

جامعة الجزائر -1-

كلية الحقوق

النظام العام والعقد

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص
فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة

إشراف الأستاذة الدكتورة:

- منيرة جربوعة

إعداد الباحثة:

- منال بوروب

لجنة المناقشة

الأستاذة الدكتورة: غنيمة لحو خيار..... رئيسا

الأستاذة الدكتورة: منيرة جربوعة..... مشرفا ومقررا

الأستاذ الدكتور: محمد بعجي..... عضوا

الأستاذ الدكتور: جمال بدري..... عضوا

الأستاذ الدكتور: سعيد طريبت..... عضوا

الأستاذ الدكتور: جمعة زمام..... عضوا

نوقشت بتاريخ: 05 ماي 2019

شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد -صلى الله عليه وسلم- وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

من الوفاء الذي هو سمة مستمدة من العلم والخلق والدين أن أجد قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (من لا يشكر الناس لا يشكر الله)، لأشكر الله -عز وجل- أولاً على توفيقه، ثم أشكر كل من أعانني على إنجاز هذه الأطروحة والأخص بالذكر:

الأستاذة الدكتورة غنيمة لطلو خيار التي كانت سندا لي خلال مشواري الدراسي بالجامعة

الأستاذة الدكتورة منيرة جربوعة التي أشرفت على هذا العمل وعلى كل ما قدمته لي من توجيه خلال إعدادي لهذه الأطروحة

كما أشكر كل أعضاء لجنة المناقشة على قراءة وتقييم وإثراء هذه الأطروحة

كما أقدم شكري وتقديري لكل عمال مكتبة كلية الحقوق جامعة الجزائر 01 على تقديم يد المساعدة لي خاصة محمد، حكيم، عدلان، حميد، إسماعيل.....

لكل هؤلاء ولكل من أسهم في المساعدة لإنجاز هذه الدراسة أتقدم بالشكر والتقدير.

الإهداء

إلى من علمني أن أكون معنى كي لا يفوتني المعنى.....

إلى من رفع عن عقلي كل الوصايات، وما ينتج عنها من تبسيط

واحتمال وعمى معرفي....

إلى من ببراعة وعبقرية ملاني شغفا وتوترا، وقلقا فتساؤلا ثم شهد

على انطلاقا باتجاه البحث عن الحقيقة...حقيقة تكتشف ولا تبني.....

إلى من طيفهما النوراني ماثلا أمامي في كل إرهاصات هذا البحث

ومع كل إشراقه...مع كل ومضة، إلى حد القبض على لحظة الحقيقة...

إلى من سهرت الليالي، وكانت شمعة أنارت دربي، وأمدتني بالحنان

والعطف طيلة حياتي....

إليكما وحدكما أبي وأمي أقول تفضلا نتاجكما وثمره جهودكما

إلى من تقاسمت معهم رحم أمي أخواتي ياسمين وابتسام وكانتنا سندنا

ودعما لي....

إلى من لا تحلا الأيام إلا به وكان الداعم والمرشد والمنور لأفكاري

الدكتور رضا هداج

مقدمة:

إن فكرة وجود قواعد قانونية تحكم المجتمعات هي فكرة ملازمة لنشوء الفرد، فوجدت هذه القواعد لتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، ومن أجل ذلك فمن خصائص القاعدة القانونية أنها عامة ومجردة وملزمة.

وقد بدأت معالم وضع القواعد القانونية بشكلها الحديث تتشكل مع مطلع القرن السابع عشر بظهور مدرسة القانون الطبيعي على يد مؤسسها الأول الفقيه الهولندي "جروسيوس"⁽¹⁾، الذي كان يرى أن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان يولد مزودا بها وتحتمها طبيعة تكوينه، وهذه هي الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية.

وقد تأيد هذا المذهب باتجاه آخر كان معاصرا ومصاحبا له طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر، يتمثل في نظرية العقد الاجتماعي التي كان لها هدف سياسي واضح يتمثل في إحلال الحكم الديمقراطي محل الحكم الفردي، والتي انتهت بقيام الثورة الفرنسية التي كان الهدف من ورائها الدفاع عن الحريات والحقوق الطبيعية للإنسان⁽²⁾.

فكان مقتضى هذه الأفكار أن يتنازل كل فرد من أفراد المجتمع على قدر من حريته حتى يتمكن الجميع من أن يتمتعوا بحريتهم على قدم المساواة، وهذا يستدعي وجود قواعد موضوعية مقدما لكي يستهدي بها الأفراد في سلوكهم ومعاملاتهم، إلى جانب وجود سلطة عامة تمثل هذا المجموع، وتستطيع بما لها من قوة ووسائل إكراه أن تجبر الأفراد على احترام هذه القواعد، بغية تحقيق النظام والعدل والأمن في المجتمع.

(1) - إبراهيم أبو النجا، "محاضرات في فلسفة القانون"، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1992، ص 63، "...فتعرف قواعد القانون الطبيعي على أنها تلك القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملا يعتبر ظالما أو عادلا تبعا لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل والطبيعة التي تولد معه فهذه الحقوق هي مبدأ أساسي من مبادئ القانون الطبيعي لا تستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله....".

(2) - محمد حسين عبد العال، "الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 11-12.

وقد كانت وظيفة الدولة في المجال السياسي في هذه الفترة مقتصرة في الأصل على ضمان الأمن، وإرساء النظام، والدفاع عن الحدود، ولم يكن لها أن تمتد نشاطها فيما وراء ذلك إلا بالقدر الضروري لإزالة التعارض بين الحريات، حتى باتت تعرف بالدولة الحارسة. أما على الصعيد الاقتصادي فإن تقديس الحرية الفردية بات يعني إقرار الحرية الاقتصادية الكاملة، وترك المجال مفتوحاً أمام الأفراد لممارسة النشاط الاقتصادي بكل حرية، حسب المقولة الشهيرة للاقتصادي آدم سميث "دعه يعمل دعه يمر".

وأما من الناحية القانونية فقد جرى التعبير عن الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال اعتناق مبدأ حرية التعاقد الذي أصبح يشكل أحد التعاليم الأساسية لهذا المذهب، فالإنسان بحكم طبيعته يتمتع بالإرادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره، لهذا فهو لا يلتزم إلا بمقتضى إرادته الحرة، وما يقبله بإرادته لا بد أن يكون عادلاً، وهو ما عبر عنه الفيلسوف "فوييه" بالمقولة "من قال عقداً فقد قال عدلاً"⁽¹⁾.

وما دام أن الإرادة قادرة على تحقيق العدل بنفسها عندما ترتبط بعلاقة تعاقدية مع طرف آخر، فإن على المشرع أن يمتنع عن التدخل في العقد، وهكذا فالعلاقات الاجتماعية لا تنظم إلا على أساس إرادي أي تعاقدية، وداخل هذا الإطار، فالقانون الوضعي استخلص مبدأً طبيعياً هو ضرورة احترام العقود، فالإرادة هي المصدر الوحيد للالتزام القانوني وهي في الوقت ذاته وسيلة لتحقيق العدالة⁽²⁾.

على أنه مع تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية، والتي كانت الكثير من مجالاتها متروكة كأصل عام لحرية الأشخاص، ومن منطلق هذه الأخيرة التي يتمتعون بها يسعون بحكم غريزتهم إلى السيطرة وتسخير كل ما من حولهم لتحقيق مصالحهم الشخصية، ولو

(1)- Jean-Fabien Spitz, " **Qui dit contractuel dit juste: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée** ", revue trimestrielle de droit civil, n 02, avril/juin 2007, Dalloz, paris, p 281-286.

(2)- محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 27.

على حساب مصالح الأشخاص الآخرين، مما أدى إلى نشوء نوع من التصارع والتضاد بينهم.

الأمر الذي جعل الدولة أمام تحد حقيقي يتمثل في كيفية التوفيق بين وفائها لمبادئ الإطلاق في الحريات والحقوق، وفي المحافظة في ذات الوقت على التوازن بين أفراد المجتمع وجماعته منعا لأي اختلال اجتماعي، فكانت فكرة النظام العام أحد أهم الأدوات القانونية التي وجدت فيها الدولة سبيلا لتحقيق غاياتها، فاضطلعت هذه الفكرة بمهمة الحد من حرية التعاقد والتقليل من غلوئها، ولأن الحياة داخل المجتمع وما يحتويه من غموض واتساع وتضارب بين مصالح الناس لا تستقيم إلا بوجود نظام يعمل على تنظيم هذه المصالح وتوجيهها الوجهة الصحيحة، تحقيقا لاستقرار المعاملات وحفاظا على التماسك والوحدة الاجتماعية استدعى الأمر ظهور مثل هذا الضابط.

فهذه الفكرة تستقيم في شكل خطاب جازم موجه إلى الأفراد المخاطبين بأحكامه، في من لهم أهلية التصرف قانونا، وفي هذا الإطار تنقلص بداخله إرادات هؤلاء الأفراد جميعا، لتغدو غير مستطاعة حيال مقتضيات أحكام النظام العام سوى الانصياع لهذه القواعد.

ومع التسليم بهذا الدور الوظيفي الذي أسند لفكرة النظام العام للحد من حرية التعاقد، إلا أن تدخلها كان في أضيق الحدود، ذلك أن هذه الفكرة لصيقة بالمجتمع، كونها ظهرت وتطورت معه واتسع معناها ومداهها مع الوقت لتغزو مجالات جديدة وعديدة⁽¹⁾، فهي فكرة متطورة ومتغيرة المدلول والمضمون بتطور وتغير المجتمع ذاته، وهو ما يعود من ناحية بالإيجاب على نظام الجماعة بحفظ قيمتها العليا، كما أنها تتسم بالمرونة عموما، فيتفاوت مضمونها ضيقا واتساعا من زمن لآخر في المجتمع ذاته، وذلك تبعا للأفكار السائدة فيه.

ففرضت فكرة النظام العام بعض القيود التقليدية فقط على مبدأ حرية التعاقد وهي في أصلها قيود ارتضاها أنصاره لتحديد نطاقه، وبسبب محدودية تدخل هذه الفكرة أصبح الفقه

(1)– Marie caroline Vincent–Legoux, " L'ordre public étude de droit comparé interne ", presses universitaires de France, paris, 2001, p 108.

القانوني عليها صفة النظام العام السياسي والأخلاقي الذي يتسم بطابع سلبي غالباً، إذ يقتصر دوره في دائرة القانون المدني⁽¹⁾ على حظر العقود التي تعتبر غير مشروعة بالنظر إلى محل الالتزام الناشئ عن العقد أو سببه، وقد تقررت غالبية هذه القيود في مرحلة إنشاء العقد، فاعتادوا على اعتبار مفهوم النظام العام مقيد فقط للحرية التعاقدية، بسبب أنه يعد الهدف الأساسي من فرض احترام مقتضيات النظام العام في المجال العقدي، لكن فكرة النظام العام تهدف كذلك لحماية الإرادة التعاقدية فهي تعزز من الحرية التعاقدية⁽²⁾.

وقد استمر الدور التقليدي للنظام العام على مدار القرن الثامن عشر، غير أن مغالاة أنصار مبدأ حرية التعاقد في تطبيقه، والذي وصل إلى حد التطرف حيث أصبحت الإرادة عندهم ليست أساس الالتزام العقدي فحسب، بل هي أساس كل التزام أيا كان نوعه باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه شتى أحكام القانون، لأن التشريع هو التعبير عن مجموع إرادات الأفراد.

لذلك كان من اللازم كبح مبدأ سلطان الإرادة بنظام أكثر عدالة وإنصافاً، وقد ساعد في ذلك مجموعة من المتغيرات وأهمها ظهور المذهب الاجتماعي الذي يقيم فلسفته على الجانب الاقتصادي والاجتماعي للعلاقات العقدية وليس على إرادة أطرافها، وتطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في المعاملات التعاقدية بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه وهذا ما يطلق عليه "عيمة العقد"، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل امتد إلى درجة الانتقال من التصور الفردي إلى التصور الجماعي، بسبب تغير منظور العقد الذي أصبح ينظر إليه على أنه وسيلة جماعية لا تهم المتعاقدين وحدهما بل الجماعة بأسرها، فتم وضع قواعد قانونية آمرة تمتد أحكامها إلى الطرف القوي والضعيف كون أطراف

(1) - فيلالي علي، "الالتزامات، النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 275-276، "تهدف فكرة النظام العام السياسي والأخلاقي إلى ضمان سلامة الدولة، واحترام نظامها السياسي ومؤسساتها الدستورية وكفالة حسن أدائها لوظائفها، وتشمل من ثمة قواعد القانون الجنائي والقانون الدستوري، والقانون الإداري، كما تهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها نظام الأسرة وضمان احترام القواعد المنظمة له".

(2) - Marie Caroline Vicent-Legoux, op.cit, p 112.

العقد جماعة، مما ساهم كذلك النظام العام بخصوصية قواعده في إخراج العقد من طابعه الفردي إلى طابعه الجماعي وهذا ما يعرف " بجميعة العقد " .

وهذا الأمر الذي أدى إلى نشوء اتجاه تنامي بسرعة في ظل التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي حصلت في المجتمع، تزامنا مع ظهور المذهب الاجتماعي، فأدى بالفقه والقضاء للحد من غلواء مبدأ حرية التعاقد، وكانت فكرة النظام العام هي مخرجهم في ذلك، ولكن للقيام بدور جديد أكثر اتساعا من الدور الأول، يسمح فيه بتدخل أكثر لحماية المصلحة الاقتصادية العليا من جهة أخرى، وتماشيا مع هذا الدور الجديد أصبغ الفقه على هذه الفكرة تسمية النظام العام الاقتصادي والحمائي، والتدخل عن طريق تسيير وتوجيه العقد ما هو في حقيقة الأمر إلا سعي لحماية الطرف الضعيف اجتماعيا واقتصاديا عن طريق تعزيز مبدأ سلطان إرادة هذا الأخير، وإعادة التوازن العقدي المفقود.

كما يختلف الجزاء المقرر عند مخالفة المتعاقدين لقاعدة من النظام العام، رغبة من المشرع في التأكيد على هذه الفكرة، سواء كان نظاما عاما سياسيا أو اقتصاديا أو حمائيا وإبراز خصوصية كل منها، كون فكرة النظام العام قد تعزز من سلطان الإرادة كما أنها تعيد لهذه الفكرة التوازن العقدي المفقود⁽¹⁾.

وهنا يرى الأستاذ جاك غستان " أن الانتقادات التي لقيها مبدأ حرية التعاقد وأدت إلى رفضه جعلت النفع والعدل مبادئ بديلة له، أي أن العقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لكونه مفيدا وعادلا، والمنفعة نوعان إحداها عامة تعود على المجتمع كافة، والثانية خاصة تخص الفئات المعنية بالعقد "⁽²⁾.

فبموجب فكرة النظام العام أصبح التعاقد لا يبني على الإرادة بل هو استعمال هذه الوسيلة التي نص عليها القانون مع وجوب احترام مقتضيات أسمى تتجلى في مقتضيات

(1)- Masson Henri, " **Notion d'ordre public, dans ses rapports avec la jurisprudence civile et commerciale** ", Thèse de doctorat, faculté de droit de paris, paris, 1899, p 124.

(2) - جاك غستان, " المطول في القانون المدني, تكوين العقد ", ترجمة منصور قاضي, الطبعة الأولى, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, 2000, ص 231-232.

النظام العام الاقتصادي، ليصبح هذا الأخير وفق هذا المفهوم وسيلة قانونية في يد المشرع يستطيع من خلالها أن يفرض على أعضاء المجتمع سلوكا اجتماعيا وقانونيا معينا. ومن ثمة فهناك اتجاهان قانونيان بشأن تحديد العلاقة بين فكرة النظام العام والعقد، نزعة ذاتية ذات طابع شخصي، تميل إلى إطلاق حرية التعاقد ومنع تقييدها إلا في أضيق الحدود خدمة لمصالح الأفراد وتعزيزا لسلطان الإرادة، ونزعة موضوعية اجتماعية تميل إلى ضرورة التقييد والحد من حرية التعاقد لصالح الجماعة بغرض تحقيق التوازن العقدي، فحماية عناصر النظام العام يساعد على تقوية حرية التعاقد بينما يكمن الهدف من التقييد تحقيق التوازن العقدي⁽¹⁾.

فالنظام العام الاقتصادي التوجيهي يتدخل المشرع بمقتضاه لتنظيم الاقتصاد تنظيمًا دقيقًا عن طريق ضمان المنافسة الحرة، وتشجيع السوق، والدفاع عن المبادئ الأساسية والمصالح العليا، وهو بذلك يساهم في تحقيق التوازن العقدي عن طريق حظره لأعمال من شأنها التأثير على حرية المنافسة ومن شأنها المساس بالطرف الضعيف اقتصاديا. أما النظام العام الاقتصادي الحمائي فهو نظام يسعى إلى حماية المصالح الخاصة لفئات معينة يرى المشرع أنها جديرة بالحماية، وذلك لضعفها اقتصاديا واجتماعيا، فالنظام العام الحمائي يقتصر على حماية الطرف الضعيف في بعض العقود، وذلك بأن يخضع المشرع بعض العقود إلى قواعد أمره بدلا من ترك مبادرات التبادل للأطراف الذين ليس لهم القدرة على تغيير الحقوق والالتزامات الواردة في العقود التي أبرموها. فخصوصية النظام العام الحمائي تضمن حدا من الحماية عن طريق مقارنة العقد المبرم مع مقتضيات النظام العام الحمائي بغرض حماية الطرف الضعيف في العقد⁽²⁾،

(1) – Masson Henri, op.cit, p 20.

(2)– Nolwenn Cosquer-Héraud, " **Ordre public de protection du consommateur et conflits de lois, (étude de l'article 5 de la convention de ROME)** ", Thèse de doctorat, université Paris 01, Université de Paris 01 Panthéon-Sorbonne, Sciences économiques-Sciences Humaines-Sciences Juridiques et Politiques, 2001,p 341.

فهذا النظام العام الحمائي يحارب كل عقبة في مواجهة حرية التعاقد⁽¹⁾.

ووفق منطق النظام العام الحمائي منح القانون للقضاء بما لديه من سلطة تقديرية ما يمكنه من التدخل في العقود، وتعديلها وإعادة التوازن المختل بها، حيث منح للقاضي سلطة التدخل في العقد عبر مراحلها، ففي مجال انعقاد العقد منح له سلطة التفسير والتكييف وتطوير العقد، وتعديل الشروط المجحفة في حق الطرف الضعيف، وفي مرحلة تنفيذ العقد منح له سلطة تعديل الالتزام التعاقدي في حالة حدوث ظروف طارئة، وتخفيض الشرط الجزائي وإزالة حالة الغبن، كما سمح له بالتدخل في مسألة إكمال العقد وكل هذا بغية تحقيق التوازن العقدي.

وأمام هذا التجاذب الحاصل ضيقا واتساعا كان موضوع الأطروحة محاولة رصد كيف أثر النظام العام على العقد على ضوء القانون الجزائري، كل هذا بغية التوصل إلى تحديد وتبيين نتائج هذا التأثير على العقد، كذلك ينبغي التأكيد على أن هناك قواعد أمره من النظام العام في القانون الجزائري تم تبيين نطاق تأثيرها على العقد، كما توجد قواعد أمره ولكنها ليست من النظام العام حاولنا استخراج وتبيين نطاق تأثيرها على العقد مع إمكانية إثرتها من قبل القاضي من تلقاء نفسه مثل مسألة تنفيذ العقد بحسن نية، والتعديل من الشروط التعسفية، وتعديل العقد في حالة الغبن.

ومن أجل ذلك كان النظام القانوني الجزائري مجبرا منذ البداية على وضع الأطر والحدود بين النظام العام كفكرة عامة تجد ثنائياها في جميع فروع القانون العام والخاص منها، وبين مبدأ سلطان الإرادة باعتباره مبدأ عاما من المبادئ القانونية التي قد ترتقي إلى منزلة الحريات العامة الدستورية⁽²⁾، فالنظام العام يستدعي بطبيعته التدخل لفرض القيود والحدود، وسلطان الإرادة يقتضي في أصله الإطلاق وعدم التقييد، بحيث يبرز تأثير النظام

(1) -Marie-Caroline Vincent-Legoux, " L'ordre public ", Archives de philosophie du droit, tome 58, DALLOZ, 2015, p 220.

(2) - عليان عدة، " مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، العدد 03، سبتمبر 2013، ص 142-143.

العام على العقد في تعزيزه للحرية التعاقدية، كما يظهر تأثيره في إعادة التوازن المفقود للعقد تارة أخرى.

إن الدراسة في هذا المجال تتطلب في البداية تحديد نطاقها ومجالها، ستكون دراسة في دائرة القانون الخاص عموماً والقانون المدني والقوانين الخاصة بحماية الطرف الضعيف (مستهلك، عامل...) على وجه الخصوص باعتبارهم أطرافاً جديرة بالحماية، لتبيين مواضع تأثير فكرة النظام العام على العقد.

وسيكون المنطلق الفكري النظري في دراسة العلاقة بين فكرة النظام العام والعقد، مبدأ العدل الذي لا شك ولا خلاف في أنه الغاية السامية التي تسعى جميع القوانين والتشريعات استهدافه، فالعدالة عامة ليست شرط صحة ولا شرط وجوب ولكنها غاية يسعى إليها الأطراف والمشرع والقاضي من خلال تعزيز الحرية التعاقدية، وتحقيق التوازن العقدي في نفس الوقت، فالعدل ملازم للعقد.

بحيث يصنف فقهاء القانون العدل إلى نوعين عدل تبادلي وعدل توزيعي، فيقصد بالأول أنه يكون مقصوراً على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع، أي ما يجب للفرد على الفرد ولم يبق محصوراً في نطاقه الضيق من العلاقات التعاقدية بل أصبح يشمل كل ما ينشئه الأفراد من علاقات أياً كان مصدرها، وهو يقوم على أساس تساوي الأفراد وهذا التساوي يقتضي من الأفراد احترام كل منهم لحق الآخر إما بإعطائه له أو بالامتناع عن الاعتداء عليه، وهذا الحق الذي يخص كل فرد قد يكون له ابتداءً، ويشمل كل ما يتعلق بوجوده أو كيانه المادي والنفسي، فيعتبر ظلماً اعتداء فرد على جسم فرد آخر بالضرب أو بالقتل أو بالإهانة.... إلخ، وقد يثبت له اكتساباً، فيخص كل الحقوق التي يكتسبها الفرد بصفة مشروعة لا حقا سواء عن طريق التبادل أو تقديم خدمة، وتكون العبرة في العدل التبادلي بالمساواة المطلقة⁽¹⁾.

(1) - فيلالي علي، "مقدمة في القانون"، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 159.

أما بالنسبة للعدل التوزيعي فيقصد به العدل الذي يجب على الجماعة تجاه الأفراد المكونين لها في توزيع المنافع والأعباء عليهم، بحيث يكون المجتمع هو الجسد والفرد جزء منه، ويستند هذا التوزيع على المساواة أيضا، غير أنها تختلف عما هي عليه في العدل التبادلي، فهي مساواة نسبية لا مطلقة، تراعي اختلاف الأفراد حسب حاجاتهم وقدراتهم⁽¹⁾، فالعدالة التبادلية تهدف إلى المساواة انطلاقا من الحرية التعاقدية، أما العدالة التوزيعية فتأخذ بعين الاعتبار الحرية كشرط للمساواة.

وبين العدل التبادلي والعدل التوزيعي، يوجد العدل القانوني وهو العدل الذي يسود علاقة الفرد تجاه الجماعة من حيث واجباته القانونية نحوها، بحيث يسخر الجزء لخدمة الكل فالصالح العام لا يتحقق إلا عن طريق الاشتراك بين الأفراد لأجل مصلحة واحدة وهذا العدل هو الذي يبرر إخضاع الأفراد لقواعد النظام العام.

ومع التطور الذي عرفه المجتمع ظهر تفاوت بين الأطراف المتعاقدة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، الأمر الذي أدى إلى ضرورة إعادة النظر في مفهوم العدل والمساواة، بحيث أصبح يعتد بالمساواة الحقيقية بدلا من المساواة السياسية، ومن ثمة شهدت فكرة النظام العام تحولا وانتقالا من مفهومها التقليدي إلى مفهوم حديث، يهتم بالجانب الاقتصادي والحماي وهذا ما نريد الوقوف عنده، مما يستدعي تدخلا أكثر للحد من حرية التعاقد استهدافا لتعزيز الإرادة من جهة، ولتحقيق التوازن العقدي من جهة ثانية.

غير أنه بتوجه الجزائر نحو اقتصاد السوق استعادت حرية التعاقد دورها من جديد باعتبارها وسيلة تبادل لا غنى عنها داخل السوق، ومع مرور الأيام تبين أن العقد قد يصبح مصدرا لتكدس الأموال في يد طائفة ضيقة، من المحتكرين الذين يسعون إلى استغلال باقي الفئات الضعيفة من المستهلكين والمستأجرين والعمال، وتسخيرهم لخدمة مصالحهم الخاصة، مما أدى ذلك إلى ضرورة البحث عن آليات أخرى لفرض العدل في تقسيم وتوزيع الثروات

(1) - كيرة حسن، " المدخل إلى القانون "، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص 162.

دون التضحية بالعقد ككل، باعتباره وسيلة لا غنى عنها للتبادل الاقتصادي وتحقيق الرغبات، فكان لا مخلص من الإبقاء على العقود وحرية الأشخاص في إبرامها مع ضرورة مراقبتها وضبطها⁽¹⁾، عن طريق فكرة النظام العام الاقتصادي التي شهدت اتساعاً شديداً في مفهومها بين حمايتها للفئات الضعيفة، وتوجيهها للاقتصاد ككل خصوصاً في مجال حماية المنافسة الحرة.

فيبدو من خلال التشريع الجزائري أنه عند وضعه للأحكام القانونية لا سيما أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، والقوانين الخاصة بحماية الطرف الضعيف كان يصبو إلى تعزيز سلطان الإرادة من خلال نسبية تقييد النظام العام لهذا الأخير لتجسيد العدل التبادلي بين الأطراف المتعاقدة فيما يخص الأساسيات التي يبنى عليها العقد كأركان العقد وفرض قالب معين يتم التعاقد على أساسه، إلا أنه مع التطور الذي حصل غير منطق التفكير بحيث أصبح المشرع يتدخل بواسطة النظام العام لتحقيق التوازن العقدي من خلال السماح بتعديل العقد الذي يختل فيه التوازن العقدي وحتى بالنسبة للممارسات المنافية للمنافسة نلمس رغبة المشرع في تحقيق مثل هذا التوازن.

ومن ثمة يستدعي الأمر التطرق للدور الذي لعبه مفهوم النظام العام لتعزيز مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين من جهة، ومن جهة ثانية في الحد من الحرية التعاقدية لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة.

وهكذا فمن خلال هذه الأطروحة سأحاول تبيان مواضع التحول والانتقال الذي حصل في الدور الذي أصبحت تلعبه فكرة النظام العام داخل المنظومة القانونية إذ بعدما كانت تتجه نحو تعزيز الإرادة التعاقدية، أصبحت الآن تسعى إلى تحقيق التوازن العقدي، بحيث أصبح القاضي يضطلع على غرار المشرع بدور كبير وبسلطة تقديرية للتدخل لحماية الفئات الضعيفة في العقد تحت مظلة النظام العام الحمائي.

(1) - تيورسي محمد، "قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص 01-02.

على أن الوقوف عند هذا التحول ليس بالأمر الهين، وإنما تعثره العديد من الصعوبات التي واجهت إعداد هذه الأطروحة، وفي مقدمتها اتساع الموضوع وشمول تطبيقاته العملية لجميع فروع القانون الخاص، لذلك تم الاقتصار على القانون المدني وبعض القوانين المتفرعة عنه والتي ظهر فيها التحول بجلاء، كقانون حماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾، وقانون الممارسات التجارية⁽²⁾، والأمر المتعلق بالمنافسة⁽³⁾، والقانون المتعلق بعلاقات العمل⁽⁴⁾.

ومن الصعوبات التي واجهتني من خلال هذه الأطروحة أيضا عدم وجود مفهوم ثابت للنظام العام، فلا المشرع تمكن من تعريف هذه الفكرة، بل ربما قد قصد كغيره من التشريعات عدم تعريفها حتى لا يحد من فعاليتها كونها قابلة للتغير والتطور، ولم يستطع كذلك القاضي ضبط مفهومها من خلال القرارات القضائية التي تم الوقوف عليها.

وسيتم تناول هذا الموضوع من خلال البحث عن العلاقة والتأثير بين فكرة النظام العام والعقد، على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، من خلال استقراء مختلف النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، ومن ثمة تحليلها بغية تحديد موقف المشرع من ذلك، ثم المقارنة بينها وبين نصوص بعض التشريعات المقارنة أحيانا، وقد أفاد هذا المنهج التحليلي المقارن في الوقوف على بعض مواضع النقص أحيانا، وعدم الدقة أحيانا أخرى التي اعترت

(1) - القانون رقم 03-09 المؤرخ في 08/03/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 08/03/2009، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10/06/2018، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 13/06/2018، ص 05.

(2) - القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23/06/2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41، المؤرخة في 27/06/2004، ص 03.

(3) - الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 43، المؤرخة في 20/07/2003، ص 25، المعدل بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15/08/2010، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة 18/08/2010، ص 10.

(4) - القانون رقم 90-11 المؤرخ في 12/04/1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد 17، السنة 27، المؤرخة في 25/04/1990، ص 562.

التشريع الجزائري في تنظيمه لهذه العلاقة ووجب حينها التنبية إليها حذفاً أو تعديلاً أو إضافة.

ومن ثمة سيتم تقسيم الدراسة إلى بابين هما:

الباب الأول: تعزيز النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة يحقق النجاعة العقدية
تناولت من خلاله تحديد علاقة النظام العام بمبدأ سلطان الإرادة، وكيفية مساهمة النظام العام في ضمان الحماية للحرية العقدية.

**أما الباب الثاني فتضمن: تدخل النظام العام للحد من الحرية العقدية تحقيقاً للتوازن
العقدي**

تناولت فيه تحقيق النظام العام الحمائي للعدالة التوزيعية حماية للطرف الضعيف، وكيفية حماية النظام العام الاقتصادي لحرية المنافسة الحرة.

الباب الأول: تعزيز النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة يحقق النجاعة العقدية

يكمُن الغرض الأساسي من صياغة القواعد القانونية في تحقيق العدالة وتوسيع مفهومها مع وضع ضوابط للأفراد بغية ضبط سلوكهم في المجتمع، وإذا كانت ميزة استهداف العدل وتحقيق المصلحة العامة، هي ميزة متوفرة في جميع القواعد القانونية، فالتشريع والفقهاء والقضاء متفق على أن هناك نوعاً من القواعد يوصف بالقواعد الفوق عادية تسمو على جميع القواعد الأخرى اتفق على تسميتها بقواعد النظام العام.

فالقواعد التي هي من النظام العام أساسها المجتمع وهي مرتبطة به، كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس والمبادئ العليا الكامنة في ضمير الجماعة، مما يجعلها صمام الأمان لهوية المجتمع وحفظ ثوابته، كونها تعمل على ترجمة هذه القيم سواء كانت سياسية أو دينية أو اقتصادية أو اجتماعية في قالب قانوني تسمو وتعلو على القواعد العادية من خلال توفير حماية فعالة من شأنها ضمان عدم اختراقها من كل تهديد مهما كان مصدره.

وعليه فتبعاً لتغير نظرة الدولة إلى الأسس والقيم التي يقوم عليها نظامها، تتغير تبعاً لذلك وظيفة النظام العام، فهذا الأخير يتغير بتغير نمط مجتمع ما ومن ثمة يتغير معه مفهوم المصلحة المستهدفة.

ونظراً لتأثر مشرعنا بالمشرع الفرنسي الذي كان يعتقد أن أحسن صورة لتحقيق العدل تتحقق بالمظهر التبادلي الذي يقوم على منح كامل الحرية لطرفي العقد، ومن ثمة يكون تدخل النظام العام ضيقاً، ونتيجة لهذا التأثر بالمشرع الفرنسي عند تفحص القانون المدني الجزائري لا نكاد نلاحظ مصطلح النظام العام إلا في استعمالات محدودة جداً، بالنسبة لمشروعية السبب ومشروعية المحل.

لكن عند تفحص بعض نصوص القانون الجزائري وبالنظر إلى المنطق الذي يقوم عليه النظام العام والجزاء الذي يترتب على مخالفته يمكن القيام بالإسقاط على بعض

العناصر التي تعد ضرورية عند إبرام العقد، حتى ولو لم يفصح عنها المشرع بأنها من النظام العام يمكن استنتاج أنه أرادها لتحقيق هذه الغاية.

ومن بين التأثيرات التي ظهرت على العقد هي جعل المشرع أركان العقد من النظام العام مع اشتراطه عدم مخالفتها للآداب العامة وإلا كان مصيرها البطلان المطلق، فهذا الجزاء تكرر بالنسبة لمحل العقد والسبب وكذلك الشكلية، رغبة من المشرع في عدم انتهاك أحد أطراف العقد لحرية الطرف الآخر، فهو بذلك عزز من الحرية العقدية للأطراف المتعاقدة.

ولن يتوقف الأمر عند هذا الحد بل امتد إلى اعترافه بنوع جديد من الشكلية بحيث أصبح يتدخل لوضع نماذج يتم التعاقد على أساسها لكي يتمكن من مراقبة العقود وحماية المتعاقدين ومن ثمة حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

وفي مرحلة تنفيذ العقد اشترط أن يتم هذا التنفيذ بحسن نية، وهذا الأخير يشمل مبادئ أخلاقية يتم على أساسها تنفيذ العقود بحيث تم تكريسها صراحة في ظل القوانين الخاصة بحماية الفئات الضعيفة.

ومن أجل ذلك سأحاول من خلال الباب الأول تحديد العلاقة التي تجمع النظام العام بمبدأ سلطان الإرادة (الفصل الأول) ، ثم تبين كيف ساهم النظام العام في تكريس حماية الحرية العقدية بين المتعاقدين (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تحديد علاقة النظام العام بمبدأ سلطان الإرادة

في السابق تمت صياغة فكرة النظام العام من الناحية الفلسفية في ظل المذهب الفردي بشكل متناسق مع الأسس والقيم التي يقوم عليها الفكر الفردي، بسبب أن النظام العام والحرية وجهان لعملة واحدة.

ففكرة النظام العام ما هي سوى تنظيم للإرادات الفردية داخل الجماعة، تنظيم يحول دون تعارضها أو تصادمها، وهذا يمثل المفهوم التقليدي لفكرة النظام العام، متمثل في فرض حدود ضيقة على حرية التعاقد مما فيه تعزيز لحرية التعاقد.

كون أن مبدأ حرية التعاقد عند تقريره كمبدأ عام في القانون المدني بموجب المادة 106 منه التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"، جعلها المشرع قاعدة آمرة بحيث حرم نقض العقد أو تعديله إلا بطريقتين الأولى باتفاق الطرفين والثانية في الأوضاع التي يقرها القانون فيستدل من هذه القاعدة أن النظام العام عزز من مبدأ سلطان الإرادة، كونه استند لعدة اعتبارات فلسفية وأخلاقية واقتصادية، فالأولى كون الإنسان يولد متمتعاً بحريات تقتضيها طبيعته، لذا ينبغي أن يعترف المجتمع له بأكبر قدر ممكن من الحقوق وأن يكفل تمتعه بالحرية التي تمنحها الطبيعة له، أما الثانية فإن أحدا لا يمكن أن يسعى بإرادته إلى أمر لا يتفق مع مصالحه، والعقد باعتباره تعبير عن إرادة الأشخاص لا بد أن يكون مطابقاً ومحققاً لمصالحهم، أما الثالثة فالحرية التعاقدية القائمة على سلطان الإرادة هي خير سبيل لتحقيق الانتعاش الاقتصادي.

فالإرادة الحرة في ظل المذهب الفردي هي أساس القانون والغاية التي ينتهي إليها، وما المهمة التي يضطلع بها القانون من خلال قواعد النظام العام، إلا تحقيق لحرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين، وهذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما ينبغي على المشرع أن يعنى به، وللوقوف على حقيقة هذه العلاقة يستوجب تبين أسباب

حماية النظام العام لحرية التعاقد (المبحث الأول) ، ثم التطرق لمعرفة كيف تم تطويع العقد طبقاً لتطور منطق الحماية المكرس بموجب النظام العام (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أسباب حماية النظام العام لحرية التعاقد

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة أن يكون للأفراد حرية في إبرام العقود واشتراط الشروط، فكل توافق إرادي تعاقدى أو اشتراطى يحدث بالتراضي في أي مظهر تعبيرى تتفق معه الإرادة الحرة في إطار قانوني هو العقد، فمقتضى هذا المبدأ أن لا يكره الأفراد على إبرام العقود ولا على اشتراط الشروط، وألا يجبر المتعاقدون على إفراغ عقودهم في قوالب شكلية معينة، أو على التعبير عن إرادتهم بطرق خاصة، وأن لا تسلب قدرتهم على تعديل الالتزامات أو إنهاؤها إذا ما تراضوا على ذلك واتخذوه سبيلاً ولا على تحديد آثار العقود بالشروط، وألا يسلب أحد المتعاقدين ما للعقد من قوة تنفيذ إلزامية، كل ذلك في حدود أحكام القانون والشرع ومراعاة الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية التعاقد والاشتراط في القانون الوضعي.

وهذا المفهوم العام الذي أصبح يعنيه مبدأ سلطان التعاقد لم يكن وليد الصدفة وإنما هو نتاج مخاض زمني طويل عاشه هذا المبدأ، كنتيجة حتمية للتطورات التي عرفتها المجتمعات نفسها، فمن نظام الرق إلى الإقطاع وصولاً إلى عصر تقديس إطلاق الحريات وانتهاء إلى تنظيم الحريات وضبط ممارستها لنصل إلى شكل العقد الذي هو عليه الآن.

إلا أنه كان لفكرة النظام العام دور كبير في تطوير مبدأ سلطان الإرادة نظراً للحماية التي يكرسها للحرية العقدية للأطراف المتعاقدة.

ومن ثمة فلمعرفة أسباب حماية النظام العام لمبدأ حرية التعاقد ينبغي معرفة الأسباب التي أدت إلى تطور مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الأول) ، ثم التطرق لكيفية مساهمة النظام العام في تطوير مبدأ سلطان الإرادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطور البيئة العقدية كسبب لتطور مبدأ سلطان الإرادة

يستند مبدأ سلطان الإرادة إلى فكرة إطلاق حرية التعاقد حيث يشكل هذا المبدأ إحدى النتائج التي ترتبت مباشرة على دخول هذه الفكرة في فقه القانون المدني، ولما كان المقصود بالإرادة هنا هي الإرادة الفردية فالحديث عن هذه الأخيرة واستقلالها يرتبط بالتطور الذي طرأ على الفردية، فسنحاول إبراز مظاهر هذا التطور (الفرع الأول) ، وصولاً إلى تحديد مفهوم العقد باعتباره آلية للتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مساهمة الفقه في تطوير مبدأ سلطان الإرادة

أمام عجز كل من القانونين الروماني والكنسي عن الاعتراف صراحة بمبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود بعيداً عن الشكليات والطقوس الرومانية، وبعيداً عن الفكرة الدينية التي توجب إلزامية الوفاء بالعهد، برز هنا دور الفقه المنادي بحتمية التخلي عن هذه الشكليات والطقوس التي أدت إلى تفرغ مبدأ سلطان الإرادة من الهدف المرجو منه، وضرورة إعادة الاعتبار إلى حرية الفرد والاعتراف له بمجموعة من الحقوق يولد متمتعاً بها ولا يمكن للدولة المساس بها وهذا ما نادى به فقهاء مدرسة القانون الطبيعي (أولاً)، وكننتيجة لهذا الفكر الذي ساهم في ظهور المذهب الفردي الذي أطلق العنان وقدس سلطان الإرادة (ثانياً)، إلا أنه نتيجة مغالاة أنصار هذا الفكر ساهم في ظهور المذهب الاجتماعي المنادي بضرورة تقييد حرية الفرد في التعاقد حماية لمصلحة الجماعة (ثالثاً)، لنعرج في الأخير عن مصير مبدأ سلطان الإرادة من منظور الشريعة العامة (رابعاً).

أولاً- مساهمة مدرسة القانون الطبيعي في ظهور مبدأ سلطان الإرادة

يجمع الفقهاء على أن مبدأ سلطان الإرادة يستمد أصوله العميقة من تعاليم مدرسة القانون الطبيعي، التي يعتبر الفقيه الهولندي "جروسيوس" مؤسسها ورائدها في العصر الحديث وإليه يرجع الفضل في تخليص فكرة القانون الطبيعي من الصبغة الدينية التي أضفتها عليه الكنيسة في القرون الوسطى فوفق هذه المدرسة التي يرى أنصارها أن العقل

يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان يولد مزودا بها وتحتّمها طبيعة تكوينه وهذه الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان التي لا تستطيع الدولة التعدي عليها، ولا يمكن للقوانين الوضعية أن تمس بها أو تتجاهلها بل تنحصر مهمة هذه القوانين في تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالتها لكل الأفراد⁽¹⁾.

فترتب على الأخذ بهذه الحقوق الطبيعية نتيجتان أولاهما رابطة الالتزام التي لا يمكن أن تنشأ إلا بمشيئة الإنسان ورضائه الحر، فإرادة الإنسان للالتزام وعدم التزامه إلا إذا شاء تمثل إحدى مظاهر الحرية، والثانية تتمثل في كون سائر الالتزامات التي تنشأ بإرادة الإنسان ورضائه يتقيد بها ويجب عليه الخضوع لها، بسبب شمول مفهوم الحرية لقدرة الإنسان على تقيد حريته بنفسه، والحرية التي لا تتضمن سلطة التقيد الذاتي لا تعد حرية بالمعنى الحقيقي⁽²⁾.

فالهدف الذي كان يسعى له فقهاء مدرسة القانون الطبيعي يتمثل في القضاء على نظام يقوم على نشأة الالتزام في ذمة الفرد نتيجة لحالته في الأسرة والمجتمع دون اعتبار لإرادته، فساهمت هذه المدرسة على تخليص الفرد من هذه الروابط والانتقال به من نظام المراكز القانونية إلى نظام التعاقد الحر أو الحرية التعاقدية⁽³⁾.

كما أيد أنصار مذهب القانون الطبيعي اتجاها كان معاصرا له خلال الفترة الممتدة بين القرنين السابع عشر والثامن عشر، متمثل في نظرية العقد الاجتماعي، بحيث يرى الفقيه "جون جاك روسو" من خلال كتابه "العقد الاجتماعي"، أن الفرد هو أساس القانون وغاياته، وقد ولد الفرد حرا فلا يجوز أن يخضع لغير إرادته، ولا يعتبر القانون سوى صدى لإرادات الأفراد التي تكون ما يسمى بالإرادة العامة، فالقانون الذي يخضع له الفرد ما هو إلا من صنع هذا الأخير، ويستمد شرعيته من كونه تعبيرا عن إرادة الأفراد المتمثلة في هذا

(1) - محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 13-14.

(2) - Flour.J et Aubert.J-L, " **Les obligations, l'acte juridique** ", 06ème édition, Armand Colin, paris, 1994, n 104, p 59.

(3) - عياد عبد الرحمن، " أساس الالتزام العقدي "، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1971، ص 17.

العقد الاجتماعي الذي تنازل فيه كل فرد بمحض إرادته عن جزء من حريته لتحقيق الصالح العام⁽¹⁾.

ثانياً) - ازدهار مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي

لقد كان لمدرسة القانون الطبيعي ومذهب روسو من خلال نظرية العقد الاجتماعي الصدى الكبير في نشوء مبدأ سلطان الإرادة، وبالنتيجة إطلاق العنان لحرية الأفراد في التعاقد، وذلك على إثر المذهب الفردي بحيث تم اعتناق مذهب روسو الذي لعب دوراً رائداً في ترسيخ مبادئه وتوطيد دعائمه، بحيث أثر في المجال السياسي والاقتصادي والقانوني إلى أن بلغ ذروته خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر، فمن الناحية السياسية انحصرت سلطات الدولة في أضيق الحدود احتراماً للحرية الفردية واقتصرت على القيام بدور سلبي بحيث لا تتدخل إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن حتى باتت تعرف بالدولة الحارسة، وعلى الصعيد الاقتصادي فإن تقديس الحرية الفردية بات يعني إقرار الحرية الاقتصادية الكاملة أي ترك المجال الاقتصادي مفتوحاً أمام النشاط الفردي الحر، لهذا عرف المذهب الفردي في الفكر الاقتصادي بالمذهب الاقتصادي الحر⁽²⁾.

أما في دائرة القانون فقد جرى التعبير عن الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال اعتناق مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن الإنسان لا يلزم إلا بمحض إرادته وفي الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها، فالإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات وهي التي تنشئ الالتزام وتحدد مضمونه وتكسبه قوته الإلزامية⁽³⁾.

وقد استند مبدأ سلطان الإرادة في هذه الفترة إلى عدة اعتبارات فلسفية وأخلاقية واقتصادية، فمن الناحية الفلسفية فإن هذا المبدأ يجد أساسه في فكرة الحرية الطبيعية للإنسان التي نادى بها أنصار القانون الطبيعي، ومفادها أن الإنسان يولد متمتعاً بحريات

(1) - عياد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 16.

(2) - محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 24.

(3) - فيلاي علي، "الالتزامات، النظرية العامة للعقد"، المرجع السابق، ص 49.

تقتضيها طبيعته لذا ينبغي أن يعترف المجتمع له بأكبر قدر ممكن من الحقوق وأن يكفل تمتعه بالحرية التي تمنحها الطبيعة له، ومن ثمة يستوجب الأمر الاعتراف له بأكبر قدر ممكن من الحقوق وأن يكفل تمتعه بالحرية التي تمنحها الطبيعة له، فمن مقتضى حماية الحرية الفردية أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم بحريته واختياره، وأن هذا المبدأ يعد أحد أسس الحرية⁽¹⁾، فالتحليل العام للأفكار الفلسفية إذن يرى أن الناس ولدوا أحرارا ومتساوون، فالإنسان في جوهره حر لا يركن لإرادة غيره، وإرادته مطلقة من كل قيد فهو يلتزم بما شاء ومتى أراد من أجل تحقيق مصلحته، فالإرادة الحرة الفردية هي المصدر الوحيد للالتزام التعاقدية⁽²⁾.

فما مبدأ سلطان الإرادة إلا أحد الأوجه الخاصة لهذه الفلسفة العامة، كما أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرضه عليه ذلك من حقوق والتزامات بإرادته، ولا يمكن أن يتصور غير ذلك، فإذا كانت الإرادة الإنسانية لها القوة الكافية لإنشاء المجتمع وما ينشأ عن ذلك من التزامات عامة فإنه يكون من باب أولى أن تنشئ الالتزامات الخاصة التي تربط بين الدائن والمدين⁽³⁾.

أما من الناحية الأخلاقية فإن أحدا لا يمكن أن يسعى بإرادته إلى أمر لا يتفق مع مصالحه، والعقد باعتباره تعبيراً عن إرادة الأشخاص لا بد أن يكون مطابقاً ومحققاً لمصالحهم فما يقبله الشخص بإرادته لا بد أن يكون عادلاً، وفي هذا المقام يقول الفقيه "قوبيه" من قال عقدا فقد قال عدلاً⁽⁴⁾.

(1) - خلفاتي عبد الرحمن، " مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1987، ص 16-17.

(2) - نبيل إبراهيم سعد، " النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 35.

(3) - مرجع سابق، ص 53.

(4) - Spitz Jean-Fabien، " Qui dit contractuel dit juste " : Quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée "، op.cit، DALLOZ، p 283.

أما من الناحية الاقتصادية فالحرية التعاقدية القائمة على سلطان الإرادة هي خير سبيل لتحقيق الانتعاش الاقتصادي، ولذلك فإن أي نزعة تدخلية من جانب الدولة بفرض القيود على النشاط الاقتصادي بعيدا عن حرية المبادرة الفردية إنما هي عمل سيئ وحتما سيؤدي إلى عرقلة النمو الاقتصادي⁽¹⁾، بحيث تفرض الإرادة سلطانها على المتعاقدين، وأن طبيعة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقا للمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية⁽²⁾، كون مبدأ سلطان الإرادة يعد انعكاسا لسياسة الحرية الاقتصادية في إطار القانون الخاص، والتي تقوم على مبدأ مفاده "دعه يعمل دعه يمر"، والفكرة الأساسية لسياسة الحرية الاقتصادية تكمن في السماح للأشخاص بأن يتعاقدوا كما يشاؤون وهذه أحسن وسيلة لقيام علاقات أكثر عدلا فيما بين هؤلاء الأشخاص والأكثر فائدة من الناحية الاجتماعية، كما أن فكرة المنفعة الاجتماعية التي تقوم على حرية المبادرات الفردية كفيلة بأن تحقق تلقائيا الازدهار والتوازن الاقتصادي، ومن هذا المنطلق فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع المصالح الخاصة أو الفردية⁽³⁾.

وتمحور هذه الأفكار حول تقديس الفرد وتكريس المجتمع لخدمته، جسد في ميدان القانون بمبدأ يحكم العقد، وهو مبدأ سلطان الإرادة والذي يحكم العقد من ناحيتين:⁽⁴⁾

الأولى: أن الإرادة لها سلطان ذاتي وهذا يعني أنها وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، وهذا هو مضمون قاعدة الرضائية.

(1) - عبد المنعم فرج الصده، " نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني"، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 44.

(2) - غستان جاك، " المطول في القانون المدني، تكوين العقد"، المرجع السابق، ص 48.

(3) - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 36-37.

(4) - فيلاي علي، " الالتزامات...."، المرجع السابق، ص 49.

والثانية: أن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول إن حرية الأفراد في ظل مبدأ سلطان الإرادة هي مصدر ومنبع قوة العلاقات التعاقدية المبرمة بينهم، إذ لا أساس للقوة الملزمة للعقد إلا بالإرادة. فالإرادة الحرة إذن في ظل المذهب الفردي هي أساس القانون والغاية التي ينتهي إليها، وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا لتحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين، وهذا التوازن ما بين الحريات جميعا هو ما يجب على المشرع أن يعنى به⁽²⁾.

كما لا يقتصر سلطان الإرادة على توليد الالتزامات وحدها بل يولد كل الحقوق الأخرى، فالملكية مبنية على حرية الإرادة، بل هي الحرية في مظهرها المادي الملموس وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على حرية الإرادة، بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة، فالمجرم الذي خرج على المجتمع قد ارتضى مقداً أن يناله الجزاء ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة⁽³⁾.

وهكذا أصبحت الإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام وهذه الإرادة تتجلى بقوة في العقد فتثبت للشخص كامل الحرية في إبرام ما يشاء من العقود بحيث لا يحد من هذه الحرية إلا اعتبارات النظام العام والآداب العامة، كما تثبت له الحرية كذلك في عدم التعاقد بحيث لا يدخل في رابطة عقدية لا يريدتها، ومن ثمة فإنه وفي إطار العقد فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد

(1) - السعدي محمد صبري، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة " ، الطبعة الرابعة ، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 47.

(2) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، " الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام " ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، أبريل 1952، ص 153.

(3) - قعادة خليل أحمد حسن، " الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول " ، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 2010، ص 19.

لم يشترك فيه، والعقد الذي تم بتوافق إرادتين مستقلتين لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى إتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه⁽¹⁾.

ثالثاً) - تقييد مبدأ حرية التعاقد في ظل المذهب الاجتماعي

نتيجة مغالاة أنصار المذهب الفردي في تطبيق مبدأ سلطان الإرادة إلى حد التطرف أدى ذلك إلى نتائج شاذة، فالإرادة عندهم هي أساس كل التزام أياً كان نوعه بما في ذلك أحكام القانون، كونه مجرد تعبير عن مجموع إرادات الأفراد، كما كان للعوامل السياسية والاقتصادية دور في ازدهار مبدأ حرية التعاقد، فعند قيام الصناعات الكبرى وتأسيس الشركات الضخمة التي تضم جموعاً هائلة من العمال، كانت وراء ظهور المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية، التي قامت في وجه المذهب الفردي، وبذلك فمبدأ سلطان الإرادة يكون قد قام على أساس اقتصادي وتضائل نتيجة تأثره بعوامل اقتصادية⁽²⁾.

فالمذهب الفردي أصبح يسمح للأقوياء من استغلال الضعفاء والتحكم فيهم باسم حرية التعاقد، إلا أنه تم التأثير على هذه الأخيرة في ظل الظروف الاقتصادية المستجدة، فرغم امتلاك العامل لحرية التعاقد إلا أن ممارسة هذه الحرية أمر متعذر عليه كونه يجد نفسه مضطراً إلى التسليم بشروط العمل المحددة من قبل رب العمل مسبقاً والتي تعد تعسفية لرب العمل، وبسبب حرية التعاقد تمكن بعض الأفراد من التحكم في البعض الآخر مما سبب اختلالاً في التوازن بين العرض والطلب، فلم يعد للحرية التعاقدية مكان، وأصبحت تتجسد في مجرد إملاء شروط جائرة من طرف على طرف مما أدى إلى اتساع الهوة التعاقدية⁽³⁾.

(1) - السنهوري عبد الرزاق أحمد، " الوسيط في شرح القانون.....، الجزء الأول"، المرجع السابق، ص 158.

(2) - عبد المنعم فرج الصده، " نظرية العقد في....."، المرجع السابق، ص 44.

(3) - السرحان عدنان إبراهيم ونوري حمد خاطر، " شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص 30.

فالحرية المطلقة والمساواة في ظل المذهب الفردي، سمحت لرب العمل من فرض شروط قاسية ومجحفة على العامل سواء من حيث التزامه بالعمل لساعات طويلة دون التفرقة بين رجل وامرأة وصبي، كما زادت حوادث العمل التي لا يقابلها تعويض بدعوى أنها وقعت بفعل الآلة وليس بسبب خطأ رب العمل، مما أدى إلى تدهور أحوال العمال وتعرضوا لكثير من الظلم دون تقديم النظام السائد آنذاك للضمانات الكافية لحمايتهم⁽¹⁾.

فنتيجة هذه التطورات التي ساهمت في تغلغل وانتشار المبادئ الاشتراكية ساهم في تغيير وظيفة الدولة من جانبيين فالأول أدى إلى تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي عن طريق تسييره أو توجيهه، مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد وذلك بتقييد إرادتهم وحرية التعاقدية من عدة جوانب، فالعقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوين العقد وتحديد مضمونه⁽²⁾.

كما تكفلت الدولة بحماية المتعاقد الطرف الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا في العقد، مما جعل هذا الأخير يخرج عن نزعه الفردية إلى نزعة جماعية، بحيث أصبح العقد بعدما كان يعد مجرد شأن للمتعاقدين يهم المجتمع ككل، فتحول إذن إلى وسيلة من وسائل الحياة الاجتماعية وأداة لتحقيق النفع العام⁽³⁾.

كما كشفت هذه التطورات عن ضعف الأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي فما ينادي به من حرية مطلقة ومساواة تامة بين الأفراد أمر لا يؤيده الواقع، كون أن المساواة بين الغني والفقير أو بين العامل وصاحب العمل لا يمكن أن تكون مساواة حقيقية، لأن الأفراد لا يتساوون من حيث القدرات والإمكانات الاقتصادية، كما أن الحرية بالنسبة للفقير

(1) - جعفر محمد سعيد، " مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون "، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 61-62.

(2) - خلفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 22-23.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، " نظرية العقد، الجزء الأول "، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 110.

أو العامل ليست إلا حرية نظرية فقط لا تتجسد في الواقع، كون ممارسة الحرية يتطلب تكافؤ الفرص والفكر المعتقد من قبل أنصار المذهب الفردي الذي لا يوفر مثل هذا التكافؤ⁽¹⁾.
ومن أجل ذلك ساهم الفقه المعارض للمذهب الفردي في الحد من غلواء سلطان الإرادة، وظهر فيه خصوم لهذا المبدأ سهرروا على نقده فالملكية ليست إرادة مطلقة للمالك بل تؤدي وظيفة اجتماعية، ويمارسها صاحبها بما يحقق الصالح العام للمجتمع، وإرادة المورث ليست هي قوام الميراث لأنه نظام قانوني يستند إلى المصلحة العامة ومصحة الأسرة، وإرادة الزوجين لا تحدد حقوق الأسرة لأن دورهما يقتصر على الدخول في مركز قانوني عنى المشرع بتنظيمه بما يتفق مع مصالح الأسرة والمجتمع، كما أن خضوع الفرد للجزاء القانوني سواء كان جنائيا أم مدنيا أمر وثيق الصلة بأمن المجتمع وسلامته واستقرار المعاملات فيه ولا يتصور تفسيره استنادا إلى إرادة الفرد نفسه⁽²⁾.

إن فإطلاق مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى اتساع هوة عدم المساواة بين الأطراف ومن أجل ذلك وجد الاشتراكيون المناخ الملائم للمناداة بتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف، وتحقيق التوازن بين المتعاقدين عندما تؤدي الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية إلى اختلاله، كون منطقهم يتجسد في أن غاية القانون يجب أن تكون المجتمع وليس الفرد، مما أدى إلى تسلل التدخل التشريعي على حساب سلطان الإرادة⁽³⁾.

فمن أهم المبررات التي ساهمت في انتكاس مبدأ سلطان الإرادة هي بروز المذهب الاجتماعي وتطور الفقه والقانون المقارن، فلقد جاء المذهب الاجتماعي كما سبق الإشارة إليه بفلسفة جديدة يقوم على أساسها العقد، والمبنية على الجانب الاجتماعي والاقتصادي، إذ يرى أنصاره أنه من الواجب إقامة عدالة جديدة بين أفراد المجتمع وذلك باقتراح تصور جديد للعلاقة الأساسية التي تربط الفرد بالمجتمع والتي تقوم على مبادئ جديدة، حيث تسمح

(1) - محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 41-42.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط في شرح...."، المرجع السابق، ص 159-160.

(3) - Batiffol Henri, " La crise du contrat ", Archives de philosophie du droit, XIII, paris, 1968, p 13.

بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية دون الإعلان عن نهاية مبدأ سلطان الإرادة، وإنما الحد من الأعمال المطلق له وحماية الفرد على حساب المجتمع، وهذا ما أسماه أنصار المذهب الفردي بالأزمة التي لحقت العقد، إضافة إلى خضوع الإرادة للنظام العام وتطور وظيفة الدولة⁽¹⁾.

فيقيم المذهب الاجتماعي فلسفته على الجانب الاقتصادي والاجتماعي للعلاقة العقدية وليس على إرادة أطرافها فقط، الأمر الذي أدى إلى ظهور أزمة جديدة للعقد حيث ساد الفقه الفرنسي آنذاك نقاش واسع حول القوة الملزمة للعقد إما بتأكيده أو برفضه وانقسم إلى ثلاثة اتجاهات:

- الاتجاه الراديكالي، من رواده الفقيه روهات حيث يقول إن العقد لا يقوم باتفاق إرادتين، فالقوة الملزمة لم تؤسس عند محرري التقنين على احترام الإرادة ولكن على الضرورة الاجتماعية، وإعمالاً للتطور الحاصل فقد اندثرت الانفرادية ولم تعد الإرادة ملزمة إلا لأنها تحت سلطان القانون⁽²⁾، فهذا الرأي يتجاهل مبدأ القوة الملزمة للعقد ويقصي وجوده.

- أما الاتجاه الثاني للفقيه فرانسوا جيني فهو يؤكد على هذا المبدأ، بحيث يقول إنه يتوجب الإبقاء على هذا المبدأ مع ملاحظتنا أن قوة الإرادة ليست مطلقة كونها تصطدم بحقائق خارجة عنها وبضرورات التنظيم الاجتماعي⁽³⁾، فيلاحظ على هذا الرأي أنه أكثر اعتدالاً من الأول.

- وهناك الاتجاه الثالث الذي ينتقد الأساس الفردي لقوة العقد بتأكيده على احترام القوة الملزمة للعقد قد ينتج عنها اللاعدل، والقوة الملزمة يجب أن تكون محددة بفكرة التضامن

(1)- فيلالي علي، "الالتزامات...."، المرجع السابق، ص 41.

(2)- Malaurie Philippe, Aynes Laurent, Stoffel-Munck Philippe, " **Droit civil, les obligations** ", 02 Edition, DEFRENOIS, paris, 2005, p 178.

(3)- Malaurie Philippe, Aynes laurent, Stoffel-Munck Philippe, op.cit, p 358.

التعاقدية أو بالنظرية الاجتماعية للعقد، إن الرافض المعاصر لهذه النظرية هو مصدر الأمانة الجديدة للعقد وتطبيق هذه النظرية يتطلب تدخلا قضائيا⁽¹⁾.

رابعاً) - ثبات سلطان الإرادة وفق الشريعة العامة

تبنى المشرع صراحة مبدأ سلطان الإرادة طبقاً للمادة 106 من القانون المدني التي تنص على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقرها القانون"، وهكذا فالعقد يشكل شريعة المتعاقدين والقانون الذي يحكم العلاقة بينهما، وإرادة الأطراف هي أساس الالتزام في العقود.

فيقصد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كل ما اتفق عليه المتعاقدان بمحض إرادتهما يلزمهما، فالإرادتان اللتان حددتا عناصر الالتزام هما اللتان تملكان تعديل أي عنصر من عناصره ولا تستطيع إرادة واحد منهما ولا إرادة خارجة عنهما إجراء هذا التعديل كمبدأ عام، كما تقتضي هذه القاعدة أن تكون للعقد المبرم قوة ملزمة في موضوعه، أي أن المتعاقد يلزم بما ورد في العقد من جهة ولا يلتزم إلا به من جهة أخرى، فالعقد في قوته الملزمة يساوي القانون في هذا المجال، فهو ملزم للطرفين كما يعد ملزماً للقاضي الذي لا يستطيع أن يعدل شيئاً من مضمونه⁽²⁾.

فإرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقد ومن ثمة لا تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيود، كما لا تحتاج إرادة الفرد في إبرام العقود إلى شكل خاص وهذا ما يعرف بمبدأ رضائية العقود، وحرية الفرد في التعاقد تشمل حريته كذلك في عدم التعاقد فلا أحد يمكنه إجباره على التعاقد في رابطة عقدية لا يرغب فيها، ويسمح هذا المبدأ المكرس بموجب المادة 106 من القانون المدني للمتعاقدين ببسط كامل الحرية في تحديد الآثار المترتبة على

(1) - Malaurie Philippe, Aynes Laurent, Stoffel-Munck Philippe, " **Droit civil, Les obligations** ", op.cit, p 359.

(2) - Gabriel Marty et Pierre Raynaud, " **Droit civil, Les obligations** ", 02 éme édition, Sirey, Paris, 1998, p 41.

الرابعة العقدية، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الالتزام به فكل ما أراده يترتب على العقد الذي تم بينهما، فالمتعاقد حر في أن يتعاقد وفقا لما يريد وبالشروط التي يرضاها⁽¹⁾ .

فيترتب على الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة مجموعة من النتائج، تتمثل الأولى في كون الالتزامات الإرادية هي الأصل، والفرد لا يلتزم إلا بإرادته وإذا كان من ضرورات وحاجات المجتمع في بعض الأحوال أن تفرض عليه بعض الالتزامات فإنه ينبغي كإجراء أولى حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، إذ لا يمكن تقرير الالتزامات الإرادية إلا في الحالات الاستثنائية لأن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه ومن ثمة تكون التزاماته عادلة إذا تمت بإرادته⁽²⁾، مما يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وأن كل الالتزامات بل وكل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة⁽³⁾ ، فالرابطة القانونية تنشأ باتفاق الإرادتين، وقوتها الإلزامية هي انعكاس لهذا الاتفاق، وانعقاد العقد على مقياس الإرادات الفردية التي تجعل المتعاقد منفردا في حلقة قانونية مميزة ومنفصلة عن الآخرين وينشأ داخل الحلقة قانون بواسطة سلوك وحيد وهو الإرادة⁽⁴⁾.

أما النتيجة الثانية التي تترتب على مبدأ سلطان الإرادة فتتمثل في حرية التعاقد، فأرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل خاص وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته في عدم التعاقد، فلا يمكن إجباره على رابطة عقدية لا يرغب فيها⁽⁵⁾.

(1) - السعدي محمد صبري، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري..... " ، ص 47.

(2) - Yvaine Buffelan-Lanore et Virginie Larribau-Terneyre, " **Droit civil, Les obligations** ", 14 édition, SIREY, paris, 2014, p 237.

(3) - قدامة خليل أحمد حسن، المرجع السابق، ص 18.

(4) -Daucgy Paul, " **Une conception objective du lien d'obligation, Les apports du structuralisme a la théorie du contrat** " , archive de philosophie du droit, tome 26, paris, 1981, p 270.

(5) - السعدي محمد صبري، " الواضح في شرح القانون المدني...."، المرجع السابق، ص 46.

ويترتب على مبدأ سلطان الإرادة حرية الأطراف في تحديد آثار العقد كون هذا الأخير تنصرف آثاره إلى المتعاقدين وخلفهما، والقاعدة الأهم المترتبة على المبدأ هي العقد شريعة المتعاقدين، والمقصود بذلك أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو إنهائه، فالعقد يعد بمثابة القانون المصغر بين الأطراف كونه ملزما تماما كالقانون بالنسبة لهم، فهو ملزم كذلك للقاضي (1).

إلا أنه سرعان ما تعرض هذا المبدأ للانتقاد كون العدالة لا تنشأ من العقد، وإنما العقد يتمتع بقريئة بسيطة وهو أنه يلحق به العدل، وهذه القريئة قد تتهدم أمام ما تظهره الحقائق، كون الحرية والمساواة المدعاة بين المتعاقدين هي مساواة اسمية تخفي وراءها عدم مساواة حقيقية، فغالبا ما يتم التراضي على التزامات مفروضة من قبل الأكثر قوة على الأكثر ضعفا، وبالتالي فالإرادة الحرة لا تحقق دائما العدالة العقدية، وإذا افترضنا تحقيق الحرية والمساواة بين الأطراف وأن إرادتهم اتجهت إلى ما هو عادل ثم طرأت ظروف بعد إبرام العقد أدت إلى اختلال توازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف فإن الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين على إطلاقه سيملي على القاضي والأطراف المتعاقدة العمل على تنفيذ هذه الأداءات حتى ولو أحدثت ضررا كبيرا بأحدهم، ولكن ألا يكون الاحترام الصارم لذلك المبدأ في هذه الحالة مخالفا للعدالة؟(2).

إلا أن هذا المبدأ لم يشهد الإطلاق الذي كان عليه فسرعان ما عرف العديد من التقييدات تماشيا مع الفكر الاشتراكي للدولة، فحرية التعاقد تجد قيودا هاما متمثلا في النظام العام والآداب العامة، فأبي اتفاق يخالف هذا الأخير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، فهذه الفكرة تنتسج كلما ساد الاتجاه الاشتراكي في الدولة.

(1) - حدي لالة أحمد، " سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013، ص 18-20.

(2) - حمدي عبد الرحمن، " الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة "، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 81.

فيعد العقد الوسيلة الفعالة لذلك كان أنسب وسيلة لتحقيق العدل في معاملات الأفراد المالية، ولكن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد في الوقت الحاضر مبدأ مطلقا كما كان عليه، حيث دأب المشرع إلى الحد منه بغرض تحقيق الصالح العام، فالهدف من فرض مثل هذه القيود يؤول إلى حماية الطرف الضعيف في العقد وتوفير العدالة⁽¹⁾، فهذه القيود مصنفة إلى شقين، يتجسد الأول في مدى كفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف القانوني بحيث يستلزم القانون أحيانا إفراغ التراضي في شكل خاص يعتبر ركنا في العقد لا يقوم بدونه، أما الثاني فهو خاص بمدى حرية الإرادة في تحديد مضمون التصرف القانوني وترتيب آثاره، حيث يضع المشرع بعض القواعد القانونية الآمرة التي يمتنع على الأطراف مخالفتها ويبطل كل اتفاق مخالف لها وذلك حماية للنظام العام والآداب⁽²⁾، فهذا الأخير يعمل على مراقبة العقود⁽³⁾.

هناك توافق على الاعتراف بأنه يجب أن يتمكن المشرع والقاضي من تأمين تطابق العقد مع المصلحة العامة والنظام العام كون المصلحة العامة أسمى من الحرية التعاقدية⁽⁴⁾. ولقد تطور النظام التعاقدي إلى أن اتصف بالحماية حيث إنه أداة لحماية مصالح المتعاقد في مواجهة الطرف الآخر في عقد من شأنه أن يفرض عند انعقاده شروطا تتعدم فيها حرية التفاوض بين الأطراف، فالنظام العام يفرض عند تكوين العقد، ويخضع هذا الأخير إلى شروط موضوعية وشكلية إلزامية يقرها القانون، وإن عدم مراعاة هذه الشروط يؤدي حتما إلى البطلان، كما أن تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه من جهة وتتكفل بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا من جهة أخرى كان له تأثير كبير على العقد، فاهتمام الدولة بالميدان

(1)- Yvaine Buffelan-Lanore et Virginie Larribau-Terneyre, op.cit, p 240.

(2)- محمد حسين منصور، " مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة "، الدار الجامعية، القاهرة، 2000، ص 51.

(3)- Philippe Malaurie, "L'ordre public et le contrat, (étude de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S)", tome premier, éditions matot-braine, reims, paris, 1953, p 19.

(4)- غستان جاك، " المطول في القانون المدني...."، المرجع السابق، ص 130.

الاقتصادي عن طريق تسييره وتوجيهه جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد، وذلك بتنفيذ إرادتهم من عدة جوانب، وهذا ما يعرف بتعميم العقد، وأما تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اجتماعيا واقتصاديا وثقافيا فقد جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعته الجماعية، فأصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم يهم المجتمع، فالعقد يعد وسيلة من وسائل الحياة الجماعية وأداة لتحقيق النفع العام وهذا ما يعرف بجميعة العقد⁽¹⁾.

من بين أسباب تطور الفقه والقانون المقارن للعقود، ظهرت نظرية النفع والعدل في الفقه اللاتيني يقول جاك غيستان إن تراجع مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لما لقيه من انتقادات أفرز بدائل جديدة تقوم مقامه، وهذه البدائل هي النفع والعدل، فالعقد يتمتع بالقوة الإلزامية إلا إذا كان مقيدا، فالمنفعة نوعان إحدهما خاصة تعود على الشخص بعينه وأخرى تعود على الجميع، والقانون الوضعي لا يعترف إلا بالمنفعة العامة، لذلك تتدخل النصوص الآمرة لفرض النظام العام وإخضاع العقد لمقتضياته، كما يضيف Ghestin أن العقد أداة مهمة ومفضلة لدى الأفراد للتبادل وتحقيق المنفعة الاقتصادية المبنية على الائتمان والتبصر والتوقع⁽²⁾.

ومن مظاهر تقييد حرية التعاقد منع الأشخاص من ممارسة بعض الأنشطة التجارية وإبرام بعض العقود، كما هو الحال عليه بالنسبة لاحتكار الدولة للتجارة الخارجية بموجب القانون رقم 88-29 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية⁽³⁾، بحيث أخضع عملية تصدير واستيراد البضائع والسلع لهيئات الدولة وحدها دون الأفراد.

كما اتخذ تقييد حرية التعاقد صورا أخرى كإجبار الشخص على إبرام بعض العقود كعقد التأمين طبقا لما جاء في المادة 01 من الأمر رقم 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين

(1) - سيتم التطرق له في الفصل الثاني من هذه الأطروحة.

(2) - غستان جاك، " المطول في القانون المدني...."، المرجع السابق، ص 231-232.

(3) - المادة 01 من القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19/07/1988، المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية، الجريدة الرسمية العدد 29، المؤرخة 20/07/1988، ص 1062.

على السيارات ونظام تعويض الأضرار⁽¹⁾، أو إجباره على التعاقد مع شخص معين مثلما هو الحال في حالة الاحتكار والعلاقة بين المستهلك والمحتكر، كذلك بالنسبة لعقود إيجار الأماكن السكنية، كما قد يتجسد هذا التقييد في فرض شكل معين لبعض العقود مثل عقد البيع، أو الرهن أو الهبة التي ترد على العقار⁽²⁾.

كما تدخل المشرع في تحديد الثمن حيث خول للسلطات العامة صلاحية اللجوء إلى التسعير أي التحديد المباشر للأسعار من قبل السلطة الإدارية، كما يصل في بعض الأحيان التقييد إلى تحديد مضمون العقد مثلما هو الحال بالنسبة لعقد العمل⁽³⁾، كما قد يكون هذا التقييد عن طريق فرض التزامات على عاتق المتعاقد القوي اقتصاديا لصالح المتعاقد الضعيف كما هو الحال بالنسبة لعقود الاستهلاك⁽⁴⁾، وتدخل المشرع كذلك لصالح المستأجر أيضا للحد من تعسف المؤجر في شروط الإخلاء وإنهاء عقد الإيجار وبدل الإيجار⁽⁵⁾.

وحمى المشرع الطرف الضعيف في عقد الإذعان من الشروط التعسفية، وعند تنفيذ العقد وضع استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يقضي بعدم جواز نقض العقد ولا

(1) - طبقا للمادة 01 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30/01/1974، المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام تعويض عن الأضرار، الجريدة الرسمية العدد 15، السنة 11، المؤرخة في 19/02/1974، على أنه: " كل مالك مركبة ملزم باكتتاب عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير، وذلك قبل إطلاقها للسير".

(2) - طبقا للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني: "العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي.....".

(3) - طبقا للقانون رقم 90-11 المؤرخ في 12/04/1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد 17، المؤرخة في 21/04/1990، ص 562.

(4) - وهذا ما يظهر بموجب القانون رقم 09-03 المؤرخ في 08/03/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 08/03/2009، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09 من هذه الالتزامات الالتزام بالإعلام، الالتزام بالأمن والسلامة، الالتزام بالمطابقة، الالتزام بالضمان، سيتم التطرق لها في الباب الثاني.

(5) - Fady Nammour et Rémy Cabrillac et Séverine Cabrillac et Hervé Lecuyer, " **Droit des obligations, droit français-droit libanais, perspectives européennes et internationales** " , 01 ère édition, BRUYLANT, DELTA, L.G.D.J, paris, 2006, p 25.

تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون فهذا الاستثناء يتجسد في السلطة التي منحها المشرع للقاضي لتعديل العقد في حالة الظروف الطارئة وحالات أخرى⁽¹⁾.

كما تم توسيع سلطة القاضي في التدخل لتعديل العقد حماية للطرف الضعيف، أو لإعفاء أحد طرفي العقد من بعض الشروط أو لإنهائه بناء على طلبه، كما اشترط المشرع في محل وسبب العقد أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة⁽²⁾.

فإذا كانت التوجهات الاشتراكية التي انتهجها مشرعنا قد استدعت الحد من حرية التعاقد وفرض العديد من القيود عليها خدمة لمخططات توجيهية تارة وحماية لبعض الفئات الضعيفة تارة أخرى، لكن سرعان ما تبنى المشرع نظاما مغايرا يقوم على أساس اقتصاد السوق متأثرا بالعلومة الاقتصادية، وقد ظهر جليا هذا التحول من خلال العديد من القوانين والمراسيم خاصة منها القانون رقم 88-29 المتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية، وكذلك القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار⁽³⁾، الذي فتح المجال لحرية الأسعار.

وبعد اعتراف المشرع في دستور 1996 بموجب المادة 37 بحرية التجارة والصناعة المعدلة بموجب دستور 2016⁽⁴⁾، بموجب المادة 43 التي نصت على: "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون...."، التي يهدف من ورائها إلى تحرير الاقتصاد، فنتيجة لهذا التحول بدأت حرية التعاقد تنتعش من جديد، ويظهر ذلك في العلاقة بين المؤجر والمستأجر لما ألغى حق البقاء وتبعه بعد ذلك بتعديل عقد الإيجار بموجب

(1) - بن شنيبي حميد، " سلطة القاضي في تعديل العقد "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، بن عكنون، 1996، ص 48.

(2) - السرحان عدنان إبراهيم ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 30.

(3) - القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05/07/1989 المتعلق بالأسعار، الجريدة الرسمية العدد 29، السنة 26، المؤرخة في 19/07/1989، الذي حرر الأسعار بعدما انتهجت الجزائر اقتصاد السوق، بحيث تم إلغاؤه بموجب المادة 97 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة.

(4) - القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 07/03/2016، ص 02.

القانون رقم 05-07 المعدل والمتمم للقانون المدني⁽¹⁾، ونفس الشيء بالنسبة لإيجار المحلات التجارية إذ أنه بموجب القانون رقم 02-05 المتضمن القانون التجاري⁽²⁾، فقد منح للمتعاقدین مطلق الحرية في تجديد الإيجارات والشروط التي ينتهي بها عقد إيجار المحل التجاري.

كما اتسع الدور الذي تلعبه حرية التعاقد في ظل هذا النظام الجديد من خلال إعمال قواعد المنافسة بموجب الأمر رقم 03-03⁽³⁾ الذي كرس حرية المنافسة، فحتى وإن أعاد المشرع إطلاق العنان لمبدأ سلطان الإرادة في ظل اقتصاد السوق إلا أنه لم يجعله مطلقاً وإنما ضبطه هذه المرة بموجب قواعد النظام العام الاقتصادي⁽⁴⁾.

فللتوفيق بين احترام حرية الأفراد من جهة وحماية المجتمع ومصالحه من تسلط الأفراد من جهة أخرى ينبغي التقييد من الحرية الفردية بالقدر الذي لا يضر بالمصلحة العامة ومصالح الطرف الضعيف، فلا تعد هذه القيود بمثابة الحجر على حرية الأشخاص وإنما هي حماية للمتعاقد نفسه بتبنيه لخطورة التصرف وتحقيقاً لاستقرار المعاملات⁽⁵⁾.

فنرى أن دور الإرادة لم يعد كما كان عليه في السابق، فلم تعد هي صاحبة السلطان الأكبر لا في مجال تكوين العقد ولا في مجال تحديد آثاره، كل هذا بسبب تعزيز النظام العام للحرية العقدية بين الطرفين لمنع تعسف أحدهما على الآخر، فهذه القيود المفروضة تعد حماية لطرفي العقد، إلا أنه يبقى للإرادة دور في إنشاء التصرفات القانونية وترتيب آثارها،

(1) - القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

(2) - القانون رقم 02-05 المؤرخ في 26/05/2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد 11، المؤرخة في 09/02/2005، ص 08، بموجب المادة 187 مكرر منه.

(3) - الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 43، المؤرخة في 20/07/2003، ص 25، المعدل بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 15/08/2010، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة 18/08/2010، ص 10.

(4) - سيتم التطرق لهذه النقطة بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

(5) - حملاوي دغيش ودبابش عبد الرؤوف، " مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون " ، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، جوان 2016، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، ص 270.

لكن بقيت حدود لا يمكن تجاوزها بحيث لا يمكن تجاهل دور الإرادة على حساب تحقيق المصلحة العامة، ومن أجل ذلك يتدخل النظام العام والآداب العامة لتعزيز الحرية التعاقدية لمنع تعسف طرف على حساب طرف آخر متعاقد معه.

يمكن القول حسب رأينا أن المشرع سعى لخلق نوع من التوازن بين حمايته لمبدأ سلطان الإرادة وحماية استقرار المعاملات، ويظهر ذلك من خلال وضعه للاستثناءات ترد على الحرية العقدية بواسطة النظام العام لتعزيز سلطان إرادة الأطراف.

فالنظام العام التقليدي يقتصر على ممنوعات يجب احترامها، أما أحكام النظام العام الاقتصادي زيادة على ذلك تفرض واجبات وسلوكات يجب اتباعها، بحيث يمكن القول إن النظام العام قد انحصر في بدايته في نطاق ضيق حيث كان مقتصرًا على حماية الكيان السياسي والأخلاقي للمجتمع، لذا لم تشهد اتساعًا شديدًا في مضمونها منذ بداية القرن التاسع عشر حيث تطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي للمجتمع مما أدى إلى ظهور مفهوم آخر حديث متمثل في النظام العام الاقتصادي الحمائي، يضاف إلى المفهوم التقليدي للنظام العام مما أدى إلى زيادة القيود على إرادة الأفراد بغية تعزيز إرادة الطرفين ومنع تعسف طرف على طرف آخر.

الفرع الثاني: العقد كأهم وسيلة لتحقيق الأمن التعاقدية

يعتبر العقد الوسيلة التي بواسطتها يتم تجسيد إرادة المتعاقدين ومن ثمة تكريس مبدأ سلطان الإرادة، والمراد من إبرام أي عقد هو بالضرورة لتحقيق منفعة معينة (أولاً)، إلا أنه لكفالة تحقيق هذه الأخيرة حصن المشرع المتعاقدين بجعل أحكام الأهلية من النظام العام (ثانياً).

أولاً- العقد كأداة لتحقيق منفعة للمتعاقدين

عرف المشرع العقد في المادة 54 من القانون المدني على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما"، فنجد هذا النص مستتباً من تعريف المشرع الفرنسي للعقد بموجب المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي ب: "العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله"، فيتبين من هذا التعريف أن العقد اتفاق، يهدف إلى إحداث آثار قانونية، فيتبين من هذا النص أن مشرعنا أخذ بالنزعة الذاتية التي تهتم في تعريفها للعقد بعناصر تكوينه أي تطابق إرادة المتعاقدين⁽¹⁾.

فإذا سلمنا أن العقد اتفاق، فيقصد بهذا الأخير اتحاد وجهة نظر أشخاص تجاه أمر معين مما يستدعي وجود شخصين مستقلين عن بعضهما البعض، لأن الاتفاق لا يحدث إلا بين شخصين فأكثر سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين مع ضرورة أن يكون أطراف العقد متساويين قانوناً، كما يشترط أن تكون لأطراف الاتفاق مصالح متغايرة⁽²⁾.

كذلك من الخصائص المميزة للعقد أنه يهدف إلى إحداث آثار قانونية أي غايته إيجاد وضع جديد يرتب حقوقاً وواجبات لم يكتسبها ولم يتحملها المتعاقدان من قبل، أو ينهي حقوقاً أو واجبات سابقة ما لم يهدف الاتفاق إلى إحداث مثل هذه الآثار فلا يعتبر عقداً⁽³⁾، إذن فآثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين دون غيرهما وهذا ما يعرف بمبدأ الأثر النسبي للعقد،

(1)- فيلالي علي، "الالتزامات...."، المرجع السابق، ص 43.

(2)- أحمد محمد علي داود، "أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الجزء الأول"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 21-22.

(3)- السرحان عدنان إبراهيم و نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 26.

كما تخضع آثار العقد لمبدأ القوة الملزمة للعقد بسبب أن الإرادة الحرة هي التي تكسب العقد قوته الإلزامية فطالما التزم المتعاقدان بمحض إرادتهما وجب عليهما تنفيذ ما التزما به⁽¹⁾. وهناك من عرف العقد على أنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في المحل المعقود عليه، بما يدل على ذلك من عبارة أو إشارة أو فعل، ويترتب عليه التزام كل واحد من المتعاقدين بما وجب به للآخر، سواء كان فعلا أو تركا"⁽²⁾.

فطبقا للمادة 59 من القانون المدني التي استلزمت تطابق الإرادتين إذن يكفي توفر ركن التراضي لقيام العقد ولا يهمل القالب الذي ينصب فيه هذا الأخير⁽³⁾، فالمشرع كرس هذا المبدأ في المادة 106 من القانون المدني "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين....."⁽⁴⁾.

فالمتعاقدان يملكان كامل الحرية في تحديد كيفية التعاقد ويمتد الأمر إلى تحديد مضمون العقد وتعيين بنوده وأحكامه، ولكن مع مراعاة أحكام النظام العام وفي حالة تحقق ذلك يكون العقد ملزما في مواجهة المتعاقدين ومواجهة الغير حتى في مواجهة القاضي، فهذا

(1) - طبقا للمادة 108 من القانون المدني: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، والمادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

(2) - جعفر محمد سعيد، "نظرات في صحة العقد ويطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي"، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 19.

(3) - أمجد محمد منصور، "النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 32.

(4) - يوجد موقف للمحكمة العليا حول نص المادة 106 من القانون المدني الذي اعتبر أحكام هذه المادة من النظام العام، طبقا لقرار الغرفة الاجتماعية المؤرخ في 15/10/1990، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 01 ص 119.

الأخير يكون ملزماً باحترام اتفاقهما ولا يمكن له إضافة أو انقاص أو تعديل ما ورد فيه، وحتى في حالة تأويله للعقد وجب عليه البحث عن نية المتعاقدين⁽¹⁾.

فتعتبر الإرادة هي القالب الذي يعبر عن التراضي وهي ظاهرة نفسية في اتخاذ موقف معين قد تكون ظاهرة وقد تكون باطنة ويتم التعبير عنها بتطابق الإرادتين⁽²⁾، فينبغي أن يتوفر في الشخص الذي يريد إبداء إرادته بالإدراك والتمييز، كما قد يكون التعبير عن الإرادة صريحا عن طريق الكلام أو الكتابة أو الإشارة⁽³⁾، أي يتخذ قالبا لإبداء إرادته الصريحة، فيمكن أن يتم هذا التعبير بأية وسيلة شريطة عدم مخالفتها للنظام العام، كما قد يتم التعبير عنها بطريقة ضمنية بحيث يتخذ سلوك القابل بالتصرف دون إبداء إرادته بصراحة أي اتخاذ موقفا لا يدع شكاً في دلالاته⁽⁴⁾، والعقد طبقاً لما يصفه الفقيه CARBONNIER إذا تم احترام مبدأ الإلزامية فيه فإنه من الناحية الاقتصادية يجسد مجالاً للثقة والاستقرار⁽⁵⁾.

فالعقد إذن يعد نوعاً من الضمان المتبادل بين طرفيه من التغيرات التي قد تطرأ على إرادتيهما مما يؤثر على التزامات الأطراف المتعاقدة، فهو يعود بمنفعة شخصية لكلا الطرفين، كما يعد ذا منفعة عامة كونه وسيلة تبادل في العلاقات المالية والذي يدفع بالمشرع إلى الحرص على توفير الثقة به من خلال إلزاميته والحرص على سلامة التعامل بين الأشخاص، الأمر الذي يؤكد حرص المشرع المدني على تتبع كل عقد مخالف للنظام العام والآداب العامة أو يضر بالمتعاقدين الآخرين.

(1) - بن شنيبي حميد، " نظرية الالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول " ، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، الجزائر، 2014، ص 25-26.

(2) - انظر المادة 59 من القانون المدني، يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

(3) - انظر المادة 60 من القانون المدني.

(4) - السنهوري عبد الرزاق، " نظرية العقد، الجزء الأول "، المرجع السابق، ص 152-153.

(5) - Carbonnier Jean, " **Droit civil, Les obligations** ", tome 04, 09 éditions PUF, Thémis, paris, 1976, p 187.

فتكون المبادلات العقدية نافعة طالما كانت متوافقة مع المصلحة العامة، والدليل على ذلك فكرة النظام العام التي تعد قالباً لهذه المنفعة تمثل إرادة الطرفين من العقد لها، بحيث مبدأ الحرية العقدية لا يجوز له المنازعة فيها أو تفسيرها حصرياً⁽¹⁾.

والمشرع الجزائري لم يفرق بين كلتا الإرادتين كونه أخذ بصفة عامة بالإرادة الباطنة ولكنه أخذ كذلك بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار التعامل⁽²⁾، فبالنسبة لانعقاد العقد يعتد المشرع بالإرادة الباطنة للطرفين، وهذا ما نلمسه من خلال المواد من 81 إلى 90 من القانون المدني، بحيث ركز المشرع على العيوب الداخلية للإرادة، كما قرر بطلان العقد لسبب غير موجود وهو السبب الحقيقي طبقاً للمادة 98 من القانون المدني، بالإضافة لتقريره لشروط المشروعية طبقاً للمادة 97 من القانون المدني من وراء فحص الدافع للتعاقد، كما اعتمد معيار النية المشتركة للمتعاقدين بموجب المادة 111 من القانون المدني في مجال التفسير، كما أخذ بالإرادة الظاهرة وهذا ما يظهر من ترتيب الإرادة لأثرها القانوني وقت اتصال الإيجاب بالقبول طبقاً للمادة 61 من القانون المدني، كما اعتمد في تفسير العقد على وضوح العبارة طبقاً للمادة 111 من القانون المدني وهذا بغية استقرار المعاملات وتحقيقاً للطمأنينة في نفوس المتعاقدين والضمانة القانونية، فيتبين رغبة المشرع في محاولة ضمان استقرار المعاملات بدلاً من حماية الإرادة الحرة وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة التي تعد من مقومات النظام العام.

فإقيام العقد يشترط تطابق الإرادتين بعد صدور الإيجاب ثم القبول، فيعرف الإيجاب على أنه التعبير عن إرادة شخص يعرض على الآخر أن يتعاقد معه، مما ينبغي أن يكون

(1) - Ghestin Jaques, " **Traité de droit civil, La formation du contrat** ", éditions L.G.D.J, paris, 1996, p 211.

(2) - السعدي محمد صبري، " الواضح في شرح القانون المدني... "، المرجع السابق، ص 99.

هذا الإيجاب تاما وأن يكون محددًا ودقيقًا أي غير ناقص بحيث ينعقد العقد بمجرد صدور القبول⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقبول فهو التعبير عن الإرادة الصادرة ممن وجه إليه الإيجاب، والمتضمن الموافقة على الإيجاب الصادر إليه بكل عناصره، وقد يكون صريحًا أو ضمنيًا فيشترط أن يكون القبول مطابقًا للإيجاب، ويجب أن يصدر هذا الأخير قبل سقوط الإيجاب إذا كان محدد المدة أو قبل انتهاء الميعاد الذي يستخلص من ظروف أو طبيعة المعاملة⁽²⁾.

غير أنه يطرح التساؤل حول هل يعد السكوت قبولًا؟ بالرجوع إلى المادة 68 من القانون المدني⁽³⁾، التي حددت الحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولًا وهي:

- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحًا بالقبول.

- إذا كان بين الطرفين تعامل سابق وصدور عن أحدهما إيجاب، كان السكوت عن الرد عليه بمثابة قبول.

- إذا كان الإيجاب نافعا للمعروض عليه، كسكوت الموهوب له يعتبر قبولًا⁽³⁾.

فالإرادة هي جوهر العقد إلا أن وظيفتها تقتصر على مجرد إعمال حكم القانون، فهذا الأخير هو الذي يرتب الأثر القانوني على انعقاد العقد، ولا يكون العقد صحيحًا إلا في حدود النظام العام والآداب العامة، أي في حدود المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت هذه المبادئ اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو دينية، فمن خلال نص المادة

(1) - أمير فرج يوسف، "العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني"، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2008، ص 16.

(2) - حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 196-197.

(3) - انظر المادة 68 من القانون المدني: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحًا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب".

(3) - بن شنيته حميد، "نظرية الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 64-65.

106 نلمس رغبة المشرع في حماية الإرادة العقدية بحيث جعل هذه المادة أمرة من النظام العام فيكون بذلك قد عزز من سلطان الإرادة بالنسبة للمتعاقدين.

ثانياً) - الأهلية من النظام العام تكفل سلامة الإرادة من العيوب

عرف المشرع الأهلية بموجب المادة 40 من القانون المدني التي نصت على: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة (19) كاملة " .

وعرف الفقه الأهلية على أنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات وتنقسم الأهلية إلى نوعين أهلية الوجوب التي يقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق، وهي تثبت للشخص بمجرد ولادته، وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق وهي تتأثر كقاعدة عامة بسن الإنسان ودرجة تمييزه⁽¹⁾.

فالقواعد العامة في نظرية العقد تشترط الأهلية لصحته والعقد الذي يبرمه عديم الأهلية يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، فيشترط في الشخص المتعاقد أن يكون كامل الأهلية طبقاً للمادة 78 من القانون المدني، فتعد الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية وأحكامها من النظام العام، بحيث لا يجوز لأحد المتعاقدين التنازل عنها بمقتضى نص المادة 45 من القانون المدني التي تنص: " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها " ، والمقصود هنا بالأهلية لصحة التراضي هي أهلية الأداء التي يقصد بها قدرة الشخص للقيام بالتصرفات أو الأعمال القانونية، ففي الحالة التي تتعدم فيها هذه الأهلية مثل حالة الصبي غير المميز، والمجنون والمعتوه، تتعدم الإرادة تماماً ويقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تم إبرامه⁽²⁾ ، فطبقاً للمادة 42 الفقرة 01 التي تنص: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز، من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة " ، أي

(1) - Yvaine Buffelan-Lanore et Virginie Larribau-Terneyre, op.cit, p 362.

(2) - بلحاج العربي، " النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة "، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 97-98.

تكون أهليته منعدمة، فنتعدم الإرادة تماما ومن ثمة عد التراضي غير صحيح، إلا أنه يكمن الفرق بين نقص الأهلية الذي يكون في حالة الصبي المميز والسفه وذي الغفلة في إمكانية إبطال العقد، كما قد تكون الأهلية منعدمة ويترتب على ذلك بطلان العقد⁽¹⁾، فلا يجوز الاتفاق على إعطاء شخص أهلية لا تتوفر فيه بحكم القانون أو حرمانه من أهلية لا تتوفر له بحكم القانون أو لم يقرها له القانون، أو حتى حرمانه من أهلية منحها إياه القانون وكل اتفاق على ذلك يقع باطلا بطلانا مطلقا⁽²⁾، فلا يجوز الاتفاق على إعطاء شخص أهلية لا تتوفر له بحكم القانون أو حرمانه من أهلية يخولها القانون إياه⁽³⁾، فالهدف من جعل أحكام الأهلية من النظام العام حماية لإرادة المتعاقد⁽⁴⁾.

فطبقا لنص المادة 45 من القانون المدني جعل المشرع هذه القاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وذلك لتعلقها بالنظام العام، فلا يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفة أو تعديل الأحكام المتعلقة بالأهلية المحددة قانونا وإلا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا، حتى لو تراضى الطرفان على ذلك، كما لا يجوز التنازل عن الأهلية، فإذا توافرت في الشخص الأهلية الكاملة دون أن يعترضها عارض من عوارض الأهلية مما يؤدي إلى زوالها أو إنقاصها، فهو يعد أهلا للتعاقد طبقا لنص المادة 78 من القانون المدني.

فتعتبر أحكام الأهلية من المسائل المتعلقة بالنظام العام لأنها تهم الكافة ومصصلحة المجتمع، إضافة إلى الجانب الخاص المقرر لمصلحة من وضعت لحمايته فبذلك فقد عزز النظام العام من حرية التعاقد، فالقواعد المنظمة للأهلية تتسم بالطابع الأمر لحرص المشرع على أن يكون التعبير عن الإرادة صادرا عن قدرة حقيقية للتمييز والإدراك.

(1) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 218، 221.

(2) - قواده خليل أحمد حسن، المرجع السابق، ص 48-49.

(3) - الصده عبد المنعم فرج، المرجع السابق، ص 222.

(4) - البدوي محمد علي، " النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام "، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1993، ص 27.

المطلب الثاني: النظام العام كضابط للعلاقات العقدية

إن محاولة فرض منظومة قانونية موحدة في كل دولة قومية مع بداية القرن التاسع عشر في أوروبا من أجل إخضاع المبادرات الفردية والحريات التعاقدية لسلطان القانون، دفع بالفكر القانوني إلى البحث عن ضابط يقوم بدور الدرع الحامي للقيم والمصالح العليا للدولة، ومن ثمة استعارة مصطلح النظام العام ليكون الأداة القانونية في الضبط الاجتماعي كحد على سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وبذلك أصبح هذا المصطلح يتمتع بجاذبية ساحرة تأسر المشرعين والفقهاء على السواء، بما استوت عليه تلك الفكرة من مرونة غامضة جعلت الجميع يسعون خلفها، دون أن يتمكن أحد من احتوائها بتحديداتها تحديدا دقيقا أو بتعريفها تعريفا جامعا مانعا.

فعلى الرغم من مرور ما يقرب قرنين على ولادة هذه الفكرة وتبلورها، فقد ظلت من الأفكار التي يكتنفها الغموض في طبيعتها إلى حد التضارب في شأنها وكيونيتها حتى صار ينظر إليها بكثير من الريب، ورغم ذلك فإن كل جماعة أي كان شكل تنظيمها بحاجة دائما إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك الأفراد داخلها تتمتع بسلطان الأمر والنهي المصحوب بجزاء يوقع على المخالف لهذه المنظومة، تعبر عن أولوية المصلحة العليا للدولة وللجماعة على الإرادات الفردية والمصالح الخاصة.

ومع ظهور بعض فئات المجتمع المدني المطالبة بإشراكها في العملية السياسية والإصلاحية قصد الانفتاح على الأفكار الاشتراكية تحول مفهوم النظام العام إلى منظومة لحماية أسس المجتمع بمختلف طبقاته.

وعليه سينصب تقسيم هذا المطلب إلى معرفة كيفية تطور مدلول النظام العام في

(الفرع الأول) ، ثم التطرق لمقومات النظام العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظام العام: بين المرونة والتطور

لتحديد مفهوم النظام العام أولى التشريع والفقهاء الوضعيين مكانة هامة للنظام العام فهو مفهوم مركزي، غير أن تعريفه وتحديده بقي لحد الآن غير واضح، ويمتاز ببعض الإبهام والغموض، ذلك أن المشرع عند صياغته للنص القانوني قد يحاول إدخال بعض المفاهيم الغامضة مثل قواعد العدالة والإنصاف، حسن النية، التعسف في استعمال الحق، النظام العام والآداب العامة، فهذه المفاهيم تتسم بالغموض وتساعد على تطبيق القاعدة القانونية، واللجوء إليها مما يوسع من سلطة القاضي في التفسير، فالغموض هو العنصر المنشئ للتفسير وأساس التعليل.

وبالرجوع إلى كتابات الفقهاء التي تناولت فكرة النظام العام، نجد أنها قد أجمعت على صعوبة إيراد تعريف محدد للنظام العام، وإن هذه الفكرة هي فكرة غامضة، وهنا وجب الإشارة إلى الخلط الذي قد يقع بين الصعوبة من جهة والغموض من جهة ثانية، فالغموض لا يؤدي إلى الإبهام بل العكس يؤدي إلى التدخل والقيام بالتفسير وتحديد ما هو مبهم، فالغموض هو نقيض المفهوم ذو المضمون المتغير، فهذا الأخير له ارتباط بالوقائع وهي متعددة، بينما الغموض يرجع إلى القانون وللأهداف المرجوة منه، وهو يساعد على تطوره.

وإذا كان هذا هو حال التشريع والفقهاء وحتى القضاء بصدد صعوبة تحديد مفهوم فكرة النظام العام، والغموض الذي يحيط به، كون لفكرة النظام العام اتصالاً مباشراً بالمجتمع، فهي تقوم من جهة بترجمة الأسس الدينية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية... إلخ، التي يقوم عليها المجتمع انطلاقاً من وضعه الفلسفي والإيديولوجي، في صورة قواعد قانونية لها قوة إلزام تفوق قوة إلزام القواعد القانونية العادية، وهذه وجهة نظر من حيث المقاصد والغايات، ومن جهة ثانية فهي تقوم بحماية تلك الأسس مما قد ينالها من تهديد سواء أكان داخلياً على يد السلطة أو الأفراد، أم خارجياً في صورة اعتداء من قانون أجنبي عليها، وهذه وجهة نظر من حيث الوسائل التي يتم بها تحقيق المقاصد.

على أن هذا الدور المزدوج لفكرة النظام العام لا ينبغي أن يفهم منه ثبات الفطرة، بل أثبت الواقع قديماً وحديثاً تطورها، لا على مستوى الوسائل فقط، بل حتى على مستوى المقاصد والغايات، فنتبع هذا التطور يبين مدى اختلاف فكرة النظام العام التي تختلف باختلاف الزمان والمكان، كون ما يعد في دولة ما من النظام العام قد لا يعد كذلك في دولة أخرى.

إن دراسة تطور فكرة النظام العام ليس الهدف منها دراسة تاريخية لهذه الفكرة، بل ينبغي تتبع هذه الفكرة باعتبارها صمام الأمان في كل مجتمع كونها تحدد دائرة الثابت والمتغير فيها، ومن ثمة فالمجال متروك للمشرع والفقهاء والقضاء، إضافة، حذف، تعديل، بالإضافة إلى ذلك فدراسة تطور هذه الفكرة يساعد من جهة أخرى في تحديد معنى النظام العام وفقاً للموقف المتبنى من قبل الفقهاء القانونيين (أولاً)، مع ضرورة التعرّيج على موقف المشرع من مفهوم النظام العام (ثانياً)، ليتم في الأخير تحديد علاقة النظام العام بالآداب العامة (ثالثاً).

أولاً- ضبط مفهوم النظام العام: محل اهتمام فقهاء القانون

نظراً لصعوبة حصر فكرة النظام العام من قبل مشرعنا في دائرة معينة، كونها شيئاً متغيراً يضيق ويتسع حسبما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة، ففكرة النظام العام هي فكرة مطاطية تضيق وتتسع حسب طبيعة المجتمع، فأنصار المذهب الفردي ضيقوا من نطاق هذه الفكرة، بينما أنصار المذهب الاجتماعي أعطوا أولوية للمصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة (01)، وكنتيجة لهذه المذاهب أدى إلى اختلاف الآراء الفقهية في تحديد مفهوم النظام العام (02).

01- تطور فكرة النظام العام في ظل المذاهب الفقهية

ربط أنصار المذهب الفردي فكرة النظام العام بالمصلحة الخاصة بحيث أولوا أهمية كبيرة للفرد باعتباره القيمة العليا وتكمن حريته وحقوقه في موضوع القانون، فهم يقصدون الملكية الفردية وحرية التعاقد، وهكذا صدر القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 والذي سمي بقانون نابليون وهو أول من استعمل مصطلح النظام العام من خلال نص المادة 06 منه التي تنص على: " كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلا ولا يعمل به"⁽¹⁾.

فمصطلح النظام العام وفق هذا المذهب كان يتقادم ما يسمح بالتدخل في حرية الفرد كونهم يعظمون مبدأ سلطان الإرادة، بحجة أن المجتمع ما تطور إلا نتيجة للانتقال من الوضع التشريعي إلى الوضع التعاقدية، كون حرية التعاقد دلالة على تفتح المجتمع وتطوره ومن ثمة فالقواعد الآمرة التي تقيد من هذا السلطان قليلة⁽²⁾.

فصيغة النظام العام خلال فترة سيادة هذا المذهب كانت مرتبطة مع قيم الفكر الفردي الحر كون النظام العام والحرية وجهان لعملة واحدة، بسبب أن فكرة النظام العام ليست إلا أداة لتنظيم الممارسة الحقوقية بما يحقق التوازن بين الحريات على سبيل المساواة بين الأفراد⁽³⁾.

ولما قلص أنصار المذهب الفردي من نطاق تدخل الدولة كان من ثمة دور النظام العام أيضا محدودا، إذ غلب عليه طابع الحرية في مجال العقود نفسها بتغليب الإرادة الفردية وعدم تقييدها إلا ما كان لخدمة الحرية الفردية، دون السماح للمشرع بالتدخل في المجال

(1)- Canut Florence, " L'ordre public en droit du travail ", tome 14, éditions L.G.D.J, paris 2007, p 02-03, " on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ".

(2)- الصده عبد المنعم فرج، المرجع السابق، ص 338-339.

(3)- عليان عدة، " فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016، ص 21.

الاقتصادي بحجة حماية الطرف الضعيف في العقد، أو لتحقيق المساواة الاقتصادية بينهما⁽¹⁾.

وهكذا فكان في ظل المذهب الفردي تضيق لنطاق النظام العام ولم توكل له المهام الموكلة له الآن، ويكمن السبب في ذلك إلى الاعتقاد الخاطئ الذي كان سائدا آن ذاك، الذي مفاده أن المصلحة العامة تتحقق تلقائيا بمجرد رعاية المصالح الفردية، إلا أن هذا التفكير يشوبه القصور لأن كثيرا من المصالح الفردية لا يفكر الأفراد في حمايتها بل يلجؤون في كثير من الأحيان إلى المساس بها بغرض تحقيق أهدافهم، إضافة إلى ذلك ثبوت فشل الأفراد في تسيير الشركات الكبرى على نحو يحقق المصلحة العامة، ومن هنا نشأ التناقض بين المصالح الفردية والمصالح العامة، الذي عجزت فكرة النظام العام بمفهومها التقليدي عن حله⁽²⁾.

ومن هنا أصبح من الضروري إعادة صياغة فكرة النظام العام وفق منظور مغاير لأنصار المذهب الفردي الذين يمجدون الحرية، وهذا ما بدأت ملامحه تظهر بظهور المذهب الاشتراكي الذي يغلب مصالح الجماعة على مصالح الأفراد.

أما بالنسبة لأنصار المذهب الاجتماعي فيفضلون المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ففي ظل المذهب الفردي الذي ضيق من نطاق النظام العام المنحصر في إطار المصلحة الخاصة الذي أدى إلى تضارب بين هذه الأخيرة والمصلحة العامة، مما أصبح يهدد التضامن داخل المجتمع فاستوجب التصدي له، الأمر الذي وضع الفكر القانوني أمام تحدٍ بغية المحافظة على الحقوق والحرريات ومن ثمة تحقيق التوازن بين أفراد المجتمع

(1) - عيساوي عز الدين، " البحث عن نظام للنظام العام "، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 374-375.

(2) - عمارة مسعودة، " إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية " ، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 385.

وجماعاته، مما أدى إلى اتساع دائرة النظام العام وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد، وتتولى حماية الضعيف ضد القوي وتحمي الضعيف ضد نفسه⁽¹⁾.

فهذا الفكر الاشتراكي المتطبع بالنزعة الاجتماعية هو الذي سمح للدولة بالتدخل لضبط حركة الإيرادات المسيطرة على العملية الاقتصادية والسياسية، بغرض تحقيق المساواة لمنع استغلال الأطراف القوية للأطراف الضعيفة بواسطة قواعد من النظام العام، كتحديد الأجور وتسعير السلع وحماية العمال، وحماية المستهلك كذلك⁽²⁾.

أدى ذلك إلى اتساع مضمون فكرة النظام العام التي باتت تحمي الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، مع توجيه الاقتصاد وتنظيم نشاط الأفراد لمنع الاستغلال والاحتكار، الأمر الذي أدى إلى تدخل الدولة تحت ستار النظام العام⁽³⁾، فالملاحظ اليوم هو اتجاه فكرة النظام العام نحو تحقيق العدالة التعاقدية وهو الهدف الذي أراده القانون، ومن ثمة إفراغ قواعده في شكل قواعد أمر لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها إلا ما انصب في سبيل حماية الطرف الضعيف⁽⁴⁾.

فانقسم أنصار هذا المذهب إلى اتجاهين أحدهما يهدف إلى إلغاء كيان الفرد ومن ثمة عدم الاعتراف بالملكية الفردية، والآخر يحترم كيان الفرد ويعترف بحقه في الملكية بشرط عدم تعارضها مع المصلحة العامة، فالملكية وظيفة اجتماعية وليست حقا مطلقا، وبذلك أصبحت فكرة النظام العام تهدف لضبط الإيرادات وتحقيق التوازن بين الحقوق⁽⁵⁾.

فمع التطورات التي عرفها النظام العام فإنه لم يعد للإرادة الفردية وحريتها دور في التعاقد مثلما كان عليه في ظل المذهب الفردي، بسبب ظهور العديد من القواعد الأمرة التي

(1) - السنهوري عبد الرزاق، " نظرية العقد، الجزء الأول....."، المرجع السابق، ص 493.

(2) - عيسوي عزالدين، المرجع السابق، ص 375.

(3) - Florence Canut, op.cit, p 03.

(4) - عباس عبد المالك، " نظام عام واحد تسميات متعددة " ، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 23 و 24 أبريل، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 710.

(5) - عليان عدة، المرجع السابق، ص 24.

