين التشريعي لفكرة الفسخ بالإرادة المنفردة، التي كانت سابقًا مجرد اجتهاد قضائي[1].

ب– مشروع وزراة العدل الفرنسية projet de la chancellerie[2]:

جاء هذا المشروع كاستجابة مباشرة لمقترحات مشروع تيري، حيث تولّت وزارة العدل الفرنسية إعداد مشروع رسمي لتعديل أحكام القانون المدني، وخصوصًا تلك المتعلقة بالالتزامات. وقد تبنّى المشروع مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك بمبادرة من نخبة من أساتذة الجامعات. ويتميّز هذا المشروع عن مشروع كاتالا (Catala) بتأثره الواضح بمبادئ قانون العقود الأوروبي (PDEC) ومبادئ اليونيدروا للقانون الموحد (UNIDROIT)[3]، حيث أكّد من خلال عدة مواد على أهمية التصرف بالإرادة المنفردة[4].

فقد نصت **المادة** 165 من المشروع على أن فسخ العقد يمكن أن يتم نتيجة إعمال شرط فاسخ، أو إخطار من الدائن إلى المدين، أو طلب أمام القضاء، كما تضمنت المادة 168 منه النص على تخويل الدائن إمكانية فسخ العقد بإرادته المنفردة، حيث ورد نصها بأنه: " عندما يترتب على عدم التنفيذ حرمان الدائن من مصلحته في العقد، فيمكنه إعذار المدين المقصر لينفذ تعهده خلال مهلة معقولة. ولا يرتب الإعذار أثره إلا إذا ذكر به – بطريقة ظاهرة– أن عدم وفاء المدين بتعهده يخول الدائن الحق في فسخ العقد، على مسؤوليته. ويمكن للمدين خلال مهلة الإعذار اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة للمنازعة في الفسخ،و يترتب على هذا الإجراء وقف الفسخ. وإذا استمر عدم التنفيذ، وفي

[1] -john- Cartwright,stefan- vogenauer, et simon- whittaker,regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligation et de la prescription,droit privé comparé et européen,volume09, société de légistation comparée,paris,2009,p.218.

[2] - A. Ghozi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de Chancellerie, Dalloz. 2008, n° 37, p. 2609.

[3] – منى أبوبكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 102.

[4] – جوابي فلة، الأحادية في العقود، مرجع سابق، ص..ص43–44.

حال عدم اللجوء إلى القضاء، يقوم الدائن بإخطار المدين بفسخ العقد، والأسباب التي تبرره. ويصبح الفسخ نافذاً عند استلام الطرف الآخر الإخطار المذكور."[1].

ثانياً: فسخ العقد بالإرادة المنفردة على مستوى التشريعات الدولية والوطنية

تشير التوجهات التشريعية الحديثة بوضوح إلى التخلي عن المفهوم التقليدي للفسخ، الذي كان يرتكز على الطابع القضائي كشرط أساسي لفسخ العقد. وبدلًا من ذلك، أصبح يُعتمد نظام يتيح للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة، متى توفرت شروط معينة وضمن ضوابط محددة، مع الإبقاء على دور القاضي لممارسة رقابته دون إقصائه تمامًا. وقد شكّل هذا التحول دافعًا لإحداث تغييرات جوهرية في العديد من التشريعات التي تعتمد على نظام الفسخ التعاقدي، والتي كانت سبّاقة في تبنّي فكرة الفسخ بالإرادة المنفردة، ونذكر منها على سبيل المثال بعض النماذج السبّاقة إلى هذا التحول.

أ- على مستوى الاتفاقيات الدولية:

1- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980:

أقرت الاتفاقية في المادة 49 (بالنسبة للمشتري) والمادة 64 (بالنسبة للبائع) نظامًا يجيز فسخ العقد دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، وذلك مراعاةً لخصوصية المعاملات التجارية الدولية وما تتطلبه من سرعة ومرونة في تصفية العقود. ويهدف هذا التوجه إلى تفادي التأخير الناتج عن الإجراءات القضائية، الذي قد يؤدي إلى تلف أو هلاك البضائع، خاصة في العقود التي تتطلب تنفيذًا فوريًا أو تتعلق بسلع سريعة التلف[2].

[1] - Art. 168: " Lorsque l'inexécution prive le créancier de son intérêt au contrat, il peut mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure n'est efficace que si elle mentionne de manière apparente qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son engagement, le créancier sera en droit de résoudre le contrat, à ses risques et périls. Le débiteur peut pendant le délai de la mise en demeure saisir le juge des référés pour contester la résolution. Cette procédure suspend la résolution. Lorsque l'inexécution persiste et en l'absence de saisine du juge, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie".

[2] – محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي، الطبعة 02، دار النهضة العربية، القهرة، مصر، 2002، ص. 158.

2- مبادئ القانون الموحد(UNIDROIT):

أقرت هذه المبادئ الفسخ بالإرادة المنفردة من خلال إخطار يوجَّه إلى الطرف المخلّ، دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. وقد جاء ذلك صريحًا في **المادة 7.3.2** التي تنص على أن: "يجوز للطرف المتضرر أن يفسخ العقد بإخطار يوجه إلى الطرف الآخر، إذا شكّل إخلال هذا الطرف بالعقد إخلالاً جوهرياً". ويعكس هذا النص توجهًا واضحًا نحو تعزيز مرونة تنفيذ العقود وتبسيط إجراءات الفسخ بما يتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية الدولية، لا سيما في الحالات التي تتطلب تدخلاً سريعًا لحماية مصالح الطرف المتضرر[1].

3- مبادئ القانون الأوروبي للعقود:

تُكرّس هذه المبادئ أيضًا مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة كجزاء لعدم التنفيذ، حيث نصّت الفقرة الأولى من المادة 9.301، تحت عنوان "الحق في فسخ العقد"، على ما يلي: "يجوز لأحد الأطراف أن يفسخ العقد في حال عدم التنفيذ الجوهري من قبل المتعاقد معه"[2]، كما نصت الفقرة الأولى من المادة 303.9 على أن: "فسخ العقد يقع بإخطار يوجَّه إلى المدين"[3]. ويُبرز هذا النص أن الفسخ لا يقتضي تدخلاً قضائيًا، بل يتحقق بمجرد توجيه إخطار من الدائن إلى المدين، متى ثبت الإخلال الجوهري، مما يعزز من فعالية التنفيذ ويحمي الطرف المتضرر دون تأخير.

ب- على مستوى التشريعات الوطنية:

1- **القانون الانجليزي :** يتبنى القانون الإنجليزي تفرقة تقليدية في نطاق البنود العقدية بين الشرط (Condition) والضمان(Warranty) ، حيث يُعد الشرط بندًا جوهريًا

[1] - Art. 7.3.2-1: "La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur", pour plus des information voir. Les principes D'Uni droit relatifs aux contrats du commerce international, sur: www.Unidroit.org.fr

[2] - Art 9:301 Droit de résoudre le contrat: "1- Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part du cocontractant".

[3] - Art 9:303 Notification de la résolution: "1- La résolution du contrat s'opère par notification au débiteur".

وأساسيًا في العقد، بينما يُعتبر الضمان بندًا ثانويًا. وتترتب على هذه التفرقة نتائج قانونية بالغة الأهمية، إذ يخول الإخلال بأحد الشروط للدائن الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة، باعتبار أن الشرط يمس جوهر الالتزام التعاقدي. أما في حالة الإخلال بضمان، فإن ذلك لا يؤدي إلى فسخ العقد، حتى وإن كانت آثار المخالفة جسيمة، وإنما يقتصر أثره على ترتيب مسؤولية تعاقدية تُخول للدائن المطالبة بالتعويض دون إنهاء العلاقة العقدية[1].

2- القانون المدني الفرنسي المعدّل:

ظل الطابع القضائي للفسخ يشكل أحد المبادئ القانونية الراسخة في القانون المدني الفرنسي منذ صدور تقنين نابليون عام 1804، وذلك في إطار الالتزام بمبدأ القوة الملزمة للعقد، بوصفه حجر الأساس في نظرية العقد. ومع ذلك، فقد لعب القضاء الفرنسي الحديث دورًا محوريًا لا يمكن تجاهله في تطوير مفهوم الفسخ، لاسيما فيما يتعلق بإقرار مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة. فعلى الرغم من أن المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي كانت تشترط صراحة اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية إمكانية أن يُنهي أحد المتعاقدين العقد بإرادته المنفردة، دون حاجة إلى حكم قضائي، متى توفرت شروط معينة تبرر ذلك.

هذا التوجه القضائي جاء استجابةً لتطورات اجتماعية واقتصادية وصناعية فرضت مشكلات جديدة على نظرية العقد والالتزام. وقد أدرك القضاء الفرنسي مبكرًا ضرورة مواكبة هذه التغيرات، فعمل على تكريس مبدأ الأمن القانوني، وابتكار حلول ونظريات تضمن العدالة والتوازن والأمانة في العلاقات التعاقدية، مما مهد الطريق أمام المشرع الفرنسي لإجراء إصلاحات تشريعية واسعة ومهمة.

[1]- منى أبوبكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 10.

وقد تجسدت هذه الإصلاحات في المرسوم رقم 2016/131 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 السالف الذكر، حيث هدفت إلى تحديث النصوص القانونية وتدوين ما استقر عليه القضاء من حلول في مجال العقد والالتزام [1].

ومن أبرز ما جاء به هذا الإصلاح، الاعتراف صراحة بحق الفسخ بالإرادة المنفردة، حيث نصت المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي على جواز فسخ أي عقد غير محدد المدة بإرادة أحد المتعاقدين المنفردة، حتى في حال عدم إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، بشرط احترام مهلة الإخطار المتفق عليها، أو مهلة إنذار معقولة في حال عدم وجود اتفاق. كما منحت هذه المادة للمدين الحق في اللجوء إلى القضاء للاعتراض على هذا الفسخ[2].

ثالثاً: مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة بين الرفض والتأييد في ضوء مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر

يُفهم من مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة أنه يجيز لأحد طرفي العقد أن يتحلل من التزاماته التعاقدية من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ واستصدار حكم بذلك، ودون اشتراط وجود اتفاق مسبق بين الطرفين يخول هذا الحق. غير أن هذا المبدأ قد يُظهر تعارضًا واضحًا مع عدد من المبادئ القانونية المستقرة، وعلى وجه الخصوص مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ الطابع القضائي للفسخ، واللذين يشكلان حجر الزاوية في نظرية العقد في القانون المدني التقليدي.

[1]– أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صيغة قضائية وصياغة تشريعية لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون ادارة للإصلاح والتطوير، 09–1 ماي 2017، ملخص خاص، الاعدد2، الجزء الثاني، نوفمبر، 2017، ص.286.

[2]– رغيد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بفسخ العقد غير محدد المدة وتحديد المقابل بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدل 2016و2018، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية المجلد 13، العدد 03، أكتوبر 2020، ص..53

وفي ضوء هذا التعارض، انقسم الفقه بين اتجاهين: أحدهما معارض لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، تأسيسًا على أنه يمثل خروجًا على المبادئ الراسخة المشار إليها، ويمس باستقرار المعاملات. في المقابل، تبنى الاتجاه الآخر موقفًا مؤيدًا لهذا المبدأ، ساعيًا إلى تبريره وإيجاد الأساس القانوني له، من خلال إعادة تأويل تلك المبادئ بما يتلاءم مع متطلبات العدالة العملية والواقع الاقتصادي المتغير.

أ- الإتجاهات الرافضة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة لعلة الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر:

يقوم الاتجاه الرافض لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة على أساس تعارض هذا الشكل من الفسخ مع أصلين من الأصول القانونية الراسخة في نظرية العقد، وهو ما سيتم بيانه وتفصيله في هذه النقطة.

1-تعارض الفسخ بالإرادة المنفردة مع مبدأ القوة الملزمة للعقد:

يرى الاتجاه المعارض لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة أن هذا الشكل من الفسخ يتعارض تعارضًا جوهريًا مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي يقوم على أساس أن العقد، متى انعقد صحيحًا بإرادتين متطابقتين، أصبح ملزمًا لطرفيه، ولا يجوز لأي منهما التحلل من التزاماته أو تعديل مضمون العقد بإرادته المنفردة. ويستند هذا المبدأ بدوره إلى مبدأ سلطان الإرادة، باعتبار أن احترام إرادة الأطراف يستوجب الالتزام بالعقد كما أُبرم، وهو ما يعبر عنه فقهيًا بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين."

ويعود سبب التردد في إضفاء آثار قانونية على الإرادة المنفردة في المجال العقدي، حسب رأي هذا الاتجاه، إلى كونها تُعد في مرتبة أدنى من تبادل الإرادتين، فضلاً عن أن التصرف الانفرادي في السياق التعاقدي يُثير مخاوف مشروعة، لكونه يحمل في طياته احتمالات هدم التوازن التعاقدي وزعزعة استقرار المعاملات[1].

[1] – منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، المرجع السابق، ص.17.

ومع ذلك، تجدر الإشارة إلى أن مبدأ القوة الملزمة للعقد ليس مبدأ مطلقًا، إذ يرد عليه عدد من الاستثناءات التي أجاز فيها القانون لأحد طرفي العقد أن ينهيه بإرادته المنفردة، كما هو الحال في بعض العقود مثل الوكالة، العارية، والوديعة، الشركة، حيث يسمح المشرّع بإمكانية نقض العقد من جانب أحد المتعاقدين وفقًا لاعتبارات وظروف خاصة[1].

ورغم هذه الاستثناءات، فإن الاتجاه المعارض يميز بين الفسخ بالإرادة المنفردة والإنهاء المشروع للعقد، مؤكدًا أن الحالات التي أجاز فيها القانون إنهاء العقد بإرادة أحد الطرفين لا تُعد تطبيقًا لنظرية الفسخ بالإرادة المنفردة، بل هي آلية إنهاء منحها المشرّع لأحد المتعاقدين لاعتبارات محددة، وليست جزاءً على الإخلال بالعقد. ذلك أن الفسخ، من الناحية القانونية، يمثل جزاءً يُرتب نتيجة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته العقدية، بينما الإنهاء بالإرادة المنفردة في الحالات المشار إليها لا يستند إلى إخلال، بل إلى تنظيم تشريعي خاص لعقود تستدعي مرونة في إنهائها[2].

