

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

التوازن العقدي

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور

كحلولة محمد

من إعداد الطالب

درماش بن عزوز

لجنة المناقشة :

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة	مكان العمل
أ. د بن عمار محمد	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -
أ. د كحلولة محمد	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقرا	جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -
أ. د فيليب دلباك	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا	جامعة السربون - باريس I -
د. بن داود ابراهيم	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة زيان عاشور - الجلفة -
د. يقاش فراس	أستاذ محاضر أ	عضوا مناقشا	جامعة - وهران -

السنة الجامعية 2013 - 2014

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى " وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ "

صدق الله العظيم

شكرو وتقدير

لا يسعني في مستهل هذه الرسالة، بعد شكر الله عز وجل أن منّ عليّ ووفّقني إلى إتمامها، إلا أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير والعرفان، إلى أستاذي ومعلمي الأستاذ الدكتور/ كحلولة محمد، الذي تفضّل مشكوراً بقبول الإشراف على هذه الرسالة، ولم يدّخر جهداً في توجيهي وإرشادي، كما فعل من قبل أثناء إعدادي لمذكرة الماجستير.

كما أتقدم بالشكر والامتنان لأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة على ما بذلوه من جهد ووقت في تقييم وتصويب هذا البحث، بالرغم من مهامهم وأعبائهم العلمية والعملية، وقبل ذلك على تفضّلهم بقبول مناقشته، وعلى رأسهم أستاذي الفاضل بن عمار محمد، رئيس اللجنة، والأستاذ بن داود إبراهيم، والأستاذ يقاش فراس.

كما أخص بالشكر الأستاذ Philippe Delebecque على ما قدمه لي من مساعدات طيلة السنوات الأخيرة.

والشكر موصول لكل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا الجهد المتواضع.

قائمة بأهم المختصرات

ق م ج القانون المدني الجزائري

ق م ف القانون المدني الفرنسي

ق م م القانون المدني المصري

م ق المجلة القضائية

ج جزء

د م ج ديوان المطبوعات الجامعية

ج ر الجريدة الرسمية

ع عدد

ص صفحة

ط طبعة

د دكتور

فق فقرة

م مادة

د د ن دون دار نشر

د ت ط دون تاريخ طبع (نشر)

Liste des Principales Abréviations

al.	Alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Bull. civ.ou	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation
C.civ	Code civil
C.consom.	Code de la consommation
CA	Arrêt cour d' appel
Cah.Dr.entr.	Cahiers du droit de l'entreprise
Cass.civ. 1^{re},2^e,3^e,	Arrêts d'une chambre civile de la cour de cassation
Cass.com.,	Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation
Cass.soc.,	Arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation
CE	Arrêt du conseil d 'État
Chron.	Chronique
Consom.	consommation
D.	Recueil Dalloz
D.Aff.	Recueil Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire général du notariat Défrénois
Ed.	Édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

J.Cl.civil ou com.	Jurisclasseur civil (ou) commercial
JCP	Jurisclasseur périodique (semaine juridique)
JO	Journal Officiel de la République française
LPA	Les petites affiches
n°	numéro
Opu,	office des publications universitaire
op.cit.	Dans l'ouvrage cité (opere citato)
P.	page
préc.	Précité
PU	Presse universitaire
PUF	Presse universitaire de France
R.T.D.civ,ou com.	Revue trimestrielle de droit civil ou de droit commercial
RDC	Revue des contrats
Rép.civ./com.	Répertoire civil ou commercial,Dalloz
Rev.	Revue
t.	Tome
Th.	Thèse
Th.LGDJ	Thèse,Collection Bibiliothèque de droit privé,LGDJ librairie générale de droit et de jurisprudence
V	Voir
VOL	Volume

مقدمة

إستقر الفكر القانوني على أن العقد عموماً، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين. هذا الأثر هو ثمرة تبادل الرضا بين أطرافه.

في الجانب العملي، لا شك أن العقد هو أداة التبادل للأموال والخدمات. وهو بهذا الوصف يُعد الوسيلة المثلى لإشباع حاجات الأفراد ورغباتهم، من خلال التوفيق بين المصالح المتعارضة. حيث يبغى كل طرف تحقيق أكبر قدر من الربح في جانبه، على اعتبار أن أطراف العقد هم أعلم الناس بمصالحهم. وماداموا متساوين أمام القانون، فإنهم يصنعون عدالة العقد بأنفسهم. هذه الأفكار وغيرها شكلت ذروة الاسس التي أقام عليها أنصار المذهب الفردي تصوّرهم لنظرية العقد. حيث ظهر سلطان الارادة كمبدأ مهيم على حياة العقد من حيث نشأته وتنفيذه. وسيطرت القواعد المنبثقة عنه على كل مفاصل العقد.

لكن التطبيق الصارم لمبدأ سلطان الارادة، في صورته التقليدية ترتبت عنه الكثير من النتائج السيئة، من أهمها؛ أنه كرّس استغلال القوي للضعيف بسبب فرضية المساواة بين أطراف العقد، حيث اصطدمت هذه الفرضية بنهايات القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، بواقع مناقض تماماً. فتطور عقود الازعان، وانتشار اختلال التوازن الصارخ وعلى أوسع نطاق، جعل الهوة تزداد اتساعاً بين العمال وأرباب العمل، وبين المؤمنين والمؤمن لهم، وبين المحترفين والمستهلكين، وغيرها من العلاقات التعاقدية التي عرفت تفاوتاً كبيراً بين المراكز التعاقدية. وأصبح التساؤل منصب حول كيفية إحلال مساواة واقعية، محل المساواة المجردة أمام القانون.

هذه العوامل وغيرها أدت إلى مراجعة الأسس والقواعد التي استند إليها مبدأ سلطان الارادة من قبل غالبية الفقه، الذي اعتبر هذا المبدأ خيالي، ولم يعد يتلاءم مع الواقع،

وبالتالي اقترح أسسا بديلة، ترمي في مجملها إلى تحقيق العدالة التعاقدية. هذه القراءة الجديدة في نظرية العقد سمحت بظهور أفكار جديدة من أهمها فكرة التوازن العقدي.

في ظل هذه الحركية القانونية، اتجهت الأنظار لفكرة التوازن العقدي في القانون المعاصر رغبة في جعلها كأهم الموجهات الحديثة لقانون العقود، وأصبح يُنتظر منها إحالة العقد أكثر واقعية وأكثر انسجاما مع المستجدات على الساحتين الاقتصادية والاجتماعية، وإضفاء المسحة الأخلاقية على الروابط التعاقدية، والتي غابت عنها طيلة عقود من الزمن.

من هذا المنطلق تتجلى بوضوح أهمية الموضوع، فتحقيق التوازن العقدي يظهر كوسيلة أساسية لضمان العدالة التعاقدية، الأمر الذي يساعد في إضفاء صبغة أخلاقية على الروابط التعاقدية، التي نلاحظ بوضوح انحسارها بشكل كبير في معاملاتنا اليومية. ولن يتأتى ذلك إلا من خلال المحافظة على مصالح الطرف الضعيف، ضحية اختلال التوازن في العقد، الذي يعتبر أولى بالحماية في مواجهة طرف قوي يتمتع بنفوذ اقتصادي، يستغله في كثير من الأحيان في فرض الشروط التي تخدم مصالحه، حتى ولو كانت تهدم مصالح الطرف الضعيف الذي لا يقوى على حماية مصالحه بنفسه.

بالإضافة إلى أن التطور الرهيب، الذي شهده المجال الاقتصادي داخل المجتمع، أفرز العديد من العلاقات التعاقدية التبادلية التي تزداد تعقيدا يوما بعد يوم، وانتشرت بشكل ملحوظ العقود التي يدخل الزمن كعنصر أساسي في تكوينها، كعقود التوريد والخدمات التي تثير الكثير من الصعوبات، خاصة في مرحلة تنفيذها. وعقود أخرى تتضمن نسب معتبرة من الاختلال في التوازن بين الالتزامات المتبادلة، بفعل انعدام المساواة في المراكز القانونية لطرفيها. يظهر ذلك بوضوح في عقود الاستهلاك، التأمين، العمل....

في المقابل نلاحظ أن الحلول التقليدية المتضمنة في القوانين المدنية، والتي كانت مطبقة لمعالجة الخلل في التوازن، كالبطلان والفسخ، لم تعد توفر الحماية الكافية للمتعاقد ضحية الخلل، بل على العكس من ذلك، أصبحت تؤدي إلى نتائج عكسية، ذلك أن الضرر الذي قد تحدثه هذه الحلول يتجاوز في كثير من الأحيان الضرر الذي يحدثه الخلل في التوازن.

من هنا أيضا تظهر الأهمية البالغة التي يكتسبها البحث عن وسائل وآليات بديلة، تضمن حماية مصالح المتعاقدين، وفي ذات الوقت تحافظ على استمرارية العقد.

الواقع أن هذا الأمر شكّل أهم الدواعي التي قادتني لاختيار موضوع التوازن العقدي، أي الميل نحو الدراسات القانونية - في مجال نظرية الالتزام عموما، وبالأخص في نظرية العقد - التي تولي اهتماما كبيرا لإبراز الجانب الأخلاقي في المعاملات، ومكافحة الجور والظلم والتعسف في العلاقات التعاقدية.

من جهة أخرى فإن لهذا الموضوع اتصالا وثيقا بفكرة العدالة، التي وإن لم تكن ركنا من أركان التصرف القانوني، أو شرطا من شروطه، إلا أنها جوهره وكيانه. فالعدالة بالنسبة للقانون، كالروح للجسد.

يقول الفقيه Gounot " في أحكام العقد ليس هناك سوى مبدأ واحد مطلق : هو العدالة، وما الحرية إلا وسيلة لتحقيق العدالة، فهي تستند على افتراض العدل"¹.

¹ - " En matière de contrat,

il n y a qu'un seul principe absolu: c'est la justice.

La liberté n'est qu'un moyen en vue du juste;

elle ne repose que sur une présomption de justice ".

E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse, Dijon, 1912, p. 387.

إن موضوع التوازن العقدي، يعتبر من المواضيع الحديثة، فبالرغم من جذوره التاريخية الممتدة في الشرائع القديمة، إلا أن هذه الفكرة ليس لها حضور واضح في مختلف التشريعات، لاسيما منها التشريعات المدنية، على غرار القانون المدني الجزائري. الأمر الذي جعل الجهود الفقهية، والاجتهادات القضائية، المتعلقة بهذا الموضوع في بلادنا، شحيحة إلى حد كبير.

هذا الوضع جعل محاولة الخوض في بحث كهذا، لا تخلو من صعوبات وعراقيل، أهمها نقص المادة العلمية، وغياب رؤية دقيقة وواضحة للفقه والقضاء الجزائريين بخصوص فكرة التوازن العقدي. فكان الاعتماد على القانون المقارن، وتحديد القانون الفرنسي أمرا لا مفر منه. ذلك أن التجربة الفرنسية في هذا المجال، والتي تزعمها الفقه والقضاء بداية، أثمرت العديد من الأبحاث والدراسات المتخصصة، كان لها أثر بالغ في إثراء الفكر القانوني، وتطوير فكرة التوازن العقدي، لاسيما في توجيهها كأداة لتحقيق العدالة في المجال التعاقدية، لتضحى أحد الأسس التي يقوم عليها قانون العقود. فبالرغم من عدم النص عليها صراحة، ضمن القواعد العامة المنظمة للعقود، إلا أنها حاضرة وبقوة من خلال الممارسة في العلاقات التعاقدية.

بالإضافة إلى ذلك، فإن محاولة البحث في موضوع التوازن العقدي لا تخلو من مخاطرة، كونها تصطدم مع مبادئ تقليدية، ترسّخت بمرور الزمن في وجدان الفكر القانوني، وسيطرت عليه طويلا، كمبدأ سلطان الإرادة، والقوة الملزمة للعقد، والقواعد المترتبة عنهما.

إن موضوع هذه الدراسة يتناول بالبحث مضمون التوازن العقدي، بمعنى أنه يقتصر على فكرة التوازن في الإطار التعاقدية، وبالتالي فهو لا يتعلّق بالتصرفات القانونية الأخرى خارج على هذا الوصف، إلا ما دعت إليه الضرورة بصفة عارضة.

وبالنظر لتعريف العقد من خلال المادة 54 من القانون المدني الجزائري² "العقد اتفاق، يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، نجد أن السمة المميزة للعقد تكمن في اتجاه الإرادة الثنائية - أو أكثر - لإحداث الأثر القانوني. فاتفاق الإرادتين ركن أساسي في العقد، لذا يستثنى من موضوع الدراسة، التصرفات الناشئة بالإرادة المنفردة، كالوصية وغيرها، حيث لا يوجد مقابل للالتزام المتصرف، وبالتالي لا يمكن تصوّر فكرة التوازن العقدي في هذا النوع من التصرفات.

على أن هناك في دائرة العقود، تصرفات ذات طبيعة خاصة، وهي التبرعات، فهذه العقود تقوم أساسا على انعدام التكافؤ؛ ذلك أن القاضي في تحديده لهذا النوع من العقود يسترشد بمعيارين :

المعيار الأول ذو طبيعة ذاتية، يتمثل في نية التبرع. هذا المعيار يقصي تماما فكرة التوازن. فالمتعاقد يقبل على الالتزام بمنح شيء معين وهو على بينة من أنه لن يأخذ مقابلا لما أعطى، إلا إذا استثنينا الدافع الباعث الذي حمله على التعاقد، وهو أمر خارجي عن العقد، ذو طبيعة نفسية، لا يمكن القول أنه يُشكّل عوّض، حتى نتساءل عن مدى التوازن في هذا النوع من العقود.

أما المعيار الثاني، فهو معيار اقتصادي. ذو طبيعة مادية. نجد أنه يقوم على انعدام وجود العوّض³ في هذا النوع من العقود.

بالإضافة إلى ذلك، هناك بعض القوانين الأجنبية التي تنفي على التبرعات صفة العقد، خاصة الأنظمة الأنجلو سكسونية، حيث ترى أن نية التبرع - التي تعتبر العنصر

² - القانون المدني الجزائري، المتضمن بالأمر رقم 75-58، المؤرخ 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ص من 990 إلى 995.

³ - يعرف عقد التبرع بأنه العقد الذي لا يأخذ فيه العاقد مقابلا لما يعطي، محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1983، ص، 17 و18.

المميّز لعقد التبرع - في بعدها النفسي، لا تكفي لقيام العقد. وأن الالتزام لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا إذا كان ينطوي على عنصر مادي يسمى بـ"الاعتبار La Considération"⁴. ومادام هذا العنصر منعدم في التبرعات، فلا يمكن وصفها بأنها عقود.

نفس المسألة أثرت في القانون الفرنسي. وكان النقاش يهدف إلى محاولة التعرف عن ما إذا كان التبادل الاقتصادي يعتبر عنصراً مميّزاً للعقد. لكن أغلب الآراء رفضت هذه النظرة المضيئة لمجال العقد، معتبرة أن التبرع جزء لا يتجزأ من العقود، إلا أنه عقد ذو طبيعة خاصة.⁵

لهذه الأسباب سيكون التركيز في دراستنا هذه في المقام الأول، على عقود التبادل، التي تفترض تبادل للأداءات، إذ يلتزم كل طرف بالقيام بأداء لمصلحة الطرف الآخر، الذي يلتزم بدوره بالقيام بأداء للطرف الأول، حيث أن عقود التبادل تفترض تغييراً في حاجات المتعاقدين، وبالتالي تغييراً في الوسائل المعدة لإشباع هذه الحاجات والتي ينصب البحث في مدى توازنها.

هذا الأمر جعلنا نستبعد أيضاً عقود التشارك أو المشاركة، والتي تفترض على العكس من ذلك، حاجات متشابهة، فعقد الشركة لا يقوم على التوفيق بين المصالح المتعارضة لكي يقتضي قيام قدر من التوازن بين الشركاء فيه، وإنما هو عقد يهدف إلى تحقيق منفعة مشتركة بين أطرافه.

إنطلاقاً من ذلك يمكن القول أن المنفعة المشتركة تحول دون ضرورة إقامة التوازن في العقود الخاصة بها.

⁴ - Ch. Larroumet, Droit civil, tome 3, Les obligations, Le contrat, 3^e éd, Economica 1996, n°195, p. 176.

⁵ - L. Fin-langer, l'équilibre contractuel, Th, LGDJ 2002, p. 21.

ولئن كان هذا البحث، يهتم بفكرة التوازن في النطاق التعاقدية بصفة عامة، إلا أن ذلك لن يتحقق إلا من خلال التطرق من حين لآخر إلى بعض العقود التي تعتبر عرضة لاختلال التوازن. خاصة منها عقود الاستهلاك، التي من جهة تشكل أكثر العقود اختلالاً، ومن جهة أخرى كان انتشارها من الأسباب الرئيسية في إعادة الاعتبار لفكرة التوازن العقدي كوسيلة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في العصر الحديث.

تجدر الإشارة إلى أن هناك العديد من الدراسات الفقهية السابقة، التي اشتملت بفكرة التوازن العقدي، ومن جوانب مختلفة، كان لأصحابها فضل كبير في المساعدة على إنجاز هذا البحث. نذكر من بينها على سبيل المثال لا الحصر :

في الفقه العربي :

- **اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته** : دراسة مميزة للأستاذ عصمت عبد المجيد بكر، بعنوان دراسة مقارنة، وهي عبارة عن رسالة دكتوراه، قُدمت إلى كلية الحقوق والسياسة في جامعة بغداد، سنة 1978. ركّز فيها الباحث على مفهوم اختلال التوازن الاقتصادي للعقد وأسبابه في مرحلة تكوين العقد وفي مرحلة تنفيذه. ثم بيّن دور القاضي في معالجة هذا الاختلال في المرحلتين.

- **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقود** : مؤلف للأستاذ حسن عبد الباسط جمعي، في 1996، تطرق فيها لظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الامارات والقوانين الأوروبية مع إشارة للقوانين الأنجلو سكسونية. وقد ركّز في هذه الدراسة على دور التشريع والقضاء في مواجهة اختلال التوازن الناجم عن الشروط التعسفية.

- **تصحيح العقد** : رسالة دكتوراه للأستاذة ريماء فرج مكي، وهي عبارة عن دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والأنظمة القانونية الأجنبية. خصصت الجزء الأول من

رسالتها للجانب العملي من خلال تحديد آليات تصحيح العقد بهدف معرفة أهم الحالات التي يمكن أن يتحقق التصحيح من خلالها. ثم تطرقت في الجزء الثاني النظري إلى مرحلة التفكير في جمع آليات التصحيح المتفرقة، بهدف وضع نظام قانوني موحد بهدف حماية المتعاقدين والمحافظة على العقد في آن واحد.

أما في الفقه الفرنسي :

- **La Proportionnalité En Droit Privé Des Contrats, 2000,**
par Sophie Le Gac-Pech.

اقترحت الباحثة من خلال رسالتها هاته فكرة التناسب كآلية لحماية الطرف الضعيف، من خلال تركيزها على الشرط الذي هو أداة الإخلال بالتوازن والعقد الذي هو محل للتوازن.

- **l'équilibre contractuel, 2002 par Laurence fin-langer.**

تساءلت الباحثة من خلال رسالتها، عن طبيعة التوازن العقدي، ثم بحثت فيما تمثله فكرة التوازن العقدي من الناحية القانونية، ومن الناحية المادية. ففي الجانب المادي، أرادت أن تظهر أن المفهوم المزدوج للتوازن، باعتباره التكوين المتناسق، وباعتباره وضعية نسبية للإستقرار، موجود في مصطلح " التوازن العقدي"، أما من الناحية القانونية، فيبقى عبارة عن مفهوم أوتصور، أي فكرة عامّة مجردة دون مضمون معياري أو قانوني. ولعل هذه النتيجة التي توصلت إليها الأستاذة : Laurence fin-langer تطغى عليها الصبغة الليبرالية التي لا يزال القانون الفرنسي وفيّا لها، سواء من خلال التشريعات أو الاجتهادات القضائية أو الدراسات الفقهية المختلفة.

على ضوء ذلك سيكون البحث منصبا حول الإشكالية التالية :

كيف يمكن تصوّر مفهوم التوازن العقدي بين نظام ذو نزعة فردية، يحرر الإرادة ويقدها، ونظام ذو نزعة إجتماعية يخفف من شدتها ويقدها؟ ثم ما هي الوسائل القانونية الكفيلة بتحقيق التوازن في بعده الموضوعي؟

سؤال آخر يتعلّق بالحدود الواجب التوقف عندها في تحقيق التوازن، وما آثار ذلك على محاولات تحقيق متطلبات العدالة؟ وهل يمكن لهذه القواعد، من خلال هذه الوظيفة، أن تصيب النظام القانوني بالاضطراب، من خلال الاصطدام بالمبادئ والقواعد التقليدية التي تقوم على أساسها نظرية العقد؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي منا الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي، مع الاستعانة من حين لآخر بالمنهج التاريخي والمقارن. وذلك من أجل البحث في تطوّر مفهوم التوازن العقدي، مظاهره وآليات تحقيقه، ومدى فعالية هذه الآليات. مع مقارنة هذه الأحكام بقوانين أخرى، أهمها القانون الفرنسي.

وعليه ينبغي في المقام الأول التساؤل عن طبيعة التوازن العقدي، من خلال عرض الإطار المفاهيمي التاريخي، وتسليط الضوء على مضمون هذه الفكرة في ظل المبادئ التقليدية، التي يطغى عليها مبدأ سلطان الإرادة، وكيف تحوّل محتواها مع انعكاس هذا المبدأ، ليتواءم مع متطلبات العدالة، والنزعة الاجتماعية التي سادت القوانين الوضعية (الباب الأول).

ثم البحث في الوسائل القانونية المتاحة، والكفيلة بحماية وتحقيق التوازن العقدي، سواء تعلّق الأمر بالوسائل التي يصلح استعمالها في مرحلة الإبرام لوقاية العقد من كل تفاوت بيّن محتمل بين حقوق والتزامات الطرفين، أو تلك التي تهدف إلى معالجة اختلال التوازن الحاصل في مرحلة التنفيذ (الباب الثاني).

إن الهدف المنشود من هذا التقسيم هو محاولة الإلمام بالجانبين، النظري والتطبيقي، وإضفاء الطابع العملي على هذا الدراسة، لذا حاولت أن تكون مشفوعة بالاجتهادات القضائية قدر الامكان، حتى تكون شاملة لكل الجزئيات التي يقتضيها الموضوع.

الباب الأول

طبيعة التوازن العقدي

بين ضرورة استقرار المعاملات ومقتضيات العدالة التعاقدية

الباب الأول

طبيعة التوازن العقدي

بين ضرورة استقرار المعاملات ومقتضيات العدالة التعاقدية

مثله مثل باقي الأفكار والقواعد والأحكام المتضمنة في النظرية العامة للعقد، لم يسلم التوازن العقدي من التجاذبات التشريعية، القضائية والفقهية المتناقضة، التي لم تكن في مضمونها سوى انعكاس للتحوّلات والصراعات المذهبية التي شهدتها المجتمع عبر تطوره التاريخي : الليبرالية الاقتصادية ضد المذهب الاجتماعي. الحرية الفردية ضد المصلحة العامة. النزعة الذاتية ضد النزعة الموضوعية. الأمن القانوني ضد العدالة التعاقدية. القوة الملزمة ضد حسن النية وحماية الطرف الضعيف.

منذ 1804 وهو تاريخ صدور التقنين المدني الفرنسي الذي يعتبر المصدر الأساسي لأغلب التشريعات المدنية في أغلب الدول، لم يطرأ على مضمون هذا التقنين تغييرات كبيرة، سواء في فرنسا أو في خارجها، لاسيما ما تعلق بالنصوص المنظمة لنظرية العقد، حيث اتسمت بالثبات والاستقرار بالرغم من مرور مدة زمنية طويلة على وضعها. وكان أهم ما ميّز هذه النصوص سيطرة مبدأ سلطان الإرادة المنبثق عن المذهب الفردي. حيث تزامن صدور التقنين المدني الفرنسي مع المرحلة الزمنية التي بلغ فيها المذهب الفردي أوج نجاحاته، ليس فقط في الجانب القانوني بل مس كل جوانب الحياة الأخرى.

في ظل هذه المرحلة، كان ينظر للتوازن العقدي نظرة ذاتية، نابعة من داخل أسوار العقد، أي من خلال الإرادة المشتركة لأطرافه، وفق معيار شخصي بحت، وقد كانت هذه الرؤية متلائمة تماما مع الأفكار المشبعة بالليبرالية والفردية التي انتشرت آنذاك.

لكن حرفية نصوص التشريعات المدنية والتي كان ينظر للتوازن العقدي من خلالها، لم تمنع التعديلات المتكررة والتفسيرات القضائية المتتالية، من التغيير في روح تلك النصوص وفي معانيها، مستجيبة في ذلك لتطور المجتمع ومقتضيات المرحلة

المستجدة، التي أهمّ ما ميّزها الميل نحو النزعة الاجتماعية، بفعل التفاوت بين الالتزامات والحقوق الذي أصبح السمة الغالبة لطائفة كبيرة من العقود التي أفرزتها هاته المرحلة.

نتج عن هذا التطور حدوث ثورة في النظام القانوني ككل، وبالأخص في نظرية العقد التي أصبحت أكثر واقعية، حيث انفصلت بذلك عن إطارها الضيق لتصبح أكثر مرونة وتماشيا مع العالم الخارجي الذي تتطور في كنفه.

هذا الأمر جعل فكرة التوازن العقدي تطفو كمفهوم قانوني موضوعي، عام ومجرد، يُؤخذ في الحسبان في كل العلاقات التعاقدية التبادلية. لكن ذلك لا يعني أنها فكرة حديثة النشأة، فالواقع أن التوازن العقدي ظهر بظهور الفكر القانوني، وتطور بتطوره عبر مختلف المراحل التاريخية، وقد تعاضم دوره في خضم هذا التطور لتعلّقه بفكرة أعم وأهم، هي فكرة العدالة، لاسيما في شقها التعاقدية.

سنتطرق في هذا الباب لطبيعة التوازن العقدي من خلال تحديد إطاره المفاهيمي. ثم نحاول تمييز مضمونه بين نظامين متباينين. نظام قانوني تقليدي، قائم على نزعة فردية، تهيمن فيه حرية الإرادة على العقد (الفصل الأول). ونظام قانوني مستجد يرتكز على رؤية اجتماعية للعقد مع التقليل من دور الإرادة، يقوم على احترام مقتضيات العدالة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

التوازن العقدي ومفهومه في ضوء النظرية التقليدية للعقد

تقوم النظرية التقليدية للعقد على أساس المذهب الفردي¹ الذي يقدّس الحرية الفردية، حيث يعتبر أن الفرد هو محور المجتمع، وأن كل النظم التي توصل الإنسان لوضعها (سياسية كانت أو اقتصادية أو قانونية)، إنّما تهدف إلى تحقيق غاية وحيدة، هي سعادة الفرد وحمايته وتحقيق مصالحه الخاصة، وهذا الهدف لا يتعارض مع مصلحة المجتمع، لأنه بتحقيق مصلحة كل فرد على حدى، سيتحقق بالضرورة مصلحة المجتمع ككل؛ ذلك أن هذه الأخيرة ما هي إلا محصلة المصالح الفردية مجتمعة.

فمن مجموع الأفراد الأحرار اقتصاديا في ممارسة أنشطتهم وتملك أموالهم، والذين يرتبطون ببعضهم بعلاقات عقدية، يتكوّن المجتمع. ومن مجموع الاتفاقات - حيث يبغى كل طرف تحقيق صالحه الخاص - ومن الصدام بين الأنانيات الفردية، تتولّد الثروات والسعادة كما يتولّد النظام والتآلف الاجتماعي.² ومادام الإنسان يولد حراً، فإن إرادته يجب أن تبقى حرة هي الأخرى.

لكن هذه الرؤية تبقى مقبولة في الإطار الذي لا تمس فيه بعدالة العقد، أي بضمان قدر من التوازن بين الطرفين. وبالتالي يبقى التوازن العقدي كأهم قيد على الإرادة.

سنحاول من خلال هذا الفصل عرض مفهوم التوازن العقدي، وتقصّي أهم الأبعاد المتعلقة بهذه الفكرة وموقعها في نظرية العقد (المبحث الأول). ثم بحث مفهومها في ظل مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرّع عنه من القواعد التي تحكم نظرية العقد (المبحث الثاني).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998، ص 98.

² - مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود، ومدى اعتناق الفقه الإسلامي له، مجلة العلوم

القانونية والاقتصادية، ع 1 و2، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة 1989، ص 14.

المبحث الأول

مفهوم التوازن العقدي

للإحاطة بمفهوم التوازن العقدي ينبغي تعريفه (المطلب الأول)، وتمييزه عن التوازن المالي للعقد الإداري (المطلب الثاني)، ثم استعراض أهم المراحل التاريخية التي تطور في كنفها (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف التوازن العقدي

يتطلب البحث في تعريف التوازن العقدي، التطرق إلى فكرة أخرى أكثر أهمية وتعقيداً، هي فكرة العدالة (الفرع الأول) التي تعتبر الغاية الأساسية التي يسعى القانون إلى تحقيقها، قبل الالمام بالمعنى اللغوي والاصطلاحي للتوازن العقدي (الفرع الثاني)، ومحاولة تصوره من خلال تفكيك مضمون العقد إلى أداءات تسمح بتحقيق العملية الاقتصادية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التوازن والعدالة

تحتل فكرة العدالة مكان الصدارة عبر مراحل تطوّر القانون ككل، وبالأخص في تحقيق توازن العقد واستمراره، فهي تجمع بين مقتضيات المصلحة الاجتماعية والجانب الأخلاقي الذي يطغى على ضمير الجماعة.

وقد اختلف الشراح في تحديد معنى العدالة، فأحياناً يقصد بها القانون الطبيعي، الذي يُلجأ إليه لسد النقص في القانون الوضعي أو تصحيحه، وأحياناً يقصد بها قواعد الأخلاق،

وأحيانا أخرى يقصد بها حكمة التشريع ratio legis التي يجب التعويل عليها في عملية التفسير¹.

من أشهر التعريفات لفكرة العدالة، هو أنها إحساس أخلاقي، موجود في الضمير الاجتماعي، وظيفته الموائمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة، ابتغاء تنظيمها. أو هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي في أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية، في تطبيقها على حالة معينة، حينما يأذن له القانون في ذلك بنص استثنائي صريح².

بهذا المعنى، تختلف العدالة عن العدل في كونها نوعا منه، أو أنها هي العدل مطبقا على حالة خاصة. فالعدل يمتاز بالعمومية والتجريد، فهو كالقانون لا يعنى إلا بالمبادئ العامة، أما العدالة فتهم بالظروف الخاصة لكل حالة. وإذا كان العدل يمتاز بالصلابة والتشدد، فالعدالة تمتاز بشيء من اللين والرحمة والانسانية، لتخفف من شدة القوانين في حالات معينة³.

لقد تنازع مفهوم العدالة توجهان أساسيان⁴ : توجه يرى بأنها مفهوم مطلق، لا يتغير باختلاف الزمان والمكان، يتعلق بمسلمات ثابتة غير قابلة للتغيير والتبديل. وتوجه آخر يرى أن للعدالة مفهوم نسبي، يختلف من مجتمع إلى آخر، ومن طائفة إلى أخرى داخل

¹ - يرى سليمان مرقص، وجود حركة تحول من دائرة الأخلاق إلى دائرة القانون الوضعي، يفترض هذا التحول مرور القاعدة بمرحلة وسطى، يكون فيها إحساس المجتمع بعذالتها وبضرورتها لتحقيق النظام والخير العام. بيد أن السلطة لم تعتمد على قواعد القانون الوضعي، ولم تصنع لها الجزاء القانوني الذي يكفل احترامها، فتكون هذه القاعدة في مرتبة أقوى من القاعدة الأخلاقية وأضعف من مرتبة القانون الوضعي، وتؤلف هذه القواعد ما يسمى بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة، سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، ط 1، دار النشر للجامعات المصرية، 1961، ص 47.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 124.

³ - نفس المرجع، ص ص 124، 125.

⁴ - أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2001 ص 133.

المجتمع الواحد. ويعتبر التوجه الأخير هو الغالب، على اعتبار أن العدالة هي نتاج المجتمع وما يحويه من اختلافات وتغيرات عبر الزمان والمكان¹.

ويتفق تعريف العدل في الشريعة الإسلامية مع تعريفه في القوانين الوضعية وإن كان أسمى منه، وهو أن العدل يقوم على المساواة المحكمة، وقد أخذ الميزان رمزاً له يتحقق بتساوي كفتيه، ومن ثم وجب أن يكون الميزان مستقيماً، فإذا اختلفت كفتاه فهو الجور والظلم.² وقد أشار القران الكريم إلى ذلك في قوله تعالى: " وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان".³

والعدالة من الناحية النظرية تنقسم إلى نوعين، الأول هو: العدالة التوزيعية، التي تقوم على مبدأ الاستحقاق، أي أن يحصل كل فرد على ما يستحقه وفق إمكاناته واستعداداته وظروفه.⁴ والثاني هو: العدالة التبادلية، أو التصحيحية، التي تقوم على المساواة المطلقة، بشكلها الرياضي البحت. وهي التي من خلالها فقط يمكن أن نفهم المعنى الحقيقي للعدل في الإطار التعاقدية. فبمقتضى العدالة التبادلية يحق لكل طرف في العقد أن يستلم عوضاً مكافئاً ومعادلاً وموازناً لما أعطى⁵. وتظهر الوظيفة الأساسية للعدالة التبادلية في الاحتفاظ بالتوازن أو بإعادة التوازن بين الحقوق والالتزامات كلما تعرض للاختلال.

¹ - المرجع السابق، ص 133.

² - أحمد براك، مفهوم العدل بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مقال منشور بموقع الدكتور أحمد براك 2012 تاريخ الاطلاع : 12/فيفري/2013... www.ahmadbarak.com/news.php?action...3

³ - سورة الرحمن، الآية 9.

⁴ - أنظر في تعريف العدالة التوزيعية وتمييزها عن العدالة التصحيحية فكرة التوازن العقدي في الفلسفة اليونانية ص 26

⁵ - B. Lefebvre, La justice contractuelle : mythe ou réalité ? Les Cahiers de droit, vol. 37, n° 1, 1996, p. 22.

الفرع الثاني

المقصود بمصطلح التوازن

تستعمل كلمة التوازن في اللغة العربية للدلالة على معانٍ متعددة وهي : التعادل، التكافؤ، التناسب، الاستقرار، المساواة، وتشارك هذه المصطلحات كلها في المعنى العام لمذلول التوازن، مع وجود فروق يسيرة بينها، وقد جاء في لسان العرب لابن منظور : هذا يوازن هذا إذا كان على زنته أو كان محاذيه¹. كما جاء في القاموس المحيط : وازنه أي عادله، وقابله، وحاذاه. واستقام ميزان النهار أي انتصف².

أما في اللغة الفرنسية نجد مصطلح *équilibre* ينحدر من أصل لاتيني، مركب من لفظين: *libra* التي تعني الميزان و *aequus* التي تعني مساو أو معادل *égal*³، إذن يقصد بهذا المصطلح " دقة الميزان أو استقامة الميزان"⁴، وهو بهذا المعنى يقترب ويكاد يتطابق مع المصطلحات التالية :

⁵*équivalence – égalité – stabilité – équité – proportionnalité*

كما يُعرف لغويًا بأنه حالة الاستقرار التي يكون فيها جسم معرض لقوتين متساويتين ومتعاكستين حيث تكون محصلتهما تساوي الصفر⁶.

إن الميل نحو التوازن يعتبر حاجة طبيعية فطرية قبل أن يكون غاية قانونية، تستمد هذه الفكرة أصولها من مصدر ديني، كون الأديان السماوية تدعو إلى الاعتدال والوسطية

¹ - ابن منظور، لسان العرب، مادة "وزن"، المجلد الخامس عشر، ط 4، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت 2005.

² - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة "وزن"، دار الفكر، بيروت، 2010.

³ - مدوح حقي، قاموس المصطلحات القانونية والتجارية (فرنسي - عربي)، مكتبة لبنان، بيروت، د س ن.

⁴ - A. Rey, Dictionnaire historique de la langue française, 1998. Citer par Laurence Fin-Langer, l'équilibre contractuel, LGDJ, paris 2002, n°3, p. 3

⁵ - A. Rey, Le Grand Robert, Dictionnaire de la langue française, Tome IV2, p.87 et s

⁶ - *Fait pour un corps, de rester immobile sous l'action de deux forces contraire qui s'annulent.* Le Grand Dictionnaire Encyclopédique du XXI^{ème} siècle 2001.

والمساواة في الأمور كلها؛ من ناحية أخرى تسعى أهم النظريات التي توصلت إلى الإنسان إلى صياغتها إلى تحقيق فكرة التوازن.

ففي الجانب البيولوجي نجد أن التوازن هو أحد الخصائص الجوهرية لكل الكائنات الحية¹، حيث أن التوازن الداخلي للجسم، يقوم على المحافظة على معدلات ثابتة من الإفرازات الحيوية داخله، ويرتبط ذلك أيضا بالتوازن الحراري للجسم *l'équilibre thermique du corps* بما يتلاءم مع البيئة الخارجية.

وفي المجال الاقتصادي يلاحظ أن حاجات الأفراد متزايدة في مقابل ندرة الموارد، فنجد كل الجهود منصبة لتحقيق هدف واحد، وهو التوازن الاقتصادي *l'équilibre économique* من خلال إيجاد حالة من التناسب بين العرض الكلي والطلب الكلي، أي بين الكتلة السلعية المتداولة والكتلة النقدية المتداولة في مجتمع ما، مما يؤدي إلى الاستقرار الاقتصادي². وقريب من ذلك التوازن المالي وهو الانسجام بين المداخل والمصاريف للميزانية السنوية للدولة.³

أما في الجانب القانوني وتحديدًا في النظرية العامة للعقد - وهو مجال بحثنا - فنجد أن فكرة التوازن العقدي فكرة قديمة قدم النظم القانونية، يقوم كيانها على مبدأ التناسب والمساواة والموازنة في الأخذ والعطاء بين طرفي العلاقة التعاقدية، فما يأخذه كل طرف

¹ - سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998. ص 153.

² - دراوسي المسعود، السياسة المالية ودورها في تحقيق التوازن الاقتصادي - حالة الجزائر 1990-2004 - رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 2005، ص 22. ويقول في هذا الشأن: "إن شرط التوازن بالنسبة للاقتصاد الوطني يتمثل في تحقيق التعادل بين الطلب الكلي والعرض الكلي في ضوء الضغوطات الاقتصادية المتاحة، كما أن التوازن الكلي هذا يعتبر محصلة لتوازنات جزئية تتفاعل فيما بينها والمتمثلة في الأسواق السلعية والنقدية والعمالية والتي يتم الربط والتنسيق بينها في إطار السياسة الاقتصادية الكلية.

v. aussi dans ce sens, A. Mayeur, choix collectifs et raison d'état "traité de macroéconomie", 1^{éd}, PUF, 2005, pp. 47, 48, 49.

³ - Le petit Larousse Illustré 2009.

بمقتضى العقد ينبغي ان يكون معادلا نوعا ما لما يعطيه للطرف الآخر، وفي غير هذه الحالة نكون أمام اختلال التوازن الاقتصادي بين الالتزامات والحقوق المتولدة عن العقد، مما يؤدي إلى اختلال موازين العدالة التعاقدية.

يمكن أن يختل التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة أسباب وعوامل مختلفة، فقد يكون أحد المتعاقدين أقوى اقتصاديا من الطرف الآخر، بحيث يمكنه مركزه الاقتصادي القوي من فرض شروطه التي قد تكون مجحفة، وهذا ما يحدث غالبا في عقود الاذعان. وقد يكون بسبب غبن ناتج عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف في المتعاقد الآخر، كطيش وهوى، أو حاجة وعدم خبرة وضعف إدراك، وهذا ما يحدث غالبا في حالات الاستغلال.

وقد تتوازن التزامات المتعاقدين في مرحلة إبرام العقد. لكن ذلك ليس كافيا وإنما يجب أن يستمر هذا التوازن خلال مرحلة التنفيذ. فإذا حدث أن تغيرت الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها تغيرا كبيرا نتيجة وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة، جاعلة تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه مرهقا لذمته المالية، مع استفادة المتعاقد الآخر من هذا الارهاق، وهذا ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة، فإن التوازن في هذه الحالة يعتبر قد اختل، وعليه وجب معالجة هذا الاختلال إلى القدر الذي يضمن نوعا من المساواة بين التزامات الطرفين.

الفرع الثالث

التوازن من خلال رؤية إجمالية لمضمون العقد

إن مضمون العقد يمثل مجموع الحقوق والالتزامات التي تسمح بتحقيق التبادل في العملية الاقتصادية¹. لكنه في المقابل يعتبر هذا المضمون عنصر مركب.

¹ - L. Fin-langer, l'équilibre contractuel, Th, LGDJ 2002, p. 157. n°227.

في الواقع أن العقد بالإضافة إلى اعتباره يمثل مجموع الحقوق والالتزامات التي تسمح بتحقيق التبادل الاقتصادي، فإنه من جهة أخرى يمثل التبادل الاقتصادي ذاته بين الاداءات. من ثم يمكن القول أن مضمون العقد يشمل عدة عناصر، تتداخل وتتفاعل في ما بينها. مع التذكير أن أغلب العقود هي عقود تبادلية، وهي التي تتضمن التزامات متقابلة لكل طرف في مواجهة الطرف الآخر.¹ هذا النوع من العقود يتميز بإنشاء التزامات متبادلة مترابطة بين الطرفين.² هذه الميزة - الترابط بين الاداءات - تسمح بتفسير مجموعة من القواعد مثل الدفع بعدم التنفيذ، والفسخ لعدم التنفيذ، ونظرية السبب.

لذلك أصبح ينظر للعقد على أنه نظام يتضمن عناصر مترابطة ومتداخلة فيما بينها، وهذا النظام يبدو أكثر أو أقل تعقيدا بحسب تحديد وتنوع العناصر المكونة لمضمونه، وهذا المضمون أيضا يمكن أن يكون معقدا أو أقل تعقيدا بحسب أهمية العقود.

أحيانا ينحصر العقد في تبادل بسيط للاداءات، يتمثل في التزامين متقابلين كسواء جريدة أو ركوب سيارة أجرة. أحيانا أخرى يبدو العقد أكثر تعقيدا. فلو نظرنا لعقد القرض الاستهلاكي، أو الايجارات المدنية والتجارية، أو بيع العقارات، نجد أن العملية الاقتصادية المحققة تشمل العديد من الشروط التي تبين: طرق الدفع، مسؤولية الاطراف في حال عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، الاجراءات المتخذة في حال حدوث نزاع.

هذا التعقيد يزداد حدة في بعض الطوائف من العقود التي تشهد انتشار كبير مع تطور المجتمع، كالعقود المبرمة بين المحترفين، وعقود التجارة الدولية، وعقود نقل التكنولوجيا وعقود بيع المجموعات الصناعية الكبرى. كل هذه العقود نجد أنها مليئة بالأحكام وشروط التي ينفق الاطراف على احترامها، كتلك التي تنص على القانون الواجب التطبيق، وآجال التنفيذ، ومقتضيات خاصة لجودة المنتوجات والخدمات، والنقد

¹ - المادة 57 من القانون المدني الجزائري.

² - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les Obligations, 6^e éd, D. 1999, n° 60, p 55.

المستعمل، وشروط التحكيم، تحيين الاسعار، وشرط Hardship في حال تغير الظروف،¹ وشرط عدم المنافسة، إلى غير ذلك من الشروط. فلأطراف كامل الحرية في تخفيف أو تشديد التزاماتهم.

بشكل عام يمكن تعريف التوازن في هذا السياق بالتوزيع العادل لعناصر الكل. التوازن يمثل إذن تكوين متناسق لعناصر الكل أي لمضمون العقد. وهذا التوزيع المتناسق يمكن تقديره بأقل أو بأكثر صعوبة بحسب درجة بساطة أو تعقيد مضمون العقد، على الوجه الذي بيّناه في الفقرة السابقة.²

المطلب الثاني

مقارنة بين التوازن العقدي والتوازن المالي للعقد الاداري

إن الإلمام بمفهوم التوازن العقدي بشكل دقيق، يقتضي أن نميّزه عن فكرة مشابهة هي فكرة التوازن المالي للعقد الاداري.

يختلف مفهوم التوازن العقدي محل بحثنا هذا، عن فكرة التوازن المالي للعقد الاداري Notion d'équilibre Financier du Contrat Administratif التي تعطي الحق للمتعاقد مع الادارة، في الحصول على تعويض كامل نتيجة ما يتحملة من أعباء مالية بسبب تعديل العقد من قبل الادارة.

¹ - يسمى الطرف الطارئ L'imprévision في الفقه الانجليزي Le Hardship. وهو ذلك الحادث الذي لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا كما هو الحال في القوة القاهرة، لكنه يبقى ممكن التنفيذ، إلا أن تنفيذه بالشروط التي تضمنها العقد، تحمل المدين أعباء مالية وخسارة جسيمة. فهو ينتج عن تغيير جذري يطال الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، سواء كانت اقتصادية، اجتماعية، أم سياسية، لها أثر مباشر على التوازن الأساسي للعقد، ومن ثم تقود إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي الذي يجب أن يتمتع به العقد خلال مدة تنفيذه.

M. Fontaine, La Clause de Hardship , D P C I , 1976 , T.2 , n° 1 , p. 7. Et F. Chabas. Les Clauses de Hardship " ,Thèse Montpellier 1981.

² - Le Grand Larousse en 5 Volumes, 1994 cité par L. Fin-langer, l'équilibre contractuel, op cit, p p. 157 et 159. n°227 et 230.

فالعقد الاداري هو عقد له سماته الخاصة، متميّزا بشروطه الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، ومن ضمنها على الخصوص حق الادارة في تعديل العقد، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى زيادة الأعباء المالية التي يتعرّض لها المتعاقد. وليس من العدل ولا من المصلحة أن يتحمّل المتعاقد لوحده تلك الأعباء، وإلاّ أحجم الأفراد عن التعاقد مع الادارة. لهذا اعترف القضاء الاداري للمتعاقد بحقه في إعادة التوازن المالي كلما اختل، إلى الحالة التي كان عليها وقت التعاقد¹.

سنحاول تعريف التوازن المالي للعقد الاداري (الفرع الأول)، قبل تمييزه عن التوازن العقدي (الفرع الثاني).

الفرع الاول

تعريف التوازن المالي للعقد الاداري

لقد تعددت التعريفات التي تحدّد فكرة التوازن المالي للعقد الاداري، وجميعها تدور في فلك واحد، هو الحفاظ على الحالة التي كان عليها العقد وقت التعاقد، وبقاء العقد على طبيعته على النحو الذي اتفق عليه الطرفان وقت انعقاده، مع ضرورة مراعاة التعادل في الاداءات المتقابلة.

من أهم هذه التعريفات ما ذكره الاستاذ سليمان محمد الطماوي حيث يقول : " إن المتعاقد مع الادارة يتعرّض أثناء التنفيذ لتدخل الادارة، التي تملك زيادة التزاماته أو انقاصها. ولما كانت التزامات المتعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة فإن من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا، نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه، فالمتعاقد إنما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة ويعوّل عليها، ومادامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص، فيجب أيضا أن يكون هذا هو شأن

¹ - أشار إلى ذلك سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى، بيروت 2009، ص 117.

الحقوق المقابلة لها. وهذا ما يعبر عنه بصفة عامة، بفكرة التوازن المالي للعقد، أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته¹.

فاقتصر صفة المرونة على التزامات المتعاقد مع الإدارة، وتحركها بالزيادة أو نقصان ينطوي على غبن لهذا الأخير. ومن ثمّ كان لزاماً أن تمتد هذه الصفة أيضاً إلى حقوقه، ويترتب على ذلك أنه كلما زادت التزامات المتعاقد مع الإدارة، زادت حقوقه أيضاً وتلك هي فكرة التوازن المالي في العقود الادارية².

يرى جانب من الفقه أن فكرة التوازن المالي هي مجرد موجّه عام أو فكرة عامّة تؤسس عليها النظريات القانونية، أوتجسيد لفكرة العدالة التي قامت على أساسها نظريات الظروف الطارئة وفعل الأمير، والصعوبات المالية غير المتوقعة، حيث تلتزم الإدارة بضمان التوازن للعقد في كل حالة يخل فيها توازنه المالي، سواء أكان ذلك بفعل الإدارة، أو لأمر خارج عن إرادتها³.

وقد تعرّضت فكرة التوازن المالي للعقد الاداري لانتقادات كبيرة، حيث يرى جانب من الفقه أنه يجب التخلص منها كلياً، كونها فكرة خطيرة Dangereuse وغير صحيحة Inexacte؛ حيث لا يتطابق التعويض الذي يحكم به للمتعاقد في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما روعي عند التعاقد، فقد يقبل عند إبرام العقد اسعاراً غير مربحة نتيجة خطأ من جانبه، فإذا تدخلت الإدارة بتعديل العقد عند التنفيذ، فإن القضاء يعوّض

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط 3، 1975، ص ص 603، 604. أشار إليه حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الاداري الدولي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة 2010، ص ص 298، 299.

² - جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقود الالتزام، دار النهضة، ط الأولى، القاهرة 2002، ص ص 157، 158. أشار اليه حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص 299.

³ - A. De Laubadère, Traité de Droit Administratif, T I, Droit Administratif Général, LGDJ, Paris 1999, P. 829. أشار اليه حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص 299.

المتعاقد على أساس السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة في التنفيذ وليس على أساس السعر الذي قبله المتعاقد عند الأبرام.¹

لكن بالرغم من كل ذلك يمكن القول أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري تنطوي على حقيقة لا شك فيها ولا يمكن إنكارها، فمرونة التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، ومن الطبيعي أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة أو نقصا، على الأقل إذا كانت هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة²، ومن ثم أضحت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري مسلم بها بصفة عامة، وأصبحت من أهم الخصائص المميزة للعقود الإدارية.

الفرع الثاني

تمييز التوازن المالي للعقد الإداري عن التوازن العقدي

من خلال الاحاطة بمفهوم فكرة التوازن المالي للعقد الإداري على النحو المبين أعلاه، يتضح جليا أن هذه الفكرة تتفق مع التوازن العقدي الذي نعنيه، حيث أن كل منهما تطبيقا من تطبيقات العدالة التعاقدية، فمن العدالة أن يتساوى طرفا العلاقة التعاقدية في الحقوق والالتزامات، وأن لا يشوب هذه العلاقة تفاوت بين الأديان. ومع ذلك فإنه يمكن ملاحظة بعض الاختلافات من حيث النطاق والطبيعة والأثر.

أولا - من حيث النطاق

يشمل مفهوم التوازن العقدي محل الدراسة كافة عقود المعاوضة المدنية والتجارية والإدارية، وبالتالي فإن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ما هي إلا تطبيقا من تطبيقات التوازن العقدي. يتضح أن هذا الأخير مجاله أوسع بكثير من مجال فكرة التوازن المالي.

¹ - S. Badaoui, Le fait du prince dans les Contrats Administratifs, Paris 1955, P. 130

ذكره عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، 1978، ص 11.

² - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق ص 602

ثانيا - من حيث الطبيعة

تعتبر فكرة التوازن المالي تجسيدا للعدالة، التي قامت على أساسها نظريات الظروف الطارئة¹ وفعل الأمير²، حيث تعطي للمتعاقد مع الادارة، الحق في الحصول على تعويض كامل بسبب ما يتحمله من أعباء مالية لتعديل العقد الاداري من قبل الادارة. في حين أن التوازن العقدي - وإن كان أيضا تجسيدا للعدالة - فإنه يؤخذ به في حالات أخرى تتجاوز تلك المذكورة في التوازن المالي، كحالات الاستغلال والغبن وعقود الاذعان لاسيما إذا تضمنت شروطا تعسفية.

وقد يختل التوازن العقدي في مرحلة ابرام العقد بفعل أحد المتعاقدين، كأن يكون مستغلا في العقد المشوب بعيب الاستغلال، أو أن يكون الأقوى اقتصاديا كما في عقود الاذعان. بالإضافة إلى إمكانية اختلال التوازن في المرحلة اللاحقة لتكوين العقد. في حين أن التوازن المالي للعقد الاداري يختل في مرحلة تنفيذ العقد، بفعل إجراءات تتخذها الادارة أو لظروف خارجة عن ارادة المتعاقدين.

ثالثا - من حيث الأثر

من حيث الأثر نجد أن فكرة التوازن المالي تستهدف تعويض المتعاقد مع الادارة. بينما يهدف التوازن العقدي إلى تصحيح التوازن المختل، من خلال إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، أو عدم سريان الشرط التعسفي. وتفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المدعن، كما في عقود الاذعان. أو تعديل العقد كما في نظرية الظروف الطارئة.

¹ - للإطلاع على نظرية الظروف الطارئة ودورها في إعادة التوازن العقدي، أنظر ص 251.

² - يقصد بفعل الأمير كل عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها، ينجم عنه سوء مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الاضرار التي تلحقه من جراء ذلك، ولهذا الأخير أن يطلب إضافة إلى التعويض فسخ العقد إذا كان أثر فعل الأمير على التنفيذ كبيرا إلى حد يجعل من المتعذر عليه الاستمرار في تنفيذ العقد. أنظر سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 612.

المطلب الثالث

التوازن العقدي في الشرائع القديمة

يعتبر مصطلح التوازن العقدي من حيث الاستخدام مصطلحا جديدا حيث ظهر مع بدايات القرن العشرين، ليحل محل مصطلح أقدم وهو " تكافؤ الأداءات ". كان للفلسفة اليونانية دورا فاعلا في ظهور هذه الفكرة من خلال مصطلح العدالة التبادلية أو التصحيحية (الفرع الأول)، لتغيب نوعا ما عند الرومان على اعتبار أنهم لم يحفلوا كثيرا بتحقيق العدالة التعاقدية، وميلهم الأكبر نحو تحقيق الاستقرار القانوني (الفرع الثاني)، لتعود إلى الظهور بقوة في الفقه الكنسي من خلال فكرة " الثمن العادل " (الفرع الثالث). أما فقهاء الإسلام فقد كانت لهم رؤية مغايرة لفكرة التكافؤ، عن تلك التي ظهرت عند الكنسيين (الفرع الرابع). انتقلت هذه الفكرة إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم، متأثرين في ذلك بفقهاء الرومان وفقهاء الكنيسة (الفرع الخامس).

الفرع الأول

فكرة التوازن العقدي في الفلسفة اليونانية

قسّم أرسطو العدالة بمفهومها المتمثّل في إعطاء كل فرد من أفراد المجتمع النصيب الذي يستحقه إلى :

عدالة توزيعية Justice Distributive : ظهرت العدالة التوزيعية بظهور المجتمع المنظم سياسيا، وتتعلّق بالرابطة بين الجماعة من جهة، والفرد من جهة أخرى باعتباره جزء من الجماعة،¹ بمقتضى هذا النوع من العدالة يتم توزيع الأعباء والحقوق على أفراد الجماعة ليس على أساس المساواة المطلقة، وإنما على أساس المساواة التناسبية، حيث

¹ - علي فيلاللي، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر 2005، ص 159.

يراعى في توزيع هذه الأعباء والحقوق، الاختلاف الفطري بين الافراد في الحاجات والقدرات والعمل.¹ وتسمى أيضا بالعدالة العمودية.

عدالة تبادلية Justice Commutative : ترتبط العدالة التبادلية ارتباطا وثيقا بفكرة التوازن العقدي، يظهر ذلك من خلال نطاقها حيث تعنى هذه العدالة بالعلاقات بين الافراد فيما بينهم، ثم من خلال المضمون حيث لا تقتصر على عدم الاضرار بالغير وإعطاء كل ذي حق حقه، بل تهدف أكثر من ذلك إلى اقامة التكافؤ والتوازن بين المصالح المتعارضة على أساس المساواة التي يرى أرسطو أنها أساس العدل، والترجمة الفعلية للعدالة التعاقدية²، لكن المساواة المعتبرة هنا ليست المساواة التناسبية كما رأينا في العدالة التوزيعية بل المساواة الحسابية المطلقة³ دون الأخذ في الحسبان صفات الافراد واختلاف شخصياتهم وقدراتهم. وتسمى أيضا بالعدالة الأفقية.

تكرس العدالة التبادلية الوظيفة الاجتماعية للعقد، بحرصها على أن يبقى مركز كل متعاقد مساويا لمركز الآخر، ولا يعطى أحدهما الآخر إلا بقدر ما أخذ منه،⁴ فإذا اختلف البناء العقدي لسبب من الأسباب يتدخل القاضي وفق أحكام هذه العدالة لتصحيح الاختلال الحاصل بين الذم المالية. يقول أرسطو " إذا تسبب عمل أو تصرف في خسارة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص، فإن العدالة التبادلية تقضي على الشخص الذي تسبب في الخسارة أو استفاد منها أن يرد للطرف الآخر ما يعادل هذه الخسارة، بحيث يصبح كل من الشخصين بعد حدوث هذا التصرف في نفس المركز الذي كان عليه من قبل".⁵

1 - أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص 147-148.

2 - هائل حزام مهيبوب العامري، النظرية العامة للإستغلال (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي)،

المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009، ص 25.

3 - علي فيلاي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص ص 158-159.

4 - عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 2.

5 - أرسطو، الأخلاق، نقلا عن أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ص 150 - 151.

بالإضافة إلى ذلك تعتبر فكرة العدالة التبادلية الأساس الذي بنيت عليه العديد من النظريات القانونية، ليس فقط نظرية العقد كما رأينا سابقاً، إنما أيضاً الإثراء بلا سبب، والعمل غير المشروع، بل يمكن القول أن كل المسائل المتضمنة في نظرية الالتزام يمكن ردها إلى فكرة العدالة التبادلية.¹

يظهر من خلال ما تقدم أن الفلسفة اليونانية وخاصة منها إسهامات أرسطو، شكّلت اللبنة الأولى لميلاد التوازن العقدي.

الفرع الثاني

فكرة التوازن العقدي عند الرومان

لم يهتم الرومان كثيراً بحماية التكافؤ بين الاداءات العقدية، وذلك للنزعة الواقعية والفردية التي اتسم بها القانون الروماني، حيث كان يهدف أساساً لتحقيق استقرار المعاملات؛ لذلك لم يعتبر لديهم الغبن سبباً لإبطال العقد إلا في حالات نادرة. كما أنه لم يوجد لديهم مبدأ عام يسمح بتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة. وفي نفس السياق لم يكن باستطاعة القاضي تعديل الشرط الجزائي، ذلك أن القانون الروماني كان يقتضي احترام العقد كما هو وعدم المساس به.²

في الواقع يمكن القول أن عدم اهتمام الرومان بمدى معادلة المقابل الذي يأخذه المتعاقد نظير ما يعطيه، مرده عدم معرفتهم بمبدأ الترابط بين الالتزامات " Principe d'interdépendance des obligations " في مرحلة تنفيذ العقد. فالبائع لا يستطيع استرداد المبيع في عقد البيع مؤجل الثمن حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن، ذلك أن التزام كل من الطرفين ما إن ينشأ، حتى يستقل عن التزام الطرف الثاني³، يترتب على ذلك أن كل من الطرفين لا يستطيع طلب الفسخ ولا الدفع بعدم التنفيذ، ولا يتبقى بعد ذلك

¹ - أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص 151.

² - L. Fin-langer, op. cit, n°6, p.8

³ - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, op. cit, n° 516, p.270

من علاقة بين البائع والمشتري، إلا ما كان ناشئاً عن إدراج شرط صريح وليس من البنية الثنائية للعقد.¹

ما يعضد هذا التوجه من أن جهل الرومان لمبدأ الترابط هو سبب عدم اهتمامهم بالتكافؤ العقدي، هو أن هذا المبدأ نشأ لأول مرة في الفقه الكنسي ونشأت معه فكرة التكافؤ بين الالتزامات كما سنرى في الفرع الموالي.

عموماً يمكن استخلاص أن القانون الروماني لم يحفل كثيراً باعتبارات العدالة والتوازن العقدي، ولم يكن يعنيه إن كانت الالتزامات متناسبة أم لا، على اعتبار أن كل متعاقد يتحمل ما ارتضاه سواء أعاد عليه بالنفع أم بالخسران، والحالة الوحيدة التي اعترف فيها بالتكافؤ العقدي هي حالة بيع عقار المملوك لقاصر، نظراً للأهمية التي كانت تحظى بها الملكية العقارية في ذلك العصر وضرورة حماية القاصر².

الفرع الثالث

فكرة التوازن العقدي في الفقه الكنسي

عرفت الالتزامات الناشئة عن العقود التبادلية عند الفقهاء الكنسيين ارتباطاً وثيقاً، ويبقى هذا الارتباط قائماً منذ إبرام العقد ويمتد حتى تنفيذه؛ فإذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه فإن الالتزام المقابل سيزول بالضرورة، وقد جعلوا من هذا الارتباط مبرراً اقتصادياً للإرادة التعاقدية. واستخلصوا للسبب كركن في العقد وظيفتان: وظيفة أخلاقية تجد أساسها في ضرورة حماية المجتمع، ووظيفة اقتصادية تجد أساسها في الارتباط بين الالتزامات.³

¹ - J. Ghestin, Traité de Droit civil, la formation du contrat, 3^{ème} éd, LGDJ 1993, p. 822.

² - هائل حزام مهيبوب العامري، المرجع السابق، ص 26-27.

³ - Ch. Larroumet, Droit Civil, op. cit, n°446, p. 422.

تطبيقا للوظيفة الثانية ظهرت نظرية " الثمن العادل " " Le Juste Prix " التي تعتبر تطبيقا فعليا لفلسفة العدالة التبادلية، وقد قام القديس " Saint-Thomas d'Aquin " ¹ وهو أحد أهم المؤسسين لهذه النظرية، بتعميم المساواة الحسابية التي نادى بها أرسطو، فاعتبر أن الثمن العادل موجودا عندما تتحقق مساواة فعلية وكاملة بين الاداءات، كما اعتبر أن الثمن العادل يبحث عنه لذاته بعيدا عن كل الاعتبارات الأخرى، أي أن تعسف أحد المتعاقدين بمركزه الأقوى لا يمكن رده إلا إذا انعكس ذلك على الثمن.

ويمكن تعريف الثمن العادل بتكافؤ الأداءات، والمساواة المطلقة للإلتزامات، تجسيدا للعدالة المطلقة². كما تمت صياغته في العبارة التالية : " كل سلعة وكل خدمة، يجب أن يكون لها في وقت معين وفي سوق معين، ثمن عادل مناسب، لا يعتمد على إرادة المتبايعين، ولا على رغباتهما أو حاجاتهما، ولا على أي شيء يتعلق بالفرد."³

في وقت لاحق تم تعميم هذه النظرية لتطال نطاق علاقات العمل فظهر ما يسمى بالأجر العادل " Le Juste Salaire " الذي يقتضي أن تكون أجرة العامل متناسبة تماما مع الجهد الذي بذله.

أما أول ظهور لنظرية الثمن العادل في الجانب التطبيقي، فكان من خلال الغبن؛ حيث تغيرت أحكام الفسخ بسبب الغبن تغيرا جذريا بفعل تطور هذه النظرية، وأصبح الفسخ هو الجزاء المترتب عن كل تجاوز للثمن العادل بغض النظر عن الطرف المتجاوز، سواء كان المشتري أو البائع، وهذه النتيجة ليست مرتبطة بمركز الأطراف

¹ - Cité par D. Berthiaux, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, Th. Paris II, 1997, n° 670, cité par L. Fin-langer, op. cit, n°7, p.9.

² - L. Fin-langer, op. cit, n°7, p.9.

³ - " pour toute marchandise, pour tout service, il ya et il doit y avoir, à un moment donné et sur un marché donné, un juste prix équivalent, lequel ne dépend pas de la volonté des échangistes, ni de leurs désirs ou besoins, ni de quoi que se soit d'individuel ".

E.Demontès, De la lésion dans les contrats entre majeurs, th. Université de Paris, p. 05.

المتعاقدة، إنما تتعلق بنقطة موضوعية وهي الثمن العادل،¹ فقد اعتبر فقهاء الكنيسة كل زيادة على القيمة الحقيقية من قبيل الربا الذي يستوجب محاربتة².

بالرغم من محاولة فقهاء الكنيسة تطبيق العدالة في العلاقات التعاقدية من خلال استخدام نظرية الثمن العادل، إلا أن ذلك اعتبر مغالاة كبيرة قد تؤدي إلى نتائج عكسية، كما أن اعتبارهم لكل تجاوز للثمن العادل غبنا وربا، يعتبر حيادا عن العدالة الحقيقية، فجوهر العقود يقوم على قدر مقبول من التفاوت، وإلا انتفت الوظيفة الاقتصادية للعقد.

الفرع الرابع

فكرة التوازن العقدي في الفقه الفرنسي القديم.

يتضح موقف الفقه الفرنسي القديم من فكرة التوازن العقدي في أعمال الفقيه الفرنسي الكبير Pothier في القرن الثامن عشر، الذي يرى أن العدالة أو التكافؤ بين الاداءات يمثل أحد أهم المبادئ التي يقوم عليها قانون العقود، حيث يقول بصدد كلامه عن الربا "إن قاعدة العدالة يجب أن تسود كل العقود، إذ أن المتعاقد الذي ليس لديه نية التبرع، لا يمكن أن يلتزم إلا بإعطاء قدر مساو ومعادل لما أعطاه المتعاقد الآخر أو ما التزم بإعطائه، فإذا ألزم بعبء أكبر فإن المساواة تزول وتزول معها العدالة ويصبح العقد ظالما".³

في الواقع أن رؤية Pothier لفكرة التوازن لم تكن سوى انعكاسا لنظرية الثمن العادل التي صاغها الفقهاء الكنسيون، والتي تأثر بها إلى حد بعيد؛ حيث يضيف في شرحه للفكرة السابقة: " يعتبر عقد البيع ظالما إذا كانت السلعة التي التزم البائع بمنحها للمشتري، أكبر قيمة من الثمن الذي استلمه منه. ونفس الأمر إذا كان الثمن أكبر من قيمة السلعة. هذا الأمر يصدق على كل العقود. فعقد الايجار يعتبر ظالما إذا كانت الأجرة

¹ - L. Fin-langer, op. cit, n°7, p.10 et 11.

² - عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 3.

³ - Pothier, Traité des obligations, tV, Traité de l'usure, P. 414. Cité par L. Fin-langer, op. cit, n°8, p.13.

المدفوعة أكبر من قيمة الاستمتاع بالعين المؤجرة، أو كانت هذه الأخير أكبر من الاجرة. يمتد ذلك أيضا للعقود الاحتمالية، إذا كان الخطر المؤمن عليه أكبر في قيمته من ثمن هذا الخطر الذي تلقاه الطرف المؤمن، والعكس صحيح. أما فيما يتعلق بالربا فإن كل أشكاله محرمة؛ بمعنى كل ما يقتضيه المقرض من المقترض من زيادة خارج المبلغ الذي تم إقراضه¹.

خلافًا لآراء الفقيه Pothier كانت نظرة الفقيه Domat لفكرة التوازن العقدي في القرن السابع عشر قد أخذت منحى آخر، فقد جعلها أساساً لنظرية السبب الموضوعية التي نادى بها والموروثة عن القانون الروماني، حيث يرى أن سبب التزام كل طرف في العقود الملزمة لجانبين، يكمن في محل التزام الطرف المقابل. بالرغم من تأثر Domat الكبير بالقانون الروماني خاصة بدقة صياغتهم لنظرية السبب، إلا أن تأثره بالقانون الكنسي كان أيضاً واضحاً، حيث أخذ عنه مفهوم الوظيفة الاقتصادية للسبب ونظمها تنظيمًا محكمًا²، مركزاً على إقامة التوازن بين الالتزامات لأنها أساس لنظرية السبب³.

الفرع الخامس

فكرة التوازن العقدي في الفقه الإسلامي

إن مقتضيات العدالة هي السائدة في أحكام الشريعة الإسلامية، خاصة ما تعلق منها بفقه المعاملات. حيث بيّن الله تعالى الهدف والحكمة منها، وأن غايتها تحقيق مصالح الناس، بجلب النفع والخير لهم، ودفع المفساد والأضرار والمشاق عنهم، وإزالة الفساد والغش والحيف والظلم من العقود ولا يتأتى ذلك إلا بإقامة المساواة والعدل بين الأطراف.

¹ - L. Fin-langer, op. cit, n°8, p.13.

² - Ch. Larroumet, op. cit, n°446, p. 422.

³ - أنظر عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق ص3. هائل حزام مهيب العامري، مرجع سابق هامش ص28.

يؤكد هذا المعنى حرص الشريعة الإسلامية على تحقيق التوازن بين مركزي العاقدین على الدوام وتحريم الربا ومكافحة الغبن في العقود. قال تعالى : (وأحلّ الله البيع وحرّم الربا يحقّ الله الربا ويربي الصدقات)،¹ وقال : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)²، وقال أيضا : (وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان)³.

كما وافقت السنة الشريفة نفس المعنى في تحريم الربى والزيادة، فقد جاء في الحديث الشريف الذي روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل، والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى).⁴

ومن تطبيقات العدالة في المعاملات، أن أغلب اجتهادات فقهاء الإسلام تقيم العقود على مبدأ حرية التعاقد ورضائيته، أي أن كلاً من الإيجاب والقبول ينتجان آثارهما دون اقتضاء إجراءات شكلية معيَّنة. وهناك الكثير من الشواهد في القرآن الكريم التي تؤكد على مبدأ الرضائية في العقود كما في قوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراض منكم)⁵، وقوله سبحانه وتعالى في صدق النساء وعدم هضم شيء من حقوقهن المالية: (فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً).⁶ فهذه النصوص وأمثالها تفيد أن الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه،

1 - سورة البقرة، الآية رقم : 275 - والآية رقم : 276.

2 - سورة النساء، الآية رقم : 29.

3 - سورة الرحمن الآية رقم : 09.

4 - أنظر البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 477.

5 - سورة النساء، آية رقم : 29.

6 - سورة النساء، آية رقم : 04.

إنما هو رضا صاحبه، إما على سبيل التجارة أو التبادل، أو على سبيل المنحة والتنازل، عن طيب نفس واختيار.¹

لكن إذا أدى إعمال مبدأ الرضائية في بعض العقود - لظروف معينة - إلى اختلال ميزان التعاقد في الالتزامات وقت تنفيذ العقد، فُسخ العقد، كما في العذر في عقد الإيجار عند الحنفية، والجوائح في الزروع والثمار عند الحنابلة والمالكية.²

من جهة أخرى نجد أن الفقه الاسلامي يحترم القوة الملزمة للعقد، فقد جاء في هذه الناحية أيضا قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)³ وقوله (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا).⁴ ومن الواضح أن العقد يتضمن تعهدا ضمنيا باحترام نتائجه والالتزام بها، فالنصوص المذكورة تفيد أن عقد الإنسان وتعهده الذي باشره بإرادته الحرة ملزم له بنتائجه، ومقيّد لإرادته، كي تسود الثقة والاطمئنان التعاملات الاقتصادية.⁵

لكن أيضا نجد أن إعمالا مبدأ القوة الملزمة للعقد يبقى مرهونا ببقاء الظروف التي تم فيها العقد، فإذا تغيرت هذه الظروف، وأصبح تنفيذ الالتزام مجحفا بحق أحد الجانبين أو ضارا به، فسخ العقد، ففي هذه الحالة لا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك بالحق المكتسب بالعقد في طلب تنفيذ الالتزام، لأن استعماله لحقه هنا يؤدي إلى تفاوت فادح بين الالتزامات، ما ينشأ عنه إضرار بالغا بغيره، وإثراء على حسابيه، وليس من مقتضى العدل تنفيذ هذا العقد، وإلزام المتعاقد المتضرر به.⁶

1 - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج1، ط9، مطابع ألف باء الأديب، دمشق 1967
ص ص 462، 467، 473.

2 - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط 2، مؤسسة الرسالة، بيروت 1977، ص 139.

3 - سورة المائدة، آية رقم : 01.

4 - سورة الاسراء، آية رقم : 34.

5 - مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص 468.

6 - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده مرجع سابق، ص 140.

يتضح من ذلك أن الشريعة الإسلامية تهتم اهتماماً بالغاً بصيانة العدل بين المتعاقدين، وإقامة المساواة بينهما، فالمساواة في العقود مطلوب العاقدين¹، وفي هذا السياق يرى صاحب فتح القدير وهو بصدد الحديث عن عقد الإيجار وضرورة تحقيق التوازن بين الأجرة والمنفعة، أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقيق المساواة²، أي يجب على المستأجر أن يدفع بدل الأجرة عن كل مرحلة مضت من انتفاعه بالعين المؤجرة، لأن ذلك كفيلاً بأن يحقق المساواة والتوازن بين البديلين.

لكن مع ذلك فإن المساواة المقصودة في هذا المقام ليست المساواة الحسابية الدقيقة، لأن الأصل أن العقد يقوم على المشاحة، ومن الطبيعي أن كل طرف فيه يروم تحقيق مصالحه، فمن حق البائع أن يجتهد في بيع سلعته بأعلى ثمن ممكن. ومن حق المشتري اقتنائها بأدنى ثمن. لذا عادة ما تتفاوت الأداءات، فلا يوجد عقد تتساوى فيه الأداءات المتقابلة، ولكن حينما تكون تلك الأداءات متقاربة في قيمتها يكون العقد متوازناً.

أما الوسائل التي جابهت بها الشريعة الإسلامية ظواهر اختلال التوازن العقدي حماية للجانب الضعيف، فكثيرة ومتعددة أهمها: تحريم الربا والنهي عن بيوع الأمانة وبيع حاضر لباد، وتلقي الركبان وبيع المسترسل والنهي عن كل ما يفضي إلى الضرر والجهالة والظلم واستغلال الآخرين³.

¹ - أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 4، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت 1986، ص 202.

² - كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير، ج 9، دار الفكر بيروت، تاريخ النشر غير مذكور، ص 72.