عمدت إلى تقييد حرية الأفراد، مما أدى لتتوع مظاهر النظام العام، فنخلص للقول بأن فكرة النظام العام تضيق وتتسع تبعاً للأفكار المتبناة في المجتمع، فهي تضيق في ظل المذهب الفردي الذي يغلب الحرية الفردية، بينما تتسع في ظل المذاهب الاجتماعية التي تقدم مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية، وفي ظل هذه المرونة التي يتميز بها النظام العام، ينبغي علينا التطرق للتعريف الفقهي التي قيلت بشأن تحديد مفهوم فكرة النظام العام.

02- اختلاف الآراء الفقهية لتحديد مفهوم النظام العام

سيتم التطرق لأبرز الفقهاء الذين تناولوا تحديد فكرة النظام العام على النحو التالي:

- وفق الأستاذ دمولوج DEMOLOBE

يميز هذا الفقيه بين القانون العام الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وبين القانون الخاص الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة للأفراد، بحيث يربط فكرة النظام العام بالقانون العام دون القانون الخاص، إلا أن هذا المنطق لا يؤدي إلى تبيين المعالم التي يقوم عليها النظام العام، إذ يجزم هذا الفقيه أن النفع العام هو غاية النظام العام، فهذا التفكير لم يوفق الفقيه بحيث لم يعط تعريفاً للنظام العام⁽¹⁾.

- وفق الأستاذ فاري سومير VARILLES-SOMMIERES

يرى أن كل النصوص القانونية تهم النظام العام، بحيث يبرر هذه الفكرة كون أن هذا الأخير يدل على الأمن العام، بالإضافة إلى ذلك إن النظام العام معناه الترتيب المعقول لكل الأشياء في الأمة، لكن ينبغي أن تطاع هذه القوانين، لأنه يترتب على مخالفتها اعتداء على النظام العام، إلا أنه تم انتقاده كون أن القواعد القانونية ملزمة سواء كانت من النظام العام أم لم تكن⁽²⁾.

(1)- الكلابي حسين عبد الله، " النظام العام العقدي دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، دار السنهوري، 2016، ص 35.

(2)- السنهوري عبد الرزاق، " نظرية العقد ، الجزء الأول.... " ، المرجع السابق، ص 490.

- وفق الأستاذ هنري ماسون MASSON

أما ماسون فقد أقام نظريته على فكرة حماية الحقوق وتحديدها، فالحماية والتحديد هو الدور المزدوج لفكرة النظام العام فهذه الفكرة ليست بسيطة بل يوجد فيها عناصر مختلفة بعضها ثابت ولا يتأثر بالظروف الخاصة بتطور المجتمع متمثل في النصوص الأمرة بحيث يسمى ماسون هذه النصوص بالمثبتة، وبعضها قابل للتأثر بهذه الظروف، ولكن هذه المحاولة لم تسلم من النقد بحيث النصوص الأمرة هي التي تدل على النظام العام فكرة صحيحة، لكن ليس صحيحاً أن النظام العام هو التحديد والحماية، كون هاتين الأخيرتين موجودتان كذلك في النصوص التي لا تعد من النظام العام، لأن طبيعة القانون هي تحديد الحقوق، ويأتي حفظ أو حماية الحقوق نتيجة لهذا التحديد، فالقانون يحدد العقد بنصوصه وبالشروط التي يضعها الطرفان وبالنتيجة حماية التزامات الطرفين، فماسون قد خلط في نظريته بين غاية النصوص القانونية ونتيجتها والنظام العام⁽¹⁾.

- وفق الفقيه كابتان CAPITANT

عمل كابتان على تطوير التمييز بين القواعد القانونية الأمرة والمكاملة ونصوص تنظيمية، وبنى نظريته على مفهوم النظام العام، فالقواعد التفسيرية هي المجال الأنسب لمبدأ سلطان الإرادة، أما القواعد الأمرة فهي القواعد التي تضمن صيانة النظام العام الذي يعمل على تنظيم المجتمع واحترام الآداب وحفظ الأشخاص من الأضرار التي تحصل بدون وجه حق، فيرى كابتان أن النصوص الأمرة من القانون الخاص هي نصوص من النظام العام، أو نصوص لحماية المنفعة الخاصة، فهو يعرف النظام العام بأنه النظام في الدولة يعني تنسيق للنظم، وتنظيم القواعد القانونية التي هي ضرورة للدولة في استعمالها وعملها، فكلمة

(1) - الكلابي حسين عبد الله، المرجع السابق، ص 38.

النظام العام تدل على فكرة تنظيم منطقي وعلى فكرة التدرج في النظم التي تعطي إلى المجموع الوحدة والحياة⁽¹⁾.

لم تتوقف محاولات الفقهاء في تعريف النظام العام عند هؤلاء، بل مازال الفقه الغربي يسعى جاهدا لإيجاد تعريف له، فقد عرفه الأستاذ هيمار HIAMERE على أنه مجموعة من القواعد الموضوعية من قبل المشرع لحماية المصالح الحيوية في المجتمع، بينما الأستاذ دوموغ DEMOGUE عرفه على أنه: " يتألف النظام العام من الأفكار التي كونت المجتمع " ، مستبعدا الحرية بشأنها كونه يعتقد أن هذه الأفكار تشكل الحقيقة⁽²⁾، بينما يعرفه الفقيه بارتان BARTIN على أن: " النظام العام مجموعة من القواعد التي لا يجوز استبعادها أو تعديلها من قبل الطرفين "، وبالتالي فقواعد النظام العام هي قواعد أمر⁽³⁾. كما عرفه الفقيه بيلون PILON على أنه: " البحث عن تعريف للنظام العام هي المغامرة على رمال زاحفة "، وأضاف الفقيه جاببوت JAPIOT النظام العام يستعير جزءا من عظمتها من الغموض المحيط به، أما الفقيه ألاجاف ALGLAVE الذي وصف محاولة تعريف النظام العام كالسير على طريق تكثر عليه الأشواك⁽⁴⁾، أما الفقيه كابتان CAPITANT فقد عرفه على أنه: " النظام في الدولة بمعنى التنسيق بين مختلف المؤسسات وتنظيم القواعد الضرورية لممارسة وسير الدولة "⁽⁵⁾.

(1)– **Henri Capitan, " Introduction à l'étude de droit civil " , 01 ère édition, libraire de la court d'appel, paris, 1925, p 60.**

(2)– **حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 42.**

(3)– **بلمامي عمر، " الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1986، ص 49-50.**

(4)– **بلميهوب عبد الناصر، " النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور " ، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 07-08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، ص 380.**

(5)– **Capitant Henri, " Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales " , 05eme édition, APEDONE éditeur, paris, 1929, p 61.**

أما الفقيه دوغي DEGUIT فيرى بأنه: " لا يمكن أن يكون النظام العام سوى المصلحة الاجتماعية مهما كان مفهومها "، ويقول كاربونييه CARBONNIER إن الفكرة العامة فيه هي أن الجماعة تسمو على الفرد، كونها تجسد إرادة الحياة عند الشعب الذي قد تهدده بعض المبادرات المتمثلة في العقود المبرمة من قبل الأفراد، إنها جهاز الدولة التي تستطيع عن طريقه منع الاتفاقيات الخاصة التي قد تهدد المصالح الأساسية للدولة، بينما الفقيه ماسون MASSON ربط فكرة النظام العام بفكرة حماية الحقوق وتحديدها، وحسب هذا الفقيه الحماية والتحديد هو الدور المزدوج لفكرة النظام العام، ففي كل نظام اجتماعي مؤسس تأسيساً جيداً يكون تحديد الحقوق ليس بأقل أهمية من ضمان مباشرتها، وفكرة النظام العام ليست بسيطة بل توجد فيها عناصر من طبيعة مختلفة بعضها ثابت لا يتغير بالظروف الخاصة بتطور المجتمع ذاته، وبعضها قابل للتأثر بهذه الظروف⁽¹⁾.

أما ريبار RIPERT فقد أعطى لفكرة النظام العام ثلاثة تعاريف الأول متمثل في حماية الأشياء والأشخاص في المجتمع، والثاني متمثل في مجموعة من المؤسسات الاجتماعية التي لا يمكن تجاوزها في المجتمع، والثالث يتجسد في مبادئ أساسية للأخلاق أو التصميم الذي صنعه الإنسان في المجتمع⁽²⁾، كما وصفها الأستاذ فرانسيسكاكيس " بالقوانين التي يشكل التقيد بها ضرورة حتمية لحماية النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي في الدولة "⁽³⁾.

(1) - عليان عدة، المرجع السابق، ص 28.

(2) - Philippe Malaurie, " L'ordre public ", op.cit, p 263.

(3) - " النظام العام كعقبة أمام تنفيذ القرارات التحكيمية في لبنان: مرونة التطبيق " ، مداخلة مقدمة إلى الندوة التي عقدت في بيت المحامي في 22 تشرين الأول سنة 2004، مداخلة مقدمة إلى الندوة التي عقدت في بيت المحامي في 22 تشرين الأول سنة 2004 من قبل the chartered institute of arbitroes-lebanon branch and the icc international court of arbitration، بالاشتراك مع نقابة المحامين في بيروت، عنوان الندوة: meetin arbitration needs:praticte and efficiency، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، العدد 01، 2004، ص 59.

بينما الفقيه أيسمن EISMAN يعرف النظام العام على أنه مجموعة القواعد المخصصة لحماية المصالح الجماعية والفردية التي تعتبر أساسية للحفاظ على ازدهار المجتمع⁽¹⁾، أما الفقيه غيستان GHESTIN فيعرفه على أنه ذلك المفهوم الموحد بمضمون متغير ومتنوع⁽²⁾، وبالنسبة لجون كربونيي JEAN CARBOUNIER فربط مفهوم النظام العام بمعيار المصلحة العامة وسيادة المجتمع على الفرد، والنظام العام حسب رأيه يعبر عن النواة الصلبة للمجتمع وعن إرادة الحياة للمجتمع المهتد ببعض المبادرات الفردية من خلال العقود⁽³⁾.

فرغم أهمية النظام العام إلا أنه لا يحظى بتعريف دقيق، ويزداد تعقيدا في القانون الخاص، فالفقيه الفرنسي JULLIOT DE LA MRANDIERE يقول فيه إن مفهوم النظام العام في القانون الخاص هي من بين مفاهيمه الأساسية الذي يستخدم يوميا، والتي نتعايش معها، لكننا نادرا ما نجرأ على تعريفه خوفا من تقادم حالة عدم اليقين عند نهاية تحليله⁽⁴⁾.
فالفقيه مالوري MALAURIE يجزم بأنه من المستحيل تعريف النظام العام من خلال مضمونه أو من خلال شكله، إلا أنه يمكن تعريفه على أنه ضروري لحسن سير المؤسسات في المجتمع، معنى ذلك في كل مرة يعرف النظام العام حسب المجال الذي يعمل فيه سواء

(1)- Philippe Malaurie, " L'ordre public.... ", op.cit, p 262.

(2)- Ghestin Jaques, " Traité de droit civil, La formation.... ", op.cit, p 27.

(3)- عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص 397.

(4)- Jean-Manuel Larralde, " La constitutionnalisation de l'ordre public ", colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, " L'ordre public :Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux ", droit et justice, BRUYLANT, Bruxelles, 2001, p 213, le constat de julliot de la morandière en 1950: " la notion d'ordre public en droit privé est l'une de ces notions juridiques fondamentales, dont on se sert quotidiennement, dont en quelque sorte on vit, mais que l'on n'ose guère approfondir par crainte de l'incertitude à laquelle on aboutit en définitive lorsqu'on les analyse"

كان في مجال القانون المدني، أو في مجال القانون الدولي الخاص، إلى غير ذلك من المجالات⁽¹⁾.

فأتى باثني عشرين تعريفا للنظام العام في أطروحة الدكتوراه بعنوان " النظام العام والعقد "، بحيث ركز عند تعريفه للنظام العام على أنه ذلك النظام الحامي للمصلحة العامة ومن ثمة لأركان المجتمع وتنظيمه تجاه التصرفات الفردية، فهو بذلك يحافظ على القيم الأساسية في المجتمع وحرية التعاقد كذلك، فيرى أن النظام العام يمثل السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة، فالفقيه يولي أهمية للمصلحة العامة⁽²⁾، ولن يتوقف تعريف هذا الفقيه للنظام العام عند هذا الحد وإنما أورد تعريفاً إضافياً لفكرة النظام العام بحيث يرى أن النظام العام التقليدي هو ذلك الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة، كما يوجد إلى جانبه نظام عام اقتصادي ونظام عام حمائي⁽³⁾، فوصفه الفقيه بأنه مخيف لذلك القانون⁽⁴⁾.

فالفقيه مالوري يفرق بين نوعين من النظام العام، فمن الزاوية التقليدية يعتبره ذلك الحامي لأركان المجتمع وتنظيمه تجاه التصرفات الفردية، فيحافظ على القيم الأساسية في المجتمع لا سيما حرية التعاقد، أما من الزاوية الحديثة فيتوزع النظام العام بين نظام عام اقتصادي واجتماعي ومهني ويكون مصدره تشريعياً كون هذا الأخير هو من أصبح يحدد

(1)– Philippe Malaurie, " L'ordre public.... ", op.cit, p 67, 69–70.

(2)– Florence Canut, op.cit , p 04, " une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi " , " l'ordre public est la marque de certaines règles légales ou réglementaires qui tirent leur suprématie de leur objet: la défense d'un intérêt général devant lequel doivent s'incliner les intérêts particuliers et les contrats qui les expriment ".

(3)– العوجي مصطفى، " القانون المدني، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول "، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 439.

(4)– " النظام العام كعقبة أمام تنفيذ القرارات التحكيمية في لبنان: مرونة التطبيق " ، المرجع السابق، ص 55.

بدلات الإيجار والرواتب وشروط العمل والشروط التعسفية في العقود، كما قد يكون مصدره قضائياً⁽¹⁾.

ونحن نوافق الفقيه في هذا الرأي كون النظام العام يعزز من حرية التعاقد، كما أنه يعمل على تقييد حرية التعاقد لتحقيق التوازن العقدي المفقود، بالسماح للقاضي بالتدخل في العقد.

أما الفقيه فارجا جيرار **Gérard Farjat** فعرف النظام العام الاقتصادي على أنه: " مجموعة القواعد الإلزامية في العلاقات التعاقدية، التي لها علاقة بالتنظيم الاقتصادي، والعلاقات الاجتماعية والاقتصاد الداخلي للعقد"⁽²⁾، فالسبب من وراء تقسيم النظام العام الاقتصادي إلى نظام عام توجيهي هو لحماية المصلحة العامة وإلى نظام عام حمائي بغرض استعادة التوازن في العقد لمصلحة الطرف الضعيف، قام بوضعه العميد CARBONNIER كاربوني⁽³⁾.

فيكمن الهدف من وراء القواعد المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي في توجيه العلاقات الاقتصادية بغية تحقيق المنفعة العامة، لذلك تتدخل الدولة للحفاظ على تناسق الأفراد في المجتمع لتحقيق الرخاء الاقتصادي والمحافظة على التوازنات الاقتصادية فيها، ولن يتوقف دوره عند هذا الحد بل يمتد لحماية الحرية التعاقدية للمتعاقد الذي من المفروض أنه ضعيف في هذا العقد⁽⁴⁾.

(1) –Philippe Malaurie et Laurent Ayes, " **Cours de droit civil, Les obligations** " , éditions CAJAS, paris, 1990, p 286.

(2)– Gérard Farjat, " **L'ordre public économique** " , Thèse Dijon, 1961, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, paris, 1963, p 30.

(3)– Carbonnier jean, " **Droit civil , les obligations** " ,tome 04, 09 édition, éditions PUF, Thémis, paris, 1976, p 70.

(4)– بلميهوب عبد الناصر، " النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور " ، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 07-08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، ص 384-385.

فيورد الكثير من الفقهاء تعريفا للنظام العام على أنه مجموعة القواعد القانونية التي تعمل على تفضيل المصالح العليا على حساب المصلحة الخاصة، سواء كانت هذه المصالح في المجال السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو الخلفي ولو لم يرد بهذه القواعد نص تشريعي⁽¹⁾، وهناك فقهاء حددوا مضمونه على أنه يتضمن مجموعة من العناصر متمثلة في حماية الدولة والمواطن أو السلامة العامة، السكنينة العمومية، الصحة العمومية، الآداب، جمال المدينة، الانسجام الديني، حسن النية في العلاقات التعاقدية⁽²⁾.

أما بالنسبة للفقهاء العرب فعرّفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، على أنه: " إن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"⁽³⁾.

كما عرفه الأستاذ العوجي مصطفى، على أنه: " مجموع ما يعتبر مهما نوعا ما في مجتمع وزمن معينين كي يتصف بالإلزامية ولو حصل ذلك خلافا لإرادة الأفراد"⁽⁴⁾، كما تطرق الفقيه منصور مصطفى، وتصور النظام العام على أنه مجموعة الأسس التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت هذه الأسس سياسية، اقتصادية، خلقية أم اجتماعية⁽⁵⁾.

(1) - بلميهوب عبد الناصر، المرجع السابق، ص 380-381.

(2) - Rémy Marc, " **Le maintien et le rétablissement de l'ordre public par la police: définitions, acteurs et principes juridiques** ", revue économique et sociale :bulletin de la société d'études économiques et sociales, n 66, paris, 2008, p 31.

(3) - السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول،... " ، المرجع السابق، ص 399.

(4) - العوجي مصطفى، " الجزء الأول... " ، المرجع السابق، ص 439.

(5) - الكلابي حسين عبد الله، المرجع السابق، ص 45.

وبالنسبة للفقهاء عبد المنعم فرج الصده، فقد اعتبره المنفذ الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلفية إلى النظام القانوني كي تتلاءم مع التطور الحاصل في المجتمع⁽¹⁾.

أما الأستاذ حسن كيرة فقد عرفه على أنه: " مجموع المصالح الأساسية للجماعة، أي مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها، ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أي المتعلقة بالنظام العام، قواعد أمرة لا تملك الإرادة الفردية إزاءها أي سلطان أو قدرة على مخالفتها، إذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهايار والتصدع، فلا يسمح لأي كان تجري إرادته على خلافها"⁽²⁾.

فمن خلال هذه التعاريف نجد الفقهاء قد انطلقوا من كون فكرة النظام العام تتعلق بالمبادئ السياسية حيث هي مجاله التقليدي قبل أن تتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، لكن مع تطور دور الدولة واتساع نطاق النظام العام ليكتسح المجال الاقتصادي والاجتماعي سرعان ما طور الفقه في الإتيان بتعريف يلائم هذا النظام العام الحديث.

فيمكن القول إن أغلب التعاريف الفقهية اشتملت عند تعريفها للنظام العام على أغلب المصالح التي يقوم على حمايتها النظام العام في الدولة دون الإتيان بتعريف جامع مانع للفكرة، إلا أنه يتضح أن فكرة النظام العام هي من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها، وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلفية التي يقوم عليها نظام المجتمع، فالقواعد المتعلقة بالنظام العام ليست هي التي يقصد بها تحقيق النظام في المجتمع، أو تحقيق مصلحة عامة، لأن كل قواعد القانون تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من هذه الأهداف والمصالح العامة ولم يتوصلوا لتعريف دقيق للنظام العام وإنما قربوا الفكرة من الأذهان فقط.

(1) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 339.

(2) - كيرة حسن، " المدخل إلى القانون " ، المرجع السابق، ص 47-48.

فمفهوم النظام العام كما نرى متغير تعكسه متطلبات الحياة في المجتمع سواء كانت الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية، الأمر الذي فرض التغير فتحركت الدولة لتلعب أدوارا في تحقيق النفع للمجتمع عند تدخلها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية خاصة، ومن هنا اتسعت فكرة النظام العام واكتست طابعا إيجابيا وتعددت أهدافها وغاياتها، فبعدما كان مجاله سياسيا بحتا أصبح يوصف بالنظام العام الاقتصادي والحماي، إلا أن هناك إجماعا بين الفقهاء على أن أحد أهم عناصر النظام العام هي المصلحة العامة، إضافة إلى المرونة التي يتميز بها وعدم استقراره فما يعتبر من النظام العام اليوم قد لا يعتبر كذلك غدا.

حتى وإن لم يرق المشرع بتعريف النظام العام وبروز عجز الفقه في إعطاء تعريف له، بحيث اتفق الفقه على أنه مفهوم غامض، نسبي، متحرك، متطور، متقو، متجدد، متغير إلى غيره من المفاهيم، فبالرغم من ذلك ومن كون أن هذه الفكرة غامضة وغير محددة فإن الكل يفهمها ومن دون إعطاء تعريف معين لها.

فمحاولة إعطاء تعريف يكون جامعا ومانعا يؤدي ذلك إلى خلق تناقض مع روح النظام العام وجوهره، كون هذا المفهوم واسع وفضفاض ومتطور، وهذه الخصائص هي التي تسمح له بالمحافظة على المبادئ الأساسية للمجتمع، وحماية فئات أصبحت جديرة بالحماية.

فيمكن القول إذن إن النظام العام هو ذلك الضابط والحامي والمقيد للحرية التعاقدية للأفراد عند إقدامهم على إبرام العقود في شتى المجالات سواء أكانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية، فهو يطوع الإرادة حسب المجال الذي يكون بصدد حمايته، مع ضرورة اقترانه بالأداب العامة لضمان عدم مخالفته ومن ثمة مشروعية التصرف.

فتبسيطا للفكرة يعرف النظام العام على أنه مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، فلا يتصور بقاؤه سليما إلا إذا استقر على هذه المصالح التي تجسد فكرة النظام العام عند اجتماعها، فهو صفة تلحق مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية المصالح العام بتفضيل المصلحة العامة على حساب المصلحة الشخصية للأفراد.

ومن ثمة يتبادر إلى الذهن هل مشرعنا قدم تعريفا للنظام العام أم لا؟

ثانياً) - مرونة النظام العام كسبب لصعوبة ضبطه من قبل المشرع

ارتبطت نشأة وتطور فكرة النظام العام بظهور فكرة الدولة القومية حيث المجتمع المنظم سياسياً والمقسم إلى حكام ومحكومين، فهي إذن فكرة متصلة اتصالاً وثيقاً بالمجتمع كونها مستمدة من مجموع القواعد المعبرة عن القيم والأسس العليا الكامنة في ضمير الجماعة مما يجعلها صمام الأمان لهوية المجتمع وحفظ ثوابته، لما تقوم به من ترجمة لهذه القيم والأصول الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في صورة قواعد قانونية تسمو وتعلو على القواعد العادية، بهدف توفير حماية فعالة تضمن عدم اختراقها من كل تهديد أياً كان مصدره.

إن استعراض مختلف الأسس التي قامت عليها الأنظمة القانونية قديماً وحديثاً يكشف حقيقة في غاية الأهمية تتمثل في أن الأفراد في حاجة إلى مجموعة من القواعد الضابطة لسلوكهم داخلها، فتمتع حيالها بسُلطان الأمر والنهي المصحوب بجزاء يوقع على من يخالف أحكامها⁽¹⁾.

فهذه المنظومة القاعدية الضاغطة على الإرادة الفردية لصالح ضرورات المجتمع، تحدها أولويات كل مجتمع حسب مرجعيتها الفلسفية والخلقية والدينية، وأوضاعها ومتطلبات مصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فتتحرك الإرادة الفردية داخل إطار هذه المنظومة من دون إمكانية تجاوزها، وإن تداخلت خصائصها مع أكثر قواعد الضبط الاجتماعي والسلوك الإنساني، لكنها سرعان ما لبثت أن أصبحت كياناً فكرياً متميزاً اصطلاحاً على تسميته بالنظام العام⁽²⁾.

(1) - حسين عبد الله الكلابي، المرجع السابق، ص 10.

(2) - خراز محمد الصالح، " المفهوم القانوني لفكرة النظام العام " ، دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع الوادي، الجزائر، العدد 06، جانفي، 2003، ص 35-36.

01- التكريس الضئيل للنظام العام في الشريعة العامة

تتميز قواعد النظام العام بصعوبة وضع تعريف دقيق شامل ومانع كون الفكرة متغيرة ومرنة لكن هذا لم يمنع من وضع تعريف لهذه الفكرة، فهو مجموع الأسس التي يقوم عليها المجتمع وكيانه المادي بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان واستمراره عند تخلفها، فقواعده تهدف إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها كون المصالح العامة مسبقة على المصالح الخاصة⁽¹⁾، فإذا خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا⁽²⁾.

والمتفق عليه في معظم التشريعات أن فكرة النظام العام تتمثل في مجموعة من القواعد التي لا تتسامح الدولة في الخروج على أحكامها سواء كانت علاقة قانونية وطنية أو ذات طابع دولي⁽³⁾.

ففكرة النظام العام مكرسة في جميع فروع القانون بقسميه العام والخاص، ففي القانون العام تعد هدفا ينبغي اتباعه من أجل حماية الأمن العمومي والصحة العمومية والسكينة العمومية، أما في القانون الخاص الذي يعد مجال الدراسة فهو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم المصالح الأساسية والعليا في شكل قواعد أمر وناهية، يمنع على الأفراد الاتفاق على مخالفتها، كونها تهم مصلحة المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد مما يجعل فكرة النظام العام قيда على حرية التعاقد⁽⁴⁾.

فيرى بعض الفقهاء أن القواعد الأمرة ليست كلها من النظام العام، لكن كل قواعد النظام العام هي قواعد أمر وبيترتب على مخالفة قواعدها البطلان المطلق والذي يتمسك به

(1)- فيلاي علي، " مقدمة في القانون " ، المرجع السابق، ص 106-107.

(2)- عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 338.

(3)- صلاح الدين جمال الدين، " فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية "، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 11.

(4)- خراز محمد صالح، المرجع السابق، ص 34-36.

كل من له مصلحة في ذلك، كما للقاضي الحق في إثارته من تلقاء نفسه مع جواز إثارة الدفع به في أي مرحلة كان عليها النزاع، وهذا ما تبناه المشرع في العديد من النصوص القانونية⁽¹⁾.

فالنظام العام يستمد مصدره تارة من القانون الذي يقدر بمناسبة كل حالة تعرض عليه، ما إذا تعلق النص بالنظام العام أم لا، مهتديا في ذلك بالمصالح العليا للدولة والمجتمع، حتى ولو ظل التشريع صامتا حول هذه المسألة⁽²⁾.

فمضمون النظام العام وكذا المصلحة العامة أصبح يشمل مصالح بعض الفئات، فيتم حمايتها للحفاظ على أمن واستقرار المجتمع والدليل على ذلك أن النظام العام التقليدي ليس قاصرا على حماية المصالح العليا فقط، بل يتولى حماية العائلة كونها الخلية الأولى المكونة للمجتمع وكذلك الآداب العامة.

فاتضح من خلال مرور الزمن أن فكرة النظام العام ليست حديثة نسبيا، بل فكرة لها جذور معمقة خاصة مع بداية القرن التاسع عشر، فقد ساهم هذا التطور في بلورة وتحديد مدلول هذه الفكرة، وبالرجوع إلى مشرعنا نجده لم يعرف النظام العام، ويكمن السبب في ذلك أن هذه الفكرة استقاها من القانون الفرنسي، وهذا الأخير لم يتول كذلك بدوره تعريف هذه الفكرة وإنما تركها للفقهاء، بسبب أنها قابلة للتطور بالنظر لمرونتها فما هو من النظام العام اليوم قد لا يصبح كذلك غدا.

فالسبب في نسبية وتغير النظام العام يكمن في كونه يتطور بتطور المجتمع، ومن ثمة يتصف بالنسبية لأنه يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان لاختلاف المثل والمبادئ وباختلاف الجهات والأوقات والأفكار والمعتقدات، ومن ثمة يتعذر تحديد مضمونه

(1) - محمدي فريدة، " المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون " ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998، ص 29.

(2) - ريس محمد، " مدى أثر مبدأ النظام العام والآداب الحميدة على العقد المدني " ، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 52.

إلا في ظل أمة معينة وفي جيل معين، فما يعد نظاما عاما في دولة لا يعتبر كذلك في ظل دولة أخرى⁽¹⁾.

فنفذنا لكون فكرة النظام العام متغيرة ونسبية ولا يمكن حصرها فاستعصى على المشرع وضع تعريف لها، بحيث أشار للنظام العام في العديد من نصوص القانون المدني دون تحديد المقصود بهذه الفكرة، فقد أشار المشرع لفكرة النظام العام عند حديثه عن المحل والسبب باعتبارهما ركنين للعقد إذ تنص المادة 93 من القانون المدني على أنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا " ، بينما نصت المادة 97 من القانون المدني على: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا " .

بالإضافة إلى هذين النصين المتعلقين بأركان العقد، فقد أشار المشرع لفكرة النظام العام في المادة 24 من القانون المدني التي نظمت العلاقات ذات العنصر الأجنبي فيما يسمى بالنظام العام الخارجي والذي مجاله القانون الدولي الخاص حيث جاء فيها: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة " .

وكذلك المادة 204 من القانون المدني التي أبطلت الالتزامات والعقود التي تكون معلقة على شرط مخالف للنظام العام والآداب العامة: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام "، وكذا المادة 344 من القانون المدني المتعلقة بطريق الإثبات باليمين

(1) - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 28.

الحاسمة بحيث منع المشرع توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام التي نصت على: " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام..... " .

فمن خلال هذه النصوص يتضح أن المشرع تبني فكرة النظام العام في القانون المدني دون تحديده للمقصود بها، فبهذا التوجه ترك مهمة تحديد ذلك للفقهاء والقضاء، لكنه عند التعذر عليه من وضع تعريف للنظام العام حاول ربطه بفكرة الآداب العامة معتقداً أنه بذلك قد فك الغموض الذي يكتنف هذه الفكرة.

ففكرة النظام العام هي فكرة مطاطية تضيق وتتسع حسب طبيعة المجتمع، قد تكون لها علاقة بمفهوم الآداب العامة، فالمشرع لم يأت بتعريف جامع مانع لفكرة النظام العام نظراً لاستعصاء وضع تعريف لها.

فالنظام العام بمفهومه التقليدي كان يهدف إلى حماية الحرية العقدية لأطراف العقد، فعند إبرام العقد الذي هو عبارة عن اتفاق بين شخصين فأكثر على إحداث آثار قانونية ولهم كامل الحرية في تنظيمه، بشرط أن لا يتعارض ذلك مع النظام العام والآداب العامة⁽¹⁾، فكان النظام العام يعمل على ضمان وحماية الحرية العقدية للأفراد فيما يسمح به القانون⁽²⁾، فالنظام العام يعتبر حقيقة قيداً على الحرية العقدية ولكن هذا استثناء، إذ الأصل أن كل ما ليس ممنوعاً فهو مباح، فطالما لا يوجد منع يكون للإرادة سلطان.

إلا أنه سرعان ما غير المشرع من منطق هذه الحماية التي كانت تعمل على ضمان النزاهة والأمن في العقد، فالنظام العام التقليدي في الحقيقة كان وسيلة فعالة لحماية الحرية العقدية نظراً لقلّة التقييدات المفروضة على حرية التعاقد، إلا أن التحولات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أدت إلى ظهور النظام العام الاقتصادي الذي يقيد به إرادة ونشاط الأفراد، فتدخل المشرع لتحقيق المصلحة العامة وحماية الفئات الضعيفة جعل العقد لا يعني

(1)– Nadège Meyer, " L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé ", éditions L.G.D.J, paris, 2006, p 30-31.

(2) –Philippe Malaurie, " L'ordre public.... " , op.cit, p 13.

أطرافه فحسب بل أصبح المشرع يشارك الأطراف في صياغة هذا العقد وتحديد مضمونه بموجب نصوص آمرة⁽¹⁾.

ويكمن السبب في ذلك كون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لم يكرس سوى مساواة قانونية غافلا بذلك تحقيق العدالة التعاقدية، مما نتج عنه مراكز غير متكافئة في العقد، مما يستدعى ضرورة حماية مصلحة أحد الطرفين في صورة نظام عام حديث.

فحسب الفقيه بول برنارد PAUL BERNARD فالنظام العام التقليدي قاصر نظرا لسلبياته التي تجعله يتوقف عند نتيجة مباشرة متمثلة في عدم وجود اضطراب مادي في المجتمع بل هو نظام حي ديناميكي كونه ثمرة لعمل بناء مجهودات كبيرة مدعومة بوسائل كثيرة موجهة لأهداف متعددة من أجل هدف اجتماعي عام شامل، فهو تنظيم منسجم لكل العلاقات الإنسانية، الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية، الفكرية، الأخلاقية الكائنة في حياة مجموعة معينة⁽²⁾.

فالدولة الحارسة كانت تسهر على احترام الحرية العقدية، بحيث انحصر النظام العام مجاله في تطبيق المبادئ التي يقوم عليها المذهب الفردي، أما الدولة الحامية فهي المتدخلة في كل المجالات سواء كانت اقتصادية، أو الاجتماعية، أو السياسية، كما تسعى لتحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف، وتلجأ إلى التوجيه كوسيلة لتحقيق أهدافها، وهذا الأخير يعد الأكثر مساسا بالحرية العقدية مما يؤدي إلى تقييد هذه الأخيرة⁽³⁾.

فالتطور الذي مس فكرة النظام العام الناتج عن التحولات التي مست الإرادة نتيجة الانتقال من الدولة الحارسة إلى دولة الرفاهية أدى إلى تغيير هذه الفكرة من حيث الموضوع والدرجة، بحيث أصبحت هذه الفكرة تشمل مجموع القواعد الآمرة التي تتدخل الدولة بواسطتها

(1) – Philippe Malaurie, op.cit, p 69.

(2) – Bernard Paul, " **Notion d'ordre public en droit administratif** ", L.G.D.J, paris,1962, p 12.

(3) – فاضل خديجة، " **عيمة العقد** " ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016،

في الاقتصاد، ومن ثمة فالنظام العام الاقتصادي لا يعتبر كاستثناء لكنه يشكل التكييف العادي للتشريعات الجديدة، بحيث ينقسم إلى نظام عام توجيهي ونظام عام حمائي⁽¹⁾.

فيقصد بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي تلك الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع ما، بحيث ترمي إلى تجسيد السياسة الوطنية بتدخل السلطة في حرية الأفراد⁽²⁾، فقواعد النظام العام الاقتصادي التوجيهي قواعد يراد بها تحقيق المصلحة العامة، فهي قواعد متغيرة من بلد لآخر، قواعد مرتبطة بنظام الحكم القائم، ويهدف من خلال أحكامه لتنظيم التبادلات أو النقد الوطني وكذا التجارة الخارجية والاستثمار والإنتاج والتسويق، وتحضير التنمية الاقتصادية والتهيئة العمرانية أي تنظيم كل ما له علاقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة⁽³⁾، إلا أنه تم الانتقال من نظام عام اقتصادي توجيهي إلى نظام عام اقتصادي رأسمالي الذي يتماشى مع تطور العلاقات التجارية الدولية⁽⁴⁾، فهذا النوع من النظام العام يؤكد علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

فالنظام العام الاقتصادي يحمل من الممنوعات مثله مثل النظام العام بمفهومه التقليدي (السياسي) لكن في نفس الوقت له مفهوم إيجابي وهو حمل الأفراد على المشاركة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ولن يكون ذلك إلا بفرض مضمون للعقد يقع لزاما على الأفراد التقيد به وهذا ما يطلق عليه بالعقود المنظمة والمفروضة وأخرى محظورة ومراقبة⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للنظام العام الاقتصادي الحمائي فأراد المشرع به حماية المصالح الخاصة للأفراد بحيث أصبحت تعد من اهتمامات الدولة التي تعمل على تحقيق التوازن في المجتمع بين الأفراد تحقيقا للعدالة الاجتماعية، بواسطة جملة من الحقوق تعطى للطرف

(1) - عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 375.

(2) - ميريني حنان، " النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2004، ص 09.

(3) - مندي آسيا ياسمين، " النظام العام والعقود " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2009، ص 10.

(4) - لحو خيار غنيمة، " نظرية العقد "، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص 92.

(5) - ميريني حنان، مرجع سابق، ص 26.

الضعيف في العلاقة العقدية لتحد من تعسف الطرف القوي⁽¹⁾، ونظرا لكون العامل يتصف بالضعف مثله مثل المستهلك ظهر مصطلح النظام العام الاجتماعي الذي يسعى هو أيضا إلى تحقيق التوازن بين مصلحتين متناقضتين حماية المصلحة الاجتماعية للطبقة العاملة من جهة، والمصلحة الاقتصادية لأرباب العمل من جهة أخرى⁽²⁾.

والنظام العام الاقتصادي يحمل في طياته فكرتين تعكسان العوامل التي تتأرجح بينهما الحياة الاقتصادية والاجتماعية، فأحيانا يكون المجتمع في حاجة إلى توجيهه وتسيير الفرد فيجبر على المساهمة في غاية اقتصادية واجتماعية لا يرغب فيها، وأحيانا يحتاج الفرد إلى الحماية من اضطهاد الأقوياء فتتوفر له الحماية⁽³⁾.

فيهتم النظام العام اليوم بالعلاقات ما بين الأفراد فهو يسير العلاقات الخاصة وبصفة خاصة كل ما يتعلق بالفرد كإنسان، فالنظام العام لا يتقيد إذن في حدود مصلحة الدولة، فهو يتدخل في مجال تنظيم العلاقات بين الأفراد في النطاق الذي يكون فيه ضمان للحريات اللازمة للإنسان، ويتسع النظام العام لضمان أولوية الجماعة على الفرد، والتوفيق بين مختلف الحريات للإنسان بهدف الإبقاء على النظام وتماسك المجتمع⁽⁴⁾.

فالتطور الذي حدث على النظام العام في مظهره الكلاسيكي والسلبية في جانبه، هو الذي أدى إلى تطوره للنظام العام الاقتصادي الذي أصبح يعرف بالإيجابية يعمل على

(1) - نساخ فطيمة، " مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة " ، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 417.

(2) - بن عزوز بن صابر، " النظام العام الاجتماعي في مفهوم قانون العامل " ، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 617.

(3) - فيلاي علي، " الالتزامات... " ، المرجع السابق، ص 281.

(4) - Nadège Meyer, " L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé " , éditions L.G.D.J, paris, 2006, p 04.

تضييق الحرية العقدية لحماية فئات معينة في العقد⁽¹⁾، فإذا كان النظام العام التقليدي يمنع فالنظام العام الاقتصادي ينظم، وهذا هو المقصود من إيجابيته، فالنظام العام الاقتصادي يقتضي التدخل لتنظيم تبادل الثروات والخدمات ما بين الأفراد سواء من أجل إرجاع مبادلات أكثر عدلا، أو لإعطاء أوامر تأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة وتفرض حريتهم⁽²⁾.

فالتحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمع تؤثر على مضمون النظام العام الذي يتجدد مع هذه التحولات، كما قد يتسع مفهومه أو يضيق حسب التغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فيتسع مجال النظام العام عندما تتدخل الدولة، ولا تترك للأفراد الحرية في إبرام ما يشاؤون من العقود، فإنشاء نظام عام جديد يظهر إرادة المشرع في التدخل بصفة مكثفة في الحياة الاجتماعية بواسطة النظام العام⁽³⁾.

فاستعمال الدولة لقواعد النظام العام بمفهومه الحديث يعد وسيلة فعالة لتقييد الحرية العقدية، فهذا التقييد ينتج عن مجموع القواعد الحمائية المكرسة لبعض الفئات من الأشخاص كالعامل، المستأجرين، المستهلكين،... إلخ، فبذلك يعد النظام العام السبيل القانوني الذي تلجأ إليه الدولة والذي بمقتضاه يفرض النظام على كل أعضاء المجتمع، كما تقتصر وظيفته على تقييد الحرية العقدية، بحيث تعتبر قواعد النظام العام قواعد آمرة محققة للمصلحة العامة⁽⁴⁾.

فتدخل الدولة لتوجيه العقد الذي يتجسد في النظام العام التوجيهي الذي أراد المشرع من ورائه حماية الاقتصاد وتكريس المنافسة الحرة بموجب قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بينما قواعد النظام العام الحمائي التي تدخل المشرع عن طريقها لتوجيه العقد في

(1)– Trari–Tani Mostapha, " **Justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial** ", revue semestrielle, éditée par le laboratoire de droit privé fondamental, n 06, 2009, faculté de droit, université Abou Bekr Belkaid Tlemcen, p 74–75.

(2)– فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 23 .

(3)– نساخ فطيمة، " **الوظيفة الاجتماعية للعقد** " ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013، ص 38.

(4)– Nadège Meyer, op.cit, p 46.

صورة قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كذلك، لكن إذا انصبت المخالفة في مصلحة الطرف الضعيف في العقد فهذا يمكن مخالفتها، كون الغاية من مثل هذا النظام حماية الطرف الضعيف ولا تتحقق هذه الغاية ببطان العقد⁽¹⁾.

يسعى النظام العام الحمائي لحماية الطرف الضعيف في المجتمع، إلا أن أسلوب التدخل لحمايته يختلف من بلد لآخر حسب النظام السائد، من هنا فكلما تعلق الأمر بتحقيق العدالة بين الأفراد كلما كنا بصدد نظام عام اجتماعي وحمائي⁽²⁾، فالعقد اليوم أصبح محتاجا للعدالة العقدية لاستقراره نظرا لاختلال التوازن بين أطرافه الذي أصبح يخيم عليه، ولن يتحقق ذلك إلا عن طريق نظام حديث لتحقيق هذه العدالة⁽³⁾، فهذه الأخيرة وفق المنطق الجديد للنظام العام تعد إصلاحية بحيث تؤدي إلى إنقاذ المتعاقدين من وضعية غير متساوية وتنقلهم إلى وضعية متساوية لتحقيق التوازن بين أطراف هذه العلاقة⁽⁴⁾.

فهذا النظام العام الحديث الذي كان نتاجا لتطور النظام العام الاقتصادي يمكن أن نجده في القواعد الخاصة بحماية المستهلك والقواعد الخاصة بحماية العامل، كما يمكن أن نجده في القواعد الخاصة بحماية المنافسة، فمن بين وسائل النظام العام الاقتصادي أنه يسمح للمشرع بالحظر، باقتراح، التنظيم، الرقابة وأيضا بفرض عقود على الأطراف⁽⁵⁾.

فيمكن القول إن الملاحظ على قواعد النظام العام أن المشرع تبنى المفهوم المتغير بسبب اتساع قواعد النظام العام بعدما كانت تحمي الحرية العقدية، فهذا يعد مؤشرا على حركية النظام العام في المجال العقدي وأداة لتنظيم العقد في نفس الوقت ومن ثمة تغيرت وظيفة النظام العام من الوظيفة الحامية للحرية العقدية إلى المقيدة لها، فالنظام العام يعمل

(1) - سيتم التفصيل في هذه النقطة في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

(2) - Ghestin Jaques, " **Traité de droit....** ", op.cit, p 240.

(3) - Denis Mazeaud, " **Le nouvel ordre contractuel** ", Revue des contrats, L.G.D.J, paris, 2003, p 296.

(4) - Sapitz Jean-faien, op.cit, p 283.

(5) - Florence Canut, op.cit, p 05.

على مراقبة العقد بمقتضى قواعد أمره، وقد ترتب على ذلك أن أصبحت القواعد المتعلقة بهذا الأخير في ازدياد مستمر، مما يسمح بذلك للقاضي في بسط سلطته التقديرية الواسعة لتحديد النظام العام، فالمفهوم الحديث للنظام العام وإن اختلف عن المفهوم التقليدي له إلا أن الاختلاف لا يعد في الطبيعة، بل إن مفهوم عناصر النظام العام قد تطورت بشكل استوعب فيه الكثير من المفاهيم التي لم يكن يتصور سابقا أنها تؤدي إلى الإخلال بذلك العنصر، ومن ثمة ففكرة النظام العام الاقتصادي للحماية تقوم بدور الحارس في مجال تقييد حرية التعاقد لمصلحة الأطراف الضعيفة في العلاقة التعاقدية.

إلا أن الأمر على غير ذلك بالنسبة للشريعة الإسلامية التي لم تعرف هذا التغيير الذي عرفه القانون الوضعي، فالنظام العام في الشريعة الإسلامية مفهوم مطلق، كون هذه الفكرة هي مفهوم ثابت غير قابل للتغيير نظرا لأنه يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية سواء من القرآن أو السنة أو الإجماع أو القياس، وهذه الأخيرة معروف عنها أنها لا تتبدل ولا تتغير فيما هو مقرر فيها من مبادئ وكليات⁽¹⁾، وعلى سبيل المثال فدائرة الحرام للصالح العام في نظام الإسلام أوسع منها في القانون، لأن غاية الإسلام هي حماية المثل العليا والسمو بالإنسان نحو الكمال والرفعة، لذا فإن مبادئه ذات قيم ثابتة خالدة، فتحرم الشريعة الإسلامية الفائدة مهما كانت قليلة وتمنع البيع بثمن مجهول، وكذلك فكرة الشروط الفاسدة للعقد وفكرة الربا التي تتصل بالنظام الاقتصادي والتي تفسد العقد⁽²⁾.

فلا يمكن مخالفة هذا النظام العام كونه يستمد مصدره من مصادر ثابتة وموثوقة ولا يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة، كما تتصف بالعمومية وهي تطبق على المسلم وغير المسلم⁽³⁾، ومعنى ذلك أن فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية فكرة مطلقة منضبطة لا

(1) - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 29.

(2) - الزحيلي وهبة، " نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، الجزء الأول "، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 55-56.

(3) - سنيات عبد الله، " دور النظام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص 29-30.

تسمح للقاضي بالتدخل ليقدر إن كانت المسألة من النظام العام أم لا، كونها تجسد حقيقة التشريع الإسلامي بسبب صدورها عن الخبير العالم بما يفيد البشر، على عكس المشرعين الوضعيين الذين قد يجهلون المصالح التي تحميها تشريعاتهم بحيث تتغير تبعاً لأهوائهم وخبرتهم وسيطرة المصالح الخاصة عليهم.

(02) - القواعد الآمرة كمجال لإعمال النظام العام

إن وضع قواعد متعلقة بالنظام العام من حيث الشكل والمضمون، ما هو إلا تجسيد للجانب القانوني الذي تسعى الدولة من خلال قواعد النظام العام إلى تحقيقه لاحتواء حاجات الأفراد، كون هذه القواعد تتضمن الأمر والنهي المصحوب بجزاء يوقع من جراء مخالفة مثل هذه القواعد، فإذا كانت الدولة تهدف من خلال قواعد النظام العام إلى ضمان استقرار المجتمع وحماية مصالحه العليا، فلا يتم تحقيق ذلك إلا عن طريق التشريع، كونه الآلية المخولة للدولة لتعبيرها عن إرادتها، مما يبعد ذلك الغموض عما أرادت الدولة تجسيده على أرض الواقع.

فتتميز فكرة النظام العام بالمرونة مما يصعب تحديدها، فهي كما قلنا سابقاً تلك الفكرة التي تترجم الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها المجتمع، ولتبيين كيف يعد التشريع كأهم مصدر للنظام العام ينبغي توضيح علاقة النظام العام بالقواعد القانونية، وعلاقته بالقواعد الآمرة في القانون خاصة، ومن هنا يطرح التساؤل حول ما إذا كانت القواعد الآمرة هي المصدر الحقيقي للنظام العام أم لا؟

طبقاً للمادة السادسة من القانون المدني الفرنسي اعتقد بعض الفقهاء أن النظام العام مصدره القانون، بناء على نص هذه المادة التي تنص على أنه لا يمكن للاتفاقات الفردية الخروج عن القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، كما أنه تم التأكيد أن تقييد الحرية

التعاقدية لا يكون إلا من قبل المشرع، فالقانون إذن هو الوحيد الذي يحدد ما هو من النظام العام وما هو ليس من النظام العام⁽¹⁾.

وبالتالي فلا تتعرض للبطلان الاتفاقات المخالفة لقواعد النظام العام والآداب غير تلك المنصوص عليها في القانون صراحة، ولكنه يسلم بأن هذه الاتفاقات باطلة بناء على نص المادة 1133 من القانون المدني الفرنسي التي تعد الأساس لبطلان كل الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب العامة⁽²⁾.

فالسطة التشريعية عند قيامها بسن التشريع الذي يعد من النظام العام، هي تؤثر وتتأثر بفكرة النظام العام ويقتصر دورها على صياغة القوانين بما يتفق مع ما استقر عليه ضمير المجتمع، ووفق ما ينص عليه الدستور، كون هذا الأخير يحدد الأسس العامة التي تساعد المشرع في بلورة النظام العام⁽³⁾.

فالمشرع عند سنه للنص القانوني الذي يعد من النظام العام يضعه على أساس المبادئ العامة محيلا التفاصيل إلى السلطة التنفيذية التي تعالجها بواسطة مراسيم وقرارات، وحتى باستعمال منشورات واتفاقات جماعية لعلاقات العمل وتكون كل هذه النصوص بمختلف أنواعها مصدرا للنظام العام كلما كانت تمنع الاتفاق على ما يخالفها⁽⁴⁾.

(1) - François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, " **Droit civil, les obligations** " , 07 ème édition, éditions Dalloz, paris, 1999, p 347.

(2) - يقابل المادة 1133 من القانون المدني الفرنسي، المادة 97 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا " .

(3) - منصف هشام، " التحول في فكرة النظام العام: تطبيق على التجربة المصرية " ، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 07-08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، ص 432.

(4) -Maurice Gégout, op.cit, p 04-05.

فيلجأ المشرع عند صياغته لنصوص قانونية لاستعمال مصطلح النظام العام ليتمكن من فرض نظام قانوني يعبر عن هذه الفكرة، لكي يعطي هذه الأخيرة قوة لفرض احترامها من قبل المخاطب بها ومنع مخالفتها⁽¹⁾.

فيمكن القول أن المشرع وفي سبيل إقراره للنظام العام أيا كان مجاله فإنه يراعي في ذلك ما تبناه القانون الأسمى للبلاد المتمثل في الدستور، ثم يقوم المشرع باستلهاام فكرة النظام العام ليطبقها على العلاقات الخاصة نظرا لاتساع نطاق المصلحة العامة التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة كذلك.

وفي هذا السياق يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار فكرة النظام العام على أنها معيار التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة، فتكون القاعدة آمرة إذا كان الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية يتعلق بالنظام العام، وتكون قاعدة مكملة إذا كانت لا تعني النظام العام⁽²⁾، وهذا ما نلمسه في بعض مواد القانون المدني مثل المادة 93 من القانون المدني: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا "، والمادة 97 التي تنص: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا ".

ومن هذا المنطلق يتعامل هذا الاتجاه مع قواعد النظام العام بحكم صفتها الآمرة والناهية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، نظرا لاتصالها بالمصلحة العامة، إلا أنه يتبادر إلى الذهن هل جميع القواعد الآمرة تعد من النظام العام؟.

(1) - مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 15.

(2) - فيلاي علي، " مقدمة....." ، المرجع السابق، ص 104-105.

يذهب البعض إلى أنه كلما كانت القواعد أمرة كلما كانت تتعلق بمصلحة أساسية في المجتمع فهي من النظام العام ولا يجوز مخالفتها⁽¹⁾، أما البعض الآخر فيرى أن هذه التفرقة قد أدت إلى تعقيد الأمور، بسبب أن كل القواعد الأمرة حتى تلك التي تهدف إلى حماية مصلحة فردية، فهي كذلك تهدف إلى حماية المصلحة العامة، فجميع القواعد الأمرة من النظام العام، وبالتالي لا مجال للتفرقة بين القواعد الأمرة والنظام العام⁽²⁾، فيرى الأستاذ جاك غستان **JACQUES GHESTIN** أن القواعد الأمرة وقواعد النظام العام تشكل فئة واحدة⁽³⁾.

إلا أن هناك من ذهب إلى عكس ذلك حيث يعتبر أن القواعد الأمرة ليست كلها من النظام العام، في حين أن كل قواعد النظام العام أمرة، فالقواعد التي تفرض - على سبيل المثال - شكلا معيناً في التصرفات أو تلك المتعلقة بالولاية هي فعلاً أمرة، غير أنها لا تتعلق بالنظام العام، الذي يقتصر على المسائل الضرورية للسير الحسن لمؤسسات المجتمع، فالغرض المتوخى في تلك الحالات هو حماية الأطراف، لا سيما وأن الجزاء المترتب على مخالفة هذه القواعد هو الإبطال الذي لا يتمسك به إلا الشخص المستفيد من الحماية المقررة، في حين أنه يترتب على مخالفة قواعد النظام العام البطلان المطلق، والذي يتمسك به كل من له مصلحة فيه، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارة الدفع به في أي مرحلة كان عليها النزاع⁽⁴⁾.

ويظهر اتجاه توفيقى يقوم على أساس الرأيين السابقين، بحيث القواعد الأمرة حتى عندما توضع لصالح بعض الفئات فهي تتوخى تغليب المصلحة العامة على الإيرادات

(1) - طبقاً للقرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 21-196، المؤرخ في 28/09/2000، مجلة الحجة تصدر عن منظمة المحامين لتلمسان، العدد 10، ص 199، والذي قضى ب: " أن شهر عريضة رفع الدعوى في حالات محددة، منها دعوى بطلان العقود المشهورة، وردت لحماية مصالح خاصة، وبالتالي فإن إثارته تلقائياً من طرف قضاة المجلس، يعد تجاوزاً للسلطة ويعرض القرار المطعون فيه للطعن".

(2) - ريبس محمد، " مدى أثر مبدأ النظام العام والآداب..... " ، المرجع السابق، ص 51.

(3) - Ghestin Jacques, " **Traité de droit civil**, " , op.cit, p 91.

(4) - محمدي فريدة، " المدخل للعلوم..... " ، المرجع السابق، ص 29.

الفردية، وبالتالي ففي كلتا الحالتين تعتبر القواعد الآمرة من النظام العام، غير أنه يصح القول بوجود نظام عام حمائي يرمي إلى حماية أشخاص معينين والبطلان المقرر للتصرفات المخالفة لقواعده محتفظ به لصالحهم في صورة الإبقاء على العقد وإبطال الشرط فقط تحقيقا للتوازن العقدي، بالإضافة إلى ذلك فإن القوانين التي تحمي عديمي الأهلية تتعلق بالنظام العام طالما أن النيابة العامة مدعوة لأن تقوم في هذا المجال بدور خاص وفق المادة 491 الفقرة 01 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، ونجد ما يقابلها طبقا للمادة 42 من القانون المدني التي منعت مباشرة الحقوق المدنية على من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، فالمشرع جعل أحكام الأهلية من النظام العام.

ويرى الأستاذ فيلالي علي، أن الرأي الذي يفرق داخل القواعد الآمرة بين ما يتعلق منها بالنظام العام وما لا يتعلق به فيه جانب من الصواب، لأنه لا يأخذ في الحسبان تطور النظام العام ومفهومه، حيث لا نزاع في أن مضمون النظام العام وكذا المصلحة العامة التي يستند إليها، أصبح يشمل مصالح بعض الفئات الخاصة، فيحميها حفاظا على أمن واستقرار المجتمع، وحثته في ذلك أن النظام العام الاجتماعي يشمل مجاله حماية مصلحة العامل في علاقة العامل مثل المادة 15 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽²⁾، التي تحدد العمر الأدنى للتوظيف بستة عشر سنة، والمادة 17 التي تبطل العقود والاتفاقيات التي من شأنها أن تؤدي إلى التمييز بين العمال، والمادة 49 التي نصت على عدم جواز تعليق علاقة العمل ولا قطعها أثناء العطلة السنوية، والمادة 78 التي تبطل الشروط الواردة في النظام الداخلي والتي قد تلغي حقوق العمال أو تحد منها، والمادة 84 التي تضمن المساواة في الأجور بين العمال بدون تمييز وأكدت المادة 88 على وجوب دفع المستخدم لأجر كل عامل بانتظام، والمادة 136 التي أبطلت كل بند في عقد العمل يكون مخالفا للأحكام

(1) - جاك غيستان، "المطول في القانون المدني..."، المرجع السابق، ص 114.

(2) - القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد 17، السنة 27، المؤرخة في 25/04/1990.

التشريعية والتنظيمية، والمادة 137 كذلك أبطلت الشروط الواردة في عقد العمل التي من شأنها الاستتصاص من حقوق منحت للعمال بموجب التشريع أو الاتفاقيات الجماعية.

ومراعاة لمصلحة المستهلك في عقد الاستهلاك بموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾، طبقا للمادة 04 التي أكدت على سلامة المستهلك، والمادة 09 التي نصت وجوبا على أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن، والمادة 11 إلزامية مطابقة المنتجات للرغبات المشروعة للمستهلك، والمادة 13 إلزامية ضمان المنتجات مع إبطال كل شرط أو بند يكون موضوعه الإنقاض من الضمان، والمادة 17 والمادة 18 اللتين أكدتا على إلزامية إعلام المستهلك ووجوبية تحرير البيانات بطريقة واضحة ومفهومة وباللغة العربية، وبصفة عامة مصلحة المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا أو ثقافيا، بالإضافة إلى أن النظام العام السياسي أو التقليدي ليس قاصرا على حماية الهيئات أو المؤسسات العمومية، بل يسعى أيضا إلى حماية العائلة باعتبارها الخلية المكونة للمجتمع⁽²⁾، فهناك من يؤيد فكرة وحدة قواعد النظام العام مع القواعد الآمرة وهذا وفق رأي الأستاذ GHESTIN.

والدليل على ذلك هو تولى المشرع تكليف مختلف النصوص القانونية وتحديد ما إذا كانت من النظام العام أم لا، حيث يقضي النص صراحة أنه لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، كما جاء على سبيل المثال في المواد 92 و 107 و 110 و 178 و 418 الفقرة

(1) - القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 08/03/2009، ص 12، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10/06/2018، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 13/06/2018، ص 05.

(2) - فيلالي علي، " مقدمة في....." ، المرجع السابق، ص 105.

01 و 441 من القانون المدني⁽¹⁾ ، فالنص القانوني يكون من النظام العام كلما كان يمنع المتعاقدين من مخالفة أحكامه، كما يعد من النظام العام النص القانوني الذي لا يسمح بالاتفاق على ما يخالف أحكامه إلا ما يصب في مصلحة الطرف الضعيف، وقد نصت في هذا المجال المادة 136 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، على أنه: " يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية "، والمادة 13 الفقرة 05 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي نصت على: "...يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة..." ، كذلك المادة 625 من القانون المدني في مجال عقد التأمين نصت على: " يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد " .

فبالرغم من أن القانون المدني لم يتضمن نصا عاما يقضي بعدم جواز مخالفة قواعد من النظام العام بالاتفاقات الخاصة للأفراد، إلا أن المشرع نص على ذلك في الأحكام الخاصة ببعض العقود، كما هو الحال بالنسبة لعقد الصلح، إذ نص بموجب المادة 461 من القانون المدني على: " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام...." .

فالتطور الذي طرأ على النظام العام أدى إلى ازدياد ظهور القواعد الآمرة يوما بعد يوم من أجل تحقيق المصلحة العامة، وتحقيق المصلحة الخاصة في نفس الوقت، مع تحقيق

(1) - تنص المادة 92 الفقرة 02 على: " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون "، والمادة 107 الفقرة الثانية: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام، المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " ، والمادة 110: " إذا تم العقد بطريق الإذعان....ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "، والمادة 178 الفقرة 03: " ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي "، والمادة 418 الفقرة 01: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا..." ، والمادة 441: " يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء الشريك...ويكون باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك " .

توازن واستقرار في المجال العقدي، فتعد هذه القواعد الأمرة مؤشرا للنظام العام بتحديد مجالات يمنع التعامل فيها تحت طائلة البطلان⁽¹⁾.

فهذا التجسيد للنظام العام بواسطة النصوص القانونية الأمرة يؤدي إلى الحد من الحرية التعاقدية للأفراد، والطابع الأمر هو ما يميز قواعد النظام العام عن غيرها من القواعد القانونية التي لا تعد من النظام العام ويعطيها القوة القانونية التي تسمح لها بتجسيد دورها⁽²⁾.

فقواعد النظام العام بمفهومه التقليدي تهدف لحماية المصلحة العامة في المجتمع، بموجب قواعد أمرية ويترتب على مخالفتها البطلان المطلق، أما قواعد النظام العام بمفهومه الاقتصادي فهو يحمي المصلحة الجماعية والمصلحة الخاصة للأفراد بموجب قواعد أمرية إلا أنه يترتب على مخالفة أحكامها بطلان الشرط المخالف للقاعدة القانونية والإبقاء على العقد لما فيه من حماية للطرف الضعيف في إطار النظام العام الحمائي، وفي معظم الأحيان يترتب على مخالفتها متابعة جزائية كما فعل المشرع بموجب القوانين المتعلقة بحماية المستهلك بحيث أقر عقوبات على المخالفات والجنح الاقتصادية⁽³⁾، فيفهم من ذلك أن قواعد النظام العام كلها أمرية، لأن هذه الصفة تجعلها ملزمة للكافة، فالقواعد الأمرة الأخرى التي لا تتعلق بالمفهوم التقليدي تتعلق بالنظام العام الاقتصادي، ومن ثمة نظرا لغياب معيار فاصل بين النظام العام والقواعد الأمرة يمكن القول أن كل قواعد النظام العام هي أمرية، ويلحظ عليها تغير الجزاء تبعا لتغير المصلحة محل الحماية بحيث يتقرر البطلان المطلق لحماية

(1) - خراز محمد الصالح، المرجع السابق، ص 36.

(2) - Delphine Archer, " **Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats** " , étude de conflits de lois, tome 01, 01^{ère} partie, Thèse pour le doctorat en droit préparée, faculté de droit, université de Cergy-pontoise, paris, 2006, p 26.

(3) - طبقا للمواد 68 إلى 85 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والمواد من 31 إلى 38 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/06/2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41، المؤرخة في 27/06/2004، ص 03.

للمصلحة العامة، بينما يتقرر بطلان الشرط المخالف للقاعدة والإبقاء على العقد بقصد حماية مصلحة الطرف الضعيف في العقد.

فلم تعد حرية المتعاقدين مطلقة إنما هي حرية مقيدة بنصوص أمره تهدف لحماية المصالح العليا للأفراد، فهي واقع اجتماعي يخضع للقانون الذي تفرضه الدولة ويحمل في طياته حماية لهؤلاء الأفراد⁽¹⁾.

ففي قانون العمل مثلا يمكن للاتفاقيات الجماعية خرق التزام من النظام العام طالما كان ذلك في صالح العمال، كذلك الأمر بالنسبة للمستهلك وعلاقته بالمتدخل، فنجاعة النظام العام وفاعليته تكمن في تهذيب النفوس، والإعلام، والإقناع⁽²⁾.

فعامل المشرع قواعد النظام العام الحمائي معاملة خاصة، فهي قواعد أمره لكن يجوز مخالفتها وذلك إذا كان في مخالفتها تحقيق لمصلحة الطرف الضعيف، فالمشرع اختار الحل المناسب بتقريره لبطلان الشرط عند مخالفته للقاعدة التي تعد من النظام العام مثل ما هو مقرر في المادة 110 من القانون المدني في مجال إبطال الشرط التعسفي، والمادة 16 من القانون رقم 09-03 المتعلقة بإبطال الشرط المخالف للضمان القانوني، فيكون قد حقق الغاية المتوخاة من وضع قواعد النظام العام الحمائي ومن ثمة حقق حماية للطرف الضعيف، فيكمن السبب في ذلك في المصلحة المراد حمايتها، كون حماية الطرف الضعيف لن تتقرر بتقرير بطلان العقد برمته، كون هذا الطرف يهيمه بقاء العقد ومن ثمة كرس المشرع لهذا الطرف إمكانية إبطال الشرط فقط حماية لمصلحه.

إن فتأمين الحماية للطرف الضعيف وتحقيق المصلحة العامة بمقتضى قوانين من النظام العام الاقتصادي في نطاق العلاقات القانونية الداخلية تقيد حرية الأطراف المتعاقدة

(1) - أشرف عبد العليم الرفاعي، " القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة والدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة " ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 42.

(2) - دنوني هجيرة، " التقرير التمهيدي للملتقى الدولي حول موضوع النظام العام والعلاقات القانونية يومي 23 و 24 أبريل 2007 "، مجلة دراسات قانونية، مجلة سداسية، العدد 05، 2008، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص 16.

بموجب أحكام تنسم بالطابع الأمر⁽¹⁾، فمبدأ سلطان الإرادة أصبح مقيدا بقواعد أمرة من النظام العام⁽²⁾.

فالملاحظ اليوم أنه بالرغم من كون سلطان الإرادة يجد مجاله الخصب في إطار القانون الخاص إلا أن معاملات الأفراد يجب أن لا تخالف القواعد القانونية الأمرة فيه، كونها تحمي المصلحة الجماعية فهي محمية بالقانون لكونها تشكل جزءا من النظام العام. فيتم تصنيف القاعدة القانونية إلى أمرة أو مكملة استنادا إلى كونها تسمح للأطراف بالاتفاق على مخالفتها أم لا، وبالتالي فالقواعد القانونية الأمرة ليست كلها من النظام العام بينما كل قواعد النظام العام هي قواعد أمرة، فالنظام العام إذن يستمد مصدره تارة من القانون، وتارة أخرى من الاجتهاد القضائي، إلا أنه يلاحظ على مشرعنا لم يمنح للقاضي إمكانية إعمال إرادته بواسطة سلطته التقديرية التي يتمتع بها ليقدر بمناسبة كل حالة تعرض عليه ما إذا كان النص يتعلق بالنظام العام أم لا مهتديا في ذلك بالمصالح العليا للدولة والمجتمع، في حالة صمت التشريع حول هذه المسألة، مما يعد قصورا في الحماية كون القضاء يمكن له أن يساهم في توسيع نطاق النظام العام.

لكن ومع ذلك نلمس محاولة من قبل القضاء لإعطاء تعريف للنظام العام، وقد كان للاجتهاد القضائي الجزائري أيضا دور في محاولة وضع تعريف للنظام العام وفق القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 17/01/1982: " لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توفرها كي يستطيع كل

(1) - إياد محمود بردان، " التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 407.

(2) - Charles Vautrot-Schwarz, " L'ordre public économique " , sous la direction de Dubreuil Charles-André, " L'ordre public ", actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le centre Michel de l'Hôpital de l'Université d'Auvergne (Clermont), éditions CUJAS, paris, 2013, p 190.

ساكن ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة..."⁽¹⁾ كما قامت المحكمة الفيدرالية السويسرية بتعريف النظام العام على أنه: " النظام العام هو مجموعة من القوانين، قرارات وأوامر التي تشكل القانون الوضعي للدولة " ، ومن ثمة كما يقول الفقيه مالوري عن النظام العام القضائي نكتشف نظاما عاما خارجا عن القواعد القانونية⁽²⁾.

وهذا ما حصل بالنسبة للقرار الذي قام فيه قضاة المحكمة العليا باعتبار تحرير العقود التوثيقية بغير اللغة العربية باطلة لمساسها بالنظام العام⁽³⁾، كما أقر القضاء بطلان عقد بطلانا مطلقا نتيجة اعتبار التعامل بين جزائريين بالعملة الصعبة خارج الإطار الرسمي الجاري العمل به طبقا للقوانين السارية في مجال النظام النقدي قد يكون مخالفا لتلك القوانين وبالتالي يمس بالنظام العام، فهذه العقود باطلة ولا ترتب أي أثر قانوني⁽⁴⁾.

فبالنظر للسلطة التقديرية للقاضي الجزائري، يمكن لهذا الأخير منح الصبغة الآمرة لقاعدة قانونية أو حتى إنشاء قاعدة من النظام العام، لكن حسب رأينا حتى مع غياب نص قانوني يسمح للقاضي بالقيام بهذا الدور، فلا يوجد مانع قانوني أن يجتهد لسد هذا الفراغ ولتكيف القاعدة القانونية معتمدا روح النص والمصلحة التي أراد المشرع أن يحميها من خلال الحكم المكرس كما هو الحال في نص المادة 112 من القانون المدني، فلم يجعل المشرع هذا النص من النظام العام لكن بالنظر للسلطة الممنوحة للقاضي يتوجب عليه أن يجعله من النظام العام.

كما يظهر دور القاضي في الحفاظ على مصالح الأفراد، عن طريق رفضه أن يكون القرض بأجر فيبطل القاضي الأجر ويبقي على القرض قائما، فالاتفاق على تحديد فائدة أو

(1) - عليان عدة، المرجع السابق، ص 31.

(2) - Philippe Malaurie, " L'ordre public.....", op.cit, p 99.

(3) - مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2008، ملف رقم 408837 القرار المؤرخ في 2008/05/21، بين (ل-ع ومن معه) ضد (ورثة خ)، ص 121-125.

(4) - قرار صادر عن الاجتهاد القضائي الجزائري غير منشور.

أجر للقرض هو نص غير قانوني وباطل طبقا لمقتضيات المادة 454 من القانون المدني، فإن التعاقد الرئيسي المتعلق بالمبلغ الصافي للدين أي بدون أجر وفائدة يبقى قائما بين الطرفين وينبغي تنفيذه وحده⁽¹⁾.

ثالثا) - ارتباط النظام العام بالآداب العامة

يقصد بالآداب العامة تلك الأفكار والقيم الخلقية التي تعارف عليها الناس وتكون واجبة الاحترام والتقدير ويتحدد ذلك في ضوء العادات والتقاليد والأعراف وأحكام القضاء، ويعتبر معيارا للآداب العامة الناموس الأدبي السائد على العلاقات الاجتماعية في دولة معينة، فهو مجموعة القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها، وهذا الناموس الأدبي تعارف عليه الناس في مجتمع ما فيتم التمييز من قبله بين الخير والشر⁽²⁾.

أشار المشرع في بعض المواد ومنها المواد 24، 96، 204، من القانون المدني إلى النظام العام والآداب العامة، بينما اكتفى في نصوص أخرى ومنها المادتين 161، 344 من القانون المدني إلى استعمال مصطلح النظام العام فقط، مما يؤدي إلى طرح التساؤل فيما إذا كانت الفكرتان منفصلتين عن بعضهما، أم تؤديان نفس المعنى؟.

هناك من يرى ضرورة التمييز بين الفكرتين، انطلاقا من أن قواعد النظام العام تهدف إلى تحقيق مصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع، وتسمو على مصلحة الفرد، بينما الآداب العامة هي مجموع القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في

(1) - القرار المؤرخ في 1994/04/20، ملف رقم 106475، غير منشور، المادة 454 من القانون المدني: " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك ".

(2) - عمارة مسعودة، " إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية " ، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 398.

بيئة معينة، وعصر معين، وهي وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتصلة، وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس⁽¹⁾.

كما ذهب في نفس السياق الأستاذ السنهوري بالقول بأن: " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية، أو اقتصادية، وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، بينما الآداب العامة هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية⁽²⁾ ".

كما يرى الأستاذ محمد صبري السعدي أن ثمة اختلافاً بين الفكرتين كونهما تختلفان من حيث الأساس، ففكرة النظام العام قوامها المصلحة العامة المتضمنة للمصالح الاجتماعية والسياسية والأدبية والاقتصادية، بينما الآداب العامة هي ما يتأثر به من مثل عليا، ومبادئ أخلاقية واجتماعية مبنية على الدين والعرف والتقاليد⁽³⁾.

إلا أنه هناك شبه إجماع فقهي لدى فقهاء القانون المعاصر على عدم التمييز بين النظام العام والآداب العامة، كون هذه الأخيرة تشكل أحد الأسس التي يقوم عليها النظام العام في جانبه الخلقي، مما يؤدي إلى حفظ النظام العام داخل المجتمع، فالعروض الخليعة والتحريض على الفسق وممارسة البغاء والفحشاء، كلها أفعال تمس الأخلاق، ومن ثمة النظام العام والآداب العامة، وتهز معها هيبته النظام العام، مما أدى بالبعض للقول بأن الفكرتين وجهان لعملة واحدة⁽⁴⁾، لحد قول أحد الفقهاء إن الآداب العامة ليست سوى الوجه الأخلاقي للنظام العام ولا تنفصل عنه⁽⁵⁾.

(1) - حليلة آيت حمودي، " نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي " ، الطبعة 01، دار الحدائث للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1986، ص 31.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، " نظرية العقد، الجزء الأول..... " ، المرجع السابق، ص 392-393.

(3) - السعدي محمد صبري، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري..... " ، المرجع السابق، ص 213.

(4) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 334-338.

(5) - Ghestin Jaques, " **Traité de droit civil.....** ", op.cit, p 104.

وعليه فإن التمييز بين النظام العام والآداب العامة هو تمييز سطحي لأن كلا منهما يفيد أولوية المجتمع على الفرد، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، والنظام العام مثله مثل الآداب العامة يفرض على المتعاقد احترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في المجالات المختلفة بغرض ضمان التعايش والسلم المدني⁽¹⁾.

ففكرة النظام العام والآداب العامة هي مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، والتي ترجح على المصالح الخاصة للأفراد، بحيث إذا اتفق الأفراد على خلافها وقع هذا الخلاف باطلا، بالإضافة إلى ذلك تختلف هذه الفكرة باختلاف الزمان والمكان وباختلاف المجتمعات، فهي فكرة تتميز بالنسبية والتغير والمرونة مما يجعلها تؤثر على الحرية التعاقدية⁽²⁾.

ومن ثمة فلا يوجد فارق بين النظام العام والآداب العامة من حيث الوظيفة المسندة إليهما، كونهما يهدفان إلى حماية المجتمع والمحافظة على نظامه، ويكمن الفرق بينهما في مجال كل منهما، وبالتالي فهما متكاملان من حيث الهدف الذي يحققانه، ويمكن القول إن الآداب العامة هي المعيار الضابط لتحديد نطاق النظام العام.

فالعبرة ليست بالآداب العليا وإنما بالآداب المتوسطة التي يتمسك بها أغلبية أفراد المجتمع وهذا الأمر بالغ الأهمية بالنسبة للمجتمع الإسلامي، إذ تلعب الأخلاق الإسلامية دورا هاما باعتبار أن الإسلام هو دين الدولة، فيتولى القاضي مراعاة هذه القواعد كونه الحارس الأمين على كيان المجتمع⁽³⁾.

(1) - فيلالي علي، "الالتزامات،....."، المرجع السابق، ص 270.

(2) - Maurice Gégout, " **Ordre public et bonnes moeurs** ", Juris classeur, code civil, art 06, fasc 01, 1979, p 03.

(3) - بلحاج العربي، " النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول "، المرجع السابق، ص 154.

الفرع الثاني: حماية المصالح كقوام للنظام العام لتكريس العدالة العقدية

يعد النظام العام من بين الأفكار الأساسية باعتبارها مجموع المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية والدينية اللازمة لحفظ أسس المجتمع، فلا يجوز للأفراد الخروج عن إحدى هذه المصالح وإلا بطل هذا الاتفاق.

وهكذا فقد غدت فكرة النظام العام قيда على حرية الأفراد في إبرام العقود، تغليباً للمصلحة العامة على مصلحة الأفراد، أي كلما تناقضت هذه الأخيرة مع المصلحة العامة كلما كانت مهددة لمصلحة المجموع، كلما تدخل النظام العام بقواعد أمره لتقييد هذه الحرية بل والغائها أحيانا ليحل القانون محلها، ونظرا لكون فكرة النظام العام فضفاضة تم وضع معيار يضبطها، فتم اعتبار المصلحة العامة التي بواسطتها يحكم على أي قاعدة بأنها من النظام العام أم لا مما ينبغي مراعاتها عند إبرام العقد.

فيعد معيار المصلحة العامة الضابط لتحديد مجال النظام العام (أولا) ومن ثمة ينبغي مراعاتها عند إبرام العقد، ففي حالة استبعاد المصلحة العامة وتغليب عليها المصلحة الفردية يكون العقد المبرم مناقضا ومخالفا للنظام العام ومن ثمة يتقرر بطلانه، كما لا يتوقف دور النظام العام على حماية المصلحة العامة فقط وإنما يمتد لحماية المصلحة الخاصة كذلك (ثانيا).

أولا) - المصلحة العامة قوام للنظام العام لاستقرار المجتمع

إن لجوء المشرع إلى استعمال قواعد من النظام العام في مجال العلاقات ما بين الأفراد وتضييق الحرية العقدية يهدف من ورائها للرقابة على تصرفات الأفراد، فالانتقال من اتساع الحرية العقدية إلى تضييقها دليل على التغيير في القواعد التي عرفت القواعد المنظمة للعقد بحيث أصبح المشرع يتدخل في العقد تحت اسم المصلحة العامة للمجتمع.

تعد المصلحة العامة من بين المعايير التي أجمع عليها فقهاء القانون بأنها معيار للنظام العام، فعند تعريف الأستاذ السنهوري للنظام العام عرفه ذاكرة المصلحة العامة:

"...يوجد دون شك من القواعد ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع، وهذه المصلحة إما أن تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية... وهناك من روابط القانون الخاص ما يحقق مصلحة عامة اجتماعية، كما في كثير من القواعد المتعلقة بالعمل، أو مصلحة عامة اقتصادية كما في القواعد التي تجعل التنافس حرا مفتوحا بابه للجميع"(1).

فالمصلحة العامة عرفها الفقيه CARBONNIER على أنها مصلحة اجتماعية ضرورية، عليا لا يمكن مقارنتها بالمصالح الفردية مهما كانت الأسباب(2).
فمعيار النظام العام هو معيار موضوعي أو مادي يتغير بتغير الزمان والمكان وهو متمثل خاصة في المصلحة العامة التي تتنوع بين المصلحة السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الخلقية، فمن هنا يثور السؤال حول ما إذا كان هناك فعلا تطابق كلي بين الفكرتين، أو يوجد ما يميز بينهما؟.

لقد ظهرت المصلحة العامة كملازم لمبدأ المشروعية، كونها قد ارتبطت بفكرة القانون منذ نشأتها وصاحبت قيام الدولة القانونية، لذلك كانت المنفعة العامة حجر الزاوية عند أنصار نظرية العقد الاجتماعي(3)، فالشائع عند التحدث عن النظام العام أن معياره هو المصلحة العامة مهما اختلفت طبيعتها، كون النظام العام يعبر عن سمو المصلحة العامة وعلوها على المصالح الخاصة، فهو بذلك يحمي أساسيات المجتمع(4).

(1) - السنهوري عبد الرزاق، " نظرية العقد، الجزء الأول...."، المرجع السابق، ص 492.

(2) - Delphine Archer, " **Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats** ", étude de conflits de lois, tome 01, 01^{ère} partie, thèse pour le doctorat en droit préparée, faculté de droit, université de Cergy-pontoise, paris, 2006, p 34 .

(3) - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 213.

(4) - François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, " **Droit civil les obligations** ", 6eme édition, DELTA, DALLOZ, paris, 1996, p 298.

ولكون المصلحة العامة تحمي أساسيات المجتمع وهي مرجحة على المصلحة الفردية ومن ثمة يجب على جميع الأفراد احترام كل ما يتعلق بالنظام العام حتى لو كان ذلك فيه تضحية بمصالحهم الخاصة، لكن ذلك لا يعني إنكار مصلحة الفرد وحرية كون المصلحة العامة تضمن كذلك حماية المصالح الفردية⁽¹⁾.

ويترجم النظام العام علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة بغية ضمان تطور المجتمع واستمراره في ظل قيم معينة، وهذه المصلحة التي يقوم عليها النظام العام لها درجات متفاوتة⁽²⁾.

ومسألة ارتباط فكرة النظام العام بعلو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة جعلت القواعد القانونية في صورة قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽³⁾، ومن أجل ذلك قد لا يستعمل المشرع مصطلح النظام العام رغم أن القاعدة أمر تنظم مسألة من النظام العام، ومن أجل ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى وضع معايير يتم من خلالها معرفة طبيعة القاعدة القانونية، من بينها البحث عن الغرض المتوخى من وضع القاعدة القانونية، أي البحث عن الهدف الذي ابتغاه المشرع من وراء وضعه لمثل هذه القاعدة القانونية، أي هل أراد المشرع من وراء وضعه لهذه القاعدة القانونية تحقيق المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة⁽⁴⁾.

بالرغم من أن فكرة النظام العام والمصلحة العامة تصوران يشتركان في تحقيق هدف واحد متمثل في المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الدولة والمجتمع، إلا أن هناك اختلافاً بينهما كونه هو الاتجاه الغالب الذي نؤيده، فالنظام العام يعد عنصراً من فكرة أكثر اتساعاً متمثلة في المصلحة العامة، فهذه الأخيرة تنصرف إلى الغايات التي تسعى السلطة إلى تحقيقها من أجل رفاهية المجتمع، بينما النظام العام يمثل طائفة من القواعد الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، والتي تشكل أسسه الحيوية، ففكرة المصلحة العامة تعد أكثر مرونة

(1) - نساخ فطيمة، " الوظيفة الاجتماعية للعقد " ، المرجع السابق، ص 27-28.

(2) - Gérard Farjat, " Droit privé..... " , op.cit, p 301.

(3) - Charles Vautrot-Schwarz, op.cit, p189.

(4) - نساخ فطيمة، مرجع سابق، ص 27-28.

وأوسع نطاقا كونها عنصرا من النظام العام، ومن ثمة نجد أن تدخل الدولة لتحقيق الصالح العام يعتمد على أساليب لا تتصل بالضبط والسلطة بقدر ما تتصل بإشباع الحاجيات، بينما يتحقق النظام العام خاصة بوسائل الضبط التي تتباين تبعا لتباين الزمان والمكان⁽¹⁾.

إن المصلحة العامة هي الأساس المشترك في المجال الخاص والمجال العام، فهي تحدد الحياة في المجتمع وتقر حق الدولة، كما تعد ثمار التعاون بين الدولة والمجتمع المدني، إلا أن هذا الأخير في الجزائر يبقى دوره سلبيا إذا ما تعلق الأمر بالمصلحة العامة على اعتبار أن هناك عوامل ثقافية ساهمت في هذا الدور، لأن المصلحة العامة تعد من اختصاصات الدولة وحدها سواء تعلق الأمر بالمجال العام أو المجال الخاص لأن ما تواتر عليه الناس أن الدولة حامية للمصالح الخاصة، ومتدخلة في العلاقات بين الأفراد، وليس من السهل تغيير الذهنية إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة، فيعد النظام العام الحارس للعقد الاجتماعي والمروج للحماية العقدية على أساس فكرة الصالح العام والعدالة⁽²⁾.

كما أثر مفهوم المصلحة العامة على الحرية العقدية، فتحديد الإرادة جاء تحقيقا للمصلحة العامة وذلك على أساس أن المجتمع هو وحدة متضامنة فمن الضروري أن تتضامن الإيرادات ويتكافل الأفراد فيما بينهم تحقيقا للمصلحة العامة وتحقيقا للمساواة الفعلية، فالتضامن ليس إلا عملية اجتماعية وهو الشكل الرئيسي للعلاقات والتفاعل داخل الجماعات،

(1) - وفي هذا الخصوص ذهب الأستاذ Bernard Paul إلى القول:

" L'ordre public ne se confond pas avec l'intérêt général qui constitue la condition positive de la légalité de l'action administrative...l'intérêt général recouvre toutes les activités administratives sans distinction, c'est le but permanent de tout acte administratif, par contre l'ordre public implique un certain régime caractéristique conditionné par la survenance de certaines circonstances...l'ordre public est une catégorie de l'intérêt public ", Bernard Paul, " **La notion d'ordre public en droit administratif** ", Thèse d'état, Montpellier, 1959, p 263.

(2) - Marie-Caroline Vincent-Legoux, " **L'ordre public** ", op.cit, p 217.

فالتقييد الذي طرأ على مبدأ سلطان الإرادة لم يقصد منه قمع الإرادة وإنما توجيهها إلى ما يحقق المصلحة العامة.

وقواعد النظام العام تعد وسيلة لحماية وترقية المصلحة العامة، التي تتفاوت درجاتها بين مصالح عليا للدولة (01)، وحماية العائلة (02)، وحماية الشخص (03).

01- حماية المصالح العليا للدولة

لا يعتد تقليدياً إلا بالمصالح العامة والعليا للمجتمع، أي تلك التي تعني كل أفراد المجتمع، وتتمثل عموماً في المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، من حريات الأفراد وتنظيم المصالح الإدارية، ونظام الحكم الذي يجسد في شكل قواعد قانونية في الدستور والقوانين المختلفة، كقانون الأسرة... إلخ⁽¹⁾.

وفي سبيل تحقيق المصلحة العليا يتم حماية المرافق العمومية عن طريق قوانين دستورية وقوانين إدارية، وقوانين مالية، ومجسدة كذلك في شكل قانون الإجراءات الذي يحدد اختصاص المحاكم فيتم عن طريقه الحفاظ على المصلحة العليا للبلاد، فهي متعلقة بالنظام العام لاتصالها بالكيان السياسي للدولة⁽²⁾، فالمصالح الأساسية تقسم إلى فئتين حسب مجالها فمنها ما يهدف إلى تقييد الحرية العقدية من أجل حماية وضمان احترام المصلحة العامة العليا على المصلحة الخاصة، وحماية الحريات الفردية التي تخرج عن نطاق العلاقة العقدية⁽³⁾.

(1) - فيلالي على، " الالتزامات، " ، المرجع السابق، ص 273-274.

(2) - Flour Jacques et Aubert Jean-Luc et Savaux Eric, " **Droit civil les obligation, L'acte juridique** " , 10 éme édition, éditions Dalloz, paris, 2002, p 204.

(3) - فاضل خديجة، " عيممة العقد " ، المرجع السابق، ص 38.

فقواعد النظام العام تحمي المصلحة العامة باشتراط مشروعية محل وسبب العقد طبقاً للمادتين 93، 97 من القانون المدني⁽¹⁾، كما أن قواعد النظام العام تحمي الحريات الفردية عن طريق المبادئ والحقوق، كمبدأ عدم التمييز، وكذا عدم انتهاك حرمة الإنسان.

أ) - مبدأ عدم التمييز

تم تكريس مبدأ عدم التمييز بموجب المادة 32 من دستور 2016⁽²⁾، من خلال مبدأ المساواة في الجنس، والعرق، والمولد.... إلخ، ويعتبر من الحقوق الأساسية التي تسعى إلى ضمان حماية الإنسان، كما نجد هذا المبدأ مكرساً في المادتين 06 و 07 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽³⁾، اللتين تؤكدان على ضرورة المساواة بين العمال في الشغل والأجرة وظروف العمل دون التمييز على أساس الجنس والسن والوضعية الاجتماعية....⁽⁴⁾، وبشكل عدم التمييز قيماً على الحرية العقدية في اختيار المتعاقد، أي يكون المستخدم مقيداً بعدم التمييز في حرية اختيار العامل، وإذا كانت الاتفاقيات، والاتفاقات الجماعية أو عقد العمل تؤدي إلى التمييز بين العمال فهي باطلة طبقاً للمادة 17 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، فالمشرع رتب جزاء جنائي متمثلاً في غرامة مالية قدرها (2.000 دج) إلى (5.000 دج) على كل من أبرم اتفاقية جماعية أو اتفاقاً جماعياً يشمل التمييز بين العمال، وفي حالة العود يعاقب المخالف بغرامة مالية تتراوح بين (2.000 دج) إلى (10.000 دج)، وبالحبس مدة ثلاثة أيام طبقاً لأحكام المادة 142 من

(1) - سيتم تفصيل هذه النقطة لاحقاً خلال هذا البحث.

(2) - المادة 32 التي تنص على: " كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتدرع بأي تمييز يعود إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي " ، من دستور 1996 المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016، المنصمّن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 07/03/2016، ص 10.

(3) - القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد 17، السنة 27، المؤرخة في 25/04/1990، ص 563.

(4) - Nadège Meyer, op.cit, p 22.

القانون المتعلق بعلاقات العمل، فيعد مبدأ عدم التمييز ضمانا لممارسة الحريات الفردية واحترامها في إطار الدستور والقوانين.

(ب) - عدم انتهاك حرمة الإنسان

طبقا للمادة 40 من دستور 2016، تم تكريس مبدأ عدم انتهاك حرمة الإنسان، وذلك في ظل احترام كرامة هذا الأخير، والحق في سلامته الجسدية والمعنوية طبقا للمادة 41 من دستور 2016، كما نجده مكرسا في المادة 06 من القانون المتعلق بعلاقات العمل، باحترام السلامة البدنية والمعنوية وكرامة العمال كحقوق في إطار علاقة العمل، وكذا عدم مساس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية، أو إلحاق ضرر معنوي به طبقا للمادة 19 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾، ويعتبر مبدأ عدم انتهاك حرمة الإنسان من النظام العام الذي يركز على حماية الحريات الفردية، وهذا ما تم تكريسه في القانون المتعلق بعلاقات العمل أيضا من خلال الحق في الراحة طبقا للمادة 05 من القانون رقم 11-90 المتعلق بعلاقات العمل، والحكمة من تقرير مثل هذا الحق هو تمكين العامل من تجديد طاقته وقوته، والاعتناء بشؤونه الخاصة، فهي تعتبر ضرورة اجتماعية وصحية حتى يتمكن العامل من تجديد طاقته وقوته وقيامه بالعمل بصفة مرضية وفعالة، مما يحقق المردودية⁽²⁾.

فالحق في الراحة يهتم في الأساس بالصحة البدنية والمعنوية للعامل، ورتب المشرع جزاء جنائيا والمتمثل في غرامة مالية قدرها (1.000 دج) إلى (2.000 دج) على كل مستخدم خالف أحكام القانون المتعلقة بالراحة القانونية طبقا للمادة 144 من القانون رقم

(1) - تنص المادة 19 من القانون رقم 03-09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: " يجب أن لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا تسبب له ضررا معنويا " .

(2) - أحمية سليمان، " التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية " ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 148.

90-11، كما أن حماية صحة العامل واحترام سلامته البدنية يتم تكريسها من خلال الوقاية والأمن في العمل وطب العمل والتي تعتبر قواعدها من النظام العام. فمن خلال هذه النصوص يبحث المشرع على حماية السلامة الجسدية للأشخاص بفرض التزام بالسلامة على رب العمل، وحدد طبيعته على أنه التزام بتحقيق نتيجة، كما يقع على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك احترام إلزامية سلامة هذه المواد، والسهر على سلامة المستهلك طبقاً للمادة 04 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فيلتزم كل متدخل بالسهر على مطابقة المواد الغذائية المعروضة للاستهلاك دون تعريض صحة المستهلك للخطر، وتعتبر الحقوق الأساسية التي تركز حماية الحريات الفردية من النظام العام، فمصلحة الأفراد والمجتمع لا تتحقق إلا بتدخل الدولة.

فيمكن القول إن فكرة النظام العام تعد أداة بيد المشرع لضمان سير عمل المؤسسات الضرورية بطريقة تتناسب مع أهدافه وغاياته التي تكون السياسة التشريعية، فالمصلحة العامة تعلق إذن على المصلحة الخاصة، فأشباع حاجيات المجتمع يكون عن طريق قواعد المصلحة العامة، التي يكون الهدف من ورائها تحقيق استقرار المجتمع، وبترتب عن جراء الإخلال بهذه القوانين البطلان المطلق لحماية وضمان سير الهيئات في الدولة فيما بينها، وثانياً لحماية المصلحة العامة إذا تعاملت هذه الهيئات مع أفراد المجتمع.

(02) - النظام العام العائلي

من بين الأهداف التي تسعى المصلحة العامة لتحقيقها حماية العائلة كون هذه الأخيرة من بين الأركان التي يقوم عليها المجتمع، ومن أجل ذلك يتم قمع ومنع كل الاتفاقات الخاصة التي تنال من المصالح الأساسية للعائلة بواسطة قواعد قانونية من النظام العام، لذلك فروابط الأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة، وبالتالي فهي من النظام العام، لا

يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم مثل الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته⁽¹⁾ .

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص، كأن يتفق شخص مع شخص آخر على تعديل جنسيته أو التنازل عنها، كأن يتنازل الشخص عن اسمه أو لقبه وقد نص المشرع على كل هذه الأحكام في المادة 25 وما يليها من القانون المدني، وفي الأمر رقم 20-70 المتضمن الحالة المدنية⁽²⁾، كما ليس لأحد التنازل عن حرته الشخصية⁽³⁾، ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام⁽⁴⁾، وتعد كذلك قواعد الأهلية من بين الأمور التي تهم النظام العام، إذ هي التي تحدد صلاحية الفرد لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، فلا يستطيع الشخص أن يتنازل أو يزيد أو ينقص من أهليته⁽⁵⁾.

فيشترط في الشخص المتعاقد أن يكون كامل الأهلية طبقاً للمادة 40 من القانون المدني، فتعد الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية وهي تعد من النظام العام كذلك، والمقصود هنا بالأهلية لصحة التراضي هي أهلية الأداء، التي يراد بها ما مدى قدرة الشخص للقيام بالتصرفات أو الأعمال القانونية، ففي الحالة التي تنعدم فيها هذه الأهلية مثل حالة الصبي غير المميز، والمجنون والمعتوه، تنعدم الإرادة تماماً ويقع العقد باطلاً بطلاناً

(1) – François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, op.cit, p 299.

(2) – الأمر رقم 20-70 المؤرخ في 17/02/1970، المتضمن الحالة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 27/02/1970، ص 274، المعدل بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في 09/08/2014، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 20/08/2014، ص 03.

(3) – طبقاً للمادة 46 و 47 و 48 من القانون المدني.

(4) – المادة 461 من القانون المدني: " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المدنية الناجمة عن الحالة الشخصية " .

(5) – طبقاً للمادة 45 من القانون المدني التي تنص على: " ليس لأحد أن يتنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها " والمادة 78 من القانون المدني: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها " .

مطلقاً⁽¹⁾، إذن فلا يجوز الاتفاق على إعطاء شخص أهلية لا تتوفر فيه بحكم القانون أو حرمانه من أهلية أقرها له القانون، وكل اتفاق على ذلك يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽²⁾.
فما يمكن قوله أن المشرع وضع قاعدة أمره لا يجوز مخالفتها لتعلقها بالنظام العام كون الأهلية هي من بين الأمور التي تهم مصالح الأفراد، ورغبة من المشرع لضمان استقرار المعاملات جعلها من النظام العام وفي حالة المساس بها البطلان المطلق.
كما تعد من بين الأمور التي تهم المصلحة العامة علاقة الشخص بأسرته في الأمور المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب⁽³⁾، فبالإضافة إلى ذلك فقد تولى قانون الأسرة معالجة هذه المسائل وكذلك النفقة والميراث والهبة والوقف، وهي كلها متعلقة بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها⁽⁴⁾، وأحكام الوصية تعد كذلك من النظام العام فيمنع الإقرار بمنح الوصية للموصى له وهو قاتل الموصي، أو منع الوصية لاختلاف الجنس أو اللون أو المعتقدات السياسية⁽⁵⁾.

03- حماية الشخص

من المسائل التي تدخل في نطاق تحقيق المصلحة العامة هي أن الشخص الطبيعي لا يمكن له التفريط في جسده، لذلك فالاتفاقات التي تؤثر على استقلاليته وسلامته تعد باطلة كذلك الاتفاقات التي يكون محلها الاتفاق على جسم الإنسان إلا فيما يسمح به القانون⁽⁶⁾، مثل السماح بالتبرع بالدم والأعضاء البشرية الذي يعد عقداً مشروعاً، كما يدخل في نطاق هذه المصلحة حماية كرامة الشخص، وحقه في الحياة وفي الصحة وكذلك حقه في السلامة

(1) - بلحاج العربي، " النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول " ، المرجع السابق، ص 97-98.

(2) - قداد خليل أحمد حسن، المرجع السابق، ص 48-49.

(3) - Maurice Gégout, op.cit, p 10.

(4) - انظر القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/11/09، والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 2005/02/27، معظم مواده قواعد أمره من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

(5) - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 68.

(6) - François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, op.cit, p 299-300.

الجسدية والعقلية⁽¹⁾، وهذا ما كفله المشرع في التعديل الأخير لقانون الصحة رقم 18-11 بموجب المادة 358 منه⁽²⁾.

بالإضافة إلى حماية القانون المدني بنصوص صريحة للحقوق الملازمة للشخصية القانونية من أي تعد عليها، وبالتالي فأبي اتفاق بشأنها يعد لاغيا طبقا للمادة 47 من القانون المدني التي تنص على: " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

04- حماية الآداب العامة

تتمحور حماية الآداب العامة حول شيئين أساسيين هما العلاقات الجنسية غير المشروعة، والأفعال المخلة بالحياء، طبقا لما هو منصوص عليه في قانون العقوبات⁽³⁾، والكسب غير المشروع من قمار، ويانصيب، ورهان⁽⁴⁾، وتعامل في الأعضاء أو الأنسجة البشرية أو تقاضي أجر بدون مقابل أو للقيام بعمل غير مشروع يحرمه القانون⁽⁵⁾.

ثانيا- حماية النظام العام للمصلحة الخاصة للأفراد

إن تطور المجتمع في الميدانيين الاقتصادي والاجتماعي على الخصوص دفع بالدولة إلى ضرورة التدخل لحماية مصالح بعض الفئات، كالعمال والمستهلكين والمستأجرين وغيرهم من الفئات الضعيفة، والظاهر أن هذه المصالح لا تهم المجتمع ككل إلا أنها أصبحت جديرة بالحماية لاعتبارات عديدة، أهمها تزايد حاجيات الإنسان العصري نظرا للتقدم في شتى المجالات، وكذا اتساع الهوة بين رب العمل والعامل من جهة، وبين المتدخل

(1) – Nadège Meyer, op.cit, p 26.

(2) – المادة 358 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02/07/2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46،

المؤرخة في 29/07/2018، ص 03، " لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية ".

(3) – انظر المواد 304، 326، 333، 334، 338، 342... إلخ من قانون العقوبات.

(4) – طبقا للمادة 612 من القانون المدني: " يحظر القمار والرهان "، ولقد استثنى المشرع الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري.

(5) – فيلالي علي، " مقدمة في....."، المرجع السابق، ص 111.

والمستهلك من جهة ثانية، مما جعل الدولة تتدخل عن طريق سن قوانين لحمايتهم، وقد أخذت هذه الحماية أشكالاً جديدة تتمثل في تحديد مضمون بعض العقود من قبل المشرع، وتعديلها عند الحاجة من قبل القاضي عوض إبطالها⁽¹⁾.

إن قواعد النظام العام لا تقتصر على ضمان احترام المصلحة العامة وإنما تتعداها إلى حماية الفئات الخاصة من الأشخاص، والمصلحة العامة تتعلق ببساطة بمجموع بعض المصالح الخاصة⁽²⁾، ويعتني التشريع بالمصلحة العامة عندما يستجيب لعدد كاف للمصالح الخاصة، وهذه الأخيرة هي التي تتعلق بالأفراد أو التكتلات الجماعية والتي تخص المجال الخاص، فتتشكل المصلحة الخاصة من المصالح الفردية والمصالح الجماعية⁽³⁾.

فالمشرع عندما يمنح للتكتلات الجماعية تمثيل مصالح أعضائها كالنقابات وجمعيات حماية المستهلكين، فهي تكون قريبة من المصلحة العامة، فالمصلحة الجماعية هي نتيجة تنظيم بين مصالح أعضائها، فالمشرع له توجه طبيعي في التمسك بالمصلحة العامة حتى ولو لم يكن لروح النص اعتبارات أخرى غير حماية المصالح الخاصة⁽⁴⁾.

فيمكن القول أن المصلحة الجماعية المتضمنة للمصلحة الخاصة هي جزء من المصلحة العامة وتسير بنفس الطريقة، ويظهر تأثير النصوص المتعلقة بالمصلحة العامة على المصالح الخاصة من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش، فالمشرع لا يريد عزل المستهلك باعتباره يخضع إلى مصلحة خاصة محضة سواء كانت فردية أو جماعية عن قواعد الصحة والبيئة والسلامة والأمن، والتي تعتبر من المصالح العامة العليا التي تسهر الدولة على احترامها بمختلف أجهزتها، فالمصلحة الخاصة للمستهلك أو العامل أو المستأجر وغيرهم من الفئات الضعيفة ما هي إلا امتداد للمصلحة العامة، فالمصلحة الخاصة إذن

(1) - فيلالي علي، "الالتزامات...."، المرجع السابق، ص 274.

(2) - Gérard Farjat, " L'ordre public...." , op.cit, p 110-111.

(3) - فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 42.

(4) - Gérard Farjat, op.cit, p 115.

تمتصها مصلحة أعلى منها تؤدي إلى حمايتها، بتقييد حرية الأطراف المتعاقدة حماية لمصلحة أعلى من هذه المصلحة الفردية وذلك حماية للنظام العام⁽¹⁾ .

ومن ثمة يمكن القول إن المصلحة العامة تلو عن الحرية العقدية لكنها لا تتعارض معها، فالفرد يبقى له نصيب من الحرية في حدود عدم المساس بمصلحة المجتمع، وقد جسد المشرع هذه الحدود في إطار ما يسمى بقواعد النظام العام، فالحد من الحرية الفردية لا يعني تجاهلها، وإنما أصبحت توظف من أجل تحقيق المصلحة العامة، ومن ثمة يمكن القول إن المصلحة الخاصة ترضخ للمصلحة العامة وتعد جزءا منها.

فتحديد مدة العمل ب 40 ساعة طبقا للمادة 02 من الأمر رقم 97-03 المحدد للمدة القانونية للعمل⁽²⁾، وتنظيم هذه الأخيرة هي مسألة مهمة لحسن سير المؤسسة من أجل تحقيق أهداف اقتصادية، وكذلك بالنسبة للمصالح الشخصية للعمال، فإنقاص مدة العمل من 44 ساعة إلى 40 ساعة استدعت المصلحة العامة مراعاة لسياسة الدولة المنتهجة للقضاء على البطالة، ومن ثمة فقد تم مراعاة تحسين شروط العمل للعمال مما يصب ذلك في فلك حماية المصلحة الخاصة، ومحاربة البطالة التي تعد من بين الأهداف التي تسعى الدولة لتحقيقها تجسيدا للمصلحة العامة.

ويدخل كذلك في إطار المصلحة العامة مسألة عدم جواز الاتفاق على مخالفة القواعد الآمرة من ذلك بطلان الاتفاق الذي يمنع جواز تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو الإعفاء منها طبقا للمادة 110 من القانون المدني، أو الذي يمنع إنقاص الالتزام المرهق في حالة الحوادث الاستثنائية طبقا للمادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني، كما يقع باطلا كل اتفاق يعفي الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة طبقا للمادة 434 الفقرة 01 من القانون المدني، كما أنه يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان

(1) - Hanouille Nicolas, " **Intérêt particulier et intérêt général à l'époque des lumières** " , thèse de doctorat, université Paul Valery Montpellier 03, 2012, p 27.

(2) - الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11/01/1997، المتعلق بتحديد المدة القانونية للعمل، الجريدة الرسمية العدد 03، المؤرخة في 12/01/1997، ص 07.

طبقا للمادة 490 الفقرة 02 من القانون المدني، فكل هذه الأحكام فيها حماية للمصلحة العامة بالدرجة الأولى، وحماية للمصلحة الخاصة، فلا يتصور انفصال المصلحة الخاصة عن المصلحة العامة، لأن قواعد النظام العام تضي على المصالح الخاصة خاصة المصلحة العامة.

إن مفهوم المصلحة العامة تطور الآن تبعا لتطور مفهوم النظام العام، فالمصلحة العامة يراد بها الاهتمام بالفرد ومصالحته الخاصة، ومن هنا ارتقت المصلحة الخاصة إلى اعتبارها مصلحة عامة تدخل في اهتمامات المشرع، عن طريق جعل قواعد النظام العام آلية لتكريس المصلحة العامة بهدف توجيه العقد وفقا لمقتضيات السياسة الاجتماعية والاقتصادية للدولة وهذا ما أدى إلى اتساع نطاق المصلحة العامة لتمتد إلى المصلحة الخاصة.

فعملية توجيه العقد لا تعد نكرانا لدور الإرادة، فالعقد ينشأ بمقتضى ممارسة الحرية العقدية لكن ما يجب الإشارة إليه أن الإرادة لها دور ثانوي بالمقارنة مع الوظيفة التي يجب أن يؤديها العقد، وذلك لكونه أداة اقتصادية واجتماعية يخضع لعوامل لا تشارك الإرادة الفردية في وضعها لكن يقع عليها التقيد بها لتعلقها بالمصلحة العامة.

وما يمكن قوله حول النظام العام حسب رأينا أنه: " منهج يتخذه مجتمع ما أسلوبا له يتأسس على قواعد ومبادئ سلوكية في أي من المجالات سواء أكانت سياسية، اقتصادية، اجتماعية، ثقافية، خلقية، إلى غير ذلك من المجالات، تأخذ ترتيبها حسب أهمية المجال في نظر الجماعة، ولضمان تواجدها واستقرارها في إطار ما تتبناه من إيديولوجيات لتصير ضابطا يتعين احترامه وتحمل الجزاء الموقع في حالة مخالفته، ومن ثمة فهو متغير بحسب التغيرات التي تطرأ على المجتمع، مما يفترض أن يؤدي هذا النظام المتبع إلى حماية حقوق وضمنان توازن بين أفراد هذا المجتمع ".

المبحث الثاني: النظام العام كسبب لاجتماعية العقد

تقتضي حرية التعاقد أن يكون للأفراد حرية في إبرام العقود، وكل اتفاق إرادي تعاقدية يحدث بالتراضي، وبمقتضى هذا المبدأ، لا يكره الأفراد على إبرام العقود ولا على اشتراط الشروط، وعدم إجبار أحد المتعاقدين على إفراغ عقوده في قوالب شكلية معينة، ولا التعبير عن إرادته بطرق خاصة، من دون سلب حقهما على تعديل الالتزامات أو وإنهائها إذا ما تراضوا على ذلك، لكن بشرط مراعاة الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية التعاقد والاشتراط في النظام القانوني.

ومبدأ حرية التعاقد يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها العقد إلا أن هذا الأخير تطور مفهومه بسبب تأثير النظام العام عليه، مما أدى إلى ظهور أنماط للتعاقد لم تكن معروفة لدى المتعاقدين سابقا، فتم تغليب الطابع العام للعقد عن طريق تدخل الدولة (المطلب الأول) ، كما تم تغليب الطابع الجماعي بحيث أصبح العقد لا يقتصر على أطرافه فقط وإنما يمتد إلى فئات أخرى تشاركهم في التعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تغليب الطابع العام كحيلة جديدة للتعاقد (1) LA PUBLICISATION DU CONTRAT

إن مبدأ حرية التعاقد وما ينتج عنه من نتائج، طرأت عليه تغيرات عميقة نتيجة تطور النظام العام حيث غيرت المجرى التقليدي الذي كان العقد يسلكه، ويكمن السبب في هذا التغيير إلى تدخل الدولة في كثير من المجالات سواء كانت اقتصادية، اجتماعية، ثقافية، إلى غير ذلك من المجالات.

فالسبب الاقتصادي من وراء هذا التغيير يتمثل في مختلف الاكتشافات العلمية، مما ترتب عليه زيادة في كمية الإنتاج، فأدى بهذه الفئة إلى اتصافها بالقوة مما جعل العقد

(1) – Jossierand Louise, " La publicisation du contrat ", Mélange Lambert, tome 03, recueil Edouard Lambert, paris, 1938, p 14.

الفردى يصاب بأزمة، أما السبب الاجتماعى فكان نتيجة للسبب الاقتصادى حيث أدى عدم المساواة بين الطرفين التى كانت من قبل ركيزة العقد، وقد زادت هونها بسبب ارتكاز الإنتاج فى أيدي الأفراد الممتلكين لرؤوس الأموال مما أدى إلى ظهور فئات ضعيفة جديدة بالحماية القانونية.

فأدى إلى اختلال ميزان العدل التبادلى وظهر الاحتكار وتركزت الملكية بكافة صورها فى يد فئة قليلة، واختفى مبدأ المساواة بين الأفراد، فمع تقدم الإنتاج الصناعى ظهرت شركات قوية برؤوس أموال كبيرة أدت إلى تفاوت اقتصادى واجتماعى وضعف ظاهر من ناحية الحرية التعاقدية، فبدلاً من أن تتحقق الحرية للطرفين أصبح أحدهما يفرض شروط العقد على الآخر، ومن ثمة أصبح العقد كأنه تعبير عن إرادة واحدة وليس عن إرادتين متساويتين نتيجة اختلال التوازن بين أطرافه.

