المركز الجامعي مغنية
معهد الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الحرية التعاقدية بين القواعد التقليدية والقوانين المستحدثة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالب:
بوعكاز خليل

تحت إشراف الأستاذ:
أ.د الحاج علي بدر الدين

أعضاء لجنة المناقشة

د. المر سهام	أستاذة محاضرة "أ"	المركز الجامعي مغنية	رئيسا
أ.د الحاج علي بدر الدين	أستاذ	المركز الجامعي مغنية	مشرفا
د. حوالف حليمة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان	مناقشا
د. شيخ محمد زكرياء	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي مغنية	مناقشا
د. بن فريحة رشيد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	مناقشا

السنة الجامعية: 2022- 2023

إهداء

إلى من ربي اصطفاه، وأشتاق لرؤاه، وعلى حوضه لقاه، وأتمنى سقاه

.....

الحبيب محمد صلى الله عليه وسلم

اهدي هذا العمل إلى من كانوا للعلم شهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى كل أفراد العائلة الكريمة

اهدي هذا العمل إلى ذوي النفوس الطيبة، والنوايا الحسنة

شكر

الحمد والشكر لله أولا وأخيرا، وانطلاقا من قول النبي صلى الله عليه وسلم "من لا يشكُر الناس لا يشكُر الله."

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأستاذ الدكتور "الحاج علي بدر الدين" الذي تفضل بقبول الإشراف على بحثي، وأولاني كل اهتمام ورعاية وأفادني بملاحظاته القيمة، وتوجيهاته النافعة حتى وصلت الرسالة إلى ما ارجوه لها من القبول عند الله، وعند أهل العلم

قائمة أهم المختصرات

أولا: قائمة المختصرات باللغة العربية

ج.	الجزء
ج.ر.	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ص.	صفحة
ط.	طبعة
ع.	عدد
س.	السنة
ق.م.ج.	القانون المدني الجزائري
ق.م.ف.	القانون المدني الفرنسي
ق.م.م.	القانون المدني المصري
م.ق.	المجلة القضائية
د.س.ن.	دون سنة النشر

ثانيا: قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

Art	**Article**
Cass. Civ	**Cassation civile 1**
Ed	**Edition**
Nº	**Numéro**
Op.cit	**Opere ctato**
P	**Page**
RTD Com	**Revue Trimestrielle de droit commercial**

مقدمة

حظيت الحرية التعاقدية في الدراسات القانونية بعناية فائقة لم ينلها أي نظام قانوني آخر، ويرجع ذلك لما للعقد من أهمية عملية في النشاط الإنساني، فهو ليس مظهرا من مظاهر الحرية الفردية فحسب، بل هو مما يقوم عليه النشاط الاقتصادي في المجتمع الإنساني بوصفه أداة المبادلة وسبيل التعاون بين البشر على نحو تجلى فيه الالتزام القانوني من خلال الوفاء بالعهد المقطوع.

ولقد وصل مبدأ سلطان الإرادة إلى ذروة مجده وازدهاره ابتداءً من أواخر القرن السابع عشر حتى أواخر القرن التاسع عشر، وذلك نتيجة لانتشار المذهب الفردي خلال هذه الحقبة من الزمن، حيث يقوم هذا المذهب على إعلاء قيمة الفرد واعتباره محور القانون وأساسه.

ولذلك فإن المذهب الفردي ينطلق من أن النظام الاجتماعي يقوم أساسا لإسعاد الفرد فهو الغاية، ويسخر أفراد المجتمع من أجلها، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية، بل مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة، وأن مهمة القانون الأساسية هي تحقيق حرية كل فرد والتوازن بينهما حتى لا تتعارض مع حريات الآخرين. وأن القانون يكون قد أدى دوره وحقق العدل القانوني إذا حفظ النظام الاجتماعي ومكن إرادات الأفراد من التعايش جنباً إلى جنب، ولا يهم بعد ذلك إذا تحققت العدالة الاجتماعية أم لم تتحقق، فهو يترك الناس لأنفسهم ينشئون علاقاتهم على هواهم. لذلك تكون روابط الفرد بغيره من أفراد المجتمع قائمة على الإرادة الحرة، ومن ثم فإنه لا يخضع إلى أي التزام لم يكن قد ارتضاه مختاراً ومقدماً، وبهذا تقدست حرية الفرد وتقرر مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين.

أن الحياة لا يمكن تصورها من دون تعامل بين الأفراد، والتعامل يكون عادة بإبرام عقود بين الناس، ومن هنا يمكن القول إن الحياة الإنسانية في أي عصر من العصور لا غنى لها عن معرفة أحكام العقود لأنها متصلة بحياتها اتصالا وثيقا.

ويشكل مبدأ حرية التعاقد احد المبادئ الأساسية التي تسود العلاقات التعاقدية، حيث يمتد هذا المبدأ خاصة في مجال القانون الخاص، إلى فكرة الإرادة الفردية باعتبارها صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، دون الالتزام بالعقود التي نظمها القانون، وفي تحديد مضمونها وما يترتب عليها من آثار وتعديلها وإنهائها، ولا يحد من هذه الإرادة سوى اعتبارات النظام العام والآداب العامة، فمبدأ سلطان الإرادة يعتبر من أقدم المبادئ وأهمها كأساس لحرية التعاقد في مجال القانون الخاص بصفة عامة، حيث يمكن للفرد في إطار أحكام القانون الخاص أن يتعاقد كيفما شاء من العقود، ويملك تحديد مضمون العقد وما يترتب عليه من آثار وإنهاؤه.

ومن ثم فإن حقيقة هذا المبدأ أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميادين كافة، فالعقود في الميدان الاقتصادي لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين وهي كفيلة وفق قانون العرض والطلب بتنظيم الحياة الاقتصادية تنظيماً يحقق العدل التوزيعي، فيكون مبدأ سلطان الإرادة نظرية فلسفية قانونية مؤداها أن الإرادة البشرية هي التي تضع قانونها لنفسها، فإذا التزم شخص بمقتضى تصرف قانوني، أو عقد بصفة خاصة فلأنه أراد ذلك، فالعقد هو مبدأ الحياة القانونية، والإرادة الفردية هي مبدأ العقد.

ويخضع العقد في تكوينه إلى مبدأ سلطان الإرادة ويستمد قوته أيضا من هذا المبدأ الذي يعني بمفهومه الشامل الحرية التعاقدية، ومدلول الحرية التعاقدية هو اختيار التصرف عن رؤية واستطاعة، رؤية في الاختيار والقرار واستطاعة في القدرة

على الأداء أو الامتناع عن الأداء دون الخضوع إلى أية ضغوطات خارجية، وبالمجمل في مجال التعاقد هي حرية التعاقد وترتيب الآثار القانونية أو عدم التعاقد، وحرية التنفيذ فيما تم التعاقد عليه دون ضغوطات أو حدود سوى اعتبارات النظام العام والآداب العامة، وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية في العقود.

أي أن العقد يتولد على التقاء إرادتين توافقتا عليه، فيكون هذا التوافق هو الذي يجعل العقد شريعة المتعاقدين اللذين ارتضياه، فمبدأ سلطان الإرادة يستتبع بمنطقه هذه النتيجة التي تجد لها تبريرا في اعتبارات دينية أخلاقية تفرض الوفاء بالعهد، وفي مقتضيات اقتصادية توجب الاستقرار في التعامل بين الناس فيما يقصدونه.

وقاعدة الالتزام بالعقد الذي شاءه طرفاه توفر للعقد ثباته وديمومته، فلا ينقض ولا يعدل إلا إذا عاد طرفاه وأقرا النقض أو التعديل بإرادة مشتركة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، وهذه القاعدة تصلح لحقبات من الزمن التي يسودها انتظام النقد والازدهار الاقتصادي، فلا يكون لها انعكاس على جوهر العقود المبرمة في ظلها.

فبالنظر إلى المتغيرات المعاصرة اقتصاديا واجتماعيا وحتى سياسيا، أصبحت مسألة سمو الإرادة محل النظر، فالإرادة تتأثر بفعل هذه العوامل، هذا ما جعل المبدأ يفقد قيمته وينحسر أمام هذه التطورات التي مست المجتمعات، وأدت إلى ظهور مذاهب تنظر إلى العقد كنظرتها إلى أي نظام اجتماعي غايته تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة لأجل ذلك.

فوضعت بذلك القيود على حرية التعاقد، وفرضت شكليات معينة لبعض العقود، هذا فضلا عن أن الحرية العقدية قيدت بفكرة النظام العام، بحيث لا يجوز للإرادة أن تتجه إلى إحداث آثار تتعارض مع هذه الاعتبارات، وتزايد تدخل الدولة بقواعد

قانونية تستهدف حماية جماعة أو طائفة، وهو ما اقتضى منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف، بل وينبغي أيضا تقييد إرادة الأول لمصلحة الأخير، فأنتكس بذلك المذهب.

ويعد مبدأ الحرية التعاقدية قاعدة أصولية تخاطب المتعاقدين والقاضي والمشرع، مما حدا بالفقه المعارض للمغالاة في سلطان الإرادة بشكل عام ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين بشكل خاص، إلى المناداة بتدخل المشرع في العقد لتهذيب مبدأ سلطان الإرادة وتعديله، ويكون هذا التدخل في حدود معينة، إلى الحد من دور الإرادة، أو التضييق عليها، من أجل حماية الطرف الضعيف من ضعفه وقبوله شروطا تعاقدية مجحفة في حقه باسم سلطان الإرادة، أملا في تحقيق نوع من التوازن بين أطراف العلاقة العقدية، لأن الحرية في بعض الأحيان قد تغدر بالعدل وتُخل بمبدأ المساواة وتُعدم التفاوض والمساومة والمناقشة بين الطرفين، مما دفع بالتشريعات الحديثة إلى الانتقاص من مبدأ سلطان الإرادة والنيل منه، من خلال وضع العديد من القيود التي تحد منه بما يتوافق والتطورات الحديثة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية منها، فجاءت تلك القيود في صورة نصوص قانونية آمرة تحد من سلطان إرادة المتعاقدين ليس في مرحلة تكوين العقد فحسب بل أيضا في مرحلة تنفيذه.

ومن هنا يجب التنويه إلى انه سيتم التركيز في هذه الرسالة على أهم الطرق والوسائل المتاحة لتفعيل مبدأ الحرية التعاقدية، بمعي أن البحث سيقتصر على فكرة حرية الإرادة في الإطار التعاقدي، كما تجدر الإشارة إلى أننا لا نقصد من خلال هذه الدراسة التوصل بصفة دقيقة وكاملة إلى ضبط كل الطرق والوسائل التي تحقق مبدأ الحرية التعاقدية وتجسيده على ارض الواقع في كل العقود القائمة على أساس التبادل في الأداءات، لأن هذا ضرب من المستحيل، بل هي محاولة منا للقيام بعمل استرشادي بالتركيز على أهم الآليات والوسائل المتاحة لتحقيق التكافؤ العقدي، ذلك أن مسألة الحرية التعاقدية تثور في كل التصرفات القانونية وتمتد إلى كل ميادين

القانون، ولن يكون من السهل استخلاص قواعد قانونية من معايير مختلطة وأحيانا متناقضة اقتصاديا، أخلاقيا واجتماعيا بل وحتى السياسية، ولقد ركزنا في دراستنا هذه على مبدأ الحرية التعاقدية في القواعد التقليدية، أما في القوانين المستحدثة، فارتأينا أن نسلط الضوء على عقد الاستهلاك، وعقود التجارة الالكترونية، لكونهما أكثر انتشارا في المعاملات بين الأفراد، أي تم حصر الدراسة في القوانين المستحدثة على العقديين سابقي الذكر.

الحرية التعاقدية موضوع قديم حديث، شغل ويشغل وسيشغل بال المفكرين عامة، والفلاسفة والقانونيين خاصة، وكل مهتم بالعدالة يبحثها من الزاوية التي تشغل باله، والقانونيين يشغل بالهم تحقيق العدالة في المعاملات الجارية.

أن هذا الموضوع له أهمية كبرى في حياة الفرد والمجتمع، إذ أن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية والتفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية لأطراف العلاقة التعاقدية غير المتكافئة جعل الموجب يفرض شروط غير قابلة للنقاش إلى درجة الوصول إلى الشرط التعسفي في هذه العقود، هذا باعد بين المراكز التعاقدية، وبين أطراف العقد وأظهر اختلاف في القدرات المعرفية والاقتصادية للأطراف، ما حمَل المتعاقد (المستهلك) مخاطر جديدة تضاف إلى مخاطره المألوفة، فأصبحت العديد من السلع والخدمات أكثر تعقيدا وأكثر غموضا من قبل، بحيث تعذر على المتعاقد (المستهلك) العلم بالكثير من جوانبها الفنية، أو إدراك واستيعاب ما يصله من معلومات عنها، فأصبحت فكرة التكافؤ العقدي في بعدها الموضوعي أو في بعدها الذاتي تمثل تحد كبير لقانون العقود في النظرة الحديثة.

هذه التحولات التي عرفتها الحياة القانونية عموما أدت إلى المساس بالنظرية العامة للعقد عموما، وتحديدا بعض العقود الخاصة، كعقود الاستهلاك وعقود التجارة الإلكترونية، ما أوجب ضرورة إعادة النظر في التنظيم القانوني لها.

هذا ما أدى إلى تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد ألا وهو المستهلك والذي يندفع لإبرام عقد حتى ولو كان في غير مصلحته، ويلتزم بتنفيذه أياً كانت الظروف وحتى ولو تبين له فيما بعد أن السلعة أو الخدمة التي أبرم العقد بشأنها لا تفي بالغرض الذي يسعى إليه أو لا تفيده أصلا.

تهدف هذه الدراسة إلى تحليل نصوص القانون (محل الدراسة)، وما تتضمنه هذه التشريعات من ضمانات لحماية الحرية التعاقدية ومعرفة مدى فعاليتها في تحقيق الغرض الذي شرعت من أجله وهو حماية المتعاقد والوقوف على جوانب القصور في هذه النصوص والتعليق عليها كلما وجدت.

فالحرية التعاقدية اليوم تعتبر من أهم الموضوعات والقضايا التي يحاول المشرع أن يواكب ويؤمن مصداقيتها في إطار نظرية العقد بوجه عام وبعض العقود الخاصة تحديدا، كما تهدف الدراسة إلى الوقوف على مدى إمكانية الاعتماد على وسائل الحماية التقليدية الواردة في القانون المدني، وذلك بغرض توفير حماية فعالة وشاملة لكلا المتعاقدين.

إن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع عجز القواعد العامة للعقد في توفير الحماية للمتعاقدين خاصة في العقود المستحدثة، وخصوصا أحكام عيوب الرضا، التي يفترض فيها أن تكون صمام الأمان لرضا حر ومستنير للمتعاقد، عن توفير حماية فعالة للمستهلك التقليدي، أو المستهلك الإلكتروني، في ظل الظروف والأنماط التعاقدية الحديثة.

فقد لا يشوب إرادة المتعاقد إكراه أو غلط أو تدليس، ولكن تبقى إرادته معيبة بعيب التسرع وعدم التمهل، تحت تأثير وسائل دعاية متعددة وطرق عرض مثيرة تستخدم فيها تقنيات فنية عالية تدفع المستهلك إلى التعاقد دون رضا تام، أو التعاقد على ما لا يحقق رغبته ومصلحته من السلع والخدمات.

الواقع أن التسليم بالتعديل لأي سبب من الأسباب أو أي عامل من العوامل يثير المواجهة بين مبدأين، مبدأ الحفاظ عل العقد تأمينا لاستقرار التعامل بين الناس، ومبدأ الإنصاف والعدالة الذي يرتضي ظلامة تنزل بالعاقد الذي جاءت التقلبات الاقتصادية أو النقدية تلحق به خسارة لم يكن قد توقعها وقت التعاقد، ولو كان قد تحسب لها لكان قد وضع لعقده أحكاما أو شروطا تقيه مخاطرها.

هذه العوامل وغيرها أدت إلى مراجعة الأسس والقواعد التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة من قبل غالبية الفقه، ونادوا بضرورة وجود أسس بديلة تحقق فعلا العدالة التعاقدية، هذه القراءة الجديدة في نظرية العقد سمحت بظهور أفكار جديدة تتمحور أهمها حول البحث عن طرق ووسائل كفيلة لحماية الحرية التعاقدية وذلك لضمان العدالة التعاقدية.

تجدر الإشارة إلى أن هناك العديد من الدراسات الفقهية السابقة، التي اشتغلت بفكرة الحرية التعاقدية ومن جوانب مختلفة، وقد تم البحث في مبدأ الحرية التعاقدية بعناوين مختلفة كان لأصحابها فضل كبير في المساعدة على انجاز هذه الرسالة، فهناك دراسات نقدية انطلقت من مراجعة ما قام عليه مبدأ الحرية التعاقدية، في محاولة لتبيان أسس المبدأ ونتائجه، وأخرى تهدف إلى إبراز الجوانب الاجتماعية والاقتصادية لحقوق عدت من دعائم المذهب الفردي .

إن التصدي لهذا الموضوع ليس بالسهولة المتصورة إذ يستوجب العمق في الدراسة والسعة في الاطلاع والقدرة على الإبداع وهذا الوضع جعل محاولة الخوض في بحث كهذا، لا تخلوا من صعوبات وعراقيل، أهمها نقص المادة العلمية و غياب رؤية واضحة و دقيقة للفقه و القضاء الجزائريين بخصوص فكرة الحرية التعاقدية وخاصة في القوانين المستحدثة، وأخص بالذكر القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

حيث مما سبق تثور الإشكالية التالية، **ما مدى حرية الأطراف في التعاقد، وهل هذه الحرية مطلقة، أم أن هناك ضوابط وأحكام تنظمها، والى أي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم أحكامها، بما يضمن استقرار المعاملات والعقود بين الأطراف؟**

وسنعتمد المنهج الوصفي والمنهج التحليلي للإجابة على هذه الإشكالية، من خلال الوقوف على حقيقة النصوص القانونية و تحليلها من حيث كيفية معالجتها لهذا الموضوع، مع الاستعانة بالآراء الفقهية ودورها في سد النقص الموجود في التشريعات، وكذا الاستعانة بالمنهج التاريخي والمقارن، في الحدود التي تقتضيها الدراسة.

وعليه وبالبناء على كل ما تقدم، وعلى ضوء الاعتبارات السابقة ولإيلاء موضوع على هذا القدر من الأهمية والتعقيد كموضوع " مبدأ الحرية التعاقدية بين القواعد التقليدية والقوانين المستحدثة" حقه من البحث العلمي المنهجي، سنحاول مناقشة هذه الإشكالية المطروحة والإجابة عنها من خلال دراستنا للموضوع دراسة شاملة ومتكاملة، ارتأيت أن أقسم الموضوع إلى بابين:

الباب الأول: الحرية التعاقدية في القواعد التقليدية

الباب الثاني: استعمال خيار العدول عن العقد كآلية لحماية إرادة المتعاقد.

الباب الأول

الحرية التعاقدية في القواعد التقليدية

إن الحياة لا يمكن تصورها من دون تعامل بين الأفراد، والتعامل يكون عادة بإبرام عقود بين الناس، ومن هنا يمكن القول إن الحياة الإنسانية في أي عصر من العصور لا غنى لها عن معرفة أحكام العقود لأنها متصلة بحياتها اتصالا وثيقا.

فالإرادة وحدها تكفي في إنشاء العقود، وقد وصل مبدأ سلطان الإرادة إلى ذروة مجده ابتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر، ويرجع ازدهاره في هذه الحقبة من الزمن إلى انتشار المذهب الفردي خلالها، فهذا المذهب يقوم على تبجيل الفرد واعتباره محور القانون وأساسه، ومن هنا ساد مبدأ سلطان الإرادة.

وتشكل الجذور الدينية مصدرا للقوة الملزمة للعقد فكل الديانات السماوية أوصت بالوفاء للعهد حيث أمر القران الكريم بالوفاء بالعقود بقوله تعالى[1] "(يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود) "، ولكن إلى جانب الجذور الدينية تقوم الالتزامات الأخلاقية المرتبطة بالصدق والأمانة وحسن التعامل مع الناس والقيم الأخلاقية والمهنية التي تفرض احترام الذات من خلال احترام الغير.فيرى البعض أمثال العلامة "غستان "[2] إن مصدر القوة الملزمة للعقد هي الثقة التي منحها الدائن لمدينه بحيث يترتب على هذا المدين أن لا يخيب الظن به ويخل بالثقة الممنوحة له من دائنة، كما اعتبر أن مبدأ حسن النية والعدالة يشكلان مصدرا للقوة الملزمة للعقد وان نص المادة[3] 1134من القانون المدني الفرنسي اكبر دليل على ذلك .حيث نصت المادة 1134من القانون المدني الفرنسي les convention légalement fourmées tiennent lieu ":

[1] سورة المائدة، الآية 01.

[2] نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 27.

[3] أحمد محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، 1999، ص 146.

de loi à ceux les ont faites". أي أن الاتفاقات التي تكونت على نحو شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من ابرموها.

يقابل هذه المادة في القانون الجزائري المادة107[1] من القانون المدني حيث نصت الفقرة الأولى على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن"

يتبين لنا من خلال المادة سالفة الذكر على أن القوة الملزمة للعقد مصدرها إرادة المتعاقدين التي أنشئت العقد والتزمت به وأصبحت قانونا ملزما لهم.

بمعنى أنها تقوم على مبدأ سلطان الإرادة ومعناه أن الفرد لا يلتزم إلا بما أراد، ومن أهم المبررات التي تفرض احترام المتعاقدين لالتزاماتهم هو وجوب استقرار المعاملات، فإذا لم يكن من شأن العقد تقييد المتعاقد بما اشتمل عليه العقد، انصرف الناس عن إبرام العقود وانعدمت الثقة بين الناس واضطربت بذلك المراكز القانونية.

حتى يتسنى لنا دراسة هذا الباب لابد لنا التعرف على مبدأ سلطان الإرادة (الفصل الأول)، وبعد ذلك نتعرض لأهم الاستثناءات الذي تعرض لها هذا المبدأ (الفصل الثاني).

[1] الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78 لسنة 1975م، المعدل والمتمم.

الفصل الأول

مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية

تميز القرن التاسع عشر بأنه عصر المذهب الفردي، والحرية الاقتصادية، والرأسمالية المزدهرة، وكان مما يتفق مع كل هذه الاتجاهات أن تحاط نظرية العقد بهالة من التقديس، فالعقد هو الوسيلة القانونية التي يقوم عليها النشاط الاقتصادي، وقد كان للإرادة في ظل النظام الفردي الحرية الكاملة في أن تنشأ ما تشاء من العقود وأن ترتب عليها ما تشاء من الآثار بوصفها مظهر الشخصية من الناحية القانونية. ولذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة هو نتاج فلسفة السياسية الفردية في القرن الثامن عشر والحرية الرأسمالية في الاقتصاد التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر. ومن ثم فقد كانت الفكرة آنذاك تقوم على أساس أن حماية الحرية الفردية هي سبب وجود النظام العام، وكانت القيود على الحرية تعتبر مبررة فحسب في الحدود التي كانت فيها ضرورية للمحافظة على الحرية ومن ثم فإن الحرية هي الهدف الأعلى للقانون، وكل نزول عن هذه الحرية يتطلب عذرا، والعذر الوحيد يكون في ضرورة حماية الحرية، ومن ثم كانت الحرية والنظام العام يمثلان وجهين لفكرة واحدة[1].

وبالفعل فقد شاع القول في هذا القرن أن العقد هو الصورة المثالية للعدل، وأن من قال عقداً فقد قال عدلاً، وأنه ينبغي أن تترك للمتعاقدين الحرية الكاملة في تحديد شروط العقد، وينبغي دائماً احترام العقود، فالعقد هو شريعة المتعاقدين[2] مهما كانت الظروف الملابسة لإبرامه ومهما كانت الظروف التي طرأت بعد إبرامه.

[1] شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون ، مصر، 2013، ص 5.

[2] انظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

تستدعي هذه الدراسة تأصيل فكرة مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية بدراسة المراحل التي مر بها مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية (المبحث الأول)، ثم التعريج على دور سلطان الإرادة في إرساء مبدأ حرية التعاقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المراحل التي مر بها مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية

لقد مر مبدأ سلطان الإرادة بمراحل مختلفة، كان يمثل في كل منها صدى لما يسود في كل عصر من تيارات اقتصادية واجتماعية وسياسية، لأن الفكر القانوني هو عصارة المبادئ التي تسود نتيجة الظروف ذات المضامين المتغيرة فهو ليس وليد صدفة مارة ولا نزعة عارضة إنما هو نتيجة تطور مستمر للفكر الإنساني.

فالقانون هو وليد ظروف التاريخ وثمرة لتطور المجتمع ونتيجة لعوامل مختلفة من سياسية واقتصادية ودينية وفكرية متصلة الحلقات مندرجة مع سنة التقدم والارتقاء، لذلك كان من الطبيعي أن يؤدي اختلاف القوانين إلى اختلاف التنظيم القانوني لموضوع الالتزامات والذي يعد العقد مصدرا من مصادره.

ومن ثم فإنه يتعين ونحن بصدد الحديث عن مبدأ الحرية التعاقدية أن نستعرض نظرة تاريخية في مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الأول)، ومن ثم ما المقصود بمبدأ سلطان الإرادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نظرة تاريخية في مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية

نظرا لأهمية مبدأ الحرية التعاقدية بات لزاما علينا الوقوف على مراحل تطور هذا المبدأ وذلك عن طريق نظرة تاريخية في مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية في العصر الروماني (الفرع الأول)، أما عصر ما قبل الإسلام (الفرع الثاني)، على النحو التالي:

الفرع الأول

مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الرومانية

لم يكن لمبدأ سلطان الإرادة وجود في القانون الروماني القديم في العصر الجمهوري، الذي عرف ظهور القانون المدني الروماني "قانون الألواح الاثني عشر"[1] سنة 450 قبل الميلاد، وكان من أهم ملامح هذا القانون أن أحكامه تتسم بالشكلية.

ارتبط نظام التعاقد في القوانين الرومانية بطبيعة حياة الرومان الاجتماعية وتفكيرهم الديني، فقد كان المجتمع الروماني في طوره الأول مجتمعاً محصوراً في نطاق ضيق، وكان التعاقد بين شخصين حدثاً نادراً يستأهل الاحتفال به والاهتمام بشأنه[2]، فقد كان التعاقد يتم عند اجتماع المتعاقدين في الساحة العامة كلما دعتهم الحاجة إلى ذلك، مقيدين في معاملاتهم بما فرضته عليهم شريعتهم قيود وقوالب

[1] صوفي حسين أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص 150.

[2] عكاشة محمد عبد العال، القانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت، 1988م، ص 183.

تحوط تعاقداتهم من حركات وإشارات وألفاظ ترجع في أصولها البعيدة إلى اعتبارات دينية.

إذ أن القانون الروماني في أولى مراحله كان ينظر إلى العلاقة بين المتعاقدين بوصفها علاقة دينية وليست قانونية[1]، فلم تكن للمحاكم صلاحية النظر في الاتفاقات كما لم يكن الحنث بالوعود مبرراً كافياً لاستحضار المدعى عليه أمام المحاكم، أما إذا أشهد أحد الناس الآلهة، أو أقسم على الوفاء به، فيكون خاضعاً للنظام الديني، ذلك أن وجود من يحنث بوعده يشكل خطراً اجتماعياً ويجوز أن تلحق روحه بآلهة الجحيم.

إن طابع الشكلية هو الطابع السائد آنذاك في التعاقد[2]، إذ كان يصعب على هذه الشرائع أن تتصور أن مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين يكفي لإحداث ذلك الأثر، بل كان العمل القانوني في نظرها يتكون من إجراءات ومراسيم وألفاظ يجب أن تتم طبقا لأوضاع معينة، فلم تكن الإرادة المجردة في ذاتها كافية لتكوين العمل القانوني، ولم يكن للإرادة أي دخل في تحديد آثار التصرف، فكانت القاعدة أن الأعمال القانونية شكلية في تكوينها، محددة في آثارها.[3]

أي أنها لم تكن الإرادة كافية بمفردها لإبرام العقد، فقد كان العقد إذا ما أريد أن تكون له آثار ملزمة أن يلبس بعض الشكليات وأن يسبغ عليه بعض المراسيم

[1] حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 22.

[2] صوفي سين أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964م، ص 09.

[3] سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1956، ص 50.

ذات الطابع الرمزي،[1] وذلك ضمن ألفاظ علنية محدودة، وحركات تمثيلية ترمز في جملتها إلى طابع قدسي ديني، لا يجوز معه الإخلال بشيء من الألفاظ والحركات، وإلا بطل هذا العقد، أما مجرد توافق إرادتين، فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً، فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة، ويكون التزامه صحيحا حتى لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروعا، أو كان مخالفا للآداب، فالعقد الشكلي كان عقدا مجردا، صحته تستمد من شكله لا من موضوعه.[2]

ولذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول أن المبدأ الذي كان يسود القانون الروماني هو سلطان الشكل، وليس سلطان الإرادة لاسيما في عهده القديم،

فالشكلية كانت الطابع الذي ميز العقود في المراحل الأولى للمجتمع الروماني، كما أن ذلك الشكل كان يحدد طبيعة العمل، مما كان يستبعد كل دور داخلي للإرادة في تحديد آثارها، فالعقد متى نشأ يفرض تنفيذه، وهو لا ينفذ إلا بالمضمون المرسوم مسبقا[3].

إلا أن الشكلية بدأت في التراجع تدريجيا بداية من القرن الثاني عشر[4]، حيث أخذت تتبدل وتتمحور، وأخذ أثر الإرادة يقوى في تكوين العقد شيئا فشيئا، ما أدى

[1] سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، ط1، دار الفكر اللبناني، لبنان، 1987، ص 83.

[2] عاطف كامل مسلم الشوابكه، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس مصر، 2018، ص 18.

[3] سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 86.

[4] عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة الثالثة، الكويت، 1982م، ص 189.

إلى استثناء بعض العقود المهمة من الشكلية، وبدأ التخلص التدريجي والتمييز بين الشكل والإرادة في بعض العقود[1]، وساعد هذا التطور العوامل التالية:

أولا: تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة:

سيطرت الكنيسة في العصور الوسطى على أوربا وأوجدت قانونا خاصا برعاياها، وهو ما عرف بالقانون الكنسي، وقد استمدت قواعد هذا القانون من مبادئ القانون الطبيعي والعدالة[2].

كان من أهم المبادئ التي جاء بها القانون الكنسي، احترام الكلام المعطى واحترام الوعود وحسن النية في تنفيذ العقود، وعدم الحنث باليمين، حيث أن المتعاقد الذي يقدم على القيام بالتزام إذا أقسم على احترام عقده وحنث بيمينه، فهو في نظر الكنيسة مرتكب للخطيئة يعاقب عليها، أي أن المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها، بل أن مجرد عدم الوفاء بالوعد جريمة دينية، وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني، حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز طلب تنفيذه بدعوى أمام محاكم الكنيسة[3].

[1] عبد المجيد الحفناوي، دراسات في القانون الروماني، الدار الجامعية للنشر، القاهرة، 1986، ص 46.

[2] عاطف كامل مسلم الشوابكه، المرجع السابق، ص 20.

[3] علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها–دراسة مقارنة–، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2007–2008، ص 30.

ثانيا: العوامل الاقتصادية:

يرجع السبب في تقبل أفكار فقهاء الكنيسة فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة إلى ازدهار التجارة،، وازدياد النشاط التجاري، مع المدن التجارية الايطالية في أواخر القرون الوسطى وفي بداية عصر النهضة، فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تحكم طبقاً لقواعد العدالة، والعدالة لا تميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام[1]، أي إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال وتسهيل التعاقد وتخليصه من القيود الشكلية.

ثالثا: العوامل السياسية:

ساهمت العوامل السياسية بنصيب وافر في ترسيخ دعائم هذا المبدأ، وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة، وتدخلها تدريجياً في الروابط القانونية بين الأفراد، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق[2]، وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في الفطرية والسذاجة[3].

وحين ضعف الوازع الديني في النفوس حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية مشبعة بروح الفردية التي تقدس حرية الفرد، وتطلق إرادته وتؤكد على وجود القانون الطبيعي المبني على هذه الحرية وعلى استقلال الإرادة.

---

[1] محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص 186.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1954، ص 94.

[3] محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 186.

ثم تلقت الثورة الفرنسية هذه الاتجاهات، فوجهت المشرع بها في أوائل القرن التاسع عشر، فظهر قانون نابليون على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته، بعد ذلك استقر هذا المبدأ وصارت تبنى عليه النظريات القانونية، وبعد أن دخله المنطق القانوني أصبحت الإرادة الحرة أصلاً لكل الالتزامات وكل النظم القانونية، كما أصبحت هي المرجع الأعلى في ترتيب الآثار على كل الالتزامات[1].

الفرع الثاني

مبدأ سلطان الإرادة في عصر ما قبل الإسلام

تنحصر دراستنا في هذا المجال على بيان طرق التعاقد التي يتم بها العقد في البلاد العربية، وفي الفترة التي يطلق عليها عصر ما قبل الإسلام.

إذ لم يكن لعرب ما قبل الإسلام تشريع وضعي صادر عن دولة لعدم توافر مفهوم الدولة لديهم بالمعنى الصحيح، ومن ثم فلم يكن هناك نظام قانوني يُعنى بتنظيم المعاملات فتشريعهم كان عرفياً، مبنياً على العرف والعادة ومستمداً من مجتمعهم الفطري البسيط، ومن أخلاقهم وتقاليدهم ومعتقداتهم وطرق معيشتهم، فقد كانت العقود في تلك الفترة عقوداً بسيطة تبعاً لبساطة الحياة والتعاملات بين الأفراد، كما كان التعاقد يقتصر في بداية هذه الحقبة من الزمن على بعض أنواع البيوع التي كانت منتشرة والتي تتم بالمقايضة[2].

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص156.

[2] محمود عبد المجيد المغربي، الوجيز في القوانين، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،1979م، ص 284.

ولكن على إثر ازدياد المعاملات واختلاط العرب بغيرهم من الشعوب أخذ الناس يتعاملون باستعمال النقود والذهب والفضة، ومن ثم فقد عرف العرب في تلك الفترة أنواعاً من العقود كالبيع والمزارعة، والقرض والإعارة، والكفالة والرهن، والمضاربة والشركة، والإيجار والوكالة، والمراهنة، وعلى الرغم من أن جميع الشرائع والأعراف متفقة على أن تراضي الأطراف هو الأصل والدعامة التي لا يتكون العقد دونها مهما اختلفت ظروف البيئة ومقتضياتها الاجتماعية والاقتصادية فقد كان يتحتم لتراضي الطرفين في تلك الفترة أن يتم التعاقد من خلال اتخاذ بعض الحركات والأفعال التي تعد نوعاً من الشكلية، وعلى سبيل المثال، فقد فرض العرف على المتعاقدين التصافق بالأيدي شرطاً لإبرام العقد، كما اشترط العرف، حضور الشهود في مجلس العقد، وتدوين العقد، لأن تدوين العقد هو شرط للانعقاد، فقد كان من عادة الجاهليين إذا أبرموا عقداً تصافقوا بأيديهم توثيقاً للاتفاق ، فكان الضرب باليد إشارة إلى عهد بإيجاب العقد وتنفيذ الالتزام، ..... وإن كتاباً كانوا يتولون كتابة العقود ويشهدون عليها، وأنهم كانوا من أهل العلم بالأعراف المنظمة للعقود، وبذلك فإن الأشخاص المنظمين للعقود يعتبرون من شروط قيام مجلس العقد فضلاً عن صدور الإيجاب وعلم الموجه إليه الإيجاب[1].

فضلا على ذلك فقد كانت هناك بعض الشكليات تختص بها بعض الأنواع من العقود، ففي عقد البيع مثلاً عرف العرب أنواعاً من عقود البيع الشكلية التي لم تكن العبرة فيها للتراضي بين الأطراف بل العبرة للألفاظ والحركات التي كان يجب

[1] عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص 604.

اتخاذها في أثناء التعاقد وبشكل معين ومحدد، ومن هذه العقود عقد بيع الملامسة، والمنابذة، والحصاة[1].

يتضح لنا مما تقدم أن الأعراف التي كانت سائدة في تلك الفترة فيما يتعلق بشروط التعاقد كانت تتطلب تواجد المتعاقدين في مكان وزمان محددين بمعنى أن التعاقد كان يتم بين حاضرين، ولم يكن من الممكن التصور بأن العقد ينعقد بين غائبين، كما أن الأعراف تؤكد على إتباع الشكليات في إبرام العقود ومن ثم فإن الإرادة لم يكن لها الدور الرئيسي في إبرام العقود، ومع ذلك فإن للإرادة دوراً في مجالات عدة ويتضح ذلك الدور من خلال التأكيد على إمكانية التروي ما بين صدور الإيجاب باجتماع المتعاقدين وما بين إصدار القبول من قبل المتعاقد الموجه إليه الإيجاب، ومن حيث استطاعة الموجب الرجوع عن إيجابه، وإعطاء الحرية للقابل في إصدار قبوله أو رفض التعاقد وعدم إبرام العقد، والدليل على ذلك هو ما يمكن استنباطه من اعتبار أن العقد لا ينعقد إلا باستكمال ما يتطلبه العرف في تلك الفترة من تصافق بالأيدي أو كتابة للعقد، أما قبل ذلك الوقت فيحق للمتعاقدين استخدام الخيارات المتاحة لهما.

وبذلك يمكن القول بأن الفترة التي تنحصر بين صدور الإيجاب باجتماع الطرفين بإصدار القبول أو رفض التعاقد هي فترة مجلس العقد، ولكن بمفهوم يقوم على الشكلية البحتة من حيث شروط تكوين المجلس ومن حيث طرائق التعبير عن الإرادة، ومن ثم فإن عدم التقيد بهذه الأعراف قبل بداية المجلس بوصول الإيجاب

[1] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 190.

إلى علم الموجه إليه سيؤدي إلى عدم قيام المجلس، أما عدم التقيد بتلك الأعراف بعد بداية المجلس فإنه سيؤدي إلى انفضاضه[1].