³ - لمراجعة هذه الأحكام في أشهر كتب المذاهب في الفقه الإسلامي بأكثر تفصيل، أنظر :

- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن القدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الحديث، القاهرة 2004، الربا: ج 5، ص ص من 385 إلى 452. تلقي الركبان: ج 5، ص ص من 600 إلى 602. بيع الحاضر لباد: ج 5، ص ص من 597 إلى 600. - محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي (الخطاب)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، الربا: ج 4 ص 352، علة الربا: ص 404.

المبحث الثاني

البحث في التوازن العقدي في ظل مبدأ سلطان الإرادة

أدرك علماء الاقتصاد في القرن الثامن عشر الدور المتزايد للتبادل وهيمنة العقد على حياة الشعوب المتقدمة، وكان عقد التبادل الفردي ظاهرة أساسية لكل نظام اجتماعي، ومن هنا كان التأكيد على ضرورة ترك العلاقات الإنسانية للاتفاقات الحرة. من هنا أيضا كان استخدام مصطلح الحرية كأساس لأي نظام اقتصادي : حرية العمل، حرية التبادل، حرية التعاقد، حرية المنافسة.¹

من هذا المنطلق جاء تفسيرهم لمبدأ سلطان الإرادة² من الناحية الاقتصادية على أساس أن السوق تحكمه قوانين العرض والطلب، وأن هذه القوانين هي الكفيلة بتحقيق النفع للفرد وللمجتمع على السواء، ولتشجيع النشاط الاقتصادي فلا بد من إزالة كل العقبات أمام الحرية، وهو ما تضمنه المبدأ الشهير "دعه يعمل دعه يمر" والذي أصبح ينص في جانبه القانوني "دعه يتعاقد بلا قيود"³.

تجليات ذلك في المجال القانوني تظهر من خلال أحقية الإرادة في إنشاء ما شاءت من التصرفات دون أن يكون على حريتها قيد أو شرط، ودون النقيذ بأنواع العقود التي

- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي(الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 1، دار الجيل 1989، الريا: ص 216. بيع الحاضر لباد: ص 271. - محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، ط2، لبنان 2003، تلقي الركبان: ج 7، ص ص من 305 إلى 307.

¹ - مسعد قطب، مرجع سابق، ص 13 و14.

² - سوف لن أستفيض في ذكر الأسس الفلسفية والاقتصادية والسياسية لمبدأ سلطان الإرادة، ولا في التطور التاريخي للمبدأ، وإنما سأقتصر على العناصر الأساسية لفهم التوازن العقدي. للإطلاع على أسس المبدأ وتطوراته التاريخية ينظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000م، ص 153 وما بعدها. ينظر أيضا في الفقه الفرنسي :

E. Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, op. cit, p. 27 et s. V aussi. Ranouil, L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, thèse, PUF, Paris, 1980.

³ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص 11.

نظّمها المشرّع. وللإرادة الحرة التامة في تحديد آثار التصرف¹، غير مقيدة بالآثار التي يترتبها المشرّع على نوع معين من التصرفات. بل يكون لها كامل الحرية في تضيق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها، كما يكون للإرادة أخيراً الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها وكذلك في إنهاء التصرفات بعد وجودها².

هذه الأفكار تضمّنها مبدأ سلطان الإرادة الذي تأثرت به أغلب القوانين المدنية، وبخاصة القوانين الغربية ومن أهمها القانون المدني الفرنسي، حيث تنص المادة 1134 على أن: "الاتفاقات المبرمة بوجه شرعي، تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها".

ومعلوم أن تشريعاتنا المدنية في العالم العربي ومنها التقنين المدني الجزائري، قد تأثرت إلى حدّ بعيد بالقانون الفرنسي، فقد جاءت نصوصها مطابقة لأحكام المذهب الفردي، معتتقة لمبدأ سلطان الإرادة دون التصريح باعتناقه³. حيث جاء في صلب م 106 من ق م ج ما نصه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"⁴، وقد سبقه إلى نفس التوجه القانون المدني المصري لعام 1948، حيث نصت الفقرة الأولى من م 147 منه على نفس الحكم⁵.

1 - رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت 1984، ص 26.
 2 - حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية "دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007، ص ص، 12، 13.
 3 - "وبالتالي فإن إدخال تغيير على النصوص التشريعية في قوانيننا المدنية بالمخالفة لمبدأ سلطان الإرادة سوف يؤدي بالضرورة إلى تشويه هذه النصوص بالإضافة إلى احتمالات الفشل في استخراج النتائج المرجوة من هذا التغيير"، حمدي عبد الرحمن، مبادئ القانون، دار الفكر العربي، ص، 103 وما بعدها، نقلا عن حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، هامش ص 13.
 4 - كذلك من مظاهر تبني المشرع الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة ما جاء في نص المادة 37 من دستور نوفمبر 1996 التي جاء فيها: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون" ولقد جاءت هذه المادة في الفصل الرابع المعنون بالحقوق والحرية، من الباب الأول المعنون بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري.
 5 - القانون المدني المصري الصادر بمقتضى قانون رقم 131 سنة 1948 بتاريخ 09 رمضان سنة 1367 الموافق لـ 16 يوليو 1948. رمضان محمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 25.

إن مبدأ سلطان الإرادة يعبر عن فلسفة قانونية تعتقد أن الالتزام التعاقدى يستند أساساً وحصرياً لإرادة الطرفين التي تحدّد مقدار التوازن في مرحلة إبرام العقد (المطلب الأول) من خلال الحرية التعاقدية والتراضي. كما أن هذه الإرادة تحمي هذا التوازن من حيث آثار العقد ضد أي تدخل خارجي. سواء كان من طرف المشرع أو من طرف القاضي (المطلب الثاني) من خلال جملة من المبادئ الأساسية أهمها، القوة الملزمة للعقد، نسبية أثر العقد، وحُرمة العقد. كل ذلك لأن التوازن الشخصي مفترض بقوة القانون (المطلب الثالث). لكن الملاحظ أن مدلول الإرادة في العقود له تصور خاص لدى فقهاء الاسلام، لاسيما وأنه يصطدم بفكرة الجعلية لديهم (المطلب الرابع).

المطلب الأول

التوازن في ظل المبادئ التي تحكم تكوين العقد

إن اعتبار إرادة الفرد حرة غير مقيدة - كما يعتقد أنصار مبدأ سلطان الإرادة - يجعلها لا تتجه إلا لما فيه مصلحته؛ لأن الشخص عندما يلتزم، فإنه لا يلتزم إلا لأنه أراد، ولا يلتزم إلا في الحدود التي أراد. يتفرّع عن ذلك أمران، الأول: أن الفرد لا يمكن أن يخضع لالتزامات لم يرغب فيها. الثاني: أن الفرد يتوجب عليه احترام التعهدات التي ارتضاها بحريته واختياره¹، فإذا ارتضى الدخول في دائرة الالتزام التعاقدى فإنه لا يستطيع التنصّل من التزاماته لأن إرادته قد اتصلت بإرادة شخص آخر. يستتبع ذلك أن كل ما هو تعاقدى هو بالضرورة عادل² ومتوازن وبالتالي فالتوازن يجد مصدره في إرادة الأطراف (الفرع الأول)، لذا كان تركيز أنصار مبدأ سلطان الإرادة مُنصبّاً على توافق الإرادتين دون الاهتمام بمضمون العقد (الفرع الثاني).

1 - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les Obligations, 6^e éd, D.1999, n° 20, p. 23.

2 - هذه مقولة شهيرة للفيلسوف الفرنسي Alfred Fouillée (1838- 1912) يقول فيها: " Qui dit contractuel, dit juste ".

الفرع الأول

التوازن مصدره إرادة الأطراف

إن كل التزام تعاقدي حر هو بالضرورة عادل ومتوازن، ويجب أن يتمتع بحماية القانون. فالإرادة الفردية في المجتمع هي المصدر الوحيد للالتزامات والحقوق، وتتمتع بحرية مطلقة، والأصل أنه لا يوجد هناك ما يقيد من سلطتها القانونية المنشئة، وليس هناك أي عدالة أعلى من الإرادة التعاقدية، بل إن هذه الأخيرة هي من تنشئ العدالة.

في هذا الإطار تقتصر مهمة القانون الأساسية على حماية ممارسة الحرية التعاقدية، وهذه الحرية - رغم أنها في الأصل غير مقيدة - نجد قيدها القانوني الوحيد هو المساواة في الحرية مع الغير، وهي أمر مفترض حسب أنصار هذا المذهب، على اعتبار أن الأفراد كلهم متساوون. بالنتيجة هم يمتلكون الخصائص الضرورية التي تمكنهم من السهر على مصالحهم، فهم الأفضل وضعاً في تقدير ذلك. وماداموا متساوون، فإن ذلك يمكنهم من مباشرة التفاوض حول اتفاقاتهم على قدم المساواة مع من يتعاقدون معهم.

لذلك نجد أن القانون لا يهتم بموضوع العلاقات التعاقدية إن كانت تحقق التوازن أم لا، ولا بالهدف من وراء هذه العلاقات أو حقيقة المصالح التي تسعى لتحقيقها، لأن مهمته الوحيدة تتمثل في تأمين أو ضمان المساواة في الحريات بين الأطراف، فكل عقد هو عادل أيًا كان مضمونه.¹

وفي سياق انتقاداتهم لمبدأ الثمن العادل الذي انتشر لدى الكنسيين، يرى الليبراليون أن التوازن العقدي لا يمكن تحديده ظاهرياً بطريقة موضوعية، ولا يُتأتى من خارج الإطار التعاقدية، فالاتفاقات من خلال قانون العرض والطلب - الذي يفترض حرية المنافسة - لا تضمن فقط تكيف الثمن مع القيمة بل تحقق أيضاً توازنها الذاتي وتصنع

¹ - مسعد قطب، مرجع سابق، ص 18.

العدالة، فالعدالة ليست أمراً مثاليًا يجب أن تخضع له تصرفات الأفراد وأفعالهم، إنما هي أمر طبيعي، تحدده حرية المنافسة.

إن تقدير التوازن العقدي حسب أنصار هذا الطرح، يكون وفق معيار شخصي بحت، يعتمد على ما يراه كل شخص وفقا لمصلحته الخاصة؛ فإذا كان العقد هو أداة للتوفيق بين مصلحتين متعارضتين، كل منهما تسعى إلى تحقيق أكبر نفع ممكن، والتحمل بأقل التزام ممكن، فإن ادعاءات هذا العقد ستكون بالضرورة متوازنة، حيث لا يعقل أن يقبل أي من أطرافه بالظلم والجور على مصالحه، ولا شيء يفرض عليه ذلك.¹ يظهر سلطان الإرادة بشكل كبير من خلال تعيين مضمون العقد، فالأطراف يستطيعون بمفردهم وبكل حرية تحديد حقوقهم والتزاماتهم استنادا إلى مبدأ الحرية التعاقدية والذي عرفه البعض بأنه ذلك المبدأ الذي يحكم مرحلة إبرام العقد، ويتضمن مظاهر ثلاث: حرية الشخص في التعاقد أو رفض التعاقد، حرّيته في اختيار الشخص المتعاقد معه، وحرّيته في تحديد مضمون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد.²

يعتبر المظهر الثالث من مظاهر الحرية التعاقدية أوثق اتصالا بموضوع التوازن العقدي، إذ بمقتضاه يمنح لأطراف العقد حرية تحديد التوازن الذي يرغبون في تحقيقه، والذي يرون أنه مطابقا لمصالحهم، على اعتبار أنه طالما كانت الإرادة الحرة هي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد وبنوده وهي من يحدّد مضمونه، فإن هذه الإرادة لا يمكن أن تخطئ في تحقيق التوازن وإقرار العدالة؛ ذلك أن المتعاقد متى كانت إرادته سليمة من كل العيوب فإنه يعتبر أفضل من يدافع عن مصالحه الخاصة وأقدر الناس على ذلك، ولا يمكن أن نتصور أن شخصا يسعى عن وعي وإدراك إلى تحقيق ما يخالف مصالحه. وبالتالي يفترض أن هذه المصالح تحترم بشكل كامل من خلال التعهدات المبرمة طواعية.

¹ - سلامة فارس عرب، مرجع سابق. ص 168.

² - St. Chretien, La Notion de Liberté Contractuelle, Thèse. Bordeaux IV 2008, n° 04, p. 05.

فالالتزام إذا كان مفروضا فإنه يكون غير عادل، أما وإنه صادر عن قبول تام فلا يمكن أن يكون كذلك. كما أن تعارض المصالح التي يحققها العقد تعتبر أهم ضمان لتحقيق قدر من التوازن، لأنها تستجيب لحاجة كل طرف في العقد، فإذا حدث أن نتج عن العقد إجحاف أو ظلم بأحد الأطراف فهذا دليل على أنه لم يقبل بالعقد.¹

يتضح من ذلك أن أهم ما يميّز مرحلة إبرام العقد، المكانة العظمى التي منحها فقهاء المذهب الفردي للإرادة باعتبارها العامل الوحيد والأساسي الذي يبعث الحياة في العقد، ويحدد مضمونه وما قد يحويه من شروط، وفي نفس الإطار يحدد مقدار التوازن بين الحقوق والالتزامات، كذلك يتضح أن رؤية أنصار مذهب سلطان الإرادة للتوازن العقدي تكتسي طابعا شخصي ينطلق مما يراه المتعاقدان متوازنا، وفق معيار ذاتي؛ فقبول المتعاقدان لشروط العقد حتى وإن كان ينطوي على أخطار، لا يتيح لهما الشكوى بعد ذلك، لأنهما كانا على وعي تام بهذه الأخطار، مدركين لأبعادها وطالما أنهما قررا التعاقد بالرغم من ذلك، فهذا يعني أن هذه الأخطار تتناسب مع الميزة التي يحصل عليها كل منهما.²

الفرع الثاني

العقد اتفاق إرادتين وليس تبادل ذمتين

يظهر دور الإرادة في مرحلة إبرام العقد بشكل جلي من خلال مبدأ الرضائية الذي يرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ الحرية التعاقدية، فإذا كان هذا الأخير يمنح المتعاقد حرية واسعة في مرحلة إبرام العقد على النحو الذي بيّناه في الفرع الأول، فإن مبدأ الرضائية يتمثل بشكل عام في الاكتفاء بتحقق الرضا والرغبة في إبرام العقد، حيث أن الإرادة بحسب الأصل العام لا تتقيّد عند اتجاهها إلى التعاقد بأي إجراءات خاصة.

¹ - " Chaque individu étant le meilleur juge de ses intérêts", F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit, n° 21, pp. 23, 24.

² - Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ 2000, n° 364, p. 308.

في عبارته الشهيرة يقول الفقيه الفرنسي Antoine Loysel "تعقد الثيران من قرونها والرجال من أفواهاها"¹. مؤدى هذه المقولة أن التعبير عن الإرادة متى صدر بالوسائل المبينة بنص القانون،² وخاليا من أي عيوب قد تطرأ على الإرادة فإن هذا التعبير يكون ملزما بحد ذاته، ولا يكون عنصر الالتزام مقترنا بأشكال أو إجراءات أخرى يُستوجب استيفائها.

مع ذلك فإن هناك من الفقهاء من يرى بأن المقصود بالرضائية هو حرية اختيار الشكل من قبل الأطراف، " فالرضائية بالنسبة للتصرف القانوني هو ذلك المبدأ الذي بمقتضاه يعتبر الاتفاق صحيحا متى أبرم وفق أي شكل ارتآه المتعاقدان، على أساس أن الرضا حتى يكون معتبرا فمن الضروري أن يتخذ شكلا معينا، وبالتالي فإن التعريف الدقيق والمنضبط للرضائية هو حرية الشكل عوض غياب الشكل"³.

لعل هذا المفهوم المبتكر للرضائية ينسجم بشكل كبير مع جوهر الحرية بترك الأطراف يحددون بصورة مطلقة ومستقلة الشكل الذي يرونه مناسباً لاتفاقاتهم، كما أن هذا التصور يمكن إلى حد ما أن يقلص من دائرة الانتقادات الداعية لفرض الشكلية كقيد على إرادة المتعاقدين، بجعل الشكلية من متضمنات الإرادة.

في كل الأحوال يترتب على مبدأ الرضائية العديد من النتائج، أهمها رفض أي نوع من أنواع التدخل في تنظيم العقد المراد إبرامه، سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون، حتى لو ترتب على ذلك عدم توازن العقد أو شيء من عدم العدالة. ويجد هذا

¹ - "on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles" J. Flour, J.L. Aubert, E. Saveaux, Droit Civil, Les Obligations, 1.L'acte Juridique, 13^{ed}D. paris, 2008, n° 300, p. 260.

² - تنص م 60 من ق م ج على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

³ - L. fin-langer, l'équilibre contractuel, LGDJ, paris 2002, n°61, p. 53

القول مبرره في أن الإرادة لن تكون حرة، ولن تحتفظ بقوتها وفعاليتها في إنشاء الالتزام إذا تعطلت آثارها، وكان ذلك بسبب الاحتياج إلى إفراغها في قالب أو شكل معين.¹

لذلك تعتبر الرابطة التعاقدية لدى أنصار المذهب الفردي، العنصر الأساسي والوحيد المعترف لقيام العقد، والمقصود بهذه الرابطة تبادل رضا الطرفين. أما التبادل بين الذم المالية والتمتّل في مضمون العقد، فلا يحظى إلا بأهمية ثانوية لديهم، حيث لا نجد وفق هذه الرؤية أي اعتبار للتوازن الموضوعي.

تبدو هذه النظرة مخالفة تماما للأسس التاريخية التي قامت عليها نظرية العقد، فلو استعراضنا تطوّر هذه النظرية خاصة عند اليونان والكنسيين، لوجدنا أن العقد كان دائما يُعبّر عن التناسب العادل بين الاداءات، أي التوازن المتبادل بين طرفيه. ومن الثابت تاريخيا أيضا أن العقد لم يتميّز بالإجراءات المتبعة لإنشائه والتمتّل في تبادل الرضا، لكنه تميّز بمضمونه وبالمساواة في الالتزامات المتبادلة الناشئة عنه.²

وبظهور المذهب الفردي تغيّر المفهوم العام للعقد، بعد منح الإرادة السلطان الأكبر في إنشائه، ولم يعد للتوازن الموضوعي أي دور يلعبه في هذا الإطار؛ ذلك أنه لم يعد يُنظر للعقد كوسيلة لتبادل السلع أو الخدمات المتكافئة، وإنما كاتفاق للإرادات بهدف تحقيق تبادل معيّن بغض النظر عن جوهر هذا التبادل إن كان يحقق التوازن في بعده الموضوعي أم لا.³

1 - عمر محمد عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 2004، ص 315

2 - J-P. Chazal, Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants : les contrats de distribution et la détermination du prix, La Semaine Juridique, Edition Générale n° 4, 27 Janvier 1999, Document 39 de 55.

3 - Élise M. Charpentier, L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la Force obligatoire du contrat? th. Université McGill Montréal 2001. p. 13.

المطلب الثاني

التوازن من خلال المبادئ المحددة لآثار العقد

بعد أن رأينا في المطلب الأول القواعد الكفيلة بتحديد التوازن المرغوب من قبل الأطراف، والتي تتمثل أساسا في مبدأي الحرية التعاقدية والرضائية، يترتب عن مبدأ سلطان الارادة من حيث الآثار، مجموعة من المبادئ لها تأثير بالغ في المحافظة على التوازن المرغوب من قبل الطرفين والذي تم تحديده بإرادتيهما الحرّتين أثناء إبرام العقد. تتمثل هذه المبادئ في القوة الملزمة للعقد (الفرع الأول)، وحرمة العقد (الفرع الثاني)، ونسبية أثر العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التوازن والقوة الملزمة للعقد

يقرر أنصار المذهب الفردي أن ما تمّ نتيجة إرادتين حرّتين يكتسب قوة ملزمة ويستوجب حماية القانون له، فلا يصحّ تعديله إلاّ بتوافق هاتين الإرادتين. ذلك أن مساواة الطرفين مفترضة، وطالما أن الاتفاق ناتج عن تنازلات متبادلة فهو إذن متوازن، وبالتالي لا ضرورة لأي تدخل خارجي لتصحيح العقود المبرمة بحرية، بدعوى عدم عدالتها وضرورة إقامة التوازن فيها، لأن اعتبار الإرادة أساس الالتزام التعاقدية لا يعني أنها تقيد المتعاقدين فحسب، بل إن هذه الإرادة تعتبر قانون التعاقد - العقد شريعة المتعاقدين - الذي يلزم الجميع بمن فيهم القاضي، الذي يستوجب عليه احترام مضمون العقد كما هو، وتطبيقه بين طرفيه.¹

إن أي تدخل خارجي في إرادة المتعاقدين - تشريعي كان أو قضائي - من شأنه أن يفسد التوازن الذاتي الملازم للمصالح المتعارضة، فكل عقد أبرم بحرية يستلزم بالضرورة أنه مطابق للعدالة وللمصلحة العامة، " لأن كل ما هو تعاقدية هو عادل".¹

¹ - E. Gounot, op. cit, p. 44-45.

الملاحظ أن هذا المبدأ تضمنته أغلب التشريعات المدنية، وجعلت المواد المنظمة لأحكامه من قبيل المواد الأساسية التي تحظى بأهمية خاصة، يُستشف ذلك من خلال الصياغة القانونية لهذه المواد، كما تظهر من خلال التطبيقات القضائية.

أولا - أهمية المبدأ من خلال الصياغة القانونية

نظمت التشريعات المدنية مبدأ القوة الملزمة بواسطة نصوص ملزمة. فنجد المشرع الجزائري نظم هذا المبدأ أو ما يعبر عنه بالعقد شريعة المتعاقدين من خلال المادة 106 من القانون المدني التي تنص على : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون". بالنظر لصياغة هذه المادة، نلاحظ أن الألفاظ التي اختارها المشرع تتسم بالوضوح وبدلالاتها على معانيها دلالة قوية ومطابقة، لا تحتمل تفسيراً ولا تأويل. كما نلاحظ أيضاً الأسلوب الإنشائي الأمر الذي يظهر الطابع الإلزامي لأحكامها بعدم جواز المساس بالعقد، مما يستلزم احترامه ووجوب تنفيذه من قبل المتعاقدين وكذلك من قبل القاضي دون نقض ولا تعديل، إلا في بعض الحالات التي وردت على سبيل الاستثناء².

تظهر أيضاً أهمية هذه القاعدة من خلال موقع المادة 106 حيث جعلها المشرع الجزائري تصدر القسم الثالث المعنون بـ " آثار العقد " من الفصل الثاني " العقد " من الكتاب الثاني " الالتزامات والعقود " مما يعني أن المادة 106 تعتبر من المواد الأساسية في القانون المدني.

¹ - L. Rollan, « Qui dit Contractuel, dit Juste. » (Fouillée) ... petits bonds, à reculons, communication faite au IXe Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Tunis, nov. 2005) : Les principes généraux de droit, p. 05.

² - وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2009، ص 335 وما يليها.

في نفس الإطار نظّم المشرّع المدني الفرنسي مبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال المادة 1134 حيث تنص على أن : " الاتفاقات المبرمة بوجه شرعي، تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها". وقد تصدرت هذه المادة أيضا القسم الأول " مبادئ عامة " من الفصل الثالث المعنون ب " آثار الالتزام " .

الملاحظ أن هذه المادة من القانون المدني ظلّت دون تغيير منذ صياغتها في 1804، فمن خلال تقريب العقد من القانون، أسهمت هذه المادة في توفير قدر كبير من الاستقرار للمعاملات القانونية، ومنعت أطراف العلاقة التعاقدية من الخروج عن أحكامها احتراماً للتوازن المعبر عنه وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، الذي حظي باحترام كبير لدى واضعي القانون المدني الفرنسي، حيث ضمّنه أغلب أحكام هذا القانون.

ثانيا - أهمية المبدأ من خلال التطبيقات القضائية

فيما يتعلّق بالجانب القضائي نجد أن هناك العديد من السوابق القضائية، تركّز على وجوب احترام القوة الملزمة للعقد من قبل الأطراف المتعاقدة ومن قبل القاضي، فقد عمدت الهيئات القضائية العليا إلى نقض الأحكام والقرارات التي ظهر من خلالها تدخل القضاة في إرادة المتعاقدين بتعديل التوازن المعبر عنه في العقد. فقد قضت المحكمة العليا بنقض القرار الذي يأمر بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بسبب تقصير أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه، معلّلة ذلك بأنه كان يتوجب على قضاة المجلس أن يحكموا على الطرف المخل بإتمام التزامه احتراماً للقوة الإلزامية للعقد¹.

في القضاء الفرنسي نجد أن السوابق القضائية التي أكدت على وجوب احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد كثيرة ومتعددة، فقد أكدت محكمة النقض في إحدى قراراتها أن الشخص لا يمكن أن يُلزم إلا بإرادته وحسبما تم الاتفاق عليه، وأنه في العقود المستمرة

¹ - أنظر قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13\06\1990 (ملف رقم 61489) المجلة القضائية، 1991، ع4، 65.

التنفذ لا ينتهي الغرض منها إلا بما اتفق عليه الاطراف أثناء إبرام العقد، وذلك تطبيقاً للمادة 1134 من القانون المدني.¹

كما رفضت محكمة النقض الفرنسية أن يُعدّل عقد تأمين ضد خطر التجنيد وقت أن كانت الجنديّة في فرنسا بالاقتراع، ثم تقررّ زيادة تعداد الجيش الفرنسي إلى الضعف تقريباً مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالاً، فزاد بذلك الخطر الذي تتعرّض له شركة التأمين زيادة جسيمة أصبحت تهددها بخسارة فادحة.²

غير أن الكلام عن الأحكام والقرارات المتعلقة بمبدأ القوة الملزمة للعقد، يستلزم منا بالضرورة الإشارة إلى قرار ذو أهمية بالغة في تاريخ القضاء، حيث لا يذكر المبدأ إلا مقترناً به بالرغم من مرور زمن طويل منذ صدوره، وهو قرار Le Canal de Craponne الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 06 مارس 1876، وقد جاء في نص هذا القرار " إن القاعدة التي تکرّسها المادة 1134 من القانون المدني تعتبر عامة ومطلقة، وتخضع لها كل العقود، لاسيما العقود التي تُنفذ على مراحل متعاقبة، وبالتالي ليس من حق المحاكم في أي حال من الأحوال، وبالرغم من قدر العدالة الذي يمكن أن يظهر لهم من خلال قراراتهم، أن يأخذوا بعين الاعتبار الوقت والظروف كمبرر لتعديل

¹ - تتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد التلاميذ اتفق مع مؤسسة تعليمية بالمراسلة على أن تمنحه دروساً عن طريق المراسلة وذلك لمدة ست سنوات مقابل حقوق التسجيل مضاف إليه مبلغاً مالياً يدفعه التلميذ في صورة أقساط منتظمة مجموعها خمس وثلاثون دفعة، غير أنه وأثناء الشهر التاسع قرر التلميذ التوقف وعدم مواصلة الدروس وفي الوقت ذاته امتنع عن دفع الاقساط المترتبة في ذمته، فطالبته المؤسسة بنكاملة ما تبقى من المبلغ المنفق عليه مستندة لأحكام المادة 1134 من القانون المدني، وفعلاً أيدت محكمة النقض هذا الطلب ملزمة التلميذ بدفع باقي الاقساط تطبيقاً للاتفاق المبرم بينه وبين المؤسسة. قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 28 أبريل 1971 أشار إليه :

A. Weill et F. Terré, Droit Civil, Les Obligations, 2^{ème} éd, Dalloz 1975, p 381.

² - صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 09 جانفي 1856، ذكره خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، هامش ص18.

الاتفاقات المبرمة بين الطرفين، وإحلال شروط جديدة بديلة عن الشروط التي تم الاتفاق عليها وقبولها بكل حرية من الطرفين"¹.

تتلخص وقائع هذه القضية الشهيرة، في أن اتفاق تم إبرامه في 22 جوان 1567 تعهد من خلاله مالك قناة ري، بضمان توفير المياه اللازمة لسقي الأراضي المجاورة لقناته مقابل مبلغ نقدي. بفعل تدهور قيمة النقد وارتفاع تكلفة اليد العاملة على مدى ثلاثة قرون من الزمن، قرّر مالك القناة اللجوء إلى القضاء قصد المطالبة بزيادة مبلغ المقابل النقدي المنصوص عليها في الاتفاق حتى يتناسب مع المصاريف التي يتحملها للقيام بتنفيذ التزاماته. بالفعل استجاب المجلس القضائي لمنطقة Aix وأصدر قراره في 31 ديسمبر 1875 لفائدة المدعي برفع قيمة المقابل ليكون متوازنا مع التزامات المالك.

الاشكالية التي يثيرها القرار تكمن في مدى مشروعية المساس بالقوة الملزمة للعقد عندما تتغير الظروف الاقتصادية بالصورة التي تؤدي إلى انهيار التوازن الاقتصادي الذي ارتآه الطرفين.

محكمة النقض رفضت أي محاولة لمراجعة العقد من قبل القاضي بالرغم من تغيير الظروف بشكل كبير، والذي قوّض مبدأ العدالة التعاقدية، معللة ذلك بنص المادة 1134 وعدم السماح للقاضي بأن يضع نفسه فوق قانون العقد الذي ارتضاه الطرفان، فمادامت الشروط الأساسية للعقد متوفرة فلا مجال لتعديل العقد، ووجوب احترام مبدأ القوة الملزمة الذي - حسب رأي قضاة محكمة النقض - يجب أن يطبق بكل صرامة حتى ولو أصبح المبلغ المتفق عليه تافها بفعل الظروف المستجدة.

¹ - « La règle que consacre l'article 1134 du Code civil étant générale et absolue dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants » Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, D. 1876, 1, p. 193, note Giboulot, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, par Capitant H., Terré F. et Lequette Y., Dalloz, 11^e éd., 2000, t. II, n° 163. p. 123.

الفرع الثاني

مبدأ نسبية الاثر الملزم للعقد

يعتقد أنصار المذهب الفردي أن من أهم الوظائف المناطة بالعقد هي كونه وسيلة لتحقيق العدالة التبادلية، ولا يتم تحقيق هذه الغاية إلا من خلال وجود توازن مفترض بين الحقوق والالتزامات العقدية، وبما أن هذا التوازن المفترض مقتصر على الدمتين الماليتين لطرفي العلاقة، فإن استفادة الغير من حق ناشئ عن العقد دون تقديم عوض له أو تحمله بالتزام، فإن ذلك يتعارض مع مقتضيات العدالة التبادلية، ويعرض توازن العقد للاختلال.

يرتبط مبدأ الأثر النسبي للقوة الملزمة للعقد ارتباطا وثيقا بمبدأ سلطان الإرادة وبالقواعد المتفرعة عنه، حيث أنه من أهم النتائج المترتبة عن الاعتقاد بأن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد، أن أثر العقد المتمثل في الحقوق والالتزامات المترتبة عنه، يظل حبيس العلاقة التعاقدية، ولا ينتج أثرا إلا بالنسبة لطرفيه اللذين تبادلوا التعبير عن رضائهما، دون أن يكون لغيرهما الحق في الاستفادة من العقد إلا وفقا للحالات الواردة على سبيل الاستثناء، لاسيما حالة الاشتراط لمصلحة الغير¹.

يترتب على ذلك أن الأشخاص الذين لم يكن لإرادتهم دورا في إبرام العقد، غير معنيين به مبدئيا، فنسبية الاثر الملزم للعقد يناط بها تحديد نطاق النشاط القانوني للمتعاقدين وللغير على السواء وعدم السماح بالتداخل بين المجالين، وهي بذلك ضمانا لحماية طرفي العلاقة التعاقدية، وحماية التوازن الذي أراداه من خلال اتفاقهما، لأن امتداد أثر العقد للغير من شأنه الإضرار بتوقعات المتعاقد الآخر وبالتالي المساس بالغاية المنشودة من العقد ومن وراءه باستقرار العقد ككل، ويمتد هذا التأثير ليطال الضمان العام المقرر لدائني المتعاقد.

¹ - أنظر المادة 116 من القانون المدني الجزائري.

يعد مبدأ نسبية أثر العقد، أحد أهم الاسس التي تقوم عليها نظرية العقد منذ القدم، عبّر عنه الرومان من خلال مقولة شهيرة " أن الأمر المتفق عليه بين البعض لا يمكن أن يضر أو يفيد غيرهم"¹. وقد نص عليه المشرع المدني الجزائري في المادة 113 " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا ". كما نص عليه القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 1165.²

الفرع الثالث

مبدأ عدم المساس بالعقد

من أهم ما ترتب عن مبدأ سلطان الارادة أن ما أنتجته إرادة المتعاقدين من آثار لا يجوز المساس بها لا بالتعديل ولا بالتغيير ولا بالنقض، يجد ذلك تبريره في الأسس الفكرية والفلسفية التي قام عليها سلطان الارادة، والغلو الذي صاحب ذلك في تقديس الارادة باعتبارها العنصر الأساسي والوحيد الذي يحكم العقد ويهيمن على مراحل حياته، منذ نشأته مروراً بتنفيذه وإلى غاية انقضائه. استتبع ذلك أن كل ما نتج عن الارادة السليمة والمشروعة، يكتسب ما للارادة من حرمة وتقديس، لدرجة أنه أصبح بمثابة مبدأ، تواتر القضاء على تطبيقه بصرامة منذ زمن طويل، وقد اصطلح على تسميته "بمبدأ عدم المساس بالعقد" principe d'intangibilité du contrat.

الملاحظ أن محكمة النقض الفرنسية مازالت وفيّة لهذا المبدأ، ففي قرار صادر عن غرفتها المدنية الثالثة، أعربت عن تمسكها بعدم جواز المساس بالعقد وعدم أحقية القاضي في التدخل قصد تعديله، حتى لو كان ذلك بدعوى حماية التوازن العقدي بين طرفيه.³

¹ - جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج1، مصادر الالتزام ط2، القاهرة 1976 ص 260.
² - Art. 1167 " les conventions non d'effet qu'entre les parties contractantes; elle ne nuisent points au tiers, " Code Civil Français, 108^{ed} Dalloz, Paris, 2009.

³ - B. Fages, "Même pour respecter l' équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat" Civ. 3e, 18 mars 2009, pourvoi n° 07-21.260, à paraître au Bulletin, D. 2009.950, obs. Y.

تتلخص وقائع القضية في أن عقد إيجار سكني تم إبرامه مقابل أجره شهرية زهيدة، لأنه أخذ فيه بالاعتبار أن المستأجر كان يعمل كحارس شخصي للمؤجر. عند وفاة المؤجر، طالب ورثته المستأجر بتحويل واجب الالتزام بالحراسة الذي كان يؤديه لوالدهم إلى مبلغ مالي يضاف إلى الأجرة. في 18 سبتمبر 2007 استجابت محكمة الاستئناف لطلب الورثة، معتبرة أنه ولو لم ينص العقد صراحة على دفع إيجار إضافي في حال استحالة تنفيذ الالتزام بالحراسة، فإنه مع ذلك، ولتلبية متطلبات حماية التوازن التعاقدية، لاسيما وأن الأمر يتعلق بعقد زمني يتم فيه تنفيذ الأداءات على مراحل زمنية متعاقبة، لا يوجد ما يمنع من إحلال التزام مالي معادل، محل الالتزام بالحراسة الذي أصبح تنفيذه مستحيلا بوفاة المؤجر.

لكن الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض لم ترى الأمور على هذا النحو، إذ نص منطوق قرارها الصادر في 18 مارس 2009 على أنه: " حيث أن عقد الإيجار لا يتضمن أي بند يبيّن أساليب تنفيذ العقد، وكيفية سداد الأجرة. بناء على ذلك فإن محكمة الاستئناف قد انتهكت أحكام المادة 1134 من القانون المدني".

إن الحل الذي ارتآه قضاة محكمة النقض وإن كان حديثا فيما يتعلق بتاريخ صدوره مارس 2009، إلا أنه قديم من حيث مضمونه، فقد ذكرنا بالعصور التي شهد فيها مبدأ سلطان الإرادة أوج انتصاراته. فبالرغم من أن أهم وظائف القاضي تتمثل في الحفاظ على التوازن التعاقدية المرغوب من جانب الأطراف عند إبرام العقد وحمايته، إلا أنه بالمقابل - كما في قضية الحال - لا يملك سلطة تحويل التزام عيني أصبح أدائه مستحيلا، إلى التزام معادل بمبلغ من المال¹.

Rouquet, RTD Civ. 2009 p. 528.

¹ - أنظر في نفس السياق قرار قضائي آخر صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 جويلية 2007 جاء في منطوقه: " لا يمكن للقاضي المساس بمضمون الحقوق والالتزامات المتفق عليها بوجه شرعي

ما يمكن استنباطه من القرار المذكور، أنه بالرغم من كل التطور الذي عرفته التشريعات المدنية وفي مقدمتها التشريع الفرنسي في مجال العدالة التعاقدية، وبالرغم من الانتقادات الموجهة لمبدأ سلطان الإرادة والقواعد المتفرعة عنه، لعدم مسايرتها للتطور الحاصل في المجال الاجتماعي والاقتصادي، إلا أن " مبدأ عدم المساس بالعقد " في صورته التقليدية مازال قائما في القضاء الفرنسي. وأن الحظر المفروض على القاضي من تعديل العقد مازال ساري المفعول، بالرغم من تغيّر الأوضاع، وحدث ظروف استثنائية - في قضية الحال وفاة المؤجر وبالتالي استحالة تنفيذ الالتزام بالحراسة - . ولعل هذا الحظر لا يزال هو السمة المميّزة للقانون الفرنسي. لذا - كما أوضحت محكمة النقض في قرارها - يتعيّن على طرفي العقد إدراج بند يتضمن الحالات وتوضيح الاجراءات الضرورية التي بموجبها يتم تكيف العقد ليتلاءم مع الظروف المستجدة، وعلى الأخص تلك التي يتم بموجبها استبدال التزام بآخر. في قضية الحال بند كهذا مفقود، لذا عمد القضاة إلى التطبيق الصارم لمبدأ حرمة الاتفاقات وعدم جواز المساس بها¹.

المطلب الثالث

إفترض التوازن بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد

يعتبر أنصار المذهب الفردي أن نتيجة سلامة الإرادة لدى الطرفين، تفترض أن العقد متوازن، وبأنه متفق مع مصالحهم بدرجة تحول دون مساس القاضي بالالتزامات التعاقدية تحت مسمى إعادة التوازن، وتحقيق العدالة. فالعدالة تكمل إرادة الطرفين ولا تنسخها².

كما يركز تعريف المعاوضة على ضوء نص المادة 57 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها نص الفقرة الاولى من نص المادة 1104 من القانون المدني

RTD. Civ. 2007. p. 773.

وقانوني بين الأطراف "

¹ - B. Fages, op cit, p. 528.

² - محمد محي الدين إبراهيم سليم، التسلط الاقتصادي وأثره على توازن العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2008، ص04.

الفرنسي،¹ على عنصر التبادل بين الالتزامات والحقوق : " يكون العقد تبادلياً متى التزم أحد الطرفين بمنح، أو فعل شيء يعتبر معادلاً لما يمنح، أو يفعل له ". هذه الالتزامات والحقوق ينظر إليها في ظل المبادئ التقليدية للعقد على أنها دوماً متكافئة.

إن المشرع - ومن ورائه دعاة المذهب الفردي - يفترض أن ما قرره الطرفان بإرادتهما لا يمكن إلا أن يكون متكافئاً، استناداً إلى مبدأ الحرية التعاقدية الذي يقتضي أن للشخص مطلق الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وفي أن يختار مع من سيتعاقد، وفي أن يضمّن عقده ما شاء من بنود. كما يستند هذا الافتراض أيضاً إلى أن العقد هو وسيلة تبادل، ولا يمكن لعاقده عاقل القبول بأن تفنقر ذمته المالية بمحض إرادته، إلا إذا كان سيتقاضى مقابلاً حقيقياً لما التزم به.

الملاحظ من خلال نص المادة 57 من ق م ج أنه قد تضمن قرينة، مفادها أن الأداءات في عقود المعاوضة تكون حتماً متعادلة. وقد أراد أنصار المذهب الفردي أن تكون هذه القرينة قاطعة، لا يمكن دحضها بأي وسيلة كانت، وذلك لقطع الطريق أمام أي محاولة للتدخل بداعي إعادة التوازن للعلاقة العقدية. يظهر ذلك من خلال القواعد القانونية التي تنظم مرحلة تكوين العقد (الفرع الأول)، وكذا القواعد التي تحكم تنفيذه (الفرع الثاني)، والتي تفرض في مجملها إحترام التعادل المعبر عنه في العقد.²

¹ - Art 1104 du code civil français : « il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage a donner ou a faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle » Code Civil, 108^{ed} Dalloz, Paris, 2009

² - L. Bruneau, Contribution a l'étude des fondements de la protection du contractant, thèse. Toulouse 2005. n°350, p. 314.

الفرع الأول

قرينة التكافؤ في مرحلة إبرام العقد

باستعراض أركان العقد،¹ يتضح أن كلا من المحل والسبب - في نظرية الالتزام عموماً - يشكلان أهم ما يخص صحة العقود. والحكمة في وجوب توافر شروط في كل منهما - كشروط لازمة لصحة الاتفاق - تتمثل في أن العقد تؤثر فيه عوامل من تدخل المتعاقدين بطريقة تصرف العقد عن مساره القويم، حيث من الممكن أن يقع المتعاقد في الغلط، أو يكون ضحية تدليس أو استغلال. مما يؤثر في توازن العلاقة العقدية، وبالتالي يمكن القول أن عنصري المحل والسبب يكرسان مبدأ العدالة العقدية، ومجرد توافرها ضماناً لتكافؤ الأداءات التعاقدية.

أولاً - محل العلاقة التعاقدية

إن أهمية المحل تظهر بشكل خاص في الالتزامات العقدية، ذلك أن محل الالتزامات غير التعاقدية - ولا شك أن كل التزام إلا وله محل - يتولى القانون تحديده، وبالتالي لا داعي للبحث فيه لاستيفائه شروط صحته بالتأكد.²

الملاحظ أنه بالرغم من التداخل الحاصل بين ركني المحل والسبب³، إلا أن مفهوم المحل لا يؤثر إشكالا مقارنة بالسبب، ذلك أن المشرع قد بيّن شروطه وبعض أحكامه، لكن

¹ - نظم المشرع الجزائري أركان العقد وشروط صحته من خلال المواد من 54 إلى 98. القانون المدني كما نصت المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: "أربع شروط تعتبر أساسية لصحة العقد :

- رضا الطرف الملتمزم.

- أهلية للتعاقد.

- محل أكيد يشكل موضوع للالتزام.

Code Civil, 108^{ed} Dalloz, Paris, 2009.

- سبب مشروع للالتزام "

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ب س، ص 170.

³ - يرى أنصار النظرية التقليدية للسبب أن سبب التزام كل طرف يكمن في محل التزام الطرف الثاني.

الخلافاً الذي ثار بشأن المحل، انصبّ حول ما إذا كان ركناً في العقد أم ركناً في الالتزام.¹

إنّ محل العلاقة التعاقدية هو من جهة محل العقد، الذي يسمح بتقدير الجوانب الاقتصادية فيه. ومن جهة ثانية محل الالتزام الذي يعطي المدين مقابلاً لما التزم به تجاه الدائن، وكلا المعنيين يسهمان في بلورة القرينة القاطعة على تعادل الالتزامات.

أ - محل العقد

يعرّف محل العقد بأنه العملية القانونية المراد تحقيقها. فإذا كانت آثار العقد هي إنشاء التزامات، فإن هذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية المقصودة من العقد.

تقتضي قرينة التوازن أن اختلال المحل يؤدي إلى زوال العقد، كعقد البيع المبرم مقابل ثمن تافه، حيث لا يمكن للبائع في هذه الحالة التنازل بإرادته عن ملكيته للمبيع دون مقابل، أو بمقابل لا يتناسب البتة مع ما أعطى.

لكن خارج هذا الغياب الكلي للتوازن، فإن القانون وفق المبادئ التقليدية لسلطان الإرادة، لا يهتم بالاختلال الحاصل بين الاداءات العقدية مادام هذا الاختلال محل اتفاق من قبل الاطراف، فمجرد غبن² أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر لا يؤخذ بعين الاعتبار.

غير أن بعض الفقهاء³ باستنادهم إلى تصوّر ذاتي للغبن، يقرّرون أنه لا يمكن لمتعاقدّ القبول بأن يغبن بإرادته، وأن وجود تفاوت بين الاداءات يفترض حتماً وجود عيباً في الإرادة؛ ففي اللحظة التي يبرم فيها أحد الطرفين صفقة تسبب له خسارة، فهذه قرينة على

¹ - حول هذا النقاش، أنظر محمد يحي عبد الرحمن المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1986، ص ص 20 و 21.

² - يعرف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 355.

³ - J. Flour, J.L. Aubert, E. Saveaux, Droit Civil, Les Obligations, 1. L'acte Juridique, 13^{ed} dalloz, paris, 2008, n° 245, p.209

أنه وقع في غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه أو استغلال؛ لأن إرادته لو كانت حرة ومستتيرة، لما أقدمت على التعاقد وفقا لهذه الظروف.

بالإضافة إلى أن العلاقة بين الغبن والتراضي تم تكريسها من قبل القانون المدني الفرنسي؛ حيث أشار إلى الغبن في القسم المعنون ب"التراضي"¹، وهو نفس التوجه الذي ارتآه المشرع المدني الجزائري حينما نص على الغبن في صلب المادة 90 واشترط اقترانه بالاستغلال لإبطال العقد.

في نفس السياق يرى جانب آخر من الفقه² أن مجرد التفاوت بين الاداءات العقدية كاف لتبرير فسخ العقد للغبن، إنطلاقا من قاعدة مفادها أن " ما هو عادل يعلو على ما هو مرغوب، حتى وإن كان مرغوبا بحرية ووعي"³.

لكن بالرجوع إلى الاتجاه التقليدي لسلطان الإرادة الذي كرّسته المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي في معرض تنظيمها للغبن، نجدتها تنص على أن : " الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في بعض العقود أو إزاء بعض الأشخاص ". يستفاد من هذا النص أن الغبن لا يعتبر سببا عاما لإبطال العقد. وأنه خارج الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر فإن الغبن غير معتبر. وهو بهذا المعنى يشكل استثناء على قرينة التعادل بين الالتزامات والحقوق، التي لا يمكن القول بأنها قرينة قاطعة لإمكانية تطبيق نظرية الغبن في بعض العقود وإزاء بعض الأشخاص، وفي الوقت ذاته لا يمكن القول بأنها قرينة بسيطة لأنه لا يمكن تطبيق النظرية خارج الحالات المشار إليها بدقة من قبل المشرع.

¹ - أشار المشرع المدني الفرنسي إلى الغبن في المادة 1118 بالقسم الأول المعنون ب"التراضي" من الباب الثاني تحت عنوان " الشروط الأساسية لصحة الاتفاقات"

Code Civil, 108^{ed} Dalloz, Paris, 2009.

². R.Cabrillac, Droit des Obligations, 4^{ed} Dalloz, Paris, 2000, n° 81, p.55.

³. J. Flour, J.L. Aubert, E. Saveaux , op. cit, n° 245, p.209

تءءر الإشارة هنا، أنه بالرغم من المءاولاء الناءئة التي ءاضها القضااء للتوسيع من مءال تطبيق نظرية العبن ءءى ءطال ءالاء آءرى غير ءلك التي ءءءها المشرء، فإنه من منظر أنصار ءءصوء ءءقلىءى لمبءأ سلطان الاراءة ءبقى العقوء على العموم صءىءة منءة لآءارها القانوءية ولو كانت مشوبة بعبن، ومءفاوءة الاءاءاء.¹

ب - مءل الاءءرام

مءل الاءءرام هو الاءاء الذي ءبب على المءىن أن ءقوم به لمصلءة الاءءن، وهو إما نقل ءق عىنى، أو القىام بعمل، أو الاءءءاع عن عمل.² كما عرفه بعض الفقهاء بأنه الشىء³ الذي ءلءزم به المءىن، وهو ءارة ءلءزم بالإعطاء، كنقل ملكية المبع إلى المءءرى، وءارة بالقىام بعمل، كما فى ءءرام المؤءر بءسلىم العىن المؤءرة للمسءأءر، وءارة آءرى بالاءءءاع عن عمل، كما فى ءءرام ءءارر ألا ءزاعم منافسا له فى ءءارة.⁴

إذا كان مءل الاءءرام منءءما، كان العءء باءلا ءأسىسا على آءكام الماءة 93 من ق م ج (ءقابلها الماءة 1126 من ق م ف). بالإضافة إلى ذلك فإن الاءءن بالاءءرام، إذا آءأ فى ءءءىر المءل، ءسءطىع طلب إءطال العءء لوقوعه فى غلط، فى هءه ءالاء ءأسىسا على آءكام الماءة 81 من ق م ج (ءقابلها الماءة 1110 من ق م ف).

¹ - L. Bruneau, op. cit. n°354, p.316

² - محمد ءسن عبء الرءمن، مشروعية المءل فى ءءسرىعء العربىة، ءار النهضة العربىة، القاهرة 1998، ص30
³ - المقصوء "بالشىء" كل ما لا ءبء شءصا، وءكون له كىان ءاى منفصل عن الإنسان، سواء أكان هءا الكىان ماءى أم معنوى، كالمصنفاء الفكرىة والاءءراءعء القابلة للاستءلال الصناعى التى ءءمىها القانون بمنء براءاءء. على هءا النحو ءصلء الشىء لأن ءكون مءلا للءق ءون الءقوق القائمة على أساس الاءءضاء كءق الاءءنىة لأن مءلها العمل وءىس الشىء. وءبغى عءم الءلط بىن "الشىء" و"المال" الذى ءقصد به الءلاله على الءق ءى القىمة المالىة، آىا كان نوعه وآىا كان مءله، شىئا أو عملا، أنظر فى ذلك ءسن كىره، المءءل إلى القانون، مءءبة مكاءى، بىروء، 1977، ص ص 826 و827.

⁴ - عبء الرزاق السنهورى، نظرىة العءء، ج 1، منشرءاء الءبىءىة، بىروء، 1998، ص13

يعرف الغلط بأنه وهم، يقوم في ذهن العاقد، يصور له الأمر على غير حقيقته، ويجعله مدفوعا للتعاقد تحت وطأة ذلك التصور¹. يستتبع ذلك أن الشخص يستطيع الرجوع في التزامه، متى كان الهدف منه الحصول على شيء، اعتقده بخلاف ما هو عليه. الغلط مضمونه إذن تقدير خاطئ لمحل الالتزامات الناشئة عن العقد. مثال ذلك شخص التزم بدفع مبلغ من النقود، مقابل الحصول على حصان، ظاناً منه أنه حصان سباق، فاتضح أنه حصان تكاثر لا علاقة له بالسباق، يكون بذلك قد وقع في غلط في محل المتعاقد معه. هذا الغلط يببرر إبطال العقد².

لكن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن معيار الغلط في مادة الشيء محل الالتزام في القانون المدني الفرنسي، معياراً موضوعياً بخلاف القضاء الفرنسي الذي يميل إلى التوجه الذاتي. بالتالي ليس كل غلط في محل الالتزام بالضرورة معتبراً قانوناً لإبطال العقد، فإذا كان الغلط في مادة الشيء محل الالتزام يعطي الحق لمن وقع فيه بطلب الإبطال، فإن الغلط في قيمة محل الالتزام لا يعطي الحق في ذلك، لأن الغلط في القيمة ينطوي على غبن، ولقد رأينا كما تقدم أن الغبن كقاعدة عامة ليس سبباً من أسباب البطلان³.

يُعرف الفقيه Ghestin الغلط في قيمة محل الالتزام بأنه "تقدير اقتصادي خاطئ مبني على معطيات صحيحة"⁴. فالشخص الواقع ضحية غلط في القيمة، يحصل على ما كان يريد الحصول عليه، لكن وفق تناسب غير كاف. فيجعل البائع يبيع سلعته بثمن جيد، ويجعل المشتري يدفع ثمناً باهظاً. إن القانون يرفض أي تدخل لمواجهة هذا التفاوت، إلا إذا كان هذا التفاوت ناتجاً عن تصور خاطئ لصفات جوهرية في محل الالتزام.

¹ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص43

² - Cass. Civ. 1er, 5 fevrier 2002, bull. civ. 1, n° 38.

³ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص43

⁴ - « une appréciation économique erronée effectuée a partir de données exactes » cité par L. Bruneau, op. cit. n°354, p.317.

التوازن إذن بين أطراف العلاقة التعاقدية هو توازن مفترض، حتى وإن سمح العقد لأحد طرفيه أن يُثرى على حساب الطرف الآخر فإنه مع ذلك يبقى صحيحاً واجب التنفيذ.

ثانياً - سبب العلاقة التعاقدية

إن حرص المشرع على اعتبار العقد الخالي من السبب عقداً باطلاً، جعله يقيد الآثار القانونية للتراضي، ويقرر أن مجرد الإرادة ليس لها أثر. فالقانون لا يسمح - خارج نطاق التبرعات - أن تفتقر ذمة الشخص دون أن يأخذ مقابلاً لمل أعطى، لأن ذلك يؤثر بشكل بالغ على الغاية الاقتصادية والاجتماعية للعقد التبادلي باعتباره وسيلة تبادل للقيم. بالتالي لا يكفي تطابق الإرادتين لإبرام العقد بشكل صحيح، بل يجب أن تكون الإرادة مدفوعة بسبب¹.

تبنى واضعي القانون المدني الفرنسي - متأثرين بآراء الفقيهين Domat و Pothier - تصوراً موضوعياً للسبب²، عرف بسبب الالتزام، أو ما يعبر عنه بالعرض المباشر من التعاقد، ذو صبغة مادية، لا يتغير في النوع الواحد من العقود مهما تغير الأشخاص، ويبحث عنه داخل العقد *intrinsèque*³.

لقد جاء هذا التوجه مطابقاً تماماً لآراء لأنصار مبدأ سلطان الإرادة، الذين رفضوا كل تدخل من قبل القاضي لمحاولة تقصي السبب النفسي الدافع للتعاقد.

¹ - المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي، والنص الفرنسي للمادة 97 من القانون المدني الجزائري.

² - يختلف هذا التصور عن التصور النفسي للسبب أو ما يعبر عنه بسبب العقد. لتفصيل أكثر أنظر ص 172 .

³ - في عقود المعاوضة سبب التزام كل طرف يجد أساسه في محل التزام المقابل، أي الرغبة في الحصول على ما يلتزم به الطرف الآخر، فسبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع، هو الرغبة في الحصول على محل التزام المشتري، وهو الثمن. كما أن سبب التزام المشتري بدفع الثمن، يكمن في محل التزام البائع وهو نقل ملكية المبيع له. هناك من الفقهاء من أضاف على هذا المفهوم صبغة اقتصادية، وجعل من سبب الالتزام، هو الحصول على المنفعة التي قصدها المتعاقد من إبرامه العقد، في بعدها الاقتصادي. أنظر في ذلك :

A. Benabent, Droit Civil, les Obligations, 6^{ème} éd, montchrestien, Paris, 1997, p.120.

في نفس السياق يرون أنه إذا كان التزام المتعاقد، المتمثل في سبب التزام المتعاقد الآخر موجودا، فإن العقد يعتبر صحيحا، حتى وإن كان هذا الالتزام لا يعوّض بالضبط مقدار ما فقده المتعاقد معه من ذمته المالية. بالرغم من أن المشرع يلغي كل أثر للعقد في حالة انعدام عوض حقيقي، إلا أنه في حالة وجوده يعتبر العقد صحيحا حتى وإن كان لا يتناسب مع التزام الطرف الآخر.

إن العقد ولو كان متفاوت الاداءات، يبقى ملزما لأطرافه وللقاضي على السواء، مادام صادرا عن إرادتي طرفيه، الحقيقية والسليمة.

هذا التوجه كرّسته الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 04 جويلية 1995، وهي بصدد النظر لقضية تتلخص وقائعها في شراء شخص لقطعة حلي بسعر لا يتناسب مع سعرها الحقيقي، حيث قرّر قضاة محكمة النقض رفض الطعن المقدم من قبل البائع، مؤيدة لقرار المجلس، مؤكدة أنه حتى ولو كانت قيمة الحلي أعلى من القيمة المحصّلة، فإن العقد لا يعتبر باطلا لانعدام السبب، على اعتبار أن الثمن لم يكن تافها.¹

يتضح من ذلك حسب رأي قضاة محكمة النقض من خلال هذا القرار أن وجود ركن السبب هو قرينة على وجود قدرا من التكافؤ بين الالتزامات، يمكن من التأكد به من صحة العقد، وفي نفس الوقت يحظر على أي كان، التدخل بدعوى إعادة التوازن.

الفرع الثاني

قرينة التوازن وتنفيذ العقد

تظهر قرينة التوازن بين الحقوق والالتزامات بشكل أقوى في مرحلة تنفيذ العقد، فبمجرد اكتمال أركانه وشروط صحته يصبح العقد واجب التنفيذ. حيث لا يوجد في القانون المدني أي نص يربط تنفيذ العقد بضرورة احترام التعادل بين أداءات العاقدين، بل

¹ - Cass. Civ. 1^{re}, 04 juillet 1995, bull. Civ 1, n° 303.

أكثر من ذلك تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه. يستفاد من ذلك أن أحكام العقد تطبق بين طرفيه كما هي دون تغيير كما يطبق القانون.

يترتب على ذلك وجوب احترام التعادل الذي ارتضاه المتعاقدان - المفترض أنه تعادلا حقيقيا - والذي يلزم الجميع بمن فيهم القاضي، حتى ولو اختلف هذا التعادل بفعل ظروف خارجية لم تكن متوقعة.

أولا - احترام التوازن الناشئ عن إرادة المتعاقدين

بالنظر لنص المادة 57 من القانون المدني الجزائري، ونص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي يمكن استنباط القرينة الدالة على التعادل بين الالتزامات بوضوح، حيث تفترض هذه القرينة أن التوازن المرغوب والمقبول من قبل المتعاقدين هو توازن حقيقي. يمكن اعتبار هذا التوجه صائبا بالنظر إلى أن المتعاقدين يتمتعون بإرادة مطلقة ليس فقط في إبرام العقد، بل أيضا في ترتيب آثاره، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد وقوع اختلال فادح فيه.

نتيجة لذلك، وسواء أكان حقيقيا أم لا، فإن التوازن المرغوب من قبل الطرفين والناشئ عن العقد، يعتبر ملزما لطرفيه وللغير على حد سواء، تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي تضمنته المادة 106 من القانون المدني الجزائري¹ والمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي². بالتالي يعتبر أهم أثر للإرادة، هي جعل العقد ملزما وواجب التنفيذ، فالالتزامات والحقوق الناشئة بين طرفيه تكتسب نفس القوة التي يتمتع بها القانون، هذا

¹ - تنص المادة 106 من القانون المدني على مايلي : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا

باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"

² - Article 1134 du code civil français : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites.... »

القانون الذي يتوجب على القاضي تطبيقه في حال مخالفته من قبل الأطراف، كما يتوجب عليه أيضا تفسيره إذا اقتضى الأمر، قاصد الوصول إلى النية المشتركة لواضعيه¹.

لكن تجب الإشارة هنا إلى أن المشرع هو من ارتضى منح صفة الإلزام للرابطة التعاقدية، بجعله ما ينشأ عن هذه الرابطة يرتقي لدرجة القانون. وهو التبرير الذي صاغه معارضي سلطان الإرادة، لجعل القانون هو مصدر الإلزام في العقد، وما إعطاء الإرادة لهذه المكانة من قبل المشرع، إلا نتيجة لخلفية تاريخية، كان القصد منها، التخلي عن الشكلية التي كانت تزرع العقود تحت وطأتها.

ففي حين كانت الأشكال المفروضة في القانون الروماني هي المهيمن على حياة العقد منذ إنشائه إلى غاية تنفيذه، وهي التي تضفي قوة ملزمة على العقد، يتوجب على الأطراف احترامها. تم تحرير الإرادة ابتداء من مرحلة القانون الكنسي، وأصبح مجرد التعبير عن الرضا كاف لإنشاء الرابطة التعاقدية. وأصبح الانشغال الأكبر يتمثل في البحث عن وسيلة بديلة، نضمن من خلالها احترام التعهدات المعبر عنها في العقد، وتمنحه قوة ملزمة. هذه الوسيلة وُجدت من خلال التأكيد على وجود " قانون"، هو ثمرة اتفاق طرفي العقد².

فمادامت الإرادة المشتركة للطرفين هي التي حددت ما اتفقا عليه، أي رسمت نطاق العملية التعاقدية لهما، ومادام القانون قد اعترف لهما بهذه الامكانية، فإن من مقتضى ذلك، ونتيجة له، يجب أن تلتزم هذه الإرادة بالقانون الذي وضعته بنفسها، وعليها أن تحترم بنوده وتنفذ كما هي، حتى ولو بدا أن الالتزامات والحقوق غير متوازنة.

¹ - المادة 111 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري ويقابلها المادة 1156 من القانون المدني الفرنسي.

² - L. Bruneau, op. cit. n°360, p.321.

تطبيقاً لذلك رأت محكمة النقض الفرنسية، أن العقد محدّد المدة، الذي يربط وكيل مستفيد من عقد امتياز مع وكيله الفرعي، لا يمكن نقضة بإرادة منفردة من قبل الوكيل الفرعي، بدعوى وجود اختلالاً في التوازن منذ مرحلة إبرام العقد¹، لأن التوازن المقصود يفرض نفسه على المتعاقدين وعلى الغير. هذا ما يعكس المكانة التي تحتلها فرضية العدالة في المجال التعاقدية. لكن تبقى دائماً عدالة نظرية.

ثانياً - إحترام الاختلال الخارج عن إرادة الطرفين

إن افتراض التوازن في الأدياءات التعاقدية، جعلت القانون الوضعي ومن ورائه دعاة المذهب الحر، يعتقدون أن التوازن المقصود من قبل الأطراف هو التوازن الحقيقي، على النحو الذي بيناه. لذا حضروا أي تدخل من المتعاقدين أو الغير لتعديل هذا التوازن.

هذه الرؤية يمكن تقبلها في الاطار الذي تبقى فيه ظروف التعاقد كما هي، دون تغيير، لكن إذا طرأت ظروف خارجية أخذت بشكل حقيقي في التوازن المنشود، والذي يفترض أنه حقيقي. في هذه الحالة، الأكيد أن التوازن المبدئي المقصود لم يعد موجوداً، وبالتالي فالعلاقة التعاقدية أصبحت غير متوازنة، ومع ذلك إذا لم يتخذ الأطراف إجراءات احتياطية لمجابهة أي طارئ قد يمس بالتوازن الذي ارتضياه، فإنه من المنطقي السماح لطرف ثالث - القاضي - بالمساعدة في إعادة بناء التوازن المختل، أو على الأقل القضاء على التفاوت الفاحش بين الأدياءات.

إن العقود الملزمة للجانبين، التي يتم تنفيذها خلال فترات زمنية كعقد الايجار، أو تلك التي تُنفذ بصفة دورية كعقد التوريد، تكون أحياناً عرضة لتغيير في الظروف التي أبرمت في ظلها، يتسبب في نشوء اختلال فادح في التوازن بين التزامات وحقوق الطرفين المعبر عنه أثناء انعقاد العقد، على نحو يهدد أحد الطرفين بخسارة كبيرة، إذا نفذ العقد كما اتفق

¹ - Cass.1^{re} civ., 16 mars .2004, pourvoi n° 01-15804

عليه. في هذه الحالة فإن مقتضيات العدالة تستوجب السماح بالتدخل لتعديل العقد، تخفيفاً للخسارة التي تتهدد المدين بالالتزام¹، وهو مجال نظرية الظروف الطارئة.

لكن التطبيق الصارم لأحكام القوة الملزمة للعقد، على النحو الذي رأيناه سابقاً. يمنع أي محاولة للتدخل والمساس بالعقد، بدعوى افتراض التوازن، وأن إعطاء أي سلطة للقاضي في أعمال نظرية الظروف الطارئة، يمكن أن يزعزع مبدأ ثبات ورسوخ العقد *Principe d'immutabilité du contrat*²، ويؤثر بالتالي على الغاية الأساسية التي ينشدها أي نظام، وهي الاستقرار القانوني.

يرجع ذلك للصبغة الليبرالية التي يتميز بها التشريع المدني الفرنسي، ما يُفسّر تعنّده في كل مرة يُطالب فيها بإدراج نظرية الظروف الطارئة والسماح للقاضي بإعادة التوازن للعقد، وهو ما يؤكدّه القضاء على النحو الذي بيناه من خلال القرارات السابق ذكرها. وكل مايسمح به في هذا الاطار، هو القبول بوجود بند مفترض في العقود يتضمن الحق في إعادة التفاوض وفق الظروف المستجدة، حتى يظهر أن التعديل جاء من داخل العقد ولم يكن مفروضاً من قبل القاضي.

لكن الملاحظ أن هناك خروج على هذا المسار القضائي، حيث نجد بعض القرارات القضائية التي خطت خطوة نحو تبني بعض حلول نظرية الظروف الطارئة متأثرة في ذلك بالقانون الإداري الذي أقرّ هذه النظرية منذ نشأتها بقرار :

l'arrêt Gaz de Bordeaux (CE 30mars1916)

ومن أهم القرارات في هذا الشأن، القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في 29 جوان 2010³، الذي يتلخص موضوعه حول عقد أبرم لصيانة

¹ - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1999، ص ص 312، 313

² - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit, n° 445, p. 373.

³ - Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, SA Soffimat c/ SAS SEC, F D : JurisData n° 2010-010742

محطة لتوليد الكهرباء لمدة 12 سنة مقابل رسوم سنوية جزافية، يستخدم فيه المدين بالصيانة كميات كبيرة من المعادن لإنجاز عمله. لكن أثناء تنفيذ العقد، ارتفعت أسعار المعادن بشكل كبير ومفاجئ، عجز معه المدين عن الوفاء بالتزامه، مما جعل الشركة المالكة للمحطة تلتجأ للقضاء الاستعجالي لإجبار المتعاقد معه على تنفيذ ما في ذمته من التزامات، معتبرة أن ارتفاع الأسعار لا يمثل مبررا مشروعاً يمنع من التنفيذ، خصوصا وأن القانون المدني الفرنسي يرفض تبني نظرية الظروف الطارئة (المادة 1134).

في قرار صادر بتاريخ 27 مارس 2009 استجاب المجلس القضائي لمدينة Paris لطلبات الشركة المالكة للمحطة، لكن محكمة النقض في قرارها الشهير في 29 جوان 2010 انتقدت قرار المجلس بالتصديق على طلب التنفيذ الجبري للالتزام مباشرة، دون التحقق فيما إذا كان تغيّر الظروف الاقتصادية - الارتفاع المفاجئ لأسعار المعادن - قد حوّل الرسوم الجزافية إلى مقابل تافه، وعرض بذلك التوازن الاقتصادي العام في العقد للاختلال.

بالرغم من استناد قضاة محكمة النقض إلى فكرة غياب المقابل الحقيقي، في إشارة إلى أن نظرية السبب كانت هي أساس هذا الحل وليس مبدأ حسن النية، إلا أن مضمون هذا الحل يُظهر بوضوح أن القضاء الفرنسي ممثلا في محكمة النقض وضع الخطوة الأولى في طريق تبنيه لنظرية الظروف الطارئة.

في الجانب التشريعي لا زالت المحاولات مستمرة لاعتماد هذه النظرية في القانون الخاص الفرنسي. يظهر ذلك من خلال مشروع قانون في 21 جوان 2011 الذي يهدف إلى السماح بتعديل العقد في حالة تغيّر الظروف غير المتوقع أثناء تنفيذه، وقد جاء في مبررات مشروع القانون هذا :

- ضرورة الأخذ في الاعتبار للجانب الاقتصادي بعد استفحال الازمة الاقتصادية، لتقليص خسائر الشركات والمؤسسات وبالتالي مكافحة البطالة.
 - ضرورة ترقية مبدأ العدالة من خلال تحقيق التوازن للعقد.
 - مماثلة وضع فرنسا مع جيرانها الأوروبيين الذين اعتمدوا هذه النظرية، على غرار اليونان، البرتغال، إيطاليا، وألمانيا.
 - تبني القانون الاوربي الموحد لفكرة السماح للقاضي بتعديل العقد في حالة الظروف غير المتوقعة المسماة (hardship). من جهة أخرى نلاحظ من خلال ورشات العمل الجارية لتحضير القانون الأوربي للعقود، أن هذه النظرية مدرجة ضمن المبادئ العامة.¹
- إن تبني مشروع القانون يعتبر استكمالا منطقيًا لما جاءت به القرارات القضائية الصادرة بهذا الشأن.

لكن كقاعدة عامة مازال الاعتقاد السائد في النظم القانونية الليبرالية، هو أن افتراض التوازن بين الأداءات لا يقوم فقط في حال بقاء التوازن المقصود أثناء انعقاد العقد على ما هو عليه أثناء التنفيذ، بل يمتد ليتجلى أيضا في حال اختلال هذا التوازن بفعل ظروف خارجية. ذلك أن العقد وفق نظرية التوقعات المعقولة،² هو أداة توقع وتبصر، مع ما تشكله الحرية التعاقدية من مجال ملائم لهذه التوقعات، تسمح للطرفين بوقاية اتفقاتهم من أي ظروف تمس بالتكافؤ المبدئي للعقد، وذلك بإدراجهم لشروط تساهم في علاج الاختلالات المحتملة. مثال ذلك ما يضعه المتعاقدان من شروط تحيين الأسعار يجعلهم في مأمن من أي تغيير مفاجئ في قيمة العملة المستخدمة في تنفيذ العقد. فإذا خلا العقد من أي

¹ - لتفصيل أكثر أنظر :

S. FABER, Vers la prise en compte de l'imprévision dans les contrats de droit privé, Revue du cabinet d'avocats SQUIRE SANDERS, http://larevue.ssd.com/Vers-la-prise-en-compte-de-l-imprevision-dans-les-contrats-de-droit-prive_a1528.html تاريخ الاطلاع 21 ماي 2013

² - عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالارادة المنفردة - محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن " دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة" - دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص47.

بنود في هذا الشأن، فسّر ذلك على أنه اتجاه الإرادة المشتركة لاستبعاد أي مراجعة للعقد¹. بالإضافة إلى أنه لا يوجد ما يبرر توقيف تنفيذ العقد أو إعادة توازنه، فالطرف الطارئ لا يعني القوة القاهرة بمعنى أن تنفيذ الالتزام وإن بدا مرهقا إلا أنه ليس مستحيلا. كما أننا لسنا بصدد الغبن، لأن مصدر التفاوت لم يكن راجع لانعدام مبدئي للتوازن، وإنما لاضطراب خارجي ولاحق عن إبرام العقد².

وفي كل الأحوال يمكن الاعتماد على وسائل قانونية أخرى صالحة لأن تكون أساسا لتعديل العقد. يمكن إثارة فكرة أن نظرية السبب لا تطبق فقط في مرحلة تكوين العقد، بل لها أيضا دورا فعّالا في مرحلة التنفيذ، مما يساهم في الحفاظ على قدر كبير من التوازن. أو أن العقود وإن كان الأصل أن تنفذ طبقا لما اشتملت عليه، إلا أن ذلك لا يكون إلا بمراعاة حسن النية، بالإضافة إلى مستلزمات العقد، التي تتجاوز التنفيذ الحرفي لما جاء في العقد، وتوسّع من مضمونه وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، وبحسب طبيعة الالتزام.

المطلب الرابع

سلطان الإرادة و فكرة الجعلية في الفقه الاسلامي

سبقت الإشارة إلى أن سلطان الإرادة يتمثل في قدرة الفرد على إنشاء العقود وترتيب آثارها؛ أي أنه يتألف من شقين: مبدأ الرضائية التي يقصد بها كفاية الرضا في إنشاء الروابط التعاقدية، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقتضي أن للإرادة الدور الوحيد في ترتيب آثار العقد، وعدم نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه.

وإذا كان الشق الأول من مبدأ سلطان الإرادة لم يثر إشكالا بين فقهاء الاسلام وفقهاء القانون الوضعي، باتفاقهم على أن العقد ينشأ بإرادة عاقيه متى صدر منهما ما يدل على ذلك من إيجاب وقبول، وكانت الإرادة خالية من العيوب مع توافر الأهلية اللازمة

¹ - L. Bruneau, op. cit. n°364, pp.324, 325

² - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit, n° 445, p. 373.

للتصرف. فإن الشق الثاني المتعلق بدور الإرادة في تحديد آثار العقد، شكّل محل خلاف بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي.

على هذا الأساس سنبحث في هذا المطلب مدلول الجعلية في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) ثم نناقش العلاقة بين الإرادة في المجال التعاقدية وفكرة الجعلية في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدلول الجعلية في الفقه الإسلامي

إنّجّه فقهاء المذاهب الإسلامية - يتزعمهم في ذلك المذهب الشافعي¹ - إلى أن آثار العقد إنما هي من فعل الشارع الحكيم، الذي شرع العقود ونظّم آثارها ورتبها عليها؛ أي جعل لكل عقد آثاره التي تترتب عليه وهذا ما يعرف بفكرة الجعلية في العقود. فإذا كانت الإرادة قادرة على إنشاء العقد فإن دورها لا يتجاوز هذا الحد، فهي لا تستطيع ترتيب آثاره التي هي من جعل الله سبحانه وتعالى، ولا يستطيع العاقد أن يفر منها. وبالتالي ينحصر دور العاقد في الدخول أو عدم الدخول في العلاقة التعاقدية، فإذا اختار الدخول وقعت الآثار تلقائياً دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك.

مجمل القول في ذلك، أن تسبب العقود لآثارها ليس باعتبار ما اشتملت عليه من صيغة تدل على إرادة العاقدين الحرّة في التعاقد، بل لأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود².

فالبيع يقتضي نقل الملكية من البائع إلى المشتري واستحقاق البائع للثمن، وبالتالي تكمن إرادة العاقدين في الدخول في العقد بارادتيهما الحرّتين وبالصيغة المعتمدة شرعاً.

¹ - خليفاتي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 12.

² - فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد - دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة إلى القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، د ت ط، ص 86.

وقد جعل الشارع هذا العقد طريقاً لثبوت هذه الآثار وتلك الأحكام بأمرين: أولهما إذن عام بجعل الرضا طريقاً لإنشاء العقود وذلك بقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)¹. هذا النص يفيد أن انتقال الأموال من شخص لآخر لا يكون إلا بالتراضي. ثم أوجب الله سبحانه الوفاء بالعقود وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها بقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)².

الفرع الثاني

الجعلية والارادة

يتبين لنا أن فقهاء المذاهب المتقدمين قد غالوا في الحد من دور الارادة، إذ أرجعوا ترتيب آثار العقود إلى إرادة الشارع الحكيم وحدها. لكن نلاحظ أنه إذا كانت توجد بعض العقود، خاصة منها في مسائل الأحوال الشخصية، يتدخل فيها الشارع الحكيم إلى حد كبير نظراً لأهميتها وخصوصيتها، إلا أنه في مجال الأحوال المالية وهي المجال الطبيعي لإرادة الأفراد، يترك فيها للإرادة دور كبير في ابرام التصرفات وترتيب آثارها، كل ذلك في إطار ما هو مشروع ومسموح به³.

تظهر أهمية عرض موقف الفقه الإسلامي من سلطان الارادة واستثنائه بفكرة الجعلية ومقارنة ذلك بموقف القوانين الوضعية، في أنه بالرغم من الإضافة الكبيرة التي

¹ - سورة النساء، آية رقم : 29

² - سورة المائدة، آية رقم : 01

³ - يقول الإمام محمد أبو زهرة في هذا السياق : " لو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفكرة -الجعلية- للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا بأن يؤخذ بها جملة من غير تردد في النكاح، فإن الأسرة لمكانها من الحرمة ولما يجب لها من الصيانة ولما تستلزمه من القرار والثبات، كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ويرتب الأحكام التي تنشأ عنه، وأن ذلك يدعو إليه الاجتماع؛ فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات. هذا بالنسبة للزواج، أما بالنسبة للعقود المالية، فالذي نراه أنه يجب أن يكون لإرادة العاقدين سلطان في تكوين آثارها، لأنه لاخطر في جعل هذا السلطان للإرادة مادام لم يخالف أمراً مقررراً في الشريعة ثبت بقياس أو أثر مشهور أو نص قطعي، فإن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود. أنظر محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي، القاهرة 1977، ص ص، 222، 223.

دعم بها أنصار النزعة الفردية الفكر القانوني ككل من خلال تحرير الإرادة وجعلها المنشأ الأساسي للتصرفات القانونية والمحدد لمضمونها، إلا أن إطلاق العنان لهذه الإرادة مع ما يشوب النفس البشرية من تسلط وحب استئثار، أثر تأثيراً بالغاً في التوازن بين الحقوق والالتزامات العقدية.

وبالرغم من الانتقادات التي تعرضت لها أن فكرة الجعلية في الفقه الإسلامي، على اعتبار أنها تقصي بشكل كبير مشيئة الأفراد في تنظيم علاقاتهم على الوجه الذي يرونه مناسباً لهم، وتضمنين تصرفاتهم ما شاءوا من الشروط. تعتبر ضماناً كبرى لعدالة العقد وتحقيق التوازن فيه، ذلك أن أغلب اختلالات التوازن تأتي من خلال المشاركات¹ التي يضعها كلا من العاقدين، واستئثار الشارع الحكيم وهو العادل عزوجل بتحديد آثار العقود ومضامينها، سيحقق لا محالة أكبر قدر ممكن من العدالة بين الأفراد، الأمر الذي تعجز عن تحقيقه كل النظم القانونية الوضعية.

لذلك نجد أن فقهاء الإسلام الذين فسروا مقتضى العقد² بأنه ما قرره الشارع من أثر لكل عقد ونتيجة رتبها عليه ولم يجعل العقد إلا لأجله، رأوا حظر التعديل في العقود بالزيادة أو النقصان. فمقتضى عقد البيع أو الأثر الأصلي الناتج عنه هو نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن من المشتري إلى البائع. ومقتضى عقد الزواج أو الحكم الأصلي له هو حلية الاستمتاع بين الزوجين وثبوت النسب والتوارث بينهما، وثبوت حرمة المصاهرة ووجوب نفقة الزوجية وهكذا..

¹ - أنظر الشروط التعسفية كمظهر لاختلال التوازن في الفصل الثاني من هذا الباب.

² - معنى مقتضى العقد أن الالتزامات الأصلية في كل عقد قد نظمها الشرع آثاراً للعقد الذي ينشأها بحسب الحاجة، تحقيقاً للتوازن الواجب الرعاية بين العاقدين في الحقوق والواجبات، وبذلك يستغني الطرفان عن ذكر هذا النوع من الالتزامات في كل عقد، اعتماداً على ما هو مقرر في نصوص الشرعية، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ط 9، مطابع ألف باء- الأديب، دمشق 1967-1968، فقرة 7195، ص 443.

وبهذه المثابة فإن مقتضيات العقود كلها تثبت بدليل من الشارع وليس للعاقِد أن يشترط ما يقيدُها أو يعدلُ فيها أو يضيف إليها، إلا إذا ورد دليل من الشارع يجيز ذلك. وقد انبنى على هذا الفهم لمقتضى العقد أن الأحناف يعتبرون أن كل شرط ينطوي على منفعة زائدة على أصل المقتضى، مفسداً له إذا كان من عقود المعاوضات. كاشتراط المشتري حمل المبيع إلى داره، لأن هذا الشرط يخلُّ بالتوازن بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود وبالتالي فإن فيه منفعة لا يقابلها عوض، فهي أشبه بالربا. أما في عقود الزواج فيعتبروا الشرط لاغٍ والعقد صحيح.¹

يتضح من ذلك أن جعلية الآثار المترتبة عن العقود لم تمنعه الفقه الإسلامي أن يعطي الرضا والارادة حرية معتبرة. وبالتالي فالاتجاه السائد في الفقه الإسلامي يرى أن الأصل في العقود والشروط الإباحة لا الحظر، إلا ما دلَّ دليل خاص على حرمة، من هنا كان الفقه الوضعي متفق مع الفقه الإسلامي حول هذا الأصل، وإنما كان الفرق بينهما أن قيد ذلك الأصل في القانون الوضعي هو النظام العام والآداب، أما في الفقه الإسلامي هو ماخالف حكماً شرعياً.

من خلال ما قدمناه من آراء في هذا الفصل، يمكن القول أن فكرة التوازن العقدي هي من الأفكار القديمة قدم النظم القانونية، وارتبطت وفق تطورها بفكرة العدالة، هذا ما جعل مضمونها مستقراً نوعاً ما ولم يعرف اختلافاً كبيراً في شتى الشرائع وعلى مرِّ العصور.

غير أن تصوّر فكرة التوازن العقدي عرف في ظل المذهب الفردي، مفهوماً خاصاً يبتعد عن ذلك التصور الذي صاحب هذه الفكرة منذ نشأتها، فهو يرى أن التوازن لا يمكن

¹ - محمد قدرى باشا، كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ط 1، 1338 هجري، المادة 350. ذكره فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، مرجع سابق، ص 115.

قياسه إلا من نظرة ذاتية، أي باعتبار ما يراه المتعاقدان متوازنا، حتى ولو بدا خارجيا غير متوازن، رافضا أي محاولة للتدخل في العقد بغرض تحقيق التوازن فيها، لأن كل ما هو تعاقدى - بحسب تصورهم - هو متوازن وعادل.

أما في الشريعة الإسلامية فقد كان لفكرة التوازن كما رأينا وضع خاص، يظهر ذلك:

- من حيث التصور : لأنها كانت أكثر ارتباطا بالعدل، لذا كان الاهتمام بها كبيرا، ويظهر ذلك من خلال نصوص القرآن والسنة المشرفة، وأن تحديد مضامين العقود الذي نقيس به مدى التوازن فيها لم يترك لمحض إرادة العاقدين فقط، وإنما استنثر الشارع الحكيم وهو العادل عزّ وجل بتنظيم آثارها.

- ومن حيث الحلول والأحكام التي وضعتها الشريعة الإسلامية وعالجت من خلالها اختلافات التوازن في العقود.

هذه النظرة المعتدلة أدت إلى تفادي ظهور التفاوت الفاحش والخطير، الذي ميّز العقود في ظل المذهب الفردي، والذي برّر التوجهات الداعية إلى ضرورة إجراء مراجعة جذرية للأسس التي تقوم عليها نظرية العقد.

الفصل الثاني

تحوّلات نظرية العقد تحت تأثير اختلال التوازن

إن الأصل أن يسبق إبرام العقد مناقشات ومفاوضات تتناول تحديد مضمونه وعناصره الأساسية، فإذا توصل الطرفان إلى صيغة توافقية، تبادلًا التعبير عن إرادتهما بشكل متطابق، في هذه اللحظة ينعقد العقد وفقًا لنص المادة 59 من ق م ج التي تنص على أنه: "ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما دون الاختلال بنصوص القانون".

في هذه الحالة يفترض أن رضا الطرفين قد نشأ صحيحًا. وطالما أن العقد كان وليد مناقشات ومفاوضات فإن كل طرف يعتبر قد دافع على مصالحه بكل حرية، مما يستتبع أن العقد نشأ متوازنًا ومحققًا للرغبات المشروعة لطرفيه.

لكن الواقع العملي يُظهر أن عملية إبرام العقد لا تسير في كثير من الأحيان على هذا النحو، إذ أدت تداعيات التطور الصناعي والتكنولوجي وما صاحبه من تطور اقتصادي إلى ظهور طبقتين في المجتمع، طبقة قوية اقتصاديًا تملك الأموال والنفوذ ووسائل الإنتاج، وطبقة ضعيفة اقتصاديًا. كان لهذا الوضع أثره على الحرية التعاقدية.

يؤيد ذلك ما كشفت عنه المعاملات، حيث ظهرت طوائف جديدة من العقود، تبرم بين أفراد هاتين الطبقتين، ليس على أساس المساومة والمفاوضة الحرة بين الطرفين، وإنما أصبح الطرف القوي يستغلّ بوضع شروط للعقد، لا يملك الطرف الضعيف مناقشتها، أو المفاوضة بشأنها.

هذا الواقع جعل الفجوة تزداد اتساعًا بين المتعاقدين، فأهم ما ميّز النتائج المترتبة عن التعاقد في ظل هذه الظروف، التفاوت المتزايد بين الاداءات في العقود واختلال التوازن فيها، ترتب عنه دعوات لمراجعة المبادئ التقليدية للتعاقد (المبحث الأول)، الأمر الذي

يستوجب الوقوف عند أهم المظاهر التي تجلّى فيها اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق (المبحث الثاني)، تمهيدا للتعرف على سبل مكافحتها في الباب الثاني.

المبحث الأول

إختلال التوازن كمبرر لمراجعة المبادئ التقليدية للعقد

من أهم النتائج التي تترتبت عن التطبيق الصارم لمبدأ سلطان الإرادة والقواعد المترتبة عنه لاسيما القوة الملزمة للعقد، غياب العدالة بين الأفراد. فإذا كان سلطان الإرادة يفترض قدرة كل طرف من الناحية القانونية على تحقيق مصالحه والدفاع عنها في مواجهة الطرف الآخر، لأنه مساو له في نظر القانون، فإن هذه المساواة المزعومة لا أثر لها في الواقع، بفعل التفاوت الكبير بين الأفراد من الناحية الاقتصادية والاجتماعية¹، حيث عجزت هذه المساواة النظرية عن إخفاء واقع اختلال التوازن في الكثير من العقود.

وإذا كان غياب المساواة في العقود ليس بالأمر الجديد، على اعتبار أن المجتمعات في النظم القديمة كانت تتميز بالطبقية ولم تكن بمنأى عن التفاوت المخل بتوازن العقود، إلا أن غياب المساواة اتخذ في عصرنا الحاضر مظاهر جديدة وأشكال خطيرة، باتت تهدد بتقويض النظم القانونية بفعل انتشار التسلسل الاقتصادي، مما أدى إلى غياب العدالة.

كان لهذه الاسباب، بالاضافة إلى التطور الاقتصادي الكبير، الذي شهده المجتمع، أثرها البالغ في وجود استقطاب وتمايز واضح بين المراكز التعاقدية للطرفين وظهور فكرة الضعف التعاقدية، تترتب عنه انتكاسة لمبدأ سلطان الإرادة، وسيل من الانتقادات تعرض لها (المطلب الأول)، لعدم قدرته على مسايرة الظروف المستجدة للتعاقد، التي أهم ما ميزها، اختلال موازين العدالة، مما شكّل بيئة طبيعية لنشوء فكرة التوازن العقدي في بعدها الموضوعي كأهم الموجّهات الحديثة لقانون العقود في شكله الحديث (المطلب الثاني)

¹ - Ch. Larroumet, Droit civil, t 3, Les obligations, Le contrat, 3^e éd, economica, 1996, n°122, p. 106.

المطلب الأول

التمايز بين المراكز التعاقدية ومراجعة مبدأ سلطان الإرادة

إن غياب المساواة الفعلية أسهم بشكل كبير في ظهور التفاوت بين المراكز التعاقدية للأطراف، وبتوسع هذا التفاوت، أصبح يظهر أحد الأطراف في مركز ضعيف، سواء لوضعه الاقتصادي أو لجهله وعدم كفاءته، فظهرت بذلك فكرة الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية (الفرع الأول)، وأصبحت سبل حمايته محل انشغال كل التشريعات الوضعية. الأمر الذي جعل نظرية العقد بمظهرها التقليدي تتعرض للكثير من الانتقادات التي غيرت بشكل عميق في أسسها (الفرع الثاني)، لكن مع الاحتفاظ للإرادة بدورها المحوري في إنشاء الرابطة العقدية.

الفرع الأول

ظهور فكرة الطرف الضعيف

تتفاوت مكانة فكرة الطرف الضعيف بين التشريعات من حيث نوع الضعف الذي يكون محل اعتبار، وبالتالي تأثيره على العلاقة التعاقدية، ومن حيث الحماية التي قررتها التشريعات للطرف الضعيف وانعكاساتها على العلاقة العقدية.

من هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية؟ وما هي الخصائص التي تميزه والتي تبرر الاهتمام الخاص الذي أولاه المشرع والقاضي له، من خلال منحه حماية في مواجهة الطرف الآخر؟ وما الذي يشترك فيه الأشخاص مثل ناقص الأهلية، السفية، العامل، المستأجر، المدخر، المقترض، المؤمن والمستهلك...؟

إن الطابع غير المتجانس بين الطرفين والذي يسبق العقد، يجعل الضعف التعاقدية ينتج ظروفًا متعددة ويأخذ أشكالًا متباينة.

أولا - أوصاف الضعف التعاقدى

يقتضى البحث في الضعف التعاقدى التطرق لأنواعه، درجاته، والوقت المعتبر فيه، ثم مدى الأخذ في الاعتبار بسلوك الطرف الواقع فيه.

أ- أنواع الضعف التعاقدى

يمكن أن يكون الضعف التعاقدى ملازما أو نسبيا.

1- الضعف الملازم

الضعف الملازم أو ما يصطلح عليه بضعف المتعاقد لأسباب ذاتية¹، يقصد به ضعف المتعاقد في النمو العقلي أو في المستوى المعرفى لمادة العقد، تبدو غير كافيتين لإعطائه حكما واضحا على التزاماته وتعهداته. المثال الأوضح على ذلك ناقص الأهلية² الذي لا يملك القدرة الكافية للتعاقد، لعدم إدراكه الكامل لمضمون العقد.

هذا الحكم ينطبق أيضا على الشخص البالغ إذ كان جاهلا بظروف ووقائع موضوع العقد. فالمهني الذي يتعاقد مع مختص في التزويد بأجهزة الإعلام الآلي من أجل تلبية احتياجاته في هذا المجال، يعتبر طرفا ضعيفا، بالرغم من أنه يمتلك صفة الاحتراف، إلا أنه غير متخصص في مجال الإعلام الآلي موضوع العقد، ويعوزه في ذلك عناصر العلم الكافي والمعرفة والدراية والتخصص، التي تسمح له بإبرام العقد وهو على بيّنة كاملة بمضمون العقد.

المتعاقد يمكن أيضا أن يكون جاهلا بالنظام المطبق على عقده أو أن يكون غير قادر على فهمه، فخضوع العقد لقانون أجنبي يُضعف من مركز المتعاقد الذي يعتبر هذا القانون

¹ - معتر نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، دار النهضة العربية، 2009، ص 25.

² - المادة 43 من ق م ج.

أجنبي عنه. أسباب أخرى للضعف الملازم، هي الطيش المصاحب للامبالاة والغفلة والتي من خلالها يقبل بعض الأشخاص على التعاقد مدفوعين برغبات جامحة¹.

2- الضعف النسبي

كما يمكن أن يكون الضعف ملازماً على النحو الذي رأينا، يمكن أيضاً أن يكون نسبياً، فالمتعاقد الضعيف قد يكون على علم بموضوع العقد وبما التزم به، لكنه يكون مرغماً على قبول الشروط المجحفة التي يفرضها عليه الطرف الآخر، لأنه لا يملك الخيار، هذه الوضعية من الضعف تشكل طائفتين:

الطائفة الأولى يعود فيها الضعف للقوة الاقتصادية للمتعاقد معه لهيمنتته على السوق، مما يتيح له فرض وإملاء بنود العقد بفعل الاحتكار، أو تضيق مجال المنافسة، مشكلة في تطبيق شروط تعاقدية موحدة.

أما الطائفة الثانية ينتج فيها الضعف عن حالة الاحتياج التي تجعل المتعاقد في مركز ضعيف (الحاجة للعمل، الحاجة للعائد من العمل، الحاجة للسكن). إن هذه الأسباب التي تكررّس حالة الضعف للمتعاقد في الغالب يستغلها الطرف القوي اقتصادياً.

وقد لخصّ الفقيه Frederic Leclerc ذلك بقوله: "إن الضعف يظهر من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين يحكمهما التخوف لضعف أحدهما لأسباب متعددة، من أهمها غياب التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما"².

¹ - المادة 90 من ق م ج.

² - Frederic Leclerc, "La protection de la partie faible dans les contrats internationaux." Etude de Conflits de lois". Tome 1, Th, Université Rebert Schumann de Strasbourg, p.11.

ب - درجات الضعف

للضعف درجات، فحق الشخصية يتضمن أنظمة متميزة لعديمي التمييز ولناقصي الأهلية وللبالغين ذوي القدرات العقلية المتذبذبة أو السفهاء. من جهة أخرى تلعب صفة المتعاقد دورا أساسيا في جعله معرضا للاستغلال، لكن ليس كل المتعاقدون المنتمون لنفس الطائفة على درجة واحدة من الضعف، وبالنتيجة لا يستفيدون من قدر متساوٍ من الحماية.

في هذا الإطار نجد أن هناك جهود متواصلة لتطوير نظام خاص موجه لحماية المستهلكين الأكثر ضعفا. كما أن قانون العمل يحمي على الخصوص بعض الفئات من الإجراء، مثل عمال المهن غير القارة، ممثلي المستخدمين، العاملات الحوامل، العمال المتقدمين في السن، الخ...؛ ومن المعلوم أنه كلما كانت قاعدة الحماية أكثر عمومية، كلما كانت الحماية مبالغ فيها، أو غير كافية، وبالنتيجة نجد أن هناك متعاقدون محميون أكثر من اللازم، وآخرون غير قادرين على الاستفادة من الحماية الممنوحة لهم¹.

ج - الوقت المعتبر للضعف

يمكن أن لا تظهر حالة الضعف بصفة دالة إلا في أوقات دون أخرى، فالمتعاقد قد يكون أثناء مفاوضة العقد في حالة من الضعف ثم ينتقل إلى وضعية أفضل يكون فيها أقوى، وهكذا، فالطرف الذي لم يكن له القدرة على التفاوض بخصوص شرط معين أثناء تعهده في حال ما يكون هذا الشرط قد فرض عليه، يمكنه أن يتحول إلى وضع يستطيع من خلاله التفاوض في حال حدوث نزاع. في الحالة العكسية يكون الطرف في حالة قوة وهو يفاوض في العقد لأن المنافسة كانت متاحة، لكن بعد إبرام العقد يجد نفسه وحيدا مقابل متعاقد قوي ويظهر بذلك في مركز ضعيف.

¹ - J. Ghestin et I. Marchessaux Van Melle, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, LGDJ, 1996, p.9.

ومن أمثلة انتقال المتعاقد من مركز الضعف إلى مركز القوة، عقد التأمين، حيث يكون المؤمن في مركز قوي أثناء إبرام العقد تجاه المؤمن عليه. لكن قد تتبادل هاتاه المراكز حينما يستطيع المؤمن عليه الحصول على أفضلية من خلال علمه الدقيق بالأخطار المؤمن عليها، وصفة هذه الأخطار وسيطرته النسبية على الأحداث أو الظروف المحيطة بالخطر المؤمن عليه.

وفي عقد الإيجار، يكون طالب الإيجار من حيث المبدأ هو الطرف الأضعف، لكن المستأجر الذي يشغل محل الإيجار، وبفضل التشريع الذي يحميه يتمتع بمركز قوى نوع ما في مواجهة المؤجر أو من يشغل مكانه.

د - سلوك الطرف الضعيف

أحيانا يؤخذ سلوك الطرف الضعيف بالحسبان لرفض الحماية، وهكذا فالمدين الذي يعجز عن سداد ديونه في أجالها، لا يعفي من التزاماته هذه، إلا إذا استطاع أن يثبت بأن هذه الوضعية لا يد له فيها، فإذا كان ذلك نتيجة سلوكه، حُرِم من الحماية. فالغلط الجوهري في حد ذاته لا يكون معتبرا إذا تم القضاء بأنه غير مغتفر.

الخلاصة أن التعريفات الخاصة بالطرف الضعيف، والحالات التي يمكن أن تشكل أنواعا للضعف الذي يمكن أن يعتري أحد طرفي العقد، ماهي إلا محاولات لإعطاء مفهوم أكثر دقة وأكثر شمولية للطرف الضعيف من أجل أن تكون الحماية أكثر تغطية لضحايا اختلال التوازن العقدي، ومن ثمة التحقيق الأوسع للعدالة العقدية.

ثانيا - التطبيقات الخاصة لفكرة الطرف الضعيف

تعد بعض التطبيقات لفكرة الطرف الضعيف إسهاما آخر في بلورة مفهوم هذه الفكرة، من أهمها نظرية عقود الإذعان، ونظرية عقود الاستهلاك، حيث أسهمت كل

نظرية في تجسيد فكرة الطرف الضعيف من خلال بيان الضعف الذي يعتري أحد طرفي العقد، والذي يستلزم تدخلا إستثنائيا للحماية وإعادة التوازن العادل.

أ - فكرة الطرف الضعيف في عقود الإذعان

يعرف عقد الإذعان على أنه: "العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب".¹

كما يعرف بأنه: "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة، يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها".²

تبعا لهذين التعريفين، نجد فكرة الضعف متصورة بدهشة في مثل هذه العقود، فالطرف المذعن هو طرف لا يملك القدرة على التفاوض، أو إملاء شروطه، وإنما عليه أن يقبل بالتعاقد على الصورة التي يملئها الطرف الآخر، أو يرفضه برمته. ولعل الحاجة إلى السلعة أو الخدمة محل التعاقد، والتي عادة ما تكون محل احتكار، هي التي تدفعه إلى التعاقد. وعدم القدرة على التفاوض إنما هو نتاج تفاوت اقتصادي بين الطرفين، يكون الطرف المذعن فيه هو الطرف الضعيف. مما يعطي مفهوما خاصا لفكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية وفق نظرية عقود الإذعان. وأساس هذا الضعف هو المناخ الاقتصادي الذي هيأ الظروف لأن يكون طرفا ما محتكرا لسلعة أو خدمة تشكل حاجة ضرورية لطرف آخر ضعيفا اقتصاديا، يجد نفسه مضطرا إلى التعاقد مسلما بالشروط التي يفرضها الطرف الأقوى اقتصاديا.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 2، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998، ص 279.

² - عبد المنعم فرج الصدي، عقود الإذعان، ص 77، نقلا عن : محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر- باتنة- (2011/2012) ص 145.

ومن هنا ففكرة الطرف الضعيف في هذه النظرية مؤسسة على التفاوت الاقتصادي بين طرفي العقد. غير أن بعض الفقه الفرنسي يرى بأن المعيار الاقتصادي لا يكفي وحده لتحديد فكرة الإذعان – المعبر عنها بالانضمام في القانون الفرنسي – ؛ ذلك " أن التفاوت في القوة الاقتصادية أو، بوجه عام ، التفاوت الناتج عن العوز وضغط الحاجة، هو أمر قائم في كل مكان وزمان... وملاحظته لن تكشف في النهاية إلا عن فوارق في الدرجة"¹.

ومعنى هذا الرأي أن معيار الضعف الاقتصادي لا يسمح بصياغة مفهوم خاص لفكرة الطرف الضعيف في العقد، لأن العقد في كل الأحوال إنما يتم تحت تأثير حاجات معينة تمارس ضغوطها على طرفيه بدرجات متفاوتة، مما يقلل من هامش الحرية والقدرة في مناقشته.

لذلك يرى أصحاب هذا الرأي إنما هي بالحقيقة القانونية متمثلة في أن أحد الطرفين يقبل جملة واحدة بشروط العقد المطروح عليه من الطرف الآخر، دون أن تكون له القدرة الحقيقية على التفاوض، فينحصر مجال الخيار بالنسبة للمدعن في قبول العقد جملة واحدة أو رفضه جملة واحدة².

والراجح أن معظم الفقه إنما ينظر في تمييز عقود الإذعان من خلال المعيارين الاقتصادي والقانوني معاً، لأن هناك رابطة سببية يكون فيها أحد العنصرين نتيجة طبيعية للعنصر الآخر.

وعقد الإذعان إنما جاء لحماية المستهلك، حتى وإن لم تشر التعريفات الفقهية لعقد الإذعان إلى هذا المصطلح باعتباره مصطلحاً حديث النشأة مقارنةً بنظرية عقود الإذعان،

¹ - J.Ghestin : traité de droit civil ,la formation du contrat 3^{ème} éd, LGDJ. Paris 1993.N 95.p76.

² - محمد حسين عبدالعال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة، 2006، ص 79.

لكن رغم ذلك فقد أشار الأستاذ السنهاوري إلى أن م 149 ق م م تمثل أداة قانونية تمكن القاضي من حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار.¹

وهو سبق للأستاذ السنهاوري وافقه كثير من الفقه لاحقاً². إلا أن نظرية عقد الإذعان أضعف من أن تغطي حالات الضعف عند المستهلك، فهي لا تتناول سوى الضعف الاقتصادي، في حين أن الضعف الناتج عن عدم المعرفة والجهل وعدم الخبرة غير معتد به في هذه النظرية، التي تركز على فكرة الحاجة الاقتصادية لدى الطرف الضعيف في مقابل خاصية الاحتكار للسلعة أو الخدمة لدى المذعن له.

والعلة في ذلك أن نظرية عقود الإذعان تتضمن مفهوماً خاصاً لفكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، وهو مفهوم يشير إليه معنى الإذعان، الذي يتضمن الخضوع والقبول بما يمليه الطرف القوي، حتى وإن تحقق العلم والمعرفة، بل وحتى الخبرة لدى الطرف المذعن بمحل التعاقد، سلعة كانت أو خدمة؛ لأن ذلك لا يغنيه ولا يرفع عنه صفة الضعف الناتجة عن مركزه الاقتصادي في هذا العقد.

ولذلك فالحماية المقررة في عقود الإذعان في الطرف المذعن لا تتعدى فكرة ضعفه الاقتصادي، وهو ما ذهب ببعض الفقه إلى اتهام هذه النظرية بالقصور وعدم كفايتها لتوفير الحماية للمستهلك، فدعا بعضهم إلى القول بوجود تكملة الحماية التي يحتاج إليها المذعن بالاستعانة بوسائل أخرى أهمها إعمال فكرة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.³

والخلاصة أن فكرة عقود الإذعان، استطاعت أن تعطي مفهوماً خاصاً للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، غير أنها لا تتناول سوى الضعف الناتج عن التفاوت الاقتصادي بين طرفي العقد حيث يكون الطرف المذعن هو الطرف الضعيف الذي يحتاج

¹ - مرجع سابق، ص 118.

² - محمد حسين عبدالعال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص 85.

³ - المرجع السابق ص 89.

إلى حماية قراراتها التشريعات وتدخلات القضاء من أجل إعادة التوازن العقدي بينه وبين الطرف المدعى له صاحب النفوذ والقوة الاقتصادية.

ب - فكرة الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك

لم يظهر المستهلك كفكرة ذات بُعد تنظيمي وقانوني، إلا مع بدايات السبعينات من القرن الماضي، على الرغم من تضمن القانون المدني بعض الأحكام المتعلقة بهذه الفكرة، وما تبعه من قوانين أشارت، ولو بشكل عرضي إلى حماية المستهلك، مثلما جاء في القانون الفرنسي لـ1 أوت 1905 بشأن الغش، ومرسوم جوان 1945 المتعلق بالأسعار.

لقد أخذ الاهتمام بحماية المستهلك جهداً فقهيًا وتشريعيًا معتبرا إلى حد أن خصص له المشرع الفرنسي تقنيًا خاصا Code de Consommation، وخصه المشرع المصري بقانون 2006، وعلى نفس النهج سار المشرع الجزائري¹.

ويعد هذا الاهتمام نتيجة تميّز عقود الاستهلاك ببعض الخصائص عن القواعد العامة في القانون المدني، والتي أرست حماية إضافية للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، حماية أكثر خصوصية مما هو عليه الأمر في القواعد العامة.

ويعتبر بعض الفقه أن الاهتمام التشريعي المتزايد بحماية المستهلك خطوة هامة تتضمن اعترافا بوجود قانون الاستهلاك وتبرز ذاتيته² التي تهدف إلى حماية طرف ضعيف في الرابطة العقدية هو المستهلك، وذلك من خلال قواعد متنوعة يجعله قانونا متعدد الأنظمة pluridisciplinaire. فإضافة إلى القواعد المستمدة من القانون المدني،

¹ - أنظر القانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج ر عدد 15 لـ08 مارس 2009، الذي ألغى أحكام القانون 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 ج ر عدد 6 مؤرخة في 8 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

² - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية. دار النهضة. 2006. ص 93.

كالقواعد المنظمة للشروط التعسفية، فهو يتضمن نصوصاً جنائية، كالتى تجرم الغش نحو المستهلك، وأخرى إجرائية، كالتى تتعلق بالرقابة الخاصة بالسلطة الإدارية.¹

غير أن هذا التنوع لم يمنع من تشكل هذه القواعد نسجاً قانونياً منسجماً، لأن هدفها واحد وهو تحقيق الحماية الكافية للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية في مقابلة ما يتمتع به المنتج من نفوذ اقتصادي من جهة، وخبرة ودراية بمنتجه من جهة ثانية.²

إن هذه المواصفات تجعل من قانون الاستهلاك قانوناً يخرج عن التقسيم التقليدي للقوانين (قانون عام وقانون خاص)، فهو قانون وظيفي يهدف إلى تحقيق وظيفة معينة وهي حماية المستهلك. وسند الحماية هو فكرة الضعف الذي يعتري المستهلك. ومرد هذا الضعف هو الإذعان، حيث يكون المستهلك طرفاً مذعناً لا يملك أمام المنتج القدرة على مناقشة شروط التعاقد أو تعديلها..

غير أن مفهوم المستهلك على ضوء قانون الاستهلاك وإفراد قواعد قانونية خاصة به وفي إطار نظرية قانونية مستقلة عن نظرية عقود الإذعان، يعطي للضعف مظاهر مميزة عما هو في إطار نظرية عقود الإذعان، ومن ثم يحيطه بحماية خاصة تلائم هذا التصور.

ومفهوم المستهلك يتخذ شكلين: مفهوم ضيق، ومفهوم واسع، وكلاهما يتضمن صفة الضعف الذي يعتري المستهلك كأحد طرفي العلاقة التعاقدية.

فالمستهلك في المفهوم الضيق الذي كان سائداً في الفقه والقضاء الفرنسيين في عهد قريب، يرى أن المستهلك لا يشمل إلا كل شخص طبيعي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لإشباع حاجات شخصية أو عائلية لا تتصل بمهنته.³ وهو موقف قانون الاستهلاك

1 - المرجع السابق ، ص 94.

2 - المرجع السابق ، ص 94.

3 - المرجع السابق ، ص 98.

الجزائري من خلال م 3 في فقرتها الأولى¹. بمفهوم المخالفة لا يعد وفق هذا التعريف مستهلكا الشخص الذي يتعاقد لإشباع حاجات مهنية.

أما التعريف الموسع فيرى أن المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة بهدف استعمالها فيما لا يدخل في دائرة اختصاصه المهني². من خلال التعريفين نلاحظ أن هناك تطور في مفهوم المستهلك، فلم يعد يقتصر على الشخص الطبيعي بل يمتد إلى الشخص المعنوي أيضا، كما أن السلعة أو الخدمة المتحصل عليها لم يعد استعمالها مقيدا بصفة الشخصي أو العائلي، بل يمكن أن يكون الاستعمال لغرض مهني، لكن يشترط أن لا يدخل في دائرة الاختصاص الفني للمستهلك.

لقد تطورت فكرة الطرف الضعيف مع هذا التطور في مفهوم المستهلك، فإذا كان الضعف المعتد به بالنسبة للمستهلك اعتمادا على نظرية الإذعان هو التفاوت الاقتصادي، فإن فكرة الضعف تمتد وفق قانون الاستهلاك إلى الضعف الناتج عن الجهل أو عدم الخبرة، وهو ضعف لا يعتري إلا الشخص الطبيعي غير المهني حسب المفهوم الضيق للمستهلك.

في حين يتساوى فيه الشخص الطبيعي والشخص المعنوي وغير المهني والمهني حسب المفهوم الموسع للمستهلك، مادام التعاقد يهدف إلى إشباع حاجة بعيدة عن النطاق المعتاد للنشاط المهني للمستهلك حتى وإن كانت مهنية، لأن فكرة الضعف تستند على معيار عدم التخصص أو عدم الخبرة. ويمكن أن نعطي مثلا على ذلك بتعاقد تاجر

¹ - تنص م 3 فقرة 1 من من قانون القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أن :
" المستهلك : كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

² - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص 102.

مجوهرات مع شركة متخصصة لتزويد متجره بنظام الإنذار ضد السرقة، فعلى الرغم من أن العقد يتعلق بإشباع حاجة مهنته، إلا أن هذا لا ينفي عن التاجر صفة المستهلك. لأن التعاقد خارج نطاق تخصصه تنعدم فيه الخبرة والدراية كأبي مستهلك أخر بهذه الأجهزة الخاصة بنظام الإنذار ضد السرقة.

وعلى ضوء هذا ففكرة الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك مؤسسة من جهة على التفاوت الاقتصادي بين المنتج والمستهلك، والذي يجد أساسه في فكرة عقود الإذعان. ومن جهة ثانية على الضعف الناتج عن الجهل أو عدم الخبرة.

وهو معيار يتساوى فيه الشخص الطبيعي والمعنوي كما يتساوى فيه الاستعمال الشخصي والاستعمال المهني الخارج عن نطاق التخصص الفني للمستهلك.

الفرع الثاني

نقد مبدأ سلطان الارادة

من أهم المآخذ التي تعرّض لها مبدأ سلطان الارادة، مغالاة أنصاره في تطبيقه إلى حد التطرف، فالإرادة لديهم ليست مقتصرة على كونها أساس الالتزام التعاقدى فحسب، وإنما هي أساس كل التزام أيا كان نوعه، إذ على أساسها تقوم شتى أحكام القانون، لأن التشريع ما هو إلا تعبير عن مجموع إرادات الأفراد.

وقد رتب أنصار سلطان الارادة على ذلك مجموعة من النتائج تتعارض كلية مع المنطق السليم. فاعتبروا أن الملكية تقوم على الإرادة المطلقة للمالك. ونظام الميراث يقوم على الإرادة، باعتباره وصية مفترضة تستند إلى الإرادة الضمنية للمورث، وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج الذي يقوم على الإرادة¹.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 157.

ولقد تصدّى خصوم مبدأ سلطان الإرادة لانتقاد الأسس التي قام عليها والنتائج المترتبة عليها. فبينوا أن المتعاقد لا يقبل على التعاقد لأنه أراد فحسب، بل لاعتبارات إجتماعية، تستوجب توفير الثاب والاستقرار للمعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين، وهذا ما يعطي للعقد قوته الملزمة.

فالملكية ليست إرادة مطلقة للمالك، بل وظيفة اجتماعية تحقق الصالح العام. والميراث ليس مبنيا على إرادة مفترضة، لأنه سابق للوصية تاريخيا، وهو نظام قانوني يحقق المصلحة العامة للمجتمع. كما أن إرادة الزوجين لا تحدد حقوق الأسرة، لأن دورهما يقتصر على الدخول في مركز قانوني نظمه المشرع بما يتفق مع مصالح الأسرة والمجتمع.¹

بالإضافة إلى ذلك أدى أفول العوامل السياسية والاقتصادية التي كانت سببا في ازدهار مبدأ سلطان الإرادة، إلى تقليص دوره في العقود، حيث حلت محلها ببداية منتصف القرن التاسع عشر، تيارات جديدة، تدعو إلى ضرورة تقييد الحرية، وتغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد. فقد أرست النظرية الموضوعية التي نشأت في مقابل النظرية الإرادية، معطى جديدا مفاده، أن كل النظم القانونية بما فيها الحقوق الذاتية (الشخصية) للأفراد تتبع من القاعدة القانونية، وبالتالي فإن هذه النظرية تنكر أي سلطة للإرادة في إنشاء التصرف القانوني.²

لقد كان ظهور هذه التيارات التي عرفت بالمذاهب الاجتماعية أو الاشتراكية، نتيجة منطقية لما أفرزته الثورة الصناعية من اختلال في البناء الاقتصادي للمجتمع، وتكريس للطبقة بين أفرادها، فظهرت الطبقة المسيطرة من أصحاب رؤوس الأموال وأرباب العمل،

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ص 158.

² - C. Brenner. *Répertoire Droit civil Dalloz*, v° Acte. Sep 2006/3, n° 65.

والطبقة الكادحة وأغلبها العمال البسطاء. وباسم المساواة والحرية المطلقة التي نادى بها أنصار المذهب الفردي الذي كان سائداً، ضاعت العدالة في العلاقات التعاقدية¹.

نادت هذه التيارات بعدم إمكانية التسليم بأن إرادة الإنسان هي المصدر الاصيلي والأساسي للقانون - كما يدعي أصحاب النزعة الفردية -، فالعلاقة التعاقدية لم تكن سابقة في ظهورها على القانون، لأن القاعدة المنبثقة عن الجماعة - في بعدها النظامي - وجدت قبل وجود قانون الارادة المتمثل في العقد.

فالإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يعيش ولا يتطور ولا يحقق ذاته إلا في وبواسطة المجتمع، لا يمكن له أن يشعر بالأمان خارج المجتمع². وطالما أن الفرد كان يعيش دائماً في جماعة، ولم يثبت قط أنه عاش منعزلاً، كان لزاماً أن يُنظر إليه باعتباره عضواً في الجماعة، والبحث عما يتمتع به من حقوق بالنظر لصفته كائناً اجتماعياً، وجد من خلال التنظيم القانوني الوسيلة المثلى لاحترام مصالحه³.

كما أن القول بوجود حقوق شخصية للفرد، سابقة على وجود المجتمع، مصدرها الوحيد إرادته الحرة، قول يجانب الصواب. كما أن الاعتقاد بأن كل ما هو تعاقدي هو عادل، وأن الحرية التعاقدية تحقق بالضرورة العدالة والتوازن المشروع بين الاداءات، اعتقاد خاطئ. لأن هذا الفرض لا يقوم ولا يعتبر صحيحاً إلا إذا كان طرفي العقد على قدر كبير من المساواة الدائمة⁴ سواء فيما يتعلق بوضعهما الاقتصادي، أو فيما يتعلق

¹ - محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص 36 وما يليها.

² - E. Gounot, Op. cit, p. 323.

³ - L. Boyer, Contrats et Conventions, Recueil, v^o Contrats et obligations, Rép. civ. Dalloz, août 1993, n^o 24, p. 07.

⁴ - عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي - دراسة مقارنة -، ج 1 مصادر الالتزام، جامعة الكويت 1982، ص 265

بالكفاءة من حيث الذكاء والاستعداد والقدرة على التفاوض. فقد ثبت عمليا أن الأفراد بعيدون كل البعد عن مساواة كهذه.

من ناحية أخرى لا يجب الخلط بين المساواة القانونية والمساواة الفعلية، فإذا كان حقا أن الأفراد متساوون أمام القانون، بمعنى عدم جواز التفرقة القائمة على التفاوت في الطبقة الاجتماعية بين الأشخاص للإعتراف لهم بالحقوق، فهذا لا يمنع من حقيقة أن المجتمع مؤلف من أفراد متفاوتون من حيث الخصائص والإمكانات، ولكل منهم عناصر قوة وعناصر ضعف وبالتالي ليس لهم نفس القدرة على التفاوض بشأن الحقوق.

يأخذ هذا التفاوت في المجال التعاقدية شكلا أكثر خطورة من حيث الآثار، فنجد على سبيل المثال أحد طرفي العقد مكره على التعاقد تحت وطأة الحاجة المادية الملحة، في حين يكون الطرف الآخر في فسحة من أمره ويستطيع الانتظار. هذا الوضع يجعل الطرف الأول راضيا تماما تحت هيمنة شروط الطرف الثاني، فقد أثبت الواقع أن الطرف الأقوى هو دائما من يملي قانونه ويجعله نافذا.

إن انعدام المساواة هاته تقصي كل فرصة للمفاوضة والتنازلات المتبادلة، كما تقضي على إمكانية نشوء أداءات متوازنة بين الأطراف¹، لاسيما مع تطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي جعلت المصالح تزداد تضاربا، وبالنتيجة الهوة تزداد اتساعا بين الأفراد يوما بعد يوما.

فالتفاوت بين الأفراد وانعدام المساواة بينهم في القوة الاقتصادية، أظهر بشكل جلي أن التوازن العقدي لا يمكن إقامته تلقائيا من خلال مفاوضات الاطراف المتعاقدة²، بل إن الحرية التعاقدية كثيرا ما تؤدي إلى مظالم كبيرة، إذ غالبا ما تجعل الضعفاء تحت رحمة الأقوياء، يستغلونهم أبشع استغلال، بذلك فرَضَ رب العمل شروطا قاسية ومرهقة على

¹ - J. Flour, J.L. Aubert, E. Saveaux, op cit , n° 108 p. 83

² - op. cit, n° 108 p. 83

العامل، من خلال العمل لساعات طويلة مقابل أجر زهيد لا يلبي حاجياته الأساسية. وأصبح المستهلك المجرى على التعاقد لحاجته الملحة للسلعة أو الخدمة، ضحية جشع المحترفين الذين يتلاعبون بحقوقه كيفما شاؤوا، تحت غطاء سلطان الإرادة.

كما أن الحرية التي رفع لواءها المذهب الفردي كانت حkra على من يستطيع ممارستها، والمقصود بهم الاغنياء وأصحاب رؤوس الاموال، أما الفقراء فلم يكن لهم ثمن ممارسة الحرية لأن ممارستها تتطلب تكافؤ الفرص، والمذهب الفردي لا يوفر هذا التكافؤ.¹

والمذهب الفردي الذي يعتبر الفرد غاية في ذاته، والحرية الفردية حقا مقدسا، يتجاهل في الوقت ذاته الطبيعة الانسانية، وما جبلت عليه من أنانية، هذه الاخيرة دفعت الكثير من الافراد باسم الحرية، إلى شباع حاجاتهم الخاصة على حساب الضعفاء.²

كذلك لا يمكن القبول بالمسلمة التي تفترض أن الحرية التعاقدية تحقق دائما نتائج مطابقة للمصلحة العامة، على اعتبار أن المصلحة العامة ما هي إلا محصلة مجموع المصالح الفردية. فقد كانت هذه القاعدة كانت من أهم الأسس التي قامت عليها الليبرالية الاقتصادية، كما نظر لها مجموعة من الفلاسفة ورجال الاقتصاد من بينهم Jeremy Bentham و Jhon Stuart Mill بقولهم : " إن أكبر قدر من الرفاهية للأفراد يؤدي بالضرورة إلى توفير أكبر قدر من السعادة الجماعية "³. لكن المعاينة الحقيقية للواقع تظهر أن كل طرف في العقد يعمل على تحقيق مصالحه الخاصة، بغض النظر إن كانت

¹ - لبيب شنب، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الاول، نظرية القانون، الاسراء للطباعة، القاهرة 2006، 2007 ص 41

² - المرجع السابق، ص 42

³ - " la plus grande quantité de plaisirs individuels conduit à la maximisation du bonheur collectif ", Louise Rolland, Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques Les Cahiers de droit, vol. 47, n° 1, 2006, p. 04.

تتطابق أم لا مع المصلحة العامة، والأشخاص لا يتوجهون بالضرورة للنشاطات الأكثر نفعاً، بل للنشاطات الأكثر ربحاً.¹

لهذه الأسباب وكنتيجة لما يمكن إجماله عموماً في الثورة الاقتصادية والصناعية التي طبعت بداية القرن الماضي ونهاية القرن الذي سبقه، ونظراً للتغيرات التي سادت ظروف التعاقد في تلك الآونة، شهدت نظرية العقد تحولاً جذرياً، أهم ما يميّزه شيوع مذهب التدخل من قبل الدولة الذي أصبح يزداد اتساعاً ليطال طوائف عديدة من العقود، سواء في مرحلة تكوينها أو في مرحلة تنفيذها.

وقد أخذ تدخل الدولة في العلاقة التعاقدية أشكالاً ومظاهر متعددة. لكن ما يهمنا في بحثنا هذا، التدخل الذي مسّ مضمون مجموعة كبيرة من العقود المعرضة لاختلال التوازن. تجلّى ذلك من خلال تنظيمها بقواعد أمرت قلصت بشكل كبير مساحة الحرية التي كان يتمتع بها المتعاقدان، إلى درجة أن مصطلح "نظام" أصبح أحياناً أقرب لوصف هذه العلاقات من مصطلح "عقد". المثال الأصدق تعبيراً على ذلك، هو علاقة العمل حيث مصطلح العقد يزداد بعداً عن هذه العلاقة في كل مرة²، وتحوّل من نزعة الفردية إلى نزعة إجتماعية، حيث انتشرت في كل الأنظمة القانونية ما يعرف بالاتفاقات الجماعية للعمل. والاتفاقات المتعلقة بالضمان الاجتماعي، وبالتالي منع الطابع الجماعي لهذه الاتفاقات كل امكانية للاستغلال التعسفي للعمال³.

¹ - J. Flour, J.L. Aubert, E. Saveaux, op cit , n° 109 p. 83

² - P. Durand, Aux frontières du contrat et de l'institution, la relation de travail, JCP, 1944. p. 387.

³ - L. Boyer, Contrats et Conventions, Recueil, v° Contrats et obligations, Rép. civ. D, août 1993, n° 24, p. 07.

المطلب الثاني

التوازن كأهم الموجهات الحديثة لقانون العقود

كان للعوامل السابقة الذكر أثرا مباشرا في إحداث ثورة في نظرية العقد، اصطلاح على تسميتها في الفقه الفرنسي بـ " أزمة العقد ". أعقبتها توجهات حديثة لقانون العقود، نتجت عن الانشغال بتحقيق توازننا بين طرفي العقد، حماية للطرف الأكثر ضعفا وإضفاء جانبا أخلاقيا على العقد. ثم الأخذ بعين الاعتبار للجانب الاقتصادي في العقد.

ولقد امتدت هذه الحماية مع تطور المجتمع لنتضمن أصناف من العقود الحديثة لعل أهمها على الاطلاق عقود الاستهلاك. هذه الأخيرة شكّلت ذروة اختلال التوازن، الأمر الذي جعل تدخل المشرع يأخذ فيها أشكلا متسارعة، محاولا بذلك مسايرة التسارع الذي يميّز مجال الاستهلاك، تكّلت ذلك بصدور تشريعات كثيرة في كل الأنظمة القانونية، نظمت بشكل دقيق علاقات الإستهلاك ومنعت قدر الامكان الاستغلال التعسفي لحاجات المستهلكين من قبل المحترفين¹.

واتسعت وظائف الدولة بشكل كبير لتتدخل في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية وبذلك اتسع مجال النظام العام الذي لم يعد يقتصر على دوره التقليدي المتمثل في حماية الجانب السياسي والأخلاقي للمجتمع، وإنما امتدّ بفعل مقتضيات حماية الطرف الضعيف ليطل الجانب الاقتصادي والاجتماعي (الفرع الأول). وبذلك بدأت فكرة التوازن العقدي تفرض نفسها في هذا الواقع الجديد، كفكرة لها حضور في قانون العقود (الفرع الثاني).

¹ - ظهرت في الجزائر مجموعة من القوانين والتنظيمات الهادفة إلى حماية المستهلك، بداية من قانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، والمراسيم المتعلقة به، الملغى بأحكام القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مرورا بالقانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وغيرها من النصوص.

الفرع الأول

توسع النظام العام وأثره في ظهور التوازن العقدي

رأينا في الفصل الأول أن المذهب الحر يستند إلى القوانين الطبيعية، لاسيما منها قانون العرض والطلب وحرية المنافسة، مدعياً كفايتهما لتحقيق المصالح الاقتصادية المشتركة وتحقيق التوازن والعدالة التعاقدية. غير أن الواقع يكذب هذا الادعاء، حيث كان من النتائج الخطيرة المترتبة عن الغلو في المذهب الفردي، تركّز الثروة في أيدي أصحاب المصالح المسيطرين على وسائل الإنتاج. ونتيجة انتشار الآلة تعطلت الملايين من القوى العاملة. وبفعل زيادة العرض على الطلب تحكّم رأس المال في اليد العاملة التي لم تعد تملك أي إرادة حرة في التصرف، مما أدى إلى انعدام الحرية ذاتها.

وإزاء انعدام الحرية وانتشار البطالة تجمعت القوة الاقتصادية في أيدي قلة من أصحاب المصالح والنفوذ وذوي رؤوس الاموال الضخمة، ما بات يوشك باستحالة النظام الفردي الحر إلى نقيضه¹.

الأمر الذي حدا بالدولة إلى التدخل لضبط تسيير المجتمع، وفق قراءة جديدة لأسس النظام الفردي الحر، مدعّمة بأفكار مستحدثة، من حيث فرض جواز تدخلها في العلاقات الفردية، مستهدفة تحقيق المساواة والعدالة وكفالة تطبيق مبدأ تكافؤ الفرص².

من هذا المنطلق كان لفكرة النظام العام الدور الأبرز في تكريس الأفكار الجديدة، على غرار فكرة التوازن العقدي وتطبيقها في المجال القانوني، الأمر الذي أدى إلى الحد من سلطان الإرادة والحيلولة دون استغلال الأطراف القوية للأطراف الأقل قوة في

¹ - مصطفى أبو زيد فهمي، النظرية العامة للدولة، ط 5، دار المطبوعات الجامعية 1997، ص 129، ذكره عماد طارق البشري، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي - ط 1، المكتب الإسلامي، ص 57.

² - المرجع السابق، ص ص 132 إلى 134.

الروابط القانونية، مهياً بذلك المجال لوضع قواعد قانونية عرفت بعد ذلك توسعا كبيرا، غير قابلة للمخالفة من قبل أطراف العقد، مكونة بذلك النظام العام في شكله المستحدث¹.

أولا - النظام العام التقليدي ومدى تقييده للحرية التعاقدية

من المعلوم أن حرية التعاقد كانت دوماً مقيدة بفكرة النظام العام، حيث يمتنع عن الإرادة أن تتجه إلى إحداث أثر يتعارض مع اعتبارات النظام العام وحسن الآداب. وفكرة النظام العام في بعدها التقليدي - السياسي والأخلاقي - والتي تعبر عن المضمون الذي كان سائداً في ظل النظام الفردي، جسدت حجم القيود التي ارتأها أنصار سلطان الإرادة لتحديد نطاق هذا المبدأ، لذا كانت هذه القيود في حدود جد ضيقة ولم يشكّل النظام العام بهذا المعنى قيوداً هاماً على حرية التعاقد.

يعتبر النظام العام من أكثر الأفكار استعصاء على التعريف، مما جعل بعض الفقهاء يصفها بأنها فكرة مراوغة لا تسمح بحصرها في تعريف دقيق، واعترفوا بعجزهم معبرين بأقوال شهيرة عن صعوبة الخوض في محاولة تعريفه بأنها "مغامرة فوق رمال متحركة"²، أو "فوق طريق تحدّه الأشواك على جانبيه"³. لكن اتفق أغلبهم على أن النظام العام يعتبر من بين المفاهيم ذات المضمون المتغير، وظيفته الأساسية تقييد الحرية التعاقدية باسم المصلحة العامة. أما الآداب العامة فتتمثل المظهر الأخلاقي للنظام العام⁴. وعرفه الفقيه Jean Carbonnier بأنه "مجال القواعد الآمرة، في مقابل القواعد المفسرة والمكملة للإرادة"⁵.

¹ - عمار طارق البشري، المرجع السابق ص 58.

² - Pilon, rapport sous Req, 21 avril, 1931. I. 377. Cité par J. Ghestin, traité de droit civil, la formation de contrat, 3^{ème} éd, L.G.D.J., Paris 1993, n° 104, p. 86.

³ - Alglave, définition de l'ordre public en matière civile, Rev. prat. Adm, 1868, p. 444 et s. cité par J. Ghestin, traité de droit civil, la formation de contrat, op. cit, n° 104, p. 86.

⁴ - op. cit, n° 104, p. 86.

⁵ - J. Carbonnier, Droit civil, 4/ Les Obligations, 7^{ème} éd, PUF, n° 32, p. 108.

في حين عرّفه في الفقه العربي عبد الحي حجازي بأنه " مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها إلى المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة، وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد حيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم".¹

الملاحظ أن فكرة النظام العام طغت على كل فروع القانون، وبالأخص فروع القانون الخاص حيث يقصد بها مجموع النصوص التي لا يجوز للتصرفات القانونية أن تستبعدوها أو تعدّلها، سواء أكانت هذه التصرفات عقدية أو تصرفات بإرادة منفردة، وفي القانون التجاري على سبيل المثال تركز وظيفة النظام العام على الحدّ من حرية التجارة والصناعة.²

الملاحظ أيضا أن النظام العام التقليدي بمفهومه المتقدم يتّسم بطابع سلبي، إذ يقتصر دوره على حضر العقود التي تعتبر غير مشروعة بالنظر إلى محل العقد³ أو الباعث عليه⁴، وهو بهذا المفهوم يستتبع فرض قيود على سلطان الإرادة، وضوابط لممارسة الحرية، من خلال احترام الشروط والعناصر اللازمة للانعقاد، من رضا ومحل وسبب، حماية للكيان السياسي والأخلاقي للمجتمع. مما جعل هذه القيود حبيسة إطار محدود يخص أساسا حرية إبرام العقد. بينما ظلت حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد على إطلاقها بمنأى عن هذا التقييد.⁵

¹ - عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 341.

² - عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 342. أنظر المادة 37 من الدستور الجزائري

³ - م 93 ق م ج: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

⁴ - المادة 97 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلاً".

⁵ - محمد حسين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص 79.

غير أنه منذ مطلع القرن العشرين تزايدت القيود على حرية التعاقد بشكل كبير، سواء من حيث مدى كفاية الإرادة في حد ذاتها لإنشاء العقد، أو من حيث قدرتها على تحديد آثاره. وقد تزايدت هذه القيود مع اتساع مضمون النظام العام تحت تأثير النزعة الاجتماعية، وضغط التكتلات النقابية المهنية التي أنشأت للدفاع عن مصالح أكثر طوائف المجتمع ضعفاً آنذاك وهم العمال. وبفعل اتساع دور الدولة في المجال الاقتصادي، وظهور الاقتصاد الموجه *L'économie dirigée* الذي يكفل للدولة حق التحكم في النشاط الاقتصادي وتوجيهه تحقيقاً لمصالح الجماعة¹، وبتزايد تدخل المشرع بواسطة القواعد الأمرة في العقد، نشأ ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي *L'ordre public économique et social*.

ثانياً - النظام العام الاقتصادي والاجتماعي ومضمون العقد

شهدت الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية تعاظم لوظائف الدولة، حيث أصبحت تتدخل بقوة في تنظيم وإنتاج وتوزيع وتبادل السلع والخدمات، متجاوزة بذلك دورها التقليدي الذي كان مقتصرًا على التنظيم السياسي، ومنشأة نظاماً عاماً اقتصادياً ملازماً للنظام السياسي والأخلاقي، لكنه في نفس الوقت مستقلاً ومتميزاً بمضمونه من حيث تطبيقاته المباشرة على آليات الإنتاج والتبادل.² وقد كان القضاء الوسيلة المثلى لوضع قواعد النظام العام حيز التنفيذ، حيث يعتبر التطبيق القضائي مرآة أكثر وضوح في الدلالة على كيفية توظيف فكرة النظام العام باعتبارها أداة قانونية لتحقيق أهداف المصالح العام للمجتمع بأسره. ففي قرار لمحكمة الرايخ الألمانية في 1920 جاء فيه أن شرط الإعفاء من المسؤولية يخالف النظام العام وحسن الآداب إذا ما استغل الطرف القوي ما يتمتع به من

¹ - J. Ghestin, traité de droit civil, la formation de contrat, op. cit, n° 130 et s, p. 109 et s.

² - J. Ghestin, traité de droit civil, la formation de contrat, op. cit, n° 127, p. 108.

احتكار فعلي أو حكومي في قطاع تكون فيه خدماته ضرورية، محملاً الجمهور تضحيات غير عادلة¹.

إن النظام العام الاقتصادي والاجتماعي يجد مجال تطبيقه في تبادل السلع والخدمات، بالتركيز على عنصر التبادل ذاته، وبذلك فهو يختلف عن النظام العام السياسي والأخلاقي الذي لا يهتم بالتبادل إلا من حيث النتائج المترتبة عليه ومدى مساسها بالأسس والمصالح العامة التي يقوم عليها كيان المجتمع وتنظيماته ومعتقداته. هذا الأمر جعل القيود المتزايدة على الحرية التعاقدية تمس مظهر آخر هو الحرية في تحديد مضمون العقد.

إن مقتضى القول بأن النظام العام الاقتصادي حدّ على سلطان الإرادة، يستوجب فرض إرادة المشرع على إرادة الأفراد، أي التضحية بسلطان الإرادة الفردية لصالح إرادة المجموع، فتفقد الإرادة الفردية بذلك كل سلطان تقديري بخصوص مضمون التصرف المراد إتيانه، ولا يكون أمامها حيل مقتضيات أحكام النظام العام سوى الانصياع.

غير أن ذلك لا يعني بالضرورة إلغاء تام للإرادة، فالحدّ من سلطان الإرادة يفيد تقييد هذه الإرادة، لأنها من الناحية الفعلية موجودة مكتملة الشروط والأركان، لكن تحركها في سبيل إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره ينبغي ألا يتجاوز الأطر التي أقامها النظام العام، فإذا ما تجاوزت هذه الأطر أضحت كل الآثار المترتبة عن هذا التجاوز باطلة.

الملاحظ أن مبدأ التدخل من قبل الدولة بواسطة التشريعات الآمرة لم يقف عند هذا الحد، وإنما ازداد تزايداً واتساعاً في شتى جوانب الحياة الاجتماعية، محاولاً التكيّف مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية المتسارعة، مما استتبع قيوداً إضافية على الإرادة وتقليص إضافي للحرية التعاقدية، وبذلك ظهرت فروعاً إضافية مستقلة بالنظر إلى المجالات التي تنظمها، فتفرع عن النظام العام الاقتصادي والاجتماعي، النظام العام

¹ - ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، ص 36، ذكره عماد طارق البشري، مرجع سابق 58.

الاقتصادي الموجّه أو التوجيهي، الذي مكنّ الدولة من تحقيق السياسة الاقتصادية التي تراها مناسبة وتبتغي توجيه الأفراد إليها، وإجبارهم على احترامها.

كذلك شكّلت حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية انشغالا لا يقل أهمية عن سابقه بفعل اختلالات التوازن التي طغت على أغلبية العقود، وغياب العدالة التعاقدية فيها، مهدّدة بإهدار حقوق الأطراف الضعيفة، وبلغ التدخل التشريعي لتحقيق هذا الهدف حدا جعل الفقه يرى في هذه الحماية مفهوما جديدا مستقلا عن النظام العام الاقتصادي، عُرفَ بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي.

نظرا لبعده علاقته نسبيا بموضوع بحثنا، سوف لن نتطرق للنظام العام الاقتصادي الموجّه، وسيكون تركيزنا على النظام العام الحمائي.

ثالثا - دور النظام العام الحمائي في توسيع نطاق التوازن العقدي

إذا كانت أحكام أول قانون مدني وهو القانون المدني الفرنسي تقوم على مبدأ المساواة القانونية بين الأفراد، أي أنهم متساوون في الحقوق، وهو الأمر الذي شكّل تطورا كبيرا بالنظر للقانون القديم، حيث كان المجتمع يتّسم بالتفاوت، إلا أن المشرع لم يحقق ببداية القرن الماضي مساواة فعلية، أي ما تعلق بالنظام الاقتصادي والاجتماعي، بخلاف ما حققه في النظام القانوني.¹ فإذا كان من السهل على المشرع أن يفرض مبدأ المساواة القانونية، حيث يتعيّن على كل طرف في العقد الدفاع عن مصالحه في مواجهة الطرف الآخر، إلا أن المساواة الاقتصادية والاجتماعية تتطلب تدخلا قانونيا إضافيا، حيث يناط بالمشرع اتخاذ جميع الاجراءات والتدابير اللازمة للقضاء على انعدام المساواة أو على الأقل تقليص مجالاتها. لذلك لا يكفي القول بأن الافراد متساوون وأحرار في التعبير بكل حرية عن إراداتهم، وهو ما عبّر عنه Henri Lacordaire بمقولته الشهيرة " بين

¹ - Ch. Larroumet, Droit civil, op. cit, n°122, p. 106.

القوي والضعيف، الغني والفقير، السيد والعبد، الحرية هي التي تقهر ويجار عليها، والقانون هو المحرّر والمخلص" ¹

استتبع ذلك ببداية القرن الماضي انتشارا واسعا لقوانين النظام العام بقواعده الآمرة، مسّ جميع مجالات النشاط البشري. قسم كبير من هذه القوانين كان الهدف الأساسي منها تحقيق توازن أفضل في العلاقات التعاقدية المختلفة، وتعزيز العدالة فيها، من خلال تدخل المشرع لحماية المتعاقدين الذين يظهرون على أنهم أحق بالحماية، وهو مجال النظام العام الاقتصادي الحمائي الذي يعتبر الغرض الأساسي لإنشائه، حماية مصلحة الطرف الضعيف في مواجهة الطرف الأقوى، حيث يملك هذا الأخير من الوسائل ما يكفيه للدفاع عن مصالحه، بل إنه في أغلب الأحيان يميل إلى فرض إرادته على الطرف الأضعف، الأمر الذي جعل كل الجهود التشريعية تتجه إلى محاولات إعادة هذه العلاقات إلى نصابها وإصلاح التفاوت الناتج من هذه الوضعية، وذلك من خلال التعديل في جوهر العقد وفرض مضمون يحقق العدالة التعاقدية.

وقد ترجم هذا النشاط التشريعي في الجانب العملي إلى تطبيقات قضائية تجلت من خلالها فكرة النظام العام الحمائي كآلية لضبط التضامن الاجتماعي. ففي إحدى قرارات المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، إبان الأزمة الاقتصادية التي ضربت العالم، في العقد الثالث والرابع من القرن العشرين، إزاء دعوى أقامتها عاملة فندق تطالب فيها بالفروق المالية بين أجرها الذي تتقاضاه والحد الأدنى للأجور الواردة بالقانون، قضت المحكمة لصالحها، على أساس موازنة عقدها المحكمة بين مصلحة الفندق وحرية في تحديد الأجور، وبين المصلحة العامة في حماية النساء العاملات من تعسف أرباب العمل، لتخلص المحكمة إلى التسليم بما للسلطة التشريعية من أهلية في اتخاذ الاجراءات الكفيلة

¹ - " Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ", cité par Ch. Larroumet, op.cit., n°122, p. 106.

بالتقليل من أضرار استغلال طاقة العمال بأجور دون حد الكفاية، مما يعطي السلطة التنفيذية سلطان تقدير حدود دنيا للأجور وذلك تحقيقاً لحماية الضعفاء.¹

يتميّز النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي بطابع إيجابي، حيث يهدف إلى تحديد مضمون العقد وآثاره، ولا يؤدي إلى إلغائه إلا في حدود ضيقة، على اعتبار أن ذلك يمكن أن يكون ضاراً بمصلحة أحد المتعاقدين. يتمثل هذا الدور الإيجابي في حظر الشروط التي تخل إخلالاً بيناً بالتوازن بين طرفي العقد²، ك شروط الإعفاء من المسؤولية، وتحديد بدل الإيجارات خاصة منها السكنية³، حيث أصبحت العقود المنظمة لها خاضعة لتنظيم يحدّد مضمونها بصفة أمرّة.

العلاقات التعاقدية التي ظهر فيها عنصر التنظيم بوضوح هي علاقات العمل، حيث نُظمت بشكل دقيق وصارم، خاصة فيما يتعلق بحقوق العامل،⁴ حتى قيل بحق " إن النصوص المتعدّدة المتميّزة بالطابع الأمر، قد أفرغت تدريجياً عقد العمل من مضمونه،

¹ - أشار إلى هذا القرار عماد طارق البشري، مرجع سابق 59.

² - أنظر الشروط التعسفية كمظهر لاختلال التوازن، في المبحث الموالي.

³ - نظم المشرع الجزائري أحكام عقد الإيجار المدني من خلال الفصل الأول المعنون بـ " الإيجار " من الباب الثامن المعنون " العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء " المواد من 467 إلى 507، وذلك بعد التعديل الذي تضمنه القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، ج ر عدد 31 لسنة 2007.

⁴ - نظم المشرع الجزائري عقد العمل من خلال أحكام القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410، الموافق لـ 21 أبريل سنة 1990 المتعلقة بعلاقات العمل، ج ر ع 17 لسنة 1990. أنظر: الفصل الأول المعنون " حقوق العمال " من الباب الثاني، المواد 5، 6، م 5: يتمتع العمال بالحقوق الأساسية التالية :

- ممارسة الحق النقابي، التفاوض الجماعي، المشاركة في الهيئة المستخدمة، الضمان الاجتماعي والتقاعد والوقاية الصحية والأمن وطب العمل، والراحة، والمساهمة في الوقاية من نزاعات العمل وتسويتها واللجوء إلى الاضراب.
م 6 : يحق للعمال أيضا في إطار علاقة العمل ما يأتي : التشغيل الفعلي، احترام السلامة البدنية والمعنوية وكرامتهم، والحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب القائم على أهليتهم واستحقاقهم، - التكوين المهني والترقية في العمل، الدفع المنتظم للأجر المستحق، الخدمات الاجتماعية، وكل المنافع المرتبطة بعقد العمل ارتباطا نوعيا.
م 22 حول تحديد المدة القانونية للعمل. أما المواد 27، 28، 29 حول العمل الليلي. أنظر أيضا الفرع الأول من الفصل الرابع المعنون " العطل والراحة القانونية " لاسيما المواد 33، 42، 35، 36، 39، 44، 84، 80 حول أجره العمل.

بجعله يفلت من إرادة طرفيه، فاتفاقات العمل الجماعية حلت بشكل واسع محل المفاوضات الجماعية لعقود العمل الفردية. ولقد كان لانتشار اتفاقيات العمل الجماعية،¹ الأثر البالغ في التخفيف من وطأة اختلال التوازن بين العامل ورب العمل في علاقات العمل الفردية، وذلك باشتراك النقابات العمالية في إبرامها، حيث تمتلك هذه الأخيرة قدرة كبيرة على التفاوض في مقابل صاحب العمل التي لا يمكن مقارنتها بقدرة العامل منفردا نظرا لمركزه الضعيف، الأمر الذي انعكس على تصحيح موازين القوى بين الطرفين، وأضفى قدرا من التوازن بينهما.² كذلك أسهمت اتفاقات العمل الجماعية في التأسيس لقواعد اتفاقية تكفل حماية العمال، خاصة وأنها تتعلق بالنظام العام الاجتماعي الحمائي، لأنها تتمتع بقوة ملزمة بالنسبة للعقود الفردية، بما يمنع الطرفين مخالفة أحكامها، فإذا حدث وأن تضمنت العقود الفردية شروطا تتعارض مع تلك التي يقرها الاتفاق الجماعي، فلا تطبق، وتستبدل تلقائيا وفقا للقانون بالأحكام المقابلة التي يقرها الإتفاق.

من الناحية العملية، تتضمن العقود الفردية إحالة صريحة أو ضمنية إلى أحكام الاتفاق الجماعي الذي يجري تطبيقه دون صعوبة، إلا إذا كان الخروج عنها يحقق مصلحة العامل أو يعطيه مزايا أفضل.³ بالإضافة إلى ذلك وعلى الصعيد الاقتصادي يترتب على هذه الاتفاقات توحيد شروط العمل، بما يؤدي إلى تقليل المنافسة بين العمال،

¹ - عرّف المشرع الجزائري اتفاقيات العمل الجماعية من خلال المادة 114 من قانون 90 - 11 المنعلق بعلاقات العمل "الاتفاقية اتفاق مكتوب يتضمن شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية. وتبرم داخل الهيئة المستخدمة الواحدة بين المستخدم والممثلين النقابيين للعمال. كما تبرم بين مجموعة مستخدمين أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للمستخدمين من ناحية، أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للعمال من ناحية أخرى. تحدد شروط تمثيلية الأطراف المشاركة في التفاوض بموجب القانون المتعلقة بكيفيات ممارسة الحق النقابي".

² - تنص م 118 من ق 90-11 على: "تفرض على المؤسسة المستخدمة الأحكام الأكثر نفعا الواردة في مختلف الاتفاقيات الجماعية التي اكتتبت بها هذه الهيئة أو انضمت إليها وتطبق على عمالها، إلا إذا كانت هنالك أحكام أنفع مضمنة في عقود العمل المبرمة مع المستخدم".

³ - كمال مخلوف، الاطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع الرابع جانفي 2011، ص 3.

وبالتالي تجنب أضرار ذلك، وأبرزها انخفاض الأجور. كما تمنع المنافسة بين أرباب العمل، وتضمن بذلك تحقيق المساواة بين العمال¹.

لو تأملنا قواعد القانون 90-11 المنظم لعلاقات العمل لأمكننا القول بأن أغلب قواعده، إن لم نقل كلها، هي قواعد أمر، لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها، حيث تنص المادة 136 : " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون "².

الفرع الثاني

الميل نحو تبني فكرة التوازن في العقود

الملاحظ أن النظرية التقليدية للعقد لم تتجاهل بشكل كلي، ضرورة وجود قدر من العدالة التعاقدية. لكنها اقتصرت في تحقيق ذلك على آليات تجد مصدرها في الإرادة ذاتها، المقصود بذلك عيوب الرضا ونظام الأهلية، وذلك لإقامة نوع من التوازن في بعده الشخصي، إلا أن الملاحظ أيضا أن أهمية دور الرضا شهد هو الآخر تحولا مع مرور الزمن. فأصبح مجال رضا الفرد يقتصر على مجرد التعاقد أو عدم التعاقد، دون أن يكون له تأثيرا كبيرا على تحديد مضمون العقد³.

انطلاقا من ذلك استطاع جانب من الفقه في إطار مسعاه لوضع أسس جديدة للقوة الملزمة للعقد، أن يثبت أن المفاوضات ليست من ماهية العقد. يظهر ذلك من خلال الاحتفاظ بالوصف التعاقدى للاتفاقات التي تخلو تماما من المفاوضة، كالعقود المنظمة

¹ - المرجع السابق، ص 3.

² - في نفس السياق تنص م 135 على : " تعد باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به ". كما تنص م 137 على : " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستتفاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية ".

³ - B. Lefebvre, La justice contractuelle : mythe ou réalité ? Les Cahiers de droit, vol. 37, n° 1, 1996, p. 20

والتي يُحدّد مضمونها سلفاً بقواعد أمرّة لا يجوز مخالفة أحكامها باعتبارها من النظام العام. كذلك الأمر بالنسبة للاتفاقات التي أفرزتها سيطرة أحد طرفي العقد بفعل قوته ونفوذه على اقتصاد السوق، كالعقود النموذجية أو بشكل عام عقود الإذعان. حيث تغيب فيها المرحلة السابقة للتعاقد، وهي مرحلة المفاوضات الحرة بين المتعاقدين، التي قد تنتهي بقبول العرض أو رفضه، ويظهر فيها أن الإرادة لا تملك إلا أن تقبل بضغط من الحاجة. وهي وإن تكن حرة في رفض التعاقد إلا أنها حرة مقيدة بعامل الضرورة وتقلص حالة الاختيار.

في هذه الأوضاع يُحدّد المضمون العقدي مسبقاً من قبل أحد الطرفين، حيث يمكنه ذلك من فرض شروطه التي لا تقبل المناقشة، ومع ذلك فقد توافر إجماع فقهي على إضفاء الوصف التعاقدية على هذه الصور من التعاقد¹.

لذلك فإنه من الخطأ إقامة الحرية التعاقدية على المسلّمة التي مفادها أن العقود هي عبارة عن اتفاقات تم التفاوض بشأنها في سبيل تحقيق المصالح المثلى للمتعاقدين.

بالإضافة إلى ذلك فإن الرضا السليم والمستنير ليس بمفرده كافياً لضمان عدالة حقيقية، لأننا عندما نوجد في وضع نكون مرغمين فيه على التعاقد، فإن القوة الملزمة للعقد لا يمكن بأي حال إسنادها لسلطان الإرادة.