واختلال التوازن واللامساواة فى العقد لا يقتصر على عقود العمل بل يمتد إلى العقود المبرمة ما بين المتدخل والمستهلك، فلم يعد ينظر إليها على أنها ظواهر فردية وإنما ظواهر اجتماعية لها أثرها على الاقتصاد، من أجل ذلك تدخلت الدولة من خلال فكرة النظام العام لتحديد المضمون العقدى، وتنظيم عقد العمل وقواعده.

ومن ثمة وجب تدخل المشرع لعمل موازنة ومواءمة بين هذه المصالح لرفع التعارض فيما بينها وإحلال التضامن محل التنارع ومن ثمة أصبح من الضرورى البحث عن كيفية التوفيق بين حرية المبادرة الخاصة وحماية الصالح العام من خلال عدم المساس بالقواعد التى أصبحت من النظام العام لتقرير هذه الحماية، كون حرية التعاقد تقنية فى يد المشرع يكرسها متى يشاء، ومن ثمة يمكن الحد منها استجابة لمتطلبات الاقتصاد وضرورة النمو الاجتماعى.

وقد ثبت عند تحديدها لمفهوم النظام العام أن هذا الأخير له دور وظيفى، فمرة يهدف إلى احترام القانون وهذه وظيفة استقرارية، ومرة يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وهذه وظيفة غائية كما يعمل على تحقيق العدل، فالتعاقد اليوم لم يعد مبنياً على الإرادة فقط، بل

على استعمال هذه الوسيلة التي نص عليها القانون مع وجوب احترامها لمقتضيات أسمى تتمثل في مقتضيات النظام العام، ليصبح هذا الأخير وسيلة في يد المشرع يستطيع من خلالها أن يفرض على أعضاء المجتمع سلوكا اجتماعيا وقانونيا معيناً، فلم يعد الشخص حراً في التعاقد أو رفض التعاقد، بل قد يمنع من إبرام بعض العقود، وتفرض عليه عقود أخرى جبراً، كما لم يعد الشخص حراً في اختيار كيفية إبرام العقد إذ هناك من العقود ما يجب إفراغها في شكل محدد مسبقاً، وإلا كان البطلان جزاء لها، ولم يعد الشخص أيضاً حراً في تحديد مضمون العقد وتوجيه إرادة المتعاقدين بما يضمن ويحقق العدالة التعاقدية وبالنتيجة عدالة وتوازن اجتماعي.

وعليه نستخلص أن النظام العام ورغم تعدد وتنوع وظائفه على مر التطور التاريخي إلا أن الوظيفة الأساسية التي اضطلع بها بامتياز على صعيد القانون الخاص الداخلي هي تهذيب مبدأ حرية التعاقد، وضبطه بما يخدم المصلحة العامة للمجتمع ويقضي على أنانية الفرد، فهناك ارتباط وثيق بين القانون والنظام العام يدفع بالمشرع إلى تحديد الملامح الرئيسية لمضمون النظام العام عن طريق تطويع العقد حسب أنواع النظام العام داخل المجتمع. فهذان العاملان أثرا في العقد تأثيراً عميقاً، فكان من نتيجة العامل الاقتصادي أن صبغ العقد بصبغة القانون العام وهذا ما يدعى بـ **عقود المصلحة العامة (الفرع الأول)** ، أما السبب الاجتماعي فقد أدى إلى تدخل المشرع لتحديد مضمون العقد بموجب نصوص أمرة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: اهتمام الدولة بالعقد خدمة للمصلحة العامة

تطرق المشرع لتعريف العقد في المادة 54 من القانون المدني: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما " ، فاهتم بتعريف العقد من حيث كونه منشأاً للالتزامات في ذمة المتعاقدين،

ومن ثمة اهتم بمرحلة الانعقاد أكثر من اهتمامه بمرحلة التنفيذ، كما أنه يميز بين العقد والاتفاق ويعتبر العقد نوعاً من الاتفاق.

ففكرة توافق الإرادات على إحداث أثر قانوني يؤكد المشرع من خلالها أن الإرادة هي جوهر وأساس العقد، وهي التي تحدد آثاره، بحيث تكون القواعد المنظمة للعقد غير متعلقة بالنظام العام، إلا أنه قيد من هذه الإرادة في مجالات معينة خدمة للمصلحة العامة تأثراً بقواعد النظام العام الاقتصادي⁽¹⁾.

فيعمل العقد على إنشاء التزامات بمجرد تطابق إرادة المتعاقدين مما يجعل هذا الالتزام ملزماً ومهما لكلا الطرفين، كون هذه الالتزامات نابعة من سلطان الإرادة، فهذا الأخير يعمل على إنشاء الالتزامات وتنفيذها وإزالتها، إلا أنه نظراً لمختلف التطورات التي شهدتها شتى الميادين أدى ذلك لتطور العقد ولم يعد يقتصر على المتعاقدين فقط، بحيث أصبح المشرع يتدخل في هذه العلاقة بوضعه ضوابط ضماناً لحرية التعاقد ولسلامة المتعاقدين⁽²⁾، خشية منه الإضرار بقواعد من النظام العام إذا ما تركه لحرية الأطراف المطلقة⁽³⁾.

وفي منتصف القرن العشرين تحت الأفكار الموجهة ازداد تدخل المشرع في العلاقات التعاقدية الفردية، بعد أن كانت هذه الأخيرة محصورة في ظل إرادة المتعاقدين فقط، لا مجال لتدخل المشرع إلا نادراً، ثم اتجه جانب من الفقه المدني إلى تطوير النظرية التعاقدية متأثراً في ذلك بالفكر الاشتراكي الذي يدعو إلى منع استغلال الطرف الضعيف بسبب التطورات

(1) - نساخ فطيمة، " مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة " ، المرجع السابق، ص 413.

(2) - العوجي مصطفى، " القانون المدني، الجزء الأول..... " ، المرجع السابق، ص 88-89.

(3) - عليان بوزيان، " دور فكرة النظام العام الاقتصادي في حماية المستهلك، دراسة مقارنة بمبادئ الفقه الإسلامي " ، مجلة الخلدونية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد 03، ماي 2009، ص 56.

التي طرأت على المجتمع⁽¹⁾.

فقد ترتب على هذا التدخل أن يفقد العقد جانبه الخاص ويتعمم، ويتجلى ذلك في صلب القانون الخاص بصيغة القانون العام بصورة واضحة لما ازدادت القيود التي تضعها الدولة على الحرية الاقتصادية، من خلال تنظيم الدولة للقوى الاقتصادية في إطار تعميم العقد.

فمن بين مظاهر عيمة العقد هي تدخل الدولة في توافق إرادتي الطرفين بواسطة الإذن (أولاً) ، وفي حالة اشتراط الترخيص الإداري (ثانياً).

أولاً- الإذن كشرط لقيام عقد التأمين

إن تدخل الدولة لتوحيد العقد سواء في الاقتصاد الحر أو الاقتصاد الموجه، أدى إلى اضمحلال سلطان الإرادة الفردية وتقييد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فأصبحت الدولة تسيطر على النظام الاقتصادي بمقتضى قواعد قانونية أمره فهي التي تهيمن على توزيع الثروات وتنظيم الإنتاج وتحدد أسعار السلع والأجور وإيجار المساكن والأراضي الزراعية وتوجيه تداول المنتجات مما أدى إلى اتساع دائرة النظام العام الاقتصادي إلى حد ملموس⁽²⁾ وعندما أخفق الاقتصاد الحر في تحقيق رخاء الإنسانية وازدهارها، أدى ذلك إلى ظهور أزمات متعاقبة واستغلال اقتصادي للمتعاقدين، فصار من المحتم أن تتدخل إرادة

(1) - تزايد حاجيات الإنسان العصري نظرا للتقدم العلمي والاجتماعي، تغير الإنتاج الذي لم يبق هم الحرفي بل تكفل به الأقوياء والأغنياء، تزايد التفاوت بين المنتج والعامل من جهة وبين المنتج والمستهلك من جهة أخرى، ظهور ظاهرة الأقوياء والضعفاء بخصوص الإيجار الفلاحي والسكني في القرى والأرياف، وقد ترتب على هذه الأوضاع رد فعل من قبل المعنيين أنفسهم، فتجمع الضعفاء للدفاع عن مصالحهم من خلال مفاوضات جماعية، ومن قبل الدولة التي تدخلت عن طريق القوانين لحماية الضعفاء، بالإضافة إلى ذلك يعد الفرد عضوا في المجتمع يتولى وظيفة اجتماعية، فيحمله المجتمع واجبات نحو غيره ويمنحه حقوقا تمكنه من العيش في الجماعة، فأصبح المجتمع هو مصدر حقوق الفرد وواجباته، وهذا على عكس ما كان يقول به المذهب الفردي، حيث كان يرى أن الفرد كائن مستقل بذاته، وأن إرادته هي مصدر حقوقه وواجباته، فيمقتضى هذا التصور الفكري الجديد يتحمل المتعاقد واجبات نحو المتعاقد الآخر، منها التعاون والنزاهة والنقطة، والنصح....إلخ.

(2) - Jossierand.Cf, " Le contrat forcé et le contrat légal " , paris, 1940, p 11.

المشرع لتوجيه النشاط الاقتصادي بدلا من ترك هذه الأخيرة بدون ضوابط، ووجد المشرع في فكرة معروفة له سلفا وسيلة قانونية يستند إليها في تبرير معالجة ما ينشأ في ميدان التعاقد من استغلال نتيجة عوامل اقتصادية وهذا في مجال النظام العام الاقتصادي⁽¹⁾، ليتوسع نطاق الحماية الذي كان مكرسا على أساس قواعد النظام العام الاقتصادي، ليتطور هذا المفهوم إلى الاقتصاد الموجه مما أدى ذلك إلى توجيه العقد، فتنبى سياسية الاقتصاد الموجه المجسدة في تدخل الدولة في توافق الإرادتين بحيث تحل إرادة الدولة محل إرادة طرفي العقد مما يؤدي إلى تقييدها⁽²⁾.

كان تأثير النظام العام الاقتصادي التوجيهي على العقد ظاهرا عن طريق تحقيق المصلحة العامة عبر قواعده، مما سمح للدولة بالتدخل في العلاقات العقدية، فنظمت بعض العقود كعقد العمل، عقد التأمين، عقد الاستهلاك، وما تدخل الدولة في إطار العلاقات العقدية إلا نتيجة تطور وظيفتها من الدور الحارس للقيم الهامة في المجتمع إلى الدور المتدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية تحقيقا للمصالح العام والمصلحة الخاصة للأفراد⁽³⁾، فأصبح توجيه الحرية التعاقدية بتقييدها أو تهذيبها أو تحديدها من خصائص تدخل الدولة الحديث⁽⁴⁾.

فهذا التدخل من قبل الدولة أدى إلى اتساع مجال النظام العام ولا يترك للأفراد الحرية في تحديد مضمون العقد مما يؤدي ذلك إلى تقييد الحرية التعاقدية، فلا تظهر في مثل هذه العقود إرادة المشرع صراحة بل يتم إيكال المهمة للسلطة المختصة في أن تراعي الظروف، فتمنح إرادة المتعاقدين القوة التعاقدية القانونية أو تمنعها من أن يكون لها هذه القوة وفقا لتقدير تلك السلطة التي تتدخل في العقد بصفتها طرفا ثالثا وهنا لا مجال لانفراد إرادة الطرفين بإبرام العقد، بل يشترك في ذلك إذن المشرع، والواقع أن الإدارة لا تمنح الإذن إلا

(1) - بوزيان عليان، المرجع السابق، ص 55.

(2) - François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, op.cit, p 352.

(3) - نساخ فطيمة، " مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة "، المرجع السابق، ص 417.

(4) - ميرني حنان، المرجع السابق، ص 11.

بعد التأكد من أن العقد مطابق للمصلحة العامة، مما يعد مظهرا من مظاهر ازدياد الطابع العام في العقود⁽¹⁾.

وتعتبر الرخصة الإدارية أو الإذن المسبق وسيلة وقائية درئية من شأنها حماية المجتمع ووقايته من الأضرار التي قد تصيبه فيما لو تركت النشاطات والحرية تمارس فقط في ظل مفهوم نظام القواعد القانونية العامة المجردة وفهم الأفراد لها، وتفسيرهم لمضمونها، وهي التي قد يعتريها شيء من النقص أو الغموض لا يمكن جبرهما إلا بتدخل طرف ثالث يتمثل في الإدارة بقراراتها التنظيمية والفردية⁽²⁾.

وتعتبر الرخصة الإدارية تصرفا قانونيا صادرا عن السلطة الإدارية، تسمح للدولة بالتدخل لرقابة نشاط الأفراد، فهذا الترخيص مرهون بتحقيق المصلحة العامة في جميع أحواله، كون الإدارة هي المكلفة في جميع أحوالها بتكليف الصالح العام وتعمل على تحقيقه فيما تصدره من قرارات⁽³⁾.

تنص المادة 01 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات⁽⁴⁾، على أن القانون الصادر يعتبر قانونا خاصا يهدف إلى تنظيم عقود التأمين وكذا بعض التأمينات الإلزامية ومسألة الرقابة، وتضيف المادة 625 من القانون المدني التي تنص على: " يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو

(1) - الكلابي حسين عبد الله، المرجع السابق، ص 120.

(2) - عزوي عبد الرحمن، " الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، الجزء الأول " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2007، ص 09.

(3) - فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 74-75.

(4) - المادة 01 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية العدد 13، المؤرخة في 08/03/1995، ص 03، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20/02/2006، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 12/03/2006، " مع مراعاة أحكام المواد 619 إلى 625 من القانون المدني، ينظم هذا الأمر الذي يعد قانونا خاصا في مفهوم المادة 620 من القانون المدني، نظام التأمينات، يشمل نظام التأمينات موضوع هذا الأمر: - عقد التأمين، - التأمينات الإلزامية، - تنظيم ومراقبة نشاط التأمين ".

لمصلحة المستفيد"، فمسألة الرقابة تؤكد الصفة التنظيمية لعقود التأمين والتي تركز في الحقيقة فكرة النظام العام في مجال عقد التأمين.

فتدخل المشرع في هذا الإطار لتنظيم عقود التأمين مرده التدخل لحماية هذه العقود من أشكال التحايل والتعسف التي قد تلجأ إليها شركات التأمين أو إعادة التأمين حماية للطرف الضعيف في عقد التأمين من عدم قدرته على التفاوض حول شروط العقد، ولهذا تدخل المشرع لضرورة فرض نظام عام خاص في مجال التأمين لفائدة الطرف الضعيف وتقييدا لحرية المؤمن في مجال وضع الشروط المناسبة لعقد التأمين كونه هو المبادر لإبرام العقد والمالك للخبرة الفنية في مجال التأمين⁽¹⁾.

فالنظام العام الحمائي أصبح هو المركز التشريعي في جميع عقود التأمين مما يؤكد صرامة النظام العام في مجال عقود التأمين والذي سيؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة الاقتصادية للدولة حتما من خلال المحافظة على شرعية العمليات التأمينية على مصالح المؤمن لهم، وقد تم إقرار الرقابة في مجال التأمين كآلية لفرض النظام العام.

فينبغي على شركات التأمين من أجل ممارسة نشاطها الحصول على ترخيص، بحيث لا يمكن لها ممارسة نشاطها بدونه⁽²⁾، وهذا الاعتماد الإداري يعد كرخصة إدارية مسبقة في يد السلطة الإدارية لضبط مشاركة المبادرات الخاصة ومساهمتها في تنفيذ سياسية اقتصادية معينة، وهذا بمنحها الحق والسلطة التقديرية الواسعة في اختيار معاونيها في هذه المهمة التي عرفت توسعا معتبرا تماشيا مع فلسفة الدولة التدخلية في شتى المجالات بما فيها الاقتصادية، كما يمنح فرصا أكثر لإنشاء المزيد من المؤسسات الخاصة الجديدة وتدعيم الموجودة منها، بمنحها المزيد من الحوافز والامتيازات، في مقابل ما تتمتع به الإدارة من

(1) - إرزيل الكاهنة، " خصوصية النظام العام في قطاع التأمين " ، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة " ، يومي 07-08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، ص 570.

(2) - Yvaine Buffelan-Lanore Virginie Larribau-Terneyre, op.cit, p 240.

سلطة تقديرية واسعة في مراقبتها، ووضع المزيد من الاشتراطات التي تراها مناسبة لأداء هذه المهمة بالنظر إلى الهامش الكبير من المناورة الذي يتركه لها المشرع⁽¹⁾.

فهذا الاعتماد يعد كرخصة مسبقة مشروطة لوجود هذه الهيئة، وفي بعض الأحيان يأخذ مظهر رخصة لممارسة نشاط محدد، وهذا ما ينطبق على شركات التأمين وإعادة التأمين، فلا يمكن لهذه الأخيرة أن تمارس نشاطها إلا بعد حصولها على الاعتماد طبقاً لنص المادة 204 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات⁽²⁾، كما حددت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المتعلق بتحديد شروط منح شركات التأمين و/أو إعادة التأمين الاعتماد وكيفيات منحه⁽³⁾، فهذا الترخيص أو الإذن هو وسيلة أو تقنية قانونية إدارية في يد السلطة الإدارية من أجل ممارسة بعض الأنشطة التي تستدعي الحصول على إذن مسبق من الإدارة المختصة حسب كل قطاع النشاط الذي تشرف عليه أو الموضوع الذي يتعلق به الترخيص الإداري.

فالجهة المختصة بمنح الترخيص الإداري هي الجهة الإدارية سواء كانت مركزية أو لامركزية إقليمية أو مرفقية مهما كان شكلها وزارة، بلدية، ولاية، دائرة، مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، كما يختص الوزير المكلف بالمالية بمنح الاعتماد لشركات التأمين، وإعادة التأمين باعتباره جهة إدارية مكلف بمنح الترخيص⁽⁴⁾.

(1) - عزوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 154.

(2) - المادة 204 التي تنص على أن: " لا يمكن لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين أن تمارس نشاطها إلا بعد الحصول على اعتماد من الوزير المكلف بالمالية بناء على الشروط المحددة في المادة 218 أدناه، لا يمكن أن تمارس سوى العمليات التي من أجلها " ، من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية العدد 32، السنة 13، المؤرخة في 08/03/1995، ص 27.

(3) - المادة 04 التي تنص على أن: " يطلب الاعتماد في الحالات الآتية: إنشاء شركة جديدة، اندماج شركات معتمدة أو انفصالها عن بعضها، ممارسة أصناف جديدة من التأمين "، من المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المتعلق بتحديد شروط منح شركات التأمين و/أو إعادة التأمين الاعتماد وكيفيات منحه، الجريدة الرسمية العدد 47، المؤرخة في 07/08/1996، ص 15.

(4) - عزوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 226.

فقد أكدت المادة 204 من الأمر المتعلق بالتأمينات⁽¹⁾، على صلاحية منح الوزير المكلف بالمالية الترخيص كونه يسهر على حماية المؤمن لهم كأطراف ضعيفة في عقد التأمين، وطبقا للمادة 218 من الأمر المتعلق بالتأمينات⁽²⁾، فإن الوزير المكلف بالمالية يمنح الاعتماد بعد إبداء المجلس الوطني للتأمينات رأيه والذي يعتبر هيئة رقابية استثنائية طبقا للمادة 274 من الأمر المتعلق بالتأمينات⁽³⁾، حيث يستشار المجلس في المسائل المتعلقة بوضعية نشاط التأمين، وإعادة التأمين وتنظيمه وتطويره، كما يشرف على المجلس الوطني للتأمينات الوزير المكلف بالمالية كرئيس له⁽⁴⁾، ويمكن للمجلس أن يشكل لجانا

(1) - المادة 204 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تنص على: " لا يمكن لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين أن تمارس نشاطها إلا بعد الحصول على اعتماد من الوزير المكلف بالمالية بناء على الشروط المحددة في المادة 2018 أدناه، لا يمكن أن تمارس سوى العمليات التي اعتمدت من أجلها ".

(2) - المادة 218 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدلة بموجب المادة 36 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20/02/2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 والتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 12/03/2006، ص 09، التي تنص على: " يسلم الاعتماد المنشأ بموجب المادة 204 أعلاه، بقرار من الوزير المكلف بالمالية بعد إبداء رأي المجلس الوطني للتأمينات، يمنح أو يرفض الاعتماد على أساس ملف يسمح بملاءمة شروط وإمكانية إنشاء الشركة ويسارها لاسيما المخطط التقديري للنشاط والوسائل التقنية والمالية اللازمة لذلك والمؤهلات المهنية مع مراعاة أحكام المادة 217 أعلاه، يجب أن يتضمن الاعتماد عملية التأمين و/أو عمليات التأمين التي أهلت الشركة لممارستها، يجب أن يكون رفض الاعتماد موضوع قرار مبرر قانونا يبلغ لطالب هذا الاعتماد، ويكون ذا القرار قابلا لطعن القضاة أمام الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا طبقا للتشريع المعمول به، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم ".

(3) - المادة 274 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تنص على: " يحدث جهاز استشاري يدعى المجلس الوطني للتأمينات، ويرأس هذا المجلس الوزير المكلف بالمالية، يستشار المجلس في المسائل المتعلقة بوضعية نشاط التأمين وإعادة التأمين وتنظيمه وتطويره، وينعقد بطلب من رئيسه أو أغلبية أعضائه، كما يمكن أن يعد المجلس مشاريع تمهيدية لنصوص تشريعية أو تنظيمية داخلية في مجال اختصاصه بتكليف من الوزير المكلف بالمالية أو بمبادرة منه " .

(4) - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 07-137 المؤرخ في 19/05/2007 المعدل والمتمم للمادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 95-339 المؤرخ في 30/10/1995، والمتضمن صلاحيات المجلس الوطني للتأمين وتكوينه وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد 33، المؤرخة في 20/05/2007، ص 07، التي تنص: " تمول الشركات ووسطاء التأمين المجلس الوطني للتأمين، يعد الكاتب مشروع ميزانيته ثم يعرضه لموافقة المجلس الوطني للتأمين ".

أهمها لجنة الاعتماد، التي تبدي رأيها في منح الاعتماد أو سحبه⁽¹⁾.

فاشترط الاعتماد لا ينصب على شركات التأمين وإعادة التأمين الجزائرية، بل يتعداه إلى فتح مكاتب تمثيل شركات التأمين أو إعادة التأمين في الجزائر، فهذا الترخيص يعد المبدأ المطبق مهما تغير شكل شركة التأمين، فهو يعد كتقنية رقابية⁽²⁾.

ولقد أكدت المادة 218 من الأمر المتعلق بالتأمينات على منح أو رفض الاعتماد من قبل الوزير المكلف بالمالية بعد تقديم الطلب إليه مرفقا بملف يشمل مجموعة من الوثائق نصت عليها المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 96-267⁽³⁾، وحتى يمنح الوزير المكلف بالمالية الاعتماد لشركات التأمين أو إعادة التأمين لممارسة نشاطها لا بد من توفر الشروط

(1) - المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 95-339 المؤرخ في 1995/10/30، والمتضمن صلاحيات المجلس الوطني للتأمين وتكوينه وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد 65، المؤرخة في 1995/10/31، ص 10، التي تنص: " تحدث في المجلس الوطني للتأمين لجنة تدعى " لجنة الاعتماد " ، يتمثل دورها في إعطاء رأيها في منح أي اعتماد أو سحبه، يمكن أن تضم هذه اللجنة في تشكيلتها أعضاء لا ينتمون إلى المجلس الوطني للتأمين، يحدد الوزير المكلف بالمالية بقرار تشكيل لجنة الاعتماد وتنظيمها وعملها " .

(2) - فاضل خديجة، " عيممة العقد "، المرجع السابق، ص 83.

(3) - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المؤرخ في 1996/08/03 المحدد لشروط منح شركات التأمين و/أو إعادة التأمين الاعتماد وكيفية منحه، الجريدة الرسمية العدد 47، المؤرخة في 1996/08/07، ص 16، التي تنص: " يجب أن يتضمن ملف الاعتماد الوثائق الآتية: طلب يوضح عملية أو عمليات التأمين التي تنوي الشركة ممارستها، والتي جاء تفصيلها في المرسوم التنفيذي رقم 95-338 المؤرخ في 1995/10/30 والمتعلق بإعادة قائمة عمليات التأمين وحصرها، محضر الجمعية العامة التأسيسية، نسخة من العقد التأسيسي للشركة، وثيقة تثبت تحرير رأس المال، نسخة من القانون الأساسي، قائمة المسيرين الرئيسيين، تبين الاسم واللقب والعنوان والجنسية، وتاريخ ومكان الميلاد، مصحوبة بالوثائق التي تثبت الكفاءة المهنية لدى هؤلاء المسيرين، مستخرج من صحيفة السوابق القضائية رقم 3 الخاص بكل واحد من المؤسسين المتصرفين والمسيرين الرئيسيين للشركة، يجب أن ترسل الوثائق المنصوص عليها في البنود 4 و5 و6 إلى إدارة الرقابة عندما يطرأ أي تغيير في حياة الشركة، نسخة من استمارات ووثائق التأمين المعدة للتوزيع على الجمهور أو للنشر فيما يخص كل عملية من عمليات التأمين التي طلب من أجلها الاعتماد، نسخة من التسعيرات الخاصة بكل عملية من عمليات التأمين التي طلب من أجلها الاعتماد، مخطط تقديري يتضمن الوثائق الآتية: بالنسبة للسنوات الثلاث الأولى، التقديرات المتعلقة بنفقات التسيير من غير نفقات التجهيز، لا سيما النفقات العامة وعمولات الوسطاء، التقديرات المتعلقة بالأقساط أو المساهمات وبالحوادث، الوضعية التقديرية للخزينة، التقديرات المتعلقة بالوسائل المالية الموجهة لتغطية الالتزامات، التقديرات المتعلقة بهامش القدرة على الوفاء التي يجب أن تتوفر لدى الشركة طبقا للتنظيم المعمول به، المبادئ الرئيسية التي تقترح الشركة اتباعها في مجال إعادة التأمين " .

القانونية المحددة في المادتين 217 و218 على التوالي من الأمر المتعلق بالتأمينات، وخاصة إمكانية إنشائها وبسارها وكذا المخطط التقديري للنشاط، والوسائل المالية اللازمة، إضافة إلى المؤهلات المهنية لمسيرى الشركة، كما لا يستطيع أن يؤسس ويدير شركات التأمين أو إعادة التأمين الأشخاص الثابتة إدانتهم بارتكاب جنحة يعاقب عليها بالقوانين الخاصة بعقوبات الاحتيال، أو ارتكاب جنحة إصدار شيك بدون رصيد أو عن إخفاء أشياء تم الحصول عليها بواسطة هذه الجنح، أو عن تصرفات غير مشرفة إبان الحرب التحريرية⁽¹⁾.

كما لا يستطيع أن يمارس التأمين من صدر في حقه حكما بالإفلاس، ولم يرد له الاعتبار، ويمنع أيضا من ممارسة نشاط التأمين كل من أدين لمخالفة نص تشريعي أو تنظيمي يتعلق بالتأمين، ووجب على طالب الاعتماد أن يوضح في طلبه عملية أو عمليات التأمين التي تنوي الشركة ممارستها، كما يتم إرسال ملفات الاعتماد إلى الوزير المكلف بالمالية⁽²⁾.

إن البت في منح الاعتماد يخضع للسلطة التقديرية للإدارة الممثلة في وزير المالية، أي يتم فحص ما إذا توفرت الشروط القانونية المذكورة أعلاه لممارسة نشاط التأمين والسلطة الممنوحة إلى الوزير المكلف بالمالية هي لضمان احترام التشريع والتنظيم المتعلقين بالتأمينات، وفي حالة توفر الشروط المحددة قانونا لقبول الاعتماد يتم تسليم هذا الأخير بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية بعد إبداء رأي المجلس الوطني للتأمينات سواء بالمنح أو بالرفض، ففي حالة منح الاعتماد تصبح الشركة مؤهلة قانونا لممارسة عمليات التأمين الذي انصب عليها الاعتماد، أما في حالة رفض منح هذا الأخير فيكون بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية، والذي يلزمه المشرع بتبريره وتبليغه لطالب الاعتماد عن

(1) - طبقا للمادة 217 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات.

(2) - طبقا للمادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المحدد لشروط منح شركات التأمين و/أو إعادة التأمين الاعتماد وكيفية منحها.

طريق البريد الموصى عليه مع وصل الاستلام⁽¹⁾، وهذا بغية عدم تفويت الفرصة على المعني بالأمر للطعن في هذا القرار أمام مجلس الدولة، لضمان حقوق طالب الرخصة.

إن تدخل الدولة في نشاط التأمين عن طريق الاعتماد أو الإذن أو الرخصة الإدارية المسبقة التي يتولى منحها الوزير المكلف بالمالية يمتد كذلك لشركات التأمين الأجنبية بالجزائر طبقا للمادة 204 مكرر 02 من الأمر المتعلق بالتأمينات⁽²⁾، إلى قبول لجنة الإشراف على التأمينات لتعيين أعضاء مجلس الإدارة والمسيرين الرئيسيين لشركات التأمين أو إعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية طبقا للمادة 204 مكرر 01 من الأمر المتعلق بالتأمينات⁽³⁾، وقد يفسر استعمال أدوات القانون العام كالا اعتماد والرخصة الإدارية المسبقة وتدخل الإدارة وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة على بقاء القانون العام في النشاط الخاص لاعتبارات تقتضيها حماية حقوق المؤمن لهم، وحماية الاقتصاد الوطني.

فشركات التأمين أو إعادة التأمين مهما اختلف شكلها أو تنوع اختصاصها فالمشرع يخضعها لرقابة الإدارة، وهنا يتبادر إلى الذهن سؤال مهم يتمثل فيم تكمن العلاقة بين الرخصة الإدارية الصادرة عن جهة إدارية وهي من وسائل القانون العام وبين العقد الذي يحكمه القانون الخاص؟.

تكمن الإجابة في كون أن عقد التأمين مكون من طرفين الأول متمثل في شركة التأمين وإعادة التأمين التي يشترط لإبرامها لعقد التأمين مع المؤمن له أن تحصل على

(1) - طبقا للمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المحدد لشروط منح شركات التأمين و/أو إعادة التأمين الاعتماد وكيفية منحه.

(2) - المادة 204 مكرر 02 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20/02/2006، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 25/01/1995، ص 06، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، التي تنص على: " يخضع فتح فروع لشركات التأمين الأجنبية بالجزائر إلى الحصول المسبق على رخصة يمنحها الوزير المكلف بالمالية، مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، تحدد كيفية تطبيق هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية ".

(3) - المادة 204 مكرر 01 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20/02/2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، " يخضع كل تعيين لأعضاء مجلس الإدارة والمسيرين الرئيسيين لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية إلى موافقة لجنة الإشراف على التأمينات المنصوص عليها في المادة 209 أذناه، تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم ".

ترخيص مسبق من الجهة الإدارية المختصة بمنح الترخيص لكي تتمكن من ممارسة نشاطها، وذلك لاعتبارات حمائية للمؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين، وبغرض الحفاظ على المصلحة العامة كما قلنا سابقا وحماية الاقتصاد الوطني من كل فوضى قد تنجر عن الوضعية المالية لشركات التأمين في حالة عسرها وعجزها عن تنفيذ التزاماتها تجاه المؤمن لهم، وهذا التدخل الإداري في مجال العقد ما هو إلا لوقاية الطرف الضعيف من المخاطر والأضرار المصاحبة لهذا النوع من العقود التي قد تضر الاقتصاد الوطني، وقد يفسر استعمال أدوات القانون العام كالاتماد والرخصة الإدارية المسبقة وتدخل الإدارة وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة على بقاء القانون العام في النشاط الخاص لاعتبارات تقتضيها حماية حقوق المؤمن لهم، وحماية الاقتصاد الوطني عن طريق تحقيق المصلحة العامة، كل ذلك يقتضي رقابة فعالة لا تكون إلا من خلال اللجوء إلى وسائل القانون العام، لمنع كل مجازفة بالمال العام أو المال الخاص، وما قد يترتب عنه من فوضى تضر المجتمع.

فتدخل الدول لبسط الرقابة على شركات التأمين يتجسد كذلك في ضمان مشروعية مصدر الأقساط التي يدفعها المؤمن لهم عند إبرام عقود التأمين وكذلك ضمان مشروعية مصدر الأموال التي أنشئت بها شركات التأمين والغرض من إنشائها كل ذلك في إطار حماية النظام العام الاقتصادي في مجال التأمين⁽¹⁾.

إلا أن ذلك قد يصطدم بتقييد الحرية التعاقدية في ممارسة نشاط التأمين وما يترتب عنه من أضرار نتيجة تأخر الإدارة في إصدارها لقرار منح الاعتماد من عدمه، فيصبح بذلك إبرام أو عدم إبرام عقد التأمين بين المؤمن والمؤمن له مرهونا بهذا الاعتماد، فالمشرع باشرطه لهذه الرخصة قيد من نطاق عقد التأمين وأخضعه لرقابة من شأنها تحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف في مثل هذا العقد، فهو بذلك يتدخل في هذه

(1) - بوعراب أرزقي، " الرقابة على عقود التأمين "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 12.

العقود بهدف تحقيق المصلحة العامة وعيمتها حفاظا على النظام العام الاقتصادي في الدولة.

فلما كان العقد عملا اجتماعيا دخلا في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية للأفراد سارع المشرع لتأطير الحرية الفردية وإحكام الرقابة على العقود منذ مرحلة تكوينها، ولعل في صورة النظام العام الاقتصادي الحمائي صورة حمائية لأحد أطراف العقد ضمانا للعدالة العقدية عن طريق تقييد الحرية العقدية.

ثانيا)- اشتراط الترخيص الإداري في عقد العمل

تقوم علاقة العمل بين العامل وصاحب العمل على الحرية العقدية، وتقييدا لمبدأ حرية التعاقد في إبرام عقد العمل، اشترط المشرع ترخيصا يتم السعي من خلاله إلى احترام الشروط التي حددها لممارسة النشاط المهني وذلك بتقييد الرخصة بموافقة إدارة العمل، وهذا فيما يخص شروط تشغيل العمال الأجانب بموجب القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب⁽¹⁾، بحيث منح هذا الأخير للإدارة دورا مهما وياتا وفعالا، فالمشرع أصبح يتدخل باسم المنفعة العامة والعدالة بهدف حماية الطرف الضعيف لاستكمال دور القاضي المحقق للعدالة⁽²⁾.

يجب على العامل الأجنبي أن يحصل على رخصة العمل المؤقتة وجواز العمل لكي يتمكن من شغل منصب عمل في الجزائر، بحيث تعد هذه الرخصة من النظام العام⁽³⁾،

(1)- القانون رقم 81-10 المؤرخ في 11/07/1981، المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 28، المؤرخة في 14/07/1981، ص 946.

(2)- زمام جمعة، " العدالة العقدية في القانون الجزائري " ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014، ص 280.

(3)- طبقا للمادة 02 من القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، التي تنص على: " مع مراعاة الأحكام المخالفة التي تنص عليها أية معاهدة أو اتفاقية أبرمتها الجزائر مع دولة أجنبية، يجب على كل أجنبي مقبل على ممارسة نشاط مدفوع الأجر بالجزائر، أن يكون حائزا جوازا أو رخصة للعمل المؤقت تسلمها المصالح المختصة التابعة للسلطة المكلفة بالعمل طبقا لأحكام هذا القانون " .

فالجبهة المختصة بمنح جواز العمل أو رخصة العمل المؤقتة هي مديرية التشغيل على مستوى الولاية كمصلحة خارجية للعمل⁽¹⁾، حيث تسهر على احترام وتطبيق التشريع والتنظيم في مجال توظيف الأجانب، وتضم مديرية التشغيل على مستوى الولاية عدة مصالح أهمها: مصلحة المحافظة على التشغيل وحركة اليد العاملة⁽²⁾.

وتتم معالجة الطلبات المتعلقة برخص العمل المؤقتة أو جواز العمل على مستوى مصلحة المحافظة على التشغيل، وحركة اليد العاملة تحت إشراف مدير مديرية التشغيل، يقتضي منح رخصة العمل، أو رخصة العمل المؤقتة للعمال الأجانب داخل التراب الوطني استيفاء شروط أهمها ما نصت عليه المادة 05 من القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، وهي: عدم إمكانية شغل المنصب المتوفر من قبل عامل جزائري، بحيث كرست هذا الشرط المادة 05 من القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، وأعدت ذكره المادة 21 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽³⁾، فيسعى المشرع من خلال فرضه لمثل هذا الشرط إعطاء الأولوية في التشغيل للجزائريين

(1) - طبقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 02-50 المؤرخ في 21/01/2002، المحدد للقواعد الخاصة بتنظيم مصالح التشغيل في الولاية وعملها، الجريدة الرسمية العدد 06، المؤرخة في 23/01/2002، ص 05، التي تنص على: " تقوم مديرية التشغيل في الولاية بتطوير جميع التدابير الرامية إلى تشجيع التشغيل وترقيته وبعثه، وتضعها حيز التنفيذ، وبهذه الصفة.....".

(2) - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 02-50 المحدد للقواعد الخاصة بتنظيم مصالح التشغيل في الولاية وعملها، التي تنص: " تضم مديرية التشغيل في الولاية من ثلاث (3) مصالح ما يأتي: - مصلحة ترقية التشغيل وتسيير سوق العمل، - مصلحة المحافظة على التشغيل وحركة اليد العاملة، - مصلحة الإدارة العامة والميزانية، تضم مديرية التشغيل في الولاية المنظمة في أربع (4) مصالح ما يأتي: - مصلحة ترقية التشغيل والإدماج المهني، - مصلحة تنظيم سوق العمل وتسييره، - مصلحة المحافظة على التشغيل وحركة اليد العاملة، - مصلحة الإدارة العامة والميزانية، تضم مديرية التشغيل في الولاية المنظمة في خمس (5) مصالح ما يأتي: - مصلحة ترقية التشغيل والإدماج المهني، - مصلحة تنظيم التشغيل وتسيير سوق العمل، - مصلحة الإحصائيات والتقييم والتلخيص، - مصلحة المحافظة على التشغيل وحركة اليد العاملة، - مصلحة الإدارة العامة والميزانية ".

(3) - المادة 21 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد 17، السنة 27، المؤرخة في 25/04/1990، ص 565، التي تنص: " يجوز للمستخدم توظيف العمال الأجانب عندما لا توجد يد عاملة وطنية مؤهلة، وحسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما ".

دون الأجانب، بغية تحقيق السياسة المنتهجة من قبل الدولة في التشغيل وامتصاص البطالة، ويقع لزاما على الهيئة المشغلة أن تتأكد لدى مصالح التشغيل من أن منصب العمل المراد تعيين عامل أجنبي فيه لا يمكن أن يشغله عامل جزائري⁽¹⁾.

جعل المشرع من هذا النص أمرا بحيث يجب على المستخدم قبل تشغيل العامل الأجنبي التأكد من عدم وجود يد عاملة وطنية لشغل هذا المنصب، كل هذا بهدف الحفاظ على اليد العاملة الوطنية التي تعد من أولويات النظام العام الاقتصادي.

كما يحظر على المستخدم تشغيل عمال أجانب لا يتمتعون بمستوى تأهيل يساوي على الأقل المستوى التقني، ويستثنى من هذا الحكم العمال الأجانب الذين أبرمت الدولة الجزائرية مع دولهم معاهدة أو اتفاقية وكذا اللاجئين السياسيين⁽²⁾.

ويجوز للوزير المكلف بالعمل أن يمنح ترخيصات خاصة عند الضرورة على أساس تقرير من مصالح العمل المختصة⁽³⁾، فيعتبر التأهيل المهني شرطا ضروريا لتسليم رخصة العمل دون تجاهل الشروط الأخرى.

فالسوق الموازي للشغل وضخامة المشاريع التي تبنتها الدولة، كذلك مع ظهور الاحتياجات الكبيرة في سوق الشغل إلى اليد العاملة ذات التأهيل، وفي نقص اليد العاملة الوطنية وانتظار تكوين وتأطير هذه الأخيرة، تبقى بعض المجالات مفتوحة للعمال الأجانب لاعتبارات المصلحة العامة، مما ينبغي إعادة النظر في محتوى هذا القانون لكي يصبح يتماشى والتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي طرأت على عالم الشغل في الجزائر في الآونة الأخيرة.

(1) - طبقا للمادة 07 من المرسوم رقم 510-82 المؤرخ في 1982/12/25، المحدد لكيفيات منح جواز أو رخصة العمل

المؤقت للعمال الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 56، المؤرخة في 1982/12/28، ص 3611.

(2) - طبقا للمادة 03 الفقرة 01 من القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب.

(3) - طبقا للمادة 03 الفقرة 02 من القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب.

بالإضافة إلى هذين الشرطين يستوجب على المستخدم إظهار الأسباب التي تبرر استخدام عامل أجنبي لا سيما الأسباب المتعلقة بمؤهلاته وشهاداته أو كفاءته المهنية، وكما يتضمن أيضا رأي ممثلي العمال، وذلك في إطار اللجنة الدائمة للمستخدمين والتكوين في ظل المؤسسة الاشتراكية⁽¹⁾، والتي يجب أن تحاط بكل الاعتبارات لتشغيل الأجانب، فلجنة المشاركة هي الجهاز الاستشاري الوحيد للمؤسسة منذ إصلاحات 1990 إلا أنها لا تتمتع بصلاحيات فيما يتعلق بتشغيل الأجانب⁽²⁾.

مع ضرورة إثبات توافر الشروط الصحية المطلوبة، بالإضافة إلى أن امتلاك رخصة العمل المؤقتة أو جواز العمل لا يعفي صاحبها من الشروط المطلوبة في الأجنبي لإقامته بالجزائر خاصة المتعلقة بالتأشيرة وبطاقة الإقامة، لكي يحق للأجنبي تقديم طلبه أمام الجهة الإدارية المختصة فيتمكن من تسليم جواز العمل، ورخصة العمل المؤقتة وتجديدهما.

ويتم تقديم مثل هذا الطلب أمام مصالح التشغيل المختصة إقليميا للمستخدم الذي ينوي تشغيل عامل أجنبي⁽³⁾، ويتم اتباع إجراءات تسليم هذه الرخصة طبقا للمادة 08⁽⁴⁾، بحيث ينبغي أن يتضمن طلب جواز العمل ملحقا يتضمن مجموعة من البيانات تتعلق بالعامل الأجنبي، وعند تقديم هذه الوثائق يتسلم مقدمها وصلا يثبت إيداعها، ويتم تبليغ القرار من مصالح التشغيل إلى هذه الهيئة المستخدمة في أجل أقصاه 45 يوما من تاريخ إيداع الطلب طبقا للمادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 82-510 المتعلق بكيفيات منح

(1) - المادة 09 من المرسوم رقم 74-253 المؤرخ في 28/12/1974، المتضمن تحديد كفاءات تأسيس وتسيير اللجان الدائمة للمستخدمين والتكوين وتحديد اختصاصاتها في المؤسسات الاشتراكية، الجريدة الرسمية العدد 02، المؤرخة في 07/01/1975، ص 14، التي تنص على: " يجب أن تحاط اللجنة الدائمة للمستخدمين والتكوين علما فيما يخص اليد العاملة الأجنبية بكل توظيف للأجانب تنوي المديرية القيام به وذلك قصد التأكيد من أن المناصب الشاغرة تتطلب تأهلا مهنيا عاليا لا يمكن في الظروف الراهنة أن يشغل من قبل عامل مواطن وكذا التأكيد من أن يشغل من عامل مواطن وكذا التأكيد من أن الشهادات والديبلومات التي يقدمها المترشح الأجنبي لذلك التأهيل هي ذات صبغة مهنية لائقة "

(2) - طبقا للمادة 06 من المرسوم رقم 82-510 المؤرخ في 25/12/1982، المحدد لكيفيات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 56، السنة 19، المؤرخة في 28/12/1982.

(3) - مرجع سابق.

(4) - من المرسوم رقم 82-510 المحدد لكيفيات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب.

جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب، ويعد السكوت بعد انقضاء مهلة 45 يوما بمثابة موافقة على الطلب بحيث يتم تسليم جواز العمل خلال 15 يوما التي تلي الموافقة ولا يمكن أن تتجاوز مدة جواز العمل سنتين⁽¹⁾.

وبالنسبة لتجديد جواز العمل فينبغي إرفاقه بنسخة من عقد العمل المصادق عليه ووثيقة جواز العمل المسلم سابقا بغرض طلب تجديدها، وتشتت المادة 13 أن يتم تقديم طلب تجديد جواز العمل قبل 45 يوما على الأقل من تاريخ انتهاء صلاحية هذه الوثيقة، فيسلم للعامل الأجنبي وصلا يسمح له بالاستمرار في عمله حتى تاريخ انتهاء صلاحية جواز العمل المودع⁽²⁾، ويتم تبليغ القرار المتخذ من قبل مصالح التشغيل إلى المستخدم أو العامل الأجنبي، أما فيما يخص تجديد رخصة العمل المؤقتة فيتم إيداع طلب تجديدها قبل 08 أيام على الأقل من تاريخ انتهاء صلاحية هذه الوثيقة مع ذكر الأسباب الداعية إلى طلب التجديد مصحوبة بتقرير معلل⁽³⁾.

فالجبهة الإدارية المختصة إقليميا لها سلطة في اتخاذ القرار الذي تراه مناسبا وفقا للشروط المحددة قانونا فيمكن لها تسليم الرخصة أو جواز العمل أو تجديدهما كما يحق لها أن ترفض تسليم الرخصة أو جواز العمل إلا أنه يلاحظ لم يتم تحديد الطرق والمواعيد التي ينبغي أن يسلكها المعنيون في القانون والتنظيم المتعلق بتشغيل العمال الأجانب، مما يدل على إمكانية لجوء المعني بالترخيص إلى أحكام القانون الإداري باعتبارها الشريعة العامة، بغرض التظلم أمام مصالح التشغيل التي أصدرت قرارا إداريا برفض منح الرخصة، أو جواز العمل في المدة المحددة قانونا مما يعد ذلك مرة أخرى تدخل القانون العام في علاقات العمل ذات الطابع الخاص، فهذه الرخصة الممنوحة تسمح للدولة بمراقبة العمال الأجانب، ولهذه

(1) - طبقا للمادة 10 من المرسوم رقم 82-510 المحدد لكيفيات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب، والمادة 10 من القانون رقم 81-10 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب.

(2) - طبقا للمادة 11 و 13 من المرسوم رقم 82-510 المحدد لكيفيات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب.

(3) - طبقا للمادة 17 الفقرة 01 المرسوم رقم 82-510 المحدد لكيفيات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب.

الرخصة هنا دور رقابي في يد الدولة لتنظيم سوق العمل وفقا للسياسة المنتهجة من قبل الدولة بغرض حماية اليد العاملة الوطنية من أن تطغى عليها اليد العاملة الأجنبية.

فالرخصة الإدارية وسيلة رقابية إذن على النشاط الفردي، فهي وسيلة من دونها يمارس هذا النشاط خارج إطار القانون الذي يهدف إلى إقامة النظام العام وحمايته، فتدخل السلطة العامة في العقد عن طريق الرخصة الإدارية المسبقة يؤدي إلى تراجع الحرية العقدية فإذا كان العقد وفقا للقواعد العامة ينتج آثاره بمجرد توافر أركانه فإن اشتراط الرخصة الإدارية لإبرام العقد يؤدي إلى جعلها قيда على تعبير الأفراد عن إرادتهم بحرية ولكن يؤدي ذلك إلى التعزيز من هذه الحرية أيضا خاصة بالنسبة للطرف الضعيف.

ومن هنا يثور التساؤل حول هذه الرخصة هل هي شرط لتكوين العقد؟

فطبقا للمادة 59 من القانون المدني التي تنص على: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل

الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "، فبمجرد تراضي المتعاقدين وتوفر أركان العقد ينعقد العقد⁽¹⁾، إلا أن تدخل السلطة العامة بفرض شكليات وإجراءات في العقد يهدف من ورائه لحماية النظام العام الاقتصادي.

والعقد هو اتفاق بين شخصين فأكثر على إحداث آثار قانونية في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، فتقييد آثار العقد بضرورة الحصول على رخصة معناه تقييد ممارسة النشاط بوضع إجراءات تفرضها السلطة العامة، وهنا يظهر المساس بالحرية العقدية، فاشتراط الرخصة لا يتعارض مع النظام العام بل يترجم هدف السلطة العامة الذي يقصد من وراء فرض مثل هذه الرخصة المحافظة على النظام العام، بحيث ينبغي مطابقة النشاط الممارس من قبل الأطراف للنظام العام⁽²⁾.

فلهذه الرخصة الإدارية المسبقة إذن وظيفة حامية للنظام العام الاقتصادي والحمائي، كونها تحطم بدون شك وحدة قواعد تكوين العقد التقليدية وتحول العقد إلى إجراء

(1) - توفيق فرج، " النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، القسم الثاني "، الدار الجامعية، مصر، 1993، ص 35.

(2) - فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 96.

عبر مراحل⁽¹⁾، فهذه التراخيص التي تمنحها الإدارة لممارسة نشاط معين والشروط التي تفرضها بغرض ممارسة نشاط ما ليست فقط لمراقبة النشاط وإنما لتوجيه الاستثمارات نحو مجالات معينة تساهم في تحقيق رفاهية الأفراد⁽²⁾.

إلا أنه بالعودة إلى نشأة العقد نرى أنه نابع من إرادة أطرافه ومن الالتزامات القانونية، ولهذا فالرخصة الإدارية أو الإذن أو الترخيص، ما هو إلا مجرد إجراء قانوني لا يرتقي إلى درجة الالتزام القانوني المكون للعقد الهدف منه مراقبة تصرفات الأفراد من قبل السلطة الإدارية المختصة وهذا ما يؤدي إلى تقييد إرادة الأطراف، فهذه الأخيرة لم تعد وحدها مصدرا للعقد وإنما يعد القانون كذلك مصدرا للعقد الذي كان من وراءه فرض مثل هذه الرقابة على الأفراد مما أدى لتضييق الحرية العقدية بهدف تعزيزها بين أطرافها ومن ثمة حماية النظام العام.

كما عمل المشرع على تقييد حرية صاحب العمل عن طريق إلزامه بالتصريح بالمناصب الشاغرة لدى وكالة التشغيل، فعمد المشرع لإنشاء الوكالة الوطنية للتشغيل بهدف وضع استراتيجية للتشغيل والاستفادة إلى أقصى حد من فرص العمل المتاحة أيا كان مكانها بغية الحد من تفاقم ظاهرة البطالة⁽³⁾.

ألزم المشرع الهيئات المستخدمة خاصة كانت أم عامة بتقديم عروض العمل لدى الوكالة بالمناصب الشاغرة لدى المؤسسة والشروط الواجب توافرها في المترشحين لهذه المناصب، كما يجب على الوكالة تلبية العروض المقدمة من قبل الهيئة المستخدمة في أجل

(1) -Durand Paul, " **Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat** ", revue trimestrielle de droit civil, numéro 02, paris, 1948, p 17.

(2) - نسيغة فصيل ودنش رياض، المرجع السابق، ص 177.

(3) - بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص 618.

أقصاه 21 يوما من تاريخ تسجيله، وفي حالة عدم تلبية العرض، يمكن للهيئة المستخدمة اللجوء إلى التشغيل المباشر مع إعلام الوكالة بذلك فوراً⁽¹⁾، فيلاحظ اليوم أنه أصبح يستخدم الإذن للحد من الحريات التعاقدية بغرض الحفاظ على النظام العام⁽²⁾.

الفرع الثاني: تدخل المشرع بنصوص أمرة لتحديد مضمون العقد

يعرف العقد على أنه تطابق إرادتين، فبمجرد تطابق هتتين الأخيرتين ينعقد العقد ويرتب آثاره من خلال ما اتفق عليه الطرفان⁽³⁾، فالمشرع اعتمد عند تعريفه للعقد في المادة 54 من القانون المدني على توافق إرادة الطرفين⁽⁴⁾، فالإرادة الفردية هي جوهر وأساس العقد كونها تسيطر على إنشاء العقد وتنظيم آثاره، فالقواعد المنظمة للعقد خاضعة للحرية العقدية⁽⁵⁾، إلا أنه قيد الإرادة في مجالات معينة تحقيقاً للمصلحة العامة تأثراً بقواعد النظام العام الاقتصادي.

ففي الأحوال التي تكون فيها الإرادة حرة تساهم في إبرام العقد، ولكن عندما يتدخل المشرع بنصوص قانونية أمرة تعمل على تحديد مضمون العقد مما يتوجب على المتعاقدين التقيد بها، فهذا التدخل من قبل المشرع ما هو إلا تقييد لحرية الأفراد بغرض تعزيز إرادة

(1) - طبقا للمواد 14 و 18 من القانون رقم 04-19 المؤرخ في 25/12/2004، المتعلق بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل، الجريدة الرسمية العدد 83، المؤرخة في 26/12/2004، ص 08، بحيث تنص المادة 14 على: " يجب على الوكالة الوطنية للتشغيل والبلديات والهيئات الخاصة المعتمدة المنصوص عليها في المواد 7 و 8 و 9 أعلاه، تلبية عرض التشغيل المقدم في أجل أقصاه واحد وعشرون (21) يوما بعد تسجيله، وفي حالة عدم تلبية العرض، يمكن المستخدم اللجوء إلى التوظيف المباشر مع إعلام هذه الوكالة بذلك فوراً "، أما المادة 18 فنصت على: " يجب على كل مستخدم أن يبلغ الوكالة المؤهلة أو البلدية أو الهيئة الخاصة المعتمدة بالمناصب الشاغرة لدى مؤسسته والتي يريد شغلها".

(2) - Farjat Gérard, " L'ordre public économique..... " , op.cit, p 45.

(3) - خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 31.

(4) - المادة 54 من القانون المدني: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ".

(5) - طبقا للمادة 106 من القانون المدني التي تنص على: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ".

الطرف الضعيف، وهذا ما يظهر في عقد العمل وعقد الاستهلاك وعقد الإيجار وعقد التأمين⁽¹⁾.

فهذه التقييدات قد ترد على العقد برمته من حيث مضمونه، أو قد ترد على جزئية من جزئياته كتحديد مدة العقد، ففي الحالة الأولى يعد المتعاقدان ملزمين بكل التفاصيل التي تولى المشرع تنظيمها، مثل تنظيم المشرع لعقد العمل بكامله كالأجور وساعات العمل وشروط السلامة الصحية والعطل والإجازات والضمان الاجتماعي، أما الحالة الثانية فيتم تقييد حرية المتعاقدين في جزئية من العقد، ففي هذه الحالة لا يجوز مثلا للمتعاقدين أن يحددا مدة تزيد عما يجيزه القانون⁽²⁾، وهذا ما نجده مكرسا في المادة 468 من القانون المدني: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث (3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث (3) سنوات، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك...." ، وكذلك الحكم الذي نص عليه المشرع في المادة 184 من القانون المدني: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه "، كذلك المادة 104 من القانون المدني التي تنص على: " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله "، فكما يقول العميد ريبار RIPERT العقد في الوقت المعاصر يظهر كأنه خضوع الأطراف إلى مجموع القواعد الإجبارية المكرسة

(1) - نساخ فطيمة، " الوظيفة الاجتماعية...." ، المرجع السابق، ص 38.

(2) - بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسين، " موضوعية الإرادة، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية " ، بحث مقدم لكلية القانون جامعة الموصل، فرع القانون الخاص، العراق، بدون سنة، ص 28.

قانوناً⁽¹⁾، فالمشرع بتدخله في العقد ضيق الخناق على المتعاقدين، والسبب يكمن في تحقيق المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف الذي يقابله طرف قوي يتمتع بوضع اقتصادي متفوق يستغله لفرض شروط لا تتلاءم ومصالح الطرف الضعيف.

وهذا ما يقودنا إلى طرح التساؤل هل العقد أصبح فعلاً يحكمه سلطان الإرادة أم إرادة السلطان؟

للإجابة على هذا التساؤل يظهر ذلك من خلال التدخل التشريعي لتنظيم العقد بنصوص أمرة حيث أدى ذلك إلى تقلص سلطان الإرادة كمصدر للالتزام العقدي، إلا أن ذلك لا يمس جوهر العقد الذي يقوم على حرية التعاقد واعتبار الرضا عنصراً أساسياً في العقد فمن الإرادة ينبثق الالتزام وتحدد معالمه وموضوعه وشروطه وآجاله وطرق تنفيذه⁽²⁾. إلا أنه وحسب رأينا لما نكون في حالة العقود المتعلقة بمصالح أعلى من مصالح الأفراد وتمس بالنظام العام خاصة إذا تطلب الأمر إيجاد حماية خاصة للطرف الضعيف فيها، فإن إرادة السلطان أي المشرع هي التي تغطي على سلطان الفرد مما يؤدي إلى حصر هذه الأخيرة في حدود معينة من قبل المشرع وتخضعها لضوابط تتعلق بالنظام العام، فإرادة المشرع تضع حداً لسلطان الإرادة بهدف المحافظة على هذه الأخيرة لدى من ليس له القدرة الكافية لحفظها من الانتقاص غير المشروع منها.

كما يتدخل المشرع لتقييد حرية المتعاقدين في تحديد مضمون العقد بهدف تحقيق التوازن بينهما نظراً لما أدت الظروف الاقتصادية إلى اختلاله، مثل وضع حد أقصى لأثمان بعض السلع بهدف حماية المستهلك، وتنظيم عقد العمل بالطريقة التي تكفل حصول العامل على حقوقه وحمايته من تعسف صاحب العمل⁽³⁾.

(1) – Ghestin Jaques, " **Traité de droit civil...**", op.cit, p 129.

(2) – العوجي مصطفى، " الجزء الأول....."، المرجع السابق، ص 117.

(3) – محمد حسين منصور، " مصادر الالتزام....."، المرجع السابق، ص 50.

فيعد أسلوب العقد المنظم ضماناً للفرد المقبل على التعاقد، فما عليه إلا أن يطيع التنظيم الموضوع للتعاقد حتى يكون على بينة بمصير تعاقد، بحيث يتم تنظيم العقد بسن نصوص ذات طابع أمر متعلقة بالنظام العام، مما يؤدي إلى التضييق من حرية التعاقد، بحيث ينصب التنظيم على محل العقد لما تكون الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها بتاتا أو إلا بشروط معينة، بحيث تحرم الدولة بيع هذه الأشياء أو تضع شروطا معينة لإمكان التعامل فيها، كما قد ينصب التنظيم على السعر بحيث لا يترك للمتعاقدين الحرية في تحديد مقداره في تعاقدتهما⁽¹⁾.

فالمشرع أصبح اليوم يتدخل في تحديد السعر بحيث يمنح الحق للدولة بالتدخل لتحديد أسعار المواد الاستهلاكية قصد مواجهة ظاهرة المضاربة على الأسعار والتلاعب بها، بغية تحقيق المصلحة الاقتصادية العامة والعدل التوزيعي، مما يؤدي إلى فقدان الأسعار المحددة من كل معنى تعاقدية كونها لم تعد تصارع العرض والطلب بل صارت من بين اهتمامات السياسة الاقتصادية للدولة⁽²⁾.

معنى ذلك عند إبرام الطرفين للعقد وإدراج السعر الذي حدده القانون لا ينبغي الخروج عن هذا التحديد القانوني للسعر، فكل إتفاق على سعر أزيد من ذلك المحدد في القانون يعد اتفاقا مخالفا لهذا الأخير ومن ثمة مخالفا للنظام العام الاقتصادي مما يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

فيعد أسلوب العقد المنظم الأكثر ضمانا للفرد الذي يريد التعاقد، فما عليه إلا أن يطيع التنظيم الموضوع للتعاقد حتى يكون في مقدوره العلم بمصير تعاقد، بحيث تكون جميع النصوص المنظمة للتعاقد آمرة متعلقة بالنظام العام، مثل عقد الاستهلاك وعقد العمل بحيث تضيق الخناق على حرية المتعاقدين ولا يبقى أمام المتعاقدين إلا القبول أو الامتناع

(1) - الكلابي حسين عبد الله، المرجع السابق، ص 121-122.

(2) - بوخاري لطيفة، " تدخل الدولة في تحديد الأسعار وآثاره على المنافسة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة وهران، 2013، ص 71-72.

عن الإبرام⁽¹⁾، وفي إطار تنظيم العملية العقدية قد يمنع المشرع طائفة من الأشخاص من التعامل في بعض السلع، كما قد يمنع شخصا معينا من احتكار التعاقد على سلعة معينة⁽²⁾. فنجد النظام العام التقليدي بأنه سلبي، ويمنع بعض العقود سواء لمحلها أو لهدفها لعدم مشروعيتها أو لغير أخلاقيته، ومع تطور مفهوم النظام العام تم استعمال المنع لضمان احترام النظام العام الاقتصادي التوجيهي والحماي⁽³⁾.

والملاحظ أنه إذا تدخل المشرع اليوم في تحديد السعر لم يعد كدأبه في الماضي، يبتغي تحقيق العدل التبادلي للمتعاقدين، وإنما يبتغي تحقيق المصلحة الاقتصادية العامة والعدل التوزيعي⁽⁴⁾.

كما قد ينصب تنظيم العقد على شخص المتعاقد، فلا يكون المتعاقد حرا في اختيار من يريد التعاقد معه، إذ يجب عليه أن يتعاقد مع الشخص الذي تعينه له السلطة العامة، وهذا ما يظهر من خلال منح حق الشفعة للأشخاص المحددين كشريك في مال شائع في حالة ما إذا باعها شريك غيره لأجنبي⁽⁵⁾، أي يحق للشريك على الشيوع من استرداد الحصة المباعة إذا توفرت شروط الشفعة المنصوص عليها قانونا.

ورغم زوال مرحلة التوجيه وظهور الحرية التي بدأ تكريسها ابتداء من دستور 1989 و1996 وحتى تعديل 2016، والتي تمت ترجمتها في مبدأ حرية الاستثمار والتجارة طبقا

(1)- Ghestin Jaques, " **Traité de droit civil**,..... ", op.cit, p 123-124.

(2)- الكلابي حسين عبد الله، المرجع السابق، ص 124.

(3)- Ghestin Jacques, op.cit, p 123.

(4)- سيتم التفصيل في هذه النقطة في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

(5) - طبقا للمادة 721 من القانون المدني: " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار، أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه، وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته"، والمادة 795 من القانون المدني: " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية: - لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، - للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، - لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ".

للمادة 43 في تعديل الدستور في 2016، إلى أن وصلت لحماية الحقوق دستوريا، بحيث حرية الاستثمار والتجارة محمية دستوريا، كما تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجيع على إزدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية، كما تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين، كما يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة.

إلا أنه تارة يعمل المشرع على تقييدها بحيث تم تكريس حرية الاستثمار طبقا للمادة 03 من القانون رقم 09-16 المتعلق بتطوير الاستثمار⁽¹⁾، فتم المساس بحرية اختيار المتعاقد كونه تم تحديد المتعاقد المتمثل في الدولة أو المؤسسات العمومية الاقتصادية بأن تكون له الأفضلية بموجب حق الشفعة عن كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب⁽²⁾.

(1) - القانون رقم 09-16 المؤرخ في 03/08/2016، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 03/08/2016، ص 18، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 13-18 المؤرخ في 11/07/2018، المتضمن قانون المالية التكميلي، الجريدة الرسمية العدد 42، المؤرخة في 15/07/2018، ص 07، بحيث المادة 05 من قانون المالية التكميلي لسنة 2018 تعدل المادة 08 من القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار.

(2) - المادة 62 من الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22/07/2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 26/07/2009 يتم الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم بالمواد 4 مكرر 1، و 4 مكرر 2، و 4 مكرر 3، بحيث تنص: " يتم الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 08/20/2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم بالمواد 4 مكرر 1 و 4 مكرر 2 و 4 مكرر 3 وتحرر كما يأتي: المادة 4 مكرر 1: يجب على الاستثمارات الأجنبية المنجزة بالشراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية، أن تستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 04 مكرر أعلاه، كما تطبق هذه الأحكام في حالة فتح رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية على المساهمة الأجنبية، تحدد كفاءات تطبيق هذه الأحكام في حالة فتح رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية على المساهمة الأجنبية، تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة، عند الحاجة عن طريق التنظيم، المادة 4 مكرر 2: لا يمكن تحقيق الاستثمارات المنجزة من طرف الجزائريين المقيمين بالشراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية إلا في إطار مساهمة دنيا من هذه المؤسسات، تعادل أو تفوق 34% من رأس المال الاجتماعي، كما تطبق هذه الأحكام، في حالة فتح رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية على مساهمة الجزائري المقيم، عند انقضاء مدة الخمس (5) سنوات وبعد التحقق الفعلي من استيفاء جميع الالتزامات المكتتبه، يمكن المساهم الجزائري أن يرفع لدى مجلس مساهمات الدولة، طلب إمكانية شراء الأسهم التي تكون في حوزة المؤسسات العمومية الاقتصادية، وفي حالة مصادقة المجلس، يتم التنازل حسب السعر المتفق عليه مسبقا في ميثاق المساهمين أو حسب السعر الذي يحدده المجلس، تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة، عند الانقضاء عن طريق التنظيم، المادة 5 مكرر 3: تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على

فإقرار المشرع لحق الشفعة للدولة أو للمؤسسات العمومية كان الهدف من ورائه حماية الاقتصاد الوطني تحت ظل النظام العام، فهذا التقييد يعد ضرورة اقتصادية وحمائية للبيد العاملة في ظل الاستثمار.

كما يلاحظ استحواد الدولة على ممارستها لحق الشفعة على الأملاك العقارية الفلاحية الخاصة، حيث تعد الأراضي الفلاحية ذات أهمية اقتصادية، وذات وظيفة اجتماعية إلا أن عدم استثمار الأراضي التابعة للأملاك الخاصة خلال موسمين فلاحين متعاقبين طبقاً للمادتين 48 و 49 من القانون المتعلق بالتوجيه العقاري⁽¹⁾، يمنح للدولة والجماعات المحلية الحق في شراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة طبقاً للمادة 52 من القانون المتعلق بالتوجيه العقاري، وهذا بعد إنذار المستثمر باستثمار الأرض، وانقضاء مدة سنة تسري من تاريخ الإنذار طبقاً للمادة 51 من القانون رقم 90-25، ويلاحظ أن إقرار المشرع حق الشفعة للدولة في العقار الفلاحي يهدف إلى الحفاظ على الأراضي الفلاحية سواء أكانت تابعة للأملاك الخاصة أم تابعة للدولة من خلال استغلالها وعدم تحويل وجهتها الفلاحية وذلك مراعاة لوظيفتها الاجتماعية والاقتصادية تحت مسمى النظام العام.

بحيث يخول للدولة حق الشفعة الأولوية في المرتبة على جميع الشفعاء طبقاً للمادة 71 من قانون التوجيه العقاري، كل هذا بهدف منع المضاربة على العقار، والمحافظة على النسيج العمراني تحقيقاً للمصلحة العامة باسم النظام العام.

كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب، ويمارس حق الشفعة طبقاً لأحكام قانون التسجيل، تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عند الحاجة عن طريق التنظيم".
(1) - القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 18/11/1990، ص 1560.

وهذا ما كرسه المشرع عند حظره للقروض الاستهلاكية⁽¹⁾، حماية منه للاقتصاد الوطني من التقلبات الناجمة عن الأزمة المالية التي تشهدها البلاد في تلك الآونة، في حين يرخص لها إبرام عقود القروض العقارية، إلا أنه تراجع على هذا الحظر بحيث سمح للبنوك بمنح قروض استهلاكية موجهة فقط لاقتناء السلع من طرف العائلات في إطار تنمية الأنشطة الاقتصادية⁽²⁾، فرجع هذا الحظر على القروض الاستهلاكية كان الهدف من ورائه إنعاش الاقتصاد الوطني، كون هذه القروض تعتبر تقنية لزيادة النمو الاقتصادي، وإشباع حاجات العائلات من السلع.

كما يمنع المشرع عقود الغرر التي تنصب على القمار والرهان طبقا للمادة 612 الفقرة 01 من القانون المدني، إلا أن هذا المبدأ استثنى منه الرهان الخاص بالمسابقة، والرهان الرياضي الجزائري طبقا للمادة 612 الفقرة 02 من القانون المدني⁽³⁾، كما أن ممارسة الرهان محتكر على المؤسسات العمومية ومحظورة على أشخاص القانون الخاص، بهدف تسهيل الرقابة الممارسة من قبل الدولة على هذا النشاط، ويكمن السبب في منع أشخاص القانون الخاص من ممارسة مثل هذا النشاط كون القمار والرهان من بين الأنشطة التي تخالف النظام العام والآداب العامة.

كما يمنع المشرع على بعض الأشخاص التعاقد كالقضاة، والمساعدين القضائيين، والمحامين، والموثقين، وكتاب الضبط أن يشترروا حقا متنازعا فيه بأنفسهم أو باسم مستعار

(1) - المادة 75 من الأمر رقم 09-01، المؤرخ في 2009/07/22، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 2009/07/26، ص 16، التي تنص على: " لا يرخص للبنوك بمنح القروض للأفراد إلا في إطار القروض العقارية، تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عند الحاجة عن طريق التنظيم ".

(2) - المادة 88 تعدل وتم المادة 75 من الأمر رقم 09-01، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بموجب القانون رقم 14-10 المؤرخ في 2014/12/30، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، الجريدة الرسمية العدد 78، المؤرخة في 2014/12/31، ص 32، التي تنص على: " يرخص للبنوك بمنح قروض استهلاكية موجهة حصريا لاقتناء السلع من طرف العائلات، فضلا عن تلك التي تمنحها لاقتناء العقارات، وذلك في إطار تنمية الأنشطة الاقتصادية، تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم ".

(3) - المادة 612 من القانون المدني التي تنص: " يحظر القمار والرهان، غير أن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لا تطبق على الرهان الخاص بالمسابقة والرهان الرياضي الجزائري ".

ويكون هذا النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها⁽¹⁾، كما لا يجوز لنائب أحد المتعاقدين أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ما كلف ببيعه⁽²⁾، فالجزاء المترتب عن المنع هو بطلان العقد وغالبا ما يصاحب المشرع المنع بعقوبات جزائية.

فتدخل المشرع لتنظيم العقد بنصوص أمرة بحيث أصبح يسمى بالعقد الموجه *contrat dirigé*، وأصبح ينظر إلى هذه الظاهرة على أنها تمثل أزمة العقد *crise de contrat*، وأنه أدت إلى سقوط هبة العقد وإلى انحلال النظرية العقدية قول غير سديد، كون هذا التدخل ما هو إلا تماشيا مع فكرة النظام العام الاقتصادي بفرعيه الحمائي والتوجيهي، كون المشرع يهدف من خلال هذا التدخل لعدم الخروج عن فكرة النظام العام، وهذا ما أدى إلى تعميم العقد حيث يطغى جانبه التنظيمي على جانبه الفردي، مما يمثل مظهر من مظاهر تدخل القانون العام في مجال القانون الخاص.

فحسب رأينا يعد النظام العام الاقتصادي المجال المهيمن والمسيطر على التصرفات القانونية، بسبب تدخل الدولة بواسطة مجموعة القواعد الإلزامية التي تنظم العلاقات التعاقدية، وهذا هو التصور الحديث للنظام العام، لأن الحرية التعاقدية أصبحت تستعمل بطريقة تعسفية، إلا أن هناك تفاوتاً بين النظام العام الاقتصادي التوجيهي والحمائي، حيث يرمي الأول إلى تقنية تعتمدها الدولة لتحقيق أهداف الاقتصاد الوطني بتنظيم عقود لا يجب أن تتعارض مع تلك الأهداف، وبهذا سيقترب من المفهوم الكلاسيكي للنظام العام التقليدي

(1) - المادة 402 من القانون المدني: " لا يجوز للقضاة، و لا للمدافعين القضائيين، ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً ."

(2) - المادة 410 من القانون المدني: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية، مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى ."

كونه يقوم على تحقيق المصلحة العامة، بينما الثاني يهدف إلى حماية فئات أصبحت جديرة بالحماية القانونية.

فالمشرع يتدخل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية حتى في صياغة العقد حيث يحدد بعض العناصر التي يجب إدراجها في العقد مثل ما ورد في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁽¹⁾، المتعلقة بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع والخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع، كما يتدخل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية من خلال توجيه مرحلة تنفيذ العقد طبقا للمادة 34 الفقرة 02 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁽²⁾، التي نصت على: "...يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضوريا في نفس مكتب التوثيق، قصد معاينة الحياة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقي العقاري طبقا للالتزامات التعاقدية"، وتناديا لأي نزاع حول تنفيذ العقد أكد المشرع في المادة 38 من القانون رقم 11-04 على إمكانية مراجعة الأسعار وعلى الكيفيات التي تتم بها هذه المراجعة.

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان

الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية العدد 56، المؤرخة في 11/09/2006، ص 16.

(2) - القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17/02/2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011، ص 04.

المطلب الثاني: جميعة العقد كسبيل لتجسيد المساواة العقدية SOCIALISTION DU

(1) CONTRAT

يلاحظ أنه بمجرد تدخل المشرع في العقد أصبح يتغير تصور العقد، فاننتقل من التصور الفردي إلى التصور الجماعي، فأصبح ينظر إليه على أنه وسيلة جماعية لا تهم المتعاقدين وحدهما بل الجماعة بأسرها، مما يستدعي فرض مجموعة من النصوص التشريعية المناسبة للفئات الاجتماعية الضعيفة⁽²⁾.

فيقصد بإضفاء الطابع الجماعي للعقد وفقا لبعض الفقهاء جعل القانون أشمل وأوسع بحيث يمتد إلى القوي والضعيف، أي وضع القانون لمصلحتهم كون أطراف العقد جماعة، فجماعية الإنتاج لم يعد يناسبها أن أطراف العقد أفرادا، بل تستدعي إبرام العقد بين الجماعات، جماعات العمال وجماعات أصحاب العمل في الاتفاقات الجماعية للعمل الأمر الذي جعل العقد يتخذ الطابع الجماعي كونه يبرم عن طريق نقابات العمال، فتحل الجماعة محل الفرد في التعاقد فيلتزم العامل بما تم التعاقد عليه⁽³⁾.

وبما أن العقد يعد أحد ركائز القانون الخاص الذي دعي إلى تغليب الطابع الجماعي فيه، وذلك بالخروج به من نزعته الفردية التقليدية إلى نزعة اجتماعية جديدة والنظر إليه كوسيلة للحياة في الجماعة وأنه واقعة جماعية لا تهم المتعاقدين وحدهما بل تهم الجماعة بأسرها، وهو بهذا الوصف يجب أن يندرج في البيئة الاجتماعية وأن ينطوي تحت لوائها ويخضع لقانونها.

فمن هنا ظهرت فكرة العقد الجماعي الذي تتولى النقابة مهمة إبرامه مع رب العمل، فبدل من أن تتدخل الحكومة في كل قطاع من قطاعات العمل لتحديد شروط وأجر العامل بما يضمن عدم استغلال رب العمل له، تترك هذه المهمة لنقابة العمال لمناقشة شروط عقد

(1) - مصطلح جماعية العقد هو تعريف للمصطلح الفرنسي socialisation du contrat ، فجماعية العقد لا تتحقق إلا بإخضاع الإرادات الفردية والعقود الفردية لمصلحة الجماعة، فلا يجوز لهذه الأخيرة مخالفة هذه المصلحة.

(2) - Farjat Gérard, " L'ordre public..... " , op.cit, p 87.

(3) - الكلابي حسين عبد الله، المرجع السابق، ص 132.

العمل مع رب العمل، فيمكن القول أن عقد العمل هو مجرد وسيلة من وسائل النظام العام الحمائي لمنع استغلال العامل الذي يتصف بالضعف.

فتعتبر اتفاقية العمل الجماعية من بين سبل التفاوض الجماعي (الفرع الأول) ، كما أن الهدف الذي تسعى لتحقيقه هذه الاتفاقية يتمثل في المحافظة على المصلحة الاجتماعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاقية الجماعية ثمرة تفاوض جماعي

إن المفهوم التقليدي للعقد تغير كونه أصبح وسيلة للتضامن الاجتماعي، بحيث يبرم اليوم تحت سلطان الضرورات الاجتماعية، فيعد كأبرز مثال على جماعية العقد هو عقد العمل الذي طوعته هذه الفكرة وجعلت منه نظاما يستهدف تحقيق أغراض اجتماعية عن طريق ما يسمى عقد العمل الجماعي CONTRAT DE TRAVAIL COLLECTIF المجسدة في شكل الاتفاقيات الجماعية CONVENTIONS COLLECTIVES، بحيث يعد إجراء وقائياً يقصد منه منع استغلال صاحب العمل القوي للعامل الضعيف، فتم تعريف هذه الاتفاقيات في المادة 114 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل على أنها: " الاتفاقية الاتفاق مكتوب يتضمن شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية، وتبرم داخل الهيئة المستخدمة الواحدة بين المستخدم والممثلين النقابيين للعمال، كما تبرم بين مجموعة مستخدمين أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للمستخدمين من ناحية، أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للعمال، من ناحية أخرى، تحدد شروط تمثيلية الأطراف المشاركة في التفاوض بموجب القانون المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي " .

فمن خلال هذا التعريف الذي يستقى منه اتفاقية العمل الجماعية هي عقد يقتضي توافق إرادات نقابات العمال من ناحية، وأرباب العمل من ناحية أخرى، أضف إلى ذلك امتياز الاتفاق بالخاصية الجماعية من جانب العمال، معنى ذلك الانتقال من الفردية إلى

العقد الجماعي، واتفاقية العمل الجماعية هي عقد يتم بين أطراف لها مصالح متناقضة، كالاتفاقات التي تتم بين النقابات وأرباب العمل، وتتصرف آثارها إلى كل العمال بما فيهم أولئك الذين لم يرضوا بمضمونه⁽¹⁾.

ويلاحظ على المادة 114 من القانون رقم 90-11، أن الصبغة الجماعية التي تميز اتفاقية العمل الجماعية، وتبرم داخل الهيئة المستخدمة بين المستخدم والممثلين النقابيين للعمال، كما تبرم بين مجموعة مستخدمين أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للمستخدمين، من ناحية، أو تنظيم أو عدة تنظيمات نقابية تمثيلية للعمال، من ناحية أخرى. فهذه الاتفاقيات الجماعية تحمل في طياتها حماية للعامل الضعيف مقارنة برب العمل، كونها تعد من أهم الجوانب التي تسمح للعامل بالمشاركة وتحديد القواعد المطبقة على عقد العمل، كما لها دور مهم في تمكين العامل بالتعرف بكل موضوعية على القوانين والتنظيمات التي تحكم علاقات العمل⁽²⁾.

إلا أن المشكل المطروح هو تجاهل القانون المدني للمظاهر الجماعية للتنظيم الاجتماعي، كون الاتفاقية الجماعية تركز المصلحة الجماعية، وتسعى إلى تحقيق التوازن العقدي، إذن هذا لا يمنع من انصراف آثارها إلى أشخاص لم ينضموا إليها، أو حتى لم يرضوا بها، مما يمس ذلك بمبدأ الأثر النسبي للعقد.

ويلاحظ هنا أنه مهما اختلف التكيف القانوني لاتفاقية العمل الجماعية باعتبارها عقدا في إبرامها تقوم نقابة العمال بإبرامه نيابة عنهم بمقتضى وكالة أو تفويض ضمني يقوم بمجرد انضمام العامل إلى النقابة، وواضحة في آثارها كونها صادرة عن توافق إرادات

(1) - فيلالي علي، "الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 77.

(2) -Yacoub Zina, " Ordre public social en droit algérien du travail entre protection des salariés et flexibilité des relations de travail ", colloque international sur " Le changement dans l'idée de l'ordre public: de l'ordre public au Règlement général" , le 07,08/05/2015, Revue Académique pour la recherche juridique, un numéro spécial en 2015, l'Université de Abdel-Rahman Mira, Bejaïa, Faculté de droit et sciences politiques, p 645.

خاصة في المهنة يخضع له كل أعضائها⁽¹⁾، بينما ذهب اتجاه وسط إلى القول بأن العقد الجماعي هو عبارة عن عقد إبرامه ولكنه يضع نظاما قانونيا واجب الاتباع من كافة أعضاء النقابة التي التزمت به، ويلاحظ أنه مهما كانت طبيعة هذه الاتفاقية فإنها تشكل مساسا بمبدأ الأثر النسبي للعقد⁽²⁾، كونها تطبق على أشخاص لم يرضوا بمضمونها سواء عن طريق التمثيل أو عن طريق خلفهم، فتتضح الصبغة الجماعية لعقد العمل المشترك في كون نقابات العمال أو منظمات أرباب الأعمال لا توقع على العقد باعتبارها وكالة عن كل عضو من أعضائها بل باعتبارها ممثلة لمجموع مصالح المهنة، وهي تلتزم بما جاء بالعقد المشترك باعتبارها شخصا معنويا مستقلا يمثل جماعة الأعضاء ولا تتأثر الاتفاقية بانضمام أعضاء جدد، حيث يصبح هؤلاء ملتزمين بما جاء بالاتفاقية بمجرد اكتسابهم العضوية⁽³⁾.

فالأصل أن اتفاقية العمل تطبق بصفة حصرية على أعضاء نقابات أرباب العمل، أو نقابات العمال التي وقعت على الاتفاقية فيما بعد سواء بمقتضى تدخل السلطات العامة، أو نتيجة اختلاف الحلول القضائية، فمجال تطبيق الاتفاقيات الجماعية للعمل اتسع ليشمل أشخاصا خارجين عن المجموعات التي وقعت على هذه الاتفاقيات الجماعية⁽⁴⁾، والحكمة من إمداد نطاق تطبيق الاتفاقية الجماعية للعمل لأشخاص غير منضمين لها تكمن في توفير حماية أكثر لهذه الفئة⁽⁵⁾.

-
- (1) - محمد حسين منصور، " قانون العمل "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 476.
- (2) - مخلوف كمال، " الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري "، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 04، جانفي، 2011، المركز الجامعي بالبويرة، الجزائر، ص 92.
- (3) - البرعي أحمد حسن، " علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن، عقد العمل المشترك "، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة نشر، ص 20-22.
- (4) - Ghestin Jacques, " **Traité de droit civil**, " , op.cit, p 26.
- (5) - سيد محمود رمضان، " الوسيط في شرح قانون العمل، وفقا لآخر التعديلات لسنة 2002 وقانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 2001، دراسة مقارنة، مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز والنقض "، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 488.

فتسمح الاتفاقية الجماعية بمساهمة وإشراك التنظيمات النقابية في تسيير مختلف المؤسسات الاقتصادية، وباعتماد مختلف الآليات التي تمكن الشركاء الاجتماعيين من وضع نصوص وأحكام تنظم عالم الشغل والعلاقات المهنية فتعد الاتفاقية الجماعية بمثابة قانون اتفاقي تساهم في تطوير التشريع المنظم لعلاقات العمل كونها تعد أكثر استجابة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية⁽¹⁾.

فلهذا السبب يعد عقد العمل الجماعي مجرد وسيلة من وسائل النظام العام الحمائي، كونه إجراء وقائيا لمنع استغلال العامل، فهو وسيلة حمائية تتبع من نفس فكرة النظام العام فهو تابع لها ومرتبطة بها، فهذه الإجراءات الوقائية لا تتبع من خارج الفكرة التعاقدية، فما هي إلا وسيلة لتطويع الفكرة التعاقدية وضمان عدم مخالفتها للنظام العام.

ومن هنا يتم تكييف اتفاقية العمل الجماعية بالأمرة تجاه الأشخاص الذين لم يرضوا بها من حيث الآثار، ويكون المساس بمبدأ الأثر النسبي للعقد الذي طالما تتصرف آثاره إلى المتعاقدين فقط، فتبرير هذا كما قلنا هو لغرض تحقيق المصلحة الاجتماعية للعمال، وأرباب العمل، بغية إعادة التوازن وإحلال المساواة المفقودة في مثل هذه العقود، كما يلاحظ أن هذا الاتفاق الجماعي الذي يجسد بدوره تعاقدًا جماعيًا في علاقات العمل يساهم في الانتقال من النطاق الفردي للتعاقد إلى النطاق الجماعي سعياً منه لتقادي التفاوت الاقتصادي والمهني في القوى بين طرفي العقد، مع ضرورة احترام هذا العقد الجماعي من قبل الأطراف الموقعة عليه الذي يتم من خلال التزام الأطراف بالامتناع عن أي تصرف قد يؤدي إلى صعوبة تنفيذ العقد الجماعي.

فالتضامن بين أفراد المجتمع الواحد يؤدي إلى مواجهة الجماعة للمخاطر الاجتماعية التي قد تعترضهم، فالمجتمع لم يعد مقيد الأيدي في مواجهة هذه المخاطر التي غالباً ما قد تلحق فئات المجتمع وذلك باستعمال التضامن، فالمجتمع الحديث يجعل من التضامن مسلمات

(1) - واضح رشيد، " الاتفاقية الجماعية أمام تراجع القانون في مجال تنظيم علاقات العمل "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، جوان 2016، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، ص 125-126.

لا مفر منها⁽¹⁾، فالاتفاقية الجماعية تركز هذا التضامن فيؤدي ذلك إلى إحلال السلم الاجتماعي.

الفرع الثاني: المصلحة الاجتماعية كهدف للاتفاقية الجماعية

إن لاتفاقية العمل الجماعية مهام مختلفة، كونها تكمل التشريع عندما ينص القانون على إحالة صريحة للاتفاقية الجماعية لتحديد شروط ومعايير أو إجراءات تطبيق القانون كما تأتي لتحسين حالة العمال بموجب نصوص أكثر نفعاً من القانون، فهي تجدد وتمنح حقوقاً جديدة للعمال لها علاقة بمواضيع لم يتم تنظيمها من قبل القانون⁽²⁾.

فيمكن القول إن الاتفاقية الجماعية للعمل تعد تشريعاً مهنياً، كونها تكمل قانون العمل الذي غالباً ما يضمن الحدود الدنيا خاصة إذا نص التشريع صراحة على الإحالة على الاتفاقية الجماعية لمعالجة بعض النقاط التي لم يتطرق لها المشرع، كما أنها تعمل على تحقيق مزايا أكثر نفعاً للعمال، وتحيين حالتهم المهنية بالإضافة إلى منحها حقوقاً جديدة لم يتضمنها تشريع العمل، فبهذا إذا كانت اتفاقية العمل الجماعية هي أداة للتوازن العقدي فإن التوازن في القوى الاجتماعية هو هدفها.

وعقد العمل المشترك يهدف أساساً لإقامة نوع من التوازن بين العمال من جهة وأرباب الأعمال من جهة أخرى، فعدم تناسب القوى بين الطرفين من النواحي الاقتصادية والاجتماعية يؤدي برب العمل لإملاء إرادته على العامل، إبان إبرام عقد العمل الفردي⁽³⁾.

(1)– Lahlou Khiair Ghenima, " **Le droit de l'indemnisation: entre responsabilité et réparation systématique** ", Thèse de doctorat, faculté de droit, université d'Alger 01, 2005, p 168.

(2) – Koriche Mohammed Nasr-reddine, " **Droit du travail, les transformation du droit algérien du travail entre statut et contrat, relation d'emploi de travail une contractualisation relative** " , tome 01, office des publications universitaires, Alger, 2009, p 49.

(3) – البرعي أحمد حسن، المرجع السابق، ص 20.

فإبرام عقد العمل المشترك يتم بين رب العمل أو منظمات أرباب الأعمال من جهة وبين منظمات العمال من جهة أخرى، فيؤدي تجمع العمال إلى إضفاء قوة مشتركة على هؤلاء يفتقدها كل منهم إذا كان منفرداً، وتؤدي لمعادلة ميزان القوى، وتلافي عدم تناسبها بين الأطراف في عقد العمل الفردي، فبذلك تتم المفاوضات في نطاق عقد العمل المشترك على قدم المساواة بين الأطراف⁽¹⁾ .

يلاحظ أن اتفاقية العمل الجماعية تحقق المساواة بين العمال، وأرباب العمل من ناحية، كما لها وظيفة اجتماعية بحيث تركز للمتعاقدين حماية خاصة إذا اتصفوا بالضعف، فهذه الاتفاقية الجماعية تحقق الانسجام الاجتماعي.

فعقد العمل الجماعي يزيل التفاوت في القوى بين العامل ورب العمل، ويعيد التوازن في العلاقة بينهما، مما يتيح للعامل الحصول على مزايا أفضل من تلك التي نص عليها قانون العمل كونه يضمن الحد الأدنى من الحماية، كما يعمل على خلق جو من التعاون بين أطرافه ويزيل كل أسباب التنافر وسوء التفاهم بين أطرافه، فهو وسيلة سلمية لتسوية العلاقات بين الطرفين مما يقلل ذلك من الإضرابات⁽²⁾، فالدولة باعتبارها راعية لمصالح جميع الطبقات تحرص على كفالة السلام الاجتماعي بين الطبقات جميعاً، وبما أن عقد العمل الجماعي يساعد على تحقيق هذا السلام بين طبقة العمال وطبقة أرباب الأعمال، فلا بد من أن تعمل الدولة على تطوير وتشجيع هذا الأسلوب تاركة لأطراف علاقات العمل تحديد القواعد التي تحكم علاقاتهم المتبادلة بأنفسهم⁽³⁾ .

ويعتبر السلم الاجتماعي هدفاً رئيسياً للدولة كونها هي المسؤولة عن الأمن داخل المجتمع، بسبب تحقيق هذه الاتفاقية الجماعية للسلم في العلاقات الاجتماعية، ويظهر ذلك من خلال الدور المهدئ الذي تلعبه عند انتهاء المنازعات الجماعية بإبرام اتفاقية جماعية،

(1) – Canut Florence, op.cit, p 188.

(2) – حمران حسين عبد اللطيف، " قانون العمل، دراسة مقارنة " ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 537-538.

(3) – البرعي أحمد حسن، المرجع السابق، ص 50.

ويكون دورها في هذه الحالة إما بوضع القواعد التي تمنع أسباب نشوء النزاع وإما بإنشاء أنظمة اتفاقية للتوفيق والتحكيم لحل النزاع في حالة نشوبه، إلا أن هذا التفاوض الجماعي حول هذه المواضيع مقيد ببعض القواعد المستمدة من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كالحدا الأدنى من الأجر، وسن التشغيل، وعدد ساعات العمل، والعطل القانونية خارج هذه المسائل يتمتع الأطراف بحرية المفاوضات، لكن تحت رقابة هيئات مختصة بذلك بغرض تنظيم علاقات العمل⁽¹⁾.

ونظرا لاهتمام قانون العمل بالعامل وضمان حقوقه كونه طرفا ضعيفا فإن أحكام هذا القانون تعد من النظام العام الحمائي الاجتماعي، لذلك لا يمكن لأطراف المفاوضات الجماعية أي العمال أو من يمثلهم، وأصحاب العمل، أو من يمثلهم، أن يحددوا موضوعات المفاوضات الجماعية التي تكون مخالفة للنظام العام الحمائي، وبذلك تكون باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع، وباعتبار أن المفاوضات الجماعية تهدف إلى تحسين شروط وظروف الشغل للعمال واستقرار في علاقات العمل، فلا يمكن لأحكامها أن تكون أقل مما حدده القانون.

فاعتمد المشرع التفاوض الجماعي المباشر كوسيلة للوقاية من النزاعات الجماعية طبقا للمادة 04 من القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب⁽²⁾، وبإجراءات علاجية كالمصالحة طبقا للمادة 05 من القانون رقم 90-02، وتسويتها وممارسة حق الإضراب التي تنص على: " إذا اختلف

(1) - مخلوف كمال، " مبدأ السلم الاجتماعي في تشريع العمل الجزائري، بين آلية التفاوض كأساس لتكريس المبدأ والإضراب كوسيلة ضغط " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص 101-102.

(2) - المادة 04 من القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، المؤرخ في 06/02/1990، الجريدة الرسمية العدد 06، المؤرخة في 07/02/1990، المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 من القانون رقم 91-27 المؤرخ في 21/12/1991، الجريدة الرسمية العدد 68، المؤرخة في 25/12/1991، ص 2653، التي تنص على: " يعقد المستخدمون وممثلو العمال اجتماعات دورية ويدرسون فيها وضعية العلاقات الاجتماعية والمهنية وظروف العمل العامة داخل الهيئة المستخدمة تدل عبارة ممثلي العمال في مفهوم هذا القانون، على

الطرفان في كل المسائل المدروسة أو في بعضها، يباشر المستخدم وممثلو العمال إجراءات المصالحة المنصوص عليها في الاتفاقيات أو العقود التي يكون كل من الجانبين طرفا فيها، وإذا لم تكن هناك إجراءات اتفاقية للمصالحة أو في حالة فشلها، يرفع المستخدم أو ممثلو العمال الخلاف الجماعي في العمل إلى مفتشية العمل المختصة إقليميا " ، أو عن طريق الوساطة طبقا للمادتين 10، 11 من القانون رقم 90-02⁽¹⁾، أو التحكيم طبقا للمادة 13 من القانون رقم 90-02⁽²⁾.

إذن يمكن القول أن التعاقد الجماعي يعد تقنية تستعمل لإضفاء الطابع الاجتماعي على العقد وذلك بتحقيق التوازن العقدي، بحيث تستمد هذه الاتفاقية أساسها من حلول المصلحة الجماعية محل المصلحة الفردية سواء في التفاوض على شروط العقد، أو في التمثيل لأطراف العقد، فكلها عناصر تشجع على تطوير العقد الجماعي لما يقدمه من ضمانات للمتقاعدين الأكثر ضعفا وعزله رغم انتهاكه لمبدأ الأثر النسبي للعقد، فالغاية الاجتماعية في تحقيق السلم الاجتماعي الذي يعتبر مصلحة عامة تسعى الدولة إلى تحقيقها لا سيما في المجتمعات التي مازالت الدولة فيها تقوم بدورها الحمائي، مما أثر على طبيعة العقد فحوله من الطابع الفردي إلى الطابع الجماعي كل ذلك بغية حماية الطرف الضعيف اقتصاديا ومهنيا.

الممثلين النقابيين للعمال أو الممثلين الذين ينتخبهم العمال في حالة عدم وجود الممثلين النقابيين، تحدد كليات تطبيق هذه المادة، لا سيما دورية الاجتماعات في الاتفاقيات التي تبرم بين المستخدمين وممثلي العمال " .

(1) - طبقا للمادة 10 التي تنص على: " الوساطة هي إجراء يتفق بموجبه، طرفا الخلاف الجماعي في على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط ويشتركان في تعيينه " ، والمادة 11 : " يتلقى الوسيط من الطرفين جميع المعلومات المفيدة للقيام بمهمته ويتعين عليه أن يتقيد بالسري المهني إزاء الغير في كل المعلومات التي يكون قد اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته " .

(2) - طبقا للمادة 13: " في حالة اتفاق الطرفين على عرض خلافا على التحكيم، تطبق المواد من 442 إلى 454 من قانون الإجراءات المدنية، مع مراعاة الأحكام الخاصة في هذا القانون، يصدر قرار التحكيم النهائي خلال الثلاثين يوما الموالية لتعيين الحكام، وهذا القرار يفرض نفسه على الطرفين اللذين يلزمان بتنفيذه " ، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي أصبحت المواد الخاصة بالتحكيم من 1006 إلى 1065.

وعليه فعقد العمل الجماعي يعد وسيلة من وسائل تجسيد النظام العام الحمائي الاجتماعي، كونه إجراء وقائياً لمنع استغلال العامل، فهو وسيلة حمائية تتبع من نفس فكرة النظام العام ومن ثمة فهو تابع لها ومرتبطة بها، فيمكن القول أنه كان من صميم فكرة النظام العام في العقد، وتغليب المصلحة الجماعية ومتطلبات التنمية الاجتماعية على غيرها من المصالح.

الفرع الثالث: تغير نمط التعاقد للاستجابة للمقتضيات الاجتماعية

لجأت الدولة في ظل تفاقم أزمة البطالة إلى آلية التشغيل لبعض الفئات العمالية كحاملي الشهادات الجامعية، والتكوين المهني، فيلاحظ ازدواجية الأجراء لعمال لهم مناصب العمل ومحميين بقانون العمل، وآخرين لا يمكن وصفهم بأجراء يعملون لحساب الغير ويشغلون في مناصب مدعمة بدون عقود العمل فتتم في شروط يكون مقابل العمل فيها ضعيفا والحماية دنيا، فهنا ظهر نمط جديد من العقود محدد المدة يطلق عليها تسمية عقود الإدماج⁽¹⁾، وقد يبرر هذا الاقتراح بتراجع عقود العمل لتحل محلها عقود التشغيل، كون عقد العمل لا يخدم طالبي الشغل المبتدئين، ولا استقرار المجتمع خاصة في مدة العقد وكذا الأجر، وهذا ما حاولت الدولة تداركه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-105 والمرسوم

(1) - طبقاً للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 19/04/2008، المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، الجريدة الرسمية العدد 22، المؤرخة في 30/04/2008، ص 20، التي تنص على: " يترتب على إدماج فئات طالبي العمل المذكورين في المادة 03 أعلاه إبرام عقود إدماج بين المصالح التابعة للإدارة المكلفة بالتشغيل والمستخدم أو الهيئة المكونة والمستفيد تتخذ عقود الإدماج الشكل الآتي: عقد إدماج حاملي الشهادات بالنسبة للفئة الأولى، عقد إدماج مهني بالنسبة للفئة الثانية، عقد تكوين إدماج بالنسبة للفئة الثالثة، تحدد نماذج عقود الإدماج المنصوص عليها في الفقرة أعلاه بقرار من الوزير المكلف بالتشغيل " .

التنفيذي رقم 13-142 المتعلقين بجهاز المساعدة على الإدماج المهني⁽¹⁾، فمن خلال توجيه الدولة لعقد الإدماج بغية تحقيق المصلحة العامة كان بهدف ضبط سوق العمل (أولاً) وإدخال سلطة الدولة في مثل هذه العقود (ثانياً) ، كل ذلك للحفاظ على النظام العام في الدولة.

أولاً- عقد الإدماج كوسيلة لضبط سوق العمل

يعد عقد الإدماج اتفاقاً بين الوكالة الوطنية للتشغيل والمستخدم والمستفيد من الإدماج، بحيث تلتزم الدولة بتحمل الأجر والأعباء الاجتماعية، في حين يلتزم المستخدم بممارسة سلطة التنظيم والتسيير والتأديب تجاه طالبي العمل المبتدئين أما المستفيدين من الإدماج فيلتزمون بالامتثال لأوامر المستخدم واحترام النظام الداخلي للهيئة المستخدمة، ويلاحظ أنه عقد تبادلي ينتج عنه حقوق والتزامات تحدد بصفة مسبقة في التشريع والتنظيم الخاص بمثل هذا العقد، كما أن لجوء الدولة إلى استعمال عقد الإدماج بدل التنظيم في إطار التشغيل يبدو ظاهرياً أن هناك إرادة حرة للأطراف، وتبقى الوكالة الوطنية للتشغيل مجرد وسيط بين المستخدم والمستفيد، إلا أن الحقيقة غير ذلك، كون عقد الإدماج يعد وسيلة في يد الدولة لترقية سياسة التشغيل، فيعاد توجيه العقد من حيث تعريفه وإبراز دوره من قبل الدولة لوظيفته الاجتماعية المتمثلة في امتصاص البطالة، والقضاء على تهميش خريجي الجامعات، بحيث يتم إدراج التزامات قانونية وتنظيمية في صورة عقد الإدماج الذي ينتج عنه آثار قانونية، حيث يلتزم المستخدم بممارسة سلطاته وتقديم العمل، والمستفيد يلتزم باحترام النظام الداخلي للهيئة المستخدمة، أما الوكالة الوطنية للتشغيل فتلتزم بدفع الأجرة.

(1) - طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 11-105 المؤرخ في 06/03/2011 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 19/04/2008 والمتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011، والمرسوم التنفيذي رقم 13-142 المؤرخ في 10/04/2013 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 19/04/2008، والمتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 03/09/2008.

يعمل عقد الإدماج على ترجمة السياسة الاجتماعية للدولة باحترامه للمصلحة العامة لهذه الأخيرة، فهذا العقد تنعدم فيه الحرية العقدية التي تعد مبدأ أساسيا لقيام العقد، بحيث تخول لصاحبها التعاقد أو عدم التعاقد، واختيار المتعاقد الآخر، وتحديد مضمون العقد عن رضا مستتير وواضح⁽¹⁾ .

إلا أنه يلاحظ في عقد الإدماج انعدام اختيار المتعاقد، بحيث يكون اتصال بين المستخدم ووكالة التشغيل، كون المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، حددت شروطا ينبغي أن تتوفر في طالبي العمل المبتدئين، فانعدام أحد هذه الشروط يترتب عليه أن يصبح طالب العمل المبتدئ غير مؤهل لإبرام هذه العقود، إضافة إلى ذلك فليس للمستفيد أن يختار المستخدم أو العكس فهنا تنعدم حرية الاختيار، وليس لأطراف عقد الإدماج تحديد مضمونه بوضع الشروط والبنود التي يرونها مناسبة مع مصالحهم، بل على عكس ذلك كون شروط العقد قد تم وضعها بصفة مستقلة من قبل السلطات العمومية طبقا للمواد 04 و 23 و 26 من المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني⁽²⁾، وكذا القرار الوزاري⁽³⁾ الذي ينظم الأحكام الخاصة بكل شكل من أشكال العقود، فالانضمام إلى هذا العقد ومضمونه لم

(1) - Chabas François, " **Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale** ", tome 02, premier volume, 09 éme édition, éditions DELTA, Liban, 2000, p 50.

(2) - المادة 04: " يترتب على إدماج فئات طالبي العمل المذكورين في المادة 03 أعلاه إبرام عقود إدماج بين المصالح التابعة للإدارة المكلفة بالتشغيل والمستخدم أو الهيئة المكونة والمستفيد، تتخذ عقود الإدماج الشكل الآتي: عقد إدماج حاملي الشهادات بالنسبة للفئة الأولى، عقد إدماج مهني بالنسبة للفئة الثانية، عقد تكوين -إدماج بالنسبة للفئة الثالثة، تحدد نماذج عقود الإدماج المنصوص عليها في الفقرة أعلاه بقرار من الوزير المكلف بالتشغيل " ، والمادة 23: " يبرم عقد تكوين-تشغيل المذكور في المادة 22 أعلاه بين المستخدم ومصالح الوكالة الوطنية للتشغيل المختصة إقليميا والمستفيد، وفق نموذج يحدد بقرار من الوزير المكلف بالتشغيل " ، والمادة 26: " يترتب على توظيف الشباب المستفيدين من عقود الإدماج لدى المؤسسات العمومية والخاصة مساهمة الدولة في الأجور في إطار عقد عمل مدعم " ، من المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني.

(3) - القرار المؤرخ في 2008/07/24، المحدد لنماذج عقود الإدماج وعقود تكوين تشغيل وعقود العمل المدعم، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 2008/03/03، ص 13.

يكن محل تفاوض من قبل المتعاقدين، ولم يبق للمستفيد إلا دور واحد وهو قبوله للاستفادة من الأجر أما المستخدم فإن قبوله يعني الاستفادة من تحفيزات مالية وجبائية⁽¹⁾.

فعقد الإدماج يتم فيه فرض إرادة الدولة على إرادة الأفراد، وذلك باكتساب الحقوق كأجر للمستفيد، والتحفيزات المالية والجبائية للمستخدم، وتحمل الواجبات كاحترام المستفيد للنظام الداخلي للهيئة المستخدمة، وممارسة المستخدم سلطة التأديب والتنظيم والتسيير على المستفيد، وفي حالة الإخلال بالالتزامات القانونية والتنظيمية المنصوص عليها في العقد فإن الجزاء المترتب هو إنهاء عقد الإدماج بإرادة منفردة عن طريق الفسخ.

إن يقوم هذا العقد على تبادل وعوض واستعمال المصالح الخاصة للمتعاقدين في الظاهر ووصول إلى تحقيق المصلحة العامة في الباطن بفرض التزامات قانونية وتنظيمية على المتعاقدين في إطار السياسة العامة للدولة، فالتشريع يحيل على أطراف العقد خدمة أهداف تتجاوز مصالحهم المالية، فالعقد يعمم لتحقيق المنفعة المشتركة⁽²⁾.

فالحرية الظاهرة في عقد الإدماج ما هي إلا امتداد لتحقيق المصلحة العامة على حساب المصالح الخاصة للأطراف، وهنا تبرر الظاهرة الاجتماعية في عقد الإدماج من أجل تحقيق المصلحة العامة، فالعقد هو أداة لتحقيق ترقية التشغيل دون النظر إلى المصالح الاقتصادية للأطراف، وهنا تتحقق السياسة العامة للتشغيل من قبل الدولة، فالعقد يكون أكثر مرونة وكوسيلة ديمقراطية لتفادي كل الصعاب، فعقد الإدماج ينشط السياسة التنظيمية للدولة لحماية المصالح الخاصة واحترام المصلحة العامة.

(1) - طبقا للمادة 04 من القانون رقم 06-21 المؤرخ في 11/12/2006، المتعلق بالتدابير التشجيعية لدعم وترقية التشغيل، الجريدة الرسمية العدد 80، المؤرخة في 11/12/2006، ص 04، والمادة 04 من الملحق 09 من القرار المؤرخ في 24/07/2008، المحدد لنماذج عقود الإدماج وعقود تكوين- تشغيل وعقود العمل المدعم، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 03/03/2008، المعدل والمنتم بموجب القرار المؤرخ في 01/02/2015، المحدد لنماذج عقود الإدماج وعقود تكوين تشغيل وعقود العمل المدعم، الجريدة الرسمية العدد 48، المؤرخة في 09/09/2015، ص 27.

(2) - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 122.

ثانياً- بروز سلطة الدولة في عقد الإدماج

يساهم عقد الإدماج في تنظيم المجتمع على الأقل في جانب علاقة الدولة بطالبي العمل المبتدئين وفق التشريع والتنظيم المتعلق بالتشغيل، خاصة في احترام الالتزامات القانونية والتنظيمية التي يربتها عقد الإدماج عليهم، فهذا النوع من العقود يعد أفضل وسيلة تملكها الدولة لتفعيل سياستها الرقابية حيث تسهر أجهزة الدولة المجسدة في الوكالة الوطنية للتشغيل على تنظيم سوق العمل وتوفير فرصة عمل للمبتدئين، وهنا تظهر سياسة الدولة في ترقية التشغيل، والوصول إلى امتصاص البطالة عن طريق استخدام التقنية العقدية للقانون الخاص، ويعتبر العقد الوسيلة التي تستعملها الدولة لرقابة سوق العمل والبحث عن حلول عملية لتطويره⁽¹⁾، وبناء على ذلك تم إنشاء اللجنة الوطنية لترقية التشغيل وتنظيمها وسيرها⁽²⁾، بحيث تعتبر جهازاً استشارياً للتشاور والتقييم لكل المسائل المتعلقة بالتشغيل، وتكلف بإبداء آرائها واقتراحاتها وتوصياتها لا سيما في الأعمال والمخططات والبرامج المتعلقة بترقية التشغيل والمحافظة عليه، ومتابعة تنفيذ التدابير المتخذة في إطار السياسة الوطنية لترقية ومحاربة البطالة بالعلاقة مع القطاعات المعنية، وضبط سوق العمل، لا سيما تطوير التأهيلات والمعادلة بين التكوين والتشغيل... إلخ⁽³⁾.

فيمكن القول أن هذه اللجنة الوطنية لترقية التشغيل وتنظيمها وسيرها هيئة استشارية موضوعة لدى الوزير المكلف بالعمل والتشغيل، فمن خلال إنشاء هذه اللجنة تظهر رغبة الدولة في ترقية قطاع التشغيل، ومحاربة البطالة مما يساهم ذلك في ضبط سوق العمل. كما أن عقد الإدماج ما هو إلا عقد اجتماعي تمت إعادة صياغته عن طريق العقد كتقنية للقانون الخاص، فهذا لا يضيف عليه أحكام العقد طبقاً للقواعد العامة المتعارف عليها

(1) - فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 192.