المطلب الثاني

المقصود بمبدأ سلطان الإرادة

إذا كان العقد يبنى أساساً على الإرادة وما تتمتع به من سلطان، فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة، بوصفها صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها[2]، فدور سلطان الإرادة سيبدو واضحاً بالنسبة إلى العقد وقت التعاقد، وبعده، فالشخص كقاعدة عامة له الحرية المطلقة في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد[3]، وإذا تعاقد كان له أن يحدد مضمون العقد طبقا لما يريد، فإذا كان له ذلك فإن له الحرية في تحديد مضمون ذلك التصرف وآثاره[4]، حتى أن البعض ذهب إلى القول في إيضاح مفهوم مبدأ سلطان الإرادة إلى أن تقدير عدالة العقد أمر يرجع إلى المتعاقدين ولا يمكن تقويمه بمنظور موضوعي أو من قبل شخص غير طرف في العقد حتى ولو كان جهة تشريعية أو قضائية، وحتى ولو وجد تنظيم تشريعي فلا يمكن إلا أن يكون مكملاً لإرادة المتعاقدين، وإذا ظهرت الحاجة إلى التفسير فيجب على القاضي أن يبحث عن النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، وإيضاحاً لما سبق ذكره، فإنه يقصد بمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية:

---

[1] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 32.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "العقد والإرادة المنفردة"، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص298.

[3] مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص19.

[4] نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018، ص25.

الفرع الأول

إن الإرادة تكفي وحدها لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام

ويتفرع عنه حرية الأشخاص في المساومة على شروط التعاقد وأوصافه وفي اختيار نوع التعاقد الذي يريدونه وابتداع أنواع جديدة من العقود وفق حاجاتهم وحسب مشيئتهم، فإذا استقر شخصان على التعاقد فيما بينهما وعينا نوع التعاقد الذي يريدونه، فإن مجرد رضاهما بهذا التعاقد يكفي لانعقاده دون حاجة بهما إلى التعبير عن هذا الرضا في شكل مخصوص أو اقترانه بأي إجراء، فيجوز لهما التعبير عن إرادتهما بأية وسيلة[1].

وهذا ما نصت عنه المادة 60 من القانون المدني الجزائري، سواء باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة المفهومة، وأياً كانت اللغة المستعملة في الكتابة أو الكلام، ودون التقيد باستعمال لفظ مخصوص أو عبارات بعينها[2].

وعليه فإن الإرادة وحدها تكفي لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، بحيث تكون الحرية للشخص في أن يتعاقد فيلتزم بما يبرم من عقود، وله أن لا يتعاقد فلا ينشأ في ذمته أي التزام، وله كذلك الحرية في المساومة على شروط العقد الجوهرية والثانوية وأوصافه[3]، وإن كانت الإرادة هي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد وشروطه، فإن هذه الإرادة لا يمكن أن تخطئ في تحقيق العدالة، خصوصا

---

[1] أنظر المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

[2] زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 46.

[3] عاطف كمال مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2018، ص 29.

وأن المبدأ الذي يحكم المعاملات هو مبدأ العرض والطلب المتعارف عليه، والمنصوص عليه في أغلب التشريعات[1].

إذا فإرادة الفرد بالأصل ضرورية لارتباطه بأي عقد، وحرية التعاقد تؤدي دائما إلى أن يلتزم الفرد في حدود مصالحه الذاتية دون قيد على حريته، ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام والآداب العامة وفي أضيق الحدود[2]، ويعد النظام العام من المفاهيم القانونية الأقل دقة والأكثر غموضا في المجال القانوني، ومن أقل المفاهيم دقة وأكثرها نسبية واختلافا باختلاف الظروف الزمانية والمكانية، ورغم أن فكرة النظام العام فكرة معروفة في كل المجتمعات القديمة منها والحديثة، إلا أن حصره في تعريف معين، أو حصر مدلوله في مجال معين بقي عصيا على الفقهاء الذين لم يجمعوا على مفهوم موحد للنظام العام.

والإرادة التي يعتد بها في هذا المجال، هي الإرادة التي اتجهت اتجاها صحيحا وسليما نحو غايتها، فالإرادة المعيبة لا تنشئ عقدا صحيحا.

الفرع الثاني

إن الإرادة حرة في تعيين الآثار التي تترتب على العقد أو العمل القانوني

يتمثل دور سلطان الإرادة في حرية الفرد – كقاعدة عامة – في أن يتعاقد وأن يمتنع عن التعاقد، وإذا تعاقد كان له أن يحدد مضمون العقد طبقا لما يريد[3]، فإذا

[1] حسين عبد الباسط الجمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 12.

[2] محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، بيروت، 1980، ص 23.

[3] عاطف كامل مسلم الشوابكه، المرجع السابق، ص 30.

كان للفرد الحرية في إنشاء التصرفات القانونية فإنه من البديهي أن يكون له كذلك الحرية في تحديد مضمون تلك التصرفات وترتيب آثارها وفق ما يرتضيه[1].

أي أن الطرفين يكون لهما حرية ترتيب الآثار القانونية التي تترتب على تعاقدهما، فيجوز لهما أن يتفقا على أحكام تغاير نصوص القانون غير الآمرة، بل يجوز لهما أن يتفقا على أن يكون تعيين الآثار التي تترتب على تعاقدهما وفقاً لقانون أجنبي معين، فلا يحدث اتفاقهما غير الآثار التي اتجهت إليها إرادتهما، وتكون الإرادة جدية متى صدرت من شخصية قانونية مؤهلة، ترغب في إحداث آثار قانونية[2].

ويتفرع عن ذلك أيضاً أنه عند الاختلاف على أثر من آثار العقد يتعين على القاضي أن يبحث عن نية العاقدين فيما يتعلق بذلك لا أن يطبق عليهما ما يراه هو أو ما كانت تتجه إليه إرادته في مثل هذا التعاقد، ومتى كانت نية الطرفين واضحة تعين على القاضي أن يطبقها وأن يلزم كلا منهما بتنفيذها، فلا يجوز أن يبدل فيها أو يعدل أو أن يقيل أحدهما من تنفيذها ولو تغيرت الظروف التي تم فيها التعاقد تغيراً أخل بالتوازن بين التزامات الطرفين[3].

فللإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني (ويطلق عليها العقود المسماة)، كما يكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد

[1] توفيق حسن فرج وجلال علي العدوي، النظرية العامة للالتزام، ط3، منشورات الحلبي، بيروت، 2002، ص 40.

[2] علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، ط 3، موفم للنشر، الجزائر،2013، ص 98.

[3] سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1956، ص 50.

من العقود فقط، وإنما يكون لها بما لها من سلطان الحرية في تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها، كما يكون للإرادة أخيرا الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك إنهاء العقد بعد قيامه.

ولا يحد من سلطان الإرادة في ذلك كله، سوى بعض القيود كاعتبارات النظام العام والآداب العامة، لأن ذلك يعد أحد القيود على مبدأ الحرية التعاقدية[1]، ولكن ليس هذا إلا استثناء، إذ الأصل أن كل ما ليس بممنوع مباح، فطالما لا يوجد منع يكون للإرادة سلطانها[2].

الفرع الثالث

أساس مبدأ الحرية التعاقدية

لما كان الفرد يعيش في المجتمع، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً، فكل التزام أساسه الرضا والاختيار يتماشى مع القانون الطبيعي، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها.

كما يكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود فقط، وإنما يكون لها بما لها من سلطان، الحرية في

[1] محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث والاعتبار الموضوعي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 02، 2018، ص 391.

[2] توفيق حسن فرج وجلال علي العدوي، النظرية العامة للالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، 2002، ص 40.

تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها. كما يكون للإرادة أخيراً الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه[1]، ومن خلال ما تقدم فإن مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية يقوم على أساسين هما الحرية والمساواة[2].

أولا: الحرية أساس النشاط[3]:

وإذا كان مظهره الإرادة، فالحرية أساسها، وإن الإرادة الحرة لقادرة على أن تزن المصلحة القائمة، وهي مقدرة لهذه المصلحة فعلا ما دمنا نطلق لها الحرية، وإذا تم التوفيق بين إرادتين، كل منهما تقرر المصلحة القائمة، ففي هذا التوفيق تحقيق للمصلحة العامة، إذ ليست المصلحة العامة إلا مجموع المصالح الفردية.

ثانيا: المساواة:

فلا يقصد بها المساواة الفعلية، إذ هذه لا يمكن تحقيقها، بل يقصد بها المساواة أمام القانون، فالمساواة القانونية لا المساواة الاقتصادية هي التي تكفل في النهاية تحقيق المصلحة العامة، لأن المصلحة الخاصة – وهي أساس المصلحة العامة – لن تتحقق إلا إذا اعتبر الناس متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم[4].

فالإرادة الحرة هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها، وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد، بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حرية الآخرين.

---

[1] رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر، 1984م، ص25.

[2] القاضي حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943م، ص66.

[3] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 136.

[4] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 161.

هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يُعنى به، وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه المبادئ الخلقية، ولا عليه أن يرى إلى أي حد تتفق مصلحة المجموع مع مصلحة الفرد، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون[1].

الفرع الرابع

النتائج المترتبة على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية

يترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج، توصل إليها الفقه، ونعرض أهم هذه النتائج وهي:

أولا: حرية الفرد في أن يبرم ما يشاء له من عقود، فلا يجوز تقييد حريته من هذه الناحية[2]، أي أن إرادة الفرد الحرة تشرع بذاتها لذاتها، تنشئ التزاماتها بذاتها ولذاتها، فإذا ما التزم الفرد بأي تصرف قانوني فإنما يلتزم لأنه أراد ذلك بمحض إرادته وبالقدر الذي أراد[3].

ثانيا: حرية الفرد في تحديد الالتزامات العقدية ومكانها ومداها ففي الإيجار مثلاً لإرادة الأطراف الحرية في تحديد مدة العقد وكذلك في تحديد الأجرة التي يُلزم بها المستأجر، وهكذا الشأن في سائر العقود[4].

---

[1] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 161.

[2] محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 46.

[3] محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996، ص 17.

[4] سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985م، ص 19.

ثالثا: لإرادة الفرد الحق في إنهاء العقد بالاتفاق، أو في تعديله كذلك[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه قد كان لمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية الفضل في شيوع عبارة (العقد شريعة المتعاقدين)، والتي نص عليها المشرع الجزائري، إذ أن هذه القاعدة تعتبر من أثار مبدأ سلطان الإرادة، وأن هذا المبدأ يؤدي إلى النتائج الآتية[2]:

1- إن كلا المتعاقدين يصبح ملزماً بتنفيذ ما تعهد به بالذات، فمهما كان المحل الذي يرد عليه العقد فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه، فإذا استحال عليه ذلك أو كان في تنفيذه إرهاق له يحكم عليه بالتعويض، لأن التعويض يقوم مقام التنفيذ العيني.

2- إن أحد أطراف العقد الذي يتأخر عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو يمتنع عن ذلك يسأل مسؤولية عقدية، متى توافرت أركانها وشروطها القانونية.

3- قيام العقد مقام القانون في تنظيم علاقة المتعاقدين[3]، عدم انفراد أحد العاقدين بتعديل شروط العقد أو بالرجوع عنه، لأنه تم باتفاق إرادتيهما. فإذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه[4]، ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي.

4- لا يجوز للقاضي كقاعدة عامة أن يعدل مضمون العقد لأنه ملزم بتنفيذ العقد طبقاً لما اتفق عليه أطرافه.

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 19.

[2] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 162.

[3] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 18.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 386.

الفرع الخامس

تحليل مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية من حيث الشكل والموضوع

يمكن تحليل مبدأ سلطان الإرادة إلى شقين[1]، أحدهما يتناول الإرادة من حيث الشكل (أولا)، والأخر من ناحية الموضوع (ثانيا).

أولا: من حيث الشكل: للإرادة سلطان من حيث الشكل، وهذا الشق يمكن تسميته بالرضائية، بمعنى أن الإرادة بذاتها تكفي لإنشاء التصرف وتوليد الالتزامات، فكل ما يطلب هو أن يصدر تعبير عن الإرادة حتى تخرج إلى العالم الخارجي، وهو عالم القانون، ولا عبرة بعد ذلك بالصورة التي يصدر فيها التعبير، باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو غيرها.

ثانيا: من حيث الموضوع: الإرادة لا تنشئ التصرف فحسب، بل هي التي تحدد شروط العقد والآثار التي تتولد عنه، فتستطيع الإرادة أن تنشئ عقداً لا يعرفه القانون، كما تستطيع أن تغير العقود التي نظم المشرع أحكامها.

المبحث الثاني

دور سلطان الإرادة في إرساء مبدأ حرية التعاقد

من المسلم به أن الإرادة هي أساس العقد والتصرفات القانونية بوجه عام، فإذا أغفلت الإرادة ما أمكن إبرام العقد أو إنشاء التصرف القانوني، إن الاتفاقات التي تكونت على نحو شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها.

[1] أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، دار الفكر العربي، مصر، 1963، ص 42.

يقابل هذه المادة 106 من (ق،م،ج) حيث نصت على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[1].

يتبين لنا من خلال المادة106 سالفة الذكر، أن القوة الملزمة للعقد مصدرها إرادة المتعاقدين التي أنشئت العقد والتزمت به وأصبحت قانونا ملزما لهم، بمعنى أنها تقوم على مبدأ سلطان الإرادة، ومعناه أن الفرد لا يلتزم إلا بما أراد، ومن أهم المبررات التي تفرض احترام المتعاقدين لالتزاماتهم هو وجوب استقرار المعاملات، فإذا لم يكن من شأن العقد تقييد المتعاقد بما يشتمل عليه، انصرف الناس عن إبرام العقود وانعدمت الثقة بين الناس واضطربت بذلك المراكز القانونية.

إذا يستند مبدأ القوة الملزمة للعقد على اعتبارات وأسس تتعدد مشاربها وفقا للتطورات التي مرت بها العلاقات القانونية للفرد، ومنها ما يعود إلى الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة في ظل سيادة وازدهار مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات القانونية والتعاقدية منها، إلى جانب ذلك فقد يجد العقد قوته الملزمة في القانون والقضاء وستشكل هذه الأسس مواضيع المباحث التالية، أساس القوة الملزمة للعقد (المطلب الأول)، مبدأ حسن النية، وعلاقته بمبدأ الحرية التعاقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أساس القوة الملزمة للعقد في ظل الإرادة

من المسلم به أن العقد ما هو إلا اتفاق مولد للالتزام يقوم بسبب ارتباط الإيجاب بالقبول، كما أنه من المسلم به أن فكرة العقد كلها إنما تقوم على أساس حرية الإرادة

[1] الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78 لسنة 1975م، المعدل والمتمم.

التي يتمتع بها جميع أطراف العقد، حتى يُقدم كل منهم واعيا ومختارا على التعاقد لتحقيق صالحه وإشباع حاجاته ومن ثم فان تلك الإرادة الحرة للمتعاقدين هي التي تخلق العقد وتحدد محتواه من حقوق والتزامات ووسائل تنفيذه وزمان التنفيذ وما يترتب على ذلك من آثار، وقانونيا الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية وهذا ما يبرر الحرية التعاقدية والرضائية والتفسير الإرادي للعقد.

يقوم مبدأ القوة الملزمة للعقد على أساس ما للإرادة من سلطان في مجال العقود، فهي تقيد أصحابها وتلزمهم بما ارتضوه بحريه، كما أن مبدأ سلطان الإرادة هو وليد المذهب الفردي الذي انتشرت واكتملت مبادئه في القرن 19 وقد تميز بتجديده على حرية الإنسان واتساع نشاط الحرية الاقتصادية.

يرجع أنصار المذهب الفردي أساس القانون إلى الإرادة وقوة العلاقة العقدية إلى مبدأ سلطان الإرادة ، فمبدأ سلطان الإرادة يعتبر الأساس في تكوين العلاقة العقدية وهو مصدر الأثر الملزم المترتب عنها، بل هو مبدأ جوهري في نظرية العقد ويشكل الأساس في التعامل دون أي حاجة لتعديله أو تهذيبه، فهو سبب نشأة العقود وهو حاميها.

كما يرى أنصار هذا المذهب أن الفرد هو محور العلاقة القانونية الرابطة بينه وبين غيره بواسطة علاقة عقدية، فطالما كانت إرادة الفرد حرة فإنها وحدها الكفيلة بإنشاء الروابط العقدية وما ينشا عنها من آثار.

لذا سنعالج من خلال هذا المطلب، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كالنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول) ومن ثم سنتكلم عن مبدأ الحرية التعاقدية (الفرع الثاني) ومبدأ الرضائية (الفرع الثالث) ومبدأ المساواة (الفرع الرابع) باعتبارهم الأسس التي تقوم عليها نظرية أو مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول

قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

يعد مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"[1]، أحد النتائج المنطقية التي ترتبت على التسليم بمبدأ سلطان الإرادة، تلك النتيجة التي صاغها الفقه في صورة قاعدة عامة، وجعلها قاعدة مطلقة تخاطب المتعاقدين والقاضي والمشرع والغير في حدود معينة.

تتضمن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أن باستطاعة الأطراف تضمين العقد ما يشاءون من شروط، وهذا من مرتكزات مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية[2].

ويقصد بهذه القاعدة أنه متى ما انعقد العقد واتفق عليه المتعاقدان بمحض إرادتهم يكون بالنسبة لهم ملزما، ويجب تنفيذ جميع ما اشتمل عليه العقد من التزامات على النحو المتفق عليه، ولا يجوز لأحد الأطراف أن ينفرد بنقضه أو تعديله ولا للقاضي أيضا إلا للأسباب المقررة في القانون[3].

وليس المقصود بهذه القاعدة أن العقد له قوة القانون من جميع النواحي، بل يقصد بها أن الالتزام الذي ينشأ من العقد له قوة الالتزام الناشئ من القانون.

وإذا نشأ العقد صحيحا تولدت للعقد قوته الإلزامية ومن ثم وجب على المتعاقدين والقاضي على حد سواء التقيد به وتنفيذه في بما اشتمل عليه من اتفاقات واشتراطات.

---

[1] يعتبر مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" أحد شقي مبدأ سلطان الإرادة، أما الشق الثاني فهو مبدأ الحرية التعاقدية، راجع بذلك عاطف كامل مسلم الشوابكه، المرجع السابق، ص 30.

[2] خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، 2020، ص123.

[3] عاطف كامل مسلم الشوابكه، المرجع السابق، ص 32.

لقد ظهرت هذه القاعدة كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة على قانون العقود فقد وصفت اغلب التشريعات العقد بأنه شريعة المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة[1] 1134من قانون المدني الفرنسي حيث نصت:

" les conventions légalement fourmées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

تعتبر المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، المصدر الرئيسي للقوة الملزمة للعقد والقلعة الحصينة لمبدأ سلطان الإرادة كما عبر عن ذلك الفقيه جون كربونييه وهو احد فقهاء القانون الفرنسي.

ومن خلال هذه المادة يمكننا أن نستخلص ثلاثة نتائج رئيسيه هي أن العقد لا يمكن أن يتم نقضه بالإرادة المنفردة ولا يمكن للقاضي أن يعدله ويجب أن ينفذ بحسن نيه.

وفي سياق نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري يستشف أن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد، لذا فان على المتعاقدان أن يتقيدا بالعقد كما يتقيدا بالقانون، وليس لأحدهما أن يطلب تعديله إلا في الحدود التي رسمها القانون.

وليس المقصود بهذه القاعدة أن العقد له قوة القانون من جميع النواحي، بل يقصد بها أن الالتزام الذي ينشأ من العقد له قوة الالتزام الناشئ من القانون[2].

[1] علاق عبد القادر، أساس القوة الملمة للعقد وحدودها –دراسة مقارنة– مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 12.

[2] عاطف كامل مسلم الشوابكه، المرجع السابق، ص 31.

إن ارتباط المتعاقدين بالاتفاق فيما بينهما يعادل التزامهم بنص قانوني ولا يمكن للمدين أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة إلا برضا الدائن كما انه يلزم القاضي والمشرع أيضا، إذ يحضر عليهم التدخل والمساس بالرابطة العقدية الناشئة بين المتعاقدين[1].

كما انه لا يمكن للإرادة المنفردة أن تستبعد بعض أو كل الالتزامات العقدية ولا يمكن لأحدهما التنصل مما التزم به، لذلك يقال العقد شريعة المتعاقدين، وهذا الأمر يوجب على المتعاقدين تنفيذ التزاماتهما العقدية في حدود ما أقرا قانونهما، إذ يعتبر العقد بالنسبة لهم بمثابة قانون، فيجب عليهما تنفيذه حتى لو خالف نص تشريعيا طالما أن النص لا يتعلق بالنظام العام والآداب العامة.

إلا أن الأمر لا يتوقف عند المتعاقدين فقط وإنما يمتد ليشمل القاضي والمشرع اللذان لا يمكنهما الاعتداء على القوة الملزمة للعقد فلا يستطيع القاضي نقض أو تعديل ما قرره طرفي العقد حتى وان كان ما تقرر منافيا للعدالة، فهو ملزم باحترام ما اتفق عليه المتعاقدان وليس له سلطة الحلول محل الإرادة الفردية، فعلى القاضي أن ينفذ أرادة المتعاقدين كما هي ولا يجوز له أن يعدل شروط وبنود العقد.

لان العقد هو وليد إرادتين ولا يمكن لإرادة واحدة أن تحل محل إرادتين، كما يجب على القاضي أن يمد يد المساعدة من اجل تنفيذ العقد وهذا ما قرره القضاء الفرنسي الذي أكد على أن هذه القاعدة هي قاعدة عامة ومطلقة.

أما بالنسبة للمشرع فهو ملزم باحترام العقود المبرمة حتى وإن صدر قانون جديد، فيظل القانون القديم ساري المفعول على تلك العلاقات التعاقدية ما لم تكن

[1] علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 13.

قواعد القانون الجديد متعلقة بالنظام العام فلا يمكنه المساس بالاتفاقات التي تمت على وجه قانوني.

إذا انطلاقا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، يتوجب على المتعاقدين تنفيذ مضمون العقد كما هو وما اشتمل عليه من بنود، وتنفيذه بحسن نيه وفقا لما جاء في نص المادة 106 من ق م ج السابقة الذكر، ولا يقتصر تنفيذ العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة.

إلا أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يعمل به على إطلاقه، فالمصلحة الخاصة لا تتفق على الدوام مع المصلحة العامة، الأمر الذي دفع المشرع إلى فرض بعض القواعد الآمرة، التي لا يجوز لأطراف التعاقد الخروج عنها، وذلك بهدف حماية المصلحة العليا للمجتمع من أنانية الذات وهي القواعد المسماة بقواعد النظام العام وتلحق بها، وتأخذ حكمها قواعد الآداب العامة التي تتمثل بالسلوك الحميد غير المستهجن بين أفراد المجتمع[1].

فقواعد النظام العام والآداب العامة تمثل حدا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فان مبدأ حسن النية يلعب دورا كبيرا في مجال العقود بصفه عامة، وفي مجال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بصفه خاصة الأمر الذي يمكن معه أن يكون حدا ثانيا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

لذا فإن الأخذ بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين على إطلاقها دون مراعاة العقود التي يبرمها المستهلك لإشباع حاجاته الاستهلاكية من شأنه أن يؤدي إلى إيجاد علاقة عقدية غير متوازنة وهذا ما يتعارض مع المبادئ العامة لنظرية العقد التي

[1] عاطف كامل مسلم الشوابكه، المرجع السابق، ص 33.

تفرض ضرورة وجود المساواة بين أطراف العقد لتحقيق الغاية الاقتصادية والاجتماعية المرجوة منه.

ومن ذلك نستخلص[1] أن العقد هو بمثابة قانون مصغر بين الأطراف، لذلك فالعقد ملزم تماما كالقانون، ويترتب على ذلك أن الأفراد يلتزمون بعقدهم ولا يجوز لهم الامتناع عن تنفيذه إلا في حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وإذا امتنعوا أجبروا على التنفيذ بواسطة السلطة العامة.

الفرع الثاني

مبدأ الحرية التعاقدية

ترسخ مبدأ سلطان الإرادة حتى أصبحت الإرادة هي الأساس الأول لتكوين العقد والعلة المنشئة له، والمناط الذي يرتبط به العقد وجوداً وعدماً، فإن وجدت وجد وإن لم توجد لا يكون العقد، وإن لحقها عيب لحق العيب ذلك العقد فأثر في كونه ووجوده.

وما يستشف نص المادة 106 من ق م ج سالفة الذكر، أن للفرد الحرية في التعاقد أو عدم التعاقد، ولكن لهذه الحرية ضوابط منها ما يتعلق بالنظام العام ومنها ما يتعلق بالآداب العامة والأحكام القانونية الملزمة، أي أنه يكفي حدوث الرضا لانعقاد العقد، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة[2] 59 من ق، م، ج، وأن المتعاقدين مستقلون في تحديد مضمون العقد[3]، طالما أن المشرع لم يستلزم حصول الرضا في شكل معين.

---

[1] عاطف كامل مسلم الشوابكه، المرجع السابق ، ص 31.

[2] أنظر المادة 59 من ق م ج.

[3] بن حملة سامي، أصول الحرية التعاقدية وضوابطها في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث في العقود وقانون العمل، العدد الخامس، 2018، ص 23.

إذا فإرادة الفرد بالأصل ضرورية لارتباطه بأي عقد، وحرية التعاقد تؤدي دائما إلى أن يلتزم الفرد في حدود مصالحه الذاتية دون قيد على حريته، ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام والآداب العامة، وفي أضيق الحدود[1].

ومن أهم آثار إعمال مبدأ الحرية التعاقدية هو إطلاق الإرادة في تكوين العقود وفي تحديد آثارها، فالأصل في إبرام العقود هو سلطان الإرادة الذي يقوم على أساسيين، أولهما أن كل الالتزامات ترجع في مصادرها إلى الإرادة الحرة، وثانيهما أن الإرادة ليست مصدرا الالتزامات، وإنما هي كذلك أيضا لما يترتب عليها من آثار.

بالرغم من أن الأصل هو أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد، بمعنى أنهم أحرار في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد، إلا أن بعض التشريعات الخاصة أو ما يعرف القوانين المستحدثة، فرضت تضمين العقود عدة شروط خاصة، فمثلا في فرنسا قانون 13 يوليو 1979 والخاص بحماية المستهلك في مجال الائتمان العقاري اعتبر هذا الحماية متعلقة بالنظام العام، ولكن اشترط للاستفادة منها أن يدون المستهلك بخط يده عدة بيانات في عقد البيع ذاته[2].

كما جاء توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبي في 5 أبريل 1993 لتفرض على الدول الأعضاء تقريب تشريعاتها في مجال الشروط التعسفية التي يبرمها المستهلكين، وهذه التوجيهات حددت انه يمكن اعتباره شرطا تعسفيا كل شرط لم يكن محل مفاوضات فرديه بين المهني والمستهلك والذي تم اشتراطه للإضرار بهذا الأخير وينتج عنه عدم تعادل بين حقوق والتزامات الأطراف الناشئة عن العقد[3].

---

[1] محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 23.

[2] نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك –دراسة مقارنة– ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 42.

[3] نسرين حسين ناصر الدين، المرجع السابق، ص 42.

الفرع الثالث

مبدأ الرضائية

إن الرضائية وفقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني تعني كفاية الإرادة وحدها لإنشاء التصرف، بمعنى أن تبادل التعبير عن الإرادة يكفي وحده لقيام التصرف ولترتيب جميع آثاره فيما بين المتعاقدين، دون حاجة إلى دعم هذا التعبير أو مساندته بشكل معين[1].

يعني هذا المبدأ أن الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقد دون حاجة إلى شكل معين تظهر فيه، فالرضا يكفي لإنشاء العقد طالما أنه اتخذ له شكل خارجي يعبر عنه من غير ضرورة لشكل معين يصاغ[2].

فالرضائية هي كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني بين المتعاقدين، وقد كرس المشرع الجزائري مبدأ الرضائية من خلال عدة مواد، منها المادة 59 وما يليها من القانون المدني الجزائري[3].

فالأصل في القوانين الحديثة هو مبدأ الرضائية في العقود المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة، ولكن قد يتفق المتعاقدان أو ينص القانون على أن العقد لا ينعقد إلا إذا تم في شكل معين أو إذا تم التسليم، إذن المبدأ أن العقود تنعقد بمجرد رضا المتعاقدين، أي بمجرد توافق إرادة المتعاقدين دون حاجه إلى شكل معين.

---

[1] أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص 494.

[2] بن حملة سامي، أصول الحرية التعاقدية وضوابطها في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث في العقود وقانون العمل، العدد الخامس، 2018، ص 23.

[3] لقد نص المشرع في المادة 59 (ق،م،ج) على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فإذا كان العقد ينشأ غالبا بإرادة أطرافه فإن القانون هو الذي يحدد لتلك الإرادة شروط ممارستها لدورها وترتيبها للأثر[1]، فقد يفرض استثناءا في بعض العقود، كركن و إلا كان العقد باطلا، والغالب أن يكون هذا الشكل هو الكتابة كما في عقد الشركة والرهن الرسمي، وهبة العقار، وذلك لغرض حماية الطرف الضعيف، وتعطيل الأثر الضار للأنانية الموجودة في حرية الإرادة.

فالعقد ليس شيئا يحترم لذاته لأنه توافق إرادات، بل يحترم إعمالا للتضامن الإنساني بوصفه ضرورة من الضروريات الاجتماعية ووسيلة لتحقيق الخير العام[2]، كما قد يتفق الأفراد فيما بينهم على إظهار إراداتهم في شكل خاص لم يفرضه المشرع، ويكون اتفاقهم صحيح ولا يخرج عن نطاق الرضائية ويطلق عليه الشكل الاتفاقي، أي أنه يستطيع الأفراد الاتفاق على الشكل صراحة أو ضمنيا[3]، شريطة أن يكونوا قادرين على إثباته، فعلى من يدعي وجود مثل هذا الاتفاق أن يثبت ذلك[4].

فمبدأ الرضائية لم يعد مطلقا فلم يعد توافق الإرادات يكفي بمفرده لتكوين العقد وذلك بسبب تقييد المشرع لبعض أنواع التعاقدات من حيث التكوين.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد عرف هذا المبدأ منذ القرن 16 للميلاد، واشتهر لوازيل بمقولته الشهيرة الناس يربطون بالكلام كما تربط الثيران بالقرون فبمجرد الوعد أو الاتفاق، يعادل العقود اللفظية في القانون الروماني.

---

[1] أحمد أبو الحسين عبد السيد، الشكلية في الشرائع القانونية القديمة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008، ص 476.

[2] أحمد أبو الحسين عبد السيد، المرجع السابق، ص 477.

[3] نتيجة لمبدأ الرضائية، فإن الأفراد يستطيعون التعبير عن إرادتهم بأي شكل من أشكال التعبير، كاللفظ أو الكتابة أو الإشارة .... وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 60، وعلى ذلك فإن لجوء الأفراد إلى شكل محدد من أشكال التعبير عن الإرادة دون أن يفرض المشرع عليهم ذلك، يعد ممارسة لحرية التعبير عن الإرادة، وتطبيقا لمبدأ الرضائية.

[4] حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الشكلية في إبرام التصرفات، –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي والفقه–، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 358.

إلا انه في الوقت الحاضر في فرنسا هناك إجماع من الفقه حول وجود عودة نحو الشكلية وتجديدها وذلك بسبب ازدياد عدد العقود الاحتفالية، وظهور الصيغ الشكلية المتعددة الأهداف والتي لا تقف على صحة قيام الرضائية من المبادئ الأساسية في القانون الحديث، إلى أن تشريعات حماية المستهلك في فرنسا قد بعثت الشكلية في العقود من جديد ولكن هذه الشكلية تعتبر شكلية مرشدة لها هدف واحد وإن تعددت الوسائل لجعل رضا المستهلك حر و واضح، ومن أمثلة هذه التشريعات تقنين البناء والإسكان والذي فرض إفراغ العقد في شكل رسمي وتضمينه موجبات إلزامية، الهدف منها إعلام المشتري وتبصيره، وجعل المشرع جزاء تخلف هذه الشكلية قابلية العقد للأبطال.

بالإضافة إلى قانون 12 يوليو 1984 والذي أنشأ عقد إيجار الأشغال في فرنسا وذلك من اجل إنعاش أشغال العقارات، وهذا القانون يلزم البائع بإرسال مشروع العقد قبل شهر على الأقل من انعقاد العقد دون أن يكون له حق الرجوع فيه خلال هذه المدة وحتى يقبل الشاغل، وذلك حتى يسمح للشاغل أن يحدد التزامه المحتمل وحقوقه في مواجهه العقد، وهذا العقد يتم بصوره رسميه.

الفرع الرابع

مبدأ المساواة

يقصد بمبدأ المساواة أن المتعاقدين متساويان ومستقلان فيما تعاقدا عليه، بمعنى انه ليس لأحدهما أن يفرض على الآخر شرطا لا يرتضيه، إذ أنه من المفروض أن يتناقشا بحرية قبل أن يضعا شروط العقد، ومن هنا يتساوى طرفا العقد في إنشاء العقد وفي الإبقاء عليه نافذا، فطالما أن العقد قد ابرم في ظل مناقشة ومفاوضة فيما بين المتعاقدين، فمن المفترض أن يكون العقد متوازنا في هذه الحالة.

ولكن عمليا نجد أن مبدأ المساواة هو مبدأ نادر حتى في العقود التي تتحكم فيها إرادتان مستقلتان، وهناك الكثير من الأمثلة العملية على ذلك، ففي كل تعاقد نجد أن أحد المتعاقدين أقوى اقتصاديا من المتعاقد الآخر وهو الذي يفرض قانون العقد ومثال ذلك عقود القرض، فالمقرض هو الذي يتحكم في تحديد شروط الفائدة، وفي عقود البيع يسيطر المشتري على البائع الذي قضت ظروفه المالية بتنازله عن ملكه للغير.

كما أننا نجد مبدأ المساواة الاقتصادي بين المتعاقدين واستقلال كل منهما مفقود في حالات كثيرة، منها عقود العمل بالنسبة إلى العامل الذي يعمل لدى رب العمل، والمؤمن عليه بالنسبة إلى عقد الضمان والفرد الذي يتعامل مع مؤسسة تدير إحدى المرافق العامة كالنقل وتوريد المياه وتوزيع الكهرباء للإنارة، والوضع نفسه نشاهده في الشركات والجمعيات مع المنتسبين إليها، فنظام الشركة والجمعية هو الذي يحدد وضع الشريك أو العضو بالنسبة للشخص المعنوي، فكل شخص ينتسب إلى هذه الشركات أو الجمعيات مجبر على القبول بشروطها.

كما انه مع بداية النصف الثاني من القرن الماضي، أدى تطور عمليات التصنيع والرأسمالية الاقتصادية إلى قلب المعطيات وبروز مظاهر انهيار عوامل هذه المساواة، بحيث أصبح وجود قدر من التفاوت الظاهر في مقومات القدرة الاقتصادية والفنية والقانونية بين طرفي العقد في مجال المعاملات أمرا غالبا، الأمر الذي أدى إلى اختفاء مظاهر المساواة العقدية شيئا فشيئا.

وخير مثال على ذلك ظهور طائفتين في المجال التعاقدي، أولهما: طائفة المحترفين وثانيهما طائفة المستهلكين، إذ دأب أصحاب الفئة الأولى من باب سرعة وسلامة المعاملات على الإعداد المسبق للعقود التي يبرمونها مع المستهلكين وتضمينها من البنود والشروط التي تصب في مصلحتهم بصورة مبالغ فيها، في

أغلب الأحيان ، الأمر الذي أدى إلى ازدياد ظهور ما يعرف بالشروط المألوفة في العقود وهي الشروط التي يشيع إيرادها في العقود ذات الطبيعة الواحدة، كالشروط التي يتواتر التاجر مثلا على اتباعها في جميع العقود التي يبرمها لاحقا مع المتعاقدين معه ، والتي تجعل من المستهلك ضحية لاستغلال هذا التاجر من خلال تعسفه في فرضها لما قد تحمله من تخفيف لأعباء أو التزامات هذا الأخير وتزيد من التزامات المتعاقد معه بدون مقابل، مما يجعل هذه العقود عقود غير متوازنة أي غير متساوية وتجعل المستهلك في موقع الطرف الضعيف، الأمر الذي يحتم ضرورة وجود قوة قانونية لحمايته ولإعادة التوازن بينهما.

وخير مثال أيضا على عدم وجود التوازن هو تلك العقود التي تبرم بين جمهور المستهلكين وبين الشركات الاحتكارية، إذ انه لا يمكن للمستهلك مناقشة الشروط التي تضعها تلك الشركات من أجل توفير المياه أو الغاز أو الكهرباء، فهذه العقود هي عقود إذعان، لأنها تتعلق بسلعة ضرورية يحتاج إليها المستهلك المضطر والضعيف إلى إبرام عقود يذعن من خلالها للشروط المفروضة أيا كانت مجحفة بحقه، وبالرغم من كونها عقود إذعان إلا أنها تبقى مستجمعة لكل شروط ومقومات العقد، فالطرف الذي يرتبط بها قد قبل بما رضاه.

وتبعا لذلك فقد باتت مسألة حماية المستهلك من المسائل الهامة، نظرا إلى اتساع حجم طبقه المستهلكين في وقتنا الحاضر، وأيا كان النظام الاقتصادي الذي تطبقه الدولة سواء أكان اقتصادا موجها قائما على التدخل والسيطرة الاقتصادية للدولة أم كان اقتصاد السوق الذي يعتمد على القطاع الخاص من أجل إعادة التوازن في علاقات المستهلكين بغيرهم من المحترفين.

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية وعلاقته بمبدأ الحرية التعاقدية

سبق القول إن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يسود مختلف الشرائع في العالم منذ أمد طويل، وبالنسبة لكافة أنواع العقود رغم تباينها، وهو مبدأ جوهري ظل – منذ ظهوره – له قدسيته المرتبطة بالأخلاق والدين، وحسن التعامل بين البشر فنصت عليه الشريعة الإسلامية بقوله تعالى: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا ...."[1]، ولأهمية مبدأ حسن النية في التصرفات، دلت أيضا عليها أحاديث كثيرة ومتعددة في السنة النبوية، ونذكر منها ما يلي:

قال الرسول (ص): "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"، وفي حديث آخر: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراماً أو حرم حلالاً"[2]، وهذا ما تضمنته معظم التشريعات الوضعية في العالم.[3]

إن مبدأ حسن النية مبدأ عام يُظل العقود جميعها، سواء فيما تعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو تنفيذها، والاتجاهات الحديثة تستوجب مد نطاق حسن النية إلى نطاق الإبرام للعقود، فحسن النية يجب أن يتوافر في مرحلة انعقاد العقد[4] أولى من مرحلة التنفيذ، وذلك من شأنه أن يضفي على القانون الطابع الخلقي.

---

[1] الآية 34 من سورة الإسراء.

[2] عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 02، المجلد 34، الجزائر، 2020، ص 997.

[3] حازم عبد الكريم حمودة، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2016، ص 207.

[4] مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر،2016، ص 89.