إقترح الفقيه الفرنسي Ghestin نظرية تهدف إلى المقاربة بين الحرية التعاقدية والعدالة التعاقدية. بالنسبة إليه، العقد يجب أن يستجيب لشروطين أساسيين: يجب أن يكون نافعا وأن يكون عادلاً. ولتحقيق هذه المقاربة ينبغي مكافحة ما يسمى بسلطان الإرادة لأنه محض خيال. والاعتراف بأن القوة الملزمة للعقد نابعة بالأساس من القانون، الذي يهدف دائماً إلى إقامة أكبر قدر من العدالة بين الطرفين.

¹ - J. Ghestin, traité de droit civil, la formation de contrat, op. cit ,n° 241-242, p. 214.

يصبح إذن من المعقول أن نتصور أن العقد يمكن إخضاعه لبعض القيود بموجب القانون¹. كما يجب إخضاعه لقدر من التوازن في مضمونه على ضوء مبادئ العدالة التعاقدية والمنفعة العامة.

أولاً - النفع كأساس للقوة الملزمة للعقد

إن اعتبار العقد كوسيلة لتبادل الأموال والخدمات لا بد وأن يتجه لتحقيق فائدة معينة، بانعدامها يزول كل أثر ملزم للعقد. فالبائع لم يرتضي التنازل عن مبيعه إلا للحصول على فائدة معينة وهي قبض ثمنها نقداً. والمشتري لم يرتضي تسليم الثمن إلا لأنه يرغب في الحصول على المبيع والانتفاع به.

خارج هذا الإطار ينتفي كل مبرر لوجود العقد، ونكون أمام حالة من حالات انعدام السبب². في نفس السياق نلاحظ أن نظرية التعسف في استعمال الحق لم تُقرر إلا كميّار لمدى نفاذ العقد في حدود الفائدة المرجوة منه، وتمسك المتعاقد بطلب تنفيذ العقد بالرغم من انعدام أي منفعة له في ذلك، يعتبر تعسفاً يبرر للقاضي رفض طلبه³. مثال ذلك رد دعوى من يطالب بتنفيذ حق مرور نحو الطريق العام صار التعاقد عليه بين مالكي عقارين متجاورين، عندما تُشق طريق عام بمحاذاة عقار مدعي حق المرور. حيث أن طلب هذا الحق أصبح دون فائدة، وما الاصرار على الادعاء به بعد ذلك إلا تعسفاً لاستعمال الحق الناتج عن العقد، الأمر الذي يستوجب رفضه من قبل القضاء، وبالتالي يستجيب لطلب إلغاء العقد من قبل من ادّعى عليه به لانعدام الفائدة⁴.

¹ - B. Lefebvre, La justice contractuelle, op. cit, 37, n° 1, 1996, p. 21.

² - لمزيد من التفصيل أنظر السبب كأداة لتحقيق التوازن العقدي في الباب الموالي، لا سيما القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية : 1^{er} civ., juillet 1996 : Bull. civ. 1, n° 286 ; RTD com. 1997

³ - J. Ghestin, traité de droit civil, la formation de contrat, op. cit, n° 236, p. 211.

⁴ - مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1 "العقد" مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت سنة 2007، ص 128.

لذلك نجد أن المصلحة تعتبر شرطا أساسيا لقبول الدعوى في قانون الاجراءات المدنية والادارية، وهو تضمنته الفقرة الأولى من المادة 13 من هذا القانون بنصها " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"¹. وفي مجال العقود ترتبط المصلحة في الادعاء ارتباطا وثيقا بالفائدة من العقد، إذا انتفت هذه الاخيرة انتفت معها المصلحة في الادعاء ورُدت الدعوى².

هذا فيما يتعلق بالمنفعة الشخصية التي تعود على المتعاقدين. أما المنفعة العامة التي تعود على المجتمع كله، فهي أولى بالاهتمام حيث تعتبر أساس العقد ومصدر إجازته، ولا يعترف القانون الوضعي للعقد بالقوة الملزمة إلا في الاطار الذي يسمح من خلاله بتحقيق عمليات نافعة اجتماعيا، فالعقد يجب أن يكون نافعا، وهذه المنفعة يجب أن تفهم في إطار المصلحة العامة.

من المعلوم أن أهم الوظائف المنوطة بالعقد، هي الوظيفة الاجتماعية، هذه الأخيرة لا يمكن أن تتحقق إلا بتحقيق منفعة إجتماعية، حيث يعتبر العقد الأداة المثلى لتبادل الأموال والخدمات بين الأفراد. هذه الأداة من الضرورة بحيث لا يمكن الاستغناء عنها في حياة المجتمع. كما أنه من المسلّم به أن الانسان لا يعيش بمفرده منعزلا عن غيره، بل هو في حاجة دائمة وملحة إلى نشاطات أقرانه، وإلى آليات قانونية تنظم علاقاته الاقتصادية والاجتماعية معهم، وتضمن له العيش والاستقرار بينهم. في هذا الاطار تبدو المنفعة

¹ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 المتضمن لقانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

² - يثار تساؤلا فقهيًا حول ما إذا كانت المصلحة التافهة تبرر الادعاء؟ وكانت الاجابة تميل إلى رفض الدعوى، كما ذكره الاستاذ ادوارد عيد في ج 1 من موسوعة أصول المحاكمات المدنية ص 94 حيث قال: " وإن جاز مبدئيا قبول الدعوى التي تستند إلى مصلحة ذات قيمة تافهة، فإن هذه المصلحة لا يجوز أن تبرر الادعاء في الحالات التي يبرز بوضوح من ظروف القضية أن المدعي لا يبتغي منها سوى الكيد والتعسف وإيقاع الضرر بخصمه دون أن يجني من ذلك منفعة ذات شأن . ويعود للقضاء في كل حال، أن يقدر ظروف الادعاء أو طلب التنفيذ مستندا إلى نظرية التعسف في استعمال الحق وأن يقبل الطلب أو أن يرفضه تبعا لذلك"، أنظر مصطفى العوجي، مرجع سابق ص ص128.129.

الاجتماعية للعقد، وفي هذا الاطار أيضا يصادق القانون على العقد، ويعترف به، ويضفي عليه المشروعية، ويتدخل ليراقب كل تعسف يمكن أن ينتج عنه أو أن يتهدده¹.

إن الأمر لا يتعلّق بحظر للإرادة في المجال التعاقدية، ولكن إخضاعها لمقتضيات القانون. وعلى ذلك فإنه وفقا لهذه الرؤية المستحدثة، فإن الميزة الأساسية للعقد لا تزال قائمة. الذي يميز العقد هو طريقة إنشائه، والتي هي في جوهرها اتفاق الإرادات²، فالعقد يستمد خصوصيته من الكيفية التي أنشأ بها طرفاه العلاقة القانونية بينهما. بالنتيجة فإن المشرع يضطلع بتحديد الآثار القانونية للعقد. وفي هذا الاطار فإنه يفوض جزء من سلطاته للأطراف، ليتمكنوا بكل حرية من تنظيم تصرفاتهم وإنشاء الحقوق والالتزامات التي يرونها مناسبة. إن سلطان الإرادة بهذا المعنى لا يتوافق تماما مع الحرية التعاقدية، بمعنى أنه مقيد بمقتضيات العدالة.

في نفس السياق أصبح العقد يعتبر كأداة للتبادل في بعده الاقتصادي. فقد تبين - خاصة في عقود المدة - أنه لم يعد للعقد وظيفة اجتماعية فحسب، بل أصبح أيضا أداة اقتصادية، الأمر الذي يجعله يفلت من الأسوار التي رسمتها إرادة المتعاقدين، ذلك أن إضفاء الصبغة الاقتصادية على العقد يستتبع التركيز على العناصر المادية المتمثلة في تبادل الذم المالية، وبالتالي أصبح العقد لا يعتبر صحيحا إلا في الإطار الذي يحقق منفعة اقتصادية بالإضافة إلى المنفعة الاجتماعية³.

بالنسبة للقوانين القديمة، لم يكن للتبادل بين العناصر الموضوعية المشكلة لمضمون العقد أهمية كبرى، حيث كان الاهتمام منصبا على تبادل الرضا، هذا الأخير كان يعتبر المصدر الأساسي والوحيد لقيام العقد، بدونه يعتبر العقد كأن لم يكن، لكن بوجوده يعتبر صحيحا بغض النظر عن مضمونه. ولم يكن ينظر لمضمون العقد إلا من خلال استثناء

¹ - J. Ghestin, « La notion de contrat », *Daloz*, vol. 2, 1990, chron. 27, p. 147

² - J. Ghestin, « La notion de contrat », *op.cit.* 27, p. 147

³ - V. dans ce sens Cass., 1^{er} civ., juillet 1996 : Bull. civ. 1, n° 286 ; RTD com. 1997

وحيد وهو تقسيم العقود المسماة وغير المسماة إلى عقود تبرع وعقود معاوضة.¹ وفق هذا المنظور لم يكن للتوازن العقدي أي أهمية تذكر، إذ متى توافر التراضي لا يهم أكان العقد من الناحية الموضوعية متوازنا أم لا.

عندما نتساءل عن إمكانية، أو بالأحرى مدى ملائمة حماية المتعاقد الذي التزم بمحض إرادته، فإن الجواب عن ذلك يتعلق بالمفهوم المسند للعقد.

بحسب التصور الإرادي، العقد مرادف للاتفاق، فهو التعبير المستقل لإرادة طرفيه. لكي يكون صحيحا نافذا، يجب أن يُنضم تشريعيا حول عنصر واحد هو التراضي. يستتبع ذلك أن الحماية القضائية للمتعاقد من خلال فكرة التوازن العقدي، تتعارض تماما مع القوة الإلزامية لمضمون العقد، فالإتفاق يقوم مقام القانون بالنسبة لطرفيه.

لكن هذا التصور لم يكن الوحيد الذي ساد نظرية العقد، فقد صاحبه تصور آخر، فمن خلال نظرة إقتصادية بحتة، يُعرف العقد على أنه تبادل للقيم المتقابلة، وهو بهذا المعنى يحيلنا إلى فكرة الالتزام الإرادي المتبادل للمتعاقدين عند أرسطو Synallagma Volontaire الذي تُرجم عند الرومان بمصطلح Contractus حيث يعبر عن فكرة التناسب العادل والمتوازن بين البديلين.²

الواقع أن هذين التصورين للعقد - العقد كاتفاق إرادتين والعقد كتبادل منافع - لم يكونا دائما على طرفي النقيض، يمكن أن نشير هنا على سبيل المثال، أنه بالرغم من الصبغة الرضائية التي طبعت فكر الفقيه Grotius إلا أنه عرف العقد من خلال كتابه " قانون الحرب والسلام" بأنه " كل اتفاق تمنح من خلاله منفعة للغير" ويضيف بأن "

¹ - J. Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, Revue D'économie Industrielle, n° 92, 2' et 3e trimestres 2000.p 83, n°04

² - J-P. Chazal, Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants : les contrats de distribution et la détermination du prix, La Semaine Juridique Ed Générale n° 4, 27 Janv 1999, II 10018, p. 08.

القانون الطبيعي يرغب في أن تتحقق المساواة في كل العقود" وأن " المساواة تقتضي بأن لا نطلب أكثر مما هو عادل"¹

ثانيا - العدل كأساس للقوة الملزمة للعقد

لا يجب أن يقتصر العقد في كونه مفيدا فحسب، بل يجب أيضا لأن يكون ملزما، أن يكون العقد عادلا.

وفقا لتصور الفقيه الفرنسي Ghestin، فإن الذي يكمل العدالة هو مبدأ حسن النية²، حيث يعتبر هذا المبدأ³ بالاضافة إلى فكرة مستلزمات العقد، التي توجبها أحكام القانون المكملة والعرف والعدالة⁴، أداة فعالة، يمكن بالرجوع إليها، التخفيف من وطأة التطبيق الصارم لأحكام القوة الملزمة للعقد.

لكن يجب التذكير هنا، أن اللجوء إلى مبدأ حسن النية والعدالة المعتبرة كمعيار لتحديد مستلزمات العقد، لا تسمح للقاضي بالاعتداد بها إلاّ للتحديد الدقيق للالتزامات الناشئة عن العقد، أو تكميلها إذا اقتضى الأمر بالتزامات تبعية باستعمال الوظيفة التفسيرية المخولة له قانونا.

خارج هذا الإطار بقيت المحاكم وفيّة لمبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث أنه بالرغم من التوافق الفقهي على أحقية المشرع والقاضي في تأمين تطابق تام للعقد مع المصلحة العامة والنظام العام، على اعتبار أن المصلحة العامة والعدالة، يعلوان الحرية⁵، غير أنهم يتفقون أيضا على أن الإرادة وإن لم تعد مطلقة، إلاّ أنها تبقى القاعدة العامة وتستمر الحرية

¹ - op cit, p. 08.

² - J. Ghestin, La Formation du contrat, op. cit, p. 225, n° 251.

³ - الفقرة 1 من م 107 من ق م ج : يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية

⁴ - الفقرة 2 من م 107 من ق م ج : ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

⁵ - Flour. Aubert et Saveaux , n° 112 et 113

التعاقدية والقوة الالزامية للعقد في كونهما مبادئ أساسية، لا يجوز الخروج عنها إلا استثناء، مهما كانت في الواقع أهمية هذا الاستثناء.¹

لكن التساؤل المطروح يتعلق بماهية العدالة المقصودة في هذا المقام، فمصطلح "عدالة" له معان متعددة. قد يتلخص مفهومها في إطار ضيق على أنه كل ما هو متطابق مع القانون، وبهذا المعنى يمكن تفسير المادة 1134 من القانون الفرنسي التي لا تعترف بالقوة الملزمة للعقد إلا للعقود المبرمة على وجه شرعي أي التي تتفق مع أحكام القانون.² وفي نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين.

الملاحظ من خلال هذه النصوص أن القانون هو من أعطى للإرادة هذه المكانة، مما يمكننا من القول أن القانون هو مصدر القوة الملزمة للعقد وليس الإرادة كما يدعي أنصار النظرية التقليدية للعقد، فاتفاق الطرفين لا يتدخل إلا كعنصر إجرائي متعلق بإنشاء الأثر القانوني.³

مظهر آخر للعدالة يعتبر إحدى هذه المعاني، وهو العدالة التوزيعية التي تقضي بإعطاء كل فرد في المجتمع الجزء الذي يخصه.⁴ ينصب التركيز هنا على المساواة التي ينبغي أن تسود بين جميع الأشخاص، إلا أن الواقع مختلف تماما، فمن غير المتصور الاعتقاد أن اللامساواة قد تختفي تماما، مع ذلك يحاول المشرع تحقيق المساواة من خلال أفراد فئات مختلفة من الأشخاص بمعاملة قانونية خاصة بهم، فلو نظرنا لأحكام النظام العام الحمائي نجد أنها تساهم على هذا النحو في ضمان قدر من العدالة التوزيعية.⁵

¹ - J. Ghestin, La Formation du contrat, op. cit, p. 164, n° 185.

² - op. cit, p. 226, n° 252.

³ - J. Ghestin, Le Contrat en tant qu'échange économique, op. cit, n°10, p. 87.

⁴ - أنظر في تعريف العدالة التوزيعية، فكرة التوازن العقدي في الفلسفة اليونانية، في الفصل الأول من هذا الباب.

⁵ - J. Ghestin, traité de droit civil, la formation de contrat, op. cit, n° 252, p. 227.

لكن الفقيه Ghestin يحيلنا إلى مصطلح العدالة التبادلية أو التصحيحية، التي من خلالها فقط يمكن أن نفهم المعنى الحقيقي للعدل في الإطار التعاقدية. فبمقتضى العدالة التبادلية يحق لكل طرف في العقد أن يستلم عوضا مكافئا لما أعطى¹.

العدالة المعتبرة هنا ليست تلك التي نفترض وجودها - كما يرى أنصار المذهب الفردي - بمجرد رضا المتعاقد بالدخول في العقد، بل هي العدالة التي يُنظر إليها من خارج إطار العقد أي المقدرة من قبل المجتمع، والتي تفهم كمطلب اجتماعي يُترجم في شكل مجموعة من الاجراءات التي تستهدف مكافحة التفاوت الفاحش بين الالتزامات، ومكافحة الشروط المجحفة في حق أحد طرفي العقد².

إن الوظيفة الاساسية للعدالة التبادلية تظهر إذن في الاحتفاظ بالتوازن أو بإعادة التوازن بين الحقوق والالتزامات كلما تعرض للاختلال. يكرّس القانون هذه الوظيفة من خلال العديد من التطبيقات، تتمثل هذه التطبيقات بصفة خاصة في التخفيض القضائي للثمن المبالغ فيه في بعض العقود، وفي الجزاء على تخلف السبب في العقد، وفي النظرية القضائية لعيوب الرضا، وهذا ما يفسر اتجاه التشريعات الحديثة المختلفة نحو الأخذ بالعدالة التعاقدية على نحو كبير³، يستتبع ذلك أن العقد بالنظر لوظيفته الأساسية المتمثلة في تبادل الأموال والخدمات، هو كالتزامات عموما خاضع للعدالة التعاقدية بأن يستخدم لتحقيق التوازن بين أداءات الطرفين.

في نفس الاتجاه الذي تبناه الفقيه Ghestin يرى غالبية الفقه المعاصر، أن العقد لا يمكن أن يقوم مقام القانون، على اعتبار أن القانون هو من يُكسب العقد قوته الالزامية،

¹ - cité par B. Lefebvre, op cit, p. 22

² - J. Carbonnier, droit civil, Les Obligations, 7^{ème} éd, PUF 1972, n° 36, p p. 119 et 120.

³ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالارادة المنفردة - محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن " دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة" - دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص45.

ومن ثمّ فلا يمكن أن يكون في درجة القانون. وقد دافعت عن هذا الرأي المذاهب الاجتماعية والاشتراكية.¹

قريب من ذلك آراء الفقيه الألماني Kelsen الذي يعتقد أن استقلالية الإرادة لا يمكن أن تشرح بشكل كاف مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث يرى بأن أساس القوة الملزمة للعقد ليس إرادة طرفيه أو إرادة أحدهما، وإنما نظام أعلى سمح بإنشاء القواعد بأسلوب تعاقدية، فينبغي التمييز بين أمرين، أسلوب إنشاء العقد، وتظهر فيه الإرادة بشكل جلي. والنظام التعاقدية الناتج عنه، وفيه تظهر فكرة النظام القانوني الأعلى الذي يفرض إلزاميته. ليخلص إلى أن القانون الوضعي هو مصدر القوة الملزمة للعقد، إذ يضع قاعدة الإلزام وجزاءاتها، ولا يمكن للقضاء أن يأمر بإنفاذ عقد إذا لم يكن متوافقا مع الأحكام القانونية، فبقدر ما تسمح المبادئ القانونية العامة بإيجاد علاقات قانونية. بقدر ما تكون إلزامية.² يستتبع ذلك أن العقد في حدّ ذاته والذي كان ينظر إليه على أنه التعبير الأسمى والأوضح لإرادة الأفراد، ما هو إلا حلقة في السلم الهرمي، أو قاعدة كسائر القواعد التي يخضع لها الناس، فيكون إلزاميا طالما أن النظام القانوني يجعل منه مصدرا للحقوق.³

المبحث الثاني

مظاهر اختلال التوازن العقدي

لقد تم استخدام فكرة التوازن العقدي لشرح بعض المفاهيم مثل الغبن، والشرط التعسفي، حتى أصبحت فكرة التوازن عنصرا مكونا لهذين المفهومين من خلال نقيضها المتمثل في اختلال التوازن، وتعتبر نتيجة هذه الوظيفة التفسيرية لفكرة التوازن العقدي،

¹ - أنظر علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2010، ص 360.

² - H. Kelsen., La théorie juridique de la convention, APD 1940, p. 33 cité par. J. Ghestin, Traité de droit civil, op. cit, n° 188-190 pp. 168 et s.

³ - " La convention est obligatoire dans la mesure ou l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit; ou, en d'autres termes, dans la mesure ou une norme d'un degré supérieur (la loi ou norme coutumière) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur." op. cit, n° 188-190 p. 169.

عاملا مساعدا في رسم مجال تطبيق بعض القواعد وبعض الشروط، وتحديد الحالات المسموح فيها للقاضي بالتدخل في العقد.

الملاحظ أن الغبن المتمثل في التفاوت الكمي بين الأداءات (المطلب الأول)، والشروط المدرج من قبل المتعاقد الذي يوجد في مركز أقوى والذي يمنحه ميزة مفرطة، والمعبر عنه بالشروط التعسفي (المطلب الثاني)، ما هما إلا مظهران لاختلال التوازن العقدي.

المطلب الأول

إختلال التوازن بفعل التفاوت بين الأداءات

يُعد الغبن المظهر البارز للتفاوت بين الاداءات العقدية، وهو ما جعل الكثير من الفقه يطرحه كمبدأ عام يمكن الاعتماد عليه في البحث عن اختلال التوازن العقدي. بل لقد طرحته بعض التشريعات بهذا الشكل كما فعل المشرع الكندي، والمشرع الأمريكي والمشرع الألماني¹. في حين رأت تشريعات أخرى أن تحصره في حالات استثنائية عددها في عقود معينة كعقد البيع في العقار وعقد القسمة...²، وذلك وفاء منها لمبدأ سلطان الإرادة وتقييدا لحالات التدخل في الالتزامات العقدية، وهو ما فعله المشرع الفرنسي.

في حين ذهبت تشريعات أخرى كالمشرع المصري والمشرع الجزائري إلى الأخذ من الاتجاهين السابقين، فحصرت الغبن المجرد في حالات محددة، وجعلت منها استثناء على القاعدة العامة التي تحكم العقود وهي حرية التعاقد. غير أنها نظرت إلى الغبن

¹ - في كندا تم تبني مبدأ الغبن في القوانين الخاصة، كقانون 1964 الخاص بتعادل القيم في عقود القرض النقدي، ثم قانون حماية المستهلكين الصادر في 14 جويلية 1971 والذي يقتصر نطاق تطبيقه على عقود البيع بالتقسيط وعقود البيع في المنازل. ثم تلاه قانون عام 1976 الخاص بحماية المستهلكين والذي كان تطبيقه أوسع نطاقا ليشمل كل عقود الاستهلاك. أما في أمريكا فمعالم الفكرة تظهر في الفصل 2-302 من التقنين الموحد. لتفاصيل أكثر في الموضوع أنظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مرجع سابق، ص 290، 295.

² - رباحي أحمد، المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، عدد 03 سنة 2010، ص ص 20 - 25.

المقترن بالاستغلال كمبدأ عام يمس كل العقود ويشكل اختلالاً للتوازن العقدي، مما يستوجب تدخلاً لمعالجة هذا الاختلال وإعادة التوازن بين المتعاقدين تحقيقاً للعدالة.

وعلى ضوء هذا فالغبن يظل المظهر البارز والتطبيق الواضح لفكرة التفاوت بين الاداءات، ومن ثمة اختلال التوازن العقدي، سواء كان الغبن مجرداً أو مقترناً بالاستغلال، ولذلك سنركز في هذا المطلب على معالجة مفهوم الغبن وعناصره وأشكاله المختلفة والعقود التي تكون مجالاً له بالنسبة للتشريعات التي حددت هذه العقود كما فعل المشرع الجزائري (الفرع الأول) وبحث مدى إمكانية الموازنة بين العوضين في عقود التبرع والعقود الاحتمالية (الفرع الثاني)، مرجئين معالجة الاستغلال إلى موضع لاحق.

الفرع الأول

الغبن في العقود

نتناول في هذا الفرع بيان الحالات التي يعتد فيها بالغبن وفق ما أخذ به المشرع الجزائري. ثم شروط تحقق التفاوت بين الأداءات.

أولاً - حالات الغبن

يعرف الغبن على أنه اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة، نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل متعاقد وما يعطيه. وهو بذلك يعتبر المظهر المادي للاستغلال.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 91 من القانون المدني على أنه يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود، هذه التطبيقات واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة، ولا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها وهي :

أ - الغبن في بيع المؤلفات

أجازت المادة 42 من الأمر رقم 14/73 الصادر في 1973/04/03 المتضمن قانون المؤلف القديم، " للمؤلف إقامة دعوى للمطالبة بإعادة التوازن بين الأرباح الناتجة عن استغلال المؤلفات والأجر الممنوح له، وكان المشرع أكثر وضوحاً في المادة 66 من الأمر 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003¹ المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث أنه يحق للمؤلف حسب هذه المادة أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه، وإن لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياساً بالربح المكتسب، ويعد باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك، وعلى المؤلف أن يباشر دعوى الغبن الذي لحق به في أمد يسري مدة خمسة عشر سنة ابتداء من التنازل ولورثته مباشرة الدعوى في نفس المدة ابتداء من تاريخ الوفاة.

ب - الغبن في بيع العقار

وفقاً لما أقره المشرع الجزائري في م 358 ق م ج، فإنه إذا بيع عقار بغبن يزيد على 5/1 الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس 5/4 ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس 5/1 أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع، وتسقط دعوى تكملة الثمن بثلاث سنوات من يوم انعقاد العقد، وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز مع عدم جواز الطعن بالغبن في بيع تم بالمزاد العلني² وقد يفسر أن المشرع راع العقار بحماية خاصة في التنصيص على مقدار 5/1 الخمس كحد ينشأ به الغبن في بيعه بالمادة 358 من القانون المدني، غير أنه يُرد على ذلك بأن الغاية لم تكن حماية العقار بقدر ما هي حماية الطرف المغبون وهو البائع في

¹ - هذه المادة مطابقة تماماً لنص م 67 المتضمنة بالأمر رقم 97-10 مؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق لـ 6 مارس سنة 1997، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الملغى بمقتضى الأمر 03-05 المذكور.

² - المواد 358 ، 359 ، 360 من القانون المدني الجزائري.

البيوع العقارية، لما لهذا النوع من العقود من آثار مالية مرهقة، لأنه وفي المقابل إذا بيع عقار بثمن أعلى من ثمنه فإن الطرف المغبون سيكون المشتري، وليس لهذا الأخير الاحتكام للمادة 358 من القانون المدني، بل عليه رفع دعواه وفقا للقواعد العامة في المادة 90 بإثباته الطيش البين والهوى الجامح. ونحن نرى أن ذلك يعكس ازدواجية في التعامل من المشرع الجزائري، تبرير ذلك تأثره بما هو مقنن في التشريع الفرنسي القائم أساسا على الفكر الليبرالي، وأن العدالة العقدية تفرض حماية الطرف المغبون في بيع أو شراء العقار بذات النسبة للبائع والمشتري على حد سواء.

ج - الغبن في عقود المقايضة

تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه. وعليه فإن دعوى الغبن مقررة لفائدة كل من المقايضين باعتبار أن المقايضة تطبيق لأحكام البيع¹.

د - الغبن في عقود القسمة

في القسمة يخول المشرع الجزائري لكل من لحقه من القسمة الحاصلة بالتراضي غبنا يزيد على الخمس، إقامة دعوى الغبن، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة تطبيقا للمادة 732 فقرة 1 من القانون المدني، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه بحسب نص المادة 732 فقرة 2 أن يوقف سير الدعوى، إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته .

ه - القرض والإسعاف البحري

هناك تطبيقات أقرب إلى الاستغلال منها إلى الغبن، من بينها ما نص عليه المشرع في المادة 454 من القانون المدني الجزائري، في كون القرض بين الأفراد يكون دائما

¹ - المادة 415 من القانون المدني الجزائري

بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك، وذلك منعا من المشرع استغلال حاجة المعسرين. وما جاء أيضا في المادة 344 من القانون البحري، على أن كل اتفاقية خاصة بالإسعاف، تبرم عند وقوع الحادث، وتحت تأثير الخطر، يمكن إلغاؤها من طرف المحكمة، عندما تقرر المحكمة بأن الشروط المتفق عليها ليست عادلة نظرا للخدمة التي تم أدائها.

ثانيا - شروط تحقق التفاوت بين الأداءات

لا ينبغي الجزم أن عدم التعادل بين الأداءات يؤدي بالضرورة إلى حدوث اختلال في التوازن العقدي دائما، ومن غير المنطقي من الناحية العملية استلزام تعادل مطلق بين الالتزامات والحقوق، لما تقتضيه المعاملات من روح التسامح، ولأن فرض ذلك سيؤدي إلى فوضى في المعاملات، حيث لا يتصور أن يخلو عقد من الغبن بمعناه الواسع، وهي مشكلة ذات نواحي متعددة، اقتصادية واجتماعية وأخلاقية، واختلفت النظرة إليها باختلاف النزعة السائدة في كل عصر. الأمر الذي جعل نظرية الغبن المادية تتطور إلى نظرية الاستغلال النفسية¹، حيث إلى جانب عدم التعادل في التعاقد قام عنصر آخر وهو عنصر نفسي مبني على استغلال ضعف نفس المتعاقد.

بناء على هذا نلاحظ أن بعض القوانين الحديثة أخذت بنظرية عامة في الاستغلال، إلى جانب الاحتفاظ بنظرية الغبن في الحالات المحددة التي نصت عليها، وهو موقف المشرع الجزائري الذي تبنى نظرية الاستغلال بنص المادة 90 واحتفظ بالتطبيقات التقليدية للغبن. بالإضافة إلى ذلك هنالك حالات يمكن أن يقبل فيها أحد المتعاقدين بإرادته بأن تكون التزاماته أو حقوقه أقل من التزامات وحقوق الطرف الآخر، لأن العبرة في

¹ - عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق، ص 28 و ما يليها .

تقدير الشيء بقيمته الشخصية للمتعاقد، لا بقيمته المادية بذاته.¹ لذلك فإن للقول بوجود اختلال في التوازن العقدي اشترط الفقه أن يكون التفاوت مؤثراً وأن لا يكون جسيماً.

أ- أن يكون التفاوت مؤثراً

إن عدم حصول أحد المتعاقدين على المنفعة المالية التي ينتظرها من العقد، والكافية لتبرير التزاماته، يجعل العقد مشوباً باختلال في التوازن، يقتضي تدخل القاضي لتصحيحه في حال رفعت المظلمة أمامه.

وقد دأب الفقه الفرنسي على استعمال عبارة الاختلال المؤثر *le déséquilibre significatif*². وهي تبدو العبارة الأصح، لأنه لا يشترط أن يصل التفاوت إلى حد من الجسامه للقول بكونه مؤثراً، لأن الخلل الجسيم يؤدي إلى انعدام سبب الالتزام، وبالتالي إلى انعدام العقد بالكلية، كما وأن عبارة الخلل المؤثر مستعملة من قبل المشرع الفرنسي، وفي قانون الاتحاد الأوروبي أيضاً، لا سيما في التشريع الخاص بحماية المستهلك من البنود التعسفية، مع الإشارة إلى استناد الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى هذه العبارة في قراراته³.

وفي ذات السياق نجد أن المشرع العراقي عبّر عن عدم التعادل بين العوضين وهو بصدد معالجته للغبن بـ "الغبن الفاحش" في م125 من القانون المدني⁴، ونفس الوصف استخدمه في م121 من هذا القانون المتعلقة بالتغريب مع الغبن، وعلى الرغم من كون المشرع العراقي لم يبيّن المقصود بـ "الغبن الفاحش" ولم يحدده بمقدار معيّن في هذه المادة ولا في تلك، إلا أن الفقرة 2 من م 1077 من القانون المذكور قد نصت على أنه

1 - ريماء فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2011، ص 224.

2 - أشارت إلى ذلك ريماء فرج مكي، مرجع سابق، ص 224.

3 - أنظر في ذلك المرجع السابق، ص 227 و ما يليها .

4 - القانون المدني العراقي الصادر بمقتضى قانون رقم 40 سنة 1951

"ويعتبر الغبن فاحشا، متى كان على قدر ربع العشر في الدراهم ونصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار".¹

ب - أن يكون لا يكون التفاوت جسيما

إن الاختلال في التوازن يقتضي أيضا أن لا يكون جسيما، فإقامة التوازن تهدف إلى إنقاذ العقد في الحالة التي يكون فيها إنقاذه ممكنا، لذلك إذا كان الاختلال جسيما وعلى أهمية كبيرة فلا مجال لموازنة العقد، بل يقتضي في الحالة المذكورة إبطاله أو إلغاؤه، فإذا أصيب العقد بخلل أثناء إبرامه، يتم التساؤل عن صحة الرضى أو حتى عن عدم توفر رضا إحدى المتعاقدين ما يؤدي إلى بطلان أو انعدام العقد وليس إلى إقامة التوازن فيه، وعليه يشترط أن يكون الاختلال في توازن العقد، اختلالا عارضا يقلل من حقوق المدين ولا يعدمها كلياً.²

وينبغي التنويه إلى أنه إذا كان لهذا الشرط ما يبرره في التشريع الخاص بحماية المستهلك، أو أمام نظرية الظروف الطارئة، فإن اشتراط أن يكون الغبن لم يبلغ من الجسامه مما يحول معه إمكانية تصحيح العقد، يدفعنا للبحث عن الغبن الجسيم والغبن اليسير، وهو بحث أرى أنه بدون جدوى من الناحية القانونية،³ ذلك أن المشرع الجزائري

1 - عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق، ص 28 و ما يليها.

2- ترى الدكتورة ريماء فرج مكي أنه إذا كان الخلل في التوازن ينتقص فقط من استعمال المبيع ولا يعدم هذا الاستعمال كلياً، يُعمل بتصحيح العقد بألية التخفيض، في هذه الحالة كي يتم تصحيح العقد يجب أن يكون تخفيض الثمن ممكناً ولا بد أن يكون تنفيذ العقد مشوباً بعيب يؤدي إلى خلل في التوازن بين الثمن المنفق عليه أساساً في العقد والخدمة التي نفذت فعلياً، وإلا لا يجوز للمشتري أن يطلب التصحيح ولكن إلى جانب ذلك إن التخفيض يتطلب أن لا يكون الخلل في التوازن جسيماً وعلى أهمية كبيرة بشكل يجعل من المبيع غير صالح لما أعد له، أنظر في ذلك ريماء فرج مكي، مرجع سابق. ص 227 وما يليها .

3- إلا أن مجال التمييز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير في الفقه الإسلامي، مؤثر على صحة التعاملات العقدية، فالغبن اليسير هو الذي لا يمكن تجنبه في المعاملات ويتسامح فيه الناس عادة، وإلا تعطلت المكاسب ولم يرتزق الناس بعضهم ببعض فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال (إن الله يحب الرجل سهل البيع سهل الشراء). وأجمع الفقهاء المسلمون على أن الغبن اليسير لا يؤثر في صحة العقد ولا يعطي للمغبون حقاً إلا إذا كان العاقد المغبون مديناً حجر

اعتمد في تحديد مقدار الغبن على معيار مادي ثابت، ومن ثم فلا يستساغ للقاضي البحث في جسامته وفحش الغبن من عدمه، في التأثير على العقد والقابلية في الانتفاع من المبيع من عدمه، إعمالاً لقاعدة أن لا اجتهاد مع وجود نص.

وقد اختلفت التشريعات في تقدير الغبن وتحديد مدى جسامته، إذ قدره القانون الروماني بما يتجاوز النصف واشترط القانون الألماني¹ أن يكون عدم التعادل فادحاً دون تحديد له.

وأوجب قانون الالتزامات السويسري أن يكون واضحاً، واشترط القانون اللبناني أن يكون الغبن فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة. أما القانون المصري فقد تطلب ألا يكون هناك تعادل البتة مقتنياً في ذلك أثر المشرع الفرنسي والإيطالي، وكل هذه الألفاظ تدل على معنى واحد، وهو أن يكون عدم التعادل بين الاداءات العقدية غير عادي بشكل يثير الانتباه، أما إذا كان مألوفاً ويحتمل وجوده في كل المعاملات فلا عبرة به، ولا مجال للطعن في العقد بسببه².

عليه بسبب دينه المستغرق لماله أو مدينا بدين مستغرق وصدر منه العقد في مرض الموت. أما الغبن الفاحش فقد اختلف الفقهاء في تحديد مقداره وهناك معياران لتحديده :

فالمعيار الأول هو مادي ينظر إلى قيمة الشيء ويحدد نسبة معينه بين هذه القيمة وبين الثمن الذي دفعه المتعاقد ويتحقق الغبن إذا زاد الثمن على الحد المذكور أو نقص عنه وبهذا المعيار أخذت مجلة الأحكام العدليه فنصت المادة (165) منها على أن (الغبن الفاحش على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة). وذهب اتجاه إلى التفاوت بالثلث لا يوجب خياراً وإذا كان أكثر من الثلث ثبت الخيار.

أما المعيار الثاني فيعرف الغبن الفاحش بأنه مالا يدخل تحت تقويم المقومين، وما دخل في تقويمهم فهو يسير لا فاحش وبذلك يجري تقدير الغبن الفاحش بموجب هذا المعيار استناداً إلى العرف والعادات ويذكر انه لا يلجأ إلى التمييز بين الغبن الفاحش واليسير إلا إذا كانت أسعار المعقود عليه غير معروفة في السوق، فإذا كان السعر معروفاً كما هو الحال بالنسبة للسلع المتداولة، فإن أية مخالفة لهذا السعر تعتبر غبناً بغض النظر عما إذا كان الغبن يسيراً أم فاحشاً زيادة أو نقصاناً، أنظر في ذلك عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق، ص 29، 31.

¹ - القانون المدني الألماني أو ما يسمى بـ BGB الصادر بتاريخ 18/08/1896.

² - محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 92

وبرى الأءءور مءء عبء الرءمان مءموء أن المشرء المصرى اكءفى فى ببا ن ءسامة العبن بقوله أن: (التزاماء أءء المءعاقءىن لا ءءعائل البءة مع ما ءصل عله هءا المءعاقء من فائءة بموءب العءء أو مع التزاماء المءعاقء الأءر)، وعلى ذلك فإن هءه العبارة لا ءفىء كءىرا فى معرفة الءءوء الفاصلة ببىن عءم ءءعائل العاءى وعءم ءءعائل ءسبم، ولذلك كان لا بء من البءء عن معبار مءءء فى هءا الشأن ىءء رءما معبنا وىطبء فى ءمع الءالاء. وأن بقاء الأمر ءمن سلطة القاضى فى ءءبىر العبن أو مءءار عءم ءءعائل ببىن الاءزاماء بىءء عنء اءءلاف فى الأحكام وما ءء بءءبر عبنا فى ءالة من الءالاء، ءء لا بءءبر كذلك فى عبها¹.

الفءر ءانى

التوازن ببىن العوضبىن فى عءوء ءببرع والعءوء الاحءمالية

إءا كان ءفاوء ببىن الأءاءاء هو المظهر البارز لاءءلال ءوازن العءى فان الإءكال المءروء هو العءوء ءى ءكون مءالا لهءا ءفاوء المءءء به من أءل ءءءل لإعاءة ءوازن العءى، وهو ما نءعرض البه من ءلال البءء فى عءوء ءببرع، ءم العءوء الاحءمالية.

أولا - ءفاوء فى الأءاءاء فى عءوء ءببرع

ءء عءوء ءببرع ءلك العءوء ءى لا بآءء فىها المءعاقء مءابلا لما أعطى، ولا بءبى مءابلا لما أءء، وعلى ءلاف المشرء ءزائرى² ءصءى المشرء العراقى لمسألة ءفاوء

1 - نفس المءرء. ص 93 .

2- اءقق المشرء المصرى واللبنانى مع ما ءهب البه المشرء ءزائرى فى عءم وءوء النص بشأن الاسءءلال فى عءوء ءببرع إء لم بربء فى نص م(129) من م م م ما بءل على سربان نظرىة الاسءءلال على عءوء ءببرع، إلا أن ءمهور الفقهاء برون أنه إءا ءاز أن بءءقق الاسءءلال فىما بءئل فىه ءعائل، بكون أكثر ءءققا فىما لا معاوضة فىه وعلى الرءم من أن الفقه القانونى اللبنانى انءسم ببىن قائل أن الاسءءلال بءمئل ءببرعاء إءافاة إلى المعاوضاء، وقفا لما بءضى به منطء الفءرة، إء هو أشء وطأة فى ءببرعاء منه فى المعاوضاء، فى ءبىن بعارض فقهاء آءرون ذلك،

في الأداءات في عقد التبرع في الفقرة الأخيرة من المادة 125 من القانون المدني العراقي، إذ جاء فيها: "إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقدته غبن فاحش جاز له خلال سنة من وقت العقد إن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول. فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة أن ينقضه"¹.

وعلى ذات التوجه ذهب المشرع السوداني بنصه في الفقرة الثانية من المادة 115 من القانون المدني السوداني على أنه: "إذا كان التصرف تبرعا، وكانت التزامات المتصرف لا تتناسب البتة مع مقدار ثروته أو مع ما يؤلف المتبرع به في مثل ظروفه، جاز للمحكمة بناء على طلب المتصرف أن تبطل التصرف كلياً أو جزئياً.."².

ويرى الدكتور عبد المجيد الحكيم بأنه فيما يتعلق بالتبرعات فلا يمكن القول فيه بوجود الغبن لعدم وجود عوضين، إذ أن أحد الطرفين يأخذ ولا يعطي، والآخر يعطي ولا يأخذ، فما دامت نية التبرع قد توافرت عند المتبرع، فلا يمكن أن يكون الكلام عندئذ عن الغبن³.

وجدير بالذكر أن بعض المحاولات الفقهية والقضائية قامت من أجل حماية الطرف المغبون في عقود التبرع تارة من خلال نظرية التأثير غير المشروع⁴ وأخرى من خلال نظرية الاستهواء في التبرعات.¹

ويرون أن الاستغلال في قانون الموجبات والعقود اللبناني يقتصر على المعاوضات دون التبرعات، انظر في ذلك عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق، ص 45.

¹ - هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص 268. أنظر أيضا عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق ص 41.

² - قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 الصادر في 14/02/1984.

³ - ذكره عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق ص 41 وما يليها. أنظر أيضا هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص 271.

⁴ - وفي انكلترا استطاعت محاكم العدالة (courts of equity) تكوين نظرية التأثير غير المشروع undue influence التي تقر قابلية العقد للأبطال، إذا استغل الشخص ثقة الآخر به ونفوذه الأدبي، كعلاقة الأب بالابن

أما المشرع الجزائري فنص في المادة 90 بما يوحي انصراف الاستغلال إلى عقود المعاوضة دون التبرع، غير أنه وبالعودة لنص الفقرة الأخيرة من المادة 90 والتي تنص على: "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا ما عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"، يستخلص من صياغة المادة أن إمكانية توقي دعوى الإبطال جائز في عقود المعاوضة بنص صريح، وبمفهوم المخالفة لا يمكن للطرف الغابن توقي هذه الدعوى في غير عقود المعاوضة بما في ذلك عقود التبرع، فيفهم أن المغبون في عقود التبرع له رفع دعوى الإبطال دون أن يكون للغابن الحق في توقي هذه الدعوى، على اعتبار أن توقي دعوى الإبطال حكر على عقود المعاوضة فحسب.

وعليه نرى بضرورة تعديل المادة 90 بوضع حكم خاص بالاستغلال في عقود التبرع يمثل ما ذهب إليه الدكتور توفيق حسن فرج في لزوم أن تصاغ المادة 129 من القانون المدني المصري، بوضع حكم خاص للاستغلال في التبرعات، بحيث ينظر في تقدير الغبن إلى عناصر خارجة عن العقد، مثل ثروة الشخص أو مقدار ما يتبرع به الشخص العادي في مثل الظروف التي تم فيها التبرع²، بل وأن لا يقتصر الأمر في نظر

والمحامي بالعميل ورجل الدين بالمتدين، أي كلما وجدت علاقة ثقة بين الأفراد (fiduciary relation) واستغل أحد ثقة الآخر به أو نفوذه الأدبي عليه لإبرام العقد فإن هذا العقد يكون قابلا للإبطال، وينبغي على المغبون أن يطلب إبطال عقد التبرع خلال مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع عليه، أنظر في ذلك عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق، ص 45 .

¹ - يرى الدكتور عصمت عبد الحميد بكر أن نظرية الاستغلال قد أقرت في الأصل لمواجهة حالة الاستغلال في أعمال التبرع، كما يبدوا ذلك من الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، كما أن نظرية التسلط والاستهواء كانت قاصرة عن توفير الحماية اللازمة للمتبرع. ومادام المشرع المصري قد نص على نظرية الاستغلال وهو نص عام، فليس هناك ضرر لوجود نظريتين، الاستغلال في المعاوضات والاستهواء في التبرعات عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق ص44.

² - وقد أشار الدكتور توفيق حسن فرج في رأيه إلى هذه الأعمال التحضيرية من جهة، وإلى الفقرة الثالثة من المادة 129 التي تقضي بأنه في عقود المعاوضات يجوز للطرف الآخر أن يتوقى طلب إبطال العقد إذا قدم ما يراه القاضي مناسباً لرفع الغبن من جهة أخرى، يذهب معظم الفقه المصري إلى أن عقود التبرع تدخل في نطاق نظرية الاستغلال التي نصت عليها تلك المادة. ذلك أن حذف النص الذي يقضي صراحة بمد حكم الاستغلال إلى هذه العقود لا يعني، كما

هؤلاء، على عقود التبرع، بل يتجاوزها إلى التصرفات القانونية من جانب واحد كالوصية، وما يأخذ حكمها، كتصرفات في مرض الموت على نحو ما نظمها المشرع الجزائري في المادة 776 من القانون المدني الجزائري.

ويبرر الدكتور توفيق حسن فرج ذلك بأن القضاء المصري طبق نظرية التسلط والاستهواء قبل صدور التقنين الجديد لإبطال التصرفات التي تتم بلا عوض، في حين ردها القضاء الفرنسي إلى القواعد العامة في عيوب الرضاء، وخصوصا التدليس، فكل تبرع ناتج على أثر حيل تدليسية متميزة، لا يمكن القول فيه بوجود الاستهواء أو التسلط ولا مجال لابطاله بسبب ذلك.

ويذكر في هذا السياق حكما لمحكمة الاستئناف المختلطة المصرية يؤدي هذا المعنى، حيث قضى بأن الاستهواء والتسلط اللذين يقع الموصى تحت تأثيرهما لا يخولان الحق في طلب الإبطال الكلي أو الجزئي للتصرف الصادر في مرض الموت، إلا إذا اصطبغا بصبغة التدليس، أي إذا كانت هناك حيل وخداع، وأن يتبين من الظروف أن الموصى ما كان يقدم على الإيضاء لو علم حقيقة الحال، كما قضت نفس المحكمة أيضا بأن الشخوخة في ذاتها لا تعتبر سببا للإبطال إذا لم يكن هناك عيب في الرضاء¹.

والحقيقة أنه إذا ثبت وجود الحيل، فلا حاجة بنا إلى الاستغلال لتأسيس بطلان العقد على أساسه، وأما إذا لم تثبت تلك الحيل، وهذا هو الفرض يهمننا فما هو السبيل لحماية

ورد في الأعمال التحضيرية، عدم تطبيق هذا الحكم عليها، بل لأنه من قبيل (التزديد)، أي أنه يقرر أمرا بديها، ومن ثم فلا حاجة له. كما يفهم أيضا من م 129 بوضعها الحالي أن التنظيم الخاص بعقود المعاوضات، وهو توقي دعوى الإبطال بتكملة البديل والوارد في فق 3، لا يطبق في الحالات العكسية أي في عقود التبرع، فهي تفيد ضمنا أن الاستغلال قد يقع في التبرعات كما يقع في المعاوضات، أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق. ص 101، 103.

¹ - أشار إليه محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 105.

الواهب وما هو الاساس القانوني لإبطال العقد إذا كان هذا هو الطريق الوحيد لتلك الحماية؟

يجيب الدكتور محمود عبد الرحمن محمد بقوله : إنه لا يوجد من سبيل هنا سوى الاستغلال كما نظمتها المادة 129 مدنى مصري بوضعها الحالي، وينبغي أن نتجاوز حينئذ ذلك المفهوم الضيق للغبن - إذا أمكن القول - والذي يعني اختلال التعادل بين الأداءات العقدية، ونأخذ بمفهوم أوسع، بحيث يسمح بأن تدرج فيه انعدام التعادل كلية. ألا يعتبر فقدان المال بلا مقابل، ولمجرد ظروف عارضة، ضررا يفوق في فداحته فقدان هذا المال بمقابل زهيدا؟

يختتم الدكتور محمود عبد الرحمن محمد رأيه بأن ذلك لا يمنعنا من المطالبة بتعديل المادة 129 مدنى مصري والنص صراحة على أن حكمها يشمل التبرعات،¹ وعلى ذلك نرى أيضا بوجوب تعديل المادة 90 من القانون المدني الجزائري منعا لأي خلاف في هذا الشأن مستقبلا.

ثانيا - التفاوت في الأداءات في العقود الاحتمالية

اختلف الفقه في مسألة التفاوت في العقود الاحتمالية ومدى اعتمادها كمجال لاختلال التوازن العقدي ولهم في ذلك مبررات قانونية، ربما تكون الموجه للمشرع في معالجة هذا النوع من العقود.

أ - مبررات الاختلاف الفقهي في مسألة التفاوت في العقود الاحتمالية

العقود الاحتمالية هي التي لا يستطيع أي من المتعاقدين أن يحدد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى وقت أبرام العقد، بل يتوقف ذلك على حدوث أمر مستقبلي غير محقق الوقوع أو غير معروف وقت حدوثه، كما هو الحال في عقد التأمين والمقامرة والرهان.

¹ - محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 106 وما يليها.

وتتطوي العقود الاحتمالية على احتمال الكسب والخسارة، ويتوجب توفر نوع من التعادل المعقول بين الاحتمالين، فإذا كان يرجح احتمال خسارة أحد المتعاقدين أكثر من احتمال كسب المتعاقد الآخر، كان الاختلال فادحاً بين الاحتمالين¹.

ويرى الدكتور عصمت عبد الحميد بكر أنه لا ينبغي الوقوف عند مجرد المظهر الاحتمالي للعقد، بل يتعين على القاضي بحث حقيقة العقد وإعطائه الوصف السليم، وسلطة القاضي في ذلك مطلقة، فإذا وجد أن العقد ليس له من الاحتمال إلا المظهر وأن التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مع التزامات المتعاقد الآخر، فلا مجال للتردد في تطبيق أحكام نظرية الاستغلال إذا توفرت شروطها².

وقد انقسم الفقه بين اتجاه يرى أن الأساس الذي تقوم عليه العقود الاحتمالية هو الغبن الاحتمالي الذي يتحملة أحد المتعاقدين. واتجاه مقابل يرى إمكانية وقوع الاستغلال في العقود الاحتمالية إذا نشأ عنها غبن فاحش.

وفي الفقه المصري يذهب اتجاه إلى إمكانية وقوع الغبن في العقود الاحتمالية، إذا اختل التعادل بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة وقت انعقاد العقد³، وفي المقابل، يذهب معظم الفقه إلى إمكانية تطبيق نظرية الاستغلال على العقود الاحتمالية، لكونها من عقود المعاوضة، التي يسعى كل طرف فيها إلى تحقيق فائدة من وراء تعاقد، على أن يكون هناك تعادل معقول بين احتمال الكسب من جهة، واحتمال الخسارة من جهة أخرى، فإذا لم يوجد مثل هذا التعادل تحقق العنصر المادي للاستغلال⁴.

¹ - عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق، ص 47.

² - هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص 258.

³ - عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق، ص 50 وما يليها.

⁴ - مثال ذلك كما في عقد بيع عقار كبير القيمة في مقابل إبراد مرتب مدى الحياة لشيخ هرم مريض لا يرجى منه أن يعيش إلا مدة وجيزة، وكما في عقد التأمين على منزل من الحريق اشترط فيه دفع أقساط سنوية عالية، في حين أن

وفي مقابل ذلك ذهب بعض الفقه إلى استبعاد العقود الاحتمالية من نطاق نظرية الاستغلال، بحجة أن طبيعة هذه العقود تتعارض بذاتها مع قبول الغبن المكون للركن المادي في هذه النظرية. فالمقابل فيها لا يعدو أن يكون مجرد احتمال الربح أو الخسارة، والمقارنة لا يمكن أن تجري إلا بين أداءات محددة ومتقابلة¹.

ب - المعالجة القانونية لمسألة التفاوت في العقود الاحتمالية

ما يلاحظ أنه في القوانين التي تأخذ بالنظام المادي للغبن دون نظرية الاستغلال، يكاد إجماع الفقهاء ينعقد على استثناء العقود الاحتمالية من الخضوع لدعوى الإبطال بسبب الغبن، كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي² والقانون المدني المصري القديم. ووفق منطق الاستبعاد القانوني للغبن من مجال العقود نص المشرع الإيطالي في الفقرة الرابعة من المادة 1448 من القانون المدني الإيطالي الجديد الصادر سنة 1942، على أن العقود الاحتمالية لا يمكن إبطالها بسبب الغبن³.

غير أن القانون الألماني أخضع كل عقود المعاوضة، سواء كانت محددة أو احتمالية للقاعدة العامة الواردة في م 2/138 من القانون المدني، والتي تقضى ببطلان التصرف القانوني للاستغلال، وطبق القضاء الألماني هذه القاعدة صراحة على العقود الاحتمالية.

المنزل بعيد كل البعد عن التعريض لخطر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا تلبية لطلب دائن ارتهن المنزل، أنظر في ذلك محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 99.

1 - المرجع السابق، ص 99.

2 - يبطل القضاء الفرنسي بسبب الغبن، حالة النزول عن حقوق الإرث إذا لم يكن الاتفاق احتيالياً إلا في الظاهر فقط، إذا كان المتنازل إليه لا يتحمل أية مخاطرة، كما لو وقع النزول عن عقارات سميت ووصفت بطريقة صريحة وواضحة في العقد، أنظر في ذلك هائل حزام ميهوب العامري مرجع سابق، ص 258، وأنظر أيضاً عصمت عبد الحميد بكر، مرجع سابق، ص 49.

3 - محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 98.

وفي قانون الالتزامات السويسري¹ تخضع العقود الاحتمالية للنصوص المتعلقة بإنشاء الالتزامات، من بين هذه النصوص نص المادة 21 الذي يعالج نظرية الاستغلال ونص المادة 526 من هذا القانون، قد عالج صراحة الإبطال بسبب الغبن في حالة عقد الصيانة لمدى الحياة، إذا كانت قيمة الاداءات المتفقة عليها تتفاوت بشكل محسوس، ولم يستطع من عادت عليه فائدة أكبر من الطرفين إثبات قيام نية التبرع لدى الطرف الآخر. وأما القانون اللبناني² فقد قضى صراحة بخضوع العقود الاحتمالية لأحكام الاستغلال، حيث ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 214 منه، والتي وضع فيها نظرية الاستغلال، أن العقود الاحتمالية ذاتها قابلة للإبطال بسبب الغبن³.

أما المشرع الجزائري وتطبيقا للقواعد العامة الواردة في المادة 90 من القانون المدني، فلا يوجد معها ما يمنع القاضي من إعمال أحكام الإستغلال على العقود الإحتمالية، لعدم ورود النهي القانوني الصريح على ذلك، وطالما أن احتمال المكسب أو الخسارة بالنسبة لكل من الطرفين في هذه العقود، يمكن أن يخضع للحساب، وبالتالي يتسنى وقت التعاقد تحديد مقدار احتمال الربح أو الخسارة لأي منهما، فماذا يمنع من تطبيق المادة 90 في هذا الصدد؟

ولعل تبرير ذلك بمثل ما برّره الدكتور محمود عبد الرحمان محمد في صلاحية تطبيق المادة 129 من القانون المدني المصري على العقود الاحتمالية في قوله : (إن التبادل بدلا من أن يتم بين أداءات محددة معروفة، كما في عقود المعاوضة المحددة، يقع بين احتمالات مقدرة ومعروفة لربح أو خسارة، وأن عقد بيع عقار كبير القيمة، في مقابل إيراد مرتب مدى الحياة لشيخ هرم مريض، لا يرجى منه أن يعيش إلا مدة وجيزة،

¹ - قانون الالتزامات السويسري الصادر بتاريخ 1907/12/10.

² - قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/03/09.

³ - هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص 256.

يوضح الاختلال الفاحش بين احتمالات الربح والخسارة، ومدى الحاجة إلى تطبيق نظرية الاستغلال في مثل هذه العقود ولولاها لفقد هذا الشيخ ومن ثم ورثته عقار بثمن بخس)¹.
والخلاصة ان نظرية الغبن قائمة على معيار موضوعي، ينظر إلى التفاوت المادي في العقود التي حددتها التشريعات التي أخذت به دون الالتفات الى المعيار الشخصي، وهو ما طبقه القضاء الفرنسي واكد عليه " لابطال عقد البيع للغبن طبقا للمواد 1674 - 1685 يجب توافر الاختلال المادي في الالتزامات المتقابلة، وأما البحث في الرضاء وإثبات تعييبه فهو أمر أجنبي خارج عن مفهوم الغبن في هذا الصدد"².
وكذلك فعل القضاء الجزائري؛ ففضت المحكمة العليا في قرار لها حين أوجبت التفرقة بين دعوى الغبن ودعوى الاستغلال، حيث تقوم الأولى "على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش، بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن، لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والثمن ..."³، وبالتالي فلا اعتبار بالمعيار الشخصي إلا إذا انتقلنا إلى نظرية الاستغلال أو كما يسميها بعض الفقه النظرية الشخصية للغبن⁴، والتي ينظر إليها على أنها محاولة لتوسيع نظرية الغبن وجعلها قاعدة عامة لكل العقود.

المطلب الثاني

اختلال التوازن لوجود شرط تعسفي

تعتبر الشروط التعسفية من أهم الظواهر التي ميّزت قانون العقود في النصف الثاني من القرن الماضي، حيث طغت بشكل لافت للإنتباه على الجانب التطبيقي للعقد، ولم

¹ - محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق. ص ص 99، 101.

² - Cass.3^e Civ., 06 déc. 1972, Bull. civ III, n° 688, p. 493. Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile, par Capitant H., Terré F. et Lequette Y, op. cit, no 247. P. 473.

³ - المحكمة العليا ملف رقم 249694 قرار بتاريخ 20 / 06 / 2001، المجلة القضائية العدد الاول 2002.

⁴ - أنظر مثلاً هائل حزام ميهوب العامري، مرجع سابق، ص 177 وما بعدها.

تقتصر أهميتها على الصعيد العملي فحسب، بل أنها أثرت بشكل جذري في المفهوم العام لنظرية العقد، وغيّرت في العمق الأسس الفكرية والفلسفية التي قامت عليها.

إن القوة الملزمة للعقد لم تعد مؤسّسة فقط - كما رأينا سابقا - على إرادة الاطراف. الأمر الذي فتح الباب واسعا أمام الشروط التعسفية لتصبح عنصرا أساسيا مكوّنا لنظرية العقد بمظهرها الحديث، في حين لم يكن لهذا المفهوم أي اعتبار عندما كان العقد وما يترتب عنه من آثار، حبيس إرادة عاقيه. ولم يكن الشرط الذي ارتضاه الطرفين، يوصف بالتعسفي طالما كان لا يخالف النظام العام وحسن الآداب.

للإحاطة بمفهوم الشرط التعسفي، ينبغي التطرق إلى فكرة التعسف التي تشكل جوهر الشرط التعسفي، لاسيما بعد الانتشار الواسع لهذا النوع من الشروط، حيث أعاد هذا الانتشار الجدل الفقهي القديم حول مفهوم التعسف وطبيعته القانونية ومعيار تحديده.

لذا سوف نقتصر في هذا المقام فقط على ما يساعدنا في فهم الشرط التعسفي من جهة، ومن جهة أخرى البحث في ما إذا كان المتعاقد المنفرد بوضع الشرط التعسفي يعمل في نطاق حقه، وكل ما في الأمر أنه مسيئا لاستعمال هذا الحق، أم أنه يعمل خارج مجال حقه ومتجاوزا لحدوده.

وعليه ستكون معالجتنا للشروط التعسفية كمظهر لاختلال التوازن العقدي من خلال تحديد مفهوم التعسف (الفرع الأول)، ثم محاولة تعريف الشرط التعسفي بالاعتماد على فكرة اختلال التوازن، وكيف استعملت هذه الفكرة كمعيار لتحديد الشرط التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التعسف

نتناول مفهوم التعسف بداية بتعريفه، ثم محاولة تحديد طبيعته وأساسه القانوني، من خلال ايراد مختلف آراء الفقهاء في ذلك.

أولا - تعريف التعسف

التعسف لغة "ABUS" هو الاستخدام السيئ¹. أما في الاصطلاح القانوني فهو " الاستخدام الفاحش لحق أو سلطة أو وظيفة من جانب صاحبها"²، في حين عرفه البعض " بأن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق مشروع ثبت له - بعوض أو بغير عوض - على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية"³.

وبالرغم من كون نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة، حيث عرفت في القانون الروماني وتطورت بتطور الانظمة القانونية، إلا أنها عرفت ظهوراً جديداً، إقترن بانتشار الشروط التعسفية واضمحلال مفهوم المذهب الفردي لفكرة الحق. فقد كانت الأفكار التقليدية التي انتشرت في أعقاب الثورة الفرنسية تقضي أن لصاحب الحق مطلق الحرية في استعمال حقه، وبالتالي لا يُسأل عن أي ضرر يلحق بالغير من جراء استعماله، على اعتبار أن الشخص الذي يمارس السلطات التي يخولها له القانون لا يمكن أن ينسب له أي خطأ.

¹ -Petit.Robert, Dictionnaire de la langue Francaise , v."ABUS".éd.1990

² -Usage excessif d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction par son titulaire ... voir le petit Larousse 2008 dictionnaire multimédia (CD-Rom),paris, Vo abus.

ذكره تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة الدراسات العليا، العدد العشرون، القاهرة ، جانفي 2009،ص 291

³ - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت 1977،ص46

على النقيض من هذا التصور اعتبرت المذاهب الاجتماعية أن كل استعمال للحق على نحو يتنافى مع الهدف الاجتماعي الذي نشأ من أجله، يعتبر استعمالاً تعسفياً.

ثانياً - الطبيعة القانونية للتعسف

ثار خلاف فقهي كبير حول طبيعة التعسف، ومدى اعتبار هذه الطبيعة متميزة ومستقلة، أم أنها تنتمي إلى أي من صور المسؤولية التقصيرية؟

ترجم الفقيه الفرنسي Planiol الاتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق "L'Abus de droit" لا يعدو أن يكون تجاوزاً للحق "dépassement de droit" وهو بهذا المعنى عمل غير مشروع "Acte illicite" ومن ثم فهو يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية، ولهذا الفقيه قول مشهور في معرض الدفاع عن هذا الاتجاه، حيث يقول: "ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف"¹.

وقد تأثر بهذا الاتجاه من الفقهاء العرب الاستاذ عبد الرزاق السنهوري، الذي يرى في معرض إسناده نظرية التعسف للمسؤولية التقصيرية، أن التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، وأن التعويض هنا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى - أي الفعل غير المشروع - وهي الخروج عن حدود الحق، أو عن حدود الرخصة، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً، وليس التعويض العيني (كالقضاء بهدم الحائط الذي يحجب النور على الجار) بمخرج للفعل عن نطاق المسؤولية التقصيرية، فإن التعويض العيني جائز في الصورة الأخرى من الخطأ ولا حاجة للقول بأساس مستقل للتعسف في استعمال الحق، يتميز به عن المسؤولية التقصيرية، كما ذهب إليه بعض الفقهاء..... ويبقى التعسف داخل في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى لو كان تعسفاً

¹ - Planiol, Traite Elémentaire de droit Civil, tome II, 10 ème éd, L.G.D.J 1932, n° 871.
ذكره محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 1979، ص 76 وما يليها.

متصلا بالتعاقد، كمن تعسف في إنهاء عقد جُعِل له الحق في انهائه، كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما¹.

في الاتجاه المعاكس نجد كل من الفقهاء الفرنسيين Josserand و Saleilles اللذين تصدّيا للرد على الفقيه Planiol ونقده، حيث يعلّق Josserand على استخدام مصطلح "الحق" في نظرية التعسف في استعمال الحق، ويشير إلى أن كلمة حق "Droit" في اللغة الفرنسية تحمل معنى مزدوجا، لكن Planiol استعمل هذه الكلمة بمعنى واحد فقط، مع أنها تعني من جهة "الحق" ومن جهة أخرى "القانون"، أي مجموعة القواعد القانونية، وعليه قد يكون استعمال الحق موافقا للحق، لأنه يدخل في نطاقه ومضمونه، وفي ذات الوقت مخالفا للقانون في مجموعه. وهذا هو جوهر فكرة التعسف، وعلى ذلك ليس هناك تعارض في وجود عمل معين يتفق مع حق معين ويعد متعارضا مع القانون.

ويرى العميد Josserand أن فكرة التعسف تحمل معنى آخر غير التجاوز، ففي حين يتفق استعمال حق معين مع هذا الحق لأنه لم يخرج عن حدوده الموضوعية، إلا أنه في نفس الوقت يمكن أن يتناقض مع القانون لأن ثمة نية خبيثة، أو كان استعماله دون مصلحة جادة مشروعة، أو كان ذلك سبب انحراف عن غاية الحق التي يتميز بها²، ويمكن توضيح هذه المسألة من خلال المثال التالي:

إذا أقام شخص بناءً على أرض غيره، أُعتبر غاصبا ومتعديا، ففعله غير مشروع أصلا، لأنه لا يستند إلى حق ولو كان فيه نفع لغيره. لكن إذا بنى في أرضه ضمن حدودها، حائطا عاليا سد منافذ الضوء على جاره، أُعتبر في هذه الحال متعسفا في استعمال حقه، لأنه حتى وإن تصرف في حدود حقه الموضوعية، لكن أوقع هذا التصرف

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 842، 843.

² L. Josserand, de l'esprit des droits et leur relativite 2 ed. Dalloz 1927 N 245

ذكره محمد شوقي السيد، مرجع سابق، ص 77.

أضراراً بينةً بالجار، فتصرفه في الأصل مشروع، لأنه يستند إلى ما يمنحه حق الملكية من سلطات، ومصدر التعسف هو ما آل إليه تصرفه من أضرار فاحشة بالغير¹.

كذلك من أوصى بما زاد عن الثلث، يعتبر مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه الشرع، وهو التصرف في حدود الثلث، ففعله غير مشروع في الأصل، لأنه لا يستند إلى حق، والتعسف فرع وجود الحق، فهو إذن متعدّد لا متعسف. أما إذا أوصى بالثلث أو ما دونه، وقصد بذلك الأضرار الورثة مثلاً، وقامت الأدلة على هذا القصد، أُعتبر متعسفاً، لأن أصل الفعل مشروع، لاستناده إلى حق ثابت، لحكمة قصدها المشرع من تقرير هذا الحق، لكنه استعمل هذا الحق لا بقصد تحقيق تلك الحكمة، بل للإضرار بالورثة².

الواقع أن أنصار الاتجاه الثاني أكثر إقناعاً حينما جعلوا الأساس مختلف بين الفعل الضار ومسؤوليته التقصيرية، وبين التعسف في استعمال الحق، على اعتبار أن أساس المسؤولية التقصيرية فعل غير مشروع، وأساس قاعدة التعسف استعمال حق مشروع في ذاته، ذلك أن مبدأ التعدي (التجاوز) قاصر عن استيعاب حالات التعسف.

كما أن لنظرية التعسف وظيفة وقائية، ليس للمسؤولية التقصيرية دور مماثل لها، فصاحب الحق يمنع من ممارسة حقه المشروع بصورة تعسفية قبل إقدامه على ممارسته، إذا كان احتمال وقوع الضرر المتوقع من استعماله أرجح من عدمه، وليس للمسؤولية التقصيرية هذا الدور الوقائي، لأنها تتدخل في تحديد المسؤولية عن الفعل الضار بعد وقوعه³.

¹ - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 47

² - المرجع السابق. ص 47

³ - مصطفى أحمد الزرقا، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، دار البشير عمان 1987

ص 19 و 20.

إن إقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي وحق الجماعة، الذي نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق لتحقيقه، يقتضي تحرير هذه النظرية وجعلها مستقلة في أساسها.

تجدر الإشارة في هذا المقام أنه كان الأحرى بالمشروع الجزائري وهو بصدد تعديل القانون المدني من خلال قانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، الإبقاء على نظرية التعسف في استعمال الحق في الكتاب الأول المتضمن الأحكام العامة، لتكون نظرية مستقلة قائمة بذاتها، الأمر الذي يضمن لها مجالاً تطبيقياً واسعاً، وتكون أحكامها نافذة على جميع آفاق القانون، وتطال كل اختلال في التوازن بين المصالح المتعارضة التي قد يُفضى إليها الاستعمال التعسفي للحق. لكن المشروع الجزائري بنقله لنظرية التعسف إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني، وربطها بالمسؤولية التقصيرية، يكون ضيق من نطاق هذه النظرية، حيث جعل منها مجرد فرع للمسؤولية التقصيرية أو صورة من صور الخطأ، الأمر الذي يحدّ من فعاليتها.

الفرع الثاني

اختلال التوازن العقدي كميّار لتحديد الشرط التعسفي

بفعل خلو التشريعات المدنية وقواعدها التقليدية، من حلول كافية وفعّالة لحماية الطرف الضعيف، لم يكن أمام القضاء سوى استعمال بعض النظريات، مثل السبب، التعسف في استعمال الحق، وحسن النية، لمكافحة آثار الشروط التي تؤدي إلى اختلال التوازن بين الأداءات الناشئة عن العقد.

بقي الأمر كذلك إلى غاية الستينات، حيث بدأت تظهر بوادر ميلاد التشريعات المنظمة للشروط التعسفية، حيث صدر أول قانون خاص بها عام 1962 بالولايات المتحدة الأمريكية. تبعتها بعد ذلك الدول الأوروبية في فترة السبعينات، كان أشهرها قانون 09 ديسمبر 1976 بألمانيا المتعلق بالشروط العامة للعقود.

وفي فرنسا صدر قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، والذي عُرِف بقانون scrivner¹. تلاه قانون 05 جانفي 1988 الذي نظم دعوى إلغاء الشروط التعسفية. ثم أخيرا تم ضم كل هذه النصوص التشريعية في قانون 949\93 المؤرخ في 26 جويلية 1993 المتضمن قانون الاستهلاك.

أما في الجزائر فبالإضافة إلى نص المادة 110 من القانون المدني التي أوردت الشروط التعسفية مقترنة بعقود الاذعان. نظم المشرع الشروط التعسفية في نصوص خاصة، من خلال قانون رقم 02\04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية²، والمرسوم التنفيذي رقم 306\06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية³.

الملاحظ أن هذا التطور التشريعي للشروط التعسفية خاصة بفرنسا، والذي كان مؤثرا إلى حد بعيد في التجربة التشريعية بالجزائر، قد صاحبه تطور في المعايير المعتمدة لتحديد الشرط التعسفي حيث اعتمد معيار التعسف في استخدام السلطة أو القوة الاقتصادية التي تمنح المهني مزايا مبالغ فيها، ليُحسم الأمر في الأخير لمصلحة الإخلال الظاهر أو الواضح بين التزامات وحقوق طرفي العقد، كمعيار لتحديد الشرط التعسفي.

¹ - نسبة للسيدة C. Scrivner التي كانت تشغل منصب سكرتير الدولة المكلف بالاستهلاك، حيث عُهد إليها إعداد مشروع قانون الذي صدر تحت رقم 23\78 في 10 جانفي 1978 متعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، كُرِس الفصل الرابع منه للشروط التعسفية، واقترن هذا القانون باسمها.

² - القانون رقم 04 - 02 مؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004 (ج ر عدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004)، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 مؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق لـ 15 أوت 2010 (ج ر عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010)، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق 10 سبتمبر سنة 2006 (ج ر عدد 56 بتاريخ 11 سبتمبر 2006)، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، معدل بالمرسوم التنفيذي 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008 (ج ر عدد 07 بتاريخ 10 فبراير 2008)

أولاً - معيار تعسف القوة الاقتصادية للمهني والميزة المبالغ فيها

نصت المادة 35 من قانون scrivner لـ 10 جانفي 1978 " مثل هذه الشروط يمكن أن تكون ممنوعة، محددة، أو منظمة، إذا ظهر أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف القوة الاقتصادية Abus de la Puissance Économique للطرف الآخر وتمنحه ميزة مفرطة أو فاحشة "Avantage Excessif".

إن هذا التعريف للشرط التعسفي، يقوم على معيارين مجتمعين¹، أحدهما ذو طبيعة موضوعية يعتبر نتيجة للمعيار الآخر، فالميزة المفرطة التي يستفيد منها المهني، يجب أن تنتج عن المعيار الشخصي، المتمثل في كون الشرط مفروض على غير المهني أو المستهلك، بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه وهيمنته الاقتصادية التي يمتلكها.

يرى جانب من الفقه أن المقصود بتعسف القوة الاقتصادية للمهني هو تعسف الموقف وليس التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة،² ذلك أن تحرير المهني للعقود التي يفرد بوضع شروطها مسبقاً³، هو ممارسة لسلطة واقع وليست ممارسة لحق شخصي، لذا لا يمكن اعتبار التعسف الوارد في المادة 35 أحد تطبيقات التعسف في استعمال الحق⁴.

¹ - بالنسبة لبعض الفقه فإن الشرط التعسفي يستوجب توفر أربعة معايير: - أن يظهر في عقد مبرم بين مهني وغير مهني أو مستهلك - أن يمنح للمهني ميزة مفرطة- أن يظهر أنه مفروض على غير المهني أو المستهلك. - أن يكون نتيجة تعسف في القوة الاقتصادية للمهني
Voir L. Fin-Langer, op. cit. n°189, p.134

² - J.Ghestin, l'abus dans les Contrats, Gaz Pal, 1981, 2, doctrine p. 379

ذكره تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 295

³ - يسمى هذا النوع من العقود بالعقود النموذجية، والتي أصبحت ضرورة لا غنى عنها لتوفير الجهد والوقت، بعدم تكرار كتابتها يدويا في مجال السلع والخدمات المتماثلة، في ظل التطورات الاقتصادية الحديثة، والتي تتميز المعاملات فيها بالسرعة والوفرة. لكن انفراد المتعاقد الأكثر قدرة وكفاءة بكتابة العقد يؤدي إلى ترسيخ ظاهرة اختلال التوازن العقدي، وتزايد الشروط التعسفية فيها، مما يتيح له التخفيف من التزاماته وتحميل الطرف الآخر التزامات مشددة، أنظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ على شروط العقد مرجع سابق، ص من 108 إلى 110.