(2) - بناء على المرسوم التنفيذي رقم 10-101 المؤرخ في 29/03/2010، المتضمن إنشاء اللجنة الوطنية لترقية التشغيل وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 31/03/2010، ص 04.

(3) - طبقاً للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 10-101 المؤرخ في 29/03/2010، المتضمن إنشاء اللجنة الوطنية لترقية التشغيل وتنظيمها وسيرها.

في نظرية العقد، وإنما يتقيد في هدفه بالمنفعة العامة التي تسعى الدولة من خلاله إلى تحقيقها وهي إيجاد مناصب شغل للبطالين، وهنا يظهر نشاط العقد في خدمة النشاط العمومي دون تجاهل الطابع التنظيمي لمضمونه.

فتدخل الدولة في العقد لإعادة المساواة بين طرفيه نجم عنه تغير في تصور العقد من التصور الفردي إلى التصور الجماعي، وذلك بتكريسه لمبدأ العدالة الاجتماعية، والمساواة والتضامن الاجتماعي بهدف الوصول إلى السلم الاجتماعي، كما أن لجوء الدولة إلى أنماط جديدة للتعاقد وفقا للتغيرات الاجتماعية، ما هي إلا انعكاس للطابع الاجتماعي الذي أصبح يميز العقد في الوقت الحاضر، حفاظا على النظام العام للمجتمع.

خاتمة الفصل الأول:

من خلال ما سبق يمكن القول إن النظام العام أثر على مبدأ سلطان الإرادة بحيث كان يكرس الممنوعات فقط تاركا مجالاً واسعاً للحرية العقدية، ومع التطور الذي طرأ في جميع الميادين أدى إلى تطور مبدأ سلطان الإرادة بحيث ازدادت القيود المفروضة على الحرية العقدية فكان الهدف من وراء تقييد هذه الحرية حماية الطرف الضعيف في العقد وتعزيز مبدأ سلطان الإرادة.

ونظراً للبيئة الليبرالية المتشعبة بالفردية والتي نشأ فيها مبدأ حرية التعاقد، وما يستتبعه من ضرورة إطلاق حرية الفرد في إبرام وتحديد الشروط العقدية، لم يكن بإمكان فكرة النظام العام إلا أن تسير في هذا المنحى حماية لحرية التعاقد، ولم يسمح لها النظام القانوني القائم آنذاك بالتدخل لإزالة التعارض الموجود بين هذه المصالح الفردية، مما دعا المشرع للتدخل وتغيير منحى الحماية، ومن ثمة تطور مفهوم النظام العام من الاقتصادي إلى النظام العام الحمائي، بحيث يتشابه النظام العام الاقتصادي التوجيهي مع النظام العام التقليدي في حماية المصالح العليا، بينما النظام العام الحمائي يعتني بحماية الطرف الضعيف في العقد. وبغرض تعزيز الحماية جعل النصوص القانونية التي هي من النظام العام أمراً ملزمة للأطراف المخاطبين بها، فكان هذا التحديد كمصدر تشريعي للنظام العام، إلا أنه نظراً لطبيعة هذا الأخير التي تتميز بالمرونة والتغير والنسبية لم يتمكن المشرع من حصرها. كما أن المشرع لم يعرف النظام العام، إلا أن الفقهاء اتفقوا على أنه مجموعة القواعد التي تهدف للحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي بحيث لا يمكن الاستغناء عنه قصد ضمان تحقيق المصلحة العامة.

لتكون بذلك المصلحة العامة هي المعيار المحدد للنظام العام، كما أن هذه المصلحة متضمنة للمصلحة الخاصة أي تسعى لحمايتها، فكل ما يهم المصلحة العامة للمجتمع ينبغي إصباغه بطابع الإلزامية والقاعدة الأسمى ووصفه بالنظام العام، كما يهدف هذا الأخير إلى حماية المصلحة الخاصة للأطراف الضعيفة في العقد، إلا أن فكرة النظام العام لا تعد

منفصلة عن فكرة الآداب العامة التي تعد الناموس الأدبي الذي يحدد إطار هذه الفكرة ويعد من بين ضوابطها.

وكننتيجة لهذه التغيرات التي أدت إلى تطويع العقد بحيث تم تغليب الطابع العام والطابع الجماعي على إرادة الأفراد في عقد التأمين وعقد العمل، بغرض تحقيق المساواة العقدية وحماية الحرية العقدية خاصة عند تعسف طرف على طرف آخر.

فبعدها تطرقنا في الفصل الأول من هذا الباب لعلاقة النظام العام بمبدأ سلطان الإرادة، سننطلق في الفصل الثاني لكيفية مساهمة النظام العام في ضمان الحماية للحرية العقدية.

الفصل الثاني: مساهمة النظام العام في ضمان الحماية للحرية العقدية

يعد النظام العام ضابطاً مهماً لتحقيق صحة العقد عن طريق ضمانه لمشروعية العقد من خلال ركني المحل والسبب بحيث اشترط المشرع عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة وإلا تعرض العقد للبطلان (المبحث الأول).

فظهر كذلك تأثير النظام العام على الشكلية التي تعد ركناً إلى جانب المحل والسبب، بحيث ساهم النظام العام في تطوير هذه الشكلية نظراً لتطور النظام العام، سواء كانت معروفة في إطار كتابة رسمية أو كتابة عرفية، بحيث جعلها المشرع في شكل كتابة مفروضة في إطار عقود نموذجية، نظراً لاختلال التوازن مما دعا المشرع للتدخل في إطار حماية النظام العام لتقريره لمثل هذه الكتابة ذات الطابع الحمائي (المبحث الثاني).

ورغبة من المشرع في حماية الأطراف المتعاقدة في جميع مراحل العقد قام بفرض تنفيذ العقد بحسن نية، فيمكن القول إن المشرع أدرج مبادئ أخلاقية في مرحلة تنفيذ العقد وجعلها من النظام العام (المبحث الثالث).

المبحث الأول: النظام العام كضابط لمشروعية العقد

حتى ينعقد العقد لا بد من تطابق إرادتي الطرفين، إلا أن هذا الأخير مجرد لا يرى فعند التعاقد يريد المتعاقدان شيئاً محدداً لسبب معين متمثل في محل العقد وهو الالتزام الذي يترتب عليه، وبطرح السؤال لماذا يريدانه؟ فالإجابة عليه سبب العقد، وبتحديد هذين الأخيرين المتمثلين في محل الالتزام وسبب العقد يصبح محتوى العقد ملموساً.

وإذا أخذنا بمبدأ سلطان الإرادة يكون محتوى العقد ثانوياً، فالمتعاقدون أحرار يبرمون ما يشاؤون من العقود مع حرية اختيارهم للمحتوى المناسب لهم، وهذا إذا اعتبرنا أن كل متعاقد حام لمصالحه الخاصة وجميع هذه المصالح تتحقق المصلحة العامة.

غير أن الحقيقة على غير ذلك فسرعان ما تفتت مساوئ المذهب الفردي، كون الحرية المطلقة لا تخلق علاقات تعاقدية عادلة ومطابقة للمصلحة العامة، وهذا ما نلمسه في العديد من مواد القانون المدني رغبة من المشرع في التأكيد والتبويه على هذه المسألة. فالحفاظ على المصلحة العامة مرهون بوضع قيود وحدود للحرية التعاقدية، ولا يكون العقد صحيحا إلا إذا كان محتواه مطابقا للمشروعية معناه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة مما يساهم في تعزيز الحرية التعاقدية للطرفين، ولن يتحقق ذلك إلا بتحديد محل العقد (المطلب الأول)، ووجود سبب العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: كفالة النظام العام لمشروعية المحل في العقد

نصت المادة 92 من القانون المدني على: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " ، كما تنص المادة 94 من القانون المدني: " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ". نستنتج من هذين النصين أن المشرع أشار إلى محل الالتزام أي ما يتعهد به المدين، وأشار في نفس الوقت إلى محل العقد عند تجريمه للتعامل في تركة الإنسان على قيد الحياة، إلا أنه يمكن القول أن المشرع قصد محل الالتزام الناشئ عن العقد⁽¹⁾.

كما يشترط في هذا المحل شروط تخدم المصلحة الخاصة للمتعاقد وهي وجود المحل أو تحقق وجوده في المستقبل (الفرع الأول)، وأن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعيين (الفرع الثاني)، مع ضرورة عدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب العامة (الفرع الثالث).

(1) - المحاسنى محمد يحي عبد الرحمن، " مفهوم المحل والسبب في العقد " ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 20-21.

الفرع الأول: وجود المحل أو تحقق وجوده في المستقبل

ينبغي أن يكون الشيء محل الالتزام موجودا قبل نشوء الالتزام أو أثناءه حتى ينعقد العقد، فإذا تبين بعد التعاقد أن ما قصد التعاقد عليه لم يكن موجودا بطل العقد بطلانا مطلقا إذا انعدم المحل أو هلك قبل إبرام العقد⁽¹⁾، حيث لا يمكن بيع شيء هالك أو غير صالح للاستعمال أو التنازل عن حق دائنية تم انقضاؤه قبل إبرام العقد بالمقاصة أو التقادم، كما لا يمكن التنازل عن براءة اختراع غير مسموح استعمالها في المجال الصناعي أو التنازل عن حق إيجار تم فسخه أو التنازل عن حق غير مملوك.

ولما نكون بصدد عقد ملزم لجانبين، فإن انعدام المحل يؤدي لانعدام الالتزام المقابل، وإذا لم يكن المحل موجودا عند التعاقد ولكن يمكن أن يوجد في المستقبل كان العقد صحيحا⁽²⁾، لأن المشرع سمح بالتعامل في الأشياء المستقبلية بموجب المادة 92 من القانون المدني مستثنيا فقط التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة⁽³⁾.

فالتعامل في الأشياء المستقبلية جائز ما دامت ممكنة الوجود في المستقبل أي غير مستحيلة، ولكن قد لا توجد فمحل العقود الاحتمالية يمكن أن يوجد ويمكن ألا يوجد، فليس صحيحا أن المحل المستقبل يجب أن يكون محقق الوجود بل يكفي أن يكون وجوده ممكنا لا مستحيلا استحالة مطلقة⁽⁴⁾.

فإذا تم ترك الأمور على إطلاقها أدى ذلك إلى افتقاد العقد لركن الرضا الذي يفترض فيه النقاء إرادتين لإنشائه، مما يجعل العقد ثمرة لإرادة منفردة تفرض شروطها على المتعاقد الآخر وهذا يجعل العقد باطلا، لكن ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من وضع بند في العقد

(1) - حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 320.

(2) - حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرجوع، " الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن " ، الطبعة الأولى، دار وائل، مصر، 2002، ص 125.

(3) - المادة 92 من القانون المدني: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " .

(4) - العربي بلحاج، " النظرية العامة....الجزء الأول " ، المرجع السابق، ص 140-141.

يخولهم إمكانية إعادة النظر في ثمن المبيع إذا طرأت تقلبات على الأسعار زادت عن حد معين اتفق على تحديده مسبقا عند التعاقد⁽¹⁾.

فنلمس بعض الليونة بالنسبة لمشرعنا فيما يخص احتمال وجود الشيء في المستقبل إذ تسمح المادة 650 الفقرة 01 من القانون المدني على: " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط "، فيجوز التعامل في الأشياء المستقبلية ولو كان وجودها مشروطا، وفي المادة 891 من القانون المدني: " يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي...".

واستثنى المشرع التعامل في الأشياء المستقبلية فالتعامل في تركة إنسان مازال على قيد الحياة ولو كان التعامل برضاه باطلا بموجب المادة 92 الفقرة 02 من القانون المدني⁽²⁾، وهذه القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني، فقد كان هذا الأخير يعتبر التعامل في التركات المستقبلية مخالفا للآداب العامة لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حيا إنما يضارب على موته مما يعد مخالفا للنظام العام⁽³⁾.

أما القوانين الحديثة، فتعتبر هذا التعامل باطلا بطلانا مطلقا، كون المضاربة على حياة الإنسان منافية للآداب، كما أن الحكمة من هذا التحريم هو لحماية الوارث خاصة إذا شابه عارض من عوارض الأهلية من أن يتصرف في ميراثه الذي لم يؤل إليه بعد، بينما أجاز القانون التصرف في تركة الشخص وهو على قيد الحياة كما في حالة الوصية بشرط أن لا تتجاوز 3/1 التركة⁽⁴⁾، وبالنسبة لإمكانية وجود المحل فهنا إذا كان المحل مستحيلا

(1)– Flour Jacques, Aubert Jean-luc, Savaux Eric, " **Les obligations, L'acte juridique.....** ", op.cit, p 173-174.

(2)– الفقرة 02 من المادة 92 من القانون المدني، ".....غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

(3)– عبد الرزاق السنهوري، " **نظرية العقد، الجزء الأول...** "، المرجع السابق، ص 475.

(4)– مندي أسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 122، طبقا للمادة 184 من قانون الأسرة: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "، والمادة 185 من قانون الأسرة: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة ".

استحالة مطلقة والتي تكون بالنسبة للمدين وبالنسبة لغيره، كان ركن المحل منعدا والعقد باطل بطلانا مطلقا⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعين

يجب أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعين، فإذا تعهد شخص بنقل بضائع وجب تعيين هذه البضاعة من حيث الكمية ومكان التسليم وتاريخه والأجرة، فإذا لم تذكر هذه المواصفات فيكفي أن يشتمل العقد على العناصر اللازمة لتحديدتها⁽²⁾.

كما تنص المادة 94 من القانون المدني إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا، وأضاف المشرع في الفقرة 03 من هذه المادة: ".....وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط"، فتعيين المثليات حتما يكون بتحديد جنسها ومقدارها واحتياطا تعيين جودتها، كذلك يشترط تعيين ثمن البيع وهذا ما أكد عليه المشرع في المادة 357 من القانون المدني: "إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نوايا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما".

كما تقضي المادة 95 من القانون المدني: "إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير"، فهذه المادة تقر على عاتق المدين مبلغا من النقود يكون ملزما برده بغض النظر عن القيمة الحقيقية له وقت ردها وهذا ما يعرف بمبدأ القيمة الاسمية

(1) - أمجد محمد منصور، " النظرية العامة للالتزامات، مصادر التزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقهاء الإسلامي، مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز"، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة، مصر، 2007، ص 127-128.

(2) - البدوي محمد علي، " النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول"، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، مصر، 1993، ص 118.

le principe du nominalisme monétaire ، فهذا المبدأ يخدم مصالح المدينين على حساب الدائنين فلا يجوز مخالفة أحكام المادة 95 من القانون المدني، لكونها من النظام العام ويعد باطلا كل اتفاق يهدف إلى حماية المتعاقد من الخسارة التي قد تترتب على انخفاض العملة الورقية⁽¹⁾.

فيمكن القول أن التحديد الأحادي للثمن في العقد يؤدي إلى انتفاء الرضا في هذا الأخير، كما أنه في حالة ذكر ثمن رمزي يوازي فقدان الثمن ما لم يقدّم الدليل على أن العقد عقد هبة⁽²⁾، فعدم تحديد ثمن العقد يؤدي ذلك لإبطال العمل بالعقد كون الثمن يعد من أهم العناصر التي يقوم عليها العقد وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية التي قررت إبطال العقود التي لم يتم تحديد الثمن فيها⁽³⁾.

فالركن الذي يركز عليه عقد البيع هو تحديد الثمن باتفاق طرفيه، معنى ذلك امتلاك طرفي العلاقة العقدية إمكانية المناقشة والتفاوض حول الثمن، إلا أن مثل هذا الأمر غير موجود في حالة تعامل الشركات الكبرى مع البائعين الموزعين لبضائعها، بحيث يتم فرض الثمن على هؤلاء فلا يكون إلا بالإذعان أو طلب إلغاء العقد، مما يؤدي ذلك لخسارة تجارتهم نظرا لعجزهم عن مزاحمة تلك الشركات لتفوقها، مما يبرز دور القاضي هنا حمايته للنظام العام⁽⁴⁾.

فالغرض من وراء فرض المشرع واشتراطه لوجود المحل عند إبرام العقد أو قابلية الوجود وكذلك أن يكون معينا أو قابلا للتعيين هو لحماية إرادة المتعاقد للدائن وتحقيق مصلحته الخاصة، ومن ثمة يحقق المصلحة العامة للمجتمع.

(1) - فيلالي علي، "الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 238-239.

(2) - Malaurie Philippe et Aynès Laurent et Gautier Pierre-yves, " **Les contrats spéciaux** ", 02eme édition, éditions juridique associées, paris, 2005, p 141-142.

(3) - Chaaban Rana, " **La caducité des actes juridiques étude de droit civil** " , Thèse de doctorat, université paris 02, paris, 2004, p 61-62, 01em civ, 06/03/2001, bull, civ 01, n 54, p 35.

(4) - العوجي مصطفى، " القانون المدني، الجزء الأول..... " ، المرجع السابق، ص 303-304.

الفرع الثالث: مطابقة المحل للنظام العام والآداب العامة

نصت المادة 93 من القانون المدني على: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ".
فالمشرع أكد على ضرورة عدم مخالفة المحل للنظام العام وحسن الآداب العامة، فهذا الأخير هو الذي يحدد مدى صحة تصرف قانوني ما، فكلما خالف العقد أو التصرف القانوني النظام العام والآداب العامة كان غير مشروع وبالتالي باطل بطلانا مطلقا ولهذا ينبغي التطرق للمحل الممنوع بموجب النظام العام (أولا) ، ثم المحل الممنوع لكونه مخالفا للآداب العامة (ثانيا).

أولاً- المحل الممنوع بموجب النظام العام

تقف حرية الأفراد في التعاقد عند حدود النظام العام والآداب العامة، فلا يسمح لهم بإبرام اتفاقات تمسه، كونه يمثل المصلحة العامة ويعمل على حماية المصلحة الخاصة للأفراد، وبما أن العقد هو وسيلة لتعامل الناس فيما بينهم فيعد جزءا من النظام العام فيحظر على الأفراد مخالفة النظام العام حتى وإن حقق العقد مصلحة فردية وهذا ما أكدت عليه المادة 93 من القانون المدني.

ومن ثمة فلا يجب أن يصطدم محل العقد باعتبارات تمس بالنظام العام، حيث يتجسد هذا الأخير في مجموعة المبادئ التي ترعى نظاما سياسيا واجتماعيا واقتصاديا وأخلاقيا خاصا بمجتمع معين في زمن محدد، إلا أنه يعاب على المشرع الإحاطة بهذه المبادئ مما يبرز دور القاضي هنا لاستخراجها من المبادئ العامة التي يقوم عليها نظام قانوني معين⁽¹⁾، ومن ثمة يعتبر المحل مخالفا للنظام العام إذا مس بقواعد أمره كذلك

(1) -Maurie Philippe, " L'ordre public....", op.cit, p 172.

المتعلقة بنظام العائلة والمواريث والأهلية والولاية والحريات العامة مما يؤدي إلى بطلان العقد(1).

فيكون المحل غير مشروع ويبطل العقد إذا انصب كذلك على شيء غير قابل للتعامل فيه، وهذه الأخيرة هي تلك الأشياء التي تحرم الجماعة التعامل بشأنها بين الأشخاص في نطاق العلاقات الخاصة، فيقصد بفكرة المشروعية هي احترام النظام العام والآداب العامة(2)، فالمقصود بذلك الأشياء التي تكون غير صالحة للتداول بين الناس ولا تصلح لكي تكون محلا للالتزامات ويرجع سبب ذلك إما لطبيعة الشيء ذاته، أو لحكم القانون(3).

01- منع النظام العام التعامل في الأشياء بحكم طبيعتها

بموجب المادة 682 الفقرة 02 من القانون المدني، التي حددت الأشياء التي لا يمكن التعامل فيها بطبيعتها هي تلك "...والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها..."، فتكون الأشياء خارجة عن دائرة التعامل كلما استحالت حيازتها مثل أشعة الشمس، مياه البحر، الطيور، أما في حالة زوال الاستحالة أي لما يصبح الفرد يمكنه السيطرة على مثل هذه الأشياء مثل الطيور بعد اصطياها يمكن إذا التعامل فيها فيصبح محل العقد مشروعاً(4).

02- منع النظام العام التعامل في الأشياء بحكم القانون

تخرج الأشياء عن دائرة التعامل بحكم القانون نظراً لكون هذا الأخير يرى أن في التعامل بشأنها إخلالاً بالنظام العام، فيمنعه مراعاة منه لمصلحة الجماعة كما هو الحال

(1) - العوجي مصطفى، " الجزء الأول....."، المرجع السابق، ص 311.

(2) - عياد عبد الرحمن، " أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2004، ص 223.

(3) - توفيق فرج، المرجع السابق، ص 147.

(4) - المحاسنى محمد يحيى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 51.

بالنسبة للمخدرات فيمنعها القانون بسبب الأخلاق، فمثلا لا يسمح بالتعامل في جسم الإنسان ولا المضاربة على حياته ولا في صحته، كون هذا الجسم لا يباع ولا يشتري ولا يكون محلا للتمليك⁽¹⁾، وتكريسا لحماية الصحة العمومية يحظر التعامل في الأشياء التي تعد خطيرة على صحة المواطن كالحوانات المصابة بأمراض معدية والمواد السامة، كما لا يجوز التعامل في الأرض كونها غير قابلة للتصرف فيها.

كما منع المشرع التعامل في الأعضاء والأنسجة البشرية كون القيم البشرية أسمى وأهم من تقديرها ماديا، وهذا ما جعل التبرع بالدم أو ببعض الأعضاء البشرية إذا تم التعامل فيها بعوض محظورا⁽²⁾.

ويمنع القانون كذلك التعامل في أملاك الدولة وذلك بموجب المادة 689 من القانون المدني: " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم... " ، وأموال الدولة حسب المادة 688 من القانون المدني: " تعتبر أموال للدولة، العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لإدارة أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري أو لمؤسسة اشتراكية أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية " ، فالمنفعة العامة هي معيار الأملاك العمومية التي تكون خارجة عن دائرة التعامل، فالملاحظ أن هذا المنع يعد من بين ضوابط مشروعية المحل الهدف من ورائه هو لتحقيق المنفعة العامة وتحقيق أغراض اجتماعية تؤدي بدورها للحفاظ على المصلحة الخاصة للأفراد⁽³⁾.

(1) - بلحاج العربي، " الجزء الأول.... " ، المرجع السابق، ص 147.

(2) - انظر القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بالصحة العمومية وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08، المؤرخة في 17/02/1985، ص 176، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02/07/2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 29/07/2018، ص 03.

(3) - حملاوي دغيش، " مشروعية محل العقد بين الشريعة والقانون " ، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسي، جامعة بسكرة، العدد 07، أفريل 2010، ص 352.

كما أنه يحظر وضع اتفاق يكون محله مخالفا للقانون العام مثلا القانون الجبائي، كذلك الحال بالنسبة للاتفاق على ارتكاب جريمة أو اتفاق على عدم ارتكابها مقابل مبلغ من المال، ويعد باطلا أيضا الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن الآخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية، ولا يجوز الاتفاق على خلق جريمة لا ينص عليها القانون⁽¹⁾، ومن ثمة يعتبر المحل مخالفا للنظام العام إذا مس بقواعد أمره كذلك المتعلقة بنظام العائلة والموارث والحريات العامة، كحرية الترشح للانتخابات والوظيفة العامة.... إلخ، مما يؤدي إلى بطلان العقد⁽²⁾.

كما منع المشرع في المادة 95 من القانون المدني تغيير الالتزام النقدي حسب ارتفاع أو انخفاض قيمة العملة، فالشرط الذي يغير الثمن المنصوص عليه في العقد حسب تغير الدينار باطل بطلانا مطلقا⁽³⁾، وكذلك الشرط الذي يستوفي به الدائن حقه بالذهب أو العملة الأجنبية وهذا ما يسمى بالشرط المعدل المتغير أو المتحرك، إلا أن مشرعنا لم يجز مثل هذه الشروط إلا في بعض الأحوال في صفقات المتعامل العمومي، في عقد العمل مع مراعاة الحد الأدنى للأجر الوطني المضمون، فهذا المنع يؤدي بالمتعاقدين لإبرام عقود قصيرة المدى بدل من العقود المستمرة⁽⁴⁾.

ثانيا- عدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب العامة

تشكل الآداب نوعا وصفا للنظام العام، وتجد الآداب العامة المجال الخصب لها في العلاقات الجنسية أو المقامرة والرهان طبقا للمادة 612 من القانون المدني، فمثلا الاتفاق على إيجاد علاقات جنسية خارج الزواج أي علاقات غير شرعية يعد باطلا لمخالفته

(1) - عبد الرزاق السنهوري، " نظرية العقد، الجزء الأول...."، المرجع السابق، ص 517-518.

(2) - العوجي مصطفى، " العقد المدني، الجزء الأول...."، المرجع السابق، ص 311.

(3) - المادة 95 من القانون المدني: " إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير ".

(4) - مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 125.

للآداب، نفس الشيء بالنسبة لإدارة بيوت الدعارة وشرب الخمر فهي باطلة⁽¹⁾، فيمنع ويكون باطلا كل اتفاق يتعلق ببيوت البغاء، حتى ولو حصلت هذه الأخيرة على ترخيص إداري، فبيع بيت البغاء، وإيجاره، وشراء مغروسات له وكل ما يتصل به يعد باطلا⁽²⁾.

كما يعد باطلا بطلانا مطلقا عقد الزواج الذي يكون محله أشخاص من نفس الجنس، ويعد باطلا زواج شخص غير من جنسه من ذكر إلى أنثى أو العكس، فلا يصح أن يتقدم شخص لطلب الزواج بفتاة مع العلم أنها كانت ذكرا والعكس للذكر الذي أصبح أنثى، ونفس الحكم بالنسبة لمن غير جنسه وكان متزوجا فإن زواجه يعد باطلا⁽³⁾، فيمكن القول إن تغيير الجنس يضر بمصلحة المجتمع ويؤدي إلى اضطرابات فيه مما لا ينبغي أن يباح كونه مخالفا للنظام العام والآداب العامة، فبالإضافة لمخالفة هذا التصرف للآداب العامة يخالف كذلك أحكام الميراث عندنا، حيث تقضي الشريعة الإسلامية بأن للذكر مثل حظ الأنثيين، فإذا أبيض للأنثى أن تغير جنسها إلى ذكر اختل نظام الميراث، وكذلك بالنسبة لأحكام الشهادة والولاية في الزواج التي تختلف من الرجل إلى المرأة⁽⁴⁾، كما منع المشرع القرض بالفائدة بين الأفراد طبقا للمادة 454 من القانون المدني.

وفي حالة غياب نص يتولى القاضي تقدير الآداب مستعملا معيارا موضوعيا فيرجع إلى ما هو متعارف عليه لدى الناس وعلى هذا الأساس فمفهوم الآداب متطور ومتغير⁽⁵⁾، والآداب التي لا يجوز مخالفتها ليست تلك التي نص عليها القانون وإنما تلك التي يعتبر المجتمع مخالفتها أمرا لا يمكن التسامح فيه⁽⁶⁾.

(1) - البديوي محمد علي، المرجع السابق، ص 122.

(2) - عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 344.

(3) - Chaaban Rana, op.cit, p 80-84.

(4) - انظر المواد 9 مكرر، والمواد 87، 88، 89، 90، 91، 139 من قانون الأسرة.

(5) - لقد كان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم بين مدير المسرح وجماعة من الهتافة يستأجرهم للتصفيق لأن من شأنه أن يخدع الجمهور، إلا أنه فيما بعد قضى بصحته لما فيه من تشجيع للفنانين المبتدئين.

(6) - مثلا بيع أعضاء الانسان أو دمه أو تأجير المرأة بطنها لامرأة أخرى لتحمل عنها كونها لا تستطيع الإنجاب.

ففي تحديد المحل المخالف للآداب يتسرب هنا العامل الأخلاقي إلى القانون، كون الآداب هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لمعتقدات موروثية وعادات متأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، مع بروز الدور الكبير للدين في المجتمع الذي يساهم في تحديد المباح والممنوع⁽¹⁾.

إذن تعد كل من القابلية للتعامل وموافقة المحل للنظام العام والآداب العامة كضابطين لمشروعية محل العقد يترتب على مخالفتها البطلان المطلق⁽²⁾.

لكن يطرح التساؤل هنا لم رتب المشرع البطلان المطلق على انعدام المحل أو عدم تعيينه أو عند عدم مشروعيته؟ كون هذه القاعدة لا تخدم إلا المتعاقد وحده الذي قام بإبرام العقد فالمتعاقد مهما كانت صفته، في حالة انعدام المحل أو عدم تعيينه أو عدم مشروعيته يضر ذلك بمصالحه، لهذا فلا يتصور بقاءه مرتبطاً بعقد منعدم المحل، كون هذا الأخير يعد أحد الأركان الضرورية لقيام العقد، فلا يتم إبرام أي عقد دون وجود هذا الركن الضروري الذي من أجل الحصول عليه تعاقد المتعاقد، فهذا البطلان مقرر لحماية هذا الأخير، ولما شدد المشرع في هذا البطلان وجعله مطلقاً، لكون إذا اعتبرنا في حالة انعدام المحل أو عدم مشروعية العقد قابليته للإبطال، معنى ذلك يكون قابلاً للتنفيذ حتى يتقرر إبطاله مع إمكانية إجازته من قبل المتعاقد المحمي، إلا أنه في حالة غياب المحل كيف يتم تنفيذه أي دفع الثمن أو تتم الإجازة ولم يتحصل هذا المتعاقد المحمي على المقابل المبتغى من إبرامه لهذا العقد؟، فالمنطق هو الذي يجعل البطلان مطلقاً فهذه المصلحة المحمية من النظام العام في مجال المحل.

إلا أنه حسب رأينا يمكن القول إن هذا النظام العام والآداب العامة يمثلان الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية القانون مما يؤثر فيه وفي روابطه وتجعله يتماشى مع هذه التطورات في مختلف المجالات مما يؤدي إلى اتساع دائرة النظام

(1) - السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط....." ، المرجع السابق، ص 399-400.

(2) - حملاوي دغيش، المرجع السابق، ص 351.

العام والآداب العامة، فلا نستطيع حصر النظام العام في نطاق ما، كون هذا الأخير متغيرا ومطاطيا فلا يسعنا إلا الاستناد إلى المصلحة العامة كمعيار للاستدلال به للتأكد من أن المحل غير مخالف للنظام العام والآداب العامة مهما تغيرت أنواع هذا الأخير، فعند تولي المشرع النص على المنع يكون قد أولى أهمية للأمر وأراد إبراز أن هذا المنع لحماية المصلحة العامة، وفي حالة سكوته لا يعني ذلك السماح للأفراد بإبرام عقود مخالفة للنظام العام.

وفقا للاجتهاد القضائي تم تقرير البطلان المطلق للعقد نتيجة عدم مشروعية المحل، بحيث يعد محظورا كل اتفاق مخالف لذلك مما يترتب عليه البطلان⁽¹⁾، كما أقر بموجب اجتهاد قضائي آخر استوجب في الالتزام التعاقدية مشروعية المحل، فإذا كان محل أو سبب الالتزام مخالفين للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا استنادا للمادة 97 من القانون المدني، كون العقد يتعلق بعقد التخلي لها نهائيا عن البنت دون أن توجد أي قرابة سواء منها النسبية أو المصاهرة تربطها بأبوي البنت، مما ينبغي إرجاع البنت إلى والديها⁽²⁾.

كما أقر القضاء في أحد اجتهاداته بطلان عقد بطلانا مطلقا نتيجة اعتبار التعامل بين جزائريين بالعملة الصعبة خارج عن الإطار الرسمي الجاري العمل به طبقا للقوانين السارية في مجال النظام النقدي قد يكون مخالفا لتلك القوانين وبالتالي يمس بالنظام العام، فهذه العقود باطلة ولا ترتب أي أثر قانوني⁽³⁾.

المطلب الثاني: مشروعية السبب مرتبطة بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة

يعتبر السبب ركنا لازما لصحة التصرفات القانونية وهذا ما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو

(1) - المجلة القضائية، العدد 02، 1989، قرار المؤرخ 1983/02/16، ملف رقم 30072، ص 37.

(2) - المجلة القضائية، العدد 04، 1992، قرار المؤرخ 1987/01/26، ملف رقم 44571، ص 49.

(3) - قرار صادر عن الاجتهاد القضائي الجزائري غير منشور، وهذا يطابق نص المادة 95 من القانون المدني التي تنص على: " إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير ".

للآداب كان العقد باطلا"، كما نصت المادة 98 من القانون المدني على أن: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقد الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

يمكن القول إن المشرع كرس التصور التقليدي للسبب في المادة 97 من القانون المدني، أما المادة 98 من القانون المدني فتأخذ بازواجية التصور أي النظرية التقليدية والحديثة في آن واحد، بينما الفقه يرى أن نظرية السبب قسمت إلى نظريتين التقليديتين والحديثة، فالأولى تسمح بمراقبة وجود السبب الذي يتوفر في الأداء المقابل لحماية المتعاقد عند تكوين العقد وهو السبب القسدي، بينما تركز النظرية الحديثة التصور الذاتي الذي يقتضي النظر إلى السبب الدافع للتعاقد، هنا نلمس مشروعية السبب لحماية المجتمع من العقود المخلة بالنظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

إضافة للسبب يتضح من موقف المشرع أنه يأخذ بسبب الالتزام وسبب العقد، أي بازواج السبب كما أخذ بالنظرية الحديثة للسبب التي تعتد بالبائع غير المشروع، فالسبب عندنا هو البائع الدافع للتعاقد فهو ذاتي، فالفكرة الذاتية للسبب تساهم في تطوير دور النظام العام⁽²⁾، ومن ثمة يشترط في سبب الالتزام الوجود وفي سبب العقد المشروعية، إلا أنه في المادتين 97 و98 من القانون المدني نجد المشرع يركز على شرط المشروعية وأن لا يخالف السبب النظام العام والآداب العامة⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس ينبغي التطرق إلى سبب الالتزام الذي قوامه التوازن العقدي (الفرع الأول)، كما للسبب دور فعال في حماية العقد الذي ينبغي أن يكون له دور اجتماعي

(1)– Ghestin Jacques, " Cause de l'engagement et validité du contrat ", éditions L.G.D.J et DELTA, paris, 2007, p 52-53.

(2) –Marie Caroline Vincent–Legoux, op.cit, p 121.

(3)– بلحاج العربي، " النظرية العامة...، الجزء الأول "، المرجع السابق، ص 167-168.

في حماية التوازن العقدي وأخلاقه العقد مما أدى إلى خلق مفهوم جديد للسبب، إلا أن هذا الأخير ينبغي أن يكون مشروعاً لكي يؤدي مثل هذه الوظيفة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كفالة السبب للتوازن العقدي بين أطراف العقد

يعرف السبب وفق النظرية التقليدية بأنه سبب الالتزام فالنظرية التقليدية تمتاز بالصيغة الموضوعية التي تسمح بمراقبة وجود السبب الذي يكون في الأداء المقابل وهو حماية للمتعاقد عند تكوين العقد، ويقصد به السبب القسدي⁽¹⁾.

وسبب الالتزام يختص بما يلي:⁽²⁾

- سبب الالتزام ليس سبب العقد، هو أمر داخلي للعقد وهو عنصر من عناصره، ويترتب على تخلفه بطلان العقد كونه ملازماً للالتزام من يوم نشأته إلى يوم انقضائه.
 - سبب الالتزام واحد في كل العقود لا يتغير في نوع واحد من العقود فلا تتغير المعاملة.
 - سبب الالتزام موضوعي مجرد باعتبار العرض المباشر لا يتأثر بالناوای الداخلية للمتعاقدین لأنه معروف لدى الطرفين، فهو يتعلق بصيغة العقد ذاته وطبيعة الالتزام.
- ومن استقراء المادتين 97 و98 من القانون المدني يتبين أن السبب ينبغي أن يكون موجوداً وصحيحاً ومشروعاً، فإذا تخلف سبب الالتزام ترتب عنه انعدام ركن السبب في العقد وانعدم معه العقد فلا ينعقد البيع لتخلف سبب التزام البائع، وهو محل التزام المشتري وهذا ما أكدت عليه المادة 97 من القانون المدني: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام وللآداب العامة كان العقد باطلاً " .

كما يكون السبب باطلاً إذا كان غير صحيح ويكون كذلك إذا تعلق الأمر بالغلط في السبب أو كان السبب صورياً أي أن السبب ليس حقيقياً لا وجود له، والصورية لا تبطل العقد في حد ذاتها إلا إذا كان القصد منها تحقيق هدف غير مشروع، وهذا ما نصت عليه

(1) - محمد يحي عبد الرحمن، " مفهوم المحل والسبب في العقد " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، القاهرة، 1986، ص 56.

(2) - فيلالی علي، " الالتزامات..... " ، المرجع السابق، ص 248.

المادة 98 من القانون المدني: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " .

فالسبب وظيفة هامة تتمثل في حماية المتعاقد من خلال تقدير وجود السبب، فلكي يتم إبرام العقد صحيحاً يجب أن يكون للالتزام سبباً من أجل مراقبة ما تعهد به كل متعاقد للتأكد من وجود حقوق تقابل التزام المدين⁽¹⁾.

فنتمثل أهم وظيفة للسبب في تحقيق تعادل بين الأداءات المتقابلة، فكل طرف في العلاقة التعاقدية يرغب في أداء معين يكون معادلاً بالمقارنة لما يعطي وما يأخذ، فهذه الوظيفة المنوطة للسبب كما يرى الفقيه موري MAURY، هي المعادلة بين الأداءات كسبب للالتزام، فسبب هذا الأخير في العقود الملزمة للجانبين هو اشتراط وجود المقابل الاقتصادي، فالفقيه يرى بضرورة التفرقة بين السبب في التبرعات والذي هو الدافع الذاتي أي الباعث، أما السبب في المعاوضات فهو الأداءات كسبب للالتزام، فسبب هذا الأخير في العقود الملزمة للجانبين هو الدافع الذاتي أي الباعث، أما السبب في المعاوضات فهو الأداءات المتقابلة المتعادلة فلا سبب إلا لما يكون بعوض⁽²⁾.

فيعد السبب من الدعائم الأساسية لتحقيق التوازن العقدي والعدالة التبادلية، فالتصور الموضوعي للسبب يسمح بمراقبة الفوائد المتبادلة بين المتعاقدين، أو توازن التزاماتهما⁽³⁾،

(1) - لولو خيار غنيمية، " محاضرات في القانون المدني: تكوين العقد " ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013-2014، ص 76.

(2) - Karine de la Asuncion Planes, " **La réfaction du contrat** ", édition L.G.D.J, paris, 2006, p 210.

(3) - Ghestin Jacques, " **Cause de l'engagement.....** ", op.cit, p 50-51.

فنظرية السبب تؤدي إلى خلق التوازن بين أداءات أطراف العقد، لكفالة مشروعية مصالح الأفراد وضمان الاحترام القانوني للعقد من قبل أطرافه⁽¹⁾.

هناك حكم شهير صدر في 11 مارس 2003 في فرنسا عن الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، بحيث أكد هذا الحكم أن فكرة السبب غير الصحيح ليست متطابقة مع الغلط في وجود السبب، فالسبب غير الصحيح وانعدام السبب لا يجتمعان على نفس المفهوم، فاعتمدت محكمة النقض على التقدير الاقتصادي للسبب *l'appréciation économique de la cause* ، فأقرت بضرورة وجود تكافؤ وتعادل بين الأداءات⁽²⁾.

وهذا على خلاف ما ذهب إليه الأستاذة لحو خيار غنيمة⁽³⁾ إذ ترى: " ينبغي أن نتجنب الخلط بين انعدام السبب وتكافؤ الأداءات، فلا تطبق نظرية السبب إذا كان غياب السبب الجزئي في تطبيقها يؤدي إلى تجاهل أحكام الغبن وتطبيقها على جميع العقود، في حين أن مجال تطبيق الغبن محصور على عقد بيع العقار بموجب المادة 358 من القانون المدني، وعقد المقايضة بالمادة 415 من القانون المدني، وعقد القسمة بالمادة 723 من

(1) – Bonnet David, " Cause et condition dans les actes juridiques " , éditions L.G.D.J, paris, 2005, p 68.

(2) – عرارة عسالي، " التوازن العقدي عند نشأة العقد "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص 140-141، حيث تتلخص وقائع الحكم في: " عند وفاة عالم هندسي كبير كان يعمل كخبير في تخصصه، تولى ابن أخيه إدارة أعماله وأمور تجارته وكانت غير رائجة في ظروف غامضة، وبعد عدة سنوات حررت أرملة المتوفى إقرارا بالدين لصالح ابن أخيه قيمته 800 ألف فرنك مقابل قرض وافق الأخير على منحه لها، إلا أنها رفعت عليه دعوى بعد ذلك تطالب فيها بإبطال هذا الإقرار، تحققت محكمة الاستئناف من أن الأرملة كانت مدينة فعلا لابن الأخ ولكن بمبلغ أقل من 200 ألف فرنك تقريبا، واستنتجت من ذلك أن سبب الالتزام غير صحيح، وقضت ببطلان الإقرار بالدين تطبيقا للمادة 1131 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالسبب، طعن ابن الأخ في الحكم السابق بالنقض فنقضت الدائرة المدنية الأولى حكم محكمة الاستئناف مؤكدة على ضوء المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي " أن عدم صحة السبب جزئيا لا يترتب عليها بطلان الالتزام ولكن إنقاصه بمقدار الجزء غير الصحيح " ، وبما أن محكمة الاستئناف قد تحققت من وجود الدين حتى ولو ظهر أنه أقل من المبلغ الذي تعهدت به الأرملة فإن حكمها ببطلان الإقرار بالدين رغم ذلك مخالف للمادة 1131.

(3) – لحو خيار غنيمة، " محاضرات..... " ، المرجع السابق، ص 77.

القانون المدني، ويلاحظ أن العقود المعنية أكثر بجزء انعدام السبب هي عقود المعاوضة، حيث لا يكفي أن يكون سبب الالتزام موجودا بل لا بد أن يكون صحيحا " .

كما أن فكرة السبب تقوم على فكرة ترابط الالتزامات أي أن مصير أحد الالتزامات يتوقف على مصير التزام آخر، فلا يتصور وجود أحدهما دون وجود الآخر، فالقول بوجود ارتباط بين الالتزامات المتقابلة معناه التسليم بفكرة السبب⁽¹⁾، الأمر الذي يحقق ويقيم التوازن بسبب وجود علاقة ارتباط⁽²⁾ بين الالتزامين مما يسمح للمتعاقد بتوقيف التزامه أو الفسخ، فهذه قاعدة التقابل والارتباط لها مكانة كبيرة في تحقيق التوازن في عقود المعاوضات، فالدفع بعدم التنفيذ يعد آلية لمنع اختلال الأداءات كونه يسمح للمتعاقد أن يوقف التزامه ويمتنع عن تسليم ما في ذمته لمدينه حتى ينفذ الالتزام المقابل له⁽³⁾.

هذا الرأي يؤكد اعتقادنا بأن نظرية السبب وفق تصورهما الموضوعي أي سبب الالتزام تعد أداة من أدوات تحقيق التوازن بين المتعاقدين في جميع مراحل العقد كونها تحمي من تعسف طرف على الطرف الآخر.

من محاسن فكرة السبب لتحقيق التوازن بين طرفي العقد أنها لا تكلف إثبات حالة ضعف المتعاقد، بل كما يرى الفقيه مازو MAZEAUD يستعان بفكرة السبب لإقامة التوازن في العقد، كون السبب يحقق فكرة التبادل التعاقدية وهي وسيلة لمراقبة التكافؤ في العقد كما أن انسجامه مكرس للتراضي الحقيقي استنادا إلى سلطان الإرادة، مما يسمح بمراقبة مصلحة اقتصادية للعقد⁽⁴⁾.

فبما أن السبب يؤدي إلى إقامة التوازن العقدي بين أطراف العقد وتحقيقه للمصلحة الاقتصادية للعقد فهو بذلك يتوافق مع منطق النظام العام القائم على حماية المصالح

(1) - توفيق فرج، المرجع السابق، ص 162.

(2) - فكرة الترابط interdépendance ظهرت في القانون الكنسي مفادها أن العقود تتميز بترابط وثيق سواء عند تكوين العقد أو عند تنفيذه، وتمت صياغة هذا المبدأ على هذا النحو: " إذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه فإن الطرف الآخر يزول "

(3) - عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 143.

(4) - Ghestin Jacques, " Cause de l'engagement..... " , op.cit, p 118-119.

الاقتصادية لأطراف العقد ومن ثمة حماية المصلحة العامة وتحقيق العدل بين الأطراف المتعاقدة، فالمشرع جعل السبب من النظام العام يترتب على عدم مشروعته بطلان العقد برمته بطلانا مطلقا، ومن ثمة وجد المشرع آلية تمكنه من بسط رقابته على العقد وتحقيق عدالة النظام العام لإقامة المساواة بين طرفي العقد.

الفرع الثاني: عدم مخالفة السبب للنظام العام كمظهر للتناسب والملاءمة في العقد

حسب المادة 97 من القانون المدني: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب، كان العقد باطلا " ، فيعتبر السبب الوارد في العقد هو السبب الحقيقي، فتقتضي مشروعية السبب أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وأن لا يتعلق الأمر بشيء غير قابل للتعامل فيه سواء بطبيعته أو بحكم القانون⁽¹⁾.

فاشترط المشرع لتواجد ركن السبب ليس فقط لإكمال أركان العقد بل الغاية منه حماية الالتزام من انعدام السبب وتوفير ضمان مشروعيته وصحته وتوافقه مع النظام العام والآداب العامة، فيضطلع السبب على دور وظيفي يهدف إلى المحافظة على كيان العقد كون بتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد، كما يهدف إلى ضمان صحة ومشروعية العقد مما يعرض هذا الأخير للبطلان في حالة عدم صحته أو عدم مشروعيته⁽²⁾.

إن هذا التوجه يعكس مدى استجابة المشرع لمتطلبات المجتمع التي غيرت من وظيفة الدولة، خصوصا مع زيادة الأدوار التي أصبحت تضطلع بها، فهي تتدخل في شتى الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية بغية حماية أفراد المجتمع وتحسين المستوى المعيشي لهم، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف أضحت العقد يمثل بالنسبة للدولة أحد أهم

(1) - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 404.

(2) - فرج مكي ريماء، " تصحيح العقد، دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 291.

الوسائل لتحقيق مخططات التنمية، مما يقتضي مراقبة جميع العقود العامة والخاصة وهذه هي الوظيفة الجديدة التي أسندت للسبب بمعنى الباعث⁽¹⁾.

ذلك أن الإرادة قد أصبح لها الدور الكبير في إنشاء العقود وسائر التصرفات، وهي لا بد لها من باعث يحركها ويوجهها نحو غاية معينة، فتختلف باختلاف الأشخاص فقد تكون غاية مشروعة لا يحرّمها القانون ولا تخالف النظام العام والآداب العامة، وقد تكون هذه الغاية غير محدودة وغير مشروعة بحيث لا يبيحها القانون وتهدد النظام العام والآداب. فتعني المشروعية عدم المخالفة للقانون وللنظام العام وللآداب العامة في المجتمع، فما كان موافقا لهذه العناصر يعد مشروعاً وما كان مخالفاً لها عد غير مشروع⁽²⁾، فتسمح مشروعية السبب بمراقبة العقود من حيث مطابقتها للنظام العام والآداب، فيعد شرط المشروعية بمثابة السلاح الفعال الذي يحارب به القضاء العقود التي يسعى المتعاقدون من ورائها إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، فيعتمد إلى إبطالها بالرغم من توفر الأركان الأخرى لتتمام العقد⁽³⁾، فترتب عدم مشروعية السبب البطلان المطلق للعقد إذا كان السبب الذي يتعاقد لأجله الأطراف مخالفاً للنظام العام والآداب العامة.

بحيث تسمح الرقابة بمعرفة صحة السبب ومشروعيته مما يؤدي إلى تقوية الأمن القانوني للعقد⁽⁴⁾، فالسبب غير المشروع يعد وسيلة رقابة تضمن حماية النظام الاجتماعي بسبب علو مصلحة المجتمع على مصلحة المتعاقد وهذا ما أدى بالمشرع لتقرير البطلان المطلق على السبب غير المشروع⁽⁵⁾.

(1) - فيلالي علي، " الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 207.

(2) - حملاوي دغيش، المرجع السابق، ص 348.

(3) - عليان عدة، المرجع السابق، ص 206.

(4) - François Terré et Simler Philippe et Lequette Yves, op.cit, p 336.

(5) - Zennaki Dalila, " Quelques approche de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun " , revue des études juridiques, semestrielle, éditée par le laboratoire de droit privé fondamental, n 08, 2011, faculté de droit et sciences politiques, université Abou Bekr Belkaid, Tlemcen, p 20.

فمشروعية سبب العقد ليس الهدف منها بالدرجة الأولى حماية المصالح الفردية أو الخاصة، فالعقود المبرمة من قبل الأفراد والمخالفة للنظام العام والآداب العامة بمفهوم المجتمع، لا يجوز إبرامها لأنه لا يسمح للأفراد المساس بالمصلحة العامة ومن أجل ذلك ينبغي أن يكون السبب في العقد مطابقاً لما يفرضه النظام العام، ومهما كانت طبيعة هذا العقد، فالهدف يكمن في حماية المصلحة العامة مما فيه حماية لحرية المتعاقدين⁽¹⁾.

فاشترط المشرع شرط المشروعية الذي يعد ذاتياً، وشرط عدم مخالفة السبب للنظام العام والآداب العامة الذي يتعلق باستقرار المعاملات ورقابة المتعاقد حسن النية من بطلان عقد كان قد اطمأن لصحته ونظم علاقته على أساس وجوده ومشروعيته ومن ثمة صحة العقد المبرم.

ومسألة معرفة مدى مشروعية السبب من عدمها هي مسألة نسبية حيث افترض المشرع في المتعاقد حسن النية، كون القانون يبطل كل اتفاق إذا كان سببه غير مشروع سواء علم المتعاقد أو لم يعلم بعدم المشروعية، إلا أنه العقبة التي ستقف أمام المتعاقد هي الآداب العامة والنظام العام، الذي لا يمكن للمتعاقد مخالفته⁽²⁾.

والمقصود بالسبب المشروع أن يكون مباح قانوناً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فلا يبطل عقد يكون سببه غير مشروع على القاضي التوفيق بين مصلحة المجتمع والحفاظ على استقرار المعاملات، مما يقتضي لحماية المجتمع أن يتطلع القاضي إلى الدافع الرئيسي لإبرام العقد، ولكن للحفاظ على استقرار المعاملات يجب التطلع إلى هذا الدافع دون البواعث الأخرى، كون هذا الأخير يقصد به أمر خارج عن العقد، ولا يعد سبباً إلا إذا دخل الحقل التعاقدى بمفهوم النظرية الحديثة للسبب⁽³⁾.

(1) – Nadège Meyer, op.cit, p 55–56.

(2) – محمد يحي عبد الرحمن، " مفهوم المحل...."، المرجع السابق، ص 162.

(3) – محمد علي عبده، " نظرية السبب في القانون المدني دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 49، 79.

ومن ثمة يقصد بالمعنى الحرفي لكلمة غير مشروع كل ما هو مخالف للقانون، فعدم المشروعية يشمل كذلك كل ما هو مخالف للنظام العام والآداب العامة، فالنظام العام بمعناه الواسع يشمل كل القوانين الإلزامية التي لها هدف سياسي واجتماعي، واقتصادي، وأخلاقي⁽¹⁾، فالسبب يعد غير مشروع وغير أخلاقي عندما تكون غاية أحد المتعاقدين غير مشروعة في مواجهة المتعاقد معه.

ويمكن كذلك دور سبب الالتزام في حماية المصلحة الخاصة للمتعاقدين، مما ينبغي أن يكون هذا السبب مشروعاً ومطابقاً للآداب العامة لكي لا يضر الطرف الآخر حسن النية، إلا أنه يلاحظ حول الرقابة الممارسة على مشروعية أو أخلاقية السبب أنه لا يكون الهدف من ورائها إلا تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾.

فالسبب غير الأخلاقي من شأنه أن يخالف الآداب العامة، إلا أنه عند التفريق بين ما يعد سبب غير أخلاقي وسبب غير مشروع لا نجد معياراً للتفرقة لا في القانون ولا عند الفقه ولا في الاجتهاد القضائي، إلا أن هناك من يعتبر السبب غير المشروع لما يكون مخالفاً للقواعد القانونية التي هي من النظام العام، بينما يكون السبب غير أخلاقي عند مخالفته للآداب العامة⁽³⁾.

والمشروع ذهب في نفس السياق من خلال استقراء نص المادة 97 من القانون المدني، بسبب استعماله عبارة " لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب" باللغة العربية، إلا أنه معروف لدى الفقه القانوني أن فكرة المشروعية تدور حول مدى احترام النظام العام وحسن الآداب العامة، فوفق رأي الأستاذ السعدي محمد صبري الذي يعقب على نص المادة 97 من القانون المدني بتعريفه لعدم المشروعية على أنها ترجع

(1)- Simler Philippe, " **Contrats et obligations, Cause** " , Juris classeur, civil code, fasc9-6, n 08, paris, 2002, p 25.

(2)- Ibid, p 06.

(3)- Renault-Brahinsky Corinne, " **Droit civil, Les obligations** ", 02 édition, éditions GUALINO, paris, 2002, p 78.

إلى مخالفة النظام العام والآداب العامة، بحيث يقترح تعديل هذه المادة لتكون صياغتها كالتالي: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلاً"⁽¹⁾، إلا أنه يمكن التعقيب على هذا الرأي كون المشرع ذكر أن يكون السبب غير مشروع فأدى به إلى التأكيد على عدم مخالفة السبب للنظام العام والآداب العامة، كما استعمل "أو" التي تفيد الخيار بين مختلف الحالات المذكورة في المادة 97 من القانون المدني، إلا أنه عند النظر إلى نص المادة باللغة الفرنسية نجد عبارة " سبب غير موجود أو سبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة"⁽²⁾، فالنص باللغة الفرنسية يعد أكثر وضوحاً من النص باللغة العربية كون استعمال المشرع لمصطلح "سبب غير مشروع" يجعلنا نقع في اللبس فالنص حسب رأينا باللغة الفرنسية أدق، مما ينبغي على المشرع تدارك الوضع، لأن السبب غير المشروع حتماً يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ويعرض العقد للبطلان المطلق، كما أن التعاقد بدون سبب يجعل العقد يقع في نفس الحكم، ومن ثمة نحن نفضل النص باللغة الفرنسية كونه أكثر وضوحاً.

فنتقضي الرقابة على وجود السبب البحث فيما التزم به المتعاقد ولماذا قبل المدين التعهد على نفسه تجاه الدائن بهذا العقد، فمن خلال مضمون هذا الأخير يمكن أن نستشف الفائدة المترتبة عن التزام المدين تجاه الدائن، إلا أنه نتيجة تبني المشرع نظرية السبب بالاتجاه الموضوعي والذاتي أدى ذلك لتلاؤم المادتين 97 و98 من القانون المدني، مما ينبغي معرفة وظيفة السبب حسب تغير طبيعة العقد، ففي العقود التبادلية التي تظهر فيها الالتزامات متبادلة، يظهر السبب الموضوعي بحكم تأسيسه على الوجود أو عدمه على تحقق المقابل، فالعقود الملزمة لجانب واحد تركز على التقدير الذاتي لوجود السبب بحيث تتناسب مع طبيعة هذا التصرف القانوني، مما يستتبعها النظر في اعتبارات اقتصادية،

(1) - السعدي محمد صيري، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري..... " ، ص 230.

(2) - L'article 97 du code civil: " Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ".

شخصية، ومن ثمة يكون من الفائدة تحريك الرقابة على مشروعية السبب، ونفس الأمر بالنسبة لعقد المعاوضة والعقد الاحتمالي⁽¹⁾.

فاشترط وجود السبب ليس إكمالاً لأركان العقد فقط، بل غايته حماية الالتزام من انعدام السبب وتوفير ضمان مشروعيته وصحته وتوافقه مع النظام العام والآداب العامة، وهذه الغاية الأساسية لنظرية السبب، فهذا الأخير إذن يقوم بدور وظيفي يتحقق من ورائه المحافظة على كيان العقد، ويلعب دوراً في صحة ومشروعية العقد، فإذا كان السبب غير مشروع أو غير موجود أو مخالف للنظام العام والآداب العامة يؤدي إلى بطلان العقد.

ولعل تقرير فقدان الجزئي للسبب في عقود معينة في إطار القانون المدني أظهر منهج إعادة التوازن لدى المشرع في التزام المدين مقارنة مع حقوق الدائن، التي تقرر سلطته في كل الأحوال للقاضي، ففي عقد البيع يجوز للمشتري الخيار بين إنقاص الثمن وهذا فيه إنقاذ للعقد، وإما طلب فسخه إذا كان النقص الذي لحق المبيع لتلف جسيم أصابه قبل التسليم، بحيث يتنافى والهدف الذي أبرم من أجله⁽²⁾.

فبحصر المشرع لنظرية السبب كركن للعقد في سبب الالتزام وسبب العقد يترتب على تخلفه البطلان وتكريسه للرقابة على مدى وجود ومشروعية هذا الأخير، وضرورة مطابقته للنظام العام والآداب العامة، إلا أنه ليس باستطاعة كل متعاقد تصور ومعرفة معنى النظام

(1) – Bonnet David, op.cit, p 46,49.

(2) – انظر المادة 375 من القانون المدني التي تنص على: " في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع: - قيمة المبيع وقت نزع اليد، - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع، - المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيئ النية، - جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقاً للمادة 373، - وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع، كل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله"، و المادة 376 من القانون المدني: " في حالة نوع اليد الجزئي عن البيع أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدراً لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه، وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع ".

العام⁽¹⁾، فيتولى تحديد قواعد هذا الأخير المشرع بموجب قواعد أمرة، فيمكن القول إن القاضي إن كانت القاعدة أمرة ومن النظام العام تكون له السلطة في إبطال العقد بطلانا مطلقا، أو إبطاله للشرط فقط إذا انصب الشرط في مصلحة الطرف الضعيف إن كنا في إطار النظام العام الحمائي⁽²⁾.

فهذه النصوص الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كونها تحمي النظام العام والآداب في المجتمع، ومن ثمة فهي تخرج عن دائرة الحرية التعاقدية، فليس للإرادة أن تنشئ تصرفا يخالف سببه أو محله النظام العام والآداب العامة⁽³⁾.

فمهمة القاضي إذن البحث بين هذه التصرفات الصادرة عن العاقدين والبت فيما إذا كانت لها صلة بالنظام العام، فتظهر سلطة القاضي فيما إذا كان الاتفاق مخالفا للنظام العام أم لا عندما يظهر أن هذا الاتفاق يخالفه، مثل حالة حرية الشخص في الزواج أم لا، هذه الحرية هي من النظام العام، ففي غالب الأحيان يجد القاضي نفسه أمام اتفاق يحد من هذه الحرية مثل إبرام عقد الهبة لشخص آخر مقابل ألا يتزوج الموهوب له، فهذا الشرط يقيد حرية الشخص في الزواج ومن ثمة فهو باطل، فمسألة تقرير البطلان هي من اختصاص قاضي الموضوع، لكن باستثناء القاضي للظروف والبواعث التي أدت بالواهب إلى اشتراط مثل هذا الشرط الذي قدره القاضي على أن هذا الاشتراط مؤقت والدافع من ورائه هو حماية الشخص الذي قد يكون ضعيفا، وقد يستجيب لنزوات عابرة مما يضر بمصالح هذا الشخص وبالتالي يحكم بصحة هذا الشرط لعدم مخالفته للنظام العام.

(1) - وهذا ما اصطلح عليه الفقه حول صعوبة وضع تعريف جامع مانع للنظام العام فقال Sommières varicelles ،

إنه عند محاولة تعريف النظام العام إنما تتركب حصانا جامحا دون أن تدري على أي أرض سيلقي بك.

(2) - للمزيد من التفاصيل سيتم التطرق لسلطة القاضي في الباب الثاني بالتفصيل.

(3) - عليان بوزيان، " دور فكرة النظام العام الاقتصادي في حماية المستهلك، " ، المرجع السابق، ص 53.

فبممارسة القاضي لرقابته على السبب فيه تحقيق للمصلحة العامة، فالغاية من وراء فرض مراقبة مشروعية السبب في العقود حتى لا تضر هذه الأخير الاقتصاد الوطني والمجتمع، بالإضافة إلى ضمان المفهوم الحديث للسبب للتوازن العقدي بين أطراف العقد⁽¹⁾. فالقاضي المدني يقرر الجزاء عند مخالفة السبب في العقد للآداب العامة، التي هي عبارة عن مجموعة القيم والأخلاق التي يقوم عليه المجتمع والدين بحيث تكون مطابقة لتركيبية هذا المجتمع⁽²⁾.

فحماية النظام العام والآداب العامة، لا تتحقق إلا بالبحث عن الباعث الدافع الذي يكمن وراء إبرام عقد معين، فإذا كان شرط من شروط العقد له صفة الباعث الدافع لإبرامه مخالفا للنظام العام فهذا يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله، بينما يقتصر البطلان على الشرط وحده إذا لم تكن له هذه الصفة⁽³⁾، وبالتالي فعلى القاضي دائما أن يبحث عن سبب العقد، فإن وجده مشروعاً أقر بصحة العقد وإن وجده غير مشروع حكم ببطلانه.

وهذا ما أكدته القضاء الجزائري من خلال العديد من القرارات القضائية ومنها القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلاً، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد إيجار المنزل المتنازل عليه معد لاستغلاله في الدعارة، فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلاناً مطلقاً، خالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽⁴⁾."

(1) - Ghestin Jacques, " Cause...." , op.cit, p 65-66.

(2) - Bonnet David, op.cit, p 156-157.

(3) - محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 446-447.

(4) - قرار صادر عن المحكمة العليا، المؤرخ في 12/04/1987، ملف رقم 43098، المجلة القضائية العدد 04، 1990، ص 85-87.

وفي قرارات حديثة صادرة عن الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي اعتبر أنه لإبطال العقود ذات العوض يكفي علم أحد المتعاقدين بباعث الطرف الآخر غير المشروع، ومن ثمة فالباعث الذي يبقى سرياً أو على الأقل مجهولاً من قبل الطرف الآخر في العقد، لا يمكن وصفه بالسبب، ولا يمكن إبطال العقد كون هذا الباعث خفي، فالمتعاقداً الذي يخفي مشروعته غير الشرعي وغير الأخلاقي لا يمكنه التذرع بالبطلان تجاه الطرف الحسن النية⁽¹⁾، إلا أنه في حالة اكتشاف الطرف حسن النية نوايا الطرف الآخر بشكل متأخر فإن العقد باطل بالرغم من أن هذا الطرف حسن النية كان يأمل بقاء العقد، إلا أنه يضطر القاضي لإبطال العقد لمخالفته الآداب العامة بالرغم من أن الطرفين كان يأملان بقاءه⁽²⁾.

كما اعتبر القضاء الفرنسي التبرع بين الخليلين في إطار علاقة غير شرعية ليست بحد ذاتها سبباً لبطلان تلك التبرعات إذا كانت الخيلة قد قبلت بهذا التبرع، فالسبب الموضوعي يفترض صحته، أما بالنسبة للسبب الذاتي أي الدافع إلى التبرع، فمن شأنه جعل عقد الهبة باطلاً، إذا كان الباعث الدافع هو تأليف وإنشاء هذه العلاقة، معنى ذلك كل دافع من شأنه الاستبقاء على العلاقات غير المشروعة من شأنه أن يعرض العقد للبطلان⁽³⁾.

(1) – cass.soc.08/01/1964, bull.civ.IV n 25, jcp 1964 édition G.II, 13546 ; d, 1964, p 267, cass.com, 06/12/1988, bull.civ, IV n 334.

(2) – cass.civ premier 12/07/1989, b,I, n 293 ; r,468, p90.

(3) – cass-civ, 14/10/1940, p 137, j.c.p 1957 éditions G.II, 10234, et cass premier civ, 06/03/1962, bull civ I, n 138, d 1962 , p 125, et 06/01/1964 bull, civ I n 231, 01/07/1965, bull civ, I n 443 ; RTDC, et cass premier civ 02/12/1981, D 1982 inf, rap, p 474, 08/11/1982, jcp, 1983, éditions C,IV, p31.

ومن بين العبارات التي كانت ترد في الاجتهاد القضائي الفرنسي هي:

"Le caractère illicite ou immoral de la cause a permis encore d'annuler les libéralités entre concubins lorsqu'elles ont but l'obtention ou le maintien de relations illégitimes et non la réparation du préjudice causé par leur rupture ", " L'acte de libéralité se trouve frappé de nullité s'il a eu pour cause soit la formation, la continuation ou la reprise immoraux, soit leur rémunération " , " La donation est illicite quand sa cause, son motif déterminant a été la

كما أبطلت المحاكم الفرنسية عقود تبرع بشأن تأليف أو استمرار علاقات جنسية غير مشروعة مع فردين من نفس الجنس (لواط)⁽¹⁾، وتسنى للقضاء الفرنسي كذلك إبطال عقود إيجار منازل، إذا كان المستأجر ينوي من وراء ذلك العقد تخصيص تلك البيوت لممارسة الدعارة والبغاء⁽²⁾، أو لممارسة ألعاب غير مسموح بها قانوناً، كألعاب القمار التي لا تمارس إلا في نواد معينة⁽³⁾.

كما تطرق القضاء الفرنسي للنظر في القضايا المتعلقة بألعاب الميسر والقمار، فاعتبر القروض المقدمة لتسديد خسارة لعب صحيحة طالما أن المقرض لم يكن مشتركاً في لعبة القمار ولم يكن مستفيداً منها⁽⁴⁾، أما القرض الذي يقدمه المقرض بهدف تشجيع المقامرة وتتميتها فهو باطل كون السبب غير مشروع⁽⁵⁾، بينما اكتفت بعض الاجتهادات بأن يكون المقرض مستفيداً من لعبة القمار في سبيل إبطال القرض⁽⁶⁾، فلا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه مما يؤدي ذلك لحماية المبادئ التي يقوم عليها النظام العام والآداب العامة⁽⁷⁾.

فرض المشرع لمطابقة السبب للنظام العام والآداب، كان نظراً لأهميته كونه يؤدي إلى نجاسة العقد واستقراره، فقد جهل المتعاقدان أن عقدهما لا يمس النظام العام والآداب

considération des relations immorales dans le passé pour les payer ou dans l'avenir pour les nouer ou les continuer " .

(1) – cass.premier civ, 16/01/1973, bull, civ,1, n 22, 1974, p 370.

(2) – tribunal civil, seine 25/11/1936, d.h, 1937, 142, civ 27/12/1945, gaz.pal, p 194.

(3) – civ, 17/01/1944 ; d, 1945 somm 02 gaz.pal, 01, p 132

(4) – civ 15/11/1964, dp, 65, 01, p 224.

(5) – crim, 19/07/1929, d.p, 1933 ,01, p 26.

(6) – trib lorr, grasse, 16/10/1946, gaz, pal, 1946, 02, p 202.

(7) – المحاسنة محمد يحيى، " مدى كفاية نظام مشروعية العقد في القانون المقارن "، مجلة الحقوق، العدد 01، السنة 27، مارس 2003، جامعة الكويت، ص 208، و Malaurie Philippe, "Les contrats contraires a l'ordre public, étude de droit civil comparé: France, Angleterre, U.R.S.S ", Thèse pour le doctorat, faculté de droit, université de paris, éditions Matot-Braine, Reims, 1953, p 170-171.

العامة إلا أنه يعد سببا غير مشروع، كما أنه قد يحدث أن يكون التصرف في ذاته مشروعا وقت إبرامه ثم تجد بعد ذلك ظروف تجعل في تنفيذه ما يضر بالمصلحة العامة، مما ينبغي معه إبطال هذا التصرف، فالمشرع يحيل السبب على فكرة مخالفة النظام العام ويتبعه بمعيار أوسع وهو الآداب العامة، حيث رأينا هذين المفهومين متلازمين ويخضعان للنسبية والتغير والتطور، فشرط عدم مشروعية السبب يهدف إلى حماية المصلحة العامة وهي معيار للنظام العام والآداب، فأراد المشرع من خلال ركن السبب بمفهومه الحديث مراقبة مشروعية العقود كي لا تضر المجتمع والاقتصاد الوطني، ورتب على هذا الإخلال بالقاعدة الآمرة بطلانا مطلقا للعقد نظرا لأهميتها فرجح المشرع بذلك نوعا ما حماية للمجتمع على مصلحة الفرد وأنانيته.

فمن خلال نص المادتين 93 و 97 من القانون المدني، التي حدد فيهما المشرع مضمون النظام العام والآداب العامة، مع فسحه المجال للقاضي لإبطال العقد بطلانا مطلقا، فالقاضي هنا يمارس ضبطا مفيدا على العقود⁽¹⁾.

فالقاضي لا يخترع إذن النظام العام بل يبحث عنه ويستخرجه من مجموع المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي، ويظهر إلى حيز الوجود من خلال إبطاله للعقود والالتزامات المخالفة له⁽²⁾، هذا ما جعل جاك غستان يقول إنه: " بجانب النظام العام التشريعي يقوم نظام عام تقديري ومضمر يتم الاستعانة به في حالة غياب النص القانوني، للجزم إن كانت هذه العقود متوافقة مع النظام العام أم لا "⁽³⁾ ، وتوسيعا من المشرع لدائرة الحماية بهدف تعزيز حرية التعاقد أمد نطاق النظام العام لشكلية مفروضة في بعض العقود.

(1) – Zennaki Dalila, " **Quelques approche....**" , op.cit, p 16.

(2) – François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, op.cit, p 348.

(3) – Ghestin Jacques, " **Traité de droit civil, Le contrat, Formation**, L.G.D. J, paris, 1988, p 728.

المبحث الثاني: مساهمة النظام العام في ضبط شكلية العقود

من بين المساوئ التي نتجت عن مبدأ الرضائية كون هذه الأخيرة أصبحت تضر المصلحة الفردية للمتعاقدين، فهي تؤدي إلى تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل تقديره للأمور حق قدرها، كما قد يغفل مسائل هامة، فالكتابة تعمل على حماية سلامة رضاء المتعاقد.

بالإضافة إلى ذلك أصبحت الآن تستدعي المصلحة العامة شكلية للعقود خاصة مع تطور وظيفة الدولة كونها أصبحت تتكفل بالميدان الاجتماعي والاقتصادي، فالكتابة تمكن الدولة من بسط رقابتها على السياسة الاقتصادية والاجتماعية التي تنتهجها، ولهذا ففي حالة اشتراط المشرع لشكل معين ينبغي توفره وإلا وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا.

يعد اشتراط ركن الشكلية حالة استثنائية، كون الأصل الذي أخذ به المشرع هو رضائية العقود طبقا للمادة 59 من القانون المدني، الذي يترجم حرية المتعاقدين حول كيفية إبرامهم للعقد، إلا أنه لوحظ تراجع هذا المبدأ نظرا لما أصبح يلحق المصالح الفردية من أضرار نتيجة تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل أن يحسب نتائج هذا الإبرام، كما قد يتم إغفال مسائل هامة، ولا يحتاط لنفسه المتعاقد إذا كان ضعيفا من سوء نية المتعاقد معه، فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه، خاصة إذا تجسدت في كتابة رسمية أو حتى في شكل كتابة عرفية أو حتى في حالة تسليم الأشياء المشترطة في بعض العقود، كما تحمي الشكلية المصلحة العامة كون الدولة تمنع كل شكل معارض مع الاتجاهات العامة مما يدعونا للتطرق لمضمون هذه الشكلية (المطلب الأول)، ونتيجة للتطورات الحاصلة على الساحة الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي أثرت على الوسائل المستعملة في التعاقد، أدى ذلك إلى ظهور نظام جديد للتعاقد في شكل عقود جديدة أو ما يسمى بالعقود النموذجية التي تلبي حاجيات الأفراد، ويرجع السبب من وراء اللجوء إلى مثل هذه العقود لأن واضعي هذه الأخيرة ذوو خبرة في مجالات هذه العقود، والشيء المفيد في مثل هذه العقود أن المشرع تدخل لتنظيمها تنظيما مسبقا وفق ما يسمى بالعقد النموذجي، وبالتالي تستبعد فكرة التعسف التي تلازم الطرف القوي في العقد كونه يتمتع باحتكار فعلي، فهو بذلك يقيد إرادة

المتعاقدين، وعلى هذا الأساس ينبغي التطرق لمعرفة كيف يتم تحديد إرادة المتعاقدين بواسطة الشكل (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الاستعانة بالشكلية العقدية لتحقيق الأمان العقدي

قد يشترط المشرع أحيانا شكلية معينة يراها لازمة لقيام العقد ويرتب البطلان على عدم توفرها، وعلى المتعاقدين مراعاتها حتى يقوم العقد صحيحا وتسمى هذه الشكلية بالشكلية المباشرة لاتصالها مباشرة بتكوين العقد، إذ لا بد لقيامه من توافرها كركن إضافة إلى التراضي والمحل والسبب ومن ثمة يلزم المشرع الطرفين بكتابة العقد، وقد تكون هذه الكتابة التي تترجم ركن الشكلية كتابة رسمية أو عرفية.

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الشكلية فعرفها الفقيه جيني بقوله: " إن التصرف الشكلي هو الذي يقع فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما....." ، كما يرى روبي: " أن الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات(1) "، فالشكل يعد المظهر الخارجي للعمل القانوني كونه التعبير المادي عن إرادة من يشارك في تحضير العمل القانوني وإبرامه، فهو يعمل على إخراج الإرادة إلى الخارج(2)، فتتمثل الشكلية في الشكل المفروض لصحة العقد، فهذا الشكل المقرر من قبل المشرع يعد أحد العناصر المكونة للعقد(3)، فالشكلية بصفة عامة تؤدي إلى حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة

(1) - فيلالي علي، "الالتزامات....." ، المرجع السابق، ص 293.

(2) - محمد علي عبده، " دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص 09.

(3) - Brasseur.P, De coninck.B, Delforge.G, Demoulin.M, Montero.E, FONTAINE.M, Michaux.S, Vandehouten.I, " **Le processus de formation du contrat** ", contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, centre de droit des obligations, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, L.G.D.J, paris, 2002, p 626.

للمتعاقدين كون هذا الشكل يدوم وغير قابل للزوال مما يحفظ حقوقهم⁽¹⁾ .

ولكن هذه الشكلية هي أنواع فقد يستدعي الغرض المراد تحقيقه إفراغ العقد في شكل معين وهي الشكلية المباشرة (الفرع الأول) ، كما قد يكتفي المشرع بفرض بعض الإجراءات التي قد تكون سابقة أو لاحقة للتصرف القانوني وهي الشكلية غير المباشرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشكلية المباشرة كركن في العقد تحمي رضا المتعاقدين

الأصل أن الرضائية لا تعد من النظام العام، ومن ثمة يجوز الاتفاق على مخالفتها ففي حالة اتفاق الطرفين على جعل تصرفهما شكليا لا ينعقد إذن العقد إلا بالشكل الذي اتفقا عليه العاقدان، أما بالنسبة للشكلية فإن الأمر يختلف كون هذه الأخيرة هي تلك التي يتطلبها ويشترطها القانون فهي من النظام العام، لأنها تقررت لحماية مصالح أساسية معينة لا يجوز تجاوزها، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلاف الشكلية أو الإعفاء منها أو جعل العقد الشكلي رضائيا لا حاجة فيه إلى الشكل⁽²⁾.

فالشكلية تعمل على إعطاء الأمان، بل هي ضمان للحرية التعاقدية كونها تحمي المتعاقد نفسه، كما تعمل على ضمان جدية الالتزام، وتنبه العاقدين إلى خطورة ما هما مقدمان عليه، أو لتسهيل مهمة إثبات التصرف القانوني، كما تكون الغاية منها لتحديد طبيعة التصرف وتحديد آثاره خاصة إذا استغرق تنفيذ ذلك العقد زمنا طويلا⁽³⁾، بالإضافة إلى اشتراط المشرع الكتابة الرسمية للحفاظ على أموال المتعاقدين وضمان حقوقهم في

(1) – Vincent Forray, " **Le consensualisme dans la théorie générale du contrat** " , éditions L.G.D.J, 2007, paris, p 187.

(2) – الجبوري ياسين محمد، " المبسوط.....الجزء الأول " ، المرجع السابق، ص 36-37.

(3) – Malaurie philippe et Aynès laurent et Stoffel-munck, op.cit, p 261.

معاملاتهم، فهذا الإلزام من المشرع بهدف حماية المصلحة الخاصة للأفراد، فلا مجال إذن لإعمال حريتهم في تحديد الشكل الذي يتوافق مع إرادتهم⁽¹⁾.

فيقصد بالشكالية المباشرة تلك التي تكون ركنا في العقد، إذ لا بد منها لقيام العقد، ومن ثمة يشترط في العقد الشكلي إضافة إلى التراضي والمحل والسبب، ركن الشكالية، فهذه الأخيرة تدعى بالمباشرة لكونها تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فيترتب على انعدامها انعدام التصرف القانوني⁽²⁾.

فيتمثل الهدف الأساسي من وراء فرض المشرع للشكالية حماية رضا الأطراف بغرض تفادي التعاقد العشوائي وغير المدروس من قبل الطرف الذي لا يملك دراية بالعقد، فحماية المصلحة الخاصة للأفراد المتعاقدين من قبل الشكالية تهدف إلى إنارة رضا أطراف العقد، وكذلك حماية المصلحة العامة عن طريق ضمان التكافؤ العقدي بين أطرافه بتحقيق الأمان القانوني وتقوية الثقة العقدية وضمان استقرار المعاملات، كما تسمح الشكالية بمراقبة العقود، أو لردع الأطراف المبرمين لعقود لا تتفق مع النظام العام والآداب العامة كونها تسمح بالتعرف على العقد الذي يندم محله أو سببه أو يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة ومن أجل ذلك اعتبرها المشرع من النظام العام لما فيها من تعزيز لإرادة الأطراف المتعاقدة⁽³⁾.

فهذه الشكالية التي نص عليها المشرع تعد من النظام العام كونها تقررت لحماية مصالح أساسية معينة لا يجوز التغاضي عنها، فلا يجوز الاتفاق على خلاف الشكالية أو

(1) - بريك فارس حسين الجبوري وعود حسين ياسين العبيدي، " نظرية الشكل في العقود المدنية والإلكترونية، قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014، ص 106.

(2) - الجبوري ياسين محمد، " المبسوط، الجزء الأول....." ، المرجع السابق، ص 33.

(3) - Brasseur.P, De Coninck.B, Delforge.G, Demoulin.M, Montero.E, FONTAINE.M, Michaux.S, Vandehouten.I, op.cit, p 631,634-636.

الإعفاء منها أو الاتفاق على جعل العقد الشكلي عقدا رضائيا لا حاجة فيه للشكل فهذا الاتفاق يعد مخالفا للنظام العام.

وتتجسد مظاهر هذه الشكلية المباشرة في أمرين الأول الكتابة الرسمية، والثاني بالكتابة العرفية، ويلحظ على المشرع أنه رتب على تخلفهما البطلان المطلق كونهما تعدان من النظام العام، وسوف نتطرق لمضمون كل من الكتابة الرسمية، والكتابة العرفية.

أولاً)- ضرورة إخضاع العقود للكتابة الرسمية

بالنظر لنص المادة 324 من القانون المدني التي عرفت العقد الرسمي بأنه: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ". كما عرف المشرع الكتابة في المادة 323 مكرر من القانون المدني على أنها: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها " ، فتعد الكتابة الرسمية وسيلة لمراقبة التصرفات القانونية خاصة المنصبة على العقارات والمتعلقة كذلك بالنشاط التجاري، كما تضمن الشفافية في المعاملات الاقتصادية وتعد مصدراً للخزينة العمومية إضافة لكونها تحمي المتعاقدين بحيث تمنحهما مهلة للتفكير كما أن تدخل الموثق لتقديم النصيحة يعد ضماناً للأمن القانوني⁽¹⁾.

فتعد هذه الشكلية من بين الأهداف التي يسعى المشرع إلى تحقيقها وتتعلق بالمصلحة العامة، والتي هي أساساً متصلة بالقواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لم تعد تقتصر على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة والمصالح العمومية، بل امتدت إلى المجال الاقتصادي والاجتماعي⁽²⁾.

(1)- لحو خيار غنيمية، " محاضرات في القانون المدني..."، المرجع السابق، ص 85.

(2)- بوشنافة محمد، " مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة وحرية الأطراف "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر 01، 2013، ص 107.

فالكتابة الرسمية يقصد بها وضع المحرر في قالب رسمي من طرف شخص مؤهل قانونا، كون عهده له مهمة المعاينة والتحقق بصفة رسمية عن وقائع معينة، فيشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا من قبل ضابط عمومي أو شخص مكلف يقدم خدمة عامة⁽¹⁾. فهؤلاء الأعوان المعهود لهم مهمة تحرير العقد وإضفاء طابع الرسمية عليه أساسه القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽²⁾، كذلك الشخص المكلف بالخدمة العامة كالمحامين، والمحضرين، وكذلك قانون البلدية والموثق وكتاب الضبط لدى المحاكم.... إلخ، فيما يخص الضابط العمومي، ففي هذا المجال وفقا لأحكام القانون رقم 06-02 المتعلق مهنة الموثق⁽³⁾، حيث ألزمت المادة 12 من هذا القانون الموثق بالتأكد من صحة العقود الموثقة، كما توجد على مستوى القضاء العديد من القضايا التي تجعل من غياب الشكل الرسمي سببا لبطلان العقد، كون هذا الشكل الرسمي يحمي أطراف العقد بالإضافة لاستعماله وسيلة إثبات في حالة نشوب نزاع، فيعد ركنا لصحة العقد مثله مثل الرضا والمحل والسبب بدونه لا يصبح للعقد جدوى، ولا يمكن تنفيذه، ومن ثمة يبطل بطلانا مطلقا

(1) - يحيوي يوسف، " الشكلية غير المباشر وأثرها على فعالية العقود "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014، ص 14 .

(2) - ميدي أحمد، " الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2002، ص 12، انظر المادة 04 من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية: " يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري....."، المؤرخ في 2006/07/15، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 2006/07/16، ص 04.

(3) - انظر المادة 12 من القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، المؤرخ في 2006/02/20، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 2006/03/08، ص 16، التي تنص على: " يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة...".

كون المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني تعد أمرة فهي من النظام العام⁽¹⁾، كونها تعمل على حماية رضا المتعاقدين بحيث لا يمكن لهما أن يتنازلا عنها أو تعويضها بشكالية مغايرة لها خاصة إذا كانت مفروضة لصحة بعض العقود⁽²⁾.

فالعقود التي لا يتمسك أصحابها بالشكالية الرسمية المطلوبة لصحة تصرفاتهم تكون مخالفة للنظام العام الاقتصادي، مما يبرر حماية الطرف الضعيف أحيانا، وحماية الاقتصاد الوطني أحيانا أخرى والمساس بهذه المصالح يعد مساسا بالنظام العام للمجتمع⁽³⁾.

فباستقراء نص المادة 324 من القانون المدني التي تعرف العقد الرسمي، مع نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، يمكن ملاحظة أن المشرع جعل هذه المادة أمرة ومن النظام العام، وقرر على العقود التي يتخلف فيها الشكل الرسمي البطلان المطلق، فباستعماله لمصطلح " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب

(1) – Lahlou khiair Ghenima, " **Le formalisme dans le contrat** " , revue algérienne des sciences juridiques et économiques et politiques, fac de droit , Alger, n 03, 1998, p 745-744, 747,

والمجلة القضائية رقم 04، 1989، ملف رقم 36662، الذي تضمن في فحواه: " متى كان من المقرر قانونا أن الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه، ولذا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، إذا كان ثابتا في النزاع أن موظف مصلحة السكن كان قد تلقى تنازل المطعون ضده حقه في المحل التجاري المتنازع فيه لفائدة الطاعن ومنح هذا الحق المتنازل عنه لهذا الأخير، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم رفض طلبات الطاعن كلها بسبب البطلان الناشئ عن عدم وجود إثبات تنازل بعقد رسمي طبقا للمادتين 69 و83 من القانون التجاري، مع اعتبار أن المطعون ضده يظل حقه قائما في المحل التجاري، خرقوا القانون بتطبيقهم أحكام القانون التجاري على بطلان الوصل المؤرخ في 1973/04/11، إذ لم يكن هذا القانون قد صدر في ذلك الوقت ودون الإشارة إلى شهادة مصالح السكن ولا تنازل المطعون ضده ولا لوصولات الإيجار المحررة منذ 1973/09/01، وكان لذلك الطاعن على قرارهم مؤسسا، مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ " .

(2) – Schmidt-Szalewski Joanna, " **Droit des contrats**", jurisprudence française 05, éditions LITEC, paris, 1989, p 91-92.

(3) – رابيس محمد، " مدى أثر النظام العام والآداب الحميدة على العقد المدني " ، مداخلة في الملتقى الدولي حول " موضوع النظام العام والعلاقات القانونية " ، يومي 23 و 24 أبريل 2007، مجلة دراسات قانونية، مجلة سداسية، العدد 05، 2008، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص 91.

تحت طائلة البطلان تحرير...." ، بحيث عدد مجموعة من العقود التي قرر عليها البطلان في حالة تخلف الشكل الرسمي فيها للبطلان المطلق، يمكن القول إنه قرر كذلك البطلان المطلق على العقود التي يستوجب تحريرها شكلا رسميا وينعدم هذا الأخير فيها، مما يمكن القول إن هناك حماية للمصلحة العامة عن طريق تقرير أشكال معينة للعقود ومن ثمة تقييد النظام العام للإرادة التعاقدية لأطراف العقد بعدم خروجهم عن القالب المرسوم من قبل المشرع ومن ثمة تحقيق مصلحتهم الخاصة.

كما يلاحظ على المشرع من خلال المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني اشتراطه التوثيق بحيث اعتبره ركنا لقيام العقود التي ذكرها في هذه المادة، فإذا لم يتم توثيقها اعتبرت باطلة بطلانا مطلقا⁽¹⁾، فعند تدخل المشرع لفرض شكل معين لصحة قيام العقد هنا يعد العقد شكليا، فيكون بذلك الشكل ركنا لازما لصحة قيام العقد، ومن ثمة يشكل قيدا على مبدأ الرضائية في مرحلة إنشاء العقد، وقيدا على تنفيذ الالتزامات حماية للغير ومنع سريان العقد عليه لكي يعد العقد نافذا في مواجهته ولن يتحقق ذلك إلا بالقيام بإجراءات لاحقة⁽²⁾.

كما أكد المشرع في المادة 324 مكرر 02 من القانون المدني، على ضرورة توقيع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود، عند الاقتضاء يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد.

(1) - بوفلجة عبد الرحمن، " دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص 56.

(2) - محمد علي عبده، " دور الشكل...."، المرجع السابق، ص 59-69، 95.

وبالتالي يمكن القول إن هذا الشكل الرسمي يعد من النظام العام وفي حال تخلفه في بعض العقود يؤدي ذلك إلى بطلان التصرف بطلانا مطلقاً⁽¹⁾، وهذا ما نلمسه من المشرع في الوعد بالتعاقد بموجب المادة 71 من القانون المدني، وعقد الشركة في المادة 418 من القانون المدني، وعقد الوكالة في المادة 572 من القانون المدني، وعقد الرهن الرسمي المادة 883 من القانون المدني، كذلك بالنسبة للعقود المتصلة بالمحل التجاري بموجب المادة 20 من القانون التجاري، كذلك بالنسبة لعقد بيع بناء على التصاميم، كما اشترط المشرع إفراغ بعض التصرفات في شكلية رسمية تحت طائلة البطلان من خلال نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني: "...العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

فالملاحظ على المشرع جعله لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني قاعدة لفرض الرسمية على سبيل المثال، تاركا النصوص الأخرى في ظل العقود المتنوعة كي يشترط فيها صراحة هذا الركن مثلما لمسنا في الوعد بالتعاقد وعقد الشركة وعقد الوكالة وعقد الرهن الرسمي والعقود المتصلة بالمحل التجاري وعقد بيع بناء على التصاميم.

(1) - المجلة القضائية، عدد خاص، 1999، ملف رقم 136156، " من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا، زمن المقرر قانونا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو في شكل رسمي، ومن المقرر قانونا أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما اعتبروا العقد العرفي المتضمن بيع قاعدة تجارية عقدا صحيحا مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن وتترتب عليه التزامات شخصية متمثلة في إتمام إجراءات البيع يكونون بقضائهم هذا قد خرقوا القانون الذي يعتبر الشكل الرسمي في بيع قاعدة تجارية شرطا ضروريا لصحة البيع وأن تحرير عقد البيع في شكل رسمي آخر يخالف القانون مما يؤدي إلى بطلان ذلك العقد بطلانا مطلقا كونه يمس بالنظام العام، مما يستوجب نقض القرار ".

فالإغفال الكلي لهذه الشكلية يؤدي إلى اعتبار العقد منعدما، بينما إغفال بعض الأشكال والشروط يفقد العقد صيغته الرسمية طبقا للمادة 326 مكرر 02 من القانون المدني⁽¹⁾، فيقع على عاتق الموثق أن يوضح لأطراف العقد حقوقهم والتزاماتهم، كما يقع عليه واجب فحص العقود التي يحررها عن طريق مراقبة الشروط القانونية والواقعية، مع تأكده من فعالية ونجاعة العقود التي يبرمها⁽²⁾، كما أكدت على ذلك المادة 12 من قانون تنظيم مهنة الموثق رقم 06-02.

ففرض الطابع الرسمي على مثل هذه العقود تستدعيه أهمية المحل، كما تكمن أهمية الطابع الرسمي في جعل الموظفين العموميين مكلفين بالالتزام بالنصيحة للمتعاقدين بشأن التصرفات التي يقومون بإبرامها، مع إحاطتهم علما بكافة الالتزامات والحقوق المقررة عليهم باستتباع ذلك بالالتزام بالتحذير عن خطورة هذا التصرف، وتسهيل أعمال احترام النصوص ذات الطابع الأمر ومن ثمة احترام النظام العام والآداب العامة.

كما تشترط المادة 324 من القانون المدني تحرير العقود الرسمية وفق الأشكال التي يقررها القانون، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، وهذا ما نصت عليه المادة 26 من القانون رقم 06-02 على أن: " تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان، باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام.....ويصادق على الحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق، والأطراف، وعند الاقتضاء الشهود والمترجم " ، كما تنص المادة 29 من نفس القانون على: " دون الإخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص الخاصة، يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات الآتية: اسم ولقب

(1) - المادة 326 مكرر 02 من القانون المدني: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف " .

(2) - بودالي محمد، " الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 39-40.

الموثق ومقر مكتبه، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء، اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء، تحديد موضوعه، المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه، وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلتحق بالأصل، التتويه على تلاوة الموثق على الأطراف، النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به، توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء".

فيشترط في هؤلاء الموظفين كذلك أن يكونوا مختصين مع مراعاة ما هو مقرر قانونا، وفي هذا الصدد هناك قرار صادر عن المحكمة العليا جعل تحت طائلة البطلان المطلق لعقد محرر باللغة الفرنسية الذي أكد على أن العقود التوثيقية المحررة بغير اللغة العربية وفي شكل معين باطلة لمساسها بالنظام العام⁽¹⁾، وهذا ما أكدت عليه المادة 26 من القانون رقم 02-06 على: "تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص.....".

(1) - مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2008، القرار رقم 408837 المؤرخ في 21/05/2008، ص 123-125، " بحيث تقرر إلغاء الحكم المستأنف والتصدي من جديد بإلغاء العقد التوثيقي المحرر بتاريخ 26/08/1995 والمشهد بتاريخ 28/01/1996 وإبطال عقدي الهيئة التاليين له والمؤرخين على التوالي في 26/08/1995 والمشهد في 28/01/1996، والمبرم بين السيدة (خ، ف) والسيد (ل، ع) وعقد الهيئة المحرر في 28/08/1999، والمشهد في 05/01/2000 والمبرم بين السيد (ل، ع)، والسيدة (ب، ب، م) زوجة (ل) وإلزام المستأنف عليهما بأن يدفعوا بالتضامن فيما بينهما للمستأنفين تعويضا قدره (150.000 دج)، حيث إن قضاة المجلس أعطوا لقضائهم أساسا قانونيا سليما ولم يخالفوا أية قاعدة جوهرية في الإجراءات باعتبارهم العقود الرسمية المطعون ضدها بالبطلان عقود باطلة لتحريرها باللغة الفرنسية خرقا للقانون 91-05 المؤرخ في 16/01/1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية الساري المفعول، ذلك أنه يستفاد من أحكام المواد 02، 05، 06 من القانون رقم 91-05 أن شكل تحرير الوثائق الرسمية والعقود باللغة العربية من النظام العام حتى أنه يمنع تسجيل وإشهار العقود إذا كانت محررة بغير اللغة العربية وزيادة على ذلك الشكل الوجوبي المتمثل في تحرير العقود التوثيقية باللغة العربية مؤكداً بنص المادة 17 من القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن قانون تنظيم التوثيق".

فالعقد الرسمي الذي اختلفت شروطه يعد عقدا عرفيا بحكم المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني، كما يعد العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل أطرافه⁽¹⁾.

فالكثافة إذن تعد ركنا أساسيا من أركان العقد، والسبب في فرض مثل هذه الشكلية وجعلها من النظام العام راجع للأهمية التي يتسم بها العقد سواء على الصعيد الاقتصادي أو الاجتماعي أو المهني نظرا للضعف الذي يتصف به المتعاقد، مما يستدعي فرض شكل معين لتوضيح حقوق والتزامات الأطراف لكي يوفر حماية فعالة لهم⁽²⁾.

فضرورة الرسمية إذن تؤدي إلى حماية المصلحة الخاصة لأطراف العقد عن طريق السماح لهم بالتعبير عن إرادتهم بكل حرية مع ضرورة إفراغها في شكل رسمي، فيتم من خلالها معرفة حقوق والتزامات كل طرف، كما تحمي مصلحة الغير عن العقد، وتؤدي كذلك لحماية المصلحة العامة، فيترتب على تخلفها البطلان المطلق⁽³⁾.

ثانيا- اعتبار الكتابة العرفية من النظام العام

إضافة إلى الكتابة الرسمية التي اشترطها المشرع في بعض العقود، توجد الكتابة العرفية التي يقوم بها الطرفان ويتقرر بطلان العقد إن تم بدونها، ومن ثمة تعد كذلك قيادا على إرادة المتعاقدين في إنشائهما للعقد، فبموجب المادة 327 من القانون المدني التي نصت على: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق...."، فيستفاد من هذا النص أن المشرع اعتبر العقد العرفي قائما بالكتابة أو بالتوقيع أو بالبصمة، بينما النص باللغة الفرنسية لا يثير إشكالا فهو يشترط الكتابة والتوقيع أو

(1)- طبقا للمادة 326 مكرر 02 من القانون المدني.

(2)- محمد علي عبده، " دور الشكل في العقود.... " ، ص 83-84.

(3)- Malaurie Philippe et Aynès Laurent et Stoffel-Munck, op.cit, p 269.

البصمة وهذا ما كان يقصده المشرع، كما أضاف التوقيع بواسطة البصمة والإمضاء الإلكتروني ومن ثمة ينبغي التطرق لمضمون الكتابة العرفية.

وهناك من الفقه من يعرفه على أنه كل سند معد للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف العام⁽¹⁾، فالشكل العرفي إذن هو الشكل الذي استلزم المشرع أن تصاغ فيه بعض التصرفات، وترك مهمة إعداده للأطراف التصرف دونما ضرورة تدخل موظف عام لتحريره، وإن كان المشرع لم يحدد كيفية تحريره إلا أنه قيده بشرط الكتابة والتوقيع لكي يحمي المتعاقدين⁽²⁾.

01 - الكتابة كشرط لصحة العقد العرفي

فالكتابة العرفية هي تلك الكتابة التي تفرغ في محرر ما وتتبع بتوقيع من أصحاب الشأن الذين يتولون ذلك بأنفسهم، ولا يشترط استعمال طريقة معينة لتحرير العقد العرفي فيجوز أن يكتب بخط اليد أو الآلة الراقنة أو آلة طباعة، كما يمكن أن يكون في شكل استمارة معدة مسبقا يكتفي الأطراف المتعاقدون ملء الفراغات الموجودة فيها، وبالنسبة للمادة التي يكتب بها العقد العرفي يجوز أن تكون بقلم الحبر أو قلم الرصاص أو غيره مما تقع به الكتابة، كما أن لونها لا يهم وهذه المسائل تظل خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقدر مدى وضوحها وجديتها وقابليتها لكي تكون صالحة كسند لتصرف عرفي⁽³⁾.

اشتترط المادة 327 من القانون المدني كتابة العقد العرفي فيقتضي وجود شرط واحد يتمثل في تحريره من طرف المتعاقدين أو التوقيع عليه أو وضع البصمة عليه، فصحة العقد العرفي تستوجب توقيعات المتعاقدين دون شكلية أخرى، فيستوي أن تكون الكتابة بخط

(1) - السعدي محمد صبري، " الواضح في شرح القانون المدني..."، المرجع السابق، ص 58.

(2) - زاوي محمود، " الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1987، ص 91 .

(3) - رحامية عماد الدين، " الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2014، ص 15.

يد الأطراف أو بخط الغير الذي لا يحزر العقد بصفته ضابط عمومي⁽¹⁾، إلا أنه كان على المشرع إبراز عنصر التوقيع كأساس لصحة العقد العرفي وعدم مساواته مع الكتابة باليد لكي تتسجم مع نص المادة 326 مكرر 02 من القانون المدني⁽²⁾، فمساواة المشرع بين الكتابة بخط اليد وإمضاء الأطراف يهدد استقرار المعاملات، بحيث إن صحة العقد العرفي تقتضي توقيع المتعاقدين لصحته.

كما لا يشترط القانون كتابة التاريخ على الورقة العرفية إلا أنها لا تكون حجة على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت حسب المادة 328 من القانون المدني⁽³⁾، وإذا تعددت التواريخ في المحرر العرفي فإن التاريخ الأخير هو الذي يجب أخذه بعين الاعتبار إلا إذا ثبت تزويره⁽⁴⁾، وقد يتم تجسيد الكتابة العرفية على الورق كما قد تكون إلكترونية أي عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة أو عبر شبكة الإنترنت، ومن أجل ذلك أضاف المشرع الكتابة الإلكترونية ضمن المفهوم الواسع للكتابة⁽⁵⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة 467 مكرر التي نصت على: " ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً "، وبإسقاط هذه المادة على مضمون المادة 328 من القانون المدني اعتبر بداية نفاذ العقد العرفي من يوم ثبوت تاريخه، فبمفهوم المخالفة تعد الكتابة العرفية مثلها مثل الكتابة الرسمية من النظام العام نتيجة تقرير المشرع بالبطلان لهذا الحكم.

(1) - فيلاي علي، "الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 304.

(2) - تنص المادة 326 مكرر 02 من القانون المدني: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف ".

(3) - المادة 328 من القانون المدني: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداءً: - من يوم تسجيله، - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء، غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة ".

(4) - يحيوي يوسف، المرجع السابق، ص 30.

(5) - رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 18.

02- التوقيع للدلالة على هوية المتعاقدين

كما اشترط المشرع التوقيع الذي يعد علامة مميزة لصاحبها، ففي العقود الملزمة لجانب واحد توقيع المدين يكون كافياً، أما إذا كان العقد تبادلياً فيجب توقيعه من قبل كلا المتعاقدين، ففائدة التوقيع دلالة على رضا صاحبه بمضمون العقد، فنظراً لأهمية التوقيع الذي بدونه يؤدي إلى عدم قيام العقد⁽¹⁾، أما عن شكل التوقيع فقد يكون في صورة إمضاء وهو عبارة عن إشارة أو علامة أو مخطوط اعتاد الشخص تحريره للتعبير عن موافقته في مجال التصرفات القانونية، كما قد يكون التوقيع بالبصمة الذي يكون ببصمة الإصبع فيتمثل بوضع الشخص بصمة أصبعه على المحرر مفصلاً عن قبوله لما ورد في العقد⁽²⁾.

والملاحظ على المشرع أنه حصر التوقيع في الإمضاء والبصمة فقط، كما قد يكون التوقيع على شكل إلكتروني شريطة أن يكون محمياً بشفرة أو رقم سري يصعب على الغير تزويره وذلك نظراً للتطور الذي طرأ على المعاملات العقدية مما أدى إلى ظهور التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 327 الفقرة 02 من القانون المدني، فالمشرع لم يعرف التوقيع الإلكتروني مكتفياً فقط بالإشارة إلى وظيفة التوقيع وهي تعيين الشخص صاحب المحرر الإلكتروني.

فالتوقيع الإلكتروني هو عبارة عن إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالتصرف القانوني بحيث تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته، وتكشف دون غموض عن رضائه بهذا التصرف⁽³⁾، أو هو مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته⁽⁴⁾.

(1) - الجبوري بيرك فارس حسين والعبدي عوار حسين ياسين، المرجع السابق، ص 132-133.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط، الجزء الثاني..."، المرجع السابق، ص 186، 177.

(3) - بودالي محمد، " التوقيع الإلكتروني "، مجلة الإدارة، المجلد 13، 2003، ص 56.

(4) - نصيرات علاء محمد، " حجية التوقيع الإلكتروني "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 30.

إن العقد العرفي يخضع العقد العرفي لحرية الأشكال في بعض الأحيان، لكن يلحظ في بعض العقود اشتراط المشرع لذكر بيانات معينة لصحة العقد بالنسبة للأوراق التجارية⁽¹⁾. ومن العقود التي تتعقد بالكتابة العرفية ما نص المشرع عنه في المادة 615 من القانون المدني: "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع"، إن نص المادة 615 من القانون المدني واضح وصريح بأن جعل عقد مرتب مدى الحياة ينعقد بالكتابة من أجل أن يكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، دون أن يحدد الكتابة التي يتم بها، فقد ينعقد بالكتابة الرسمية أو بالكتابة العرفية، والشرط الأساسي هو أن يفرغ العقد في محرر مكتوب، ويفهم من ذلك أن هذا العقد لا يجوز أن يتم بمجرد التراضي بين الطرفين، كذلك عقد التمهين وعقد العمل الجماعي بموجب المادة 50 و 86 من الأمر رقم 75-31 المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص⁽²⁾، والمادة 114 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، التي اشترطت الكتابة لانعقاد الاتفاقية الجماعية نظرا لأهمية هذه الأخيرة واتساع نطاق سريانها كون أهمية الكتابة هنا تظهر عند الرجوع إلى نصوص وأحكام وبنود الاتفاقية أو عند تعديلها⁽³⁾، دون تحديد المشرع إن كانت كتابة عرفية أم رسمية، فقد يتم تحرير الاتفاقية الجماعية في شكل رسمي أو في شكل عرفي، فتكمن أهمية الكتابة إذن

(1) - طبقا للمادة 390 و 465 و 472 من القانون التجاري، والمادة 120 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل التي تحدد محتوى الاتفاقية الجماعية.

(2) - الأمر رقم 75-31 المؤرخ في 1975/04/29، المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، الجريدة الرسمية العدد 39، السنة 12، المؤرخة في 1975/05/16، ص 527، المادة 50: "يحرر عقد التمهين في أربع نسخ ويوقع من الطرفين أو من الممثل الشرعي للعامل المتدرب إذا كان قاصرا،.....، ويكتسب العقد تاريخا ثابتا بناء على التأشير المدرجة فيه من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي"، والمادة 86: "يجب أن تكون الاتفاقية الجماعية للعمل مكتوبة وتبرم لمدة غير محدودة....."

(3) - واضح رشيد، المرجع السابق، ص 134.

لانعقاد الاتفاقية الجماعية في اتساع نطاق سريانها فتظهر هذه الأهمية عند الرجوع إلى نصوص وأحكام وبنود الاتفاقية أو عند تعديلها⁽¹⁾.

إذن فالمشرع رغم اعتناقه لمبدأ سلطان الإرادة في التصرفات القانونية، جعل من الكتابة سواء كانت رسمية أم عرفية ركنا أساسيا في العقود واعتبرها من النظام العام فهي تعد تعريزا لهذا السلطان نتيجة حماية مصالح المتعاقدين.

ثالثا) - تسليم الأشياء في العقود العينية

إضافة إلى الشكلية التي اشترطها المشرع لانعقاد العقد والتي يفرغ التراضي فيها في شكل سند رسمي يقوم بتحريه موظف مختص، أو في شكل سند عرفي فقد اشترط شكلا آخر هو التسليم، فيعتبر فعل التسليم إذن شكلية لا بد منها لقيام العقد ويرجع أصله إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقد العارية والقرض الاستهلاكي والوديعة والرهن الحيازي⁽²⁾.

ونجد في القانون المدني⁽³⁾ المادة 451 منه التي فرضت على المقرض أن يسلم إلى المقترض الشيء الذي يشتمل عليه العقد ولا يجوز له أن يطالبه برد نظيره إلا عند انتهاء القرض، فالمشرع جعل هذا النص آمرا، إذ هناك حالة واحدة أشار إليها المشرع في قانون الأسرة طبقا للمادة 206 بخصوص عقد الهبة⁽⁴⁾، التي تنص على: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات...."، والفقرة الثانية من نفس المادة التي تنص على: "...إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

(1) - واضح رشيد، المرجع السابق، ص 134.

(2) - زواوي محمود، المرجع السابق، ص 99.

(3) - نجد كذلك المادة 538 من القانون المدني عقد العارية، وعقد الوديعة بموجب المادة 590 من القانون المدني، وعقد

الرهن الحيازي المادة 948 من القانون المدني،

(4) - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/07/1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ

في 27/02/2005، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 27/02/2005.

لقد اعتبر المشرع عقد الهبة عقدا عينيا إذا كان واردا على منقول، إذ تعد الحيازة ركنا لقيام هذا العقد إذا لم تتم اعتبر باطلا وفقا للفقرة الثانية من المادة 206 من قانون الأسرة، فاشتراط التسليم في هذا العقد يعد قييدا يرد على إرادة المتعاقدين في إجرائهما لمثل هذا التصرف، وبالرجوع إلى نص المادة 324 مكرر 03 من القانون المدني التي نصت على: " يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الاحتفائية، بحضور شاهدين "(1).

الفرع الثاني: الشكلية غير المباشرة فيها تجسيد للحماية من الغير

تتجسد هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون سواء كانت هذه الإجراءات قبل إبرام العقد أم بعده وسميت بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فهي لا تؤثر على صحته وإنما قد تحد من فعاليته ونفاذه، ومن مظاهر هذه الشكلية هي الشهر سواء كان شهرا عقاريا، أو القيد في السجل التجاري، وطريقة النشر، كما تجسد مثل هذه الشكلية في إجراءات لاحقة على مثل هذا الشهر أو القيد أو النشر.

أولاً- الوسائل المتعددة للشهر

يقصد بشكلية الشهر حسب ما يقول الفقيه جاك غستان: " ليس للأشكال العلنية جميعا الموضوع نفسه، بعضها إعلامي بمعنى أنه لا يفترض صحة العقد ولا حجيته، وبعضها منشئ لأن إتمامها يتوقف على وجود العقد ذاته، وبعضها الأخير يوصف أحيانا بالتعزيبي، لأنه لا يتعلق إلا بحجية العقد تجاه الغير (2) ".