أي أن مبدأ حسن النية شامل لكل مراحل العقد، وهو بذلك وسيلة للمحافظة على الرابطة التعاقدية التي تعتبر جوهر العقد، وهو يفرض التزامات سلبية ويقرر التزامات ايجابية تقتضي سلوك أخلاقي يجعل من العلاقة التعاقدية أداة لإرساء العدالة التعاقدية، وبذلك يكون مبدأ حسن النية من أهم الطرق التي تسمح بالمحافظة على مبدأ تكافئ العلاقة العقدية، وللقاضي أن يستعين به، أي إعمال مبدأ حسن النية للمحافظة على العقد، مما استوجب دراسته من حيث مبدأ حسن النية كأصل عام في التعاقد (الفرع الأول)، ومن ثم مدار حسن النية كآلية لاستعادة التوازن العقدي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مبدأ حسن النية كأصل عام في التعاقد

تعتبر الإرادة من العوامل التي لها تأثير على مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية، وذلك أن هذا المبدأ في التصرفات يرتبط ارتباطا وثيقا بدور الإرادة فيها.

إن الأصل في تنفيذ العقد هو إعمال مبدأ حسن النية، فحسن النية هو محرك العلاقة العقدية، ويعتبر قاعدة أساسية يقوم عليها العقد في كافة مراحله[1]، حيث يلتزم كل متعاقد بتنفيذ العقد بالطريقة التي تقتضيها الأمانة والنزاهة والإخلاص بعيدا عن كل غش أو تدليس، ففي عقد الربط بالكهرباء والغاز لا يكون المقاول حسن النية إلا إذا ربط من أقرب مصدر، وإلا كان سيء النية، ولا يكون المؤمن له حسن النية إذا لم يصرح بالخطر الذي يواجهه في عقد التأمين.

ويجب التزام الأطراف باتخاذ جميع التدابير المنصوص عليها في العادات و حسن النية، لأن سير المناقشات وجب أن يكون نزيها وجديا، أي وجب عليهم تقديم

[1] مها محسن علي السقا، المرجع السابق، ص 34.

اقتراحات عادلة، يقوم بمقتضاها كل طرف بتقديم ما في وسعه لتسهيل التنفيذ للطرف الآخر[1].

أولا: المقصود بحسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الهامة التي تقوم عليها المعاملات والتصرفات القانونية الواقعة بين الأفراد، فهو مبدأ فسيح المدى وواسع النطاق، بحيث يتسع ليشمل جميع التصرفات والعقود.

لذلك نجد بأن التشريعات القانونية قد تجنبت صياغة ووضع تعريف محدد ومنضبط لمبدأ حسن النية في المعاملات، وكذلك القضاء أيضا، مما دفع البعض باتجاه الآراء الفقهية للبحث عن تعريف محدد لهذا المبدأ.

لقد واجه الفقه في مجموعه صعوبات متعددة عند قيامه بمحاولة صياغة مفهوم محدد لمبدأ حسن النية الحاكم لكل العقود في المعاملات المالية، وذلك راجع بطبيعة الحال إلى قيام أسباب وعوامل متعددة كان من شأنها أن تحول دون الوصول إلى مفهوم عام ومنضبط لذلك المبدأ[2].

بالرغم من نص المشرع الجزائري على مبدأ حسن النية في نص المادة[3] 107 من ق،م،ج وصدور العديد من الأحكام القضائية المشيرة إلى تطبيق مبدأ حسن النية، إلا أنها قد خلت من تعريف مبدأ حسن النية، لذلك كانت المحاولات الفقهية

[1] Yves Picod, Le devoir de loyaute dans l'exécution du contrat, Tome 208, L.G.D.J : Paris, 1989, p 213.

[2] أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 412.

[3] لقد نصت المادة 107 من (ق،م،ج) على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية...."

لتعريف هذا المبدأ، أنه "كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تكوين العقد أو تنفيذه"[1].

كما أن هنالك من يعرف حسن النية على أنه:[2] "تصوير لتلك النوايا المستندة الخالية من الصرامة والعنف وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف كل أولئك فيما يتوخاه المتعاقد مما يهدف إليه من تنفيذ عقده".

كما أن هناك من عرفه بأنه:[3] "التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن".

ويقول روي كود Roy Good "نحن في إنجلترا نجد من الصعب تبني مفهوم عام لحسن النية، وقد يبدو لكم عجيبا، ولكننا لا نعرف ما الذي يعنيه حسن النية تماما، واليوم نحن لنا مفهوم لحسن النية، ولكنه محدود وقبل كل شيء نحن نعد شخصا ما حسن النية إذا ما تصرف بصدق وإن كان مهملا أو غير معقول"[4].

جاءت المادة 61 في فقرتها 03 من قانون بيع البضائع الإنجليزي لتدل على قوله حيث نصت على أنه "يعد الشيء منجزا بحسن نية فيما يخص المعنى وفق هذا التشريع عندما يكون في الواقع منجزا بصدق، سواء تم إهمالا أو لا"[5].

---

[1] رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالي للبحوث الإنسانية، العدد 64، كلية القانون والعلوم السياسية، العراق، 2014، ص 186.

[2] عسالي صباح، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية المتعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 03، المجلد 14، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2021، ص 722.

[3] أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 415.

[4] شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، الأردن، 2008، ص122.

[5] شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق، ص123.

إن وضع تعريف لمبدأ حسن النية، تعريفا مانعا جامعا شبه مستحيل، إذا لم نقل مستحيلا، وذلك لعدة أسباب نذكر أهمها[1]:

1- أن لحسن النية أدوار عديدة ومتباينة مما يؤدي إلى اختلاف المعنى المقصود به من حالة إلى أخرى.

2- أن فكرة حسن النية تختلط فيها الأخلاق بالقانون.

3- أن فكرة حسن النية تختلط بعناصر كثيرة مجاورة لها ونتبع معها من منبع واحد وهذه العناصر هي الجهل، الخطأ، الغلط.

4- عدم الاعتراف المطلق بمبدأ حسن النية في النظم القانونية بالنسبة لكافة مراحل العقد، فعلى سبيل المثال القانون الأمريكي لا يعترف بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، في حين يعترف به في مرحلة التنفيذ.[2]

إنه من خلال ما تقدم يثور التساؤل التالي، ما هي المعايير المعتمدة لتحديد مفهوم لمبدأ حسن النية، وما موقف المشرع الجزائري منها؟.

وللإجابة على هذا التساؤل كان لزاما عليا دراسة المعايير المعتمدة في وضع مفهوم للمبدأ.

يقاس مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية عبر معيارين اثنين[3]، أحدهما شخصي قوامه نية المتصرف، وقصده الداخلي، وآخر موضوعي قوامه موضوع التصرف، وشكله الظاهر، على ما سنوضحه فيما يلي:

[1] نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977م، ص 130.

[2] محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 123.

[3] أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 443.

1. المعيار الذاتي لحسن النية:

المقصود بالمعيار الذاتي لحسن النية، إن مفهوم حسن النية وفقا للمعيار الذاتي يقصد به وفق التصور التقليدي الذي يرى ضرورة تطابق حسن النية مع المقصد المشترك للمتعاقدين، حيث أن الفقه يرى أن حسن النية ليس مُجسد للإرادة ولا مقيد لها بل هو تبرير الالتزامات التي لم يكشف عنها الأطراف في العقد وهو بهذا يكون أداة ثنائية الدور، من جهة تستعمل للكشف عن المقصد المشترك للأطراف، ومن جانب آخر معيارا فنيا يتم من خلال تكملة ما شاب العقد من نقص[1].

المشرع الجزائري أخذ بهذا المعيار من خلال نص المادة 111 من القانون المدني الجزائري، لكنه حذر من الوقوف عند المعنى الحرفي للنص، وذلك عند غموض عباراته، فأشار المشرع للرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين والعبرة فيها هي الإدارة الباطنية الخالية من كل غش[2].

إن إعمال مبدأ حسن النية يوفر أساسا يمكن أن يستند إليه القاضي لتحديد مضمون العقد، على وجه يسمح بحماية الطرف الضعيف، فلا يلزم المتعاقد بما ورد في العقد فقط بل يمتد إلى ما هو من مستلزماته، ولا يقتصر تنفيذ العقود على مضمونها الأصلي الذي اتفق عليه المتعاقدان، بل يمتد إلى ما بعد ذلك[3].

إن القضاء الفرنسي وبعض الفقه العربي يرون أن حسن النية موقف ذاتي خاص بصاحبه، ولا يمكن تقديره إلا بالنسبة لشخص معين بخصوص واقعة معينة محددة، فغير مقبول أن نصف شخصا بأنه سيء النية ما لم يثبت بالفعل أنه سيئُها،

---

[1] عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص208.

[2] انظر المادة 111 من القانون المدني الجزائري.

[3] حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص70.

ومفهوم حسن النية يقتضي أن يكون الشخص عادلا في التزاماته بإعطائها مفهومها ونتائجها الحقيقية.

يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أن المشرع المصري أقر المعيار الشخصي فقط، واستبعد المعيار الموضوعي من خلال حذفه لعبارة نزاهة التعامل الواردة في نص القانون المدني المصري[1].

لا يقتصر المعيار الذاتي لحسن النية المتعلق بالعقد بتفسير ما أنبنى عليه العقد، وإنما يرتبط بتقدير الشروط الواردة في العقد، وعليه فالمعيار الذاتي يبحث في نوايا أطراف العقد إما في البحث عن مقصدهم المشترك، وإما بمراعاة بعض الظروف المحيطة بعملية التعاقد بهدف عدم السماح لأحد الطرفين باستخلاص مصلحة على حساب المتعاقد الآخر.

2. المعيار الموضوعي لحسن النية:

هناك من القوانين التي استبعدت المعيار الذاتي لحسن النية في مجال العقود عموما كما هو الحال بالنسبة للقانون الألماني، الشروط العامة للعقد الذي يقر في المادة 242 منه "إن على الملتزم أن ينفذ التزامه طبقا للأمانة و الثقة المتبادلة التي يوجبها عرف التعامل"، حيث أنه إذا تم تطبيق المعيار الذاتي بمفرده قد يؤدي إلى نتائج ظالمة، ولذلك وجب التركيز على المعيار الموضوعي بالإضافة إلى المعيار الذاتي وهما متكاملان حيث أن القانون السويسري يفرق بين حسن النية بالمعيار الموضوعي، وحسن النية بالمعيار الشخصي، حيث خصص المادة 02 للمفهوم الأول والمادة 03 للمفهوم الثاني، حيث أن تطبيق المادة 02 يكون وفقا للمعيار الموضوعي وهو معيار الأمانة و الثقة، بينما حسن النية الوارد في المادة 03 خاص

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص188 و189.

بحالات اكتساب الحقوق ونتائجها، كما أن وجودها مربوط بهذا المبدأ، حيث نصت على أنه "إذا اشترط قانون حسن النية لولادة الحقوق فإن الأصل وجودها، إلا أنه لم يبذل الشخص الاهتمام المنتظر منه حسب الحالة فإنه لا يستطيع الاستناد على هذا المبدأ"[1].

استخلص البعض بأن حسن النية ونزاهة التعامل هي مفاهيم موضوعية، وهي تشير إلى سلوك رجل الأعمال الصادق، بحيث أن القيم الاجتماعية تلعب دورا هاما في ضمان التوازن العقدي، وذلك بإعمال مبدأ حسن النية بما يعبر عن قيم خارجية عليا على ذاتية المتعاقدين، وهذا بالاستناد إلى اعتبارات القيم والأعراف.

إن من تطبيقات حسن النية ببعدها الذاتي والموضوعي، التدليس، التعسف في استعمال الحق، الشروط التعسفية والغبن، ونضيف عقود الإذعان والالتزام بالإعلام، وهذه كلها مواضيع اختلال التوازن العقدي[2].

إن حسن النية يشكل أساسا للقاضي، حيث أن المشرع لم يغفل على إمداده بالعناصر الخارجية التي يستند إليها، ولو لم يدرجها المتعاقدان في العقد، وذلك طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وهذا ما نصت عليه المادة 65 من ق،م،ج ، بمعنى أنه يساهم في تحقيق تقسيم متناسق للحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد بالإضافة إلى دوره في الحفاظ على التوازن أثناء تنفيذ العقد[3].

ما نخلص إليه أن مبدأ حسن النية ليس مسألة نفسانية فحسب، وإنما هو سلوك سوي يتفق مع المألوف في التعامل، وما يجري عليه العمل وطبيعة المعاملة، وظروف التفاوض المختلفة.

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص185.

[2] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص213.

[3] دحمون حفيظ ، التوازن العقدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص240.

ثانيا: خصائص حسن النية

1. خصائص حسن النية بوصفه التزاما قانونيا:

– إنه التزام مفروض على أطراف العملية التعاقدية: وهو التزام متبادل، إذ أنه ليس مفروضا على طرف دون الآخر، بل إنه مفروض على كلا الطرفين معا، حيث يكون كل منهما دائنا بهذا الالتزام ومدينا به في الوقت نفسه، أي أنهما ملتزمان بحسن النية في إبرام العقد كمبدأ.

– إنه التزام وقائي: أي أنه مقرر لأجل الحفاظ على المصالح الخاصة للطرف المقابل عند إبرام العقد مباشرة، إذ أنه ليس علاجا لمشكلة قانونية واقعة، بل إنه يفرض على الأطراف المتعاقدة بغية الوقاية من وقوع الضرر.

– إنه التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية: فعلى كلا الطرفين الالتزام بحسن النية في إبرام العقد وليس المحاولة فقط، وهذا يعني وجوب تحقق حسن النية في إبرام العقد.

– إنه التزام جوهري: أي أنه يفرض على الطرفين بمجرد الدخول في عملية التفاوض، وهو التزام على عاتق الأطراف المتعاقدة كل اتجاه الآخر بمراعاة حسن النية أثناء تكوين العقد، وهذا الالتزام يغطي عملية إبرام العقد بأكملها، أي مرحلة التكوين والتنفيذ.

– إنه التزام سابق على التعاقد.

– إنه التزام ذو طبيعة ذاتية: لأن الحُسن وصف يلحق بالنية في تحركها الإرادي، والنية خفية محلها مكّامن الإنسان الذي لا يمكن الإطلاع عليه من طرف الآخرين[1].

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص182 وما يليها.

2. خصائص حسن النية باعتباره قاعدة قانونية:

– حسن النية في إبرام العقود قاعدة سلوكية اجتماعية: فهي تفرض على الأطراف العازمة على التعاقد سلوكا معينا يتمثل بتنفيذ التزامات إيجابية وأخرى سلبية في علاقاتهم بالطرف المقابل، وهو مراعاة مصلحة الطرف المقابل من خلال الصدق والنزاهة والمعقولية والأمانة ومراعاة علاقة الثقة المتبادلة بينهما، وهذا يعني بأن مبدأ حسن النية في إبرام العقود يتعدى كونه حالة ذهنية لدى الطرف العازل على التعاقد.

– حسن النية من القواعد الآمرة: يرى أغلب الفقهاء بأن حسن النية من القواعد الآمرة، وهذا يعني بأنه من النظام العام، والذي لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه[1].

الفرع الثاني

مدار حسن النية كآلية للمحافظة على الرابطة التعاقدية

إن مبدأ حسن النية ساهم وبشكل كبير في المحافظة على الرابطة التعاقدية، كما أنه يعتبر من بين الطرق التي حضيت بالاهتمام الكبير لاستعادة التوازن العقدي في حالة اختلاله، وحسن النية له مقتضيات مُحققة للعدالة وآليات عملية تتمثل في مظهران، حيث أننا سنتناول مظهر الالتزام بالنزاهة (أولا)، ومن ثم الالتزام بالتعاون (ثانيا).

أولا- الالتزام بالنزاهة:

تقتضي النزاهة سلوك مستقيم يسلكه كل طرف في العقد، حيث لا يقتصر على متعاقد دون الآخر، وقد عالجها المشرع في القواعد العامة في عيوب الرضا من

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص190.

خلال المادة 86 المتعلقة بالتدليس والالتزام بالنزاهة أو كما يسميه البعض الالتزام بالأمانة، يشمل الثقة المشروعة، وتقع على عاتق طرفي العلاقة التعاقدية[1].

يقصد بالنزاهة والإخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا[2]، والامتناع عن الغش والتدليس يؤدي إلا إقامة علاقة تعاقدية على قدر من النزاهة والشرف، الأمر الذي يجعل من حق كل واحد منهما أن يثق في الآخر، والمشرع الجزائري يعترف عند النظر في موضوع العقد بالاستهداء بما ينبغي توافره من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وهذا ما جاء في المادة 111 من القانون المدني الجزائري[3].

إن الثقة ترتبط ارتباطا وثيقا بالأخلاق حيث أنهما يفرضان على الأطراف قدرا من النزاهة، والإخلال بالالتزام بالنزاهة يعتبر خطئا عقديا، مثلما هو منصوص عليه في المواد 178، 377 و 490 من القانون المدني الجزائري، ومن النزاهة أن يلتزم البائع بأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا، وهذا ما نصت عليه المادة 361 من القانون المدني الجزائري، بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري قد خصص الفصل الرابع من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4]، حيث بين من خلاله الممارسات التجارية غير

---

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص214.

[2] علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الالتزامات، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص392.

[3] نصت المادة 111 من القانون المدني الجزائري على ما يلي "..إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ..." .

[4] القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 (الجريدة الرسمية، عدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004) يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و المتمم بالقانون 10-06.

النزيهة[1]، كما أكد المشرع على النزاهة فيما يتعلق بموضوع العقد وسلوك المتعاقد وفقا للمادة 05 من القانون رقم:15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[2]، التي تنص على أنه: "يجب أن يتضمن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة توضح على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه، وكذا حقوق وواجبات أطراف عقد العرض".

ومما لا شك فيه أن أحكام الشريعة الإسلامية حثت على مبدأ الأمانة في المعاملات في الكثير من الآيات والأحاديث، فمعظم ما كتبه الفقه الوضعي عن واجب الأمانة في المعاملات يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي[3].

إن النزاهة كصورة من صور حسن النية يعبر عن قيمة خارجية تتعدى نفسية المتعاقد يمكن أن تتمثل في الأعراف الجاري التعامل بها، أو قاعدة سلوكية أخلاقية أو المنطق المتبع في الحياة الاجتماعية، وهو مفهوم يفرض إتباع سلوك معين يمكن تشبيهه بالمبدأ العام للمسؤولية[4].

ثانيا- الالتزام بالتعاون:

الالتزام بالتعاون يفرضه مبدأ حسن النية عند إبرام العقود، فهي بالتالي التزام مفروض ضمنا دون حاجة إلى النص عليه صراحة،[5] ولا يقتصر هذا الالتزام بالإفضاء أو بالإعلام على مرحلة تنفيذ العقد، بل يشتمل كذلك مرحلة تكوينه[6].

---

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص249.

[2] انظر المرسوم التنفيذي رقم: 15-114، الصادر بتاريخ: 15-03-2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية العدد24، الصادرة سنة 2015، معدل ومتمم.

[3] درماش بن عزوز، المرجع السابق ، ص249.

[4] عرعارة عسالي، المرجع السابق ، ص215.

[5] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط 2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص 304.

[6] علي فيلالي، المرجع السابق، ص393.

إن الالتزام بالتعاون يعد من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، وهو العصب الحساس للعقد، حيث أن الالتزام بالتعاون هو وسيلة تنسيق بين المصالح المتبادلة للأطراف إذ يسمح بإدخال معايير أخلاقية سلوكية ويحتم على أطراف العلاقة التعاقدية أن يتعاونا سويا حتى يصلا بعقدهما إلى أفضل نتيجة وأحسن غاية، إذ أنه لا بد على كل طرف أن يحاول بكل جهد أن يُيسر على الآخر تنفيذ التزامه، للحد من كون العقد علاقة تنازع وتناحر وأنانية متضادة، ليصبح العقد عامل تكامل وتقارب بين الأطراف المتعاقدة الباحثة عن حماية قانونية من خلال العقد الذي يعتبر الوسيلة في المجال القانوني والاقتصادي للقيام بذلك[1].

هذا الالتزام بالتعاون تفرضه التطورات الجديدة للعلاقة العقدية، فهي علاقة تعاون وليست علاقة خصام لأن تضارب وتعارض مصالح الأطراف في العلاقة العقدية لا يمنعهم من التكاتف والتعاون لتحقيق الغرض المرغوب فيه لتعود المنفعة على الجميع باعتبار أن مجهود الفرد جد محدود، وهو ما يتجلى في عقد الشركة على سبيل المثال أين يبرز هذا التعاون في نية المشاركة فيما بين الشركاء[2].

هناك من يذهب إلى أبعد من ذلك في تحليل الالتزام بالتعاون، حيث يعتبرون الالتزام بالتعاون في العقد إنما هو صورة قانونية صرفة تجد مصدرها في إرادة المشرع أو في إرادة المتعاقدين الصريحة أو المفترضة في التعاقد.

إن تحسين العقد من جانب القضاء سواء بالتغيير العادل لعباراته تارة، أو حماية للطرف الضعيف تارة أخرى هو إعادة للتوازن، يُحَوِّرُ العقد من أداة ظلم واستغلال إلى أداة عدل ومؤسسة محترمة تلبي بها الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية، ففي

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص215.

[2] علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص19.

عقود الاستهلاك يسعى المشرع إلى إضفاء روح التعاون في العقد من خلال الالتزامات التي يجب أن يشملها العقد كالالتزام بالإعلان، فالعقد تطور من اتفاق يجد أساسه الوحيد في إرادة الأطراف إلى وضعية أكثر تطور، وهذا بإضافة التزامات جديدة يتدخل التشريع والقضاء بها بغية إقامة التوازن العقدي.

لقد اعتبر الفقه هذا تطهيرا وعلاجا قانونيا للعقد ليكون أكثر ازدهارا، فالوسائل الكلاسيكية لم تعد كافية لضمان أخلقة العقد، وهذا ما يفسر اللجوء إلى وسائل قانونية أخرى مثل حسن النية ومنع الشروط التعسفية.

يهدف الالتزام بالتعاون إلى المصالحة بين المبادئ التقليدية للنظرية العامة، والمبادئ الجديدة والمتمثلة في المساواة والأخوة من جهة، ومن جهة ثانية المصالحة بين التطلعات الحالية للأخلاق، العقل، العدالة والمصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية للعقد[1].

فرض المشرع المدني الالتزام بالتعاون في عقود مختلفة بمعزل عن اختلال التوازن العقدي فيها، من ذلك إلزام الدائن أن لا يزيد في أعباء مدينه بإتباعه لسلوك معين، فعليه أن يسهل لمدينه كل إمكانية لمتابعة تعاقده وتنفيذ التزامه، فإنذار الدائن لمدينه قبل القيام بأية ملاحقة في وجهه، فرضتها تهيئة الظروف أمامه لتصحيح أوضاعه، فهو قد لا يكون عالما بأي وجود للالتزام المطالب به، وبإنذاره تزول كل قرينة بعدم علمه وهو قد لا يكون في وضعية تمكنه من الوفاء بالتزاماته، فإنذاره قد يعطيه فرصة جديدة لتدبير شؤونه، والامتيازات التي تتولد عن أي تعاقد لا يجوز استعمالها إلا بعناية، فالدائن لا يحق له مطالبة مدينه بموجب تسليمه الشيء من صنف غير عادي عند عدم اشتراطه ذلك في التعاقد.

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص223 و224.

وللمدين الذي تأزمت أوضاعه الحق في مهلة إضافية يمنحها القضاء عند رفض الدائن منحها بإرادته إذا كان حسن النية أو كانت الأوضاع الاقتصادية تبرر إمهاله، بل إن هناك عقود هي بحسب طبيعتها من عقود التعاون والمشاركة كعقد الشركة حيث أن كل شريك في العقد يلتزم بتأمين حسن سير الشركة و نشاطها[1].

إن هذه الصور من التعاون العقدي إنما هي صور قانونية صرفة، تجد مصدرها في إرادة المشرع أو في إرادة المتعاقدين الصريحة أو المفترضة في التعاقد، وهي تؤدي في الواقع إلى نتيجتين، الأولى، إن النظرة إلى كل متعاقد على أنه الخصم لمن عاقده هي نظرة تخالف الحقيقة القانونية التي تبرز من خلال النصوص، فالعقد ينبغي أن ينفذ بحسن نية تحقيقا للنفع الاجتماعي، مما يفرض على كل طرف في التعاقد بأن يكون شريكا للطرف الأخر، يضع أمامه فكرة المساعدة لا فكرة التضحية بمصالح شريكه، والثانية.

إن تلك الواجبات المفروضة على الدائن إعمالا لمبدأ التعاون هي واجبات قانونية، وتختلف في مصدرها عن الواجبات المفروضة في التعامل الإداري بإرادة القضاء وسلطته.

[1] سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر اللبناني، لبنان، 1987، ص 544.

الفصل الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد

فقد مبدأ الحرية التعاقدية بمفهومه التقليدي كثيرا من أهميته، وذلك بسبب تدخل المشرع في الكثير من المجالات في تحديد مضمون العقد، مراعاة منه للتوازن الذي كثيرا ما تؤدي الظروف الاقتصادية إلى اختلاله، ثم ذهبت التشريعات إلى أبعد من ذلك، فأعطت القضاة سلطة تعديل العقود أو إلغائها وسلطة تعديل شروطها.

إن التوازن الاقتصادي في العقد قد يختل في مرحلة تكوين العقد، وقد يختل في مرحلة لاحقة على تكوينه، ونقصد بها مرحلة تنفيذ العقد، بحيث يصبح أحد المتعاقدين مغبونا والعاقد الآخر غابنا يستفيد من الغبن الذي لحق بالطرف الآخر.

ففي مرحلة تكوين العقد قد يختل التوازن الاقتصادي للعقد نظرا لما يحتله أحد الطرفين المتعاقدين من مركز اقتصادي قوي يستطيع أن يفرض شروطا على الطرف الآخر وهذا ما يحدث في عقود الإذعان.

كما أن التزامات المتعاقدين إذا كانت متوازنة في مرحلة تكوين العقد، فقد تختل في مرحلة لاحقة على التكوين، ونعني بها مرحلة تنفيذ العقد نتيجة حصول حوادث استثنائية، وهذا ما يمكن تسميته بالغبن المعاصر لتنفيذ العقد أو بالظروف الطارئة.

وبذلك نتفق مع جانب من الفقه[1] بأن: " العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما إذا اختلفت قوة كل منهما في العقد فمن الظلم القول بأنه شريعتهم".

[1] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 496.

وهذه الاستثناءات فرضتها الضرورات العمَلية، وبالأخص ضرورة حماية المستهلك والتي تشكل إحدى أهم القضايا التي يسعى المشرع إلى تطبيقها. فبعد أن شكل مبدأ القوة الملزمة للعقد إحدى أهم المبادئ الأساسية للعقد أصبح من الضروري الحد من هذا المبدأ بشكل أو بآخر حماية للطرف الضعيف، وتحقيق التكافؤ العقدي المفروض توافره في كل عقد، من هنا كان لابد من معالجة الاستثناءات الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية وذلك من خلال تقسيم الفصل إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مواجهة الشروط التعسفية كآلية لتكريس مبدأ الحرية التعاقدية.

المبحث الثاني: إعمال نظرية الظروف الطارئة للمحافظة على التكافؤ في العقد.

المبحث الأول

مواجهة الشروط التعسفية كآلية لتكريس مبدأ الحرية التعاقدية

إن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية والتفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية لأطراف العلاقة التعاقدية غير المتكافئة جعل الموجب يفرض شروط غير قابلة للنقاش إلى درجة الوصول إلى الشرط التعسفي في هذه العقود.

ومن ثم فإنه يتعين ونحن بصدد الحديث عن مدى تأثير البنود التعسفية على مبدأ الحرية التعاقدية أن نستعرض في نطاق الشروط التعسفية لمفهوم هذه البنود التعسفية مع التعريج قدر الإمكان على بعض المفاهيم المقارنة (المطلب الأول)، ومن ثم مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة والخاصة (المطلب الثاني)، وذلك وفقا للقانون المدني الجزائري و القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306، والقانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وبعض القوانين الأخرى.

المطلب الأول

مفهوم البنود التعسفية

إن مجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان هو المجال الأوسع، حيث تحل المساواة الاقتصادية بين أطرافه ولا يمكن العودة إلى توازن عقدي إلا من خلال مراجعة هذه الشروط، ومن ثم نظرا لأهميتها في مجال التطبيق العملي بات لزاما علينا الوقوف على تعريف الشرط التعسفي (الفرع الأول)، وما هو المعيار لاعتبار أن الشرط تعسفيا من عدمه (الفرع الثاني)، كل هذه المسائل جديرة بالبحث والتأصيل على النحو التالي.

الفرع الأول

تعريف الشرط التعسفي

إن التطور التكنولوجي وما صاحبه من تحولات اقتصادية، أفرزت إلى ظهور علاقات تعاقدية غير متكافئة، يكون فيها المتدخل في مركز قوي مقارنة بالمستهلك الذي يكون في مركز ضعيف نتيجة إدراج شروط تعسفية أدت إلى الإخلال بمبدأ التوازن العقدي.

ويقصد بالتعسف لغة الاستخدام المسيء، وفي الاصطلاح القانوني الاستخدام الفاحش لميزة قانونية، ويعرف هذا الشرط أنه الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر[1].

لقد تعددت وتنوعت تعريفات الشرط التعسفي إلا أن جوهرها واحد، ولهذا سنتناول بداية بعض التعريفات التشريعية (أولا)، ومن ثم التعريف الفقهي (ثانيا).

[1] سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 50.

أولا: التعريف التشريعي للشرط التعسفي

1- بالنسبة للمشرع الألماني:

إن المشرع الألماني لم يتطرق إلى تعريف الشرط التعسفي، وإنما اكتفى فقط بالإشارة إلى تعريف الشرط ضمن نص المادة الأولى من القانون المتعلق بالشروط العامة للعقد الذي صدر سنة 1976 التي جاءت بما يلي "تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما يمكن أن تكون هذه الشروط منفصلة على العقد فإنها تكون مندمجة في نصوص دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه"[1].

لعل المبرر الذي جعل المشرع الألماني يتفادى تعريف الشرط التعسفي هو وجود تعريف سابق له ضمن القانون المدني، كما أن التكرار ليس من الأساليب القانونية، وفي هذا نصت المادة 242 من القانون المدني الألماني على أن الشرط يكون تعسفيا وباطلا إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه، بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات.

2- تعريف المشرع الفرنسي

لقد تعددت النصوص التي تولت تعريف الشرط التعسفي في القانون الفرنسي بدءا من سنة 1978 والتي شهدت ميلاد أول نص خاص يتضمن تنظيم هذا النوع من الشروط، إذ نصت المادة 35 على ما يلي: "تلك الشروط التي يظهر أنها مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين من خلال التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للطرف الآخر، والتي تمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"[2].

---

[1] راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011 ، ص16.

[2] راضية العطياوي، المرجع السابق ، ص17.

من خلال هذا النص يمكن تعريف الشرط التعسفي بأنه هو ذلك الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة.

كما عرفه المرسوم التطبيقي رقم 78-464 ضمن مادته الأولى الشرط التعسفي بأنه "ذلك الذي يكون موضوعه أو أثره إذعان غير المحترف أو المستهلك لشروط عقدية لم يتضمنها المحور الذي وقع عليه"[1].

3- تعريف المشرع الجزائري

عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في القانون رقم 04-02 في المادة 03 في فقرتها 5 وذلك بما يلي: "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[2].

إن التعريفات التي جاء بها المشرع لا تخلوا من النقص والتناقض وعدم الدقة على غرار التعريفات الأخرى لأن الأصح التعريف من اختصاص الفقه وليس المشرع، ولعلنا نورد بعضا منها أي النقائص والتناقض وعدم الدقة في نقاط وهي:

• أن المشرع لم يحدد أي أنه لم يدقق في تحديد صفة أطراف العقد، على عكس المشرع الفرنسي والذي حصر نطاق تطبيق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترف وبين غير المحترف أو المستهلك.

---

[1] راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 18.

[2] القانون رقم: 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، عدد 41، الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.

• عدم دقة المصطلحات واضطرابها في بعض الأحيان، وهذا ما نلاحظه في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 06-306، والمادة 29 من القانون 04-02، إذ بالرجوع إلى نص المرسوم التنفيذي نجده يستعمل لفظ العون الاقتصادي في الكثير من المواضيع ومنها نص الفقرة الأولى من المادة الأولى فيها "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي...".

في حين جرى استخدام مصطلح البائع ضمن نص المادة 29 من القانون 04-02 وكذا المواد 04،05،07 من نفس القانون، حيث كان الأصح والأجدر توحيد المصطلح بدل التذبذب والاضطراب.

إلى جانب هذه الملاحظات على التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري نستنتج أنه لم يقصر مفهوم الشرط التعسفي على عقود الاستهلاك، وإنما مد مفهومه إلى عقود المهنيين، وهو بذلك يجاري التصور الألماني.

ثانيا: التعريف الفقهي

لقد جرى الفقه الفرنسي على تعريف الشرط التعسفي بأنه "الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك نتيجة إساءة استعمال حقوقه الاقتصادية، والثاني هو حصوله بسبب ذلك على مزية مفرطة أو مجحفة"[1].

بيَّن هذا التعريف أن الشرط لا يعتبر تعسفيا إلا إذا توافر له عنصران، أولهما هو تعسف المهني في استعمال قوته الاقتصادية، والثاني هو حصوله بسبب ذلك على مزية مفرطة أو مجحفة، ولا ينظر في تقدير هذه المزية إلى ثمن السلطة فقط.

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

ومن ناحية ثانية ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه "يعتبر تعسفيا ذلك الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح للأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر"[1].

أما من ناحية أخرى فقد عرفه الفقه المصري بأنه "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"[2].

وفي ذات الاتجاه ذهب البعض من الفقهاء إلى أنه يعتبر تعسفيا ذلك الشرط الذي يترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك

الفرع ثاني

الشرط التعسفي كمعيار لاختلال الرابطة التعاقدية

لقد نظم المشرع الجزائري الشروط التعسفية بنصوص خاصة إلى جانب نص المادة 110 من القانون المدني وذلك من خلال القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[3].

---

[1] نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 17، العدد 01، جامعة لمين دباغين، سطيف، ص 155.

[2] ثامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد 20، جانفي 2009، ص 292.

[3] مرسوم تنفيذي رقم: 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56، الصادرة بتاريخ سبتمبر 2006 .

حيث تنص المادة 2 من القانون 04-02 السالف الذكر، ضمن فقرتها 05 على "الشرط التعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر... أطراف العقد"، ويظهر تأثر المشرع بالتشريع المقارن[1]، حيث نستخلص من هذه النصوص أن الضابط المعتمد لتحديد الطابع التعسفي لشرط من الشروط التعاقدية هو مدى إخلاله من عدمه للتوازن العقدي إخلالا ظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

أولا: تعسف النفوذ الاقتصادي للمهني

تشهد المعاملات في الوقت الراهن تفوق المهني اقتصاديا وعلميا بالمقارنة بالمستهلك، وهو الأمر الذي أدى إلى وجود بعض مظاهر استغلال الأول لحاجة الثاني للسلعة أو الخدمة، حيث أن هذا الأخير لا يملك حيالها إلا قبول التعاقد أو رفضه دون أن تتوافر لديه أي إمكانية حقيقة للمناقشة، وهو الأمر الذي يؤدي إلى انعدام القدرة على الاختيار، حيث اعتبر المشرع الفرنسي الشرط تعسفيا في المادة 35 من القانون الصادر في 1978/01/10.

وتفسيرا لمعنى تعسف النفوذ الاقتصادي للمهني ذهب البعض إلى أن المقصود هو تعسف الموقف تمييزا له عن التعسف في استخدام الحق[2].

إن تحرير العقد مسبقا وبشروط ينفرد بإملائها المهني هي ممارسة لسلطة واقع وليس لحق شخصي والتعسف الوارد في المادة 35 لا علاقة له بصور التعسف في استعمال الحق[3].

---

[1] وهو يقترب كثيرا من نص المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي جاء بها القانون 95-96 و كذلك المادة 03 الفقرة 01 من التوجيه الأوربي رقم 93-13.

[2] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 295.

[3] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 181.

أما بالنسبة لمؤشرات أو عوامل تقدير النفوذ الاقتصادي للمهني فإن الأمر يبدو أكثر غموضا وخاصة إذا ما اعتبرنا أن هذا النفوذ يقاس في ضوء حجم المشروع الذي يستغله، والوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطه.

حيث حاول بعض الفقه تقديم بعض المؤشرات التي تدل على أن الشرط التعسفي وفق معيار التفوق الاقتصادي، فرأوا أن مجرد أن يُرتب الشرط عدم توازن جسيم في اتفاق ما، فإن هذه النتيجة تجعل الشرط باطلا كما يمكن أيضا وبهدف تقدير القوة الاقتصادية للمهني البحث عن وضعية المهني الاقتصادي في السوق، وحالة السوق ومحله، وحالة أو وضع المستهلك نفسه، فالمستهلك قد يكون في حالة ضعف أما المهني القوي الذي يفرض عليه شروطه بما يملكه من نفوذ وتفوق وقدرة فنية حيث لا يكون أمام المستهلك إلا قبول التعاقد أو رفضه، دون وجود أي قدرة على مناقشة العناصر الضرورية للاتفاق، ومن ثم فإن هذا العنصر يوصف بأنه عنصر شخصي إذ يتم استخلاصه من الصفة الخاصة لأطراف العقد.

ثانيا: الميزة المفرطة التي يتيحها الشرط التعسفي للمهني

لا يكفي تمتع المهني بالقوة الاقتصادية للمهني للقول بوجود الشرط التعسفي، وإنما ينبغي إلى جانب ذلك أن يحصل المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو مجحفة للمستهلك، ويعد عنصر الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني عنصرا موضوعيا يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني، أيا كان نوع هذه المزايا نقدية كانت أو غير نقدية[1].

إلا أن عنصر الميزة المفرطة أو الفاحشة يعد تعبيرا غامضا بعض الشيء، ولذا حاول البعض أن يُستجل ملامح هذا الغموض مشيرا إلى أن معيار الميزة المفرطة

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص297.

ينبئ عن عدم توازن بين الالتزامات المتولدة عن العقد، نتيجة لغياب المقابل بين الأداءات، سواء عن طريق المبالغة في تعداد الالتزامات الملقاة على عاتق المستهلك أو عن طريق التخفيف من التزامات المهني، ويقال أيضا أن الميزة المفرطة قد تعني انعدام سبب العقد ولو جزئيا، وأنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني نتيجة للشرط الوارد بالعقد[1].