2- تعارض الفسخ بالإرادة المنفردة مع مبدأ الطابع القضائي للفسخ:

يرى أنصار الاتجاه المعارض لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة أنه يتناقض بوضوح مع الطابع القضائي للفسخ، الذي يعد من المبادئ الراسخة في النظرية العامة للعقد. ويستند هذا الاتجاه إلى جملة من الحجج القانونية[3] نوجزها فيما يلي:

- **الانتهاك المباشر للنصوص القانونية المنظمة للفسخ القضائي:** يؤكد هذا الرأي أن الفسخ لا يتحقق، وفقًا للأصل، إلا بموجب حكم قضائي يصدر عن المحكمة المختصة، إذ لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتحلل من العقد بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء. ويُعد هذا الحكم القضائي حكمًا منشئًا للفسخ، أي أنه لا يقتصر

[1] – مروى محجوب بوكريس، عليان عدة، المرجع السابق، ص. 98.

[2] – منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، المرجع السابق، ص.27.

[3] – منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، المرجع السابق، ص.32.

على تقرير حال قائمة، بل يُنشئ مركزًا قانونيًا جديدًا يُعدل من الوضع التعاقدي القائم، ويكون نافذًا في مواجهة الغير، بما يضمن وضوح الأثر القانوني واستقراره خارج نطاق طرفي العلاقة التعاقدية.

– **تحقيق الاستقرار في العلاقات التعاقدية:** يُنظر إلى الفسخ القضائي بوصفه آلية تضمن الاستقرار التعاقدي، حيث يمنح التدخل القضائي نوعًا من الرقابة القانونية التي تحول دون التسرع أو التعسف في إنهاء العقود. كما ينسجم هذا الطابع مع السياسة التشريعية التي تهدف إلى صون المعاملات التعاقدية من الاضطراب، من خلال تمكين القضاء من فحص مدى جدية الإخلال وأثره على التوازن العقدي، قبل إيقاع الفسخ.

–**حماية مصلحة المدين وضمان العدالة التعاقدية:** يعكس الفسخ القضائي أيضًا ضمانة أساسية لمصلحة المدين، في مواجهة احتمال تعسف الدائن الذي قد يُقدم على إنهاء العقد بإرادته المنفردة، دون رقابة أو معايير موضوعية. فبما أن الفسخ يُعد جزاءً قانونيًا يُرتب إنهاء العلاقة التعاقدية بسبب إخلال أحد الطرفين، فلا يصح أن يُترك تقديره لطرف واحد فقط، بل يجب أن يخضع لتقييم القضاء تحقيقًا لمقتضيات العدالة، وضمانًا لحماية المتعاقد الضعيف من أي استخدام تعسفي للحق في الفسخ.

ب– تأييد مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة:

بالرغم من أن الفسخ تقليديًا يُعد إجراءً ذا طابع قضائي، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي ساهم في بلورة اتجاه حديث يُعيد صياغة مفهوم الفسخ، بحيث يُجيز للدائن إنهاء العقد بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى اللجوء المسبق إلى القضاء[1]. وبناءً على ذلك، سنتناول في هذه النقطة مظاهر التأييد الفقهي لهذا التطور، إلى جانب المساندة القضائية التي حظي بها مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة.

[1]–رغيد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بفسخ العقد غير محدد المدة وتحديد المقابل، المرجع السابق، ص.55.

1- الإتجاهات المؤيدة لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة كوسيلة لحماية المراكز العقدية المختلة دون الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر:

بالرغم من تمسك الفقه التقليدي بمبدأ القوة الملزمة للعقد والطابع القضائي للفسخ، إلا أن جانبًا من الفقه الفرنسي قد برّر إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة، محاولاً التوفيق بين هذا المفهوم المستحدث والمبادئ الكلاسيكية للعقد. وقد استند هذا التوجه إلى فكرة مفادها أن الإرادتين اللتين أنشأتا العقد في الأصل، من المنطقي أن تُمكِّن إحداهما من الانسحاب منه في ظروف معينة، إذ لا يُعقل أن تكون الإرادة قادرة على إنشاء العقد، ومع ذلك تُحرم من القدرة على التحلل منه.

ويُؤخذ على المفهوم المطلق لمبدأ حرية التعاقد، أنه ركّز فقط على حرية الدخول في العلاقة التعاقدية، دون أن يمنح الطرفين أو أحدهما حرية الخروج منها، وهو ما يتعارض مع مبادئ العدالة العقدية. إذ لا يُمكن القبول بحرمان أحد المتعاقدين من إنهاء العقد بإرادته المنفردة، لا سيما في حال وقوع إخلال جسيم من الطرف الآخر في تنفيذ التزاماته.

وعليه، فإن من الأجدر الحدّ من إطلاق مبدأ القوة الملزمة للعقد، وفتح المجال لتحلل أحد الأطراف من العقد بإرادته المنفردة، متى وُجدت مبررات قوية لذلك. ويقتضي هذا ألّا تُبنى القوة الملزمة للعقد على الإرادة وحدها، بل يجب أن تُكيَّف على أسس أكثر مرونة، تُراعي التطورات الاجتماعية والاقتصادية، بحيث يكون العدل وتحقيق النفع هما الأساس الحقيقي لهذه القوة.

فحين يُؤسس مبدأ الإلزام العقدي على مفهومي العدالة والمنفعة، يمكن تقبل فكرة الفسخ بالإرادة المنفردة، بوصفها وسيلة لتحقيق العدل، وذلك حينما يُخل أحد الطرفين إخلالًا جسيمًا بالتزاماته، فيُصبح من العدل تمكين الطرف الآخر من إنهاء العقد دون اللجوء إلى القضاء. كما أن النظر إلى الفسخ من زاوية النفع، يُبرز مشروعيته عندما لا يعود

العقد محققًا للمصلحة المرجوة منه، فيُمنح الدائن حينها الحق في الانفكاك من علاقة تعاقدية باتت عبئًا عليه.[1].

أما فيما يتعلق بالطابع القضائي للفسخ، فقد ذهب الفقه الفرنسي إلى أن الفسخ بالإرادة المنفردة – أو ما يُعرف بالفسخ غير القضائي – لا يتعارض مع النصوص القانونية التي تقرر الطابع القضائي للفسخ، وتحديدًا المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي. فقد فسّر الفقهاء هذه المادة على أنها لا تنص صراحة على منح القاضي سلطة مطلقة في تقرير الفسخ، بل تُجيز له فقط منح مهلة إضافية للتنفيذ في حال رفض الدائن منحها، ما يعني أن سلطة القاضي ليست سلطة إنشائية حصرية للفسخ، وإنما تدخل في إطار تنظيم التنفيذ. وبالتالي، لا يوجد ما يمنع قانونًا من السماح للدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة في حال عدم التنفيذ، وهو ما لا يتعارض مع فلسفة تقنين نابليون التي أجازت في مواضع متعددة فسخ العقد دون تدخل القضاء.

كما استند هذا الاتجاه الفقهي إلى فكرة التكامل بين نظامي الفسخ بالإرادة المنفردة والفسخ القضائي، موضحًا أن تفضيل القضاء كجهة وحيدة للفسخ يعود في الأساس إلى الرغبة في حماية المدين من تعسف محتمل من جانب الدائن. ولهذا، سعى الفقه إلى تحقيق توازن بين النظامين، من خلال إحاطة الفسخ بالإرادة المنفردة بجملة من الضمانات التي تكفل حماية مصلحة المدين، دون إقصاء تام للفسخ القضائي. ومن هذه الضمانات ضرورة توافر درجة من الجسامة في الإخلال المنسوب إلى المدين، بحيث لا يُعتد بعدم تنفيذ يسير لتبرير الفسخ، إضافة إلى شرط إعذار المدين ومنحه مهلة كافية لتنفيذ التزاماته، وهو ما من شأنه الحفاظ على استقرار المعاملات التعاقدية[2].

[1]– منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، المرجع السابق، ص–ص.35– 39.

[2]– منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، مرجع سابق، ص.49.

وفي ذات السياق، بيّن الفقه أن الفسخ بالإرادة المنفردة لا يُقصي الفسخ القضائي، بل يسير إلى جانبه، باعتبار أن سلطة القاضي لم تُلغَ، بل انتقلت إلى رقابة لاحقة تُمارس في حال نشوء نزاع حول مشروعية الفسخ. ففي حال طعن الطرف الآخر في صحة الفسخ، يتدخل القاضي للتحقق مما إذا كانت أوجه الإخلال المنسوبة إليه تبرر الفسخ فعلاً.

ومن جهة أخرى، فرّق الفقه بين الفسخ كجزاء لعدم تنفيذ الالتزامات العقدية و"حق الرجوع في العقد"، حيث يُمنح هذا الأخير لطرف معين في بعض العقود، ويتيح له التحلل من العقد بإرادته المنفردة خلال فترة معينة، دون الحاجة إلى تبرير أو لوجود إخلال من الطرف الآخر، ودون تدخل القضاء. غير أن هذا الحق، رغم طبيعته المختلفة، يُخضع هو الآخر لرقابة لاحقة عند الطعن فيه، وذلك ضماناً لاستقرار التعاملات العقدية وحماية لمصالح المتعاقدين. [1]

وبذلك خلُص جانب من الفقه إلى أن مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة لا يشكل انتصارًا مطلقًا للانفرادية، ولا يُقصي الفسخ القضائي، وإنما يشكل إلى جانبه نظامًا تكميليًا، يتسم بمرونة أكبر ويستجيب لضرورات تحقيق العدالة العقدية والتوازن بين مصالح الأطراف.

2- التأييد القضائي لمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة:

يعَدّ القضاء الفرنسي الحديث رائدًا في تطوير المفهوم التقليدي للفسخ كجزاء لعدم التنفيذ[2]، حيث تجاوز القيود التي فرضتها النصوص القانونية، وأقر إمكانية فسخ العقد من طرف أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة، وذلك ضمن ضوابط محددة واعتبارات

[1]- منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، مرجع سابق، ص.52

[2]- أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صيغة قضائية وصياغة تشريعية لمحات في بعض المستحدثات، المرجع السابق، ص.286.

موضوعية وظروف خاصة تحيط بالعلاقة التعاقدية. وقد قبل القضاء الخروج عن الأصل العام الذي يربط الفسخ بحكم قضائي، في ثلاث حالات استثنائية[1]:

أولاً: حالة الضرورة أو الاستعجال، حيث أجاز القضاء فسخ العقد بالإرادة المنفردة إذا كان انتظار الحكم القضائي من شأنه أن يُلحق ضررًا جسيمًا بالدائن، لا سيما إذا كان إخلال المدين يشكل خطرًا داهمًا على مصالحه، مما يضعه في حالة ضرورة تبرر له اتخاذ قرار الفسخ الفوري دفعًا للخطر المتوقع.

ثانيًا: الإخلال بالتزام حسن النية في التنفيذ، إذ أقر القضاء الفرنسي بأن عدم تنفيذ المدين لالتزامه بحسن نية، على نحو يهدم الثقة اللازمة لاستمرار العلاقة التعاقدية، يُعد مبررًا كافيًا لفسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة، دون حاجة إلى انتظار تدخل القضاء، باعتبار أن العلاقة بين الطرفين قد تضررت بشكل لا يمكن إصلاحه.

ثالثًا: الإخلال الجسيم والنهائي بالتنفيذ، حيث اعتبر القضاء أن إخلال المدين إذا كان باتًا ونهائيًا بحيث يترتب عليه استحالة تحقيق الغرض من العقد، فإنه لا يكون من المتعين على الطرف الآخر اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ، بل يجوز له اعتبار العقد مفسوخًا من تلقاء نفسه.

ورغم الطابع الاستثنائي لهذه الحالات، فإن القضاء الفرنسي لم يكتف بها، بل خطا خطوة أبعد نحو الإقرار الصريح بمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة كقاعدة عامة، وذلك فيما يتجاوز تلك الحالات الثلاث. وقد تجلى هذا التطور بوضوح في قرارات محكمة النقض الفرنسية خلال السنوات الأخيرة، حيث أصدرت عدة أحكام تضمنت اعترافًا صريحًا بهذا المبدأ، مقررة أن للدائن الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته.

1- منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، المرجع السابق، ص.59.

وكانت نقطة الانطلاق الحقيقية لهذا التحول القضائي بصدور حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 أكتوبر 1998، المعروف باسم حكم"Tocqueville" ، والذي مهد الطريق أمام سلسلة من الأحكام اللاحقة التي كرّست هذا الاتجاه وأكّدت على أحقية الدائن في فسخ العقد من جانب واحد، دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي مسبق.

المطلب الثاني: ضوابط اعمال الفسخ بالإرادة المنفردة: الموازنة بين سلطة الفسخ وحماية مصلحة المتعاقد الآخر

كما سبق بيانه، فقد أسهم القضاء الفرنسي في بلورة مبدأ حديث يُجيز فسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة، متجاوزًا بذلك الإطار التقليدي الذي كان يحصر هذا النوع من الفسخ في حالات استثنائية، لا سيما عند إخلال المدين بتنفيذ التزاماته. وقد تبنّت غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية هذا الاتجاه، إدراكًا لما يوفره من مرونة وسرعة في معالجة الإخلال التعاقدي.

ورغم المزايا التي يمنحها هذا الأسلوب في الفسخ، إلا أنه يثير مخاوف مشروعة تتعلق بإمكانية تعسف الدائن في استخدام هذا الحق، من خلال التذرع بأي إخلال – مهما كان طفيفًا أو غير جوهري – من قبل المدين، مما قد يؤدي إلى إلحاق ضرر غير مبرر بمصالح هذا الأخير.

لذا، بات من الضروري وضع ضوابط قانونية تُنظم إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة، بما يحقق التوازن بين مصلحة الدائن في إنهاء علاقة تعاقدية لم تعد تحقق له الغاية المرجوة، ومصلحة المدين في الحفاظ على العقد واستمراريته. وتعد هذه الضوابط الوسيلة الأنجع لتوضيح النظام القانوني لهذا الشكل من الفسخ، بما يضمن التوفيق بين المصالح المتعارضة وإعادة التوازن العقدي عند اختلاله.