(1) - مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2008، ملف رقم 389338 قرار بتاريخ 2007/11/21، " يشترط القانون تحرير عقد الهبة، وجوبا تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين"، "حيث يتبين من وقائع الملف والقرار المنتقد أن دعوى الحال ترمي إلى طلب المطعون ضده إبطال عقد الهبة المحرر بتاريخ 1992/10/17 والمسجل بتاريخ 1992/11/10 المتضمن هبة نصف القاعدة التجارية لبيع الملابس الرياضية لفائدة الطاعن بدعوى أن هذا الأخير أفرغ المحل من محتوياته ولم يتحمل معه الأعباء المترتبة عن الملكية وأن عقد الهبة جاء خاليا من الشهود فالتمس الطاعن رفض الدعوى على اعتبار أنه لا يجوز الرجوع في الهبة".

(2) - جاك غستان، " المطول في القانون المدني...."، المرجع السابق، ص 554.

01- الشهر العقاري

يعد الشهر العقاري أحد أهم أنواع الشكليات غير المباشرة خاصة في مجال نقل الملكية وإنشاء الحقوق العينية العقارية، ولقد نظم المشرع الشهر العقاري بموجب الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽¹⁾، فبمقتضى المادة 01 من هذا الأمر أسس المشرع "السجل العقاري" ، من أجل تحديد وضعية العقارات وتبيين كيفية انتقال الحقوق العينية، فالغرض من السجل العقاري هو إعلام الغير بكل التصرفات التي تتعلق بالعقار⁽²⁾، فنلزم المادة 14 من هذا الأمر إشهار: "...جميع العقود الرسمية المنشئة⁽³⁾ أو الناقل⁽⁴⁾ أو المصرحة⁽⁵⁾ أو المعدلة⁽⁶⁾ المتعلقة بالملكية العقارية....." ، فهذه الإجراءات يستوجب احترامها حتى يكون العقد نافذا في مواجهة الغير.

(1) - الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 12/11/1975، الجريدة الرسمية العدد 92، المؤرخة في 18/11/1975، ص 1206.

(2) - يحيى يوسف، المرجع السابق، ص 43.

(3) - ومثالها العقود المنشئة لحق الانتفاع أو الاستعمال أو حق الارتفاق، وهي جميعا حقوق عينية أصلية متفرعة عن حق الملكية، ولو أن هذا الأخير لا ينشئ التصرف القانوني.

(4) - ومثالها العقود والقرارات الإدارية التي يكون محلها حق عقاري أصلي.

(5) - تعتبر القسمة مثلا من التصرفات المصرحة أو الكاشفة لحق الملكية، ومن ثمة فهي ليست منشئة له.

(6) - ومثال ذلك العقد الذي يعدل المدة اللازمة للانتفاع من عقار ما، سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان.

(02) - القيد في السجل التجاري

فهو قيد يخص بعض التصرفات أو الأشخاص والذي يخضع له التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، من أجل اكتساب صفة التاجر ولكي يكون التجار على بينة من أمرهم عند تعاملهم مع التجار الآخرين أو مع الغير⁽¹⁾، فهذا التسجيل يحتوي على المعلومات المتعلقة بالتاجر وبالمحل التجاري، وينبغي تقييد كل التصرفات القانونية المتعلقة بالمحل التجاري لكي تعد نافذة في مواجهة الغير⁽²⁾.

(03) - النشر

قد يتم أحيانا شهر المعاملات بنشرها نظرا لطبيعتها المعنوية بحيث يشترط على صاحبها القيام بإجراءات شكلية وهذا ما حدده المشرع بموجب المادة 13 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات⁽³⁾، الذي يحدد شكل إيداع العلامة وإجراء فحصها وتسجيلها ونشرها لدى المصلحة المختصة المتمثلة في المعهد الوطني للملكية الصناعية خاصة إذا تعلق الأمر بأحد عناصر المحل التجاري⁽⁴⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 99 من القانون التجاري⁽⁵⁾.

(1) - انظر المواد من 19 إلى 22 من القانون التجاري.

(2) - فيلاي علي، "الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 313.

(3) - الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 2003/07/23، ص 22.

(4) - يحيوي يوسف، المرجع السابق، ص 51.

(5) - انظر المادة 99 من القانون التجاري التي تنص على: " إذا كان البيع أو التنازل عن المحل التجاري يشتمل على علامات المصنع والتجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية بما فيها الرهون الحيازية المتعلقة بالمحل التجاري والشاملة لبراءات الاختراع أو الرخص أو العلامات أو الرسوم أو النماذج، فيجب زيادة على ما تقدم، قيد هذه الرهون في المعهد الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأموري السجل التجاري في حدود الثلاثين يوما التابعة لهذا القيد، تحت طائلة البطلان تجاه الغير والبيوعات والتنازلات أو الرهون بشمول البيع ببراءات الاختراع والرخص والعلامات التجارية والأشكال والنماذج الصناعية، وتبقى براءات الاختراع التي شملها التنازل عن المحل التجاري خاضعة فيما يخص طرق انتقالها إلى القواعد التي يقررها التشريع الساري المفعول " .

كما قد يتم النشر في الصحف الخاصة كصحيفة الإعلانات القانونية والجرائد اليومية العامة، وهذا ما قضت به المادة 83 من القانون التجاري، بنشر ملخص عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الإعلانات القانونية في مدة 15 يوما من تاريخ البيع، كما تنص الفقرة 02 من نفس المادة على نشر العقد المتضمن عقد تأجير وتسيير المحل التجاري، وتلزم كذلك المادة 548 من القانون التجاري بنشر العقود التأسيسية والمعدلة للشركات، ففي حالة مخالفة هذه الإجراءات يترتب عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير.

ثانياً) - الإجراءات الإدارية والجبائية

تتجسد هذه الإجراءات في الحصول على ترخيص مسبق إذا كان التصرف وارداً على العقار الذي تفوق قيمته مبلغاً معيناً محدداً من قبل التنظيم، كذلك بالنسبة للأراضي الزراعية والدافع وراء فرض مثل هذا الإجراء هو نظراً لأهمية هذه التصرفات القانونية من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، فمخالفة هذا الإجراء تعرض التصرف القانوني للبطلان مطلقاً⁽¹⁾، وفي هذا الشأن أيدت المحكمة العليا قرار مجلس قضاء البليدة الذي قضى بطرد الطاعن من قطعة أرض زراعية بموجب عقد عرفي بدون ترخيص⁽²⁾.

إضافة للترخيص المسبق هناك التصريح الإلزامي بحيث يتم إلزام المتعاقدين بالتصريح بالعقد الذي تم إبرامه لدى المصالح المختصة، لتتمكن من مراقبة التصرفات القانونية نظراً لأهميتها.

(1) - فيلالي علي، "الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 314.

(2) - مجلة المحكمة العليا، العدد 48، القرار رقم 95767 المؤرخ في 1992/12/12، الذي جاء فيه : حيث إن الوجه مردود لأن العقد المزعوم كان 1970/12/15 باطلاً من يومه لا أساس له قانوناً والطاعن لا يستطيع أن ينال من جهله القانون من الأمر الخاص بالتوثيق وكذا الأمر المؤرخ في 1971/11/08، الخاص بالثورة الزراعية علماً وأن الأرض محل النزاع زراعية أجرت في يوم 1977/09/23 برسم عقد عرفي وبدون ترخيص مما يجعل الوجه مردود ويجب رفضه، ص 149.

وعليه نصت المادة 33 الفقرة 03 من الأمر رقم 75-31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص⁽¹⁾، التي تلزم صاحب العمل أن يتقدم بتصريح عند استعماله لليد العاملة الأجنبية، وتنص المادة 134 من نفس الأمر على أن : " تسلم رخصة العمل من قبل وزارة العمل والشؤون الاجتماعية بطلب من المعني، وبناء على تقديم الوثائق المثبتة لدخوله التراب الوطني بصفة قانونية... (2) " .

يمكن القول إن المشرع يفرضه لإجراء التصريح الإلزامي في بعض العقود، قد فرض نوعاً من التقييد على حرية التصرف، لكنه وفي المقابل يمكن القول إنه يعترف بمبدأ سلطان الإرادة ويسمح للأفراد بالقيام بالتصرفات التي يرغبون فيها، ولكن يمنعهم من إتيان تصرفات تخالف النظام العام.

كما نجد المشرع في القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، قد ألزم الطرف المستعجل بتسجيل الاتفاقية الجماعية وإشهارها فور إبرامها دون احترام لترتيب منطقي كون المشرع قدم إجراء الإشهار على إجراء التسجيل والإيداع بموجب المادتين 119 و 126 من القانون رقم 90-11 علماً أن الإشهار هو آخر إجراء لدخول الاتفاقية حيز التنفيذ، في حين اعتبرت الغرفة الاجتماعية لدى المحكمة العليا أن تسجيل وإيداع الاتفاقية الجماعية ما هو إلا إجراء إشهار ونشر ولا يتوقف عليه دخولها حيز التنفيذ⁽³⁾.

(1) - الأمر رقم 75-31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل، المؤرخ في 29/04/1975، الجريدة الرسمية، العدد 39، السنة 12، المؤرخة في 16/05/1975، ص 527.

(2) - القانون رقم 81-10 المؤرخ في 11/07/1981، المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 48، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 82-510 المؤرخ في 25/12/1982 الذي يحدد كفاءات منح جواز أو رخصة العمل المؤقتة للعمال الأجانب.

(3) - المجلة القضائية العدد 02، 2003، قرار المحكمة العليا، الملف رقم 265975 المؤرخ في 16/07/2003، ص 158.

بالإضافة إلى هذه الإجراءات السابقة اشترط المشرع التسجيل طبقاً للأمر رقم 105-76 المتضمن قانون التسجيل⁽¹⁾، بالنسبة للأحكام والقرارات القضائية المتضمنة لحق عيني، وعقود الموثقين والعقود الناقلة للملكية العقارية والوصية، وعقود الشركات وبعض العقود العرفية الخاضعة للتسجيل، فهذا التسجيل يقوم به موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسبما يحدده هذا الأمر، فهو عملية مالية يتم تأدية الرسم الواجب على المعاملات أمام مصالح إدارة الضرائب⁽²⁾، ففي الحالات التي يشترط فيها التسجيل وفي حالة تخلف هذا الأخير يؤدي ذلك إلى العقوبات المقررة في الأمر رقم 105-76 المتضمن قانون التسجيل⁽³⁾.

فدور الكتابة قد اختلف عبر العصور، فبعد أن كان هو الركن اللازم والكافي لقيام العقد، بحيث تستمد العقود صحتها من هذه الكتابة المقررة قانوناً، بحيث يترتب على تخلفها البطلان المطلق، أصبح اليوم يحمي الطرف الضعيف ويتقرر على تخلف هذه الكتابة بطلان يصب في مصلحة الطرف الضعيف قصد حماية مصالحه والمحافظة على بقاء العقد⁽⁴⁾، وهذا ما نستشفه من خلال فرضه لكتابة بعض العقود الخاصة التي يكون المتعاقد الضعيف طرفاً فيها.

فالملاحظ أنه بتطور النظام العام من التوجيهي إلى الحمائي تطور معه الشكل لحماية الفئات الضعيفة، وتحقيق حماية للمصلحة العامة، فالكتابة تعد من النظام العام سواء كانت رسمية أو عرفية اعتبرها المشرع قيماً على حرية التعاقد أي مبدأ الرضائية كونها تسعى في

(1) - الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 1976/12/09، المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد 81، السنة 14، المؤرخة في 1977/12/18، ص 1212.

(2) - يحيوي يوسف، المرجع السابق، ص 62.

(3) - طبقاً لأحكام الباب السادس من الأمر 105-76 المتضمن قانون التسجيل.

(4) - Ghestin Jaques, " **Formation du contrat....** ", op.cit, p 341-342, " Le formalisme est aujourd'hui une protection supplémentaire du consentement, la forme requise attire l'attention sur l'importance de l'engagement pris et par la réflexion qu'elle détermine, prévient les vices du consentement ou le déséquilibre lésionnaire des prestations " .

كثير من الحالات إلى حماية المتعاقدين، ومنطق تقييد حرية التعاقد بواسطة الكتابة فيه تعزيز لحرية الأطراف المتعاقدة بعدم تعدي طرف على طرف متعاقد معه. ولم تتوقف الحماية عند هذا الحد بل امتدت كذلك لفرض عقود نموذجية طبقا لإرادة الأفراد، وهذا يعتبر تجسيدا لحقوق وواجبات الطرفين المعدة مسبقا والمفروضة عليهما لمنع تعسف الطرف القوي على الطرف الضعيف الذي أساسه السياسة التدخلية للدولة بالوجه المعاصر في مجال العقود.

المطلب الثاني: مساهمة النظام العام في إعادة ضبط شكلية العقود

لقد عرفت ساحة المعاملات تطورات عديدة في المجال الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي مما أثر على الوسائل المستعملة في التعاقد، فأدى إلى ظهور قالب جديد للتعاقد متمثل في العقد النموذجي، وهذا الأخير ينقسم إلى نوعين النوع الأول يتولى أحد أطراف العلاقة التعاقدية تحريره مسبقا مما يؤدي إلى إذعان من قبل الطرف القوي في العقد الذي يحتكره فيحد ذلك من إرادة المتعاقد معه الضعيف (الفرع أولا)، إلا أنه بالنظر لبعض العقود المفروضة من قبل المشرع نتيجة تقطنه للتعسف الحاصل في العقود والتي تتخذ شكلا نموذجيا للحد من إرادة المتعاقدين قصد تعزيز إرادة الطرف الضعيف، ومن ثمة يحقق مصلحة كلا الطرفين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العقود النموذجية المحررة بإرادة المتعاقدين

في هذا المقام ينبغي التمييز بين العقود النموذجية المحررة بصفة انفرادية، والعقود النموذجية المحررة باتفاق بين طرفي العقد أو بين من يمثلهما.

أولاً- العقود النموذجية الانفرادية

العقد النموذجي هو العقد المحرر من قبل أحد المتعاقدين، مع تضمين هذا العقد لشروط معروضة على المتعاقد الآخر، دون أن يكون لهذا الأخير الحق في المساومة في هذه الشروط الموضوعية مسبقاً إلا في جانب الثمن وآجال التسليم فقط⁽¹⁾.

فهذه العقود تظهر إما في شكل وثائق ملحقة بها شروط خاصة، تكون على شكل قائمة مرفقة بالعقد ثم يتم استكمالها فيما بعد من حيث الثمن وآجال التسليم فقط، أو تكون في شكل بيانات مطبوعة، وهذه الوثيقة تعد بمثابة العقد ذاته فما على الطرف الثاني إلا القبول بها كما هي، فهذا النموذج الذي ابتغاه أحد الأطراف وقبل به الطرف الآخر يمكن اعتباره كأحد أنواع الكتابة المقررة لانعقاد العقد.

فيعد العقد النموذجي عقد إذعان كون الموجب في هذا الأخير يتوقع مسبقاً شروط التعاقد، يتم تدوينها في نماذج تؤهله لإبرام العقد، الذي يكون غير قابل للمناقشة، وترفض كل محاولة من الطرف الضعيف بشأن المفاوضة على مثل هذه العقود، كون هذا العقد المحرر مسبقاً لا يحتاج لتمامه إلا مجرد القبول به فقط والإمضاء عليه⁽²⁾.

فيمكن القول إذن أن هذا العقد النموذجي المحرر بصفة انفرادية من قبل أحد المتعاقدين يتصف بإذعان الطرف الآخر، إلا أنه ليس كل عقد إذعان عقداً نموذجياً⁽³⁾، كون هذا الأخير يتم تضمينه بشروط مع ضرورة التوقيع على هذا النموذج المتضمن لهذه الشروط الموضوعية وفق رغبة أحد المتعاقدين، ومثال ذلك تذكرة السفر التي يشتريها المشتري فهي إذعان وفق صيغة نموذجية، فالمشتري يتقيد بالشروط الموجودة في التذكرة دون أن يكون له الحق في مناقشتها، إلا أن العقد النموذجي الفردي هو دائماً عقد إذعان متى تم إعداده

(1)- مندي آسيا يسمينة، المرجع السابق، ص 27.

(2)- حدوم ليلي، " العقود النموذجية طبقاً لأحكام القانون الخاص " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2000، ص 22.

(3)- سيتم تفصيل عقد الإذعان في الباب الثاني لاحقاً.

بصفة انفرادية مما يتعين على المتعاقد مع محرره أن يقبل ببوده كما وردت دون الحق في مناقشته أو تعديله.

ونتيجة لهذا التحرير الأحادي للعقد النموذجي فإن هذا الأخير قد يتضمن شروطا تعسفية، كون انفراد أحد المتعاقدين بإدراجه لشروط تحمي التزاماته وتثقل التزامات المتعاقد معه، فهذه الشروط تتنوع وتتغير وتتطور حسب أنواع العقود مما قد يضر ذلك بالطرف الآخر⁽¹⁾.

فهناك العديد من العقود التي تعتبر الكتابة فيها شرطا لنفاذها، ويتم تحريرها بصفة انفرادية، ففي عقد التأمين بموجب المادة 619 من القانون المدني التي تنص: "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"، فيستخلص من هذا التعريف ما يمكن أن يتعرض المؤمن له من خطر في شخصه أو في ماله، فيؤمن نفسه ويدفع لشركة التأمين أقساطا مقابل أن يتقاضى منها مبلغا من المال لما يتحقق الخطر⁽²⁾.

إلا أنه عند التطرق للبيانات الإلزامية لعقد التأمين طبقا لنص المادة 07 من الأمر رقم 95-07 المتضمن قانون التأمينات⁽³⁾، نجد أنها تنص على أنه: "يحرر عقد التأمين كتابيا، وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا، زيادة على توقيع الطرفين المكتبتين، على البيانات التالية: اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما، الشيء أو الشخص المؤمن عليه، طبيعة المخاطر المضمونة، تاريخ الاكتتاب، تاريخ سريان العقد ومدته، مبلغ الضمان، مبلغ قسط أو اشتراك التأمين"، حيث إنه جرى العمل لدى شركات التأمين تحديد ثلاث

(1) - النكاس جمال، "حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 01، 1989، ص 101.

(2) - حدوم ليلي، المرجع السابق، ص 26.

(3) - الأمر رقم 95-07 المتضمن قانون التأمينات.

نماذج لعقد التأمين وهي وثيقة التأمين⁽¹⁾ police d'assurance ، وعقد التأمين الإضافي⁽²⁾، وعقد التأمين المؤقت أو مذكرة التغطية المؤقتة⁽³⁾، كما شهد النظام القانوني للتأمينات تطورا إلى حد إصباغه بالطابع الأمر، وهذا ما يظهر بالنسبة لإلزامية التأمين بالنسبة لمستعملي السيارات⁽⁴⁾، وكذلك فيما يخص التأمين من الكوارث الطبيعية⁽⁵⁾، وكذلك البناء⁽⁶⁾.

(1) - هي وثيقة تأمين تحتوي على أطراف العقد وكذلك عناوين تاريخ الميلاد، الأخطار المغطاة، والأخطار المستثناة من التأمين، تحديد القسط ومبلغ الضمان، وتاريخ انعقاد التأمين ومدة سريانه، وتاريخ انقضائه.

(2) - هو توظيف عقد التأمين من أجل تعديل عقد التأمين الأصلي بالزيادة أو النقصان، كإجراء التعديل في القسط، ومبلغ الضمان والمحل المؤمن عليه.

(3) - وهي اتفاق على توقيع العقد الأولي المؤقت لتغطية المخاطر، إلى حين تطابق الإيجاب والقبول بعد دراسة كل منهما للشروط التي يوردها الطرف المقابل في العقد، ويحتوي على بيانات معينة كالقسط المؤقت ومبلغ الضمان المؤقت، ومدة سريان العقد المادة 183 الفقرة 01 من الأمر رقم 95-07.

(4) - طبقا للمادة 190 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات: " كل شخص خاضع لإلزامية التأمين المنصوص عليها في المادة الأولى من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 يناير سنة 1974 والمذكور أعلاه، يعاقب بالحبس من ثمانية (8) أيام إلى (3) أشهر ويغرامة من 500 دج إلى 4000 دج أو بإحدهما فقط، إذا لم يمتثل لهذه الإلزامية، تحصل هذه الغرامة كما هو الحال في مجال الضرائب المباشرة وتدفع لحساب الخزينة العامة."

(5) - انظر المادة 01 و02 من الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 26/08/2003، الجريدة الرسمية العدد 52، المؤرخة في 27/08/2003، المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ص 22، وتبعية المرسوم التنفيذي رقم 04-268 المؤرخ في 29/08/2004 المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بإلزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية ويحدد كليات إعلان حالة الكارثة الطبيعية، الجريدة الرسمية العدد 55، المؤرخة في 01/09/2004، ص 05، مع العلم أن التأمين من الكوارث الطبيعية عرف تطورا من مرحلة إلحاقه بالتأمين على الحريق، طبقا للمادة 41 من الأمر رقم 95-07 المعدل بقانون 06-04، فتم تخصيص قواعد خاصة له.

(6) - انظر المادة 175 من الأمر رقم 95-07 إلى المادة 188 والمرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 17/01/1996، المحدد لقائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، الجريدة الرسمية العدد 05، السنة 33، المؤرخة في 21/01/1996، ص 13، التي نصت على قائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية التأمين من المسؤولية المهنية والعشرية.

فالمشرع ألزم مثل هذه الشكليات لغرض ضمان حقوق المؤمن في عقد التأمين بالكتابة، فقصد الكتابة الرسمية مما يترتب على تخلفها البطلان، لكن على الرغم من ذلك فرض رقابة من الدولة لتعزيز هذه الحماية⁽¹⁾.

بالإضافة لعقود التأمين نجد كذلك العقود البنكية التي غالبا ما يتم طبعها مسبقا في شكل نماذج معينة، وما على المتعاقد إلا التسليم لتلك الشروط التي لا تقبل التفاوض بشأنها نتيجة كثرة العمليات التي تقوم بها البنوك، فالحاجة تكون ماسة في نفس العميل للقبول بشروط العقد، وهذا ما يسمى بعقد القرض الاستهلاكي الذي يتم إعداده في شكل وثيقة يقدمها البنك للمشتري في مجملها مما يتعين عليه إمضاؤها والالتزام بما ورد فيها دون إمكانية تعديل أو تغيير بنود هذا النموذج⁽²⁾.

كما تتجسد مظاهر استغلال الحاجة الماسة للمقترض في إلزامه بتقديم ضمانات تفوق حتى قيمة الدين، فما على هذا المقترض إلا التسليم لبنود هذا العقد النموذجي دون إمكانية مناقشة بنوده مما فيه إجحاف له كونه طرفا ضعيفا، فالإ جانب العقود النموذجية المحررة بإرادة أحد أطراف العقد توجد العقود النموذجية الاتفاقية.

ثانياً) - العقود النموذجية المتعددة الأطراف

يتجسد هذا النوع من العقود النموذجية في تدخل المتعاقد في إعداد صيغ نموذجية في ظل الهيئات المهنية، فقد ترد في شكل صيغ تحمل عدة فراغات، يبقى على الأطراف ملؤها لكي ينعقد العقد، فهذه الفراغات متمثلة في اسم المتعاقدين، مواصفات المحل المتعاقد عليه، التزامات كلا الطرفين إلى غير ذلك من بيانات⁽³⁾.

(1) - انظر المادة 227 من الأمر رقم 95-07 التي نصت على ضرورة تسليم الوثائق النموذجية قبل عرضها على الجمهور إلى إدارة الرقابة المتمثلة في وزير المالية.

(2) - حدوم ليلي، المرجع السابق، ص 28-29.

(3) - مرجع سابق، ص 34-35.

كما قد يتخذ هذا العقد النموذجي المتعدد الأطراف شكل بروتوكول اتفاقي بين هيئات تمثل مصالح متضاربة ومن أهم صورها عقد العمل الجماعي الذي يتم إبرامه بين النقابات وبين طرف آخر متمثل في رب العمل أو أرباب العمل، أو بين الاتحاد الذي ينتمي إليه هؤلاء، بغرض علاج حالة الضعف التي لازمت العامل إزاء رب العمل، من أجل مناقشة شروط عقد العمل مع هذا الأخير⁽¹⁾.

إلا أنه يتبادر إلى ذهننا هل هناك مجال لورود شروط تعسفية في العقود النموذجية المتعددة الأطراف؟ هنا يختلف الأمر ففي نظيرتها العقود النموذجية الفردية التي تتصف بإذعان الطرف الضعيف نجد هذه العقود النموذجية الانفرادية تتضمن شروط تعسفية، وعلى خلافها العقود النموذجية المتعددة الأطراف يندم فيها مثل هذا التصرف الذي غالبا ما يكون نابعا من المتدخل الذي يتميز بالنفوذ، وأحسن مثال على ذلك عقود العمل الجماعية، كما رأينا أن الاتفاقيات الجماعية في ميدان العمل التي تبنى وتتأسس على أساس المفاوضات بين أرباب العمل والهيئات الممثلة أو النقابات العمالية، مما يشكل حماية للعامل من تعسف أرباب العمل، إلا أن المفاوضات في مجال حماية المستهلك نرى أنه يمكن أن تكفل لجمعيات حماية المستهلك إمكانية التدخل أثناء إبرام العقود النموذجية، لكن الدور المنوط لهذه الأخيرة وخاصة في مسألة تمثيل المستهلك أمام الهيئات ذات الصلة بهذا الأخير كمجلس المنافسة مثلا يبقى دوره سلبيا دون فعالية مما لا يكفل حماية للطرف الضعيف في مثل هذه العقود التي يكون المستهلك طرفا فيها، وكذلك بسبب ضعفها المادي والبشري في مهمة الإعلام وتحسيس وتوعية هذا الطرف.

فالعقود النموذجية المفروضة من قبل الأطراف تؤدي إلى تعزيز إرادة الأطراف، بحيث يمكن للأطراف الرجوع عنها باتفاقهما، بينما الشكل القانوني لا يمكن لهما مخالفته خاصة إذا كان المشرع يستهدف من ورائه حماية المصلحة العامة، فجزءا تخلف الشكل القانوني يحدده

(1) - محمد علي عبده، " دور الشكل....." ، المرجع السابق، ص 81.

القانون بينما جزاء تخلف الشكل الاتفاقي يحدده أطراف العقد ويمكنهم التخلي عن هذا الجزاء، فالشكل الاتفاقي يهدف إلى حماية الإرادة وتعزيزها ولا يشكل قيوداً عليها، إلا أن المشرع وحماية من التعسف الذي قد يتعرض له أحد أطراف العقد نتيجة هذه الاتفاقات فإنه يتبعها بضمانات من شأنها حماية إرادة المتعاقدين، كون هذه العقود النموذجية المبرمة بإرادة الأطراف قد تؤدي إلى اختلال التوازن فيتدخل المشرع ليكرس عناصر النظام العام الحمائي.

الفرع الثاني: العقود النموذجية المفروضة من قبل المشرع كنوع جديد من الشكلية

نتيجة للتطور الحاصل في المجتمع على الصعيد التكنولوجي والاقتصادي والاجتماعي وزيادة مظاهر التعسف على الطرف الضعيف، كان لا بد على المشرع توجيه العملية العقدية خدمة لمصلحة المجتمع فتدخل لتنظيم العقد تنظيمًا مسبقًا وهذا ما يسمى بالعقد النموذجي المفروض بموجب القانون، فهذا الأخير يؤكد صراحة على تقييد إرادة المتعاقدين من جهة، واستبعاد فكرة استغلال الطرف الضعيف من جهة أخرى، ومن المؤكد أن تنظيم المشرع المسبق للعلاقة العقدية الهدف منه الحفاظ على مصلحة كلا طرفي العلاقة العقدية لتحقيق التوازن العقدي مما ينبغي معرفة مضمون هذا النوع من العقد النموذجي، مع ضرورة التطرق لأهم تطبيقاته على العقود.

أولاً- العقد النموذجي المفروض فيه تقييد لحرية الأطراف

يتدخل المشرع أحياناً لتنظيم بعض العقود بالنظر إلى المصلحة التي يرى من الضروري حمايتها والمتمثلة في مصلحة الطرف الضعيف في العقد الذي يقابله طرف متفوق من الناحية الاقتصادية لإملاء شروط لا توافق مصالح الطرف الضعيف، فالمشرع يستعمل العقد النموذجي لتقييد إرادة المتعاقدين عن طريق إمامه بالشروط العامة والخاصة التي تخدم عملية إبرام العقد⁽¹⁾.

(1)- العوجي مصطفى، " القانون المدني، الجزء الأول..."، المرجع السابق، ص 90.

فهذا العقد النموذجي الذي يتولى المشرع تنظيمه الغرض منه توجيه عملية التعاقد وفقا لصياغة أمره، وهذا ما يمنحها الطابع الإلزامي مما لا يجوز مخالفتها، بحيث تخدم مصلحة أحد المتعاقدين وهو الضعيف في العلاقة التعاقدية في سبيل تحقيق العدالة العقدية، كما أنها تعد مظهرا من مظاهر الشكلية⁽¹⁾.

فالتعاقد بموجب نموذج عقد كان يمثل الاستثناء إلا أنه أصبح اليوم يعد الأصل كونه يعمل على التوفيق بين حرية التعاقد وتحقيق المصلحة العامة، كون هذا النوع من العقود ظهر نتيجة الاعتداءات الموجهة لمبدأ الحرية التعاقدية، فهو يحمي هذه الأخيرة بتوجيه أطراف العقد وفق نموذج تكون بنوده من النظام العام⁽²⁾.

فالهدف من وراء تدخل المشرع بفرضه لعقود نموذجية كان من أجل حماية مصلحة أحد أطراف العقد الذي يتصف بالضعف أو لمبررات اجتماعية، فهذا التدخل من قبل المشرع جعلنا نقرب من العقد الموجه وذلك بمراعاة مقتضيات الصالح العام⁽³⁾، كون هذا التنظيم للعقد النموذجي جاء بناء على منطق النظام العام الاقتصادي الذي يعمل على توجيه إرادة المتعاقدين بصفة أمره مما لا يدع مجالاً لإعمال الحرية التعاقدية من أجل منع تعسف المتعاقد القوي على المتعاقد الضعيف⁽⁴⁾.

فتضمن هذا العقد النموذجي القواعد الأمرة التي بمقتضاها تم منع بعض العقود وبالضبط تحديد إرادة المتعاقدين أو بعض الشروط المخالفة للنظام العام، فالعديد من الشروط العقدية أصبحت غير مشروعة بعدما أصبح القانون ينظم بنفسه وبطريقة ملزمة مركز

(1) - نساخ فطيمة، " الوظيفة الاجتماعية..."، المرجع السابق، ص 87-88.

(2) - أحمد عبد الرحمن الملحم، " نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط الجحفة فيها، دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي مع إشارة إلى الوضع في الكويت " ، مجلة الحقوق، السنة السادسة عشر، العدد 01 و02، مارس جوان 1992، جامعة الكويت، ص 242-243.

(3) - محمد علي عبده، " دور الشكل..."، المرجع السابق، ص 34-35.

(4) - Trari-tani Mostapha, " Justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial ", revue des études juridiques, semestrielle, n 06, 2009, éditée par le laboratoire de droit privé fondamental, faculté de droit, université Abou Bekr Belkaid Tlemcen, p 79-80.

الطرفين، فالآداب العامة والنظام العام يعدان قيوداً على مبدأ الحرية التعاقدية، وهذا ما نلمسه في تشريع الإيجار الذي يمنع تحديد الأجرة، وتشريع العمل الذي يمنع تحديد مدة العمل بحيث ما يبقى على الأفراد إلا قبوله والأخذ به، وبما أن الشكلية الرسمية تعد من النظام العام فيمكن اعتبارها قيوداً على الحرية التعاقدية، معنى ذلك عجز الإرادة عن إنشاء العقود الشكلية التي لا بد لصحة قيامها من استيفاء الشكل المقرر قانوناً وإلا كانت منعدمة الوجود ولا أثر لها، كما رتب المشرع على تخلفها البطلان المطلق.

ثانياً) - التطبيقات الخاصة للعقد النموذجي

تظهر أهمية العقود النموذجية في كونها من الناحية العملية تختصر عامل الوقت في إبرام العقود نظراً للتعامل اليومي بها، ونظرياً تعتبر وسيلة لتجسيد القواعد العامة للعقد مع إضافة القواعد الخاصة، وهذه النماذج عديدة منها عقد البيع بالإيجار، وعقد القرض الاستهلاكي، وعقد البيع بناء على التصاميم وغيرها، فكل هذه العقود وضعت بغرض تحقيق المنفعة الاقتصادية والاجتماعية التي استدعت وضعها في شكل صيغ نموذجية، ونظراً لأهمية بعض العقود النموذجية على مصلحة الطرف الضعيف ارتأينا دراسة بعض العقود على سبيل المثال لتبيين مواضع الحماية المكرسة، فيظهر تدخل المشرع جلياً في توجيه وتنظيم العلاقة العقدية خدمة للمنفعة العامة.

فتهدف هذه الصيغة إلى تنظيم العلاقات التعاقدية المستقبلية بصفة موحدة، فلا تعد العقود النموذجية عقوداً بالمعنى الفني الدقيق كما ورد في نصوص القانون المدني، بأنه تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني معين، وإنما هي صياغة عقود معينة تعد سلفاً قبل إبرام العقود، تكون جاهزة أمام أطراف العقد، عادة ما تكون مطبوعة بحيث إذا اتفقا على الأخذ بها قاموا بالتوقيع عليها فقط.

إن الأصل في العقود النموذجية أن أحكامها متكاملة قائمة بذاتها تتضمن شروطاً تنظيمية تحدد قدر الإمكان كافة المسائل التي يمكن أن تنجم عن التصرف القانوني الذي

تنظمه أي كافة حقوق المتعاقدين والتزاماتهم، إلا أن هذا لا يعد إفراغا للعقد من طبيعته التعاقدية وإهدارا لإرادة المتعاقدين، وإنما يكرس حماية لهم⁽¹⁾.

01- الصيغة النموذجية لعقد الإيجار

خضع تنظيم عقد الإيجار إلى العديد من التعديلات بموجب القانون رقم 05-07 المتضمن القانون المدني⁽²⁾، وألغى البعض منها⁽³⁾، وبمقتضى هذا القانون عرف المشرع عقد الإيجار انطلاقا من عناصره الانتفاع بالشيء، والمدة، ومقابل إيجار معلوم⁽⁴⁾، كما تم تنظيم عقد الإيجار سابقا بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري⁽⁵⁾، المعدل بموجب القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ف جاء وفق المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03-93: " تجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى، يعاقب المؤجر إذا خالف هذا الواجب، طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها " ، فتحرير عقد الإيجار وفقا لهذا المرسوم يكون طبقا لنموذج محرر مسبقا والذي جاء

(1) - حدوم ليلي، المرجع السابق، ص 14.

(2) - القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، يعدل وينتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 31، السنة 44، المؤرخة في 13/05/2007، ص 03، عدل المواد 467، 468، 469، 476 إلى 485، 487 إلى 490، 492 إلى 501، 503، 505، 507، تم المواد 469 مكرر، مكرر 1، مكرر 2، مكرر 3، مكرر 4.

(3) - تم إلغاء المواد 470 إلى 475، 504، ومن 508 إلى 537 من القانون المدني، وكذلك المادة 20 والفقرتان 02 و03 من المادة 21 والمادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية العدد 14، السنة 30، المؤرخة في 03/03/1993، ص 04، تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 04-11، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011، ص 04.

(4) - المادة 467 من القانون المدني المعدل بموجب 05-07: " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم " .

(5) - المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الملغى بموجب القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

تنظيمه بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 94-69⁽¹⁾، وبالرجوع إلى القانون المدني رقم 07-05 تم المشرع نص المادة 467 بالمادة 467 مكرر منه، التي أكدت ما جاء في المرسوم التشريعي رقم 93-03، الذي اشترط أن يكون عقد الإيجار مكتوبا وله تاريخ ثابت⁽²⁾، فهذه الشكلية المشترطة هي للإثبات ورتب على غياب هذه الكتابة في عقد الإيجار البطلان مع العلم أنه لم يحدد نوع الكتابة، إلا أنه قصد الكتابة الرسمية بسبب ترتيب البطلان على تخلفها، والعقد النموذجي جاء بصيغة الأمر ويعد من النظام العام نظرا لما يتضمنه من حماية للطرف الضعيف، فالمشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-69 وضع نموذجا لعقد الإيجار محددًا فيه التزامات المؤجر والمستأجر⁽³⁾.

فتحرير عقد الإيجار وفق النموذج هو عقد من وضع جهة ثالثة من غير المتعاقدين، فهو عقد نموذجي منظم بموجب نصوص قانونية وما يبقى للأطراف المتعاقدة إلا الخضوع له وجوبا، فهو وثيقة مطبوعة يستخرج من مصالح الضرائب، بحيث يتم إفراغ الاتفاق في شكل محدد مسبقا من طرف المشرع تاركا مجالاً للإرادة فيما يخص الشروط التعاقدية. فهذا النموذج الذي وضعه المشرع هو عبارة عن شكلية وضعها بغرض تنظيم العلاقة الإيجارية حماية للمؤجر من المستأجر، أما هذا الأخير فبمجرد انتهاء عقد الإيجار المحرر

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19/03/1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية العدد 17، السنة 31، ص 08.

(2) - المادة 467 مكرر من القانون المدني: " ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً ".

(3) - اهتم المشرع في السابق ببعض عقود الإيجار التي تتجاوز مدتها 12 سنة فأخضعها لنظام الشهر وفقا للأمر رقم 74-75، المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، وذلك وفق المادة 17 منه: " إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها " ، وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 93-03 عمم المشرع نظام الشكلية على عقود الإيجار بغض النظر عن مدتها وفق نص المادة 21 منه إلا أنه اشترط الكتابة وفق النموذج وهذا لا يضيف أبداً على عقد الإيجار أنه لا بد أن يكون رسمياً.

وفق النموذج يقع عليه إخلاء العين المؤجرة بدون تنبيه بالإخلاء، دون إمكانية اكتسابه الحق في البقاء⁽¹⁾، في العين المؤجرة طبقاً للمادة 469 مكرر 1 من القانون المدني.

أ- الصيغة النموذجية لعقد الإيجار ذات طبيعة ملزمة

تتضح لنا صيغة الإلزام من نص المادة 467 مكرر من القانون المدني، التي تنص على: " ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً"، فهذه الصيغة المحددة في هذه المادة جاءت بصيغة الأمر، كما رتبت المادة على مخالفتها البطلان، فهذا النص يعد من النظام العام، وقد تم تأكيد هذا الإلزام بموجب المرسوم التنفيذي رقم 69-94 الذي أكد على ضرورة أن يحرر العقد وجوباً وفق الصيغة النموذجية المحددة في هذا المرسوم، أي ضرورة تجسيد العلاقة بين المؤجر والمستأجر وجوباً في قالب مكتوب طبقاً للنموذج المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 69-94.

فاهتم المشرع بتنظيم عقد الإيجار نظراً لأهميته وضرورة توجيهه لتحقيق المصلحة العامة سواء الاجتماعية أو الاقتصادية، فجاء المرسوم التشريعي رقم 93-03 الذي ألغى حق البقاء الذي كان يخدم مصلحة المستأجر، وتم تكريس وفق هذا المرسوم مصلحة المؤجر وهذا بغرض فتح أبواب استثمار الأملاك العقارية، فهذه الأسباب هي التي دفعت بالمشرع لإلزام المتعاقدين للعمل بالصيغة النموذجية في إطار عقد الإيجار مما فيه تعزيز لإرادة الطرفين.

كما أنه يلاحظ أن المشرع اشترط أن ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً، لكنه أقر صراحة بموجب المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني تحرير عقود الإيجار الزراعية أو عقود الإيجار التجارية بالشكل الرسمي وإلا يقع تحت طائلة

(1) - قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 07-05، إذا لم يبرم عقد الإيجار وفق النموذج فطبقاً للمادة 21 الفقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 93-03، فإنه يعاقب المؤجر ويكون لشاغل الأمكنة حق البقاء في الأمكنة لمدة سنة متى كان بحوزته أي وصل.

البطلان، وغالبا ما يتم إبرام عقد الإيجار في شكل رسمي أمام الموثق⁽¹⁾، فبمفهوم المخالفة يمكن أن تكون هذه الكتابة كذلك عرفية لكن بشرط أن تكون وفق النموذج المحدد بشرط أن تكون كذلك ثابتة التاريخ بتسجيله أمام المصالح المؤهلة بذلك وفق نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 94-69.

فالشكلية المطلوبة في إبرام عقد الإيجار وفقا للصيغة النموذجية هي شكلية للانعقاد، والسبب في ذلك يكمن في توجيه المشرع للمتعاقدين في عملية إبرام العقد ومساعدتهم في تحديد المضمون العقدي عن طريق وضعه لنموذج يساعد على تنظيم العلاقة الإيجارية.

ب)- دور الصيغة النموذجية في تنظيم عقد الإيجار

نظم المشرع عقد الإيجار بداية لمصلحة المستأجر بتقريره لهذا الأخير حق البقاء حيث جعل المشرع من امتداد عقد الإيجار مسألة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها فهي حماية مقررة للمستأجر، ولكن سرعان ما غير المشرع من موقفه بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 بموجب المادة 20 منه، فأصبح يهتم بمصلحة المؤجر بالنظر لأزمة السكن ورفض الملاك إيجار عقارتهم خوفا من رفض المستأجرين إخلاء العين المؤجرة عند الطلب أو عند انتهاء مدة عقد الإيجار، فترجع المشرع عن تقرير حق البقاء. فالمشرع جعل من هذا العقد عقدا شكليا بموجب القانون رقم 07-05 في المادة 467 مكرر من القانون المدني، التي تنص على: " ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا " ، فالهدف من اشتراط الكتابة في عقد الإيجار هو لتحقيق الاستقرار لعقود الإيجار، وتمكين الدولة من تحصيل الجانب الضريبي لصالح خزينة الدولة.

فيظهر تدخل المشرع في مثل هذه العقود النموذجية من خلال وضعه لجملة من الشروط التي تظهر رغبة المشرع في تحديد إرادة المؤجر والمستأجر، أجملها في ضرورة

(1)- محمدي فريدة، " الاحتجاج بعقد الإيجار على مشتري العقار "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، رقم 01، كلية الحقوق، بن عكنون، ص 72، وطبقا للمادة 467 مكرر من القانون المدني: " ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا " .

تحديد مدة الإيجار وفقا للمادة 02 من النموذج " الاتفاق على التأجير المقصود بهذا العقد مدة.....وتبدأ هذه المدة من تاريخ....." ، مع ضرورة تحديد ثمن الإيجار تطبيقا للمادة 03 من النموذج " اتفقا على هذا التأجير بمقابل إيجار ثمنه....." ، أضف إلى ذلك الأحكام الخاصة المنظمة للالتزامات المؤجر والمستأجر :

- تطبيقا لنص المادة 07 من النموذج يقع على المؤجر :

تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طبقا للمادة 07 الفقرة 01، وذلك بتسليم الملك المؤجر وملحقاته في حالة صالحة للسكن والتجهيزات والتركيبات في حالة صالحة للاستعمال، ونجد هذا الالتزام منصوصا عليه وفق القواعد العامة بموجب المادة 467 من القانون المدني، التي أكدت على ضرورة تمكين المؤجر للمستأجر من الانتفاع بالشيء. فيقع على عاتق المؤجر تسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تكريسا للاتفاق، وتتم معاينة الأماكن وجاهايا بموجب محضر أو بيان وصفي يلحق بعقد الإيجار، وفي حالة تسلم العين المؤجرة دون محضر يعتبر أن المستأجر قد تسلم العين المؤجرة في حالة حسنة إلا إذا أثبت العكس، وهذا ما أكدت عليه المادة 476 الفقرة 02 و03 من القانون المدني، للمستأجر فسخ الإيجار أو الإنقاص من بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال وذلك إذا سلمه العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال التي أجرت من أجله أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر وهذا تطبيقا لنص المادة 477 من القانون رقم 07-05 المعدل للقانون المدني.

أما عن مكان وزمان تسليم العين المؤجرة للمستأجر، فالمشرع أحال ذلك إلى القواعد العامة تطبيقا لنص المادة 478 من القانون المدني، أي أعمال إرادة المتعاقدين، فإذا اتفقا على زمان ومكان معين كان هذا، أما إذا لم يحدد فيعمل بالنص القانوني، فيكون التسليم

فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين⁽¹⁾، أما عن مكان تنفيذ الالتزام فيكون في المكان الذي توجد فيه العين المؤجرة.

يشمل كذلك ضمان الانتفاع ضمان المؤجر العيوب الخفية التي تؤثر على حق المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة، فعلى المؤجر تسليم العين المؤجرة في حالة تكونصالحة للانتفاع، من هنا يضمن المؤجر العيوب التي تنقص من حق استعمال العين المؤجرة استعمالا هادئا ما لم يكن اتفاق يخالف ذلك، ويكون كذلك مسؤولا عن الصفات التي تعهد بها في مواجهة المستأجر، فتخلف الصفة كيف على أنه عيب خفي يعتبر المؤجر ضامنا له، ولا يعتبر ضامنا للعيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها وقت التعاقد⁽²⁾.

إن تحقق العيب الخفي يقيم ضمان المؤجر، فللمستأجر بمقتضى المادة 489 من القانون المدني أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم المستأجر بنفسه بإصلاحه على نفقة المؤجر ما لم يكن الإصلاح يثقل كاهل المؤجر.

- التزام المؤجر بصيانة المحلات بإبقائها في حالةصالحة للاستعمال المنصوص عليه في العقد طبقا للمادة 07 الفقرة 02 من نموذج عقد الإيجار، والمنصوص عليها في القواعد العامة طبقا للمادة 479 من القانون المدني، فيقع على المؤجر صيانة العين المؤجرة لكي تبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم، فيتضمن الالتزام بالصيانة القيام بالترميمات الضرورية التي تحافظ على العين المؤجرة، وقد حدد المشرع وفق المادة 479 الفقرة 02 من القانون المدني الأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص وأعمال تنظيف الآبار وصيانة

(1)- وهذا ما أكدت عليه المادة 281 الفقرة 01 من القانون المدني: " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك..... " .

(2)- المادة 488 المعدلة من القانون المدني: " يضمن المؤجر للمستأجر، باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، ويكون كذلك مسؤولا عن الصفات التي تعهد بها صراحة، غير أن المؤجر لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد " .

وتفريغ المراحيض وقنوات تصريف المياه، كما حمل المشرع المؤجر كذلك الرسوم والضرائب وجملة التكاليف المثقلة بالعين المؤجرة طبقاً للمادة 479 الفقرة 04 من القانون المدني⁽¹⁾، فللمؤجر الحق في المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار، والمطالبة بالتعويض، كما يمكن للمستأجر القيام بالترميمات إذا كانت مستعجلة على حساب المؤجر⁽²⁾.

التزام المؤجر بالامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالأماكن المؤجرة تمتعاً ارتياحياً وفق المادة 07 الفقرة 03 من نموذج عقد الإيجار المطابقة للمادة 483 من القانون المدني⁽³⁾، فالمؤجر يلتزم بعدم التعرض للمستأجر كما يضمن التعرض الصادر من الغير، فبالنسبة للالتزام المؤجر بعدم التعرض الشخصي (المادي والقانوني)، فلا يجوز للمؤجر أن يتعرض مادياً للمستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة، فليس له أن يحدث في العين المؤجرة أو بملحقاتها أي تغيير يؤثر أو ينقص من هذا الانتفاع، كما ليس للمؤجر أن يتعرض قانونياً للمستأجر مثلاً بإبرام عقد إيجار لمصلحة شخص آخر.

كما يلتزم المؤجر في مواجهة المستأجر بدفع الأضرار أو التعرض الذي يحول دون الانتفاع الهادئ، وقد يكون التعرض لسبب قانوني أو صادر عن مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق من المؤجر⁽⁴⁾، وفي حالة إذا كانت الأضرار أو الاعتراض عن شخص أجنبي كأن يدعي حقاً على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر، وجب أن يعلم المؤجر وله أن يطلب إخراجه من الخصام، وهنا تكون الدعوى في مواجهة المؤجر وحده تطبيقاً لنص المادة 484 من القانون المدني بشرط إخطاره مسبقاً بالدعوى المرفوعة ضده،

(1) - انظر المادة 479 الفقرة 01، 02، 03، 04، من القانون المدني.

(2) - انظر المادة 480 من القانون المدني.

(3) - المادة 483 من القانون المدني: " على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع، ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر عن مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر " .

(4) - نيب عبد السلام، " عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا " ، الطبعة الأولى، ديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 52.

وإذا انتهت الدعوى ضد مصلحة المستأجر، فهذا الأخير طلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتعرض المادي الصادر من الغير، فلا يضمن المؤجر هذا التعرض إذا تم تسليم العين المؤجرة للمستأجر، وما بقي للمستأجر إلا مطالبة المتعرض شخصيا بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، وله أن يمارس ضده كل دعاوى الحيابة⁽²⁾، أما عن التعرض القانوني الصادر من الغير فقد حدد المشرع صورتين له فقد يتحقق في حالة تزامم المستأجرين للعين الواحدة⁽³⁾، أما الحالة الثانية فهي حالة التعرض الصادر من جهة حكومية⁽⁴⁾.

ففي حالة تزامم المستأجرين للعين الواحدة، وفق التعديل الوارد على القانون المدني في 2007، تكون الأولوية لصاحب العقد السابق في ثبوت التاريخ على العقود الأخرى، أما إذا حملت العقود كلها نفس التاريخ فتكون الأولوية لمن حاز الأماكن، وإذا حرم المستأجر من الأولوية فيعود على المؤجر بالتعويض، وفي حالة التعرض الصادر من جهة حكومية والذي ينقص من انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة فللمستأجر طلب فسخ عقد الإيجار أو الإنقاص من ثمنه دون المطالبة بالتعويض، كل هذا ما لم يكن اتفاق يقضي بخلاف ذلك طبقا للمادة 486 من القانون المدني⁽⁵⁾، وبالرجوع إلى المادة 490 من القانون المدني⁽⁶⁾ يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني، وهذا الحكم يعد من النظام العام الحمائي.

(1) - انظر المادة 483 الفقرة 03 من القانون المدني.

(2) - انظر المادة 487 من القانون المدني.

(3) - طبقا للمادة 485 من القانون المدني.

(4) - طبقا للمادة 486 من القانون المدني.

(5) - هذه المادة لم يمسهما التعديل في 2007.

(6) - المادة 490 من القانون المدني: " يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني، ويبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا ".

يمكن القول إن معظم الالتزامات الملقاة على عاتق المؤجر الواردة في العقد النموذجي واردة في القواعد العامة المنظمة لعقد الإيجار في القانون المدني ومعظمها أمره ومن النظام العام.

- التزامات المستأجر:

تطبيقاً للمادة 06 من نموذج عقد الإيجار يقع على عاتق المستأجر:

ضرورة استعمال العين المؤجرة حسبما اتفق عليه الطرفان طبقاً للمادة 06 الفقرة 01 من نموذج عقد الإيجار المطابقة للمادة 491 من القانون المدني، فيقع على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة حسب ما ورد في العقد فلا يتركها دون استعمال فهذا التصرف ينقص ويضر العين المؤجرة، أضف إلى ذلك أنه لا بد من أن يكون استعمال العين المؤجرة وفق الغرض الذي أجزت له، فلا يجوز للمستأجر التغيير في استعمال العين المؤجرة فيجب في كل الحالات الرجوع إلى العقد، ويمكن للمؤجر الرجوع إلى القضاء ليطلب المستأجر باحترام العقد أي التنفيذ العيني لالتزامه ومطالبته بالاستعمال المنفق عليه في العقد، وللمؤجر كذلك طلب فسخ العقد إذا كان الضرر جسيماً.

كما حدد النموذج دفع ثمن الإيجار طبقاً للمادة 06 الفقرة 02 منه، الموافقة لنص المادة 498 من القانون المدني، فيعتبر دفع بدل الإيجار من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المستأجر، وهذا وارد في تعريف عقد الإيجار بموجب المادة 467 من القانون المدني. فطبقاً لنص المادة 498 من القانون المدني يقع على عاتق المستأجر دفع بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها وفي حالة عدم وجود اتفاق وجب الوفاء ببديل الإيجار في المواعيد المعمول بها.

وبالنسبة ل ضمانات المؤجر لاستيفاء بدل الإيجار، فقد منح المشرع للمؤجر عدة ضمانات مثل التزام المستأجر بتقديم كفالة لضمان الوفاء ببديل الإيجار والتكاليف⁽¹⁾، وحق

(1) - انظر المادة 500 من القانون المدني.

المؤجر في حبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة وله أن يتعرض عن نقل المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وإذا نقلت رغم معارضته فله الحق في استردادها من الحائز ولو كان حسن النية، وللحائز هنا المطالبة بحقوقه(1).

إن عدم التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار للمؤجر يعطي لهذا الأخير الحق بأن يطالب بالتنفيذ العيني، لكن يشترط أن يكون المؤجر قد أعذر ورفض المستأجر ذلك، وللقاضي سلطة تقديرية تطبيقاً لنص المادة 119 من القانون المدني، وفي كلتا الحالتين للمؤجر الحق في المطالبة بالتعويض جبراً للضرر الذي لحق به نتيجة عدم دفع المستأجر بدل الإيجار.

إن الالتزام بدفع بدل الإيجار التزم يقع على عاتق المستأجر، لأن المشرع وضع قرينة على أن المستأجر الذي دفع قسطاً يفترض فيه أنه دفع الأقساط السابقة وعلى المؤجر إثبات عكس ذلك(2).

عدم تحويل المحلات والتجهيزات المؤجرة دون موافقة المؤجر كتابياً طبقاً للمادة 06 الفقرة 02 من النموذج المطابقة للمادة 492 من القانون المدني، فبموجب هذه المادة فالمستأجر مقيد بعدم إجرائه أي تغيير على العين المؤجرة إلا بموافقة المؤجر، التي لا بد أن تكون كتابية، وإذا خالف المستأجر هذا النص فيقع عليه إرجاع العين المؤجرة للحالة التي كانت عليها مع التعويض عند الاقتضاء، أما إذا أحدث المستأجر بإذن من المؤجر تغييرات في العين المؤجرة زادت عن قيمتها، فيقع على المؤجر إرجاع ما تكبده المستأجر من المصاريف التي أنفقها على العين المؤجرة، كل هذا ما لم يكن هناك اتفاق(3).

إخلاء الأماكن المؤجرة عند انتهاء الأجل بدون إعدار وإخطار، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني: " ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق

(1) - انظر المادة 501 الفقرة 01 و 02 من القانون المدني.

(2) - انظر المادة 499 من القانون المدني.

(3) - انظر المادة 492 الفقرة 03 من القانون المدني.

عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء... " ، فعقد الإيجار ينتهي دون القيام بإجراءات التنبيه بالإخلاء، كما حدد المشرع الالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين بموجب القواعد العامة وأكدها بموجب النموذج تاركا مجالاً لتجسيد الحرية العقدية، وهذا طبقاً للمادة 02⁽¹⁾ و 03⁽²⁾ من نموذج عقد الإيجار، التي جاء فيهما أنه يقع لزاماً تحديد مدة الإيجار ويقع وجوباً تقدير الأجرة وهذا تطبيقاً لنص المادة 467 من القانون المدني لكنه لم يحدد كيفية تحديدهما، معنى ذلك منح الحرية للمتعاقدين في تحديد المدة وفق الشروط والكيفية التي يتفق عليها الأطراف، وترك شروط مراجعة الثمن للمتعاقدين لكي يتفقا عليها، وعلى تعجيل الأجرة أو دفعها قبل الانتفاع أو أن تكون مقسطة، كما يتبين فتح المشرع لمجال الحرية العقدية لما أقره في مسألة فسخ العقد، وقيدها بجملة من الأسباب سواء للمؤجر تطبيقاً للمادة 09 من نموذج عقد الإيجار أو من أسباب الفسخ التي يبادر بها المستأجر، ففتح الباب للمتعاقدين بتمكينهما من تقرير أسباب أخرى للفسخ، طبقاً للفقرة الأخيرة في المادتين 09⁽³⁾ و 10⁽⁴⁾ من نموذج عقد الإيجار.

إن في كيفية تنظيم نموذج عقد الإيجار للالتزامات المتعاقدين يتضح لنا أن المشرع منح المؤجر جملة من الامتيازات في هذا العقد رغم أن المستأجر يعتبر طرفاً ضعيفاً في هذه العلاقة فكان لا بد من تكريس حماية كافية له عوض تكريسها لمصلحة المؤجر.

(1) - تنص المادة 02: " مدة العقد: اتفق على التأجير المقصود بهذا العقد مدة.....وتبدأ هذه المدة من تاريخ.....(ويمكن تجديد هذه المدة وفقاً للشروط والكيفيات التي تتفق عليها الأطراف).

(2) - تنص المادة 03: " اتفق على هذا الإيجار بمقابل إيجار ثمنه.....(بالحروف والأرقام) ويستحق ثمن الإيجار....(النص على دورية الدفع) من المستأجر مقابل وصل مخالصة يسلمه له المؤجر (تعيين شروط مراجعة ثمن الإيجار وكيفيات ذلك إن اقتضى الأمر) ".

(3) - تنص المادة 09 الفقرة الأخيرة: أسباب فسخ أخرى يحتمل أن يتفق الطرفان عليها.

(4) - تنص المادة 10 يمكن للمستأجر أن يفسخ العقد لأي سبب شخصي وعائلي.

ومن بين الأحكام التي تخدم مصلحة المؤجر فيما يخص الفسخ طبقا للمادة 09⁽¹⁾ من نموذج عقد الإيجار الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 94-69 التي حددت الحالات التي بمقتضاها يمكن للمؤجر طلب فسخ العقد.

أضف إلى ذلك نص المادة 03 الفقرة 03 من نموذج عقد الإيجار، تعيين شروط مراجعة ثمن الإيجار وكيفيات ذلك إن اقتضى الأمر، فللمؤجر وضع شروط المراجعة فمثلا بإمكانه إدراج شرط يقضي بمراجعة الأجرة كل 06 أشهر، وهذا ما يجعل عقد الإيجار مهددا بالفسخ وفق إرادة المؤجر.

فوق رأي الأساتذة⁽²⁾ التي أكدت على ضرورة إعادة التوازن في العلاقات الإيجارية وفق عدة اقتراحات من بينها:

- عدم إعمال الفسخ الاتفاقي وأن يتم الفسخ بحكم قضائي.
 - على المشرع مراقبة الأجرة المبالغ فيها مراعاة للواقع الاجتماعي.
 - ضرورة تحديد مدة الإيجار مثلا بثلاث سنوات، فيقع على المؤجر الالتزام بعدم فرض مدة أدنى منها على المستأجر.
 - ضرورة الإبقاء على الإنذار بالإخلاء، فيظل المؤجر ملزما بهذا الإنذار على الأقل 03 أشهر قبل انتهاء المدة وذلك كتأكيد لرغبته في عدم التجديد.
- فهذه الاقتراحات كلها تصب في فلك حماية النظام العام بفرض رقابة على عقد الإيجار سواء بتدخل المشرع لمراقبة عقد الإيجار، أو بتدخل القاضي للحد من التعسف الحاصل في مثل هذه العقود التي يختل فيها التوازن العقدي.

(1) - تنص المادة 09 يحتفظ المؤجر بحق فسخ هذا العقد بسبب ما يأتي: " عدم دفع.....شهر من الإيجار، عدم دفع الأعباء الواجبة على المستأجر، عدم احترام المستأجر أي التزام فرضه عليه هذا العقد، أسباب أخرى يحتمل أن يتفق الطرفان عليها ".

(2) - محمدي فريدة، " التوازن في العلاقات الإيجارية طبقا للمرسوم 93-03 ونموذج عقد الإيجار "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 42، رقم 02، 2000، كلية الحقوق، بن عكنون، ص 73-82.

فمن خلال تعديل المشرع لعقد الإيجار في 2007 كرس الحرية العقدية خاصة بالنسبة للمؤجر، كما أوجب أن يحرر عقد الإيجار بكتابة رسمية، بحيث قرر على تخلفها بطلان العقد، كما لطبيعة العقد النموذجي التي يطبع عليها الطابع الأمر دور في تكريس الحماية للمتعاقدين، ففي حالة عدم تحديد مدة عقد الإيجار أقر له المشرع البطلان المطلق ونفس الحكم في حالة عدم تحديد بدل الإيجار، فمعظم أحكام عقد الإيجار تعد من النظام العام لحماية المصلحة العامة ومن ثمة حماية المصلحة الخاصة للأطراف المتعاقدة.

02- الصيغة النموذجية لعقد بيع بناء على التصاميم

خضع عقد بيع بناء على التصاميم بداية إلى المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، الذي تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁽¹⁾، كما تم إلغاء المراسيم التنفيذية المصاحبة له بما فيها المرسوم التنفيذي رقم 94-58 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-431⁽²⁾، ففي هذا المرسوم حدد المشرع نموذج بيع بناء على التصاميم إلى حين صدور مراسيم تنظيمية للقانون رقم 11-04.

إن عقد بيع بناء على التصاميم وضع حلا لمشكلة أزمة السكن، كما أنه يعد وسيلة لتحقيق المنفعة الاقتصادية، فإذا تخلف المرقى العقاري عن تنفيذ التزاماته فهو بذلك يعرقل الخطة الوطنية للترقية العقارية باعتبار المشروعات الوطنية تعتبر ذات أهداف اقتصادية

(1)- القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17/04/2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011، ص 04.

(2)- المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18/12/2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد بيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية العدد 66، المؤرخة في 25/12/2013، ص 11.

واجتماعية، إضافة للأضرار التي يلحقها بالمصلحة العامة وخزينة الدولة نتيجة الاستفادة غير المبررة من المزايا المخولة للمستثمر في هذا القطاع⁽¹⁾.

فلقد عرف المشرع عقد بيع بناء على التصاميم في القانون رقم 04-11 في المادة 28 منه: " عقد البيع بناء على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المقتني موازاة مع تقدم الأشغال وفي المقابل يلتزم المقتني بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز."

فيتضح من هذا التعريف أن المشرع ربط عقد بيع بناء على التصاميم فقط بالمتعامل الذي يتمتع بصفة المرقي العقاري، فهذا العقد هو عقد نموذجي مفروض يتم من خلاله إبرام العقد النهائي وفق المرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي نص في مادته 02: " يحدد نمونجا عقد حفظ الحق وعقد البيع بناء على التصاميم في ملحق هذا المرسوم"، فطبيعة هذا العقد وصفة أحد طرفي العلاقة تؤكد أن العقد منظم مسبقا وفق سياسة معينة تركز المصلحة العامة، كما كرس هذا التنظيم المسبق حماية تصب في فلك مصلحة الطرف الضعيف وهو المشتري المقتني.

فهذه العلاقة التي تجمع المرقي العقاري بالمقتني وفق الصيغة النموذجية تدل على تدخل المشرع في تنظيم مثل هذا العقد والتي هي على سبيل الإلزام ولا يجوز مخالفتها كونها من النظام العام، فهذا النموذج الملزم يعد كذلك مظهرا من مظاهر الشكلية والحامي للحرية التعاقدية.

فقد نظم المشرع هذا العقد لما فيه من مصلحة للمقتني سواء وقت انعقاد العقد أو في مرحلة تنفيذه وهذا التنظيم والحماية تبررها الطبيعة الخاصة لهذا العقد وصفة المقتني وحاجته

(1) - زروتي الطيب، " حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 42، رقم 02، 2000، كلية الحقوق، بن عكنون، ص 56-57.

للمبيع، فعند إبرام هذا العقد لا تكون البناية موجودة أو مكتملة، وعلى هذا الأساس يعد هذا العقد من العقود الدائرة بين النفع والضرر التي تشكل خطورة على المقتني الضعيف⁽¹⁾.

أ) - تميز عقد البيع لبناية على التصاميم بنقل الملكية

يذهب المشرع في مثل هذا العقد إلى تكريس النقل الفوري والمباشر للملكية بمجرد إبرام العقد، فلا يتوقف الأمر على مجرد تحويل حقوق المرقى العقاري على الأرض فقط وإنما يشمل كذلك ما تم إنجازه من أشغال بحيث لا يمكن فصل ملكية المنشآت الموجودة وقت البيع والتي لم ينته إنجازها بعد، فكلاهما ينتقل إلى المشتري بمجرد إبرام العقد⁽²⁾.

إلا أنه ما يعاب على المشرع بموجب المادة 28 من القانون رقم 04-11 أنه ركز فقط على تحويل المرقى العقاري للمكتب حقوق الأرض دون الإشارة إلى نقل ملكية ما تم إنجازه وقت البيع في حالة ما إذا تم إبرام عقد بيع البناية على التصاميم في طور الإنجاز. قد يكمن السبب في ذلك إلى أنه لا داعي للتذكير بنقل ملكية ما تم إنجازه، كون الملكية تشمل أجزاء الشيء المكونة له طبقاً للمادة 782 الفقرة 01 من القانون المدني⁽³⁾، فبالإضافة للنقل الفوري للملكية يمكن أن تنتقل هذه الأخيرة تدريجياً حسب تقدم الأشغال أي حسب تواريخ اندماجها بالأرض، فهنا يكون المشرع قد لجأ إلى أحكام الالتصاق بالعقار كأساس لتبرير اكتساب المكتب لملكية المنشآت التي ستقام مستقبلاً⁽⁴⁾.

يلاحظ خروج المشرع عن القواعد المتعارف عليها في نقل الملكية نظراً لطبيعة هذا النوع من العقود وحماية للمصلحة الخاصة للمستفيد منه، ومن أجل ذلك جعله ينصب في قالب عقد نموذجي.

(1) - حدوم ليلي، المرجع السابق، ص 67.

(2) - حامي حياة، " النظام القانوني لبيع البناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016، ص 77.

(3) - " كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته ويكون مملوكاً له....."

(4) - حامي حياة، مرجع سابق، ص 78.

ب)- وجوبية ارتباط تسديد الثمن بتقدم الأشغال

خص المشرع مسألة الالتزام بتسديد الثمن بقواعد خاصة طبقا للمادة 28 من القانون رقم 04-11 وربطها بتقدم الأشغال، فلا يمكن دفع الثمن قبل الشروع في الإنجاز أو بعد تمام الإنجاز وإلا أخذ البيع وصفا آخر، طبقا للمادة 35 من القانون رقم 04-11 فكل عقد يكون موضوعه تحويل ملكية بناية أو جزء من بناية ذات استعمال سكني أو مهني وتشمل التزام المكتتب بدفع تسبيقات أو إيداع أموال قبل إتمام إنجاز البناية يجب أن يكتسي تحت طائلة البطلان شكل عقد البيع على التصاميم، فالثمن هنا وكيفيات دفعه يعد من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته طبقا لنص المادة 37 من القانون رقم 04-11.

ج)- الضمانات المكرسة بموجب الصيغة النموذجية للمقتني

لقد جعل المشرع من عقد البيع بناء على التصاميم عقدا شكليا باشتراطه الكتابة الرسمية⁽¹⁾ كركن للانعقاد طبقا للمادة 25 من القانون رقم 04-11، ولم تقتصر هذه الشكلية على الرسمية فقط بل وضع المشرع هذا العقد في قالب نموذجي طبقا للمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 431-13.

فيقصد بأن عقد بناء على التصاميم بأنه عقد شكلي أي أنه يخضع للنموذج المحدد في المرسوم رقم 431-13، الغرض من وراء فرض المشرع للصيغة النموذجية هو توجيه العلاقة العقدية وتشجيع الاستثمار في مجال الترقية العقارية بغرض دفع العجلة الاقتصادية وفك أزمة السكن، ولهذا لم يترك تنظيم مثل هذا العقد لحرية الأطراف تحقيقا للمصلحة العامة.

لم يكتف المشرع بجعل هذا العقد نموذجيا وإنما أكد على ضرورة أن يتصف هذا العقد بالرسمية أي إخضاعه للكتابة الرسمية، كون المتعاقدين يستفيدان من الإرشادات والنصائح

(1)- تم التأكيد على رسمية عقد البيع بناء على التصاميم على أنه عقد شكلي، بحيث قضى: " يحرر عقد البيع على التصاميم وجوبا في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان "، بموجب القرار الصادر عن الغرفة العقارية المؤرخ في 2011/07/14، تحت رقم 664290، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2012، ص 363.

التي توجهها الجهة المختصة بتحرير العقود⁽¹⁾ ، مع ضرورة إشهار التصرف تطبيقا لنص المادة 34 من القانون رقم 04-11⁽²⁾.

فهذه الشكلية الرسمية جاءت بصيغة الإلزام وتحت طائلة البطلان في حالة تخلفها أي تعد من النظام العام، وهذا ما هو مكرس ومؤكد عليه بموجب القرار الصادر من المحكمة العليا⁽³⁾، إلا أن هذا الحصر اقتصر على عقد البيع بناء على التصاميم ولم يشمل عقد حفظ الحق فيكون هذا الأخير عقدا رسميا، وقد يكون السبب في ذلك راجع لتكريس حماية للمستفيد لأنه في مثل هذا البيع يتم دفع الثمن فيه حسب تقدم الأشغال⁽⁴⁾.

فعقد البيع بناء على التصاميم عقد مستقل بذاته كونه يخضع لنظام خاص به، وتطبق عليه أحكام القانون رقم 04-11، ويتم انعقاده وفق نموذج خاص به، مع خضوعه لأحكام القانون المدني بشأن ما لم يرد من أحكام في هذا القانون⁽⁵⁾.

حرص المشرع عند وضعه لمثل هذا النموذج لتكريس ضمانات للمقتني لحمايته وهذا ما نصت عليه المادة 45 من القانون رقم 04-11⁽⁶⁾، فبناء على هذا النص يمكن القول إن

(1) - حدوم ليلي، المرجع السابق، ص 67.

(2) - المادة 34 من القانون رقم 04-11: " يتم إعداد عقد البيع بناء على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء ".

(3) - حيث قررت المحكمة العليا: أنه ما دام العملية تمت بين الطرفين في إطار المرسوم التشريعي المذكور وكان من الواجب على الطرفين تحرير العقد في الشكل الذي يتطلبه وليس فقط الاستناد إلى شهادة إدارية صادرة عن المدعى عليه بتاريخ 1999/11/17 تفيد بأن السكن رقم 89 خصص للطاعن فهي شهادة لا ترقى إلى درجة العقد الرسمي الذي تحدد فيه الحقوق والواجبات أو الالتزامات كل طرف تجاه الطرف الآخر ولا قيمة لها في تحديد هذه الالتزامات "، قرار رقم 436937 المؤرخ 2008/11/19، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2008، ص 195.

(4) - حامي حياة، المرجع السابق، ص 164.

(5) - نوي عقيلة، " النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2004، ص 21.

(6) - المادة 45 من القانون رقم 04-11: " دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلا وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري ".

المشرع ترك مجالاً لممارسة حرية الأطراف لكن بشرط عدم مخالفتها للضمانات الممنوحة للمقنتي، فقرر البطلان لكل شرط أو بند أو اعتباره غير مكتوب لا يصب في مصلحة الطرف الضعيف، وهنا نلمس تكريس المشرع للنظام العام الحمائي⁽¹⁾.

إن أهم أسباب إدراج مثل هذه الضمانات وهذه الحماية للمقنتي هو أن محل العقد غير متوفر وقت إبرام العقد الذي قد يكون بناية أو جزءاً من بناية المقرر بناؤها أم في طور الإنجاز، مع استفادة المرقى العقاري من جزء من الثمن الذي يلتزم المقنتي بدفعه كلما تقدم الإنجاز وفق المادة 28 من القانون رقم 04-11، مع ضرورة تأكد الموثق عند تحريره للعقد تحت طائلة البطلان من مدى استجابة العقد للشروط التقنية والوظيفية المطلوبة تطبيقاً لنص المادة 26 الفقرة 02⁽²⁾.

فيقع على عاتق المرقى العقاري قبل تسليم البناية أو جزء منها للمقنتي تسليم شهادة المطابقة تطبيقاً لنص المادة 39 من القانون رقم 04-11 وهذه الشهادة لا تعفي المرقى العقاري من المسؤولية المدنية طبقاً للمادة 26 الفقرة 03⁽³⁾، فتسليم البناية ليس قرينة على سلامة المبيع من العيوب الظاهرة أو الخفية⁽⁴⁾.

وبالنسبة للثمن الذي يهمل المقنتي حيث اشترط المشرع بصدور القانون رقم 04-11 وفق المادة 37⁽⁵⁾ منه وتحت طائلة البطلان توضيح تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال فجعل هذه المادة من النظام العام، فالمشرع بذلك كرس حماية وضمناً لحقوق

(1) - سيتم التطرق بالتفصيل للنظام العام الحمائي في الباب الثاني من الأطروحة.

(2) - المادة 26 الفقرة 02 من القانون رقم 04-11: " وزيادة على رضا الطرفين بشأن الشيء المبيع وسعر البيع المتفق عليه، يجب أن يستجيب العقار تحت طائلة البطلان للشروط التقنية والوظيفية المطلوبة في مجال قابلية السكن وتهيئة المحلات ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي ".

(3) - المادة 26 الفقرة 03: " غير أن الحيابة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري ولا من ضمان الانتهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة ".

(4) - زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 64.

(5) - المادة 37 من القانون رقم 04-11: " يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم، تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال، كما يجب عليه، في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه، تحديد كيفيات ذلك ".

المقنتي، كما قيد المرقى العقاري حيث حدد نسبة المراجعة التي يجب أن لا تفوق 20%، كحد أقصى من السعر المتفق عليه، وبالإضافة إلى التزام المتعامل بنقل الملكية، يقع على عاتقه جملة من الالتزامات مثل الالتزام بالتشييد والبناء في الآجال المحددة وتعتبر من النظام العام وفقا للمادة 43⁽¹⁾ من القانون رقم 04-11، وهذا يضمن للمقنتي تسلم المبيع في الآجال المحددة.

إن المتعامل في الترقية العقارية ملزم بحسن الإنجاز واحترام الآجال المحددة في العقد والتزامه بتسليم البناء وفق المقاييس الفنية، كما يقع عليه تغطية التزاماته بتأمين إجباري وترفق شهادة الضمان إجباريا بالعقد طبقا للمادة 49 من القانون رقم 04-11 والمادة 08 من الملحق بالعقد النموذجي.

كما أن تسليم المرقى العقاري شهادة المطابقة للمقنتي لا تعفيه من المسؤولية المدنية، فالضمان العشري من النظام العام وفق المادة 26 الفقرة 03 من القانون رقم 04-11. فكان لتدخل المشرع الأثر البالغ في صد احتمال انفراد المرقى العقاري في وضع شروط عقدية تعسفية مجحفة يميلها على المقنتي الطرف الضعيف الذي هو في أمس الحاجة إلى سكن يأويه، وبذلك كان العقد النموذجي السبيل الوحيد المتضمن لقواعد أمره تملى على كلا طرفي العلاقة العقدية.

إلا أنه قد يحدث أن يتم مراجعة السعر في حالة تغير سعر التكلفة نظرا لتغير أسعار المواد والعتاد واليد العاملة، مما يستدعي مراجعة السعر لعدم الإضرار بالمرقى العقاري، إلا أن المشرع قيد إمكانية مراجعة السعر بينود في العقد النموذجي المفروض من قبله مع تحديده لحد أقصى لهذه المراجعة⁽²⁾.

(1) - المادة 43 يؤدي كل تأخر يلاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقى.

(2) - وزارة عواطف، "التزامات المرقى العقاري في عقد البيع بناء على التصاميم"، مداخلة في ملتقى حول "إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر"، يومي 17، 18 فيفري 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ص 91.

فالسؤال الذي يتبادر إلى الذهن يكمن في هل يعتبر هذا العقد النموذجي عقد إذعان أم لا؟، استنادا للنصوص المنظمة لهذا العقد يمكن القول إن المشرع لم يجعل منه عقد إذعان طبقا للمادة 04 من القانون رقم 04-11 كونه لم يجعل المبادرة بالمشاريع العقارية حكرا على فئة معينة بل هي حق لكل من توافرت فيه صفة المرقى العقاري، وكذا المادة 45 من القانون رقم 04-11 التي تبطل البنود التي تؤدي إلى إقصاء أو حصر المسؤولية والضمانات، ونص المادة 38 التي تنص على مراجعة السعر مراعاة بذلك لمصلحة المقتني باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فهذه العقود النموذجية هي عقود معدة مسبقا توفيراً للوقت والنفقات ولا يمكن للمتعاقد إلا ملء الفراغ، وتكون معدة من طرف خبراء فنيين أو قانونيين فلا يتوفر فيها الإذعان كون ما يميزها غالبا هو مناقشة الطرف المتعاقد لشروط العقد⁽¹⁾.

فالمشرع جعل هذا العقد من النظام العام بحيث اعترف ضمنا بنوع جديد من الحماية بواسطة النظام العام متمثلة في حماية الحاجة الماسة للسكن التي تعد من الضروريات بالنسبة للأفراد، لا يجوز المساس بها خاصة بالنظر لتفاوت المراكز القانونية بين أطراف هذا العقد، فكان العقد النموذجي هو السبيل الوحيد لبسط هذه الحماية التي تعد من النظام العام. ما يمكن استخلاصه من عملية تنظيم المشرع لعقد البيع بناء على التصاميم أنه كفل للمقتني حماية خاصة سواء فيما قبل التعاقد أو في مرحلة الانعقاد والتنفيذ، فقبل الإبرام فرض المشرع على المرقى العقاري التزاما بإعلام المقتني بجميع المعلومات المتعلقة بالمبيع، ويعتبر المرقى العقاري مخلا بهذا الالتزام سواء أعطى معلومات غير صحيحة أو سكت عن واقعة تهم المقتني، وبالنسبة لتنظيم العقد أقر بعض الشروط التي تحول دون استغلال المرقى العقاري لحاجة المقتني من شكلية رسمية وتحديد الثمن وكيفية مراجعته، أما في

(1) - محمدي سليمان، " حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 02، 2010، كلية الحقوق، بن عكنون، ص 63.

مرحلة التنفيذ تفرض المشرع على المرقى العقاري التزامات تفوق تلك المفروضة على البائع فألزمه ببعض التزامات المقاول من المسؤولية العشرية، تأمين المسؤولية وتأمين الأضرار. ففي مضمون القانون رقم 04-11 ركز المشرع على حماية مصلحة المقتني ذلك في مجالين، اهتم بحماية رضاء المقتني عن طريق إلزام المرقى العقاري بإعلامه بكل ما يتعلق بعملية بيع بناء على التصاميم، كما أنه اشترط ضبط تشكيلة سعر البيع وآجال دفعه، فالمشرع عند تنظيمه لعملية التعاقد وفق ما يخدم المصلحة العامة يعد تعبيراً مباشراً عن نيته في ضبط التعاقد بقواعد أمره، بغية تحقيق العدالة والتوازن العقدي، كون العقد لم يعد من اهتمامات الأفراد وتحقيقاً لمصالحهم فقط بل أصبح من اهتمامات الدولة مما جعل منه خدمة للمصلحة العامة وليس فقط خدمة للمصلحة الخاصة.

03- الصيغة النموذجية لعقد البيع الإيجاري

يعرف عقد البيع الإيجاري بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 97-35 المؤرخ في 10/01/1997⁽¹⁾، بموجب المادة 07 منه التي تنص على: " العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتباره المالك المؤجر أن يحول ملكاً عقارياً ذا استعمال سكني لأي مشتر أثناء فترة تحدد باتفاق مشترك وحسب الشكل الرسمي ويخضع لإجراءات التسجيل والإشهار وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وخلال الفترة المتفق عليها يحتفظ ديوان الترقية والتسيير العقاري بصفته مالك العقار بكل حقوقه والتزاماته، أما المستأجر المستفيد فيحتفظ بكل الالتزامات المرتبطة بالمستأجرين لا سيما في مجال الأعباء المشتركة"، وعند تعديل هذا المرسوم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 97-35 المؤرخ في 14/01/1997، المحدد لشروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار وشروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري والمهني وغيرها، التي أجزتها دواوين الترقية والتسيير العقاري بتمويل قابل للتسديد من حسابات الخزينة العامة أو بتمويل مضمون منها والمسلمة بعد شهر أكتوبر سنة 1992، الجريدة الرسمية العدد 04، السنة 34، المؤرخة في 15/01/1997، ص 08.

2001/04/23⁽¹⁾، الذي عرف البيع بالإيجار بموجب المادة 01 منه على أنه: " البيع بالإيجار صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية ثابتة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب ".

فما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يعرف البيع بالإيجار كعقد يتضمن تصرفاً قانونياً ينتج آثاراً قانونية، بل تناوله كصيغة عقدية لواقعة مادية، ولهذا تم تعريفه على أنه عقد يتفق بمقتضاه البائع والمشتري على تأجير الشيء محل العقد لمدة معينة مقابل التزام هذا الأخير بدفع أجره، فعند وفاء المستأجر بجميع الدفعات تنتقل إليه الملكية دون تكليفه بدفع مبالغ أخرى عند نهاية العقد، أما إذا تخلف عن دفع الأقساط فيفسخ عقد الإيجار مما يستوجب على المستأجر أن يعيد محل العقد إلى المؤجر⁽²⁾.

كما يعرف عقد البيع الإيجاري على أنه الاتفاق الذي بموجبه يسلم أحد الطرفين شيئاً معيناً للطرف الآخر لينتفع به فترة معينة في صورة إيجار في مقابل مبالغ دورية محددة، ثم يصير هذا الاتفاق بيعاً يتملك بموجبه المنتفع الشيء الذي في يده إما بسداده لكل المبالغ المتفق عليها أو بإعلان رغبته في الشراء، أو بوفاء المالك بوعده في حالة الاتفاق على ذلك⁽³⁾.

فيعتبر هذا العقد صيغة جديدة مستعملة تسمح بشراء مسكن، فالهدف من البيع بالإيجار يكمن في انتقال الملكية إلى المشتري عند نهاية العقد الذي كان فيه مستأجراً، فيبدأ العقد بصفة الإيجار مقابل دفع الأقساط المتفق عليها ثم عند تسديد المشتري هذه الأقساط ينقلب عقد الإيجار إلى عقد بيع وتنتقل الملكية إلى المشتري.

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 2001/04/23، المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية، الجريدة الرسمية العدد 25، المؤرخة في 2001/04/29، ص 18.

(2) - أومحمد حياة، " النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون رقم 11-04 "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 67.

(3) - حمدي أحمد سعد أحمد، " البيع الإيجاري، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي "، دار الكتاب القانونية، مصر، 2007، ص 29.

فلهذا العقد خصائص يتميز بها عن العقود الأخرى هي:

(أ) - عقد البيع بالإيجار في خدمة المصلحة العامة

لجأت الدولة لمثل هذا النموذج من العقود للتخفيف من أزمة السكن بعدما لم تصبح الدولة قادرة على تحمل عبء أزمة السكن وحدها، وهذا ما أدى بها إلى تغيير سياستها عن طريق إشراك الأفراد في تمويل المشاريع السكنية، فالبيع الإيجاري ما هو إلا مشروع سياسي يلائم القدرة الشرائية للمواطن كذلك طريقة دفع الثمن الذي تراعى فيها ظروف المستفيد، فيتم الدفع بمساهمة قدرها 25% تدفع 10% كدفعة أولى، أما 15% فتدفع على مدى 03 سنوات بنسبة 05% في كل سنة، وما تبقى من الثمن فيدفع بالتقسيط خلال مدة 25 سنة كأقصى حد في صورة دفعات شهرية⁽¹⁾.

يظهر الطابع الاجتماعي لمثل هذه العقود في تقييد المشرع الاستفاد من السكن بشرط عدم امتلاك المستفيد لعقار أو أن يكون قد امتلك عقارا ذا استعمال سكني⁽²⁾، فنظرا لأهمية هذا العقد ربط المشرع إبرامه بالمتعهد بالترقية متمثل في الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره وكالة عدل AADL، فتتكفل بتنفيذ البرنامج الوطني بصيغة البيع الإيجاري تحقيقا لغرض اجتماعي متمثل في فك أزمة السكن، وترقية وتطوير سوق العقار.

(1) - المادة 08 الفقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المعدل كذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-340 المؤرخ في 2004/11/02 التي تنص على: " يجب أن يسدد المستفيد مبلغ ثمن المسكن في كل الحالات، بعد خصم مبلغ الدفعة الأولى على مدى مدة لا تتجاوز خمسا وعشرين سنة " ، تم تعديل المرسوم التنفيذي رقم 97-35 المؤرخ في 14/01/1997، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 23/04/2001، المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية العدد 25، المؤرخة في 29/04/2001، ص 18، ثم عدل المرسوم التنفيذي رقم 01-105 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-35 المؤرخ في 13/01/2003، المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 04، السنة 40، ص 06، ليعدل كذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-340 المؤرخ في 02/11/2004، الجريدة الرسمية العدد 69، المؤرخة في 03/11/2004، ص 07.

(2) - طبقا للمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 التي تنص على: " يتاح البيع بالإيجار لكل شخص لا يملك أو لم يسبق له أن تملك عقارا ذا استعمال سكني، ملكية تامة ولم يستفد من مساعدة مالية من الدولة لبناء مسكن أو لشراؤه ولا يتجاوز مستوى مداخيله 05 مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون " .

يعمل البيع الإيجاري على تحقيق مصلحة المستفيد، كونه يقع على عاتق الدولة ضرورة توفير سكن لكل فرد لأنه من الضروريات اليومية، فحددت وفق هذا النموذج شروطا معينة لاكتساب السكن مثل شرط عدم التصرف في السكن لمدة معينة مما فيه تقييد لإرادة المستفيد من السكن، ومراعاة لمصلحة هذا الأخير يراعى دفع الثمن في شكل أقساط، كما أن وجود الدولة طرفا في هذا النموذج في صفة المتعهد بالترقية، ضمانا أكثر للمستفيد عكس عند تعامله مع جهة خاصة تستغل حاجته الماسة في السكن، كما يعد ضمانا في كون الاستفادة من السكن تكون مضمونة لوجود جهة تتمتع بالإمكانات التي تمكنها من إنهاء المشروع، فالشروط الواردة في العقد النموذجي للبيع الإيجاري يجسد اتجاه الدولة للمحافظة على النظام العام بتقييد حرية الأفراد وتوجيهها بتحقيق مصلحة المستفيد عن طريق حماية حاجته الماسة حتى وإن لم ينص عليها صراحة إلا أنه يفهم من مظاهر الحماية التي يكرسها النظام العام، فلا يتوقف الهدف من البيع الإيجاري عند تحقيق مصلحة المستفيد وإنما يعمل كذلك على تحقيق المصلحة العامة، عن طريق استحداث المشرع لمثل هذا العقد الذي يحقق أهداف اقتصادية واجتماعية.

ب)- عقد البيع بالإيجار فيه ضمانات لكلا طرفي العقد

يعد عقد البيع بالإيجار عقدا شكليا كونه يرد على عقار فيستوجب الرسمية التي استلزمها المشرع في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية...." ، وهذا ما أكدته كذلك المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 التي تنص: " يحرر عقد البيع بالإيجار المذكور في المادة 11 أعلاه لدى مكتب موثق " ، فالشكل هنا يعد ركنا من أركان هذا العقد.

بالإضافة إلى ضرورة توفر الرسمية لانعقاد هذا العقد، وضع المشرع نموذجا يتم التعاقد على أساسه يكون محددًا مسبقًا فيه تحقيق للمصلحة العامة كما وضحنا سابقًا،

بغرض حل مشكلة أزمة السكن لهذا يحمل ضمانات لكل من البائع المتمثل في المتعهد الترقوي بحيث يبقى محتفظا بالملكية حتى تمام دفع قيمة السكن بأكمله⁽¹⁾، فعدم انتقال الملكية للمشتري يعد ضمانا لحق البائع لاستيفاء الثمن من المستفيد، كما لا يمكن للمشتري أن يتصرف في المسكن محل العقد.

وللبائع الحق في فسخ العقد واسترداد السكن، مع إمكانية طرد المستأجر المستفيد المخل بدفع الأقساط مع ضرورة احترام الإجراءات القضائية وفقا للقانون، فشرط الاحتفاظ بالملكية والشرط الجزائي ضمانتان في حالة تماطل المستأجر عن دفع الأقساط⁽²⁾.

كما تم تقييد إرادة المستأجر المستفيد طبقا للمادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 105-01 والمادة 15 من القرار المؤرخ في 2004/05/04، بحيث لا يمكن له أن يتنازل عن مسكنه قبل نقل الملكية بصفة شرعية لفائدته، وهي ضمانا للبائع لاستيفاء الثمن كليا من المستأجر المستفيد، فشرط عدم التصرف والشرط الجزائي المتمثل في غرامة التأخير تعدان ضمانا للبائع بموجب هذا النموذج.

(1) - طبقا لنص المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 105-01 التي تنص على: " تنقل ملكية السكن المعني وفقا للقواعد المعمول بها بعد تسديد ثمن المسكن بكامله "، والمادة 16 من القرار المؤرخ في 2004/05/04 المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، المعدل المؤرخ في 2001/07/23، المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية العدد 43، ص 22، التي تنص على: " يكتسي هذا العقد طابعا موقفا ولا يقر ملكية المسكن موضوع البيع بالإيجار للمستأجر المستفيد " .

(2) - طبقا للمادة 12 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 105-01: " وفي حالة تأخر عن دفع ستة أشهر 06 أقساط شهرية يفسخ عقد البيع بالإيجار على حساب المستفيد، يحتفظ المتعهد بالترقية العقارية في هذه الحالة بحق رفع دعوى لدى الجهات القضائية المختصة لطرد المقيم من المسكن المعني " ، كما تنص المادة 09 من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار: " يترتب على عدم تسديد 03 أقساط شهرية بعد تبليغ إعدارين مدة كل منهما 15 يوما فسخ هذا العقد على مسؤولية المستأجر المستفيد وحده يمكن أن يباشر المتعهد بالترقية طرد المستأجر المستفيد المتخلف لدى الجهات القضائية المختصة طبقا للأحكام المعمول بها، ويقوم المتعهد بالترقية بعد استرجاع المسكن بتسديد مبلغ الدفع الأولي الذي دفعه المستأجر المستفيد، بعد احتساب الأقساط الشهرية غير المدفوعة والتكاليف المختلفة المتعلقة بشغل المسكن وتكاليف القضاء "، كذلك المادة 07 من نفس القرار نصت على: " يتعهد المستأجر المستفيد بتسديد منتظم لكل قسط شهري خلال الأيام الخمسة عشر الأولى من الشهر حسب الرزنامة المتفق عليها، وكل تأخير في الدفع يفوق مدة شهر يعرض المستأجر المستفيد إلى دفع غرامة 02 % عن كل شهر من التأخير " .

وبالنسبة للضمانات الممنوحة للمستفيد فقد تم إعفاؤه من عناء حصوله على قرض بحيث يشارك بنسبة محدودة في ثمن المسكن والباقي يكون مقسطا على مدى 25 سنة، إلا أنه بالرغم من هذه المزايا يجد المستأجر نفسه مثقلا بالتزامات بمقتضى هذا العقد⁽¹⁾.

فإنقال كاهل المستفيد يبدو وكأن المشرع يذعن هذا الأخير بموجب نموذج عقد البيع الإيجاري، إلا أن الحقيقة على غير ذلك كون ما يضمن مصلحة المستأجر المستفيد خضوع وكالة عدل لتوجيه وإشراف وزارة السكن، فالبائع هنا هو صاحب الإيجاب المتمثل في الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، فبوجود هذا الطرف تستبعد فكرة الاستغلال للحاجة الماسة للسكن بالنسبة للمواطن مما فيه حماية له.

إلا أنه يقع على عاتق المستفيد التزام بتحمل جميع نفقات الإصلاحات التي يقوم بها داخل المسكن أثناء مدة الإيجار دون إمكانية اللجوء إلى الطرف الآخر، فهذه الالتزامات كان من الأفضل أن تقع على عاتق المؤجر البائع، كما كرس المشرع ضمانا لهذا المستفيد تكمن في اشتراطه تحرير هذا العقد أمام الموثق فجعله عقدا شكليا وإلا كان باطلا، بالإضافة إلى ضرورة شهر مثل هذا العقد كونه يدوم مدة 25 سنة لتنتقل الملكية للمستفيد ومن أجل ذلك لكي يكون لهذا البيع الإيجاري حجة على الغير ينبغي شهره طبقا للمادة 17 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽²⁾.

فيبقى هذا العقد مجرد وسيلة لتمكين المواطن صاحب الدخل البسيط من امتلاك السكن، وهو كذلك مجرد إجراء تقني هدفه نقل الملكية عن طريق الإيجار، فالانتفاع منه مؤقت لأن العقد يرمي إلى نقل ملكية الشيء المعقود عليه إلى المستأجر المستفيد في نهاية مدة الإيجار، لذلك فإنه ينعقد بقصد البيع وليس بقصد الحصول على المنفعة، وما الإيجار

(1) - حمليل نواره، " عقد البيع بالإيجار " ، العدد 05، 2007، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 24.

(2) - مرجع سابق، ص 24-26.

إلا إجراء أو مرحلة فنية تهدف لتحقيق واقعة قانونية خارجة عن إطاره متمثلة في نقل الملكية⁽¹⁾.

فالعقد البيع الإيجاري ما هو إلا نموذج وضعه المشرع لتوجيه العملية العقدية تحقيقا للمصلحة العامة، فمحل العقد المتمثل في المسكن المنجز يكون بجزء من الأموال العمومية، والباقي يتمثل في مشاركة المستفيد وفق الشروط المحددة في القانون المنظم لمثل هذا العقد، رغبة منه في حماية المصلحة الاجتماعية للأفراد التي تعد من عناصر النظام العام.

فهذه العقود النموذجية تعد مظهرا من مظاهر التوجه العقدي استعان بها المشرع لتنظيم العلاقات التعاقدية، كما أنها تعد شكلا حقيقيا يضاف إلى الأشكال التي يفرضها المشرع في بعض التصرفات القانونية، فالقانون إذا حدد شروط العقد الخاصة بتصرف قانوني معين بموجب قواعد قانونية آمرة يصبح الالتزام بها واحترامها أمرا ضروريا لا مفر من الابتعاد عنها عند تحديد الشروط، وما دام النموذج يتضمن هذه القواعد تصبح الصيغة النموذجية بطريقة غير مباشرة إلزامية بحكم إلزامية القواعد التي يتضمنها مما يجعلها شكلا حقيقيا ومظهرا آخر من مظاهر الشكلية في العقد.

فسواء كان الشكل مفروضا بإرادة المتعاقدين أو من قبل المشرع فهي تحمي المتعاقدين، وتحمي القواعد القانونية الآمرة ومن ثمة أصبح الشكل يلعب دورا حائما للرضا من خلال تأمين صحة العقد، ومشروعيته ومطابقته للنظام العام والآداب العامة، وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ومن ثمة حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وهذا ما يظهر من طبيعة البطلان المقرر على تخلف الشكل، فالمراد من البطلان المطلق حماية المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع وبهيكلية الدولة وتجاوز إرادة المتعاقدين، بينما يكون الهدف من البطلان المقرر للطرف الضعيف في العقد حائما متمثلا في حماية المصلحة الخاصة للطرف الضعيف.

(1) - حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 75.

فالجزاء المترتب في حالة عدم احترام صور هذه الشكلية يؤدي إلى بطلان العقد، لأنه تم تنظيمها بنصوص أمرة وهي من النظام العام⁽¹⁾، فيتقرر إذن البطلان المطلق عند وجود الشكل إذا لم يستوف الأوضاع القانونية الخاصة به، والمشرع لما يريد حماية المصلحة العامة يقرر على تخلف هذا الشكل المفروض البطلان المطلق، أما البطلان الحماي فيقرره المشرع عند فرضه لبعض الشكليات حماية لرضا أحد المتعاقدين بحيث يمكن لهذا المتعاقد التنازل عن هذه الشكليات وبعد العقد قائما ومنتجا لآثاره كون هذه الشكليات اتصفت بالطابع الحماي فقط ولا تؤثر على صحة العقد⁽²⁾.

المبحث الثالث: تشديد النظام العام لتنفيذ العقد بحسن نية

فرض المشرع على المتعاقدين تنفيذ العقد بحسن نية بموجب المادة 107 الفقرة 01 من القانون المدني: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية "، وفقا لهذه الفقرة اشترط المشرع أن يتم تنفيذ العقد بحسن نية واعتبرها من النظام العام (المطلب الأول)، كما يرتبط حسن النية بمبادئ أخلاقية لا يمكن الاستغناء عنها عند تنفيذ العقد تتمثل في مبدأ النزاهة والتعاون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تنفيذ العقد بحسن النية من النظام العام

عندما ينشأ العقد مستوفيا لأركان انعقاده وشروط صحته يكون نافذا ولازما، فيجب على طرفيه الوفاء بما يترتب عليهما من التزامات بموجبه، وسبب التزام المتعاقدين هو الرابطة العقدية التي يحميها مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يقوم على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى أن الالتزام الناشئ عن العقد له قوة الالتزام الناشئ عن القانون سواء بسواء فلا يحق لأي من العاقدين أن يرجع في العقد عن تنفيذه، بل عليهما تنفيذ الالتزامات

(1)- Brasseur.P, De Coninck.B, Delforge.G, Demoulin.M, Montero.E, Fontaine.M, Michaux.S, Vandehouten.I, op.cit , p 611.

(2) - محمد علي عبده، " دور الشكل....." ، المرجع السابق، ص 198-200.

المرتتبة على عاتق كل منهما، لكن المشرع اشترط أن يكون هذا التنفيذ للالتزامات بحسن نية.

ويقصد بحسن النية الاستقامة في التعامل وعدم الإضرار بالغير عند استعمال حق من الحقوق والالتزام بمبادئ العدل والإنصاف وعدم تجاوز ما يمنحه الحق من سلطة واستثناء، مع ضرورة التعامل بشرف مع الغير مما يؤمن سلامته والثقة المتبادلة، فمفهوم حسن النية مفهوم أخلاقي وإنساني كامن وراء القواعد القانونية والحقوق المحمية قانوناً⁽¹⁾. كما يعني الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعاً لتحقق الجهل أو تحقق العلم بتلك الواقعة، عكس سوء النية الذي يقصد به تحقق العلم بتلك الواقعة على وجه الحقيقة واليقين، أو تحقق إمكان العلم بذلك⁽²⁾.

يفرض حسن النية تنفيذ العقد عن طريق إيفاء كل طرف لحقوقه بصورة كاملة وعلى الوجه الذي أراده، فحسن النية يفرض احترام حقوق الغير فلا ينتقص منها أو تشوه أو تعاب⁽³⁾، فيتسم حسن النية بأنه ذو طبيعة ذاتية في أصله كونه ينبع من ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو بالسوء فهو عنصر نفسي داخلي يستدل عليه إما بملامسته لتصرف معين فيتم معرفته من متن التصرف وصورته الظاهرة، وبالقرائن التي تحيط بالتصرف منذ نشأته إلى غاية تنفيذه، كما يعتبر حسن النية في التصرفات موقفاً

(1) – Ripert Georges, " La règle morale dans les obligations civiles ", L.G.D.J, paris, 1949, p 157.

(2) – السيد بدوي، " حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989، ص 74.

(3) – العوجي مصطفى، " القانون المدني، الجزء الأول...."، ص 564.

عمدياً لأنه نابع من النية المتمثلة في القصد والعزم والقرار، ويوصف على أنه موقف داخلي خاص بصاحبه⁽¹⁾.

فمن حيث مضمون حسن النية اختلف الفقهاء حوله فيرى الفقيه غستان أنه لا يوجد تعريف موحد لحسن النية إنما ترافق هذه القاعدة بعض النصوص القانونية بحيث يجب أن تفهم وتفسر ضمن إطارها، ويقضي في كل حال أن يؤخذ بعين الاعتبار سلوك معين في العلاقة التعاقدية يحكم في ضوئه على سلوك أحد أطراف العقد، ويضيف أن حسن النية يبدو كتكريس لواجب الاستقامة في التعامل والذي يحدد المشرع درجته⁽²⁾، بينما يرى الفقيه ريبار أن حسن النية هو الوسيلة التي يلجأ إليها المشرع أو المحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية ضمن القانون الوضعي⁽³⁾.

فيمكن القول إن حسن النية قاعدة أخلاقية أكثر من كونها قاعدة قانونية ولكنها تحولت إلى قاعدة قانونية أمره من النظام العام من خلال الأهداف القانونية التي تتوخى تحقيقها والقيم القانونية التي تحاول حمايتها، ويتجسد ذلك برغبة النظام العام لضمان تنفيذ العقد بحسن نية في ظروف تسود فيها قيم الأمانة والثقة والعدالة، كون الأخلاق ترمي لتجعل كل متعاقد ذي سلوك أمين وعادل، فباعتبار المشرع حسن النية من النظام العام يمكن القول إنه أراد تعزيز حرية التعاقد في مرحلة تنفيذ العقد وهذا ما يظهر من خلال فرضه لتنفيذ هذا الأخير بحسن نية.

فيقصد بحسن النية في تنفيذ العقود هو ما قصد المتعاقدان تحقيقه لأهداف العقد بأفضل طريقة وعلى أحسن وجه، بمعنى آخر أن يقوم كل متعاقد بتنفيذ التزامه بالكيفية والطريقة التي يتمنى أن تؤدي إليه لو كان في مكان المتعاقد الآخر، معنى ذلك يجب على كل متعاقد أن يفي بالتزاماته دون نقص أو تغيير بل عليه أن يحقق كل ما تم الاتفاق عليه

(1) - القوني عبد الحليم عبد اللطيف، " حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني "، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 97-98.

(2) - Ghestin Jaques, " **Traité de droit civil, Le contrat, Formation.....**", op.cit, p 203-204.

(3) - Ripert Georges, " **La règle morale....**", op.cit, p 157.

بينهما⁽¹⁾، فمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يسري على كافة العقود دون استثناء إذ لا يجوز أن يلجأ المدين إلى الغش في تنفيذ التزامه العقدي.

فالهدف من تقرير المشرع لتنفيذ العقد بحسن النية كان من وراءه تحقيق العدالة العقدية وهو بذلك يعزز الحرية العقدية كونه يقابل مبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾.

فإذا كان يجب على أطراف العقد تنفيذه بحسن النية فكيف يمكننا الاهتداء إلى ما قصده الدائن من مصلحة عند إبرام العقد؟ والقول بأن مبدأ حسن النية قد انتهك؟ فهل يجب على القاضي إذن أن يبحث ويتحقق من حالة المدين النفسية وقت تنفيذه لالتزامه واستقصاء نواياه للتأكد من عدم تنفيذ العقد بحسن نية؟، هنا ينبغي على القاضي أن يلتمس في تحقق الوصف مسلكا وسطا مجردا ينظر فيه إلى سلوك الرجل العادي، فعلى المدين أن يبلغ مثل هذا الحد لتحقيق القدر المطلوب من العلم لتفادي الحكم عليه بسوء النية، وبعد المدين الذي لم يبلغ حدا من اليقظة والحرص إما أنه قد علم حقيقة وادعى نقيض وخلاف علمه فيكون بذلك سيئ النية، وإما أنه قد أهمل وقصر في الحصول على ذلك العلم إهمالا وقصورا يجعله يتصف بأنه سيئ النية⁽³⁾.

فعلى عكس المعيار الذاتي لتحديد حسن النية يتدخل القاضي بموجب المعيار الموضوعي فلا يحتاج القاضي هنا إلى البحث عن نية المدين واستقصاء قصده في تنفيذ التزامه الذي جاء بطريقة تزيد العبء على الدائن أو تنقصه الحق الذي يستحقه بل يكفي أن يقوم بمقارنة سلوك هذا المدين مع مدين عادي نزيه ليتبين للقاضي أن المدين قد خالف في تنفيذ التزامه العقدي ما يقضي به حسن النية، فحسن النية إذن وفق هذا المعيار مرتبط بمدى مراعاة ما يستلزمه من ضوابط وشروط من أمانة ونزاهة وتعاون وشرف⁽⁴⁾.

(1) - القوني عبد الحليم عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 412.

(2) - Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, op.cit, p 410.

(3) - السيد بدوي، المرجع السابق، ص 77-78.

(4) - الجبوري ياسين محمد، " المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني "، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص 48.

فلا يمكن تقدير حسن أو سوء نية العاقد إلا بالعودة إلى نفسية هذا الأخير وإنما لا بد من الرجوع إلى ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وفق الفقرة 02 من المادة 107 من القانون المدني، فتعد هذه المعايير إذن معايير مادية.

فيتضح من هذه المادة أنه يتحدد مضمون العقد بما ورد ويضاف إليه ما هو من مستلزماته التي يقوم القاضي بتحديد ما مراعيها في ذلك أحكام القانون والعرف والعدالة وهذا ما يعرف بتكملة القاضي للعقد نظراً لاتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية تاركين المسائل التفصيلية دون تحديد⁽¹⁾، فيقصد بمستلزمات العقد هي تلك الآثار التي تترتب عن العقد بحسب ما يمليه القانون أو ما يقتضيه العرف وقواعد العدالة بحسب طبيعة الالتزام⁽²⁾. وعلى اعتبار أن المستلزم هو أثر يتبع الالتزام التعاقدى فهذا يدل على وجود علاقة تبادلية بين المستلزم والالتزام الذي أنشأه، مما يشترط أن يكون هناك توافق وملاءمة بين الالتزام الأصلي للعقد والآخر الذي يتبعه، فهذا الأخير يدخل في مضمون العقد، أي متضمن في الالتزام الذي يعتبر نتيجته الضرورية وتلحق هذه المستلزمات بالعقد من طرف القاضي بسبب اعتبارات العدالة العقدية⁽³⁾.

ومستلزمات العقد تزيد من قيمة محل هذا العقد بل قد تكون ضرورية في تنفيذ العقد مثل تسليم البائع الأوراق الضرورية للسيارة للمشتري، فهذه المستلزمات تعد جزءاً من الاتفاق وتلزم المتعاقدين كما لو كانت إرادتهما قد اتجهت إليها، إذ ليس في استطاعة المتعاقدين الإلزام بكل مضمون الاتفاق، ومن ثمة فإن إرادتهما لا تفسران كل مضمون الاتفاق⁽⁴⁾.

(1) - السرحان إبراهيم عدنان ونوري حمد خاطر، " شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2000، ص 245.

(2) - مزوغ يقوتة، " نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران 01، 2015، ص 119.

(3) - بوختالة سعاد، " دور القاضي في تكملة العقد"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016، ص 71.

(4) - عياد عبد الرحمن، " أساس الالتزام العقدي....."، المرجع السابق، ص 11.

وقد يلجأ إلى القانون لاستكمال آثار العقد أو إلى العرف أو إلى العدالة، ومن مستلزمات العقد الالتزام بالسلامة في بعض العقود كعقد النقل حيث يلتزم أمين النقل إلى جانب الالتزام بتوصيل المسافر إلى جهة الوصول في الميعاد المحدد بضمان سلامة هذا المسافر أثناء السفر⁽¹⁾، وإذا ما لحقه ضرر التزم الناقل بالتعويض وفقا لقواعد المسؤولية العقدية، وكذلك الشأن في عقد العمل الذي يلتزم فيه رب العمل بسلامة العامل من حوادث العمل بحيث يكون عليه أن يتخذ من الوسائل ما يقي العامل ويحميه، ويلتزم العامل بعدم إفشاء سر العمل، وبالامتناع عن منافسة رب العمل فيما يقوم به، وكذلك الأمر بالنسبة للمستهلك، ومن ثمة يمكن القول إن حسن النية يعد قيدا هاما يرد على دور الإرادة في تنفيذها للعقد بغرض تعزيزها.

فالفائدة من الأخذ بالمعيار الذاتي والمادي معا للكشف عن نية المتعاقدين، إذ من الصعب أن يستدل القاضي على نيتهما من خلال اعتبارات نفسية فقط، بل لا بد له أن يستعين بمعايير مادية.

في الحقيقة إن تقدير حسن النية يكون بمعيار ذاتي ومادي معا، ذلك أن القول بأنه معيار ذاتي صرف يقتضي الوقوف عند نية المدين الباطنة وقت التنفيذ وهو أمر يفضي إلى صعوبة الكشف عن النية واستحالة استقصائها أحيانا، فعادة ما يستعين القاضي للوصول إلى هذه النية بمعايير مادية كالعرف وقواعد المهنة ونزاهة التعامل.