لقد انتقد هذا المعيار على أساس أنه معيار غامض كميا وكيفيا، ذلك أنه معيار الميزة المبالغ فيها غير محددة الكمية، كما أن طبيعة المادة غير واضحة قد تكون ذات طابع مالي وقد تكون ذات طابع معنوي أو الاثنين معا، كما يثار كيفية تقدير الميزة المبالغ فيها، تكون بالنظر إلى الشرط أم إلى العقد ككل، أم بالنظر إلى وضع طرفا العلاقة التعاقدية، كما أنه توجد صعوبة في تحديد العنصر الذي يعد نقطة الانطلاق في تحديد أو تقدير الميزة المفرطة، غير أن البعض من الفقه الفرنسي حاول ضبط أبعاد هذه المسألة مشيرا إلى أنه يجب تقدير المنفعة التي حصل عليها المهني في ضوء مضمون العقد الذي يتضمن هذا الشرط وغيره من العقود المرتبطة به، فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكنته يكون مبررا إذا ما نظرنا إليه في ضوء مجمل العمليات التي ظهر بمناسبتها، فعلى سبيل المثال قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المهني تخفيض في ثمن السلعة المعروضة على المستهلكين[2].

رأينا الاتجاه الفقهي نحو تحديد عناصر الشرط التعسفي والذي حصرها في عنصرين هما، استعمال القوة أو النفوذ الاقتصادي للمهني، وحصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة إلا أننا نلاحظ أن الفقه الفرنسي إستاق هذه العناصر من نص المادة 35 من القانون الصادر في 1978/01/10 التي كانت تشير

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 182.

[2] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 197

صراحة إلى أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يكون مفروضا على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر والمهني، وتمنحه ميزة فاحشة بمقتضى القانون رقم 93/949 الصادر في 1993/07/26 المتعلق بتقنين الاستهلاك، وأصبحت تحمل رقم 01-132L، حيث أن هذه الأخيرة جرى تعديل للمادة 01-132L في 2001/08/23.

يعني ذلك أن المشرع الفرنسي لم يشترط التعسف الاقتصادي للمهني، أو أن يترتب على هذا التعسف ميزة فاحشة للمهني، وإنما بوضع معيار جديد لتحديد الشرط التعسفي يتمثل في أن يكون هدف الشرط التعسفي المدرج في العقد المبرم بين المهني والمستهلك، أو يترتب عليه إنشاء عدم توازن واضح "صارخ" بين حقوق والتزامات الأطراف.

المطلب الثاني

مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة و الخاصة

إذا كانت نصوص التشريع قد صيغت في وقت كانت تتمتع فيها علاقات الأطراف المقبلة على التعاقد بقدر من التوازن والقدرة على التفاوض، إلا أنه في ضوء التغيرات الاقتصادية المعاصرة نشأت أنماط جديدة من هذه العلاقات في حاجة ماسة إلى التنظيم وعلى النحو الذي يكفل تحقيق حماية الطرف الضعيف في هذه المرحلة المهمة من مراحل التعاقد، حيث سنتناول الدراسة في هذا المقام لمدى فاعلية القواعد العامة في القانون المدني لمواجهة الشروط التعسفية (الفرع الأول)، ثم نتعرض للمواجهة التشريعية لهذه الشروط في القواعد الخاصة أي في القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة

يتطلب البحث عن مدى فاعلية القواعد العامة في مواجهة الشروط التعسفية بحثا مستفيضا ومطولا لذا سيتم تناوله بكيفية جد موجزة مع محاولة التركيز على القواعد التي لها علاقة مباشرة لعقود الاستهلاك.

يتبين من استقراء القواعد العامة عدم وجود مبدأ عام في القانون المدني يُعنى بمواجهة الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي بصفة عامة، إضافة إلى غياب الوسائل الوقائية على تجنب هذه الشروط[1].

إن تشبع القانون المدني بمبدأ سلطان الإرادة لم يترك أي مجال لمبدأ تحقيق التكافؤ العقدي بين أطراف العقد وهذا ما جاء في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين".

فوفقا لمبدأ سلطان الإرادة يصبح العقد بمجرد إبرامه قانون الطرفين، وفي الحقيقة لا نجد مبدأ عاما في القانون المدني الجزائري ولا في نظيره الفرنسي، يسعى إلى إقامة توازن عقدي بصفة مباشرة، لكن هذا لا يحول دون وجود عدة نظريات في القانون المدني يمكن أن تقيم التوازن العقدي بصورة غير مباشرة، أو تقيد من الشروط التعسفية، أو تضيق من مجالات تطبيقها، وينطبق ذلك على نظرية السبب، ونظرية الغبن، ومبدأ حسن النية، والتعسف في استعمال الحق.

[1] بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة الجزائر، ، ط 2، 2010، ص 47.

أولا: دور نظرية السبب في الحد من الشروط التعسفية

انطلاقا من هذه النظرية يمكن القول بأن الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب مخالف للنظام العام، أو الآداب يعد باطلا، المادة 97 من القانون المدني الجزائري التي نصت "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"، والسؤال المطروح في إطار الحديث عن دور هذه النظرية في تحقيق التوازن العقدي ومواجهة الشروط التعسفية يكمن في مدى إمكانية الاعتماد على هذه النظرية كمبدأ عام في هذا الإطار، والإجابة على هذا السؤال ستكون بالنفي، ذلك أنه لا يمكن الاعتماد على نظرية السبب في مجال عقود الاستهلاك لأنها لا تثور أصلا من الناحية العملية، فالمفترض أن العقد قام بسببه الصحيح والمطلوب هو مواجهة عدم التوازن بين التزامات المهنيين والمستهلكين، وليس إثارة غياب السبب الذي تبنى عليه هذه الالتزامات[1].

ثانيا: دور نظرية الغبن في مواجهة الشروط التعسفية

يقصد بالغبن لغة "النقص"، أما في الاصطلاح فهو "عدم تساوي أحد العوضين في عقد المعاوضة للآخر" بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها[2].

ففي الغبن نجد مصلحة أحد المتعاقدين تطغى على مصلحة الآخر بحيث ينعدم التوازن بين ما يؤخذ وما يعطى، حيث تنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين... القاضي كافيا لرفع الغبن"، والغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة أما في عقود التبرع والعقود الاحتمالية لا وجود للغبن، وعلى الرغم من أن هناك نقطة تلاق وتماس بين أهداف مكافحة وجود الغبن،

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 306.

[2] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 168.

ومواجهة الشروط التعسفية التي تجدها أساسها في اعتبارات العدالة، والتي بمقتضاها يتحقق التعادل بينما يحصل عليه العاقد و بينما يعطيه بموجب العقد.

إلا أن نطاق الغبن جد ضيق لا يمكن أن يشمل إلا حالات محدودة، بحيث لا يمكن الاعتماد عليه لمواجهة عدم التوازن العقدي نظرا لأنه لا يمكن لنظرية الغبن أن تحتوي كافة مظاهر عدم التوازن المطروح في العلاقة بين المستهلك والمهني، إذ تتطلب إلى جانب الاختلال الشديد للتعادل بين الالتزامات المتقابلة أن يستغل أحد المتعاقدين في الآخر طيشا بينا أو هوى جامح[1].

ثالثا: الاستناد إلى مبدأ حسن النية لمواجهة الشروط التعسفية

تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"، ولذلك يجب أن يسود مبدأ حسن النية تنفيذ جميع العقود بما في ذلك عقود الاستهلاك، فأطرافه يجب أن تتعامل وفقا لهذا المبدأ بحيث لا يستغل أحد الأطراف ظروف ووضعية الطرف الآخر لإرهاقه والإجحاف بحقوقه، فالمهني يجب أن يراعي ذلك حال وضعه لشروط العقد بصورة مسبقة.

واستلزام حسن النية لا يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد، بل يمتد إلى مرحلة إبرامه، فالعقد يعتبر جسما واحدا ومن غير المنطقي تصور تطبيقه في مرحلة التنفيذ فقط، ومن ثم فإن مبدأ حسن النية لجميع مراحل التعاقد، الأمر الذي يمكن معه اتخاذ هذا المبدأ وسيلة لتدخل القاضي لتحقيق التوازن بين المهني والمستهلك.

بالرغم من أن الفقهاء المعارضين يقولون بأن حسن النية يقضي بتنفيذ الالتزامات المترتبة كما اتفق على ذلك المتعاقدين لا أن يعدل القاضي هذا العقد وبالتالي يفتح الباب للتحكم.

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 307.

الفرع الثاني

مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد الخاصة

في ظل تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية للمستهلكين في معظم دول العالم فإنه يمكننا ملاحظة توجه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التي تبدو تعسفية في حد ذاتها في نوع معين من أنواع العقود، أو بشأن نمط معين من أنماط إعدادها، وستستقر دراستنا على المشرع الجزائري في مدى نجاعة وكفاية القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم (أولا)، ومن ثم المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين المعدل والمتمم (ثانيا).

أولا: تحديد الشروط التعسفية وفق قانون 04-02 المعدل والمتمم

إن القانون 04-02 تضمن البنود والشروط التعسفية في العقود بين المستهلك والمحترف، فحسب نص المادة 03 في الفقرة 05 قد عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي على غرار المشرع الفرنسي، وهذا ما ساهم في تحديد عناصر الشرط التعسفي وهي[1]:

- أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة مع ملاحظة تطبيق نصوص قانون 04-02 على عقود الإذعان فقط دون عقود المساومة أو المفاوضة.
- أن يكون العقد مكتوبا.

[1] درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 221.

• أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

لم يفت المشرع الجزائري إيراد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسة التجارية، تضمنت ثمانية أصناف، لكن هذه المادة قصرت الحماية من الشروط التي تتضمنها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، ويتضح ذلك من عبارة "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير..."[1].

وتؤكد عبارة "لاسيما" الواردة في المادة 29 من القانون 04-02 أن هذه القائمة مجرد قائمة استرشادية غير حصرية، والملاحظ أن عدم حصر قائمة الشروط التعسفية يحقق حماية أفضل للمستهلك، أي أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي، حيث أن هذا الأخير متأثر بالنموذج الألماني، وذلك بترك السلطة التقديرية للقضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية[2].

ثانيا: تحديد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06-306

لقد حددت العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم في المادة 30 من القانون 04-02، فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 سالف الذكر حيث أن المادة 05 منه اعتبرت البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي شرطا تعسفيا في الحالات:

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 190.

[2] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 203.

- تقليص العناصر الأساسية للعقود لاسيما كيفية الدفع، الأسعار والتعريفات، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع... من خلال استقراء المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 نجد أن الحالات التي تعتبر تعسفا، كانت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وأنه قصر ذلك في عقود الإذعان وفق ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 01 من المرسوم التنفيذي 06-306 حيث نصت على أنه "... يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم.

وطبقا للمادة 03 الحالة 04 من القانون 04-02 السالف الذكر "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد الأطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[1].

أنشأ بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 لجنة البنود التعسفية الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وهي لجنة ذات طابع استشاري بمفهوم المادة 06 من المرسوم 06-306.

1- تشكيل اللجنة:

تشكيلة لجنة البنود التعسفية عدلت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 الصادر بتاريخ 2008/02/03 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 حيث تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة مستحلفين يتوزعون كالآتي:

[1] مرسوم تنفيذي رقم: 06-306، مؤرخ في: 10-09-2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56 الصادرة بتاريخ 11-09-2006، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم: 08-44، المؤرخ في 03 فبراير 2008، الجريدة الرسمية، العدد07، الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2008.

– ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.

– ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.

– ممثلان عن مجلس المنافسة.

– متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

– ممثلان عن جمعيات المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

هذا ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها، وبالرجوع إلى المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

2- اختصاصات لجنة الشروط التعسفية:

لم تختلف اختصاصات لجنة الشروط التعسفية في القانون الجزائري عن نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث:

–تبحث في العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تُصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، يمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين.

– يمكنها مباشرة أي عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها[1].

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 226.

أما المعيار الذي تستند إليه في تقدير التعسف فهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين التزامات المتعاقدين، وفي سبيل قيام اللجنة بمهامها تخطر إما من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية، وكل جمعية حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[1].

3- رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم

ما يتيح مراقبة الشروط التعسفية ما تسمح به المادة 30 من القانون 04-02 "بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذلك منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط تعتبر تعسفية".

كما توضح عبارة منع العمل في مختلف العقود الواردة في المادة 30 بشرط أن تكون عقود إذعان وفق المادة 03 الحالة 04 الفقرة 01 من القانون 04-02.

نلاحظ أن المشرع منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك وذلك بطريقتين[2].

الطريقة الأولى: بالتحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين.

الطريقة الثانية: تخويل السلطة التنظيمية التدخل لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم، أو بين هؤلاء المستهلكين، وهذا ما له عبارة "منع العمل في مختلف أنواع العقود" الواردة في الماد 30 سالفة الذكر، ولكن بشرط أن تكون عقود الإذعان كما جاء في المادة 03 حالة

[1] أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر.

[2] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 194.

04 الفقرة 01 من القانون 04-02 كما يلي " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ".

وذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون، والتي حصرت نطاق الحماية من الشروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك، فيما يلي " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1. اخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،

2. فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين انه يتعاقد بشروط يحققها متى أراد،

3.امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

4.التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت مطابقة العملية التجارية للشروط التعسفية،

5.إلزام المستهلك بتنفيذ التزامه دون أن يلزم نفسه بها،

6.رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7.التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة،

8.تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة ".

وبالفعل وتطبيقا لنص المادة 30 من القانون 04-02 السابق، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306[1].

الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (المادة الأولى من الرسوم).

حيث جاء في المادة 05 من هذا المرسوم انه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بتقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و 03 .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 02 أبرزت ماهية العناصر الأساسية، بأنها تلك التي يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، بالإضافة إلى العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.

كما أن المادة 03 وردت في المرسوم 06-306 لتعدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ويظهر ذلك من عبارة "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساسا بما يأتي: تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك

[1] مرسوم تنفيذي رقم 06-306، المرجع السابق.

وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع"[1].

إن إيراد أي شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطا تعسفيا، وتعداد هذه العناصر جاء ي المادة 03 المذكورة تبعا لما يأتي:

– خصوصيات السلع و/أو الخدمات و طبيعتها، الأسعار والتعريفات، كيفيات الدفع، شروط التسليم وآجاله،

– عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كيفيات الضمان و مطابقة السلع و/أو الخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد.

أما الحالة الثانية وما يليها من المادة 05 من المرسوم 06–306 فنصت على:

– الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك،

– عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،

– التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،

– النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،

– فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق ، ص 196.

– الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه 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 لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،

– فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،

– الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،

– يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،

– يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وما نلاحظه أن المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وهو ما يظهر من خلال الفقرة الأولى منها حيث نصت على أنه: "تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي....."

المبحث الثاني

إعمال نظرية الظروف الطارئة لاستعادة التوازن العقدي

إعادة النظر في العقود قد برزت في التشريع المدني من خلال نصوص متفرقة كان الدافع إليها أولا السياسية التشريعية التي تقوم على إرضاء حاجات معينة أو

تحقيق مصلحة عليا اجتماعية واقتصادية، وثانيا مبدأ العدل الذي يتحقق بإقامة الإنصاف والعدالة كأساس في التعامل.

والقضاء بتأثير من النزعات الإنسانية وبعض المبادئ غير العقدية لم يتوانى عن مراجعة العقد وفرض التزامات على الإرادة، وإن كان يعتمد في حلوله أسلوبا يتولى إخفاء تلك العملية تحت ستار تفسير الإرادة أو إعمال القواعد المدنية، لما تنطوي عليه من معالجة للعقد بإعادته إلى وضعه الصحيح، وهو ما يقبله المنطق ولا تقبله الذهنية التقليدية في التشريع المدني، وهذه النظرية ليست في حقيقتها القانونية إلا صورة من صور إعادة النظر في العقود، تهدف إلى تعديل العقد برد توازنه الذي فقد إلى حده المعقول.

وتعد نظرية الظروف الطارئة من بين الطرق أو الآليات التي تحقق ذلك في حالة تطبيقها وإعمالها، باعتبارها من أهم النظريات التي تقوم على مبادئ العدالة، وتنهض لحماية الطرف الضعيف في التعاقد، الذي وضعته ظروف طارئة لا دخل لإرادته فيها في مأزق حرج.

سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف على كيفية إعادة النظر في العقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة وذلك من خلال التعرف أولا وبإيجاز على مضمون نظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول)، ثم المرور إلى سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مضمون نظرية الظروف الطارئة

إن القاضي في نظرية الظروف الطارئة يخرج عن مهمته الأصلية التي يفترض ألا يتجاوز تفسير العقد إلى تعديله، وهو خروج استثنائي لم يعترف به القاضي

المدني إلا بعد تطور تاريخي طويل انتهى بالمشرع المصري وكذا العراقي والسوري ومن بعدهم المشرع الجزائري إلى الاقتداء بالقاضي الإداري الذي أتيحت له فرصة تعديل العقد، أو فسخه، فأصبح يجوز للقاضي إذا ما ثبت توفر الشروط المنصوص عليها قانونا بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك وفق مقتضيات العدالة ولمعرفة مضمون نظرية الظروف الطارئة يستلزم الأمر التعريف بها (الفرع الأول)، ثم تحديد شروط تطبيقها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف نظرية الظروف الطارئة

كثيرا ما يقع في العقود المتراخية التنفيذ أو العقود طويلة الأجل أن تتغير الظروف التي تم انعقاد العقد فيها تغيرا فجائيا إثر حادث أو ظرف لم يكن متوقعا[1] وقت إبرام العقد، مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي في العقد اختلالا خطيرا، فيصبح الوفاء بالالتزامات العقدية شاقا ومرهقا[2] قد يعرضه لخسارة فادحة وجسيمة، تخرج عن الحد المألوف في المعاملات الاعتيادية، كالخسارة التي يمكن أن تقع بأحد الأشخاص في الظروف العادية.

[1] الظرف الطارئ: هو حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد حيث يترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة إن لم يصبح مستحيلا. أنظر، محمد عبد الرحيم عنبر: الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، بدون دار نشر، مصر، ط1، 1978، ص19.

[2] ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ط1، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازنة، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص394،395.

ومن أمثلة ذلك عقود التوريد إذا ما ارتفع سعر السلعة التي تعهد المدين بتوريدها ارتفاعا فاحشا، أو إذا حدث انخفاض في قيمة المبيع انخفاضا كبيرا يؤدي إلى خسارة المدين خسارة فادحة إذا قام بتنفيذ العقد[1].

فهل تؤخذ حالة المتعاقد المهدد بمثل تلك الخسارة الفادحة بعين الاعتبار؟ أم أنه يجب تنفيذ العقد مهما كان الأمر؟.

في هذه الحالة من حق الدائن أن يتمسك بالعقد وقوته الملزمة، ويطالب المدين بتنفيذ ما يترتب عليه من التزامات غير مهتم بتغير الظروف وما يحيط بالمدين منها، وفي الوقت الذي يحاول المدين التمسك بما طرأ على العقد من ظروف استثنائية تجعل تنفيذ العقد أمرا شاقا وعسيرا عليه، على ذلك يجعل له خلاصا من العسر والضيق الذي هو فيه، فمن من المتعاقدين أحق بالمناصرة والدعم؟، هل الدائن الذي يتمسك بالعقد وقوته الملزمة؟ أم المدين الذي يقف على حافة الهاوية وسيقع فيها إن أجبر على تنفيذ الالتزام؟[2].

إن التطبيق الدقيق لمبدأ القوة الملزمة للعقد "العقد شريعة المتعاقدين" لا يجيز المساس بالعقد ويقتضي التزام المدين بتنفيذ التزاماته العقدية، ولا شأن للدائن بالخسارة التي يتحملها.

غير أن العدالة تقتضي أن يتحمل الطرفان معا هذا الظرف الطارئ تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة التي أخذ بها المشرع الجزائري[3] بموجب المادة 107 من

---

[1] محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص302.

[2] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص395.

[3] هذه النظرية لا يعرفها القانون الفرنسي فلا يوجد نص يقتضي بتطبيق النظرية و قد حاول بعض الفقهاء في فرنسا إيجاد سند لها من القواعد العامة لإقناع القضاء بتطبيقها في مجال القانون المدني إلا أنه لم ينجح في ذلك، و رفض القضاء تطبيق النظرية لخروجها على القوة الملزمة للعقد، و قد رفضت محكمة النقض الفرنسية في أحكام كثيرة لها تطبيق هذه النظرية و لا

القانون المدني في فقرتها الثالثة التي نصت على انه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يتصور أن نظرية الظروف الطارئة تفترض وجود عقود يتطلب تنفيذها اجل والذي عند حلوله تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت بسبب حادث يؤدي إلى فقدان التوازن الاقتصادي بين الالتزامات الناشئة في ذمة طرفيه، الأمر الذي يجيز للقاضي التدخل لتوزيع تبعة الحادث ورد الالتزام المرهق للحد المعقول، ومثال ذلك صدور قانون رتب ارتفاع أثمان سلع معينة محل عقد توريد فيصبح هذا الشخص مهددا بخسارة تجاوز الحد المألوف.

فتطبيق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" تؤدي إلى فرض تنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث هذه الظروف غير المتوقعة، لأن تنفيذه غير مستحيل لأن المدين لا يستطيع عدم التنفيذ بدعوى أن فيــه إرهاقا[1]، غير أن العدالة تقضي أن يتحمل الطرفان معا هذا الظرف الطارئ، فيتدخل القاضي ليعدل الالتزامات الناشئة من العقد بما يتناسب مع الحادث الطارئ، ومن هنا لابد أن تطرأ هذه الظروف بعد إبرام العقد فإذا كانت موجودة عند التعاقد فليس للمدين الدفع بها.

تزال مصرة على رفضها، أما مجلس الدولة الفرنسي منذ أن اصدر حكما في 30 يونيو 1916 الذي أجاز بموجبه لشركة الغاز في مدينة بوردو بدفع سعر التوريد لأن ظرفا استثنائيا (حرب) أدى إلى ارتفاع التكاليف غير أن هذه النظرية عرفت انتعاشا بالفترة الأخيرة، فظهرت في التقنين اليوناني مادة 269 ثم التقنين الإيطالي الجديد المادة 1467، ثم التقنين المدني المصري المادة 147، كما ظهرت أيضا في التقنينات العربية المدنية الأخرى، محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص303_304.

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري–النظرية العامة للالتزامات–، ج1، دار الهدى، طبعة 2004، ص 319.

وبهذا يكون الهدف من النظرية هو إعادة التوازن في حالة اختلاله في مرحلة التنفيذ وهي بذلك تتشابه مع نظرية الاستغلال التي تؤدي إلى إعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين، لكنهما يختلفان، فبينما نظرية الظروف الطارئة تقيد التوازن بين الالتزامات الناتجة عن حادث غير متوقع نجد أن نظرية الاستغلال تقيد عدم التوازن الناتج عن استغلال طرف قوي في العقد لطرف ضعيف[1].

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

بالرجوع للمادة 3/107 قانون مدني التي تنص: "... وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة".

نستخلص من نص المادة انه يشترط للأخذ بالظرف الطارئ أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه، حدوث ظرف طارئ ليس في الوسع توقعه، وأن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا.

أولا: أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه

هذا الشرط وإن كانت المادة 107 في فقرتها الثالثة من القانون المدني الجزائري تشترطه إلا أن وجوده أمر يقتضيه منطق نظرية الظروف الطارئة، حيث أن هذه النظرية كما سبقت الإشارة لها تقوم على أساس حدوث ظرف طارئ مفاجئ أثناء تنفيذ العقد، يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا على المدين مما يهدده بخسارة فادحة. فمفهوم نظرية الظروف الطارئة إذا يفترض وقوع ظرف ما بعد انعقاد العقد

[1] خليل أحمد حسن قدادة، ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ط4، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص108.

وقبل تنفيذه، بحيث يؤدي إلى انهيار التوازن الاقتصادي القائم للعقد حين انعقاده، بمعنى أن مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة تكون ضمن نطاق العقود التي يتراخى تنفيذها، وليست العقود الفورية، ومثال تلك العقود مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار وعقد التوريد وكذلك العقود فورية التنفيذ، لكن التنفيذ فيها مؤجل إلى زمن معين، كعقد البيع بثمن مؤجل، وعليه فإن مشكلة تطبيق النظرية يقع في العقود المتراخية التنفيذ، سواء أكان تراخي التنفيذ راجعا إلى طبيعة العقد ذاته (عقد توريد) أو كعقود الإيجار ذات التنفيذ المستمر، وكذلك العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل،[1] ولكن يلاحظ أنه إذا تراخى تنفيذ العقد بخطأ من المدين فإنه لا يجوز تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، إذ لا يجوز للمخطئ والمقصر أن يستفيد من خطأه وتقصيره، بل عليه أن يتحمل تبعات التقصير كما لا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الاحتمالية لأنها تقوم في الأصل على احتمال وقوع الخسارة والكسب حتى ولو كان كبيرا في كلا الحالتين[2].

ثانيا: حدوث ظرف طارئ ليس في الوسع توقعه

يقتضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع حادث استثنائي عام غير متوقع حدوثه[3]، وهو يعني وقوع أمر لم يكن محتمل وقوعه عند انعقاد العقد دون أن يكون للمدين يدا في وقوعه[4] كحصول زلزال أو حرب أو إضراب مفاجئ أو فيضان غير عادي أو فرض تسعيرة رسمية أو ارتفاع باهض للأسعار أو نزول فاحش فيها[5].

---

[1] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص396.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص110.

[3] *Farnçois Ameli*, **Droit Civil**, **Les obligations**, Montchrestien : Paris, 1997, p. 138.

[4] بركان فضيلة، مبدأ حسن النية في العقود، في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، المجلد 09، العدد 02، 2022، ص 673.

[5] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص111.

ويشترط في الأمر الطارئ المفاجئ أن يكون نادر الوقوع، أي أن يكون له صفة استثنائية و يشترط كذلك أن يكون عاما بمعنى لا يقتصر على شخص معين، وإنما يجب أن يشمل الكل، فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين وحده كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله لا تعتبر ظروفا عامة، ومن ثم لا مجال لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة[1].

ويشترط أيضا أن يكون الظرف غير متوقع، و لا يعني هذا أن توقع حدوث الأمر الطارئ مستبعد تماما وبشكل مطلق إذ لا شيء مستبعد في هذه الحياة، وكل شيء جائز الوقوع وإنما يجب أن لا يكون الحدث متوقعا، فإذا كان المدين يتوقع أو باستطاعته توقع حصول الظرف الطارئ فإن نظرية الظروف الطارئة لا تتحقق ولا مجال لتطبيقها.

وتقاس إمكانيته هذه بمعيار الرجل المعتاد عند تواجده في ظروف مشابهة لظروف المدين، فالمعيار هنا معيار موضوعي، ومثال ذلك إذا أبرم العقد في وقت كانت الظروف الدولية تنذر بوقوع حرب، فلا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يدعي المدين أنه لم يكن في وسعه توقع اندلاع الحرب إذا كانت الحرب قريبة الاحتمال، بحيث يمكن للشخص المعتاد توقع اندلاعها في أية لحظة[2].

ثالثا: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا

يقتضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون من شأن الحادث الاستثنائي العام أن يجعل تنفيذ المدين لالتزامه العقدي مرهقا له، بحيث يهدده بخسارة فادحة وهذا ما أكدته المادة 107 في فقرتها الثالثة بنصها "... غير أنه إذا طرأت حوادث

[1] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص112، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص306.

[2] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص398.

استثنائية عامة... وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...".

أما إذا تعدى الحادث الاستثنائي مرحلة الإرهاق للمدين، أي يصبح تنفيذ الالتزام من طرف المدين أمرا مستحيلا، فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لأننا سنكون أمام حالة أخرى تسمى بالقوة القاهرة، لأن الحادث الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام يكون قوة قاهرة ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام، وهنا يظهر الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فمع أنهما يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه إلا أنها يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما الحادث المفاجئ فيجعله مرهقا[1].

ولا يكفي أن يصاب المدين بخسارة عادية مألوفة من جراء حدوث الطارئ المفاجئ الذي وقع أثناء التنفيذ لأن هذا القدر من الخسارة يعتبر مألوفا في التعامل وإنما يجب أن تكون الخسارة فادحة كبيرة،[2] فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه العقدي وتعرض إلى خسارة من النوع العادي والمألوف، أي من النوع الذي قد يتعرض له أي مدين فإنه لا يمكن القول بأن المدين قد تعرض إلى إرهاق جراء تنفيذ التزامه، وذلك لأن في المعاملات عادة ما يتعرض المدين للربح تارة و للخسارة تارة أخرى، أما إذا كان المدين يتعرض إلى خسارة فادحة وجسيمة لو أنه أجبر على تنفيذ التزامه العقدي فإنه عندئذ يمكن القول بأن الإرهاق يتحقق، ويتحقق الإرهاق إذا بلغت الخسارة حدا يصبح معه من الظلم إجبار المدين على الوفاء بما التزم به كاملا[3].

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص307.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص112.

[3] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص398-399.

يجدر الملاحظة أن معيار تقدير الإرهاق الذي قد يتعرض له المدين من خلال تنفيذ الالتزام لا يقدر بالنظر إلى المدين وحالته الشخصية، وظروف الذاتية، أي لا ينظر إليه من منظار شخصي، فلا يعتد مثلا في النظر إلى المدين بدرجة إمكانية تحمله للخسارة الناشئة عن تنفيذ الالتزام جراء تغير الظروف أو عدم إمكانيته لتحمل مثل تلك الخسارة[1].

فما يعد مرهقا بالنسبة للشخص العادي أو المتوسط الثروة لا يعد كذلك بالنسبة لغنى كثير الثروة، حيث أن تضاعف الالتزام بأضعاف كثيرة عن العوض الذي يتحصل عليه بالنسبة للغني لن يكون بالنسبة إلى مقدار ثروته مرهقا و يستطيع تحمله، على عكس الأول فإن زيادة أقل من ذلك بكثير يصعب عليه تنفيذها ومن ثم تعد مرهقة بالنسبة له، وإنما يجب أن ينظر إلى المدين بشكل موضوعي، بحيث ينظر إلى الأداء ذاته بعيدا عن المدين وظروفه المادية والاقتصادية، فلا يهم غناه أو فقره، فيكون الاعتداد بظروف المدين العادي المتوسط[2].

أي أن إرهاق المدين لا ينظر إليه إلا للصفقة التي أبرم من أجلها العقد فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع أموال المدين، فإذا كان التعاقد مع الحكومة جاز أن يكون التزامها مرهقا لها بالنسبة إلى الصفقة التي عقدتها بالذات، وإن كانت الخسارة شيئا هينا بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة وإن التزمت شركة بإنارة مدينة بالكهرباء مقابل ثمن معين تتقاضاه من الجمهور ثم طرأ حادث استثنائي عام غير متوقع أدى إلى ارتفاع باهض في ثمن التكلفة كان للشركة أن تطلب رد التزامها إلى الحد المعقول حتى ولو كانت الشركة قد بلغت من الثراء ما تستطيع معه تنفيذ التزامها دون تخفيف[3].

---

[1] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص399.

[2] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص261.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص307.

فمعيار الخسارة معيار موضوعي يتخذ فيه إلى المدين العادي، وما يعتبر خسارة فادحة بالنسبة له حق ولو كان المدين ثريا لا تؤثر فيه هذه الخسارة، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول طبقا للمادة 147-2 من القانون المدني المصري،[1] رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا للظروف المتعلقة بشخص المدين.

ولا يتحقق الإرهاق حتى ولو كان المدين أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة لأصبحت مرهقة في ذاتها، فإذا التزام تاجر بتوريد القمح ثم ارتفع سعر القمح لحادث طارئ أضعافا مضاعفة جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان قد قام بتخزين كميات كبيرة منه دون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتزويد القمح، أما الكسب الذي يجنيه من القمح مخزون لغلاء السعر فيكون له هو ولا شأن للدائن به[2].

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

إن تعديل أو نقض أحكام العقد ليس مقصورا على كل متعاقد بمفرده دون اتفاق بينمها، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري[3]، وإنما يشمل كذلك القاضي فلا يجوز له أن يعدل أو ينقض أحكام العقد حتى ولو كان ذلك

[1] تقابلها المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص308.

[3] انظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

بدعوى منه لتحقيق العدالة أو منع الظلم، وإنما واجب القاضي يتركز في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد متى توافرت فيه شروط صحته، وأن يعين أصحاب هذه الحقوق والالتزامات[1].

إلا أن هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناء مفاده أنه يجوز للقاضي حق تعديل أحكام العقد تطبيقا لأحكام المادة 107 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة بحيث ورد فيها "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وعليه ومن خلال هذا المطلب سنقف على سلطة القاضي في تعديل العقد نتيجة للظروف الطارئة من خلال رد التزام المرهق إلى الحد المعقول، بالإضافة إلى استعراض أسلوب فسخ العقد الذي أقرته القوانين والتشريعات المقارنة لتكون الموضوعات المعالجة في هذا المطلب وفقا للترتيب الآتي، رد التزام المرهق إلى الحد المعقول (الفرع الأول)، فسخ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رد التزام المرهق إلى الحد المعقول

بموجب أحكام المادة 107 في الفقرة 3 والمذكورة أعلاه منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد، وذلك من خلال رد الالتزام المترتب عنه والمرهق في تنفيذه إلى الحد المعقول، أي أنه بمجرد توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي سبقت الإشارة لها بناء على طلب المدين أن يخفف الالتزام عنه إلى

[1] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص106.

الحد المعقول الذي يميزه متماشيا مع العدالة وحسن النية بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين[1].

وسلطة القاضي في هذا الشأن مطلقة، فله أن يختار بكل حرية الطريقة التي من شأنها أن تحد من الإرهاق في تنفيذ الالتزام، فله أن يزيد من الالتزام المقابل للالتزام المرهق (أولا)، أو أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (ثانيا)، أو أن يوقف تنفيذ العقد ريثما ينتهي الحادث الطارئ (ثالثا)، وهذا ما سنعالجه وفقا للعناصر التالية.

أولا: زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق

بإمكان القاضي بواسطة سلطته التقديرية أن يزيد من الالتزام الذي يقابل الالتزام الذي أصبح مرهقا للمدين فيبقى ما يعد زيادة مألوفة في عبء الالتزام على المدين، ولا يوزع إلا الزيادة غير المألوفة على طرفي العقد بحيث يتحقق نوع من التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد،[2] ومثال ذلك إذا تعهد المدين بتوريد سلعة كميتها 10 أطنان للدائن، سعر الطن الواحد 5000 دج، ثم ارتفعت الأسعار بسبب حوادث استثنائية إلى 10000 دج للطن الواحد.

فيجوز للقاضي أن يرفع السعر المتفق عليه بين المتعاقدين، وقد يرى القاضي في مثل هذه الحالة عدم الاعتداد بالزيادة المألوفة فيبقيها على المدين، وما زاد على ذلك فهو زيادة غير مألوفة يقوم بتوزيعها بين المتعاقدين، بمعنى أن سعر الطن سيصبح 7000 دج للطن الواحد بعد تقسيم الزيادة وهي 5000 دج بين المتعاقدين[3].

[1] وهذا خلافا لما يكون في حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام وإلى أن يتحمل تبعة الهلاك أحد طرفي العقد، خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص112، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص308-309.

[2] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص400.

[3] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص400-401.

والمشرع الجزائري لم ينص بصريح العبارة على هذه الطريقة من خلال أحكام المادة 107 الفقرة 3، إلا أن عبارة "يرد الإرهاق إلى الحد المعقول" تتحمل هذا التفسير[1].

وأكيد أن هذا التصحيح 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 هي التي قصدها المشرع بقوله "يرد"، والتي لا تعني إلا "الإنقاص"، وحجتهم في ذلك أن النص الفرنسي والذي هو النص الأصلي استعمل لفظ "réduire" والذي يعني الإنقاص فقط دون زيادة، ويستدل صاحب هذا الرأي و هو الأستاذ علي فيلالي بأن المشرع لو قصد الإنقاص يعبر عنه صراحة كما فعل في نص المادة 561 الفقرة 3 من القانون المدني الجزائري "على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد... إن جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو فسخ العقد" ويضيف قائلا أن إضافة هذه الفقرة في المادة 561 ليس لها مبرر سوى الحل الاستثنائي الذي تتضمنه ولو أن المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري تتضمن هذا الحل لما أضاف هذه الفقرة ثم يتساءل أخيرا عن الأساس القانوني لهذه الزيادة ما دام أن التزام الدائن مصدره الإرادة فكيف يلزم بغيرها[2].

غير أن من يخالف هذا الرأي فيرى أن لفظ "يرد" الذي استعمله المشرع إنما أراد التوسع في السلطة التقديرية للقاضي للبحث عما يجده مناسبا لرفع الإرهاق عن المدين ليس كليا وإنما بالقدر الذي يمكن به تجنب الخسارة الفادحة، وما يدل على

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص267.

[2] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص267.

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 "الإنقاص" كما سبق أن بينا ومن جهة ثانية أن الفقرة 3 من المادة 561 من القانون المدني الجزائري والتي استدل بها أستاذنا إنما تعتبر تطبيق من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، ومن ثم فهي تدعم القول بأن من معاني "الرد" الزيادة لأنها تعد تفسيرا من تفسيراته[1].

إن الرأي الأول هو المعول عليه لأن النص الفرنسي وإن لم يكن هو الرسمي إلا انه مقام القانون المدني الجزائري حيث أنه مقتبس منه أي من النص الأصلي الفرنسي.

ثانيا: إنقاص التزامات المدين إلى الحد المعقول

يعد الإنقاص من التزامات المدين الإجراء الطبيعي والمنطقي للحد من الخسارة الفادحة والمتوقعة فيعفى المدين من تنفيذ جزء مما التزم به كإنقاص من ثمن الشراء أو إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كأجل التنفيذ حيث يمكن منح أجل للتنفيذ، أي أجل جديد بسبب الظرف الطارئ، كما يمكن أن يتم إنقاص الالتزام بالإنقاص من جودة الشيء الملتزم به، وتعدد صور الإنقاص من إنقاص الكمية إلى إنقاص الثمن أو تقسيطه أو إنقاص الفوائد أو رفعها كلية[2].

وهكذا بإمكان القاضي أن ينقص الالتزام المرهق للمدين، فلا يجوز له أن يوزع على المتعاقدين سوى زيادة غير مألوفة، ومثال ذلك إذا تعهد شخص بأن يورد لآخر 100 طن من الأرز ولكن الأسعار ارتفعت ارتفاعا غير مألوف جراء حوادث استثنائية، هنا يجوز للقاضي أن ينقص من الكمية التي التزم المدين بتوريدها إلى

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق ، ص268.