وجدير بالذكر أن هذه الضوابط لم تُنظم تشريعيًا على نحو صريح، بل تُستنبط من اجتهادات القضاء، ومن خلال الاسترشاد بالتجارب التشريعية المقارنة التي كرّست هذا المبدأ، فضلًا عن الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني.

وعلى هذا الأساس، يمكن تحديد ضوابط الفسخ بالإرادة المنفردة من خلال محورين رئيسيين :شروط ممارسة هذا الفسخ، والرقابة القضائية على مشروعية استخدامه.

الفرع الأول: ضوابط ممارسة حق الفسخ بالإرادة المنفردة مراعاة لمصلحة المتعاقد الآخر

من خلال استعراض اجتهاد محكمة النقض الفرنسية، ولا سيما قرار الغرفة المدنية الصادر سنة 1998، يتضح أن القضاء الفرنسي قد أقر بمبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، محددًا لذلك شرطًا جوهريًا يتمثل في وجود إخلال جسيم من أحد المتعاقدين، يبرر للطرف الآخر إنهاء العقد دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء. ويُعد هذا الشرط موضوعيًا، إذ يرتبط بحجم الإخلال الذي يصيب جوهر الالتزامات التعاقدية.

غير أن الفقه ذهب أبعد من ذلك، إذ رأى ضرورة إحاطة ممارسة هذا الفسخ بجملة من الضوابط الإجرائية والشكلية، بهدف توفير قدر كافٍ من الحماية لمصالح المدين، الذي قد يتضرر من قرار فسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة.

وعليه، يمكن القول إن إعمال الفسخ بالإرادة المنفردة يتطلب توافر شرطين أساسيين: أولهما، شرط موضوعي يتعلق بوجود إخلال جسيم في تنفيذ العقد؛ وثانيهما، قيود إجرائية تضمن احترام حقوق الطرف الآخر وصيانة مبدأ التوازن العقدي.

أولاً: الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة

كما أشرنا سابقًا، فإن القضاء الفرنسي، وتحديدًا محكمة النقض، قد اشترطت لتفعيل الفسخ بالإرادة المنفردة وجود "مسلك جسيم "من قبل المدين، يُبرر للدائن إنهاء العقد دون اللجوء إلى القضاء. وقد تولّت محكمة النقض رقابة مدى توافر هذا الشرط لدى قضاة الموضوع، ما أضفى عليه طابعًا موضوعيًا أساسه الإخلال الجسيم بالالتزامات العقدية.

ورغم أهمية هذا المفهوم، وما حظي به من رقابة قضائية دقيقة، إلا أنه أثار جدلاً فقهيًا واسعًا حول مفهوم "المسلك الجسيم "وكيفية تقديره: هل يجب تقييمه بناءً على معيار

شخصي يتعلق بسلوك المدين ذاته؟ أم وفق معيار موضوعي يُعنى بآثار هذا المسلك على العلاقة العقدية ككل؟[1].

أ: التقدير الشخصي لجسامة مسلك المدين

وفقًا لهذا الاتجاه، يُنظر إلى سلوك المدين في حد ذاته، بغض النظر عن النتائج المترتبة عليه. فالمسلك الجسيم يُفهم هنا بوصفه خطأ جسيمًا يرتكبه المدين، ويُبرر للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة. ووفقًا لهذا التصور، يُعد الفسخ جزاءً لسلوك المتعاقد ذاته، وليس لما ترتب عليه من آثار على الالتزامات التعاقدية[2].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى ربط المسلك الجسيم بالطابع الأخلاقي لتصرفات المدين، كحالات عدم الأمانة أو سوء النية الواضح .بينما رأى آخرون أن المسلك الجسيم يتحقق كلما تضمن سلوك المدين إخلالاً فادحًا بمبدأ حسن النية، باعتبار أن هذا المبدأ يشكل التزامًا ضمنيًا في جميع العقود، ويُعد الإخلال به مبررًا كافيًا للفسخ بالإرادة المنفردة[3].

لكن هذا الاتجاه الفقهي تعرّض لعدة انتقادات، من أبرزها أنه يُركّز على السلوك الشخصي دون النظر إلى تأثيره على الالتزامات الناشئة عن العقد، مما يُفرغ الفسخ من مضمونه كجزاء لعدم التنفيذ، ويحوّله إلى مجرد تقييم أخلاقي لسلوك المدين. كما أن ربط الفسخ بإرادة الدائن بعناصر خارجية عن العقد، قد يفتح الباب أمام التعسف في

[1] - محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص.169.

[2] – ميرا عبد الله عاد، الغاء العقد بالإرادة المنفردة لعدم التنفيذ، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، 2016، ص–ص. 50–51.

[3] – محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص–ص.182– 183 .

استعمال الحق، ويُبعد الفسخ بالإرادة المنفردة عن كونه صورة من صور الفسخ التقليدي القائم على الإخلال العقدي[1].

ب: التقدير الموضوعي لجسامة المسلك

في مقابل الاتجاه السابق، يرى غالبية الفقه أن المعيار الموضوعي هو الأجدر بالتبني. ووفقًا لهذا التصور، يتم تقييم "المسلك الجسيم "استنادًا إلى أثره على العلاقة العقدية، لا إلى نية المدين أو صفاته الشخصية. وقد استُند في هذا التقدير إلى اعتبارات اقتصادية، تُراعي مصلحة الدائن في سرعة التصرف ووقف استنزاف موارده في علاقة عقدية فاشلة، دون الحاجة إلى انتظار حكم قضائي قد يتأخر عن تحقيق النتيجة المطلوبة.

وقد أيدت محاكم فرنسية عديدة هذا الاتجاه، مؤكدة أن الإخلال الجسيم الذي يهدد بقاء العقد هو المعيار المعتمد لتبرير الفسخ بالإرادة المنفردة، وهو الاتجاه الذي حظي بتأييد واسع من غالبية الفقه الفرنسي[2].

وتأسيسًا على ذلك، ذهب البعض إلى أن معيار الجسامة في الفسخ بالإرادة المنفردة هو ذاته المعتمد في حالة الفسخ القضائي، مما يعني أنه لا يُمكن مساءلة المتعاقد الذي فسخ العقد من تلقاء نفسه، متى كانت الظروف تبرر حكمًا قضائيًا بفسخ العقد لو عُرض النزاع على القضاء.

وعليه، فإن الشرط الموضوعي في الفسخ بالإرادة المنفردة يتطابق مع نظيره في الفسخ القضائي، أي أنه لا يُعتد بأي إخلال بسيط، بل يجب أن يكون الإخلال جسيمًا ومؤثرًا

[1]– محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص–ص.– 183–184، ينظر كذلك منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، المرجع السابق، ص–ص.85– 86.

[2] – منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، المرجع السابق، ص–ص. 86–87.

على جوهر الالتزامات العقدية .وهذا الاتجاه لا يقتصر على الفقه والقضاء الفرنسيين، بل تبنّته أيضًا معظم التشريعات التي أقرت مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة[1].

ثانياً: الشروط الإجرائية للممارسة الحق في الفسخ بالإرادة المنفردة

كما سبقت الإشارة، فقد اعتمد القضاء الفرنسي مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة، مقرّرًا شرطًا موضوعيًا وحيدًا يتمثل في وجود إخلال جسيم من قبل المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية. إلا أن هذا القضاء لم يُحدّد مسارًا إجرائيًا واضحًا يتعين على الدائن اتباعه لمباشرة هذا الفسخ، خاصة في غياب اتفاق مسبق بين الطرفين يجيز ذلك، وهو ما ترك فراغًا إجرائيًا تمّ سدّه من قبل الفقه القانوني.

وقد أجمع الفقه الفرنسي على ضرورة وجود مسار إجرائي محدد يجب على الدائن التقيد به عند ممارسته لحق الفسخ بإرادته المنفردة، باعتباره بديلاً عن المسار القضائي التقليدي الذي يتطلب رفع دعوى أمام المحكمة للمطالبة بفسخ العقد. ويهدف هذا المسار إلى ضمان حماية مصالح المدين من جهة، والحد من تعسف الدائن من جهة أخرى، بما يُحقق التوازن المطلوب بين أطراف العلاقة التعاقدية في ظل غياب الرقابة القضائية المسبقة.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في الفسخ القضائي، ونظرًا لاعتبار الفسخ بالإرادة المنفردة تصرفًا قانونيًا من جانب واحد، فقد حدّد الفقه الفرنسي ثلاثة إجراءات رئيسية تُشكّل معًا المسار الإجرائي الواجب اتباعه:

أ- الإعذار:

يُعد الإعذار شرطًا إجرائيًا جوهريًا، يستند إلى القواعد العامة في الفسخ القضائي. فلا يجوز للدائن فسخ العقد لمجرد إخلال المدين بالتزاماته، بل يجب أن يُوجّه إليه إنذارًا

[1] – محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص-ص.181- 182 .

رسميًا يُطالبه فيه بالتنفيذ. ويُعتبر الإعذار دليلاً على تقاعس المدين، كما يُثبت أن الدائن قد منحه فرصة لتنفيذ التزامه قبل الإقدام على الفسخ[1].

ويُشترط أن تتضمن عملية الإعذار منح المدين مهلة معقولة للتنفيذ، وتزداد أهمية هذا الإجراء في حالة الفسخ بالإرادة المنفردة نظرًا لغياب الرقابة القضائية المسبقة. وقد أجمعت آراء الفقه الفرنسي على إلزامية الإعذار كإجراء سابق على الفسخ المنفرد، نظرًا لدوره في حماية المدين وتمكين القاضي لاحقًا من مراقبة مدى قانونية الفسخ في حال نشوء نزاع بشأنه[2].

ب- الإخطار بالفسخ:

بعد انقضاء المهلة المحددة في الإعذار دون تنفيذ، يجب على الدائن أن يُخطر المدين بقراره بفسخ العقد .ويُعتبر هذا الإخطار تعبيرًا صريحًا عن إرادة الدائن في إنهاء العقد، ولا يُنتج أثره إلا من تاريخ وصوله إلى علم المدين، وليس من تاريخ صدوره[3].

ويستند هذا المبدأ إلى القاعدة العامة في التصرفات القانونية المنفردة التي يترتب عليها أثر في المركز القانوني للمدين، مما يُوجب إبلاغ الطرف المتأثر بها. ويُحقق هذا الإجراء غاية مزدوجة، فهو يُجنّب المدين تكبد نفقات أو اتخاذ تدابير تنفيذية غير مجدية، كما يمنع الدائن من استغلال تقلبات السوق أو الظروف لتنفيذ الفسخ في توقيت يُلحق ضررًا بالمدين[4].

1-بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص.173.

[2] – محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص.147.

[3] – ذلك على أساس أن الإخطار يعد تصرف قانوني من جانب واحد، لا ينتج أثره القانوني وفقاً للقواعد العامة إلا من اللحظة التي يتصل فيها إلى علم من وجه إليه، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 61 من القانون المدني الجزائري لتفصيل أكثر يُنظر إلى: بنور سعاد، المرجع السابق، ص. 292.

[4]– محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص.212.

وقد نصّت المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي المعدل على هذا الإجراء بوضوح، مما يدل على مكانته القانونية المحورية في تنظيم الفسخ بالإرادة المنفردة.

ت- تسبيب قرار الفسخ:

اشترط الفقه الفرنسي أن يتضمن الإخطار بالفسخ بيانًا للأسباب التي دفعت الدائن إلى اتخاذ هذا القرار، أي أن يكون القرار مُسببًا بذكر أوجه الإخلال وجسامته. ويُحقق هذا التسبيب عدة أهداف:

- يُمكِّن القضاء من الرقابة اللاحقة على مشروعية الفسخ ومدى توافر الشروط الموضوعية التي تُبرّره.

- يُقلّل من تعسف الدائن، ويدفعه إلى التروي والتفكير الجاد قبل مباشرة الفسخ.

- يُوفّر للمدين وسيلة للدفاع عن نفسه، وتمكينه من الطعن في مشروعية الفسخ أو إثبات تعسف الدائن أمام القضاء.

وهكذا، فإن تسبيب قرار الفسخ لا يُعد مجرد إجراء شكلي، بل يمثل أداة توازن حقيقية بين طرفي العلاقة التعاقدية، ويُحوِّل الفسخ من سلطة مطلقة إلى سلطة مقيدة تُمارَس ضمن حدود مبررة ومعلومة[1].

يتبين مما سبق أن مباشرة الفسخ بالإرادة المنفردة من قبل الدائن تخضع لضوابط دقيقة على المستويين: الموضوعي، من خلال اشتراط وجود إخلال جسيم من قبل المدين. والإجرائي، عبر التزام الدائن باتباع ثلاث خطوات أساسية: إعذار المدين ومنحه مهلة للتنفيذ، إخطار المدين بالفسخ، وتسبيب قرار الفسخ ببيان أوجه الإخلال وجسامته.

[1]- منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، المرجع السابق، ص.118.

وهذه الإجراءات لا تهدف فقط إلى تنظيم ممارسة الفسخ، بل تسعى أيضًا إلى تحقيق التوازن العقدي، وضمان الحماية الكافية للمدين، بالنظر إلى أن هذا الفسخ يتم دون رقابة قضائية مسبقة ودون وجود اتفاق سابق بين الطرفين يجيزه. كما أنها تُقلّل من فرص التعسف في استعمال الدائن لهذا الحق.

ومع ذلك، فإن دور القضاء لا ينتفي تمامًا، بل يظهر في مرحلة الرقابة اللاحقة، حيث يُمكن للمدين الطعن في الفسخ ومطالبة القضاء بإعادة تقييم مشروعيته، وهو ما سيتم التطرق إليه تفصيلاً في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة حماية لمصلحة المتعاقد الآخر

إذا قلنا إن للدائن حق فسخ العقد بإرادته المنفردة، فإن ذلك لا يعني استبعاد إمكانية تدخل القضاء في هذا الفسخ. ففي حال اعتراض المدين على صحة الفسخ الصادر عن الدائن، سواء بسبب عدم توافر شروطه أو الطعن في مشروعيته، فإن للقاضي دورًا في التحقق من مدى توافر تلك الشروط، وتكون رقابته هنا لاحقة لوقوع الفسخ، بخلاف ما هو عليه الأمر في حالة الفسخ القضائي الذي يتم بناءً على طلب مسبق.