فيعتبر مبدأ حسن النية إذن مبدأ عاما يتعين أن يسود في كل التصرفات القانونية بحيث يفترض حد أدنى من النزاهة والإخلاص من جانب طرفي العقد، ويعد المساس به تعديا على متطلبات العدل والإنصاف⁽²⁾.

(1) - محمود جمال الدين زكي، " مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، في ازدواج، أو وحدة، المسؤولية المدنية، ومسألة الخيرة "، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 233.

(2) - Sadok Belaid, " Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge " , Thèse de doctorat, université de paris, 1997, p 189-191.

فمفهوم حسن النية يختلط بمفهوم العدالة في كثير من الأحيان حيث إنه توجد علاقة واضحة وحتى امتداد في بعض المظاهر بين المفهومين⁽¹⁾، حتى أن هناك من قال إن حسن النية هو العدالة وإن القاضي إذا ما ارتكز على حسن النية فهو يحكم بالعدالة⁽²⁾، ويتضح التقارب بين فكرتي العدالة وحسن النية في أنهما تسمحان للقاضي بتجاوز ما ورد في العقد باسم النزاهة التي يجب أن تسود العلاقات الاقتصادية⁽³⁾.

فحسن النية إذن يعد معيارا لتفسير المضمون العقدي المحدد من قبل الأطراف وببين كيفية تنفيذ العقد ولا يمكن أن يكون له بالتالي أي دور تكميلي⁽⁴⁾، فهو يفرض على الشخص عند إقدامه على إبرام تصرف معين أن يبحث على كافة الاحتمالات التي تثار حولها الشك لمعرفة الحقيقة، فحسن النية يتحقق عند انتفاء الأخطاء العمدية كون هذه الأخيرة تتعارض مع حسن النية وتنفيه⁽⁵⁾.

فيمكن القول إنه تم إلحاق حسن النية بمفهوم النظام العام نظرا لما يحتاج إليه من قوة إلزامية لكي تلعب دورا في تحديد قصد الطرفين في تنفيذ الالتزام وحمايتهما من خلال تطبيق بنود العقد تطبيقا دقيقا، كون النظام العام يتسم بالمرونة وعدم وضوح المعالم، ويرمي إلى تحقيق الانسجام الاجتماعي، فيمكن القول إنه بإمكانه استيعاب مفهوم حسن النية، لكن يلاحظ على المشرع أنه جعل تنفيذ العقد بحسن نية من النظام العام لكنه تردد في تقرير الجزاء القاسي للنظام العام في خدمة مفهوم حسن النية، فبالنظر للمادة 106 من القانون المدني التي نصت على العقد شريعة المتعاقدين والتي تعد من النظام العام بالنسبة لمرحلة

(1) – Christophe Albiges, " **De l'équité en droit privé** ", L.G.D.J, paris, 2000, p 305.

(2) – عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 90.

(3) – Lahlou Khiair Ghenima, " **La protection....**", op.cit, p 37.

(4) – Sandrine Tisseyre, " **Le rôle de bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse a la lumière du droit anglais et du droit européen** ", presse universitaire d'Aix Marseille, 2012, p 262-263.

(5) – العدوى محمد شكرى الجميل، " سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني "، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 136.

إبرام العقد، ومن ثمة لتحقيق التوازن أقر المشرع ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية وجعلها قاعدة من النظام العام، ويترتب على تعزيز النظام العام للحرية العقدية سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ أنه لا يجوز لأحد العاقدين أن يتخلص مما يلزمه به العقد، ولا يجوز لأحد العاقدين أن يبالغ في الاستفادة من العقد على حساب العاقد الآخر، فالمشرع جعل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في مرحلة الإبرام من النظام العام، وفي المقابل مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية في مرحلة التنفيذ من النظام العام فنلمس جعل المبدأين القانونيين من النظام العام تعزيزاً منه لحرية التعاقد.

فالمشرع تصدى لمبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ فقط فكان لا بد أن ينص عليه في مرحلة إبرام العقد كونها لا تقل أهمية عن مرحلة التنفيذ، حيث تطورت وتقدمت الحياة العقدية مما أدى إلى وجود عقود أكثر أهمية وخطورة بحيث أصبحت هذه العقود تستدعي امتداد حسن النية لمرحلة الإبرام نظراً لعدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة، لكن بالنظر إلى نص المادة 86 من القانون المدني فيما يخص التدليس ونص المادة 88 من القانون المدني التي نصت على الإكراه، ونص المادة 97 من القانون المدني بالنسبة لركن السبب لما اشترط المشرع المشروعية أي يكون خالياً من كل غش وخداع، فيعد دليلاً منه على تكريسه لمبدأ حسن النية في مرحلة الإبرام .

المطلب الثاني: أخلاق العلاقة العقدية تسمح بتنفيذ العقد بحسن نية

إن وجوب تنفيذ العقد بحسن نية من طرف المتعاقدين، يقتضي نزاهة المتعاقد من جهة وتعاونه من جهة ثانية تسهيلاً لتنفيذ العقد، ولا شك أن حسن النية في تنفيذ العقد يستوجب النزاهة والأمانة والثقة، بل إن من أهم مظاهر حسن النية في العقد النزاهة التي تقتضي الابتعاد عن الغش أثناء تنفيذ العقد (الفرع الأول)، كما يعد واجب التعاون واجبا تعاقدياً ومتبادلاً بين الطرفين المتعاقدين (الفرع الثاني)، والثقة المشروعة واقع داخلي في

نفس المتعاقدين مستمدة من معيار موضوعي مفاده مطابقة الاتفاق لما هو مألوف في المعاملات، وما يتلاءم وأسسها القانونية الموضوعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: النزاهة كمبدأ أخلاقي للتنفيذ الملائم للعقد

تعد النزاهة بين المتعاقدين الجانب الإيجابي لحسن النية فعلى المتعاقدين أن يختارا في تنفيذهما لالتزامهما الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة وحسن التعامل⁽¹⁾، فيجب عليهما تنفيذ التزاماتهما العقدية بأمانة وإخلاص⁽²⁾، فعلى المدين أن يمتنع عن الغش والتدليس بحيث يمتنع على المتعاقدين استخدام كل ما من شأنه أن يحرم المتعاقد معه من الاستفادة من مزايا العقد الذي يعد طرفا فيه، والمعيار الذي تقاس به نزاهة المتعاقدين هو معيار الرجل العادي بالنسبة للمدين، أما بالنسبة للدائن فيقتضي أن يبتعد عن الغش الذي من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، أو عند تحميل المدين نفقات ومصاريف مالية ضخمة لا تتلاءم مع الفائدة المرجوة من العقد⁽³⁾.

ويستخلص البعض من نص المادة 107 الفقرة 01 من القانون المدني، بمفهوم المخالفة أنه ينهى عن التنفيذ الذي ينطوي على غش مما يوجب أن يكون سلوك المتعاقد نزيها أثناء تنفيذ العقد، وأن يمتنع عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا ومستحيلا⁽⁴⁾.

ويبدو أن الفقه الفرنسي وهو بصدد البحث في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي يجعل من الغش أثناء تنفيذ العقد مظهرا أساسيا لسوء نية المدين، ويعد سلوكا

(1) - الجبوري ياسين محمد، " المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول..."، المرجع السابق، ص 260.

(2) - Fady Nammour, Rémy Cabrillac, Séverine Cabrillac, Hervé Lecuyer, op.cit, p 165.

(3) - عبد المنعم موسى إبراهيم، " حسن في العقود، دراسة مقارنة "، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 83.

(4) - بودالي محمد، " مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة "، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 67.

مناقضا لمبدأ حسن النية وسلوكا غير نزيه ومخالف للقانون⁽¹⁾، فسوء النية يتحقق بالغش والخيانة وفي إطار كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة يعني العلم بالعيب الذي يشوب التصرف⁽²⁾.

ومن جهة أخرى لا يقع على عاتق المتعاقد الامتناع عن الإضرار بالمتعاقد الآخر بالسلوكات السلبية بل يقع عليه أن يسعى إلى وجود جو تعاقدي تطغى عليه فكرة التلاحم والتماسك، فحسن النية يعد وسيلة لسلامة الرضا⁽³⁾.

حيث يؤكد الأستاذ Jourdain أن المصدر الإنشائي لحسن النية يتجسد في مفهوم النزاهة⁽⁴⁾، وقد يتجسد مفهوم حسن النية في الاعتقاد المشروع بمعنى أنه يعبر عن حالة نفسية أو ذهنية للمتعاقد كما قد يتمثل في تحلي هذا الأخير بالنزاهة عند تنفيذ الالتزام الوارد في العقد الذي أبرمه فيقتضي أن يتحلى بقدر من الأخلاق⁽⁵⁾، بحيث نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يربطون مفهوم حسن النية بالأخلاق التي تعد جزءا لا يتجزأ من قواعد التشريع الإسلامي وقد وضع الفقه الإسلامي حسن النية كإطار عام لكافة التصرفات القانونية ومنها العقود ولم يقصره على مرحلة من مراحل العقد وإنما جعله مبدأ مهيمنا على كل مراحل منذ التفاوض حتى تمام تنفيذه⁽⁶⁾.

(1) – Claude Baj, " **Le principe de loyauté et le prix du marché** ", Mélanges en l'honneur du Dominique Schmidt, édition JOLY, paris, 2006, p 03.

(2) – العدوى محمد شكرى الجميل، المرجع السابق، ص 133.

(3) – نساخ فطيمة، " **أخلقة العلاقة العقدية** " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية السياسية، العدد 04، ديسمبر 2015، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، ص 304.

(4) – Henri Capitant, " **La bonne foi, journée des travaux de l'association** ", édition LETEC, paris, 1992, p 121.

(5) – لجان فريدة، " **مبدأ حسن النية في الانعقاد** " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2009، ص 16.

(6) – Mouly Jean, " **Une nouvelle application de la fonction complétive de l'article 1135 du code civil** ", l'extenso, revue des contrats 01/07/2007, n 03, paris, p 714.

وقد أشار المشرع لهذا الالتزام في عدة مواد منها المادة 361 من القانون المدني: " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا " ، فعدم الالتزام بمثل هذا المبدأ الأخلاقي هو الذي يبزر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو خطئه الجسيم⁽¹⁾، وكذلك بطلان الشرط المسقط للضمان أو الذي ينقص منه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير⁽²⁾، أو الاتفاق المتضمن للإعفاء أو التحديد من الضمان أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى بغش منه سبب هذا الضمان⁽³⁾، معنى ذلك يستوجب على المؤجر أن يكون سلوكه نزيها خاليا من الغش لأنه يجوز تعديل أحكام الضمان شريطة ألا يكون المؤجر على علم بالعيب وأخفاه غشا⁽⁴⁾.

كما يدخل في إطار نزاهة المتعاقدين ما نصت عليه المادة 09 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، " يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة، وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وألا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين "، ويستفاد من هذا النص واجب التزام المتدخل بالنزاهة والإخلاص فيستوجب عليه أن يختار الطريقة المثلى في تنفيذ العقد مراعييا مصلحة المستهلك، وهذا ما أكدت عليه المادة 03 من القانون رقم 03-09 عندما عرفت

(1) - طبقا للمادة 178 من القانون المدني: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة،

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه... "

(2) - المادة 377 من القانون المدني: ".....ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير " .

(3) - طبقا للمادة 490 من القانون المدني: " يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني، ويبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشا " .

(4) - محمدي فريدة، " عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007 المتضمن تعديل القانون المدني " ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص 62.

المنتوج⁽¹⁾، كما يلتزم المتدخل بإخبار المستهلك بالمعلومات النزاهة والصادقة التي تمكنه من إبرام العقد⁽²⁾.

ويتم تقدير نزاهة المتعاقدين بالاستعانة بمعيار سلبي عبر مفاهيم أخرى كالتدليس والخطأ الجسيم والتعسف تجسيدا لسوء نية المتعاقد⁽³⁾، أما المعيار الإيجابي الذي يلجأ له القاضي لتقدير مدى نزاهة المتعاقدين لتنفيذ التزاماتهما فيكون في ضوء سلوك الرجل العادي⁽⁴⁾، وهذا ما يظهر من خلال اعتماد المشرع لمعيار الرجل العادي في عقد الإيجار بحيث أوجب على المستأجر الاعتناء والمحافظة على العين المؤجرة مثلما يبذله الرجل العادي بموجب المادة 495 من القانون المدني، كذلك بالنسبة للالتزامات بعمل فإذا كان المطلوب من المدين المحافظة على الشيء وإدارته تتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي طبقا للمادة 172 من القانون المدني.

فالمشرع بموجب المادة 107 من القانون المدني ينهى عن التنفيذ الذي ينطوي على غش حيث يعتبر من قبيل الغش الامتناع عن التنفيذ عمدا ذلك أن الامتناع يخالف مبدأ حسن النية الذي يقتضي نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه⁽⁵⁾.

كما أشار المشرع في القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية للنزاهة بحيث نصت المادة الأولى: " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين.... "، فمن خلال هذا النص استوجب المشرع الالتزام بالنزاهة في علاقة العون الاقتصادي بالمستهلك معتبرا إياه

(1) - المنتوج: " منتج سليم ونزيه وقابل للتسويق، منتج خال من أي نقص أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك أو مصالحه المادية والمعنوية ".

(2) - بموجب المادة 08 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية.

(3) - Carbonnier Jean, " **Les obligations....**", op.cit, p 260.

(4) - هذا ما أكدته المشرع في بعض المواد 495 و 544 و 592.

(5) - لبنان فريدة، المرجع السابق، ص 16-17.

أساس العلاقات العقدية، كما عرف الممارسات التجارية غير الشرعية وممارسة أسعار غير شرعية والممارسات التجارية التدليسية والممارسات التجارية غير النزيهة والممارسات التعاقدية التعسفية⁽¹⁾، فأولى المشرع في القانون رقم 02-04 اهتماما كبيرا للالتزام بالنزاهة حيث حدد نزاهة المعاملات من خلال الفرضيات المناقضة لها والتي يستخلص من مجموعها أن السلوك النزيه هو ذلك السلوك الخالي من التدليس الذي ينبذ سوء النية ويتجنب الإضرار بالمتعاقد.

كما يعد الالتزام بالإعلام صورة من صور النزاهة لكونه يتطلب التنفيذ بصدق وأمانة، فلولا القيمة التي حظيت بها فكرة النزاهة باعتبارها قيمة معنوية ضمن الفضائل التي حرص فقهاء الأخلاق العقدية بوسمها في العلاقات العقدية المعاصرة إلى درجة من التركيب المتجانس مع غاية الاستقرار العقدي لما أمكن الوصول إلى الاعتراف بقاعدية الالتزام بالنزاهة في النظرية العامة للعقود⁽²⁾.

بالرجوع إلى نص المادة 27 الفقرة 04 من القانون رقم 02-04 التي نصت على: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون، لا سيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: إغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل "، فمن خلال هذه المادة المشرع اعترف بوجود الالتزام بالنزاهة بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم وبين العون الاقتصادي ومع المستهلك كذلك.

(1) - طبقا للمواد من 22 إلى 30 من القانون رقم 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية، سيتم التفصيل فيها في الباب الثاني.

(2) - Mekki Mustapha, " L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé " , Bibliothèque de droit privé, tome 41, DELTA, L.G.D.J, paris, 2004, p 774.

الفرع الثاني: التعاون كسلوك عقدي ينفذ الإرادة العقدية

كانت في بادئ الأمر فكرة حسن النية تفرض على المتعاقد موقفا سلبيا أي عدم اتخاذ المتعاقد مسلكا ينطوي على غش أو سوء نية، ثم تطورت هذه الفكرة وباتت تفرض على المتعاقد أن يتخذ موقفا إيجابيا ويكون ذلك بالتعاون وعدم الاكتفاء بسوء النية، باعتبار أن العقد ليس مجرد ثمرة التوفيق بين إرادتين متضادتين تعبران عن مصالح متعارضة وإنما يجب أن ينظر إلى العقد على أنه الوسيلة القانونية للتعاون بين الطرفين⁽¹⁾.

فيعرف واجب التعاون على أنه دعوة للمشاركة بين المتعاقدين في تنفيذ العقد من خلال التزام المقتني بإعطاء معلومات معينة، ويجب أن تتصف هذه المعلومات بالصدق⁽²⁾ فيعد التعاون من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود كون حسن النية والعدالة يبيان أن يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفائدتها على حساب صاحبه وإنما عليهما سويا أن يتعاونتا حتى يصلتا بعقدتهما إلى أفضل نتيجة ومن ثمة فعلى كل طرف أن يحاول بكل جهده أن ييسر على الآخر التزامه، مع ضرورة إخطار كل من المتعاقدين للآخر بما يجد من ظروف وحوادث أثناء تنفيذ العقد⁽³⁾، وهكذا يمكن القول إن التعاون يكون بالتصرف بشكل مشترك مع الطرف الآخر أو المساهمة في عمل مشترك أو السعي في مساعدته أو إعانته، وهي بذلك تفترض أخذ مصالح الآخر بعين الاعتبار وفقا لما يضمنه تطور العقد⁽⁴⁾.

ويلاحظ على فكرة حسن النية بأنها تطورت حيث أصبحت تفرض على المدين سلوكا إيجابيا بالتعاون وعدم الاكتفاء بأن يمتنع عن الاتيان بسلوك ينطوي على سوء نية، أو اتخاذه لسلوك ينطوي على غش وذلك لأن العقد ليس مجرد توافق إرادتين متضادتين تعبران عن

(1)- وليد صلاح مرسي رمضان، " القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 265.

(2)- عبد المنعم موسى إبراهيم، " حسن في العقود...."، المرجع السابق، ص 152.

(3)- القوني عبد الحليم عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 453.

(4)- Mestre Jacques, " D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration ", revue trimestrielle de droit civil, paris, 1986, p 100-102.

مصالح متعارضة ومتناقضة وإنما يجب أن ينظر إلى العقد على أنه وسيلة قانونية للتعاون بين العاقدين⁽¹⁾.

لم يعد العقد يرتكز على روابط متعارضة ومتنافرة وإنما يمكنه أن يرتكز كذلك على روابط متأزرة ومتحدة، ومن أجل ذلك يستلزم تنفيذ العقود بحسن نية بالتعاون فيما بين المتعاقدين لبلوغ الهدف المنشود من وراء إبرام العقد ومن ثمة تنفيذ الالتزام، فواجب التعاون تفرضه العلاقة القائمة بين المتعاقدين وتقتضيه العدالة العقدية فهذه الأخيرة ترفض أن يستحوذ أحد العاقدين على فائدة تلك العلاقة العقدية ملقيا العبء المتحصل من تلك العلاقة على الطرف الآخر، وكان بوسعها أن يقوم من طرفه بعمل يسهل على الطرف الآخر تنفيذه لالتزامه⁽²⁾، فيتطلب الالتزام بالتعاون أن يقوم العاقد بما يجب عليه القيام به لغرض تسهيل تنفيذ التزامات المتعاقد معه⁽³⁾، فهذا الالتزام بالتعاون كأنه يقود المتعاقدين إلى تحقيق الهدف المنشود من إبرام العقد والمنتظر من كلا المتعاقدين دون تعسف طرف على الآخر مما يحقق النجاعة العقدية ويحمي رضا كل منهما⁽⁴⁾.

فواجب التعاون يعد واجبا متبادلا بين أطراف العقد يفرضه المشرع من أجل اتخاذ إجراءات لتسهيل وتيسير تنفيذ العقد لا يندرج ضمن الواجبات القانونية، وإنما يعد التزاما يقع على المتعاقدين بموجب مصدر شكلي في مجال الالتزامات العقدية وهو مصدر القانون المنصوص عليه في المادة 107 الفقرة 02 من القانون المدني.

وفي هذا السياق يرى الأستاذ بن شنياتي حميد: " أن مبدأ حسن النية لا يقيد المدين في كيفية تنفيذ التزامه فقط بل يقيد الدائن في طريقة المطالبة بحقه، فليس للدائن الحق في

(1) - الجبوري ياسين محمد، " المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني....."، المرجع السابق، ص 252.

(2) - السيد بدوي، المرجع السابق، ص 929.

(3) - الجبوري ياسين محمد، " المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني....."، المرجع السابق، ص 67.

(4) - Vincent Karim, " La règle de bonne foi prévue dans l'article 1375 du code civil du Québec: Sa portée et les sanctions qui découlent ", Les cahiers de droit, volume 41, n 03, 2000, p 463.

مطالبة المدين بتنفيذ العقد في وقت أختل فيه التوازن الاقتصادي لهذا العقد، لأن هذه المطالبة من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالمدين، فحسن النية يستوجب من الدائن مساعدة المدين حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته دون مشقة ودون إصابته بأضرار أخرى⁽¹⁾.

فيندرج التعاون في إطار متبادل بالنسبة لعقد العمل من خلال التزام العامل بأداء كل ما يؤدي إلى حماية مصالح الهيئة المستخدمة والامتناع عن كل ما يضرها وذلك في إطار واجب التحفظ والسرية وواجب العناية بأموال صاحب العمل والمحافظة عليها، ويقابلها أن يضمن رب العمل تمكين العامل من المشاركة في تنفيذ وإدارة المشروع⁽²⁾.

فهناك بعض العقود التي تقوم على أساس التعاون كعقد الشركة، فسوء تفاهم الشركاء يؤدي إلى إنهاء عقد الشركة، كما يقتضي الالتزام بالتعاون من المؤمن له طبقاً للمادة 15 الفقرة 03 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات أن يخبر المؤمن بكل المعلومات التي تهم الخطر محل التأمين، أما فيما يتعلق بعلاقة المؤجر بالمستأجر فيتعين على هذا الأخير إخطار المؤجر بالدعوى المرفوعة من الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر ومطالبته بالضمان طبقاً للمادة 484 من القانون المدني، كما نصت المادة 497 من القانون المدني على ضرورة إخبار المستأجر للمؤجر بكل أمر يستوجب تدخله عندما تحتاج العين المؤجرة لترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يتعدى الغير عليها بالتعرض أو في حالة الإضرار بها.

من هنا فإن مبدأ حسن النية وما يفرضه على كلا المتعاقدين من واجب الأمانة والتعاون يبرر فرض الالتزام بالإعلام والتحذير والنصيحة في بعض العقود وخاصة تلك التي يخل فيها التوازن العقدي⁽³⁾.

(1) - بن شنيبي حميد، " سلطة القاضي...."، المرجع السابق، ص 120.

(2) - طبقاً للمادة 05 والمادة 07 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

(3) - نساخ فطيمة، " أخلفة...."، المرجع السابق، ص 308.

وهكذا يمكن القول إن التعاون باعتباره مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود ومن مقتضياته، إلقاء التزامات متبادلة على عاتق المتعاقدين، ويختلف هذا الأمر باختلاف العقود، فإذا نظرنا إلى هذا الأخير على أنه مشاركة بين طرفي العقد لتحقيق هدف مشترك فهنا يتسع مبدأ حسن النية ليتخذ صورة التعاون والإخلاص في تنفيذ الالتزام، ولا شك أن سعي كل طرف من طرفي العقد لتحقيق الهدف المشترك هو في نفس الوقت تحقيق للمصلحة الفردية لكل منهما.

الفرع الثالث: تحديث مظاهر حسن النية بالثقة المشروعة

نتيجة لاندماج الأخلاق في العلاقات العقدية الذي أدى إلى ظهور واجب النزاهة وواجب التعاون، ونظرا لكونهما أصبا يمثلان نطاقا ضعيفا في بعض العلاقات الأمر الذي أخرج الثقة المشروعة كمظهر مدعم لحسن النية إلى جانب التعاون والنزاهة، فمبدأ الثقة المشروعة هو الوحيد الكفيل بضمان التقليل من الأضرار العقدية ومحاولة إنقاذ العقود من خطر الانقضاء والاستمرار، كونها تضمن استمرارية التنفيذ العادل للعقد.

فتفترض الثقة المشروعة التعامل على أساس الشرف والأخلاق وذلك على حساب فكرة المصالح المتعارضة مهما كانت طبيعة هذه الثقة⁽¹⁾، فالثقة المشروعة تعد أداة تنظيمية للسلوك التعاقدية عن طريق ما تفرضه واجبات الانسجام والتعاون والنزاهة وحسن النية⁽²⁾.

تستدعي الثقة المشروعة مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود لأنه ينبغي على أطراف التعاقد التحلي بقدر من النقاء والشرف كونها مرتبطة بها، وكلاهما يفرض على أطراف العملية العقدية التحلي بهذه الصفات الأخلاقية⁽³⁾.

(1) - السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط...، مصادر الالتزام، الجزء الأول"، المرجع السابق، ص 806.

(2) - Kenfack Hugues, " La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire ?", université de Versailles, DALLOZ, paris, 2008, p 119.

(3) - القوني عبد الحليم عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 455-456.

وإذا نظرنا إلى الثقة المشروعة فإننا نلاحظ أن هناك عقودا تقوم بطبيعتها على اعتبارات الثقة المشروعة ومن أهم هذه العقود هي عقود شركات الأشخاص وشركات التضامن وعقد العمل وعقد الوكالة وعقد التأمين وعقد الاستهلاك فهي تتأسس على أساس الالتزام بالإعلام بالمعلومات التي يتم على أساسها إبرام العقد وتنفيذه خاصة⁽¹⁾.

كما أن في تفضيل معيار الثقة العقدية كأساس لحسن النية العقدية وتبريرا للالتزامات الجديدة كالالتزام بالإعلام والتحذير والنصيحة والسلامة والمطابقة والضمان⁽²⁾، يؤدي إلى الاعتراف بأن الثقة العقدية أكثر واقعية من حسن النية، وتجعل هذا الأخير تابعا لمقتضيات الثقة، فالثقة المشروعة هي نتيجة مباشرة إذن لحسن النية⁽³⁾، كما أن الثقة المشروعة منحة اجتماعية يعطيها المجتمع للأفراد من أجل غاية اجتماعية مضبوطة فالشخص الذي أبرم عقدا يستوجب عليه احترام الثقة المشروعة للمتعاقد معه⁽⁴⁾.

إن توافر الثقة في العقود الزمنية واجب ولكن هذه الثقة تستفاد ضمنا، ولا ينص عنها صراحة كما هو الحال بالنسبة للالتزام المؤمن له بالتصريح بالظروف الجديدة والتي تطرأ خلال سريان العقد حيث ينجر عنها تقادم الخطر على المؤمن له طبقا للمادة 23 من الأمر رقم 95-07، كذلك بالنسبة للالتزام المستأجر بإخبار المؤجر فورا بكل أمر يستوجب تدخله بسبب ترميمات مستعجلة أو بسبب ظهور عيب فيها أو اعتداء عليها طبقا للمادة 497 من القانون المدني، وبالنظر إلى عقد الوكالة نجده يقوم على الثقة المتبادلة بين الموكل والوكيل طبقا للمادة 575 الفقرة 02 من القانون المدني، فيقع على عاتق الموكل إخطار الوكيل بكل ما من شأنه أن يحمل الموكل على تأخير تصرفه أو تغيير شروطه، لتأتي المادة 577 من القانون المدني لتلقي على عاتق الوكيل مهمة استيفاء المعلومات الضرورية عما وصل إليه تنفيذ الوكالة وأن يقدم حسابا عنها، مما يبرر قيام عقد الوكالة على الثقة للقيام بتنفيذه، كذلك

(1) - الجبوري ياسين محمد، " المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني..."، المرجع السابق، ص 65-66.

(2) - السيد بدوي، المرجع السابق، ص 991-992.

(3) - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 334.

(4) - Mekki Musphafa, op.cit, p 1231.

الأمر بالنسبة لعقد العمل المتضمن للالتزام بالسرية وواجب التحفظ والمنافسة المشروعة فكل هذه الالتزامات تحدد علاقة المستخدم بمؤسسته إذن فهو يقوم على الثقة المتبادلة.

ونرى إذن أن مبدأ حسن النية والنزاهة وواجب التعاون هي مبادئ مرادفة لمفهوم الثقة كما نلمس حماية المشرع للثقة ضمناً لدى المستهلك بأن يتم الحصول على المنتجات تلبية لرغباته المشروعة من حيث مصدر المنتج والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك، والرقابة التي أجريت عليه طبقاً للمادة 11 من القانون رقم 03-09، والرغبة المشروعة لدى المستهلك هي ما تؤسس الالتزام بالمطابقة على أنها منبثقة من تلك الثقة التي يضعها المستهلك في المتدخل عما يقتنيه ويستعمله⁽¹⁾.

كما نص قانون حماية المستهلك وقمع الغش على إلزامية أمن المنتجات الموضوعة للاستهلاك بالنظر إلى الاستعمال المشروع لها⁽²⁾، فنلمس إذن الرغبة المشروعة التي تشكل معياراً من أجل تقدير أمن المنتجات، فيمكن القول إن المشرع أصبح يميل إلى إدراج الثقة في العلاقات العقدية مما يساعد على حسن تنفيذها.

إن مبدأ حسن النية يعد آلية لتقوية العلاقة الوثيقة القائمة بين القانون والأخلاق، وهذا ما أصبح يعرف بأخلقة العلاقة العقدية والتي أدرجها الفقه المعاصر على حساب تراجع مبدأ سلطان الإرادة⁽³⁾، مما يسمح بالحفاظ على ديمومة العقد، وكرس المشرع هذا التوجه بصفة ضمنية عند إقراره بموجب قاعدة أمره على القاضي بإبطال الشرط التعسفي مع الإبقاء على

(1) - Sauphanor-Brouillard.N, " **La confiance dans les contrats de consommation** ", université de Versailles saint Quentin en Yvelines, DALLOZ, paris, 2008, p 58.

(2) - طبقاً للمادة 09 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: " يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها وأن لا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توفرها من قبل المتدخلين ".

(3) - Thibierge-Guelfucci .C," **Libre propos sur les transformations du droit des contrat** ", revue trimestrielle de droit civil, n 06, 1997, paris, p 361.

العقد، منح آجال ميسرة للمدين وغيرها من الوسائل التي تساهم في تسهيل تنفيذ العقد ومن ثمة ديمومة العقد الأمر الذي غير العقد إلى واقعة اجتماعية أكثر منها عقدا فحسب.

وبالنظر إلى تكريس المشرع لمبدأ النزاهة والتعاون والثقة المشروعة في نصوص خاصة بحماية الطرف الضعيف فهذا يعد دليلا على تسهيل تنفيذ العقد بحسن نية الذي يعد من النظام العام ومن ثمة التعزيز في الإرادة التعاقدية حتى وإن لم يقرر المشرع له الجزاء المعتمد للنظام العام بموجب المادة 107 الفقرة 01 من القانون المدني، وهذا ما نأمل من المشرع تداركه.

خاتمة الفصل الثاني:

ساهم النظام العام بشكل كبير في تكريس الحماية للحرية العقدية عن طريق ضبطه لمشروعية العقد من خلال عدم مخالفة كلا من ركني المحل والسبب للنظام العام والآداب العامة، وبهدف الحفاظ على المصالح العامة والمصالح الخاصة ربط بعض العقود بالشكالية الواجبة لانعقادها، وقرر على تخلفها البطلان المطلق.

ولن يتوقف نطاق الحماية عند فرض الكتابة الرسمية والكتابة العرفية فقط بل امتد الأمر إلى جعل بعض العقود تفرغ في قالب نموذجي بحيث أصبح للشكالية التعاقدية مظهر جديد حماية لمصلحة المتعاقد الضعيف.

فأصبح من الضروري ملاءمة العقد مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي يعرفها المجتمع مما أدى إلى جعل مبدأ حسن النية من المبادئ التي يعول عليها حيث أصبح على كل متعاقد الالتزام بواجب النزاهة والإخلاص والتعاون في العلاقة العقدية تحقيقاً لأمن واستقرار العلاقة العقدية.

خاتمة الباب الأول:

يلاحظ من خلال ما سبق أن المشرع لم يعرف النظام العام تعريفاً جامعاً مانعاً، كما أن هذا الأخير تطور وتغير مما أدى إلى تغير منطق الحماية، لكن يلاحظ على الفقه اتفاقه عند محاولة إيجاد تعريف للنظام العام أنه مجموع القواعد التي تهدف إلى الحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي لا يمكن الاستغناء عنه لضمان تحقيق المصلحة العامة ومن ثمة ضمان بقاء الدولة وسيرها.

لتكون بذلك المصلحة العامة هي المعيار المحدد للنظام العام، فكل ما يهم المصلحة العامة للمجتمع ينبغي إصباغه بطابع الإلزامية والقاعدة فوق العادية ووصفه بوصف النظام العام، وهذا ما أدى إلى جعل القواعد القانونية الأمرة مصدراً تشريعياً للنظام العام، فكلما أراد المشرع جعل مسألة ما من النظام العام يلجأ للقواعد الأمرة التي أصبحت تميز النظام العام بسبب عدم جواز مخالفتها إلا إذا انصبت المخالفة في مصلحة الطرف الضعيف في العقد.

ونظراً للبيئة الليبرالية المشبعة بالفردية والتي نشأ فيها مبدأ حرية التعاقد، وما استتبعه من ضرورة إطلاق حرية الفرد في إبرام العقود وتحديد الشروط، لم يكن بإمكان فكرة النظام العام إلا أن تسير في هذا المنحى حماية لحرية التعاقد، ولم يسمح لها النظام القانوني القائم آنذاك بالتدخل لإزالة التعارض والتضاد بين هذه المصالح الفردية المشروعة، لذلك اقتصر دورها على مرحلة إنشاء العقد فقط وفي حدود ضيقة جداً، باعتبار النظام العام وحرية التعاقد وجهان لعملة واحدة.

بحيث يختلف دور النظام العام ضيقاً واتساعاً بحسب كل توجه، فبعدما كان يتدخل في مجال ضيق بمفهوم النظرية التقليدية، بهدف حماية العدل التبادلي، هو الآن يشهد اتجاهها آخر أكثر تدخلية مما سبق، وهذا بسبب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، بحيث أصبح يولي اهتماماً أكثر للفئات والأطراف الضعيفة في المجتمع، فأصبح يؤثر على العقد بحيث طوع النظام العام العقد حسب منطقته، مما أدى إلى تغير منحى التعاقد بحيث تم تغليب الطابع العام عن طريق تدخل الدولة في توافق إرادتي المتعاقدين، وفي تحديد

مضمون التعاقد، كما تم تغليب الطابع الجماعي المسجد في صورة الاتفاقية الجماعية، واستجابة للمقتضيات الاجتماعية تم ظهور عقود الإدماج التي تبرز فيها سلطة الدولة لتحقيق المصلحة العامة.

كما ساهم النظام العام في حماية المصلحة الخاصة للأفراد عن طريق الانتقال من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون بواسطة كفالاته لضمان مشروعية المحل في العقد عن طريق عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، ولن يتوقف المشرع عند جعل المحل من النظام العام وإنما شمل كذلك السبب لأنه يكفل التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة، ومن ثمة ينبغي عدم مخالفة السبب للنظام العام والآداب العامة بغية تحقيق التناسب والملاءمة في التعاقد.

ويظهر كذلك تأثير النظام العام على العقد من خلال الاستعانة بالشكلية عن طريق تحديد إرادة المتعاقدين بالتنظيم المسبق للعقد في صورة عقود نموذجية محررة مسبقا من قبل المشرع بغية حماية إرادة المتعاقد الضعيف في العقد وتحقيق المصلحة العامة، وكنتيجة لما سبق أصبح من الضروري تحلي المتعاقد في ظل التحولات الحديثة بجملة من الأخلاق العقدية من التعاون والنزاهة التي أصبحت اليوم تساعد في ضمان استقرار العلاقات التعاقدية عن طريق قواعد أخلاقية أساسها يعد من النظام العام.

لاحظنا من خلال الباب الأول أن النظام العام في القانون الجزائري تطور فبعدها كان هدفه تحقيق العدل التبادلي غير من هذا المنحى بسبب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، بحيث أصبح يولي اهتماما أكثر للفئات الضعيفة في المجتمع وهذا ما لمسناه عند تحديثه للعقد حسب طبيعة هذه الفئات، كما أصبح يهدف إلى حماية التوجه الجديد للدولة نحو المنافسة الحرة، فأصبح يهدف إلى تحقيق العدل التوزيعي عن طريق ضبطه لسلطان الإيرادات وخلق توازن في أداء الحقوق وضبط السوق، ليتم في الباب الثاني تبين هذه الأخيرة.

الباب الثاني: تدخل النظام العام للحد من الحرية العقدية تحقيقاً للتوازن العقدي

إذا كانت فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي قد اتخذت نطاقاً ضيقاً للغاية بحيث اقتصر أهدافها على حماية الكيان السياسي والأخلاقي في المجتمع، وبالتالي فلم تشهد حرية التعاقد في ظلها سوى قيود محدودة، تركزت خاصة حول حرية إبرام العقد من خلال مراقبة مشروعية المحل والسبب وفرض الشكالية في بعض العقود، بينما ظلت حرية الأطراف في تحديد آثار العقد بعيدة عن التقييد.

لكن سرعان ما بدأت فكرة النظام العام تشهد اتساعاً شديداً في مضمونها وتطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي والاجتماعي داخل المجتمع، وكان ذلك نتيجة انتصار المذاهب الاشتراكية، وما صاحب ذلك من تزايد تدخل الدولة تدريجياً في شتى جوانب الحياة الاجتماعية.

ونتيجة لهذه التطورات ظهر ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي والحماي، فأدى ذلك إلى تقييد حرية التعاقد بغرض إجبار الأفراد على احترام قواعد أصبحت من النظام العام في حلته الجديدة.

فالنظام العام يقيد حرية التعاقد بثلاث صور مختلفة قد يكون بواسطة المنع التام من القيام بالتعاقد كون هذا التصرف يتعارض مع المصالح المحمية التي هي من النظام العام، وفي حالات أخرى يسمح للأفراد بالتعاقد ولكنه مع ذلك يجبر الأفراد على إبرام التصرف وفق مقتضيات النظام العام، كما قد يفرض شروط تعاقد على الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾.

رغم كثرة وتنوع هذه القيود وانتمائها لفكرة واحدة متمثلة في النظام العام التوجيهي والحماي، غير أنه يمكن القول إن هذه الفكرة قد نشأت لتحقيق هدفين متعاقبين اقتضى كل منهما خضوع الإرادة لعدة قيود، ففي البداية وجهت هذه الفكرة إلى حماية الطبقات

(1)– Marie Caroline Vincent–Legoux, op.cit, p 114.

الاجتماعية الضعيفة والفقيرة، واستتبع ذلك الحد من حرية التعاقد بهدف حماية الجانب الضعيف وتحقيق التوازن العقدي (الفصل الأول).

كما مكنت فكرة النظام العام الاقتصادي التوجيهي والحماي الدولة من تحقيق السياسة المنتهجة من قبلها بحيث ابتغت توجيه الأفراد إليها، لذا شهدت الإرادة العقدية قيوداً أخرى بهدف إجبار الأفراد على احترام هذه السياسة وتوجيههم إليها وفق النظام العام الموجه، بحيث تنوعت مظاهر التوجيه الاقتصادي سواء في إطار العقود التي تبرم بين أفراد عاديين، أو تلك التي تتم بين منتجي وموزعي السلع، أو بين شركات صناعية وأخرى استثمارية، أو بين المنتجين أو المستهلكين ومؤسسات التمويل، وقد اقتضى هذا التوجيه تقييد حرية التعاقد بقيود متفاوتة تبعاً لطبيعة السياسة الاقتصادية التي تنتهجها الدولة حماية للمنافسة ومن ثمة حماية للفئات الضعيفة (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تحقيق النظام العام الحمائي للعدالة التوزيعية حماية للطرف الضعيف

كردة فعل على النتائج السلبية التي خلفها إطلاق مبدأ حرية التعاقد اتجه المشرع إلى تقييد هذه الإرادة التعاقدية، وتثبيت نسبية دورها في نطاق العقد وأحيانا تم استبعادها لصالح فكرة النظام العام، مما أدى إلى ازدياد القيود القانونية على حرية التعاقد وخضوعها للتنظيم القانوني الإجباري، الذي لا يترك لإرادة المتعاقدين كثيرا من الحرية.

فقد تغيرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي نشأ في ظلها مبدأ حرية التعاقد، وسارت التشريعات نحو الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد، مما يقتضي منع تسلط الطرف القوي في التعاقد على الطرف الضعيف وتقييد إرادته، ومن هنا تدخل القانون عن طريق قواعد النظام العام للحد من القوة الإلزامية للعقد، بغرض تحقيق المنفعة الاجتماعية والعدالة التعاقدية ومتطلبات الصالح العام بغية تحقيق التوازن العقدي.

وهكذا لم يعد العقد شريعة مطلقة بين المتعاقدين ولم يعد ينبعث ويتحرك بفعل الإرادة التي أوجدته فحسب، بل وأيضا بفعل إرادة خارجية تفرض عليه اتباع خط سير محدد مسبقا لأجل إعادة التوازن المفقود في العلاقة التعاقدية، وبذلك لم تعد الإرادة هي العنصر الوحيد في إنشاء العقد وأساس قوته الإلزامية، بل أصبح القانون يشاركها في ذلك وأصبح العقد يحتوي على جانبين أحدهما تنظيمي يفرضه القانون، والآخر اتفاقي تنظمه إرادة المتعاقدين.

وتكمن أهمية إعادة التوازن العقدي في كونها تهتم بما يخلفه العقد من آثار، وتتمثل فعاليتها الأساسية في الإبقاء على العقد وضمان استمراره بصورة معقولة بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية (المبحث الأول)، وبهدف ضمان تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة سمح المشرع للقاضي بالتدخل في العقد بإعادة التوازن المفقود في هذا الأخير (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحقيق النظام العام للتوازن العقدي: حالة الأطراف غير المتعادلة

إن إعادة النظر في العقد لأجل حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي المختل أصبح اليوم مطلباً ملحا وضرورة اجتماعية واقتصادية في نفس الوقت، مما استدعى تدخل المشرع بمنظور فكرة النظام العام الحمائي لتنظيم العقد لتحقيق توازنه بعيدا عن استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف.

ويعود السبب وراء تدخل المشرع في تنظيم العلاقة التعاقدية في كون التشريع يعمل على تنظيم العقد بعد إرادة المتعاقدين، ومن ثمة تم الانتقال من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون، وتجلت مظاهر ذلك عن طريق زيادة المشرع الالتزامات على عاتق الطرف القوي (المطلب الأول)، كما كرس المشرع حماية من الشروط التعسفية لإعادة التوازن المفقود بين طرفي العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطرف القوي: ملزم بتنفيذ التزامات من النظام العام الحمائي

سبقت الإشارة إلى أن قواعد النظام العام الحمائي تهدف في مضمونها إلى حماية الفئات الضعيفة، التي يتفوق أحد طرفيها على الآخر، ومن هنا فقد تؤدي هذه العلاقات إلى اختلال واضح بين أداءات الأطراف من جهة كما قد تنتهي بإلحاق أضرار قد تكون مادية تنصب على الشيء محل التعاقد كعدم صلاحيته، أو عدم ملاءمته للغرض الذي أبرم من أجله العقد، وقد تبلغ هذه الأضرار درجة أخطر حين تلحق بالمستهلك أضرارا جسمية في شخصه أو لأحد عائلته.

ومن ثمة فقد عمد المشرع إلى التدخل عن طريق قواعد من النظام العام الحمائي، بهدف تقوية مركز الطرف الضعيف ومن ذلك التدخل بإقرار التزامات قانونية على عاتق الطرف القوي، كالتزام بالإعلام الذي يفرضه المشرع على عاتق الطرف القوي (الفرع الأول)، ومهلة التفكير لتفعيل الالتزام بالإعلام (الفرع الثاني)، وبغرض تفعيل الحماية

والقضاء على اختلال التوازن ضمن سلامة الطرف الضعيف (الفرع الثالث)، وأقر التزاما قانونيا بالضمان لحماية الطرف الضعيف في مرحلة تنفيذ العقد (الفرع الرابع).

الفرع الأول: توسيع النظام العام للالتزام بالإعلام لتنوير رضا الطرف الضعيف

يعد الالتزام بالإعلام من أهم الالتزامات كونه يشكل الدعامة الأساسية للتعاقد، ونتيجة ازدياد هوة اختلال التوازن العقدي بين الطرف القوي والطرف الضعيف التي كان من بين أسبابها المعرفة الشاملة لمحل العقد وشروطه والتي يتصف بها الطرف القوي مما أدى بالمشرع للتوسيع من نطاق الالتزام بالإعلام بحيث أصبح مندرجا في معظم العقود بغية القضاء على عدم التوازن العقدي (أولا)، وكان لهذا التوسيع مظاهر في القوانين التي تحمي الطرف الضعيف لتفعيل الحماية أكثر (ثانيا).

أولا- مبررات التوسيع من نطاق الالتزام بالإعلام لحماية للطرف الضعيف

كنتيجة للتطور الذي شهده الإنتاج الصناعي والتعامل المالي والاقتصادي والتجاري الذي نتج عنه بروز تقنيات متعددة الجوانب وغير متيسرة الفهم من قبل عامة الناس المجسدة في المستهلك نشأ شيئا فشيئا على عاتق الطرف القوي التزام بإعلام هذا المستهلك عن مواصفات وإمكانات وطرق استعمال وصيانة السلعة المباعة⁽¹⁾.

فالاهتمام بضمان إعلام صادق للمستهلك لم يكن وليد اليوم بل هذا المبدأ ترعرع في ظل النظرية العامة للعقد مجسدا في الكتمان التدليسي، إلا أنه نظرا لما يقع على عاتق المتعاقد من إثبات لأركانه مما لا يشكل حماية للمستهلك الأمر الذي تظن له المشرع وفرض التزاما بالإعلام على عاتق المتدخل بسبب عدم قدرة الكتمان التدليسي كعيب من عيوب الإرادة تكريس حماية فعالة للمستهلك في ظل القواعد العامة⁽²⁾.

(1)- العوجي مصطفى، " القانون المدني، الجزء الأول....."، المرجع السابق، ص 178.

(2)- السيد محمد السيد عمران، " حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك"، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص 80-81.

وكان ذلك بهدف إنارة وتحرير رضا الطرف المقدم على التعاقد بحيث يصبح على دراية تامة من أمره بهدف تحقيق قدر من العدالة العقدية بين الطرفين⁽¹⁾، فبذلك يعد الالتزام بالإعلام تقنية فعالة وأساسية لتحقيق التوازن العقدي يتمكن من خلاله الطرف الضعيف من التحقق من مدى ملاءمة العقد لرغباته المشروعة⁽²⁾، فهذا الالتزام يسمح بوضع الطرف الضعيف في نفس مستوى الشخص المحترف من حيث المعرفة كون أن أساس نشأة الالتزام بالإعلام يكمن في عدم المساواة في المعرفة بين المتعاقدين⁽³⁾.

كما يعمل على إعادة التوازن العقدي المفقود عن طريق إمداد المستهلك بالبيانات والمعلومات عن طريق حماية رضا هذا الأخير الذي لا يتمكن بسبب مركزه المتسم بالضعف من الوصول إليها مما يحقق عدالة عقدية بجعل المستهلك يرتقي نوعا ما إلى مركز المتدخل⁽⁴⁾.

فهناك من يربط الالتزام بالإعلام بعيوب الرضا بحيث يجد أساسه في عيوب الرضا خاصة في الغلط والتدليس كونهما يرتبطان به، فيقتضي الأمر تقديم معلومات من أجل تكوين رضا سليم، وتكمن العلاقة بين الالتزام بالإعلام والغلط في حالة قيام أحد المتعاقدين بإعلام المتعاقد معه بالمعلومات المتعلقة بالعقد والشيء محل العقد وبكل الصفات الجوهرية

(1) - إبراهيم عبد العزيز داود، " عدم التوازن المعرفي في العقود، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة "، الإسكندرية، 2014، ص 16.

(2) - استعمل المشرع مصطلح الرغبة المشروعة بصدد تعديله لقانون حماية المستهلك بموجب القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09 المؤرخ في 2018/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 2018/06/13، ص 35، بموجب المادة 02 من القانون رقم 18-09، المعدلة للمادة 11 من القانون رقم 09-03، لكي يقصد بها كل ما يطابق ويوافق متطلبات واحتياجات المستهلك الضرورية منها وغير الضرورية بشرط أن تكون مشروعة غير مخالفة للنظام العام، وفي الحالة العكسية نعود إلى القواعد العامة التي تؤكد على ضرورة مطابقة المحل والسبب للنظام العام والآداب العامة وأن لا يكون مخالفا لها.

(3) - عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 227.

(4) - الصغير محمد مهدي، " قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 125.

للمعملية العقدية، وهذا يحول دون ادعاء الطرف الجاهل للمعلومات بخلط جوهرى⁽¹⁾، وبما أن دور الالتزام بالإعلام في حماية المتعاقد على ضوء نظرية الغلط يبقى محدودا ولا يتجاوز الحماية التي تحققها النظرية نفسها، في حين أنه لو أخذنا بالالتزام بالإعلام مستقلا عن الغلط نجده يحقق دورا أكثر نجاعة في حماية رضا المستهلك لأنه يسمح لهذا الأخير بالمطالبة بإنهاء العقد حتى ولو لم تتوفر شروط الغلط.

لكن على عكس عيب الغلط يعد عيب التدليس المجال الحقيقي الذي كرس من خلاله الالتزام بالإعلام عندما اعتبر المشرع الكتمان تدليسا⁽²⁾، إذ يرى بعض الفقه أن التدليس عن طريق الكتمان عند إخفاء المدلس على المدلس عليه بيانات أو وقائع ما كان ليبرم العقد لو علم بها⁽³⁾.

فمن الواضح أن اعتبار الكتمان تدليسا هو اعتراف صريح من المشرع بالالتزام بالإعلام، كون الكتمان هو خرق للالتزام بالإعلام، ويختلف الكتمان عن الالتزام بالإعلام في كون المدعى عليه غير ملزم مبدئيا بالاستعلام عن البيانات من أجل الإفضاء بها للطرف الآخر ما لم يكن مهنيا أو لم تتعلق هذه البيانات بصفة جوهرية في الشيء محل التعاقد، ولا يشترط بصدد الالتزام بالإعلام إثبات العنصر المادي ثم المعنوي وبالتالي يبقى أن كل كتمان هو إخلال بالالتزام بالإعلام لا يشترط إثبات العنصر المادي ثم المعنوي، وليس كل إخلال بالالتزام بالإعلام هو كتمان.

وحتى إذا فكرنا بالرجوع إلى نظرية ضمان العيوب الخفية كأساس للاعتراف بالوجود القانوني للالتزام بالإعلام فقد يشكل عدم إدلاء أحد المتعاقدين إلى المتعاقد معه بمعلومات تهمة وتعتبر رضاه عيبا خفيا أي خرقا للالتزام بالإعلام، فالمشترى لو علم مبدئيا بعدم صلاحية الشيء للاستعمال فيما أعد له لما أقدم على إبرام العقد، وهذا ما أكده الفقيه

(1) -Ghestin Jaques, " La formation du contrat ", L.G.D.J, 04 édition, paris, 2013, p228 .

(2) - المادة 86 الفقرة 02 من القانون المدني: " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " .

(3) - السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط مصادر الالتزام، الجزء الأول... " ، المرجع السابق، ص 347.

Ghestin، إذ يرى أن الالتزام بالإعلام الذي يقع تحت جراء ضمان العيوب الخفية له انعكاس على رضا المتعاقد وبالتالي فهو يسبق تكوين العقد على الرغم من أنه لا يكتشف إلا بعد إبرام العقد⁽¹⁾، فلا اعتبار العيب الخفي أساس للالتزام بالإعلام يستدعي توفر الشروط المحددة في النظرية العامة للعقد بحيث يشترط أن يكون العيب خفيا أي يجهله الطرف الآخر جهلا مشروعاً، وأن ينقص من نفع الشيء محل البيع ويكون مجهولاً أي خفيا بحيث لا يمكن للمتعاقد اكتشافه لو عاينه معاينة الرجل العادي⁽²⁾.

فالمنطق يستدعي أن القانون عند فرضه على البائع التزاماً بضمان ما خفى من عيوب الشيء المبيع فهذا يعني بمفهوم المخالفة أنه ملزم بالإدلاء بكل المعلومات المتعلقة بالشيء محل البيع، وحسب رأي الأستاذة حامق ذهبية التي تلاحظ أن شروط الالتزام بالإعلام تتوافر في ضمان العيوب الخفية، فمحل الالتزام يتمثل في المعلومات المؤثرة على رضا المشتري فيجب أن يكون الإعلام يتعلق بالعيب الذي يعتري المبيع والذي يجعله غير صالح للاستعمال، ولو علم به المشتري لما أبرم العقد مستمدة رأيها في ذلك خاصة من الرأي الفقهي الذي يرى أن الجزاء لا يكون هنا عن العيب ذاته بل عن الخفاء الذي يكتنف هذا العيب⁽³⁾.

إلا أنه يلاحظ أن نطاق الالتزام بضمان العيب الخفي أضيق من نطاق الالتزام بالإعلام إذ يمتد هذا الأخير ليشمل حتى بسبب جدته أو كونه دقيقاً في تركيبه أو صعباً في استعماله، فعدم استيفاء البيانات بكيفية استخدام المبيع أو تحذير أو عدم ملاءمته لأغراض المشتري يعد خرقاً للالتزام بالإعلام يترتب عليه جزاء، وهذه المعلومات لا تعد عيباً خفياً فهذا الاختلاف في النطاق يجعل الالتزام بالإعلام يشمل الالتزام بضمان العيوب الخفية.

(1) – Ghestin Jaques, " La formation du contrat...", op.cit, p 607.

(2) – حامق ذهبية، " الالتزام بالإعلام في العقود "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2009، ص 134.

(3) – مرجع سابق، ص 134-135.

كما يمكن تسليط الضوء على ما جاء في المادة 352 الفقرة 01 من القانون المدني التي تنص على: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا...."، وهذا الشرط يتحقق بتوفر وصف كاف لأوصاف المبيع الأساسية، فجاءت هذه الفقرة آمرة، فتفيد هذه الفقرة أن العلم الكافي شرط في العقد أي ضرورة الاطلاع على الأوصاف الأساسية لمحل المبيع.

إن هذه المادة توضح بما لا يدع التردد في كون الالتزام بالإعلام يقع على عاتق البائع في عقد البيع، وأن عدم العلم من طرف المشتري يمنحه الحق في طلب إبطال العقد لخرق الالتزام بالإعلام والعكس يفيد علم المشتري بالمبيع علما كافيا يحول دون طلب المشتري الحق في طلب إبطال العقد⁽¹⁾.

يلاحظ على القواعد العامة التي كرسست ضرورة الإعلام بالعقد المبرم أن بعضها جاء نصها أمرا، إلا أن المشرع لم يجعلها من النظام العام كونه لم يتبعها بالجزاء المقرر عند مخالفة قاعدة من النظام العام المتمثل في بطلان العقد بطلانا مطلقا، بل رتب لها جزاء متمثلا في قابلية العقد للإبطال مما لا يجعل القاعدة من النظام العام ويبقى في ظلها اختلال التوازن المعرفي قائما، مما يدعو المشرع لتدارك الأمر بجعل نص المادة 352 من القانون المدني من النظام العام.

ففي ظل عدم كفاية ما وفرته القواعد العامة لحماية رضا المتعاقد وإعادة التوازن لعدم تفعيل القواعد القانونية تارة وعدم جرأة القاضي الجزائري في بسط الحماية بالقواعد القانونية المتاحة، ومن ثمة لجأ المشرع إلى فرض الالتزام بالإعلام الذي يعد التزاما قانونيا يستمد قوته الإلزامية من الشخص المعني بالحماية المتمثل في المستهلك وهو التزام يقع على مضمون محدد ألا وهو تقديم المعلومات وتفصيلها وتوضيحها، ومن محله المتمثل في المنتج الذي لا يقل أهمية عن المتعاقد عليه بالنسبة لعقد الاستهلاك⁽²⁾.

(1) - حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 121-122.

(2) - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 290.

فالمشرع بذلك حقق أهداف الحماية المكرسة في النظام العام الاقتصادي بوجهيه التوجيهي والحمايي بحيث أظهر هذا الالتزام بصورة الالتزامات الإيجابية كونه جعل نص المادة 17 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09⁽¹⁾ أمرا مقترنا بجزاء عقابي، فهذه المادة تعد آلية تسمح بإعادة التوازن المعرفي المفقود بين المتعاقدين وتجعل العقد يتحلى بمنظور جديد يختلف عما هو متعارف عليه في ظل القواعد العامة.

يتم الإعلام عن الأسعار سواء بوضع قيمة السعر على المنتج نفسه أو بالقرب منه، فعدم ظهور سعر المنتج قد يزيد من فرص احتيال المتدخل على المستهلك وإيهامه بأسعار لا تطابق قيمة المنتج المعروض للاستهلاك سواء من حيث مطابقته للميزان، أو الكيل أو حتى لقيمه الاقتصادية⁽²⁾، فالإعلام بالأسعار حق من حقوق المستهلك وشرط ضروري لشافية السوق، كما للمستهلك حق في معرفة التعريفات اللازمة عن كمية ونوع السلع والخدمات مع إمكانيةه للاطلاع عليها⁽³⁾.

ومن الضمانات التي أقرها النظام العام هي مكرسة في المادة 06 من القانون رقم 02-04 التي أكدت على وجوب مرافقة الأسعار أو التعريفات المعلنة للمبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة، فالهدف الذي ابتغاه المشرع هو لحماية المستهلك من المتدخل عندما لا يظهر هذا الأخير المبلغ الحقيقي الذي سيدفعه المستهلك، ثم يتفاجأ بعد ذلك بقيمة المبلغ عند الدفع والذي قد لا يوافق رغباته المشروعة، فيشترط في مثل هذا الإعلام لصحته أن يكون مكتوبا، وأن تبين هذه الأسعار

(1) - المادة 17 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم ".
Droite de la consommation " ، éditions ELLIPSES ، Paris ، 2008 ، p 140-141 . (N)، Yvan.(A)، Gomy.(M)، Robinne.(S)، Valette-Ercole. (V)، (2)

(3) - مباح صليحة، " حماية المستهلك من خلال الدور الوقائي " ، مداخلة في الملتقى الوطني حول " المنافسة وحماية المستهلك بين الشريعة والقانون " ، جامعة خميس مليانة، يومي 20-21 نوفمبر 2012، ص 52.

وتعريفات البيع بصفة مرئية ومقروءة، طبقا للمادة 05 من القانون رقم 04-02 ولن يتأتى ذلك إلا بكتابة هذه الأسعار بخط واضح وكبير ومغاير للخط الذي تمت به كتابة اسم السلعة أو الخدمة، وأن توضع في مكان مقابل للمستهلك بحيث لا يبذل جهدا أو عناء في التعرف عليها وقراءتها، مع ضرورة تحرير المعلومات المتعلقة بالأسعار والتعريفات باللغة العربية ويمكن استعمال لغات أجنبية على سبيل الإضافة⁽¹⁾.

فالإعلام بالأسعار مسبقا عند إقبال المستهلك على اقتناء المنتج، يمكنه من الحفاظ على حرية اتخاذ قراره باقتناء المنتج من عدمه، كون أن سعر المنتج هو الشيء الذي يهتم به المستهلك، فيرفع عنه الحرج بالسؤال عن السعر، ويسمح له بالمقارنة بين مختلف الأسعار فيتقاضي بذلك ضغط المتدخل عليه باقتناء المنتج، مما يجعل رضاه سليما ومبصرا⁽²⁾، كما يساعد على تحقيق رقابة مستمرة على الأسعار المتداولة في الأسواق، فإذا كان هذا الإعلام صحيحا يعد ذلك حافزا من حوافز التعاقد خاصة إذا كان السعر المعلن عنه غير مبالغ فيه ويوافق رغبات المشروعة للمستهلك⁽³⁾، ويمنع على المتدخل عند الإعلام عن الأسعار قيامه بالتمييز بين المستهلكين حسب كل زون وطبقا لأهوائه⁽⁴⁾.

والهدف من وراء تجسيد مثل هذا الالتزام بموجب نص أمر هو لتقليص الدونية التي يتصف بها التعاقد الضعيف، فالالتزام المتدخل بتقديم المعلومات المتصلة بالعقد من شأنه أن يحقق العدالة العقدية التي تتجسد عندما يكون كل طرف ملما بحقوقه وواجباته، ومن ثمة

(1) - انظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09-65، المؤرخ في 07/02/2009، المتعلق بتحديد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعبئة، الجريدة الرسمية العدد 10، المؤرخة في 11/02/2009، ص 09.

(2) - ريموش فرحات، المرجع السابق، ص 244-245.

(3) - معزوز دليلة، " الالتزام بالإعلام المستهلك الإلكتروني ومدى فعالية وشمولية قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش "، مجلة معارف، المركز الجامعي البويرة، العدد 08، جوان 2010، ص 85-86.

(4) - Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank, op.cit, p 356.

يتحقق تعادل في الالتزامات بين طرفي العقد وهذا يترجم رغبة المشرع في تحقيق التوازن العقدي⁽¹⁾.

فالهدف من وراء فرض المشرع للالتزام بالإعلام وفق نمط جديد مبني على طابع أمر كان بهدف تجسيد مناط الحماية المكرس بموجب منطق النظام العام الحمائي الذي يعتني بحماية الطرف الضعيف، بحيث أصبح النظام العام الحمائي محل تأثير إيجابي كونه يخضع عقد الاستهلاك لمستلزمات أمره، قلبت معه هدف العقد من مجرد القضاء عليه إلى تأمين وضمان مطابقتها مع تلك المستلزمات، ومن ثمة فلم يعد النظام العام قالبا لتحديد نشاط الأطراف بواسطة المنع وإنما آلية للوقاية من إبرام عقد غير متوازن لتوجيه أطرافه وليس المنع⁽²⁾.

فتظهر إذن إيجابية النظام العام في تدخل المشرع لتنظيم العلاقات العقدية بين المتدخل والمستهلك أو بين العامل ورب العمل بهدف توجيه إرادة هذا الأخير، فالنظام العام يعد عاملا لتحسين رضا المستهلك والعامل، ومن ثمة أصبح يتعارض مع منطق عقود الإذعان التي ينعدم فيها التفاوض، فالهدف من توجيه إرادة المستهلك أو العامل يكمن في ترقية العدالة العقدية بين هذا الأخير والطرف القوي نتيجة اختلال التوازن بينهما عن طريق فرض الالتزام بالإعلام.

إلا أنه يتبادر إلى الذهن هل هذه الالتزامات ذات النشأة القضائية يمكن أن تؤثر على العقد؟ لا يعد هذا التدخل التشريعي بفرضه للالتزام بالإعلام على بعض العقود مزيلا للطبيعة العقدية لهذه الأخيرة بسبب أن هذه الالتزامات ذات نشأة قضائية كرسها المشرع في العقود التي يختل فيها التوازن العقدي، فكان هدف المشرع من ذلك إثراء العقد بالالتزامات ذات طابع

(1) - بودالي محمد، "حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي"، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 70.

(2) - Chendeb Rabih, " Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative ", édition ALPHA, L.G.D.J, paris, 2010, p 137.

أمر، فإنشاء الالتزامات التعاقدية يمكن أن يشكل وسيلة فعالة في توزيع الالتزامات بشكل عادل مما يشكل حالة من التناسق في محتوى العقد.

فالتوازن العقدي الذي يحدثه الالتزام بالإعلام يعتبر ضرورة لحياة العقد التي تتوقف على قدرة هذا العقد على التكيف مع الظروف التي تحدث في المجتمع مهما كانت طبيعتها لأن عدم التوازن العقدي يفقد العقد وظيفته الاجتماعية وسبب وجوده وبقائه، أما بالنسبة للمتعاقدين فهو يؤدي إلى إنشاء علاقات طويلة المدى كونه يخلق روح الثقة بينهما فهو أفضل ضمانة لتنفيذ العقد⁽¹⁾.

فالعدالة العقدية تتحقق عن طريق تحقق التوازن العقدي مما يضمن ذلك استمرار العقد وتكيفه مع الوقائع المتجددة، ولضمان بقاء العقد واستمراره يكون ذلك عن طريق الالتزام بالإعلام لما يدلي المتدخل بالمعلومات السابقة على التعاقد واللاحقة عليه، وهذا ما فعله المشرع عند فرضه للالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك وقمع الغش⁽²⁾، كما نلمس هذا التكريس أيضا في العديد من نصوص عقد الإيجار بموجب المواد 469 الفقرة 02 مكرر، و484، و497 من القانون المدني، فيظهر من خلال كل هذه النصوص تكريس واضح للالتزام بالإعلام في علاقة المؤجر بالمستأجر أي إعلام أحدهما للآخر فالهدف من إقراره في مثل هذه العقود هو لتحقيق التوازن العقدي على مستوى المعلومات محل الالتزام، كما يساهم في المحافظة على سلامة الإرادة واستقرار العقد.

ثانياً) - الحماية مكرسة في محتوى الالتزام بالإعلام

تم الحرص عند تحديد محتوى هذا الالتزام في مجال الاستهلاك على حماية رضاء هذا المستهلك بشكل يجعله يتخذ قرارا يجعل إرادته مستنيرة، وأهم هذه المعلومات هي تلك المتعلقة بالخصائص الأساسية للسلع والخدمات المقدمة للمستهلك، والشئ الذي يهم هذا

(1) - إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 114-115.

(2) - طبقا لنص المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، استعمل المشرع مصطلح " كل المعلومات " .

الأخير قبل إبرام العقد هو سعر المنتج لكي يتمكن من اتخاذ قرار الإبرام، فإن المشرع الفرنسي قد نص على بعض البيانات الواجب توفرها في بعض العقود الخاصة مثل عقد القرض والائتمان الاستهلاكي، ففي هذه الحالة الأخيرة سيلجأ المستهلك " بطبيعة الحال إلى المؤسسات الائتمانية أو إلى أحد التجار، من أجل ذلك نجد أن المشرع حرص على أن يزود هذا المستهلك قبل الإقدام على اتخاذ قرار نهائي بالمعلومات الموضوعية الكاملة حول الائتمان الذي سيمنح له (1) .

أما الالتزام التعاقدي بالإعلام فهو ذلك الالتزام الذي يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، فيعد تطبيقاً للمبدأ الذي يقضي بتنفيذ العقد بحسن نية(2)، مما يترتب على الإخلال به تطبيق أحكام المسؤولية العقدية، فمثل هذا الالتزام يختلف حسب طبيعة العقد وحسب خصائص هذا الأخير، فيكون تبعياً للعقد وليس مستقلاً عنه مثله مثل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام(3).

ولكن نظراً لصعوبة الفصل بين هذا الأخير والالتزام التعاقدي بالإعلام، فيعد الالتزام بالإعلام التزاماً مستقلاً وضرورياً لضمان توازن العقد(4)، بحيث أُلقي الالتزام بالإعلام على عاتق طرف واحد وهو المتدخل فقط ولم يميز إن كان هذا الالتزام تعاقدياً أم غير تعاقدية فجعله عاماً يقع على كل مراحل عرض المنتج للاستهلاك، مما يعد ضماناً حقيقية للطرف الضعيف، ويرجع السبب في ذلك لقلّة الخبرة والدراية الفنية لدى هذا الأخير عن ماهية المنتجات التي تكون محل عرض في الأسواق، ونظراً لما أصبحت تتطوي عليه هذه المنتجات من تعقيد في التركيب وصعوبة في الاستعمال بسبب التطور العلمي والتكنولوجي

(1) - إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، ص 60.

(2) - بودالي محمد، " حماية المستهلك... " ، المرجع السابق، ص 63-64.

(3) - Juris classeur, code civil, " **Contrats et obligations** ", volume 11, fasc 3-1, 2002, p 14.

(4) - بودالي محمد، " حماية المستهلك... " ، المرجع السابق ، ص 65.

مما أدى ذلك إلى عدم معرفة المستهلك لطريقة استعمالها، كون المتدخل يسيطر على هذه العلاقة الاستهلاكية وحده⁽¹⁾.

المعلومات المشار إليها بموجب القانون هي تلك التي يلتزم بتقديمها المتدخل في المرحلة السابقة على التعاقد، والخاصة بصفات ومميزات السلع والخدمات، وكذلك كيفية استعمالها وكافة الاحتياطات الواجب اتخاذها من قبل الطرف الضعيف، ولن يتوقف الأمر عند هذا الحد بل ينبغي عليه الإدلاء بكل المعلومات التي تمكنه من إبرام العقد وتلك التي تمكنه من تنفيذه كذلك، فصيغة المواد التي نصت على الالتزام بالإعلام جاءت أمره، لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفة شروطها إلا إذا انصب الاتفاق في مصلحة الطرف الضعيف، بغية ضمان إعلام موضوعي ومؤكد له⁽²⁾، مع ضرورة الإعلام عن أسعار السلع والخدمات بوضوح لكي يكون المستهلك على بينة بهذه الأسعار⁽³⁾، فأصبح هذا الالتزام بالإعلام التزاما قانونيا حديثا ملقى على عاتق الطرف القوي يصب في مصلحة الطرف الضعيف⁽⁴⁾، لتزويد هذا الأخير بكل المعلومات لتفادي تعسف المتدخل على المستهلك، فهذا الالتزام بالإعلام المفروض على عاتق المتدخل يسمح بإعادة التوازن المفقود بين الطرفين⁽⁵⁾. صحيح أن المشرع ألقى على عاتق المتدخل واجب إعلام المستهلك، مما يساعده على الاستعمال الحسن للمنتجات، فيقع على عاتق المتدخل واجب الاستعلام لمعرفة كافة المعلومات والتوجيهات، وطريقة استعمال المنتج، والتحذير من مخاطره، ولكن هذا الالتزام

(1) - حمدي أحمد سعد، "الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطيرة للشيء المبيع"، المكتب الفني للإصدارات القانونية، طنطا، 1999، ص 55-56.

(2) - حامق ذهبية، "الالتزام بالإعلام...."، المرجع السابق، ص 166-169.

(3) - السيد خليل هيكل، "نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك"، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، ص 29.

(4) - Silvana Fortich, " **Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel** ", Thèse de doctorat, université panthéon-Assas, Colombie, 2016, p 158.

(5) - Ibid, p 132.

الملقى على عاتق المتدخل لا يمنع المستهلك من الاستعلام هو كذلك على أساس التعاون بين الأطراف وإلا وقع ضحية الجهل غير المشروع⁽¹⁾ .

لكن بالرجوع إلى المادة 17 من القانون رقم 09-03 جعلته ملقى على عاتق المتدخل وحده دون المستهلك، مما يقع عليه معرفة كل المعلومات الخاصة بالمنتج المعروض للاستهلاك، فلا يمكن له التذرع بجهله لها حتى ولو كان ذلك بصفة مشروعة، فتقع على عاتقه قرينة قاطعة بالعلم بكل المعلومات حتى ولو كان لا يعلم بها، مما يستوجب عليه الاستعلام عنها لكي يتمكن من إعلام المستهلك بها، نظرا للتخصص الذي يتصف به دون تحميل المستهلك لعبء الاستعلام⁽²⁾، فيلتزم المتدخل بإحاطته علما بالمنتج الذي يريد اقتنائه، مع تبيان مكوناته وخصائصه، تاريخ الإنتاج، مدة انتهاء الصلاحية، وأيضا كيفية استعمال السلعة ولفت انتباهه للمخاطر التي يمكن أن تترتب عن الاستعمال السيئ للمنتج، فيكون بذلك للالتزام بالإعلام دوران:

- يعمل من جهة على تنوير وتبصير إرادة المستهلك لكي يتمكن من اقتناء المنتجات.
- ومن جهة أخرى يحذر المستهلك من مخاطر السلعة، وتقديم المشورة لتبيين الكيفية الصحيحة للاستعمال⁽³⁾ .

فهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، لأنه لا يكفي إثبات المتدخل أنه بذل العناية اللازمة لإيصال المعلومات التي تهم المستهلك كون الأمر يتعلق ببيانات منصوص عليها قانونا كما جعل المشرع أحكام هذا الالتزام من النظام العام الحمائي⁽⁴⁾ .

(1)-Lepage jean, " **Le contrat d'achat** " , 03^e édition, éditions GUALINO EJA, Paris, 2003, p 87.

(2)- حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 174-175.

(3)- سي يوسف زاهية، " الالتزام بالإفشاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك " ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، العدد 02، 2009، ص 61-62.

(4)- زويبر أرزقي، " حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 121.

فواجب المتدخل بإعلام المستهلك لا يعفيه من تقديم النصيحة التي أصبحت ضرورية بالنسبة له، وأيضا الالتزام بتحذيره الذي يضمن للمستهلك عدم الإضرار بصحته خاصة مع تطور المنتجات وتعقدتها⁽¹⁾، مما يستدعي التمييز بينهما:

- فيعرف الالتزام بالنصيحة أنه أكثر شدة من الالتزام بالإعلام⁽²⁾، بحيث يلتزم المتدخل بتقديم المعلومات للمستهلك مع اقتراحه للحل الأمثل الذي يوافق مصالح هذا الأخير⁽³⁾، فهو بذلك يتجاوز مجرد الإعلام البسيط المتمثل في بيان الوقائع والنتائج ومدى ملاءمتها لإبرام العقد، فالنصيحة تعني توجيه قرار المتعاقد⁽⁴⁾.

ونكون بصدد تقديم المتدخل للنصيحة للمستهلك إذا انصب العقد على المنتجات المعقدة مثل الإعلام الآلي، وفي مجال المعاملات البنكية، وفي عقود التجارة الإلكترونية حتى يساعد هذه الفئة من المستهلكين المقبلين على اقتناء هذه المنتجات سواء كانت سلعة أو خدمة، على اتخاذ القرار الصائب لاقتناء هذا النوع من المنتجات⁽⁵⁾، فالالتزام بالنصيحة يكون مشددا إذا كانت الخدمة معقدة وذات خطورة⁽⁶⁾.

(1) - حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 169.

(2) - Juris classeur concurrence, consommation, " **Information du consommateur** ", volume 02, fasc 845, 2006, p 07.

(3) - Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank, op.cit, p 55.

(4) - أحمد محمد محمد الرفاعي، " الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي "، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 165.

(5) - عليان عدة، " الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2009، ص 16-17.

(6) - بريبر محمد، " الالتزام بالنصيحة في عقود الخدمات "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013، ص 25.

غالبا ما ينصب الالتزام بالنصيحة على خبير في مجال فني لكي يقدم المعلومات التي تهم المستهلك ولا يقتصر الأمر على ذلك فقط بل يتعدى إلى بذل العناية في تقديم المشورة له التي تساعده على اتخاذ قراره⁽¹⁾.

ويتجسد بذل هذه العناية في القيام بالأبحاث كحالة الموثق، أو القيام بدراسات مسبقة من أجل تركيب جهاز أو نظام للإعلام الآلي، فواجب تقديم المشورة يتضمن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ويجد هذا الالتزام تطبيقا واضحا له في نطاق الخدمات بكثرة مثل الخدمات التي يقدمها الموثق، المحامي، ووسطاء التأمين، ومؤسسات الائتمان... الخ⁽²⁾.
فهذا الالتزام بالنصيحة يحمل مجموعة من العناصر بحيث يمكن المستهلك من اختيار المنتج، مع لفت انتباهه للنتائج التي ستتحقق عند الاقتناء والتي توافق حاجاته الشخصية وتطابق رغباته المشروعة⁽³⁾.

فهو يتمحور حول أمرين: نصيحة المستهلك من أجل حسن اختيار المنتج، وتقديم النصح من أجل تمكين المستهلك من الاستعمال الأمثل للمنتج المقتنى⁽⁴⁾، في مقابل ذلك يقع على عاتق المستهلك اتباع النصائح المقدمة له، وإلا عد مسؤولا عن المخاطر التي قد تصيبه نتيجة عدم أو سوء اتباعه لنصائح المتدخل⁽⁵⁾.

(1) - غازي خالد أبو عرابي، " حماية رضاء المستهلك دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي، والفرنسي، والمشروع الأردني " ، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد 01، ماي 2009، ص 189.

(2) - بودالي محمد، " الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات " ، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد، دار للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 26-29.

(3) - Juris classeur, " **Information du consommateur** " , op.cit, p 07.

(4) - Collart Dutilleul Francois et Delebeque Philippe, " **Contrats civils et commerciaux** " , 04^e édition, éditions DALLOZ, Paris, 1998, p179.

(5) - Malaurie.(P) et Aynes.(I) et Pirre-Yves.(G), " **Les contrats spéciaux** " , 03^e édition, éditions JURIDIQUE ASSOCIEES, Paris, 2007, p 195.

كما تجدر الإشارة إلى أنه يمكن تقديم النصيحة في التعاقد الإلكتروني عن طريق الإنترنت سواء بالمحادثة الشفهية أو البريد الإلكتروني، سواء كانت خدمات بسيطة أو مركبة⁽¹⁾.

كما تظهر أهمية الالتزام بالنصيحة لما فيه من حماية للمستهلك عند فرض المشرع للالتزام بالنصيحة على وسطاء التأمين وهم على صنفين: محترفي التأمين (الوكيل العام، السمسار وشركة التأمين)⁽²⁾، وكذلك محترف التأمين (مؤسسات الائتمان والأجراء، المكتب لعقد تأمين جماعي، الموثق، ووكالات الأسفار وغيرهم) وهؤلاء على تنوع مراكزهم يفرض عليهم القانون واجب النصيحة لما يتضمنه من ضرورة لفت انتباه المتعاقد المعني، وملاءمة الضمان مع حاجات المؤمن له⁽³⁾، وهذا مكرس بموجب المادة 70 مكرر من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات حماية لمستهلكي التأمين في مجال التأمين على الأشخاص، والرسملة، كما نصت المادة 253 من نفس الأمر على: " يضع الوكيل العام بصفته وكيلا، كفاءته التقنية تحت تصرف الجمهور قصد البحث في عقد التأمين واكتتابه لحساب موكله.... وهذا هو تنفيذ التزام بالنصيحة "، فالوكيل العام يلتزم بحكم خبرته المهنية ويقوم بتوجيه طالب التأمين لإبرام عقد التأمين الذي يناسبه، خاصة عندما ذهب المشرع إلى استعمال عبارة " قصد البحث عن عقد التأمين " وهو ما يدل على بذل الوكيل العام للتأمين ما بوسعه ويبحث عن العقد الملائم لمصلحة التأمين.

فنتيجة عدم كفاية حماية العقد وعدم التمكن من مراقبته من حيث جوهره وموضوعه خاصة بالنسبة للتراضي، فكان ينبغي تدعيمه واستتباعه برقابة تضمن تحقيق سلامة العقد

(1) - بريبر محمد، المرجع السابق، ص 36.

(2) - نص على هذه المهن المرسوم التنفيذي رقم 95-341 المؤرخ في 30/10/1995 المتضمن القانون الأساسي للوكيل العام للتأمين، الجريدة الرسمية العدد 65، خاصة المادة 28، والمادة 70 مكرر من الأمر رقم 95-07 و 203-205 و 215، مضييفا في 2006، البنوك، وكذلك المواد 258-259 و 260 منه.

(3) - بودالي محمد، " الالتزام بالنصيحة في مجال الخدمات "، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005،

وصحة إجراءاته، معنى ذلك أنه يتحتم على المتعاقدين إبرام عقد في شكل قانوني، فهناك حماية وقائية وعلاجية للرضا بواسطة الشكلية القانونية.

فالشكلية الإعلامية لا تعمل فقط على تحديد التزامات أطراف العقد، وإنما تقدم كذلك مجموعة من المعلومات لهم، مع تقديم المشورة للطرف الأكثر ضعفاً في العقد من قبل الموثق⁽¹⁾.

كما يقع على عاتق المتدخل الالتزام بالتحذير الذي يعد أكثر شدة من الالتزام بالنصيحة لأنه يعمد هذا الالتزام للتأكيد على توجيه المستهلك ومساعدته على حسن اختيار المنتج مع تحذيره من الأخطار المترتبة بالاستخدام أو حتى بمجرد حيازة المنتج في حالة عدم احترام النصيحة المقدمة له، أو عدم اتباعه الطريقة المثلى للاستعمال⁽²⁾.

فيجد تطبيقاً له في المنتجات التي تنطوي على خطورة قد تمس بصحة المستهلك، فهو يبعد هذا الأخير عن المخاطر التي قد تصيبه من هذه المنتجات، ويكون ذلك بتقديم توضيحات مفصلة مع لفت انتباهه لهذه المخاطر التي قد تلحق به ضرراً⁽³⁾.

فلما يقوم المتدخل بإعلام المستهلك بكيفية استخدام المنتجات التي تنطوي على خطورة والمعقدة والتي يكون من الصعب على المستهلك أن يتجنب أضرارها إلا بناء على إرشادات الاستعمال التي يقدمها له المتدخل، فهنا يكون الهدف من هذا الالتزام بالتحذير حماية أمن وسلامة المستهلك كما أنه يساهم خاصة في التأثير على رضاه المستهلك لقبوله بالتعاقد من عدمه⁽⁴⁾.

(1)– Claret Hélène, " **Contrats et obligations, protection du consommateur** ", Juris classeur, fasc 10, 09/09/2002, p 16-17.

(2)– Juris classeur, concurrence, consommation, " **Étiquetage** " , volume 05, Fasc 980, 2007, p 20.

(3)– حمدي أحمد أسعد، المرجع السابق، ص 203، 212، 216، 217.

(4) – أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 142-143.

فللالتزام بالتحذير خصائص كونه يشترط فيه أن يكون كاملا أو وافيا أي يلفت انتباه المستهلك إلى كافة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها، مع تبين الوسائل الممكن استعمالها لتجنب هذه المخاطر، فيشترط أن يكون مفهوما لكي يتمكن المستهلك من إدراك المخاطر التي قد تترتب عن استعمال المنتج أو بمجرد حيازته له، لكي يتمكن من اتباع الخطوات اللازمة ولن يتأتى ذلك إلا بكتابة هذه التحذيرات بلغة مفهومة وواضحة وبخط بارز، كما يجب أن يكون التحذير ظاهرا لمستعمل المنتج بمجرد أن يقع نظره عليه، وأن يكون لصيقا بالمنتجات لكي يتمكن المستعمل من التنبه لكافة المخاطر التي يمكن أن تتطوي عليها المنتجات⁽¹⁾، فنصت صراحة على الالتزام بالتحذير المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك⁽²⁾.

إلا أنه يلحظ على المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي تنص بأنها مكرسة للهدف الحمائي للنظام العام لكن المشرع في هذه المادة لم ينص صراحة لا على الالتزام بالنصيحة ولا على الالتزام بالتحذير، فيتبادر إلى الذهن لأول وهلة أنه سها عنهما أو أنهما مستقلان عن الالتزام بالإعلام، لأنه بالنظر إلى منطق التفكير الحمائي الذي تبناه المشرع في مجال حماية الطرف الضعيف "المستهلك هنا"، لم يقيد هذا النص، والدليل على ذلك استعماله لمصطلح " كل المعلومات "، التي يدخل فيها بالضرورة الالتزام بالنصيحة والالتزام بالتحذير وإبراز هذه المسألة تخضع لمهمة القاضي لتفسير النص التشريعي خاصة وأنه أمر وفيه منح لامتيازات أفضل للطرف الضعيف.

(1) - يوسف فتيحة، " حماية المستهلك في مجال الصيدلة "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزء 39، العدد 01، 2002، ص 57-58.

(2) - المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09/11/2013، المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية العدد 58، المؤرخة في 18/11/2013، التي تنص: " يجب أن يحتوي الإعلام حول الاحتياطات المتخذة لاستعمال المنتجات غير الغذائية على التحذيرات المتعلقة بالأخطار المرتبطة باستعمالها، حسب طبيعتها والاستعمال الموجهة إليه ".

وبالتالي فمضمون الالتزام بالإعلام يتمثل في تقديم المعلومات التي تهم المستهلك، ولن يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يمتد إلى تقديم النصيحة لتمكين المستهلك من اقتناء المنتج مع تحذيره من المخاطر التي قد تتجم عنه، بغرض تحقيق التوازن المعرفي في العقد⁽¹⁾.

وكما هو معروف أن الالتزام بالإعلام ذو نشأة قضائية⁽²⁾، بحيث يبرز دور القاضي في تقرير مثل هذا الالتزام نظرا لكونه نسا أمرا، فنجد تكريسا للالتزام بالإعلام على مستوى القضاء الجزائري بموجب القرار المؤرخ في 2010/07/22 الصادر عن الغرفة المدنية الذي يعد الوحيد بالنسبة لاعتراف القضاء الجزائري بالالتزام بالإعلام، في قضية الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط ضد (س،ع) والصندوق الوطني للسكن، بحيث تتلخص وقائع القضية في كون أن للسيدة (س،ع) الحق في طلب دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن قبل التوقيع على اتفاقية طلب قرض من الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، لكن هذا الأخير لم يحترم بنود اتفاقية القرض التي تلزمه بتوجيه المقترضين إلى مصالح الصندوق الوطني للسكن فيقع عليه الالتزام بإعلام وتوجيه المقترض مع إمكانية حصوله على دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن⁽³⁾.

فالالتزام بالإعلام هو التزام عام يشمل المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، والدليل على ذلك شمول المشرع في المادة 18 من قانون حماية المستهلك للالتزام بالإعلام حول كل المعلومات.

فالالتزام بالإعلام يستدعي توفر شروط بحيث يجب أن يكون كاملا وكافيا، لأن الهدف من الاقتناء هو الاستفادة من خصائص وصفات المنتج فينبغي أن يشمل الإعلام

(1)-Maingy Daniel, " **Contrats spéciaux** ", 6^e édition, éditions DALLOZ , Paris, 2008, p 138.

(2)- حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 10.

(3)- مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2010، قرار الصادر عن الغرفة المدنية، المؤرخ في 2010/07/22، ص 165-161.

كل جوانب المنتج، فيقع على عاتق المتدخل ذكر كل المعلومات التي حددتها النصوص القانونية والتنظيمية⁽¹⁾.

كما يشترط أن يكون الإعلام دقيقاً وصادقاً، بحيث ينبغي أن تكون البيانات المدلى بها تتميز بالدقة والصدق من أجل الحفاظ على صحة وسلامة المستهلك، فالإعلام الذي يخلو من الدقة لا يؤدي الوظيفة المرجوة منه، بسبب أهمية المعلومات المقدمة من المتدخل التي تساعد المستهلك على اتخاذ قراره وتمكنه من اتباع الاحتياطات اللازمة⁽²⁾.

ويشترط أن يكون ظاهراً وسهل القراءة، ويتحقق ذلك لما يقتني المستهلك المنتج، فيمكن أن يطلع على المعلومات بشكل سهل وواضح ومفسر وباستعمال مصطلحات بسيطة، ولن يتأتى ذلك إلا إذا كانت هذه البيانات مكتوبة باللغة العربية أو بلغة أخرى على سبيل الإضافة⁽³⁾.

فإذا تحققت هذه الشروط يصبح الالتزام بالإعلام بعيداً عن كل غش مما يحقق الأمان الضروري للمستهلك، لكي يتمكن من الاستخدام السليم للمنتج، ويتفادى مخاطر الاستعمال الخاطيء له⁽⁴⁾.

فينبغي على المتدخل أن يقدم إعلاماً موضوعياً بعيداً عن المظهر السلبي المتمثل في غش المستهلك واستغلال ضعفه الاقتصادي، ويتحقق ذلك عندما يتحلى المتدخل بحسن النية أثناء الإدلاء بالمعلومات التي تهم المستهلك⁽⁵⁾، وهذا ما هدف إليه المشرع عند إلقائه

(1) – Auguet.(Y) et les autres, op.cit, p 56.

(2) – شعباني نوال، " التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 78.

(3) – حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 263-270.

(4) – خالد عبد الفتاح محمد خليل، " حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص " ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 41-43.

(5) – عبد المنعم موسى إبراهيم، " حسن النية في... " ، المرجع السابق، ص 10-12.

للالتزام بالإعلام على عاتق طرف واحد بغية إقامة التوازن في العلاقة الاستهلاكية، لتمكين المستهلك باعتباره الطرف الضعيف من إصداره لرضاء مبصر وسليم⁽¹⁾.

فباستقراء نص المادتين 17 و18 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك نجد المشرع نظم الالتزام بالإعلام بموجب مادتين فقط، كما أنه لم يحدد طبيعة المعلومات التي يدلي بها المتدخل مكتفيا باستعمال مصطلح " كل المعلومات "، وبالرجوع إلى النصوص التنظيمية التي ترك لها المشرع مجال تنظيم الإعلام حسب طبيعة كل منتج على حدة نجدها تحدد طبيعة هذه المعلومات، وتلزم المتدخل بواجب تحذير المستهلك من مخاطر المنتجات فهي بذلك تلقي على عاتق المتدخل التزاما بالتحذير بنصوص صريحة، وهذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري في القانون رقم 03-09، عكس المشرع الفرنسي الذي نص عليه بموجب المادة L221-1-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾، وعلى الإعلام عن شروط البيع وخصائص المنتجات وعن آجال التسليم وأسعار المنتجات في نفس القانون، وهذا ما لا نجده بالنسبة للقانون رقم 03-09 فيما يخص الإعلام حول الأسعار الذي نص عليه في القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، كما أن الحماية التي كرسها المشرع لن تتوقف عند مجرد إعلام المستهلك فقط، بل تمتد إلى ضرورة مطابقة المنتج لما هو محدد قانونا، وأن يكون هذا الأخير مضمونا كما نجد مثل هذا الحكم

(1) - حامق ذهبية، " الالتزام بالإعلام في العقود " ، ملخص رسالة دكتوراه دولة، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2011، ص 85.

(2) - www.Légifrance.gouv.fr , (L 111-1 à L 111-3), (L 113-1 à L 113-5), (L 114-1, L 221-1-2).

في القواعد الخاصة فيما يتعلق بالإعلام بأجر العامل في عقد العمل⁽¹⁾.

ثم تبعه بعد ذلك المشرع وانتقل إلى حماية المستهلك خاصة لما قرر الالتزام بالإعلام عن طريق الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة وألقى هذا الالتزام على عاتق المتدخل وحده⁽²⁾، كما تم تكريس الالتزام بالإعلام عن الأسعار استكمالاً لمبدأ حرية الأسعار وضبطها⁽³⁾.

فمن أجل إعلام المتعاقد ينبغي إبلاغه بالعناصر الأساسية للعقد وبالحماية المقررة قانوناً وهذا هو مفهوم الشكالية الإعلامية، فهي تميل إلى توسيع نطاق الحماية بغرض حماية الطرف الضعيف⁽⁴⁾.

وينصب كل هذا الإعلام المكرس في مختلف هذه القوانين من أجل حماية الطرف الضعيف في العقد، وتدعيم مبادئ شفافية المعاملات التي تكرس الإخلاص والثقة بين المتعاقدين، والطبيعة التي يتميز بها محل العقد كونه ينصب على سلع وخدمات،

(1) - محمد مصطفى غازي زيدان، " دور القاضي في تحقيق التوازن في عقد العمل، دراسة مقارنة، بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 115، انظر المادة 85 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 25/04/1990، الجريدة الرسمية العدد 17، " تحدد الأجر بعبارات نقدية محضة وتدفع بطريق وسائل نقدية محضة"، وكذلك المادة 86 من نفس القانون: " يدرج مبلغ الأجر وجميع عناصره بالتسمية في قسيمة الأجر الدوري التي يعدها المستخدم.....".

(2) - المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم، ووضع العلامات، أو بأي وسيلة أخرى مناسبة.....".

(3) - انظر المادة 04 من القانون رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والمادة 05 من القانون 03-03 المعدل والمتمم بقانون 08-12 والمادة 06 والمادة 12 كذلك المادة 03 من القانون رقم 04-02 التي تنص على الإعلام عن الأسعار وشروط البيع.

(4) - Malaurie Philippe et Aynès Laurent et Stoffel-munck, op.cit, p 267.

فأصبح المشرع يشترط نظام الفاتورة، كالتزام ثنائي ملقى على عاتق الطرفين⁽¹⁾.

فهذه الشكالية يمكن تسميتها بالشكالية التبصيرية أو الشكالية الحمائية كونها تكمل العقد من أجل حماية الطرف الضعيف، فهذه الشكالية التي فرضها المشرع عن طريق مختلف الوسائل التي يتم بها الإعلام من شأنها تأكيد رضاء الطرف الضعيف⁽²⁾.

لكن بالرجوع إلى المادة 20 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي نصت على أنه: " يجب أن تستجيب عروض القرض للاستهلاك للطلبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون مدة الالتزام وكذا آجال تسديده، ويحرر عقد بذلك " ، فمن خلال هذا النص أكد المشرع على إلزامية الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المؤسسة المالية التي تعرض قرضا للاستهلاك، والهدف من وراء هذا الالتزام هو لمنع استغلال غفلة المستهلك وحاجته الماسة لإبرام مثل هذا القرض، ومنع كذلك الاستدانة المفرطة وعلى ذلك تدخل المشرع لحمايته بإلزام البنك بإعلامه وتبصره بشروط القرض لكي يقتضيه وهو على بينة من أمره.

ويلاحظ على المشرع أنه كرس عقوبات جزائية بموجب المادة 07 من القانون رقم 09-18 المعدل والمتمم للقانون رقم 03-09، التي تنص: " يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) ، كل من يخالف إلزامية إعلام المستهلك المنصوص عليها في المادتين 17 و 18 من هذا القانون "، فلقد أصاب

(1) - بحيث تنص المادة 10 من القانون رقم 02-04: " يجب أن يكون كل بيع سلع، أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين مصحوبا بفاتورة، يلزم البائع بتسليمها، ويلزم المشتري بطلبها منه، وتسلم عند البيع أو عند تأدية الخدمة، يجب أن يكون البيع للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يبرر هذه المعاملة، ويجب أن تسلم الفاتورة إذا طلبها الزبون "، انظر كذلك المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 2005/12/10، المحدد لشروط تحرير الفاتورة، وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك.

(2) - Ghestin Jaques, " **Formation du contrat** ", op.cit, p 341-342, " Le formalisme est aujourd'hui une protection supplémentaire du consentement, la forme requise attire l'attention sur l'importance de l'engagement pris et par la réflexion qu'elle détermine, prévient les vices du consentement ou le déséquilibre lésionnaire des prestations ".

المشروع في ذلك كون التعديل شمل العقاب على إلزامية الإعلام وليس الوسم كما كان عليه الأمر بموجب القانون رقم 09-03 قبل التعديل.

كما نص القانون رقم 04-02 طبقاً للمادة 31 على: " يعتبر عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات، مخالفة لأحكام المواد 4 و 6 و 7 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من خمسة آلاف دينار (5.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج)", المادة 32 التي نصت: " يعتبر عدم الإعلام بشروط البيع، مخالفة لأحكام المادتين 8 و 9 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج) ."

فهنا تظهر رغبة المشرع على ضرورة كتابة كل المعلومات التي تهم الطرف الضعيف بواسطة الوسائل التي نوع فيها بغية ضمان رضا مبصر للمستهلك فهذه الشكلية إذن تعتبر مصدراً لتبصيره بمعنى أن الهدف من الشكلية الإعلامية هو توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك ولتأكيد رضائه.

الفرع الثاني: ضمانات قانونية من النظام العام تمس المبادئ العامة للعقد

لم يظهر حق المتعاقد في منحه مهلة إضافية للتروي والتفكير في أمر العقد الذي أبرمه لدرء الأخطار التي قد تلحق به نتيجة تسرعه في التعاقد إلا حديثاً بمناسبة حماية المستهلك الذي لا يملك قدراً من المعرفة، أما أساليب الدعاية المتنوعة والقوية المستعملة من الشركات الضخمة بحيث يتأثر هذا الأخير بهذه الأساليب ويسارع لإبرام عقد تطبع عليه إرادة متسرعة متأثرة بهذه الوسائل، فهذه المهلة تساهم في إحلال التوازن العقدي وهذا ما يظهر عند تحديد مضمون هذه المهلة كونها تحمي الطرف الضعيف من التسرع (أولاً)، وأمام تسرع هذا الطرف في التعاقد تحت تأثير وسائل الدعاية والإعلان الحديثة، فضلاً عن قلة الخبرة أو انعدامها أجازت التشريعات الخاصة بحماية الطرف الضعيف الرجوع عن التعاقد بإرادته المنفردة خلال مدة زمنية محددة (ثانياً) .

أولاً- مهلة التفكير كآلية استثنائية للوقاية من اختلال التوازن: حماية للطرف الضعيف من التسرع

للولصول إلى مواضع الحماية المكرسة من خلال مهلة التفكير ينبغي التطرق إلى مضمون مهلة التفكير (أ)، مع ضرورة توضيح أن حماية تأمل وتأنى المستهلك من النظام العام (ب).

أ- مضمون مهلة التفكير

إن منح مهلة التفكير للطرف الضعيف يعد ذلك حماية متميزة ومضاعفة لرضائه، فهي تتفوق في الحماية التي توفرها عن نظرية عيوب الرضا كون هذه الأخيرة تحمي المتعاقدين من بعضهم البعض بينما مهلة التفكير لا تحمي سوى الطرف الضعيف من الضعف الذي يعتريه وعدم الخبرة التي يتصف بها، وتجعله يسارع لإبرام عقد دون تفكير مسبق، مقارنة بنظيره الطرف القوي، فهي كذلك تختلف عن عيوب الرضا التي تجعل عبء الإثبات يقع على عاتق الضحية أما مهلة التفكير فهي تساهم في الحفاظ على توازن فئة الضعفاء في العقد (1).

نجد المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 التي تضمن هذه الضمانة باحتشام مكتفية بالنص على مدة كافية، بحيث جاء في نص المادة ما يلي: " يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه " ، فللمستهلك مدة للتروي قبل إيداء قبوله بعد أن يلتزم المحترف بإعلامه بكل الشروط العامة والخاصة للبيع، أو الخدمة، ومن أجل حماية رضاء المستهلك من مخاطر الائتمان في عقد القرض الاستهلاكي أوجب المشرع طبقاً للمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات

(1)- عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 257.

العروض في مجال القرض الاستهلاكي⁽¹⁾، أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض والغاية من ذلك أوضحتها المادة نفسها، وهي " السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه من اكتتابه، وكذا شروط تنفيذ العقد "، ومن أهم قواعد هذا العرض حسب المادة 07 أن يتضمن جملة من البيانات الإيجابية لتتوبر رضاء المستهلك، إلا أن المشرع لم ينص على جزاء مدني، وإنما اكتفى بجزاء جزائي في المادة 81 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش⁽²⁾.

كما نجد هذه المدة مكرسة في قانون العمل رقم 90-11 طبقا للمادة 18⁽³⁾، بحيث تسمح هذه المدة للعامل من التعرف على ظروف العمل ومحيطه والنظام المعمول به لدى صاحب العمل وشروط العملية المفروضة في العمل، بحيث يمكن للعامل خلال هذه الفترة تقدير ما إذا كانت تتلاءم مع رغباته وظروفه أم أنها لا تحقق له ذلك مما يمكنه من الانسحاب من العمل⁽⁴⁾، يلاحظ على المشرع أنه لم يعترف بهذه المدة صراحة على أنها مهلة تفكير، لكن حسب رأينا يمكن تكيفها على أنها مهلة تفكير وإن كانت طويلة 06 أشهر في عقد العمل قابلة للتتمديد على أساس أن كل طرف في العقد يمكنه إنهاء العلاقة دون تعويض أو إشعار مسبق.

(1) - المادة 06 التي تنص على: "يجب أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض، من شأنه السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد"، من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 2015/05/12، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية العدد 24، المؤرخة في 2015/05/13، ص 10.

(2) - المادة 81 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: " يعاقب بغرامة مالية من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل من يخالف الالتزامات المتعلقة بعرض القروض للاستهلاك المنصوص عليها في المادة 20 من هذا القانون ".

(3) - المادة 18 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل: " يمكن أن يخضع العامل الجديد توظيفه لمدة تجريبية لا تتعدى ستة (6) أشهر، كما يمكن أن ترفع هذه المدة إلى اثني عشر (12) شهرا لمناصب العمل ذات التأهيل العالي، تحدد المدة التجريبية لكل فئة من فئات العمال أو لمجموع العمال عن طريق التفاوض الجماعي ".

(4) - بوشنافة محمد، " مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة وحرية الأطراف "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013، ص 28.

إن تكوين العقد طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة يقتضي التكوين الفوري، ومن ثمة فمهلة التفكير بعد إبرام العقد بوصفها إمكانية متاحة للرجوع على المتعاقد يعد ذلك خروجاً عما هو متعارف عليه، فمبدأ سريان مهلة التفكير يمثل مرحلة في نشأة الإرادة، وانقضاءها دون ممارسة حق الرجوع يعد ذلك بمثابة مرحلة جعل الإرادة ملزمة لطرفيها وبالتالي فمهلة التفكير تسمح بإتمام العقد ونجاحته⁽¹⁾.

فالهدف من وراء فرض المشرع لمهلة التفكير ينصب في صالح المستهلك طبقاً للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لكي يسمح له بالتعرف على الشروط التعاقدية قبل إبرامه للعقد وهذا يعد من أحد أهداف النظام العام الحمائي لمنع المتدخل من وضع شروط تعسفية لا تصب في صالح المستهلك⁽²⁾.

ومن خلال العلاقة التي تربط العون الاقتصادي وهو المتدخل بالمستهلك تبرر لجوء التشريعات الخاصة لفرض مدة التفكير، فهي من جهة مرتبطة بصنف معين من العقود حيث لا وجود لأجل التفكير في العقود التي تربط المتدخلين ببعضهم البعض مما ينبغي تدارك الأمر لأن المتدخل كذلك قد يتصف بالضعف مقارنة بالمتدخل المتعاقد معه، وحتى فيما بين العلاقة التي تربط المتدخل بالمستهلك، ومن أجل ذلك يظل أجل التفكير مجرد استثناء للنظرية العامة للالتزامات وتدعيماً لحماية الطرف الضعيف في العقد، فمهلة التفكير حسب رأينا التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك فيها اعتداء واضح على الحرية التعاقدية بتقييدها وعدم جعلها مطلقة قصد تحقيق التوازن العقدي.

(1) - أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 65-66.

(2) - Trari-Tani Mostapha, " **Justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial** ", revue des études juridiques, n 06, 2009, faculté de droit, Tlemcen, p 85-86.

ب)- حماية تأمل وتأنى المستهلك من النظام العام

إن مهلة التفكير من النظام العام كونها حماية تكفل حق الرجوع للمستهلك بكل حرية خلال المدة المحددة لها لمناقشة العقد بتأن وتريث، لا يجوز التنازل عنها⁽¹⁾، فهذا الحق الممنوح للمستهلك مصدره القانون مما يعد من النظام العام الحمائي الذي يهدف إلى ضمان العدالة العقدية، كون هذا النظام العام الحمائي يتدخل في العقود التي تفتقد للتوازن الاقتصادي بين أطرافها مثلما فعل المشرع في قانون النقد والقرض الذي يهتم بحماية المستهلكين من المتدخلين.

ومهلة التفكير وضعت لحماية رضاء المستهلك من أجل تحقيق التوازن المعرفي والاقتصادي للعقد وهي تعزيز للالتزام بالإعلام، ولذا فهي من النظام العام كونها التزام يقع على عاتق المتدخل وحق لا يمكن للمستهلك التنازل عنه، ففي حالة تنازله عن هذا الحق يعد ذلك مساسا بالنظام العام الحمائي⁽²⁾، فهذا الأخير يضمن للطرف الضعيف مهلة التفكير لتتوير إرادته وجعله على وعي ليتساوى مع المتعاقد معه⁽³⁾.

ولكن بالرجوع إلى القانون نجده لم ينص على ذلك صراحة إلا أن هذا التأويل يتماشى مع منطق قوانين حماية المستهلك بصفة عامة ومع النصوص التي تمنح هذا الحق بصفة خاصة، ولكن نظرا لمضمون هذه المهلة التي يترتب عنها الحق في الرجوع كانت نواتها النظرية العامة للعقد، وبرزت بشكل واضح في قواعد حماية المستهلك فهي حماية من التسرع والخفة لإيجاد عقود متوازنة برضاء مستتير وعلى هذا الأساس تعد من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على التنازل عنها أو تقليص المدة المقررة لها، ولكن إذا تم الاتفاق على الزيادة في مدة هذا الاتفاق لا يعد ذلك باطلا لما فيه من حماية للطرف الضعيف كونها من

(1) - أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 88.

(2) - عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 274.

(3) - Marie Caroline Vincent-Legoux, op.cit, p 215.

النظام العام الحمائي، فلا يجوز للطرف القوي الاتفاق على الإنقاص من هذه المدة ولكن يمكنه الزيادة فيها باتفاق الطرفين لما يصب في مصلحة الطرف الضعيف.

هذه آلية إذن تمنح للطرف الضعيف فرصة للتفكير والتروي فيما يتعاقد بشأنه، فإما أن يقدم فيغدو رضائه تاما وباتا، وإما أن يتراجع عما أبداه من رضا، ففي الحالتين يكون هذا الطرف قد مارس حقه في التفكير وعبر عن إرادته الحقيقية دون ضغط⁽¹⁾، وفي هذا المقام يرى الأستاذ Jean Calais Auloy أن توقيع العقد ليس قبولا ولكنه رغبة آنية غير كاف للالتزام بل يتعين أن يمتد لمدة من الوقت⁽²⁾، ومن أجل احتواء فعالية أجل التفكير هناك بعض التشريعات المقارنة من يلحقه بتقنية أخرى وهي حق العدول بسبب مرجعيته القانونية وأساسه غير الاتفاقي في التعبير عن إرادة مخالفة وهي تتراجع عن موقفها السابق، وممارسة حق العدول في القانون المدني غير موجود باعتبار العقد قد تم بمجرد النقاء الإيجاب والقبول وتطابقهما مما يؤدي بالاتفاق إلى أن يكون ملزما⁽³⁾، ولكن بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 390-07 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة⁽⁴⁾، كرست مبدأ حق التراجع أو حرية العدول في المادة 25 منه والتي نصت على: " يلزم الوكيل في حالة عدم احترام شروط الطلبية أو أجل التسليم، في أجل ثمانية أيام، وذلك ابتداء من تاريخ نهاية مدة التسليم، بناء على اختيار من الزبون، إما استبدال السيارة، وإعادة دفع التسبيق للزبون أو المبلغ الإجمالي المدفوع وهذا بغض النظر عن التعويضات التي يلزم بها الوكيل والمنصوص عليها في دفتر الشروط في حالة عدم تنفيذ التزاماته " .

(1) - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 299.

(2) - Calais Auloy, " Droit de la consommation...", op.cit, p 356.

(3) - في هذا المعنى تنص المادة 396 من القانون المدني على: " يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين " .

(4) - المرسوم التنفيذي رقم 390-07 المؤرخ في 2007/12/12، الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة، الجريدة الرسمية العدد 78، المؤرخة في 2007/12/12.

فيمنع على المتدخل تحت طائلة البطلان وضع شرط في العقد يقضي بإمكانية تنازل المستهلك عن حقه في مهلة التفكير، فالمشرع الفرنسي نظم أحكام مهلة التفكير بما يكفل حماية فعالة للمستهلك بحيث أقر بداية احتساب سريان مهلة التفكير من اليوم الموالي لإبرام العقد مع تأكيده لعدم إمكانية احتساب يوم التوقيع على العقد والعطل والأعياد في الأجل المحدد لمهلة التفكير، مما ينبغي على المشرع تدارك الأمر خاصة وأن هذه المهلة تعد من النظام العام الحمائي.

ثانياً) - حق الرجوع عن التعاقد كتأمين للطرف الضعيف في العقد

إضافة إلى مهلة التفكير التي تعد ضماناً أضاف المشرع ضماناً أخرى متمثلة في حق العدول بهدف حماية الطرف الضعيف، فمنح المشرع له مهلة زمنية كافية للتفكير ليتخذ قراره بالتعاقد، وفي حالة تعاقدته منح له أجلاً للعدول عن العقد⁽¹⁾.