[2] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص264-265.

الحد المعقول أي في الحدود التي تجعل تنفيذ الالتزام على المدين ليس مرهقا[1]، أو أن تتعهد شركة السكر بتوريد كمية منه لمصنع الحلوى، وحدوث ظرف طارئ يكون توريد هذه الكمية مرهقا، فينقص القاضي من هذه الكمية للمقدار الذي يرد التزام الشركة إلى الحد المعقول، وفي هذه الحالة تلتزم الشركة بتوريد الكمية التي حددها القاضي فقط[2].

إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا الشأن هل يجوز للقاضي تحقيقا لرفع الإرهاق ومن ثم تحقيق التوازن العقدي أن يجبر المدين على أن يقر بالتزامه للدائن وفق الكمية المتفق عليها، ولكن من صنف آخر أقل جودة؟.

يرى البعض من الفقه المصري أنه يمكن للقاضي الإنقاص بهذا الشكل ما دام فيه رفع للإرهاق الواقع على المدين، حيث أن وفرة الصنف الأقل جودة سيفي بتنفيذ الالتزام وفي الوقت المحدد في العقد دون إرهاق المدين كما أنه يعبر عن حسن نية هذا الأخير في الوفاء بهذا الالتزام، في حين يرى جانب من الفقه عكس ذلك لأنه أمر يخالف جوهر الالتزام، ولجوء القاضي إلى هذا الأسلوب بهذا الشكل يعني بمثابة إعفاء المدين بالتزامه القائم بموجب العقد، وبالتالي فهو تجاوز من القاضي للضوابط التي وضعها المشرع، وخاصة احترام وحماية مصلحة المتعاقدين، كما أنه ليس من مصلحة الدائن أن يأخذ سلعة من صنف مغاير عن المتعاقد عليها خاصة أن نوعية السلعة قد تكون مقصودة لذاتها[3].

[1] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص401.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، 309.

[3] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص266.

في هذا الشأن تنص المادة 276 من القانون المدني الجزائري على أنه "الشيء المستحق أصلا هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجب ان يجبر الدائن على قبول شي غيره، ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى".

ولعل قائلا يقول إنما يكون ذلك في الظروف العادية، أما في حالة الظرف الطارئ فإنما يكون اللجوء إلى تنفيذ التزام المدين يصنف أقل مما تعاقد عليه الطرفان من أجل رفع الإرهاق وتحقيقا للعدالة العقدية، وردا على هذا الطرح رجع القائلون برفض طريقة الإنقاص بتغيير صنف الالتزام إلى المذكرة التمهيدية للمشروع التمهيدي المصري، حيث جاء فيها "ينبغي أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلا، سواء أكان الالتزام به التزاما بنقل حق عيني أو التزام بعمل، أو الالتزام بالامتناع عن عمل، فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشيء شيء آخر ولو كان أعلى قيمة منه...، فإذا تثبت من قيام الطارئ الغير المتوقع وعمد إعمال الجزء لإنقاص الالتزام الذي أًصبح يجاوز السعة فهو ينقص فيه إلى الحد المعقول.

غير أنه هذا الرأي أعمل اعتبارا دائما، وهو أن الوفاء بالالتزام ولو يصنف أقل جودة أفضل من أن يلجأ القاضي إلى فسخ العقد، خصوصا أن قبول الوفاء بهذا الشكل جاء تحت وطأة الظرف الطارئ الاستثنائي وبالتالي الحل يعد أيضا استثنائيا يتيح للقاضي تحقيق استمرارية العلاقة التعاقدية وحماية مصلحة المتعاقدين[1].

وأخيرا يلاحظ أن سلطة القاضي في الزيادة أو الإنقاص لا تكون إلا حيث توجد الظروف الطارئة التي أدت إلى استعمال سلطته في تعديل العقد، وهذا يعني أنه في حالة زوال الأثر الطارئ قبل انتهاء مدة العقد تعود للعقد قوته الملزمة كاملة كما كانت في الأصل[2].

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص266-267.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص113.

ثالثا: وقف تنفيذ العقد

للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان مؤقتا وخاصة في الحالة التي يرى فيها القاضي أن الحادث الطارئ سرعان ما يزول، وأن الدائن لا يلحقه ضرر كبير جراء وقف تنفيذ العقد ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة بناء وترتفع مواد وأدوات البناء ارتفاعا فاحشا، ولكن هذا الارتفاع سيزول لقرب طرح كميات من هذه المواد في السوق، فيأمر القاضي بوقف التزام المقاول بتسليم المبنى حتى يقر بالتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب البناء[1].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه مراعاة للحادث الطارئ فقضت بأنه "إن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"[2].

الفرع الثاني

فسخ العقد

نتساءل هنا عن إمكانية فسخ العقد من طرف القاضي بدلا من الزيادة أو الإنقاص أو وقف التنفيذ فإذا كان القاضي يملك سلطة تقديرية مطلقة في تعديل الالتزام المرهق هل يملك الحق في فسخ العقد؟.

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص309.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص309.

صحيح أن القاضي يملك سلطة مطلقة في تعديل الالتزام المرهق كما سبق الإشارة له إلا أن هذه السلطة لا تخوله أن يتجاوز حدود تعديل الالتزام، ففي تعديل الالتزام توزيع عادل للخسارة بين طرفي العقد، أما الفسخ فسيؤدي إلى أن الدائن هو الذي سيتحمل تبعات الحادث الطارئ، مع أن أساس نظرية الظروف الطارئة تقوم على نوع من التضحية التي يقدمها الطرفان على أساس أن يخلي ذمة أحد طرفي العقد من الالتزام[1].

وعليه لا يجوز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد، فسلطته مقصورة على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ومعنى ذلك الإبقاء على الالتزام وبالتالي على العقد، وهنا يظهر الفرق بين أثر الحادث الطارئ والقوة القاهرة التي يستحيل معها تنفيذ الالتزام ومن ثم يترتب عليها انقضائه وانفساخ العقد[2].

فإذا كان هذا موقف المشرع الجزائري من خلال المادة 03/107 إلا أن بعض القوانين والتشريعات المقارنة أقرت هذا الأسلوب كرد للالتزام المرهق.

فالقانون الإنجليزي مثلا جعل الفسخ هو الحل عند وجود مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث أقر 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 الإنجليزي التي قضت بالفسخ بسبب الظروف الطارئة كان أساسها مجرد وجود إرهاق في تنفيذ العقد[3].

وكذلك تبنى المشرع الإيطالي الفسخ كأسلوب لرد الالتزام المرهق، وذلك من خلال نص المادة 1468 من القانون المدني "إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين على

[1] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص113.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص310.

[3] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص269.

إثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين لهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد، وللمتعاقد الآخر أن يطرأ الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة.

وكذلك المشرع البولوني حيث نصت المادة 269 من القانون المدني البولوني على أنه "إذا اعترضت العقد صعوبات مرهقة، أو هدد تنفيذه أحد المتعاقدين بخسارة فادحة ولم يتمكن المتعاقد أن يوقعها حين إبرام العقد كالحرب والوباء، أو تلف المحاصيل بأسرها أو أية كارثة طبيعية أخرى جاز للمحكمة بعد أن تستعين بمبادئ حسن النية وتوازن بين مصلحة الطرفين، إذا رأت ضرورة لذلك، أن تعين طريقة تنفيذ العقد أو مقدار الالتزام بل والحكم بفسخ العقد".

كما نصت المادة 388 من القانون المدني اليوناني على أنه "إذا طرأ حادث استثنائي غير متوقع على العقد المبرم وفقا لما يوجبه حسن النية ويتفق مع العرف في المعاملات وكان سيجعل التزامات الطرفين المتعاقدين مرهقة تزيد على الحد المألوف فيجوز للمحكمة، بناء على طلب المدين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولها أن تقضي بفسخ العقد كله أو بفسخ الجزء الذي لم ينفذ منه، فإذا قضت المحكمة بالفسخ انقضت التزامات الطرفين وعلى كل منهما أن يعيد إلى الآخر ما أداه إليه وفقا للأحكام المتعلقة بالإثراء بلا سبب".

فوفقا لهذه المواد يكون للمدين الحق في طلب فسخ العقد بسبب الإرهاق الناتج عن ظرف استثنائي وقبول هذا الطلب خاضع إلى السلطة 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 شروط العدالة[1].

[1] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص269.

وختاما يمكن القول إن تدخل القاضي لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد بسبب الظروف الطارئة يعتبر ذا أهمية بالغة تبرز في إزالة ما يمكن حدوثه من ظلم وإجحاف في حق احد المتعاقدين نتيجة لظروف استثنائية غير متوقعة لا يد له في حدوثها، مما يؤدي به لو واصل تنفيذ التزامه العقدي إلى خسارة فادحة بم يعود بالثراء الفاحش للطرف الأخر وبصورة غير متوقعة فيصبح التعادل بين الأداءات المتقابلة التي اتفقا عليها وارتضاها المتعاقدان أثناء انعقاد العقد مختلا، فيكون تدخل القاضي على هذا الأساس لتعديل العقد هو تدخل لتحقيق العدالة، ونلاحظ أن الأثر الذي قرره القانون للحادث الطارئ من النظام العام، فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق مقدما على ما يخالفه، أي أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يستبعدوا أحكام نظرية الظروف الطارئة وإلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما أكدته الفقرة 3 من المادة 107 بنصها "... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1].

[1] المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

الباب الثاني

استعمال خيار العدول عن العقد كآلية لحماية إرادة المتعاقد

العدول عن العقد يفيد بحسب المعنى الظاهر عملية نقض للعقد باختيار أحد المتعاقدين بحيث يكون للمتعاقد أن يمارس خياراً به تنفك الرابطة العقدية، ولما أنه ثمة خيار ممنوح في كل من الإبطال والفسخ والإنهاء، فهل مفهوم العدول يستوعب جميع هذه النظم أم هو يختلف عنها؟، وإذا كان الأمر كذلك؛ فبأي معيار يمكن تحديد مفهوم خاص بالعدول يميزه عن النظم الأخرى؟

قد يتبادر للذهن بداية أن مفهوم العدول عن العقد واضح لا يحتاج لعناء البحث لأن مفهومه في القانون لا يخرج عن معنى هذه الكلمة في اللغة، غير أن واقع الحال مغاير لما ذكر، فللقانون لغته التي تكتسي خصوصيات معينة، فهي لغة تقوم على دقة التفرقة بين المصطلحات التي تعبر عن نظم قانونية مختلفة ؛ فلا يكفي في ضبطها تحري المعنى اللغوي فقط.

والمصطلح القانوني ينضبط مفهومه عادة بمعيار فني معين، وأحياناً يكون المعيار واضح يكشف عنه الاستعمال التشريعي للمصطلح، ولكن هذا لا يكون متاحاً في جميع الأحوال فغموض المصطلح وطريقة الاستعمال التشريعي له؛ قد يستدعي سلوك جوانب أولية أخرى تساعد على تحديد مفهومه، وذلك يتم من خلال تقصي رؤية شاملة تستكشف البيئة التي يوجد بها النظام الذي يرمز له المصطلح، فالأخير قد يرمز إلى نظام يلتقي مع نظم أخرى في بعض الخواص، ما يجعلها تنتمي جميعها إلى منظومة واحدة، ولهذا فإن تحديد مفهوم النظام قد يستدعي استحضار جميع مفردات هذه المنظومة، بل وربما إعادة ترتيب هذه المفردات وفق رؤية تحاول تقديم إضافة في هذا المجال.

والعدول عن العقد نظراً لكونه سبب لانحلال العقد؛ فهو يوجد في بيئة تعددت فيها المصطلحات الدالة على الأسباب الأخرى لانحلال العقد، ويلاحظ على هذه الأسباب أنها قريبة الشبه من بعضها، وذلك يجعل وجهات النظر تخلف في

تحديد مفاهيمها أو تختلف في تفسير مواطن التشابه بينها، ولذلك يبدو من المفيد في تحديد مفهوم مصطلح العدول عن العقد تناول جوانب تمهد لذلك من خلال تقصي رؤية شاملة للمنظومة التي ينتمي إليها نظام العدول، وهذا سيتم من خلال تحديد رؤية شاملة للمنظومة التي ينتمي إليها خيار الحق في العدول، من خلال دراسة الطبيعة القانونية لخيار العدول عن العقد (الفصل الأول)، تنظيم العدول عن عقد الاستهلاك بقواعد تشريعية خاصة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لخيار العدول عن العقد

لم تعد القواعد في القوانين المدنية تستطيع حماية المستهلك كما في السابق، حيث تتصف غالبية العقود التي يبرمها بالتسرع الذي لا يستطيع معه التروي والتأني، قبل اتخاذ قراره في إبرام العقد، وهذا راجع إلى التطور التكنولوجي الحاصل ورغبت المشتري أي المستهلك في قضاء حاجته وإشباع رغباته ومتطلباته عبر وسائل الاتصالات الحديثة واستعمال المورد أساليب مؤثرة لجلب أكبر فئة من المستهلكين من بينها الدعاية والإعلان.

حيث لم تستطع القواعد التقليدية حماية المستهلك، مما أوجب على المشرع على غرار التشريعات الأخرى التدخل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو المستهلك، وذلك بالبحث عن وسيلة أو آلية تعيد التكافؤ بين طرفي العلاقة التعاقدية وإعطاء العقد نوع من التكافؤ العقدي[1].

[1] بشار طلال المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 02، 2018، الكويت، ص 608.

فقد قررت معظم قوانين الاستهلاك الحديثة منح فئة المستهلكين الحق في العدول أو التراجع، كآلية حديثة لحماية المشتري المتعاقد من مخاطر الغش والخداع أو التدليس أو التأثير الذي يتعرضون لها.

من خلال ما تقدم أوجب علينا التطرق إلى محاولات البحث عن أساس للعقد بديل عن سلطان الإرادة (المبحث الأول)، واستعمال الحق في العدول عن العقد كوسيلة حماية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

محاولات البحث عن أساس للعقد بديل عن سلطان الإرادة

يعتبر الحق في العدول استثناء على مبدأ القوى الملزمة للعقد، أي الخروج على مبدأ قدسية العقد باعتباره مبدأ قانوني عام، الذي يؤكد على أنه متى أبرم العقد فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أي الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، المنصوص عنها في المادة 106 في (ق، م، ج)، سالفة الذكر.

يعتبر حق العدول عن العقد أحد الامتيازات التي تقرر التشريعات منحها لأحد أطراف العقد، وغالباً ما يكون سبب ذلك صفة خاصة في هذا الطرف ومن ذلك أنه مستهلك.

ومن التعريفات الواردة لحق العدول أنه "حق أصيل يُعطي للمتعاقد الحق في الانسحاب ويرقى بالطرف الضعيف وجهاً لوجه مع المتعاقد الآخر في إطار إعادة موازين القوى بين الطرفين"[1].

[1] هشام بلخنفر، الحق في الرجوع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، الرباط، المغرب، العدد 12، ص324.

فالعدول حق شخصي يخضع لتقدير المستهلك، ويمارسه وفقا لما يراه محققا لمصالحه دون أن يكون ملزم بإبداء سبب عدوله، أي أن استعمال المستهلك لهذا الحق لا يرتب قيام مسؤوليته[1]، والحق في العدول آلية قانونية سنها المشرع لحماية المستهلك إذ يمكنه من العدول عن العقد في مهلة محددة، ولقد وضعت هذه الآلية لسد حاجيات فرضتها الضرورة الاقتصادية والاجتماعية.

لعل إعطاء أحد المتعاقدين وهو المستهلك، الحق في العدول عن التعاقد أمر ينطوي على خطورة كبيرة، لما يشكله ذلك من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، كان لزاما علينا دراسته ومعرفته معرفة شاملة وواضحة لضمان إعماله في النطاق الذي حدده المشرع، وإلا ترتبت عليه نتائج خطيرة تزعزع الثقة بالتعاقد، ولقد ارتأينا دراسة طبيعة العدول من ناحية علاقته بمبدأ القوة الملزمة للعقد (المطلب الأول)، استبعاد الطبيعة العادية للعدول (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طبيعة العدول من ناحية علاقته بمبدأ القوة الملزمة للعقد

لقد تعرض مبدأ سلطان الإرادة للانتقاد من عدة أوجه، حيث قيل: بأن كثرة الأحكام التي تقررت بالمخالفة لمنطق هذا المبدأ إنَّما تكشف في مجملها عن عجز المبدأ عن وضع حلول لبعض مسائل العقد، وعن استحالة تطبيق بعض نتائجه في كثير من الحالات، ثم إن القول بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، من خلال اعتبار الإرادة هي جوهر التصرف القانوني وأن الآثار القانونية التي تنشأ عن العقد مصدرها فقط إرادة المتعاقدين المشتركة، هذا القول يتجاهل حقيقة دور التعبير في نشأة

[1] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، القاهرة، 2002، ص 60.

الالتزام العقدي، فلما كانت الإرادة الباطنة لا يترتب عليها أي أثر، ما لم يعبر عنها تعبيراً خارجياً، فذلك يعني أن التعبير عنصر لا غنى عنه لنشأة التصرف.

وبالإضافة لما سبق، فإن مبدأ سلطان الإرادة تعرض في عهد قريب لنقد آخر مستمد من التحليل العلمي، ومن ذلك قيل أنه إذا كان للإرادة سلطان يمكنها من أن تخلق القانون الذي تخضع له، أي تنشأ الالتزام، فتعتبر هي أساس الالتزام وهي أيضاً أساس قوته الملزمة فلم لا يكون لها سلطة هدمه، فلماذا يلتزم الشخص بإرادة ولا يستطيع العدول عنها إلى إرادة أخرى؟[1].

إن ما كان من قصور بنظرية سلطان الإرادة حفز البعض على محاولة البحث عن أساس جديد للالتزام العقدي، وقد أسفرت تلك الجهود عن ثلاث نظريات الأولى تعرف بنظرية الإعلان (الفرع الأول)، والثانية تعرف بنظرية الثقة (الفرع الثاني)، أما الثالثة فيمكن نعتها بنظرية المسئولية عن الثقة (الفرع الثالث)، وسوف نعرف بهذه النظريات بشكل مختصر على النحو التالي[2]:

الفرع الأول

نظرية الإعلان

نعرف بهذه النظرية بداية، ثم نبين النقد الذي يحول دون اعتبارها الأساس البديل عن مبدأ سلطان الإرادة.

---

[1] عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، أسباب انحلال العقود المالية، مذكرة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 2002، ص98.

[2] نصر الدين أحمد يوسف الصفخان، خيار العدول عن العقد كوسيلة حماية قانونية في نطاق عقود الاستهلاك العادية والإلكترونية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 2017، ص 137.

1. مضمون النظرية:

من المعلوم أن هذه النظرية نشأت على أيدي الفقهاء الألمان، وذلك لغرض تجاوز بعض تطبيقات مذهب الإرادة التي تجافي العدالة بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، ومن شأنها أن تحدث اختلالاً بسير المعاملات بالمجتمع.

فهذه النظرية نشأت بشكل تدريجي من خلال ما أورده الفقهاء من استثناءات على مبدأ سلطان الإرادة، ثم انتهى الأمر إلى استخلاص فكرة عامة مؤداها أنه يعتد من حيث الأصل بالتعبير دون الإرادة الباطنة في حالة قيام خلاف بينهما، وذلك ؛ لأن التعبير هو العنصر الهام في تكوين التصرف.

ويشترط أنصار النظرية في التعبير أن يكون مستنداً إلى إرادة اتجهت إلى إبرام تصرف قانوني، فإرادة التعبير تختلف عن إرادة الأثر، فالأولى ضرورية لنشأة التصرف، أما إرادة مضمون التصرف أي آثاره فليست لازمة لنشأة التصرف، ما يعني أن العقد يمكن أن يولد آثاراً تختلف عن الآثار التي اتجهت إليها الإرادة الباطنة.

ويترتب على نظرية الإعلان نتائج عدة من ذلك أن النظرية لا تعتد بالبواعث التي لم يفصح عنها المتعاقد ولم يتضمنها التعبير، فإذا لم يذكر المتعاقد الباعث الذي حدا به للتعاقد فيكون الالتزام عندها مجرداً من سببه، ومن ثم لا يعتد به.

كما أن النظرية تستبعد أي أثر يترتب على عيب الغلط، لأن العبرة بالتعبير ولو كان مخالفاً للإرادة الباطنة.

وللنظرية نتيجة أخرى هامة تتعلق بمسألة تفسير التعبير؛ فمضمون التعبير لا يتحدد على ضوء إرادة المتعاقدين؛ بل هو يستخلص من المعنى العادي للتعبير الذي يفهمه شخص متوسط الذكاء، وإذا تعذر ذلك، فإن القاضي يستخلص المعنى الذي يتفق مع الغرض الاجتماعي ومع دواعي العدالة والمصلحة العامة وتأمين الثقة في المعاملات.

2- نقد نظرية الإعلان:

إن أبرز نقد وجه لنظرية الإعلان أنها تفتقر إلى أساس علمي مقبول؛ لأن من غير الممكن فصل التعبير عن الإرادة؛ فالتعبير ليس عملاً آليا حتى يعول عليه وحده دون النظر إلى إرادة من أصدره.

ثم إن نظرية الإعلان لم تقدم أساساً جديداً للعقد مستقل وقائم بذاته؛ ففكرة الاعتداد بالإعلان تعلم في حقيقة الأمر استثناء على مبدأ سلطان الإرادة يتعلق بحالة قيام خلاف بين الإرادة الباطنة وبين التعبير[1].

الفرع الثاني

نظرية الثقة

إن هذه النظرية كانت نتاج اجتهاد القضاء السويسري في وضع حلول لبعض مشاكل العقد، حيث حاول القضاء من خلال هذه الحلول أن يوفق بين فكرة الاعتداد بالإرادة الباطنة وفكرة الاعتداد بالتعبير، فقامت النظرية بذلك على فكرة حماية

[1] عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 85 وما بعدها.

المخاطب الذي تولدت لديه ثقة مشروعة من التعبير الموجه إليه بحيث يعتد بالتعبير المخالف للإرادة الباطنة إذا كان المخاطب حسن النية لا يعرف ولم يكن في استطاعته أن يعرف أن التعبير بمعناه العادي مخالف للإرادة الباطنة.

فاستقرار المعاملات يستوجب حماية المتعاقد الذي اعتقد اعتقاداً مبرراً أنه كسب حقاً من الخطاب المخالف للإرادة الباطنة، ولذلك تكون هذه الحماية دون اشتراط وقوع تقصير من صاحب الخطاب.

مما سبق ذكره إجمالاً يتضح أن نظرية الثقة تهتم بحالة واحدة فقط، وهي حالة وجود اختلاف بين الإرادة الباطنة وبين التعبير، ومن ثم فإن هذه النظرية كما هو شأن نظرية الإعلان لم تتضمن أفكاراً عامة يمكن اعتمادها كأساس للالتزام العقدي[1].

الفرع الثالث

نظرية المسؤولية عن الثقة

يعود أساس الالتزام العقدي وفق هذه النظرية، إلى ركنين أساسين، الأول مادي والثاني هي معنوي، ويكون الركن المادي بصدور تعبير ينشأ ثقة لدى الطرف المخاطب؛ فالثقة التعبير؛ لأن من شأنها أن تجعل المخاطب يرتب شأناً من شئونه على أساس ذلك التعبير.

ويترتب عن كون الثقة تمثل جوهر الركن المادي عدة نتاج أهمها، أن الركن المادي ومن ثم الالتزام العقدي يمكن أن ينشأ بدون تعبير صريح؛ لأن الثقة قد تتولد

[1] عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 98 وما بعدها.

بدون ذلك التعبير وهذا ما يحدث في حالة السكوت الموصوف الذي تحيط به ظروف يتم معها على أنه قبول لإيجاب معروض، وفي مقابل ذلك فإن الركن المادي لا يوجد إذا لم يشتمل التعبير على الشروط الأساسية للعقد، لأن التعبير لن تتولد عنه ثقة كاملة في هذه الحالة.

ومن نتائج اعتبار الثقة جوهر الركن المادي أيضاً، أن موضوع ومحتوى الالتزام العقدي يتحدد بمضمون الثقة التي تولدت لدى المخاطب من التعبير الموجه إليه ؛ أي أنه يتحدد بما فهمه المخاطب من التعبير فهماً مبرراً على ضوء عبارات التعبير والظروف الملابسة.

وفيما يخص الركن المعنوي، فإنه يتحقق بتوافر مسئولية الشخص عن التعبير الذي ولد ثقة لدى المخاطب، ولقيام هذه المسئولية ينبغي بداهة توافر الإدراك وحرية الاختيار لدى الشخص في الوقت الذي يوجه فيه التعبير للطرف الآخر.

واعتبار المسئولية الركن الثاني لأساس الالتزام العقدي يسمح بتفسير أثر الغلط في نشأت الالتزام، فالغلط يمنع من قيام الالتزام العقدي بسبب تأثيره على الإدراك، أي أنه ينفي تحقق ركن يقوم عليه الالتزام العقدي.

ومن خلال ركن المسئولية (الركن المعنوي) وركن الثقة (الركن المادي) يمكن تفسير أثر استحالة المحل على وجود الالتزام العقدي، فهذا الأثر يتحدد تبعاً لما يكون للاستحالة من تأثير في نشأة هذين الركنين، فإذا كان الطرف الآخر يعلم أن المحل مستحيل على المتعهد فإن الركن المادي لا ينشأ؛ إذ من غير المتصور أن تتولد ثقة لدى المخاطب في تعهد يعلم وقت التعاقد أن تنفيذه مستحيل، وفيما يخص

الركن المعنوي، فإنه ينظر إلى توافر الإدراك أو عدم توافره لدى المتعهد بشأن الموضوع الذي تعهد به فإذا كان الأخير معذوراً في غلطه في شأن استحالة تنفيذ ما تعهد به، بأن يكون ليس في قدرته إدراك هذه الحقيقة، لم تنشأ مسئوليته أما إذا كان غير معذور، بأن كان يعلم استحالة تنفيذ ما تعهد به، أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك، فإن مسئوليته تقوم وينشأ الركن المعنوي ويتولد الالتزام العقدي عيناً ثم يتحول إلى التزام بمقابل الاستحالة التنفيذ.

مما سبق يتبين أن أساس الالتزام العقدي يكمن وفق هذه النظرية في مسئولية المتعهد عن الثقة المبررة التي تولدت من تعبيره لدى الطرف المقابل؛ لأن من شأن هذه الثقة أن تضع الطرف المقابل في حالة مغايرة، على اعتبار أن الثقة في تعبير المتعهد كفيلة بأن تجعل من الطرف المقابل له يرتب شئناً من شئونه على أساس تلك الثقة[1].

ما من شك في أن نظرية المسئولية عن الثقة تعد نَقلة متقدمة ومهمة في مسيرة البحث عن أساس الالتزام العقدي، لكونها اكتست بعداً شاملاً يميزها عن المحاولات السابقة لها فالنظرية استوعبت جل الفرضيات التي اعتبرت في السابق استثناء من مبدأ سلطان الإرادة كأساس للالتزام العقدي، ولكن هل ذلك يعني إقصاء الإرادة كليا، أي نفي دورها المركزي في نشأة الالتزام العقدي.

إن من غير الممكن حسب وجهة نظري فصل نظرية المسئولية عن مبدأ سلطان الإرادة فلهذه النظرية دور متمم ومهذب لمبدأ سلطان الإرادة، فالمتعهد يلتزم

[1] عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص 149 وما بعدها.

لأنه أوجد بإرادة واعية مدركة حالة ثقة لدى الطرف المقابل، فالإرادة هي من أنشأت الالتزام العقدي أو هي على أقل تقدير هيئت له السبب الذي أنشأه.

فمبدأ سلطان الإرادة قد أدرك فعلاً مرحلة توصف بأنها مرحلة انكماش أو تراجع[1] فهذا المبدأ تراجع فعلاً عن غلوه وتطرفه الذي كان عليه[2]، حيث اتجهت حركة التشريعات الحديثة نحو الاعتداد بمصلحة الجماعة قبل مصلحة الفرد فسنت القواعد القانونية التي تضمن الحماية للطرف الضعيف في العقد، كعلاقة العامل برب العمل وعلاقة المستهلك بالمحترف للنشاط الاقتصادي، فقيدت إرادة الطرف القوي من أجل توفير حماية لمصالح الطرف الضعيف كما امتدت مظاهر التراجع لتطال معظم النتائج التي رتبها مبدأ سلطان الإرادة؛ فقيد مبدأ الرضائية بالعديد من الاستثناءات التي وردت عليه، وحرية التعاقد لم تعد تتقيد فقط بالنظام العام التقليدي الذي يسعى إلى حماية الأسس العليا للدولة؛ إنَّما هي تتقيد أيضاً بنظام عام توجيهي يسعى إلى توجيه السياسة العامة نحو تحقيق أهداف التخطيط الاقتصادي.

على أن تراجع مبدأ سلطان الإرادة لا يعني اختفاء واضمحلال هذا المبدأ؛ فهو لا يزال موجودا وإن كان القانون قد وضعه في إطار معقول تتوازن فيه الإرادة مع العدالة والمصلحة العامة[3]، ويمكن أن تؤسس على مبدأ سلطان الإرادة بعض المبادئ التي ترسم وجهة معينة لأحكام العقد، ومن بين هذه المبادئ مبدأ القوة الملزمة للعقد،

[1] وليد صلاح مرسي، رمضان القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009م، ص 71.

[2] محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، ج1، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، مصر، بدون سنة نشر، ص 32.

[3] رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر،2006، ص 21.

ولكن ذلك لا ينفي أن هذا الأساس الفلسفي للعقد في حاجة لبحث نظري يخرجه في قالب جديد يناسب الواقع الذي انتهى إليه.

والأساس الفلسفي لقوة العقد الملزمة له أهمية وفائدة مؤكدة[1]، فهو يرسم لأحكام العقد وجهة منضبطة بحدود معينة مسبقاً؛ غير أن ذلك لا ينفي حاجة العقد لأن يدعم بأسس أخرى تؤكد وتبرر هي الأخرى قوته الملزمة.

المطلب الثاني

استبعاد الطبيعة العادية للعدول

إن الاتجاه القائل بأن للعدول طبيعة عادية تتوافق مع قوة العقد الملزمة انقسم في ذلك إلى تأكيد مسارين، الأول اعتمد على فكرة التكوين التدريجي أساساً لهذا القول (الفرع الأول)، بينما استعان جانب آخر بفكرة العقد التمهيدي، بحيث اعتبر أن العدول يقع في مرحلة الاتفاق التمهيدي (الفرع الثاني)، ولذا سيتم رد هاتين الفكرتين على النحو التالي.

الفرع الأول

رد فكرة ربط خيار العدول بعملية التكوين التدريجي للرضا

بداية سيتم عرض فكرة ربط العدول بعملية التكوين التدريجي للعقد، وذلك في بند أول ثم يلي ذلك بند ثاني يخصص لبيان أوجه القصور بهذه الفكرة.

[1] ثروت حبيب، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص54.

أولا: عرض الفكرة

إن خيار العدول من شأنه في نظر البعض أن يؤجل تكون الرضاء ومنْ ثُمَّ يؤجل التكوين النهائي للعقد؛ فالعقد أثناء فترة الرجوع لا يعتبر قد أبرم بصورة نهائية، وإنَّما هو لا يزال في طور التكوين؛ فنظام العدول يجعل العقد يتكون بشكل تدريجي، فإذا كانت القواعد العامة تجعل التراضي في العقد يكون بالتقاء إرادتين على إحداث آثار قانونية، بحيث يصدر إيجاب يتضمن تعبيراً عن رضا من أحد المتعاقدين يتلوه قبول مطابق من الطرف الثاني، وبتمام القبول وعلم الموجب به ينعقد العقد، فإن التراضي في العقود التي تتضمن خياراً بالعدول يتكون بآلية مغايرة لأن التقاء القبول بالإيجاب وعلم الأخير به لا تنشأ به هذه العقود؛ فالعقد المتضمن خياراً بالعدول ينعقد على مرحلتين تمتدان عبر الزمن، فخلال مدة الرجوع يعبر المتعاقد صاحب الخيار عن رضا أولي يمهد لانعقاد العقد النهائي، ولا يصبح العقد نهائياً إلا بانقضاء هذه المدة دون ممارسة خيار الرجوع، وعند ذلك يعتبر صاحب الخيار قد عبر عن رضائه التام بالعقد[1]، ففي المرحلة الأولى يكون إعلان صاحب الخيار عن إرادته مجرد إعلان رغبة في التعاقد تحتاج إلى أمر آخر يقويها ويدعمها، وهو عدم العدول عن التعاقد، وفي الوقت الذي يكون فيه رضا صاحب الخيار غير تام في هذه المرحلة، فإن رضا الطرف الثاني يعتبر تاماً، بحيث يكون تعبيره عن الرضا ملزماً له إلى أن يتخذ صاحب الخيار قراره بشأن تأكيد التعاقد أو العدول عنه[2].

---

[1] – Mousseron .J.M, Techniquecontractuelle, Ed .Francis Lefebvre 1998,n266,p132.

[2] سامية غديرة معتوق، الحماية الجزائية للمستهلك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2001-2002م، ص 13 وما بعدها.

ووفقاً لعملية التكوين التدريجي؛ فإن خيار العدول لا يتجاوز بأي حال من الأحوال مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ فهي كما قال البعض تعفي المشرع من كل إضرار بمبدأ القوة الملزمة للعقد[1].

وعملية التكوين التدريجي للعقد تجد تطبيقاً لها في بعض الدول، من ذلك القانون المدني الألماني، حيث تقرر بموجب المادة (154) من هذا القانون أن الاتفاق على بعض الشروط كتابة، لا يكفي لانعقاد العقد، حتى ولو كانت تلك الشروط هي الشروط الرئيسية، وتم صياغتها كتابة، فهذا النص يعد تطبيقاً لعملية التكوين التدريجي للعقد.

ومع التسليم بأنه يمكن فعلاً استعمال عملية التكوين التدريجي للعقد كوسيلة حماية إلا أن ذلك لا يعني قبول فكرة ربط خيار العدول بعملية التكوين التدريجي، وذلك؛ لأن بهذه الفكرة موطن ضعف تنفذ منه سهام النقد.

ثانيا: نقد فكرة ربط خيار العدول بعملية التكوين التدريجي للرضا:

إن مقتضى هذه الفكرة بحسب ما سبق بيانه هو اعتبار أن العلاقة التعاقدية أثناء فترة الخيار تتضمن رضا غير تام للمتعاقد صاحب الخيار مقابل رضا ملزم بالنسبة للمتعاقد المقابل وذلك يعني أن العلاقة في هذه المرحلة ما هي إلا وعد ملزم لطرف واحد هو المتعاقد الذي لا يملك خياراً بالعدول[2]، وبهذا تتجرد إرادة صاحب

[1] – Philippe BRUN, Le droit de revenir sur son engagement, Droit et Patrimoine, n 60, mai1998, P81.

[2] خاصة عند من يرى من أنصار التكوين التدريجي أن احتفاظ أحد المتعاقدين بخيار العدول يعني في الواقع أنه لم يلتزم بصورة فعلية حول هذا انظر:

الخيار من أي دلالة، مع أنها إرادة وقع التصريح بها على نحو صحيح يعتد به القانون.

إن أنصار فكرة التكون التدريجي ردوا على هذا النقد بالقول بأن رضا صاحب الخيار لا يتجرد من كل قيمة، لأن هذا الرضا" غير القادر على إبرام العقد خلال فترة المهلة هو ذاته الذي يبرم العقد به ويؤسس عليه التعاقد بعد انتهاء هذه المهلة[1]، غير أن هذا القول لم يبين قيمة الرضا الناقص قبل انقضاء فترة الخيار، فطرفا العقد أرادا أن يكون لرضا المتعاقد قيمة في لحظة التعبير عنه، ولكنه جرّد من تلك القيمة عندما اخضع قصراً لعملية التكوين التدريجي.

ويراعى أن ما سبق ليس فيه إنكار لعملية التكوين التدريجي في حد ذاتها، فهذه العملية قد تستعمل في صورة خيار للعدول عن التعاقد، وليس كخيار للعدول عن العقد، ولكن من غير الجائز تعميم عملية التكوين التدريجي على كل خيار تشريعي؛ فلا مجال لربط الخيار الذي يرد على عقد مكتمل التكوين بعملية التكوين التدريجي.

فالخيار التشريعي بالعدول عن العقد هو خيار ذو طبيعة استثنائية، وتأكيداً لذلك سوف ثردُ فكرة أخرى تربط الخيار التشريعي بمرحلة الاتفاق التمهيدي.

F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires de la vente d'immeuble, Sirey, Coll. Immobilier Droit et Gestion, 1988, n° 204, p.112.

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، الكويت، (د.ت) ص 134.

الفرع الثاني

رد فكرة ربط خيار العدول بمرحلة الاتفاق التمهيدي

بداية سوف نحدد المقصود بمرحلة الاتفاق التمهيدي (أولا)؛ ثم يلي ذلك بيان أوجه القصور في فكرة ربط خيار العدول بهذه المرحلة (ثانيا).

أولاً ـ المقصود بمرحلة الاتفاق التمهيدي

وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، يمكن أن يتكوّن العقد بصورة بسيطة لا تتطلب المرور بمراحل تسبق الإبرام وتمهد له، فعملاً برضائية العقد يولد الأخير تاماً بمجرد الالتقاء الفوري والتلقائي لإرادتين، ولا شك في أن التكوين الفوري للعقد يناسب الكثير من العقود، إلا أن ثمة عقوداً تحتاج إلى سلوك أساليب غير تقليدية في انعقادها، وذلك لكونها تتسم بطابع مُعَقَدْ، ولأنها عقوداً تكتسب أهمية اقتصادية وتجارية ومالية، بحيث يتاح للأطراف مساحة من الزمن للتفاوض[1]، أو للتفكير في التعاقد من عدمه، فبدلاً من التحول فوراً من مرحلة المفاوضات إلى مرحلة الاتفاق المنشئ لآثار نهائية، فإن الأطراف يمرون بمرحلة أخرى قبل الوصول إلى التكوين النهائي للعقد وبهذه الطريقة فإن رضاءهم لا يتكون بصفة فورية، بل هو ينمو بالتدرج ولا يكتمل إلا عندما تصبح العلاقة التعاقدية نهائية وباتة، فتكون العقد يمر بمرحلة ما قبل إبرام العقد النهائي، وتبرم بالتفضيل، وعدٍ من جانب واحد بالتعاقد. في هذه المرحلة

[1] عُرف التفاوض "بأنه تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير ودراسات فنية وتجارية يتبادلها الأطرف للتعرف على الصفقة المزمع إبرامها، وعلى ما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وذلك من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتهما. انظر: د.حمدي محمود ،بارود، القيمة القانونية للاتفاقيات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية ، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الثالث عشر ، ،ع2 ، 2005م ، ص 127.