غير أن هذه الرقابة القضائية لا تُمارس من تلقاء نفسها، بل تظل مرتبطة بطلب صريح من المدين يطعن فيه بصحة الفسخ. وفي ضوء ذلك، يكون للقاضي أحد خيارين: إما أن يُثبت صحة الفسخ ويُباشر النظر في آثاره القانونية، أو أن يقرر عدم صحة الفسخ لعدم توافر شروطه أو لكونه غير مبرر، وفي هذه الحالة يتعين عليه توقيع الجزاء القانوني المناسب، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل في النقطة الموالية.

أولاً: دور القاضي في تقييم مشروعية الفسخ بالإرادة المنفردة:

عند عرض النزاع المتعلق بالفسخ بالإرادة المنفردة على القضاء، وتبيّن للقاضي أن الفسخ قد تم وفقًا للضوابط والشروط القانونية، يقتصر دوره على إعلان أن العقد قد تم

فسخه بالفعل، مؤيدًا بذلك التصرف الصادر عن الدائن دون أن يكون لحكمه أثر إنشائي. وعليه، يُعتبر الحكم القضائي في هذه الحالة ذا طبيعة تقريرية فقط، ويُعد الفسخ نافذًا من تاريخ إيقاعه من قبل الدائن، وليس من تاريخ صدور الحكم القضائي.

ويترتب على هذا الفسخ توقف العقد عن إنتاج آثاره القانونية، مع إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل التعاقد، فيُعد العقد كأن لم يكن. غير أن ما يستدعي الانتباه فيما يتعلق بالفسخ بالإرادة المنفردة، هو وجود خلاف فقهي بشأن مدى سريان أثره بأثر رجعي.

فبينما يتفق الفقه عمومًا على أن الفسخ بالإرادة المنفردة يرتب أثرًا بالنسبة للمستقبل، فإن أثره الرجعي يظل محل نقاش. ويعود أصل هذا الخلاف إلى الصياغة التي وردت في أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية، وتحديدًا في قرار الغرفة المدنية الأولى الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 1998، والذي أقر مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة مستخدمًا عبارة : "للمتعاقد أن يضع حدًا للعقد".

واختلف الفقهاء في تفسير هذه العبارة، وانقسموا في ذلك إلى فريقين؛ حيث يرى الفريق الأول أن الفسخ بالإرادة المنفردة لا يسري بأثر رجعي، بل يقتصر أثره على المستقبل فقط، باعتبار أن التعبير يشير إلى إنهاء العقد دون المساس بآثاره الماضية. بينما ذهب فريق آخر إلى أن الصياغة لا تنفي الأثر الرجعي، بل تترك المجال لتطبيق القاعدة العامة في الفسخ، والتي تقضي بعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد.

أما عن موقف القضاء الفرنسي، فيتضح من خلال أحكام محكمة النقض أن الفسخ، سواء كان قضائيًا أو تم بإرادة أحد الطرفين، يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي، خصوصًا في حالة العقود الفورية التي تُنجز بمجرد إبرامها. ويعني ذلك إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، كأن العقد لم يكن. أما في العقود الزمنية أو المستمرة التي تمتد على فترة معينة، فيستبعد القضاء الفرنسي

تطبيق الأثر الرجعي عند الفسخ. ويُفسر ذلك بأن إعادة الطرفين إلى الوضع السابق قد تكون غير عملية أو غير عادلة نظرًا لأن بعض الالتزامات قد تم تنفيذها أو الاستفادة منها على مدار مدة العقد. لذلك، يكون أثر الفسخ في هذه العقود مستقبليًا فقط، أي أنه يوقف تنفيذ الالتزامات المستقبلية دون المساس بما سبق تنفيذه أو استلامه، بما يحفظ الحقوق المكتسبة ويحقق التوازن القانوني بين الأطراف[1].

. ومن وجهة نظرنا، لا يوجد ما يُبرر استبعاد الفسخ بالإرادة المنفردة من القاعدة العامة التي ترتب الأثر الرجعي على الفسخ. وبالتالي، فإنه من المنطقي أن يخضع هذا النوع من الفسخ لنفس القواعد، فيرتب أثرًا رجعيًا في العقود الفورية، ويقتصر أثره على المستقبل فقط في العقود المستمرة، تماشيًا مع طبيعة كل من العقد وأثر الفسخ عليه.

ثانياً: الآثار القضائية المترتبة عند إساءة استعمال الحق في الفسخ

عند عرض النزاع على القضاء بشأن فسخ العقد من طرف الدائن بإرادته المنفردة، وتبين للقاضي أن هذا الفسخ غير مبرر لعدم توافر شروطه القانونية، يُثار التساؤل حول طبيعة الجزاء الذي يمكن أن يُقرره القاضي في هذه الحالة: هل يكتفي بالحكم بالتعويض لصالح المدين؟ أم يمكنه أيضًا الحكم باعتبار الفسخ كأن لم يكن، وبالتالي استمرار العقد وترتيب آثاره؟

وقد انقسم الفقه الفرنسي في هذا الصدد إلى اتجاهين؛ فقد ذهب الاتجاه الأول إلى أن الجزاء الوحيد المتاح هو الحكم بالتعويض، مستندًا إلى أن الفسخ الصادر من أحد الطرفين يُعد أمرًا واقعًا لا يمكن الرجوع عنه، وأن العقد يُعد منحلًا نهائيًا بمجرد صدور الفسخ، حتى لو كان غير مبرر. ويستند هذا الرأي إلى مبدأ عدم إمكانية إعادة الحياة إلى عقد تم فسخه بالفعل، مما يقصر سلطة القاضي على تقرير التعويض دون إمكانية إحياء العلاقة التعاقدية.

[1] - محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص-ص..225- 229.

في المقابل، يرى الاتجاه الراجح في الفقه الفرنسي أن للقاضي صلاحية واسعة في الرقابة على مشروعية الفسخ، ويملك في حال تبين له عدم مشروعية الفسخ أن يحكم باستمرار العلاقة التعاقدية، بل وإجبار الدائن على تنفيذ العقد، خاصة إذا ثبت أن الفسخ قد تم بشكل تعسفي أو لم يبلغ درجة من الجسامة تبرر إنهاء العقد. ويدعم هذا الاتجاه مبدأ عدم السماح لأحد المتعاقدين بإنهاء العقد بإرادته المنفردة دون رقابة قضائية، حمايةً للتوازن التعاقدي، وردعًا لأي تعسف في استعمال الحق.

كما يشير القضاء الحديث إلى أنه لا يوجد ما يمنع القاضي، عند ممارسته الرقابة على الفسخ، من أن يقضي بإجبار الدائن على الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، متى كان التنفيذ العيني ممكنًا وطلبه المدين. ويرى بعض الفقه أن حصر الجزاء في التعويض فقط يُعد خروجًا عن صحيح القانون[1].

وبناءً على ما سبق، يمكن القول إن الصحيح من الناحية القانونية يتمثل في أن **الجزاء** المناسب للفسخ غير المبرر هو التنفيذ العيني للعقد متى كان ممكنًا وطلبه المدين، باعتبار أن التعويض ليس سوى وسيلة احتياطية لا يُلجأ إليها إلا عند تعذر التنفيذ العيني[2].

ثالثاً– الدور الوقائي للقضاء المستعجل في حماية مصلحة المدين من آثار الفسخ بالإرادة المنفردة:

نظرًا لطول مدة إجراءات التقاضي أمام قاضي الموضوع، من لحظة عرض النزاع إلى صدور الحكم النهائي، رأت بعض التيارات الفقهية الفرنسية أن الضرورة تقتضي منح قاضي الأمور المستعجلة دورًا هامًا في حماية المدين من آثار قرار الدائن بفسخ العقد بإرادته المنفردة. فالقضاء المستعجل، لما يتميز به من سرعة ومرونة في اتخاذ

[1]– محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص–ص.230– 232.

[2] – نفس المرجع، ص.241.

الإجراءات، يعد الوسيلة الأنسب لمنع تحول قرار الفسخ غير المبرر إلى أمر نهائي لا يمكن تدارك آثاره الضارة على المدين[1].

وقد انعكس هذا التصور في مشروع وزارة العدل الفرنسي لتعديل قانون العقود، حيث نصت المادة 168، الفقرة الثالثة، على أحقية المدين في اللجوء إلى القضاء المستعجل للطعن في مشروعية الفسخ بالإرادة المنفردة، وذلك بهدف وقف آثاره مؤقتاً إلى حين الفصل في النزاع من قبل قاضي الموضوع. ويُعد هذا النص تكريسًا لدور القضاء المستعجل كضامن للتوازن التعاقدي، من خلال تمكينه من التدخل السريع متى تبين له وجود ما يرجح عدم مشروعية الفسخ أو احتمال وقوع ضرر جسيم للمدين من تنفيذه الفوري[2].

ومن الثابت قانوناً، يُشترط لانعقاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة إما وجود نص قانوني يجيز له التدخل في حالة معينة، أو الاستناد إلى القواعد العامة لهذا القضاء. وبالرجوع إلى هذه القواعد، يمكن القول إن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ينشأ متى توفرت في النزاع صفة الاستعجال، ومتى كان الإجراء المطلوب مؤقتاً ولا يمس بجوهر الحق الأساسي[3].

إلا أنه في المقابل، يُلاحظ أن المشرع الفرنسي قد تراجع، في مرسوم 2016، عن إحدى الأحكام التي كانت واردة في مشروع وزارة العدل، والتي كانت تقضي بمنح **المدين** الحق في اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة خلال مهلة الإعذار، وذلك للطعن في فسخ العقد بالإرادة المنفردة من طرف الدائن.

---

[1] – محمد حسن قاسم، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، المرجع السابق، ص–ص. 238–239.

[2] - Art. 168/3: "Le débiteur peut pendant le délai de la mise en demeure saisir le juge des référés pour contester la résolution. Cette procédure suspend la résolution".

[3] - سعودي زهير، القضاء الاستعجالي العادي، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة،المجلد 07، العدد 01، 2020، ص. 696.

وكان هذا الإجراء – كما ورد في المشروع – يُؤدي إلى وقف تنفيذ الفسخ مؤقتاً بمجرد رفع الدعوى أمام القاضي الاستعجالي، مما يسمح للمدين بالحصول على حماية فورية ومؤقتة من أي قرار فسخ تعسفي قد يصدر من الطرف الآخر.

غير أن حذف هذا النص من المرسوم النهائي يعني تخلي المشرع عن تكريس هذه الحماية الوقائية، وهو ما أثار انتقادات في الأوساط القانونية، باعتبار أن اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة كان يُمثّل وسيلة فعّالة لإعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية، خصوصًا في الحالات التي قد يُمارس فيها الفسخ بشكل تعسفي من قبل الدائن، مستغلاً تفوقه القانوني أو الاقتصادي.

ففي ظل تزايد لجوء بعض الدائنين إلى الفسخ بالإرادة المنفردة بشكل غير مبرر، فإن تمكين المدين من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي كان سيوفر له حماية فورية ومؤقتة تُمكّنه من الدفاع عن مصالحه دون انتظار الفصل في النزاع أمام المحكمة المختصة، خاصة في الحالات التي قد يتسبب فيها التنفيذ الفوري للفسخ في إلحاق أضرار جسيمة به[1].

بناءً على ذلك، نرى أن حذف هذه الآلية يُضعف من مستوى الحماية القانونية الممنوحة للمدين، ويحد من فعالية الرقابة القضائية على قرارات الفسخ الأحادية، مما يدعو إلى إعادة النظر في هذا التوجه التشريعي، أو على الأقل إيجاد بدائل تضمن حماية سريعة وفعالة للطرف الضعيف داخل العلاقة التعاقدية، فإن تمكين المدين من اللجوء إلى القضاء الاستعجالي كان يُشكّل ضمانة مؤقتة وفعالة إلى حين الفصل النهائي في النزاع من طرف المحكمة المختصة موضوعيًا، والتي تبقى صاحبة الصلاحية في التحقق من مشروعية الفسخ، ومدى التزام الأطراف بشروطه، سواء بتأييد الفسخ أو بإبطاله.

[1] – منى أبو بكر الصديق محمد حسان، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود الفرنسي المعدل 2016، المرجع السابق، ص.141.