⁴ - J. Ghestin, traité de droit civil, la formation de contrat, p. 654.

غير أن هناك من يرى بأن قانون 10 جانفي 1978 ما جاء إلا ليمنع المهني الذي يستقل بوضع شروط العقد من أن يتجاوز حدوده التعاقدية إضراراً بالمستهلك، لأن هذا التجاوز لا يعني سوى التعسف في استعمال الحق¹.

الملاحظ أن معيار التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية، قد أثار أيضا التساؤل حول مدى نجاح المشرع في اختياره، ومدى جدواه، وهل المحترف فرض إرادته لأنه الأقوى اقتصاديا؟ يرى البعض أن القوة تكون غالبا قوة السيطرة الفنية، أكثر منها القوة الاقتصادية، وأن هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، فالمحترف وقد تعود على إبرام العقود، يعرف الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد، ويعرف أيضا ما يجري عليه العمل في حرفته، ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، بالإضافة إلى الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون معه، لهذا يعتبر معيار القوة الاقتصادية غير ذي جدوى وقد أسيء اختياره².

أما بالنسبة لتقدير القوة الاقتصادية للمهني، فإن الأمر يثير التساؤل، إن كان النفوذ والهيمنة الاقتصادية تقاس بحجم المشروع الذي يستغله والوسائل التي يمارس من خلالها نشاطه؟ الواقع أن الأمر خلاف ذلك، فقد يتمتع تاجر صغير باحتكار على النطاق المحلي يجعله يتمتع بقوة، وبالتالي فضخامة المشروع لا تعني بالضرورة القوة الاقتصادية، كما أنه يصعب تحديد حصة المهني ومدى انتشاره في السوق³.

¹ - عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، في عقود الإذعان وفي العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين وفقا للمادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 98.

² - حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 109.

³ - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1997، ص 59.

بناء على ما تقدم، يمكن القول أن مفهوم تعسف القوة الاقتصادية للمهني يتمثل في وضع المهني الاقتصادي في السوق ووضع المستهلك نفسه، فالمستهلك قد يكون في حالة ضعف أمام المهني القوي الذي يفرض عليه شروطه بما يملكه من نفوذ وتفوق، بحيث يستغل الأخير حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، ولا يكون أمام المستهلك إلا قبول التعاقد أو رفضه، دون أن تكون له القدرة على التفاوض ومناقشة العناصر الأساسية للاتفاق.

أما فيما يتعلّق بالميزة المبالغ فيها *L'avantage excessif*، فهي ما ينشأ من أفضلية أو منفعة أو فائدة مفرطة وفاحشة، ناتجة عن التعسف في استخدام القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المهني، فالميزة المبالغ فيها قرينة على التعسف في استعمال القوة الاقتصادية¹. كما يمكن تعريفها بأنها ميزة غير معتاد منحها في هذا النوع من العقود التي ورد الشرط عليها، فإذا كانت الميزة التي يمنحها الشرط لأحد المتعاقدين ميزة معتادة فعلا، فلا يعد شرطا تعسفيا².

تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الشرط الوارد في عقد مبادلة سيارة حديثة بسيارة قديمة، إذا ألزم مالك السيارة القديمة بدفع مبلغ معين، مقابل ما يتحمله صاحب السيارة الحديثة من مخاطر إبرام هذا العقد، لا يعتبر شرطا تعسفيا³. كما قضت بأن الشرط الوارد في عقد تقديم خدمة تعليمية، إذا كان يُلزم المستهلك بدفع نفقات الدراسة مقدما عن فترة الدراسة كاملة، وكانت هذه المدة طويلة، يعتبر شرطا تعسفيا؛ لأنه يعطي المؤسسة التعليمية ميزة مفرطة، ويهدر في نفس الوقت مصلحة المستهلك⁴.

وفي قرار شهير، قضت محكمة النقض الفرنسية أن قضاة محكمة الاستئناف قد طبقوا صحيح القانون، عندما أثبتوا الطابع التعسفي واعتبروه غير مكتوب، ذلك الشرط

¹ - عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 102

² - أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2011، ص 56

³ - Cass.1^{re} civ., 05 juill. 2005 n° 04-10.779; inédit n° 11.

⁴ - Cass.1^{re} civ., 10 févr. 1998: Bull. Civ. 1, n° 53.

الذي يعني مخبر تمييز الصور، من أي مسؤولية عن ضياع الفيلم الشفاف، لأن شرطاً كهذا يمنحه ميزة مفرطة، فرضها على زبونه بفضل وضعه الاقتصادي¹.

الملاحظ أن معيار الميزة المفرطة، مثله مثل معيار التعسف في القوة الاقتصادية، اتسم بعدم الدقة والوضوح، فقد ربط المشرع إضفاء وصف الشرط التعسفي بمنحه للمهني ميزة فاحشة، لكنه لم يحدد كمّا معيناً تصل إليه هذه الميزة لاعتبارها فاحشة أو مبالغ فيها، بخلاف الغبن الذي حدده بمقدار معين. في نفس الإطار لم يبيّن هل يجب أن تنشأ الميزة الفاحشة من الشرط مباشرة، أم أنه يجب تقديرها من خلال النظر إلى شروط وبنود العقد جميعها والعقد في مجمله؟

الرأي الراجح في ذلك، أنه لا يجب اعتبار الشرط تعسفياً لمجرد أنه يرد معطياً بعض المزايا لأحد أطراف التعاقد، حيث يمكن أن يتضمن العقد شرطاً مقابلاً، يعطي الطرف الآخر من المزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله²، لذلك يجب تقدير المنفعة التي حصل عليها المهني بالنظر لمجمل العقد الذي تضمن هذا الشرط وغيره من الشروط المرتبطة به، فقد يبدو الشرط تعسفياً ولكنه يكون مبرراً إذا ما نظرنا إليه في ضوء مجمل العمليات التي ظهر بمناسبةها، فعلى سبيل المثال قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المهني، تخفيض في ثمن السلعة المعروضة على المستهلكين.

لكن صلاحية هذا الرأي من الناحية النظرية، تواجه صعوبات في الجانب العملي، خاصة في كيفية حساب التوازن بين التزامات من طبيعة مختلفة، فهل يتوازن العقد كما في المثال السابق، الذي يحدّد مسؤولية المحترف، لأنه يخفض الثمن لمصلحة المستهلك، أو يعطيه الحق في الفسخ بإرادته المنفردة، وفي أي مدة وفي ظل أي حدود يتم حساب التوازن بين هذه الالتزامات؟³

¹ - Cass.1^{re} civ., 14 mai. 1991, D. 1991. 449, note Ghestin et som. Com 320. Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile, par Capitant H., Terré F. et Lequette Y, op. cit, no 158. p 95

² - حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 269.

³ - المرجع السابق، ص 269.

الواقع أن تقدير ذلك يعود للقاضي، بالنظر لملاسات وظروف التعاقد، التي من خلالها يستطيع تكوين نظرة إجمالية حول مدى التوازن الكلي للعقد.

تبنت محكمة النقض الفرنسية هذه الرؤية، من خلال وضعها قيودا على معيار الميزة المفرطة التي يمنحها الشرط ليصبح تعسفيا، حيث اقتضت أن يمنح الشرط أحد المتعاقدين هذه الميزة دون الآخر، فكما أن الشرط الذي لا يمنح أيا منهما أي ميزة، لا يعتبر أيضا تعسفيا، فكذلك الشرط الذي يمنح كليهما نفس الميزة، لا يعتبر تعسفيا¹. وقضت تطبقا لذلك أن ترك تحديد الثمن لإرادة أحد المتعاقدين لا يعد شرطا تعسفيا؛ لأنه أعطى هذا المتعاقد ميزة دون أن يفرض التزاما على عاتق المتعاقد الآخر، حيث أن هذا الأخير لن يبرم العقد إلا إذا وافق على الثمن². كما قضت أن شرط الصلح بين الطرفين لا يعتبر تعسفيا، لأنه شرط لا يمنح أحد الطرفين ميزة على حساب الطرف الآخر³.

ثانيا - معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات

تعرض المشرع الجزائري لأول مرة لتعريف الشرط التعسفي من خلال القانون رقم 02\04⁴. فنصت المادة 03 فقرة 05 منه على أن الشرط التعسفي هو : " كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."

يمكن القول على ضوء هذا النص، أن المشرع الجزائري قد تبني موقف المشرع الفرنسي، الذي انحاز بضغط من المجموعة الأوروبية، إلى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

¹ - أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة 2011، ص 55

² - Cass.1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 n° 03-13.779 UFC c/SARL Troc de l'île : Juris Data n° 2005 - 026748; RDC 2005, p. 727, obs. D. Fenouillet.

³ - Cass.1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 n° 03-19.692: Juris Data n° 2005 - 026740; RDC 2005, p. 725.

⁴ - القانون 02\04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، معدل ومتمم بالقانون 06-10 المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، الجريدة الرسمية، العدد 41 بتاريخ 27 يونيو 2004.

فالى غاية 1993، وهو تاريخ صدور قانون الاستهلاك الفرنسي¹، الذي ضمّ كل القوانين السابقة، المنظمة للشروط التعسفية، بقي معيار التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي الذي يُنشأ ميزة مفرطة، هو المعمول به لتحديد الشرط التعسفي، وكانت المادة 1/132 من هذا القانون تنص على أنه " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، يجوز بمقتضى مراسيم من مجلس الدولة، بناء على رأي اللجنة المنصوص عليها في المادة 2/132(لجنة الشروط التعسفية)، وتبعا لطبيعة السلع والخدمات، حظر، تقييد أو تنظيم الشروط المتعلقة بـ :

- تحديد الثمن والوفاء به، أو بمكونات الشيء أو تسليمه
- أو تبعة المخاطر ونطاق المسؤولية والضمان
- أو بشروط تنفيذ أو تجديد العقود.

وذلك عندما تكون هذه الشروط مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين، بسبب إساءة استغلال النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر، وتخوّل الأخير ميزة مجحفة. ومثل هذه الشروط التعسفية التي ترد بالمخالفة للأحكام السابقة، تعتبر كأن لم تكن".

لكن البرلمان الأوروبي، وبهدف تنسيق الجهود وتحقيق قدر من الإنسجام بين التشريعات الأوروبية في مجال تنظيم الشروط التعسفية²، أصدر الموجه الأوروبي رقم 13/93 في 5 أبريل سنة 1993 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين³، ونص في مادته 1/3 على أن " الشرط التعاقدى الذي لم يكن موضوعا نتيجة مفاوضة فردية، يعتبر شرطا تعسفيا، وذلك عندما ينشئ، خلافا لما يقضي به حسن النية، وعلى حساب المستهلك، تفاوتاً جلياً un déséquilibre significatif بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد".

¹ - Le Code de la consommation, codifiée par la loi n° 93-349 du 26 juillet 1993.

² - J. Calais-Auloy, F.Steinmetz, Droit de la consommation, 4°éd, Dalloz, n°166. p167.

³ - La directive européenne n° 93-13 CEE du 05 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

الملاحظ أن هذا التعريف، الذي تبناه الموجه الأوربي، يعكس وقوعه تحت تأثيرين، جمع بينهما، من جهة، التصور الألماني الذي يظهر بمرجعية غياب التفاوض الفردي بشأن الشرط لاعتباره تعسفياً، من خلال قانون 09 ديسمبر 1976. ومن جهة أخرى التصور الفرنسي الذي يقتضي أن يمنح الشرط، مزية مبالغ فيها لاعتباره تعسفياً، من خلال قانون 10 جانفي 1978.

لكن لو تمعنا في المقصود بالمزية المبالغ فيها، لوجدنا أنها ما هي إلا الإخلال البيّن والظاهر بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، على اعتبار أن تقدير المزية التي يحصل عليها المهني لا يُنظر فيه فقط لثمن السلعة، بل إنها تعني عدم التوازن بين الالتزامات والحقوق المترتبة عن العقد، سواء بالمبالغة في فرض التزامات على غير المهني أو المستهلك، أو عن طريق التخفيف أو إنقاص التزامات المهني¹.

تبعاً لهذا التغيير في المعيار المحدد للشرط التعسفي، وإعمالاً لأحكام الموجه الأوربي، أصدر المشرع الفرنسي، القانون رقم 95-96 في أول فبراير سنة 1995، حيث عدل بمقتضاه المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك، التي أصبحت على النحو التالي: " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية، تلك الشروط التي يكون هدفها أو من شأنها، إحداث - على حساب غير المهني أو المستهلك - تفاوتاً جلياً وظاهراً بين حقوق والتزامات طرفي العقد² ".

أول ما يمكن ملاحظته على هذا النص، أنه لم يكن امتثالاً حرفياً لأحكام الموجه الأوربي، وذلك بإسقاطه لشرط المفاوضة السابقة بين الطرفين، التي اقتضاها القانون

¹ - حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق، ص 59.

² - Art L 132-1 : dans les contrats conclus entre professionnels, et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet, ou pour effet, de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

الألماني، بمعنى أن يكون الشرط قد تم فرضه على المستهلك، ولم يكن باستطاعة هذا الأخير سلفا أن يناقشه. كما لم تتضمن الصياغة الجديدة للمادة 1/132 من قانون الاستهلاك، أي إشارة إلى إساءة استعمال النفوذ الاقتصادي، كعنصر ضروري لتحقيق الشرط التعسفي. حيث لم تعد تتضمن إلا عنصرا واحدا يلزم وجوده لقيام الشرط التعسفي، هو التفاوت الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين، في إشارة واضحة إلى أن التكيف الحالي يحيل فقط إلى هدف واحد، هو تحقيق فكرة التوازن العقدي¹. وهو أيضا تعبير، يشير إلى عنصر المزية المحجفة الذي كان واردا بالنص قبل تعديله².

نظريا، المعيار الحالي لتحديد الشرط التعسفي، والمتمثل في الاختلال الواضح بين الحقوق والتزامات الناشئة عن العقد، قد عوض ذلك المعيار المنصوص عليه بنص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، والذي قلص تكيف الشرط التعسفي بالشرط المزدوج الذي كان مفروضا بالتعسف باستخدام القوة الاقتصادية، التي تمنح المهني أفضلية وميزة مبالغ فيها.

غير أن هذا التحوّل الذي طال معيار تعديل الشرط التعسفي، لم يكن معبرا عن تغيير في تصوّر وأهداف المشرع الفرنسي، فعلى ضوء الصياغة السابقة للمادة 35 يظهر بشكل جلي، أن انشغال المشرع بإيجاد آلية تضمن حماية حقيقية للمستهلك، وضمن قدر من التوازن بين أداءات المتعاقدين، كان ذا أولوية بالغة لدى واضعي هذا القانون³.

كما يظهر من خلال الأعمال التحضيرية لقانون 10 جانفي 1978، أن أعضاء السلطة التشريعية قد همّوا باللجوء إلى معيار اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة، لكن خشية التداخل المتوقع مع مفهوم الغبن، الذي يعتبر ممنوعا من حيث المبدأ في

¹ - P. Stoffel-Munck , L'Abus dans le Contrat, essai d'une théorie, LGDJ, 2000, n°363, p.306.

² - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص ص 114-115.

³ - P. Stoffel-Munck , op cit, p. 307, n° 363.

القانون الفرنسي من جهة، ومن جهة أخرى، عدم وضوح ودقة هذا المعيار وصعوبة تقديره، لأن القانون لا يحدّد سقفًا معينًا يُمنع تجاوزه، ولا عنصرًا مرجعيًا دقيقًا يمكن الاهتداء به، كانت أهم الأسباب التي أدت إلى استبعاد معيار اختلال التوازن بين الأداءات، لمصلحة معيار الميزة المفرطة، على اعتبار أن هذه الأخيرة، لا يثير تقديرها صعوبة بنفس القدر¹.

الواقع أن هناك مساسًا مباشرًا بالتوازن العقدي في الحالتين، فقط ينحصر الاختلاف في المحل الذي يرد عليه سوء الاستغلال، إذ يرد في حالة الغبن، على الثمن، بينما يرد في حالة الشروط التعسفية، على شروط ثانوية تتعلق بتنفيذ العقد، غير أن النتيجة النهائية في الحالتين واحدة، حيث نكون بصدد تفاوت أو اختلال بين حقوق والتزامات الطرفين². لذا نجد المعلقون على قانون 95 - 96 لـ 01 فبراير 1995 ينفقون في شبه إجماع بأن التعديل كان شكليًا، ولم يكن له من هدف، سوى مطابقة المصطلح الخاص بالتوجيه الأوروبي، الذي يهدف قانون 95 - 96 إلى نقله وتبنيه. وبالتالي فإن هذا التعديل التشريعي ليس سوى عودة إلى المصدر³.

ولقد طبقت محكمة النقض الفرنسية معيار اختلال التوازن، في قراران عدّة، من بينها ذلك الصادر في 2002/02/26، قضت فيه أن شرط إعفاء شركة التأمين من تغطية الخطر المؤمن عليه خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد، يعتبر تعسفيًا إذا كانت مدة التأمين تزيد على السنة؛ لأنها تلقي على عاتق المؤمن له التزامًا بدفع الأقساط كاملة طوال فترة العقد، في حين تعفي المؤمن من تغطية الخطر جل مدة العقد⁴.

وفي قرار آخر صادر في 2002/10/29، اعتبرت الشرط الوارد بعقد اشتراك المستهلك في خدمة المراقبة التليفزيونية، والذي يقضي بحق المشترك في إلغاء العقد

¹ - L. Fin-Langer, op. cit. n°189, p.135

² - محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، مرجع سابق، ص 113.

³ - P. Stoffel-Munck, op cit, p. 307, n° 363.

⁴ - Cass.1^{re} civ., 26 févr. 2002, n°99-13.912

بإرادته المنفردة في أي وقت أثناء مدة العقد، بعد أن يدفع مالا يقل عن 60% من قيمة الاشتراك، يعتبر شرطا تعسفيا، لأنه يلزم المشترك أيضا بأن يدفع للمحترف مبلغا يساوي تقريبا قسط الاشتراك عن المدة التي ألغاه، ذلك لأنه يرتب اختلالا فادحا بين الالتزامات، يفرضه على المستهلك التزاما لا يتناسب مع الميزة التي حصل عليها.¹

لكن الملاحظ أن الغاية النهائية الصريحة التي تبناها معيار الاختلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات، والمتمثلة في تحقيق التوازن العقدي، تبدو أيضا مبهمة، فهناك وسيلتين لتصوّر هذا التوازن، قد يتعلق الأمر بتوازن ذاتي متعلق فقط بأطراف العقد، أو توازن موضوعي متعلق فقط بما يراه طرف ثالث (القاضي)، الذي يطلب منه ومن وجهة نظره إن كان العقد متعادلا بالنظر للظروف التي تمّ فيها.

إجمالا رأينا أن إرادة الطرف الضعيف ليس حرة في كثير من الأحيان، للجزم بأن الإرادة تصنع توازن العقد، ذلك أن المهني لا يترك له مجالا واسعا للاختيار، فليس أمام الطرف الضعيف سوى الامتناع عن التعاقد أو الرضوخ لشروطه، كما أن المفاوضة الحرة لا تقصي بأي حال من الأحوال تكييف التعسف.

لذلك فإن التوازن الوجب تحقيقه، والذي تهدف المادة 01\132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والمادة 05\03 من القانون رقم 02\04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في الجزائر إلى تكريسه، ليس ذلك المحدد من قبل إرادة المتعاقدين، بل هو توازن ذو بعد موضوعي، لا يمكن تقديره من خلال إرادة الأطراف، ولا من الصياغة العارضة، لكن بالنظر لنوع من التوازن المثالي، الذي يجب أن يسود كل الروابط التعاقدية، والذي على القاضي والمشرع أن يكونا ضامنين له، لهذا كان التناسب الأدنى بين الحقوق والالتزامات للأطراف، ضرورة ملحة على مدى تطوّر نظرية العقد.

¹ - Cass.1^{re} civ., 29 oct. 2002, n°99-20.265.

خلاصة

الباب الأول

لقد تبين لنا بوضوح من خلال العرض المتقدم أن الانتشار الكبير للمذهب الفردي أدى إلى المغالاة في إطلاق مبدأ سلطان الإرادة، لكن بفعل التطورات الاقتصادية للمجتمع تكشفت الآثار المدمرة والنتائج الظالمة التي صاحبت ازدهار هذا المبدأ، الذي تحول إلى سلاح في يد الأقوياء للسيطرة على الضعفاء وهضم حقوقهم باسم الحرية.

وقد كان من أهم مظاهر الإخفاق لسلطان الإرادة، هو التباين الصارخ الذي أصبح السمة الغالبة للمراكز التعاقدية، وظهور فكرة الطرف القوي وما يمتاز به من نفوذ وسلطة واحتراف، بالإضافة إلى العلم والإدراك لكافة خبايا مضامين العقود التي يبرمها، والطرف الضعيف الذي يضاف إلى مركزه الحرج، جهله وعدم معرفته غالباً بموضوع التعاقد، ماجعله عرضة فريسة للاستغلال.

هذا ما أدى إلى تشكل تيار معاكس مدعوماً بالمذهب الاجتماعي، مطالباً بتغليب سلطان القانون القائم على مصلحة الجماعة، في مقابل سلطان الإرادة القائم على مصلحة الفرد، وبمراجعة الأسس التقليدية التي قامت عليها نظرية العقد، متخذاً من قواعد النظام العام سلاحاً في سبيل تحقيق ذلك.

نتيجة لذلك ظهرت النزعة الحمائية في التشريعات المختلفة، وقيّدت بشكل ملحوظ مساحة الحرية التي كان يتمتع بها المتعاقدون، وقد وجدت مبررها في الانتشار الواسع لمظاهر اختلالات التوازن في العقود، التي باتت تتخذ بالإضافة إلى التفاوت بين الأداءات، أشكالاً حديثة أكثر خطورة متمثلة في الشرط التعسفي، ومنه أصبح الانشغال الأكبر منصب حول مكافحة هذه المظاهر، وتحقيق التوازن العادل بين الأداءات، والبحث عن الآليات والوسائل الفعّالة والكفيلة بتحقيق ذلك.

الباب الثاني
آليات تحقيق التوازن العقدي

الباب الثاني

آليات تحقيق التوازن العقدي

الملاحظ في القوانين المدنية، غياب تام لأي نص صريح ومباشر، يسمح بمعالجة التوازن العقدي. والظاهر أن ذلك مرده إلى أن التشريعات المدنية في أغلب الدول، إمّا أنها وُضعت في ظل المذهب الفردي الحر، متبنية أحكامه، التي تقيم التوازن العقدي على أساس المعيار الشخصي، وفق ما يراه الطرفان متوازنا. أو أنها متأثرة إلى حد بعيد بهذا التوجه، وهو حال التشريع المدني الجزائري، ويتجلى ذلك من خلال القواعد الأساسية التي تنظم مراحل إنشاء العقد وتنفيذه.

يضاف إلى ذلك أنه بالرغم من التحولات الجذرية التي شهدتها المجتمع، والتي كشفت عن تفاوت كبير في القدرة والخبرة والعلم بين المتعاقدين، وظهور أساليب تعاقدية حديثة غيرت في العمق القواعد التقليدية للتعاقد¹، فإنه من الطبيعي أن تفتقر هذه النصوص لقاعدة أو مبدأ عام، يسمح بالحماية من اختلال التوازن الموضوعي للعقد، أو بإعادة هذا التوازن له في حالة الاختلال اللاحق، لأن ذلك من شأنه أن يحدث تصادم بين القواعد الأساسية للقانون المدني، مما يهدد بتقويضه وتضارب الأحكام القضائية عند تطبيق هذه القواعد، لذلك كان اللجوء في الغالب إلى القواعد التقليدية في القانون المدني ووتكييفها كألية لتوفير قدر من التوازن.

لكن ذلك كله لم يقف حجر عثرة أمام الجهود الرامية إلى تحقيق التوازن العقدي، فكان الرجوع إلى القواعد التقليدية في القانون المدني، بمحاولة تطويعها لتحقيق هذا الهدف أمر لا مفر منه.

¹ - أنظر في ذلك درماش بن عزوز، حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع 02، جوان 2011، ص 375.

إنّقل الاهتمام بعد ذلك إلى التساؤل فيما يتعلق بمن له الحق في إقامة التوازن. ينبغي التنويه أولاً أن أطراف العقد هم الأولى بهذا الحق، ذلك أن الإرادة التي أنشأت العقد، هي من تملك أصالة حق نقضه أو تعديله¹، والتعديل قد يطال الاختلال اللاحق الذي يصيب العقد. لكن هذا الأمر لا يصح إذا صدر من أحد الأطراف منفرداً، لأن ذلك من شأنه أن يحدث خلافاً في المساواة التي يجب أن تسود بين المتعاقدين.

وبدرجة أكبر يناط بالمشروع دوراً أساسياً في إصلاح أي خلل قد يصيب العقد، سواء تعلق الأمر بمرحلة تكوينه، أو المرحلة اللاحقة أثناء تنفيذه، ويكون هذا التدخل بإقامة قيود وضوابط على حرية التعاقد، والتخفيف من وطأة القوة الملزمة للعقد من خلال قواعد أمرّة تهدف أساساً لحماية الطرف الضعيف في العقد، والمحافظة على النظام والآداب العامة.

بخلاف المتعاقدين والمشروع، يعتبر الدور الذي يقوم به القاضي في إصلاح اختلال التوازن من أكثر المسائل إثارة للجدل، مردّ ذلك حسب أنصار النزعة الفردية، هو مناقضة أحكام المادة 1134 من ق م ف، والتي تقابلها المادة 106 ق م ج، واللذان تؤكدان على القوة الإلزامية للعقد، المقيدة للمتعاقدان والقاضي على السواء.

لكن بالرغم من هذه الانتقادات إلا أننا سنلاحظ من خلال هذا الجزء من البحث، التنامي الكبير الذي شهده دور القاضي، الذي لم يتوقف عند حدّ التطبيق الحرفي للقواعد القانونية في شكلها التقليدي لفض النزاعات، بل تجاوز ذلك الدور، مكرّساً حقه في تفسير متجدّد للقواعد القانونية ومحاولة تطويعها لتتنغم مع المستجدات الاجتماعية والاقتصادية.

فلو تأملنا القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 1804 لوجدناه مازال مطبّقاً، وكثيراً من مواده لم يطلها التعديل، بالرغم من مرور أكثر من قرنين من الزمن منذ

¹ - أنظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

صدوره، والفضل في ذلك يعود دائما للقضاء الذي ينظر إلى هذه القواعد من خلال الواقع ويجدد في قراءته لها في كل مرّة.

إن الغاية الأساسية من إقامة التوازن في العقد هو تحقيق العدالة والمساواة والاستقرار داخل الرابطة التعاقدية، من خلال الانتصار للطرف الضعيف وحماية مصالحه. والملاحظ أن هذه الأهداف وإن لم تكن من عناصر العقود، ولا تعتبر أركاناً فيها، إلا أن مختلف التشريعات تتبناها بطريقة غير مباشرة.

إن فكرة التوازن العقدي وفي سبيل تحقيق الأهداف المذكورة سابقاً، تتدخل في العلاقة التعاقدية من ناحيتين، تؤدي من خلالهما وظيفتين مختلفتين :

في مرحلة تكوين العلاقة التعاقدية، حيث تؤدي فكرة التوازن العقدي وظيفة وقائية أو حمائية، تحول دون وقوع أي اختلال بين الاداءات، من خلال مجموعة من الآليات، من أهمها : نظرية الغبن الاستغلالي، نظرية السبب، والالتزام بالاعلام (الفصل الأول).

في مرحلة تنفيذ العلاقة التعاقدية، حيث تؤدي فكرة التوازن العقدي وظيفة علاجية تقوم على تصحيح اختلالات التوازن الحاصلة في العقود بعد حدوثها، من خلال مجموعة من الآليات، من أهمها : مكافحة الشروط التعسفية، مبدأ حسن النية، نظرية الظروف الطارئة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الآليات الوقائية لحماية التوازن العقدي

كما أشرنا إليه في مقدمة هذا الباب لا توجد قاعدة عامة ومباشرة في القانون المدني يمكن بالرجوع إليها حماية التوازن في العقد، لكن القاضي مُعترف له بسلطة رقابية غير مباشرة على مضامين العقود، يستطيع أن ينفذ من خلالها لفرض قدر من التوازن في العقود. من أهم القواعد التي يُستعان بها في مرحلة تكوين العقد، تلك المتضمنة في نظرية الغبن الاستغلالي (المبحث الأول)، ونظرية السبب (المبحث الثاني)، والالتزام بالإعلام (المبحث الثالث).

المبحث الأول

الغبن الاستغلالي

يعالج الغبن التفاوت بين المتعاقدين وقت إبرام العقد، على أساس قيمة الشيء المادية طبقاً للقوانين الاقتصادية، بغض النظر عن قيمته الشخصية لدى المتعاقد، ولا أثر لهذا التفاوت على العقد، إلا إذا بلغ حدًا من الجسامة، قدره المشرع سلفاً بنسبة معينة كالخمس أو الربع مثلاً¹.

أما الاستغلال والذي يُعرف على أنه "انتهاز أحد المتعاقدين لضعف يوجد لدى المتعاقد الآخر، للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتاً غير مألوف"².

فإنه لا يكتفي بفكرة التفاوت بين الأداءات، بل يذهب إلى اعتماد معيار شخصي أو نفسي متمثلاً في الضعف الناتج عن الطيش أو عدم التجربة الموجود في الطرف المستغل.

¹ - محمود عبد الرحمان محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الاداءات العقدية دراسة مقارنة دار النهضة العربية، 1995، ص 12.

² - المرجع السابق، ص 13.

وفق هذا المنظور فإرادة أحد الطرفين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، وإن كان هناك من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه سالي، يرى بأن القانون على عكس ما أخذ به في عيوب الإرادة الأخرى كالغلط والتدليس والإكراه، حيث يكون تأسيس الدعوى على عيوب الإرادة، فإنه في الاستغلال لا يعتد بإرادة المتعاقد المغبون، بل يُعتد بإرادة الطرف الآخر الذي استغل فيه الحاجة والضعف وعدم التجربة، بمعنى أن الشرط الثاني للإبطال، بالإضافة للاختلال الفادح، ليس وجود إرادة معيبة، بل وجود إرادة غير مشروعة استغلت أوجه الضعف في الطرف الآخر¹.

ولعل هذا الطرح مرجح في القانون الألماني، الذي جعل جزاء الاستغلال البطلان لا القابلية للإبطال، بينما في التشريعات التي أخذت بقابلية العقد للإبطال إذا كان فيه استغلال كما فعل المشرع المصري والمشرع الجزائري، فالاستغلال عندها هو أقرب إلى عيوب الإرادة .

لمعالجة الاستغلال ودوره في التفاوت بين الاداءات، سنبين مفهوم الاستغلال الذي يستدعي تدخلا لإعادة التوازن (المطلب الأول)، ثم نبين الجزاء المترتب عن تحققه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الاستغلال

مثلها مثل كل النظريات التي يطغى عليها الجانب النفسي، أثارت نظرية الاستغلال انتباه رجال القانون والقضاء، فأخذت حظها من الاهتمام لتسليط الضوء عليها، ظهر ذلك من خلال محاولات حصر تعريف منضبط للاستغلال (الفرع الأول)، ثم بيان العناصر الأساسية المشكلة له (الفرع الثاني).

¹ نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 317.

الفرع الأول

تعريف الاستغلال

الاستغلال لغة يعني الانتفاع من الغير بدون حق، ووردت بمعنى الغش والخيانة، فيقال أغلَّ الرجل، أي خان، ومنه قول الله تعالى : (ونزعنا ما في صدورهم من غل إخوانا)، أي أزال ما في صدورهم من حقد وضغينة.¹

واصطلاحاً، هو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعترى المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد، يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض.²

الملاحظ أن المجال الذي تبدو فيه ظاهرة الاستغلال أكثر وضوحاً من غيره، هي عقود العمل، إذ أنه في غالب الأحوال يقبل العمال، تحت ضغط الحاجة أو البطالة، ليس فقط أجوراً تافهة، لا تتناسب مع ما يقدمونه من أعمال لصالح صاحب العمل فحسب، بل من الممكن أيضاً أن يقبلوا في ظل هذه الظروف، شروطاً مرهقة في أداء العمل بدون مقابل، أو بمقابل غير عادل، في الوقت الذي يعود فيه الربح الوفير على رب العمل من الالتزام بهذه الشروط.

بالرجوع إلى نص المادة 110 من ق م ج، نجد أن المشرع عبّر عن هذا النوع من الاستغلال بالإذعان، ونص ضمن هذه المادة على ما يلي : " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

باستقراء نص هذه المادة، نجد أن المشرع رتب البطلان على الاتفاق على قبول الشروط التعسفية، وألحق البطلان بالشروط التعسفي في حد ذاته، دون العقد أو الاتفاق،

¹ - هائل حزام ميهوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، الغبن الناتج عن الاستغلال، مرجع سابق، ص 185.

² - محمود عبد الرحمان محمد، الاستغلال والغبن في العقود، مرجع سابق، ص 12، 13.

ولم يمكن الطرف المذعن من طلب إبطال العقد إسوة بما هو منصوص عليه صريحا في المادة 90، حيث مكنّ المشرع الطرف المغبون من طلب إبطال العقد، وهو أمر منطقي.

لعل المشرع قد أدرك أن الحاجة الدافعة للتعاقد، لا تسمح للطرف المذعن من طلب إبطال العقد، ووفّر لهذا الأخير الحماية في إلحاق البطلان بقوة القانون على كل عقد يتضمن الاتفاق على قبول الشروط التعسفية، وعلى الرغم من أن المشرع منح القاضي حق تعديل الشروط أو الإعفاء منها، إلا أنه كان الأولي الحكم ببطلانها قانونا، دون تركها مسألة جوازيه بالنسبة للقاضي.

وفي المقابل نقرّ أن المشرع مكنّ الطرف المذعن من الحماية، ولو لم تكن بوصف مباشر، ببطلان أي اتفاق يتضمن شروطا تعسفية، لأن في ذلك حماية عامة ينصرف حكمها لكل العقود، في حين لم ينص المشرع على البطلان في الاستغلال بالأساس، بل مكنّ الطرف المغبون من طلب الإبطال مما يعني وبالضرورة، على أن قبول المغبون الالتزامات المرهقة تبقى العقد قائما، ولا يجوز للقاضي إثارة ذلك من تلقاء نفسه، في حين يجوز له إثارة الشروط التعسفية في النزاع بين المستخدم والعامل مثلا، وهو ما يجعل عقد الإذعان ذي خصوصية، يقارب بين مضمون الشروط التعسفية والاستغلال، دون أن يصل الأمر إلى تطابق بين المعنيين.

وعلى ذات المنحى يستدرك الدكتور محمود عبد الرحمان محمد بقوله: "إذا كانت عقود العمل تخضع في الوقت الحاضر لتشريعات خاصة، تهدف إلى قمع الغبن والشروط المرهقة فيها، وتبدو حينئذ نظرية الاستغلال بعيدة عن هذا المجال لعدم الحاجة إليها، فإنها مع ذلك تبقى قابلة للتطبيق على علاقات العمل التي تخرج عن نطاق التشريعات، أو التي يصعب تطبيق تلك التشريعات عليها"¹.

¹ - محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود، مرجع سابق، ص 90 وما يليها.

الفرع الثاني

عناصر الاستغلال

جعل المشرع الجزائري من الاستغلال عيبا في الإرادة، ينطبق على سائر التصرفات، ويتبين ذلك من نص المادة 90 من القانون المدني، ويشترط لقيامه عنصران:

أولا - العنصر المادي للاستغلال

تقتضي دراسة العنصر المادي للاستغلال، البحث في قيمة الفوائد والخدمات المتبادلة في العقد، والمقارنة بين القيم المتقابلة لكل منها، للتعرف فيما إذا كان هناك عدم تعادل واضح بينها من عدمه،¹ ولا يتأتى ذلك إلا من خلال حالات التفاوت التالية.

أ - التفاوت بين الالتزام والعوض

ويتبين هذا التفاوت عند مقارنة قيمة الأداء المقابل. وقد اكتفى المشرع الجزائري بوصف التفاوت دون تعيين مقدار حسابي، مانحا سلطة تقديره للقاضي، الذي يتولى تعيين التفاوت الذي يقتضي الحماية، بحيث يتمتع بالسلطة التقديرية في أن يفصل في كل قضية على حدا، وقد يعاب على هذه الطريقة ما قد يحمل على القاضي من انعدام الدقة عند تقديره للتفاوت، ناهيك عن اختلاف القضاة بشأن قضايا شبه متساوية في التفاوت.

ب - التفاوت بين حظ الربح والخسارة

يرى البعض أنه لا مجال لتطبيق نظرية الاستغلال على هذا النوع من التفاوت في العقود الاحتمالية، على اعتبار أنها تقوم في الأساس على حظ الربح والخسارة، لكن في الواقع يجب التفريق بين احتمال الربح والخسارة الذي تقوم عليه العقود الاحتمالية، واستغلال ضعف المتعاقد، لذلك يجب أن يكون احتمال الربح والخسارة الذي يتحمله المتعاقد، متكافئا مع ذلك الذي يتحمله المتعاقد الآخر، فإذا انعدم هذا التكافؤ، فإننا نكون

¹ - محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 91 .

بصدد تفاوت بين أدعاءات الطرفين، والذي قد يرجع بالأساس إلى ضعف نفسي لدى المتعاقد المغبون، واستغلال هذا الضعف من قبل المتعاقد الآخر.¹

ج - إنعدام العوض

يظهر إنعدام العوض خصوصا في عقود التبرع، ويتمثل الاختلال في التعادل بالنسبة لهذه العقود، في الفرق بين الالتزامات التي يتحملها المتبرع، والغاية التي يسعى إلى تحقيقها، وقد يتحقق هذا العنصر لدى من يشتري عقارا من شيخ هرم، لقاء إيراد زهيد.²

ثانيا - العنصر النفسي للاستغلال

تقوم دعوى الاستغلال في التشريع الجزائري على الأساس الشخصي بالدرجة الاولى وهو ما قرّره المحكمة العليا³، وذلك بالاعتماد على الحالة النفسية لمن وقع عليه الاستغلال، وحصر المشرع هذا الضعف في مظهرين هما:

أ - الضعف النفسي

يعتد المشرع الجزائري في الضعف النفسي بحالتين : الطيش والهوى، وقد ذكرهما صراحة بالمادة 90 من ق م ج التي تنص على: "... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش بينا أو هوى جامحا".

والمقصود بالطيش البين، اندفاع في الشخص، يؤدي به إلى سوء التقدير وعدم الاكتراث للتصرف الذي يقوم به، ويتميز هذا الشخص بالتسرع في تصرفاته دون تقدير عواقبها، أما الهوى الجامح، فهو شدة تعلق شخص بشيء معين أو بشخص معين، يسعى لتحقيق رغباته دون تبصر، ومهما كان الثمن، غير مبالي بالأضرار التي قد تلحقه.

¹ - مستخرج انترنت حول الإستغلال والغبن بالموقع

² - نفس المرجع. تاريخ الإطلاع 2013/05/30 <http://www.mn940.net/forum/forum28/thread5202.html>

³ - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 20 / 06 / 2001 ملف رقم 249694، المجلة القضائية العدد الاول 2002.

إن هذه الرغبة الشديدة تضغط على إرادة المتعاقد المغبون، فتمثل نوعاً من الإكراه، يُفقد المتعاقد حرية التصرف، فيفسد رضاه. ويجب أن تفوق شدة هذه الميول الحد المعقول، بحيث لا يستطيع المغبون دفعها أو تحملها.¹

ب - استغلال ضعف المغبون

تشترط المادة 90 من القانون المدني الجزائري، أن يستغل المتعاقد ضعف المتعاقد المغبون، فيدفعه ذلك إلى إبرام العقد، فالاستغلال هو الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة، وعليه فإن عملية استغلال الضعف النفسي تقتضي علم المتعاقد المستفيد من الضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون، وأن تتصرف إرادته إلى استغلال هذا الطرف، بقصد الحصول على فائدة، وبالتالي فإن ما يقوم به المستغل هو عمل غير مشروع، قد يسأل عنه مدنياً، وأحياناً جنائياً.²

إذا تحقق الاستغلال وفق المفهوم السابق، تقرر في كثير من التشريعات ترتيب البطلان، أو القابلية للإبطال كجزاء عن هذا العيب، وفق ما سنبينه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

جزاء الاستغلال

لقد أشرنا في الباب الأول من دراستنا إلى أن الغبن الناتج عن الاستغلال هو أحد مظاهر اختلال في التوازن العقدي، أي يجب أن يكون هناك تباين في الالتزامات الواقعة

¹ - الطيش يعني عدم التبصر بالأمور وقلة المبالاة بعواقب الأعمال، والهوى رغبة شديدة في نفس الشخص تجعله يفقد سلامة الحكم على التصرفات، أنظر في ذلك، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ص 368، 366. أنظر أيضاً خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام د م ج، الجزائر 1994، ص 64، أنظر أيضاً أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1983 ص 181

² - مستخرج انترنت حول الاستغلال والغبن بالموقع

<http://www.mn940.net/forum/forum28/thread5202.html> تاريخ الإطلاع 2013/05/30.

على الطرفين بموجب العقد، فيكون هناك طرف مُستغل، غُبنٍ بتحملة التزامات غير متكافئة مع التزام الطرف الآخر، أي المستفيد من هذا التباين.

وقد تدخل المشرع لإعادة التوازن بين طرفي العقد من خلال ما أعطاه للطرف الذي وقع عليه الغبن بسبب الاستغلال إلى حدٍ عابٍ إرادته، من سلطة في المطالبة بإبطال العقد (الفرع الأول)، أو الإنقاص من الالتزامات الواقعة على عاتقه (الفرع الثاني). ويكون إعمال هذا الحق خلال أجل قدره المشرع، وعدم احترامه سيؤدي إلى سقوطه.

الفرع الأول

دعوى الإبطال طريق لإعادة التوازن

إذا كان التشريع الألماني والتشريع السويسري قد رأيا بأن الاستغلال يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقاً¹، فإن معظم التشريعات المدنية الأخرى، قد رأت بأن الغبن الناتج عن الاستغلال إنما يُعد سبباً من أسباب الإبطال، وهو ما أخذت به التشريعات العربية، ومنها التشريع المصري في م 129 ق م م، والمشرع الجزائري في م 90 ق م ج. والأكد أن المشرع الألماني والسويسري لا يحقق الحماية للطرف المغبون، لأنه يرى بانعدام العقد أصلاً كونه مخالف للنظام العام والآداب، في حين أن التشريعات المخالفة كانت أكثر توافقاً مع كون الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة، وراعت بذلك استقرار المعاملات، في الوقت الذي راعت فيه مصلحة الطرف المغبون بأن أعطته الحق في طلب إبطال العقد، وهو حق قد يدفع الطرف المستفيد من الاستغلال إلى توقي الإبطال بإزالة التفاوت الموجود بين الالتزامات، ومن ثم إعادة التوازن في العقد الذي قد يكون مآله الزوال، كما يمكن أن يُسقط الحق في الإبطال بإجازة العقد من قبل صاحب الحق في الإبطال.

¹ - أنظر في ذلك، هائل حزام مهيوب العامري، النظرية العامة للاستغلال. ص ص 372 - 383 . كذلك محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال و الغبن في العقود، مرجع سابق، ص 129.

أولا - مضمون دعوى الإبطال

إزالة لاختلال التوازن العقدي الناشئ عن الغبن الذي سببه الاستغلال، قرّر المشرع دعوى الإبطال كوسيلة قانونية لصالح المغبون، يتوقف إعمالها على إرادته الحرة، دون أن يكون للقاضي الحق في إثارتها من تلقاء نفسه، لأن العقد موجود، ولكنه معيب في أحد أركانه وهو الرضا لاستغلال إرادة أحد الطرفين، ومن ثمة فهو عقد باطل بطلانا نسبيا، والبطلان النسبي وفق القواعد العامة ليس من النظام العام، لا يمكن التطرق إليه إلا إذا أثاره الأطراف، وإثارته هنا مقرّرة للطرف الذي وقع عليه الاستغلال، وليس للطرف المستفيد، وهو ما أكدّه المشرع الجزائري في المادة 99 بقوله: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد لآخر أن يتمسك بهذا الحق" ويقابلها في القانون المصري المادة 198¹.

وإثارة دعوى الإبطال من قبل الطرف المغبون خاضعة لاختياره، حيث يمكن أن يؤثر استمرار العقد على إبطاله، رغم أن الإبطال هو رفع للغبن الذي وقع فيه مع زوال العقد واعتباره كأن لم يكن، ومن ثمة تفويت للمصالح التي كان سيجلبها العقد. غير أن رفع دعوى الإبطال لا تعني بالضرورة إبطال العقد، بل إن الأمر موقوف على السلطة التقديرية للقاضي، فإذا ما رأى أن الاستغلال عاب رضا المغبون إلى حد إفساده، وأنه لم يكن ليُقبل على التعاقد لولا الاستغلال، جاز له إبطاله²، لذلك استعمل المشرع عبارة "الجواز"، مما يعني أن القاضي له ألا يستجيب لطلب المغبون بالإبطال. في المقابل له أن يحكم بإنقاص التفاوت الجسيم، أو الكثير وفق صياغة المشرع الجزائري، أو الالتزامات الباهظة وفق صياغة المشرع المصري، وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية، مهتديا بظروف الدعوى، ولا يخضع لرقابة قضاة القانون³.

¹ - عد إلى نص المادة عند هائل حزام مهيبوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، مرجع سابق، ص 385.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 372.

³ - محمود عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص 130.

حق الإبطال حق مقرر لمصلحة المغبون مباشرة، إلا أنه يُعد من الناحية القانونية حق شخصي، متعلق بمصلحة مالية، فهل يجوز أن ينتقل لصالح الخلف العام، والخلف الخاص، والدائنين العاديين أم لا ؟

تطبيقاً للقواعد العامة في نظرية الإبطال، فإن دعوى الإبطال تنتقل إلى الخلف العام، فيكون للورثة أن يتمسكوا بإبطال العقد تأسيساً على الاستغلال الذي وقع فيه مورثهم، وتكون المطالبة وفق دعوى مباشرة، حيث حلّوا محل مورثهم.

أما الدائنين العاديين فحقهم في الإبطال ليس حقاً مباشراً، وإنما هو حق غير مباشر، ومن ثمة تكون مطالبتهم بالإبطال نيابة عن مدينهم بواسطة دعوى غير مباشرة، متى توافرت شروطها.

والخلاف الفقهي إنما وقع فيما يتعلق بالخلف الخاص، فرأي ذهب إلى أن حقهم في ذلك حق غير مباشر، باعتبارهم دائنين عاديين، أما الرأي الثاني فذهب إلى أن حق الخلف الخاص يعتبر حقاً مكّلاً للحق الأصلي الذي انتقل إليه¹.

ودعوى الإبطال التي أقرّها المشرع لصالح المغبون بسبب الاستغلال، إنما جاءت لإصلاح العيب الذي شاب إرادته، والذي ترتب عليه تفاوت كثير وجسيم في الالتزام الواقع على عاتقه.

هذا التفاوت الذي لم يكن ليرتب حق الإبطال لو كان لسبب آخر غير الاستغلال، وعليه نرى أن حق الإبطال مقترن بعيب في الإرادة، ولذلك فحكم الغبن المنفرد أو المنفصل عن الاستغلال، لا يكون العقد فيه قابلاً للإبطال، أي أن المغبون ليس من حقه رفع دعوى يطالب فيها بإبطال العقد.

¹ - هائل حزام مهيبوب العامري، النظرية العامة للاستغلال، مرجع سابق، ص 387.

ثانيا - تجنب إبطال العقد إعادة للتوازن

إن إقرار الحق في دعوى الإبطال لصالح الطرف المغبون في العقد بسبب استغلال طيشه أو هواه الجامح، لا يؤدي إعماله إلى توازن العقد، بل إلى إبطاله إذا قدر القاضي أن جسامة التفاوت في الالتزامات وأسبابها كافيتان لهذا الإبطال، ومن ثمة سيكون زوال العقد واعتباره كأن لم يكن، وهو مالا يتوافق مع فكرة إعادة التوازن العقدي.

غير أن إعطاء هذا الحق كفيل بطريقة غير مباشرة بتحقيق التوازن إذا كان للطرف المستفيد مصلحة في بقاء العقد، حيث أتاح المشرع فرصة لهذا الطرف يستطيع من خلالها انتقاء الإبطال، ولن تكون إلا بعرض ما يمكنه أن يقرب بين التزامات طرفي العقد، ومن ثمة يقضي على أسباب الإبطال. هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 90 بقوله: "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن". ويقابل هذا عند المشرع المصري الفقرة الثالثة من المادة 129.

والمشرع أعطى هذه الميزة لصالح المستفيد من الغبن، دون أن يكون للقاضي سلطة في فرض هذا الاختيار، وإن كان يملك الحق في تقديم هذا العرض الذي للمستغل أن يأخذ به إذا رأى في ذلك مصلحة له، وأن الفائدة التي سيحققها العقد على الصورة الجديدة من الالتزامات المضافة على عاتقه، أفضل من زواله، أما إذا رأى في أن الزيادة تؤدي إلى ضياع ما يكون يصبوا إليه من التعاقد، فإنه قد يؤثر بطلان العقد بالرغم من الآثار الخطيرة لذلك. وتقرير الزيادة خاضع لتقدير القاضي، حيث أن هذا الأخير ملزم بقبول عرض المستغل من حيث المبدأ، ولكن دائما في ضوء تقديره من حيث كفايته لإزالة التفاوت الجسيم بين الالتزامات أو عدم ذلك.

ومن ثمة فافتقاء الإبطال بالزيادة التي يعرضها الطرف المستفيد، مرهون بمدى تحقيقه للهدف الذي ابتغاه المشرع، وهو رفع الاختلال في التوازن بين التزامات طرفي العقد، فإذا حقق ذلك، فإن القاضي سيحكم باستمرار العقد وفق التعديلات الجديدة.

ويذهب بعض الفقه إلى أن الحق في توقي البطلان مكفول ليس للمستغل فحسب، بل إن لغير صاحب المصلحة أيضا له أن يستفيد من أعماله، ما دام أن إبطال العقد سيكون له أثر سلبي على هذا الغير، الذي اكتسب حقا على محل العقد لعلة مشتركة بينه وبين المستغل، ومنه فإن إعطائه هذا الحق، ولو لم ينص عليه المشرع، كفيل بتحقيق استقرار المعاملات¹.

وحق المستغل في توقي دعوى الإبطال بعرض ما يكون كافيا لإزالة الغبن مستمر أثناء الدعوى إلى غاية صدور الحكم فيها، حيث يستطيع أن يعرض الزيادة في أي لحظة من مراحل سير الدعوى، ومتى رأى في ذلك مصلحته، وعلى القاضي أن ينظر في العرض حتى وإن قطعت الدعوى مراحل متقدمة من النظر فيها، لأن الإبقاء على العقد أولى من إبطاله، لكن إبقائه يجب ألا يضر بمصلحة المغبون، ولا أضر من أن يبقى العقد قائما على الرغم من التفاوت الفاحش بين التزامات الطرفين.

أما إذا صدر حكم بالإبطال، فإن هناك من يرى بإمكانية عرض المستغل تظل قائمة، ما دام الحكم لم ينفذ بعد، لأن الهدف - كما أشرنا سابقا - هو دائما أولوية الإبقاء على العقد، لما في ذلك من استقرار للمعاملات، وأن صدور الحكم لم يغير في المراكز القانونية شيئا ما لم ينفذ².

1 - محمود عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص 134.

2 - محمود عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص 134.

ولعلنا أكثر تأييدا لهذا الاتجاه، لأنه أكثر خدمة لفكرة إعادة التوازن العقدي، فالحق في الإبطال لم يقرّر إلا بوجود عيب في إرادة المغبون، ولم يكن ليقرّر لو أن عدم التوازن كان ماديا بحتا، لذلك فإن أي إمكانية يتحقق بها استمرار العقد، وتحول دون هدمه، يجب أن تكون محل اهتمام وحماية من قبل القاضي، وحبذا أن تكون محل تفصيل وبيان من المشرع. وقد رأى البعض أن الحكم القضائي يمكن أن يتضمن تحديد مدة، يمكن فيها توقي الإبطال الذي صدر بشأنه حكم¹.

ثالثا - التنازل عن الحق في الإبطال بالإجازة

إن اعتبار الاستغلال عيبا من عيوب الإرادة يرتب قابلية العقد للإبطال، وفق ما نصت عليه المادة 90 ق م ج، يجعل الطرف المقرر له حق المطالبة بالإبطال قادرا على التنازل عن هذا الحق، لمصلحة يراها هو في استمرار العقد، ويكون هذا التنازل عن الحق في إبطال العقد المعيب بعيب الاستغلال عن طريق إجازته.

والإجازة عبارة عن تصرف قانوني من جانب واحد، وهو المغبون بسبب الاستغلال، بموجبه يتم التخلي عن الحق في إبطال العقد، مما يترتب عنه زوال الخطر الذي كان يتهدد هذا العقد بصفة نهائية².

وتقع هذه الإجازة صحيحة بعد زوال العوامل النفسية التي تقرّر بها وجود استغلال في العقد محل الإجازة، إذ أن بقاء حالة الطيش أو الهوى الجامح التي وجد فيها المغبون عند إبرام العقد، تجعل الإجازة معيبة بالعيب نفسه الذي وُسم به العقد، ومن ثمة يلحقها ما لحقه من قابلية الإبطال³.

¹ - هائل حزام مهيب العامري، مرجع سابق، ص 450.

² - محمود عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 133.

³ - علي فيلال، مرجع سابق، ص 336.

باعتبارها تعبير عن الإرادة وفق ما نصت عليه المادة 60 من ق م ج، تكون الإجازة بصفة صريحة، حيث يقوم الطرف المغبون بالتعبير عنها باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة، أو بغير ذلك بشكل لا يترك المجال للشك في تنازله عن حقه في الإبطال، كما تكون بصفة ضمنية، إذا قام بتصرف قانوني يعبر ضمناً عن تنازله عن حقه في الإبطال، مع علمه بأن العقد معيب، كأن يبدأ بتنفيذ العقد القابل للإبطال، فيفهم من هذا التصرف أنه تنازل عن حقه في إبطال العقد¹.

ويترتب على إجازة العقد القابل للإبطال الاستقرار النهائي له، فيصبح باتاً في حق الطرفين بصفة نهائية ويكون ذلك، حسب نص المادة 100 ق م ج من يوم إبرام العقد، أي بأثر رجعي وليس من يوم الإجازة فقط.

وبالتالي فدعوى الإبطال يمكن توقيها من قبل الطرف المستغل، بعرض الزيادة التي يقدرها القاضي، أو عن طريق الإجازة من قبل الطرف المغبون في العقد القابل للإبطال، وهذا من أجل فسخ المجال لما يمكنه أن يساهم في استقرار المعاملات.

الفرع الثاني

دعوى الإنقاص

إنصاراً لمبدأ استقرار المعاملات، أجاز المشرع للمتعاقد المغبون، أن يلجأ إلى القضاء، طالبا الإنقاص من التزاماته في العقد الذي تقررت قابليته للإبطال بسبب الاستغلال الذي وقع فيه الطرف المغبون، ولعل هذا الحل أنفع له في اللجوء إلى طلب الإبطال، حيث تتراجع فيه الشروط المجحفة إلى أخرى أقل إجحافاً².

1 - المرجع السابق، ص 335.

2 - محمود عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص 135.

في هذه الحالة يكون القاضي ملزماً بالأحكام بأكثر من ذلك، أي لا يجوز له الحكم بإبطال العقد، على عكس دعوى الإبطال كما سبق وأن رأينا، إعمالاً للقواعد العامة في الإجراءات المدنية، حيث لا يحق للقاضي من خلالها أن يحكم بأكثر مما طلب المدعي¹.

غير أن التساؤل المطروح هو : هل للقاضي أن يقرر الرفع من التزامات الطرف الآخر أي المستغل، بدل الإنقاص من التزامات المغبون؟

يرى كثير من الفقه بعدم جواز ذلك، لأن نص المادة 90 ق م ج لم تذكر سوى إنقاص التزامات المغبون، إضافة إلى أن المصلحة في إنقاص الالتزامات واضحة في جانب المغبون، دون أن ترهق الطرف الآخر، في حين أن رفع التزامات المدعي عليه قد تؤدي إلى إرهاقه إلى حد قد يؤدي إثارة العدول عن العقد، خاصة وأنه لم يطلب الزيادة في التزاماته اتقاء لإبطال العقد².

وتقدير مقدار الإنقاص في الالتزامات، أمر متروك للقاضي، يقدره حسب الظروف المحيطة بالعقد وطرفيه، ولا يخضع في ذلك لتقدير المحكمة العليا، غير أن هذا الإنقاص لا يعني بحال من الأحوال أن يؤدي إلى العدالة التامة بين التزامات الطرفين، ولكن يكفي أن يكون إلى حد، يرفع معه الغبن الفاحش الذي وقع على الطرف المغبون³، وبالتالي فالسلطة التقديرية في إعادة التوازن العقدي في دعوى الإنقاص واسعة لا يقيد بها سوى عدم الحكم بأكثر مما طلب المدعي.

¹ - وهو ما يُستشف من نص المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية والادارية : " لا يجوز للقاضي أن يأسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات... " القانون رقم 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والادارية،

المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008

² - محمود عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص 136.

³ - علي فيلاللي، مرجع سابق، ص 216.

الفرع الثالث

آجال الدعوى في الاستغلال

على خلاف مواعيد دعوى الإبطال بسبب عيوب الإرادة الأخرى، كالغلط والتدليس أو الإكراه، والتي تكون فيها المدة خمس سنوات تبدأ من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس، ومن انقطاع حالة الإكراه¹، فإن موعد رفع الدعوى في الاستغلال، يجب أن تكون خلال سنة واحدة من تاريخ إبرام العقد، سواء تعلق الأمر بدعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص، بناء على ما قرره المشرع في الفقرة الثانية من المادة 90 ق م ج : " ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة."

والمدة التي قررها المشرع هي مدة سقوط، حيث أنه بانقضاء السنة يصبح العقد نافذاً، وبأثر رجعي؛ أي من يوم إبرامه، وليس من يوم انقضاء المدة، وبذلك لا يجوز إثارة إبطاله، لا في صورة دعوى ولا في صورة دفع، أي أن المدة التي ذكرها المشرع ليست مدة تقادم، فلا يرد عليها وقف ولا انقطاع.

إن قصر مدة دعوى الاستغلال، وبدؤها يوم إبرام العقد لا من يوم زوال العيب، يبرره بعض الفقه بكونه أدعى لاستقرار المعاملات وعدم اضطرابها إلا في أضيق الحدود الممكنة²، خاصة وأن قصر المدة يساعد على تبيين وجود الغبن من عدمه، لأن امتداد الوقت سيحول دون تقدير حجم التفاوت بين أداءات الطرفين، وذلك بسبب تغير القيم الاقتصادية من وقت لآخر. ولعل هذا التبرير - في رأينا - ينعدم إلى القوة الكافية، فإذا اعتمدنا على المعيار الشخصي في الاستغلال، والمتمثل في الهوى الجامح أو الطيش

¹ - المادة 101 ق م ج، والمدة المنصوص عليها في هذه المادة هي مدة سقوط الحق في الدعوى، أما مدة تقادم الدعوى فهي 10 سنوات من يوم إبرام العقد.

² - محمود عبد الرحمان محمد . مرجع سابق. ص 141.

والذي ساهم في إقبال صاحبه على التعاقد، فإننا نكون أقرب إلى مدة الدعوى في حالات عيوب الإرادة الأخرى والتي هي خمس سنوات كما أشرنا.

أما إذا اعتمدنا على المعيار الموضوعي، والمتمثل في التفاوت بين الاداءات إلى درجة تم فيها إرهاب أحد الطرفين، فإننا نكون أقرب إلى مدة دعوى تكملة الثمن في الغبن، والتي قدرها المشرع بثلاث سنوات أيضا وفق ما تنص عليه المادة 359 ق م ج.

وعليه نعتقد أن على المشرع أن يعتمد نفس آجال الطعن المأخوذ بها في عيوب الرضا الأخرى، فتكون المدة خمس سنوات تبدأ من وقت زوال الطيش أو الهوى، أو عشرة سنوات تبدأ من تاريخ إبرام العقد¹، وذلك مراعاة لحالة المغبون التي ترتبط ارتباطا وثيقا بتحول حالته النفسية، التي أدت إلى إبرامه للعقد بالرغم من التفاوت البين في الاداءات، بين ما تحصل عليه وما أداه للطرف الأخر. بل لقد يكون من الراجح النظر إلى التفاوت بين الاداءات وحده دون النظر إلى الجانب النفسي، لأن دواعي العدالة المؤسس عليها تدخل القاضي لإعادة التوازن في دعوى الغبن التي ذكرها المشرع على سبيل الحصر، قد تكون هي نفسها التي عالجها المشرع في موضوع الاستغلال معتمدا على معيارين، تتسع فيهما السلطة التقديرية للقاضي، معيار نفسي متعلق بالطرف المغبون، وبالطرف الآخر الذي استغل هذا الضعف النفسي، ومعيار مادي متعلق بمقدار التفاوت الذي يؤدي إلى حد الإرهاب،

ومن ثم يكون الاتجاه نحو تبني الغبن كمبدأ عام للتفاوت بين الاداءات، وفق معيار موضوعي، بغض النظر عن حالة الضعف التي تتعدد أسبابه وأشكاله لدى المدين، أو نية الاستغلال لدى الطرف الأخر، وذلك من أجل تحقيق التوازن بين المتعاقدين، وفق ما تقتضيه روح العدالة.

¹ - محمود عبد الرحمان محمد، مرجع سابق، ص 145.

المبحث الثاني

نظرية السبب

بداية من القانون الروماني الذي اُتسم بالشكلية الصارمة، والذي لم يعترف بالسبب إلاّ في إطار ضيق فكرة موضوعية، مروراً بالقانون الكنسي الذي حرّر الارادة من القيود، مسنداً للسبب مفهوماً مبتكراً ذو صبغة ذاتية، ومنتيحاً للقاضي إمكانية البحث عن نية المتعاقد للوصول إلى البواعث الحقيقية على التعاقد وتقدير ما إذا كانت مشروعة، وبأفكار الفقيهين الفرنسيين Domat و Pothier في القرنين السابع والثامن عشر على التوالي، الذين كان لهما الفضل في صياغة النظرية التقليدية متأثرين في ذلك بالتصور الروماني لفكرة السبب، وتبنى واضعي القانون المدني الفرنسي هذه الرؤية واعتمدها في المواد 1108، 1131، 1132، 1133.

وصولاً إلى القضاء الفرنسي وموقفه الذي لم يلتزم بحرفية هذه النصوص، وإحيائه للتصور الكنسي لفكرة السبب بمفهومه الشخصي، والمعروف بالنظرية الحديثة، مع المحافظة في ذات الوقت على التصور التقليدي الذي اعتمده القانون المدني.

بقيت نظرية السبب على مرّ هذه القرون الطويلة من الزمن وإلى عهد قريب، نظرية ثابتة ومستقرة لم يكدر هديرها أي تغيير يذكر، مشكلة ركناً من أركان العقد طبقاً لنص المادة 1108 من ق م، التي يقابلها نص المادة 97 من ق م ج.

ولقد أُنيط بنظرية السبب في هذا النطاق تحقيق وظيفتين أساسيتين : تظهران بشكل جلي من خلال التقسيم الثنائي، إلى نظرية تقليدية ونظرية حديثة.

ففي حين كرّست الأولى مفهوماً موضوعياً، يسمح بمراقبة وجود السبب ممثلاً في المقابل أو العوض، وبالتالي يساهم في حماية المصلحة الفردية للمتعاقد، بمعنى أنه يشكل ضماناً مجردة ومستقلة عن البواعث الذاتية، مقتصرًا دوره فقط عند مرحلة تكوين العقد، ويحمي المتعاقد من أعباء تحمّل التزامات لا يقابلها عوض، أو يوجد لها عوض تافه.

كرّس التصور الثاني مفهوما شخصيا يسمح بمراقبة مدى مشروعية السبب، وبالتالي يساهم في حماية المجتمع من العقود التي تمس بالنظام العام والآداب العامة.

لكن دور السبب لم يتوقف عند هذا الحد، فقد أظهر القضاء الفرنسي بنهايات القرن الماضي، أن دوره لا يقتصر على مجرد حماية المجتمع أو حماية المتعاقد، وإنما أصبح أداة فعّالة لحماية العقد ذاته، من خلال استخدامه كوسيلة داعمة لحماية توازن العقد أو ترميمه إذا لزم الأمر، وذلك من خلال إصباح الرؤية الذاتية لسبب الالتزام الذي تبنته النظرية التقليدية، مستحدثا بذلك نوعا ثالثا للسبب يجمع بين التصور التقليدي والتصور الحديث، يضع في حيز الاهتمام البواعث الذاتية التي دفعت المتعاقدين لإبرام العقد.

لاتصاله الوثيق بفكرة التوازن سنقتصر في عرض مفهوم السبب فقط على سبب الالتزام (المطلب الأول)، ووظيفة التعادل بين الأداءات المنوطة به (المطلب الثاني). ثم تطور هذه الوظيفة على يد القضاء ليصبح دعامة لتحقيق العدالة التعاقدية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

السبب وفق النظرية التقليدية "سبب الالتزام"

كانت الجذور الأولى لنشأة النظرية التقليدية نابعة من الأسس التي وضعها الفقيه Domat، الذي كان من جهة متأثرا بمبادئ القانون الروماني، ومن جهة أخرى معارضا لرؤية الكنسيين، القائمة على منح القاضي حرية واسعة في تقصي البواعث النفسية الدافعة إلى التعاقد. هذه الرؤية أكمل صياغتها وأتمّ بناءها الفقيه Pothier ليتبنّاها بعد ذلك واضعي أول قانون مدني في فرنسا في 1804.

سنركز في هذا المطلب على مضمون السبب وفق هذه النظرية (الفرع الأول)، ثم بيان شروطه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون سبب الالتزام وبيان خصائصه

وضعت النظرية التقليدية مضمونا لسبب الالتزام، تميّز بتصوّر خاص، ثم من خلال تحديده بمجموعة من الخصائص.

أولا - تعريف سبب الالتزام

المقصود بسبب الالتزام وفق النظرية التقليدية هو السبب القسدي، أي الغرض المباشر الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقد، والغاية التي أراد تحقيقها من وراء التزامه، من أهم أوصافه أنه متطابق ولا يختلف من متعاقد إلى آخر في النوع الواحد من العقود. يعتبره فقهاء النظرية التقليدية بهذا المعنى ركنا أساسيا في الالتزام، ويترتب على تخلفه بطلان العقد،¹ فهو عنصر مجرد ذو طبيعة موضوعية، لا تؤثر فيه نوايا المتعاقد وبواعثه النفسية² لأنها غير مباشرة - لا يصل إليها المتعاقد مباشرة من وراء التزامه - بل تتحقق بعد أن يتحقق السبب³. وفق لهذا التوجّه يكمن سبب التزام كل طرف في العقد ذاته، أي المنفعة أو الغاية التي قصدتها من العقد في بعدها الاقتصادي⁴.

ثانيا - خصائص سبب الالتزام

من خلال التعريف السابق لسبب الالتزام، يمكن استخلاص أهم الخصائص المميزة له وفق النظرية التقليدية :

أ- أنه سبب الالتزام وليس سبب العقد، وهو عنصر موضوعي مجرد وداخلي في العقد، إذ هو عنصر من عناصره، لا تؤثر فيه النوايا، ويختلف عن البواعث البعيدة.

¹ - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص155.

² - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار الجامعة الجديدة القاهرة 2004، ص، 215

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مرجع سابق، ص، 478

⁴ - A. Benabent, *Droit civil – les obligations – 6^{ème} éd –Montchrestien, 1997 p. 120*

ب - أنه عنصر أساسي في تكوين العقد، فلا بيع دون نقل ملكية وتسديد ثمن، ولا قرض دون تسليم مسبق لمبلغ القرض، ولا هبة دون نيّة التبرع. يتفرع عن ذلك ما يلي :

1- أنه لا يتغيّر في النوع الواحد من العقود مهما اختلف المتعاقدان. ذو طبيعة موضوعية، ما يجعل القاضي مجبراً على البحث عنه داخل أسوار العقد، والتوقف عند السبب الفوري دون محاولة التوغّل في أغوار النفس.

2- أنه معلوما لدى الطرفين، فهو يتعلق بطبيعة العقد ذاته وطبيعة الالتزام، الأمر الذي يجعله فقط المعتبر دون الدافع، لأن الدوافع تبقى مجهولة بالنسبة للطرف الآخر.¹

3- أنه مصاحب للالتزام من يوم نشأته إلى يوم انقضائه، لذا لا يكفي أن يوجد سبب الالتزام صحيحاً ومشروعاً عند إبرام العقد، بل يجب أن يستمرّ إلى غاية تنفيذ الالتزام أو انقضائه، فإذا انقطع السبب قبل تنفيذه سقط الالتزام لسقوط سببه.

الفرع الثاني

شروط سبب الالتزام

يرى أنصار النظرية التقليدية أنه لقيام سبب الالتزام، يجب توفر ثلاثة شروط، وهو الأمر الذي تبناه القانون المدني الفرنسي في مادته 1131 حيث نص على أن: "الالتزام بدون سبب، أو لسبب غير صحيح أو غير مشروع ليس له أي أثر"²، وقد تبعه في ذلك النص الفرنسي للمادة 97 ق م ج دون ذكر شرط الصحة بنصها :

« Le contrat est nul si on s'oblige sans cause ou lorsque la cause est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » Art 97 du CCA.

¹ - A. Weill et F. Terré, Droit civil - les obligations- 2^{ème} éd, Dalloz 1975. P. 286-287

² - Article 1131 : « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » code civil Français, 108^{ed} Dalloz, 2009.

أولا - شرط الوجود

يبطل العقد بانعدام السبب، فالالتزام المشتري بدفع الثمن يعتبر مجرداً من سببه إذا هلك محل التزام البائع قبل العقد. كما أن الاتفاق الذي يتعهد بموجبه شخص بأن يدفع لآخر مبلغاً من النقود تعويضاً عن ضرر يعتقد أنه مسؤول عن تعويضه، يقع باطلاً إذا تبين أنه غير مسؤول¹.

ثانياً - شرط الصحة

السبب غير الصحيح لا يمكن أن يسند إليه قيام الالتزام، وحالات عدم الصحة هي من جهة السبب المغلوط أو الموهوم كما في حال الاعتقاد بوجود سبب لا وجود له، ومثاله اتفاق المدين مع دائئه على تجديد دين هو في الحقيقة قد انقضى. من جهة أخرى السبب الصوري، وهو السبب الذي لا وجود له في الواقع، ولا تعتبر الصورية مبطلاً للعقد في حد ذاتها، لأن العبرة بالسبب الحقيقي، إلا إذا قصد منها أمر غير مشروع. مثال الصورية إخفاء المتعاقدين نية التبرع في شكل بيع، فهنا السبب الحقيقي هو نية التبرع.

ثالثاً - شرط المشروعية

يمكن أن يكون سبب الالتزام غير مشروع بالرغم من انفصاله عن الدوافع، ففي العقود الملزمة للجانبين، يكون سبب التزام أحد الطرفين غير مشروع إذا كان محل التزام الطرف المقابل غير مشروع، فسبب التزام المتعاقد بتسديد مبلغ من المال لشخص بقصد القيام بجريمة يعتبر غير مشروع، مثله مثل محل التزام الطرف الآخر. لكن بوجه عام فإن سبب الالتزام نظراً لطابعه المجرد، لا يسمح بالتعرف عمّا إذا كان مشروعاً أو غير مشروع²، فهو حيادي يسمح فقط بالتعرف على وجود أو عدم وجود السبب.

¹ - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 217

² - H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil- t. II - vol I - les obligations* - 3^{ème} éd
Montchrestien Delta, 2000, p. 280

المطلب الثاني

الوظيفة التقليدية لسبب الالتزام

بخلاف حماية المصلحة العامة للمجتمع التي يضطلع بتحقيقها سبب العقد، يناط بسبب الالتزام وظيفة أخرى، فالمفهوم الموضوعي يسمح بمراقبة مسألة وجود السبب، وبالتالي يساهم في حماية المصلحة الفردية للمتعاقد، الذي ينتظر مقابلا لما أعطى، وبالتالي يظهر التعادل بين الحقوق والالتزامات كأهم دور في هذا النطاق (الفرع الأول) لكن دور سبب الالتزام لا يتوقف عند هذا الحد، فمن خلال فكرة الترابط بين الالتزامات التي يعتبر السبب أساسها، يمكن تبرير الكثير من الأحكام التي لها هي الأخرى دور فعال في تحقيق التوازن العقدي كالفسخ والدفع بعدم التنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعادل بين الاداءات كأهم دور لسبب الالتزام

تتمثل الوظيفة الرئيسية لسبب الالتزام، في حماية المتعاقد، ولا يتم تحقيق ذلك إلا من خلال تفعيل شرط وجود السبب، مما جعل أغلب التشريعات المدنية، تؤكد على أنه لا يكفي لقيام رابطة الالتزام توفر إرادة الملتزم، وإنما يشترط أيضا أن يكون لهذه الإرادة سبب يوجّهها. يترتب على ذلك أن الملتزم، يمكن أن يتحرّر من التزامه، إذا اتضح أن الهدف الذي قصده لم يتحقق، إذ لا مبرر لقيام التزامه.