اتفاقات تمهد للوصول إلى العقد النهائي اتفاق مبدئي، اتفاق جزئي، وعد بالتفضيل، وعد من جانب واحد بالتعاقد[1].

فالمرحلة التمهيدية تأتي في ترتيب يلي مرحلة المفاوضات ويسبق مرحلة إبرام العقد ويطلق البعض على هذه المرحلة تسمية المشروع[2]، غير أن هذا المسمى يفتقر للدقة على اعتبار أن مشروع العقد ينصرف إلى معنى آخر مختلف؛ فالمشروع لا يعدو أن يكون مسودة لتعاقد ما، أو مذكرة تفاهم مشترك لا ترقى إلى حد اعتبارها عقداً ملزماً[3]، ويعد مشروعاً للعقد مثلاً ما تم الاتفاق عليه شفوياً قبل تحرير سند كتابي بالعقد أو ما تم الاتفاق عليه في محرر عرفي قبل تحرير سند رسمي بالعقد إذا تبين أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تعليق انعقاد العقد على وجود المحرر الكتابي في الفرض الأول، أو على وجود المحرر الرسمي انعقاد العقد على إجراء معين. في الفرض الثاني[4]، فالمشروع بحسب ذلك هو: "قبول الإيجاب من قبل من وجه إليه مع تعليق انعقاد العقد على إجراء معين"[5].

ومرحلة المفاوضات قد تنتهي بتقديم إيجاب من أحد الطرفين للآخر، لتكون عملية العقد بذلك قد مرت من مرحلة التفاوض إلى مرحلة إبرام العقد، وأحياناً تسفر عملية التفاوض عما هو أكثر من مجرد إيجاب وأقل من العقد النهائي، أي عقد

---

[1] محمد الفاضل بوسمة، المرجع السابق، ص 168.

[2] يونس صلاح الدين علي العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010م، ص67.

[3] أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق جامعة الكويت ،ع3 ، س 25 سبتمبر 2001م، ص 289.

[4] أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، مصر، 1996م، ص 70.

[5] سليمان مرقس، الوافي في مشروع القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط 4، دار الكتب القانونية، دون سنة طبع، مصر، ص 204.

كامل تترتب عليه قوته الملزمة ولكنه لا يرتب آثار العقد النهائي المقصود؛ بل دوره يقتصر فقط عند حد التحضير للعقد النهائي، وعملية التعاقد بذلك تمر من المفاوضات إلى مرحلة تسبق إبرام العقد النهائي وهي مرحلة الاتفاق التمهيدي، وتعرف هذه المرحلة بأنها الفترة التي تلي ختام المفاوضات والتي تتضمن مجموعة من العقود الممهدة لإبرام العقد النهائي[1].

إذاً في الاتفاق التمهيدي وبحسب ما ذكر سابقاً لا يقع التحول فوراً من مرحلة المفاوضات إلى مرحلة الاتفاق المنشئ لأثار نهائية لأن الأطراف يمرون بمرحلة أخرى قبل الوصول إلى التكوين النهائي للعقد، وتوجد صور عدة للاتفاقات التمهيدية.

وقد اعتبر البعض أن خيار العدول عن العقد يدخل في نطاق مرحلة الاتفاق التمهيدية فقيل بأن العلاقة التعاقدية أثناء مهلة العدول هي وعد بالتعاقد من جانب واحد، وقيل أنها وعد بالتعاقد ملزم للطرفين.

ثانياً: نقد فكرة ربط خيار العدول بمرحلة الاتفاق التمهيدي:

إن أنصار هذه الفكرة انقسموا إلى فريقين، أحدهما اعتبر أن العلاقة التعاقدية أثناء مهلة العدول هي وعد بالتعاقد من جانب واحد، والفريق الثاني اعتبرها وعد بالتعاقد ملزم للطرفين ويمكن تأكيد عدم صحة الرأيين على النحو التالي:

[1] يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، دون سنة طبع، مصر، ص 74.

1- عدم صحة أن خيار العدول يرد بوعد بالتعاقد ملزم لطرف واحد

الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها[1] فالوعد بالتعاقد عقد؛ لأنه يقوم على إيجاب وقبول بين الواعد والمستفيد، وهو من العقود التمهيدية التي تهدف إلى التهيئة لإبرام العقد النهائي، ويتم اللجوء إلى الوعد بالتعاقد في الأحوال التي يرغب فيها الأطراف إبرام العقد محل الوعد، ولكن يتعذر عليهم ذلك لأسباب مختلفة[2] من ذلك مثلا أن يكون أحدهم في حاجة لمدة من الزمن للتفكير بشكل هادئ وجدي قبل الالتزام النهائي بالعقد.

ويرى البعض أن تقرير من الحول عن عقد الاستهلاك هو في حقيقة الأمر تطبيق الوعد واحد، معتبراً بذلك أن العلاقة بين المستهلك والمحترف أثناء فترة العقول في مجرد وعد بالتعاقد ملزم للمحترف لمصلحة المستهلك على اعتبار أن الموجود له المستفيد عد ومز الوعد إلا مرحلة أولى في إبرام العقد النهائي.

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1974م، ص 149.

[2] كأن تكون النقود المحددة كثمن غير متاحة للموعود له ما يجعله في حاجة لمدة من الزمن لتدبر ما ينقصه منها، أو أن نقصاً في البيانات أو المستندات أو المعلومات تجعل الواعد في حاجة لفترة من الزمن لتوفيرها للموعود له، والوعد بالتعاقد يلبي أيضاً العديد من الفوائد العملية في مرحلة التمهيد لإبرام عقد البيع المسبوق بعقد إيجار، كأن يرغب المستأجر مثلاً في إقامة مشروع تجاري على العين المستأجرة ويخشى عدم موافقة المؤجر على تجديد عقد الإيجار عند انقضاء مدته، فيحصل منه على وعد ببيع العين المؤجرة خلال مدة معينة.

كما أن الوعد بالتعاقد يفيد أيضاً في حالة وجود عقبات أو موانع قانونية تحول دون إبرام العقد النهائي على الفور، كوجود شرط المنع من التصرف خلال مدة معينة، أو الحاجة إلى القيام بإجراءات معينة أو الحصول على إذن من المحكمة أو صدور قرار إداري، ففي هذه الحالات قد يلجأ الطرفان إلى إبرام عقد وعد بالتعاقد.

وقد عيب على هذا الرأي بحق أنه تسبب نظام إلى نظام أخر مغاير له ومختلف عنه فاستعمال الخيار في الوعد بالعقد يترتب عليه تمام عملية التعاقد النهائي، أما خيار العدول المقرر بشأن بعض عقود الاستهلاك، فإن استعماله يترتب عليه زوال حالة التعاقد بشكل سلبي أي عدم الإبرام النهائي للعقد[1]، فالاختلاف قائم بين النظامين.

وفي محاولة لتجاوز هذا النقد أقام البعض فكرة ربط خيار العدول بمرحلة الاتفاق التمهيدي على أساس آخر، مختلف بحيث اعتبر العلاقة التعاقدية أثناء مهلة خيار العدول هي وعد ملزم للطرفين، غير أن بالرأي الأخير أيضاً موطن ضعف يمكن أن تنفذ منه سهام النقد.

2- عدم صحة أن خيار العدول يرد بوعد بالتعاقد ملزم للطرفين

إن الوعد بالتعاقد يمكن أن يكون وعداً ملزماً لطرفيه، وهو نوع لا يحقق في معظم الأحوال فائدة مؤكدة[2]، ولهذا نادراً ما يتم اللجوء إليه في العمل[3]، على أن المشرع الفرنسي قد اعتبر الأصل في دفع العربون عند التعاقد أن يكون وعداً بالتعاقد ملزماً لطرفيه، أي هو وعد يكون من حق طرفيه العدول عنه في مقابل مبلغ العربون، وذلك ما عبرت عنه المادة {1590} من القانون المدني الفرنسي بنصها على أنه إذا اقترن الوعد بالبيع بعربون كان لكل من المتعاقدين حق العدول عنه،

[1] محمود السيد خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، كلية الحقوق، جامعة حلوان، د.ت، رقم 71، ص 112.

[2] محمد علي البدوي الأزهري، مصادر الالتزام، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا،2003، ص 85.

[3] ثروت حبيب، المرجع السابق، ص 130.

فإن عدل من دفع العربون خسره، وإن عدل من قبضه وجب عليه بد ضعفه[1]، واستناداً على هذا النص اعتبر البعض أن العلاقة التعاقدية المتضمنة حق عدول التشريعي هي ذات العلاقة التي تنشأ عند التعاقد بالعربون، أي أن كلاً منها وعد بالتعاقد ملزم للطرفين يمكن لهما العدول عنه[2].

وقد انتقد هذا الرأي استناداً إلى وجود اختلاف بين النظامين، فالعدول عن عقود الاستهلاك يكون بغير ثمن، وذلك بخلاف الحال في التعاقد بالعربون[3]، كما أن النظامين يختلفان أيضاً من ناحية أن خيار العدول عن عقود الاستهلاك يتقرر لمصلحة المشتري، بينما في التعاقد بالعربون يتقرر الخيار لمصلحة طرفي العقد[4]، كما قيل أيضاً بأن النظامين يختلفان من ناحية الأساس؛ فأساس العدول المقرر كوسيلة حماية للمستهلك هو حماية رضاء الأخير بينما أساس العدول عند التعاقد بالعربون هو الثمن الذي يدفع كمقابل للعدول[5].

إن من اعتبر التعاقد بالعربون وعد ملزم للطرفين يستند في ذلك على حقيقة أن كل طرف ملزم بدفع مبلغ العربون في حال عدوله؛ فدفع العربون هو الشق أو الجانب الملزم للطرفين أما العلاقة العقدية الأصلية فهي غير ملزمة أي يمكن العدول

---

[1] –art 1590 code civil française "Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maitre de s'en départir. Celui qui les a données, en les perdant ,Et celui qui les a reçues. en statuant le double."

[2] محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 115.

[3] عبد العزيز المرسى حمود الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، ع ،23 س12، أبريل 2003م ص 184.

[4] عبد العزيز المرسى حمود، نفس المرجع، ص 185.

[5] محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، مرجع سابق، ، ص 114.

عنها، وقد سبق بيان أن الالتزام بدفع العربون هو التزام ثانوي وليس التزاماً أصلياً، وأن مصدر الالتزام بدفع العربون هو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، وبحسب ذلك من غير المنطقي اعتبار العلاقة العقدية الأصلية وعداً ملزماً لطرفيها استناداً على أن الاتفاق الذي قرر العربون يكتسب هذه الطبيعة، ثم إنه على فرض التغاضي عن هذا النقد، فكيف تحدد طبيعة الاتفاق المتضمن خياراً مجانياً بالعدول فهل من سبيل لاعتباره وعداً ملزماً للطرفين؟.

مما تقدم تبين أن العدول عن العقد يختلف عن العدول عن التعاقد ؛ أي العدول عن عملية إبرام العقد قبل اكتمالها بحيث لا يجوز إنكار وجود النظام الأول من خلال نسبة جميع صور العدول إلى النظام الثاني، كما أن العدول عن العقد الأصلي يختلف عن مجرد العدول عن عقد تحضيري أو تمهيدي، ومن ثم لا يجوز أيضاً نفي وجود الأول من خلال اعتبار أن جميع صور العدول ترد فقط على العقد التحضيري، فثمة بالفعل نظام بموجبه يكون لأحد المتعاقدين أن يعدل عن العقد الأصلي، وهذا النظام له نوع يتقرر فيه خيار العدول بموجب نص تشريعي، وهو يعد استثناء على قوة العقد الملزمة، وتأكيداً لذلك ينبغي أيضاً استبعاد الرأي القائل بأن طبيعة خيار العدول التشريعي هي مجرد طبيعة مقيدة للقوة الملزمة للعقد.

المبحث الثاني

استعمال حق العدول عن العقد كوسيلة حماية

قررت معظم قوانين الاستهلاك الحديثة منح فئة المستهلكين الحق في العدول أو حق التراجع عن إتمام العقد الإلكتروني خلال فترة زمنية معينة، كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، أي الخروج على مبدأ قدسية العقد التي نص عليها المشرع

الجزائري في المادة[1] 106 من القانون المدني الجزائري، وذلك لإعطاء المستهلك حماية أكثر.

حيث أن الحق في العدول أو ما يسمى في بعض التشريعات بالحق في الرجوع يعد من النظام العام، حيث لا يجوز حرمان المستهلك منه مقدما، ويقع باطلا كل اتفاق من شأنه أن يحد أو يقيد المستهلك من ممارسة هذا الحق[2]، ومن ثم فإنه يتعين ونحن بصدد الحديث عن استعمال حق العدول عن العقد كوسيلة حماية أن نستعرض الحق في العدول ضمانة للمستهلك الإلكتروني (المطلب الأول)، وحماية حق المستهلك في العدول (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحق في العدول ضمانة للمستهلك الإلكتروني

يعتبر حق العدول أو الرجوع عن العقد الإلكتروني ضمانة ضرورية لكسب ثقة المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، خاصة وأن تسويق التجارة الإلكترونية للسلع والخدمات يتطلب كسب ثقة العملاء، ولن يتم ذلك إلا بإعطاء المستهلك حق العدول أو الرجوع عن العقد الإلكتروني، لذلك يحرص كل تاجر على أن يبين في الإعلان التجاري عبر وسائل الاتصال الحديثة أحقية المستهلك في العدول عن العقد.

[1] الأمر رقم: 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد78، الصادرة في 1975/09/30، المعدل والمتمم.

[2] عاهد نظمي محمد دغمش، الحماية القانونية للمستهلك في التعاقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2018م ، ص 448.

المقصود بالوسائل المستحدثة هو المفهوم الذي يطلق على أي شيء يحمل المعرفة بين مصدر هذه المعرفة والمستقبل لهذه المعرفة[1]، ذلك لأن بعض العملاء أي المستهلكين لا يدركون تمتعهم بهذه الخاصية، مما يستوجب إعلامهم بها، ومن ثم نظرا لأهمية دراسة الطبيعة القانونية لحق العدول، بات لزاما علينا الوقوف العدول حق (الفرع الأول)، العدول رخصة أم خيار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العدول حق

من المعلوم أن الحقوق المالية هي إما حقوق شخصية أو حقوق عينية أو حقوق معنوية، وبناءا على ذلك هناك اتجاه من الفقه يرى أن العدول حق، لكنهم اختلفوا حول نوع هذا الحق[2] إذ هناك من يرى بأنه: حق شخصيا، وآخر يعتبره حق عينيا.

أي أن للمستهلك الدائن الحق في مطالبة المتدخل المدين وإجباره على القيام بعمل معين أو الامتناع عنه[3] حيث تقوم هذه النظرية، أي اعتبار العدول حق شخصي استنادا إلى كونه ينشأ بالاعتماد على الرابطة العقدية بين الدائن والمدين.

ووفقا لهذه النظرية فإن العدول يتمثل في السلطة الممنوحة للمستهلك في قدرته على إنهاء العقد والحيلولة دون الإبرام النهائي له[4].

---

[1] محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2007، ص 81.

[2] سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 61.

[3] سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، عدد 02، جامعة تامنغست، سنة 2018، ص17.

[4] سالم يوسف العمدة، المرجع السابق، ص 61.

وقد نص المشرع على هذه السلطة للمستهلك لحماية رضائه، فقد لا يتوفر لرضائه النضج الكافي بسبب الظروف المحيطة بالالتزام أو نقص المعلومات لديه، حيث يكون المستهلك الالكتروني طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية ولا يوجد تكافؤ بين أطراف العقد، الأمر الذي يؤدي إلى وجود اختلال في التوازن[1].

وجه النقد لهذه النظرية حيث انه عند النظر إلى الحق الشخصي نجد رابطة بين الدائن والمدين، يطالب بموجبه الدائن المدين بأداء معين من الأداءات وهو إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو القيام بإعطاء الشيء.

من هنا يتبين أن العدول لا يمكن أن يوصف بأنه حق شخصي، ذلك أن رابطة المديونية تستوجب تنفيذ الالتزام بينما لا يستلزم العدول مثل هذا التدخل من قبل المدين.

فالشخص الذي تقرر له العدول يستطيع ممارسته حتى ولو رفض الطرف المقابل ذلك، كما أن حق العدول لا يخول المستهلك السلطات التي يخولها الحق الشخصي لصاحبه، فهذا الحق في العدول يخول له فقط إما إتمام العقد أو نقضه[2].

العدول حق عيني: الحق العيني هو سلطة الشخص على شيء معين يعطيه الحق في الحصول على منافعه والتمتع به، والاحتجاج به على الكافة[3]، يرى أنصار هذا الرأي يقترب من الحق العيني تأسيسا على أنه يقع على عينة معينة، ويمنح المستهلك سلطة نقض العقد على نحو يشكل سلطة مباشرة على الشيء محل العقد أو إمضاءه.

---

[1] خالد عبد الفتاح محمد خليل، دور الإرادة في مجال العقود الإلكترونية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص 55.

[2] سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 17.

[3] رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الالكتروني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،دون سنة نشر، ص 132.

تعرضت هذه النظرية للانتقاد لكون حق العدول يصطدم مع طبيعة الحق العيني التي تعني سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، حيث أن المستهلك في العدول لا يمارس سلطة مباشرة على شيء معين بل أنه ينهي العقد الذي أبرمه متسرعا دون تروٍ أو تبصرت بإرادته المنفردة دون تدخل من المهني أي المورد، وعلى هذا فإنه لا يمارس سلطة مباشرة على العين، سواء أكانت هذه السلطة تتمثل بالتصرف أو الاستغلال أو الاستعمال لتلك العين[1].

الفرع الثاني

العدول رخصة أم خيار

إذا كان خيار المستهلك في العدول ليس حق شخصيا ولا حقا عينيا وجب علينا التطرق إليه هل هو من قبيل الرخص؟ أم أنه خيار؟.

أولا: العدول رخصة

ذهب قسم من الفقه إلى القول بأن العدول عن العقد هو رخصة، والرخصة هي أي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة[2].

إن المشرع منح للمستهلك رخصة باعتباره طرفا ضعيفا في مواجهة المهني المتفوق من حيث الخبرة الفنية والقوة الاقتصادية، وتعتبر فكرة " الرخصة " حديثة نسبيا على الفكر القانوني وهو الأمر الذي جعل معناها يكتنفه الغموض والإبهام حتى الآن.

[1] سالم يوسف العمدة، المرجع السابق، ص 62.

[2] رمزي بيد الله الحجازي، المرجع السابق، ص 132.

حيث لم يسلم أصحاب هذه النظرية من النقد على غرار النظريات السابقة وحجتهم أن الرخصة لا تمنح لشخص معين على سبيل الانفراد، كما أنها تثبت لجميع الأشخاص وتتقرر بنص تنظيمي وهذه لا ينطبع أصلا على حق العدول[1]، كما أنه وجه إليها نقد لكون الرخصة لا يتمتع بها المتعاقد فقط بل يشاركه فيها الكافة، ومثالها حرية التعاقد، حرية التنقل وهي بذلك تتميز عن الحق في أنها لا تثبت لفرد معين على سبيل الاستئثار أو الانفراد، بل تثبت لجميع الأشخاص على حد سواء.

ثانيا: العدول خيار

الخيار هو "مركز قانوني يخول صاحبه سلطة الاختيار بين بدائل محدد سلفا[2]، اعتبر أنصار هذا الاتجاه من الفقه على أن العدول لا يعد من قُبيل الرخص، حيث أن الأمر يكون قبل ممارسة خيار العدول غير مستقر ويبقى كذلك إلى أن يتدخل صاحب الخيار فتتضح وتستقر الأمور، إما أن يصبح المشتري مالكا بصفة نهائية أو يعيد المبيع مرة أخرى للبائع.

حيث أن حق الخيار يمكن الأخذ به كأحد الأسباب الرئيسية التي يقوم عليها حق المستهلك في الرجوع أو العدول عن التعاقد عن بعد، فحق العدول يضمن للمستهلك الحماية من الغش أو التدليس أو غيرها من طرق الخداع التي يمارسها التاجر الالكتروني لجمع أكبر عدد من المستهلكين لتحقيق أكبر قدر من الربح.

استنادا إلى ما سبق فمن الأفضل اعتبار العدول خيار وليس رخصة، لأن الرخصة مصطلح قانوني جديد نسبيا كما بيناه سابقا، لم يستقر الرأي القانوني على

[1] سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 17.

[2] سالم يوسف العمدة، المرجع السابق، ص 65.

معناه بعد، كما أن الخيار مصطلح معرف في الفقه الإسلامي الذي يزخر بمجموعة من الخيارات كخيار الرؤية والعيب وغيرهما[1].

لم يسلم أصحاب هذا الاتجاه من النقد لأن ممارسة المستهلك للخيار ذاته ليس متروك لمشيئته وإرادته، وإنما يجب عليه ممارسته سواءً صراحة أو ضمنا، فهو ليس كالحرية العامة إن شاء مارسها وإن شاء تركها وذلك بخلاف العدول الذي يمارسه المستهلك خلال مهلته القانونية، وإن له الاختيار بين العدول الذي يمارسه المستهلك خلال مهلته القانونية، وأن له الاختيار بين العدول أو الاستمرار في التعاقد، ويتوقف ذلك على محض إرادته، وينتج العدول أثره بمحض إرادة المستهلك دون أن يتوقف على إرادة المهني.

يرى الدكتور عاهد نظمي محمد دغمش: " أن حق العدول عن العقد الالكتروني هو بطبيعته حق وليس مجرد رخصة أو خيار، وإن كان لفظ الأخير مقترن بالحق في أغلب الأحيان لكنه من نوع خاص، يندمج به الكثير من الحقوق المدنية كحق خيار الرؤية الحق المؤقت الذي ينتهي بانتهاء المدة أو المهلة المحددة له مسبقا وغيرها من الحقوق[2].

فوفقا لقانون التجارة الالكترونية الحديثة وقوانين حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، هو بطبيعة حق بنص القانون حيث أطلقت عليه معظم القوانين لفظ " حق ".

مما يعني أن المشرع أراد أن يصنفه ضمن الحقوق، ويجب عدم السماح للمستهلك الالكتروني بممارسة حق العدول أو حق الرجوع إلا في الحالات المحددة على سبيل الحصر في القانون، وفي عقود محددة هي عقود التجارة الالكترونية،

[1] عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 204.

[2] عاهد نظمي محمد دغمش، المرجع السابق، ص 427.

حتى لا تنقلب إلى عبء في إبرام العقود وحفاظا على استقرار المعاملات التجارية العقدية، وعليه فإننا نرى أن حق العدول عن عقد التجارة الالكترونية هو حق خاص مختلط.

المطلب الثاني

حماية حق المستهلك في العدول

يعد عقد البيع من أهم العقود المسماة، فهو العمود الفقري للمعاملات الاقتصادية فكل يوم وكل ساعة وكل دقيقة يتم التعاقد بين البائع والمشتري، أو المنتج والمستهلك، سواء كان بيع فوري أو بالأجل، وسواء للخدمات أو الاستهلاك، ويعتبر العقد نافذ بمجرد التقابل بين الإيجاب والقبول.

حيث يرى الفقه[1]أنه: "حرصا من المشرع في ضمان حماية المستهلك الضعيف في العقد، أرسى حق الرجوع عن الشراء كوسيلة حمائية، لا تحول دون تمسك المستهلك بالقواعد العامة المتعلقة بالعيوب المبطلة للرضا، وترتكز الشركات التجارية الضخمة أساسا على الدعاية والتسويق للضغط على المستهلك، وإغرائه بشتى الأساليب وأمام المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية المكرسة لنمط حياة استهلاكية، يدخل المستهلك طرفا في علاقة قانونية مع التاجر، إلا أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة عادة، ذلك أن التاجر يتميز برأس المال، مما يمكنه من إملاء شروطه على المستهلك وبالتالي خشية من التسرع من المستهلك، في إبرام العقود تأثيرا بوسائل الإعلام والدعاية وعدم إعطائه الفرصة الكافية للتروي"، حيث سنتناول الدراسة في هذا المقام حق المستهلك في العدول ومبدأ القوة الملزمة للعقد (الفرع الأول)، والخصائص المميزة لخيار العدول (الفرع الثاني).

[1] أعصم أحمد حمدي إمام، أثر تشريعات حماية المستهلك على القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2018 ص 236.

الفرع الأول

حق المستهلك في العدول ومبدأ القوة الملزمة للعقد

إن معظم قوانين الاستهلاك الحديثة قررت منح المستهلك المتعاقد عن بعد من خلال الوسائل الالكترونية حق خاص ألا وهو الحق في العدول أو الحق في التراجع عن العقد المبرم، سواء كان محل التعاقد منتج أو خدمة.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري الحق في العدول حق من حقوق المستهلك الذي يحق له العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفع مصاريف إضافية، وقد عرفه بموجب التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09/18 الفقرة الثانية منه بأنه " ..... حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب ....."[1]

وقد أحال المشرع الجزائري بموجب نص المادة 19 الفقرة 04 من نفس القانون شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وآجاله وقائمة المنتوجات المعنية إلى التنظيم.

نظرا لأن المستهلك في العقود الالكترونية ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة المنتج أو الإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، لمعاينة المنتج أو الإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد.

والمستهلك إما أن يكون شخصا عاديا أو محترفا، فالمشرع يمنح هذا الخيار أو الحق لهؤلاء على حد سواء[2].

[1] قانون رقم: 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو 2018، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريد الرسمية، العدد 35، الصادر بتاريخ 13 يونيو، المعدل والمتمم للقانون رقم: 09-03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير 2009، الجريد الرسمية العدد15، الصادر بتاريخ 2009/03/08.

[2] رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص135.

من خلال ما تقدم يتضح لنا أن الحق في العدول أو كما يسمى عند بعض التشريعات الحق في الرجوع هو آلية حديثة لحماية المشتري أي المستهلك المتعاقد في ظل التطور التقني،[1] الذي لحق المتعاقد حيث أصبحت القواعد التقليدية غير كافية وغير مجدية في حماية المتعاقد الضعيف في الرابطة التعاقدية أي المستهلك.

مما استوجب على المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات التدخل لإعادة التوازن للعقد بين طرفي العلاقة التعاقدية، والتوجه إلى إضافة حماية جديدة للمستهلك عن طريق حقه في العدول عن التعاقد، الذي يعتبر من أهم الضمانات القانونية التي كرستها التشريعات الحديثة لحماية رضا المستهلك[2].

إن منح مهلة للتفكير وحق العدول تعتبر حماية متميزة في العلاقة التعاقدية وهي عبارة عن حماية مضاعفة لرضا المستهلك مما يجعلها تمثل آلية توازن معرفي نوعي بين أطراف العلاقة التعاقدية[3]، حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 106 من ق،م،ج على أنه: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، أي أنه طبقا للقواعد العامة فإن طرفي العقد لا يستطيعان أن يرجعا فيه، فمتى تم التوافق الإرادتين والتقاء الإيجاب والقبول فيتم إبرام العقد.

طبقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد فإن أي من طرفي العقد لا يستطيع أن يرجع عنه، إلا طبقا للشروط المكتوب فيه.

---

[1] سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 13.

[2] نصيرة غزالي، العربي بن مهيدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 3، كلية الحقوق، تمانغست، الجزائر، ص297.

[3] علي أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، العدول آلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 10، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2018، ص814.

يستنتج مما سبق أن حق المستهلك في العدول يفضل أن يكون محدودا فقط في العقد الإلكتروني فهو حق يتسم بالصفة التقديرية، حيث أنه حق إرادي محض يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك وفقا للضوابط القانونية[1].

ويعتبر الحق في العدول تعديا صارخا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فيما يخدم عدالة العقد بعيدا عن الاستمرار في عقد لا يستجيب لرغبات المستهلك الذي استعجل في إبرام عقد دون تمعن وتبصر، واقعا تحت تأثير إغراءات الدعاية والإعلام، مما يقتضي إعطاءه حقا في العدول بمثابة مهلة إضافية تكفل له الحفاظ على رضا سليم مستنير[2].

إن تقرر الحق في العدول من أكثر الوسائل حماية للمستهلك حيث يضرب مبدأ راسخ يعد من قبيل الثوابت، هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن حماية الطرف الضعيف في المعاملات عن بعد تبرر ابتداع قواعد لا تتفق تماما مع القواعد التقليدية للعقود لاعتبارها تتعلق بالنظام العام[3].

الفرع الثاني

الخصائص المميزة لخيار العدول

إن لخيار العدول خصائص مهمة تميزه عن الحق، كما أن للأخير صوراً محددة ليس لخيار العدول مكان بينها، وسوف يرد توضيح، عنصر التسلط على مركز قانوني (أولا)، عنصر الامتثال (ثانيا).

---

[1] عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق ص205 .

[2] علي أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 821.

[3] أعصم أحمد حمدي إيمام، أثر تشريعات حماية المستهلك على القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة،2018، ص 248.

أولاً ـ عنصر التسلط على مركز قانوني:

إن العدول يمنح للشخص قدرة على أن يؤثر بإرادته الفردية في مركز قانوني لطرف ثاني، وهو بذلك يختلف عن الحق العيني، ويختلف أيضاً عن الحق الشخصي؛ فالأول يعطي صاحبه سلطة مباشرة على شيء معيّن، والثاني يمكن صاحبه من مطالبة المدين بأداء معين، أما موضوع العدول فهو المراكز القانونية لبعض الأفراد التي يحدث بها آثاراً معينة دون أن يرتب أية التزامات على الأفراد أنفسهم[1].

والأوضاع القانونية المؤثرة تكون واضحةً عندما تنشأ عن عقد، ويمكن التمثيل لذلك بالمستفيد من وعد بالبيع من طرف واحد، فهو يكون في وضع قانوني محله المركز القانوني الناشئ عن الوعد ومحل وضعه القانوني هذا يتمثل في القدرة على تغيير هذا المركز وذلك من خلال إبرام عقد البيع، أو بالقدرة على إعدام كل رابطة قانونية بين الطرفين[2].

وذات الأمر ينطبق على صاحب خيار العدول الاتفاقي عن العقد فهو يكون في وضع يخوله التأثير في المركز القانوني الناشئ عن هذا العقد بحيث يمكنه إزالة المركز القانوني من خلال نقض العقد.

[1] – Saint–Alary–Houin. le droit de preemption, LGD J, 1979, n°510,p361.

[2] – Bénac–Schmidt. Le contrat de promesse unilatérale de vente, LGDJ, 1983,n 144 (3) p 116.

والوضع القانوني المؤثر لا بد أن يتعلق بالغير، فهو يختلف عن التصرف القانوني الذي يغير المركز القانوني لصاحبه مثل التنازل بصفة منفردة عن حق عيني.

ثانيا ـ عنصر الامتثال

مما سبق تبين أن العدول يعد من ضمن الأوضاع القانونية التي تحول أصاحبها قدرة التأثير في مركز قانوني للغير، وفي مقابل ذلك فإنها تضع الطرف الأخير في حالة امتثال وفيما يلي بيان لمفهوم الامتثال باعتباره ميزة جوهرية للعدول، ثم يلي ذلك بيان لما ينبني عن هذه الميزة من نتائج.

1- مفهوم عنصر الامتثال

إن الحق وبحسب جوهره يخلق وضعاً بين طرفين طرف إيجابي هو صاحب الحق وطرف سلبي مُحمّل بتكليف لمصلحة صاحب الحق، وفي الحق الشخصي يكون الطرف السلبي أي المدين محملاً بالتزام الوفاء بأداء معين أو بنقل ملكية شيء، وفي الحق العيني فإن التكليف الذي يحمل به الطرف السلبي هو احترام حق الطرف الآخر.

أمَّا في الوضع القانوني المؤثر في مركز الغير، فإن الطرف السلبي يكون في وضع امتثال ويعرف الامتثال بأنه: رابطة يكون شخص ما ملزم بمقتضاها بالخضوع للسيطرة التي يمارسها شخص آخر على مركزه القانوني دون أن يكلف بالقيام بعمل

معين[1]، معنى ذلك أن الطرف السلبي في الوضع القانوني المؤثر مكلف بالرضوخ فقط لأنه ليس ملزماً بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، وإنَّما هو مطالب فقط بالرضوخ وترك الأمور تجري، فمالك الحائط مثلاً مكلف بالرضوخ لإرادة صاحب العقار المجاور لعقاره صيرورة الحائط مشتركاً بينهم، وذلك في حالة ما تم الإفصاح عن هذه الإرادة طبق الشروط القانونية، أي بمعنى أنه لا يملك معارضة تحقق هذه الإرادة[2].

وعنصر الامتثال بهذا النحو يوجد في خيار العدول عن العقد؛ فالطرف الثاني في هذا العقد ليس له دوراً في إيقاع العدول، لأن العدول يتم بإرادة الطرف الذي يملك خيار العدول كما أن الطرف الثاني لا يملك منع صاحب حق خيار العدول عن ممارسة هذا الحق وفي مقابل ذلك، فإن العدول لا ينشأ التزاماً على الطرف الثاني، فكل ما ينشأ مباشرة من الجدول هو أنه يضع هذا الطرف في حالة امتثال فقط أما الآثار المترتبة عن نقض الرابطة العقدية فهي تنشأ عن نظم أخرى؛ فالالتزام برد الثمن مثلاً مصدره الإثراء بلا سبب، ولا يجوز اعتبار العدول سبباً للالتزام بالرد، أو اعتبار الأخير أثراً مباشراً للأول.

[1] – "Le lien de sujétion est "celui en vertu duquel une personne est tenue de subir l'empiètement d'une autre personne sur sa sphère juridique sans qu'on lui assigne la Hage. Chahine F. Essai d'une nouvelle classification "moindre tâche à accomplir" des droits privès, R.T.D.civ. 1982. p.705. spéc.n°48 n°48.

[2] محمد الفاضل بوسمة، المرجع السابق، ص 132.

كما أن الامتثال موجود أيضاً في الشفعة فالمشتري الأصلي يمتثل لإرادة الشفيع بدليل أن الشفيع يحل محله في عقد البيع من دون أن يملك المشتري الأصلي وسيلة قانونية تصنع الشفيع من أن يحدث هذه النتيجة ما يعني أنه يمتثل لتلك الإرادة.

2- نتائج عنصر الامتثال

إن الأوضاع القانونية المؤثرة في مركز الغير تمتاز بخاصية الامتثال وهي تقضي إلى نتيجتين: الأولى تتعلق بطريقة ممارسة تلك الأوضاع؛ إذ هي تمارس بتعبير أحادي عن الإرادة والنتيجة الثانية تفيد أن الأوضاع المؤثرة لا تتعرض لخطر الامتناع عن التنفيذ.

أ- العدول يقع بتعبير أحادي عن الإرادة:

إن التأثير في مركز الغير يتم من خلال نشاط فردي، بحيث لا يحتاج إلى تدخل الطرف الآخر بأي نشاط يصدر عنه[1]، والامتثال يختلف عن الالتزام من هذه الناحية؛ فتغيير المركز القانوني في حالة الالتزام يكون بتدخل الطرف السلبي (المدين) من خلال تنفيذ الالتزام لأن التنفيذ هو الذي يحدث التغيير في المركز القانوني، أما في حالة الامتثال فالأمر مختلف فتغيير المركز القانوني يتم بمجرد تعبير الطرف الإيجابي عن إرادة هذا التغيير.

والتعبير عن إرادة التأثير يتخذ أشكالاً عدة بحسب نوع الوضع القانوني، فقد يتم التعبير عن طريق دعوى قضائية، أو من خلال تصرف مادي، أو عن طريق تظلم

[1] aint-Alary-Houinc, Le droit de préemption. L.G.D.J. 1979. n°511,p215.

إداري، وهو يكون في شكل تصرف قانوني أحادي عندما يتعلق الوضع القانوني برابطة عقدية، كما في خيار في العدول[1].

ب ـ الامتناع عن التنفيذ غير متاح في العدول عن العقد:

إن قوام الوضع المؤثر بما في ذلك خيار العدول هو السلطة التي تمكن صاحبه من تغيير مركز قانوني دون مشاركة الطرف السلبي، فذلك يتم من خلال تصرف فردي وبالإضافة إلى ذلك، فإن صاحب المركز القانوني لا يملك وسائل قانونية تجعله يمنع وقوع التأثير في مركزه[2].

ويجب التفرقة بين التأثير في مركز الغير وبين الحقوق التي تترتب عن الوضعية القانونية الجديدة فبالعودة إلى مثال حق الحصول على الملكية المشتركة للحائط، فإن مالك الحائط لا يملك معارضة إرادة جاره في أن يصبح الحائط مشتركاً بينهما، فبموجب عنصر الامتثال يكون تعبير الجار عن إرادته – من يملك التأثير – كافٍ لتحقق الأثر القانوني في مواجهة مالك الحائط، ولكن قد يعمد الأخير إلى منع من اشترك في ملكية الحائط من الانتفاع بحقوقه كشريك في الملكية، ولكن هذا السلوك لا يعد امتناعاً عن تنفيذ الأثر الذي تم إيقاعه، وإنما هو تعدي على الحق العيني الذي نشأ من هذا التأثير[3]، وكذلك الشأن في خيار العدول؛ فإن الطرف الثاني لا يملك أن يعارض إرادة صاحب الخيار في أن يعدل عن العقد.

---

[1] عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س 2، ع1، مصر 1964، ص 16.

[2] محمد الفاضل بوسمة، المرجع السابق، ص 137.

[3] محمد الفاضل بوسمة، المرجع السابق، ص 138.

الفصل الثاني

تنظيم العدول عن عقد الاستهلاك بقواعد تشريعية خاصة

إن العدول الاتفاقي لا يصطدم بمبدأ القوة الملزمة للعقد، أي هو لا يخرق هذه القوة، وهذه الطبيعة تفتح مجالا لاستعمال العدول الاتفاقي كوسيلة حماية عامة.

غير أن العقد ينشئ رابطة لا تحل بإرادة أحد المتعاقدين، أي أن الأصل في العقد اللزوم والعدول الاتفاقي يشكل استثناء عن هذا الأصل، أما العدول التشريعي فإنه يصطدم بمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإقراره يمثل خرقا لهذه القوة، فهل مع ذلك يمكن استعماله كوسيلة حماية خاصة بعقود الاستهلاك، فيقرر وتسن له بعض الأحكام بقواعد خاصة.