خاتمة

خاتمة:

بناءً على ما تناوله البحث من عرض تشريعي، وقضائي، وفقهي لأهم الجوانب القانونية المتصلة بالالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر في ضوء الأنظمة القانونية المقارنة، يمكننا أن نستخلص مجموعة من النتائج نوردها فيما يلي تباعًا:

– صار التوجه القانوني الحديث يتجه نحو تكريس مقتضيات التعاون والتضامن في العلاقات التعاقدية، التي تفرض على كل طرف من الأطراف المتعاقدة أن يأخذ في الاعتبار، بما يتجاوز مصالحهم الخاصة، مصالح الطرف المتعاقد معهم من خلال قبول تضحيات معينة من أجل تعزيز الحفاظ على العقد وتحقيق الغاية العقدية التي أُنشئ من أجلها،

– تعد فكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر تعبير عن تطور مفهوم العقد من كونه أداة لتحقيق الإرادة الفردية، إلى كونه أداة لتحقيق التوازن والعدالة بين طرفيه، وأن هذه الفكرة تُطبَّق ضمن نطاقات مختلفة في مراحل العقد،

– أن فكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر لم تعد مجرد قاعدة أخلاقية يُستأنس بها في سياق تفسير بنود العقد، بل غدت عنصراً جوهرياً في البنية القانونية للعقود، ووسيلة لضمان التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، كما أنها تُجسد نقلة نوعية في الفكر القانوني في مجال العقود، إذ تُعزز من منطق التوازن والعدالة، وتُحد من الممارسات التعسفية التي قد تضر بمصلحة أحد المتعاقدين. كما أن تكريس هذه الفكرة – مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر– يُشكل خطوة هامة نحو تطوير النظرية العامة للعقد بما يتلاءم مع متطلبات الإجتماعية والإقتصادية،

– لقد أظهرت الدراسة المقارنة بين الأنظمة القانونية اللاتينية والانجلوساكسونية تبايناً في مدى تكريس فكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، إلا أن الإتجاه الغالب يميل إلى الاعتراف بها، سواء صراحة في النصوص أو ضمنياً من خلال التفسير القضائي،

– الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يُشكل أداة قانونية فعّالة في تحقيق التوازن التعاقدي ومراعاة مصلحة المتعاقد الضعيف، سواء أكان مُستهلكاً أو طرفاً يفتقر إلى الخبرة الفنية، فهو يعد تجسيد لفكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر في مرحلة السابقة على

التعاقد، بحيث يسهم في تمكين الطرف الضعيف من اتخاذ قرار تعاقدي واعٍ ومستنير، مما يعزز من العدالة التعاقدية ويحد من التفاوت المعرفي بين المتعاقدين،

– أظهرت الدراسة أن المشرع الفرنسي عالج الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام معالجة تشريعية صريحة ضمن الأحكام العامة المنظمة لنظرية العقد – القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 2016– عكس التشريع الجزائري الذي نظمه بصورة ضمنية ضمن نصوص تشريعية متفرقة على غرار الأحكام المنظمة لعقد البيع،

– تعد الشروط التعسفية إحدى أبرز الإشكاليات التي تهدد توازن العلاقة التعاقدية، لاسيما في العقود التي تُبرم بين طرفين غير متكافئين من حيث القوة الاقتصادية والمعرفية، كما هو الحال في العقود الاستهلاكية. فقد أظهرت الدراسة المقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي أن كلا النظامين القانونيين يسعيان إلى حماية الطرف الضعيف من تعسف الطرف الأقوى، لكن بأساليب ومستويات مختلفة. ففي حين تبنّى المشرع الفرنسي موقفًا متقدمًا وأكثر دقة من خلال تحديد معايير موضوعية وتوسيع نطاق الحماية إلى ما بعد العقود الاستهلاكية، لا يزال التشريع الجزائري في حاجة إلى مزيد من التطوير، سواء على مستوى التعريف الدقيق للشروط التعسفية أو من حيث توسيع نطاق تطبيقها لتشمل أنواعًا أوسع من العقود، بحيث لا ينحصر تطبيق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط.

– هذا وأظهرت الدراسة أن الفقه الإسلامي أولى عناية بالغة للشروط التعسفية، فقد كان السبّاق في مواجهة الشروط التعسفية مقارنة بالتشريعات الوضعية، حيث عالج الشروط التعسفية بنظام متكامل ومتناسق قائم على إبطال الشرط التعسفي مع بقاء العقد إذا أمكن، تأسيساً على أنها شروط تُسبب ضرراً لأحد المتعاقدين، وتحقيقاً للعدالة التعاقدية بين الاطراف المتعاقدة،

– يعد الالتزام بإعادة التفاوض أحد الأدوات القانونية التي تضمن العدالة في العلاقات التعاقدية، وتساعد على الحفاظ على التوازن بين مصالح الأطراف في ظل الظروف غير المتوقعة. والالتزام بإعادة التفاوض لا يعني فسخ العقد أو تعديله مباشرة، بل هو دعوة للطرفين إلى الجلوس والتفاوض حول كيفية الاستمرار في تنفيذ العقد بما يتماشى مع الظروف الجديدة، قبل اللجوء إلى القضاء؛ فهو تقنية حديثة لمعالجة مشكلة تغير

ظروف تنفيذ العقد، كما يعد من قبيل الأدوات الفعالة في تحسين مرونة العقود، خاصة في العقود التجارة الدولية، حيث تفرض التغيرات الاقتصادية أو السياسية أحيانًا ضرورة إعادة التفاوض لتعديل شروط العقود، هذا وتناولته التشريعات الوضعية بشكل متفاوت؛ فقد حظي بعناية كبيرة من قبل واضعي الاتفاقات الدولية المنظمة للتجارة الدولية- على غرار اتفاقية فيينا للعقود البيع الدولية-، ذلك بحكم أن علاقات التجارة الدولية قائمة على الثقة والإئتمان المُطلقين والتعامل المستمر بين طرفي الرابطة العقدية، مما يجعلها تنسجم تمام الانسجام مع الالتزام بإعادة التفاوض القائم على واجب التعاون بين المتعاقدين، أما عند تصفح فحوى القوانين الداخلية – لاسيما القانون الفرنسي والجزائري_ نجد أنها تناولته – الالتزام بإعادة التفاوض- بشكل متباين؛ فالقانون المدني الفرنسي الحديث – بعد تعديل 2016- يعزز مفهوم إعادة التفاوض ويجعله مرحلة إلزامية قبل عرض النزاع على القاضي، مما يشجع على الحلول الودية التعاقدية، أما القانون المدني الجزائري لا يُلزم بذلك، بل يمنح القاضي سلطة التدخل مباشرة لتعديل الالتزامات عند وقوع ظروف طارئة، مما يعكس اعتمادًا أكبر على الحلول القضائية.

- يترتب عن تفعيل تقنية إعادة التفاوض التزامات عديدة، منها ما يعتبر التزام فردي يقع على عاتق أحد الطرفين، على غرار التزام المدين المتضرر بالإخطار، الذي يعتبر نقطة البدء في عملية إعادة التفاوض، بحيث لا يكفي أن يقع الحدث المخل بتوازن العقد لتفعيل آلية إعادة التفاوض بل يجب أن يلتزم المدين المتضرر بتبصير دائنه بكل ما يصادف العقد من ظروف تعيق التنفيذ الأمثل للعقد، وذلك بغية تلافي المخاطر الناتجة عنها – الظروف المستجدة وقت التنفيذ- أو تلافي جزء منها. كما يفرض بالمقابل على الدائن- متى أُخطر بوجود ظروف تعيق تنفيذ العقد- التزماً بتقليص الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد المُبرم. ويعّد الالتزام بتقليص الأضرار أداة فعّالة لتحقيق العدالة وتفادي استغلال الإخلال بالعقد لتحقيق منافع غير مشروعة. كما يعتبر من أبرز صور التعاون المفترض بين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد، وآلية لضمان استمراريته، وتطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية؛ فهو التزام إيجابي يقضي بإتخاذ إجراءات معقولة لتخفيف الضرر الماس بمصلحة أحد المتعاقدين بغية عودة سريان العادي للعقد في أقرب وقت ممكن،

وفضلاً على ذلك يترتب على تفعيل آلية إعادة التفاوض التزام مشترك يقع على كلا الأطراف، فمتى التزم المدين المتضرر بإخطار الدائن بالتغيرات الحاصلة، ورد هذا الأخير على الإخطار، فإنه يُفرض على المتعاقدين التزاماً مشتركاً مفاده الشروع بإعادة التفاوض بحسن النية ووفقاً للمتغيرات الجديدة بغية التوصل الى اتفاق جديد.

- نقض العقد بالإرادة المنفردة يمثل استثناءً مشروعًا في حالات معينة، لكن بشرط مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، فلا يجوز ممارسة الحق في نقض العقد بشكل تعسفي أو مفاجئ، ذلك بغية منح الطرف المتعاقد معه فرصة لتدبر أمره بعد علمه بقرار نقض العقد انفرادياً، مع اشتراط عدم الإضرار بالطرف الآخر دون مبرر مشروع،
- – يُشترط أن يُمارس الفسخ بالإرادة المنفردة وفق ضوابط قانونية تحمي مصالح الطرف الآخر. كما يتعين أن تُراعى في ممارسته مبادئ العدالة والإنصاف، وفي مقدمتها حسن النية وعدم الإضرار. ومن ثم فإن حماية المتعاقد الآخر لا تُعد قيدًا على حرية الفسخ، بقدر ما تمثل ضمانة ضد التعسف الذي قد يُمارس من قبل الفاسخ تحت ستار الحرية التعاقدية. ويُستفاد من ذلك أن الفسخ بالإرادة المنفردة جائز في حالات معينة، لكنه ليس مطلقًا. بحيث يجب أن يُمارس ضمن حدود مراعاة مصلحة المتعاقد الأخر، لذا اشترطت التشريعات الوضعية على غرار التشريع الفرنسي أن يتم هذا النوع من الفسخ بتوجيه إنذار مسبق مع إثبات ضرر فعلي، كما أن الجهات القضائية تُقييم مشروعية الفسخ بالإرادة المنفردة بمدى مراعاة الطرف المُمارس لحق الفسخ لمصلحة المتعاقد معه. وبذلك يتبين أن الالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر يُشكل أحد المعايير القانونية الضابطة لمدى مشروعية هذا الفسخ، كما أنه – الالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر– يُسهم في تحقيق التوازن العقدي ومنع تغول متعاقد على الآخر باسم حرية التعاقد.

وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها من خلال دراستنا لفكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، ارتأينا أن نقترح بعض التوصيات نجملها في النقاط التالية:

- ضرورة التقنين الصريح للالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، وذلك بإدراج مبدأ مراعاة المصلحة ضمن نصوص القانون المدني الجزائري عند تقييم مدى تعسف الشروط التعاقدية، بغية بسط المزيد من الحماية التعاقدية للطرف الضعيف.

- ضرورة أن يكرّس المشرّع الجزائري مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني عام وملزم، مع تعميم تطبيقه على مختلف مراحل العقد، ابتداءً من مرحلة المفاوضات، مروراً بمرحلة إبرام العقد وتنفيذه، وصولاً إلى مرحلة إنهائه،
- ضرورة التقنين الصريح لآلية الفسخ بالإرادة المنفردة أسوة بالمشرع الفرنسي، وذلك بسن نصوص قانونية صريحة تجيز الفسخ بالإرادة المنفردة وفق ضوابط محددة، منها مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر،
- يُستحسن الإستفادة من التجربة القضائية المقارنة – الفرنسية والأنجلوساكسونية– في تكريس وتطوير فكرة مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، وذلك بأن يستلهم القضاء الجزائري من الاجتهادات القضائية المُكرسة لفكرة التوازن بين الحرية التعاقدية والعدالة العقدية،
- دعوة المشرع الجزائري إلى تبني سياسة تشريعية قائمة على تشجيع الحلول الودية قبل إنهاء العقد، مما يسمح للمتعاقدين إعادة التفاوض ودياً، وذلك بأن ينص المشرع الجزائري صراحة على الالتزام بإعادة التفاوض في حالة تغير ظروف تنفيذ العقد أسوة بالمشرع الفرنسي الذي نص على تقنية إعادة التفاوض في نص المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي، بغية إرساء أكبر قدر من العدالة العقدية،
- ضرورة تبني القضاء الجزائري موقف مرن في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك بأن يُفسر القضاة النظرية بشكل يضمن مراعاة مصالح المتعاقدين المتوازنة، ويفتح المجال لإعادة التفاوض بدلاً من الإكتفاء بتعديل التزامات الطرف المضرر فقط أو تقرير الفسخ،
- تعزيز الثقافة التفاوضية والتعاقدية القائمة على التعاون، وذلك بتشجيع المتعاقدين على النص في عقودهم على آليات لإعادة التفاوض عند تغير الظروف،
- تفعيل الرقابة القضائية على التعسف في استعمال الحق في الفسخ وإنهاء العقد، وذلك بمنح القضاء صلاحيات أوسع للتحقق من مدى احترام مبدأ حسن النية ومراعاة مصلحة المتعاقد الآخر.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

❖ المصادر:

1-الكتب السماوية

- القرآن الكريم.

2- كتب الحديث

- مالك بن أنس في الموطأ، كتاب الأقضية، باب "القضاء في المرفق"، تحقيق: مصطفى بن العدوي، دار ابن رجب، بيروت، ط01، 1423ه- 2003م.

3- المعاجم والقواميس:

- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري ابن منظور، لسان العرب، الجزء 08، دار صادر، بيروت، 2003.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء 01 دار الجيل، دون سنة نشر.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجير، مجمع اللغة العربية، 1989.
- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986.

❖ المراجع باللغة العربية:

أولاً- الكتب:

1-الكتب العامة:

- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- توفيق حسن فرج، مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- جاك غيستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000.

- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995.
- توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة 3، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي-مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه-، المجلد الأول، دار السلام للطباعة والنشر، الطبعة1، 2001.
- طلبة وهيبة خطاب، أحكام التزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، دون سنة النشر.
- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء 01، الطبعة 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 1998.
- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي، بيروت، 2000.
- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة 03، الجزء 01، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الهبة والشركة، الجزء5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معقمة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، 1984.
- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام مع مقارنة بالفقه الإسلامي، الجزء 01، الطبعة 02، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1963.

- عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، القسم الأول: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1992.
- عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر، 2008.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 05، ديوان المطبوعات الجامعية،2003.
- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

- _____، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة 03، موفم للنشر، 2015.
- عبد المجيد محمود مطلوب، النظريات العامة في الفقه الاسلامي، المال والملك والعقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد، الجزء 01، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- غنيمة خيار لحلو، نظرية العقد، بيت الأفكار، الجزائر، 2018.
- محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
- محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- _____، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (الفعل المستحق للتعويض)، دار الهدى، الجزائر، 2011.

– محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، العاتك للنشر، القاهرة، 2010.

2– الكتب المتخصصة:

– إبراهيم دسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

– إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.

– أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء مضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

– أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 04، 2006.

– أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 01، 2011.

– إسماعيل عبد النبي شاهين، انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

–بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة للطباعة، 2008.

– بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.

– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
- _____، حماية المستهلك: الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
- خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للإلتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2019.
- رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2017.
- رمزي بيد الله حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
- رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر الاعتبار الشخصي في عقد الكفالة، دراسة مقرنة، دار الجماعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- زبيري بن قويدر، حماية مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مع إسقاطات على عقود الاستهلالك في ضوء أحدث تعديلات القانون الجزائري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2019.
- سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دار الجامعة الجديدة، 2018.
- سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، 2007.
- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

- شريف محمد غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017.
- _____، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- شهيناز رفاوي، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقود الاستهلاك، الطبعة الأولى، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017.
- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر، مطبعة جامعة فراد، مصر، 2003.
- عبد الرحمان حديبي، سلطة القاضي في عقد الاذعان –دراسة مقارنة– المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 02، 2023.
- عبد العال حسين، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، الجامعة الأردنية، الأردن،1993.
- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة 1، در الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد البرمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة 01، 2015.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- _____، العقود الخاصة، البيع، بدون طبعة، موفم للنشر، الجزائر، 2018.
- عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.

– عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

– فايز أحمد عبد الرحمان، الشّروط التعسّفية في وثائق التأمين، دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ت.ط، 2006.

– فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشرط التعسفي، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة 01، 2017.

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

– محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

– محمد حسين أكرم التميمي، التنظيم القانوني للمهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 01، بيروت، لبنان، 2010.

– محمد شريف غانم، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

– محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

– مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.

– _____، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 01، 2011.

– مصطفى أبو منذر موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2000.

– مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005..

– ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

- منى أبوبكر حسان، الإتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، دار الجامعة الجديدة، 2022.
- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، مكتبة السنهوري، لبنان، الطبعة 01، 2010.
- ميثاق طالب عبد حمادى الجبوري، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الأنظمة القانونية الوطنية والدولية معززة بأحكام القضاء والتحكيم والشروط التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، 2016-2017.
- نادية محمد معوض، شرط الإعفاء في العقود التجارية وعقود المستهلكين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، مصر، 1982.
- نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018.
- وصال علي راغب محمد ابو سعده، الآليات الـــإتفاقية لإعادة التوازن في العقود المدنية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2022.
- وليد خالد عطية، النظرية العامة لواجب تقليص الأضرار في العقود، دراسة مقارنة بين القوانين الأنكلوسكسونية والمدنية وعقود نقل البيع الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 01، لبنان، 2015.
- وليد صلاح رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009.
- يمينة حوحو، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط01، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2016.

ثانياً :أطروحات الدكتوراه ورسائل الماجيستر:

1-أطروحات الدكتوراه:

- المخطار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر تلمسان، الجزائر، 2017-2018.

- أحمد بورزق، أثر الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2013-2014.

- أحمد رباحي، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية، جامعة وهران، 2008.

- أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011.

- أمل كاظم سعود، الالتزام بالتعاون، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2007.

- بدري جمال، نقض العقد بالإرادة المنفردة من الاستثناء إلى المبدأ، أطروحة دكتواره، جامعة الجزائر01، كلية الحقوق، ، 2016/2015.

- بن سعيدي سلمة، خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على توازن العقد-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2024/2023.

- بواكور رفيقة، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.

- بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، 2011.

- جوابي فلة، الأحادية في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2019-2020.

- حياة محمد محمد أبو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة المنصورة، مصر، 2004.
- زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود تيزي وزو، الجزائر، 2018.
- سعدي محمد أمين، المعالم الجديدة لنظرية العقد في التشريعات الوضعية مقارنة بالفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2021-2022.
- شريفي ويزة، مدى تأثر الشركة بانسحاب الشريك، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، 2023.
- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015-2016.
- طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص الاساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018-2019.
- طيار محمد السعيد، أثر تغير الظروف على الالتزام العقدي في التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2023.
- عبد الرزاق بولنوار، الالتزام المهني بالإعلام، أطروحة دكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016-2017.
- عبد العزيز علي خميس السعدي، دور الإرادة المنفردة في انحلال الرابطة العقدية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2021.
- عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في فسخ العقود، أطروحة دكتوراه، العقود والمسؤولية في الشريعة والقانون، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، 2018.

– عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014–2015.

– علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2009.

– فاطمة الزهراء زيتوني، حسن النية في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017–2018.

– مبارك خلف مبارك الوهيبي، الالتزام بالإفصاح في العقود، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2010.

– محمد جفيلي، حامية المستهلك في نطاق العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، 2017–2018.

– مصطفى أبو منذر موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 2000.

– نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في قانون الاستهلاك، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، 2017–2018.

– نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2003.

– هني عبد اللطيف، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد – دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.

2– رسائل الماجيستر

– أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2010/2011.

– إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، رسالة ماجستر، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012.

– حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017–2018.

– حنتيب عمار، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود، رسالة ماجيستير، القانون الخاص، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر، 2015.

– رباح سعيدة، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجيستير، حقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سطيف02، 2014/2013.

– سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.

– علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستر، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011.

– قسمي أحلام، نقض العقد إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن عكنون، 2013/2012.

– مروك أحمد، معالجة أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

– مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارية الدولية، رسالة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة منصورة، مصر، 2015.

ثالثاً: المقالات:

– أحمد إبراهيم الحياري، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد، " دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني"، مجلة القانونية، هيئة التشريع والرأي القانوني، جامعة البحرين، العدد 11، 2022.

- أحمد رباحي، فاطمة الزهراء قلواز، علاقة الالتزام بضمان العيوب الخفية ببعض الالتزامات الحديثة، (الالتزام بالمطابقة والالتزام بالإعلام)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تسيمسيلت، المجلد 02، العدد 01، 2017.
- آسيل باقر جاسم، النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض، دراسة في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي، جامعة بابل للعلوم القانونية، المجلد الأول، العدد 01، 2011.
- أسيل نجم عبد الله، طارق كاظم عجيل، دور حسن النية في تخفيف عبء الإثبات في النطاق التعاقدي، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، المجلد 15، العدد 25، 2022.
- أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صيغة قضائية وصياغة تشريعية لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون ادارة للإصلاح والتطوير، 09-1 ماي 2017، ملخص خاص، الاعدد2، الجزء الثاني، نوفمبر، 2017.
- برابح يمينة، خصوصية الحماية القانونية من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تسيمسيلت، المجلد 08، العدد 01، 2023.
- بغدادي خديجة، ويس فتحي، أثر القوة الاقتصادية على عقود الاستهلاك-بين القواعد العامة والتوجه التشريعي الحديث، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 16، العدد2، 2021.
- بغداوي مولود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.
- بن حليمة سعاد، لجنة البنود التعسفية كآلية لحماية العلاقة التعاقدية لتقوية قانون العقود، مجلة القانون، جامعة أحمد زبانة، غليزان، المجلد 11 العدد 1، 2022.
- بن غريب رابح، أحكام الغبن في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة جيجل، المجلد 06، العدد 01، 2021.

– بن عزوز بن صابر، التعليق على قرارات المحكمة العليا المتعلقة بإعادة تكييف عقد العمل، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 09، العدد، 02، 2024.

– بورزق أحمد، الحماية القضائية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021.

--بوعكاز خليل، الحاج علي بدر الدين، مكافحة الشروط التعسفية في العقد آلية للمحافظة على الرابطة التعاقدية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022 .

– بوكرزازة أحمد، الابطال والفسخ دراسة مقارنه بين النظامين في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الانسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 32، العدد3، ديسمبر2021.

– بوكرزازة أحمد، الإبطال والفسخ: دراسة مقارنة بين النظامين في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، 2021.

– بوكريريس سهام، أحمد داود رقية، دور الإلتزام بمبدأ حسن النية في تحقيق أمن التفاوض في العقود المُبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، جامعة جيلالي بونعامة، خميس مليانة، المجلد 08، العدد 02، 2022.

– تواتي باسمة، عثماني بلال، الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 7، العدد2، 2022.

– جامع مليكة، حق العدول عن العقد كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الواحات، 2020.

– جمال زكي إسماعيل الجريدلي، حماية المستهلك في عقود الإذعان: دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تامنغست، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، 2019.

- جيلالي بن عيسى، بن قردي أمين، عقود الاذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المكز الجامعي إليزي، المجلد 01، العدد 01، ديسمبر 2019.
- حبيبة كالم، الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، مجلة صوت القانون، جامعة جيلالي بونعامة، خميس مليانة، المجلد الثامن، العدد 02، 2022، تاريخ النشر 2022/06/16.
- حليمة بن دريس، إعادة التفاوض في العقود: دراسة على ضوء مبادئ اليونيدروا والتشريعات الوطنية، مجلة الإجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، المجلد 13، العدد 02، 2021.
- حملاوي دغيش، الشرط كوصف للالتزام في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية،، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 24، العدد 01، 2024.
- خلفي عبد الرحمان، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، 2013.
- دلشاد رمضان، إيمان يوسف نوري، الأساس القانوني لإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة دهوك، العراق، المجلد 26، العدد 02، 2023.
- رشيد واضح، إنهاء عقود العمل غير محددة المدة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، 2012.
- رغيد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بفسخ العقد غير محدد المدة وتحديد المقابل بالإرادة المنفردة في القانون المدني الفرنسي المعدل 2016و2018، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة الجلفة، المجلد 13، العدد 3، أكتوبر 2020.
- رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، التزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، مجلة الدراسات القانونية والإقتصادية، جامعة مدينة السادات، مصر، المجلد 07، العدد 2، ديسمبر 2021.
- زرداني عبد العزيز، مواجهة الشروط التعسفية كالية لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، افريل 2017.

– سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 28، العدد 01، جامعة الإخوة منتورين قسطينة، 2017.

– سعدي محمد آمين، رباحي أحمد، مهلة التفكير كآلية وقائية لحماية رضا المستهلك، مجلة صوت القانون، المجلد 09، العدد 01، جامعة خميس مليانة، 2022.

– سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد، مجلة الاجتهاد، 2018.

– الصادق ضريفي، اختلال التوازن في المعرفة بين الأطراف عند تكوين العلاقة التعاقدية، مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، العدد 13، 2012.

– الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة أفاق علمية،، جامعة تامنغست، المجلد11، العدد1 ، 2019.

– صهباء نزار ناظم، إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، مجلة النور للدراسات القانونية، جامعة النور، العراق العدد 2، المجلد 1، ، ديسمبر 2024.

– عبد الصمد عبد الناصر، مسوغات نظرية الباعث على العقود في الشريعة الإسلامية في البيئة الرقمية، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، جامعة برج بوعريريج، المجلد09، العدد01، جوان 2024.

– علي حسين الدويح، الالتزام بإعادة التفاوض في تكوين العقد المعدل، مجلة الإمام جعفر الصادق للدراسات القانونية، كلية القانون، جامعة الإمام جعفر الصادق، العراق، العدد 3، حزيران 2022.

– عماد خضير علاوي، دور الارادة المنفردة في انهاء العقد، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 03، 2011 .

– قاشي علال، الشرط الجزائي بين القانون الجزائري والشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 04، العدد02، 2019.

– قشي عبد النور، خيار العدول عن العقد ضمانة للمستهلك في المعاملات الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، 2020.

– قلوش الطيب، الآثار المدنية لإخلال المتدخل بالالتزام بالإعلام، مجلة القانون، المركز الجامعي غليزان، العدد 07، ، 2016.

– محجوب بوكريس مروى، أمحمدي بوزينة إيمان، حماية المستهلك من مخاطر القرض الاستهلاكي، مجلة القانون، 2022.

– محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية ولاقتصادية، الإسكندرية، مصر، المجلد 02، العدد01، 2003.

– _____، نحو الفسخ بالارادة المنفردة، قراءة في التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، 2010.

– محمد شكري الجميل العدوي، الاستغلال العقدي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، المجلة العلمية، العدد 10، كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنين، ديمياط الجديدة، دمشق، 2022.

– محمد صوالح اعمامرة، نورة جبارة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من التعسف، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 05، العدد02، اكتوبر، 2021.

– محمد لبيب شنب، الجحود المبستر للعقد، دراسة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين الفرنسي والمصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مجلد 02، العدد 02، 1965.

– مرتضى عبد الله خيري، السكوت المُعبر ودوره في بعض البيوع المدنية، دراسة في قانون المعاملات المدنية العماني لسنة 2013، مجلة الأكاديميا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 05، العدد 06، جوان 2017.

– مسكين حنان، بن أحمد الحاج، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة سعيدة، العدد التاسع، ديسمبر2017.

– مشعل مهدي جوهر حياة، مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة، مجلة الحقوق، 2009.

– منى أبو بكر الصديق محمد حسن، فسخ العقد بالإرادة المنفردة، دراسة تحليلية في ضوء قانون العقود لفرنسي المعدل، 2017، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، مصر، العدد 85، جانفي2019.

– مهند عثمان خضير موسى الموسري الأحمد دلمي، التزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية " دراسة مقارنة بين فرنسا والعراق ومصر"، المجلة العراقية للبحوث الانسانية والاجتماعية والعلمية، جامعة قم، جمهورية إيران، العدد 08، 2023.

– مولاوي محمد لمين، بطلان العقد ضمن أحكام القانون المدني، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، المجلد 10، العدد 1، 2024.

– مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقد، مذكرة ماجستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008م2009.

– هجيرة تومي، سامية بويزري، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، المجلد الخامس، العدد الاول، 2021.

– هيثم فضل الله، الطبيعة المقيدة للحرية التعاقدية في القانون المدني الفرنسي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، العدد23، 2019.

– ياسر الصريفي، الغاء التصرف القانوني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية، عدد74، مطبعة كلية الحقوق، مصر، 2004.

– يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 30، العدد 02، 2019.

رابعاً: المطبوعات الجامعية:

– بدري جمال، محاضرات في مادة إنهاء الرابطة العقدية، جامعة الجزائر1–يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2021/2020.

– عليان عدة، محاضرات في مقياس القانون المدني، مصادر الالتزام الإرادية، نظرية العقد والإرادة المنفردة، جامعة غليزان، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2023.

خامساً: النصوص التشريعية والتنظيمية:

1- القوانين:

- قانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، العدد 06، الصادرة بتاريخ 1989/02/13. (الملغى).

- قانون العمل رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، العدد 17، الصادرة بتاريخ 1990/04/25.