هذه الحماية لا يمكن لسبب العقد أن يقوم بها، ذلك أنه في مجال تحديد المقابل، لا بدّ أن يكون هناك معيارا موضوعيا، من داخل العقد، حتى يمكن تحقيق هذه الحماية¹، والتي تتمثل مظاهرها في التعادل بين الأداءات المتقابلة وهي بذلك الوظيفة الأهم على الإطلاق. فكل متعاقد يرغب في المعادلة بين ما يعطي في مقابل ما يأخذ، ولعله من الواضح أن

¹ - حليلة آيت حمودي، نظرية الباعث في الفقه الإسلامي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1976. ص، 94.

اختلال التعادل في العقود، عند ترك الأفراد يحدّدون قيم آداءاتهم، مع غياب حسن النية في التعامل، يؤدي إلى تحطيم شامل لنظام العقد¹. فالاختلال الفادح بين الآداءات، يتناقض مع مبدأ العدالة في المعاملات.

إن أول من نادى بفكرة المعادلة باعتبارها كيان السبب هو العميد Maury، الذي كان يميل إلى الاتجاه الموضوعي في السبب، حيث يعرفه بأنّه: "المبرر لانتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى" حيث يحدّده في العقود الملزمة للجانبين، في اشتراط وجود المقابل الاقتصادي. وقد فرّق هذا الفقيه، بين السبب في التبرّعات وجعله الباعث الدافع، والسبب في المعاوضات، وجعله المعادلة بين الآداءات. ليخلص في الأخير إلى أنه لا يعتبر سبباً، إلا ما كان عوضاً: " n'est cause que ce qui est équivalent"².

كما تبنّى نفس الموقف الفقيه Louis Lucas في رسالته " الإرادة والسبب"، حيث جعل السبب يتمثل في القيمة الاقتصادية التي يقرّها العاقدان، أي إذا كان يوجد تعادل بين الالتزامات أم لا، والقاعدة العامة أن التعادل الشخصي يكفي، وما الغبن والاستغلال إلا استثناء عن هذه القاعدة.³

كما أن بعض القوانين كالقانون الإنجليزي والأمريكي، جعلت من مسألة المعادلة الشرط الوحيد المعتبر في العقد، وأطلقت عليه مصطلح العوض La Considération ولتحقيق المعادلة توجد مجموعة من الوسائل، من بينهما منع النشاطات التي تقوم على مبدأ اختلال الالتزامات، كالاقتراض بالفوائد الربوية، والحد من المهن الوسيطة التي

¹ - محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مرجع سابق، ص 282-283

² - J. Maury, Cause, *Recueil. V° contrats et conventions*. Encyclopédie 1970, n° 87.88 p. 10.

ويضيف في تعريفه للسبب ما يلي: "إننا في تعريفنا للسبب يجب أن ننطلق من الوظيفة التي يؤديها، فهو يوفر الحماية للمجتمع بشرط المشروعية، والمعادلة بين الآداءات كسبب للالتزام"

J. Maury, "Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil Français" Th, Toulouse 1920"

نقلا عن يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مرجع سابق، هامش ص، 96

³ - J. Ghestin, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, op. cit. p. 836-837

تقوم على السمسرة والعمولة، وتؤدي إلى رفع الأسعار دون إنتاج أو خدمة حقيقية. كما أن أنجع الوسائل هي اختصار الطريق بين المنتج والمستهلك، وحمايته من جشع المحترفين، والغاية من كل ذلك هي الوصول إلى شرط كفاية السبب¹.

لكن - حسب التصور التقليدي - بالرغم من الارتباط الواضح، بين وجود السبب والتعادل بين الاداءات، إلا أنه لا ينبغي الخلط بين المفهومين، ذلك أن التزام أحد الطرفين يكون له سبب بمجرد أن يعرض الطرف الآخر مقابلاً حقيقياً، حتى لو كان هذا المقابل ضئيلاً في قيمته، مقارنة مع الالتزام المقابل. فغياب السبب لا ينتج من مجرد اختلال بسيط للتكافؤ الاقتصادي بين الالتزامات المتقابلة، فلكي نكون أمام غياب للسبب يجب أن يكون هناك اختلال حقيقي للعرض، بأن يكون معدوماً أو تافهاً².

هذا ما استقر عليه القضاء لزمناً طويلاً، رافضاً تقدير التكافؤ بالاستناد إلى عنصر السبب، فالتزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة يبقى قائماً حتى ولو كانت الأجرة غير كافية، ومن شأن القول بغير ذلك، أن يهدد استقرار المعاملات، وأن يمس بقاعدة أن الغبن لا يؤخذ به إلا في حالات استثنائية³.

الفرع الثاني

الترابط بين الالتزامات

لم يعرف القانون الروماني فكرة الترابط بين الالتزامات، حيث كان التزام كل طرف ينشأ مستقلاً عن التزام الطرف الآخر، ويترتب على ذلك أن امتناع أحدهما عن التنفيذ لم يكن ليخوّل للطرف الآخر الدفع بعدم التنفيذ، ولا التمسك بالفسخ لعدم التنفيذ. لكن مع ظهور القانون الكنسي، عرفت العقود الملزمة للطرفين ترابطاً وثيقاً، ليس فقط أثناء

¹ - محمد يحيى عبد الرحمان المحاسنة، مرجع سابق، ص، 284

² - F.Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil - les obligations*- op. cit, n°333, p. 283.

³ - R. Cabrillac, *droit des obligations*.4^{ème} éd, Dalloz 2000, n° 89, p. 60.

مرحلة تكوين العقد، بل امتدّ أيضا لمرحلة تنفيذه، فكل التزام يجب أن يكون سببه في الالتزام المقابل للطرف الآخر والمرتبط به¹.

وقد تمت صياغة هذا المبدأ في القرن السابع عشر XIII في الصيغة التالية:

"*non servandi fidem non est fides servanda*" أي " إذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه، فإن التزام الطرف الآخر يزول" وهو ما يبرّر الإرادة التعاقدية إقتصاديا، فالكنسيين أول من استخلص الوظيفة المزدوجة للسبب: وظيفة اقتصادية تجد أساسها في مبدأ الارتباط بين الالتزامات، ووظيفة أخلاقية تجد أساسها في ضرورة حماية المجتمع³. ومثلما أن مبدأ سلطان الإرادة شكّل الأساس الأول الذي ترعرعت نظرية السبب في ظلّه، على اعتبار أنه كلما اعترف للإرادة بمكانة أكبر في تكوين العقود، كلما كبرت مكانة السبب، فإن قاعدة الارتباط أو التقابل بين الالتزامات *Règle des corrélatifs* وكل ما يترتب عليها من قواعد مثل الفسخ، والدفع بعدم التنفيذ، أسهمت بقدر كبير في المحافظة على التوازن في عقود المعاوضات.

إن تكريس سبب الالتزام كوسيلة مثلى لحماية الإرادة التعاقدية، يظهر في كونه الأساس القانوني لتفسير بعض الآثار القانونية للعقد، فسبب التزام المتعاقد في العقود التبادلية والمتمثل في وجود الالتزام المقابل، يفترض وجود علاقة ارتباط بين الالتزامين، الأمر الذي يسمح للمتعاقد بتوقيف تنفيذ التزامه، أو التحرّر منه نهائيا، إذا رفض الطرف الآخر تنفيذ ما في جانبه من التزامات. بمعنى آخر أن نظرية السبب، تبرّر قيام أوضاع قانونية تساهم في حماية المصالح الخاصة للمتعاقد وإقامة التوازن العقدي، وهي الدفع بعدم التنفيذ والفسخ.

¹ - Terré. Simler. et Lequette, op. cit. p 270

² - « on n'a pas à tenir sa parole au regard de la personne qui ne tient pas la sienne » H. I et J Mazeaud. par Chabas op. cit, op. cit, p. 264.

³ - Ch. Larroumet, Droit civil, op. cit. p. 422.

أولاً - الدفع بعدم التنفيذ

إستقر القضاء الفرنسي خضوعاً منه لمقتضيات نصوص القانون المدني، على أنه حيث يوجد ارتباط بين التزامين، فإن المدين في أحدهما يحق له الامتناع عن تنفيذ التزامه، حتى يقوم المدين الآخر بما عليه من التزام¹، وبهذا المعنى عرّف الدفع بعدم التنفيذ، بأنه: " حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يتم المتعاقد الآخر في نفس العقد، بتنفيذ ما عليه من التزام، وهو بذلك يمهد إمّا إلى التنفيذ أو إلى الفسخ"².

بذلك نجده يقترب إلى حد كبير بالحق في الحبس، حيث أن القضاء في فرنسا لم يقف بالدفع بعدم التنفيذ عند معناه المحدد، بل وصل به إلى أبعد من ذلك، وانتهى إلى اعتباره تطبيقاً من تطبيقات الحق في الحبس، حيث يقول الفقيه Cassin بهذا الخصوص " إن الدفع بعدم التنفيذ توارى بصنع القضاء خلف الحق في الحبس"³.

لكن بالرغم من التداخل بين القاعدتين، يمكن تمييز الحق في الحبس في كونه النظام القانوني الذي يخول للدائن، الذي يكون في الوقت ذاته مديناً بتسليم شيء لمدينه، أن يمتنع عن تسليم هذا الشيء إليه، حتى يستوفي كامل حقوقه المرتبطة بهذا الشيء.⁴

¹ - " nul ne peut réclamer à autrui l'exécution d'obligations nées d'un meme rapport synallagmatique, s'il n'est prêt à exécuter les siennes simultanément". R. Cassin, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ces relations avec le droit de rétention, th, paris 1914.

ذكره عادل جبري محمد حبيب، وسائل الضغط الخاص الدفاعية وأثرها في تحقيق التوازن العقدي، دراسة تحليلية إنقادية مقارنة بفقهاء الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الاسكندرية 2003، ص 08

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري جـ 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، مرجع سابق ص ص 294 و 295

³ - عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 02.

⁴ - المرجع السابق، الالتزامات، ص 08

وقد نظم المشرع المدني الجزائري الدفع بعدم التنفيذ، في المادة 123 التي تنص: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".¹ ويقتضي التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، توفر شروط ثلاثة: أن يكون العقد متبادلا، وأن يكون الالتزام المقابل مستحق الأداء، وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخلّ بالتزامه¹.

وبالرغم من الاختلاف الواقع حول تحديد الأساس القانوني للدفع بعدم التنفيذ، بين من جعله عدالة التعامل، ومن جعله مبادئ حسن النية، ومن جعله يقوم بالاستناد إلى نظرية السبب. إلا أنه من الواضح أن غالبية الفقه² والقضاء² يُسند هذا المبدأ إلى نظرية السبب في العقود المتبادلة³.

وليس خفيا الدور الذي يلعبه الدفع بعدم التنفيذ في تجسيد فكرة التوازن العقدي، من خلال الاعتراف لكل متعاقد أن يوقف تنفيذ التزامه، ويمتنع عن تسليم ما في ذمته لمدينه، حتى يُنفذ الالتزام المقابل له، ويستوفي حقه، فليس من العدل إلزام من فانت عليه المنفعة التي تعاقد من أجل تحصيلها، بعدم التمسك بالوسائل التي تمكنه من استيفائها.

ثانيا - الفسخ

تكرّست فكرة الترابط بين الالتزامات في العقود التبادلية في الفقه الكنسي،⁴ وعلى أساسها نتجت فكرة الفسخ لعدم التنفيذ، حماية للمتعاقد حسن النية، نظرا لكون الدفع لعدم التنفيذ، كان قاصرا عن توفير الحماية الكاملة.¹

¹ - هناك من الشراح من يضيف شرطا رابعا بأن لا يكون المتعاقد متعسقا في استعماله للدفع بعدم التنفيذ (أي حسن النية): أنظر محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني ط1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2004 ص124، في حين يرى آخرون أن حسن النية أمر مفترض دائما، أنظر علي فيلال، الالتزامات، مرجع سابق، ص 362.

² - أمثال الفقهاء : Weill, Terre, Chestin

³ - محمد علي عبده، مرجع سابق، ص 132

⁴ - " Les Canonistes, eux, ont bien compris que ces obligations sont étroitement unies, non seulement au moment de leur naissance, mais jusqu'à leur complète exécution " H.Capitant " de la cause des obligations" مأخوذ عن محمد عبده، مرجع سابق، ص 144

ويمكن تعريف الفسخ على ضوء المادة 119 من ق م ج، التي تنص: " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد، بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك " .

فهو إذن الجزاء المترتب عن امتناع أحد العاقدين عن تنفيذ ما التزم به، حتى يمكن للعاقد الآخر أن يتحرر من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد. لكن حق المتعاقد في طلب الفسخ مقيد بشروط : أن يكون العقد ملزما للجانبين، ولم يوف أحدهما بالتزامه، وأن يكون طالب الفسخ قد وفى بما تعهد به، أو على الأقل مستعدا للوفاء به².

ويدخل الفسخ ضمن السلطة التقديرية للقاضي. أمّا الأساس القانوني للفسخ، فقد أثار خلافا شديدا بين الفقهاء، فبالرغم من أن نص القانون المدني الفرنسي بخصوص الفسخ ورد في المادة 1184 مؤسسا على فكرة الشرط الفاسخ الضمني، ولم يشر في ذلك إلى السبب، إلا أن جانب من الفقه³ بتأييد من القضاء يرون أن أساسه القانوني يستند إلى فكرة الارتباط بين الالتزامات، التي بدورها تجد أساسها في نظرية السبب بمفهومها التقليدي. لكن هذا الرأي كان محل نقد، على اعتبار أن الالتزام عندما يتوفر سببه عند نشوئه، فإنه لا يمكن أن يصبح بغير سبب بعد ذلك. ثم إن فقدان السبب باعتباره ركنا في العقد يقتضي البطلان لا الفسخ، دون إعطاء القاضي أي سلطة في ذلك.

أما الفقيه Maury فذهب إلى أن أساس الفسخ ما هو إلا فكرة التكافؤ بين الاداءات، وجعل Ripert أساسه في حسن النية، الذي يجب أن يتوفر بين المتعاقدين، كما يرى Mazeud أن الفسخ هو نظام إصلاح الخسارة التي ستلحق بالدائن بسبب عدم التنفيذ⁴.

1 - المرجع السابق، ص 145

2 - المرجع سابق، ص ص 133 و 134

3 - من بينهم Capitant ومن الفقهاء العرب: عبد المنعم فرج الصده، عاطف النقيب، أنظر المرجع السابق ص 144

4 - محمد يحيى عبد الرحمان المحاسنة، مرجع سابق، ص ص 288 و 289

نستخلص مما سبق، أن إعمال سبب الالتزام أثناء مرحلة التنفيذ وما يتفرع عنه من نظم قانونية، كفيل بالحفاظ على قدر كبير من التكافؤ العقدي بين الالتزامات، وبالتالي يساهم في ضمان حماية واسعة للمتعاقد. وهذا ما كرّسته محكمة النقض في عدة قرارات من بينها قرار صادر بتاريخ 17 جانفي 1995 عن الغرفة المدنية الأولى، حيث قضت أن الزبون غير ملزم بتسديد العمولة المتفق عليها لفائدة الوكيل العقاري، لإخلال هذا الأخير بالتزاماته بصفة كاملة ونهائية.¹

وبعد صدور هذا القرار بمدة قصيرة، وتحديدًا في 1995/01/31 رفضت نفس الغرفة، تسديد أتعاب مؤجر عمل فني Locateur d'ouvrage لعدم تنفيذ التزاماته، مؤسّسة قرارها على عنصر السبب.²

المطلب الثاني

الوظيفة المستحدثة للسبب

ببداية العقد الأخير من القرن الماضي، ظهر في فرنسا تيار قضائي قوي مدعّمًا بجانب من الفقه، طوّر بشكل كبير وظيفة السبب، بأن وسّع مجال سبب الالتزام، بتضمينه الباعث الدافع الداخل في المجال التعاقدي³. والغاية من ذلك، الوصول قدر الإمكان، إلى تحقيق التكافؤ بين الالتزامات.

وقد سبق ظهور هذا التيار، نقص كبير على مستوى التشريعات، تمثل في غياب قاعدة عامة، تسمح بمراقبة مباشرة لتعادل الاداءات العقدية، خصوصًا فيما يتعلق بالشروط التعسفية، حيث تضع على كاهل الطرف الضعيف التزاما ليس له مقابل حقيقي.

¹ - Civ 1^{re} 17 janv 1995 : bull, civ I. n° 29 – cité par F. Terré, L'avenir du droit - éd juris Classeur, Dalloz, 1999 p p. 656 et 657.

² - Civ 1^{re} 31 janv 1995 JCP 1995 IV 790 – cité par Ch. Larroumet, op. cit. n° 472 p. 441.

³ - O. Tournafond, "l'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat" (a propose de l'arrêt de le 1^{re} chambre civil de la cour de cassation du 07 octobre 1998), chron, recueil Dalloz 1999 p. 237

كما تزامن هذا التيار مع ظهور الموجة الأوربي 93-13 بتاريخ 1993/04/05 الذي استبعد المهنيين الذين لهم علاقة مباشرة بالتصرف العقدي من حماية المستهلك¹. أمام هذا الوضع، إختار القضاء الاعتماد على نظرية السبب لإعادة إصلاح عدم التكافؤ العقدي. تجلّى ذلك من خلال مجموعة من القرارات القضائية، كان أبرزها على الإطلاق، القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1996/10/22، والذي عرف بقرار Chronopost، حيث استخدم السبب كآلية لإلغاء الشرط التعسفي وتحقيق العدالة (الفرع الأول)، وقرار آخر عُرف بقرار Piller صادر بتاريخ 1996/07/03 استخدم في السبب لتدعيم الرقابة الاقتصادية للعقد (الفرع الثاني)، وكان لهذين القرارين فضل كبير في بعث تصوّر جديد ومبتكر لنظرية السبب.

الفرع الاول

دور السبب في إلغاء الشروط المبالغ فيها

في قرارها الشهير المعروف بقرار Chronopost²، أستندت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، إلى السبب كأساس لإلغاء الشرط المبالغ فيه، وتتلخّص وقائع القضية في تكفل شركة النقل السريع Chronopost بنقل طرود، تتضمن عرضاً مقدّماً من شركة Banchemereau للمشاركة في مناقصة لتوريد اللحوم.

في مرتين متتاليتين تصل الطرود متأخرة، الأمر الذي حرم شركة اللحوم من دخول المناقصة. رفعت هذه الأخيرة دعوى تطالب فيها بالتعويض عن الضرر الذي أصابها، فدفعت Chronopost بوجود شرط مدرج في العقد، يحدّد مبلغ التعويض عن التأخير فقط في الثمن الفارق بين البريد العادي والسريع.

لكن الغرفة التجارية لمحكمة النقض، وبمقتضى المادة 1131 من القانون المدني، قرّرت أن الشرط المحدد للمسؤولية La clause limitative de responsabilité الذي

¹ - H. Bricks : "Les clauses abusives " - consommation – Juris classeur, 1985-Fascicule, 810

² - Cass.com.22 oct. 1996

يناقض التزاما أساسيا بإيصال الطرود بسرعة فائقة، هو شرط تعسفي، وبالتالي اعتبر كأنه غير مكتوب *Clause réputée non écrite*.

وقد كان موضع التجديد الذي لفت إليه الأنظار في هذا القرار أمرين اثنين، يتعلق الأول بالتعادل بين الالتزامات، بينما يتعلق الثاني، بطبيعة الجزاء الذي اختاره القضاة.

أ - معالجة اختلال التوازن العقدي

لقد أسهم قرار Chronopost في التأسيس لوظيفة جديدة للسبب، كأداة لتحقيق العدالة بين طرفي العقد، حيث أن استعماله لغياب السبب، أدى إلى إبطال الشرط محل النزاع، وسمح بطريقة غير مباشرة بمراقبة تناسب الالتزامات¹. مضيفا وسيلة جديدة لمكافحة عدم التكافؤ العقدي².

ففيما يرى بعض الفقهاء من بينهم Ch. Larroumet بأن الحل الذي ذهب إليه قضاة النقض لم يكن ملائما، وكان الأجدر بهم الاستعانة بوسائل أخرى، تؤدي إلى نفس النتيجة، كالخطأ الجسيم، أو الإخلال البسيط بالتزام أساسي، أو فسخ العقد لعدم التنفيذ، أو إعادة تكييف الشرط، كشرط جزائي مبالغ فيه، إلا أن قضاة النقض أرادوا الابتكار، من خلال التمسك بغياب السبب كأساس لقرارهم، والذي تمثل في التقصير في أداء التزام أساسي³.

لقد كان السبب قبل هذا القرار، يشكل عاملا وقائيا ضد عدم التكافؤ العقدي المطلق، فهو ضمانه لحد أدنى من التكافؤ بين الاداءات، لكن بعد هذا القرار، أصبح السبب أداة تجعل العقد يوفر قدرا من النفع والفائدة التي كان ينتظرها المتعاقد ضحية عدم التنفيذ من التزامه، وبذلك أفسح المجال أمام الاعتبارات الاقتصادية المتعلقة بكل متعاقد، لتأخذ مكانا لها في العقد. الأمر الذي فسره البعض بأنه ميولا إلى الاتجاه الشخصي للسبب⁴.

¹ - S. Porchy-Simon, *Droit civil, 2^{ème} année les obligations*. Dalloz 2000. p. 105

² - J-R. Binet, "de la fausse cause" Art, RTD civ 4^{ème}trt 2004 p. 671

³ - J-M. Gueguen, "Le Renouveau de la cause, en tant qu'instrument de justice contractuelle" Dalloz 1999, 33^e cahier. Chr, p. 353.

⁴ - F.Terre, PH. Simler, Y. Lequette, op. cit, p. 320-321

ب - طبيعة الجزاء المطبق

إن مسألة مراقبة وجود السبب تتعلق بالسبب الموضوعي، والذي يتمثل - في العقود التبادلية - في الالتزام المقابل. وفي قضية الحال يتمثل سبب الالتزام بدفع ثمن النقل، في إيصال الطرد في الأجل المتفق عليه. لكن الملاحظ أن الشرط المحدد للمسؤولية، قد قلص بشكل واضح التزام الناقل، لدرجة جعله لا يصلح كسبب للالتزام بتسديد ثمن النقل.

إن نقل الطرود بحد ذاته لا يمكن اعتباره أساسيًا في نظر زبائن Chronopost وإنما السرعة والفعالية اللذين يشكلان الخاصية المميزة للشركة، والتي لولاها لما أقدم الزبون على التعاقد " Spécialiste du transport rapide, garantissant la fiabilité " et la célérité de son service " وهو ما يبرر، الفارق المعتبر في ثمن النقل مقارنة مع ثمن البريد العادي.

من خلال هذا التفسير يمكننا أن نتصور جزاء ملائماً لغياب السبب، وهو إبطال العقد برمته أو بالأحرى فسخه، على اعتبار أننا في مرحلة التنفيذ. لكن قضاة النقض كان لهم رأياً مغايراً، فقد لاحظوا أن الأمر يتعلق بغياب جزئي فقط للسبب، وذلك من خلال مقارنة دقيقة بين الالتزامات المتقابلة، أسفرت على أن الالتزام باحترام الأجل المتفق عليه، هو فقط من تقلص بفعل الشرط المدرج، مفضلين بذلك بطلان جزئياً للعقد، بإلغاء هذا الشرط.

الواقع أن الملفت للنظر، هو أن هذا الحل يعتبر الأنسب، والأكثر ملائمة، فقد جمع بين حماية المتعاقد على اعتبار أن البطلان كان سيضرّ بمصالحه، وحماية العقد في حد ذاته، لأنه من أولويات القانون المحافظة على قيام العقود قدر الإمكان. ومن جهة أخرى، فإن إلغاء الشرط لم يكن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام بالسرعة، والدقة في الآجال، وإنما

لمخالفته المبدئية، للرجبة المشروعة التي كان ينتظرها المدين، وهذه الرغبة موجودة منذ تكوين العقد¹.

الفرع الثاني

دور السبب في الرقابة الاقتصادية على العقد

يبدو أن إسهام القضاء في تطوير وظيفة السبب، كان موجّها أساسا إلى محاولة تدعيم التوازن العقدي، فبعد أن كان هذا التوازن محل انشغال المتعاقدين فقط، أصبح اليوم ينظر إليه برؤية موضوعية، تجسّدت في حلول نظرة ثالثة بدت منشغلة بهذا التوازن، مدعّمة بمبادئ قانون الاستهلاك. فصار القاضي في موضع الحكم فيما يتعلق بتبادل الالتزامات بين الطرفين².

تجلّى هذا التوجه من خلال قرار شهير أيضا سبق صدور قرار Chronopost بعدة أشهر، تحديدا في 03 جويلية 1996، صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض،³ عرف لاحقا بقرار Piller، تتلخص وقائع هذه القضية في إقدام شخص على استئجار مجموعة أشرطة، قصد إنشاء نادي فيديو في قريته، مقابل مبلغ معين، وعندما طالبه المؤجر بدفع الأجرة، دفع ببطلان العقد لتخلف السبب، لأنه لم يستطع توزيع الأشرطة نظرا للعدد المحدود لعدد سكان القرية، الأمر الذي أقرّه قضاة الموضوع، وبعد طعن المؤجر لدى محكمة النقض، أجابت هذه الأخيرة أن دفع الثمن يعتبر مجردا من السبب لغياب العوض، طالما أن الاستغلال التجاري للمشروع بدا مستحيلا.

وقد أثار هذا القرار جدلا واسعا بين رجال القانون، من خلال توسيعه لمجال غياب السبب المتمثل في العوض، ومن جهة أخرى من خلال تبنيّه مفهوما للسبب يتجاوز التقسيم التقليدي.

¹ - J-M. Gueguen, op.cit, p. 353-354

² - J-R. Binet, op. cit, p. 670 - n° 29

³ - Civ 1^{re} 03 Juillet 1996, Bull Civ 1 n° 286, RTD com 50 (2) II Trim, 1997

أولا - توسيع مجال "العوض المرغوب" L'équivalent voulu

إن ما استقر عليه مفهوم السبب قبل قرار Piller هو أن وجود السبب أو غيابه يتعلق بسبب الالتزام، ولا مجال للحديث عنه في دراسة سبب العقد، إلا في حالات العقود غير القابلة للانقسام، لكن قرار Piller خرق هذا المبدأ، حيث قرّر قضاة النقض، أن تنفيذ العقد كان مستحيلا حسب الرؤية الاقتصادية، المرغوبة من الطرفين. يجد هذا التفسير تبريره في اعتبارات تتعلق بإقامة العدالة بين المتعاقدين، نقلت مسألة غياب السبب من فحص وجود مقابل للالتزام في بعده الموضوعي، إلى مراقبة التوازن الاقتصادي للعقد.

إن الإشكال المطروح في قضية Piller هو، هل أن الالتزام بدفع الثمن لاقتناء أشرطة فيديو، قصد استغلالها تجاريا، يعتبر مجردا من السبب، إذا ثبت أن هذا الاستغلال يعتبر مستحيلا بالنظر إلى العدد المحدود لسكان القرية؟ إن جواب محكمة النقض كان واضحا، فقد رفضت الطعن مقرّرة أن الالتزام بالدفع أصبح مجردا من كل عوض حقيقي، وبالتالي فالعقد مجرد من السبب¹.

ثانيا - نحو تجاوز التقسيم التقليدي للسبب

لقد أسّس قضاة محكمة النقض رفضهم للطعن وقبولهم ببطلان العقد، على غياب السبب. إلا أن التساؤل المطروح هو أي سبب قصده القضاة؟ من المؤكّد أن سبب الالتزام لا يصلح كتبرير لإبطال العقد، فالاتفاق يقوم على استئجار مجموعة من أشرطة الفيديو، مقابل مبلغ معين من المال، فكلا الالتزامين موجود، وفي نفس الوقت كل منهما سببا للالتزام المقابل.

أيضا لا يمكن القول بأن التفسير الذي اختاره القضاة كان قائما على سبب العقد، وهو العملية التجارية التي قصدها المستأجر، والمتمثلة في توزيع الأشرطة في القرية، فبتقدير

¹ - F-J. Pansier et R. Wintgen, op.cit, p. 46

هذا الباعث الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه، لا نجده مدرجا في المجال التعاقدية، ولا يرقى إلى مرتبة السبب لأنه ليس مشتركا بين الطرفين.

إن عنصر الجودة والابتكار في القرار، يتمثل في أعمال نوع ثالث من السبب لم يكن معروفا، فغياب السبب لم يقدر بصفة مجردة كما كان متعارفا عليه، وإنما بالرجوع إلى التوازن الاقتصادي المرغوب من قبل العاقدين، أي بنظرة شخصية، فيستوي القول بأن سبب الالتزام استخدم بنظرة ذاتية، أو أن سبب العقد قد استخدم ليس لمراقبة مشروعية السبب وإنما لمراقبة وجوده، وعليه فقد تمّ التأسيس لمفهوم هجين للسبب يحمل صفات مشتركة من كلا السببين في آن واحد، الموضوعي والشخصي¹.

قد كان هذا القرار محل انتقاد كبير من قبل الفقهاء، الذين أجمع أغلبهم على أنه كان بالإمكان - والأقرب إلى المنطق - أعمال فكرة الغلط في السبب².

وفيما يتعلق بالقانون الجزائري، يرى البعض³ أنه في ظل نص المادة 97 من القانون المدني فإنه لا يمكن للقضاء الجزائري الاستناد عليها لإقامة التوازن العقدي، على اعتبار أنها تأخذ فقط بالسبب الشخصي، والذي لا يمكن إعماله في هذا الإطار، حيث يستوجب شرطا واحدا، وهو أن يكون مشروعاً، مثلما نصت عليه المادة 97 ق م ج : " إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلاً".

لكن الحقيقية أن هذا الطرح ليس دقيقاً، على اعتبار أنه بالرغم من كون النص الرسمي يشترط المشروعية فقط في غشارة للنظرية الحديثة على النحو الذي رأينا، فإن النص الأصلي الفرنسي يشترط المشروعية والوجود بنصه :

¹ - S. Porchy- Simon, op. cit, p. 116

² - J. Carbonnie, op. cit, p.133 n° 65. Voire aussi A. Benabent, op. cit, p. 126

³ - محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر 2002-2003، ص 241

« Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause, ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

وهو ما جعل جانبا آخر من الفقه يعتقد بتبني المشرع للنظرية التقليدية، ومن جانبي أرى بأنه كان للمشرع فرصة لرفع التعارض في المادة 97 والافصاح عن موقفه من نظرية السبب خلال تعديل القانون المدني بقانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005. لكنه لم يفعل، الأمر الذي قد يفسر تبنيه لازدواجية السبب، وتبنيه للنظريتين معا، حتى يجمع بين حماية المتعاقد وحماية المجتمع.

وعليه فلا أعتقد أن هناك ما يمنع القاضي الجزائري من الاقتداء بالحلول القضائية السابق ذكرها لتحقيق التوازن وإحلال العدالة في العقود.

من خلال هذا العرض، يتبين لنا أن السبب لم يعد فكرة فلسفية مجردة، بل أصبح ممارسة عملية وتطبيقية متجددة، ولعل الفضل الأكبر في ذلك يعود للقضاء، الذي لم يقتصر على البعد المادي الضيق الذي حصره فيه أنصار الفقه التقليدي، بتبنيهم السبب الموضوعي، حيث وسع من مفهومه، وأخرجه من النطاق النظري، وأكسبه مرونة وحيوية، بأن ابتكر للسبب وظيفة جديدة لم تكن معروفة من قبل؛ فبالإضافة إلى حماية المصلحة الخاصة للمتعاقد من خلال أعمال السبب القسدي وفق النظرية التقليدية، وحماية المصلحة العامة للمجتمع من خلال أعمال السبب الباعث وفق النظرية الحديثة، أسند القضاء الفرنسي وظيفة جديدة للسبب، تمثلت في استخدامه كأداة لإلغاء الشروط المبالغ فيها، والتي تعبر عن جوهر الشرط التعسفي، وبالتالي أعاد التوازن للعلاقة التعاقدية، كل ذلك من أجل ضمان العدالة التبادلية بين المتعاقدين.

لقد تجلّى ذلك من خلال القرارات القضائية المذكورة، التي غيرت مسار نظرية العقد؛ كان أبرزها قرار chronopost المشار إليه آنفا؛ شكّلت هذه القرارات تيارا قضائيا قويا في فرنسا تبني نفس الرؤية التي اهتدى إليها واضعي هذا القرار.

والملاحظ أن هناك قرارات قضائية أخرى تلت هذا التيار بدت متأثرة به؛ حيث بالرغم من أنها لم تشر إلى السبب بدقة في حيثياتها، إلا أنه ما من شك في أن السبب شكّل الأساس للحلول التي كرّستها.

المبحث الثالث

الالتزام العام بالإعلام

نتيجة للتدفق الهائل للسلع والخدمات، وما صاحبها من تطوّر علمي وتكنولوجي لا يعرف حدودا زمنية أو مكانية، وبوتيرة متسارعة من جهة، ومن جهة أخرى التداخل الذي أصبح الميزة الغالبة لمضامين العقود في وقتنا الحاضر، حيث لم يعد يقتصر على التزامين بسيطين، بل أصبح العقد يتضمن عدة عناصر تتشابك وتتفاعل فيما بينها. عرف اختلال التوازن مظهرا جديدا، تمثل في التفاوت المعرفي بين طرفي العقد، وأثر بشكل كبير في اتساع الهوة بينهما، وأصبحت العلاقة بذلك أكثر اختلالا.

تبعاً لذلك نجد الشخص يقبل على إبرام العقد بقصد إشباع رغباته المشروعة دون معرفة بكيفية تحقيق ذلك على الوجه السليم، خاصة عندما يكون في مواجهة طرف محترف، يمتاز بالخبر والدراية والعلم والتخصص، على نحو الذي يفقد العقد أبسط عوامل التوازن.

من هذا المنطلق، كان ظهور الالتزام بالإعلام كآلية أساسية لتحقيق التوازن العقدي، من خلال إعادة المساواة في العلم بين الطرفين المقبلين على التعاقد، على نحو يستطيع فيه الطرف الضعيف، الذي تقرّر هذا الالتزام لمصلحته، الوقوف على مدى ملاءمة العقد لتطلعاته ورغباته.

وبذلك أصبح الالتزام بالإعلام، من المباحث الكبرى والأساسية، لكل سياسة هادفة إلى حماية الطوائف الضعيفة في التعاقد. وقد أخذ هذا الالتزام طابعا خاصا في عقود الاستهلاك. حيث أنيط به دورا وقائيا *un rôle préventif* يترتب على وجوده، تقليص

التفاوت المعرفي بين الطرفين، واستقرار المراكز القانونية المترتبة على العقد. كما يساعد في المحافظة على العقد الذي يتهده الإبطال بسبب عيب الغلط.

فإحاطة المتعاقد بكافة المعلومات الجوهرية، المقررة بمقتضى هذا الالتزام، تمكن المتعاقد من الإقبال على العقد وهو على بينة من أمره.

كما يساهم أيضا هذا الالتزام في تكميل النقص والقصور، الذي يعتري نظرية عيوب الإرادة، خاصة منها نظرية الغلط، حيث أن المتعاقد الذي وقع في غلط ولحقه ضرر، ومع ذلك قرر ألا يبطل العقد، فإن نصوص القانون المدني المتعلقة بالغلط، لا تمكنه من المطالبة بالتعويض. من هنا كان الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو الحل المكمل لنظرية الغلط، وبالتالي حتى ولو اختار المضي في التعاقد، جاز له المطالبة بالتعويض على أساس الإخلال بالالتزام بالإعلام¹.

لإبراز مساهمة الالتزام العام بالإعلام، في حماية التوازن العقدي، ينبغي التطرق لمضمونه (المطلب الأول)، ثم البحث في مبررات قيامه (المطلب الثاني) مركزين في ذلك - كما فرضه الواقع - على عقود الاستهلاك.

المطلب الأول

مضمون الالتزام بالإعلام

من الملاحظ أن المهني المحترف يستفيد في غالب الأحيان من جهل الطرف الآخر عديم الخبرة. سواء تعلق الأمر بالأداءات محل العقد من شروط وثمان، أو بالوضع القانوني وبطرق التعاقد المعقدة، والأحكام القانونية الموضوعية بهدف حمايته²، لذلك دأبت التشريعات والاجتهادات القضائية في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين، بل

¹ - معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف مفهومه - التزاماته - مسؤوليته، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2008، ص ص 47، 48.

² - إسماعيل محمد المحافري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع سنة 2006، ص 315.

أحيانا حتى بين المحترفين أنفسهم، على تقرير إلتزام عام بالإعلام. يتطلب البحث في مضمونه، محاولة ضبط مدلوله (الفرع الأول) ثم تحديد محله (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الإلتزام العام بالإعلام

قبل المضي في استجلاء ملامح الإلتزام العام بالإعلام، ينبغي تمييزه أولا عن الإلتزام التعاقدي بالإعلام، فهو التزم منفصل عن العقد، يقوم في المرحلة السابقة على التعاقد، هدفه الأساسي تكوين رضا حر ومستتير للمتعاقد، يستطيع من خلاله أن يُقدم على إبرام العقد أو يُحجم عن إبرامه، وهو على دراية تامة بكل المعطيات والبيانات المتعلقة بالعقد. فإذا كان الإلتزام العقدي بالإعلام بالبيانات أو المعلومات ينشأ بمناسبة كل عقد على حدا، وفي حدود ما يقتضيه ذلك العقد، فإن الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزم عام في شأن كل العقود، ويهدف - كما سبق وذكرنا- إلى تنوير رضا المتعاقد، مما يجعل سلامة وصحة الرضا، أساس وجوده¹.

وإذا كان الإلتزام التعاقدية بالإعلام من الإلتزامات العقدية العادية، وهو مجرد التزم تبعية مُعد لإتاحة حسن تنفيذ الإلتزام الاصلي، فإن الإلتزام قبل التعاقدية بالإعلام هو التزم مستقل عن العقد، واجب الوفاء به قبل تكوينه.

قد يتخذ الاعلام شكل التحذير والتبويه لما قد يحدث مستقبلا من مخاطر وأضرار، قد تصيب أحد المتعاقدين في النفس أو المال أو فيهما معا عند التعامل.² في هذا السياق يرى بعض الفقهاء أن الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد يتداخل مع الإلتزام بالتحذير، ولا يعتبر مستقلا عنه، وهذا رأي الأستاذ خالد جمال أحمد، الذي عرف الإلتزام بالتحذير بأنه :

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك " الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص ص 18، 19.

² - خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص ، 101.

" التزام سابق عن التعاقد، يلتزم بمقتضاه أحد طرفي التعامل المزمع إبرامه أو غيرهما، بتحذير الطرف الآخر أو كليهما من الضرر، أو الخطر الذي قد يحدث به أو بهما عند التعامل، أو عند الاستعمال"، ويقول أيضا بهذا الصدد " أن الالتزام بالتحذير ليس مستقلا أو منفصلا عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك على أساس أن التحذير يمثل لون من ألوان الاعلام، وشكلا وصورة من صورته وأشكاله"¹.

وقد يظهر الإعلام في صورة معلومة بسيطة، عندما يكون الراغب في التعامل في حاجة الى مجرد العلم فقط ببعض الأمور المتعلقة بالشيء محل التعاقد، بالإحاطة بها، والإلمام بمضمونها فحسب، كما قد يظهر في شكل نصيحة، يسديها أحد طرفي العقد إلى الآخر، وذلك عندما يحتاج الطرف المعلن إليه، إلى تكوين رأي أو اتخاذ موقف أو قرار تجاه مسألة معينة يواجهها.

ينشأ إذن الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على إبرام العقد، ويصطلح بعض الفقه على تسميته بالالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالمعلومات والبيانات.² يترتب على أحد طرفي العقد، الذي يوجد في موضع أفضل من الطرف الثاني، يمكنه من الإلمام بكل صغيرة وكبيرة حول السلعة التي يسوقها أو الخدمة التي يقدمها، وبصفة عامة حول مضمون العقد وكل ما يتعلّق به، حيث يلتزم بأن يقدم كل ما من شأنه أن يساهم في بلورة وتبصير إرادة الطرف الآخر.

هذا في حال أن يقع الالتزام بالإعلام على عاتق أحد طرفي العقد المزمع إبرامه فقط تجاه الطرف الآخر، وهذا هو الغالب، لكن أحيانا قد يلتزم به طرفا العقد معا، كل واحد

¹ - المرجع السابق ص ص، 100، 101.

² - نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدى بالادلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود" دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة 1982. ذكره حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك " الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك"، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 15.

تجاه الآخر، فيكون كل واحد منهما دائما ومدينا في نفس الوقت في مواجهة الآخر. مثاله عقد التأمين، حيث يلتزم المؤمن بإعلام المؤمن له بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بمحل وإجراءات العقد، ويقع ذات الالتزام أيضا على المؤمن له وذلك بإعلام المؤمن بكافة المعلومات والأوصاف المتعلقة بالخطر المراد التأمين من حدوثه.

وعلى الطرف الدائن بهذا الالتزام، أن لا يقتصر في تنفيذ التزامه هذا بتقديم مزايا العقد فقط، بل عليه كذلك إبراز العيوب الموجودة بمحل العقد، أو التي يؤدي إليها تنفيذه، وأيضا الإشارة إلى الظروف التي يكون من شأنها تقليل الفوائد التي ينتظرها الطرف الآخر من هذا العقد.

كما يجب عليه أيضا أن يلفت انتباهه إلى كل الشروط والظروف التي تحدّد من حقوقه، أو توسع من دائرة التزاماته.¹ فقد أثبت الواقع أن الإعلام الصادر من المحترف، يعتبر إعلاما خطيرا، يستغله بفعل انفراده بالعلم بخبايا المنتوجات والخدمات التي يعرضها، في أن يجعل منه إعلاما جذابا هو أقرب للإشهار، يهتم بذكر المحاسن، ويغض الطرف عن العيوب التي لو علم بها المتعاقد، لامتنع عن التعاقد، لذا كان لزاما أن يقدم المحترف للمستهلكين إعلاما حقيقيا وموضوعيا، والذي يعجز للإشهار أن يفِي به.²

نظرا لأهمية الالتزام قبل التعاقد بالإعلام كأداة لمجابهة اللامساواة في العلم بين المتعاقدين، فقد حظيت محاولة صياغة تعريف منضبط له، باهتمام كبير من الفقه الحديث. فقد عرّفه البعض بأنه " التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم ومستنير، وكافة

¹ - إبراهيم داوود، الوقاية القانونية من عدم التوازن في العقود الاستهلاكية، روح القوانين "مجلة علمية صادرة عن كلية الحقوق جامعة طنطا بمصر، ص 283

² - محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص 2002-2003 كلية الحقوق - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر، ص، 48.

تفصيلات العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يُلمَّ ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعاً للطرف للآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات".¹

كما عرفه آخرون بأنه "التزام تعاقدي أو قبل التعاقد يقع هلى عاتق بعض الأشخاص، عموماً المحترفين (البائعين، المقاولين، المهندسين، الأطباء، المؤتمنين) بإعلام المتعاقدين معهم، بمحل العقد والعملية المراد القيام بها. وذلك لتمكينهم من اتخاذ القرار الأمثل وهم على بينة من أمرهم".²

في حين عرفه خالد جمال أحمد، بأنه التزام قانوني عام، وسابق 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 طرفي العقد أو كلاهما) في ظروف معينة، إعلاماً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة، ليبنى عليها رضاه بالعقد.³

الفرع الثاني

محل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

يتبين لنا من عرض المقصود بالالتزام العام قبل التعاقد بالإعلام، أن الغاية الأساسية من تقريره، هي تنوير إرادة المستهلك. وبهذا الوصف يتعين على المحترف أن

¹ - نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود" دراسة فقهية قضائية مقارنة" دار النهضة العربية، القاهرة 1982، ص15. ذكره عمر محمد عبد الباقي خليفة، مرجع سابق ص189

² - R. Cabrillac, Dictionnaire du Vocabulaire Juridique, 2^{ème} éd, juris classeur, LexisNexis, Litec, " Obligation d'information", p. 273.

³ - خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص، 82.

يمنتع عن كتمان كل ما من شأنه أن يؤثر في رضا المستهلك، وأن يزوده بكل البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل الشيء أو الخدمة.

يعتقد جانب من الفقه أنه لا توجد علاقة بين الالتزام بالاعلام والتدليس أو الغلط، وأن هذا الالتزام يظهر بشكل مستقل، وأن عدم تنفيذه والوفاء به لا يمكن أن يُنظر إليه من خلال عيوب الرضا، يترتب عن هذه الرؤية أن الإخلال بالالتزام بالاعلام لا يُنتج سوى المطالبة التعويضية دون أن يمتد ذلك للسماح بإبطال العقد¹.

غير أن غالبية الفقه والقضاء في فرنسا، ترى أن الكتمان يعتبر أحد وسائل التدليس، والذي يؤدي إلى تعيب رضا المتعاقد، ويتجه إلى أن الالتزام بالإفشاء هو الأساس في اعتبار الكتمان تدليس، ذلك أن صمت أحد الطرفين عن واقعة أو معلومة يجهلها الطرف الآخر، والتي لو علم بها، لغيرت بشكل عميق في قراراته حول التعاقد من عدمه، أو كان سيتعاقد بشروط مختلفة².

لكن بالرغم من التطابق بين الإخلال بالالتزام بالاعلام عن طريق الكتمان، وبين التدليس المفضي إلى البطلان النسبي في العقود، إلا أن استقلالية الالتزام بالإعلام عن عيوب الإرادة عموماً، وعن التدليس السكوتي خصوصاً، تبدو ظاهرة من خلال أن السكوت لا يعتبر تدليساً إلا إذا أثبت العنصر المعنوي فيه، وهو نية التضليل، بينما يثبت الإخلال بالالتزام بالإعلام بمجرد تكتم المدين بهذا الالتزام عن الادلاء بالمعلومات والبيانات الخاصة بالعقد المراد إبرامه، ما يتيح للدائن بهذا الالتزام، المطالبة بإبطال العقد، أو التعويض، دونما حاجة لإثبات نية التضليل³.

¹ - Ch. Larroumet, Droit civil, op cit, , n° 379, p. 338.

² - G. Ripert, la Règle Morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd, LGDJ, 1949, n° 48, p 89.

³ - حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 26.

في محاولة منه لتوفير حماية مثلى للمستهلك، ودرأ اختلال التوازن على حسابه، دأب المشرع الجزائري على مر أكثر من عقدين من الزمن، وتحديدًا منذ صدور قانون 02/89 الصادر في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك والمراسيم الملحقة به، مرورًا بقانون 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. وصولًا إلى المرسوم التنفيذي¹ رقم 13 - 378 مؤرخ في 5 محرم عام 1435 موافق 9 نوفمبر سنة 2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، على تنظيم الالتزام بالإعلام، بتأكيد على أن منتج السلعة، أو مؤدي الخدمة، ملزم بالتقيد بجملة من البيانات تحقيقًا لهذا الالتزام، وقد حوى المرسوم التنفيذي 13 - 378. 65 مادة مفصلة لأحكام الالتزام بالإعلام في مجال السلع والخدمات الموجهة للإستهلاك، خاصة في قسمه الثاني المتعلق بالبيانات الإلزامية للوسم.

وقد كان المشرع قد نظم الوسم في البداية من خلال المراسيم التي تلت صدور قانون 02-89، لا سيما المرسوم التنفيذي² 39/90. حيث أشار في مادته الثانية إلى وجوب وسم المنتج بجميع العلامات، والبيانات، وعناوين المصنع والصور والشواهد والرموز التي تتعلق بمنتج ما. وأكد على أن يكتب ذلك كله باللغة الوطنية. وبلغت أخرى على سبيل الإضافة، وهو ما تضمنته المادة 05 من نفس المرسوم.

وقد سبق ذلك بنصه على إلزامية وسم السلع الغذائية³. معرّفًا إياه في المادة 06 من المرسوم التنفيذي 367/90 بقوله: الوسم هو عبارة عن " البيانات، أو الارشادات، أو

¹ - الذي ألغى بمقتضاه أحكام المرسوم التنفيذي رقم 90-366 المؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1411 الموافق 10 نوفمبر سنة 1990 والمتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها. كما ألغى أيضا المرسوم التنفيذي رقم 367/90 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، المؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1411 الموافق 10 نوفمبر سنة 1990.

² - المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، المعدل والمتمم.

³ - من خلال المرسوم التنفيذي 367/90 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، الملغى بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 13 - 378.

علامات المصنع، أو التجارة، أو الصور، أو الرموز المتعلقة بسلعة غذائية معينة، والموضوعة على كل تعبئة أو وثيقة، أو لافتة، أو بطاقة، أو ختم، أو طوق، تكون ملازمة لهذه السلعة الغذائية، أو متعلقة بها".

نفس المنحى جسده قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بتخصيصه فصلا خامسا أسماه " إلزامية إعلام المستهلك ". فنص في المادة 17 على أنه : " يجب على كل متدخل، أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك، بواسطة الوسم ووضع العلامات، أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم."

أما المادة 18، فنصت على أنه : " يجب أن تحرر بيانات الوسم، وطريقة الاستخدام، ودليل الاستعمال، وشروط ضمان المنتج، وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم ساري المفعول. باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعدّد محوها."

أما قانون الاستهلاك الفرنسي، فقد أشار من خلال المادة 3/113 أن كل بائع سلعة، أو مقدم خدمة، ملزم عن طريق وضع علامة، أو وسم، أو إعلان، أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، تجاه المستهلك، بتقديم المعلومات الخاصة بالسلع، من حيث الأسعار والشروط المتعلقة بعملية البيع، والتقييدات المحتملة للمسؤولية التعاقدية.

كذلك يشير نفس القانون في المادة 18/121 إلى ضرورة إعلام المستهلك بالمعلومات الآتية:

- إسم وعنوان، ورقم الهاتف الخاص ببائع السلعة أو مقدم الخدمة وعنوان مركز الشخص الاعتباري إذا وجد، وعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض، إذا كان العنوان مختلفا.
- نفقات التسليم.
- طرق الدفع والتسليم والتنفيذ.

- التتويه بحق المستهلك في العدول، باستثناء الحالات التي يكون فيها ممارسة هذا الحق مستبعدا بمقتضى نصوص هذا القانون.

- مدة صلاحية العرض وسعره.

- تكلفة استعمال وسائل الاتصال المستخدمة عن بعد.

- المدة الأدنى للعقد المقترح، عندما يتعلق بتوريد مستمر، أو دوري لسلع أو خدمات.

إن جميع هذه المعلومات يجب أن تكون في متناول المستهلك بدون غموض، وبطريقة واضحة ومفهومة، وإلا عوقب الموجب عند إخلاله بتنفيذ التزامه هذا بغرامة.

ويلاحظ كذلك أن المجلس الفرنسي لحماية المستهلك، قد اقتضى ضرورة إعلام المستهلك باسم الممثل القانوني للشركة، والسجل التجاري الخاص بها، فضلا عن كل ما من شأنه تمكين المستهلك من النفاذ إلى موقع الشركة بسهولة، والتعرف على كل ما يتعلق بالمنتج الذي تعرضه، أو الخدمة التي تقدمها. كما يجب على المحترف، أو المهني، إعلام المستهلك وقت الإيجاب الصادر منه، بالثمن الخاص بالمنتج، أو الخدمة المقدمة، وفقا لمحل هذا الإيجاب.

أما على الصعيد الأوروبي، وفي نفس الإطار، جاء في المادة 04 من الموجه الأوروبي لسنة 1993: "على البائع أن يقدم للمستهلك، في وقت مناسب، وسابق عن إبرام العقد، المعلومات التالية:

- تحديد هوية المورد وعنوانه.

- تحديد الخصائص الرئيسية للبضاعة.

- تحديد ثمن الخدمات، وجميع الضرائب، وخدمات التسليم، وطرق دفعها.

- تحديد الحد الأدنى لمدة صلاحية العرض.

- تحديد رخصة العدول التي تمنح للمستهلك".

المطلب الثاني

مبررات قيام الالتزام العام بالإعلام

يعتبر انعدام التكافؤ في العلم بين طرفي العقد، المبرر الأبرز لقيام الالتزام العام بالإعلام. لكن ينبغي مناقشة الحجج والأدلة التي صاغها كل من المنكرين لوجود هذا الالتزام، والداعمين لوجوده (الفرع الأول)، قبل التطرق إلى انعدام المساواة في الجانب المعرفي بين الطرفين (الفرع الثاني). والذي اتخذ أشكالاً أكثر خطورة بظهور أنماط التعاقد عبر شبكة الأنترنت (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المنازعة في وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

إن الأصل في التعامل، براءة الذمة من كل التزام، فخارج إطار الالتزامات التي يفرضها القانون أو الاتفاق، لا يمكننا إجبار شخص على الإدلاء بمعلومات خاصة بعقد لم يتم إبرامه بعد. ذلك أن العقد كقاعدة عامة، لا يلزم طرفيه إلا بعد تطابق الإرادتين. من ناحية أخرى، في كثير من التشريعات لا يوجد نص صريح، يفرض إلتزاماً بالإعلام على أحد طرفي العقد.

كان هذا التصور، أحد المبررات التي صاغها أنصار سلطان الإرادة لعدم الاعتراف بوجود الالتزام بالإعلام، حيث يرون أن من حق المتعاقد التزام الصمت في الفترة السابقة على التعاقد ولا يجوز مطالبة في هذه المرحلة بتقديم أي معلومات متعلقة بمضمون العقد، وكل مسؤولية قد تطاله في هذا الخصوص، لا تعدو أن تكون مسؤولية أخلاقية، لأن أي إعلام يقدمه، يعتبر من قبيل الواجب الأخلاقي، الذي لا يرقى إلى مصاف القواعد القانونية، التي تحظى بالإلزام¹.

¹ - خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، ص 113

ما يؤيد ذلك، أن من يرغب في التعامل مع غيره، بإمكانه أن يستعلم عن المعلومات التي تهمة بوسائله الخاصة، فإذا قصرت هذه الوسائل، جاز له طلب إبطال العقد إذا شاب إرادته عيب من عيوب الرضا، كما له الرجوع على المتعاقد معه وفق قواعد ضمان العيوب الخفية¹.

في نفس السياق نجد أن الكتمان على وجه العموم، لا يعتبر تدليسا. فالواقع أن أغلب العقود التبادلية، تتضمن مصالح متعارضة بين المتعاقدين، كل منهما يسهر على تحقيق مصالحه الخاصة، فعليه إذن أن يستعلم بنفسه، وبالتالي لا يوجد ما يؤاخذ عليه المتعاقد، إذا لم يدلي بمعلومات، كان بإمكان المتعاقد معه المطالبة بها ولم يفعل².

غير أن الأمر سيتغير، والكتمان يتحول إلى تدليس إذا تعسف المتعاقد، مستغلا حالة الجهل لدى المتعاقد الآخر. فواجب الأمانة والشرف في التعامل، يقتضي تقديم كل البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل التعاقد، وعندما يفترض العقد ثقة متبادلة بين طرفيه، يتحول واجب الاعلام إلى التزام قانوني.

لذلك، فإن الأثر الضار بمصالح الطرف المطالب بالاعلام، والذي يدعيه أنصار سلطان الإرادة، والمتمثل في عزوف الطرف الثاني عن التعاقد، أو الحصول على سعر أقل، إذا اطلع الطرف الثاني على مواطن العيب والقصور في السلعة أو الخدمة، يبقى ضئيلا إذا ما قورن بجملة المصالح التي ستتحقق بتقرير الالتزام بالاعلام كالتزام قانوني عام³.

يتضح من ذلك أن مبررات قيام الالتزام بالاعلام في الجانب العملي، أقوى من محاولات دحضها، كونها تقوم على اعتبارات واقعية، يمكن إجمالها أساسا في اختلال التوازن المعرفي في إدراك تفاصيل التعاقد، ووجه المصلحة في إتمامه.

¹ - نفس المرجع، ص ص، 113، 114

² - G. Ripert, la Règle Morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd, LGDJ, 1949, n° 48, p 89.

³ - خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص ص 116، 117.

الفرع الثاني

انعدام المساواة في الجانب المعرفي

يجد هذا الفرض مصدره في كون أن الكثير من المتعاقدين، عاجزين عن الإحاطة بظروف التعاقد وملايساته، سواء من حيث ملاءمة السلعة محل العقد لرغباتهم المشروعة، أو من حيث خطورة السلعة محل الاستخدام. وقد أدى ذلك الى خلق نوع من عدم التكافؤ بين المتعاقدين في مجال المعلومات المتصلة بالعقد. ولعدم قدرة المستهلك على ملاحقة ومتابعة المعلومات والبيانات المتدفقة عن السلع والخدمات. في الوقت الذي يتاح فيه ذلك للمنتج والبائع، أو من يمثلهما. فقد اتخذ عدم التكافؤ هذا، صورة من صور عدم المساواة بين مراكز العقد لكل منهما، الأمر الذي حدا ببعض الفقه، إلى القول بأن الازعان قد اتخذ شكلا جديدا، اختلف به عن صورته التقليدية، تمثل ذلك في خضوع المتعاقد عديم الخبرة والدراية، للمتعاقد الآخر ذو العلم، والمعرفة الواسعة، فيقبل على إبرام العقد، وهو جاهل بجوانب هامة متصلة به.¹

وفي هذا السياق يشير الفقيه الفرنسي Ghestin إلى أن مبدأ حسن النية في العقود، يقتضي مواجهة عدم التكافؤ بين طرفي العقد، من حيث العلم بظروف التعاقد، وذلك بفرض التزام بالإعلام قبل التعاقد، على الأقل في حال الجهل المشروع، أي عندما يستحيل فيها على أحد الطرفين أن يعلم بهذه الظروف.

كما أبرز وظيفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كوسيلة فعالة في تحقيق التوازن بين المتعاقدين، لاسيما بين المهنيين والأفراد العاديين، ويؤيد بشدة مسلك القضاء الفرنسي الذي أوجب على عاتق المتعاقد المحترف أو المهني، التزاما عاما بإعلام المتعاقد الآخر بكل بيانات العقد، وبصفة خاصة في عقود الازعان، وإلا أُعْتَبِرَ مَخْلًا بِالثقة المشروعة

¹ - عمر محمد عبد الباقي خليفة، مرجع سابق، ص 201.

والمفروضة، كما أوجب أيضا على عاتق المهني أو الحرفي واجب الاستعلام حتى يتمكن

من إعلام غيره ممن سيتعاقد معهم¹. *Devoir de se renseigner pour informer*.

وقد أشار الأستاذ محمد إبراهيم دسوقي، إلى الدور الهام الذي يلعبه الالتزام بالإعلام في مجال تحقيق التوازن العقدي، قائلا: "إن العدالة العقدية تكون مهددة في الحالات التي يقوم فيها عدم التكافؤ في المعلومات حول عناصر العقد ولذلك يقوم هذا الالتزام عند التعاقد كوسيلة لإعادة هذا التكافؤ المفقود، فيلتزم الطرف الذي يعلم، بإعلام الطرف الذي لا يعلم"².

ففي ظل التطور العلمي والتقدم التكنولوجي، والذي استتبع تدفقا كبيرا للسلع والخدمات، وزيادة تعقيدهما يوما بعد يوم، ازدادت درجات التفاوت المعرفي تفاقما، بين محترفي إنتاج السلع والخدمات، وبين مستهلكيها، حتى غدا في حكم المستحيل على أي متعاقد، أن يدعي علمه بكافة التفاصيل والدقائق الفنية لهذه العقود، خاصة في المرحلة التي تسبق تكوين العقد، وكثيرا ما نجده مندفعاً لاقتناء السلعة أو الخدمة، تحت تأثير الأساليب الدعائية وبريق الإشهار، وأحيانا أخرى نتيجة الحوافز التي تستثير غرائزه، من جوائز وتخفيضات في الأسعار، أو تقسيط للثمن في فترات محدودة، فيقبل على التعاقد دون تبصّر بحاجته للمعقود عليه، أو حساب مسبق لقدراته على الوفاء بثمنه.

إن اتساع الهوة بين المتعاقدين بفعل التطور الحاصل في المجتمع، جعل بعض الأراء في الفقه الفرنسي، ترى أن العصر الحديث، لا يكاد يعرف الآن الطرف الضعيف أو المدعن من الناحية الاقتصادية، بقدر ما يعرف الطرف الضعيف من حيث العلم والدراية بما سوف يقدم على التعامل بشأنه³. بل ذهب رأي آخر الى أبعد من ذلك بقوله إن عدم

¹ - خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص، 189.

² - محمد إبراهيم دسوقي، الإلتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار ايهاب للنشر والتوزيع، ط 1985، ص 100. ذكره خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص، 189.

³ - R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel en droit privé. D. 1972, chron., p.137

ذكره عمر محمد عبد الباقي خليفة، مرجع سابق، ص 201 ، 202

التكافؤ بين طرفي العقد ليس اقتصاديا بقدر ما هو عدم تكافؤ في المعلومات المتصلة بالعقد. ولذلك فإن الرضا اللازم لانعقاد العقد لن يتحقق في هذه الفروض، إلا من خلال تأصيل قانوني لتحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين في مرحلة ما قبل التعاقد، ما يؤدي الى إيجاد نوع من التوازن العقدي بين مركزي كل منهما، تحقيقا للعدالة العقدية القائمة على الثقة المشروعة والمتبادلة بينهما، وأفضل النتائج التي تتحقق في هذا العقد تكون من خلال تقرير التزام قبل التعاقد بالإعلام.

لذلك اتجهت جهود القضاء، للعمل على تحقيق التوازن بين المراكز التعاقدية لطرفي العقد، من خلال معالجة التفاوت الناشئ بينهما بتقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام عندما يستحيل على أحدهما أن يعلم بالبيانات الجوهرية للعقد. وذلك إرساء للعدالة التعاقدية الواجب تحقيقها في المرحلة السابقة على التعاقد¹.

الفرع الثالث

خطورة التفاوت المعرفي في التعاقد الإلكتروني

عرف التفاوت في العلم بين المتعاقدين، هوة شاسعة بتغيير أنماط الممارسات التجارية بسبب تطور الاتصالات منذ أواخر القرن الماضي، حيث ظهر ما يسمى بالتجارة على الخط commerce en ligne والتي عرفها المشرع الفرنسي بأنها "ذلك النشاط الاقتصادي، والذي من خلاله يقترح الشخص، أو يضمن عن بعد، وعبر الطريق الإلكتروني، توفير سلع أو خدمات. ويدخل في التجارة الإلكترونية الخدمات، كتلك التي تهدف إلى توفير معلومات عبر الخط، التبادل التجاري، أدوات البحث، الدخول أو استرجاع المعطيات، الدخول إلى شبكة للتبادل أو إيواء المعلومات، بما في ذلك عندما لا تكون مدفوعة الثمن من قبل مستقبليها."² كما تُعرف أيضا بأنها: "مجموعة من المبادلات

¹ - عمر محمد عبد الباقي خليفة، مرجع سابق، ص 193

² - V. art, 14 de la loi n° 2004/575 du 21 juin 2004, relative au commerce électronique. (JO 22 juin) Code de la Consommation, p 1054.

الرقمية، الخاصة بأنشطة تجارية في إطار سيل لا ينقطع من المعلومات، لتتم مبادلات تتعلق بالمنتجات والخدمات.¹

ولقد فرضت التجارة الالكترونية نفسها، كثورة جديدة في نظم التجارة. وأصبح المستهلك أكثر استنارة، فكل المنتجات والخدمات معروضة أمامه عبر شبكة الانترنت ببساطة، وعلى المستويين، الوطني والعالمي، مما جعل من هذه التجارة حقيقة واقعية، بالرغم من طابعها غير الرسمي.

تعتبر شبكة الانترنت نافذة مفتوحة أمام الملايين، فهي تمثل صالة عرض افتراضية لكافة المنتجات والخدمات. الأمر الذي يوجب على المحترفين (العارضين) ضرورة احترام القواعد الخاصة بحماية المستهلكين وأهم هذه القواعد، إعلام المستهلك وتبصيره. لكن الواقع العملي أثبت أن الأماكن الافتراضية للمواقع التجارية، من شأنها أن تصرف المستهلك عن إدراك المعرفة الحقيقية، الكاملة والموضوعية لكل الالتزامات التي سيتعهد بها. فعندما نكون بصدد عقد بيع عبر الإنترنت، فإن الشروط الجوهرية لهذا العقد تكون عادة موجودة، غير أنها تكون مستترة فيما وراء وصلات الربط المحورية، مما يستوجب على المستهلك أن يجد الأيقونة l'icône، التي سينقر عليها لينفذ إلى معرفة كاملة وموضوعية عن المنتج أو الخدمة. لكن السؤال المطروح : هل كل المستهلكين مدركين لأدوات المعلوماتية، ولديهم القدرة على استظهار تلك المعلومات كاملة؟

ما يلاحظ، أن الكثير من المستهلكين يشرعون في النقر على أيقونة القبول أي تلك العبارة " نعم أقبل " « oui, j'accepte » دون أن يكون لديهم صبر للإطلاع على كافة المعلومات، والتي أحيانا يتعمد المحترف وضعها ضمن صفحات طويلة، في خطوة غالبا ما تكون تضليلية، لعلمه المسبق أن المستهلك لن يقرأها كاملة، وينقر على أيقونة القبول، وبها ينعقد العقد، الذي ربما قد تضمن شروطا مجحفة في حقه، دون أن يعلم.

¹ - V. rapport Lorentz : « commerce électronique » : une nouvelle donne pour les consommateurswww.finance.gouv.fr

كما تظهر إشكالية اللغة المستعملة، والتي كثيرا ما تكون حاجزا أمام المعرفة الكافية للمستهلك لما يريد اقتناؤه. وبالرغم من أن قانون «Toubon»¹ الفرنسي فرض استعمال اللغة الفرنسية كالنترام يقع على عاتق الشركات الفرنسية العارضة لخدماتها ومنتجاتها على شبكة الإنترنت، إلا أن ذلك اعتبر غير كاف لتحقيق التبصير الحقيقي، لأن التعامل يأخذ الصفة العالمية، الأمر الذي يتطلب الخضوع لمبادئ المنافسة، خاصة في ظل هيمنة اللغة الإنجليزية الأمريكية، وتراجع اللغة الفرنسية، حيث يبين إحصاء لعامي 1999-2000 خاص بدراسة السوق الأوروبية، أن 58% من مستخدمي الإنترنت، يستعملون اللغة الإنجليزية. أما اللغات الأخرى فتترتب على النحو التالي: 8.7% إسبانية، 8.6% ألمانية، 7.9% يابانية، 3.8% فرنسية، من هنا فإن فرض لغة معينة، لا يكفي لضمان التنوير والإعلام الكافي للمستهلك².

كما أن الإطلاع على المنتجات عبر شاشة الحاسب الآلي، قد تكون مضللة للمستهلك. كما قد تكون معيبة ولا يمكن له اكتشاف ذلك، ففي تقرير أعدته جماعة المستهلكين الدولية، أظهر أنه بعد شراء عدد من السلع من مواقع الإنترنت في 17 دولة تقريبا، تبين أن 8% من تلك الطلبات كانت البضاعة فيها معيبة³.

كما أن الملاحظ أيضا في مجال التجارة الإلكترونية، أن الغالبية العظمى من المواقع التجارية على شبكة الإنترنت، تقتصر في تنفيذ الالتزام بالإعلام على شقّه الخاص بالأسعار، بخلاف الإعلام بمواصفات المنتج أو بيان الخدمات عبر الإنترنت، التي غالبا ما تتسم بالإيجاز وعدم الدقة، مما يحول دون التعرف الحقيقي عليها، وكثيرا ما تكون السلع المستعملة مخالفة للمواصفات التي توقعها المستهلك.

¹ - La loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française

² - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005، ص 101.

³ - أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 32.

أما من حيث الوقت المحدد لصلاحيّة الإيجاب، فنلاحظ أنه إذا كانت القاعدة العامة تقرر، أن الإيجاب لا يكون ملزماً بذاته، إلا إذا اقترن بميعاد صريح أو ضمني، فإن الأمر في العقد الإلكتروني الذي يتم مباشرة عبر الإنترنت مختلف، حيث أن الموجب ملزماً بتحديد الوقت اللازم لصلاحيّة الإيجاب الصادر عنه. وأن يقوم بإعلام المستهلك بهذا الوقت. غير أن الواقع يعود في هذا المجال، ليؤكد أنه قلماً تحدّد المواقع التجارية المدة اللازمة لصلاحيّة إيجابها، وهو ما يزيد في إضعاف المركز القانوني للمستهلك.

ومن هنا فإن واجب الإعلام الملقى على عاتق المحترف أو المهني في التجارة الإلكترونية، يصبح بحاجة إلى ضوابط أدق مما هي عليه في أحكام القواعد العامة لحماية المستهلك، الذي وصفناه بأنه مفتقر إلى التتوير المعلوماتي.

فمركز المحترف أو العارض في مجال التجارة الإلكترونية أقوى بكثير من مركز المستهلك الإلكتروني الذي يمثل الحلقة الأضعف، حيث يفتقر إلى الخبرة والمعرفة الكافية بالسلع أو الخدمات التي يهدف إلى اقتنائها. بالإضافة إلى جهله بقواعد المعلوماتية كما ذكرنا آنفاً. لذا يعتبر التزام البائع بتبصير المستهلك، وتزويده بجميع المعلومات الضرورية للتعبير عن إرادته، من أهم الالتزامات التي تقع على عاتقه، وذلك من أجل تحقيق الرضا التام غير المضلل أو المعيب.

ويمكن تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الإنترنت بأنه : " التزام قانوني، سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين، الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه، بتقديمها بوسائط إلكترونية، في الوقت المناسب، وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر، الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة¹ ."

مجمل القول في ذلك أنه الالتزام بالإعلام سواء وفق القاعدة العامة أو من خلال الأنماط الخاصة والحديثة أو ما يعرف بالتعاقد الإلكتروني، يعتبر ضرورة ملحة لتحقيق

¹ - نفس المرجع، ص 107

التوازن المعرفي بين أطراف العقد، وبدونه يتعدّر على العقد أن يؤدي وظيفته الاقتصادية والاجتماعية المتمثلة في تحقيق المصالح المشروعة لطرفيه، ويصبح العقد وسيلة استغلال في يد الطرف القوي يستغل من خلاله جهل وضعف الطرف الآخر.

لذلك كان تقرير هذا الالتزام حاجة يقتضيها روح التعاون والتضامن بين الافراد، وتغليب للجوانب الاخلاقية للتعامل. فإذا كانت المصلحة الخاصة تقتضي عدم إلزام المتعاقد بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالتعاقد، لما في ذلك من آثار سلبية على مصالحه على النحو الذي بيّناه سابقاً، فإن المصلحة العامة التي هي أولى بالرعاية تسمو على الأثرة والأنانية، التي تميّز مصلحة الفرد، وتقتضي التقيد بالإعلام ليس كواجب قانونياً فحسب، بل كواجب أخلاقي وإنساني قبل ذلك.

من خلال ما تقدم يمكن التقرير أن القانون المدني قد حوى أحكاماً وقواعد، يمكن بإعمالها تفادي اختلالات التوازن قبل وقوعها، ويمكن استعمالها في مرحلة إبرام العقد، لكن الملاحظ أنه في كثير من الأحيان تقلت العقود من الرقابة فيما قد تحويه من اختلالات في مرحلة تكوين العقد، أنها تكون متوازنة في هذه المرحلة، لكن قد تضطرب فيها الأداءات لاحقاً لظروف خارجية.

في هذا الصدد رصدت التشريعات آليات أخرى يمكن تبنيها في مرحلة التنفيذ قد تساهم بتقويم العقد وتحقيق التوازن فيه.

الفصل الثاني

الآليات العلاجية لتحقيق التوازن العقدي

لا يتوقف تحقيق التوازن العقدي كآلية لحماية المصالح الاقتصادية للمتعاقد الضعيف عند مرحلة تكوين العقد فحسب، وإنما يمتد حتى لمرحلة تنفيذه، فقد أثبت الواقع أن الاختلال في التوازن قد يطال أي فترة من حياة العقد، بل قد تكون في مرحلة التنفيذ أكثر خطورة، لذلك كانت الحاجة ملحة إلى البحث في وسائل يمكن من خلالها ترميم التوازن بين الطرفين كلما تعرّض للاختلال.

في هذا الإطار اكتست مكافحة الشروط التعسفية أهمية خاصة بالنظر الدور المتنامي الذي تلعبه هذه الشروط كأهم مظاهر للاختلال (المبحث الأول)، كما أن مبدأ حسن النية وما يشتمل عليه من مظاهر النزاهة والتعاون، استعملت من قبل القضاء استعمالاً مميزاً لمجابهة التفاوت بين الأداءات (المبحث الثاني)، من جهة ثالثة مثلت نظرية الظروف الطارئة مثالا بارزا لإختلال التوازن في الاداءات تأثراً بتلك الظروف، كما قد تسبب إرهاباً يهدد مصالح المدين، وهو ما تطلب جعل القضاء كما التشريع في كثير من الدول، يلتفت إلى هذا الاختلال، ويقر برفعه من خلال رد التزام الطرف المرهق إلى الحد المعقول (المبحث الثالث).

المبحث الأول

مكافحة الشروط الشروط التعسفية

إستحدثت مختلف النظم القانونية حماية خاصة من الشروط التعسفية، كأداة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد، وعليه نتطرق الى الرقابة على الشروط التعسفية، والتي تتلخص في أساليب تعداد الشروط التعسفية (المطلب الأول) . فيما نتناول مواجهة اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية (المطلب الثاني)

المطلب الاول

الرقابة على الشروط التعسفية (تحديد الشروط التعسفية)

تتعدد أوجه الرقابة على الشروط التعسفية بين أسلوب تشريعي، يتمثل في نظام القوائم (الفرع الأول) . وأسلوب إداري يتمحور في التوصيات التي تصدرها لجان الشروط التعسفية (الفرع الثاني). أما الأسلوب القضائي يتلخص في دور القاضي في تحديد هذه الشروط (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاسلوب التشريعي (نظام القوائم)

كان أول ظهور للأسلوب كآلية للرقابة على الشروط التعسفية في ألمانيا من خلال قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود سنة 1976، تبعه بعد ذلك المشرع الفرنسي، حيث أصدر في 10 جانفي 1978 ما سمي بقانون scrivner. أغلب التشريعات الأخرى كانت متأثرة بهاتين التجربتين، لاسيما في مصر والجزائر.