وتبعا لذلك سيخصص القيود المفروضة لضمان عدم تعسف المستهلك في استعمال الحق في العدول (المبحث الأول)، الوقاية بالالتزام بالإعلام كآلية للحد من تعسف المستهلك في استعمال الحق في العدول (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القيود المفروضة لضمان عدم تعسف المستهلك

في استعمال الحق في العدول

إن استعمال خيار العدول كوسيلة حماية للمستهلك يقتضي بحسب ما سبق بيانه تقرير الخيار وتحديد نطاقه في حالات معينة، كما انه يقتضي أيضاً تحديد مهلة لممارسة خيار العدول (المطلب أول)، ومن أحكام وضمانات خاصة بممارسة الحق في العدول في عقود الاستهلاك (المطلب ثاني)

المطلب الأول

مهلة خيار العدول عن عقد الاستهلاك

إن للخيار التشريعي. كما بينا من قبل – طبيعة استثنائية، وذلك تبعاً لأن الأصل في العقود اللزوم، وأن تكون ذات قوة ملزمة، والخيار التشريعي يخرق هذين الأصلين المهمين، وتبعاً لذلك فإن الخيار ينبغي أن يكون مؤقتاً بمدة معينة تحدد له، بحيث إذا مرت تلك المدة من دون أن يمارس الخيار سقط الأخير واستعاد العقد لزومه وقوته الملزمة وينبغي في تحديد مهلة العدول الموازنة بين ضرورة الاحتفاظ للمستهلك بفترة كافية للتأمل والتفكير من جهة، ومراعاة مصلحة المحترف في استقرار المعاملة من جهة أخرى؛ إذ ليس من العدل الإبقاء على مصير العقد خاضعاً لسيطرة وتسلط المستهلك لمدة طويلة من الزمن.

وبناء على ما تقدم يجب التطرق إلى أن الحق في العدول مبدأ عام في عقود الاستهلاك (الفرع الأول)، وقد ورد بالتشريعات المقارنة التي استعملت الحق في العدول قواعد تشريعية نظمت مهلة العدول (الفرع الثاني)، الذي خصص لهذا الغرض، على أن يخصص لدراسة القواعد التشريعية التي نظمت مهلة العدول في التشريع الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول

خيار العدول مبدأ عام في عقود الاستهلاك الإلكترونية

من المعلوم أن العقد الإلكتروني يمتاز بخاصية أساسية تتمثل في كونه يبرم ما بين غائبين من حيث المكان، حاضرين من حيث الزمان، ففيه تتم عملية تبادل

البيانات والمعلومات بما في ذلك الإيجاب والقبول بين المتعاقدين من خلال الوسيط الإلكتروني، ومن خلاله يمكن إجراء معاينة افتراضية لمحل العقد، وبحسب ذلك، فإن المستهلك يتعرض لمخاطر حقيقية عند إبرامه عقود الاستهلاك الإلكترونية، فعملية التعاقد تتم بسرعة كبيرة الأمر الذي يحد من فرص التفكير والتدبر في بنود العقد، كما أن الصور والأوصاف الإلكترونية تعد عاملاً ذا تأثير قوي في حث المستهلك وإغرائه على التعاقد، وتخلق انطباعاً غير حقيقي عن السلعة أو الخدمة المعروضة، كما تمتاز العقود الإلكترونية بأنها تبرم من خلال أسلوب العرض والإيجاب الذي يتسلل إلى موطن الحياة الشخصية والعائلية للمستهلك[1].

ثم إن دور المفاوضات يتقلص في العقود الالكترونية؛ فهذه العقود تبرم عادة من خلال شروط وبنود نموذجية تعد على هيئة وثيقة الكترونية توجه إلى المستهلكين كافة من دون أن تطرح للنقاش أو المفاوضة[2]، الأمر الذي يبدو معه العقد الإلكتروني قريباً من أن يكون أحد تطبيقات عقود الإذعان، ومن أجل الحد من مخاطر وسلبيات العقود الإلكترونية، ولزيادة ثقة المستهلك بالتجارة الإلكترونية، فإن الاتجاه السائد بالقوانين المقارنة يقرر الحق في العدول كأصل أو مبدأ عام في جميع عقود الاستهلاك الإلكترونية.

واعتبار خيار العدول مبدأ في عقود الاستهلاك الإلكترونية موقف معتمد ببعض تشريعات البلاد العربية، ومن ذلك، تونس، ولبنان على سبيل المثال.

[1] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006م، ص 148.

[2] منصور حاتم محسن، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة المحقق، الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، ع.2، س 4، 2112م ، ص 2.

الفرع الثاني

مهلة خيار العدول عن عقد الاستهلاك في بعض التشريعات المقارنة

إن مهلة خيار العدول تنظم بقاعدة تشريعية مركبة من شقين: الأول يحدد مدة المهلة والشق الثاني يضع آلية معينة لاحتسابها؛ وفيما يخص مدة المهلة؛ فإن التشريعات المقارنة بدت متقاربة في تحديد تلك المدة؛ فالقانون المغربي مثلاً حدد مهلة العدول بمدة لا تزيد عن سبعة أيام في جميع الحالات التي استعمل فيها خيار العدول، وهذه الحالات هي عقد البيع في المنازل والعقود المبرمة عن بعد وعقود الائتمان الاستهلاكي.

أما القانون اللبناني لحماية المستهلك؛ فقد حدد مهلة العدول بعشرة أيام وذلك في الحالتين التي استعمل فيهما خيار العدول كوسيلة حماية ، وهما العقود التي تبرم عن بعد، العقود التي تبرم في محل إقامة المستهلك، وذات الموقف تبناه المشرع التونسي حيث حدد هو أيضاً السقف الزمني لخيار العدول بعشرة أيام في كل الحالات التي استعمل فيها الخيار كوسيلة حماية وهذه الحالات هي العقود التي تبرم بوسائل إلكترونية، وعقد البيع بالتقسيط، وعقد الإيواء السياحي بنظام اقتسام الوقت.

أما القانون المصري فقد نص على مدة ممارسة حق العدول في المادة الثامنة من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006، كما يلي: (... للمستهلك خلال 14 يوما من تسلم أية سلعة، الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها

من أجله. ويلتزم المورد في هذه الحالة بناء على طلب المستهلك، بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أي تكلفة إضافية)[1].

أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك الكويتي فقد نص بموجب المادة العاشرة منه، على أن للمستهلك خلال أربعة عشر يوما من تسلم أي سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها، ولا مانع من أن تكون المدة أطول باتفاق أطراف العقد، ويمكن أيضا أن تكون المدة أقصر إذا ما قدرت اللجنة الوطنية لحماية المستهلك ذلك بالنظر لطبيعة السلعة[2].

ويلاحظ في هذا الصدد، أن التوجيه الأوروبي في شأن حماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد، قد اعتمد طريقة مختلفة في تحديد مدة خيار العدول؛ حيث جعل هذا التوجيه لخيار العدول مدّة أصلية لا تقل عن سبعة أيام عمل المادة، على أن مدة الخيار تكون ثلاثة أشهر، وذلك فيما لو أن المورد لم يزود المستهلك بالمعلومات التي ألزم بتقديمها المادة من التوجيه، وقد أبان التوجيه الأوروبي عن حكم يتعلق بحالة قيام المورد خلال الثلاثة أشهر بتزويد المستهلك بالمعلومات المشار إليها؛ حيث تقرر أنه يبدأ اعتباراً من تاريخ تزويد المستهلك بالمعلومات في احتساب مدة السبعة أيام المحددة كمدة أصلية.

[1] سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 22.

[2] عدنان إبراهيم سرحان، تقييم النصوص الناظمة لحق المستهلك في الرجوع عن العقد في قانون حماية المستهلك الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1، السنة السادسة، الكويت، 2018. ص 223.

الفرع الثالث

مهلة خيار العدول عن عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري رغم تكريسه لحق العدول في المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية، إلا أنه لم يبين أحكامه (الشروط والآجال والآثار، وكذلك العقود المستثنية منه)، كما فعلت جلت التشريعات التي أقرته، ومن بينها التشريعات التي سبق ذكرها[1].

نصت المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري على[2] " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: "....، شروط وآجال العدول عند الاقتضاء .....".

فهنا المشرع الجزائري لم يلزم المورد الالكتروني، سوى بتقديم المعلومات المتعلقة بشروط وآجال العدول، فنستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري ترك المجال للمورد الإلكتروني في تنظيم حق العدول، سواء في إقراره أو في مدته وشروط ممارسته.

[1] خلوي نصيرة، نويس نبيل، حق العدول عن العقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، العدد 12، سنة 2018، ص 178.

[2] القانون رقم: 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439، الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 28، الصادرة بتاريخ: 16 مايو 2018.

والحق في العدول مكفول للمستهلك بقوة القانون، هذا ما يستشف من نص المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية، إضافة إلى أنه لا يحتاج إلى أي اتفاق بشأنه، ويخضع لمشيئة المستهلك دون غيره.

إن المشرع الجزائري وبدرجة أقل المشرع المصري لم يوفقا في النص على الحق في العدول، بصورة تمكن المستهلك من التمتع بالحماية مثلما فعل المشرع الفرنسي والمشرع اللبناني.

ما سبق كان عن مدة مهلة خيار العدول؛ ولكن ماذا عن طريقة احتسابها؛ فما هو وقت بدأ احتساب مهلة خيار العدول؟.

إن التشريعات المقارنة التي سبق بيانها ميزت في احتساب مدة مهلة الخيار بين السلع والخدمات؛ فمهلة العدول تبدأ فيما يتعلق بالسلع من تاريخ استلام المستهلك للسلعة بينما المهلة تبدأ فيما يتعلق بالخدمات من تاريخ إبرام العقد.

حيث تختلف باختلاف محل العقد، فإذا كان محل العقد سلعا أي منتوجات، فإن بدأ سريان المدة يكون من يوم تسلم المنتوج، وإذا كان المحل هو خدمة، فيكون بدأ سريان المدة من يوم تقديمها.

لم يحدد المشرع من يقع عليه إثبات واقعة التسلم، فالأصل أن يقع الإثبات على عاتق المهني لإثبات تاريخ التسليم، فما دام أن واقعة التسليم مادية فيجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات المعروفة في القواعد العامة ومنها الإثبات بالشهود والكتابة وغيرها.

المطلب الثاني

أحكام وضمانات خاصة بممارسة الحق في العدول في عقود الاستهلاك

بداية تجدر الإشارة إلى أن قانون التجارة الإلكترونية لم ترد به أية قواعد تشريعية تنظم طريقة ممارسة حق العدول ، ولما كان العدول تصرف إرادي ينبغي التعبير عنه لكي يوجد، ومن ثُمَّ ينتج أثاره القانونية، لذا فإنه تثار في هذا الصدد مسألة تتعلق بطريقة التعبير عن إرادة العدول عن عقد الاستهلاك، فهل هذه العملية في حاجة لقواعد تشريعية خاصة تنظمها، أم أن الأحكام العامة تفي كلياً بهذا الغرض؟.

وذات السؤال يمكن أن يثار في شأن آثار العدول؛ فهل ثمة حاجة تستدعي سن قواعد تشريعية تتعلق بهذه الآثار؟.

بيان ذلك سيكون من خلال فرعين مستقلين، أحدهما للحديث عن طريقة ممارسة خيار العدول (الفرع الأول)، والثاني للحديث عن آثار العدول عن عقد الاستهلاك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طريقة التصريح بالعدول عن عقد الاستهلاك

من المعلوم أن الإرادة الكامنة عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء ولا يعلم بها من الناس إلا صاحبها[1]، ولذلك ينبغي التعبير عن الإرادة بأحد مظاهر التعبير

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 144.

الصريح أو الضمني حتى تكتسب مظهراً خارجياً يمكنها من أداء دورها في خلق أي تصرف قانوني، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 60 من القانون المدني، حيث جاء فيها " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا[1].

وما يهم الآن هو معرفة طريقة التعبير عن إرادة العدول عن عقد الاستهلاك؛ فهل حددت التشريعات المقارنة شكلاً معيناً للتعبير عن إرادة العدول، أم أن العدول هو تصرف مجرد من أي شكل؟

لم يرد بالقواعد الخاصة بحماية المستهلك في قانون التجارة الإلكترونية حكم يحدد طريقة التصريح بالعدول مما يعني أن التصريح به يخضع كلياً للقواعد العامة، ولذا فهو يمكن أن يتم شفهياً أو كتابياً، كما سبق والإشارة إلى طرق التعبير في المادة 60 من القانون المدني، كما أنه يمكن أن يكون تعبيراً صريحاً أو ضمنياً.

غير أنه وتبعاً لحاجة صاحب الخيار لإثبات عدوله عن العقد، فإنه يبدو من المفيد؛ بل من الضروري تنظيم وسيلة التصريح بالعدول في بعض الحالات، وهذا ما كان من بعض التشريعات المقارنة ومن ذلك أنه تقرر بالمملكة المغربية في شأن عمليات البيع في المنازل، أن هذه العمليات ينبغي أن تبرم في عقد مكتوب، وعلى

[1] أنظر المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

المحترف أن يسلم نسخة منه إلى المستهلك وقت إبرام العقد كما يجب تضمين العقد استمارة قابلة للاقتطاع؛ وذلك لتسهيل ممارسة خيار العدول، .والعدول يتم من خلال إرسال الاستمارة القابلة للاقتطاع من العقد بواسطة أية وسيلة تثبت التوصيل[1] وذات الطريقة طبقت أيضاً في شأن العدول عن عقود الائتمان الاستهلاكي، حيث يجب أن يسبق كل عملية قرض عرض مسبق لتلك العملية[2]، ويجب أن يرفق مع العرض استمارة قابلة للاقتطاع، والعدول عن عقد الائتمان الاستهلاكي يتم من خلال إيداع الاستمارة لدى المقرض، ويلتزم الأخير بأن يسلم للمستهلك إيصالاً يحمل ختمه وتوقيعه[3].

فالإلزام بالإعلام يعد من أبرز الضمانات التشريعية المتعلقة بممارسة خيار العدول؛ غير أن ترك مسألة تحديد شروط وإجراءات العدول للمحترف دون قيد يمكن أن يضعف هذه الوسيلة؛ إذ قد يشترط المحترف حصول العدول في محله التجاري وقد يقتضي ذلك انتقال المستهلك إلى مكان بعيد عن مكان إقامته ، ولهذا يبدو من المفيد تقرير حكم يقيد شروط وإجراءات العدول التي يحددها المحترف، كأن يترك للمحترف تحديد تلك الشروط والإجراءات بشرط أن يتم ذلك من خلال وسيلة إلكترونية، أو أية وسيلة أخرى لا تتطلب انتقال المستهلك عن مكان إقامته.

[1] نص عليها المشرع المغربي في نص المادة {49} من قانون حماية المستهلك،

[2] حيث تقررت بموجب المادة {77} من قانون حماية المستهلك بالمملكة المغربية: أنه يجب أن يسبق كل عملية قرض منصوص عليها في المادة (74) عرض مسبق للقرض يحرر بكيفية تمكن المقترض من تقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكن أن يتعهد به وشروط تنفيذ العقد المذكور.

[3] أنظر المادة (85) من قانون حماية المستهلك بالمملكة المغربية.

ولمّا كان المشرع الجزائري لم يقرر نصاً يقرر ضمانة إعلام المستهلك بشروط وإجراءات العدول، لذلك نرى أن يضمن القانون حكماً يقضى بأنه: "يجب على المحترف إعلام المستهلك مسبقاً بشروط وإجراءات العدول عن العقد الإلكتروني، على أن يكون العدول من خلال وسيلة إلكترونية أو أية وسيلة أخرى تتم في محل إقامة المستهلك".

الفرع الثاني

آثار العدول عن عقد الاستهلاك

إن العدول يزيل العقد بأثر رجعي، أي يجعله كأن لم يكن من قبل[1]، وزوال العقد يعد الأثر أو النتيجة الوحيدة التي تنبني عن العدول بصورة مباشرة وتلقائية، وزوال العقد بهذه الكيفية أمر ملازم للعدول، ومن ثم لا حاجة لأن يقرر أو يؤكد بنص تشريعي.

ولكن ماذا عن النتائج التي تترتب بصورة غير مباشرة عن العدول؛ فكيف يعاد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد؛ فهل تكفي القواعد العامة لحكم المسائل المتعلقة بهذا الأمر، أم أن ثمة حاجة لتدخل المشرع بقواعد خاصة؟.

بزوال العقد بالعدول يتعين على كل طرف أن يرد للطرف الآخر ما تلقاه منه، هذا الالتزام يجد أساسه في واقعة الإثراء بلا سبب متمثلة في صورة دفع غير المستحق، فالردّ يخضع إذاً لحكم القواعد العامة المتعلقة بدفع غير المستحق؛ غير أن ردّ غير المستحق قد يستغرق وقتاً طويلاً؛ وذلك يحد دون شك من فاعلية وسيلة

[1] لما كان العقد يزول عندما ينحل بسبب العدول عنه، فإنه ينبني عن ذلك عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، وتطبق أحكام القواعد العامة.

العدول؛ فهل يمكن تجاوز هذه المعضلة من خلال سن قاعدة تشريعية تمنع المحترف من أن يستلم أي مبلغ من المستهلك أثناء مهلة العدول؟.

إن ذلك ولا شك حل غير مناسب لطبيعة المعاملات الإلكترونية؛ إذ من غير الممكن مطالبة المحترف بأن يرسل سلعة عن بعد من دون أن يستلم ثمنها مقدماً، ولهذا فإن التشريعات المعنية تبنت حلاً آخراً مختلفاً، بأن حددت هذه التشريعات أجلاً يتعين على المحترف أن يرد الثمن خلاله للمستهلك، والأجل تحدد في بعض التشريعات بخمسة عشر يوماً، وتحدد في تشريعات دول أخرى بعشرة أيام فقط، ولقد أشار المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 23، في القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية على أنه يجب على المورد إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل 15 يوما من تاريخ استلامه للمنتوج[1].

وأياً كان الأجل المعتمد فإنه في حاجة لتحديد وقت البدء في احتسابه، ويلاحظ على قانون حماية المستهلك بالمملكة المغربية أنه انفرد بحكم خاص لهذه المسألة؛ حيث تقرر أنه " عند ممارسة حق التراجع يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملاً على الفور، وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوماً الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور، ويعاب على هذا النص أنه لم يراع حق المحترف في استرجاع السلع المسلّمة إلى المستهلك؛ حيث جعل مدة الالتزام بالرد تبدأ اعتباراً من تاريخ ممارسة حق العدول دون النظر إلى تاريخ إعادة السلعة إلى المحترف، ما يعني أن الأخير قد يجد نفسه ملزماً برد الثمن في وقت لم يستعيد فيه السلعة من المستهلك.

[1] نصت المادة 15، في فقرتها الأخيرة من قانون التجارة الالكترونية رقم: 18-05 المشار إليه سابقا على أنه: " .... يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه للمنتوج.

إن الأثر الجوهري لهذا العدول هو إلزام التاجر برد ما حصل عليه بمقتضى العقد الذي أبرمه مع المستهلك وهو " مقابل" المنتج أو الخدمة محل التعاقد و ذلك خلال الأجل الذي يحدده القانون، فالمستهلك لن يحصل على المنتج أو الخدمة بعد عدوله عن العقد، ومن ثم كان من حقه استرداد ما سبق أن دفعه إلى التاجر مقابل المنتج أو الخدمة.

مما سبق يمكن تأكيد أن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد مسألة مهمة، وأنه لا ينبغي ترك هذه المسألة بشكل كلي لحكم القواعد العامة؛ حيث توجد مخاوف من أن يمتنع أو يتأخر المورد في رد المبلغ المدفوع من المستهلك، وهذا يحد كثيراً من فاعلية وسيلة خيار العدول، ولهذا يعاب على المشرع أنه لم يخص هذه المسألة بقاعدة تشريعية تعزز وسيلة خيار العدول من هذه الناحية.

وما نخلص إليه على انه يعد خيار المستهلك في العدول عن التعاقد الالكتروني حقا تقديريا يخضع لتقريره، فإذا لم يمارس المستهلك خياره في العدول خلال المدة المقررة قانونا، صار عقد الاستهلاك الالكتروني عقدا لازما وواجب التنفيذ من قبل طرفيه، أما في حالة ممارسة المستهلك لخيار العدول وفق الشروط والروابط المنصوص عليها في قانون التجارة الالكترونية سالف الذكر، فعندئذ يترتب على المهني (المورد) الآثار السابق ذكرها.

المبحث الثاني

الوقاية بالالتزام بالإعلام كآلية للحد من تعسف المستهلك

في استعمال الحق في العدول

أنشأ القضاء الفرنسي التزاما بالإعلام على عاتق منتجي وبائعي السلع والخدمات حيال مستهلكيها، وفي مرحلة لاحقة، كرست التشريعات المختلفة هذا الالتزام بنصوص صريحة، ومن بينها المشرع الجزائري، وقد أثار هذا الالتزام التساؤل حول مضمونه من حيث ماهية المعلومات التي يلتزم المهني الإدلاء بها للمستهلك بما يمكنه من استعمال المنتج على خير وجه دون أن يهدده هذا الاستعمال بمخاطر في نفسه أو في ماله وكذا مبررات فرض الالتزام بالإعلام، ولهذا ارتأينا أن نتطرق إلى مضمون الالتزام بالإعلام (المطلب الأول)، ومبررات فرض الالتزام بالإعلام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مضمون الالتزام بالإعلام

تكمن الحكمة في فرض التزام على عاتق المهني بتزويد المستهلك بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة باستعمال المنتج في تمكين هذا الأخير من تحقيق أقصى استفادة ممكنة من المبيع بحيث يؤدي الغرض المقصود من شرائه على أكمل وجه، فضلا عن حماية أمن المستهلك بتجنيبه مخاطر ومضار هذا الاستعمال.

ويقتضي ذلك إحاطة المستهلك علما بكافة المعلومات ذات الصلة بطريقة استعمال المنتج وتشغيله فضلا عن ظروف هذا الاستعمال وضوابطه وذلك ضمان لأمن وسلامة المستهلك التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش، إذ أن المشرع ألزم المهني بتوفير وتقديم المعلومات

والمعطيات التي تسمح للمستهلك من التأكد عند الشراء، أنه يقتني منتوجا أو يتلقى خدمة تلبي رغباته المشروعة ومطابقة لمعايير النوعية والنظافة والأمن وتناسب مدخوله، وهكذا فقد أنشأ المشرع التزاما خاصا بالإعلام بالمنتوج (الفرع الأول)، والإعلام بالأسعار وشروط البيع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإعلام الخاص بالمنتوج

ضمان أمن وسلامة المستهلك هدف أساسي يسعى المشرع لتحقيقه من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش، إذ أنه خصص له عدة فصول في هذا الأخير أي قانون حماية المستهلك وقمع الغش بفرض ضمان أمن وسلامة المستهلك، وذلك بفرض التزامات قانونية بالإعلام على عاتق المهني وذلك من شأنها تجنيب المستهلك مخاطر استعمال أو استهلاك السلعة أو المنتوج المعروض عليه ويظهر ذلك من خلال إلزام كل متدخل في عملية عرض السلع والمنتجات للاستهلاك أن يُدرج التعليمات المحتملة الخاصة باستعماله وإتلافه وكذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج "وتبيان" فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتوج خاصة الأطفال "وهو ما نصت عليه المادة 10 في البندين 3 و 4 منها[1].

ولقد أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على الالتزام بتزويد المستهلك بكافة المعلومات التي تمكنه من الإلمام بالطريقة المثلى لاستخدام المنتج أو تشغيله، ورتب المسؤولية على مخالفة هذا الالتزام.

[1] فرحات ريموش، الالتزام بالإعلام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014، ص 224.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بالتعويض لصالح أحد الرسامين في مواجهة إحدى الشركات المنتجة لنوع من المعجون الذي يستخدم في تجهيز اللوحات الفنية، والذي كان قد استخدمه في تجهيز لوحاته، حيث كان مشترو هذه اللوحات قد طالبوا بفسخ عقودهم معه على إثر تشققها وضياع معالم الرسوم فيها بعد فترة من شرائها، وقد تبين للرسام أن هذه التشققات يرجع سببها إلى المعجون الأبيض الذي استخدمه في خلفيات لوحاته، وقد أسست المحكمة حكمها بالتعويض لصالح الرسام، على أن الشركة المنتجة لم توضح كيفية استخدام المعجون، كما أنها لم تنبه إلى إمكانية حدوث تشققات معينة في اللوحات التي يستخدم فيها حال عدم إتباع أسلوب معين في تجهيزه[1].

من الملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المادة 10 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، يفرض تقديم إرشادات ومعلومات تتضمن كيفية استخدام السلعة أو المنتوج بطريقة صحيحة، وتحذير المستهلك وتنبيهه إلى المخاطر التي يمكن أن تنجر على سوء الاستخدام أو عن سوء إتلاف المنتوج المستعمل[2].

ولكي يحقق العلم بكيفية استعمال المنتج الهدف المرجو منه، يكون من المفيد أن يُلم المستهلك بالوظيفة التي يناط بها المنتج تأديتها، وحدود فعالية هذه الوظيفة.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن البائع يلتزم بأن يوضح للمشتري حدود فعالية جهاز "الرادار" المستخدم في المراقبة، إذ أنه قد نجم عن كتمان ذلك سرقة محل المشتري الذي قام بتركيب جهاز "رادار" لم تثبت فعالية كشف السارق[3].

---

[1] منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،مصر، 2013، ص51.

[2] فرحات ريموش، المرجع السابق، ص 224.

[3] منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص51.

وإذا كانت هناك فئة معينة أكثر عرضة للخطر من غيرها، يتوجب على الصانع أو الموزع التنبيه إلى ذلك، خاصة عندما يتعلق الأمر بالأطفال باعتبارهم غير قادرين على أخذ الحيطة والحذر من تلقاء أنفسهم، مما يتوجب لفت انتباه الأولياء للخطر المحدق بأبنائهم.

إن الالتزام بالإعلام طبقا للمادة 17 من القانون09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش يعد مبدأ عام يلزم بمقتضاه المتدخل بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج.

ونشير إلى أن المشرع لم يكتفي بالمبدأ العام المشار إليه بل أصدر مراسيم تضع على عاتق المهنيين التزاما بالإعلام محددا من ناحية المضمون بهدف تزويد المستهلك بإعلام موضوعيا خالصا يسمح له باتخاذ قرار صادر عن رضا متبصر مستنير.

ويتجلى اهتمام المشرع بجعل المستهلك في نفس مستوى المهني من حيث العلم، ويضفي حماية كبيرة للمستهلك إذ أن المادة 03 من قانون 09-03، تمنح للمستهلك الحق في معرفة الخصائص والمميزات حسب طبيعة كل منتوج وكل خدمة دون النص ولو بصفة ضمنية على البحث عن هذه المعلومات على عاتق المستهلك بعناية الرجل العادي[1].

إن تكريس التوازن في عقود الاستهلاك يتضح كما يرى بعض الفقه بإقامة قرنية العلم على عاتق المهني وقرنية الجهل لفائدة المستهلك، أما مضمون الالتزام بالإعلام والذي يكفل التوازن المرجو كان بتدخل المشرع بتنظيم عملية الاستهلاك، وذلك

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 239.

بتحديد البيانات والمعلومات التي تتعلق بالمنتوجات (أولا)، والمعلومات الخاصة بالخدمة (ثانيا).

لقد جاء قانون 09-03 وطبقا للمادة 03 منه بتبيان أن المنتوج هو كل سلعة أو خدمة موجهة للاستهلاك بمقابل أو مجانا، يلتزم المهني بضمان إعلام المستهلك بدءا من التغليف ثم إلزامية الوسم الذي يتم عن طريق إعلام المستهلك بكل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتوج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريق وضعها، كما ألزم المهني بالمعلومات الخاصة بالخدمة[1].

أولا: المعلومات الخاصة بالسلع

تلزم المادة 10 من قانون 09-03 باحترام أمن المنتوج عند وضعه للاستهلاك بعد عرض المنتوج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله أو إتلافه وكذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج.

كما تنص المادة 11 من القانون 09-03على أن المنتوج المعروض يجب أن يستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك، وذلك بتوفير بيانات تبين طبيعة وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ومقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.

[1] انظر قانون رقم 03.09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (الجريدة الرسمية عدد15 ل 08 مارس 2009 الذي ألغى أحكام القانون 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 جريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 08 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

ويُعدد المشرع وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام وذلك في نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 13-378 المحدد لشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك " أن يتم إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للمنتوج"[1].

كما أن المشرع الجزائري عرف الوسم في المرسوم التنفيذي رقم 05-484 في المادة 02 منه حيث اعتبرت أن الوسم "كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض يظهر على البطاقة الذي يرفق بالمنتوج أو يوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع"

وتشير المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، إلى كيفية إعلام المستهلك بالمواد الغذائية الغير معبأة مسبقا والمعروضة للبيع على المستهلك بواسطة تسمية البيع مدونة على لافتة أو أي وسيلة أخرى.

وتشدُد المشرع في المادة 09 من المرسوم نفسه على أن يحمل تغليف المواد الغذائية المعبأة مسبقا كل المعلومات ثم لا يترك تحديد مضمون هذه المعلومات للمهني بل بفرض البيانات الإلزامية للوسم في المادة 12 من المرسوم نفسه حسب المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 ، 15 بيان منها : تسمية البيع للمادة الغذائية، قائمة المكونات.....الخ.

كما أشار في المادة 02 من المرسوم نفسه "أن يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع علامة أو إعلان أو بأي وسيلة أخرى مناسبة تفي بغرض إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للمنتوج".

[1] المرسوم التنفيذي رقم: 13-378، المؤرخ في 09-11-2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية، العدد 58، الصادرة بتاريخ: 2013/11/18.

إن جميع هذه المعلومات يجب أن تكون في متناول المستهلك بدون غموض وبطريقة واضحة ومفهومة وإلا عوقب الموجب عند إخلاله بتنفيذ التزاماته هذا بغرامة[1].

ثانيا: المعلومات الخاصة بالخدمة

تستهدف الخدمات كالسلع المادية تلبية حاجيات المستهلكين، كما أنها قد تكون مصدر تهديد بإلحاق الضرر بهم، فالأضرار المتولدة عند استهلاك الخدمات لا تقل ضراوة عن الأضرار التي ترتبها السلع المادية.

وقد عرفت المادة الأولى من قانون حماية المستهلك المصري 67-2006 المنتجات بأنها "السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص..."[2].

كما قرنت المادة لـ111 -1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي مصطلح "مقدم الخدمة" بمصطلح "بائع السلعة".

كما توحي المادة 51 من المرسوم التنفيذي 13-378 المحدد لشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، بتطبيق الأحكام الواردة في هذا المرسوم على مجال الخدمات، إذ لا يختلف الالتزام بالإعلام في مجال الخدمة عن الذي يكون في مجال المنتوج والسلع.

ويتم الإعلام بأية آلية طبقا لم جاء في المادة 52 من المرسوم التنفيذي 13-378 إذ تنص "يجب على مقدم الخدمة إعلام المستهلك عن طريق الإشهار أو الإعلام أو بواسطة أي طريقة أخرى مناسبة، بالخدمات المقدمة والتعريفات والحدود المحتملة للمسؤولية التعاقدية والشروط الخاصة بتقديم الخدمة".

[1] منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 133.

[2] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 244.

كما يشترط المشرع ويلزم مقدم الخدمة بأن يقوم بإعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة وذلك قبل إبرام العقد، وفي حالة عدم وجود عقد مكتوب يطبق هذا الالتزام قبل بداية الخدمة، وهذا نصت عليه المادة 53 من المرسوم نفسه، ويشترط المشرع أوصاف للبيانات المصرح بها بأن تكون واضحة وغير غامضة ولا تؤدي إلى أية لبس في ذهن المستهلك وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 54 من المرسوم الوارد سابقا بما يلي "يجب على مقدم الخدمة أن يضع تحت تصرف المستهلك بصفة واضحة ودون لبس المعلومات الآتية:

- اسم أو عنوان الشركة أو العنوان والمعلومات الخاصة بمقدم الخدمة،
- الشروط العامة المطبقة على العقد[1].

وتبدو أهمية الالتزام بالإعلام في عقود الخدمات بالنظر إلى أن مقدم الخدمة يقوم عادة بالإعلان عنها من خلال عرض مزاياها والتجهيزات المستخدمة في أدائها، لا سيما وأن مستهلكي الخدمات لا يمكنهم، بالنظر لطبيعتها اللامادية، تقييم جودة الخدمة المقدمة إليهم والحكم عليها قبل استهلاكها بالفعل[2].

ويعد عقد الرحلة من أهم عقود الاستهلاك التي يرد محلها على تقديم خدمة، ويحتل الالتزام بالإعلام فيه مكانة كبيرة، حيث تقف وكالات السياحة والسفر في مركز المهني المتخصص في علاقاتها بالمستهلك الخدمات السياحية "العميل-السائح" ويستتبع اكتساب العميل في عقد الرحلة صفة المستهلك ضرورة الاعتراف له بجميع الحقوق المقررة لطائفة المستهلكين، ومنها حقه في الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بوسائل النقل وأماكن الزيارة والجولات السياحية ومخاطر الرحلة والاحتياطات الواجبة لتجنب وقوع أية حوادث.

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 244.

[2] منى ابو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 137.

وكثيرا ما نشهد قيام وكالات السياحة والسفر بتنظيم رحلات شاملة تتولى الإعلان عنها وتدعوا الجمهور للاشتراك فيها مقابل دفع مبلغ من النقود يشمل حجز التذاكر وأماكن الإقامة إلى جانب الخدمات السياحية الأخرى كما هو الحال في رحلات الحج والعمرة[1].

وقد عنى المشرع بتنظيم هذه النوعية من العقود وحقوق العملاء فيها وبصفة خاصة حقهم في الحصول على المعلومات باعتباره أحد الالتزامات الواقعة على منظم الرحلة.

الفرع الثاني

الإعلام بالأسعار وشروط البيع

أوجب المشرع مبدأ إعلام المستهلك بالأسعار وذلك طبقا للمادة 04 من القانون 02.04 التي تفرض على البائع الإعلان عن السعر فأشارت "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات...."

والمشرع لم يكتفي بهذا النص الملزم بإعلام المستهلك بالأسعار ولم يترك المجال للبائع في اختيار الكيفية التي يعلم بها المستهلك، بل أعطى شروط لآليات إعلان السعر حددتها المواد 05-06-07 من القانون 04-02، إذ يجب أن تكون مكتوبة ومرئية ومقروءة، أن يكون الوزن أو الكم أو العدد الذي يقابل السعر المعلن عنه واضحا، كما يجب أن توافق الأسعار أو التعريفات المعلنة المبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء سلعة أو الحصول على خدمة حتى لا يفاجأ المتعاقد من وجوب دفع مصاريف إضافية لم يتضمنها السعر المعلن عنه[2].

[1] منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 134.

[2] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 247.

كما تعتبر الشروط المتعلقة بالبيع ذات أهمية لما لها من أثر على رضا المستهلك ودورها في التحفيز على التعاقد والمادة 04 من القانون 04-02 التي نصت " يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن....بشروط البيع"

ولقد نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي 06-306 سالف الذكر، على ما يلي "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

الثابت أن الالتزام بالإعلام بشروط البيع من شأنه أن يقيم توازن بين أطراف العلاقة العقدية، في العلم بكل ما يعد ضروري للمتعاقد ومؤثر في اتخاذ قرار التعاقد.

يتضح مما تقدم أن المشرع يُلح على الالتزام بالإعلام من خلال سواء التوسع في مجال الالتزام بالإعلام إذا تعلق الأمر بالأوصاف المادية للسلع أو الخدمات أو بطرق وتقنيات إيصال هذا الإعلام كآلية وقائية من كل اختلال يعتري توازن العقد.

المطلب الثاني

مبررات فرض الالتزام بالإعلام

إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام يفرضه مبدأ حسن النية، الذي يجب أن يسود قبل إبرام العقد وأثناء تنفيذه، كما تفرضه مبادئ الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى التعاون بين المتعاقدين، والالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ليس التزاما عقديا لأنه ينشأ قبل العقد، وليس من المعقول أن ينشأ التزام قبل نشوء مصدره، والالتزام قبل التعاقدي بالإعلام تعتبر وسيلة من وسائل إعادة التوازن في العلم بين طرفي العقد، لتحقيق المساواة بين الطرفين في المرحلة السابقة على العقد، وهي المرحلة

التي يبحث فيها الرضا عن أسباب صحته[1]، ولقد أشار البعض إلى أن عدم المساواة بين المتعاقدين في العلم هو من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام[2]، ولذلك سنقوم بإثبات أن انعدام المساواة في الجانب المعرفي أدى إلى فرض الالتزام بالإعلام (الفرع الأول)، ومن ثم التطورات الاقتصادية (الفرع الثاني)، والشكلية المصاحبة لالتزام قبل التعاقدي بالإعلام (الفرع الثالث).

الفرع الأول

انعدام المساواة في الجانب المعرفي

إن انعدام المساواة في الجانب المعرفي بين طرفي العلاقة التعاقدية، أدى إلى خلق نوع من عدم التكافؤ حيث أن الكثير من المتعاقدين، عاجزين عن الإحاطة بظروف التعاقد وملابساته، سواء أكان محل العقد سلعة أو خدمة، وهذا ما قد يؤدي إلى الإضرار بالمستهلك في صحته وسلامته أو في أمواله لدى استعماله سلعة معينة أو انتفاعه من خدمة مقدمة إليه[3]، الأمر الذي أدى ببعض الفقه إلى القول بأن الإذعان قد اتخذ شكلا جديدا، اختلف به عن صورته التقليدية، تمثل ذلك في خضوع المتعاقد عديم الخبرة والدراية، للمتعاقد الآخر ذو العلم، والمعرفة الواسعة، فيُقبل على إبرام العقد وهو جاهل بجوانب هامة متصلة به[4].

وفي هذا السياق يُشير الفقيه الفرنسي جوستيان إلى أن مبدأ حسن النية في العقود يقتضي مواجهة عدم التكافؤ بين طرفي العقد، من حيث العلم بظروف التعاقد،

[1] إبراهيم داوود، "الوقاية القانونية من عدم التوازن في العقود الاستهلاكية"، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، مصر ص 274.

[2] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 233.

[3] منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 121.

[4] لتفصيل أكثر أنظر، عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 206.

وذلك بفرض التزام بالإعلام قبل تعاقد، على الأقل في حال الجهل المشروع، أي عندما يستحيل فيها على أحد الطرفين أن يعلم بهذه الظروف[1].

أي أن الالتزام بالإعلام يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومن ثم فهو ليس التزام خاصا بعقد معين، وإنما التزام عام ينطبق في جميع العقود، إلا أن التطبيق العلمي قد أوضح أهمية وجوده في بعض العقود، أكثر من بعضها الآخر، استنادا إلى صفة أطراف العقد وطبيعة محله[2].