فهذه المهلة ظهرت نتيجة الثورة الاستهلاكية بمقتضى القانون الصادر في 1972/12/22 المتعلق بالبيع بالمنازل، حيث سمح للمستهلك في جميع عقود البيع أو أداء الخدمات المبرمة بالمنزل عند تنقل البائع أو مقدم الخدمة، الحق في العدول عن هذا العقد المبرم خلال أجل 07 أيام من تاريخ الطلب أو الالتزام بالشراء ثم امتد نطاق تطبيقها فيما بعد لعقد البيع المبرم عن بعد⁽²⁾.

فقد نص المشرع على الحق في العدول بموجب نص المادة 02 من القانون رقم 09-18 المعدل والمتمم للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي عدلت نص المادة 19 من القانون رقم 09-03 كما يلي: " يجب أن لا يمس المنتج المقدم

(1)-Lachachi Mohammed, " L'équilibre du contrat de consommation (étude comparative), mémoire de magistère en droit privé ", faculté de droit, université d'Oran, 2013, p 63.

(2)- محمد أحمد عبد الحميد أحمد، " الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني " ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 359.

للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا يسبب له ضررا معنويا، العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب، للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية، تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات المعنية، عن طريق التنظيم"، الملاحظ على هذا النص أن المشرع لأول مرة نص على ضمانته للمستهلك وجعل أحكامها من النظام العام الحمائي فقد أصاب في ذلك، لكن يعاب عليه عدم تحديده للمدة المقررة لتراجع المستهلك عن اقتناء المنتج، تاركا المسألة للتنظيم مما يعد قصورا في مد نطاق الحماية المقررة للطرف الضعيف حسب رأينا.

فمن تطبيقات حق الرجوع ما نص عليه المشرع في المادة 90 مكرر من القانون رقم 04-06 المتعلق بالتأمينات على إمكانية مكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين 02 كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال ثلاثين 30 يوما، كما تم النص على مثل هذا الحق في قانون التأمينات في المادتين 70 مكرر و 09 مكرر بخصوص التأمين على الأشخاص بعد تعديل 2006 بموجب القانون رقم 04-06⁽¹⁾، ونجد نفس الحكم في قانون النقد والقرض بعد تعديل 2010 بموجب الأمر رقم 04-10 في المادة 119 مكرر 01 في الفقرة 03، إذ نصت على ما يلي: "...يمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد"، ومؤخرا كرسه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القروض الاستهلاكية، كما نص المشرع عليه في المادة 458 من القانون المدني: "يجوز للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد، ورد ما اقترضه على أن يتم ذلك في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ الإعلان، أما حق المقترض في الرد فإنه لا يجوز إسقاطه أو تحديده بمقتضى الاتفاق"، ويستشف هذا

(1) - القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20/02/2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 12/03/2006.

الحق أيضا من المادة 20 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش من خلال عبارة " شفافية العرض المسبق " .

إلا أن الملاحظ على المشرع أنه استعمل مصطلح " التراجع " في قانون النقد والقرض، في حين أنه استعمل مصطلح " العدول " في المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القروض الاستهلاكية، وفي التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك وقمع الغش استعمل المصطلحين معا بحيث عرف العدول بالتراجع. كما نجد حق الرجوع في القانون المتعلق بترقية النشاط العقاري رقم 11-04⁽¹⁾ الذي يعتد بحق الرجوع عن إبرام العقد، وذلك حسب ما جاء في المادة 32 منه، التي تنص يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري بموجب الفقرة 02: " يطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر بالمائة 15% من مبلغ التسييق المدفوع "، فيتبين من هذا النص أن المشرع يعتد بحق الرجوع عند إبرام العقد إلا أنه يعالج حالة خاصة لا يعتبر فيها صاحب حفظ الحق طرفا ضعيفا، ولا علاقة للنص بحماية رضا المتعاقدين فهو يعالج مسألة السكن ولا يعنيه الطرف الضعيف.

وبخصوص عقد الهبة نجد نص المادة 211 من قانون الأسرة التي نصت على: " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه إلا في الحالات التالية: - إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له، - إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين، - إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو أدخل عليه ما غير طبيعته "، أما إذا كانت الهبة لغير الأبناء فلا يجوز الرجوع فيها والعدول عنها، خاصة إذا كانت لأجل المنفعة العامة فلا يجوز الرجوع فيها طبقا للمادة 212 من قانون الأسرة، أما بخصوص الوصية فقد أجاز المشرع العدول عنها بموجب ما ورد في نص المادة 192 من قانون

(1)- القانون رقم 11-04 المتعلق بترقية النشاط العقاري، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 2011/03/06، ص 04.

الأسرة: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون ما يستخلص منه الرجوع فيها "، كما كرست المادة 18 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل حق العدول عن العقد دون إشعار مسبق أو تعويض، وهذا ما كرسته المحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي: " يخول القانون للمستخدم إنهاء علاقة العمل أثناء الفترة التجريبية باعتباره هو المؤهل لتقدير مؤهلات العامل "(1)، إذا ما تبين له أن شروط العمل ومواصفاته لا تتطابق مع ما تم الاتفاق بشأنه(2).

بينما المشرع الفرنسي أورد هذا الحق في العدول بموجب المادة 20-121L من قانون الاستهلاك الفرنسي(3)، الذي أعطى الحق في العدول عن العقد خلال مدة سبعة أيام كاملة، مما فيه حماية للمستهلك.

ثالثا) - شروط قيام الحق في الرجوع

لكي يتمكن المستهلك من ممارسة مثل هذا الحق ينبغي عليه أولا احترام المدة القانونية المخصصة له (أ)، ويشترط كذلك عدم استهلاك المستهلك للمنتج (ب).

أ) - احترام الأجل القانوني لممارسة الحق في الرجوع

المشرع في هذا المجال كان صريحا بموجب المادة 119 الفقرة 04 مكرر-1 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض(4)، كونه قدر هذا الأجل بمدة 08 أيام، كما أن

(1) - المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 02، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 211422، بتاريخ 11/04/2001، ص 295، غير أنه مع انقضاء الفترة التجريبية لا يجوز إنهاء علاقة العمل إلا في أحوال معينة التي يقرها القانون. واتباع الإجراءات المعينة التي يقرها القانون.

(2) - قادة شهيدة، " حماية الطرف الضعيف في عقد العمل محاولة لتأصيل الفكرة وتقرير آليات الحماية "، مجلة دراسات قانونية، مجلة سداسية، العدد 08، 2008، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ص 76.

(3) - L'article L121-20 www.legifrance.gouv.fr

(4) - الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26/08/2003، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد 52، المؤرخة في 27/08/2003، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26/08/2010، الجريدة الرسمية العدد 50 المؤرخة في 01/09/2010.

المادة 11 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي⁽¹⁾، التي تؤكد كذلك على نفس أجل مدة الرجوع والمقدرة ب 08 أيام تحسب من تاريخ إمضاء العقد " لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصله على القرض، غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما " .

وفي المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، نصت على: "عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة، لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة "، فالهدف من وراء نص المشرع على مثل هذه المدة هو حماية منه للمستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً في العقد، وغالباً ما يتسرع هذا الأخير تحت تأثير وسائل الدعاية والإعلان بالإضافة لانعدام الخبرة الكافية لديه ومن ثمة اعترف له بحق الرجوع عن العقد.

كما نجد مثل هذا الحق في قانون التأمينات رقم 06-04⁽²⁾، حيث نصت المادة 70 مكرر منه على: " عند اكتتاب عقد التأمين على الأشخاص والرسملة وخلال مدة حياة هؤلاء، يجب على المؤمن أن يسلم المكتتب كشوف معلومات تحتوي إجبارياً على توضيحات إضافية تتعلق بما يأتي: - آجال وكيفيات التراجع عن العقد.... "، كما نصت المادة 90 مكرر منه على: " باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداء من الدفع الأول للقسط، يجب على هذا الأخير

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12/05/2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية العدد 24، المؤرخة في 13/05/2015، ص 10.

(2) - القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20/02/2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 12/03/2006.

إعادة القسط الذي تقاضاه بعد خصم تكلفة عقد التأمين، خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لاستلام الرسالة الموجهة من قبل المكتتب إلى مؤمنه، والتي موضوعها التراجع عن العقد"، كما نص عليه قانون النقد والقرض المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-04، حيث جاء في المادة 119 مكرر 1 الفقرة 03 منه: " يمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد " .

فيلاحظ أن حق العدول قد يخلق صعوبة تتعلق بتحديد آليته بالنسبة لسير العلاقة العقدية، مقارنة مع تكوين العقد، فهو يخص إما عقد أبرم أو في طريق التكوين، مما يفسر عدم اتفاق الفقه أو التشريعات حول نظامه القانوني.

فبالنسبة للبعض يعد حق العدول انتهاكا لمبدأ القوة الملزمة إذا ارتبطت بعقد قائم وبالذات في مرحلة تنفيذ العقد، وذلك بممارسة حق كامل بشكل انفرادي ومانع للتنفيذ إلى غاية انقضاء مدة العدول⁽¹⁾، في حين أن فقهاء آخرين يجدونه انتهاكا لمبدأ الرضائية في سياق جعل تبادل الإيرادات غير مؤهل لتكوين العقد قبل انقضاء ذلك الأجل، بل إنه التخلي عن العقد في طريق التكوين والعقد غير مكون بمجرد تلاقي الإيجاب بالقبول لأن طابع فورية العقد محل شك، والتكوين الفوري للعقد مقيد بتكوين متأخر متوقف على انقضاء مدة العدول والتي يظهر فيها الرضا حقيقيا ومستنيرا⁽²⁾ .

وكرس مدة 07 أيام في البيع على مستوى المنزل ولأول مرة نص على ذلك بموجب نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، وفي هذا المقام يتوافق بذلك مع المشرع في مدة الرجوع المقررة في القانون الفرنسي بموجب المادة 20-121L من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽³⁾.

(1)-Chendeb Rabih, op.cit, p 138.

(2)- Ibid, p 138-139.

(3)- يكون للمستهلك خلال مدة سبعة أيام عمل كاملة، الحق في العدول عن العقد، دون بيان الأسباب، وبغير مقابل باستثناء مقابل الرد.

ويلاحظ من النص السابق أن أيام العطل لا تدخل في احتساب مدة حق الرجوع، كما أن المشرع يذهب إلى أبعد من ذلك إذ يمد المدة القانونية لمهلة التفكير إلى 30 يوما لممارسة حق الرجوع وأطلق صراحة مصطلح التراجع عن العقد وذلك ما جاء في نص المادة 90 مكرر من القانون رقم 06-04 المتعلق بالتأمينات.

وبهذا يتميز حق الرجوع عن العقد بصفته المؤقتة، بحيث يمارس خلال الفترة الزمنية المحددة له تماشياً مع ضرورة استقرار المعاملات وإنهاء حالة التهديد التي تصاحب وجوده، ومدة الخيار يجب أن تكون على اعتبارين التأكد من توفير الحماية التي يقتضيها النص على حق الرجوع والمتمثلة بالرضا السليم المتروى لمن تقررت له الحماية أو انفق عليها، والاعتبار الثاني مصلحة الطرف الآخر الذي من مصلحته الاستقرار القانوني لموقفه ولأمر التعاقد⁽¹⁾.

وقد جاء القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات خالياً من النص على مهلة الرجوع، ولم يكن إلا بعد تعديل 2006 بحيث جاءت الإشارة إليه في المادة 70 مكرر منه، إذ ألزمت المؤمن في عقد التأمين على الأشخاص والرسمة، أن يسلم المكتتب كشوف معلومات تحتوي إجبارياً على توضيحات إضافية تتعلق بجملة من الأمور منها " آجال وكيفيات التراجع عن العقد "، ثم نصت المادة 90 مكرر 01 على حق الرجوع بكل وضوح في التأمين على الأشخاص لمدة شهرين كحد أدنى أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين يوماً ابتداءً من الدفع الأول للقسط.

إلا أننا نلاحظ على المادة 32 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁽²⁾، حكماً خاصاً بحيث يشترط في المرقي العقاري أن يستفيد بنسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع، وهذا فيه تكبير لإرادة صاحب حق الحفظ وعقوبة له في

(1) - أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 83-84.

(2) - القانون رقم 11-04 المؤرخ في 2011/02/17، المحدد للقواعد المطبقة التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 2011/03/06.

حين المفروض أن هذه الإمكانية في الرجوع تمنح له المزيد من الحرية وتحمي سلامة رضائه، وهذا ما يتنافى مع أهداف حق الرجوع، فالمشرع يمنح هذه الآلية لكل المتعاقدين استثناء في المادة 32 من القانون رقم 11-04: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر"⁽¹⁾.

إضافة لذلك فحق الرجوع لا يرتب تعويضا معني ذلك أن هذا الحق مجاني، نظرا لأنها آلية وضعها المشرع لمعالجة البيوع التي يخلت فيها التوازن، وهذا ما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 02 من القانون رقم 18-09 المعدل والمتمم للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي أكدت أن الحق في العدول يكون ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية، وقد أكد المشرع الفرنسي على مجانية ممارسة حق الرجوع باستثناء مصاريف الإرجاع في حالة تسلم المبيع ففي المادة 121 الفقرة 16 من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي تركز حق الرجوع للمستهلك والتي من خلالها يعتبر بعض الفقه أن مصاريف الرجوع كافية لردع المستهلك عن التعسف من جهة ذلك أنه لن يتراجع عن العقد إلا إذا كان لا يرغب في إتمامه⁽²⁾.

فحق الرجوع هو ممارسة لحرية دون قيد، فالمستهلك له أن يرجع عن العقد أو أن لا يرجع فهو حق للطرف الضعيف، يجعل رضاه سليما ومبصرا، فبدا واضحا أن نظرية عيوب الرضا لم تعد كافية للحماية مع التطور التكنولوجي وتطور فنون الدعايات والإغراءات التي تؤثر على رضا المستهلك، فلجأ المشرع إلى منح هذا الأخير مهلة التفكير تخول له حق الرجوع عن العقد دون تبرير نظرا لأنه لم يعد أطراف التعاقد في مركز متساو فهو يكون متعلقا بالإرادة المنفردة للطرف الضعيف.

(1) - المشرع في القانون رقم 11-04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة التي تنظم نشاط الترقية العقارية، أراد حل أزمة السكن، وأوجد حلا متمثلا في إمكانية توفير العقار للمتعاقد، فهذه المهلة في حالة عدم تمكن صاحب الحق من تدبير الثمن من طرف البنك أو الثمن ارتفع جراء ارتفاع أسعار مواد البناء إلى غير ذلك من الأسباب.

(2) - محمد أحمد عبد الحميد أحمد، المرجع السابق، ص 374.

فيعد حق الرجوع تعبيراً عن إرادة جديدة لأنه يوجد تعبير مخالف للإرادة الأولى وهذا هو أساس فكرة الرجوع⁽¹⁾، لكن المشرع لم يشترط شكلاً معيناً إلا في القانون رقم 04-06 المتعلق بالتأمينات يتم به هذا التراجع، بينما المشرع الفرنسي في المادة L 212-25 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾، بغية تعزيز هذا الأخير لهذه الآلية المكرسة اشترط أن يرفق العقد باستمارة الرجوع⁽³⁾، تكون متصلة بالعقد وتكون سهلة الانفصال عنه وما على المستهلك إلا إكمال تلك الاستمارة وتبليغها برسالة مضمونة بغرض تسهيله للرجوع، وتذكير المستهلك بحقه في ذلك الذي يتمتع به، كما اشترط المشرع الفرنسي للتأكيد على هذا الحق وضمان عدم تعسف المتدخل بحرمان المستهلك منه، على أنه يشترط أن يتم إعلام المستهلك في صلب العقد بإمكان استعماله لهذا الحق متى رغب في الرجوع⁽⁴⁾، ولا نجد ما يشبه مثل هذا الحكم في التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك وقمع الغش لذا على المشرع أن يتدارك الأمر بتنظيم مسألة الحق في العدول خاصة أن النصوص التنظيمية الخاصة بتعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش لم تصدر بعد.

والطبيعة القانونية لحق الرجوع كانت محل خلاف بين الفقهاء فهناك من اعتبرها بطلاناً للعقد وهناك من اعتبرها فسخاً للعقد، لكن بالعودة إلى نص المادة 32 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد المطبقة التي تنظم نشاط الترقية العقارية استعمل مصطلح " فسخ "

(1) - عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 269.

(2) - Article L121-24: " Le contrat visé à l'article L 121-23 doit comprendre un formulaire détachable destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation dans les conditions prévues à l'article L121-25 un décret en conseil d'état précisera les mentions devant figurer sur ce formulaire" , www.légifrance.gouv.fr

(3) - Article L121-25: " Dans les sets jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception ", www.légifrance.gouv.fr

(4) - Article L121-26: " Sur l'exemplaire du contrat, doit figurer la mention : " si vous annulez votre commande, vous pouvez utiliser le formulaire détachable ci-contre".
www.légifrance.gouv.fr

إلا أنه هنا لا يعد المتعاقد مخلا بالتزامه التعاقدية، وبالتالي كان على المشرع استعمال مصطلح يتلاءم مع حق الرجوع، فهو ليس بفسخ لأن المتدخل لم يخل بالتزامه، وإنما هو حق مخول للمستهلك للرجوع عن العقد بإرادته المنفردة بمنطق النظام العام الحمائي، وبالتالي فحق الرجوع يكون بمجرد انتهاء مهلة التفكير، أي في المرحلة التي تسبق التكوين النهائي للعقد ومن ثمة يسقط العقد ويصبح تكوينه مستحيلاً، فحق الرجوع انقطاع لمسار تكوين العقد(1).

يمكن القول إن المشرع بالنظر إلى التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي كان له الأثر البالغ على الحق في الرجوع عن العقد خاصة مع ظهور أنواع عديدة من العقود التي لا يتوافر فيها للمتعاقد القدرة على التحقق من كافة عناصر تعاقد لدرجة أن المشرع وسع من نطاق تطبيقه ليشمل العقود التي ينعدم فيها التكافؤ بين أطرافها.

إلا أنه يتبادل إلى ذهننا هل يتعين على الطرف الضعيف اتباع إجراءات معينة للتعبير الصريح عن إرادته في التراجع عن العقد؟

لم يفرض المشرع إجراءات خاصة في كل من الأمر المتعلق بالنقد والقرض والمرسوم التنفيذي رقم 15-114 وفي القوانين الخاصة التي نظمت هذا الحق، ولكن يتعين عليه التعبير صراحة للبائع بالتراجع عن العقد، ففي المادة 90 مكرر 1 من قانون التأمينات، أكد على ضرورة التراجع برسالة مضمونة مع وصل الاستلام خلال ثلاثين يوم ابتداء من الدفع الأول للقسط، ولأجل استقرار المعاملات قيد هذا الاستعمال بمدة معينة حددت بثمانية (8) أيام في البيوع العادية إضافة إلى سبعة (7) أيام إذا تم البيع في المنزل حيث تنقضي إمكانية استعماله بعد مضي هذه المدة(2).

(1) - عسالي عرارة، المرجع السابق، ص 272.

(2) - منصور حاتم محسن، إسرائ خضير مظلوم، " العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني"، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجموعة 04، العدد 02، جامعة بابل العراق، 2012، ص 54-55.

فحق التراجع يمثل السلاح القوي في القوانين الخاصة بحماية الطرف الضعيف، والوسيلة الفنية الأصلية في مرحلة التنفيذ، والغرض من تقريرها هو إعادة التوازن المفقود بين طائفتي المستهلكين والمتدخلين.

والشيء الجديد الذي جاء به المشرع عند تعديله لقانون حماية المستهلك وقمع الغش بموجب المادة 78 مكرر: " يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) كل من يخالف الأحكام المتعلقة بحق العدول المنصوص عليه في المادة 19 من هذا القانون "، لأول مرة نجد مثل هذا الحكم في قانون حماية المستهلك وقمع الغش مما فيه حماية للمستهلك، لكن يلاحظ غياب الجزاء المدني خاصة وأن المادة المنظمة لحق الرجوع تعد آمرة وهي من النظام العام الحمائي.

الفرع الثالث: مضاعفة حماية الطرف الضعيف بتوسيع نطاق الالتزامات القانونية

تطرق المشرع لتكريس الالتزام بالسلامة في القوانين الخاصة بحماية الطرف الضعيف (أولاً)، كما طوع المشرع قواعد الضمان بحيث جعلها من النظام العام حماية للمتضرر (ثانياً).

أولاً- حماية سلامة الطرف الضعيف من النظام العام الحمائي

بغية تكريس ضمانات إضافية لحماية الطرف الضعيف تضمنت القوانين الخاصة بحمايته للالتزام بالسلامة لتدعيم الحماية، فأصبح التزام الطرف القوي بضرورة ضمان السلامة للطرف الضعيف واجبا يقع عليه وحده، للحفاظ على سلامته الجسدية، فينبغي تحديد طبيعة هذا الالتزام، ونظرا لأن مفهوم السلامة واسع ينبغي التطرق لتحديد نطاق تطبيقه.

01- طبيعة الالتزام بالسلامة

لم يكن من اهتمامات القانون المدني تنظيم الالتزام بالسلامة، لأنه ركز على المال أما الإنسان فينظر إليه باعتباره صاحب حق مالي فقط، ولكن بعد الثورة الصناعية وما ترتب عليها من استخدام الآلات أدى إلى نشوء أصناف من السلع المعيبة والخطرة مما أصبحت معه ممارسة الإنسان لخيارات حماية سلامة جسده في إطار القانون المدني محدودة بشكل أدى إلى اختلال التوازن في العلاقات بين الأفراد مما دعا إلى ضرورة الالتزام بضمان سلامة مقتني السلعة مما قد يصيبه من ضرر⁽¹⁾.

وهذا ما فعله المشرع في قانون حماية المستهلك لما أكد على ضرورة التزام المتدخل بسلامة المنتجات بموجب المادة 03 الفقرة (07) فعرّفها على أنها: " غياب كلي أو وجود، في مستويات مقبولة وبدون خطر، في مادة غذائية لملوثات أو مواد مغشوشة أو سموم طبيعية أو أية مادة أخرى بإمكانها جعل المنتج مضرًا بالصحة بصورة حادة أو مزمنة " ، فأراد المشرع التزاما ملقى على عاتق المتدخل كونه وسيلة وقائية لحماية المستهلك من المخاطر التي قد تسببها المنتجات، فأصبحت السلامة من الحقوق الأساسية لحصول المستهلك على منتج آمن في جميع مراحل عرضه للاستهلاك حسبما كان ينتظره المستهلك، لأن حماية صحة الأفراد تعد من العناصر الأساسية للنظام العام التقليدي⁽²⁾، التي جسدها المشرع كأحد أهداف النظام العام الحمائي بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش، نظرا لعدم التكافؤ الظاهر بين المستهلك والمتدخل⁽³⁾، وهذا هو السبب الذي جعله

(1)- موفق حماد عبد، " التزام البائع المحترف بضمان السلامة، دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، لبنان، 2016، ص 213.

(2)- مركب حفيرة، " الحماية التشريعية للمستهلك في جودة المنتج و الخدمة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2001، ص 23-24.

(3) - Bouaiche Mohamed, " **Qualité des aliments et protection de la santé du consommateur** " , revue algérien des sciences juridique économiques et politiques, partie 36, N°4, 1998, p11.

يلقي على عاتق المتدخل وحده الالتزام بسلامة المستهلك مع تعميمه للحماية على جميع المخاطر.

وعلى خلاف ما جاء به المشرع الجزائري نص المشرع الفرنسي بموجب المادة L 221-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾، على جعل الالتزام بالسلامة لكل الأشخاص الذين قد يتعرضون لضرر بفعل المنتجات المعروضة في السوق معنى ذلك المستهلك وغير المستهلك، ولكنه توافق معه حول معيار تقدير السلامة الذي يكون بالنظر إلى الرغبات المشروعة للشخص محل الحماية سواء كان المستهلك أو من الغير⁽²⁾.

إلا أن مضمون هذا الضمان لا يقف عند الأضرار الجسدية التي تصيب مقتني السلعة بل يمتد ليشمل الأضرار المادية التي تصيب أمواله كاحتراق منزله أو تلف أو تحطم أثاثه وأجهزته المنزلية جراء عيوب السلعة، فالتعويض عن هذه الأضرار يشمل إذن الأضرار التي تصيب الطرف الضعيف في جسده أو أمواله⁽³⁾.

فينبغي التمييز بين الالتزام العام بالسلامة الذي أقره المشرع على عاتق المتدخل لحماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا، كما يمتد تطبيقه إلى مستعملي المنتج عن طريق المستهلك أيضا، عند استفادتهم من السلع والخدمات التي يمكن أن تحدث لهم أضرارا فيما يتعلق بصحتهم وسلامتهم⁽⁴⁾، أما الالتزام التعاقدية بالسلامة فيتعلق فقط بتعويض الأضرار الناتجة عن السلعة أو الخدمة بشرط تحلي المستهلك بصفة المتعاقد هنا لكي يستفيد من هذه

(1)- L221-1 code de consommation français, " Les produits et les services doivent dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel présenter la sécurité à la quelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ", www.Légifrance.gouv.fr

(2) - بودالي محمد ، " مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة " ، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع ، 2005 ، ص 106.

(3) - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 214.

(4) - جلايلية دلييلة، " القواعد المرتبطة بحماية صحة وأمن ومصالح المستهلك " ، مداخلة في الملتقى الوطني الخامس " الحماية القانونية للمستهلك " ، يومي 16-17 ماي 2012، جامعة المدينة، ص 08.

الحماية⁽¹⁾، فطبيعة الالتزام بالسلامة هي التزام بتحقيق نتيجة ملقى على عاتق المتدخل وحده⁽²⁾، وهذا ما أكد عليه عند تعريفه لسلامة المنتوجات في المادة 03 الفقرة (07) من القانون رقم 09-03⁽³⁾.

فالمتدخل يعد ملزماً بتحقيق السلامة للمستهلك سواء كان عالماً بالعيب أم لا، فلا يمكن له نفي المسؤولية بإثباته للسبب الأجنبي⁽⁴⁾، فمن أجل وفائه بالتزامه بالسلامة كالتزام بتحقيق نتيجة ينبغي عليه أن يتوقع كل الحوادث والمخاطر، مع ضرورة أخذه للاحتياطات اللازمة لجعل المنتج آمناً لكي لا يولد أضراراً جسدية للمستهلك⁽⁵⁾، كما يوصف على أنه التزم بتحقيق نتيجة قصد المحافظة على سلامة العامل، فلا يكفي أن يقوم رب العمل باتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للمحافظة على سلامة العامل بل يعد ملزماً أيضاً بضمان سلامته ولا يستطيع رب العمل التنصل من مسؤوليته⁽⁶⁾.

يجب على المتدخل عند عرض أو بيع أو تقديم خدمة سواء كانت المنتوجات آلات أو مواد أو عروض أن يجعلها متوافقة مع معايير السلامة المحددة قانوناً ودون أن تنطوي على أي خطر يمكنه أن يمس سلامة وصحة المستهلك⁽⁷⁾، فالغرض من ذلك هو إقامة

(1) - جرعود الياقوت، " عقد البيع و حماية المستهلك... " ، المرجع السابق، ص 37.

(2) - علي سيد حسن، " الالتزام بالسلامة في عقد البيع " ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 112.

(3) - جواهره عبد الكريم، " الالتزام بالسلامة في عقد البيع " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2003، ص 37.

(4) - جابر محجوب علي ، " ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية المعيبة " ، القسم 01، مجلة الحقوق الكويت، السنة 20، العدد 03، ديسمبر 1996، ص 238-239.

(5) - أقصاصي عبد القادر، " الالتزام بضمان السلامة في العقود " ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 214-216.

(6) - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 225.

(7) - *Juris classeur, concurrence, consommation, " Santé et sécurité des consommateur " , volume 05, fasc 950, 2004, p 04.*

التوازن بين الأطراف نتيجة وجود المتدخل في مركز قوة بالنظر إلى تخصصه والمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية⁽¹⁾.

02- نطاق تطبيق الالتزام بالسلامة

حدد المشرع نطاق تطبيق الالتزام بالسلامة في القانون رقم 03-09 في الفصل الأول كما حدد في الفصل الثاني " إلزامية النظافة والنظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها" منه مما ينبغي التطرق لكل منها على حدة " إلزامية أمن المنتوجات " ، كما نص قانون العمل على التزام رب العمل بالمحافظة على سلامة العامل أثناء قيامه بعمله وأن يمنع عنه كل خطر أو ضرر وأن يرد العامل سليماً كما تسلمه ولا يستطيع التخلص من المسؤولية ما لم يثبت أن الحادث يرجع إلى سبب أجنبي، وبذلك يكون التزام رب العمل تجاه العامل التزاماً بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

فيختلف نطاق الالتزام بالسلامة في عقود الاستهلاك عنه في عقود العمل من خلال ما يلي:

أ- إلزامية النظافة الصحية للمواد الغذائية

نص المشرع على الالتزام بالسلامة في الفصل الأول بعنوان " إلزامية النظافة والنظافة الصحية للمواد الغذائية " ، فنتحقق سلامة المواد الغذائية بمراعاة المتدخل للخصائص التقنية لهذه الأخيرة التي تتغير من منتج لآخر وعدم التوفر أو النقصان أو الزيادة في إحدى خصائص هذه المنتوجات يؤدي إلى جعلها غير سليمة، فأكدت المادة 04 من القانون رقم 03-09 على ضرورة احترام المتدخل لإلزامية سلامة المواد الغذائية وأن لا تضر بصحة المستهلك، كما يمنع على المتدخل عدم احترامه لنسبة الملوثات والمضافات الغذائية المضافة لهذه المواد.

(1) - عبد المنعم موسى إبراهيم، " حماية المستهلك دراسة مقارنة " ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 487-489.

(2) - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 169.

فنص المرسوم التنفيذي رقم 12-214 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات استعمال الإضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري⁽¹⁾، في المادة 05 منه على ضرورة استيفاء الإضافات الغذائية للشروط التالية: الحفاظ على القيمة الغذائية للمادة الغذائية، اعتبارها كمكون ضروري في الأغذية، تحسين حفظ أو تثبيت المادة الغذائية أو خصائصها الذوقية العضوية، استعمالها كمادة مساعدة في مرحلة الوضع للاستهلاك شرط أن لا يكون استعمالها لإخفاء مفعول استعمال المادة الأولية ذات النوعية الرديئة، كما منعت المادة 05 من القانون رقم 09-03 وضع مواد غذائية للاستهلاك تحتوي على ملوث بكمية غير مقبولة بالنظر إلى الصحة البشرية والحيوانية وخاصة فيما يتعلق بالجانب السام، مع ضرورة احترام المتدخل لشروط النظافة الصحية للمستخدمين ولأماكن ومحلات التصنيع أو المعالجة أو التحويل أو التخزين، ووسائل نقل هذه المواد مع ضمانه عدم تعرضها للتلف⁽²⁾.

(ب) - إلزامية سلامة المواد الغذائية

تطرق لها المشرع في الفصل الأول بعنوان "...سلامة المواد الغذائية " من القانون رقم 09-03، فلا تكتمل سلامة المادة الغذائية إلا بسلامة المواد المعدة لملامستها، ومع تطور الوسائل المستعملة لحفظ هذه المنتجات حرص المشرع بموجب المادة 07 من القانون رقم 09-03 على ضرورة عدم احتواء أي مادة من غلاف أو آلات معدة لملامسة المواد الغذائية إلا على اللوازم التي لا تؤدي إلى فسادها، وأحال شروط وكيفيات استعمال المنتجات واللوازم الموجهة لملامسة المواد الغذائية وكذا مستحضرات تنظيف هذه اللوازم للتنظيم⁽³⁾، الذي نص بموجب المادة 05 منه على أنه: " يجب ألا تعد المواد المنصوص

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 12-214 المؤرخ في 2012/05/15، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات استعمال الإضافات

الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري، الجريدة الرسمية العدد 30، المؤرخة رقم 2012/05/16.

(2) - انظر المادة 06 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، ص 14

(3) - وهذا مكرس بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-04 المؤرخ في 1991/01/09، المتعلق بالمواد المعدة لكي تلامس

الأغذية و بمستحضرات تنظيف هذه المواد، الجريدة الرسمية العدد 04، المؤرخة في 1991/01/23، ص 73.

عليها في المادة 02 من هذا المرسوم إلا بمكونات لا تتطوي على أي خطر بإصابة المستهلك في صحته"، وفي إطار المحافظة على صحة المستهلك لا يجوز وضع مواد سبق أن لامست منتجات أخرى غير غذائية موضع ملامسة لأغذية إلا بترخيص من الوزير المكلف بالنوعية، بغية تفادي أي تلوث يصيب الأغذية⁽¹⁾.

فيقصد بالسلامة الحالة التي يكون فيها التكامل الجسدي والصحي للمتعاقد محفوظا من أي إعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الاتفاق المبرم بين هذا الأخير وبين مهني متدخل، فالناقل على سبيل المثال يلتزم بأن يوصل المسافر سالما معافى إلى الجهة التي يقصدها، والمتدخل يلتزم بتقديم المنتج للمستهلك آمنا ومطابقا للمقاييس⁽²⁾.

(ج) - إلزامية أمن المنتجات: توفر أمن المنتجات لتحقيق سلامتها

خصص لها المشرع الفصل الثاني بعنوان "إلزامية أمن المنتجات" وضبطها بمعايير⁽³⁾، فأراد من خلال ذلك حماية المستهلك بالدرجة الأولى، بحيث جعله التزاما يقع على كل متدخل، مما ينبغي على هذا الأخير احترام إلزامية أمن المنتجات، مع اشتراطه عدم الإضرار بصحة المستهلك وضرورة توفر هذه المنتجات الموضوعة للاستهلاك على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، والحفاظ على أمن ومصالح المستهلك⁽⁴⁾.

لقد خصص له فصلا مستقلا بعنوان "الفصل الثاني، إلزامية أمن المنتجات"، بحيث نص في المادة 09 منه على أنه: "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك

(1) - انظر المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 91-04 المتعلق بالمواد المعدة لكي تلامس الأغذية وبمستحضرات تنظيف هذه المواد، الجريدة الرسمية العدد 04، ص 73.

(2) - قرواش رضوان، "الضمانات القانونية لحماية أمن وسلامة المستهلك"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013، ص 27.

(3) - طبقا للمادتين 09 و 10 من القانون رقم 09-03 في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 28/03/2009، ص 14-15.

(4) - انظر المادة 09 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ص 14-15.

مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين"، فأخذ المشرع في المادة 09 من القانون رقم 03-09، بنفس معيار تقدير السلامة، مستندا في ذلك على المعيار الموضوعي، أي الاستعمال المنطقي للمنتج من قبل المستهلك⁽¹⁾، وأمد نطاق حماية سلامة المستهلك في حالة الاستعمال غير العادي للمنتج، وهذا يدخل ضمن الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين⁽²⁾.

فحددت المادة 10 من القانون رقم 03-09، معايير ينبغي على المتدخل اتباعها لتحقيق أمن المنتجات، منها مميزات تركيبة المنتج وتغليفه وشروط تجميعه وصيانتته، تأثير المنتج على المنتجات الأخرى، عرض المنتج و اسمه وتبيين إرشادات الاستعمال، تبيين مخاطر استعمال المنتج، كما أكدت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، على ضرورة استجابة المنتج للتعليمات التنظيمية المتعلقة بها في مجال أمن وصحة المستهلكين وحمايتهم، خاصة من حيث مميزات السلعة، شروط النظافة التي ينبغي أن تتوفر في أماكن الإنتاج والأشخاص العاملين بها، مميزات وتدابير الأمن الأخرى المرتبطة بالخدمة وشروط وضعها في متناول المستهلك، والتدابير الملائمة لضمان مسار المنتج.

فالملاحظ أن المشرع حصر نطاق تطبيق الالتزام بالسلامة على المنتجات الغذائية فقط ربما لتأثيرها المباشر على صحة المستهلك، وهذا ما لا نلمسه بالنسبة للإلزامية أمن المنتجات الذي جعلها عامة تشمل كل المنتجات مهما كانت طبيعتها، ولكنه حرص على مراقبة المتدخل عند تنفيذه لالتزامه بالسلامة في كل مرحلة من مراحل تدخله في عملية

(1) - قونان كهينة، المرجع السابق، ص 230.

(2) - Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank ,op.cit, p 287.

وضع المواد الغذائية للاستهلاك، سواء في مرحلة الإنتاج، أو الاستيراد، أو التخزين أو النقل، أو التوزيع بالجملة وبالتجزئة⁽¹⁾.

كما لا يمكن الحديث عن الالتزام بالسلامة إلا في حالة استعمال المستهلك للمنتج وفق للمعايير المحددة من قبل المتدخل، فلا يعد هذا الأخير مقصرا في تنفيذ التزامه بالسلامة إذا لم يتبع المستهلك هذه المعايير وأصابه ضرر من هذه المنتجات⁽²⁾، ورغبة من المشرع في حماية المستهلك أمد استفادته من الحماية حتى في حالة عدم تقيده بتعليمات المتدخل بشرط أن يستطيع هذا الأخير توقع شروط أخرى للاستعمال كونه يتفوق اقتصاديا على المستهلك طبقا للمادة 09 من القانون رقم 09-03، فيمكن استنتاج معيارين من هذا القانون لسلامة المستهلك وهما:

- يجب أن يتناسب الالتزام بالسلامة مع ما يسعى إليه المستهلك، بحيث ينبغي على المتدخل أن يتبع المعايير المحددة في القوانين والتنظيمات.
- أن يتناسب الالتزام بالسلامة مع الرغبات المشروعة للمستهلك والاستعمال المشروع المنتظر للمنتجات⁽³⁾.

فالمشرع أكد على وجوب أن تتضمن المنتجات على ضمانات السلامة ضد المخاطر الماسة بسلامة المستهلك وسواء كان بخلوها من العيوب أو اشمالها على جميع البيانات التي توضح مخاطرها وكيفية الوقاية منها، فالسياسة التشريعية التي تبناها المشرع حتمت عليه وضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج ويظهر ذلك من نص المادة 03 الفقرة 12 من القانون رقم 09-03: " منتج سليم ونزيه وقابل للتسويق: منتج خال من أي نقص، و/أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك و/أو مصالحه المادية والمعنوية ".

(1) - كالم حبيبة، " حماية المستهلك " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2005، ص 10.

(2) - Kahloula. (M) et Mekamcha.(G)، (la première partie) ، op.cit ، p 09 .

(3) - شعباني نوال، المرجع السابق، ص 11.

ولضمان صحة المستهلك وأمنه نص المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 12-203 على مبدأ تتبع مسار السلعة والخدمة بموجب المادة 05 الفقرة 04 منه: " ويقصد بتتبع مسار السلعة الإجراء الذي يسمح بتتبع حركة سلعة من خلال عملية إنتاجها وتحويلها وتوضيبيها واستيرادها وتوزيعها واستعمالها وكذا تشخيص المنتج أو المستورد ومختلف المتدخلين في تسويقها والأشخاص الذين اقتنوها، بالاعتماد على الوثائق "، " يقصد بتتبع مسار الخدمة: الإجراء الذي يسمح بتتبع عملية تقديم خدمة، في كل مراحل أدائها للمستهلك الذي استفاد منها بالاعتماد على وثائق " .

فظهر مصطلح " تتبع مسار السلعة أو الخدمة " لم يكن معروفاً، فبموجب المرسوم رقم 12-203 نجد دلالة على تكريس حماية فعالة وشاملة للمستهلك من الأخطار الناجمة عن استهلاكه للمنتج يضر بصحته ويتلف ماله مما استوجب تأمينه بوضع آليات إجرائية، قانونية وحمائية تجعل المستهلك يتتبع مسار السلع والخدمات من موقع الإنتاج إلى إجراءات البيع والتوزيع والعرض في نقاط البيع، كون هذا المسار محفوفاً بكثير من المخاطر التي تهدد سلامة وصحة المستهلك كونه طرفاً ضعيفاً.

ومن أجل ذلك استوجب المشرع على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات وضع كل المعلومات في متناول المستهلك التي تسمح له بتقاضي الأخطار المحتملة والمرتبطة باستهلاك أو باستعمال السلعة أو الخدمة⁽¹⁾ .

كما ألزم أيضاً الموزعين بالامتثال لقواعد أمن المنتوجات التي توضع في السوق طبقاً لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 12-203 وذلك عن طريق:

- توفير الوثائق اللازمة لمتابعة مسار المنتوجات وتوفيرها.
- إرسال المعلومات المتعلقة بالأخطار المسجلة أو المعلن عنها والمرتبطة بهذه المنتوجات للمنتجين أو المستوردين.

(1) - طبقاً للمادتين 10 و 11 من المرسوم التنفيذي رقم 12-203.

ولتأكيد أهمية الالتزام بالسلامة من حيث كونه يعمل على إعادة التوازن العقدي، ويكرس المساواة في العلم والدراية بين المتدخل والمستهلك، ذهب البعض إلى حد القول أن الالتزام بالإعلام بالصفة الخطيرة للشيء المبيع وبيان كيفية استعماله والوقاية من أخطاره، يجد أساسه في الالتزام بضمان السلامة أو وسيلة لتحقيق السلامة عندما يتخذ شكل التحذير⁽¹⁾، بينما هناك رأي آخر يؤكد على أن الالتزام بالإفشاء الذي ينشأ على عاتق المنتج بعد تنفيذ العقد والذي يتمثل في تقديم البيانات الفنية والمعلومات اللازمة بعد اقتناء المنتج لحماية المستهلك هو عنصر من عناصر سلامة المستهلك⁽²⁾.

فالالتزام بالسلامة يفرض على المتدخل كذلك تقديم معلومات دقيقة للمستهلك لتمكنه من تقييم المخاطر غير الظاهرة للمنتج خلال الفترة العادية، والمعلومات التي توضح كيفية الوقاية من المخاطر غير الواضحة للمستهلك بواسطة تحذيره الكافي⁽³⁾.

فالمستهلك يحق له استخدام الخدمة دون أن يتعرض لهجوم إلكتروني على بريده الخاص عن طريق شبكة الإنترنت أو لعميات احتيال تقنية على أرصده البنكية باستخدام هذه الشبكة كون الشركة التي تعامل معها المستهلك يقع عليها التزام بسلامة المستهلك⁽⁴⁾.

لكن يلاحظ على المشرع أنه اكتفى بالجزاءات الجنائية والإدارية دون التطرق للجزاءات المدنية في حالة عدم تنفيذ المتدخل لالتزامه بالسلامة، فتدخل القانون الجنائي في مجال تكريس حماية للمستهلك كان الهدف منه لضمان حماية واحترام الطرف الضعيف في العقد

(1) - أقصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص 145.

(2) - سي يوسف زاهية حورية، " الالتزام بالإفشاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك " ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 02، 2009، ص 58.

(3) - Frédéric Leclerc, " Droit des contrats spéciaux ", L.G.D.J, paris, 2007, p 174.

(4) - حوى فانتن حسين، " الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونياً"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 41-42.

التي هي من النظام العام الحمائي كونها تعمل على الحد من تعسف الطرف القوي، كما تعد أكثر ردعا من الجزاءات المقررة في القواعد العامة⁽¹⁾.

03- التزام رب العمل بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية

تطرق القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل في المادة 05 منه لتبيين حقوق العامل والمتمثلة في الوقاية الصحية والأمن وطب العمل، كما أكد في المادة 06 من نفس القانون على ضرورة احترام السلامة البدنية والمعنوية وكرامة العامل، ويرجع هدف المشرع من النص على هذا القيد إلى الحفاظ على سلامة العامل صحيا وبدنيا لأن تشغيله في عمل مرهق لصحته يؤدي إلى إصابته بأضرار بل قد يؤدي إلى موته أو إصابته بمرض دائم⁽²⁾.

كما يلتزم رب العمل في إطار تنفيذ التزامه بتوفير وسائل السلامة والصحة المهنية بعدة قواعد منها ضرورة توفير الاحتياطات والتدابير اللازمة لحماية العمال من الأخطار والأمراض التي قد تنجم عن العمل وعن الآلات المستعملة فيه، مع ضرورة توفير وسائل الحماية الشخصية والوقاية للعاملين من أخطار العمل والأمراض المهنية، ويستوجب على رب العمل اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية المؤسسة والعاملين فيها من أخطار الحريق، والانفجارات أو تخزين المواد الخطرة القابلة للاشتغال أو نقلها أو تداولها وتوفير الوسائل والأجهزة الفنية الكافية وفقا لتعليمات السلطات الرسمية المختصة⁽³⁾.

(1)- Kallel Hager, " **La sécurité du consommateur en droit tunisien ; de la prévention à la répression** ", revue de l'association des juristes de SFAX, recherches et études juridiques numéro spécial 11, 2015, " **La protection de la partie faible dans quelques branches de droit** ", éditions Latrach, Tunisie, p 103.

(2)- سيد محمود رمضان، " الوسيط في شرح قانون العمل، وفقا لآخر التعديلات لسنة 2002، وقانون الضمان الاجتماعي رقم 19 لسنة 2001، دراسة مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز والنقض "، الطبعة الأولى، دار الثقافة، لبنان، 2006، ص 229-230.

(3)- الزقرد أحمد السعيد، " قانون العمل، شرح للقانون الجديد رقم 12-2003 "، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، مصر، 2007، ص 312-313.

كما يلتزم رب العمل بتوفير الرعاية الصحية والاجتماعية، فيجب على رب العمل توفير وسائل الإسعاف الطبي للعمال في المؤسسة وفقا للمستويات التي تحدد بقرار من الوزير بعد استطلاع آراء الجهات الرسمية المختصة عليها، مع ضرورة تمكين العامل من إجراء الفحوص الطبية بشكل دوري⁽¹⁾، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 06 و 07 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

وفي إطار التزام رب العمل بالحفاظ على سلامة العامل وصحته ينبغي عليه تحديد الأعمال التي يتطلب التشغيل فيها أن يكون العامل متمتعا باللياقة الصحية اللازمة للعمل، مع ضرورة إجراء الفحص الطبي على العامل قبل البدء في هذه الأعمال التي يصدر بتحديدتها قرار من الوزير المختص، فحماية سلامة وصحة العامل هي إذن أساسية كونها تدخل في الحفاظ على الصحة والسلامة العمومية المضمونة بموجب الدستور⁽²⁾.

كما يلتزم رب العمل بتزويد العمال بماء الشرب المطابق للصحة الغذائية، و وضع وسائل النظافة الفردية تحت تصرفهم، مع ضرورة تهوية الأماكن المخصصة للعمل، وإضاءة الأماكن ومواقع العمل ومناطق المرور والشحن والتفريغ⁽³⁾.

يجب على رب العمل توفير وسائل الحماية الشخصية للعاملين من أخطار العمل والأمراض المهنية كالملابس والنظارات والقفازات والأحذية وغيرها وإرشادهم إلى طريقة استعمالها والمحافظة عليها، وعلى نظافتها، مع إحاطة العامل قبل اشتغاله بمخاطر المهنة

(1) - علي عوض حسن، " الوجيز في شرح قانون العمل "، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 396.

(2) -Koriche Mohammed Naser-Eddine, Droit du travail , " **les transformation du droit algérien du travail entre statut et contrat, relation d'emploi de travail une contractualisation relative** " , tome 02, office des publications universitaires, Alger, 2009 , P 11.

(3) - بن عزوز بن صابر، " حق العمال في الوقاية الصحية والأمن داخل أماكن العمل في التشريع الجزائري "، مجلة القانون، العدد 01، جانفي 2010، المركز الجامعي لغلليزان، ص 45-46.

وسبل توضح فيها مخاطر المهنة ووسائل الوقاية منها وفق الأنظمة والقرارات التي تصدر بهذا الشأن، مع ضرورة توفير وسائل وأجهزة الإسعاف الطبي للعمال في المؤسسة⁽¹⁾ .

فيعد الالتزام بالسلامة التزاما بتحقيق نتيجة في عقد العمل حيث إن الالتزام الملقى على عاتق رب العمل تحقيق نتيجة معينة وهي المحافظة على سلامة العامل بل هو ملزم أيضا بضمان السلامة ولا يستطيع رب العمل التخلص من المسؤولية إلا بإثباته السبب الأجنبي⁽²⁾ .

فينبغي لتطبيق الالتزام بالسلامة أن تتوافر شروط، وتتمثل في وجود خطر يهدد سلامة أحد العاقدين وأن يكون أمر الحفاظ على سلامة أحد العاقدين موكولا للمتعاقد الآخر الذي يشترط توفر فيه صفة الاحترافية سواء كان عقد الاستهلاك أو عقد العمل أو عقد التأمين⁽³⁾ .

نظرا لظهور أنواع جديدة من العقود وتطور أهميتها وازدياد تأثيراتها على السلامة الجسدية للأطراف المتعاقدة وغير المتعاقدة على حد سواء هذا من جهة، ومن جهة أخرى أدى التطور العلمي والاقتصادي إلى اختلال واختلاف المراكز القانونية بين أطراف العلاقة العقدية لذلك كان من الضروري إعادة النظر في مسألة التوازن العقدي لتوفير حماية أكبر لمن يمكن اعتبارهم ضحايا لهذا التطور خصوصا مع ما يواجهه المضرور من صعوبات إثبات الخطأ للاستفادة من التعويض المقرر قانونا، وذلك في غياب نصوص قانونية صريحة تقرر الالتزام بضمان السلامة، لذلك حاول القضاء والفقهاء الاجتهاد سد الفراغ من أجل تدعيم مركز المتعاقد المضرور وحماية الغير .

(1) - عبد الواحد كرم، " قانون العمل"، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 170-171.

(2) - موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 225.

(3) - مرجع سابق، ص 209-212.

ثانياً) - تطويع المشرع لقواعد الضمان بجعلها من النظام العام حماية للمتضرر

نتيجة التطور التكنولوجي والصناعي الذي طرأ على المنتجات بحيث أصبحت تتطوي على خطورة، تم اللجوء إلى المحاكم للمطالبة بالتعويض عن الأضرار لتدارك عجز النصوص القانونية الخاصة بضمان العيوب الخفية عن النهوض بهذه المهمة⁽¹⁾، ومن أجل ذلك سعى القضاء الفرنسي إلى تطويع قواعد الالتزام بضمان العيب الخفي لجعلها تتماشى والمستجدات الحاصلة في المجتمع وكان ذلك بتريسيخ مجموعة من الحلول، بحيث تم التوسع في تحديد أصحاب الحق في التمسك بدعوى ضمان العيب الخفي، بحيث لم يعد قاصراً على المشتري المباشر الأخير لتصبح له في مواجهة المنتج دعوى مباشرة بشأن ضمان عيوب السلعة وما ينجم عنها من أضرار، كما تم الاعتراف بهذا الحق كذلك لأفراد أسرة المشتري الذين يتضررون من جراء هذه السلعة⁽²⁾، فوجد نفس الحكم بموجب المادة 13 من قانون حماية المستهلك، بحيث أقر المشرع الالتزام بالضمان من أي عيب، فطوع هذا الالتزام المتعارف عليه في القواعد العامة بحيث جعله هذه المرة من النظام العام الحمائي إلزامياً يقع على عاتق المتدخل وحده.

كما تم التوسع في تحديد مفهوم عدم صلاحية المنتج للاستعمال بحيث أصبح يكفي إثبات أن الشيء المباع غير صالح للاستعمال في الغرض الذي أعد من أجله حتى تقوم مسؤولية المنتج عن الضمان، بالإضافة إلى عدم وضع معيار لتحديد المقصود بصلاحية المباع للاستعمال، وكان ذلك مبرراً للتوسع في نطاق أعمال ضمان العيوب الخفية، مما دفع البعض للمطالبة بتحديد المجال الذي يمكن قبول امتداد دعوى ضمان العيوب إليه، وحصره في الحالات التي يكون العقد قد تضمن الاتفاق على هذا الغرض صراحة أو ضمناً⁽³⁾.

(1) - على سيد حسن، "الالتزام بالسلامة في عقد البيع"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 38.

(2) - فتاك علي، "تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

مصر، 2007، ص 82.

(3) - مرجع سابق، ص 83.

كما اتجه القضاء الفرنسي نحو جعل تخلف الصفة عيباً من عيوب المبيع وهذا وما يطابق مضمون نص المادة 13 من القانون رقم 09-03، بحيث برر سبب اعتناقه لهذا الموقف أنه عند تخلف الصفة الموعد بها لا يعد عيباً في حد ذاته وإنما إلى ما يؤدي إليه من التأثير على وجهة استعمال الشيء وما ينشأ عن ذلك من أضرار للمشتري⁽¹⁾.

إلا أنه لم يتوقف الأمر عند هذا الحد وإنما تم تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع، بحيث اتجهت المحاكم الفرنسية إلى تفسير نصوص القانون المدني بإقامة التفرقة بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية، فاستندت إلى نص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي، عن طريق تشبيه البائع المحترف الذي لا يمكن أن يجهل عيوب ما يصنع أو يبيع بالبائع سيئ النية، ومن ثمة يكون مسؤولاً عن عيوب المنتجات التي يقوم ببيعها ولو كان لا يعلم بهذه العيوب⁽²⁾.

كما تدخل القضاء لتحديد الأجل القصير المنصوص عليه في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي، بحيث اختلف الفقه والقضاء في تحديد بدء سريان المهلة المنصوص عليها في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي، والتي يقابلها نص المادة 386 من القانون المدني، فمنهم من ذهب إلى أن هذه المهلة تبدأ من تاريخ إبرام العقد، ومنهم من رأى تحديدها بتاريخ التسليم ومنهم من ذهب إلى اعتماد تاريخ الكشف عن العيب قياساً على دعوى الإبطال للغلط أو التدليس⁽³⁾، في حين يذهب الرأي الراجح إلى سريان هذه

(1) - Civ 01^{er} 21/03/1962, bull.civ, 01, n 174, p 154.

(2) - جابر محجوب علي، " ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة " ، القسم الأول، مجلة الحقوق، الكويت، السنة 20، العدد 03 ديسمبر 1996، ص 221-222.

(3) - Ghestin Jaques, " Conformité et garanties dans la vente " , L.G.D.J, paris, 1983,

المهلة من تاريخ العلم الحقيقي للمشتري بالعيوب أو الاكتشاف الفعلي للعيوب⁽¹⁾، والذي قد يتأتى من تقرير الخبرة المنجزة من قبل الخبير⁽²⁾ .

01- الضمان القانوني يكفل الاستعمال السليم للمنتوج

ألقى المشرع على عاتق المتدخل سواء كان المنتوج سلعة أم خدمة التزاما بضمانه إذا كان معيبا، ولكون المستهلك طرفا ضعيفا بسبب عدم امتلاكه للخبرة الكافية جعله لا يلم بهذه المنتوجات خاصة بتعدها، فألزم المشرع المتدخل بالزامية الضمان وتنفيذ الخدمة ما بعد البيع ولكن لمعرفة طبيعة هذا الضمان ينبغي التطرق لتحديد بصفة مدققة أنواع العيوب الموجبة للضمان، وكيفية المطالبة بتنفيذ الضمان بطريقة ودية، وفي حالة عدم تنفيذ المتدخل لالتزامه بالضمان مكن القانون المستهلك من المطالبة بتنفيذه عن طريق اللجوء للقضاء.

أ)- توسيع نطاق العيوب الموجبة للضمان

نص المشرع في المادة 13 من القانون رقم 03-09 على أنه: " يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون، ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات، يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتوج..."، لذلك ينبغي التطرق لمختلف أنواع العيوب لمعرفة طبيعة العيب الموجب للضمان:

- ضمان العيب الخفي وتخلف الصفة

نصت المادة 379 من القانون المدني، على أنه: " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل البيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه، حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته واستعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب... " ،

(1)- Com, 21/12/1971, D 1972, som, p 112.

(2)- Com, 18/02/1974, J.C.P, 74, 02, p 17798.

فالعيب الخفي يعني ذلك العيب، أو الخطأ الفادح في الشيء الذي لا يكتشف، مما يمنع المستهلك من استخدام الشيء المعد للوظيفة المخصصة له⁽¹⁾.

كما يمكن للعيب أن ينقص من قيمة المنتج أو من الانتفاع به، بحسب الغاية التي قصدت منه مما يجعله غير مطابق لما اتفق عليه، أو بحسب ما هو ظاهر من طبيعته أو عند استعماله، فالعيب تعريف مادي بحيث يصيب الشيء ويلحق به الهلاك، كما له تعريف وظيفي كونه يصيب الشيء في أوصافه أو في خصائصه⁽²⁾، فيكون عيباً خفياً موجبا للضمان لما لا يستطيع المستهلك اكتشافه عند فحصه للمبيع بعناية الرجل العادي⁽³⁾، عكس العيب الظاهر الذي يكتشفه المستهلك بمجرد فحصه له.

فأكد القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1999/07/21 على إلزامية ضمان البائع للعيوب الخفية في مجال بيع السيارات القديمة عندما يتعذر على المشتري نفسه اكتشاف هذا العيب، أو عندما يكون المبيع مشوباً بعيوب تنقص من قيمته⁽⁴⁾.

فيعد ضمان العيوب الخفية وسيلة في يد المشتري لإلزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها⁽⁵⁾، كما أضاف المشرع للعيب الخفي الصفة التي تعهد المتدخل بوجودها للمستهلك⁽⁶⁾، وينبغي على المتدخل أن ينفذ تعهده للمستهلك بوجود هذه الصفة وقت

(1)– Kahloula.(M) et Mekamcha.(G) ، " **La protection du consommateur en droit Algérien** ", (la deuxième partie) ، revue idara ، n°01 ، 1996 ، p 33.

(2)– حساني علي، " الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتجات، دراسة مقارنة " ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة تلمسان، 2012، ص 200.

(3)– جرعود الياقوت، " عقد البيع و حماية المستهلك... " ، المرجع السابق، ص 111.

(4)– قرار صادر عن المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/07/21 ملف رقم 202940 قضية (م. ب.م) ضد (ب.ش.ع) ، المجلة القضائية العدد 02، 2000، ص 88-91.

(5)– غسان رياح، المرجع السابق، ص 142-143.

(6)– عبد المنعم موسى إبراهيم، " حماية المستهلك، دراسة مقارنة " ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 464.

التسليم مما يجعل المتدخل ضامنا لها إذا ظهر فيما بعد عدم وجود الصفة التي اقتنى المستهلك المنتج من أجلها، وأكد له البائع بوجودها في المنتج⁽¹⁾ .

وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قضية (ش، ك) ضد المؤسسة الوطنية للتموين بالمواد الغذائية بحيث المؤسسة لم تسلم المبيع بالنوعية والجودة المتفق عليها إلى (ش، ك) والتي تعهدت بوجودها في العقد⁽²⁾، فإن تخلف أي صفة من الصفات التي تعهد بوجودها البائع تؤثر على قيمة المبيع والمنفعة المرجوة منه، ومن ثمة يبقى الحق في الضمان قائما إلى جانب حقه في ضمان العيوب الخفية للمبيع⁽³⁾ .

كما أكد المشرع في المادة 03 الفقرة (12) من القانون رقم 09-03، على أن المنتج السليم والنزيه والقابل للتسويق هو: " منتج خال من أي نقص و/أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك و/أو مصالحه المادية والمعنوية " .

فهذا يعد تأكيدا من المشرع على اعترافه بالعيوب الخفية صراحة إلى جانب اعترافه بالعيوب الظاهر، خاصة عند استعماله لمصطلح " نقص"، ولم يجعل لهذا النقص والعيوب شروطا للمطالبة بالضمان بل ربطهما بعدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك وبمصلحه المادية والمعنوية مما يعد ضمانا هامة، مقارنة مع أحكام ضمان العيب الخفي في القواعد العامة التي تحمل المستهلك عبء إثبات هذا العيب.

- ضمان العيب المؤثر على صلاحية المنتج للعمل

تنص المادة 386 من القانون المدني، على أنه: " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها، فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم

(1)- بعجي محمد، " أحكام الالتزام لضمان حماية المشتري في القانون المدني الجزائري " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، العدد 02، 2010، ص 42-43.

(2)- قرار صادر عن المحكمة العليا، المؤرخ في 19/02/1989 ملف رقم 55935، المجلة القضائية العدد 03، 1990، ص 124-127.

(3)- عزري الزين، " حماية المستهلك من خلال أحكام الضمان في عقد البيع المدني " ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، سيدي بلعباس، عدد خاص، أفريل 2005، ص 197.

ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه " .

فمن خلال هذه المادة يلتزم المتدخل بأن يكون المنتج صالحا للعمل لمدة محددة في العقد وإذا ظهر عيب فيه يجعله غير صالح للعمل، فإن المتدخل يصبح ملزما بجعل المنتج مطابقا للشيء الذي تم الاتفاق عليه⁽¹⁾ .

ف نجد مثل هذا الضمان في المنتجات دقيقة الصنع وسريعة التلف مثل الآلات الميكانيكية والسيارات والثلاجات والبطاريات، والسبب في ذلك كون المستهلك يحتاج للضمان لكي يقتنيها خاصة لأنها سهلة التعيب بالنظر لدقتها، ف ضمان الصلاحية للعمل يكون شاملا لكل خلل قد يحدث للمنتج حتى ولو لم يكتفه عيب، ويستوي الأمر سواء كان العيب خفيا أم ظاهرا أدى إلى عدم صلاحية المبيع للعمل، فالمتدخل يضمن للمستهلك كل ما يمكنه أن يعيق استعمال هذا المنتج استعمالا عاديا⁽²⁾.

فيمكن القول إن المشرع سوى بين الالتزام بضمان السلامة والالتزام بضمان الصلاحية⁽³⁾، كون هذه الأخيرة هي المعيار الذي يمكن عن طريقها الحكم بوجود خلل من عدمه، فالمقصود بها هي أداء المنتج للوظيفة المرجوة منه والتي تطابق الرغبات المشروعة للمستهلك فللتأكد من صلاحية المنتج للعمل تتم الاستعانة بمنتجات مماثل ومن نفس النوع⁽⁴⁾ فمن حق المستهلك الحصول على المنتج الصالح للاستعمال الذي يوافق رغباته وحاجاته مع مطابقته للمواصفات طبقا لما يقتضيه حسن النية.

(1) - شلبي نبيل، المرجع السابق، ص 45.

(2) - ثروت فتحي إسماعيل، " المسؤولية المدنية للبائع المهني، الصانع، الموزع، دراسة مقارنة " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة عين شمس، بدون سنة نشر، ص 275.

(3) - حدوش فتيحة، " ضمان سلامة المستهلك من المنتجات الخطرة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بومرداس، 2010، ص 107.

(4) - محمد حسين منصور، " ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة " ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 21-22.

كما أن ضمان صلاحية المنتج للعمل لمدة معلومة تختلف عن العيب الخفي وليست مرادفا له، فقد يكون المنتج خاليا من أي عيب، لكنه يعد غير صالح للقيام بالوظيفة المخصصة له، كما قد تتحقق عدم الصلاحية للعمل نتيجة وجود عيب في الشيء⁽¹⁾، وأكدت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ⁽²⁾، على ضرورة بقاء المنتج صالحا للاستعمال المخصص له ويجب الإشارة إلى أن هناك اختلافا بين الالتزام بضمان صلاحية المبيع للعمل كونه ضمانا اتفاقيا، والالتزام المتدخل بضمان العيوب الواردة في المنتج كونه ضمانا قانونيا.

- ضمان خطورة المنتجات

نظرا لتعدد المنتجات ونقص خبرة المستهلك، يلتزم المتدخل بضمان سلامة المنتج، وبالتالي فهو ضامن لكل المخاطر التي من شأنها تهديد صحة وأمن ومصالح المستهلك لكن هذه الخطورة تختلف حسب طبيعة المنتجات⁽³⁾.

فالمنتجات الخطيرة بطبيعتها هي تلك التي ترجع خطورتها لخواصها الذاتية التي تكتسبها بسبب تكوينها أو تركيبها على الرغم من حسن تصنيعها، ففعاليتها تكمن في خطورة هذه المنتجات حتى تفي بالغرض المقصود منها، كالمنتجات السامة والمبيدات والمواد سريعة الاشتعال، الأسلحة والمتفجرات...إلخ، وقد تكون منتجات ليست خطيرة في ذاتها، وإنما تحمل في طياتها مسببات الخطر بعد خروجها من تحت يد صانعها إذا ما اقترنت بمؤثرات خارجية تؤثر مباشرة على خواصها وتتفاعل مع عناصرها مثل المعلبات الغذائية التي تتخمر بفعل تعرضها لعوامل الحرارة مما يؤدي إلى تلفها، لهذا السبب ينبغي على

(1) - حساني علي، " الإطار القانوني للالتزام بالضمان... " ، المرجع السابق، ص 256.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26/09/2013، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية العدد 42، المؤرخة في 02/10/2013، ص 17، الذي جاء ليُلغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، طبقا للمادة 24 منه بحيث تدخل أحكام هذا المرسوم حيز التنفيذ بعد سنة واحدة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية طبقا للمادة 26 منه.

(3) - شلبي نبيل، المرجع السابق، ص 102.

المستهلك التعامل معها بحذر واتباعه طريقة الاستعمال الصحيحة المدلى بها في الوسم، دون غض النظر عن التحذيرات المبينة في هذا الأخير لتجنب الإصابة بأضرار من شأنها التأثير على سلامته⁽¹⁾.

كما تطرق المشرع في المادة 03 الفقرة (14) من القانون رقم 09-03، لتعريف المنتج الخطير على أنه: " كل منتج لا يستجيب لمفهوم المنتج المضمون المحدد أعلاه " فالمنتج المضمون طبقا لنص المادة 03 الفقرة (13) من القانون رقم 09-03 هو: " كل منتج في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها، بما في ذلك المدة لا يشكل أي خطر أو يشكل أخطارا محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتج وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص " .

أما المنتجات الخطيرة بسبب وجود عيب فيها فهي ليست خطيرة في حد ذاتها، ولكن قد تصبح خطيرة لما يشوبها من عيوب في تصنيعها أو تصميمها فيؤدي إلى جعلها غير صالحة للاستعمال المخصصة لها وتصبح تشكل مصدر تهديد مستمر نظرا للخطورة التي قد تنطوي عليها، مثل الطائرة لا تعد منتوجا خطيرا لتوفرها على مقاييس السلامة والأمن، لكن قد يشوبها عيب كامن فيها لا يجعلها تقوم بوظيفتها فتسبب خطرا لمستعملها، بسبب انعدام صيانتها أو بسبب وجود خلل في نظامها الكهربائي⁽²⁾ .

وبالرجوع إلى القانون رقم 09-03، الذي لم يفرق بين المنتجات الخطيرة بطبيعتها والمنتجات الخطيرة بسبب وجود عيب فيها وما يمكن أن ينشأ عنها من أضرار، مما ينبغي على المتدخل تقديم منتجات خالية من أي عيب يجعلها غير صالحة للاستعمال المخصص لها أو من أي خطر قد ينطوي عليها، أو ما قد تلحقه هذه المنتجات من أضرار تمس بسلامة وصحة المستهلك⁽³⁾.

(1) - قونان كهينة، المرجع السابق، ص 226.

(2) - حساني علي، " الالتزام بضمان الضرر... " ، المرجع السابق، ص 235.

(3) - بودالي محمد، " مسؤولية المنتج... " ، المرجع السابق، ص 89-91.

فيعد منتوجا خطيرا بصفة عامة لما يكون لا يتوفر على السلامة الممكن توقعها بصفة مشروعة من قبل المستهلك⁽¹⁾، وهذا ما أكد عليه المشرع في المادة 03 الفقرة (12) من القانون رقم 03-09، عند تحديده لمواصفات المنتج السليم والنزيه القابل للتسويق، فمعيار تقدير خطورة أي منتج هو غياب السلامة المتوقعة منه وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي، وتبعه في ذلك مشرعنا لما ربط المنتج الذي لا يتوفر على السلامة ويهدد المصالح المادية والمعنوية للمستهلك بالمنتج الخطير وغير المضمون⁽²⁾.

فمهما يكن من العيوب التي قد تطرأ على المنتج سواء كان العيب خفيا أم ظاهرا أم العيب الذي يجعل المنتج غير صالح للاستعمال، أو العيب الناتج عن تصميم وتكوين المنتج أو عن عدم مراعاة الأصول الفنية اللازمة عند صناعة المنتج أو عند عرضه للاستهلاك، أو بمجرد استعماله يتعيب المنتج مما يؤدي لإلحاقه أضرارا بالمستهلك، فالمشرع لم يحدد طبيعة هذا العيب وهذا ما نلمسه في المادة 13 الفقرة (03) من القانون رقم 03-09⁽³⁾، فمهما كانت طبيعة هذا العيب خفيا أم ظاهرا فالمتدخل يعد ملزما بضمان كل العيوب التي تصيب المنتج، فقد ربط المشرع معيار تحديد المنتج المعيب بثلاثة شروط أساسية وهي:

- عدم توفر السلامة المطلوبة.
- احتواء المنتج على عيب أو نقص فيه.
- وجود خطورة يشكلها هذا المنتج مما يؤدي به إلى إلحاق ضرر بالمستهلك، وهذا ما نص عليه المشرع في القانون رقم 03-09⁽⁴⁾.

(1) - حدوش فتيحة، المرجع السابق، ص 106.

(2) - قونان كهينة، المرجع السابق، ص 229.

(3) - المادة 13 الفقرة (03) من القانون رقم 03-09، " يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتج... " ، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 08/03/2009، ص 15.

(4) - انظر المواد، 03 الفقرة (11) و (12) والمادة 09 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 08/03/2009، ص 14-15.

فنكون أمام عيب موجب للضمان لما لا يحترم المتدخل المعايير الواجبة لتحقيق السلامة، فيصبح هذا المنتج المعيب يهدد ويشكل خطرا على صحة وسلامة المستهلك فيتم تقدير وجود هذا العيب بالنظر للرغبة المشروعة للمستهلك⁽¹⁾ .

ومن أجل ذلك ألزم المشرع المتدخل بتسليم شهادة الضمان للمستهلك طبقا للمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، على جعل شهادة الضمان إلزامية على المتدخل تكون مرفقة بالمنتجات الخاضعة للضمان مع ضرورة ذكر البيانات التالية: اسم المتدخل أو اسم شركة الضامن وعنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء، واسم ولقب المقتني، رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء، طبيعة السلعة المضمونة، سعر هذه السلعة المضمونة، مدة الضمان، اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان⁽²⁾ .

كما أكدت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المتعلق بتحديد الشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، على استعمال بيانات الضمان الواردة في المادة 06 في مجال تقديم الخدمات إما عن طريق بند تعاقدى أو في فاتورة أو في قسيمة شراء أو أي وثيقة أخرى، مما فيه حماية للمستهلك كون المشرع مدد تطبيق البيانات الإلزامية حتى على الخدمات.

فالغرض الذي ابتغاه المشرع من إلزام المتدخل بتقديم شهادة الضمان، لتمكين المستهلك من إثبات زمن تسليم المنتج، فيستطيع بذلك الرجوع على المتدخل ومطالبته بتنفيذ التزامه بالضمان في حالة ظهور عيب بالمنتج خلال فترة الضمان⁽³⁾، التي لا يمكن أن

(1) - Borghetti Jean-Sébastien، " **La responsabilité du fait des produits** " ، éditions L.G.D.J ،Paris، 2004، p 78، 334، 440.

(2) - انظر الملحق الثاني " نموذج من شهادة الضمان " ، من القرار الوزاري المؤرخ في 10/05/1994، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 05/07/1994، ص 29.

(3) - شعباني نوال، المرجع السابق، ص 65.

نقل عن مدة 06 أشهر تسري ابتداء من تاريخ تسليم السلعة الجديدة أو تقديم الخدمة طبقاً للمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327.

لكن الشيء الذي يعد ضماناً لحماية المستهلك هو ما جاء به المشرع في المادة 17 من هذا المرسوم، حيث حدد مدة الضمان الدنيا بالنسبة للمنتجات المستعملة التي لا يمكن أن تقل عن 03 أشهر، فاهتم هذا المرسوم بفئة المستهلكين الذين يقبلون على اقتناء منتجات مستعملة ولا يبحثون عن الجودة في المنتجات، وهذا ما يؤكد على استفادة هذه الطائفة من أحكام الضمان القانوني، كما نص في المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، على بقاء الضمان ساري المفعول حتى في حالة عدم تسليم المتدخل شهادة الضمان للمستهلك أو حتى عند عدم مراعاة البيانات الواجب ذكرها في شهادة الضمان، وعند ضياعها يحق للمستهلك كذلك المطالبة بالضمان عن طريق تقديم فاتورة أو قسيمة الشراء أو تذكرة صندوق أو أي وثيقة، مماثلة وهنا نلمس حماية للمستهلك لكي لا يضيع حقه في المطالبة بتنفيذ الضمان.

تعد عملية مراقبة مطابقة السلع والخدمات التي يضعها المشرع على عاتق المتدخل في عملية الاستهلاك من أهم النقاط التي تضمن تحقيق سلامة المستهلكين سواء كان المنتج وطنياً أو مستورداً، بالإضافة لضرورة خضوع بعض المنتجات للتسجيل إذا كانت تتسم بخطورة كالمنتجات الصيدلانية⁽¹⁾، وهذا مؤكد بموجب المادة 11 و12 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(1) - حامق ذهبية، " سلامة المستهلك من خلال أمن المنتجات والخدمات "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 02، جوان 2015، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، ص 242، 247.

ب)- استحداث طرق لتنفيذ المتدخل لالتزامه بالضمان

نص المشرع على حق المستهلك في مطالبة المتدخل بتنفيذ التزامه بالضمان، فحدد له كل من القانون رقم 09-03، طرقا يتم بها تنفيذ الضمان، لكن قد يتعنت المتدخل ويرفض الاستجابة لطلبات المستهلك مما يستوجب على هذا الأخير توجيه إعدار للمتدخل يطالبه فيه بتنفيذ التزامه بالضمان.

نظرا لعدم توفير الضمان الوارد في القواعد العامة للحماية الملائمة لطبيعة المنتج، ويرجع سبب ذلك أنه للاستفادة من أحكامه ينبغي توفر شروط في العيب الموجب للضمان، والتي يقع على عاتق المستهلك إثباتها وأحيانا يجد صعوبات في إثباتها خاصة إذا اطر إلى إثبات سوء نية المتدخل، كما أن مدة رفع دعوى الضمان والمقدرة بسنة من يوم التسليم سواء علم المشتري بالعيب أم لم يعلم به فهذه المدة غير كافية وليست في صالح المستهلك، وغالبا ما تؤدي دعوى ضمان العيوب الخفية إلى فسخ العقد فلا يكون ذلك من مصلحة المستهلك⁽¹⁾.

وبالنسبة للضمان الاتفاقي الوارد في القواعد العامة الذي يسمح بالاتفاق على تعديل أحكامه سواء بالزيادة أو النقصان، وحالة الاتفاق على الإعفاء من الضمان، يمكن له أن يخدم مصالح المستهلك لو لم يقيد المشرع بشرط عدم تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه، فإذا تحقق ذلك يؤدي إلى إبطال هذا الشرط، ولكي يستفيد المستهلك من هذا الإبطال عليه إثبات سوء نية البائع هنا أيضا⁽²⁾، كما أن وجود هذا الضمان الاتفاقي الذي يتميز بفوائد غالبا ما يستعمل لجلب المستهلك في إطار دعاية كاذبة، مما يؤدي للإضرار بمصالحه المادية والمعنوية⁽³⁾.

(1) - غسان رياح، المرجع السابق، ص 149-150.

(2) - حساني علي، " الإطار القانوني للالتزام بالضمان... "، المرجع السابق، ص 74-75.

(3) - عبد المنعم موسى إبراهيم، " حماية المستهلك... "، المرجع السابق، ص 474-475.

ومن أجل ذلك أقر المشرع ضمانا قانونيا في القانون رقم 09-03، فعرف الضمان بموجب المادة 03 الفقرة (20) من هذا القانون على أنه: "التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب بالمنتج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته"، فممنع كل اتفاق على تعديل أحكام هذا الضمان وجعله من النظام العام طبقا للمادة 13 من القانون رقم 09-03⁽¹⁾.

فحدد المشرع في القانون رقم 09-03، ثلاث طرق لتنفيذ المتدخل لالتزامه بالضمان استبدال المنتج، إرجاع ثمنه، إصلاح المنتج، لكنه لم يحدد أي طريقة تمكن المستهلك من المطالبة بها لتنفيذ المتدخل للضمان فربط بين هذه الطرق ب "أو" التي تفيد الخيار، ولكن بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 13-327، في المادة 12 منه التي نصت على أنه: "يجب أن يتم تنفيذ وجوب الضمان طبقا للمادة 13 من القانون رقم 09-03.....، دون تحميل المستهلك أي مصاريف إضافية إما: بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة، باستبدالها، برد ثمنها..."، لكن هذا المرسوم لم يحدد مجال كل من هذه الطرق ومتى يلجأ لها المستهلك.

فكان عليه ربط الإصلاح بالأضرار الناتجة عن العيب، والاستبدال يكون لما تتحقق عدم قابلية المنتج للاستعمال، وفي آخر المطاف يكون للمستهلك الحق في طلب رد الثمن إذا تعذر كل من الإصلاح أو استبدال المنتج، كون طبيعة المستهلك والنفوذ الذي يتميز به المتدخل لا تسمح له باختيار الطريقة الملائمة عند مطالبته بالضمان الودي خاصة وأن هذه المادة أحكامها من النظام العام الحمائي.

كما يلاحظ على المشرع الغموض حول تبين كيفية لجوء المستهلك للطريقة المثلى لمطالبة المتدخل بتنفيذ التزامه بالضمان مع عدم منحه حق اختياره للطريقة التي توافق رغباته المشروعة، على عكس المشرع الفرنسي الذي منح للمستهلك بموجب المادة

(1) - انظر المادة 13 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 08/03/2009، ص 15.

(1) L211-9 الحق في الاختيار بين الإصلاح والاستبدال⁽¹⁾ .

مما يستدعي التطرق لمضمون كل وجه من أوجه التنفيذ العيني للضمان المقرر قانوناً:

- إصلاح المتدخل للمنتوج

المتدخل هو الملمزم الوحيد بضمان سلامة المنتج من العيوب التي قد تعثره مما تجعله غير صالح للاستعمال المعد من أجله، ففي حالة ظهور عيب في المنتج وجب عليه إصلاحه ليعد صالحاً لأداء وظيفته⁽²⁾ ، فمن حق المستهلك وحده المطالبة بإصلاح العيب الذي يطرأ على المنتوجات، ولكن هذا الحق ليس مطلقاً بل ترد عليه ضوابط، بحيث يشترط أن يكون العيب قابلاً للإصلاح من الناحية الفنية والتقنية، كما يشترط أن لا يكلف هذا الإصلاح المتدخل نفقات باهظة تتجاوز قيمة المنتج، فينبغي عند إصلاح المنتج المعيب أن لا يؤدي ذلك إلى تغيير الغرض من اقتنائه⁽³⁾.

ولكي يمكن إصلاح المنتج يشترط عدم جسامه العيب الذي يصيبه، وأن يكون هذا الإصلاح مجانياً بالنسبة للمستهلك، فالمتدخل وحده الذي يتحمل جميع مصاريف الإصلاح من قطع غيار وتوفير اليد العاملة، ومصاريف النقل⁽⁴⁾، وهذا ما أكد عليه المشرع في المادة 13 الفقرة (04) من القانون رقم 09-03، وفي المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المتعلق بتحديد الشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

فيتم الإصلاح باستبدال القطع أو الأجزاء المعيبة بأجزاء تجعله صالحاً للاستعمال من جديد، ولكن قد يحدث أن يبادر المستهلك من تلقاء نفسه لإصلاح المنتج المعيب، كونه

(1)-Juris classeur, concurrence, consommation, " **Garantie de conformité des meubles vendus aux consommateurs** " , op.cit, p 12, L 211-9 (1) de code de consommation français, " en cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien ", www.legifrance.gouv.fr

(2)- موالك بختة، المرجع السابق، ص 42.

(3)- جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص 430.

(4)- بودالي محمد، " مسؤولية المنتج... " ، المرجع السابق، ص 94-95.

يجهل سبب الخلل الوارد في المنتج، ويعلم فيما بعد أن العيب راجع إلى تركيبة المنتج يكون المتدخل مسؤولاً عنه، كما يمكنه الاستعانة بشخص خبير مؤهل من اختياره طبقاً للمادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، ومن ثمة يتسنى للمستهلك الرجوع على المتدخل ومطالبته بمصاريف الإصلاح⁽¹⁾.

وأكدت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، على أن يتم إصلاح العيب في الآجال المتعارف عليها مهنياً، حسب طبيعة السلعة، وبالرجوع للمادة 22 الفقرة (02) من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، الذي حدد مدة تنفيذ المتدخل لالتزامه بالضمان في أجل ثلاثين (30) يوماً تسري من تاريخ استلام الشكوى من قبل المتدخل.

ولا يمكن للمتدخل التذرع بعدم توفر قطع الغيار اللازمة لإصلاح المنتج المعيب بادعائه مثلاً بتوقف إنتاج هذه القطع، أو ارتفاع أسعارها، أو أنه لا يملك قدراً من المعرفة الفنية والتقنية التي تمكنه من الإصلاح⁽²⁾، كما أكد المشرع في المادة 14 من القانون رقم 03-09، وجوباً يتعين على المتدخل تبين بنود وشروط تنفيذ الضمان الإضافي للضمان القانوني في وثيقة مرافقة للمنتج.

كما لا يتوقف الأمر عند تنفيذ المتدخل لالتزامه بالضمان بل يعد ملزماً عند وضعه للمنتجات الخاضعة للضمان رهن الاستهلاك بتنظيم الخدمة ما بعد البيع التي تتركز على وسائل مادية مواتية، وعلى تدخل عمال تقنيين مؤهلين وتوفير قطع الغيار المناسبة، وهذا ما أكد عليه المشرع بموجب المادة 13 من القانون رقم 03-09، التي نصت على إلزامية الضمان وتنفيذ الخدمة ما بعد البيع لأن من أهداف هذه الأخيرة المحافظة على المنتج بحالة جيدة ولمدة أطول⁽³⁾، وفي الحالة التي لم يتمكن فيها المتدخل من إصلاح المنتج

(1) - في القواعد العامة طبقاً للمادة 170 من القانون المدني: "...إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين... " ، لكن في النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك، لا يلزم المستهلك بطلب ترخيص من القاضي، وهذا فيه حماية له.

(2) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 56.

(3) - بودالي محمد، " حماية المستهلك... "، المرجع السابق، ص 386-387.

المعيب بعيب جسيم يؤثر على صلاحية المنتج سواء جزئياً أو كلياً، وجب عليه استبداله ككل حتى يفي المتدخل بالتزامه بالضمان، كما أكدت المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 على إصلاح السلعة، أو إعادة مطابقة الخدمة، وفي حالة العطب المتكرر يجب أن يستبدل المنتج محل الضمان أو يرد ثمنه.

- استبدال المتدخل للمنتج

إذا بلغ العيب الذي يطرأ على المنتج درجة من الجسامة، بحيث تجعل المنتج غير قابل للاستعمال جزئياً أو كلياً حتى ولو تم إصلاحه⁽¹⁾، وهذا ما تطرقت له المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 لحالة العطب المتكرر التي يجب عندها استبدال المنتج محل الضمان ولكي يتمكن المستهلك من ذلك ينبغي أن يتعذر إصلاح المنتج المعيب كون العيب الذي يعثره جسيماً حال دون أداء المنتج للوظيفة المنتظرة منه، مما يجعله غير قابل للاستعمال جزئياً أو كلياً، فلا يصبح مفيداً للمستهلك ولا يطابق رغباته المشروعة مما يتعين استبداله⁽²⁾.

كما ينبغي أن تتحقق إمكانية استبدال المنتج المعيب لأنه إذا كان المنتج المعيب من الأشياء المتلينة أي يوجد ما يماثله من الجنس والنوع ودرجة الجودة، فيحق للمستهلك طلب الاستبدال، فيتمكن من الحصول على منتج مماثل ومطابق للمواصفات التي تتوفر في المنتجات الأخرى فيعد المتدخل منفذاً لالتزامه، أما إذا كان المنتج من الأشياء القيمة التي غالباً ما لا يكون لها نظير في السوق، فهنا يتعذر على المتدخل استبدال المنتج ولا يبقى أمام المستهلك إلا طريق المطالبة برد ثمن المنتج⁽³⁾.

ففي الحالة التي يتمكن فيها المتدخل من تنفيذ التزامه باستبدال المنتج، الذي غالباً ما يكون في صالح المستهلك وأفضل طريقة لتنفيذ الضمان، لأنه يمكن له الحصول على منتج

(1) - بوطبل خديجة، المرجع السابق، ص 31.

(2) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 58.

(3) - حلومي ربيعة، المرجع السابق، ص 79.

جديد وسليم وغير معيب⁽¹⁾، فيقع على عاتق المتدخل في هذه الحالة نقل المنتج المستبدل على نفقته طبقاً للمادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، فينبغي أن يكون الاستبدال مجانياً، وفي أجل يطابق الأعراف المعمول بها⁽²⁾، فيتحمل المتدخل مصاريف التسليم والنقل والإرجاع والتركيب الضرورية سواء لما يصلح المنتج أو عند استبداله، ففي الحالة التي يتعذر على المتدخل القيام بإصلاح السلعة يستوجب عليه استبدالها أو رد ثمنها في أجل 30 يوماً تسري ابتداءً من تاريخ التصريح بوجود العيب⁽³⁾.

- رد المتدخل لثمن المنتج المعيب

تتحقق هذه الحالة لما يستحيل إصلاح أو استبدال المنتج، فمكّن المشرع المستهلك من رد ثمن المنتج المقتنى في حالة العطب المتكرر طبقاً لما نصت عليه المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، إلا أن هذا المرسوم لم يحدد متى يرد الثمن كاملاً ومتى يرد جزء منه، مما يقودنا إلى تطبيق أحكام الاستحقاق الواردة في القواعد العامة الخاصة بتنفيذ البائع لالتزامه بالضمان المحددة بموجب المادة 375 والمادة 376 من القانون المدني.

فيتم رد جزئي لثمن المنتج المعيب لما يطرأ عيب على المنتج ويؤثر على جزء منه دون المنتج كله، ولا على صلاحية المنتج لأداء الوظيفة المنتظرة منه، وفضل المستهلك الاحتفاظ به، فيلتزم المتدخل برد جزء من الثمن يتم تقديره من قبل خبير، ولكن لكي يتمكن

(1) - ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص 305.

(2) - أجل يطابق الأعراف المعمول بها، فسرّها وحددها القرار الوزاري المؤرخ في 10/05/1994 في المادة 08 منه، على أنه إذا لم يكن هناك اتفاق حول الأجل يطبق الاتفاق، وإذا لم يوجد اتفاق فيطبق الضمان في أجل 07 أيام من تاريخ طلب تنفيذ الالتزام بالضمان.

(3) - طبقاً للمادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المتعلق بتحديد الشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية العدد 49، ص 18.

هذا الأخير من رد جزء من الثمن ينبغي أن يكون المنتج من الأشياء التي يمكن تجزئتها دون التأثير على وظيفة المنتج⁽¹⁾.

أما بالنسبة للرد الكلي لثمن المنتج المعيب فيكون المتدخل هنا ملزماً برد كل الثمن الذي التزم المستهلك بدفعه مقابل اقتنائه لهذا المنتج ويلزم المستهلك في المقابل برد المنتج بكامله، وهذه الحالة تتحقق لما يتعيب المنتج بعيب جسيم فلا يصبح يتوافق مع رغباته المشروعة⁽²⁾، فيرد المستهلك المنتج ذاته بالعيب الذي يعتريه، ويرد معه أجزاءه وتوابعه التي تسلمها من المتدخل، كما يلتزم برد توابع المنتج التي لحقت به بعد اقتنائه له، ولكن قد يتعذر على المستهلك رد المنتج بالحالة التي يكون قد تسلمها، إما بسبب التغيير الذي يطرأ على المنتج الذي يسببه العيب الملحق به، فيقع على عاتق المستهلك رده على حالته المعيبة، وإما بسبب تغيير المنتج لما يقرر المستهلك حقوقاً عليه، فإذا كان عالماً بوجود العيب وأقر مثل هذه الحقوق يعد ذلك تنازلاً منه عن حقه في الضمان، أما إذا لم يكن عالماً بوجود هذا العيب ورتب على المنتج حقوقاً، فلا يستطيع المطالبة بالرد الكلي بل له الحق في طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب نقص منفعة المنتج كونه أصبح معيباً، فيعفي المستهلك من رد المنتج كلياً إذا كان من الأشياء التي تستهلك نتيجة استعمالها⁽³⁾.

بناء على ما سبق يعد المتدخل ملزماً بإصلاح، أو استبدال، أو رد ثمن المنتج للمستهلك في حالة ظهور عيب فيه، فبالإضافة إلى ذلك أقر القانون للمستهلك الحق في

(1) - حليني ربيعة، المرجع السابق، ص 82-83.

(2) - موالك بختة، المرجع السابق، ص 42.

(3) - حليني ربيعة، مرجع سابق، ص 84، 86، 87.

تجربة المنتج الذي يقتنيه، وبالتالي لا يعفى المتدخل من التزامه بالضمان عند تجربة المستهلك للمنتج⁽¹⁾.

فيظهر لنا من أحكام الضمان الواردة في القانون رقم 09-03، أنه من النظام العام مع منع وضع أي شرط يخالف أحكام هذا الضمان، فهو يسري ضد كل العيوب التي قد تعتري المنتج، لأنه يقع على عاتق المتدخل إلزامية معرفته بكل العيوب التي قد تؤدي إلى تعطيل وظيفة المنتج بالنظر لصفته المهنية مقارنة بالمستهلك عديم الخبرة⁽²⁾.

عرفت المادة 03 الفقرة (02) من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، الضمان القانوني على أنه: " الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع (كل بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف تكاليف أو كل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما) وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة "، فإلى جانب الضمان القانوني نص على إمكانية استفادة المستهلك من أحكام الضمان الاتفاقي بموجب المادة 14 من القانون رقم 09-03، على أنه: " كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه "، فالضمان الاتفاقي هو: " كل التزام تعاقدي محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك، دون زيادة في التكلفة "، أي يشترط أن يأخذ شكل التزام تعاقدي⁽³⁾.

(1) - اظر المادة 15 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 25/02/2009، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 08/03/2009، ص 15، والمادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المتعلق بشروط بتحديد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 02/10/2013، ص 18.

(2) - Lepage Jean, op.cit ، p 67.

(3) - انظر المادة 03 الفقرة (03) من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المتعلق بتحديد الشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية العدد 49، ص 17.

فالمشرع اعترف بحق استفادة المستهلك من الضمان الاتفاقي بتحقق شرطين:

أولهما: يشترط أن تكون الزيادة مجانية،

وثانيهما: يشترط أن يكون أنفع من الضمان القانوني⁽¹⁾.

فوجود الضمان الاتفاقي إلى جانب الضمان القانوني أدى إلى إحداث تكامل بين الضمانين خاصة أن وجود هذا الضمان الاتفاقي لا يمنع المستهلك من التمسك بأحكام الضمان القانوني⁽²⁾، وهذا ما أكدت عليه المادة 14 من القانون رقم 09-03، فيمتد الضمان القانوني للعيوب الناتجة عن تقديم الخدمات مرتبطة باقتناء السلعة لا سيما فيما يتعلق برزمها وبتعليمات تركيبها أو بتشغيلها عندما تتجز تحت مسؤولية المتدخل، فمنحت المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 ضمانة هامة للمستهلك متمثلة في إمكانية امتداد فترة الضمان بثلاثين يوما (30 يوما) على الأقل بسبب عدم استعمال المستهلك للسلعة تضاف إلى فترة الضمان الباقية سواء كان ضمانا قانونيا أم اتفاقيا، ونجد نفس الأمر مكرسا في قانون حماية المستهلك الفرنسي بموجب المادة 16-211 L التي نصت على استفادة المستهلك من مهلة سبعة أيام (07 أيام) إضافية بسبب عدم استعمال السلعة تحسب هذه الفترة من تاريخ وضع المستهلك للمنتج لدى المتدخل لإصلاحه⁽³⁾.

وحفاظا على مصالح المستهلك وتحقيقا لرغباته المشروعة، ألزم المشرع المتدخل بموجب المادة 16 من القانون رقم 09-03، في إطار تنفيذ الخدمة ما بعد البيع، وبعد

(1) - حساني علي، " الإطار القانوني للالتزام بالضمان... " ، المرجع السابق، ص 130.

(2) - Juris classeur, concurrence, consommation , " **Contrats et obligations** " , op.cit ,p 31.

(3) - Juris classeur ,concurrence, consommation, " **Garantie de conformité des meubles vendus** " , op.cit, p 15, L211-16 : " Lorsque l'acheteur demande au vendeur, pendant le cours, de la garantie contractuelle qui lui a été consentie lors de l'acquisition ou de la réparation d'un bien meuble, une remise en état couverte par la garantie, toute période d'immobilisation d'au moins sept jours vient s'ajouter à la durée de la garantie qui restait à courir... " , www.légifrance.gouv.fr

انقضاء فترة الضمان المقررة للمستهلك، بضمان صيانة وتصليح المنتج المعروض في السوق وذلك بهدف المراقبة الدورية للسير الحسن للمنتج وصلاحيته للاستهلاك.

فيمكن القول إن المتدخل ينبغي أن يتحلى بالأمانة والصدق عند تعامله مع المستهلك، كما يلتزم بإعلام الطرف الضعيف لتتوير إرادته، كما نص على مهلة التفكير قصد تتوير المستهلك وإعطائه فرصة كافية للتمعن في مدى جدوى إبرام العقد ومدى تناسبه مع مصالحه، أما الحق في الرجوع فهو استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد يستمد مشروعيته من ضرورة حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف.

وعند عرضه للمنتجات للاستهلاك يلتزم بضمان سلامة وأمن المستهلك ضد كل المخاطر التي قد تلحق بهذا الأخير، مع ضرورة استجابة هذه المنتجات للطلبات المشروعة للمستهلك، ولن يتأتى ذلك إلا بتزويد المتدخل لهذا الأخير بالمعلومات الدقيقة التي تخص خصائص المنتجات، وياحترامه للمقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تقيد المتدخل وتلزمه بوضع منتجات مطابقة لها، كما يمتد نطاق حماية المستهلك إلى ضمان كل العيوب التي قد تعتري المنتجات التي يقتنيها المستهلك وضمان تنفيذ الخدمة ما بعد البيع، وكذا كرس حماية من الشروط التعسفية ما يوفر ذلك حماية حقيقية للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة الاستهلاكية التي تربطه بالمتدخل.

فالمشرع نص على هذه الالتزامات القانونية لمعالجة التوازن العقدي بنصوص قانونية ذات طبيعة أمرة ومن النظام العام في مختلف عقود الاستهلاك⁽¹⁾.

فمن خلال هذه الالتزامات المفروضة بموجب قواعد أمرة نرى أن المشرع طور عناصر النظام العام التي كانت تتمحور على ثلاثة عناصر صحة، أمن، سكينه، لتصبح في ظل النظام العام الحمائي صحة، سلامة، إعلام، ضمان، فهو بذلك طور من عناصر النظام العام المتعارف عليها، نظرا لتطور طبيعة أطراف العلاقة التعاقدية التي أصبح يخيم عليها

(1)-Calais-Auloy Jean, Temple Henri, " **Droit de la consommation** ", 09 édition, DALLOZ, paris, 2015, p 192.

عدم التوازن العقدي مع تطويره للجزاء المطبق على الشخص المخالف لمثل هذه الالتزامات ذات الطابع القانوني الأمر التي تعد من النظام العام الحمائي، وتأكيد على عدم إمكانية الاتفاق بوضع شروط تخالف مضمونها.

المطلب الثاني: حظر المشرع لشروط تعاقدية مخالفة للنظام العام

كرس المشرع حماية من الشرط التعسفي لما فيه من بسط لسلطة أحد المتعاقدين قصد تكريس التوازن العقدي، إلا أنه حصر نطاق هذه الحماية في ظل عقود الإذعان (الفرع الأول)، كما كرس الحماية من الشرط الجزائي نظرا لكون هذا فيه إجحاف للطرف الضعيف في العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشرط التعسفي فيه بسط لسلطة أحد المتعاقدين

هناك ارتباط بين القانون المدني والقوانين الخاصة بحماية الفئات الضعيفة، كون هذه القوانين لا تمنع هذه الأخيرة من العودة لأحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، إلا أن المشرع رأى أنه ينبغي لحماية الطرف الضعيف تعزيز الحماية من الشروط التعسفية في القوانين الخاصة التي تعنتي بحماية الطرف الضعيف، فقد ترد شروط سواء كانت في عقد الاستهلاك أو عقد الإيجار أو عقد التأمين أو عقد العمل وتكون مجحفة في حق هذا المتعاقد الضعيف، فالمشرع نظم الحماية من مثل هذه الشروط في القانون المدني بموجب مادة وحيدة هي المادة 110 من القانون المدني، فمناطق الحماية هنا محصور في ظل عقد الإذعان (أولا)، كما كرس آليات مكافحة الشروط التعسفية التي تسمح بإعادة التوازن المفقود (ثانيا).

أولا) - حصر المشرع للشروط التعسفية في ظل عقد الإذعان

يعرف الشرط على أنه من العناصر اللازمة لانعقاد العقد وصحته، كما قد يقصد به الحكم الذي يتفق المتعاقدان عليه بصفة صريحة أو ضمنية على اتباعه مثل شرط ضمان

الاستحقاق، وشرط التسليم.... إلخ، كما يقصد به التكليف المفروض على طرف في العقد ليس من طبيعته أن يلزم هذا العقد بشيء مثل حالة الهبة المقترنة بشرط⁽¹⁾، فالشرط يعد أمرا مستقلا يمس الالتزام في ذات وجوده فيشترط فيه أن يكون أمرا مستقبليا وغير محقق الوقوع، ويكون ممكنا ومشروعا⁽²⁾.

كما يجب أن لا يخالف الشرط القانون، ففي الحالة العكسية يعد هذا الشرط غير مشروع ومن ثمة يعد باطلا، ويلتقي الشرط المخالف للقانون مع الشرط المستحيل استحالة قانونية كون كلاهما باطل فهذه الاستحالة مساس بالنظام العام، فقيام التصرف بشكل صحيح يشترط أن لا يعلق وجوده على شرط فيه مخالفة للنظام العام، كما يشترط أن لا يخالف الشرط كذلك الآداب العامة، ويكون مخالفا لهذه الأخيرة لما يكون الشرط يرمي إلى حمل شخص على القيام بعمل يتنافى والقواعد الأخلاقية الواجب ضمانها وحمايتها⁽³⁾.

وأكد المشرع على هذا الأمر في المادة 204 من القانون المدني على أنه: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالفا للآداب أو النظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام ".

(1) - لمطاعي نور الدين، " الشرط المقترن بالعقد، دراسة مقارنة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1996، ص 19-20.

(2) - نعيم محمد، " الشرط والأجل بنوعيهما "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1976، ص 43-44.

(3) - عبد الرحمن أحمد جمعة العلالشة، " الوجيز في شرح القانون المدني الأردني آثار الحق الشخصي، أحكام الالتزام "، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 249-251.

وعليه يمكن القول إن الشروط المقترنة بمختلف العقود تخضع لمعيار النظام العام والآداب العامة، فإذا ما كانت مخالفة له اعتبرت شروطاً غير مشروعة مما يستدعي استبعادها⁽¹⁾.

كان المشرع بداية يقتصر عند تعريفه لعقد الإذعان وتبيين خصائصه على القانون المدني، ثم لجأ بعد ذلك لوضع تعريف له بموجب القانون رقم 04-02 مما ينبغي التطرق لكل منهما، استعمل المشرع عبارة الإذعان في القانون المدني عند تطرقه لشروط العقد، إذ تنص المادة 70 منه على: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"⁽²⁾.

فيستفاد من هذا النص أن لعقد الإذعان خصائص تتمثل فيما يلي:

- تضمنه لشروط مقررة، أي معدة مسبقاً من قبل الموجب، يكون ذلك لما يعمد المتدخل لتحرير عقد من العقود وتضمينه للشروط التي توافق مصالحه، دون خضوعها لإرادة الطرفين، وغالباً ما تكون هذه الشروط مخففة من التزاماته.

- أن لا تقبل مناقشة فيها، أي أن لا يكون هذا العقد قابلاً للمفاوضة بين الطرفين.

- أن يتمثل القبول فيها في مجرد التسليم، أي الرضوخ لمضمون العقد جملة وتفصيلاً، أو رفضه برمته دون قابلية المساومة.

ومن خلال هذه الخصائص يمكن القول إن عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يملئ فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض أو قبول العقد فيسيطر أحد المتعاقدين على الآخر دون قابلية مناقشة هذه الشروط⁽³⁾.

ولكن يلاحظ على هذه الشروط أن المشرع لم يورد أي إشارة إلى الوضعية التي يجب أن يوجد فيها الطرف المذعن، فيستوي أن يكون محتكراً لسلعة أو خدمة أو غير محتكر لها

(1) - عبد الرحمن أحمد جمعة العلالشة، المرجع السابق، ص 252.

(2) - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/02/1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 26/07/2005.

(3) - فيلاي علي، " الالتزامات،.... "، ص 72-74.

كما أن هذا التعريف لم يتضمن من جهة أخرى أي إشارة إلى الوضعية التي يجب أن يوجد فيها الطرف المدعى باعتباره طرفاً ضعيفاً، فيما إذا كان يتعاقد تبعاً لحاجة أو من دون حاجة ماسة، فانصب اهتمام المشرع حول الطريقة التي يتم بها التعاقد فيما إذا كان للقابل خيار المناقشة والتفاوض من عدمه، ومن ثمة مشاركته في صياغة وتحرير شروط العقد، فمتى توافر هذا الشرط انتفى وصف الإذعان، ومتى غاب عاد الوصف من جديد.

وعلى خلاف القانون المدني، أعطى المشرع تعريفاً مباشراً لعقد الإذعان بموجب القانون رقم 04-02 في مادته 03 الفقرة (05) على أنه: " عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."، فركز المشرع في هذا التعريف على عناصر ينبغي توافرها والمتمثلة في:

- تعلقه ببيع سلعة أو تأدية خدمة، فهو بذلك شمل جميع عقود الاستهلاك.

- التحرير المسبق للاتفاق من أحد أطرافه أي أن يكون مكتوباً، فبينت المادة 03 الفقرة 05 شكل هذا العقد فقد يكون منجزاً على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها، فالمشرع بذلك استبعد صراحة العقود الشفوية فوفق في ذلك بحيث خفف من شكل الكتابة وبسطها، كما سمح بتوثيق العقود وتفاذي ضياعها ومن ثمة عدم إهدار الحقوق، وباشتراطه لتحرير العقد وكتابته تحقيقاً للمصلحة العامة، كما يساعد ذلك هيئات الرقابة على تتبع نشاط المتدخلين وتعاملاتهم، مما يؤدي لعدم تهريبهم من الضرائب.

- إذعان الطرف الآخر إلى درجة عدم قدرته على إحداث تغيير حقيقي في هذا الاتفاق، فيفهم أن القدرة على إحداث تغيير طفيف على العقد لا تنفي عنه وصف الإذعان.

يستنتج بموجب هذه المادة أن المستهلك لا يكون أمامه سوى الرضوخ لما تضمنه هذا الاتفاق أو الانسحاب عن التعاقد دون إمكانية تعديله، أو التفاوض حول بنود هذا الاتفاق⁽¹⁾. وبناء على التعريف الذي جاء في كل من القانون المدني أو القانون رقم 04-02، أصبح لتعريف عقد الإذعان تعريف موضوعي بعيد عن أي اعتبارات شخصية كون المشرع ربط عقد الإذعان بمجموعة من العناصر سهلة الإدراك.

وإن أجمع الفقه حول تسمية عقد الإذعان، لكن وقع اختلاف الفقهاء حول إعطاء تعريف له بين اتجاه تقليدي واتجاه حديث، فبالنسبة للاتجاه التقليدي الذي عرف عقد الإذعان على أنه ذلك العقد الذي يكون فيه الموجب محتكرا بصفة فعلية أو قانونية شروطا غير قابلة للمناقشة، يعرض بموجبها سلعة أو خدمة.

فمن خلال هذا التعريف يمكن استخلاص أن عقد الإذعان أصبحت تطبعه خصائص

هي:

- أن يكون الطرف القوي محتكرا للسلعة أو الخدمة، سواء كان هذا الاحتكار قانونيا أو فعليا
- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم.
- عمومية الإيجاب أي يكون موجها لعامة الجمهور وليس إلى شخص معين بذاته، فيشترط أن يكون دائما يصدر على نحو مستمر⁽²⁾.

لكن يؤخذ على هذا الاتجاه، حصره لعقود الإذعان في نطاق ضيق من العقود التقليدية كعقود التوريد بالماء والكهرباء والغاز، كون من يتولى تقديمها يحتكرها احتكارا قانونيا وفعليا، لا يقبل المناقشة حول شروطها⁽³⁾.

(1) - أحمد يحياوي سليمة، " آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدى " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2011، ص 31-33.

(2) - بودالي محمد، " حماية المستهلك في القانون... " ، المرجع السابق، ص 259.

(3) - العطاوي راضية، " معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2011، ص 96.

ونظرا لخاصية التحرير المسبق وغياب حق المناقشة، فإن هذه العقود هي عبارة عن نظام قانوني أكثر من كونها عقا، نتيجة عدم تساوي الإرادتين، فأحدهما تملي والأخرى تدعن (1).

لكن يظهر لنا الواقع أن الكثير من العقود أصبحت تتم بطريق الإذعان ولو لم يكن محلها ضروريا بالنسبة للطرف المذعن، ودون أن يكون المتدخل محتكرا للسلعة أو الخدمة الأمر الذي أدى إلى ظهور اتجاه حديث لتحديد تعريف لعقد الإذعان.

فهذا الاتجاه الحديث اتجه إلى توسيع دائرة عقود الإذعان التي تعد حسبه عقودا محررة بصفة انفرادية من أحد أطراف العقد مسبقا، وما على الطرف الآخر إلا الخضوع لها دون قابلية تعديلها ومناقشتها، فقد تأتي في شكل وثيقة مكتوبة أو في صورة شروط عامة، أو في شكل مطويات أو ملحقات تعرض على واجهة المحلات (2).

فهذا الرأي وسع من نطاق عقود الإذعان فلا يشترط أن يكون محلها سلعة أو خدمة، كما لا يشترط في الطرف المذعن أن يكون محتكرا للسلعة أو الخدمة، ولا يشترط أن يوجه الإيجاب لفرد أو جماعة.

وكثيرة هي العقود التي تتم بطريق الإذعان، رغم أنها تتعلق بسلع أو خدمات ولكن لا يحتكر فيها أي طرف هذه الأخيرة، ومن ذلك عقود البيع بثمن محدد في السوبر ماركت ودار الأزياء، ومحلات بيع الأحذية والأجهزة الكهربائية والكتب ووكالات بيع السيارات، والعقود المبرمة مع وكالات السفر والفنادق والمطاعم والمقاهي ودور السينما والمسارح والملاهي وغيرها من العقود غير القابلة للتفاوض (3).

فمعظم العقود أصبحت اليوم تغلب عليها صفة إذعان الطرف الآخر نظرا للجوء العديد من المتدخلين لاستخدام العقود النموذجية التي تغيب فيها المفاوضات، فهذا التحرير

(1) - فيلالي علي، " الالتزامات ، النظرية... " ، المرجع السابق، ص 73.

(2) - أحمد يحيوي سليمة، المرجع السابق، ص 29-30.

(3) - سي الطيب محمد أمين، " الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2008، ص 37.

الأحادي لبنود العقد يؤدي لإدخال شروط تعسفية تكون مجحفة في حق المستهلك خاصة بتوسيع المشرع من محل عقد الاستهلاك⁽¹⁾ .

فتدخل الدولة لمراقبة شروط العقد أصبح ضروريا لحماية الطرف الضعيف وتحقيق المصلحة العامة، فتعد هذه السياسية خروجاً عن حدود الحق المخول له بالتالي فتحقيق النفع العام يلتزم به أصحاب الاحتكارات وبرقابة الدولة في تحقيق دورها للمحافظة على المصلحة الخاصة وكذا المصلحة العامة تحقيقاً لرفاهية المجتمع⁽²⁾ .