أ - في التشريع الألماني

كرّس المشرع الألماني فكرة الرقابة على العقد من خلال إقراره لقانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، الذي يعد أول تشريع أوروبي يتطرق لموضوع مكافحة الشروط التعسفية، وإن قصر الحماية على عقود الاذعان دون عقود المفاوضة. وقد وضع هذا القانون قيودا للاعتراف بالشروط المقترنة بالعقود، هو أن يعلم المستهلك بها فعليا¹، وتغليباً لمصلحة الطرف الضعيف في العقد جعل المحترف يتحمل تبعات تفسير العبارات الغامضة²، كونها صادرة عنه. علاوة على تفضيل ما اتفق بشأنه من الشروط

¹ - المادة 02 من القانون الألماني الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1976 ، المتعلق بالشروط العامة العقد .

² - L'article 5 : « En cas de doute sur l'interprétation des conditions générales des contrats, il convient de faire prévaloir l'interprétation la plus défavorable à l'utilisateur

الخاصة على الشروط العامة للعقد بمقتضى هذا القانون¹، التي تفقد كل دور لها في مقابل ما اتفق عليه الاطراف من شروط.²

هذا وقد قسم المشرع الالمانى الشروط التعسفية إلى قائمة سوداء من الشروط ليست مجالاً للاجتهد بشأنها، جعل جزاء لها البطلان بقوة القانون، فبالرجوع للمادة 10 من قانون 76 فقد شملت القائمة السوداء ثمانية أصناف أبرزها :

- إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف.
 - النص على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه.
 - الحق في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر، ودون قبول المستهلك لذلك.
 - الحق في تعديل العقد دون مبرر ودون قبول المستهلك.
 - الحق في المطالبة بتعويضات مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه
 - الحق في اختيار القانون الاجنبي الواجب التطبيق دون وجود مصلحة مشروعة.
 - الحق في اختيار القانون الوطني الساري المفعول دون وجود مصلحة مشروعة.³
- أما القائمة الرمادية فقد أجاز للقضاء سلطة استبعادها إذا كانت تتلائم مع بعض معايير التعسف التي حددها، وأهمها مخالفة مبدأ حسن النية، فوفق المادة 11 من قانون 76 فقد شملت القائمة الرمادية عشرة أصناف من الشروط التعسفية أبرزها ماتعلق بـ :
- حق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم، أو يوفي ثمنها في خلال مدة اربعة اشهر.
 - إستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة.
 - الحق في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس.

¹-المادتين 04 من نفس القانون.

² - H. W. Micklitz, La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Bilan de onze années d'application In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 41 N°1, Janvier-mars 1989. p. 108.

³-المادة 10 من نفس القانون.

- حرمان المستهلك من خيار اللجوء الى المقاصة في دين له علي المحترف خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي.

- الاعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه.

- أستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير.

أما خيار الفسخ أو انقاص السعر فقد استبعده قانون 76 إذا اقترن بشرط الملتمزم به المحترف لتصليح الشيء المعيب، أو في حالة الربط بين تصليح الشيء المعيب وتسليم الثمن المتفق عليه أو جزء منه¹.

ب - التشريع الفرنسي

تدرج التشريع الفرنسي على مراحل في مكافحة الشروط التعسفية، بداية من القانون الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والمعروف بقانون "scrivener"، في حين تم بقانون 05 جانفي 1988 الذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية، وبعد خمس سنوات من ذلك، صدر قانون 93 والذي جمع بين القانونين السابقين في قانون واحد والمعروف بقانون الاستهلاك، فيما أضاف المشرع الفرنسي ملحقا بقانون الاستهلاك سنة 95 يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية.

1 - تحديد الشروط التعسفية بموجب مرسوم

تناول المشرع الفرنسي وفق المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، والمادة 132 - 1 من تقنين الاستهلاك لسنة 1993، الشروط التعسفية بكونها الشروط التي تفرض على المستهلكين أو غير المهنيين من خلال

¹ - د.محمد بودالي، الشروط التعسفية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا والمانيا ومصر، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 21.

التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي من جانب المهني، ومن خلال الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني كنتيجة طبيعية لاستخدامه التفوق الاقتصادي، يفرض الشروط التعسفية على غير المهني أو المستهلك¹.

وقد اوردت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 تعداد من الشروط التي تعتبر تعسفية، ويلاحظ أن هذه القائمة تشمل شروط تتعلق بـ

- شروط تكوين العقد وتعيين الثمن وقابليته للتعيين.

- شروط تنفيذ العقد وتسليم الشيء المبيع

- شروط لفسخ وانسأخ وتجديد العقد.

- شروط خاصة بالمسؤولية وبتحمل المخاطر و ضمانات عقد البيع.²

وقد اتفق الفقه الفرنسي على أن القائمة المشار إليها في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 وردت على سبيل الحصر وليست على سبيل المثال، بهدف مقاومة شروط تعسفية معينة، وليس لضمان التعادل الكلي بين الأداء والثمن.³

كما تبين المادة 35 بأن الشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أيا كان شكلها أو سندها، على خلاف ما ذهب إليه التشريع الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقود الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1976، والذي قصر الحماية على عقود الإذعان.

هذا ولم تصدر الحكومة الفرنسية إلا مرسوما واحدا تطبيقا للمادة 35، ويتعلق الأمر بمرسوم 24 مارس 1978 الذي نص على ثلاثة شروط تعسفية.

- منع الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لإشتراطات تعاقدية مثل اللائحة، أو الشروط العامة للبيع وغيرها، والتي لاتظهر على الوثيقة التي يوقعها.

- منع الشرط الذي يستبعد أو ينقص حق المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف

¹ - عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 102.

² - المادة 35 من القانون الفرنسي 10 جانفي 1978، المتعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات.

³ - عاطف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 89.

بالتزام من التزاماته، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي الى إعفاء المحترف من المسؤولية عن التأخير في التسليم، ويقتصر المنع على الشروط الواردة في عقد البيع فقط دون عقود أداء الخدمات.

- منع الشرط الذي يحتفظ بموجبه المحترف بحق تعديل من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة التي سيقدمها¹.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد ألغى النوع الاول الوارد في المادة الاولى من مرسوم 24 مارس 1978 على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لاتظهر على الوثيقة التي يوقعها .

2 - تحديد الشروط التعسفية عن طريق قائمة ملحقة بقانون الاستهلاك

تنص المادة 132-01 من قانون المستهلك الفرنسي لسنة 1993 على سبعة عشر نوع من الشروط التعسفية، وهي قائمة استرشادية وليست حصرية مستوحاة من التعليمات الاوربية لسنة 1993.

والملاحظ أن الملحق يفتقر للقوة الالزامية التي تتميز بها المراسيم، كما أن المشرع الفرنسي لم يعفى المستهلك "المدعي" من تقديم الدليل على الطابع التعسفي للشرط المتضرر منه²، ومن أبرز ما نصت عليه المادة 132-01 من قانون الاستهلاك :

- إستبعاد أو تحديد مسؤولية المهني في حالة وفاة المستهلك أو إصابته باضرار جسدية بسبب فعل أو إهمال من المهني.

- إستبعاد أو تحديد الحقوق القانونية للمستهلك بطريقة غير مقبولة لصالح المهني في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من جانب المهني لأحد التزاماته التعاقدية.

- إجازة المحترف لانتهاء العقد بصفة تقديرية وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.

¹ - المادة الاولى من المرسوم الفرنسي 24 مارس 1978

² - أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 76.

- منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.
- إستبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعوى القضائية وطرق الطعن.
- الشرط الذي يفرض على المستهلك عند عدم تنفيذ التزامه دفع مبلغ نقدي مبالغ فيه بدرجة كبيرة.
- الشرط الذي يسمح للمحترف أن يعدل بإرادته المنفردة عبارات العقد دون سبب وجيه ومذكور في العقد.
- الشرط الذي يلزم المستهلك بقبول شرط التحكيم كبديل لتسوية النزاعات بواسطة القضاء¹.

ما يمكن استخلاصه أن المشرع الفرنسي تأثر بالنموذج الألماني، فقد جمع بين طريقتين في تحديد الشروط التعسفية، شروط محددة على سبيل الحصر ويعتبرها تعسفية، وفق مانص عليه في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، وشروط وردت على سبيل المثال يرى أنها إذا ظهرت في العقد يمكن أن تعتبر تعسفية، ويترك سلطة تقدير هذه الشروط لقاضي الموضوع وفق ما جاء به في نص المادة 132-01 من قانون الاستهلاك.

ج - التشريع المصري

لم يرد في القانون المدني المصري أو قانون حماية المستهلك الصادر سنة 2006 أي شروط اعتبرها تعسفية، ولعل السبب في ذلك أنه لم يتم تقنين لموضوع الشروط التعسفية في العقود في التنظيم التشريعي المصري²، إلا أنه ورد في المادة 75 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، قائمة لشروط وردت على سبيل المثال، يمكن أن تكون تعسفية، غير أنها خاصة فقط بعقود نقل التكنولوجيا، وبالتالي فإن القاضي غير ملزم

¹ - الفقرة 03 من المادة 132-01 من القانون الاستهلاك الفرنسي.

² - ايمن سعد سليم، المرجع السابق، ص80.

بالحكم ببطلانها، كما أنه يستطيع أن يحكم بأن شرطا غير الشروط المذكورة في المادة 75 باطل، والبطلان الوارد في هذه المادة بطلان نسبي وليس مطلقا.

هذا وتتعلق الشروط الواردة في م 75 من قانون التجارة المذكور، بالزام المستورد بأمر :

- قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها.
- حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد.

- إستعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها.
- تقييد حجم الانتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره.
- إشراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها.
- شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها دون غيرها.
- قصر بيع الانتاج، أو التوكيل في بيعه على مورد ما، أو الأشخاص الذين يعينهم، وذلك كله ما لم يكن أي من هذه الشروط، قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكي المنتج، أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا¹.

د - التشريع الجزائري

نتطرق للتشريع الجزائري من خلال عنصرين، وفق ما نصت عليه المادة 29 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، ووفق المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكيين، المعدل والمتمم.

¹ - المادة 75 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

1 - تحديد الشروط التعسفية وفق قانون 02/04 المعدل والمتمم

- تضمن قانون 02/04، البنود والشروط التعسفية في العقود بين المستهلك والمحترف، فوفق ماتناولته المادة 03 منه فقد عرف المشرع الشرط التعسفي على غرار القانون الفرنسي، مما أسهم في تيسير التعرف على عناصر الشرط التعسفي وهي¹ :
- أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة مع ملاحظة خصوصية تطبيق نصوص قانون 02/04 على عقود الاذعان فقط دون عقود المساومة أو المفاوضة.
 - أن يكون العقد مكتوبا.
 - أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا.
 - أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الاذعان إلى الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات اطراف العقد.

- هذا وقد تأثر المشرع الجزائري بالقانون الألماني والفرنسي في إيراد قائمة محددة بشروط تعسفية أوردتها على سبيل المثال لا الحصر، وهذا وفق ماتناولته المادة 29 من قانون 02/04 والتي اعتبرت البنود التالية شروطا تعسفية :
- أخذ الحقوق و/أو امتيازات لاتقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
 - فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين يتعاقد المهني بشروط يحققها متى اراد.
 - إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الاساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
 - التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد، أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
 - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

¹ - أنظر في ذلك بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق ص 80.

- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.¹

الملاحظ أنه بالرغم من تقدم المشرع الجزائري في النص على الشروط التعسفية في العقود، ونصه على عقوبات جزائية في هذا الصدد من خلال المادة 38 من قانون 04-02، إلا أنه تجاهل النص على الجزاء المدني الذي يطال هذه الشروط في حالة ثبوت تعسفها، فلم ينص على خلاف القوانين المقارنة على بطلان الشروط التعسفية واعتبارها كأن لم تكن مع بقاء العقد صحيحا، بل ترك الأمر مبهما أمام سلطة القاضي.

2 - تحديد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06-306

تماشيا مع نص م 30 من قانون 02/04، والتي تنص على تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 306/06، وبالرجوع م 05 منه اعتبرت البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي شرطا تعسفيا في الحالات:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود لاسيما كميّات الدفع، الاسعار والتعريفات، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كميّات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد.

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا مقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

¹ - المادة 29 من القانون الجزائري رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

-النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الاخير عن اللجوء الى اية وسيلة طعن ضده.

- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الاخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه بنفسه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لايقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لايقوم بتنفيذ واجباته.

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الجبري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

- إعفاء نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطه.

- تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته¹.

من خلال استقراء م 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 نجد أن الحالات المعتبرة تعسفا كانت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وأنه قصر ذلك في عقود الإذعان وفق ماورد في فق 02 من المادة الاولى، حيث عرف العقد في صلب هذا المرسوم، بأنه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لايمكن لهذا الاخير إحداث تغيير حقيقي فيه².

¹-المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الصادر في 10 سبتمبر 2006 ، المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكيين .

²- الفقرة 02 من المادة الاولى من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 .

الفرع الثاني

الاسلوب الاداري (تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة متخصصة)

الأسلوب الثاني الذي يمكن أن يحدد الشروط التعسفية هي اللجان المتخصصة التي تنشأ بقانون، ويكون من مهامها إصدار توصيات تحدد فيها الشروط التي يجوز أن تكون تعسفية، وفي هذا المجال سنتطرق لتكوين اللجان المتخصصة ومهامها ومدى إلزامية قراراتها في فرنسا والجزائر، أما في مصر فانها لم تستحدث بعد مثل هذه اللجان.

أولا - التجربة الفرنسية

أنشئ قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، لجنة الشروط التعسفية " la commission des clauses abusives " والتي تتكون من ثلاثة عشر عضو من الهيئة القضائية التي أوكلت إليها مهمة الرئاسة ومن ممثلي المحترفين والمستهلكين.¹

وتختص هذه اللجنة بفحص نماذج العقود المعتاد عرضها من جانب المهنيين على المستهلكين، كما تقوم اللجنة بالبحث عن الشروط التي يمكن أن يكون لها طابع تعسفي، ولا تتخذ هذه اللجنة قرارات، وإنما تضع توصيات ليست لها قوة ملزمة، وتوصي اللجنة بحذف أو تعديل الشروط التي ترى أنها تعسفية،² ويمكن أن تكون هذه التوصيات ذات طابع عام، كما يمكن أن تكون خاصة ببعض المهنيين.

هذا وقد وضعت هذه اللجنة ما يزيد عن 50 توصية منذ نشأتها وحتى عام 1999، تتعلق بعدد كبير من الشروط التعسفية.³

¹ - حيث تضم اللجنة (04 من ممثلي المحترفين-04 من ممثلي المستهلكين-02 مؤهلين في مجال القانون وتقنيات العقود يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك- 02 قاضيين أحدهما رئيسا والآخر نائبا له - 01 محافظ الحكومة التي أسندت الى المدير العام للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش).

² - المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993

³ - بودالي محمد، المرجع السابق، ص31.

فبالرجوع للمادة 132-05 من تقنين الاستهلاك الفرنسي تتكفل لجنة الشروط التعسفية بنشر مجمل أعمالها وذلك في ختام كل سنة، ويتم هذا النشر في شكل تقارير تتضمن الآراء التي قدمتها اللجنة للقضاء، والتوصيات التي أصدرتها للمشرع أو إلى جمعيات المحترفين، وكذلك اقتراحاتها حول التعديلات التشريعية في موضوع الشروط التعسفية¹.

ثانيا - التجربة الجزائرية

أنشئ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة وهي لجنة ذات طابع إستشاري بمفهوم م 06 من المرسوم التنفيذي 306/06. تشكيل لجنة البنود التعسفية عدلت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 الصادر في 03 فيفري 2008، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 306/06، حيث تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة مستخلفين يتوزعون كآتي :

- ممثلان عن الوزير الكف بالتجارة مختصان في مجال الممارسة التجارية.
 - ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
 - ممثلان عن مجلس المنافسة.
 - متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود
 - ممثلان عن جمعيات المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الاعمال والعقود.
- هذا ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها²، وبالرجوع للمادة 06 من المرسوم التنفيذي 306/06 يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

¹ - أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 92 .

² - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08 الصادر بتاريخ 03/02/2008 المعدل للمرسوم رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين .

أ - مهام لجنة البنود التعسفية

- يمكن حصر المهام الموكلة إلى لجنة البنود التعسفية في ثلاث نقاط :
- تبحث في العقود المطبقة من طرف الاعوان الاقتصاديين على المستهلكيين، والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة
 - يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكيين.
 - يمكنها مباشرة كل عمل اخر يدخل في مجال اختصاصها¹.

ب - القوة الانزامية لتوصيات اللجنة

بالرغم من أهمية التوصيات التي تقوم بها لجنة البنود التعسفية في توضيح فكرة هذه الشروط والعمل على محاربتها، فان توصياتها غير ملزمة بموجب ماتضمنه المادة 06 من المرسوم التنفيذي 306/06، والتي اعتبرت لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري. تجدر الاشارة أنه لمباشرة نشاطها تُخطر اللّجنة إما من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك وفق ما نصت عليه م 11 من هذا المرسوم.

الفرع الثالث

الاسلوب القضائي (تحديد الشروط التعسفية بواسطة القضاء)

نعالج في هذا الجانب دور القاضي في تحديد الشروط التعسفية في النظام الفرنسي مع التطرق للقواعد العامة من خلال دور القاضي في تفسير العقد. فبالرغم من التنظيم المفصل للتشريع الفرنسي، لموضوع مكافحة الشروط التعسفية، فإن المشرع الفرنسي قد منح لقضاة الموضوع سلطة تقديرية في تحديد الشروط التعسفية، لكن وفق المعيار الوارد في المادة 132-01 وهو أن ينتج الشرط اختلالا في التوازن

¹ - المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08.

العقدي بين أطراف عقد الاستهلاك، كما أن قضاة الموضوع إذا صادفوا في نزاع ما شرطا من الشروط التي حددها المشرع باعتبارها بندا تعسفيا¹، فإنه يتوجب عليه أن يحكم بطابعها التعسفية، غير أنه إذا وردت في العقد شروط يمكن أن تعتبر تعسفية أو تلك التي أوصت اللجنة الشروط التعسفية باعتبارها كذلك، فالقاضي غير ملزم بالحكم بتعسف هذه الشروط² وذلك حسب ظروف الدعوى المثارة أمامه وله أن يستعين برأي لجنة الشروط التعسفية³.

وتجدر الإشارة الى ما صدر عن محكمة العدل الاوربية والتي تسهر على تطبيق التوجيه الاوربي سنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية :

- الحكم الاول صدر سنة 2000، منحت فيه محكمة العدل الاوربية لقضاة الموضوع في الدول الاعضاء سلطة تقدير الشرط التعسفي في عقد متنازع عليه، حتى ولو لم يثيره المستهلك.

- الحكم الثاني صدر سنة 2002، وتضمن إمكانية حكم قضاة الموضوع بتعسف شرط من الشروط عقد الاستهلاك برغم من سقوط الحق بالتقادم، وهذا لمصلحة المستهلك⁴.

أما القواعد العامة فيظهر دور القضاء في تفسير العقد من خلال مراجعة نص المادة 111 و112 مدني جزائري والتي وردت في نص المادة 1/150 و 151 من القانون المدني المصري وأيضا المادة 1156 و1162 من قانون المدني الفرنسي، يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين الحالات التالية :

- حالة وضوح عبارة النص.

¹ - المادة 35 من القانون الفرنسي 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات .

² - المادة 132-01 من التقنين الاستهلاك الفرنسي .

³ - المادة 132-06 من التقنين الاستهلاك الفرنسي .

⁴ - أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص97.

- حالة غموض عبارة النص.

- حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

يتضح في هذه النصوص أنه يمتنع على قاضي الموضوع مراجعة مضمون العقد، طالما كانت عبارات العقد واضحة لاغموض فيها وتكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وبالرغم من امتناع القاضي عن التدخل في مضمون العقد، إلا أنه يستطيع أن يتدخل لتفسير هذا المضمون في حالة عدم وضوح إرادة المتعاقدين أو إذا كانت شروط التعاقد غامضة¹، وبهذه الوسيلة يستطيع القاضي تحديد الشروط التعسفية التي ترد في العقود. هذا وتجب الإشارة الى أن حالات الغموض ليست وليدة الصدفة دائما، بل في أحيان كثيرة تكون متعمدة لأنها تسمح للمتعاقد المحترف بتمرير بنود واشتراطات تحمل حالة من الغموض لدى عرضها امام القاضي².

فقد نصت المادة 111 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان هناك محل للتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ".

يترتب إذن على غموض العبارة تأويل العقد، وذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وتتمثل الإرادة المشتركة عند بعض الفقهاء في الايجاب الذي يتلقاه الموجب له ويفهمه، أو يستطيع أن يفهمه على نحو معين، ويعاب على هذا القول أن العقد اتفاق ارادتين فلا يمكن حينئذ الاعتماد بارادة الموجب لوحده، ومن الفقهاء من يعتقد أن المقصود بالارادة المشتركة قد ينتهي إلى إفتراض إرادة المتعاقدين نظرا لغموض العبارات³.

ومما لاشك فيه أن البحث عن النية المشتركة يعني أن العبرة بإرادة المتعاقدين معا وليس بإرادة أحدهما دون الآخر، إلا أنه في ظل عقود الازعان فإن الإرادة المشتركة

¹ - عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 142.

² - حسن عبد الباسط جمعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقود، مرجع سابق، ص123.

³ - علي فيلاي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر 2008، ص388.

للمتعاقدين تكون مغيبة بسبب تمرير المتعاقد القوي اشتراطات معينة من جانبه، لهذا نصت المادة 112 فق 2: "لايجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الازعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن، وعليه إذا تعلق الامر بعقد الازعان يؤول الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا، ويتحمل الطرف القوي مسؤولية العبارات محل الشك، لأنه هو الذي وضع تلك البنود¹."

هذا وتجب الإشارة إلى ماتنص عليه المادة 133-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي من وجوب كتابة العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين بشكل جلي، على أن تفسر في حالة الشك لمصلحة المستهلك.

المطلب الثاني

مواجهة اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

نعالج في هذا الجانب سبل مواجهة اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، من خلال سلطة القاضي في مواجهتها، مع الإشارة للقواعد العامة وفق المادة 110 مدني جزائري (الفرع الأول)، في حين نتناول اعتراف التشريع للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط الجزائي (الفرع الثاني)، أما طبيعة الجزاء ونطاقه فنتطرق له من خلال تحديد جزاء الشروط التعسفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

لقد ترتب على صدور قانون " Scrivener "، أن أولى المشرع الفرنسي أهمية في بسط حماية للمستهلك، ففي حالة تأكد القاضي من وجود الشرط التعسفي في عقود الازعان فإن سلطاته تكون بتعديل هذه الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها وذلك لما

¹ - علي فيلالي ، المرجع السابق، ص394.

تقضي به العدالة، فالقاضي يسلك كل مامن شأنه أن يزيل ما في العقد من تعسف عن طريق تعديل الشرط، غير أنه إذا وجد القاضي بأن تعديل هذا الشرط التعسفي لا يكفي لتحقيق العدالة، فله أن يحكم باعفاء الطرف المذعن من هذا الشرط وذلك بإلغائه¹.

فالحماية المقررة التي كفلها المشرع للمذعن تتمثل في رفع الضرر الذي قد يلحقه بسبب الشرط التعسفي ولو تطلب إلغائه، ومع ذلك إذا ثبت بأن تلك الشروط كانت محل تفاوض وتمت كتابتها فإنها تخرج عن صيغة عقد الاذعان بشرط وجود تفاوض حقيقي وليس مجرد ملء بيانات².

وتتمتع سلطة القاضي إلى تعديل كافة شروط العقد دون استثناء، سواء علم بها الطرف المذعن وقت التعاقد وتنبه لها أم لم ينتبه، ففي جميع الاحوال يتوافر الاذعان بالقبول دون مناقشة الشروط التي انفرد الطرف القوي بإعدادها لتحقيق مصلحته.

هذا وتندرج سلطات القاضي في مواجهة الشروط التعسفية بهدف إحداث توازن عقدي باستخدام آلية التعديل أو الغاء البنود التعسفية في إطار المجالات التي تعنى بالنظام العام، لذلك قرر المشرع إبطال كل اتفاق يمنع تدخل القاضي لتنفيذ هذه الآليات³. غير أنه يتوجب على الطرف المذعن طلب الحماية من القاضي في أية حالة كانت عليها الدعوى لكون الحماية مقررة لمصلحته.

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري وفق المادة 110 منه : " إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "، يتضح من نص المادة بأن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها

¹ - محمد ابراهيم بنداوي، نحو مفهوم اوسع لحماية المستهلك في عقد الاذعان، مقال منشور في مجلة الامن والقانون، السنة الثامنة، العدد الاول، يناير 2000، ص96.

² - تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك "قراءة تحليلية في النظامين القانونيين المصري والفرنسي"، مقال منشور في مجلة كلية الدراسات العليا، ع 20، يناير 2009 ص325.

³ - تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص326.

لا يتم من تلقاء نفسه وإنما بناءاً على طلب الطرف المذعن تطبيقاً لمبدأ حياد القاضي المدني، وهذا خلافاً لبعض التشريعات الغربية التي منحت للقضاء سلطة إثارة تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها من تلقاء نفسه.¹

الفرع الثاني

سلطة القاضي في مواجهة الشروط الجزائية

تطبيق مبادئ الحرية التعاقدية نجم عنه انتشار ظاهرة التعسف في استعمال الشرط الجزائي عن طريق المغالاة وخاصة في مجال القروض، وقد أدت هذه الظاهرة لتدخل المشرع الفرنسي لحماية المتعاقد الضعيف بموجب قانون 09 جويلية 1975، معترفاً للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط الجزائي استثناءً من مبدأ سلطان الإرادة إذا كان الشرط الجزائي مبالغاً فيه.

هذا وقد ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أنه: "يعد تعسفاً ذلك الشرط الجزائي الذي اشترط فيه المؤجر تعويضه بمبلغ يساوي أكثر من خمسة أضعاف القيمة الإيجارية عن الفترة التي يستمر فيها المستأجر في شغل العين بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد"، وبناءاً عليه خفض الحكم قيمة التعويض إلى ما يقارب القيمة التأجيرية المتفق عليها في العقد.²

كما نص على ذلك في المادة 122-42 من قانون العمل الفرنسي، بمنع الاتفاق المسبق على تحديد الغرامات التي تفرض على العمال في حالة الإخلال بالتزاماتهم المهنية، هذا وقد سبق التشريع الألماني والسويسري والإيطالي نظيرهم الفرنسي على منح القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي عندما يكون المبلغ المتفق عليه مبالغاً فيه، في حين لم يعترف المشرع الفرنسي للقاضي بتلك السلطة إلا بموجب قانون 09 جويلية 1975.³

¹ - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 59.

² - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 229.

³ - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 227.

- والملاحظ أن المستهلك وفق النظام الفرنسي يملك وسيلتان لمواجهة التعسف في استعمال الشرط الجزائي¹، فضلا عن دور جمعيات حماية المستهلكين في
- رفع دعوى إزالة الشرط الجزائي من نماذج العقود المعدة مسبقا.
 - بالتمسك بنص المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي والتي تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي لا ابطاله كليا.
 - وإما التمسك بنص المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تعتبر الشرط الجزائي شرطا تعسفيا، وعليه يعد كأنه شرط غير مكتوب.
- من جهته اعترف المشرع الجزائري للقاضي بسلطة تعديل الشرط الجزائي في حالتين :

- إذا نفذ المدين الالتزام الاصلي في جزء منه، وإذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة².
 - كما اعترف للقاضي بزيادة الشرط الجزائي اذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدر واثبت الدائن بأن المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما³.
- هذا ولم يحدد التشريع الجزائري مثلما كان عليه الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي نسبة المغالاة التي تسمح للقاضي باستخدام آلية تعديل الشرط الجزائي، تاركا تقدير ذلك لقضاة الموضوع تحت رقابة محكمة النقض وفقا لمعيار عام، متمثل في مقارنة مبلغ التعويض المتفق عليه بالضرر اللاحق بالدائن، وهذا بالاستناد الى وقت إصدار الحكم لا وقت استحقاق قيمة الشرط⁴.

1 - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 68.

2 - أنظر نص المادة 184 فق 2 من القانون المدني الجزائري

3 - أنظر نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري

4 - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 66.

الفرع الثالث

جزاء الشروط التعسفية

نتطرق في محور جزاء الشروط التعسفية الى الاختلاف الفقهي حول نوع البطلان المقرر وكذا نطاقه.

أولا - طبيعة الجزاء

تنص المادة 132-01 الفقرة 06 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 والفقرة 02 من المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات على أن " تعتبر الشروط التعسفية غير مكتوبة ". ويذهب الفقه الفرنسي إلى اعتبار عبارة " غير مكتوبة "، بمعنى باطلة مع بقاء العقد المتضمن لهذا الشرط الذي اعتبر بأنه تعسفي، مادام أن هذا الشرط لم يكن الدافع للتعاقد¹. لكن الفقه الفرنسي اختلف حول نوع البطلان المقرر، فذهب رأي إلى اعتبار البطلان المقرر في الفقرة 06 من المادة 132-01 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، والفقرة 02 من المادة 35 من القانون المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات الصادر في 10 جانفي 1978، بطلانا نسبيا مقرر لحماية المستهلك وإن تعلق بالنظام العام فيما ذهب الرأي الثاني إلى اعتبار البطلان المقصود في نص المادة، بالبطلان المطلق، لكونه من جهة يمثل جزاء فعالا للمستهلك، فلو ترك له وحده حق رفع دعوى الابطال لتقاعس عن رفعها لكثرة المصاريف القضائية ومدتها، مقارنة مع قيمة السلعة أو الخدمة المحصل عليها، ومن جهة أخرى يضع تحت يد جمعيات حماية المستهلك الحق في رفع دعاوى لحذف الشروط التعسفية الواردة في نماذج عقود الاستهلاك²، ويبدو أن الرأي الأول هو الأصح، على أساس أن البطلان المطلق يؤدي إلى حرمان المستهلك من

1 - أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص124.

2 - عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 132.

السلعة أو الخدمة التي قد تكون ضرورية له، في حين أن إقرار البطلان النسبي من شأنه أن يحقق مصلحة المستهلك، بالابقاء على العقد، وبالتالي الاستفادة من السلعة أو الخدمة محل العقد.¹

ثانيا - نطاق البطلان

تنص الفقرة 08 من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 وكذا الفقرة 08 من المادة 01-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 على أنه : " يبقى العقد المتضمن لهذه الشروط التي حكم بأنها تعسفية مادام يمكن بقاؤه بدونها "، ويتضح من نص المادة أن البطلان ينصب على الشرط التعسفي فقط وبقاء العقد صحيحا، حتى يستطيع المستهلك الاستفادة من السلعة أو الخدمة، وهذا يعني أن البطلان يكون جزئيا منصبا على الشرط فقط.

غير أن هذا الرأي لم يسلم من نقد الفقه الفرنسي :

فذهب رأي أول إلى أن بطلان الشرط التعسفي يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله، لأنه أحيانا يرجع بطلان الشرط الذي يؤدي إلى بطلان العقد بمجمله إلى النصوص المتعلقة بالنظام العام، وقد ورد في القانون المدني الفرنسي نصوص تقرر بطلان العقد في حالة بطلان الشرط، فنصت المادة 1172 منه على أن كل شرط يرد على شيء مستحيل أو مخالف للأداب العامة أو محظور بواسطة القانون يكون باطلا ويبطل العقد الذي تضمنه².

أيضا قد يرجع بطلان الشرط إلى إرادة المتعاقدين، فيبطل العقد الذي أدرج فيه الشرط الباطل إذا كان لهذا الشرط الباطل دورا جوهريا في العقد، مثلما ذهبت إليه المادة 1174 على أن كل التزام يكون باطلا إذا علق على شرط إرادي محض من جانب الملتزم، مثل الشرط الذي بمقتضاه يستقل أحد المتعاقدين بتحديد الثمن في عقد البيع مخالفا

¹ - عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص133.

² - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 43.

بذلك حكم المادة 1591 من القانون المدني الفرنسي، فهذا الشرط يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان العقد كله¹. وذهب الرأي الثاني إلى أن البطلان لا ينصرف الى العقد بل يقتصر على الشرط التعسفي فقط، ويجد أساس هذا الرأي في نظرية انتقاص العقد والتي انتقدتها الفقه الفرنسي، كان أبرز هذه الانتقادات أنها تمنح للقاضي فرصة تعديل لشرط من شروط العقد وبالتالي للعقد ذاته².

وقد أورد المشرع الفرنسي عدة نصوص تقرر بطلان الشرط فقط، بحيث يعتبر كأنه غير مكتوب مع بقاء العقد صحيحا، فنصت المادة 1844 - 2/10 من القانون المدني الفرنسي على: " أن كل شرط مخالف للنصوص الأمرة في الباب المتعلق بالشركات لا يؤدي الى بطلان الشركة وإنما يعتبر وكأنه غير مكتوب".

وأیضا نص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي على بطلان الشروط الرامية إلى إلغاء وتخفيف الضمان الواجب على البائع في حالة وجود عيب خفي بالشيء المبيع، ويبدو أن الرأي الثاني المتعلق باقتصار البطلان على الشرط التعسفي فقط، كما أشرنا إلى ذلك سابقا، يوفر حماية فعالة للمستهلك، من جهة يتمتع بالسلعة او الخدمة محل العقد ومن جهة أخرى لا يسرى عليه الشرط التعسفي، والذي يبطل مع بقاء العقد العقد صحيحا منتجا لآثاره³.

وبالرجوع للقانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإن المشرع الجزائري لم يواكب ماتضمنه التشريع الفرنسي⁴ من بيان للجزاء المدني الناتج عن وجود الشرط التعسفي في العقد، باعتبار الشرط التعسفي كأنه غير مكتوب مع بقاء

1 - عاطف عبد المجيد حسن، ص 136.

2 - عاطف عبد المجيد حسن، المرجع السابق، ص 138.

3 - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 44.

4 - الفقرة 06 من المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993.

العقد صحيحا منتجا لآثاره إذا كان يمكن أن يستمر العقد دون الشروط الباطلة¹، حيث اكتفى المشرع الجزائري وفق م 38 بالنص على الجزاء العقابي وذلك بغرامة تتراوح من خمسين ألف إلى خمسة ملايين دينار جزائري، عقوبة على الممارسات التعاقدية التعسفية.

المبحث الثاني

مبدأ حسن النية في التعاقد

رأينا في القسم الأول من البحث، أن حسن النية كان من بين أهم المبادئ التي اقترحت كبدل عن الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد، وقد جاء التنصيص عليه في القانون المدني متلازما مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث ذكر بعده مباشرة من خلال المادة 107 في فقرتها الأولى " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية". أما في القانون الفرنسي فقد تضمنتها نفس المادة، 1134.²

إن مبرر ورود فكرة حسن النية في القانون المدني، هو إعلاء للمعطي الأخلاقي كمكون أساسي للقاعدة القانونية، حيث لا يعتبر مجرد مبدأ ذاتي، بمعنى قيда أخلاقيا على حرية التعاقد، وإنما يظهر كقاعدة تربوية يُنفذُ العقد بمقتضاها بشكل ملائم، دون وجود لنية الخداع، أو التضليل، أو التغرير، وبذلك فهو يمثل أحد الخطوط الأخلاقية، التي لا تجيز المحاكم تخطيها.³

¹ - الفقرة 08 من المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي والفقرة 08 من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات.

² - Art 1134 du code civil français : « Les conventions légalement formées, tiennent lieu de loi

à ceux qui les ont faites.

Elle ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel.

ou pour les causes que la loi autorise.

Elle doivent s'exécuter de bonne foi ».

³ - غاي بيخور (ترجمة رشا جمال)، مدونة السنهوري القانونية "نشوء القانون المدني العربي

المعاصر" (1932-1949)، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، الطبعة الأولى، بيروت 2009 ص 243.

ويتيح مبدأ حسن النية في القانون المدني، تخطي الفجوة العميقة، بين النزعة الفردية التي تهيمن على الحرية التعاقدية، والصرامة التي تصاحبها. وفلسفة التضامن ومصلحة المجتمع. بهذا الوصف يظهر مبدأ حسن النية كأهم الوسائل المتاحة لإقامة التوازن في العقد. من خلال التحوّل الذي عرفه مفهومه (المطلب الأول)، والدور المنوط به (المطلب الثاني)، وأهم مظاهره (المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم حسن النية

بداية سبعينيات القرن الماضي، بدأ القضاء في فرنسا يبنى تصورا جديدا لفكرة حسن النية، مختلف تماما لتلك النظرة الضيقة، التي حبسه فيها أنصار النظرية التقليدية للعقد. وقد شكّل هذا التصور منعطفًا هامًا في دور حسن النية، حيث تركز كمبردًا حقيقي وأساسي لتنفيذ العقود. بل أيضا كقاعدة لتكوين العقد وتفسيره¹.

على ضوء التطور الذي عرفه حسن النية، انقسم الفقهاء في تصوّرهم لمفهومه، مما أدى إلى تكريس المفهوم المزدوج : مفهوم تقليدي، ذاتي، مطابق لإرادة المتعاقدين، بحسب اتفاقهم المبدئي المشترك(الفرع الأول)، ومفهوم حديث، موضوعي، يُنظر إليه من خارج الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وقد يتعارض معها(الفرع الثاني).

الفرع الأول

المفهوم الذاتي لحسن النية

من خلال الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على وجوب تنفيذ الاتفاقات بحسن النية، نلاحظ بوضوح أن واضعي القانون المدني

¹ - Y. Picod, Contrats Et Obligations.- Effet obligatoire des conventions. - Exécution de bonne foi des conventions, JurisClasseur Civil Code > Art. 1134 et 1135, Date de fraîcheur, 10 Avril 2013, n° 04, p 05.

بتوجهاتهم الليبرالية، لم يحتاطوا جيدا للنتائج التي يمكن استنباطها من فقرة كهذه، والتي أصبحت تهدد بشكل كبير الأسس التي أقاموا عليها تصورهم للقانون المدني.

بالنسبة لهم، لم تكن الغاية الأساسية من وضع هذه القاعدة، سوى تجنب التفرقة الرومانية القديمة، بين عقود القانون الخالص أو المحض، والتي يكون مضمونها محدّد بالمعنى الحرفي للمصطلحات المستخدمة، وعقود حسن النية، التي يمكن تفسيرها على نطاق واسع. وبظهور مبدأ الرضائية في العقود، ترسّخت فكرة مفادها أن كل العقود، هي عقود حسن النية. وهذا ما قصده المشرع المدني الفرنسي من وضعه للفقرة الثالثة من المادة 1134¹. لكن قصر دورها في هذا الإطار في كونها مجرد قاعدة تقنية بسيطة، ليس لها مدلول جوهري، يُستعان بها فقط لتفسير إرادة الأطراف².

تبعاً لذلك كرّست المدرسة التقليدية لمفهوم حسن النية، رؤية ذاتية. لذلك اقتصرت على ربط النية بإرادة الأطراف، وعرفته بالاستناد إلى الإرادة المشتركة لهما، سواء باعتبار حسن النية مرادفاً للمقصد المشترك للمتعاقدين، أو باعتبارهما ممتزجين، مع افتراض وجود قرينة على إرادة ذلك، بهذا المعنى لا يتجاوز دور حسن النية، سوى كونه وسيلة لحماية المقصد المشترك للطرفين، وإقصاء كل محاولة للخروج على هذا المقصد³. لكن المقصد المشترك، يثير إشكالا، وفي بعض الأحيان يكون غير ثابت. يقول الفقيه الفرنسي Esmein: " لا يتضح مقصد الأطراف بصفة جلية من خلال النص الكتابي مادام يتحتم علينا البحث عنه في حالة الغموض، أو لبس في العبارات المستعملة، والتي لا تفي بغرض التعبير عنه"⁴.

¹ - F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op cit, n° 414 60, p. 347.

² - J. Flour, J.L. Aubert, E. Saveaux, op cit, n° 378 p. 340.

³ - حسين بن سليمة (تعريب محمد بن سالم)، حسن النية في تنفيذ العقود " حسب أحكام الفصل 243 من المجلة المدنية، المطابع الموحدة، مجموعة سداس، تونس 1993، ص ص 23، 24.

⁴ - نفس المرجع، ص 24.

لذا يعلق الفقيه Capitant بأنه " لا يمكن مقصد الأطراف المشترك وحده من التأويل الحر لنص العقد، وإنما يجب البحث وراء هذا المقصد المشترك، في ماهية الإتفاق"¹ الواقع أنه لا يمكن فصل هذا التصور، لحسن النية، وما يترتب عنه في الجانب العملي، عن باقي النتائج السلبية المترتبة عن التطبيق الصارم لأحكام مبدأ سلطان الإرادة، من مظالم، واستغلال للطرف الضعيف، وانتشار إختلالات التوازن بين الالتزامات والحقوق على أوسع نطاق.

لذا كان من المناسب، النظر إلى حسن النية من خارج إطار العقد، بغية معالجة اختلال التوازن في مضمونه، وتحقيق العدالة.

الفرع الثاني

المفهوم الموضوعي لحسن النية

على النقيض من التصور الذاتي لحسن النية، يرتكز التصور الموضوعي، على واجب ملقى على عاتق المتعاقدين، يلزمهما بتنفيذ التزاماتهما بحسن النية. بمعنى أن يراعي كل منهما تجاه الآخر في تنفيذ التزامه، سلوك الأمانة، والنزاهة، وشرف التعامل، بعيدا عن كل غش، أو تحايل، أو خداع.

وعلى هذا النحو يعرف حسن النية بأنه " الاعتقاد الخاطئ، بأن التعامل مطابق للقانون (الذي يستند إلى مظهر مضلل، أو جهل بأحد العناصر) الذي يبرر قدر من الرأفة والشفقة من القانون". أو " أنه السلوك القائم على الشرف والنزاهة، الذي يجب على كل فرد تبنيه، عند قيامه بتصرف قانوني تجاه الآخرين"².

كما عرفه الفقيه الفرنسي G. Cornu بأنه " الوضع الذي يترجم الاعتقاد، أو الارادة بالخضوع للقانون، الذي يسمح لصاحبه، بالافلات من التطبيق الصارم للقاعدة القانونية"³.

¹ - نفس المرجع، ص 24.

² - R. Cabrillac, Dictionnaire du Vocabulaire Juridique, 2^{ème} éd, juris classeur, LexisNexis, Litec, " Bonne Foi", p. 52.

³ - Cité par Ph. le Tourneau, Bonne Foi, Rép. Civ. Dalloz. Janvier 2009, n° 01, p 03.

لكن فصل حسن النية عن القصد المشترك لطرفي العقد، يجعله مجرد من القوة الملزمة، لذلك دأب الفقه والقضاء على البحث عن أسس بديلة، يستمد منها هذا المبدأ قوته الالزامية. فتارة ألحقوا مفهومه بقواعد النظام العام، وتارة أخرى بقواعد الإنصاف. لكن الأساس الأكثر هلائمة تمثل في قواعد الاخلاق، لذلك سوف نقتصر على هذه القواعد في علاقتها بمبدأ حسن النية.

لكل من القانون والأخلاق الطابع المميّز له. فكل السلوكيات التي تقتضيها الأخلاق، ليست بالضرورة، مفروضة قانونا.¹ ومع ذلك تمثل مبادئ الأخلاق المختلفة، بنيانا هاما وركيزة أساسية للمجتمع الإنساني، لذا نجد واضعي القوانين في كل الدول، في إطار نشاطهم التشريعي، متأثرين إلى حد بعيد بالمبادئ والقواعد الأخلاقية، وفي أحيان كثيرة يستعينون بها، فيعمدون إلى فرض بعض الواجبات الأخلاقية، ويضفون عليها الصبغة القانونية الملزمة، لإشاعة روح التعاون والتضامن بين المتعاقدين، وتهذيب النفس البشرية من الأثرة والأنانية والاستغلال. بالتالي فوجود مبدأ حسن النية في مجال العقود يعكس بشكل كبير، تأثير الأخلاق أو بعض قواعدها على القانون، والالتزام بهذا المبدأ في التعامل، بوصفه مبدأ راسخا في نظرية العقد، له أثر كبير وفعال في تحقيق التوازن والعدالة في العقود.

وفقا لهذه الرؤية، يشكل حسن النية أساسا جيدا للقاضي، يقتضي من خلاله وجود قدر من التوازن في العقد، بمعنى أنه يساهم في تحقيق تقسيم متناسق للحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد، بالإضافة إلى دوره في ضمان الحفاظ على التوازن أثناء تنفيذ العقد، ودوره أيضا كأهم الأسس لمراجعة اختلال التوازن بفعل الظروف الطارئة.

من خلال التعريف المزدوج لمبدأ حسن النية المشار إليه سابقا، نجد في المقام يحقق المصالح المشروعة للمتعاقدين في مناخ تسوده الأمانة والثقة، ومن جانب آخر، أن الفرد

¹ - B. Starck, H. Rolland et L. Boyer, *Introduction au droit*, 3e éd., Paris, Litec, 1991, p. 10.
Cité par B. Lefebvre, *La justice contractuelle*, op cit, p. 23.

ما دام عضو في المجتمع، فعليه أن لا يقصي مصالح المجتمع الذي يعيش فيه، خاصة وأن مصلحته الخاصة جزء مرتبط بمصالح مجتمعه، فعليه أن يضع هذه الأخيرة أيضا نصب عينيه، وعلى هذا النحو، يسهم مبدأ حسن النية في إشباع المصالح الاقتصادية للمجتمع، بتنظيم العلاقات التعاقدية بشكل فعّال ومثمر.

المطلب الثاني

آلية تحقيق التوازن العقدي

وبالرغم من أن مبدأ حسن استخدام حديثا كقيد على الإرادة، إلا أن دوره ارتبط ارتباطا وثيقا بدور الإرادة. فكلما كان دور الإرادة في التصرفات القانونية منعذما، أو ضعيفا، كان دور مبدأ حسن النية كذلك. وكلما تعاضم دور الإرادة، كان لهذا المبدأ أهمية خاصة في العقود.¹

إن العقد باعتباره علاقة ومنفعة، يشكل عملية اقتصادية يحركها مبدأ حسن النية. وبذلك فهو يمثل بالنسبة للعقد في مفهومه كعلاقة، مفهوما أخلاقيا، يتمثل في استقامة المتعاقد، ويعتبر بذلك قاعدة سلوك.

وهناك من يرى أن فصل حسن النية عن إرادة الأطراف وقصدتهم، يحتاج إلى سند يزوده ويدعمه بالقوة التي تجعله يلعب دوره في ضمان توازن العقد. والحقيقة أن ضمان التوازن العقدي، لا يكون إلا من خلال تقييد الإرادة تقييدا موضوعيا، كلما انحرفت عن القيم الاجتماعية، فحسن النية يعبر عن المرجع لقيمة خارجية عليا على نفسية المتعاقد، وذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار الأعراف وبعض القيم،² والتي لا شك أن أهمها هي القيم الأخلاقية، طالما أننا أشرنا إلى أن المعطى الأخلاقي هو من أهم مكونات هذا المبدأ.

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004. ص 12.

² - لبنان فريدة، مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2008 - 2009، ص 31.

فدور مبدأ حسن النية يظهر من خلال التزام المتعاقد بعدم إرهاب المتعاقد الآخر، وبألاّ يتمسك بنصوص العقد الحرفية، طالما أن تنفيذ الالتزامات يحقق المقصود من إبرام العقد¹ (الفرع الأول)، وبالتالي سيؤدي ذلك لا محالة، إلى تحقيق العدالة والإنصاف بين أطراف العلاقة التعاقدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التخفيف من شدة تنفيذ الاتفاقيات بطريقة حرفية

نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن " العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ". يتضمن نص هذه المادة، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يعتبر من أهم المبادئ التي تحكم العقود، لدرجة أن الفقه يطلق عليه قانون العقود. ولما كان هذا المبدأ يعطي لأي من المتعاقدين حق التمسك بما ورد في العقد حرفياً، مما يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر، أو أحيانا يغالي في التمسك بحقوقه الناشئة عن العقد، كحق الإبطال والفسخ وحق المطالبة بتنفيذ التزام ما، لذلك كان لزاماً أن يوجد إلى جانب هذا المبدأ، مبدأ آخر يخفف من شدته، وهو الدور المنوط بمبدأ حسن النية، ليقف حائلاً أمام غلو أحد أطراف العقد، بتمسكه بحرفية ما جاء فيه، أو يرهق المتعاقد الآخر بطلبات معينة، يتضمنها الاتفاق.

فمبدأ حسن النية على هذا الوجه، يؤدي إلى الموائمة، بين تنفيذ العقود طبقاً لما تقضي به قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، تلك التي تعطي للمتعاقد حق التمسك بجميع ما ورد في العقد، وبين مبدأ عدم الإضرار بالغير في التصرفات. هذه الموائمة تتم من خلال اعتبار مبدأ حسن النية هو الإطار، والروح التي يجب أن تسود تفسير العقود وتنفيذها.

¹ - أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ " الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن "، المكتبة المصرية، القاهرة 2007، ص ص 24، 25.

ففي حال تعددت طرق تنفيذ العقد، وتعددت معانيه، فهنا يجب أن يختار من الطرق ما تقتضيه الأمانة، والاستقامة، والشرف، والعدالة، والنزاهة.¹ وهو نفس التوجه الذي ذهب إليه الفقه الإسلامي، وما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 107 من أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية.

وفي إطار تفسير العقد، نصت المادة 111 من القانون المدني على أنه "أما إذا كان هناك محل للتأويل، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات". ويقصد بالأمانة والثقة في نص المادة 111، حسن النية.

فالمادة 111 من القانون المدني، جاءت بمجموع من الوسائل يستهدي بها القاضي للوصول إلى تفسير يخدم جميع الأطراف، أو ما يعبر عنه بالإرادة المشتركة للمتعاقدين. فالقاضي يستهدي بطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. والملاحظ أن أغلب هذه العوامل موضوعية، تؤدي إلى التفسير الموضوعي الذي يهدف إلى تحقيق أغراض موضوعية، كحماية حسن النية والعدالة، وذلك على أساس إلزام القاضي بالبحث عن النية المشتركة من قبل المشرع، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وأن عدم احترام هذا النهج قد يؤدي إلى إقصاء أو إجحاف في حق أحد الأطراف.

ومنه يمكن القول أن تفسير العبارة الغامضة يعتبر بمثابة قيد على الإرادة، لأن القاضي لا يأخذ بما يريده صاحب الإرادة، وإنما بما توصل إليه هو، وذلك بطبيعة الحال بالاستعانة بالوسائل التي مكّنه القانون منها، والتي تُعد مرشدة له في تقديراته المختلفة.

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 319.

وفي ذلك تحقيق لاستقرار المعاملات، وكذا أخذ العدالة العقدية بعين الاعتبار¹، فالواقع أن القضاء رغم اتصافه بالتجرد والحياد، لم يتوان عن مخالفة الإرادة العقدية، كلما كان احترامها حرفياً يؤدي حتماً إلى الإخلال في التوازن العقدي، ولو كان ذلك الاختلال مبرراً.²

فالمشرع الجزائري، أعطى إمكانية تدخل القاضي في عقد الوكالة، في نص المادة 581 من القانون المدني التي تنص على أن " الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة، أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل. فإذا اتفقا على أجر للوكالة، كان هذا الإجراء خاضعاً لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة".

فرغم أن عقد الوكالة يخضع كباقي العقود لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لم يحل بين القضاء وبين تعديله، رغبة في حماية ذلك التوازن، على أساس أن تأمين تلك الحماية، تأمين لمبادئ الإنصاف وقواعد العدالة، فما ورد في عقد الوكالة مثلاً، يعتبر صريحاً من المشرع على أن دافع المحافظة على التوازن العقدي، هو المؤثر على تلك الحلول.

الفرع الثاني

تدعيم قواعد العدالة بين أطراف العقد

وظيفة مبدأ حسن النية في تحقيق التوازن العقدي، لا تقتضي فقط التخفيف من شدة تنفيذ الاتفاقيات بطريقة حرفية، وإنما أيضاً يمكن له أن يلعب دوراً مهماً في تحقيق قدر ما معتبراً من العدالة بين طرفي العقد.

وأهم مقتضى للعدالة في الجانب التعاقدية هو تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة. ولن يتم هذا التوازن إلا إذا حسنت نوايا الأطراف، على أساس أنه في حالة

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 298.

² - سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني في القانونين اللبناني والفرنسي المقارن، دار الفكر اللبناني، ط 1، بيروت 1987، ص 543.

العقد الذي يتخلله سوء النية، لا يمكن أن يتحقق أي قدر من العدالة التي ينشدها أطراف التعاقد، فالمساواة والتوازن بين أطراف العقد لا تتحقق إلا بمراعاة مبدأ حسن النية في جميع المراحل التي يمر بها العقد، ولاسيما مرحلة تنفيذه، فهذا المبدأ يلعب دوراً مهماً في الموازنة بين مصلحة المتعاقد واستقرار التعامل.

وهناك من الفقه من ذهب إلى أبعد من ذلك، إلى اعتبار العدالة وحسن النية في إبرام العقود وتنفيذها صنوان فلا يوجد حسن النية في موضع إلا والعدالة تقف وراءه وتسانده¹، وبالتالي فإن مبدأ حسن النية يؤدي إلى تحقيق العدالة بين أطراف العلاقة العقدية، فهو أداة تسمح لإعطاء حلول منصفة للنزاعات القانونية، ويسمح للقاضي أن يضفي بعض الليونة على القواعد المكلف بتطبيقها، سواء أكانت تلك القواعد ذات مصدر قانوني أم تعاقدية². كما أن هناك من الفقهاء من ذهب إلى أن حسن النية هو نفسه الإنصاف، وأن القاضي إذا ما استند إلى حسن النية فهو يحكم بالإنصاف، ويرى آخرون أن نص الفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون الفرنسي، والتي يقابلها الفقرة الأولى من المادة 107 تُمثل حصة الإنصاف في المادة التعاقدية³ وأن هناك اختلاف بسيط بين المفهومين، فحسن النية بالنسبة لهم هو الأداة لتحقيق الإنصاف، ووسيلة التعديل اللازمة لفكرة العدل. وقد وصفه أحد الفقهاء⁴ بأنه، أحد العوامل التي تمتزج بفكرة العدل، لتمكن بصورة أفضل، من إعطاء كل ذي حق حقه، وتحقيق الإنصاف، على الرغم من أن هناك من يحاول أن يجد فرقاً بين حسن النية والإنصاف. الواقع أنه على الرغم من كل المحاولات الرامية إلى إلحاق مفهوم حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى، إلا أنه يبقى مفهوماً مستقلاً، ويلعب دوراً هاماً في تحقيق العدل. ويتضح الفرق أكثر مثلاً بين مفهوم حسن النية

1 - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 321.

2 - ربما فرج مكي، مرجع سابق، ص 243.

3 - حسن بن سليمان، مرجع سابق، ص 31.

4 - المرجع نفسه، ص 32.

والإنصاف إذا ما نظرنا إلى الدور الذي يلعبه كل واحد منهما، إذ يقول الفقيه ديرو " أنه يجب أن نصلح باسم حسن النية ونكمل بإسم الإنصاف"¹.

ويذهب الفقيه François Geny إلى أبعد من ذلك معتبرا أن الإنصاف يتمثل في شكلين، فهو إما في شكل غريزة تتجه مباشرة نحو الحل الأفضل والأنسب مع الهدف لكل تنظيم قانوني. وإما بقصد التطبيق على الوقائع لفكرة العدل. مع الأخذ بعين الاعتبار للظروف الشخصية وقولية الأفكار العامة حسب عناصر الواقع المعاش، وهذا هو الشكل الثاني للإنصاف الذي نقارب حسن النية به².

فمبدأ حسن النية هو مبدأ شامل لكل المراحل، وبذلك يكون وسيلة تدخل القاضي لتحقيق التوازن العقدي، وبعد أن كان يفرض التزامات سلبية على المتعاقدين، بالابتعاد عن كل ما من شأنه أن يعيق التنفيذ السليم والنزيه للعقد، أصبح اليوم يقرّر التزامات إيجابية³، نتطرق إليها في المطلب الثالث عند الحديث عن مظاهر حسن النية، وهذا ما يوضح أهمية المبدأ في العلاقات التعاقدية، والتي تبرز من خلال ما يؤديه المبدأ من وظيفة في إرساء نوع من العدالة العقدية.

والمشرع الجزائري أقرّ بهذا المبدأ كقاعدة عامة عند تنفيذ العقد، على أساس أن العقد لا بد أن يكون قائماً على أسس من النية الحسنة، فجميع المعاني التي أعطيت لحسن النية، قد أضفت عليه طابعا أخلاقيا ممتازا، مفاده العدل والإنصاف بين المتعاقدين، فيستطيع القاضي من خلال هذه التقنية أن يحقق التوازن ويحكم بالإنصاف، وله في القانون من النصوص، وما يخوله له الاجتهاد من آفاق، ما يمكنه من تحقيق العدل الذي هو غاية القانون⁴.

1 - المرجع نفسه، ص 32.

2 - المرجع السابق ص 32.

3 - لبنان فريدة مرجع سابق ص 6 .

4 - محمدي فريدة زاوي، المدخل العام للعلوم القانونية " نظرية القانون"، ص 91

فالأمانة، والثقة، والعرف، والتعاون، والعدل، وغيرها من المظاهر التي سوف نتطرق لها في المطالب الموالي، كلها أفكار موضوعية، إجتماعية، أراد من خلالها المشرع إلزام المتعاقدين بعدم الانحراف عن هذه القيم الاخلاقية، لذلك استحدث هذه التقنية في مواضع متعددة ومتنوعة نرى بعضها من خلال.

المطلب الثالث

مظاهر حسن النية كآلية لإعادة التوازن

إن وظيفة مبدأ حسن النية كآلية لإعادة التوازن في العقد ليس كلاما مجردا، وإنما هناك مظاهر تتجلى من خلالها هذه الوظيفة، من أهمها الأمانة والتعاون والثقة المشروعة، وانتفاء التعسف في استعمال الحق¹، وهناك اتجاه يرى بجمع كل ذلك في مظهرين أساسيين فقط، على إعتبار أن الأمانة، وكذا الثقة المشروعة، وانتفاء التعسف في استعمال الحق، كلها صور من الالتزام بالنزاهة. لذلك سيقصر عرضنا على مظهرين فقط. المظهر الأول وهو الالتزام بالنزاهة (الفرع الأول)، والمظهر الثاني الالتزام بالتعاون (الفرع الثاني)².

الفرع الأول

الالتزام بالنزاهة

إن الالتزام بالنزاهة والذي يسميه البعض أيضا الالتزام بالأمانة، لا يقتصر على متعاقد دون الآخر، فهو يقع على عاتق كل طرف في العقد. وعندما نتكلم عن فكرة النزاهة، فإن الاهتمام سيكون منصبا بالدرجة الأولى، حول مضمون العقد وليس على الكيفية التي أنشأ من خلالها، حيث أنه إذا تقرر تقييد القوة الملزمة للعقد الذي تمّ على الوجه الصحيح، فإن القاضي سيركّز بحثه حول فحص

1 - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص 451 .

2 - علي فيلاللي، مرجع سابق، ص 369.

المصالح المتبادلة. وبإمعان النظر إلى مجموع الشروط المتضمنة بالعقد، يمكن له أن يحدّد إن كان هذا الشرط أو ذاك منافياً للعدالة وواجب النزاهة، وبالتالي يُقدّر إن كانت المنافع التي حصل كل متعاقد، لها ما يقابلها لدى الطرف الآخر أم لا؟

كما يكون الاهتمام في الدرجة الثانية بأوصاف أساسية، على المتعاقدين أن يتحلّوا بها طيلة حياة العقد، وخاصة في مرحلة التنفيذ. وبهذا المعنى يقتضي مبدأ حسن النية نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وإخلاص.

ويقصد بالنزاهة والإخلاص، أن يتمتع المتعاقد عن كل غش أو تدليس، يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا¹. وأيضا ينبغي لأطراف العلاقة التعاقدية أن يكونوا على قدر من الاستقامة والشرف²، الأمر الذي يجعل من حق كل واحد منهما أن يثق في الآخر، لما يفترضه فيه من نزاهة وشرف، وأن هذا لا يتنافى مع مبدأ تعارض المصالح في العقود، المبدأ الذي يجعل كل طرف يحتفظ لنفسه بأشياء تحقق له أكبر فائدة، على أساس أنه إذا كان الاحتفاظ بهذه الأشياء حقا غايته تحقيق أكبر قدر من النفع، فإن هذا الحق مقيد بقواعد العدالة وحسن النية³، لذلك نجد المشرع الجزائري مثلا في المادة 111 ق م. التي تنص على ".... إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عن النص الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين...".

ومما لا شك فيه أن اعتبارات الثقة ترتبط ارتباطا وثيقا بالأخلاق، وكلاهما يفرض على الأطراف قدرا من النزاهة، لذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام يعتبر خطأ عقديا مثل ما هو منصوص عليه في المواد 178، 377، 490 ق م. وفي نفس السياق، نجد عدة أمثلة يظهر فيها هذا الالتزام بشكل واضح، مثل نص المادة 361 ق م، التي تقضي بالإنزام

1 - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 369.

2 - عبد اللطيف عبد الحميد القوني، مرجع سابق، ص 455.

3 - المرجع نفسه، ص 455.

البائع بالقيام بكل ما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، و بإمتناعه عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا.

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري قد خصص فصلا رابعا من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بيّن من خلاله الممارسات التجارية غير النزيهة، وقد كان واضحا تأثير الجانب الأخلاقي في روح هذه النصوص. ومما لا شك فيه أيضا أن نجد في أحكام الشريعة الإسلامية، الحث على مبدأ الأمانة في المعاملات، في كثير من الآيات والأحاديث¹، فمعظم ما كتبه الفقه الوضعي عن واجب الأمانة في المعاملات، يتفق مع ما ذهب إليه أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي في هذا الشأن².

الفرع الثاني

الالتزام بالتعاون

إن الالتزام بالتعاون يعتبر أيضا من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، على أساس أن مبدأ حسن النية والعدالة، يحتمل على أطراف العلاقة التعاقدية أن يتعاونوا سويا ويرفضان أن يستأثر أحدهما بفائدة على حساب صاحبه، فحتى يصلا بعقدتهما إلى أفضل نتيجة وأحسن غاية، لا بد على كل طرف أن يحاول بكل جهده أن يبسر على الآخر تنفيذ التزامه³.

¹ - مثلا قوله تعالى في سورة النساء الآية 58 " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل". وفي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أذّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك ". أخرجه أبو داود في البيوع 26/2، والترمذي في البيوع عارضة الاحوزي 268/5، والدارمي في كتاب البيوع، باب أداء الامانة السنن 264/2.

² - أكثر من ذلك هناك في الفقه الإسلامي نمطا من العقود يقوم أصلا على الامانة بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معنى، حتى أن الفقهاء القدامى درجوا على تسميتها ببيوع الامانة، وهي بيع المرابحة، التولية، وبيع الاسترسال...أنظر في ذلك عبد الحكم القوني، المرجع السابق، ص 452.

³ - عبد الطيف عبد الحليم القوني المرجع السابق ص 453 .

فالالتزام بالتعاون هو التزام أخلاقي، يقتضي أن لا يقوم الدائن بإجبار المدين على التنفيذ في ظروف مرهقة لا تعود بالفائدة عليه، وعليه أيضا بمقتضى هذا الالتزام ألاّ يستفيد مما قد يعتري المدين من ضعف أثناء تنفيذ العقد. ويفرض التزام التعاون أيضا قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه بأحسن طريقة وأفضلها، وأن يبذل قصارى جهده لجعل هذا التنفيذ مفيدا ونافعا بالنسبة للمتعاقد الآخر، وأن يستعمل في تنفيذ ذلك الوسائل الأكثر أمانا وسرعة¹، وبالتالي وجب على المتعاقد مساعدة المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه، فهذا التزام إيجابي يتمثل في القيام بعمل، يتعلق بإطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل الأحداث والظروف التي تهم تنفيذ العقد ويمده بكل البيانات التي تساهم في بلورة رضاه، فالالتزام بالتعاون فرضته التطورات الجديدة للعلاقة العقدية.

حتى وإن كان العقد يعبر عن مجموعة من المصالح المتعارضة، إلا أن هذه العلاقة تبقى علاقة تعاون وتأزر، ولا ينبغي أن تكون علاقة خصام أو مجابهة بين الطرفين كما كان يعتقد سابقا، على أساس أن تضارب المصالح لا يمنع من وجود قدر من التعاون². بل أكثر من ذلك، هناك بعض العقود تقوم أساسا على فكرة التعاون كما هو الحال في عقد الشركة مثلا (المادة 416 ق م ج).

وهناك من يذهب إلى أبعد من ذلك في تحليل الالتزام بالتعاون، فيعتبر أن الالتزام بالتعاون في العقد إنما هو صورة قانونية صرفة، تجد مصدرها في إرادة المشرع أو في إرادة المتعاقدين الصريحة أو المفترضة في التعاقد، وأن هذه الصورة تؤدي إلى نتيجتين: الأولى، النظر إلى كل متعاقد على أنه خصم لمن تعاقد معه هي نظرة تخالف الحقيقة التي تبرر من خلال النصوص، فالعقد ينبغي أن ينفذ بحسن نية تحقيقا للنفع الاجتماعي، وهذا يقتضي أن يفرض على كل متعاقد بأن يكون شريكا للطرف الآخر، يضع نصب عينيه

¹ - مارغريت نقولا أنطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في الفقه، المنشورات الحقوقية " صادر"، بيروت 2006، ص 138.

² - علي فيلاللي المرجع السابق ص 390 .

فكرة المساعدة، لا فكرة التضحية بمصالح شريكه، والنتيجة الثانية أن تلك الالتزامات المفروضة على الدائن إكمالاً لمبدأ التعاون هي التزامات قانونية¹.

والخلاصة في ذلك أن مبدأ حسن النية بالرغم النظرة التي استقرت في تصور أنصار المذهب الحر في كونه امتداد للقوة الملزمة للعقد، إلا أن استعمالاته من قبل القضاء كمخفف للصرامة التي طغت على القوة الإلزامية للعقد، واصطباغه بالصبغة الأخلاقية ممثلة في مظاهره من نزاهة وتعاون وشرف التعامل، أسهم بشكل لافت في تحقيق التوازن والعدالة في العقود.

المبحث الثالث

نظرية الظروف الطارئة

أضحت الظروف الطارئة بتأثير مختلف العوامل الاقتصادية والطبيعية والإدارية، المؤثر الأساسي في التوازن العقدي، تستدعي على وجه الضرورة تدخلا خارجيا في التعاقد، تبعا لأهمية ما تخلفه من اختلال غير مألوف، يترك آثارا على الأوضاع الخاصة للأفراد والعامة للاقتصاد. ولذلك كانت من أهم الأسباب التي تتيح للقاضي الذي هو طرف أجنبي عن العقد، فرصة متميزة لإعمال سلطته التقديرية من أجل رفع الإرهاق عن المدين، وأساسه في ذلك هو أساس نظرية الظروف الطارئة الذي تعددت فيه آراء الفقهاء (المطلب الأول)، وطريقته في رفع هذا الإرهاق تتراوح بين التخفيف منه بالإنقاص من التزامات المدين، أو الزيادة في التزامات الدائن أو الفسخ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف وأساس نظرية الظروف الطارئة

لا نجد صعوبة في البحث عن تعريف لنظرية الظروف الطارئة بقدر صعوبة البحث في الأساس المعتمد عليه في أعمال النظرية بسبب الاختلاف الفقهي والتشريعي في ذلك.

¹ - سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعوامل التغيير في العقد المدني، مرجع سابق، ص 545.

الفرع الأول

تعريف نظرية الظروف الطارئة

مؤدى فكرة الظروف الطارئة هو أن تعرض بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه نوازل أو حوادث عامة ، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها، ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام - وإن ظل ممكنا - شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يتهدهد بخسارة فادحة¹.

والعقد الذي يكون مجالا لإعمال نظرية الظروف الطارئة كما يقول الأستاذ Carbonnier، هو عقد يتراخى أجل تنفيذه في الزمن، تحددت التزاماته على أساس الظروف الاقتصادية² المحيطة وقت التعاقد، إلا أن تلك الظروف تتغير تغيرا جوهريا أثناء العمل بذلك العقد بفعل عوامل غير متوقعة كالحروب والأزمات الاقتصادية، مما يجعل تنفيذه أكثر إرهاقا لأحد المتعاقدين لمصلحة المتعاقد الآخر.

وهذا ما يبرر للقاضي بناء على طلب المدين، وبعد الموازنة بين طرفي العقد أن يرد الالتزام إلى حد معقول يرفع به الحرج أو الإرهاق عن المدين.

ولم يكن من المقبول تدخل القاضي بهذا الشكل، لأن في ذلك مساس بمبدأ سلطان الإرادة، فلم يحدث ذلك إلا في القانون الدولي تطبيقا لقاعدة "تغيير الظرف" ومفادها أن تراضي الطرفين مرهون باستمرارية ظروف التعاقد ، فإذا ما تغيرت وجب تغيير الالتزامات أي أن تنفيذ المعاهدة معلق على بقاء الأوضاع على حالها وقوتها الإلزامية تنعدم بتغير الظروف التي أبرمت فيها³. لكن تم انتقال هذه النظرية إلى القانون الإداري نظرا لأن القاضي الإداري غير مقيد بالتشريع كما القاضي المدني، وكانت بداية ذلك

¹ - حمدي محمد اسماعيل سلطح، مرجع سابق ، ص 230.

² - Carbonnier Jean, op. cit, n°637, p. 217.

³ - فيلالى علي، الالتزامات، مرجع سابق ، ص 371.

بقرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة العامة للغاز في مدينة Bordeaux بتاريخ 30 مارس 1916¹.

أما القضاء المدني الفرنسي فبقي مقيدا برأي المشرع الذي يرفض العمل بهذه النظرية لما لها من خرق لمبدأ سلطان الإرادة. وقد تبعه المشرع المصري في هذا الموقف، حتى جاء القانون المدني الجديد لعام 1948 فأخذ بنظرية الظروف الطارئة متأثرا بالقانون الإداري. وعن المشرع المصري أخذ المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة من خلال القانون المدني لعام 1975 بنص الفقرة 3 من م107 والتي تعتبر حسب رأي الأستاذ فيلاي علي، انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد، وتراجعا عن مبدأ سلطان الإرادة، فالمتعاقد بموجب هذه النظرية غير ملزم في بعض الحالات بما تعهد به².

الفرع الثاني

أساس نظرية الظروف الطارئة

اختلف الفقه والقضاء والتشريع في أساس نظرية الظروف الطارئة اختلافا كبيرا ومن أهم الأفكار المطروحة في ذلك :

أولا - مبادئ العدالة وروح الإنصاف

يجد البعض أن فكرة العدالة تصلح أساسا لنظرية الظروف الطارئة، معتمدين في ذلك على أن تحقيق العدالة هدف قديم للإنسان³، غير أن فكرة العدالة بالرغم من كونها نقطة بداية لكل بحث إلا أنها تظل في غاية العمومية والغموض كما يرى الفقيه الفرنسي François Géný⁴.

1 - المرجع السابق، ص 371.

2 - المرجع نفسه، ص 371 .

3 - محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 2010، ص 75.

4 - أشار إليه المرجع السابق، ص 75.

ورغم ذلك فقد ذهبت بعض الأحكام القضائية إلى التأسيس على هذه الفكرة في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، كما في حكم لمحكمة استئناف مصر جاء فيه: "وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهري، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيّدا بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف"¹.

كما أخذت بعض المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف في فرنسا بذلك، ولكن محكمة النقض تصدت لهذا الاتجاه بقولها؛ أن ذلك يشكل خروجاً على حكم المادة 1134 من المجموعة المدنية الفرنسية، وعبرت عن ذلك في حكمها الصادر في 1900/08/08 بقولها: " أي اعتبار للعدالة لا يجيز للقضاة أن يعدلوا تحكيميا الاتفاقات التي أبرمت بحرية وعلى وجه مشروع بين الطرفين المتعاقدين والتي تقوم بينهما مقام القانون"².

ثانياً - نظرية الغبن

هناك من رأى أن نظرية الغبن إنما هي أساس نظرية الظروف الطارئة، وحثهم في ذلك أنه مادام القانون يجازي على الغبن عند إنشاء العقد، فيجب أيضاً أن يجازي عليه عند تنفيذ العقد، مادام أن الارهاق الذي يلحق أحد المتعاقدين بسبب ظروف طارئة إنما هو في الواقع غبن يتكرس فيه عدم التعادل بين المتعاقدين، غير أن تقدير الغبن إنما يكون وقت إنعقاد العقد بخلاف الظرف الطارئ الذي يكون وقت التنفيذ، كما أن الغبن ليس سبباً عاماً لإبطال العقود، وإنما حالاته ترد محصورة في التشريعات على عكس الظرف الطارئ الذي يكون في كل العقود.

¹ - استئناف مصر الوطنية رقم 1615 السنة 41 ق في 1931/4/9 المحاماة السنة 12 ص 63 وما بعدها أشار إليه المرجع السابق ص 77.

² - أشار إليه المرجع السابق، ص 77.

لهذا فالمفهوم التقليدي للغبن لم يكن صالحا كأساس لنظرية الظروف الطارئة، مما جعل بعض الفقه الفرنسي يلجأ إلى فكرة "الغبن اللاحق"، والذي يكون في الفترة ما بين الوعد بالتعاقد والإتمام النهائي للعقد، والحقيقة أن هذا الطرح لا يحمل جديدا حيث أن المرحلتين لم يتجاوزا مرحلة إنشاء العقد.