إن الالتزام بالإعلام هو وسيلة فعالة في تحقيق التوازن بين المتعاقدين حيث يلتزم أحد الطرفين في العقد بأن يقدم كل ما هو من شأنه أن يساهم في تبصير الطرف الآخر، وذلك بأن يقدم له ليس فقط مزايا العقد وكفى، بل يقدم له أيضا العيوب التي يؤدي إليها تنفيذ العقد، وأيضا الظروف التي من شأنها تقليل الفوائد التي ينتظرها من هذا العقد، كما يجب عليه أيضا أن يلفت انتباهه إلى كل الشروط والظروف التي من شأنها أن تحد من حقوقه أو توسع من دائرة التزاماته وهذا الالتزام يشترط توافره قبل إبرام العقد، وهي فترة نشأة الرضا، ولا ينبغي أن يكون القيام به سابق على العقد بفترة طويلة[3].

لذلك اتجهت جهود المشرع، 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 للعلاقة التعاقدية الواجب تحقيقها في المرحلة السابقة على التعاقد[4].

---

[1] لتفصيل أكثر أنظر منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 99.

[2] منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق ، ص 100.

[3] إبراهيم داوود، المرجع السابق، ص 283.

[4] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 208.

الفرع الثاني

التطورات الاقتصادية

كان للتقدم العلمي والتقني أثره في تطور الآلة بمختلف أشكالها ووظائفها، وما تبع ذلك من ظهور كم هائل من المنتجات التي وإن ساهمت في تيسير حياة الإنسان بما وفرته له من أسباب الرفاهية، إلا أن استخدام تقنيات متطورة في إنتاجها جعلتها تتسم بالتعقيد الفني ومن ثم صار استهلاكها محاطا بمخاطر جمة، تهدد مستهلكيها بإلحاق أضرار بالغة بأرواحهم وأموالهم[1] كما أن التطور الاقتصادي والتكنولوجي جعل أطراف العلاقة العقدية في اختلال من حيث جهل المتعاقد بخصائص وتركيب السلع التي يقدم على التعاقد عليها لإشباع احتياجاته من خلال ما ينتجه المهني من سلع (أولا)، وسرعة إبرام المعاملات (ثانيا)، وهذه النتائج من بين العوامل التي أدت إلى ضرورة فرض الالتزام بالإعلام.

أولا: التدفق المتزايد للسلع

لقد ساهم التقدم العلمي في تطوير العلمي في تطوير الآلة مما أدى إلي وفرة وتنوع الإنتاج، وهو ما أدى إلى دفع عجلة الاقتصاد[2]، حيث تنوعت المبادلات والمنتوجات واختلفت استخداماتها وتطورت الخدمات بشكل لا مثيل له، وكل هذا غير وأحدث علاقات حديثة بين المنتجين والبائعين والمستهلكين، حيث أصبح المستهلك يقبل على إشباع حاجياته دون دراية بالمنتوجات التي يقتنيها ولا يفرق بين الكمالي والضروري والقديم والحديث والمناسب لحاجاته من عدمه[3].

---

[1] منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص7.

[2] السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد– دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة لحماية المستهلك–، الدار الجامعية للطباعة والنشر،الإسكندرية، مصر، 2003، ص 11.

[3] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 234.

كما أنه ساهم هذا التدفق المتزايد للسلع في تنامي الضعف المعرفي للمستهلك، أي افتقاره للمعرفة الوافية بطبيعة السلعة أو الخدمة محل المعاملة وخصائصها الجوهرية، ونقص الخبرة التي تؤهله لفحص المنتجات والوقوف على مدى مطابقتها للمواصفات والكشف عما يشوبها من عيوب أو يكمُن فيها من مخاطر، وهو ما أدى إلى اختلال واقعي في العلاقات العقدية التي تربط بين هاذين الطرفين[1].

ثانيا: سرعة إبرام المعاملات

إن السرعة في إبرام العقود والمعاملات التجارية، أي مبدأ الرضائية (تطابق الإيجاب والقبول) أدى إلى انعدام المساواة بين المتعاقدين في المعارف والمعلومات، خاصة أن المعاملات أصبحت تتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة (شبكة الانترنت) أي التجارة الالكترونية أو ما يسمى بالتجارة على الخط "commerce en ligne" والتي عرفها المشرع الفرنسي بأنها "مجموعة من المبادلات الرقمية الخاصة بأنشطة تجارية في إطار سيل لا ينقطع من المعلومات، لتتم مبادلات تتعلق بالمنتجات والخدمات"[2].

مما يؤدي ذلك إلى تفويت الفرصة على المستهلك البسيط في أخذ الوقت الكافي الذي يحتاجه لتنوير بصيرته قبل الإقدام على التعاقد.

ثالثا: التنظيم القانوني المطرد والمعقد

لما كان القانون يعود إليه أمر تحديد الإطار القانوني لتنظيم العلاقات الاقتصادية وتنظيم الكيفيات الملائمة لإرضاء حاجيات المستهلك، فالمشرع يتدخل لينظم العلاقات التعاقدية وإشباع حاجات المستهلك، فهو بذلك مضطر إلى مسايرة السرعة الاقتصادية وأن ينسجم مع التطورات الاقتصادية والعملية وهذا ما أدى إلى

[1] منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 8.

[2] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 209.

كثرة التدخلات والتدابير التشريعية من تعديلات وإلغاءات، وتكرارها تحول دون معرفتها أو معرفة محتواها، وهذا من بين أسباب تعميق اختلال التوازن بين الطرفين فتعمق جهل المتعاقد إلى جانب جهله بخصائص السلع[1].

الفرع الثالث

الشكلية المصاحبة للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام

إن النص على ضرورة وجود كتابة تحتوي على معومات إجبارية يعكس رغبة المشرع في ضمان رضا متبصر للمستهلك، فالشكلية تعتبر هنا مصدر لتبصير المستهلك، بمعني أن الهدف من الشكلية هو توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك ولتأكيد رضاه العقدي.

فإن كانت الرضائية تتناقض مع الشكلية، إلا أن الشكلية المقصودة في هذا الصدد ليس الهدف منها اصطناع قوالب جامدة لتكوين العقد، بل التي من شأنها تأكيد توافق إرادتي المتعاقدين، فهي ليست مجردة عن الرضا، وبشكل آخر الشكلية ليست مقصودة لذاتها، بل هي وسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين طرفين غير متكافئين أي من شأنهما تحقيق مبدأ المساواة[2].

هذه الشكلية يمكن تسميتها بالشكلية التبصيرية أو الشكلية الحمائية، وهي نوع جديد من الشكلية يختلف عن الشكلية التقليدية المعروفة في النظرية العامة للعقد، لأنها تكمل الموضوع من اجل حماية الطرف الضعيف.

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 235.

[2] إبراهيم داوود، المرجع السابق، ص 290.

وتتميز هذه الشكلية التبصيرية بخصائص تجعلها مختلفة عن الشكلية التقليدية على النحو الآتي[1]:

أولا: تتميز هده الشكلية بأنها شكلية جزئية وليست كلية، بمعنى أنها لا تتعلق سوى ببعض أوجه التصرف القانوني.

ثانيا: تتميز بأنها شكلية غائية فهذه الشكلية تركز على المحتوى والموضوع، وذلك بإخطار الغير بموضوع التصرف لتبصيره وإعطائه الوسائل الدفاعية في حالة النزاع، وفي الأخير أن الأصل في التعامل هو 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 لقاعدة عامة لا يلزم طرفيه إلا بعد تطابق الإرادتين.

ومن ناحية أخرى فإنه لا يوجد نص صريح في كثير من التشريعات يفرض التزاما بالإعلام على أحد طرفي العقد[2] إلا أن تكريس التوازن في عقود الاستهلاك يتضح كما يرى بعض الفقه، بإقامة قرنية العلم على عاتق المهني وقرينة الجهل لفائدة المستهلك، أما مضمون الالتزام بالإعلام والذي يكفل التوازن المرجو كان بتدخل المشرع بتنظيم عقد الاستهلاك وذلك بتحديد محل الالتزام بالإعلام[3].

[1] إبراهيم داوود، المرجع السابق، ص 291.

[2] درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص 204.

[3] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 240.

تهدف هذه الدراسة إلى إيجاد نوع من التوازن في العقود وخاصة العقود الاستهلاكية ولعل أفضل طريقة لتحقيق هذه الغاية هي الوسائل الوقائية، لكن أثبتت الدراسات عدم فاعلية هذه الوسائل في تحقيق التوازن المطلوب في ظل النظرية العامة للعقد، ويرجع السبب الرئيسي في ذلك إما إلى عدم كفاية المبادئ والأفكار العامة لنظرية العقد وإما إلى عدم جرأة القضاء في الاستناد إلى هذه الأفكار.

لذا رأى جانب من الفقه أن أفضل الطرق لتحقيق التوازن في العقود وخاصة كما قلنا الاستهلاكية هو سد النقص في النظرية العامة للعقد والعمل على إحياء وتجديد المبادئ العامة بها، سواء عن طريق اللجوء إلى الحلول والأفكار الموجودة في العقود والقوانين الخاصة والقانون المقارن أو بتحضير حلول وأفكار جديدة في ظل النظرية العامة.

لعل أفضل ما ينادي بيه غالبية الفقه هو ضرورة اللجوء لسن تشريع خاص للاستهلاك خاصة إذا علمنا أن الفقه الفرنسي في جانب منه يرى أن تقنين الاستهلاك الفرنسي لم يصل حتى الآن إلى أن يثبت وجوده كفرع من فروع القانون وأنه مهدد بالزوال في المستقبل.

الخاتمة

هكذا انهينا هذه الدراسة التي كرسناها للبحث في موضوع الحرية التعاقدية بين القواعد التقليدية والقوانين المستحدثة، هذا الموضوع الذي كان معالج في إطار أحكام القانون الجزائري مع الاستئناس بالتشريعات المقارنة وآراء الفقه ورجال القانون، لأن مسألة البحث في مبدأ الحرية التعاقدية لم تكن إشكالية تقتصر على القانون الجزائري فحسب بل هي موضع اهتمام كل القوانين والتشريعات ومحور نقاش فقهي كبير قديما وحديثا.

حيث لم تعد القواعد في القوانين المدنية تستطيع حماية المتعاقد كما في السابق، حيث تتصف غالبية العقود التي يبرمها بالتسرع الذي لا يستطيع معه التروي والتأني، قبل اتخاذ قراره في إبرام العقد، وهذا راجع إلى التطور التكنولوجي الحاصل ورغبة المتعاقد أي المستهلك في قضاء حاجته وإشباع رغباته ومتطلباته عبر وسائل الاتصالات الحديثة واستعمال المورد أساليب مؤثرة لجلب أكبر فئة من المستهلكين من بينها الدعاية والإعلان.

في ختام دراستنا لهذا الموضوع المهم، وهو الحرية التعاقدية بين القواعد التقليدية والقوانين المستحدثة، لا بد من بيان أهم النتائج التي تم التوصل إليها، والتوصيات المهمة المتعلقة بالموضوع كالتالي:

أولا: النتائج.

- معنى الحرية هو "القدرة على التصرف ضمن قيود مقبولة"، وهذه القيود تأخذ شكل القانون الذي ينبغي أن يكون مقبولا من قبل الناس، أي أن أساس القانون يجب أن يكون في رضاء المجتمع.
- إن القول بمبدأ الحرية في التصرف يقتضي إعطاء الإرادة حرية في التعبير عن نفسها بالطريقة التي تريدها، صريحة كانت أم ضمنية، مادام أن تعبيرها هذا

يعتبر تعبيراً كافياً في الدلالة على توجهها إلى ابرام التصرف القانوني، وتحمل الالتزامات المترتبة عليه، أما الحق في العدول فيستلزم أن المشرع قد حدد طريقة معينة تلتزم الإرادة بإتباعها

– يمكن إقامة أساس خضوع الأفراد للقانون على مزيج من الخضوع الإجباري والاختياري، يكمل أحدهما الآخر، بحيث يمكن أن يؤدي هذا التكامل إلى تحقيق أعلى درجات سيادة القانون.

– تبين لنا من استعراضنا لمبدأ الحرية التعاقدية في القوانين الرومانية، ومن ثم المراحل التي مرت بها في العصر الحديث، أن لفكرة الحرية التعاقدية تأصيلا وأساسا في كل مرحلة من المراحل، من خلال التقييدات العديدة التي تفرض على الإرادة في كل تشريع من التشريعات.

– بعدما كان مبدأ الحرية التعاقدية من المقدسات التي لا يمكن المساس بها، ضربت الحرية التعاقدية في العمق لاصطدامها بقيم وأفكار جديدة، جاءت لكبح الإعمال المطلق بهذا المبدأ، ولإعادة التوازن المفقود للمراكز القانونية في العلاقات التعاقدية والالتزامات الناشئة عنها، وهذا ما أدى إلى تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقود التي تفتقر إلى التوازن العقدي بين أطرافها، وذلك بمنحه المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا الحق في العدول عن العقد بعد إبرامه، وهذا ما شكل استثناءاً وخرقا واضحا لمبدأ القوة الملزمة للعقد بحيث لم يعد يعمل به على إطلاقه، إنما تضاءل هذا المبدأ إلى حد كبير في العقود التي يبرمها المستهلك عن بعد أو محل إقامته، بحيث أصبحت هذه العقود غير ملزمة لجانب المستهلك الذي قد يتسرع في إبرامها.

– إن مبدأ الحرية التعاقدية وما انبثق عنها من مبادئ مثل مبدأ "العد شريعة المتعاقدين"، لم يعد لهما الأثر السابق من مغالاة وتمجيد للحرية التعاقدية، ولم يعد دور المشرع والقاضي سلبيا بل أصبح هذا الدور إيجابيا وفاعلا في تحقيق الحماية القانونية التي يتوخاها المشرع من منح السلطة التقديرية للقاضي، من أجل تحقيق مبادئ العدالة ورفع مظاهر الظلم والاستبداد عن المتعاقدين.

– أنه من نتيجة مغالاة أنصار مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعادين إلى حد اعتبار أن الإرادة لها مطلق الحرية في تكوين العقد وترتيب آثاره دون أية قيود تحد منها، ما دفع التشريعات الحديثة إلى فرض عدداً من القيود، منها ما يتصل بنطاق إبرام العقد "مبدأ الرضائية" كقيد النظام العام والآداب العامة والشكلية القانونية، ومنها ما يتعلق بنطاق الاتصال بأثر العقد "شريعة المتعاقدين"، مثل إنهاء العقد بالإرادة المنفردة حسب الأحوال وتعديل القاضي لبنود العقد.

– إن المقصود بحق العدول هو أسلوب محدد يفرضه المشرع للتعبير عن الإرادة حيث لا يعتد بالإرادة التي يتم التعبير عنها بأي أسلوب آخر غير الذي فرضه المشرع، لأن ذلك يعد ممارسة لحرية التعبير عن الإرادة، أي تطبيقا لمبدأ الرضائية وليس خروجا عنه.

– إن وسيلة الحق في العدول تسري فقط في مواجهة الطرف الذي يتحقق فيه وصف المحترف وذلك يأتي من كون الخيار وسيلة خاصة بعقد الاستهلاك، أي أن العقد الذي يبرمه المستهلك مع محترف لغرض إشباع حاجاته الشخصية غير المهنية. إن المشرع الجزائري في الآونة الأخيرة قد قطع شوطا لا يستهان به في مجال إيجاد طرق ووسائل لحماية المستهلك الالكتروني اقتداء بالتشريعات المقارنة، ،

والتي تعمل على تكريس الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني ، حيث يعتبر هو الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية في عقود التجارة الالكترونية، وذلك بإعطائه الحق في العدول ورد المبيع، هذه النصوص القانونية تترجم رغبة الإرادة التشريعية في السعي قدما لتحقيق نوع من التوازن والتكافؤ للالتزامات ولحقوق مختلفة.

– إن الحق في العدول عن العقد هو رخصة وآلية قانونية أساسية لضمان حماية فعالة للمستهلك المتعاقد، حيث يستطيع المستهلك أن ينقض العقد دون الحاجة إلى تدخل الطرف الأخر، أو أن يقدم تبريرا لذلك، أو أن تكون ضرورة إلى إثبات وجود عيب أو خلل في السلعة أو الخدمة، ويترتب على هذا الحق أثر رجعي حيث يرجع طرفي العقد إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، كما يمكن للمستهلك المطالبة بالتعويض.

– إن تخويل المستهلك الالكتروني لهذا الحق، أي حق العدول ورد المبيع وإخضاعه لمطلق السلطة التقديرية له، أي دون إلزامه بتقديم مبررات (كما فعل المشرع المصري) سيفتح المجال لتعسفه في استعمال هذا الحق وبالتالي فهو إضرار بالمهني.

– إن المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري في إطار الاهتمام بالمستهلك في عقود التجارة الالكترونية لازالت بعيدة عن الصورة والشكل النهائي لها، نظرا للغموض والإبهام والنقائص اللاحقة بالنصوص القانونية المنظمة للمعاملات الالكترونية، حيث لم تحدد كيفية الرجوع، ولا كيفية استرداد المنتوج، وهذا يعد قصورا تشريعيا.

التوصيات

- إضافة بعض الأحكام القانونية لحق العدول، ليكون التنظيم أشمل، ويجعل مهمة القضاء أسهل، إذ لا تكفي القواعد العامة دائما للتطبيق على حق العدول، ومن المسائل الهامة التي تستحق الإضافة والتنظيم، التزامات الأطراف بعد العدول ومسؤوليتهم، وتقديم بعض الاستثناءات الاسترشادية على حق العدول

- لتحقيق حماية فعالة للمستهلك الإلكتروني، نتمنى من المشرع التعامل مع الحق في العدول على اعتباره أنه قاعدة من النظام العام، وليس قاعدة قانونية مكملة

- نوصي بضرورة بقاء الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، لحصول المستهلك على معلومات واضحة وكاملة عن السلعة أو الخدمة التي يشتريها، وتغطية للنقص في القواعد العامة المتمثل بغياب هذا الالتزام

- لما كان المشرع الجزائري لم يقرر نصا، يقرر ضمانة إعلام المستهلك بشروط وإجراءات العدول، لذلك نرى أن يضمن القانون حكماً يقضي بأنه "يجب على المحترف إعلام المستهلك مسبقا بشروط وإجراءات العدول عن العقد الإلكتروني، على أن يكون العدول من خلال وسيلة إلكترونية أو أية وسيلة أخرى تتم محل إقامة المستهلك

عدم تقييد المستهلك بوسيلة أو بصيغة بعينها عند مباشرته لحقه في العدول، وأي وسيلة يستخدمها المستهلك سواء كانت تقليدية أو رقمية ليعبر بها عن عدوله تكون صحيحة، شريطة أن يثبت إعلام المحترف بممارسته العدول.

ومن ثم نرى أنه من الضروري التدخل من جديد لإعادة النظر في مسألة حق العدول، وذلك بتقييد الحق في العدول للمستهلك، والسماح به في حالة عدم مطابقة السلعة أو الخدمة كما فعل المشرع المصري، وضرورة تنظيم كيفية العدول في عقود الخدمات الإلكترونية، نظرا لما يثيره من صعوبات عملية.

قائمة المصادر والمراجع

I. قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية

- **القرآن الكريم برواية ورش عن نافع المدني**

أولا: الكتب

1. الكتب العامة

- أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، دار الفكر العربي، مصر، 1963.
- أحمد محمد شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، 1999.
- توفيق حسن فرج وجلال علي العدوي، النظرية العامة للالتزام، ط3، منشورات الحلبي، بيروت، 2002.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.
- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010م.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة، مصر، 2006.
- رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر، 1984م.
- زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، دار هومة، الجزائر، 2013.
- سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر اللبناني، لبنان، 1987.

- سليمان مرقس، الوافي في مشروع القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، دار الكتب القانونية، دون سنة نشر، مصر.
- سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985م.
- صوفي حسين أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، 1964م.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مطبعة النهضة، القاهرة، مصر، 1954م.
- عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة الثالثة، الكويت، 1982م.
- عبد المجيد الحفناوي، دراسات في القانون الروماني، الدار الجامعية للنشر، القاهرة، مصر، 1986م.
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1974م.
- عكاشة محمد عبد العال، القانون الروماني، الدار الجامعية، بيروت، 1988م.
- علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، ط3، موفم للنشر، الجزائر،2013م.
- القاضي حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، مصر، 1943م

- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1998م.
- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2009م.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، الجزائر، 2004م.
- محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2011م.
- محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2009م.
- محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2012م.
- محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، ط1، دون دار نشر، مصر، 1978م.
- محمد علي البدوي الأزهري، مصادر الالتزام، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ليبيا،2003م.
- محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970م.
- محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996م.

- محمود عبد المجيد المغربي، الوجيز في القوانين، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، مصر، 1979م
- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002م.
- نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، دار النهضة العربية،1977م.
- وليد صلاح مرسي ،رمضان القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، الجامعة الجديدة، 2009م.
- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ط1، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة موازنة، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010م.

2. الكتب المتخصصة

- أعصم أحمد حمدي إمام، أثر تشريعات حماية المستهلك على القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2018م.
- أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018م.
- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، ط2، دار هومة الجزائر، 2010م.

- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الشكلية في إبرام التصرفات –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي والفقه–، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011م.
- حسين عبد الباسط الجمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996م.
- حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007م.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل، دور الإرادة في مجال العقود الإلكترونية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2019م.
- خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020م.
- رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة نشر.
- سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008م.
- سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، ط1 ، دار الفكر اللبناني، لبنان، 1987م.
- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998م.

- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة لحماية المستهلك، دار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2003م.
- شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، 2013م.
- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، الأردن، 2008م.
- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012م.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، القاهرة، 2002م.
- محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013م.
- مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016م.
- نسرين حسين ناصر الدين، القوة الملزمة للعقد في ظل قانون حماية المستهلك، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018م.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات

1. الأطروحات:

- أحمد أبو الحسين عبد السيد، الشكلية في الشرائع القانونية القديمة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008م.
- حازم عبد الكريم حمودة، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2016م.
- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016م.
- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ، 2013-2014م.
- عاطف كمال مسلم الشوابكة، سلطة القاضي في تفسير وتعديل العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2018م.
- عاهد نظمي محمد دغمش، الحماية القانونية للمستهلك في التعاقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2018م.
- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، 2014-2015م.
- فرحات ريموش، الالتزام بالإعلام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013-2014م.

- محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر.
- نصر الدين أحمد يوسف الصفحان، خيار العدول عن العقد كوسيلة حماية قانونية في نطاق عقود الاستهلاك العادية والإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2017م.

2. المذكرات:

- دحمون حفيظ، التوازن العقدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012م.
- راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2010-2011م.
- سامية غديرة معتوق، الحماية الجزائية للمستهلك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2001-2002م
- عبد الرحمن بن عايد بن خالد العايد، أسباب انحلال العقود المالية، مذكرة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 2002م.
- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008م.

ثالثا: المقالات

– أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق جامعة الكويت ،ع3 ، س 25 سبتمبر 2001م.

–بركان فضيلة، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 09، العدد 02، جامعة خنشلة، 2022م.

– بشار طلال المومني، نحو تشريع خاص لحماية المستهلك في مراحل العقد في القانون الأردني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 02،الكويت، 2018م.

– بن حملة سامي، أصول الحرية التعاقدية وضوابطها في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث في العقود وقانون العمل، العدد الخامس، 2018.

– ثامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد 20، جانفي 2009م.

– حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقيات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية ، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 13،ع2، 2005م.

– خلوي نصيرة، نويس نبيل، حق العدول عن العقد الاستهلاكي الإلكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، العدد 12، ديسمبر، 2016 م.

- رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديالي للبحوث الانسانية، العدد64، كلية القانون والعلوم السياسية، العراق 2014.
- سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، جامعة تمانغست، السنة 2018.
- عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س 2، ع1،مصر، 1964م.
- عبد العزيز المرسى حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، ع 23، س 12، مصر، أبريل 2003م.
- عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 02، المجلد 34، جامعة قسنطينة، 2020م.
- عدنان إبراهيم سرحان، تقييم النصوص الناظمة لحق المستهلك في الرجوع عن العقد في قانون حماية المستهلك الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1، السنة السادسة، الكويت، 2018م.
- عسالي صباح، مبدأ حسن النية كمعيار لحماية المتعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 03، المجلد 14،الجزائر، 2021م.

- علي أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، العدول آلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 10، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2018م.
- علي أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، العدول آلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، المجلد الثاني، جامعة المسيلة، جوان 2018م.
- محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث والاعتبار الموضوعي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 02، جامعة الكويت 2018م.
- نصيرة غزالي، العربي بن مهيدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة آفاق علمية، جامعة تامنغست، المجلد 11، العدد 03، 2019م.
- نور الهدى كرميش، الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 17، العدد 01، 2020م.
- هشام بلخنفر، الحق في الرجوع كآلية لحماية المستهلك المتعاقد عن بعد، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، الرباط، المغرب، العدد 12، دون سنة نشر.

رابعا: النصوص القانونية

1. القوانين والأوامر

- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78 لسنة 1975م، المعدل والمتمم.

- قانون رقم: 03-09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد15، الصادرة بتاريخ: 08 مارس 2009.

- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، عدد 41 الصادرة بتاريخ: 27 جوان 2004.

- القانون رقم: 10-06 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق 15 أوت 2010، الجريدة الرسمية، عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، المتمم للقانون 04-02 يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

- القانون رقم: 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439، الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 28، الصادرة بتاريخ: 16 مايو 2018.

- قانون رقم: 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو 2018، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريد الرسمية العدد 35، الصادر بتاريخ 13 يونيو، المعدل والمتمم.

2. المراسيم والتنظيمات

- مرسوم تنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية جريدة رسمية، عدد 56 بتاريخ سبتمبر 2006.

المرسوم التنفيذي رقم: 08-44، المؤرخ في:10 فبراير 2008، الجريدة الرسمية، العدد 07 بتاريخ ، المؤرخ في 18 نوفمبر 2013 المعدل والمتمم للقانون رقم: 06-306.

- المرسوم التنفيذي 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، المؤرخ في 2013/11/09، الجريدة الرسمية، العدد 58 مؤرخ في 2013/11/18.

II. قائمة المراجع والمصادر باللغة الأجنبية

- Bénac-Schmidt. Le contrat de promesse unilatérale de vente, LGDJ, 1983,n 144.

- Chahine F. Essai d'une nouvelle classification "moindre tâche à accomplir" des droits privès, R.T.D.civ. 1982. spéc.n°48 n°48.

- F. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires de la vente d'immeuble, Sirey, Coll. Immobilier Droit et Gestion, 1988, n° 204.

- Farnçois Ameli, Droit Civil, Les obligations, Montchrestien : Paris, 1997 .

- Mousseron .J.M, Techniquecontractuelle, Ed .Francis Lefebvre 1998.

- Philippe BRUN, Le droit de revenir sur son engagement, Droit et Patrimoine, n 60, mai1998.

- Saint-Alary-Houin. le droit de preemption, LGD J, 1979, n°510.

- Yves Picod, Le devoir de loyaute dans l'exécution du contrat, Tome 208, L.G.D.J : Paris, 1989.

الفهرس

الفهرس

مقدمة..... 1
الباب الأول: الحرية التعاقدية في القواعد التقليدية 8
الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية 11
المبحث الأول: المراحل التي مر بها مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية 12
المطلب الأول: نظرة تاريخية في مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية 13
الفرع الأول مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الرومانية..... 13
أولا: تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة: 16
ثانيا: العوامل الاقتصادية:..... 17
ثالثا: العوامل السياسية: 17
الفرع الثاني: مبدأ سلطان الإرادة في عصر ما قبل الإسلام 18
المطلب الثاني: المقصود بمبدأ سلطان الإرادة 21
الفرع الأول:إن لإرادة تكفي وحدها لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام22
الفرع الثاني: إن الإرادة حرة في تعيين الآثار التي تترتب على العقد أو العمل
القانوني..... 23
الفرع الثالث: أساس مبدأ الحرية التعاقدية 25
أولا: الحرية أساس النشاط:..... 26
ثانيا: المساواة:..... 26
الفرع الرابع: النتائج المترتبة على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة التعاقدية..... 27
الفرع الخامس: تحليل مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية من حيث الشكل والموضوع 29
المبحث الثاني: دور سلطان الإرادة في إرساء مبدأ حرية التعاقد 29
المطلب الأول: أساس القوة الملزمة للعقد في ظل الإرادة 30
الفرع الأول: قاعدة العقد شريعة المتعاقدين 32

الفرع الثان: مبدأ الحرية التعاقدية..... 36
الفرع الثالث: مبدأ الرضائية 38
الفرع الرابع: مبدأ المساواة..... 40
المطلب الثاني: مبدأ حسن النية وعلاقته بمبدأ الحرية التعاقدية..... 43
الفرع الأول: مبدأ حسن النية كأصل عام في التعاقد 44
أولا: المقصود بحسن النية..... 45
1. المعيار الذاتي لحسن النية: 48
2. المعيار الموضوعي لحسن النية: 49
ثانيا: خصائص حسن النية 51
1. خصائص حسن النية بوصفه التزاما قانونيا: 51
2. خصائص حسن النية باعتباره قاعدة قانونية: 52
الفرع الثاني: مدار حسن النية كآلية للمحافظة على الرابطة التعاقدية..... 52
أولا: الالتزام بالنزاهة 52
ثانيا: الالتزام بالتعاون 54
الفصل الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد 58
المبحث الأول: مواجهة الشروط التعسفية كآلية لتكريس مبدأ الحرية التعاقدية. 59
المبحث الأول: مواجهة الشروط التعسفية كآلية لتكريس مبدأ الحرية التعاقدية . 59
المطلب الأول: مفهوم البنود التعسفية..... 60
الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي 60
أولا: التعريف التشريعي للشرط التعسفي 61
1- تعريف المشرع الألماني 61
2- تعريف المشرع الفرنسي 61
3- تعريف المشرع الجزائري 62

ثانيا: التعريف الفقهي 63
الفرع ثاني: الشرط التعسفي كمعيار لاختلال الرابطة التعاقدية 64
أولا: تعسف النفوذ الاقتصادي للمهني 65
ثانيا: الميزة المفرطة التي يتيحها الشرط التعسفي للمهني 66
المطلب الثاني: مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة و الخاصة 68
الفرع الأول: مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد العامة 69
أولا: دور نظرية السبب في الحد من الشروط التعسفية 70
ثانيا: دور نظرية الغبن في مواجهة الشروط التعسفية 70
ثالثا: الاستناد إلى مبدأ حسن النية لمواجهة الشروط التعسفية..... 71
الفرع الثاني: مواجهة الشروط التعسفية من خلال القواعد الخاصة..... 72
أولا: تحديد الشروط التعسفية وفق قانون 04-02 المعدل والمتمم..... 72
ثانيا: تحديد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06-306..... 73
1- تشكيل اللجنة: 74
2- اختصاصات لجنة الشروط التعسفية: 75
3- رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم..... 76
المبحث الثاني: إعمال نظرية الظروف الطارئة لاستعادة التوازن العقدي 80
المطلب الأول: مضمون نظرية الظروف الطارئة 81
الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة..... 82
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 85
أولا: أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه..... 85
ثانيا: حدوث ظرف طارئ ليس في الوسع توقعه 86
ثالثا: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا 87
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة 90

الفرع الأول: رد التزام المرهق إلى الحد المعقول 91
أولا: زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق..... 92
ثانيا: إنقاص التزامات المدين إلى الحد المعقول 94
ثالثا: وقف تنفيذ العقد 97
الفرع الثاني: فسخ العقد 97
الباب الثاني: استعمال خيار العدول عن العقد كآلية لحماية إرادة المتعاقد ... 100
الفصل الأول: الطبيعة القانونية لخيار العدول عن العقد 102
المبحث الأول: محاولات البحث عن أساس للعقد بديل عن سلطان الإرادة 103
المطلب الأول: طبيعة العدول من ناحية علاقته بمبدأ القوة الملزمة للعقد 104
الفرع الأول: نظرية الإعلان..... 105
1. مضمون النظرية:..... 106
2- نقد نظرية الإعلان: 107
الفرع الثاني: نظرية الثقة 107
الفرع الثالث: نظرية المسؤولية عن الثقة 108
المطلب الثاني: استبعاد الطبيعة العادية للعدول 112
الفرع الأول: رد فكرة ربط خيار العدول بعملية التكوين التدريجي للرضا 112
أولا: عرض الفكرة..... 113
ثانيا: نقد فكرة ربط خيار العدول بعملية التكوين التدريجي للرضا: 114
الفرع الثاني: رد فكرة ربط خيار العدول بمرحلة الاتفاق التمهيدي 116
أولاً - المقصود بمرحلة الاتفاق التمهيدي 116
ثانياً: نقد فكرة ربط خيار العدول بمرحلة الاتفاق التمهيدي: 118
1- عدم صحة أن خيار العدول يرد بوعد بالتعاقد ملزم لطرف واحد ... 119
2- عدم صحة أن خيار العدول يرد بوعد بالتعاقد ملزم للطرفين..... 120

المبحث الثاني: استعمال حق العدول عن العقد كوسيلة حماية 122
المطلب الأول: الحق في العدول ضمانة للمستهلك الإلكتروني..... 123
الفرع الأول: العدول حق 124
الفرع الثاني: العدول رخصة أم خيار..... 126
أولا: العدول رخصة 126
ثانيا: العدول خيار 127
المطلب الثاني: حماية حق المستهلك في العدول..... 129
الفرع الأول: حق المستهلك في العدول ومبدأ القوة الملزمة للعقد 130
الفرع الثاني: الخصائص المميزة لخيار العدول 132
أولاً – عنصر التسلط على مركز قانوني: 133
ثانيا – عنصر الامتثال 134
1– مفهوم عنصر الامتثال..... 134
2– نتائج عنصر الامتثال..... 136
أ– العدول يقع بتعبير أحادي عن الإرادة:..... 136
ب – الامتناع عن التنفيذ غير متاح في العدول عن العقد: 137
الفصل الثاني: تنظيم العدول عن عقد الاستهلاك بقواعد تشريعية خاصة 138
المبحث الأول: القيود المفروضة لضمان عدم تعسف المستهلك في استعمال الحق في العدول 138
المطلب الأول: مهلة خيار العدول عن عقد الاستهلاك 139
الفرع الأول: خيار العدول مبدأ عام في عقود الاستهلاك الإلكترونية 139
الفرع الثاني: مهلة خيار العدول عن عقد الاستهلاك في بعض التشريعات المقارنة 141
الفرع الثالث: مهلة خيار العدول عن عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري.. 143

المطلب الثاني: أحكام وضمانات خاصة بممارسة الحق في العدول في عقودالاستهك..... 145
الفرع الأول: طريقة التصريح بالعدول عن عقد الاستهلاك..... 145
الفرع الثاني: آثار العدول عن عقد الاستهلاك 148
المبحث الثاني: الوقاية بالالتزام بالإعلام كآلية للحد من تعسف المستهلك في استعمال الحق في العدول 151
المطلب الأول: مضمون الالتزام بالإعلام..... 151
الفرع الأول: الإعلام الخاص بالمنتوج 152
أولا: المعلومات الخاصة بالسلع..... 155
ثانيا: المعلومات الخاصة بالخدمة..... 157
الفرع الثاني: الإعلام بالأسعار وشروط البيع 159
المطلب الثاني: مبررات فرض الالتزام بالإعلام 160
الفرع الأول: انعدام المساواة في الجانب المعرفي..... 161
الفرع الثاني: التطورات الاقتصادية..... 163
أولا: التدفق المتزايد للسلع 163
ثانيا: سرعة إبرام المعاملات..... 164
ثالثا: التنظيم القانوني المطرد والمعقد 164
الفرع الثالث: الشكلية المصاحبة للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام 165
الخاتمة 167
قائمة المصادر والمراجع 173
الفهرس 188

ملخص:

أن المشرع ولاعتبارات تتعلق في الغالب بالعدالة، قد يسمح للقضاء بالتدخل لإجراء تعديل على أحكام العقد لإزالة الإجحاف الذي أصاب أحد أطرافه، بما يعيد التوازن المفقود للعقد، أو يعطي للمتعاقد الذي يختل رضاه بسبب ضعف اقتصادي أو معرفي اعتراه خياراً يسمح له بتجنب الالتزام بالعقد والعدول فيه، وكان من أهم الحالات التي أفرزتها ضروريات حماية المستهلك والتي قبل فيها المشرع نقض مبدأ القوة الملزمة للعقد والخروج عليه، إقرار الحق للمستهلك في العدول عن العقد بإرادته المنفردة، وذلك خلال مدة معينة، وكل ذلك مراعاة لطبيعة العلاقة غير المتوازنة بين أطراف عقد الاستهلاك، والظروف الحديثة للتعاقد.

الكلمات المفتاحية: المستهلك؛ حق العدول؛ حماية؛ العقد الإلكتروني.

Résume:

Le contrat après sa conclusion ne peut être modifie ou résilie que par la volonté unanime des deux parties toutefois Lelégislateur pour des considérations essentiellement liées a lajustice peut permettre au pouvoir judiciaire d'intervenant pour apporter une modification aux dispositions du contrat afin de supprimer ou affligeait quiconque de ses parties afin de rétablir le solde perdu du contrat ou de la remettre àl'entrepreneur défaillantSa satisfaction due à une faiblesse économique ou cognitive il a considéré une option qui lui permet d'éviterl'engagement envers le contrat et abandon de celui-ci et ce fut la l'un des cas les plus importants qui l'ont produit les nécessités de la protection des consommateurs dans lesquelles le législateur a accepté le principe de la force liant au contrat et s'y écartant reconnaissant le droit du consommateur de renoncer au contrat de sa seule volonté dans un certain délai et tout cela en tenant compte de la

nature de la relation déséquilibré entre les parties de contrat de consommation et les conditions modernes du contrat.
Monts clés: consommateur; Droit de rétractation; protection; contrat électronique.

Abstract:

The contract after its conclusion cannot be unanimous will of the two parties however the legislator for consideration mostly related to justice my allow the judiciary intervening to male an amendment to the provisions of the contract to remove the injustice that afflicted anyone its parties in order to restore the loste balance of the contractor to give it to the contractor economic or cognitivewellness he considered an option that allows him to avoid commitment to the contract and abandoning it and it was one of the most important cases that produce it the necessities of consumer protection in which the legislator accepted the principle of force binding to the contract and deviating from it acknowledging the right of the consumer to abandon the contract with his sole will within a certain period and all of this taking into account the nature of the relationship the imbalance between the parties to the consumption contract and the modern condition of the contract.
Key Words: consumer; the right of retraction; protection; electronic contract.