- القانون رقم 04-02، المؤرخ في 2004/06/13، الجريدة الرسمية، العدد 41، المؤرخة في 2004/06/27، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 05أوت2010، الصادر بتاريخ 2010/10/18، الجريدة الرسمية، العدد46.

- قانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 المعدل والمتمم للأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 2006/03/12.

- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية ، العدد 35، الصادرة في 13 يونيو 2018.

- القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، العدد 28، الصادرة في 2018/05/16.

2- الأوامر:

- الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 48، الصادرة في 10 جويلية 1966، (المعدل والمتمم).

- الأمر رقم 75-58، المتضمن للقانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المتضمن للقانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005.

- الأمر رقم 75-59 ، المتضمن للقانون التجاري، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 101، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 95- 07 المتضمن قانون التأمين المؤرخ في 25 جانفي 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 13، المعدل والمتمم بقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 12 مارس 2006.

- الأمر 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية، العدد 50، الصادرة في 09/01/ 2010.

3-المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التعسفية، المؤرخ في 2006/09/10، جريدة الرسمية، العدد 56، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 44/08 الصادر في 2008/02/03، الجريدة الرسمية، العدد07.

- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 40، الصادرة في 19 سبتمبر 1990.

- المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 2015/05/12 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 24 الصادرة بتاريخ 13/05/ 2015.

سابعاً- المواقع الإلكترونية:

- محمد سيد طنطاوي، إشكاليات التنفيذ العيني ووسائل إكراه المدين على التنفيذ، المركز الوطني الديمقراطي العربي، مقال منشور على الأنترنت، https://www.democraticac.de/?p=58860، تاريخ الإطلاع: 2021/12/14.

- صالح مهدي كحيط، نور عقيل طاهر، الالتزام بالإخطار في عقود التجارة الدولية، مقال منشور على الانترنت.

https://abu.edu.iq:8081/ar/research/articles/12330 يوم 2025/02/05 على الساعة 21:46

- أحمد مصطفى محمد منصور العجوز، إعادة التفاوض لمعالجة تغير الظروف في العقود الإدار ية، بحث مستخلص من رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2017.

-http://lawfac.mans.edu.eg/images/files/Magazine/2020/70/14.pdf consulté le: 22/05/2025

❖ **المراجع باللغة الأجنبية:**

I. ouvrages:

- A.karimi, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, L.G.D.j, 2001.

- ATUNC, Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on droit réparation, R.I.D.C. 1953.

- Ghozi (A) , La modification de l'obligation par la volonté des parties , Etude de droit civile français, L.G.D.J, Paris, 1980.

- John.Stefan et Simon.regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.droit privé compare européenv.9 société de légistation compare.paris.2010.

- JULGART (Michelle)**, L'obligation de renseignements dans les contrats**, RTD civ.,1945.

- M. IVAINER. De l'ordre public technique et l'ordre public technologique. J.C.P.1972,I, 2495 .

- Malaurie Philippe, Aynés Laurent, Stoffel –Munck, Droit des obligations, 9 éd, LGDJ, 2017.

- MAZEAUD DENIS, Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle ?, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, éd. J-Cl, 1999.

- Oppetit (B), L'adaptation des contrarts internationaux aux changements de circonstances, la clausse de hardship, J.D.I, n.4.

- René Demogue, traité des obligation en général, effets des obligation, librairie arthur Rousseau, paris,1932.

- XAVIER TESTU(E).fin contrat pour inexecution en droit anglo-saxon.dalloz reference contrats d'affaires.2010.n2.

-F. Terré, Ph. Simler & Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 10ème édition, 2009, p. 660 et suivantes.

-Ghestin jean, Traité de droit civil, les obligation, le contrat, L.G.D.J, 1980, n. 455.

-H. Capitant, F. Terré & Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, 12ème édition, Dalloz, 2008, p. 266.

-John Cartwright, Stefan Vogenauer & Simon Whittaker, Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Droit privé comparé et européen, vol. 09, Société de Législation Comparée, Paris, 2009, p. 218.

II. Les théses:

- Alisse Jean, l'obligation de rensiengnement dans les contrats, these,1975, Paris.
- Claire-Marie Peglion-Zika, La notion de clause abusive, thèse de doctorat, spécialité: droit prive, université Pantheon- Assas, France, 2013.
- David Malazoué, l'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, mémoir de master 2 droit des contrats internes et internatiounaux, faculté jean monnet, paris sud.
- Imel Benabdellah, la renégociation du contrat, thése de doctorat, Droit privé et sciences criminelles, école doctorale droit et science politique, Montpellier, 2013.
- MEHANNA MARIAM, La prise en compte de l'intérêt du cocontractant, Thèse de doctorat en droit Sous la direction de M. le Professeur Denis Mazeaud, université Panthéon - Assas France, 2014
- Nathalie Lou Nahan Konan, l'application des principes d'inidroit au contrats en contexte de gestion de projets internationoux: un Moyen de gestion de

Risque, mémoire présenté à université du québec a trios – Rivières, Mars 2004.
- Philippe Stoffel – Munck, Regard sur la théorie de l'imprévision, Aix-Marsielle, Presses universitaires d,Aix –Marseille, 1994.
- Reine. Al Achkar, clause de hardship et clause d'amiable composition, thèse Doctorat, droit privé, Paris II, 2010.
- stéphan reifegerste, pour une obligation de minimiser le dommage, presses universitaire d'aix-marsielle, aix en provence, 2015.

III. Articles:

-A. Ghozi & Y. Lequette, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de Chancellerie, Dalloz, 2008, n° 37, p. 2609.

-D. Mazeaud & B. Fauvarque-Cosson, L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Uniform Law Review, vol.11, January 2006, pp. 103-132.

- Mustapha Mekki, Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile, gazette du palais, n°22.

IV. Lois et textes législatif:

- Ordonnance n°2016/131 du 10 février2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 –texte n° 26.
- Code des Assurances Français (loi n°92-665 du 16 juillet 1992 art.37 II journal officiel du 17 juillet 1992).
- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2010.
- Principes d'Unidroit Relatifs Aux Contrats du Commerce International 2016.
- The Principles of European Contract Law 1998.

V. Les Décisions judiciaires:

- Cass civ 1ere chambre, 31 may 1989, bull. Transp.1989.

-Cass. Civ1er. 23 avril.1985, Bull.civ I, 1985 n°125 D.1985.

VI. Les sites électronique:

- Isabelle Bessiéres Roques, L'obligation pour la victime de minimiser son dommage faut-il une réforme législative, l'argus de l'assurance, n°¨7718 du 16/07/2015, trouver sur lelien :https://www.argusdelassurance.com/acteurs/l-obligation-pour-la-victime-de-minimiser-son-dommage-faut-il-une-reforme-legislative.95985, voir le : 24/09/2021.
- Arrêt gaz de bordeaux du 30 mars 1916, sur le site :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT0000

076294 65, page 1, consulté le 21/05/2025 à 19 : 17.

- UNIDROIT, Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, www.unidroit.org.fr (consulté pour les articles 7.3.2-1, 9:301 et 9:303).

الفهرس

الفهرس	الصفحة
مقدمة	1
الباب الأول **الالتزام بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند تكوين العقد**	9
الفصل الأول: مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر في المرحلة السابقة على التعاقد –الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام–	11
المبحث الأول: التأصيل القانوني للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في ضوء مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر	13
المطلب الأول: ماهية الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	14
الفرع الأول: التطور الفقهي والتشريعي لفكرة الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	14
أولاً: دور الفقه القانوني في الاعتراف بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام كالتزام قانوني يهدف إلى مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر.	15
أ: الاتجاه المناهض لفكرة وجود الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	15
ب: الاتجاه المؤيد لفكرة وجود الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	15
ثانياً: الدور الخلاق للاجتهاد القضائي في تقرير الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام خدمةً لمصلحة الطرف الضعيف	17
ثالثاً: التكريس التشريعي لالتزام قبل التعاقدي بالإعلام بوصفه أداة لحماية مصلحة المتعاقد الآخر	19
الفرع الثاني: المفهوم الفقهي للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	22
أولاً: التعريفات الفقهية للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في إطار تحقيق توازن مصالح المتعاقدين	22
ثانياً: خصائص الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	24
أ: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام عام وقانوني	25
ب: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام نسبي غير مطلق	25
ت: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام وقائي يهدف إلى منع	26

الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر	
ث: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام مستقل يعكس القيمة الحمائية لمصلحة المتعاقد الآخر	26
المطلب الثاني: خصوصية الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تجسيد لمبدأ مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر	27
الفرع الأول: شروط قيام الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	28
أولاً: علم المدين بالالتزام بالمعلومات الجوهرية اللازمة لتكوين رضا المتعاقد الآخر	28
ثانياً: جهل الدائن بالمعلومات والبيانات العقدية اللازمة لإبرام العقد	30
أ- الجهل المستند إلى إستحالة علم الدائن بالمعلومات اللازمة لإبرام العقد	30
ب- الجهل المستند إلى إعتبارات الثقة المشروعة التي تفرض مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر	31
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في نطاق مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر	32
أولاً: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام ببذل عناية	32
ثانياً: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام بتحقيق نتيجة	33
ثالثاً: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: التزام ذو طبيعة مختلطة يجمع بين حماية الإرادة ومصلحة المتعاقد الآخر	34
المبحث الثاني: تكامل مهلة التفكير مع الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وآثر الإخلال به في ضوء مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر	35
المطلب الأول: مهلة التفكير كامتداد وظيفي للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام: نحو توازن يُراعي مصلحة المتعاقد الآخر	35
الفرع الأول: مفهوم مهلة التفكير في ضوء حماية مصلحة المتعاقد الضعيف	36
أولاً: مهلة التفكير بين سكوت التشريعات وتعدد التعاريف الفقهية	36
ثانياً: مهلة التفكير والتروي: ضمانة قانونية لصحة القبول في التعاقد	39

أ- إلزام المتعاقد القوي بالثبات على إيجابه مدة محددة حمايةً لمصلحة المتعاقد الآخر	40
ب- منع المتعاقد الضعيف من إصدار القبول حفاظاً على مصلحته العقدية	
الفرع الثاني: تكامل مهلة التفكير مع الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام لتحقيق العدالة العقدية	45
المطلب الثاني: آثار الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في إطار حماية مصلحة المتعاقد الآخر	46
الفرع الأول: إبطال العقد تأسيساً على نظرية عيوب التراضي	47
أولاً: قابلية العقد للإبطال تأسيساً على عيب الغلط	47
ثانياً: قابلية العقد للإبطال تأسيساً على عيب التدليس	49
الفرع الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	53
أولاً: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	54
ثانيا: أركان المسؤولية المدنية عن إخلال المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	57
الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند إبرام العقد من خلال حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية	63
المبحث الأول: الإطار النظري العام للشروط التعسفية وأثرها على مصلحة المتعاقد الآخر	64
المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية	65
الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية	66
أولاً: التعريف الفقهي للشروط التعسفية	66
ثانياً: التعريف التشريعي للشروط التعسفية	67
الفرع الثاني: مجال ونطاق تطبيق الشرط التعسفي	71

أولاً: من حيث طبيعة العقود	71
ثانياً: موضوع العقد	75
ثالثاً: شكـــل العقـــد	76
المطلب الثاني: عقد الإذعان والشروط التعسفية: علاقة ترابط ومساس بمصلحة المتعاقد الضعيف	77
الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان	78
أولاً: تعريف عقد الإذعان	78
ثانياً: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان وخصائصه	80
أ- تبيان طبيعة عقود الإذعان	84
ب- خصائص عقد الإذعان بين المفهوم التقليدي والحديث	80
الفرع الثاني: معايير تصنيف الشروط التعسفية	87
المبحث الثاني: آليات حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية: تجسيد لمبدأ مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر	93
المطلب الأول: الآليات القانونية العامة لحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية	94
الفرع الأول: حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية في ظل مبادئ الكلاسيكية للعقد	95
أولاً: قاعدتي الغبن والاستغلال ودورهما في مكافحة الشّروط التعسّفية	95
أ- التأصيل الفقهي لنظريتي الغبن والاستغلال	96
ب- الفرق بين الغبن والاستغلال	99
ت- مدى الاستفادة من نظرتي الغبن والاستغلال في مواجهة الشروط التعسفية بما يُحقق مراعاة المتعاقد الآخر	99
ثانيا: دور نظرية السبب ومبدأ حسن النية في مكافحة الشّروط التعسّفية	104
أ- التأصيل الفقهي لنظرية السبب ومبدأ حسن النية	105
ب- مدى فاعلية نظرية السبب ومبدأ حسن النية في مواجهة	113

الشروط المُخلة بمصلحة المتعاقد الآخر	
الفرع الثاني: حماية مصلحة المتعاقد من الشّروط التعسّفية في إطار عقود الإذعان	119
أولاً: شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية	119
ثانياً: إمكانية تعديل الشّروط التعسّفية أو استبعادها	121
أ- سلطة القاضي في تعديل أو إعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية	121
ب- سلطة القاضي في تفسير العقد لمصلحة المُذعِن مديناً أو دائناً	123
الفرع الثالث: حماية مصلحة المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية في ظل الشروط التعاقدية	125
أولاً: حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية المرتبطة بالشرط الجزائي والشروط الإرادية	125
أ: إعادة تقدير الشرط الجزائي بما ينسجم مع مصلحة المتعاقد الآخر	125
ب: ضبط الشروط الإرادية بما يحفظ مصلحة المتعاقد الآخر	135
ث: حماية المتعاقد من الشروط التعسفية ببطلان الشروط الخاصة الواردة في العقود الخاصة	138
1-التعسفية في عقود التأمين	139
2- الشّروط المعفية والمحدّدة للمسؤولية	142
3-شرط إسقاط أو إنقاص الضمان	143
4-شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل التجاري	144
المطلب الثاني: الآليات القانونية الخاصة لحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية	145
الفرع الأول: اعتماد نظام القوائم لتحديد الشروط التعسفية بموجب تشريعات حماية المستهلك	146