وأمام هذا الفشل في استيعاب نظرية الغبن، لما يلحق أحد طرفي العقد من إرهاب في مرحلة تنفيذ العقد بسبب ظرف طارئ، ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى إعطاء وجه آخر للغبن اللاحق يتمثل في الغبن اللاحق على الانعقاد *la lésion post contractuelle* والحقيقة أن هذا يعتبر مجرد تحايل في وجه موقف المشرع الفرنسي الذي لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة، حيث نجد فكرة الغبن اللاحق مرادفة تماما لنظرية الظروف الطارئة، وهو ما يثبت أن فكرة الغبن اللاحق تعتبر تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة تحت ستار الغبن.

ثالثا- فكرة الإثراء بلا سبب

اعتمد البعض في أعمال نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن العقدي من خلال تدخل القاضي في ذلك، على أنه يمنع الطرف المستفيد من الظرف الطارئ من أن يُثري على حساب الطرف المرهق، وكان الرد على هذا الطرح هو أن الإثراء الحادث لم يكن بدون سبب وإنما سببه هو العقد¹، ومن ثمة فلا يمكن الاعتماد على هذه الفكرة كأساس للعمل بنظرية الظروف الطارئة.

رابعا- نظرية التعسف في استعمال الحق

ذهب رأي آخر إلى القول بأن نظرية الظروف الطارئة إنما تجد أساسها في فكرة التعسف في استعمال الحق، ذلك أن مطالبة الطرف المرهق بسبب ظرف طارئ غير متوقع بتنفيذ التزاماته العقدية إنما تعد من قبيل التعسف، ذلك أن الدائن اعتمد في مطالبته

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 635.

بالتنفيذ على ما أقره له العقد من حقوق، غير أنه يعد متعسفا في استناده على هذه الحقوق لأنه لم يراعِ الوضعية المرهقة التي آل إليها المدين بسبب ظرف طارئ لا يد له فيه، وجعله غير قادر على الوفاء بالتزاماته العقدية على الوجه الذي كان مفترضا وقت إبرام العقد. غير أن كل الحالات التي وضعها المشرع لإعمال نظرية التعسف تتطابق مع نظرية الظروف الطارئة¹.

كما رد خصوم النظرية بأن الدائن إنما أراد بتراخي العقد مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف، فإذا تغيرت وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله كان متبصرا لا متعسفا².

وفي مجال إعمال النظريات الثلاث السابق ذكرها كأساس لنظرية الظروف الطارئة اعتمدت محكمة استئناف مصر الوطنية في حكمها الشهير والفريد لسنة 1931 حيث قررت: " أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهري، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف، فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد، وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنها في العقد إخلالا خطيرا، وتجعل التنفيذ مرهقا لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال، فإنه يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب ... إلى ... وأن الروح التي أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع، هي نفسها التي تملئ نظرية احترام الظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد، وقد أخذ بتطبيقاتها في نظرة الميسرة وفي الضرر غير المتوقع."

¹ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 95.

² - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 235.

وفي تعليقه على هذا القرار يرى الأستاذ السنهوري أن المحكمة أسندت النظرية إلى مبادئ العدالة وقرنتها بنظريتي الإثراء بلا سبب والتعسف في استعمال الحق¹.

يضاف إلى النظريات السابقة نظريات أخرى حاولت كلها أن تكون أساساً لنظرية الظروف الطارئة، كنظرية السبب ونظرية الغلط في القيمة، وبقاء التعادل الموضوعي ومبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، وفكرة التشريع، وكلها نظريات قوبلت بما يبطل صحتها كأساس واضح يمكن الاعتماد عليه بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة، ويمكن الاتفاق مع الأستاذ نزيه محمد الصادق المهدي² على أن أساس روح العدالة يبقى هو الأساس الراجح لنظرية الظروف الطارئة، رغم عموميته وعدم ضبطه، ذلك أن تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي في كل الحالات إنما هو تجاوز لمبدأ سلطان الإرادة الذي يجسد المساواة في الالتزامات العقدية بين طرفي العقد، غير أنه تجاوز من أجل تحقيق ما هو أسمى من المساواة وهو العدالة.

المطلب الثاني

إعادة النظر في العقد بسبب الظروف الطارئة

كما في نظرية الاستغلال فإن القاضي في نظرية الظروف الطارئة يخرج عن مهمته الأصلية التي يفترض ألا تتجاوز تفسير العقد إلى تعديله³ وهو خروج استثنائي⁴ لم يعترف به القاضي المدني إلا بعد تطور تاريخي طويل انتهى بالمشروع المصري⁵ وكذا العراقي¹

1 - أشار إلى القرار وعلق عليه عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 637.

2 - نزيه محمد صادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام مجلة القانون والاقتصاد العددان (2.1) و(4.3)، ص 390.

3 - عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته مرجع سابق، ص 241.

4 - الأصل هو العمل بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنع تدخل أي طرف أجنبي عن العقد.

5 - المادة 1/147 ق م م، وقد جاء هذا الاعتراف في القانون المدني المصري بعد نضال كبير من الفقهاء الذين كانوا يؤيدون نظرية الظروف الطارئة وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري. أنظر في ذلك: محمد عبد الجواد محمد، الغبن اللاحق

والسوري² ومن بعدهم المشرع الجزائري³ إلى الإقتداء بالقاضي الإداري الذي أتيحت له فرصة تعديل العقد أو فسخه بسبب الظروف الطارئة⁴، فأصبح يجوز للقاضي إذا ما ثبت توفر الشروط المنصوص عليها قانوناً (الفرع الأول)، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك وفق مقتضيات العدالة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

تكاد التشريعات تتفق في الشروط الواجب توفرها لإعمال نظرية الظروف الطارئة ومراجعة العقد، ويقسمها بعض الفقه بالنسبة للمشرع الجزائري، إلى شروط تتعلق بالحادث الطارئ، وأخرى تتعلق بالالتزام، وذلك باستقراء المادة 107، الفقرة الثالثة.

أولاً - الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ

لإعمال نظرية الظروف الطارئة ينبغي توافر الشروط التالية :

أ - أن يشكل الظرف الطارئ حادثاً استثنائياً

معنى ذلك أن يكون حادثاً غير مألوف، ويعرفه بعض الفقه بأنه : " الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع لنظام معلوم"⁵.

والظروف الطارئة، مجلة القانون الاقتصاد، العدد الثاني، جوان 1963، مطبعة القاهرة 1963، ص 29، وحول رأي السنهوري عد إلى كتابه، نظرية العقد، ج 2، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 1998 ص 968.

¹ - المادة 2/146 ق مدني عراقي الصادر بمقتضى قانون رقم 40 سنة 1951.

² - المادة 2/148 ق مدني سوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18.

³ - المادة 3/107 ق م جزائري.

⁴ - فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر 2010، ص 372.

⁵ - التعريف لـ عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 574.

واشترط الاستثنائية في الحادث الطارئ هو تضيق من المشرع لمجال تدخل القاضي لتعديل العقد، ومن ثمة إقرار للمبدأ الأصلي وهو مبدأ سلطان الإرادة الذي يحفظ العقد من أي تدخل أجنبي على طرفي العقد.

لذلك فوضع شروط موضوعية لإعمال نظرية الظروف الطارئة يعد أمرا منطقيا يتمشى وروح العدالة المستهدف تحقيقه، إذ يجب أن يكون وصف الاستثنائية في الحادث الطارئ غير مرتبطا بأحد طرفي العقد وحده، بل استثنائية وفق معيار موضوعي، حيث يكون نادر الوقوع بحسب المؤلف من شؤون حياة الناس كالحروب والزلازل والحرائق¹.

ب - أن يكون الحادث غير متوقع

يجب أن يكون الحادث غير متوقع خاصة بالنسبة للمتعاقد المدين، فنظرية الظروف الطارئة كنظرية القوة القاهرة² لا يعتد فيها إلا بالأحداث التي لم تكن في الحسبان، والتي لم تتوقع وقت إبرام العقد وإلا تم الاحتياط لها.

الواقع أن هذا الشرط ما هو إلا شرط متولد عن الشرط السابق وهو "الاستثنائية"، حيث أن الحادث غير المتوقع هو الحادث الاستثنائي³، ولذلك هناك من يقتصر على ذكر شرطين في الحادث الطارئ وهما: أن يكون استثنائيا وأن يكون عاما⁴. لكن المشرع قد أورد شرط "عدم التوقع" أيضا، ولعل ذلك إنما من باب التأكيد والتذكير بأن مراجعة العقد إنما هي حالة استثنائية فقط⁵.

1 - حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقد المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار، الفكر الجامعي، الاسكندرية 2007 ص 240.

2 - المرجع السابق، ص 241.

3 - فيلالي علي، مرجع سابق، ص 374.

4 - محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 245.

5 - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 375.

وتقدير توفر شرط عدم التوقع إنما يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع¹، لأن توقع الحادث أو عدم توقعه مسألة واقع، كما أنها مسألة نسبية، فما هو متوقع لشخص قد يكون غير متوقع لغيره، ولذلك فالمعيار الذي يعتمده القاضي في تحديد درجة التوقع يجب أن يكون معياراً موضوعياً أي بالنسبة للرجل العادي، وليس بالنظر إلى وجهة نظر المتعاقدين الشخصية، حيث يبدو هذا المعيار أكثر انسجاماً مع نظرية الظروف الطارئة². وحدث الظرف الطارئ يجب أن يكون خلال الاجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام، أما إذا حدث خارج هذا الاجل فان المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف ولا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصراً في التزامه³.

ج - أن يكون الظرف الطارئ عاماً

المقصود بعمومية الظرف الطارئ أن يمتد أثره إلى الناس كافة أو إلى طائفة معينة لها نفس طبيعة التعامل " كطائفة تجار الحبوب مثلاً، أو مستوردي مواد البناء... واشتراط العمومية في نظرية الظروف الطارئة فيه تمييز واضح بينها وبين القوة القاهرة، حيث لا يشترط في هذه الأخير سوى الاستثنائية وعدم التوقع دون العمومية، فهي حادث خاص بالمدين دون غيره، لذلك يرى بعض الفقه أن هذا الشرط هو تضيق لمجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث لا يؤخذ بها إلا إذا كان الحادث الطارئ عاماً، ولعل في هذا التضيق تفويت للغاية من النظرية وهي ضمان العدالة العقدية، برفع الإرهاق عن المدين، الذي هو واقع في الحادث الطارئ وإن لم يتوفر شرط العمومية⁴.

¹ - حمدي محمد سلطح، مرجع سابق، ص 375.

² - فيلالى علي، مرجع سابق، 375.

³ - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2007/02/21، ملف رقم 324034، مجلة المحكمة العليا، ع1، سنة 2007.

⁴ - يرى الاستاذ فيلالى علي أنه لا مبرر لاشتراط العمومية إذا كان الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة، انظر مرجعه السابق ذكره، ص 376.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالالتزام

أما الشرط المتعلق بالالتزام فهو وجوب أن يكون تنفيذه مرهقا للمدين. إن توفر الشروط الثلاثة في الحادث الطارئ؛ الاستثنائية، والعمومية، وعدم التوقع، لا تكفي وحدها لإعمال نظرية الظروف الطارئة، بل يجب النظر إلى تأثير كل هذا على التزام المدين، فيجب أن يكون من أهم الآثار أن يصبح تنفيذ التزام المدين مرهقا، مما يهدد بخسارة فادحة، لكن كيف للقاضي أن يقدر أن الالتزام أصبح مرهقا أم لا ؟ يتخذ معيار الإرهاق صورتين؛ صورة شخصية، حيث يقدر على حسب تأثيره على المدين بحسب ثروته، فما يعد مرهقا بالنسبة للشخص العادي أو المتوسط الثروة لا يعد كذلك بالنسبة لغني كثير الثروة، حيث أن تضاعف الالتزام بأضعاف كثيرة عن العوض الذي يتحصل عليه بالنسبة للغني لن يكون بالنسبة إلى مقدار ثروته مرهقا ويستطيع تحمله، على عكس الأول فإن زيادة أقل من ذلك بكثير يصعب عليه تنفيذها، ومن ثمة تعد مرهقة بالنسبة له.

أما الصورة الثانية فهي موضوعية وهي التي أخذ بها غالبية الفقه حيث ينظر إلى الأداء ذاته بعيدا عن المدين وظروفه المادية والاقتصادية، فلا يهتم غناه أو فقره، فيكون الاعتداد بظروف المدين العادي المتوسط¹.

وقد وضع المشرع تقديرا لهذا الإرهاق، بحيث يجب أن يكون مهددا بخسارة فادحة، وهو تقدير وصفي لا عددي، مما يفسح المجال واسعا للسلطة التقديرية للقاضي،² ليحكم على الإرهاق أنه يهدد بخسارة فادحة أم لا.

وهناك من الفقه من يرى بوجوب عدم التشدد في تقدير الخسارة الفادحة، إلى درجة أن تكون مؤدية إلى خراب المدين، لأن النص لم يشر إلى ذلك، ثم أن أساس نظرية

1 - حمدي محمد سلطح، مرجع سابق، ص 241.

2 - فيلالي علي، مرجع سابق، ص 377.

الظروف الطارئة إنما هو تحقيق العدالة، ولا نظن ان هذا الهدف مرهون بالتشدد في اشتراط أن يكون الإرهاق مؤديا إلى خراب المدين¹.

ثم أنه لا يشترط أن يكون الحادث الطارئ مؤديا إلى استحالة تنفيذ الإلتزام لأن ذلك يؤدي إلى زوال الإلتزامات المتقابلة وانفساخ العقد بقوة القانون، وبالتالي فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإنما نكون إزاء حالة القوة القاهرة².

وقد تبنى القضاء المعيار الموضوعي في تقدير الارهاق، بل وحاول بعضه أن يعطي تقديرا عدديا تقريبا يمكن أن يعتمد في تقدير الخسارة الفادحة.

ومحاولة بعض الفقه وضع تقدير تقريبي للخسارة الفادحة إنما جاء تأسيا بالقضاء الإداري الذي وضع على ضوء الاجتهادات القضائية ما يمكن الاسترشاد به لتقدير الخسارة الفادحة، ويمكن أن يصلح هذا في القضاء المدني على سبيل الاسترشاد دون المساس بإرادة المشرع الذي ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

من جهة ثانية فإن تقدير الخسارة الفادحة سواء باعتماد التقدير التقريبي، أو بترك الأمر لتقدير القاضي؛ فإن مرجعية التقدير فيه إنما تكون بحسب سعر السوق، ولا يهيمه السعر الذي اتفق عليه المتعاقدان، لأنه لا يصلح لتقدير خسارة يعتد فيها بالمعيار الموضوعي الذي يخدم الهدف من نظرية الظروف الطارئة، وهو تحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد، ومن ثمة الوصول إلى العدالة التي تراعي فيها مصلحة الطرفين.

والمعيار الموضوعي هو المعتمد في كل خطوة من خطوات تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فعدم التوقع يقاس بالنسبة للرجل العادي، والإرهاق كذلك، بغض النظر على

¹ - حمدي محمد سلطح، مرجع سابق، ص 242.

² - تنص المادة 121 من م ق م ج : " في العقود الملزمة لجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بقوة القانون".

حالة يسر أو عسر المدين، وكذلك تقدير الخسارة الفادحة إنما يكون بحسب سعر التعامل على مستوى السوق، بغض النظر على اتفاق المتعاقدين اللذان قد يتفقان على سعر مخالف لسعر السوق، فلا يصلح هذا الأخير لأن يكون أساساً لتحديد السعر الذي يبنى عليه القاضي تقديره للخسارة الفادحة بسبب الظرف الطارئ.

ومثال ذلك ما ذهب إليه القضاء المصري حينما اعتبر أن هبوط الشيء بمقدار الربع أو الثلث لا يعتبر خسارة فادحة، بينما هبوطه إلى ما يقارب النصف يعد خسارة فادحة¹. وإضافة إلى هذه الشروط رأت محكمة النقض المصرية وجوب توفر شرط جوهرى آخر، وهو أن يتمسك المدين الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهقا بسبب الظرف الطارئ بتطبيق نص المادة 2/148 ق م م والتي تقابلها المادة 3/107 ق م ج، على الرغم من أن نص المادة يشير في آخره إلى أن نظرية الظروف الطارئة تعد من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على عدم العمل بها "ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وتفسير محكمة النقض المصرية لذلك أن بطلان الاتفاق المقصود في المادة إنما هو الاتفاق المسبق على استبعاد تطبيق هذه النظرية، أما بعد وقوع الحادث الطارئ فيجوز له أن يتنازل على التمسك بذلك التطبيق بسبب انتفاء الشك بالضغط على المدين المرهق²؛ لأن الدائن لا يملك أي سلطة على المدين تمكنه من الضغط، ولم يبق من سلطة تحكم المتعاقدين سوى سلطان القانون، فأصبح كل منهما مخاطب بتنفيذ الالتزام، فإذا ما وقع ظرف طارئ وأتاح للمدين فرصة الاحتماء بأحكام المادة 3/107 فلا يمكنه منعه من قبل الدائن أو الضغط عليه، لأن سلطان القانون الذي أعطى للمدين هذه المكنة أقوى من مكانة الدائن لا محالة. وبالتالي فهو أقدر على تقدير مصلحته دون تأثير الدائن، فإذا ما قدر

1 - أشار له علي فيلالي، مرجع سابق ص 377، نقلا عن جميلة لحياني ص 125.

2 - حمدي محمد سلطح، مرجع سابق، ص 242.

التنازل عن حقه في أعمال نظرية الظروف الطارئة، جاز له ذلك ولا احتمال لوجود ضغط عليه يؤدي إلى بطلان هذا التنازل¹.

الفرع الثاني

كيفية مراجعة العقد

بتوفر شروط نظرية الظروف الطارئة وعلى ضوء المادة 03/107 ق م ج، جاز للقاضي مع مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولكن هل هذا على وجه الالتزام أم لا، وكيف يكون الرد إلى الحد المعقول؟

أولاً - التزام القاضي بمراجعته العقد

على الرغم من أن المشرع استعمل عبارة - جاز للقاضي - فإن هذا لا يعني أن القاضي مخير بين تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو إهمالها، بل إنه مجبر على تطبيقها لأنها من النظام العام، حيث أن كل اتفاق على مخالفتها يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، إلا أن ذلك موقوف على تحريك الدعوى من قبل المدين الواقع عليه الإرهاق والمهدد بالخسارة الفادحة إذا استمر في تنفيذ العقد.

ثانياً - رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الطريقة التي من خلالها يتم رد التزام المدين المرهق إلى حد معقول يرفع به الإرهاق مع بقاء استمرارية العقد، بل قد يمتد الأمر في بعض التشريعات إلى حد فسخ العقد.

أ - انقاص التزام المدين

يُعد الانقاص من التزامات المدين، الإجراء الطبيعي والمنطقي للحد من الخسارة الفادحة المتوقعة، فيُعفى المدين من تنفيذ جزء مما التزم به كإنقاص من ثمن الشراء، أو

¹ - محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق ص 376.

إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة، كأجل التنفيذ حيث يمكن منح أجل للتنفيذ، أي أجل جديد بسبب الظرف الطارئ¹، كما يمكن أن يتم إنقاص الالتزام بالإنقاص من جودة الشيء الملتزم به. وبالإنقاص يتم توزيع الخسارة على طرفي العقد مع مراعاة مصلحة كل منهما تحقيقاً للعدالة.

وتتعدد صور الإنقاص من إنقاص الكمية إلى إنقاص الثمن أو تقسيطه أو إنقاص الفوائد أو رفعها كلية²، غير أن ما يثير النقاش هو إنقاص التزام المرهق من حيث الكيف، فالتساؤل المطروح هو : هل يجوز للقاضي تحقيقاً لرفع الإرهاق، ومن ثمة تحقيقاً للتوازن العقدي أن يجبر المدين بأن يفي بالتزامه للدائن وفق الكميات المتفق عليها ولكن من صنف آخر أقل جودة؟

هناك جانب من الفقه المصري من أمثال الأستاذ عبد الحي حجازي والأستاذ إسماعيل غانم وغيرهم³ قد ذهب إلى السماح للقاضي بهذا الشكل من الانقاص مادام فيه رفع للإرهاق الواقع على المدين، حيث أن وفرة الصنف الأقل جودة سيفي بتنفيذ الالتزام وفي الوقت المحدد في العقد دون إرهاق للمدين، كما أنه يعبر عن حسن نية هذا الأخير في الوفاء بالتزامه.

غير أن جانباً آخر من الفقه يرى بأن هذا مخالف لجوهر الالتزام. بل إن إقبال القاضي على مثل هذا إنما يُعد إعفاء للمدين من التزامه القائم بموجب العقد، وبالتالي فهو تجاوز من القاضي للضوابط التي وضعها المشرع، ومنها مراعاة مصلحة المتعاقدين،

¹ - قررت المحكمة العليا في حكم لها في ذلك كمبدأ يمكن الرجوع إليه، فجاء فيه: " إن قضاة المجلس عندما منحوا المطعون ضدها أجلاً لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة، والتي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً. " أنظر ملف رقم 212782 قرار بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية العدد الأول 2001.

² - محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق ص 442.

³ - المرجع نفسه ص 443.

وليس من مصلحة الدائن أن يأخذ سلعة من صنف مغاير عن المتعاقد عليه، خاصة وأن نوعية السلعة قد تكون مقصودة لذاتها. وبهذا قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها حيث منعت أن يكون للقاضي حق فسخ العقد أو إعفاء المدين من التزامه القائم¹.

والأصل في العلاقة التعاقدية أن الوفاء لا يكون إلا بالشيء المستحق أصلاً ولا يمكن جبر الدائن على قبول شيء غيره، وعلى هذا نص المشرع المدني الجزائري في المادة 276 بقوله: "الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى" ويقابلها بنفس اللفظ في التشريع المدني المصري، نص المادة 341.

ولعل قائل يقول إنما يكون ذلك في الظروف العادية، أما في حالة الظرف الطارئ فإنما يكون اللجوء إلى تنفيذ التزام المدين بصنف أقل مما تعاقد عليه الطرفان من أجل رفع الإرهاق وتحقيقاً للعدالة العقدية، وردا على هذا الطرح رجع القائلون برفض طريقة الإنقاص بتغيير صنف الالتزام، إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري حيث جاء فيها: "ينبغي أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلاً، سواء أكان الالتزام به التزاماً بنقل حق عيني أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشيء شيء آخر ولو كان أعلى منه قيمة..... فإذا تثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع وعمد أعمال الجزاء بإنقاص الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة فهو ينقص فيه إلى الحد المعقول"².

غير أن هذا الرأي أهمل اعتباراً مهماً، وهو أن الوفاء بالالتزام ولو بصنف أقل جودة، أفضل من أن يلجأ القاضي إلى فسخ العقد، والذي هو أحد أساليب رد الإرهاق إلى الحد المعقول، ثم أن قبول الوفاء بهذا الشكل إنما جاء تحت وطأة الظرف الطارئ

¹ - نقض مدني، 1972/12/20، م ق م 24، 1320، أشار له المرجع السابق ص 443.

² - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 3، ص 212.

الاستثنائي، وبالتالي فالحل يُعد أيضا استثنائيا يفتح المجال أمام القاضي الذي يسعى إلى إيجاد طريقة تضمن استمرار العلاقة التعاقدية مع عدم إهمال مصلحة الطرفين.

ب - زيادة الالتزام المقابل

من السلطة التقديرية المتاحة للقاضي أنه إذا رأى أن الإنقاص من التزام المدين وفق ما بيّننا سابقا لا يحقق الأهداف من أعمال نظرية الظروف الطارئة، فإن له أن يزيد من التزام الدائن لإعادة التوازن الاقتصادي المختل بين المتعاقدين. ففي حالة ارتفاع سعر محل الالتزام، قضى بزيادة الثمن المحدد في العقد، فيُحمّل الدائن جزءا من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام، أما المدين فيتحملّ الزيادة المألوفة المتوقعة.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه الطريقة في المادة 3/107، فإن عبارة "يرد الإرهاق إلى الحد المعقول" تتحمل هذا التفسير. وهو نفس التعبير الذي استعمله المشرع المصري بعدما كان استعمل لفظ "إنقاص" في المشروع التمهيدي.

وأكد أن هذا التصحيح إنما جاء من أجل توسيع سلطات القاضي في البحث عن الوسيلة الأنسب لإعادة التوازن العقدي، وقد تكون الزيادة هي الأنسب، غير أن جانب من الفقه الجزائري يرى بأن طريقة الزيادة ليست من قصد المشرع بقوله "يرد"، والتي لا تعني إلا "الإنقاص" وحجته في ذلك أن النص الفرنسي، والذي هو النص الأصلي، استعمل لفظ "réduire" والذي يعني الإنقاص فقط دون الزيادة، ويستدل صاحب هذا الرأي وهو الأستاذ فيلالي علي، بأن المشرع لو قصد الإنقاص لعبر عن ذلك صراحة كما فعل في نص المادة 561 الفقرة الثالثة ق م ج : "على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"، ويضيف قائلًا أن إضافة هذه الفقرة في المادة 561 ليس لها مبرر سوى الحل الاستثنائي الذي تتضمنه، ولو

أن المادة 3/107 ق م ج تتضمن هذا الحل لما أضاف هذه الفقرة، ثم يتساءل أخيراً عن الأساس القانوني لهذه الزيادة مادام أن التزام الدائن مصدره الإرادة، فكيف يلزم بغيرها¹.

غير أننا نخالف الأستاذ فيلالي علي في هذا الرأي، ونرى أن لفظ "يرد" الذي استعمله المشرع إنما أراد به التوسع في السلطة التقديرية للقاضي للبحث عما يجده مناسباً لرفع الإرهاق عن المدين، ليس كلية وإنما بالقدر الذي يمكن به تجنب الخسارة الفادحة، وما يدل على هذا القصد في رأينا، هو من جهة الاقتداء بالمشرع المصري في اختيار هذا اللفظ، وهو اختيار عند هذا الأخير هدفه استيعاب أسلوب الزيادة، لأنه جاء كبديل عن لفظ "الإنقاص" كما سبق وأن بيّنا. ومن جهة ثانية أن الفقرة الثالثة من المادة 561 ق م ج والتي استدل بها أستاذنا، إنما تعبر عن تطبيق من تطبيقات أعمال نظرية الظروف الطارئة، ومن ثمة فهي تدعم القول بأن من معاني "الرد" الزيادة لأنها تعد تفسيراً من تفسيراته.

لذلك نجد أن المشرع المدني العراقي بالرغم من استعماله لفظ "الإنقاص" صراحة في المادة 2/142 الخاصة بأعمال نظرية الظروف الطارئة، إلا أنه جاء في المادة 878 والتي هي تطبيق تشريعي لنظرية الظروف الطارئة، ونص على أسلوب الزيادة، ولم يُعد ذلك تناقضاً بين النصين².

وأخيراً نرى بأن الأخذ بأسلوب الزيادة كتفسير لمقصود المشرع من لفظ "الرد" أولى من الأخذ بأسلوب الفسخ كواحد من معاني "الرد"، الذي رآه الأستاذ علي فيلالي أنه في بعض الحالات وسيلة حقيقه لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وإن كنا لا نرفض هذا الأسلوب الذي عبر عنه المشرع أيضاً في تطبيقات نظرية الظروف الطارئة³.

1 - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 381.

2 - عد إلى نص المادة وهذا التعبير عند عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 155.

3 - المادة 561 ق م ج.

ثالثا - فسخ العقد

إن خيار الفسخ من أجل رد الإرهاق ليس حلا جديدا، بل لقد أخذت به قوانين مقارنة من قبل، فالقانون الانجليزي جعل الفسخ هو الحل عند وجود مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث أقرّ القضاء العمل به في أول سابقة قضائية من خلال الحكم الشهير في ذلك، وهو حكم Taylor Caldurell، والذي اعتمد الفسخ على أساس الاستحالة المادية، غير أن الأحكام اللاحقة في القضاء الانجليزي التي قضت بالفسخ بسبب الظروف الطارئة كان أساسها مجرد وجود إرهاق في تنفيذ العقد¹.

وكذلك تبنى المشرع الايطالي الفسخ كأسلوب لرد الالتزام المرهق، وذلك من خلال نص المادة 1468 من القانون المدني : " إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين لهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد، وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة "

على ضوء هذا النص فالمدين له الحق في طلب فسخ العقد بسبب الإرهاق الناتج عن ظرف استثنائي، وقبول هذا الطلب خاضع للسلطة التقديرية للقاضي على ضوء تقديره للإرهاق، ثم على ضوء إمكانية قبول عرض المتعاقد الآخر الذي له أن يتوقى الفسخ بعرض تعديل لشروط العقد بما يتفق مع العدالة.

كذلك فعل المشرع البولندي في المادة 629 من تقنين الالتزامات، فجعل الفسخ واحدا من طرف رد الالتزام المرهق.

أما النص الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 03/107، والذي يماثل النص الذي أخذ به المشرع المصري، فإنه لا يوحي حسب ظاهره إلى حل الفسخ كأحد حلول رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

¹ - محمد محي الدين ابراهيم سليم، مرجع سابق، ص 450

إلا أن مجموعة من الشُّرَّاح، ومنهم الأستاذ علي فيلالي، قد أخذوا بإمكانية التوسع في تفسير رد الالتزام المرهق إلى اعتبار الفسخ وجها من أوجه هذا الرد، بل لقد دعا بعضهم في مصر إلى وجود تعديل المادة 9/147 مدني مصري التي تقابل المادة 107 من القانون المدني الجزائري من أجل منح سلطة فسخ العقد¹.

ختاما يمكن القول أن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة من قبل المشرع الجزائري² تأسيا بتشريعات أخرى سابقة، مثل التشريع المصري³، والعراقي⁴، و السوري⁵، والتشريع البولوني⁶، والايطالي⁷، ما هو إلا تطور حتمي للمجتمع، ومواكبة من القوانين لهذا التطور الذي لا بد أن يبقى دوما راعيا لمبادئ العدالة والمساواة في المجتمعات، وإلا تهدمت أواصرها وتطاحت فيها المصالح فيذهب الضعفاء تحت وطأة ذلك.

¹ - أخذ بهذا الرأي الاستاذ محمد عبد الجواد أنظر في ذلك مرجعه :

La Force Obligatoire du Contrat en droit Musulman et la théorie de l'imprévision en droit Egyptien , 1957 , p 480

نقلا عن علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 381.

² - المادة 3/170 القانون المدني الجزائري.

³ - المادة 2/147 القانون المدني المصري الصادر بمقتضى قانون رقم 131 سنة 1948 بتاريخ 9 رمضان سنة 1367 الموافق لـ 16 يوليو 1948

⁴ - المادة 2/147 القانون المدني العراقي.

⁵ - المادة 2/147 القانون المدني السوري.

⁶ - المادة 269 القانون المدني الصادر عن المملكة البولونية في 1925 .

⁷ - المادة 1467 القانون المدني الايطالي.

خلاصة

الباب الثاني

إن أعمال النظر في مختلف القواعد التي يستمد من خلالها التوازن العقدي وجوده، تُظهر بوضوح - بالرغم من افتقار القانون الوضعي لمبدأ عام يسمح بضمان تحقيق التوازن العقدي - أن فكرة اعتبار العقد لا يمكن أن يكون وسيلة للاستغلال، وأن قدرا من التوازن يجب أن يحترم، حاضرة بقوة في النظرية العامة للعقد، حتى وإن لم تكن صريحة.

يظهر ذلك من خلال الآليات التي تعرّضنا لها، والتي أقرتها التشريعات، واستعان بها القضاء كأدوات وقائية وعلاجية ضد اختلال التوازن العقدي.

وقد تبين لنا أن هذه الآليات بالرغم من الدور الذي ساهمت به في البحث عن العدالة العقدية خارج إطار إرادة طرفي العقد، فإنها لا تمثل إلا إستثناء مقيداً بمجموعة من الشروط عن مبدأ حرية التعاقد، ولا تشكل إلا حيزاً ضيقاً يسمح للقاضي بالتدخل من أجل تعديل العقد لإعادة توازن يُرى - وفق منظور موضوعي - أنه اختل، حتى وإن أقرته الإرادة الحرة للطرفين، فيعمل على معالجة هذا الاختلال على ضوء الشروط التي رسمها له المشرع، مستعملاً سلطته التقديرية التي قد تضيق إلى حد الانعدام كما في نظرية الغبن، وواجب الالتزام بالإعلام، فيكون دوره في الأولى مقصوراً على التحقق من نسبة الغبن المحدد عددياً، ورفعها أو إبطال العقد إن وجدت، ويكون دوره في الثانية تطبيق النصوص القانونية تطبيقاً يرفع عنه جهد البحث عن الحلول المبتكرة، لأن هذه النصوص قد فصلت واجب الالتزام بالإعلام بشكل كافي نوعاً ما نتيجة خطورة التفاوت المعرفي بين طرفي العقد، وبدرجة أقل في مجال الشروط التعسفية.

وقد تتسع هذه السلطة إلى حدّ أن تكون هي صاحبة الكلمة الفصل في تقدير كل العناصر التي يشترطها المشرع كما في نظرية الاستغلال، وتقدير مدى توافر حسن النية

في التعامل، وقد يكون دور القاضي مجرد تطويع وتحوير لمدلولات نظريات تقليدية، كما في نظرية السبب، حين استعمله وفق مدلوله الموضوعي من أجل إعادة النظر في الشروط المبالغ فيها، وتحقيق العدالة بين المتعاقدين.

والخلاصة أن معارضة استخدام هذه الآليات لتحقيق التوازن العقدي من قبل أنصار مبدأ سلطان الإرادة، إنما هي معارضة للأفكار التي تقوم على الأسس الاجتماعية والاقتصادية وعلى مبدأ العدالة، بحجة المحافظة على القاعدة المقدسة عندهم " العقد شريعة المتعاقدين" ¹ *Pacta sunt servanda* وأن أي تدخل للدولة في إبرام تنفيذ العقود، وتحديد مضامينها إنما يمثل مساساً خطيراً بالضمان التعاقدية، وهدفاً واضحاً لمبدأ سلطان الإرادة، وأن محاوله صبغ القانون بالأخلاق سيؤدي لا محالة إلى قتله، بل ذهب بعض الفقه الفرنسي من أمثال الفقيه Ripert إلى القول بأن تدخل الدولة في شؤون الاقتصاد والعقد إنما هو صورته حية على تدهور وتراجع القانون².

وعلى الرغم من صدقية جانب من هذا الطرح الذي يبرز خطورة التدخل في الحرية التعاقدية، إلا أن تجربة التشريعات التي سمحت بتدخل القاضي من أجل إعادة التوازن العقدي، كانت معبرة بقوة على استمرار قدسية ومكانة مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولكنها غذيت بروح العدالة التي تسمو فوق كل المبادئ، لأنها الهدف من وجود كل نظام قانوني. كما أن هذه التجربة استطاعت أن تنزع عن مثل هذه المبادئ صفة التحجر والجمود.

¹ - محمد عبد الجواد محمد، مرجع سابق، ص 116.

² - جاء كتابه تحت هذا العنوان، تدهور القانون *le déclin du droit* أشار له محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق ص 1108.

الخاتمة

إن فكرة التوازن العقدي باعتبارها أحد مقومات العدالة التعاقدية، لم تكن فقط رد فعل للنائج السلبية التي ترتبت عن التطبيق الصارم لمبدأ سلطان الإرادة، بل نشأت هذه الفكرة وتطوّرت بتطوّر الفكر القانوني. وتأثرت بكل مرحلة من المراحل التاريخية التي مرّت بها. مما يعني أنها كانت حاضرة عبر كل الشرائع التي عرفتها الانسانية، وبالرغم من اختلاف الرؤى لفكرة التوازن العقدي باختلاف الايديولوجيات التي سيطرت على هذه الشرائع، إلا أن مضمونها لم يتغيّر بشكل عميق، محافظة بذلك على كونها ضرورة توفير قسط من التكافؤ بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، بما يحقق قدر من العدالة بين الطرفين.

إن القداسة التي حظي بها مبدأ سلطان الإرادة، وما رتبته من وجوب الالتزام بالتساوي بين طرفي العقد، وهو ما يفسر إلزامية قواعد العقد دون سواه للطرفين. قضت بعدم جواز تدخل المشرع أو القاضي ليكون في صف طرف على حساب الآخر، لما في ذلك من إخلال بالمساواة التي يجب أن تكون قائمة بينهما. فتصوّر فكرة التوازن العقدي تركز على اعتبار شخصي، من غير الممكن تقيّمه إلا من خلال الرؤية الذاتية الداخلية لأطراف العلاقة التعاقدية، وعلى إقصاء أي محاولة لرؤية ثالثة (القاضي) قد تسهم في ترميم اختلال التوازن المحتمل.

وقد اتّسمت فكرة التوازن العقدي في ظل المذهب الفردي، الذي يهتم بمساواة الافراد في العلاقة التعاقدية لا بمساواة أداءاتهم، بالصبغة الذاتية، أي باعتبار ما يراه المتعاقدان متوازنا، بغض النظر عن أي مقتضيات خارجية. على اعتبار أن أطراف العقد هم من يملكون صنع عدالتهم بأنفسهم، وما دامت إرادتهم حرة وخالية من العيوب فكل ما نتج عن هذه الارادة يعتبر متوازن وعادلا.

الأمر الذي يقتضي رفض أي محاولة للتدخل في هذه العلاقة بغرض تحقيق التوازن فيها، لأن أي محاولة من هذا القبيل ستؤدي لامحالة إلى تفويض التوازن المقصود من قبل الأطراف، وبالتالي القضاء على عدالة العقد.

هذه النظرة أدت إلى ظهور الكثير من التناقضات والمساوئ، والتي كان أهم أسبابها انتشار كبير لعلاقات تعاقدية، لو تركناها لمحض إرادة طرفيها، لظهر بوضوح انعدام التوازن فيها. حيث لم يعد من الممكن القبول بوجود فرضية التوازن لا في مرحلة الإنعقاد، على أساس اشتماله على محل وسبب. فالواقع أن هذين الركنين لم يشكلوا مانعا من اختلال التوازن في العقود، ولا في مرحلة التنفيذ حيث لم تسلم هي أيضا من الانتقاد، فنظرية "العقد أداة توقع"، والتي اعتمدها أنصار المذهب الفردي لعدم السماح للقاضي بتعديل العقد للظروف الطارئة، رُفضت على أساس أن صمت المتعاقدين وعدم اتخاذهم تدابير تجعلهم من منأى من تغيير الظروف، لا يفسر فقط على أنه استبعاد لتطبيق هذه النظرية.

كما أن التوازن الأصلي المُعبّر عنه أثناء إبرام العقد، حتى ولو قبلنا جدلا بأنه يعكس الإرادة الحقيقية والمشاركة للطرفين، لم يعد له وجود، نتيجة حدوث ظروف خارجية، وهذا ما يجعل من تدخل القاضي أمرا ضروريا، يتيح مراجعة مقدار الالتزامات والحقوق المختلة.

لقد كشف الواقع عن النتائج الخطيرة التي كرسها الأخذ بالتوازن الذاتي فقط دون الموضوعي، التي أدت إلى تمكين الطرف القوي في العقد من فرض قانونه بالطريقة التي تخدم مصالحه بالدرجة الأولى، وإدراج ما شاء من المشاركات التي تمنحه ميزة وأفضلية، أو تعفيه من المسؤولية، الأمر الذي يجعل الطرف الضعيف فريسة أمامه يتلاعب بمصالحه كيفما يشاء.

لذلك فإن اعتبارات التوازن العقدي في بعده الموضوعي جعلت التشريع والقضاء يتدخلان في العلاقة التعاقدية لرفع الظلم على أحد الطرفين بسبب ضعفه، ضعف تنتفي معه المساواة الحقيقية، بل وتغيب معه العدالة، فيترجع مبدأ سلطان الإرادة؛ لأنه لا يجسد سوى مساواة صورية غير فعلية، حيث يكون أحد الطرفين ضحية لضعفه الذي يأخذ صوراً مختلفة تتعلق بأسباب ذاتية لصيقة به أو أسباب خارجة عنه، ولكنها أثرت في مركزه، أثناء إقباله على التعاقد، أو بسبب التحولات المحيطة بالعقد بعد إبرامه. مما يولد تفاوتاً كبيراً في الأداءات بينه وبين الطرف الآخر.

لكن بالرغم من الاهتمام المعاصر الذي أولاه الفقه والقضاء خاصة، والمشرع بدرجة أقل للتوازن العقدي، إلا أن هذه الفكرة لم ترق إلى اعتمادها كمبدأ قانوني عام، وذلك خشية أن تصطدم بالمبادئ القانونية التقليدية، كمبدأ عدم المساس بالعقد ومبدأ القوة الملزمة للعقد، لذلك نجد أن الكثير من الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية مازالت وفيّة لهذه المبادئ، وتطالب في كل مرة بكبح جماح القاضي عن المبالغة في إعمال فكرة التوازن العقدي. وبالتالي فإن الهدف المنشود هو أن تتوافق هذه الفكرة وتتعايش مع مبادئ القانون التقليدية.

بالإضافة إلى ذلك فإن العدالة في بعدها التعاقدية، والتي يعتبر التوازن جزءاً منها، أو مظهراً من مظاهرها، يقتصر دورها على العمل القانوني كاملهم للمشرع. وقد أثمر هذا الإلهام الكثير من الأحكام، كالأبطال جزاء للغبن، والتعسف في استعمال الحق والاثراء بلا سبب، ونظرية السبب وغيرها. لكن في غير المنصوص عنه في القانون، لا يجوز للقاضي مخالفة التشريع أو تعديله باسم العدالة، فالعدالة ليست لها قيمة مصححة أو مكملة للقانون، ولا يمكن للقاضي إعمالها إلا إذا رخص له المشرع ذلك صراحة، مثاله ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من المادة الأولى للقانون المدني، عندما حض

القاضي عندما لا يجد ما يطبق في نصوص التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف، على الحكم بمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ومنه نجد أن فكرة التوازن العقدي، تقتضي أيضا الموازنة بين وجوب احترام المبادئ الأساسية للتعاقد، وضرورة احترام الفئات الضعيفة. هذا ما حاول المشرع الجزائري تحقيقه، حيث نلاحظ من خلال المساعي الحثيثة التي يبذلها - شأنه في ذلك شأن التشريعات الأخرى - والتي تجلّت في النشاط التشريعي الضخم في السنوات الأخيرة، حيث تم من خلاله تعديل الكثير من القوانين، طالت هذه التعديلات في أغلبها، التشريعات ذات الطابع الحمائي، ولعل أهمها قانون حماية المستهلك والأحكام الخاصة بالشروط التعسفية، مما أفضى إلى تحقيق قدر من التوازن بين الحقوق والالتزامات في عقود الاستهلاك وغيرها.

كل ذلك أدى إلى توفير قدر من الحماية القانونية والإدارية والقضائية المتوازنة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. فمن جهة لم تصطدم هذه الحماية بالمبادئ الأساسية للتعاقد، وبقي العقد محافظا على قوته الملزمة بالرغم من تدخل المشرع والقاضي في كل مرة لإقامة التوازن فيه، حيث لم يكن هذا التدخل بالقدر الذي يزيل آثار قوة العقد الإلزامية، كما أنها لم تفقد بشكل كبير حرية المتعاقدين وبقيت الحرية التعاقدية "المشروعة" مهيمنة على مرحلة تكوين العقد. فتحقيق العدالة والتوازن العقدي لا يتنافيان مع حرية التعاقد، ذلك أن الوسائل المتاحة لحماية الطرف الضعيف، والتي تحقق العدالة التعاقدية ليست موجّهة ضد الحرية التعاقدية، إنما الهدف الأساسي منها هو معالجة اختلالات التوازن واللاعادلة في العقود.

من جهة أخرى أخذت الحماية في الاعتبار مصالح الطرف القوي فلم تهدرها كاملة، وأبقت على هذه القوة رعاية وتشجيعا للإستثمار وتنمية للاقتصاد الوطني، لكن شذبت

مظاهر التعسف فيها، فجمعت بذلك بين محاولات تحقيق العدالة ومتطلبات استقرار المعاملات في آن واحد.

وقد تجلّت مظاهر الجهود المذكورة من أجل تحقيق التوازن العقدي :

أولاً - أثناء إبرام العقد

تمثلت أهم الآليات الصالحة للتطبيق في مرحلة الإبرام في :

- الأخذ بنظرية الاستغلال والتي وجدنا أنها تمثل تطورا كبيرا لنظرية الغبن، لتجعل منها مبدأ عاما يطبق على كل العقود.

- الاستعانة بنظرية السبب لاستخدامها كآلية لتحقيق التوازن العقدي، وإن كان هذا الأمر - كما رأينا - مقصورا على القضاء الفرنسي.

- تبني المشرع الجزائري للالتزام بالإعلام في العقود ذات الطابع الحمائي، اقتداء بتشريعات مقارنة، مواكبة منه للتطور التكنولوجي المذهل.

ثانيا - أثناء تنفيذ العقد

أما على مستوى مرحلة التنفيذ فتمثلت أهم الآليات العلاجية لإعادة التوازن في :

- الشروط التعسفية التي يُعد وجودها المظهر الحديث لاختلال التوازن، وقد جاء تبني مختلف التشريعات لمكافحتها، إحساسا منها بخطورتها على مستقبل العقد في ظل الانتشار المذهل للعقود المتضمنة لهذا النوع من الشروط كالعقود النموذجية، وقد واكب المشرع الجزائري هذا المنحى من خلال مجموعة من النصوص متبعا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في هذا المجال.

- مبدأ حسن النية في العقود الذي وضع في الأصل كامتداد للقوة الملزمة للعقد حسب نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابلها الفقرة الأولى من نص المادة 107ق م ج، غير أن القضاء الفرنسي - كما رأينا - استخدم مبدأ حسن النية وفق تصوّر

موضوعي، يُنظر من خلاله للعقد من خارج إرادة المتعاقدين، وفق ما يتطلبه الواجب الأخلاقي من الالتزام بالنزاهة والتعاون والأمانة وشرف التعاون.

- نظرية الظروف الطارئة التي تُعد من أهم الآليات التي فرضت نفسها بقوة في كثير من التشريعات، نظرا لما في الأخذ بها من تجسيد لمقتضيات العدالة، جعلت النظم القانونية الأكثر ليبرالية تخطو خطوات كبيرة في طريق بينها.

لكن الملاحظ أنه بالرغم من أهمية كل هذه الجهود وجدّيتها، إلا أنها تبقى محدودة وغير كافية، فالواقع العملي يظهر أن اختلال التوازن مازال السمة المميّزة لكثير من العقود خاصة منها العقود النموذجية، حيث تتعدد وتتنوّع فيها الشروط التعسفية، وتأخذ أشكالاً ومظاهر جديدة، ومما أفرط في ذلك التطور الاقتصادي والتكنولوجي الرهيب، وما صاحبه من وسائل حديثة للتعاقد، وظهور التجارة الالكترونية، والتعاقد عبر الأنترنت، الأمر الذي وسّع الفجوة بين طرفي العقد.

نظرا لهذه النقائص فقد خلصنا من خلال بحثنا إلى مجموعة من التوصيات نلخصها فيما يلي :

- يجب النظر إلى أن البحث عن التوازن العقدي إنما هو بحث عن التقليل من التفاوت أو الاختلال الفادح بين الاداءات، وليس بحثا عن المساواة بين الاداءات، على اعتبار أن التفاوت البسيط أمر لا مناص منه، لذلك يجب أن ينصب التركيز على إيجاد دائرة أو منطقة يتحقق داخلها التوازن، وليس نقطة محدّدة تتوازن فيها الاداءات.

- وجوب التوسيع من سلطة القاضي في إحلال العدالة بين المتعاقدين من منطلق أخلاقي.
- توسيع السلطة التقديرية للقاضي في البحث عن التوازن العقدي بما يضمن حماية طرفي العقد معا، وليس حماية الطرف الضعيف وحده، بل وحماية استمرار العقد وعدم اندثاره، وذلك من خلال فتح المجال أمام الطرف القوي للمساهمة في رفع الإرهاق عن الطرف الأخر.

- دعوة المشرع الجزائري إلى توسيع مجال نظريه الغبن حتى تكون نظرية عامة، وعدم قصرها على عقود بعينها، إذا ما توفرت العلة التي تبنى بها نظرية الغبن، وهي التفاوت الفاحش بين أداءات الطرفين.

- بالرغم من تأييدنا لموقف المشرع الجزائري اقتداءً بكثير من التشريعات المقارنة في تبني نظرية الاستغلال، إلا أننا نرى بأنه لا يزال يضيق من مجالات إعمالها، وذلك حين حصره لمظاهر الضعف النفسي لدى الطرف المُستغل، في الطيش البين أو الهوى الجامح، لذا ندعوه إلى توسيع هذه المظاهر لتشمل الحاجة الملحة، قلة الخبرة، ضعف الإدراك ونحوها، مما يغيب معه الاختيار المُدرك.

- دعوة القاضي الجزائري إلى تطويع نظرية السبب تحقيقاً للعدالة العقدية على غرار ما فعله القضاء الفرنسي، لاسيما في غياب مبدأ عام ومباشر يسمح بتحقيق التوازن العقدي.

- دعوة المشرع الجزائري إلى ضرورة التأسّي بالكثير من التشريعات المقارنة، وذلك بالإسراع في إصدار قانون ينظم المعاملات الالكترونية، مركزاً في جانب كبير منه على حماية المتعاقدين، من خلال آلية الالتزام بالإعلام التي تأخذ خصوصية في هذا المجال.

- ضرورة استكمال الجهود المبذولة في مجال مكافحة الشروط التعسفية، إذ أنه بالرغم من اقتداء المشرع الجزائري ببعض التشريعات المقارنة في هذا المجال، إلا أن الهيئات التي نص عليه القانون لا تزال تحتاج إلى تفعيل، خاصة منها لجنة الشروط التعسفية.

وخلاصة القول، فإن هذا البحث إهتم أساساً بدراسة التوازن في العقد بصفة عامة، مع الاستشهاد ببعض العقود التي يثير فيها اختلال التوازن صعوبات خاصة، كعقود الاستهلاك؛ ولم يكن التطرق لها إلا من قبيل الشرح والتوضيح، لا على أنها تطبيقات لفكرة التوازن العقدي، لأن ذلك يقتضي أفراد كل عقد بدراسة خاصة، لا يتسع المجال للإلمام بها في رسالة واحدة، مما يفتح المجال واسعاً في المستقبل إن شاء الله لإتخاذ هذه الدراسة منطلقاً لبحوث أخرى أكثر تخصصاً، تعنى بدراسة التوازن في كل عقد من العقود الخاصة، كعقد الإيجار، الاستهلاك، التأمين، العمل الخ ..

إن الغاية العظمى لكل قانون إنما هي تحقيق السلم الاجتماعي والتنسيق بين المصالح، وما العقد إلا وسيلة يجب أن تراعي هذه الغاية، والحياد عن ذلك يستلزم تدخلا يعود بالعقد إلى أداء هذه الوظيفة بما له من قوة إلزامية وضوابط تنظيمية إستثنائية.

بالرغم من التقدم الذي أحرزه مناوئو مبدأ سلطان الإرادة في فسح المجال للقضاء في إعادة النظر في العقود المدنية للأسباب المختلفة التي تم عرضها في رسالتنا هذه، بحثا عن توازن عقدي عادل، ليس هدفه تحقيق المساواة بين المتعاقدين، وإنما رفع التفاوت البين بين التزاماتهما. إذن بالرغم من كل هذا، إلا أنه لم يحدث حتى الآن أن أصبح التوازن العقدي يشكل نظرية عامة، بل لا يزال يمثل استثناء عملت التشريعات التي اعترفت به على تضييقه، وفاء منها للمبدأ الأسمى وهو مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من نتائج تسمو بإرادة الطرفين إلى مقام القواعد القانونية؛ فلا يحق للقاضي أن يعدلها بل عليه أن يتقيد بما جاء فيها وينفذها كما ينفذ إرادة المشرع¹.

بالمقابل فإن المتزمتين من أنصار مبدأ سلطان الإرادة، لم يستطيعوا في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي انعكست بشكل قوي على العلاقات التعاقدية الخاصة، ان يمنعوا ذلك التقدم الفقهي والتشريعي في رفع الحظر عن تدخل القضاء من أجل إعادة التوازن للعقد الذي يكون فيه الاختلال فاحشا بين التزامات طرفيه، حماية للطرف الضعيف وتحقيقا للعدالة، وان كان ذلك ليس بشكل كبير، إلا أن مجرد التفكير في إعادة النظر في العقد لسبب من الأسباب التي تعد أساسا لتدخل القضاء، كانت كافية لرفع القداسة عن مبدأ سلطان الإرادة والبحث عن سبل المساهمة في علاقة أكثر عدلا وحماية لطرفي العقد من أي اختلال.

¹ - عبد الحي حجازي النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، ص 95.

قائمة المراجع

أولا : المراجع العربية

I - المصادر

1- القرآن الكريم

II - المعاجم والقواميس

02 - إين منظور، لسان العرب، ط 4، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت 2005.

03 - الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت 2010.

04 - ممدوح حقي، قاموس المصطلحات القانونية والتجارية (فرنسي - عربي)، مكتبة لبنان، بيروت، تاريخ النشر غير مذكور.

III - الكتب

أ - في الفقه الاسلامي

05 - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر

المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، ط 2 بيروت 2003.

06 - ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد دمشقي الحنبلي، المغني في فقه الامام أحمد بن حنبل، دار الحديث، القاهرة 2004.

07 - ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي(الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 1، دار الجيل 1989.

08 - أبوزهرة محمد، محمد أبوزهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية دار الفكر العربي، القاهرة 1977.

09 - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب البيوع، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994

10 - الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

V- القوانين الداخلية

- 90 - الدستور الجزائري الصادر ب ج ر رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 ج ر رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- 91 - الأمر رقم 14/73 الصادر في 03/04/1973 المتضمن قانون المؤلف المعدل والمتمم.
- 92 - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05-10 الصادر بتاريخ 20 جوان 2005.
- 93 - الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن القانون البحري المعدل بقانون 10-04.
- 94 - القانون 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 ج ر عدد 6 مؤرخة في 8 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.
- 95 - القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان 1410، الموافق لـ 21 أبريل سنة 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر ع 17 لسنة 1990
- 96 - الأمر 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.
- 97 - القانون رقم 04 - 02 مؤرخ في 5 جمادي الأولي عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004 (ج ر، ع 41 بتاريخ 27 جوان 2004)، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 مؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق لـ 15 أوت 2010 (ج ر ع 46 بتاريخ 18 أوت 2010)، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
- 98 - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 المتضمن لقانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.
- 99 - القانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. ج ر عدد 15 لـ 08 مارس 2009.
- 100 - المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم.
- 101 - المرسوم التنفيذي 367/90 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها الملغى.

ثانيا : المراجع الفرنسية

I - OUVRAGES, ET MANUELS

- 1- Benabent (A), Droit Civil, les obligations, 6^{ème} éd, montchrestien, Paris, 1997.
- 2- Cabrillac(R), Dictionnaire du Vocabulaire Juridique, 2^{ème} éd, juris-classeur, LexisNexis, Litec, 2004.
- 3- Calais-Auloy(J), Steinmetz(F), Droit de la consommation, 4^oéd, Dalloz. 1996.
- 4- Capitant(H), Terré(F). et Lequette(Y)., Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, t. II, 11^{ème} éd.,2000.
- 5- Carbonnier(J), droit civil, Les Obligations, 7^{ème} éd, PUF 1972.
- 6- De Laubadère (A), Traité de Droit Administratif, T I, Droit Administratif Générale, LGDJ, Paris 1999.
- 7- Flour(J), Auber(J-L), Saveaux(E), Droit Civil, Les Obligations, 1. L'acte Juridique, 13^{ème} éd Dalloz. paris, 2008.
- 8- Ghestin(J) et Van Melle(I.M), Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belge, LGDJ, 1996.
- 9- Ghestin(J), Traité de Droit civil, la formation du contrat, 3^{ème} éd, LGDJ 1993.
- 10- Larroumet(Ch), Droit civil, tome 3, Les obligations, Le contrat, 3^e éd, Economica 1996.
- 11- Le Grand Dictionnaire Encyclopédique du XXI^{ème} siècle 2001.
- 12- Le petit Larousse Illustré 2009.
- 13- Mayeur(A), choix collectifs et raison d'etat " Traité de Macroéconomie", 1^{ère} éd, PUF, 2005.
- 14- Mazeaud(H. L. et J), *Leçons de droit civil- t. II – vol I - les obligations –* 3^{ème} éd Montchrestien Delta, 2000.
- 15- Petit.Robert,dictionnaire de la langue française ,.éd.1990.
- 16- Porchy– Simon(S), *Droit civil, 2^{ème} année les obligations.* Dalloz 2000.
- 17- R.Cabrillac(R), Droit des Obligations, 4^{ed} Dalloz, Paris, 2000.
- 18- Rey(A), Le Grand Robert, Dictionnaire de la langue française, Tome IV2.
- 19- Riper(G), la Règle Morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd, LGDJ, 1949.
- 20- Stoffel-Munck(Ph), L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, LGDJ 2000.

- 21- Terré(F), L'avenir du droit - éd Juris-classeur, Dalloz, 1999.
- 22- Terré(F), Simler(Ph), Lequette(Y), Droit civil, Les Obligations, 6^e éd, D. 1999.
- 23- Weill(A), et Terré(F), Droit civil - les obligations- 2^{ème} éd, Dalloz 1975.

II - THESES ET MEMOIRES

- 24- Berthiaux(D), Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, Th. Paris II, 1997.
- 25-Bruneau(L), Contribution a l'étude des fondements de la protection du contractant, th. Toulouse 2005.
- 26- Chabas(F). "Les Clauses de Hardship " ,Th, Montpellier 1981.
- 27- Charpentier(E-M), L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat? Th. Université McGill Montréal 2001.
- 28- Demontès, De la lésion dans les contrats entre majeurs, th. Université de Paris, 1924.
- 29- Fin-langer(L), l'équilibre contractuel, Th, LGDJ 2002.
- 30- Gounot€, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Th, Dijon, 1912.
- 31- Leclerc(F), La protection de la partie faible dans les contrats internationaux." Etude de Conflits de lois". Tome 1, Th, Université Rebert Schumann de Strasbourg. 1990.
- 32- Maury(J), "*Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil Français* " Th, Toulouse 1920.
- 33- Ranouil(V), L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, thèse, PUF, Paris, 1980.

III – ARTICLES DE DOCTRINE

- 34- Lefebvre(B), La justice contractuelle : mythe ou réalité ? Les Cahiers de droit, vol. 37, n° 1, 1996.
- 35- Binet(J-R), "*de la fausse cause* " Art, RTD civ 4^{ème} trt 2004.
- 36-Boyer(L), Contrats et Conventions, Recueil, v° Contrats et obligations, Rép. civ. Dalloz, août 1993.
- 37- Brenner(C), *Répertoire Droit civil Dalloz*, v° Acte. Sep 2006/3.
- 38- Bricks(H): "*Les clauses abusives* " - consommation – Juris classeur, 1985.

- 39- Chazal(J-P), Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants : les contrats de distribution et la détermination du prix, La Semaine Juridique éd Générale n° 4, 27 Janv 1999.
- 40- Durand(P), Aux frontières du contrat et de l'institution: la relation de travail, JCP. 1944.
- 41- FABER(S), Vers la prise en compte de l'imprévision dans les contrats de droit privé, Revue du cabinet d'avocats SQUIRE SANDERS,http://larevue.ssd.com/Vers-la-prise-en-compte-de-l-imprevision-dans-les-contrats-de-droit-prive_a1528.html
- 42- Fages(B), "Même pour respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat" Civ. 3e, 18 mars 2009, pourvoi n° 07-21.260, à paraître au Bulletin, D. 2009.950, obs. Y. Rouquet, RTD Civ. 2009 .
- 43- Fontaine(M), La Clause de Hardship , D P C I 1976.
- 44- Ghestin(J), « La notion de contrat », *Dalloz*, vol. 2, 1990, chron. 27,
- 45- Ghestin(J), Le contrat en tant qu'échange économique, Revue D'économie Industrielle, n° 92, 2^e et 3^e trimestres 2000.
- 46- Le Tourneau(Ph), Bonne Foi, Rép. Civ. Dalloz. Janvier 2009.
- 47- M. Gueguen(J-M), "*Le Renouveau de la cause, en tant qu'instrument de justice contractuelle*" Dalloz 1999, 33^e cahier. Chr.
- 48- Maury(J), Cause, *Recueil. V° contrats et conventions*. Encyclopédie 1970.
- 49- Micklitz(H-W), La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Bilan de onze années d'application In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 41 N°1, Janvier-mars 1989.
- 50- Picod(Y), Contrats Et Obligations. - Effet obligatoire des conventions. – Exécution de bonne foi des conventions, JurisClasseur Civil Code > Art. 1134 et 1135, Date de fraîcheur, 10 Avril 2013
- 51- Rollan(L), « Qui dit contractuel, dit juste. » (Fouillée) ... petits bonds, à reculons, communication faite au IXe Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Tunis, nov. 2005) : Les principes généraux de droit,
- 52- Rolland(L), Les frontières de l'ordre contractuel : les traçages économiques et juridiques Les Cahiers de droit, vol. 47, n° 1, 2006,
- 53- Tournafon(O), "*l'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat* " (a propose de l'arrêt de le 1^{re} chambre civile de la cour de cassation du 07 octobre1998) chron, recueil Dalloz 1999.

IV – JURISPRUDENCE

- 54- Cass. Civ. 1er , 5 fevrier 2002, bull. civ. 1, n° 38.
- 55- Cass. Civ. 1^{re} , 04 juillet 1995, bull. Civ 1, n° 303.
- 56- Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, D. 1876, 1, p. 193, note Giboulot.
- 57- Cass.1^{re} civ., 05 juill. 2005 n° 04-10.779; inédit n° 11.
- 58- Cass.1^{re} civ., 10 févr. 1998: Bull. Civ. 1, n° 53.
- 59- Cass.1^{re} civ., 14 mai. 1991, D. 1991. 449, note Ghestin et som. Com 320.
- 60- Cass.1^{re} civ., 16 mars .2004, pourvoi n° 01-15804
- 61- Cass.1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 n° 03-13.779 UFC c/SARL Troc de l'île : Juris Data n° 2005 – 026748; RDC 2005, p. 727, obs. D. Fenouillet.
- 62- Cass.1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 n° 03-19.692: Juris Data n° 2005 – 026740; RDC 2005,
- 63- Cass.com.22 oct. 1996
- 64- Cass., 1^{er} civ., juillet 1996 : Bull. civ. 1, n° 286 ; RTD com. 1997
- 65- Civ 1^{re} 03 Juillet 1996, Bull Civ 1 n° 286, RTD com 50 (2) II Trim, 1997
- 66- Civ 1^{re} 17 janv 1995 : bull, civ I. n° 29
- 67- Civ. 1^{er}, juillet 1996 : Bull. civ. 1, n° 286 ; RTD com. 1997
- 68- Civ. 3^{ème}, 18 mars 2009, pourvoi n° 07-21.260, à paraître au Bulletin, D. 2009.950,obs. Rouquet(Y), RTD Civ. 2009.
- 69- Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, SA Soffimat c/ SAS SEC, F D : JurisData n° 2010-010742.
- 70- Cass.3^e Civ., 06 déc. 1972, Bull. civ III, n° 688, p. 493.

V – LEGISLATIONS

- 71- Code Civil Français, 108^{ed} Dalloz, Paris, 2009.
- 72- Code de la consommation, codifié par la loi n° 93-349 du 26 juillet 1993.
- 73- Directive Européenne n° 93-13 CEE du 05 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.
- 74- Loi n° 2004/575 du 21 juin 2004, relative au commerce électronique. (JO 22 juin) Code de la Consommation,
- 75- Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française

35	الفرع الثالث	: فكرة التوازن العقدي في الفقه الكنسي
37	الفرع الرابع	: فكرة التوازن العقدي في الفقه الفرنسي القديم
38	الفرع الخامس	: فكرة التوازن العقدي في الفقه الإسلامي
42	المبحث الثاني	: البحث في التوازن العقدي في ظل مبدأ سلطان الإرادة
44	المطلب الأول:	: التوازن في ظل المبادئ التي تحكم تكوين العقد
45	الفرع الأول:	: التوازن مصدره إرادة الأطراف
47	الفرع الثاني	: العقد اتفاق إرادتين وليس تبادل ذمتين
50	المطلب الثاني	: التوازن من خلال المبادئ المحددة لآثار العقد
50	الفرع الأول	: التوازن والقوة الملزمة للعقد
51	أولا	: أهمية المبدأ من خلال الصياغة القانونية
52	ثانيا	: أهمية المبدأ من خلال التطبيقات القضائية
55	الفرع الثاني	: مبدأ نسبية الاثر الملزم للعقد
56	الفرع الثالث	: مبدأ عدم المساس بالعقد
58	المطلب الثالث	: إفتراض التوازن بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد
60	الفرع الأول	: قرينة التكافؤ في مرحلة إبرام العقد
60	أولا	: محل العلاقة التعاقدية
61	أ	: محل العقد
63	ب	: محل الالتزام
65	ثانيا	: سبب العلاقة التعاقدية

66	الفرع الثاني	: قرينة التوازن وتنفيذ العقد
67	أولا	: احترام التوازن الناشئ عن إرادة المتعاقدين
69	ثانيا	: إحترام الاختلال الخارج عن إرادة الطرفين
73	المطلب الرابع	: سلطان الارادة و فكرة الجعلية في الفقه الاسلامي
74	الفرع الأول	: مدلول الجعلية في الفقه الاسلامي
75	الفرع الثاني	: الجعلية والارادة
79	الفصل الثاني	: تحولات نظرية العقد تحت تأثير اختلال التوازن
80	المبحث الاول	: إختلال التوازن كمبرر لمراجعة المبادئ التقليدية للعقد
81	المطلب الأول	: التمايز بين المراكز التعاقدية ومراجعة مبدأ سلطان الارادة
81	الفرع الأول	: ظهور فكرة الطرف الضعيف
82	أولا	: أوصاف الضعف التعاقدى
82	أ	: أنواع الضعف التعاقدى
82	1	: الضعف الملازم
83	2	: الضعف النسبي
84	ب	: درجات الضعف
84	ج	: الوقت المعتبر للضعف
85	د	: سلوك الطرف الضعيف
85	ثانيا	: التطبيقات الخاصة لفكرة الطرف الضعيف
86	أ	: فكرة الطرف الضعيف في عقود الإذعان

89	: فكرة الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك	ب
92	: نقد مبدأ سلطان الارادة	الفرع الثاني
98	: التوازن كأهم الموجهات الحديثة لقانون العقود	المطلب الثاني
99	: توسع النظام العام وأثره في ظهور التوازن العقدي	الفرع الاول
100	: النظام العام التقليدي ومدى تقييده للحرية التعاقدية	أولا
102	: النظام العام الاقتصادي والاجتماعي ومضمون العقد	ثانيا
104	: دور النظام العام الحمائي في توسيع نطاق التوازن العقدي	ثالثا
108	: الميل نحو تبني فكرة التوازن في العقود	الفرع الثاني
110	: النفع كأساس للقوة الملزمة للعقد	أولا
114	: العدل كأساس للقوة الملزمة للعقد	ثانيا
118	: مظاهر اختلال التوازن العقدي	المبحث الثاني
118	: إختلال التوازن بفعل التفاوت بين الأداءات	المطلب الأول
120	: الغبن في العقود	الفرع الأول
120	: حالات الغبن	أولا
120	: الغبن في بيع المؤلفات	أ
121	: الغبن في بيع العقار	ب
122	: الغبن في عقود المقايضة	ج
122	: الغبن في عقود القسمة	د
122	: القرض والإسعاف البحري	هـ

123	: شروط تحقق التفاوت بين الأءاءات	ثانيا
123	: أن يكون التفاوت مؤثرا	أ
124	: أن يكون لا يكون التفاوت جسيما	ب
127	: التوازن بين العوضين في عقود التبرع والعقود الاحتمالية	الفرع الثاني
127	: التفاوت في الأءاءات في عقود التبرع	أولا
131	: التفاوت في الأءاءات في العقود الاحتمالية	ثانيا
131	: مبررات الاختلاف الفقهي في مسألة التفاوت في العقود الاحتمالية ..	أ
133	: المعالجة القانونية لمسألة التفاوت في العقود الاحتمالية	ب
135	: اختلال التوازن لوجود شرط تعسفي	المطلب الثاني
136	: مفهوم التعسف	الفرع الأول
136	: تعريف التعسف	أولا
137	: الطبيعة القانونية للتعسف	ثانيا
141	: إختلال التوازن العقدي كمعيار لتحديد الشرط التعسفي	الفرع الثاني
142	: معيار تعسف القوة الاقتصادية للمهني والميزة المبالغ فيها	أولا
147	: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات	ثانيا
152	خلاصة الباب الأول
154	: آليات تحقيق التوازن العقدي	الباب الثاني
155	: آليات تحقيق التوازن العقدي	الباب الثاني
158	: الآليات الوقائية لحماية التوازن العقدي	الفصل الأول

158	المبحث الأول	: الغبن الاستغلالي
159	المطلب الأول	: مفهوم الاستغلال
160	الفرع الأول	: تعريف الاستغلال
162	الفرع الثاني	: عناصر الاستغلال
162	أولا	: العنصر المادي للاستغلال
162	أ	: التفاوت بين الالتزام والعوض
162	ب	: التفاوت بين حظ الربح والخسارة
163	ج	: إنعدام العوض
163	ثانيا	: العنصر النفسي للاستغلال
163	أ	: الضعف النفسي
164	ب	: استغلال ضعف المغبون
164	المطلب الثاني	: جزاء الاستغلال
165	الفرع الأول	: دعوى الإبطال طريق لإعادة التوازن
166	أولا	: مضمون دعوى الإبطال
168	ثانيا	: تجنب إبطال العقد إعادة للتوازن
170	ثالثا	: التنازل عن الحق في الإبطال بالإجازة
171	الفرع الثاني	: دعوى الإنقاص
173	الفرع الثالث	: آجال الدعوى في الاستغلال
175	المبحث الثاني	: نظرية السبب

المطلب الأول	: السبب وفق النظرية التقليدية "سبب الالتزام"	176
الفرع الأول	: مضمون سبب الالتزام وبيان خصائصه	177
أولا	: تعريف سبب الالتزام	177
ثانيا	: خصائص سبب الالتزام	177
الفرع الثاني	: شروط سبب الالتزام	178
أولا	: شرط الوجود	179
ثانيا	: شرط الصحة	179
ثالثا	: شرط المشروعية	179
المطلب الثاني	: الوظيفة التقليدية لسبب الالتزام	180
الفرع الاول	: التعادل بين الاداءات كأهم دور لسبب الالتزام	180
الفرع الثاني	: الترابط بين الالتزامات	182
أولا	: الدفع بعدم التنفيذ	184
ثانيا	: الفسخ	185
المطلب الثاني	: الوظيفة المستحدثة للسبب	187
الفرع الاول	: دور السبب في إلغاء الشروط المبالغ فيها	188
أ	: معالجة اختلال التوازن العقدي	189
ب	: طبيعة الجزاء المطبق	190
الفرع الثاني	: دور السبب في الرقابة الاقتصادية على العقد	191
أولا	: توسيع مجال "العوض المرغوب" L'équivalent voulu	192

192	ثانيا	: نحو تجاوز التقسيم التقليدي للسبب
195	المبحث الثالث	: الالتزام العام بالإعلام
196	المطلب الأول	: مضمون الالتزام بالإعلام
197	الفرع الأول	: مفهوم الالتزام العام بالإعلام
200	الفرع الثاني	: محل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام
205	المطلب الثاني	: مبررات قيام الالتزام العام بالإعلام
205	الفرع الأول	: المنازعة في وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد
207	الفرع الثاني	: إنعدام المساواة في الجانب المعرفي
209	الفرع الثالث	: خطورة التفاوت المعرفي في التعاقد الإلكتروني
214	الفصل الثاني	: الآليات العلاجية لتحقيق التوازن العقدي
214	المبحث الأول	: مكافحة الشروط الشروط التعسفية
215	المطلب الأول	: الرقابة على الشروط التعسفية (تحديد الشروط التعسفية)
215	الفرع الأول	: الأسلوب التشريعي (نظام القوائم)
215	أ	: في التشريع الألماني
217	ب	: التشريع الفرنسي
217	1	: تحديد الشروط التعسفية بموجب مرسوم
219	2	: تحديد الشروط التعسفية عن طريق قائمة ملحقة بقانون الاستهلاك .
221	د	: التشريع الجزائري
222	1	: تحديد الشروط التعسفية وفق قانون 02/04 المعدل والمتمم

- 2 : تحديد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06-306 223
- الفرع الثاني : الاسلوب الاداري (تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة متخصصة) 225
- أولا : التجربة الفرنسية 225
- ثانيا : التجربة الجزائرية 226
- أ : مهام لجنة البنود التعسفية 227
- ب : القوة الالزامية لتوصيات اللجنة 227
- الفرع الثالث : الاسلوب القضائي (تحديد الشروط التعسفية بواسطة القضاء) 227
- المطلب الثاني : مواجهة اختلال التوازن العدي الناجم عن الشروط التعسفية 230
- الفرع الأول : سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية 230
- الفرع الثاني : سلطة القاضي في مواجهة الشروط الجزائية 232
- الفرع الثالث : جزاء الشروط التعسفية 234
- أولا : طبيعة الجزاء 234
- ثانيا : نطاق البطلان 235
- المبحث الثاني : مبدأ حسن النية في التعاقد 237
- المطلب الأول : مفهوم حسن النية 238
- الفرع الأول : المفهوم الذاتي لحسن النية 238
- الفرع الثاني : المفهوم الموضوعي لحسن النية 240
- المطلب الثاني : آلية تحقيق التوازن العدي 242
- الفرع الأول : التخفيف من شدة تنفيذ الاتفاقيات بطريقة حرفية 243

أولا	: التزام القاضي بمراجعتة العقد	266
ثانيا	: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول	266
أ	: انقاص التزام المدين	266
ب	: زيادة الالتزام المقابل	269
ثالثا	: فسخ العقد	271
	خلاصة الباب الثاني	273
	الخاتمة	276
	قائمة المراجع	284
أولا	: المراجع العربية	284
ثانيا	: المراجع الفرنسية	293
	فهرس الموضوعات	297