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية	152
أولاً: الرقابة الإدارية من خلال لجنة البنود التعسفية	153
ثانيا: الرقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم	156
الفرع الثالث: الرقابة القضائية على الشروط التعسفية	158
أولاً: أنواع الرقابة القضائية على الشروط التعسفية	159
أ- رقابة القضاء الإداري	159
ب- رقابة القضاء المدني	161
ت- دور دعاوى جمعيات المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية	161
ثانياً: الجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية في العلاقة العقدية	164
أ- الجزاء الإدراي المقرر في مواجهة الشرط التعسفي	164
ب- الجزاء القضائي المقرر في مواجهة الشرط التعسفي	166
الباب الثاني **مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند تنفيذ العقد وإنهائه**	172
الفصل الأول: مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند تنفيذ العقد **"الالتزام بإعادة التفاوض: تقنية تعاقدية لمعالجة تغير ظروف تنفيذ العقد"**	174
المبحث الأول: التأصيل القانوني للالتزام بإعادة التفاوض	175
المطلب الأول: حقيقة الالتزام بإعادة التفاوض	175
الفرع الأول: تحديد مفهوم فكرة إعادة التفاوض كآلية لتحقيق توازن المصالح التعاقدية	175
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية الالتزام بإعادة التفاوض	177
أولاً: الالتزام بإعادة التفاوض التزام ببذل عناية	177
ثانياً: الالتزام بإعادة التفاوض التزام بتحقيق نتيجة	177
ثالثاً: الالتزام بإعادة التفاوض التزام بتحقيق نتيجة ذو طبيعة خاصة يُحقق المصلحة المشتركة للمتعاقدين	178
الفرع الثالث: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن الأنظمة القانونية المشابهة –	179

تقارب واختلاف–	
أولاً: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن نظرية الظروف الطارئة	179
ثانياً: تمييز فكرة إعادة التفاوض عن شروط التعديل التلقائي	183
المطلب الثاني: مضمون الالتزام بإعادة التفاوض في ضوء حماية مصالح المتعاقدين	186
الفرع الأول: الالتزام بإعادة التفـــاوض – من ممارسة عقدية إلى تنصيص قانوني–	186
أولاً: الأساس الإرادي للالتزام بإعادة التفاوض تحقيقاً لمصلحة المتعاقدين	187
أ– إعادة التفاوض تجسيد لمبدأ حرية العقدية	187
ب– إعادة التفاوض تطبيق عملي لمبدأ القوة الملزمة للعقد	188
ثانياً: أساس إعادة التفاوض في ظل غياب اتفاق صريح حمايةً للطرف الذي اختل مركزه العقدي	190
الفرع الثاني: ضوابط إعمال الالتزام إعادة التفاوض مراعاةً لمصلحة المتعاقد الآخر	195
أولاً: الضوابط الواجب توافرها في الحدث المتسبب في اختلال التوازن	195
ثانياً: الضوابط المتعلقة بأثر الحدث مركز المتعاقد الآخر والتوازن الاقتصادي العقد	202
المبحث الثاني: فعالية الالتزام بإعادة التفاوض كأداة لحماية مصالح المتعاقدين	205
المطلب الأول: الالتزامات الفردية الناشئة عن التزام بإعادة التفاوض	205
الفرع الأول: التزام المدين بالإخطار مراعاة لمصلحة الدائن	205
أولاً: مضمون الالتزام بالإخطار	205
أ– الأساس القانوني للالتزام بالإخطار	206
ب– تنوع الإجراءات التي تتخذ لإخطار الدائن	207
1– إعلام الدائن بأسرع وقت ممكن بوقوع الحدث المرهق	208
2– التقيد بالشكلية	208

ثانيا: آثار تنفيذ الالتزام بالإخطار على سير العقد	209
ثالثاً: جزاء الإخلال بالالتزام بالإخطار	211
الفرع الثاني: التزام الدائن بتقليص الأضرار مراعاة لمصلحة المدين المتضرر	212
أولاً: مضمون الالتزام بتقليص الأضرار	212
أ- الأساس القانوني للالتزام بتقليص الأضرار	212
ب- تنوع الإجراءات المتخذة لتقليص الأضرار	218
1- الالتزام بإتخاذ تدابير معقولة لتقليص الضرر	219
2- التزام الدائن بالسرعة في إتخاذ تدابير تقليص الضرر	225
ثانياً: الآثار القانونية الناتجة عن التزام الدائن بتخفيف الضرر	210
أ- الآثار المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزام بتقليص الضرر	228
1-عبء إثبات تنفيذ الالتزام بتقليص الضرر	228
2-إنقاص قيمة التعويض المستحق للدائن	229
ب-الآثار المترتبة عن تنفيذ الالتزام بتقليص الضرر	230
1-استرداد النفقات التي يتكبدها المتضرر لتقليص الضرر	230
2-تحمل مُحدث الضرر المسؤولية عن الجزء الذي لم يكن بإستطاعة الدائن تخفيفه	231
المطلب الثاني: الالتزامات المشتركة الناشئة عن التزام بإعادة التفاوض	214
الفرع الأول: إعادة التفاوض بحسن نية ضماناً لمصلحة كل متعاقد	231
الفرع الثاني: مصير العقد بعد إعادة التفاوض في ضوء مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر	233
أولاً: حالة نجاح المفاوضات وإعادة التوازن العقدي بصورة تحمي المصالح المتبادلة	233
ثانياً: حالة فشل المفاوضات والخيارات القانونية المتاحة لحماية مصالح الطرف الضعيف	235
الفصل الثاني: مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند إنهاء العقد	237

المبحث الأول: مراعاة مصلحة المتعاقد الأخر عند نقض العقد بالإرادة المنفردة	238
المطلب الأول: التأصيل القانوني لفكرة نقض العقد بالإرادة المنفردة	239
الفرع الأول: مفهوم نقض العقد بالإرادة المنفردة في ضوء حماية مصلحة المتعاقد الآخر	239
أولاً: تعريف نقض العقد بالإرادة المنفردة	239
ثانياً: خصائص نقض العقد بالإرادة المنفردة	243
ثالثاً: تمييز نقض العقد بالإرادة المنفردة عن بعض الأنظمة القانونية المقاربة له	246
الفرع الثاني: حالات نقض العقد بالإرادة المنفردة	254
أولا: تحريم الالتزام الأبدي حماية لحرية التعاقد ومصلحة الطرفين	255
أ- فكرة تأبيد الالتزامات	255
ب-تطبيقات فكرة عدم تأبيد الالتزامات	256
1-إقرار فكرة عدم تأبيد الالتزامات ضمن أحكام القانون المدني	256
1-1-في عقد الشركة	256
1-2-في عقد العارية	257
2- إقرار فكرة عدم تابيد الالتزامات ضمن أحكام القوانين الخاصة – قانون العمل أنموذجاً-	257
ثانيا: مراعاة مصلحة المتعاقد الضعيف	258
أ- تقرير حق نقض العقد بالإرادة المنفردة حماية للمتعاقد الضعيف	259
1- بعض تجليات حماية المتعاقد	260
1-1-حق مالك المرتفق به في طلب إنهاء الارتفاق عند زوال فائدته حمايةً لملكيته من التقييد غير المبرر	260
1-2- تقرير حق العدول في العقود الإلكترونية	261
1-3- إقرار حق العدول للمستهلك المُقترض في مواجهة	263

المؤسسات الإئتمانية	
ثالثا: زوال الاعتبارات التي يقوم عليها العقد	264
أ- زوال الاعتبار المرتبط بشخصية المتعاقد	264
1- حالات زوال الاعتبار الشخصي في العقود	266
1-1-نقض عقد الوكالة بالإرادة المنفردة لزوال الثقة في الوكيل	267
1-2-نقض عقد الشركة بالإرادة المنفردة لزوال الاعتبار الشخصي في أحد الشركاء	269
1-3- نقض عقد الوديعة بالإرادة المنفردة لزوال الاعتبار الشخصي في المودع لديه	268
ب- زوال الاعتبارات غير المرتبطة بشخص المتعاقد معه أو صفاته المؤثرة في قيام العقد	268
1-حالات زوال الاعتبارات غير المرتبطة بشخص المتعاقد معه أو صفاته	269
1-1- زوال الاعتبارات المهنية والعائلية لدى المستأجر	269
1-2- زوال الاعتبارات المرتبطة بالقاناعات الشخصية للمؤلف	269
المطلب الثاني: ضوابط ممارسة حق نقض العقد بالإرادة المنفردة ومدى إمكانية التدخل القضائي	270
الفرع الأول: تقدير مصلحة المتعاقد الآخر عند ممارسة حق نقض العقد بالإرادة المنفردة	271
أولاً: الالتزام بالإخطار المسبق في مهلة زمنية معقولة حمايةً لمصلحة المتعاقد الآخر	271
ثانياً: الالتزام بالتبرير مراعاة لمصلحة المتعاقد الآخر	275
الفرع الثاني: دور الرقابة القضائية في ضبط حدود ممارسة حق النقض حماية لمصلحة المتعاقد الآخر	278
أولاً: الدور الحمائي للقاضي في مواجهة سوء استعمال حق النقض	279

ثانياً: دور القاضي في توقيع الجزاء عند الإخلال بمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر	280
المبحث الثاني: مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر عند فسخ العقد بالإرادة المنفردة	282
المطلب الأول: التأصيل القانوني لفكرة فسخ العقد بالإرادة المنفردة	283
الفرع الأول: تحديد مفهوم فكرة فسخ كأصل عام	284
أولاً: تعريف فكرة الفسخ كأصل عام	285
ثانيا: مقارنة نظام الفسخ بغيره من الأنظمة القانونية المقاربة له	287
ثالثاً: الشروط القانونية للفسخ وتقسيماته	288
الفرع الثاني: الفسخ بالإرادة المنفردة في ظل التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة	291
أولاً: دور القضاء الفرنسي ومشاريع الإصلاحية للقانون المدني الفرنسي في قيام نظرية فسخ العقد بالإرادة المنفردة	292
ثانياً: فسخ العقد بالإرادة المنفردة على مستوى التشريعات الدولية والوطنية	297
ثالثاً: مبدأ الفسخ بالإرادة المنفردة بين الرفض والتأييد في ضوء مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر	300
المطلب الثاني: ضوابط اعمال الفسخ بالإرادة المنفردة: الموازنة بين سلطة الفسخ وحماية مصلحة المتعاقد الآخر	308
الفرع الأول: ضوابط ممارسة حق الفسخ بالإرادة المنفردة مراعاة لمصلحة المتعاقد الآخر	309
أولاً: الشروط الموضوعية للفسخ بالإرادة المنفردة	309
ثانياً: الشروط الإجرائية للممارسة الحق في الفسخ بالإرادة المنفردة	312
الفرع الثاني: الرقابة القضائية اللاحقة على الفسخ بالإرادة المنفردة حماية لمصلحة المتعاقد الآخر	315
أولاً: دور القاضي في تقييم مشروعية الفسخ بالإرادة المنفردة	315
ثانياً: الآثار القضائية المترتبة عند إساءة استعمال الحق في الفسخ	317

ثالثاً: الدور الوقائي للقضاء المستعجل في حماية مصلحة المدين من آثار الفسخ بالإرادة المنفردة	318
خاتمة	321
قائمة المصادر والمراجع	327
الفهرس	352

ملخص الدراسة:

الملخص:

تُعد مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر مبدأً حديثًا يهدف إلى تحقيق توازن عادل بين أطراف العقد بعيدًا عن الجمود التقليدي لسلطان الإرادة، إذ يقتضي من كل متعاقدٍ أن يُراعي مصالح الطرف الآخر أثناء التفاوض والإبرام والتنفيذ والإنهاء. ويتجسد هذا المبدأ في التزام بالإعلام وحسن النية وتجنّب الإضرار غير المبرر بالمتعاقد الآخر، وهو ما اعتمده عدد من التشريعات الحديثة خاصة في العقود التي تتسم بعدم التوازن أو تفاوت القوة الاقتصادية والتفاوضية. ويُراد من ذلك كله تعزيز الثقة المتبادلة وضمان استقرار المعاملات وتحقيق قدر أكبر من العدالة العقدية.

الكلمات المفتاحية:

مراعاة مصلحة المتعاقد؛ المساوة الفعلية؛ العدالة العقدية؛ حسن النية؛ الالتزام بالإعلام؛ التعاون العقدي؛ تخفيف الضرر؛ عدم التعسف في استعمال الحق.

Abstract:

Considering the interests of the other contracting party is a modern principle aimed at achieving a fair balance between the parties to a contract, moving away from the traditional rigidity of freedom of contract. It requires each party to consider the interests of the other during negotiation, conclusion, execution, and termination. This principle is embodied in the obligation to inform, act in good faith, and avoid unjustifiably harming the other party. Several modern legal systems have adopted this principle, particularly in contracts characterized by imbalance or disparities in economic and negotiating power. The ultimate goal is to strengthen mutual trust, ensure the stability of transactions, and achieve greater contractual fairness.

Keywords: Consideration of the contractor's interest, actual equality, contractual justice, good faith, obligation to inform, contractual cooperation, mitigation of harm, and non-abuse of rights.

Résumé:

La prise en compte des intérêts de l'autre partie contractante est un principe moderne visant à instaurer un juste équilibre entre les parties à un contrat, rompant ainsi avec la rigidité traditionnelle de la liberté contractuelle. Ce principe exige de chaque partie qu'elle prenne en considération les intérêts de l'autre lors de la négociation, de la conclusion, de l'exécution et de la résiliation

du contrat. Il se traduit par l'obligation d'informer, d'agir de bonne foi et d'éviter de causer un préjudice injustifié à l'autre partie. Plusieurs systèmes juridiques modernes ont adopté ce principe, notamment pour les contrats caractérisés par un déséquilibre ou une disparité des pouvoirs économiques et de négociation. L'objectif ultime est de renforcer la confiance mutuelle, d'assurer la stabilité des transactions et de parvenir à une plus grande équité contractuelle.

Mots clés : Prise en compte des intérêts du contractant, égalité réelle, justice contractuelle, bonne foi, obligation d'informer, coopération contractuelle, atténuation des préjudices et non-abus des droits.