فقد ترد شروط في عقد الاستهلاك بناء على اتفاق الأطراف ولا تكون مجحفة في حق أحد الطرفين، ولكن يمكن أن تأخذ هذه الشروط طابعا تعسفيا ناتجة عن استعمال السلطة الاقتصادية للمهيمن على العلاقة، فالمشرع في القواعد العامة لم يعرف الشرط التعسفي، وبالرجوع إلى القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف في العلاقة نجده لم يتطرق لها كذلك في قانون حماية المستهلك، ويكمن السبب في ذلك إلى تطرق القانون المتعلق بالممارسات التجارية للشرط التعسفي من قبل صدور قانون الاستهلاك، أما قانون العمل وقانون التأمين فقد تطرقا فقط لمسألة البند المعتبر تعسفيا، كما يمكن الاستناد لنصوص هذا القانون كونه يهتم بحماية المستهلك وتبيين الضمانات التي أتى بها لحماية هذا الأخير.

من أجل ذلك تعددت وتتنوعت تعريفات الشرط التعسفي، بين تعريفات تشريعية، وتعريفات فقهية، فالأصل أن التعريف ليس من المهام المنوطة بالمشرع، والذي يفترض أن يسطر نقاطا للسير والتوجيه أكثر من إيراد تعريفات قد تكون مقيدة للقاضي فيما بعد، ويلحظ على المشرع تعريفه للشرط التعسفي في القانون المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وتحديده للقائمة بالشروط التعسفية.

(1) - العطياوي راضية، المرجع السابق، ص 97-98.

(2) - نساخ فطيمة، "العقد الاجتماعي..."، المرجع السابق، ص 42.

يلاحظ اتفاق التعاريف التي جاء بها المشرع الفرنسي في أن الشرط التعسفي يكون مدرجا في عقد مبرم بين مهني ومستهلك أو غير مهني، أي يكون مدرجا في عقد الاستهلاك.

وخلافا لنظيره الفرنسي المشرع الألماني ذهب إلى أبعد من ذلك، وهو يعد الأسبق في آليات الحماية، ففي مجال الحماية من الشروط التعسفية أصدر بتاريخ 1976/12/09 القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي بدأ العمل به في 1977/04/04، وقد تبنى النظام التشريعي وضع قائمة بالشروط الباطلة، كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى مبدأ حسن النية بموجب المادة 09 من القانون المذكور أعلاه، وعرفت المادة 01 من نفس القانون الشروط العامة المخلة بالتوازن العقدي، بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، كما قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه.

أبدع المشرع الألماني ولم يتردد في توسيع مجال الحماية إذ لم تقتصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين، بل مد الحماية إلى المتدخلين كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة، وقد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام الطرف الآخر بها وخاصة المستهلك⁽¹⁾.

والمشرع لم يسجل عليه التأخير في تكريس الحماية من الشروط التعسفية، فأعطى تعريفا للشرط التعسفي في القانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بحيث عرفه في المادة 03 الفقرة (07) من القانون رقم 04-02 بما يلي: " شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد " .

(1) - بودالي محمد، " الشروط التعسفية...."، ص 29.

على الرغم من تعريف المشرع للشرط التعسفي إلا أنه لا يخلو من النقص والتناقض وعدم الدقة، يظهر ذلك فيما يلي:

- لم يدقق المشرع في تبين صفة أطراف العقد، أي لم يبين أن مجال تطبيق الشرط التعسفي يكون بين المتدخل والمستهلك أو بين المتدخل ومتدخل آخر ضعيف اقتصاديا.

- كما كان غامضا حول مدى قابلية تطبيق هذا النص على العقود المبرمة بين المتدخل والمستهلك، أم يمتد نطاقها لتلك العقود المبرمة بين المتدخلين فقط، فبالرجوع للتعريف الوارد بشأن عقد الإذعان الذي ينص على: ".....مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، فطالما أن أحد المتعاقدين لا يملك سلطة إحداث تغييرات حقيقية على العقد فيمكن مد نطاق الحماية للمتدخلين الذين يكونون في مركز ضعف مقارنة بالمتدخل المتعاقد معهم.

فمن خلال هذا التعريف للشرط التعسفي يستنتج أنه بمجرد إحداثه خلافا في التوازن العقدي وتتحقق هذه الشروط لما يتم إدراجها في عقود مبرمة بين طرف ضعيف وطرف قوي اعتاد على وضعها من قبل هذا الأخير لا تقبل التفاوض حول مضمونها، يكون الهدف من إدراجها إحداث اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

فالمشرع كرس حماية للمستهلك المتضرر من الشروط التعسفية تقوم على أسس موضوعية أكثر منها شخصية، فوفق المشرع في ذلك كونه لم يربط مفهوم الشرط التعسفي بمسائل ذاتية قد يتعذر إثباتها بالنظر للمركز الذي يتواجد فيه أطراف العلاقة الاستهلاكية.

بالإضافة إلى ذلك أخذ المشرع بمعيار الاختلال الظاهر بالتوازن وهذا ما يظهر من عبارة " من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، فأراد بتبنيه لهذا المعيار توفير حماية فعالة للطرف الضعيف⁽¹⁾.

(1) - بودالي محمد، " الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر"، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 23-26.

ولكي يعتبر هذا الشرط تعسفيا ينبغي أن يرد هذا الشرط في العقد، فحسب ما ورد في المادة 03 من القانون رقم 04-02، التي تنص: " عقد: كل إتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

كما كرر هذا التعريف عند تحديده للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306⁽¹⁾، حيث جاء في المادة 01 الفقرة 02 منه بأنه: " يقصد بالعقد، في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 الحالة 04 من القانون رقم 04-02: " كل إتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر حيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي".

فيتضح من هذا التعريف أن المشرع اتبع الفقه الفرنسي الحديث عند تعريفه لعقد الإذعان ذلك أنه لم يذكر الاحتكار، وهذا وفق تصور حديث، فالمشرع تخلى عن التصور التقليدي لمفهوم عقد الإذعان والذي يتحدد في نطاق ضيق وفق خصائص محددة، ومن أجل ذلك انتهج المشرع هذه الفكرة نظرا لكثرة اتساع عوامل السوق والإنتاج والتوزيع وهو اتجاه الفكر القانوني المعاصر⁽²⁾.

والسبب في ذلك يكمن في أن أثر الإنتاج والتوزيع للسلع أدى إلى ظهور عدم المساواة بين المتدخلين والمستهلكين مما أدى إلى جعل هؤلاء يتصفون بصفة الضعف حتى في ظل انعدام الاحتكار وانتشار المنافسة الحرة، وبالتالي فهذا التوجه في تبني مفهوم موسع لمفهوم الإذعان كما فعل المشرع يكون قد وسع من دائرة الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص وهذا ما يظهر من المادة 01 من القانون رقم 04-02، التي نصت على أن

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية العدد 56، المؤرخة في 11/09/2006، ص 17.

(2) - عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 175.

القانون يهدف إلى: " تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسة التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه " .

ولكن بالمقارنة مع الموقف القوي الذي تبناه القانون الانجليزي الذي يهدف إلى تحقيق التوازن العقدي بغض النظر عن أطراف العلاقة العقدية، فقد عمم الحماية من الشروط التعسفية لتشمل عقود الإذعان وكذلك أي عقد حتى لو كان هناك نصوص خاصة بالعقود التي يبرمها المستهلكون، كذلك القانون الكيبيكي في تقنينه المدني بحيث مد الحماية لكل طرف لم تتح له فرصة التفاوض والنقاش حول شروط التعاقد⁽¹⁾ .

كما يلاحظ على المشرع الذي وسع نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأطراف إلى المتدخلين الذين يكونون في وضعية إذعان لعدم اختصاصهم أو نتيجة وجودهم في علاقة غير متكافئة كان الهدف من وراء ذلك إحلال التوازن العقدي على كل متعاقد يكون في وضع يحدث اختلالاً في العلاقة العقدية وإذا كان المشرع قد وفق في توسيع الحماية على الأشخاص إلا أنه لم يصب عن قصره لتطبيق النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية على عقود الإذعان فقط مما يعد قصوراً منه لأن العقد قد يكون متضمناً لشروط تعسفي إلا أنه لا يتصف بالإذعان، كما أنه لا يعتد بالشروط الشفوي بل بالكتابي فقط.

فاشترط المشرع التحرير المسبق أي الكتابة لكي يطبق نظام الحماية المكرس في قانون الممارسات التجارية على جميع الشروط التعاقدية المكتوبة، ويتضح ذلك عند تعريف عقد الإذعان ولأول مرة في المادة 03 الفقرة 04 من القانون رقم 04-02: " عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه "، وأكد المشرع على أن يكون مجال الشرط عقد الإذعان وأن يكون مكتوباً إذا كرر ما سبق في المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

(1) - عرارة عسالي، المرجع سابق، ص 176.

كما جاء في المادة 01 الفقرة 02 بأنه: " يقصد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03، الحالة 04 من القانون رقم 04-02، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد الأطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي " ، فالمشرع تبنى المفهوم الواسع لعقد الإذعان كما أن الحماية من الشروط التعسفية تقتصر على الشروط المكتوبة مسبقا دون تلك التي لم تكتب، وينبغي التنبيه إلى أن المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان أي العقود المبرمة شفاهة، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو جزء منها مكتوبة مسبقا مما يجعلها تتعلق بعملية مستمرة وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة⁽¹⁾ .

فالكتابة المقصودة هنا ليست الكتابة الرسمية بل هي مجرد إيراد للشروط العامة للتعاقد في الوثائق الرسمية التي تصدر عن المتدخل أو العون الاقتصادي كالفاتورة، سند الضمان، وصل التسليم، وهذا ما أكدت عليه المادة 03 الفقرة 02 من القانون رقم 04-02 بنصها على: " يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا " .

ولأول مرة عرف المشرع الشرط التعسفي من خلال القانون رقم 04-02، في المادة 03 الفقرة (07) التي تنص على: " شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد " فتسمح قراءة المادة 03 الفقرة 07 بالكشف عن إرادة المشرع بأخذه - لمعيار الإخلال الظاهر-، فالمشرع كان جريئاً من نظيره الفرنسي الذي سلم بهذه الفكرة عندما عاد وأخذ

(1)- بودالي محمد، " مكافحة الشروط التعسفية...." ، المرجع السابق، ص 118.

بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن الذي كان بناء على التعليمات الأوروبية لسنة 1993 الخاصة بالشروط التعسفية⁽¹⁾.

فالمشرع في المادة 03 الفقرة 05 من القانون رقم 04-02، ذهب إلى أنه لا ينظر إلى الشرط على أنه تعسفي وهو منفرد بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى أي ينظر له بالنسبة لمجموع شروط العقد.

فلتقدير هذا الاختلال ينبغي الاستناد على معايير، فنرى جانبا من الفقه استند على معيار معنوي لتقدير الاختلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات فيكون مضمونه على أساس الخطأ غير المعذور ارتكبه المتدخل، بحيث يتعسف هذا الأخير في استعماله لقوته الاقتصادية عند التفاوض، حينها يتم تقدير الاختلال بالنظر إلى الكيفية التي تم بناء عليها التعاقد دون الاهتمام بالآثار المترتبة عن تنفيذه، ولكن يعاب على هذا المعيار صعوبة تقدير خطأ المتدخل وأيضا هذا التوجه يتنافى مع القصد الذي يهدف إليه المشرع من أجل تكريس حماية موضوعية للمستهلك بعيدة عن الاعتبارات الشخصية⁽²⁾.

ونظرا لما تعرض له المعيار المعنوي من انتقادات ذهب العديد من الفقهاء إلى الاستناد على المعيار الاقتصادي لتقدير الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، فالمشرع نص على معيار الإخلال الظاهر بصورة محتشمة جدا، مما يؤدي إلى إحداث لبس عند تكريس نظرية الغبن لما يتم تقدير الشروط التعسفية، فلا يعد ذلك ضمانا لحماية المستهلك من مثل هذه الشروط التعسفية⁽³⁾.

(1) - التوجيه الأوروبية رقم 93-13، المؤرخ في 05/04/1993، المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين فنص في المادة 132 الفقرة 01 على: " الشرط التعاقد الذي لم يكن موضوعا نتيجة مفاوضة فردية يعتبر شرطا وذلك عندما ينشئ خلافا لما يقضي به حسن النية وعلى حساب المستهلك تفاوتنا جليا بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد " .

(2) - العطاوي راضية، المرجع السابق، ص 44.

(3) - بودالي محمد، " الشروط التعسفية في العقود... " ، المرجع السابق، ص 97.

ولعل أعمال المشرع لهذا المعيار كان بارزا على معظم الشروط التعسفية الواردة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁽¹⁾، ومن ذلك الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والسابعة والثامنة والعاشرة، حيث تنص الفقرة السابعة مثلا على: " الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه "، وكذلك الفقرة العاشرة التي تنص: " الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق " .

فبمقتضى القانون رقم 04-02 لهذا المعيار يلاحظ أن بعض الشروط الواردة ضمن المادة 29 قد لا يسهل تقدير الاختلال فيها لانعدام ما يمكن من تقدير المزايا التي يمكن أن يحصل عليها كل طرف، فعلى الرغم من تصريح المشرع بطابعها التعسفي إلا أنها لا ترتب اختلالا ظاهرا بين حقوق والتزامات الأطراف، ومن أمثلة ذلك الفقرة (05) من المادة 29 من القانون رقم 04-02 التي تنص: " التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية "، وكذلك الفقرة (09) من نفس المادة التي تنص على: " تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة "، ويلاحظ كذلك بالنسبة للشروط التي تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 06-306 منها الفقرة (06) التي تنص على: " النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده "، فيطرح التساؤل حول مدى إمكانية تقدير الاختلال في مثل هذه البنود وهي

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية العدد 56، المؤرخة في 11/09/2006، ص 16-18.

بعيدة كل البعد عن النفقات والمصاريف؟، مما ينبغي على المشرع تدارك هذه البنود لتتوافق مع معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف.

فمعيار الاختلال الظاهر بين الحقوق والتزامات يتبنى هدفا متمثلا في تحقيق التوازن العقدي في جانبه الموضوعي، كما يبسط الحماية لغرض تحقيق التوازن الذاتي بين أطراف العقد، كما أن النظر إلى الشرط التعسفي بالنظر إلى كل البنود الواردة في العقد وكل ما أدى إلى اختلال في توازن العلاقة العقدية يوصف بأنه تعسفي، وتطبيق هذا التصور على كل العقود يجعلنا أمام نص مقنن يمنع استغلال الطرف الضعيف ويمنع الاختلال في العلاقات العقدية لإقامة التوازن العقدي.

بالإضافة إلى المعايير التي أتى بها المشرع الفرنسي وتبعه في ذلك مشرعنا نجد المشرع الألماني كذلك أتى بمعيار **الإجحاف غير المعقول** بموجب المادة 09 من القانون الألماني المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، الذي يهدف إلى حماية المستهلك في مواجهة عدم التوازن الناتج عن العقود المكتوبة بإرادة أحد الطرفين، فعرفت هذه المادة في الفقرة 01 الشروط التعسفية على أساس الإجحاف غير المعقول دون تبيين المقصود به، لكن في الفقرة 02 بينت حالتين يتحقق فيهما الإجحاف غير المعقول، فالأولى لما يكون الشرط متنافيا مع المبادئ الأساسية للنظام القانوني الذي يندرج فيه الشرط، والثانية عندما يحد الشرط أو يقلص من الحقوق والتزامات الناشئة عن طبيعة العقد بشكل كبير، مما يهدد ذلك الهدف المنتظر من العقد⁽¹⁾.

أما في عقد العمل فيعتمد صاحب العمل إلى فرض سيطرته بوضع نموذج عام مطبوع قد ينقص من حقوق العامل كما هو الشأن بأن يتم تسكين العامل في وظيفة أدنى حيث يعد

(1) - أحمد يحيى سليمة، المرجع السابق، ص 63.

ذلك أمرا غير مشروع ويعد تعديلا لعقد العمل من جانب واحد حيث إنه تم بالإرادة المنفردة، التي قد لا يعلم بها العامل⁽¹⁾.

ثانياً) - آليات مكافحة الشروط التعسفية تسمح بإعادة التوازن المفقود

بغرض الحد من الشروط التعسفية لحماية الطرف الضعيف في العقد، حاول المشرع بداية أن يضع قائمة بهذه الشروط وهي ما تسمى في بعض التشريعات المقارنة بالقائمة السوداء، ولا شك في أن هذه القائمة وإن كان يستحيل تضمينها جميع الشروط التعسفية، إلا أن من شأنها أن تساهم في الحماية وذلك بتخفيف عبء الإثبات عن الطرف الضعيف، إذ يكفي فقط إثبات وجود الشرط ضمن القائمة، وما لم يرد في هذه القائمة تبقى للقاضي السلطة في تقدير الطابع التعسفي للشرط، كما أنه في حالة ما إذا ثبت وجود هذا الشرط في العلاقة بين المستهلك والمتدخل سواء في القائمة أو بتقدير القاضي تدخل النظام العام الحمائي لفرض الجزاءات المناسبة في حالة وجود هذا الشرط التعسفي.

أ) - تحديد المشرع للشروط التعسفية عن طريق القائمة

إن المشرع وتأثرا بالتجربة الألمانية والفرنسية في هذا المجال قد اقتبس نظاما لمعالجة الشروط التعسفية من خلال القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ففي ظل القواعد الحديثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، تنوعت أساليب الرقابة على شروط العقد فاستحدثت طرق حديثة تتمثل في الأسلوب التشريعي بموجب القانون رقم 04-02، وذلك عن طريق إيراد قوائم محددة للشروط التعسفية.

فالأمر المستحدث في قوانين حماية المستهلك هو إيراد قوائم تحدد الشروط التي تعتبر تعسفية على شكل قوائم سوداء وقوائم رمادية لها، والتي ابتدعها المشرع الألماني فكان بذلك أول تشريع أوروبي في هذا المجال وحذا حذوه المشرع الفرنسي، الذي أورد قائمتين من

(1) - محمد مصطفى غازي زيدان، " دور القاضي في تحقيق التوازن العقدي في عقد العمل، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 107.

الشروط التي اعتبرها تعسفية، ولم يتأخر المشرع الجزائري عن الأخذ بهذا التصور ليواجه اختلال التوازن الذي تحدثه الشروط التعسفية متأثرا بهذه القوانين.

كرس المشرع الألماني قانونا متعلقا بالحماية من الشروط التعسفية، بإقراره القانون المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي أصبح ساري المفعول في 01 أبريل 1977، بحيث تضمن هذا الأخير قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء، حيث تعتبر الشروط الواردة بها باطلة بقوة القانون ولا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، والثانية قائمة رمادية التي يمكن للقاضي تقديرها⁽¹⁾.

وشملت القائمة السوداء ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة، نصت عليها المادة 10 من قانون 1976 والمتعلقة على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المتدخل، والنص على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، والحق في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر، أو في تعديله، أخذا بعين الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك الحق في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه والحق في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة⁽²⁾.

أما القائمة الرمادية والتي أجاز القاضي استبعادها إذا كانت تتسجم مع معايير التعسف فنصت عليها المادة 11 من القانون الألماني لسنة 1976، وتتضمن عشرة أصناف خاصة بحق المتدخل في رفع أسعار المنتجات التي لم تسلم أو لم يوف بثمنها خلال مدة أربعة أشهر، وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج، الحق في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس، وحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خال من النزاع أو ثابت في سندها النهائي، الإعفاء الكلي أو الجزئي للمتدخل من المسؤولية

(1) - عامر قاسم أحمد القيسي، " الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن"، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 148-149.

(2) - بودالي محمد، " مكافحة الشروط التعسفية....."، المرجع السابق، ص 21.

في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي، أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعه، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير، ولعل أهم الشروط هو الشرط المتعلق بالضمان الذي نصت عليه المادة 11 من القانون الألماني حيث أكدت على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المباعة الجديدة بموجب الشروط العامة فيعد باطلا الشرط الذي يستبعد كلياً وجزئياً الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المباع أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المباعة موردة من قبل الغير⁽¹⁾.

ونجد مثل هذا الحكم مكرساً في المادة 13 الفقرة 05 من القانون رقم 03-09، بحيث حرم وجعل باطلاً المشرع وضع كل شرط يخالف أحكام الضمان القانوني، وجعل هذا الحكم من النظام العام الحمائي بموجب قاعدة أمر، فحتى ولو لم ينص على الشروط التعسفية في القانون رقم 03-09 إلا أنه منع تلك الشروط التي قد تعد تعسفية وتضر بمصالح المستهلك كونه طرفاً ضعيفاً.

كما أورد المشرع قائمة بالشروط التعسفية في المادة 29 من القانون رقم 02-04 التي نصت على: "تعتبر بنوداً وشروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ 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 أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

(1) - بودالي محمد، "الشروط التعسفية في....."، المرجع السابق، ص 20-21.

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

5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته 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 منتج أو آجال تنفيذ خدمة.

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

فهذه البنود والشروط المذكورة على سبيل المثال باستعماله عبارة "لا سيما"، وهذه القائمة ملزمة سواء للمتدخلين أو غير المتدخلين في علاقاتهم مع المستهلكين، كون المشرع استعمل لفظا عاما "البائع" ولم يحدد المقصود بالبائع إن كان بائعا مهنيا أم عاديا أم عرضيا، ربما رغبة منه في توسيع نطاق حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وتعد كذلك هذه القائمة ملزمة للقاضي فلا يكون له أية سلطة تقديرية بشأن الطابع التعسفي للشروط المتضمنة في المادة 29 من القانون رقم 04-02.

فيلاحظ على هذه القائمة تناولها لشروط تعسفية متعلقة بتكوين العقد ضمن الحالة الأولى والثانية، إلا أنه يلاحظ على الحالة الأولى صعوبة تقدير هذه الحقوق والامتيازات كون المشرع لم يضع لها معيارا تقاس به، كما أن أخذ امتيازات أو حقوق من طرف لا يعني ذلك أن هذه الميزة تعسفية، فيبدو أن المشرع أراد بإيراده لهذه الحالة إعادة التوازن العقدي للعلاقات التعاقدية، أما الحالة الثانية فهي تحيلنا إلى نص المادة 203 من القانون المدني⁽¹⁾، المتعلقة بتعليق الالتزام على شرط واقف أو فاسخ، التي تنص على: " يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه "، فالمشرع لم

(1)- المادة 203 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 26/06/2005، ص 24، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 16/09/1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78.

ير مانعا من تعليق الالتزام على شرط واقف أو فاسخ إلا أنه اعتبر تعسفا كل شرط يتحمل بموجبه المستهلك التزامات فورية في حين أن تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق المتدخل متروكة لمحض تقديره، وهذا الحكم يقابله نص المادة 205 من القانون المدني، التي تنص على أن: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم " .

كما نجد بموجب هذه القائمة شروطا وبنودا معتبرة تعسفية متعلقة بتنفيذ العقد واردة ضمن الحالات الثالثة والرابعة والخامسة والسابعة، فتعد الحالة الثالثة تجسيدا لما جاء بموجب المادة 106 من القانون المدني، التي تنص: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون "، فتمنع هذه المادة أي تعديل انفرادي للعقد أو حتى نقضه، غير أن الفارق بين القاعدة العامة والحكم الخاص يكمن في اعتبار المشرع الشرط الذي مضمونه السماح للمتدخل بتعديل عناصر العقد شرطا تعسفا يعفي المستهلك من إثبات طابعه التعسفي، ويكفي إثبات وجود مثل هذا الشرط في العقد.

أما بالنسبة للحالة الرابعة التي تستدعي العودة إلى نص المادة 107 من القانون المدني التي تنص على: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام " .

فيلزم المتدخل بحسب هذا النص بتنفيذ الالتزام بحسن نية ويبقى تقدير مدى مطابقة تنفيذ الالتزام للشروط العقدية متروكا لتقدير القاضي وليس من صلاحيات المتدخل، ومن ثمة فكل شرط مضمونه احتفاظ هذا الأخير بصلاحيه تحديد مطابقة تنفيذ الالتزام للشروط الواردة في العقد المبرم مع المستهلك يعد شرطا تعسفا، نفس الشأن بالنسبة لتفسير شروط العقد فبالرجوع للقواعد العامة لا يجوز تفسير عبارات العقد متى كانت واضحة طبقا للمادة 111 من القانون المدني، وما التفسير إلا استثناء عن الأصل متى كانت العبارات غامضة والأمر

عندها متروك لتقدير القاضي وليس من صلاحيات أحد المتعاقدين، فيتم تفسير العقد لمصلحة الطرف المدعى طبقاً لنص المادة 112 الفقرة (01) من القانون المدني⁽¹⁾.

وللقاضي الحق في تفسير جميع العقود والشروط بما يراه ملائماً أو في مصلحة الأطراف المتعاقدة، كما له الحق في العدول عن المعنى الظاهر لهذه الصيغ إلى معنى آخر، بشرط أن يبين موقفه تجاه هذا العدول عن المعنى الظاهر، وكيف أفاد تلك الصيغ المعنى الذي اقتنع به، ورجح أن المقصود من العقد هو ما قصده المتعاقدان⁽²⁾.

أما عن الحالة الخامسة فهي تتوافق مع مبدأ التنفيذ التقابلي للالتزامات في العقود الملزمة لجانبين، وحق كل طرف في الامتناع عن التنفيذ في حال امتناع الطرف الثاني، فكل شرط يكون مضمونه إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته مهما كانت الظروف والأحوال يكون منافياً لمبادئ العدالة ومخالفاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد ويتعارض مع فكرة تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين يعد شرطاً تعسفياً.

وبالنسبة للحالة السابعة فهي تعد تكراراً للحالة الثالثة من المادة 29 من القانون رقم 02-04، ذلك أن التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو تنفيذ الخدمة يعتبر تعديلاً للعقد ومن ثمة فهو مشمول بحكم الحالة الثالثة من نص المادة 29.

كما أشارت المادة 29 إلى شرطين تعسفين يتعلقان بانحلال العقد، الأول وارد ضمن الحالة السادسة، فالمشعر اعتبر الشرط الوارد في هذه الحالة تعسفياً متى كان مضمونه عدم تمكين المستهلك من حق فسخ العقد، ويقابل ذلك حق المتدخل في فسخ العقد إذا أحل المستهلك بالتزامه، أما بالنسبة للحالة الثامنة التي قضى فيها المشعر بالطابع التعسفي عند قطع العلاقة التعاقدية بمجرد امتناع المستهلك عن الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة، لكن تطراً صعوبة حول كيفية تقدير طابع التكافؤ للشروط التجارية الجديدة،

(1) - فيلاي علي، "الالتزامات، النظرية..."، المرجع السابق، ص 384، 393.

(2) - دالي بشير، "دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016، ص 41-42.

فالمشرع لم يضع معيارا يمكن الاعتماد عليه لتحديد معنى التكافؤ وأدوات حسابه مما يترك للقضاء السلطة في تقدير ذلك.

والى جانب الشروط التعسفية الثمانية المحددة بموجب المادة 29 من القانون رقم 02-04 فإن المشرع اعتمد كذلك عند تعيين الشروط التعسفية على الأسلوب التنظيمي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

ب)- الأسلوب التنظيمي لتحديد الشروط التعسفية

يقصد به تدخل التنظيم لإعداد قائمة بالشروط التعسفية، فتطبيقا للمادة 30 من القانون رقم 02-04 التي نصت على: " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية ".

فمن خلال هذا النص نستنتج أن المشرع منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك وذلك بطريقتين، الأولى بالتحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين والثانية بتحويل السلطة التنظيمية التدخل لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين المتدخلين فيما بينهم أو بين هؤلاء والمستهلكين بناء على عبارة " منع العمل في مختلف أنواع العقود "، الواردة في المادة 30 من القانون رقم 02-04، وهذا النص أتى على خلاف القائمة السوداء الواردة في المادة 29 من القانون رقم 02-04 التي حصرت نطاق الحماية من الشروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك.

وتطبيقا للمادة 30 من القانون رقم 02-04 صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306، بحيث جاء في المادة 05 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 06-306 باثني عشر (12)

شرطاً تعسفياً بقولها: " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 2 و3 أعلاه،
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،
- 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،
- 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 تعويضاً 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 .

فهذه الشروط المحددة في هذا المرسوم منها ما يتعلق بتكوين العقد ومنها ما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، وبحسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، التي نصت على أن الأمر يتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وكذا

الضمان والخدمة ما بعد البيع، فنصت على: " العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع " (1).

فالتصريح بالطابع التعسفي لهذا الشرط يرمي إلى توفير حماية شاملة ومتكاملة للمستهلك ويكمل ما جاء به القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، خاصة عند تقريره لإلزامية النظافة والنظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها، إلزامية أمن المنتجات، إلزامية مطابقة المنتجات، إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع، إلزامية إعلام المستهلك.

أما بالنسبة للحالة الواردة في الفقرة السابعة التي تجعل فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها، فنجد مثل هذا الحكم في القواعد العامة التي تحرم خضوع المتعاقد لشروط وآثار لم تتجه إرادته الصريحة أو الضمنية إلى تحملها، فالعقد لا يصبح ملزماً لأحد الطرفين متى كانت إرادة هذا الأخير معيبة فضلاً على أن تكون منعدمة.

ومنها الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد واردة ضمن الفقرات الثالثة، الخامسة، الثامنة، التاسعة، العاشرة، الحادية عشر، الثانية عشرة، الثالثة عشرة، فبالنسبة للفقرة الثالثة يعتبر تعسفياً الشرط الذي مضمونه احتفاظ المتدخل بحق تعديل العقد مقيداً بعدم دفع تعويض، فيفهم منه أن الشرط المتعلق بتعديل العقد لا يعتبر تعسفياً إذا ما تم دفع تعويض للمستهلك.

أما الفقرة الخامسة التي تنص على تخلي المتدخل عن مسؤوليته بصفة منفردة، والهدف الذي أدى بالمشرع إلى جعل مثل هذا الشرط تعسفياً هو تخلي المتدخل عن

(1) - كما حددت المادة 03 من هذا المرسوم مما تتعلق بالعناصر الأساسية للعقد: " خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، الأسعار والتعريفات، كفيات الدفع، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/أو الخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد " .

مسئوليته وعدم دفع التعويض للمستهلك، كما أن هذا التخلي الانفرادي يتنافى مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾.

كما يلحظ على الفقرة الثامنة التي اعتمد المشرع فيها على غياب المقابل للتصريح بالطابع التعسفي لهذا الشرط، مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، وطبقا لهذا النص لا يكون هذا الشرط تعسفيا متى منح للمستهلك نفس الحق الممنوح للمتدخل وهو إمكانية الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المتدخل مقدما متى امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

أما الفقرة التاسعة التي تجعل من تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل المستهلك دون تحديد المبلغ الواجب دفعه من قبل المتدخل، وإن كان من الممكن طبقا للقواعد العامة تحديد مبلغ التعويض مسبقا⁽²⁾، وبالإسقاط على القواعد الخاصة يجوز ذلك شريطة أن يعترف للمستهلك بدفع تعويض عند عدم تنفيذ واجباته التعاقدية وإلا عد هذا الشرط شرطا تعسفيا طالما لم يعترف بنفس الحق له في حال امتناع المتدخل عن تنفيذ واجباته.

وبالنسبة للفقرة العاشرة حيث يدور فحوى هذا الشرط التعسفي حول فرض واجبات إضافية على عاتق المستهلك وهذا يتنافى والقواعد العامة التي تقضي بعدم تحميل أي طرف لم تتجه إرادته الحرة إلى تحملها، كما أن المشرع ربط الطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه إضافة واجبات جديدة غير مبررة، مما يعني أن الواجبات الجديدة إن كانت مبررة فإن الطابع التعسفي لشرط إضافة هذه الواجبات يزول بثبوت مبررات إدراجها ضمن العقد، فاكتمل المشرع بضرورة تبرير هذه الإضافة فقط معتبرا إياها كأداة لتحقيق التوازن العقدي.

كما نصت الفقرة الحادية عشرة على احتفاظ المتدخل بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب في إطار التنفيذ الجبري للعقد دون منحه نفس الحق، فالمشرع

(1) - طبقا للمادة 106 من القانون المدني.

(2) - طبقا لنص المادة 183 من القانون المدني التي تنص على: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 " .

اعتبره تعسفيا كونه يؤدي إلى إجبار المستهلك على دفع مصاريف وأتعاب مترتبة عن التنفيذ الجبري للعقد دون أن يكون للمستهلك نفس الحق، ففي الحالة التي يكون لهذا الأخير نفس الحق يزول الطابع التعسفي لهذا الشرط، فأراد المشرع بذلك إعادة التوازن العقدي.

أما الفقرة الثانية عشرة والفقرة الثالثة عشرة فهما تشتركان في تنظيم ذات الموضوع لكن من زاويتين مختلفتين، فالأولى تتعلق بإعفاء المتدخل من التزاماته والثانية تتعلق بتحميل المستهلك التزامات تقع في الأصل على المتدخل، لكن المشرع كان غامضا عند صياغته للفقرة الثانية عشرة بحيث أشار إلى الطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه إعفاء العون الاقتصادي من الواجبات المترتبة على ممارسة نشاطاته دون أن يحدد المقصود بالواجبات التي قد تترتب على ممارسة النشاط فكان الأولى به أن يحددها.

أما بالنسبة للفقرة الثالثة عشرة فقد أشار إلى تعسفية الشرط الذي مضمونه تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤولية المتدخل بصفة عامة دون تحديده لمبررات قيام مسؤولية هذا الأخير، فقد يتعلق الأمر مثلا بتحميل المستهلك نفقات الخدمة ما بعد البيع والتي تعد في الأصل من الالتزامات الملقاة على عاتق المتدخل بقوة القانون.

فهذين الشرطين الواردين في الفقرتين السابقتين يحملان الربح للمتدخل، فالشرط الوارد في الفقرة 12 يسمح للمتدخل بالتخلص من تبعات ممارسة نشاطه وهذا فيه ربح محض له وخسارة للمستهلك، أما الشرط الوارد في الفقرة 13 فإنه يتضمن هو الآخر ربحا للمتدخل وخسارة مطلقة للمستهلك.

كما أتى المرسوم التنفيذي رقم 06-306، بشروط متعلقة بانحلال العقد في فقرة وحيدة وهي الواردة ضمن الفقرة الرابعة من المادة 05 من هذا المرسوم ويتمثل هذا الشرط في عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا مقابل دفع تعويض، فهذا الشرط يختلف عن الشرط التعسفي الوارد ضمن الفقرة السابعة من المادة 29 من القانون رقم 04-02، بحيث يعتبر الشرط تعسفيا إذا حرم فيه المستهلك من فسخ العقد نتيجة إخلال العون الاقتصادي بالتزام أو عدة التزامات في ذمته، كما حددت الفقرة الرابعة من المادة 05

من المرسوم التنفيذي التي قرنت الطابع التعسفي للشرط الوارد فيها بتعويض يلزم المستهلك بدفعه للمتدخل حتى يتسنى له ممارسة حقه في الفسخ تبعا لقوة القاهرة وقعت.

ومثل هذا الشرط القاضي بتعطيل حق المستهلك في فسخ العقد إلا بدفع تعويض، يتنافى والقواعد العامة التي تجعل العقد منفسخا متى وقعت قوة القاهرة جعلت تنفيذه مستحيلا⁽¹⁾.

كما تضمن هذا المرسوم التنفيذي في الفقرة السادسة منه الشروط التعسفية المتعلقة بممارسة الحقوق القضائية، لما يقوم المتدخل بالنص في حالة خلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء لأية وسيلة طعن ضده، فيتعلق الطابع التعسفي للشرط الذي مضمونه حرمان المستهلك من استعمال حق التقاضي كحق مشروع لا يمكن لأي اتفاق مهما كان أن يتجاوزه.

فأخذ المشرع بنظام القوائم السوداء لأنه اعتبر الشروط المذكورة في هذه القائمة شروطا تعسفية ممنوعة بقوة القانون ملزمة للمتدخلين في علاقاتهم بالمستهلكين، وملزمة للقاضي، دون تحميل المستهلك عبء إثباتها⁽²⁾.

فهذه القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ليست على سبيل الحصر، إذ السلطة الممنوحة للقاضي تزيل التخوف من هذا الحصر الوارد في النصوص السالفة لأنه يجوز له الاستناد على تعريف الشرط التعسفي، الوارد في المادة 03 الفقرة 05 من القانون رقم 04-02 ليصف الشرط بأنه تعسفي رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون رقم 04-02، ورغم عدم ذكره أيضا من طرف الحكومة في القائمة الواردة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

(1) - إذ تنص المادة 121 من القانون المدني، على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون " .

(2) - بودالي محمد، " الشروط التعسفية في العقود... " ، المرجع السابق، ص 98-99.

يبدو أن المشرع اتبع أسلوب المشرع الألماني في شقه الأول، حيث نص في المادة 29 من القانون رقم 04-02، على 08 شروط اعتبرها تعسفية دون اعتماده على الشق الثاني من أسلوب المشرع الألماني، نظرا لعدم إيرادها لقائمة بالشروط التي يفترض أنها تعسفية وإنما اعتبر كل الشروط الواردة في القانون أو في المرسوم التنفيذي شروطا تعسفية بقوة القانون، فيكون بذلك قد أخذ من المشرع الألماني فكرة القائمة السوداء، وأخذ من القانون الفرنسي فكرة عدم حصر الشروط التعسفية فيما هو مذكور في القانون، لأنه وحد بين تلك التي جاء بها القانون رقم 04-02 وبين تلك التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 06-306. ولم يكتف التنظيم بتحديد قوائم الشروط التعسفية وإنما أنشأ بموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، لجنة البنود التعسفية ذات الطابع الاستشاري التي تعمل على مراقبة العقود إن كانت متضمنة لشروط تعسفية، مما يعزز ذلك حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية⁽¹⁾.

فنصت المادة 08 من هذا المرسوم على أنها تتشكل من 07 أعضاء وهم:

- ممثل 01 عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في قانون العقود.
 - عضو 01 من مجلس المنافسة.
 - متعاملين اقتصاديين 02 عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلين في قانون الأعمال والعقود.
 - ممثلين 02 عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

(1)- انظر الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية العدد 56، ص 18-19، المادة 06: " تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات الطابع الاستشاري، يرأسها الوزير المكلف بالتجارة ".

فهي تضم تساويا في التمثيل بين المتدخلين والمستهلكين من أجل قيامها بدور فعال في مجال مراقبة مدى وجود الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين الطرفين، فيتم تعيين أعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية وذلك لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمهام التي تضطلع عليها فهي متعددة نصت عليها المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 وهي:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.

- يمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين.

- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.

يظهر من خلال هذه الاختصاصات أن اللجنة تقوم بالبحث والتحري فيما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المتدخلون على المستهلكين، وكذا العقود التي تم إبرامها تتضمن شروطا ذات طابع تعسفي، وفي الحالة التي يتبين لها ذلك تصيغ توصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة وكذا المؤسسات المعنية.

لكن الملاحظ على المشرع أنه لم ينص على ما يجب أن توصى به اللجنة على خلاف المشرع الفرنسي الذي أجاز للجنة أن توصي بحذف أو تعديل الشروط التي يمكن أن تكون تعسفية مما فيه ضمانة للمستهلك⁽²⁾.

أما المعيار الذي تستند إليه في تقدير التعسف فهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين التزامات المتعاقدين وفي سبيل قيامها بمهامها فإنها تخطر إما من تلقاء نفسها، أو من طرف

(1)- انظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

(2)- بودالي محمد، " الشروط التعسفية في العقود....."، المرجع السابق، ص 31.

الوزير المكلف بالتجارة، أو من طرف كل إدارة، أو من طرف كل جمعية مهنية، أو من طرف كل جمعية حماية المستهلكين، أو من طرف كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك⁽¹⁾.

كما تجتمع اللجنة إما في إطار:

- دورة عادية: مرة على الأقل كل 03 أشهر باستدعاء من رئيسها.
- دورة استثنائية: بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل، ومن أجل صحة الانعقاد ينبغي حضور نصف الأعضاء على الأقل، كما يكون انعقادها صحيحا حتى في حالة عدم اكتمال النصاب بعد 08 أيام من استدعاء ثان، متخذة قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين وفي حالة تعادل الأصوات يرجح صوت الرئيس⁽²⁾، تتوج مداورات اللجنة بإعداد محاضر مرقمة ومرتبّة وموقعة من طرف رئيس اللجنة وأعضائها⁽³⁾.

ومن خلال كل ما سبق يمكن القول إن لجنة البنود التعسفية التي يبقى رأيها استشاريا حول الطابع التعسفي للشروط المدرجة في نماذج العقود أو العقود المبرمة ما بين المتدخلين والمستهلكين مما يجعل هذه الآراء تتخذ شكل توصيات ليست لها أية قوة إلزامية لا بالنسبة للأطراف ولا بالنسبة للغير، سوى ممارسة ضغط معنوي على المتدخلين⁽⁴⁾، ومساعدة القضاة على سبيل الاستئناف في حالة وجود مثل هذه الشروط التعسفية أثناء نشوب نزاع وعرضه

(1)- انظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

(2)- انظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

(3)- المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

(4)- أحمد يحياوي سليمة، المرجع السابق، ص 89.

على القضاء، مما يجعل دورها غير فعال على أرض الواقع كونه قاصرا على نماذج العقود أو العقود⁽¹⁾.

ولكن يعاب على المشرع أنه لم ينص على أي دور استشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء، كما فعل المشرع الفرنسي بموجب المادة 2-132 L وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما أنه بالمقارنة مع تشكيل اللجنة في فرنسا نجد أنها تضم قاضيين أحدهما رئيسا والآخر نائبا له، كما تضم اللجنة بالإضافة للعناصر القضائية عناصر إدارية ومستشارين في مجال العقود، فيعد التمثيل أقوى وأكثر فعالية، بالإضافة إلى النص على دورها الاستشاري خلافا للمشرع الجزائري الذي لم يتبعه في ذلك، كما أنه رغم إنشاء المشرع لهذه اللجنة وتحديد صلاحياتها ومهامها، إلا أنه لم يتم تنصيبها لحد اليوم، بعد مرور ما يقارب 10 سنوات من إنشائها، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل عن سبب التأخر في ذلك، في ظل الدور الذي يمكن أن تقوم به هذه اللجنة في هذا المجال.

كما أن المشرع بموجب المادة 39 من القانون رقم 90-11 نص على: "...وكل تنازل من العامل عن كل عطلته أو عن بعضها يعد باطلا وعديم الأثر"، فإذا ألزم رب العمل العامل على التنازل عن عطلته بموجب شرط تعسفي عد هذا الشرط باطلا كونه تعسفيا، وهذا ما أكدت عليه كل من المادة 136 من القانون رقم 90-11: "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما، وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"، كما أضافت المادة 137 من القانون نفسه على أنه: "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية".

فحسب رأينا التنازل عن حقوق العامل لا يكون باطلا إلا إذا كان مخالفا للأحكام الواردة في قانون العمل، بمعنى لو كان عقد العمل ينص على حقوق للعامل زيادة على ما

(1) - محمدي سليمان، " حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، العدد 02، 2010، ص 70.

ينص عليه قانون العمل، وتتنازل العامل عن الحقوق الزائدة المقررة في العقد فإن هذا التنازل لا يكون باطلا، والسبب في ذلك يرجع إلى اعتبار أحكام قانون العمل من النظام العام الحمائي، وبالتالي بطلان كل اتفاق مخالف لها، أي مخالف للحد الأدنى للحقوق المقررة للعامل قانونا، وبالرجوع إلى المادة 625 من القانون المدني نجد أنه يمنح من خلالها سلطة تقديرية للقاضي للموازنة والتأكد من مدى تعسفية الشرط الوارد في عقد التأمين من عدمه بحيث نصت على: " يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون في مصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد "، وهذا يتلاءم مع منطوق الحماية المكرسة بموجب النظام العام الحمائي.

ج- الجزاء الجنائي لمكافحة الشروط التعسفية

إذا كان المشرع لم ينص على الجزاء المدني للشروط التعسفية من خلال القانون رقم 02-04، واكتفى فقط بالإشارة إلى إمكانية المطالبة بالتعويض، الأمر الذي أدى إلى ضرورة البحث عن الجزاء المدني طبقا للقواعد العامة في القانون المدني، لكن عند تحليل نص المادة 30 في القانون رقم 02-04 التي تنص على: " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية "، نرى أن المشرع قد كرس جزاء مدني لكنه غير واضح بحيث استعمل مصطلح "يمنع" معنى ذلك أن هذا الشرط باطل كأنه لم يكن.

فإنه في المقابل قد نص على جزاء جنائي من خلال المادة 38 من القانون رقم 02-04 التي نصت على: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج) " .

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع اكتفى بالنص على الغرامة كجزء لإدراج البنود والشروط التعسفية في العقود، وقد جاء مبلغ هذه الغرامة مرتفعا حتى يحقق نوعا من الضغط على الأعوان الاقتصاديين لتجنب إدراج مثل هذه الشروط التعسفية، وهو الأمر الذي من شأنه أن يساهم في حماية الطرف الضعيف المذعن.

كما يلاحظ أن المشرع قد نص على عقوبات أخرى لا تطبق إلا في حالة العود، والمتمثلة في غلق المحل التجاري، أو المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري، أو أحيانا تصل العقوبة إلى الحبس، وهذا بموجب نص المادة 47 بنصها على أنه: " يتخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون، يعتبر في حالة العود في مفهوم هذا القانون، كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة، تضاعف العقوبة في حالة العود ويمكن القاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة أو شطب سجله التجاري، فضلا عن ذلك يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنة (1) واحدة".

إن هذه العقوبات التي فرضها المشرع، يكون تطبيقها إما عن طريق شكوى مرفوعة من طرف جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة، أو النيابة العامة، باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في تحريك الدعوى العمومية⁽¹⁾، فالحماية المقررة للطرف الضعيف من الشروط التعسفية في القوانين الخاصة تعد ضرورية لإحلال التوازن العقدي، كون القواعد العامة للقانون المدني لم توفر مثل هذه الحماية الفعالة⁽²⁾.

(1) - نصت المادة 65 من القانون 04-02 على أنه: " دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات المدنية يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون".

(2) - Alkhalfan Ismail, " La protection contre les clauses abusives du contrat d'assurance ", Thèse de doctorat, université Montpellier 01, paris, 2012, p 226.

وعليه يتضح مما سبق بيانه في هذا الفرع بخصوص معالجة النظام العام الحمائي للشروط التعسفية، أن المشرع وبغرض تسهيل مهمة القاضي في مواجهة هذه الشروط، قد أورد قائمة ضمنها الشروط الأكثر شيوعا في المجال التعاقدية، على أنه في غير ما لم يرد في هذه القائمة تبقى السلطة للقاضي في تقدير مدى تعسف الشرط، فإذا ثبت ذلك فلأسف لم ينص المشرع من خلال القانون رقم 04-02 على الجزاء المدني لها، واكتفى فقط بالنص على الجزاء الجنائي، وهو نقص ينبغي على المشرع تداركه، وفي انتظار ذلك فلا مناص من تطبيق القواعد العامة لا سيما المادة 110 من القانون المدني، بما تمنحه للقاضي من سلطة في تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه.

ففي عقد العمل إذا كانت شروط عقد العمل تفرض على العامل غرامات كبيرة جزاء على أخطاء بسيطة تعين على القاضي إذا رأى أنه يشكل شرطا تعسفيا أن يخفض هذه الغرامة وفقا للعدالة أي بالشكل الذي لا يضر العامل ولا رب العمل⁽¹⁾، فالقاضي هنا يقوم بتعديل الشرط الجزائي بتخفيض هذه الغرامة لنتناسب مع مقدار الخطأ الواقع من العامل، كما إذا كان الشرط التعسفي يتمثل في عدم تحديد موعد التسليم، جاز للقاضي تعديله بتحديد الموعد، وإذا كان الثمن أو المقابل مبالغيا فيه جاز للقاضي تخفيضه⁽²⁾، فتعديل عقد العمل الذي يجلب قواعد أكثر نفعاً من تلك التي نص عليها عقد العمل يكون مقبولا عكس التعديل الذي يلحق ضررا بالعامل⁽³⁾، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في

(1) - الشريف بحماوي، " سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 02، جوان 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، ص 108.

(2) - بوكماش محمد، " سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012، ص 164.

(3) - قرواز فرحات، " تعديل عقد العمل بين الضوابط والمبررات "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02 جوان، 2013، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، ص 67.

1993/11/24 عندما اعتبرت نقل العامل دون وجود مبرر له في العقد أو النظام الداخلي غير مشروع مهما كان السبب⁽¹⁾.

من بين الضمانات المكرسة للعامل في مجال الشروط التعسفية أنه أثناء سريان عقد العمل يلتزم صاحب العمل، بما له من سلطة في تعديل العقد بما يتلاءم مع حالة العامل أو كفاءته أو مع ظروف المؤسسة وتطورها وسواء كان التعديل جوهريا أو غير جوهري، فإنه لا يجب أن يكون خارجا عن النظام العام والآداب العامة⁽²⁾.

الفرع الثاني: الشرط الجزائي فيه إجحاف للطرف الضعيف في العقد

أجاز المشرع للمتعاقدين تحديد قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة إخلال المدين بالتزامه، فهذا التحديد الاتفاقي للشرط الجزائي المتمثل في تقدير مسبق للتعويض عن الضرر من طرف المتعاقدين، نص على الشرط الجزائي في ثلاث مواد الأولى المادة 183 من القانون المدني: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 " .

أما المادة 184 فنصت على: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه " .

أما المادة 185 فنصت على ما يلي: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما " .

(1) - مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثاني، قرار المؤرخ في 1993/11/24، رقم 101448، ص 150.

(2) - أيت إفتان نادية، " التعديل الانفرادي لعقد العمل: وسيلة لحسن سير العمل في المؤسسة "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2016، ص 146.

فالمشرع من خلال هذه المواد لم يعرف الشرط الجزائي بل اكتفى بتأكيد شرعيته في المادة 183 من القانون المدني، وبيان أحكامه في المواد 184 و 185 من القانون المدني، وهذا ما جعلنا نلجأ للتعريف الذي وضعه الفقه.

فالشرط الجزائي هو ذلك الشرط الذي يرد في العقود المختلفة لكفالة احترامها وضمأن تنفيذها إذ بمقتضى هذا الشرط يلتزم المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

فهو اتفاق يقدر فيه المتعاقدان مسبقا مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه، فيمكن إدراجه في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق على العقد قبل أن يتم تنفيذ العقد⁽²⁾.

فالشرط الجزائي بهذا المفهوم ما هو إلا تقدير مسبق للتعويض، فقد يتجسد في مبلغ من المال وقد يكون شيئا آخر أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أو تقصير لميعاد في استعمال الحق أو تشديد في استعماله، وهذا الأداء الذي يهدد المتعاقد هو الذي يدفعه إلى تنفيذ الالتزام الملقى عليه فهذا الشرط يغني المتعاقدين عن الصعوبات المتعلقة بمسألة إثبات الضرر وتقدير التعويض⁽³⁾.

فهذا المبلغ المحدد من المتعاقدين جزافا مسبقا يتم تقدير الأضرار المتوقع حدوثها مسبقا جراء عدم تنفيذ الالتزام، يظهر دور هذا التحديد في استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، كون أطراف العلاقة التعاقدية توقعوا مسبقا ما قد يعترض ذلك التقدير من صعوبات مما يدفعهم للاتفاق مسبقا في شكل شرط جزائي، إلا أن هذا التقدير قد يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وهنا يظهر دور القاضي في إعادة التوازن المختل.

(1) - نجاري عبد الله، " الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1983، ص 09-10.

(2) - مصطفى أحمد أوعمر، المرجع السابق، ص 47.

(3) - بن شنييتي حميد، " سلطة القاضي....."، المرجع السابق، ص 70.

ومن مظاهر هذا الاختلال ما يستعمله المتدخلون بالنظر لما يتمتعون به من خبرة ونفوذ للحصول على مزايا مبالغ فيها بفرض تعويض غير منصف على عاتق المستهلكين خاصة في عقود البيع الإيجاري، وعقود الائتمان⁽¹⁾.

يمكن القول من خلال ما سبق أن:

- هذا التعويض المحدد من قبل المتعاقدين هو لضمان تنفيذ الالتزام العقدي.
- يتحقق هذا الشرط بمجرد إخلال المتعاقد بالتزامه ووقوع الضرر.
- يعد الشرط الجزائي كأداة ضغط على المتعاقد لحمله على تنفيذ التزامه فهو أداة علاجية.
- لا يستحق هذا الشرط إلا بعد عدم الوفاء بالالتزام الأصلي أو في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام.

- إن هذا التقدير من قبل أطراف العقد يجنب المتعاقدين التقدير القضائي الذي قد يأخذ مدة طويلة أمام القضاء مما يعطل مصالح الأطراف.

ولاستحقاق الشرط الجزائي ينبغي توفر الشروط التي لا تختلف عن الشروط العامة المقررة للمسؤولية العقدية وهي الخطأ في جانب المدين الذي يعد مفترضا بمجرد عدم التنفيذ أو التأخر عن التنفيذ، ويمكن للمدين هنا أن يتخلص من المسؤولية الملقاة عليه بإثبات السبب الأجنبي⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بعنصر الضرر فأكد على ضرورة توفر هذا العنصر بموجب المادة 184 الفقرة 01 من القانون المدني⁽³⁾، فأكد المشرع على وجوب حدوث ضرر لإمكانية استحقاق التعويض المقرر وفقا للشرط الجزائي، فأكد على ضرورة إثبات المدين أن الدائن لحقه ضرر لكي يستحق التعويض المحدد مسبقا.

(1) - أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 275.

(2) - بن شنيطي حميد، " نظرية الالتزامات....." ، المرجع السابق، ص 299-300.

(3) - تنص المادة 184 الفقرة 01 من القانون المدني، لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

فينبغي على الدائن إعدار المدين بضرورة التنفيذ، والفائدة من تقرير الإعدار تكمن في كون ما يطبق على قواعد المسؤولية يطبق بشأن الشرط الجزائي كونه تعويضا عن عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، كما أنه لاستحقاق الفوائد التأخيرية لا يسري إلا بعد إعدار المدين⁽¹⁾.

فعلى سبيل المثال العامل الذي تم فصله لا يستحق التعويض إلا على المدة التي تغيب فيها عن العمل بعد فصله، بينما إذا التحق هذا العامل بعمل آخر وبأجر مماثل فلا مجال لإعمال مبدأ التعويض الكامل، ولكن يتم تقدير التعويض في حدود الضرر الحاصل للعامل، فمسألة عبء الإثبات في مجال الشرط الجزائي تقع على عاتق المدين بحيث يثبت هذا الأخير أن الدائن لم يصبه ضرر لكي لا يستحق التعويض نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه⁽²⁾.

فالدائن معفى من إثبات الضرر، كون هذا الأخير مفترض بوجود الشرط الجزائي وهذا يعد خروجاً عن القواعد العامة في التعويض حيث يقع على الدائن إثبات الضرر الذي لحقه لاستحقاقه للتعويض، بينما يعد الشرط الجزائي خروجاً عن هذه القواعد كون الدائن لا يكلف بإثبات الضرر ويستحق التعويض بمجرد الإخلال بالعقد.

إلا أنه لا يكفي لإعمال الشرط الجزائي الخطأ والضرر بل ينبغي توفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإن انتفت بأن كان الضرر راجعاً إلى سبب أجنبي فلا مجال للأخذ بالشرط الجزائي⁽³⁾، إلا إذا تم الاتفاق صراحة على تحميل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة⁽⁴⁾، ولا يعد ذلك مخالفاً للنظام العام كون هذا الشرط من قبيل التأمين لمصلحة الدائن ويتحمله المدين.

(1) - بن شنيته حميد، "الالتزامات...."، المرجع السابق، ص 302-303.

(2) - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 50.

(3) - نساخ فطيمة، "العقد الاجتماعي...."، المرجع السابق، ص 182.

(4) - طبقاً للمادة 178 من القانون المدني، "يجوز الاتفاق على أن يتحمل تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة".

فهو تعويض يتقرر في حالة عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ فيضاف شرط الإعذار لاستحقاق التعويض، مثلما نصت المادة 179 من القانون المدني: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

كما نجد تطبيق الشرط الجزائي حتى في عقود العمل كون هذه الأخيرة تعد المجال الخصب لتطبيق مثل هذه الشروط، حيث نجد معظم عقود العمل التي تربط العمال بأرباب العمل تكون متضمنة لتعويضات تستحق عند فسخ عقد العمل، بحيث يتم تحديد التعويضات مسبقا في شكل شرط جزائي، مما يستدعي تدخل القاضي للحد من مغالاة هذا الشرط خاصة إذا كان لا يتناسب مع الضرر الذي أصابه بغية حماية العامل الذي قد يدفع مبلغ التعويض من مرتبه⁽¹⁾.

يتضح لنا من النصوص المنظمة للشرط الجزائي أن المشرع قد أضفى عليه صراحة الطابع التعويضي دون ذكره للطابع العقابي، كونه اشترط وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي طبقا للمادة 184 الفقرة 01 من القانون المدني التي تنص على: " لا يكون التعويض المحدد للاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر....."، كما أنه تم الإحالة في المادة 183 من القانون المدني على المواد الخاصة بتطبيق أحكام التعويض بمقابل على الشرط الجزائي⁽²⁾.

فاعتبار الشرط الجزائي تعويضا ليس للمدين الخيار بين أن ينفذ التزامه وبين أن يتصل منه إلا أن هذا التحديد للشرط الجزائي باعتباره تعويضا اتفاقيا بين طرفي العقد وخاصة مع اختلال توازن القوى وغياب المساواة العقدية يجعلنا نتساءل إن كان يمكننا اعتبار الشرط الجزائي شرطا تعسفيا خاصة إذا تم استغلال أحد طرفي العقد لمركزه وخبرته وقوته الاقتصادية لفرض شروط جزائية يكون الهدف من وراء فرضها الحصول على مزايا وتحقيق أرباح مادية واستغلال ضعف الطرف الضعيف سواء كان مستهلكا أو عاملا، بحيث

(1) - نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 103-104.

(2) - أنظر المواد 176، 178، 177، 179، 180، 181، من القانون المدني.

يتحول الهدف التعويضي للشرط الجزائي إلى وسيلة ضغط وتهديد واستغلال وتعسف على حساب الطرف الضعيف، مما يؤدي لتحويلها إلى شروط تعسفية واختلال التوازن العقدي، وعلى هذا الأساس يمكن تفسير إرادة المشرع في السماح للقاضي الموضوع بالتدخل من أجل تعديل الشرط الجزائي إلا أنه حسب رأينا أن النص صريح بحيث يجيز للقاضي التدخل للإنفاذ من مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق كما له الحق في إثارة مسألة مخالفة للنظام العام، فإن كان الشرط مخالفا للنظام العام خاصة الحمائي أثار المسألة وعدل من قيمة هذا الشرط.

المبحث الثاني: تدخل القاضي لتعديل العقد: فيه تقييد لحرية التعاقد

نظرا للتطورات التي طرأت على العقد بحيث أدت إلى إحداث ثغرات بين أطرافه فلم يعد المشرع وحده قادرا على الإلمام بكل ما يدخل في النظام العام، فيتدخل القاضي بواسطة السلطة التقديرية الممنوحة له لحماية ما يعتبر من النظام العام.

بعيدا عن الحالات التي يتدخل فيها المشرع بموجب نصوص قانونية، تقع على عاتق القاضي مهمة تحديد عناصر النظام العام، بحيث يقوم بإجراء مطابقة مع ما يدخل في مجال المصلحة العامة، وتقيده بالآداب العامة السائدة في مجتمعه وابتعاده على معتقداته الشخصية.

وعليه يمكن للقاضي أن يتدخل بواسطة سلطته لإعادة التوازن المفقود من خلال الأحكام الواردة في القواعد العامة (المطلب الأول)، إلا أنه بغرض تحقيق كفاية هذه القواعد لتقرير الحماية المطلوبة يمكن له التدخل لتطويع هذه القواعد وجعلها تتلاءم مع طبيعة هذا الطرف الضعيف لتنسجم أكثر مع أهداف النظام العام الحمائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تدخل القاضي في تعديل العقد لإعادة التوازن المفقود

الأصل أنه لا يجوز لغير المتعاقدين المساس بالعقد طبقا لقوته الإلزامية التي يتصف بها، فلا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد والالتزامات التي رتبها عليه بإرادته

المنفردة مع عدم إمكانيته إدخال تعديل على بنود العقد، كون العقد من وضع المتعاقدين فلا يملك أحد الحق في تعديله أو إلغائه إلا باتفاقهما.

ولا يجوز المنع من التدخل في العقد لتعديله أو نقضه على المتعاقدين فحسب، بل يشمل حتى القاضي، فهذا التوجه الذي تبناه المشرع يعكس مدى تأثره بمبدأ سلطان الإرادة وتقديسه لحرية التعاقد التي تعد الأصل في الشريعة العامة.

إلا أن المشرع أجاز للقاضي التدخل في العقد حماية للطرف الضعيف وإرجاعا للتوازن العقدي، وذلك من خلال بسط سلطته لرفع الغبن والاستغلال (الفرع الأول)، ومنح المدين المعسر أجلا للوفاء من خلال نظرية الميسرة (الفرع الثاني)، ورد الالتزام المرهق إلى حده المعقول من خلال نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الغبن الناتج عن الاستغلال ودوره في رفع اللاتوازن العقدي

تدخل المشرع لتنظيم الحماية المقررة للأطراف المتعاقدة عن طريق اعتماده للغبن رغبة منه في تكريس حماية للطرف المغبون بحيث يصلح ما يشوب العقد من اختلال في التوازن، وكنوع من الحماية المسبقة بحيث أراد إدخال في أذهان المتعاقدين أن أي عقد مختل معرض لإعادة التوازن يجعل من الأطراف تنفادي ما يؤدي إلى عدم استمرارية العقد لأن من مصلحة المتعاقدين بقاء العقد ساريا (أولا)، ولتدعيم الحماية خرج مشرعنا بتصوير جديد وخالف تصور المشرع الفرنسي واعتنق نظرية الاستغلال (ثانيا)، كما أجاز للقاضي وفقا للسلطة التقديرية التي يتمتع بها في رفع الغبن والاستغلال (ثالثا).

أولا- الغبن استثناءات محددة لكنها متنامية

يقصد بالغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، فهو يعد المظهر المادي للاستغلال فيتميز عن الاستغلال بشيئين جوهريين، الأول أنه لا يمكن تصور الغبن في التبرعات كون المتعاقد هنا يعطي ولا يأخذ، والثاني الغبن يقاس بمعيار مادي فينظر إلى

ما بين الأداءات المتقابلة من تفاوت القيمة المادية⁽¹⁾، فكما يصفه الفقيه ريبير RIPERT عندما قال: " مما لا شك فيه أن مسألة الغبن من المسائل الخطيرة التي تثيرها روابط القانون والأخلاق في العقد، إنها أيضا من أكثر الوسائل المعروفة بل ومن المحتمل أن تكون أكثرها استعصاء على الحل (2) ".

فلا يمكن تصور الغبن إلا في عقود المعاوضة، كما أن تقدير الغبن يكون وقت تمام العقد معنى ذلك قيمة ما يعطيه العاقد وقيمة ما يأخذ ينظر إليهما في هذا الوقت وينظر كذلك لتعادل القيمتين إذن، ففي حالة تغير هذه القيم فيما بعد، فلا عبرة لهذا التغير ولا يعد ذلك عيبا إذا كانت القيمتان متعادلتين وقت تمام العقد وتم اختلال التعادل بين المتعاقدين بعد ذلك، بالإضافة إلى كل هذا يصعب الاحتراز من الغبن، وعلى هذا الأساس فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا الغبن إلى فئتين: اليسير ما يمكن التسامح فيه كونه كثير الوضوح، والفاحش هو الجسيم الذي لا يجوز التسامح فيه⁽³⁾.

والغبن بمفهومه المادي هو الضرر الاقتصادي أو المالي الناتج للعقد بسبب انعدام التوازن في الالتزامات، والمشرع حدده تحديدا حاسبيا مما فيه حد من السلطة التقديرية للقاضي في مسألة تقدير الغبن⁽⁴⁾.

فيعد الغبن الأداة الأولى لمعالجة التفاوت بين الأداءات، وكذلك معالجة اختلال التوازن العقدي، فالمشرع حدد الغبن في بعض الحالات المحددة وهي:

01- الغبن في بيع العقار

نص المشرع على الغبن في بيع العقار في المادة 358 التي تنص: " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل،

(1) - عبد المنعم فرج الصده، " نظرية العقد، الجزء الأول....."، المرجع السابق، ص 425-426.

(2) - Ripert Gorge, " La règle morale dans les obligations civiles ", paris, 1944, p 06.

(3) - مصطفى العوجي، " القانون المدني، الجزء الأول...."، المرجع السابق، ص 421-422.

(4) - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 245.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع "، في هذا النص هذا المشرع حذو المشرع الفرنسي ولكن اختلف عنه فقط في حجم الاختلال، ومن خلال هذا كذلك يلحظ عليه أنه يحمي المشرع البائع دون المشتري متأثراً بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾: " الغبن لا يعيب الاتفاقيات إلا بالنسبة لعقود معينة أو بالنسبة لأشخاص معينين.....".

ولكي يتحقق هذا الغبن ينبغي أن يكون المبيع عقاراً، والسبب في فرض المشرع للعقار نظراً لقيمة هذا الأخير، كذلك أكد المشرع على صفة الطرف المغبون الذي يجب أن يكون البائع دون المشتري، بالإضافة إلى اشتراطه ضرورة تجاوز الغبن 5/1 من ثمن المبيع أي أن يكون فاحشاً أي يزيد عن 5/1 قيمة العقار المبيع وقت البيع⁽²⁾، وفي حالة تحقق هذه الشروط يجوز للطرف المغبون أي البائع رفع دعوى تكملة الثمن في أجل 03 سنوات من يوم انعقاد البيع.

إلا أنه يجب التنويه أنه يمكن أن يكون المشتري مغبوناً، كون أن الفلسفة التي يقوم عليها النظام العام المتمثلة في حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، تقتضي حماية طرفي العلاقة التعاقدية من الاختلال الحاصل، وهذا ما يظهر من نص المادة 90 من القانون المدني.

02- الغبن في عقد المقايضة

نص المشرع في المادة 415 من القانون المدني: " تسري على المقايضة أحكام البيع بالفدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشئ ومشترياً

(1)- L'article 1118, " La lésion ne vicie les conventions, que dans certains contrats ou l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section" , www.légifrance.gouv.fr

(2)- السنهوري عبد الرزاق، " نظرية العقد، الجزء الأول،....."، المرجع السابق، ص 455-465.

للشيء الذي قايش عليه"، فالمشرع كان صريحا في هذا المجال فأمد أحكام الغبن في بيع العقار وجعلها مطبقة على عقد المقايضة.

(03) - الغبن في القسمة

نصت المادة 732 من القانون المدني: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل المدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته"، فيمكن القول إن المشرع عالج اختلال التوازن في مجال القسمة إذا تعلق الأمر بتفاوت حقوق وليس التزامات الطرفين، فإذا لحق أحد المتقاسمين غبن جراء تفاوت القسمة جاز نقضها نظرا لأن القسمة ينبغي أن تقوم على مبدأ العدالة وتحقيق المساواة بين المتقاسمين.

وعلى خلاف الغبن في بيع العقار لا يكون محل قسمة عقارا ولا يكون التفاوت وعدم التوازن ناتج عن أحد عيوب الرضا بل يكفي أن أحد المتقاسمين لحقه غبن من هذه القسمة يزيد عن 5/1 والعبرة عند تقديره بقيمة الشيء وقت القسمة، مع إمكانية السماح لرافع دعوى نقض القسمة التي تمت بغير إجراء قسمة من جديد، فهذه الأخيرة ليست دعوى تكملة نصيب الطرف المغبون إلى 5/4 كما في المادة 358 من القانون المدني الخاصة بالغبن في بيع العقار وإنما هي إجراء قسمة جديدة⁽¹⁾.

(04) - الغبن ونقص الأهلية

المشرع أقر حماية ناقص الأهلية في قانون الأسرة، فتصرفات القاصر تخضع لنص المادة 83 من قانون الأسرة، كون تصرفاته موقوفة على إجازة نائبه، وفي القانون المدني

(1) - عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 91.

الحماية من الغبن مقررة كذلك للقاصر وهي محصورة فقط في العقارات، وهناك من يرى أن : " ناقص الأهلية يحتاج إلى هذه الحماية أيضا بالنسبة للتصرف في المنقولات ذات الأهمية ومن المستحسن أن يكون له الخيار بين طلب الإبطال أو المطالبة فقط برفع الغبن حفاظا على استقرار المعاملة، فإبرام ناقص الأهلية لعقود تكون الأداءات فيها غير متعادلة دليل قاطع على نقص النضج لديه⁽¹⁾"، وهذا يعد رأيا وجيها من أجل توسيع حماية التوازن العقدي كون أحكام الأهلية من النظام العام، أما إذا تعلق الأمر بعدم الأهلية فإذا دفع عديم الأهلية بغبن فإنه يخضع للحماية بصريح نص المادة 359 الفقرة 02 ".....وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز....."، والهدف من إقرار هذه الفقرة هو لحماية الطرف الضعيف ضد استغلال الطرف القوي مما يساهم في تحقيق التوازن العقدي.

ثانيا- الضعف النفسي قوام الاستغلال

أخذ المشرع بنظرية الاستغلال في المادة 90 من القانون المدني: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن " .

فيعد الاستغلال أمرا نفسيا بينما الغبن يعتبر مظهرا ماديا له، إذن فهو عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على منفعة

(1) - محمدي سليمان، " من أجل الإبقاء على الغبن في بيع العقار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، 2008، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، ص 200.

لا يقابلها مقابل من المتعاقد الآخر، أو تتفاوت مع هذه المنفعة بصفة غير مألوفة، فالاستغلال يقع في جميع التصرفات، والمعيار فيه هو شخصي وليس ماديا⁽¹⁾.
فالاستغلال يعد كآلية فعالة لضمان سلامة ونزاهة المعاملات والسماح بتكريس الأخلاق في المجال العقدي، وعلى هذا الأساس فالاستغلال لديه مظهران الأول مادي والثاني نفسي:

- المظهر المادي للاستغلال

باستقراء نص المادة 90 من القانون المدني نجد أن المقصود بالمظهر المادي هو التفاوت بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذاً لالتزاماته وما يأخذه من عوض مقابل ذلك⁽²⁾، وهو كذلك عدم التعادل أو التفاوت الفاحش أو غير العادي الذي يخرج عن المألوف في المعاملات⁽³⁾.

إذ يعتبر عدم التناسب قوام المظهر المادي للاستغلال الذي يكون في المعاوضات التي يتبين فيها التفاوت بين ما يرتبه العقد على كل طرف فيه من التزامات وما يمنحه من حقوق.

وعليه طبقاً للمادة 90 من القانون المدني فللتفاوت شكلان قد يكون ما بين التزامات المغبون وما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو بين التزامات المغبون والتزامات المستغل⁽⁴⁾.

(1) - بلحاج العربي، " النظرية العامة للالتزام في القانون، الجزء الأول..."، المرجع السابق، ص 127.

(2) - همام محمد محمود زهران، " الأصول العامة للالتزام نظرية العقد "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 174.

(3) - فيلاي علي، المرجع السابق، ص 205.

(4) - ويرى الأستاذ فيلاي علي، " أن المشرع اكتفى بوصف التفاوت دون تعيين مقدار حسابي له كما هو الأمر في حالات الغبن سواء في بيع العقار، أو عملية القسمة، ويرجع ذلك حسب رأيه إلى طبيعة العيب إذ العبرة بالدرجة الأولى هي بنفسية المتعاقد وبالقيمة الشخصية للأداءات وليس قيمتها الاقتصادية "، المرجع السابق، ص 205.

- المظهر النفسي للاستغلال

الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة هو ناتج عن حالة ضعف إرادة الطرف المغبون نتيجة ما أحاط بالمتعاقد من ظروف أضعفت حريته في الاختيار والتعبير الصحيح عن إرادته التي استغلها الطرف الآخر بقصد تحقيقه فائدة على حساب هذا الطرف المغبون⁽¹⁾، فيتجسد العنصر النفسي في مظهرين الأول يتجسد في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد، والمظهر الثاني هو استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف:

- الضعف النفسي

يعتد المشرع صراحة في المادة 90 من القانون المدني بحالتين هما، الطيش البين والهوى الجامح⁽²⁾:

- الطيش البين

عرفه الأستاذ العربي بلحاج على أنه الخفة الزائدة، والتسرع الذي يصحبه عدم التبصر وعدم الاكتراث بالعواقب، ويشترط في الطيش أن يكون بينا أي واضحا وظاهرا⁽³⁾.

- الهوى الجامح

عرفه الأستاذ بن شنياتي حميد على أنه الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبين ما هو لصالحه سواء انصرفت هذه إلى شخص أو لشيء⁽⁴⁾، فهذه الرغبة الشديدة تضغط

(1) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 176.

(2) - يعنى القانون المدني الألماني في المادة 138، بالحالات التالية، الحاجة، الخفة أو الطيش، عدم الخبرة، ويعنى القانون المدني السويسري بنفس الحالات في المادة 21، أما القانون اللبناني فيعنى بحالة الضيق والطيش وعدم الخبرة في المادة 124، وتنص المادة 125 من القانون المدني العراقي: "على إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه...."، وتنص المادة 159 من القانون المدني الكويتي: "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئه أو طيشا بينا، أو صغفا ظاهرا، أو هوى جامحا، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه.....".

(3) - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 131.

(4) - بن شنياتي حميد، "سلطة القاضي في تعديل...."، المرجع السابق، ص 33.

على إرادة المتعاقد المغبون مما يفقده حرية التصرف والاختيار فيفسد بذلك رضاه، ويجب أن تفوق شدة هذا الميول الحد المعقول بحيث يتمتع على الطرف المغبون دفعها أو تحملها⁽¹⁾. وعلى ضوء هذا المظهر النفسي للغبن أتى المشرع بمثل هذه الحماية المخصصة للطرف الضعيف الذي غبن في التعاقد بسبب طيشه أو هواه، إلا أنه يعاب على المشرع أنه حصر الاستغلال في حالتين الطيش البين والهوى الجامح، فكان عليه إضافة حالات أخرى مثل التشريعات المقارنة كعدم الخبرة وضعف الإدراك والحاجة الماسة لكي يكون شاملا لحالات الضعف النفسي الأخرى وتعد حماية فعالة للطرف الضعيف في العقد.

- استغلال ضعف المغبون

تشرط المادة 90 من القانون المدني أن يستغل المتعاقد هذا الضعف فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد، فاستغلال الضعف النفسي يقتضي أن يكون المتعاقد المستفيد من الضعف الذي يظهر على المتعاقد المغبون مع ضرورة انصراف إرادته إلى استغلال هذا الضعف قصد الحصول على فائدة⁽²⁾.

فبتوفر هذه الشروط يمكن للطرف المستغل (المتعاقد المغبون) سواء يطلب إبطال العقد أو الإنقاص من التزاماته، إلا أن التساؤل يطرح هل حقيقة تعد حماية فعالة للطرف الضعيف؟

يمكن القول إن المشرع قد سلك نفس التوجه الذي سلكته التشريعات الحديثة فأخذ بفكرة الاستغلال مع الإبقاء على بعض الحالات في الغبن المادي بمقتضى نصوص متفرقة، كما اعتبر المشرع الاستغلال عيبا في الإرادة ينطبق على سائر التصرفات، وهذا ما يتبين من نص المادة 90 من القانون المدني، لكن كان يستحسن من المشرع توسيع حالات الغبن لتشمل جميع العقود، خصوصا أن المشرع قد ضيق من دائرة الاستغلال باشتراطه في

(1) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 177-178.

(2) - دراج سعاد، المرجع السابق، ص 24.

العنصر النفسي أن يكون متعلقا بهوى جامع أو طيش بين قصد تحقيق التكامل بين نظرية الغبن والاستغلال في التشريع الجزائري.

وما من شك أن إقرار الغبن في كافة العقود خاصة مع ازدياد اختلال التوازن في مختلف العقود سيساهم حتما في ازدياد سلطة القاضي فيما يخص الشروط الجائرة في العقود(1).

يمكن القول إنه لطالما كانت نظرية عيوب الإرادة تشكل حماية إضافية لتحقيق العدالة في ظل حرية التعاقد، مع إمكانيتها علاج اختلال التوازن الناشئ عن رضا فاسد، فهي تعالج اختلال التوازن الموضوعي والتوازن الذاتي للعقد، فما هي إلا وسيلة لفرض احترام العدالة التعاقدية، ووسيلة يتدخل بها المشرع لحماية هذه الأخيرة، وتصب في نفس الهدف الذي تدخل به المشرع في إطار النظام العام الحمائي إلا أن النصوص المقررة لإعادة التوازن العقدي ليست من النظام العام رغم تضمنها لمنطق الحماية المقررة من قبل النظام العام الحمائي خاصة.

ثالثا)- سلطة القاضي في رفع الغبن الاستغلالي

يعد الجزاء المقرر للاستغلال من أنجع الجزاءات لتحقيق التوازن العقدي، فهو إما يتجسد في دعوى الإبطال، أو بتدخل القاضي لإعادة التوازن للعقد وذلك بتوقي دعوى الإبطال، بموجب دعوى الإنقاص.

01)- تقرير القاضي لدعوى الإبطال

أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية بناء على نص المادة 90 من القانون المدني في أن ينقص التزامات ضحية الاستغلال، أو يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد المغبون: "...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات

(1) - رياحي أحمد، " المجال المادي للغبن في العقود بين التوسعة والتضييق، دراسة مقارنة " ، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 03، 2010، جامعة شلف، ص 27.

هذا المتعاقد...."، فللطرف المغبون الاختيار بين رفع دعوى إبطال العقد أو دعوى إنقاص التزاماته، فإذا كانت التزامات الطرف المغبون متفاوتة ينقص منها، أما إذا كانت استفادة ضحية العقد ضئيلة مع المقابل الذي تحصل عليه المستفيد فالقاضي ليس له أن يزيد في التزامات المستفيد تجاه ضحية الاستغلال، والقاضي له أن يستجيب لهذا الطلب أو أن يقتصر على الإنقاص بناء على ظروف وملابسات القضية، فالمادة 90 من القانون المدني أقرت الحق في إبطال العقد بسبب الاستغلال ويترتب عليه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

هذا إذا لم يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد سواء كان تنفيذاً كلياً أو جزئياً، أما إذا تم التنفيذ كان للقاضي أن يحكم بتعويض الطرف الذي لا يستطيع استرداد ما أداه، فهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية، فإذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد، فللقاضي في ضوء ملابسات العقد أن يقضي بالإبطال إذا رأى أنه أحسن وسيلة لرفع الغبن وإزالة التفاوت، وقد يكتفي بإنقاص التزامات الطرف المغبون وإبقاء العقد إذا تبين له أن إجراء الإنقاص كاف لرفع الاختلال في التوازن.

(02) - توقي دعوى الإبطال

مما لا شك في أن الهدف ليس إصلاح الرضا وإلا اكتفى بالإبطال، ولكن المقصود هو إصلاح ما شاب العقد من خلل، وبذلك نرى أن مراجعة العقد هو خيار بين دعوى الإبطال أو الإبقاء على العقد مع إصلاحه وذلك بإعادة التوازن للالتزامات المتفاوتة وفي هذا الخيار خير ما يضمن التعادل الحقيقي بمراعاة الأوضاع الحقيقية بين المتعاقدين.

إن هذا الجزاء يعطي لنظام الاستغلال بعده الحقيقي، ويتضح الغرض من المادة 90 من القانون المدني المتعلقة بالاستغلال في إصلاح الجور التعاقدية، فإذا كان العقد يعاني من عدم توازن بين الالتزامات المتفاوتة إما في مقابل مبالغ فيه يتطلب الإنقاص أو مقابل ناقص وغير كاف يستلزم أن يرتفع لمقابل عادل، وهذا الحل يتلاءم مع عقود المعاوضة أما

عقود التبرع والتي لم ينص عنها المشرع صراحة كما رأينا فإن المنطق يكون إما إبطال العقد بناء على طلب المتبرع أو أن القاضي ينقص من المال المتبرع به وفقا للعدل وما هو مألوف التعامل به.

كما أن الحفاظ على استقرار العقد، والحقوق المكتسبة من طرف الغير ومراعاة لمصلحة المتعاقدين مما يترتب عن إبرام العقد من فوائد لكليهما، رتب المشرع حكما خاصا بالاستغلال وأعطى خيارا ممتازا للمستغل أو المستفيد، له الاختيار في أن يمارسه ويتمثل في توقي إبطال العقد إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، نصت المادة 90 من القانون المدني: ".....ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

إن هذا الحل استلهم من أحكام الغبن، فلقد أخذ المشرع هذا الحل من جزاء الغبن، وهذا ما يثبت أن ما يصبو إليه المشرع هو إعطاء العقد طابعه العادل بإصلاحه، وبهذا الحكم الوارد في المادة 90 من القانون المدني يتم ضمان استقرار العقد ودعمه، إذ لا يمكن تجاهل الأوضاع الحقيقية والواقعية للعقد والآثار المترتبة عنه.

أما في حالة الغبن المادي فقد أكد المشرع في نص المادة 91 من القانون المدني على أن يراعى في تطبيق المادة 90، عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود وهذه التطبيقات أوردتها المشرع على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ولا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها، ومن ذلك الغبن في بيع العقار، والغبن في قسمة العقار⁽¹⁾.

إلا أنه حسب رأينا يمكن القول إن الفقرة الأخيرة منحت للقاضي الإمكانية لتفادي إبطال العقد مما فيه حماية للطرف الضعيف وهو ما يتماشى مع منطوق الحماية المكرسة بالنظام العام الحمائي الذي يسعى إلى المحافظة على الإبقاء على العقد، نظرا لما يعرض

(1)- تنص المادة 358 والمادة 738 من القانون المدني.

القاضي قصد رفع الغبن وتوقي دعوى الإبطال فيعمل القاضي على تقدير الزيادة التي ترفع الغبن الفاحش، لكي تصبح متعادلة.

(03) - دعوى الإنقاص

تتمثل دعوى الإنقاص في طلب من كان ضحية الاستغلال رفع الغبن الفاحش أي الالتزام المتفاوت أو المفرط إلى الحد المعقول حسب نص المادة 90 الفقرة 01 من القانون المدني: "...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد...."، وهذا الحل يتفق ومصالحة الطرف المغبون، فليس من مصلحته إبطال العقد إذ أن المفروض أنه بحاجة لذلك العقد، وأيضا في مصلحة الغير وهذا منعا لاضطراب المعاملات وعدم استقرارها فحسب رأينا الانقاص من الالتزامات يعد أنجع.

والقاضي له أن يقتصر على الإنقاص حتى ولو طلب منه المغبون الإبطال، وخيار الإنقاص يعد أنسب إذ يتلاءم مع هدف المشرع قصد استقرار العقود مع المحافظة على التوازن والتعادل بين المتعاقدين⁽¹⁾، ويلاحظ على المشرع تفضيل مراجعة الثمن عن الإبطال وفق للمادة 90 الفقرة 02 من القانون المدني التي أجازت توقي دعوى الإبطال، إذا عرض القاضي ما يراه كافيا لرفع الغبن في عقود المعاوضة فقط مما ينبغي تعميم هذا الحكم على كافة العقود التي قد يشوبها غبن، مما يجعل هذا النص الوارد في القانون المدني فعالا، ولكن هذا لا يعني إحلال هذا المبدأ محل مبدأ حرية التعاقد بل يجب النظر إليه أو اعتباره استثناء إضافيا لتقييد هذا المبدأ، وهذه الاستثناءات يفرضها منطق النظام العام الحمائي⁽²⁾.

(1) - " ويعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد، فللقاضي إذن أن يحكم بالإنقاص من التزامات المغبون عوض الإبطال وفي اعتقادنا فإن الاختيار بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون هو أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، ففي ضوء الملابسات وظروف القضية قد يحكم بالإبطال لأنه أحسن وسيلة لرفع الغبن، وقد يكفي بإنقاص التزامات المغبون وإبقاء العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن"، فيلال علي، " الالتزامات..."، المرجع السابق، ص 214-215.

(2) - محمدي سلميان، " من أجل الإبقاء الغبن في بيع العقار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 01، 2008، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، ص 202.

ويمكن إعادة التوازن العقدي عن طريق دعوى الإبطال تأسيسا على إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرام العقد، ولكن إذا طلب المتعاقد المغبون الإنقاص من التزاماته فلا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد وعليه أن يحقق إعادة التوازن بقدر الإمكان بين أداءات المتعاقدين وذلك على أساس أحكام العدالة العقدية⁽¹⁾، وللتخفيف من صرامة الإبطال أجاز المشرع طبقا للمادة 90 من القانون المدني، للمتعاقد المغبون رفع دعوى الإنقاص حيث يلزم القاضي بها ولا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد وللقاضي سلطة تقديرية واسعة بشأن المقدار الذي يجب إنقاظه من الالتزامات لرفع الغبن مقيدا باعتبارات العدالة العقدية⁽²⁾.

وقد حددت المادة 90 من القانون المدني الجزاء الذي يطبقه القاضي في إحدى صورتين هما إبطال العقد أو تعديله، ولكن لم تمنح له سلطة التعديل على إطلاقها وإنما حصرتها في وسيلة واحدة وهي الإنقاص باستخدامه لكلمة "ينقص" غير أنها من جهة أخرى وسعت من سلطة التعديل التي يتمتع بها القاضي عندما أجازت للطرف الغابن أن يتوقى دعوى الإبطال التي يرفعها المغبون، إذا عرض زيادة في التزاماته ورأى القاضي أن تلك الزيادة كافية لرفع الغبن.

ويلاحظ على مسلك المشرع في تنظيمه لنظرية الاستغلال العديد من النقائص أهمها أنه حصر وضيق من نطاق حماية الطرف الضعيف إذ قرره على من كان في حالة طيش بين أو هوى جامع فقط، بالرغم من وجود حالات ضعف أخرى تستدعي الحماية وتدخل القاضي، كالحاجة الماسة والسذاجة وقلة الخبرة وضعف الإدراك، كما أن المدة التي منحها المشرع للمتعاقد المغبون وهي سنة من يوم إبرام العقد تعد قصيرة بالنظر إلى الضعف الذي يتصف به الطرف المغبون.

(1) - لحو خيار غنيمية، " محاضرات....."، المرجع السابق، ص 40.

(2) - Lahlou Kheiar Ghenima, " La protection du contractant faible....", op.cit, p 46.

وبالنسبة لدعوى الإنفاص تعد حماية للمتعاقد الضعيف الذي وجد في ظروف غير لائقة، فوفقا لما نص عليها المشرع في المادة 90 من القانون المدني، للقاضي سلطة واسعة فله أن ينقص الالتزامات المتفاوتة إلى الحد الذي يراه كافيا لرفع الغبن والكافي لجعل الالتزامات المتقابلة عادلة، والمقصود ليست المساواة التامة ولكن ما يقضي به العدل والتعامل المسموح به.

فكان الأجدر بالمشرع تعديل هذه المادة بجعلها أمرة، مع جعل سلطة القاضي على سبيل الوجوب لأن الهدف من وراء هذه المادة تحقيق التوازن العقدي ولن يتحقق ذلك إلا بجعلها من النظام العام الحمائي لتفعيل الحماية المكرسة في ظل القواعد العامة خاصة وأن مثل هذه الحماية لا نجدها في القواعد الخاصة.

ورغم ما للقاضي من سلطة تعديل الالتزامات المتقابلة إلى الحد المعقول، فإن هذا لا يسمح له أن يرفع أو يزيد من التزامات المستفيد من الاستغلال، بل هذا متروك لحرية المستفيد إذا عرض من تلقاء نفسه ما يراه القاضي كافيا لإحلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة بخلاف المشرع الكويتي عما جاء في المادة 90 من القانون المدني، إذ أنه جعل الجزاء متميزا وذلك أن أعطى للقاضي سلطة زيادة التزامات الطرف المستفيد المستغل وهذا بنص المادة 159 كويتي: "...كان للقاضي، بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقا للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في الالتزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد"، أما المشرع الجزائري فاكتفى بجعل مكنة إعادة التوازن بيد الطرف المتضرر أولا في تقرير مصير العقد ثم للطرف الآخر توقي دعوى الإبطال ويعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الاختلال مما فيه حماية للعقد ومحافظة على توازن مصالح الأطراف المتعاقدة.

كما تختلف مدة رفع دعوى الاستغلال على ميعاد رفع دعوى الغبن إذ نصت المادة 90 من القانون المدني: "...ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة...."، فالمشرع حدد وجوبا فترة زمنية لرفع دعوى الغبن مما فيه حماية

للطرف المغبون إلا أنه قيده بمدة زمنية قد لا يكتشف فيها أنه وقع في غبن مما ينبغي تعديل مدة رفع دعوى الغبن.

إن طبيعة هذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، والفرق بين الاثنين أن ميعاد السقوط لا يرد عليه وقف ولا إنقاص، وطبيعة هذه المدة تخص الغبن الذي أثارته المادة 358، والمادة 732 من القانون المدني، فبانتهاء السنة تصبح دعوى الاستغلال غير مقبولة، وقد يكون المشرع قد أخذ بهذا الميعاد لاستقرار المعاملات، وهذا مبرر غير منطقي إذ أن اقتصار دعوى التقادم على سنة واحدة تجعل دعوى الاستغلال عديمة الجدوى، وبهذا المشرع لم يهتد إلى الحل السليم فكان من الأجدر أن يأخذ بنفس ميعاد عيوب الرضا، لأن هذا الأجل القصير يجعل الحماية مستحيلة.

والغريب أن بدء ميعاد رفع الدعوى يبدأ من يوم انعقاد العقد والمفروض والأقرب إلى المنطق أن يبدأ الميعاد من وقت انتهاء الأسباب التي أدت إلى الاستغلال، فلو فرضنا أن الظروف التي أدت إلى إبرام العقد أي الحالة التي استغلت بقيت أكثر من سنة فإن ضحية الاستغلال يفوته حقه في الطعن في العقد.

كان الأجدر بالمشرع أن يعطي للطرف المغبون حقا في رفع الدعوى متى تخلص من الظروف التي دفعته لأن يبرم عقدا يتنافى ومصالحته، فإذا كان لا يزال في هذه الظروف غير الملائمة فإنه لا يتسنى له المطالبة بحقه إذا انقضت مدة سنة من وقت إبرام العقد، فهذه الحلول تتلاءم مع هدف الحماية التي تخولها نظرية الاستغلال وإلا ما الفائدة من النص الذي لا يعطي متسعا من الوقت لفرصة المتعاقد الضعيف في أن يباشر حقه.

يبدو أن سلطة القاضي في نظرية الاستغلال أوسع نطاقا من سلطته في مجال الغبن المادي، بحيث في حالة الغبن غير الناتج عن استغلال، فسلطة القاضي مقيدة سواء من حيث الحالات التي يعتد فيها بالغبن أو من حيث تقديره بشكل حسابي، ومن ثمة يستبعد

الغبين المجرد من مجال سلطة القاضي في تعديل العقد⁽¹⁾، لكون المشرع حدد حالات استثنائية وردت في القانون المدني على سبيل الحصر⁽²⁾، ومن ضمنها الغبن في بيع العقار فهو سبب لتكملة الثمن إلى 5/4 من قيمة العقد وذلك متى توافرت شروط الطعن في الغبن، أما بشأن عيب الاستغلال فالقاضي له سلطة تقديرية لمعرفة ما يعتبر التزامات غير متوازنة، كما أن العنصر المعنوي الطيش البين والهوى الجامح، يخضع هو الآخر لسلطة القاضي التقديرية، كما يدخل في هذه الأخيرة الاختيار بين إبطال العقد وإنقاص التزامات المتعاقد المغبون.

ومن ثمة يمكن القول إن الغبن يعد وسيلة من الوسائل التي تمكن القاضي من المحافظة على بقاء العقد بتحقيقه للتوازن العقدي إلا أن المشرع لم يجعل أحكامه من النظام العام رغم أن منطوق الحماية المكرس بموجب المادة 90 و91 من القانون المدني، يهدف لحماية الطرف الضعيف ومن ثمة يحيد لو كانت هذه النصوص من النظام العام الحمائي لتزيد من فعالية الحماية المكرسة بموجب قواعد القانون المدني خاصة وأننا لا نجد مثل هذه الحماية مكرسة بموجب قوانين خاصة بحماية الطرف الضعيف.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إعادة النظر في بنود العقد

منح المشرع للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقد لمقتضيات حماية الطرف الضعيف بعدما كان العقد من صلب اهتمامات المتعاقدين فقط، ولكن مع ازدياد الهوة بين الطرف الضعيف والطرف القوي أدى ذلك إلى السماح له بتعديل الشروط التعسفية (أولاً)، كما خول له المشرع الحق في تقرير الجزاءات الملائمة عند تضمن العقد لشروط تعسفية (ثانياً)، ولن يتوقف هذا التدخل على الشروط التعسفية فقط بل امتد إلى تعديل الشرط

(1) - بن شنتي حميد، " سلطة القاضي...."، المرجع السابق، ص 29.

(2) - فيلاي علي، " الالتزامات...."، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 213.

الجزائي (ثالثا)، ومنحه سلطة منح المدين المعسر أجلا للوفاء لتحقيق التوازن العقدي (رابعا).

أولا) - سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي لشروط العقد

في غير الحالات التي تدخل فيها المشرع بواسطة قواعد من النظام العام الحمائي، وحدد قائمة بالشروط التعسفية تمنح للقاضي السلطة في تقدير الطابع التعسفي للشرط ويجد القاضي أساس تدخله هنا، وفق القواعد التي تحكم تأويل العقد، ويمكن أن نلخص هذه القواعد فيما يلي:

01) - العبارة الواضحة في العقد تمنع التأويل

نصت المادة 111 الفقرة 01 من القانون المدني على أنه: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين....."، ويرى الأستاذ علي فيلاي أن الوضوح الذي قصدته الفقرة هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده، وليس عبارة بالذات أو بندا على حدة، فقد يكون البند واضحا في ذاته ولكنه متناقض مع بند آخر ومن ثمة وجب النظر في العقد كوحدة متصلة بعضها ببعض ومتكاملة الأحكام⁽¹⁾، وهذا بطبيعة الحال تماشيا مع النسق العام للقانون المدني الذي لا يجيز التدخل في العقد إلا استثناء⁽²⁾.

(1) - فيلاي علي، "الالتزامات...."، المرجع السابق، ص 408.

(2) - وقد أكد القضاء هذا المبدأ من خلال القرار الذي جاء فيه: " ولما كان عقد البيع معلقا على شرط الحصول على رخصة التجزئة من السلطات الادارية، فإن القضاة ملزمون بهذا الشرط الصريح، وليس لهم أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة، لا سيما عندما اعتبروا أن رفض الوالي للرخصة غير مبرر، إذ ليس لهم الحق في مراقبة القرارات الإدارية"، قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 33528 الصادر بتاريخ 1985/04/03، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 486.

02- العبارة الغامضة في العقد تستدعي التأويل

نصت المادة 111 الفقرة 02 من القانون المدني على أنه: "...أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

فإذا كانت عبارة غامضة بأن كانت مبهمة أو تحمل أكثر من دلالة، أو هي واضحة في حد ذاتها غير أنها متعارضة مع عبارات واضحة أخرى⁽¹⁾، أو كان مضمون بعض العبارات يتناقض مع الأحكام الكلية للعقد، أو من خلال إغفال المتعاقدين لبعض التفاصيل⁽²⁾، فهنا يجوز للقاضي التدخل وتأويل العقد، ويكون ذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي لعبارة العقد، وعلى القاضي أن يستهدي في ذلك بطبيعة التعامل، والعرف الجاري في المعاملات.

03- تفسير الشك لصالح الطرف المدّعن دائما كان أم مدينا

إن حالات الغموض في عبارات العقود وبنوده تكون في كثير من الأحيان مقصودة من الطرف القوي في العقد، لامتنانها كوسيلة احتيالية لتمرير وفرض بعض البنود التعسفية، وهنا نجد أن المشرع من خلال قواعد النظام العام الحمائي قد وجه القاضي نحو ضرورة تفسير الشك في العبارة الغامضة لمصلحة الطرف المدّعن دائما كان أم مدينا، وهو ما نصت

(1) - وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه: " وحيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يظهر أن قضاة المجلس قاموا بتفسير العقد العرفي على ضوء ما جاء في المادة 111 من القانون المدني التي تجيز تأويل العقد إذا كان هناك محل للتأويل، وهذا هو الحال في هذه القضية ذلك أن العقد العرفي المؤرخ في 1989/10/05 يحتوي على غموض إذ نص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه...."، قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف 149300، بتاريخ 1997/07/23، المجلة القضائية، العدد 02، 1997، ص 51.

(2) - وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه: " حيث إن أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك، أما بالنسبة لطرفي البيع فالعبرة هي بما اتفق عليه الطرفان، وبما أن العقد لم يشر إلى الرسم فالأمر أصبح موكلا للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة "، قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 31315، الصادر بتاريخ 1983/04/13، المجلة القضائية، العدد 01، 1990، ص 19.

عليه المادة 112 الفقرة 02 من القانون المدني: "...غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

يعد هذا النص استثناء عن القاعدة التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين المنصوص عليها في المادة 112 الفقرة 01 من القانون المدني: "يؤول الشك في مصلحة المدين"، فيجب إذن أن يكون الشك دائما في مصلحة الطرف المذعن ولو كانت له صفة الدائن، فإذا قام مثلا الشك حول ما إذا كان الشرط الجزائي مستحقا في حالة تأخير تنفيذ الالتزام أو عدم التنفيذ فقط، فإن مصلحة الطرف المذعن تقتضي استحقاق الشرط الجزائي حالة عدم التنفيذ دون حالة التأخير⁽¹⁾.

فعندما تستدعي الحاجة ينبغي النظر إلى كل شرط من شروط العقد على حدة عندما تقوم الحاجة إلى تفسير أي منها، فإذا قام الشك فسر هذا لمصلحة الملتزم بخصوص الشرط الذي شابه غموض⁽²⁾.

مما يدل على اهتمام النظام العام الحمائي بحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، ومنع أي غموض من شأنه أن يحمل في طياته شروطا تعسفية مجحفة في حقه، فيمكن القول إن السلطة الممنوحة للقاضي في ظل قواعد القانون المدني تعد خروجاً عن المؤلف إذ أن القاضي يستطيع تعديل الشرط ولو كانت عباراته واضحة، فوضوح العبارة لا يمنع التعديل ما دام قد شابه الطابع التعسفي، فالغموض ليس شرطا للتعديل بل صفة التعسف إذا اقترنت بأي جانب من العقد فإنها تخضع لسلطة القاضي، أما الشرط الغامض فيفسر عند الشك لصالح الطرف المذعن وهذا ما قصدته المادة 112 الفقرة 02 من القانون المدني.

فيلزم القاضي عند قيامه بتفسير بنود العقد بالأخذ بعين الاعتبار عدة أمور تتمثل في:

- تغليب الشروط الجوهرية على الشروط القانونية عند التعارض،

(1)- السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط....."، المرجع السابق، ص 616.

(2)- عبد الحكم فوده، " تفسير العقد، في القانون المدني المصري والمقارن"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 250.

- الاعتداد بالإرادة الضمنية اللاحقة الناسخة للإرادة الصريحة السابقة،

- الحد من شروط الإعفاء أو تقييد المسؤولية،

- تفسير الشك لصالح الطرف المذعن سواء كان دائنا أم مدينا⁽¹⁾.

غير أنه يجب التنويه إلى أمر مهم إذا تضمن العقد الذي يكون أحد أطرافه ضعيفا جديرا بالحماية شرطا يكون أصلح من نص التشريع الحمائي وكان أفضل له فوجب العمل به، إذن يمكن القول إن القاضي عند تقديره للشروط التعاقدية ينبغي عليه أن يضع نصب أعينه مصلحة الطرف الضعيف في هذا العقد وهذا هو الهدف من وراء السماح لقواعد النظام العام الحمائي للتدخل في العقد الذي يحكمه مبدأ سلطان الإرادة، فالأخذ بالشرط الأفضل للطرف الضعيف سيقود حتما القاضي إلى رقابة العقد باستبعاده للشرط الأقل فائدة للطرف الضعيف.

فالقاضي يفسر العقد ويستعين في هذا التفسير بالنظام العام والآداب الحميدة كفكرتين مرنتين، يمكن أن يشكلهما طبقا لمقتضيات الزمان والمكان، إنه بذلك يستطيع أن يصل إلى تفسير العقد وفق فكرة النظام العام أو الآداب الحميدة، كون ما لا يتفق مع مفهوم هذا الأخير يضر بمصلحة الطرف الضعيف، مما يجب أخذها بعين الاعتبار قصد التخفيف في التزامات المتعاقد المتضرر من التغير أو زيادة التزامات المتعاقد الآخر، فعن طريق تفسير العقد يستطيع القاضي أن يستنتق بنوده ويستكشف منها الالتزامات الضمنية ومد نطاق الالتزامات المتفق عليها صراحة، كما يستطيع على الجانب الآخر أن يقيد من مدى بعض الشروط على نحو يخرجها عما تقتضيه ألفاظها أو روح الاتفاق أو حتى يتجاهلها كلية⁽²⁾،

(1)- محمد مصطفى غازي زيدان، " دور القاضي في تحقيق التوازن في عقد العمل، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 103.

(2)- Gérard Farjat, " L'ordre public économique...", op.cit, p 171.

كما تستند قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن على اعتبارات العدالة المتمثلة في محاولة حماية الطرف الضعيف لتحقيق التوازن العقدي⁽¹⁾.

ثانياً) - سلطة القاضي في تقرير جزاءات على الشروط التعسفية

إن ما يميز الطابع الحمائي لقواعد النظام العام عن نظيرتها القواعد القانونية الأخرى هو الجزاء الصارم الذي تفرضه على كل من يخالف أحكامها، فالإلى جانب الجزاء المدني أقر جزاء جزائي في ظل القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف تعد أكثر صرامة لضمان الحماية.

نتيجة الجدل الفقهي الذي ثار حول طبيعة عقود الإذعان، استدعى الأمر تدخل المشرع بنصوص خاصة لمعالجة أهم أشكال عقود الإذعان كعقد التأمين وعقد الاستهلاك وعقد العمل، فلم يعد رب العمل حراً في تحديد الأجر وساعات العمل، بل يتعين عليه أن يضمن عقده شروطاً معينة تتفق مع الأحكام الآمرة لنصوص قانون العمل، كذلك عقد التأمين لم يعد الأمر متروكاً لحرية شركات التأمين ونفس الشيء بالنسبة لعقد الاستهلاك فلم تعد هذه العقود متضمنة لشروط تعسفية مجحفة في حق الطرف الضعيف وذلك بسبب تدخل القاضي لمراقبة العقود من هذه الشروط ليضمن تلاؤم أحكام هذه القوانين الآمرة مع مقتضيات النظام العام⁽²⁾.

(1) - مقني بن عمار، " قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن مظهر من مظاهر الحماية القانونية للأطراف المستضعفة "، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد 10، 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ص 162.

(2) - فوده عبد الحكم، " تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، الإسكندرية، 2004، ص 337.

01- الجزء المدني المكرس في القانون المدني

لم يتطرق المشرع للجزء المدني في القانون رقم 04-02 رغم تناوله للشروط التعسفية، وإنما نص عليه في القانون المدني بموجب المادة 110 منه، ومن أجل ذلك اختلفت الآراء حول جواز تطبيق هذه المادة.

فهناك من يرى عدم جواز تطبيقها وسكوت المشرع عن النص على الجزء المدني في القانون رقم 04-02 ليس دلالة على تطبيق المادة 110 من القانون المدني، كون الشروط التعسفية المحدد في القائمة بموجب القانون رقم 04-02 لا يملك القاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، بينما بموجب المادة 110 من القانون المدني يتمتع بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي بالإبقاء عليه أو الإغفاء منه، وتدخله بموجب هذا النص جوازي وليس وجوبياً⁽¹⁾.

كما أضاف الأستاذ بودالي بأن النقص الوارد في القانون رقم 04-02 هو نقص ينبغي استكمالها بالنص على بطلان الشروط التعسفية صراحة، وبقاء العقد صحيحاً، إذا أمكن له أن يستمر قائماً دون تلك الشروط الباطلة⁽²⁾.

إلا أننا نرى إمكانية تطبيق القواعد العامة كجزء على الشروط التعسفية، ذلك أن وجود قانون خاص لا يمنع من اللجوء إلى القانون العام خاصة أن المشرع كرس حماية في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وأتبعه بقوانين خاصة لتفعيل الحماية ونظراً لعدم كفاية الحماية المكرسة في القانون المدني، وفي حالة السكوت أو الفراغ القانوني يصبح تطبيق المادة 110 من القانون المدني على عقد تم إبرامه بين المستهلك والمتدخل وبين العامل ورب العمل بطريق الإذعان وتضمن شروطاً تعسفية.

فالشرط المخالف لقانون العمل يقع باطلاً كون أحكام قانون العمل تعد أمراً ومن النظام العام، لكن إذا كانت هذه الشروط المخالفة لأحكام قانون العمل فيها فائدة وتحمي مصالح

(1) - بودالي محمد، " الشروط التعسفية في العقود...."، المرجع السابق، ص 102-103.

(2) - مرجع سابق، ص 103.

العمال فإن هذه الغاية تحتم الاعتراف بصحة الاتفاقات والشروط المخالفة لتلك الأحكام إذا كان من شأنها توفير حماية أكبر للعامل سواء ورد في عقد عمل فردي أو في عقد عمل جماعي⁽¹⁾، وهذا ما أكد عليه المشرع في القانون رقم 90-11، كما يقع باطلا الشرط المخالف للقانون، إنفاضا لحقوق العامل المقرر فيه، ويقتصر البطلان على الشرط دون العقد ذاته وباقي شروطه ويظل العقد قائما ملزما لطرفيه منتجا لكافة آثاره الأخرى، ومسألة تقرير ما إذا كان الشرط المخالف للقانون أفضل للعامل أم لا يعد مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، فهو ينظر إلى الظروف الموضوعية دون التقيد بوجهة نظر العامل أو صاحب العمل الشخصية، فإذا كان العقد المبرم عقد عمل جماعي فهو ينظر إلى صالح مجموع العمال دون البعض منهم، أما إذا ورد الشرط في عقد العمل الفردي فيتم تقديره بالنظر إلى مصلحة العامل المتعاقد⁽²⁾، فحسب تشريع العمل يمكن للقاضي استبدال البنود التي تضر بالعامل ببند أخرى من بنود الاتفاقيات الجماعية طبقا للمادة 118 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل: "تفرض على المؤسسة المستخدمة الأحكام الأكثر نفعاً الواردة في مختلف الاتفاقيات الجماعية التي اكتتبت بها هذه الهيئة أو انضمت إليها وتطبق على عمالها، إلا إذا كانت هنالك أحكام أنفع مضمنة في عقود العمل المبرمة مع المستخدم"، كما يعد خروجاً عن مصلحة العامل بما في ذلك اقتران بند عدم المنافسة بشرط جزائي يفرض على العامل حال الإخلال بشرط عدم المنافسة دفع تعويض مالي لا يتناسب وعملية الإخلال، إذ يجب أن لا يحمل الإتفاق شرطاً جزائياً مبالغاً فيه يجبر العامل على البقاء في مشروع رب العمل مدة أطول عن المدة المتفق عليها ولا يستطيع إنهاء

(1) - حسين عبد اللطيف حمدان، " قانون العمل، دراسة مقارنة "، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 117-120.

(2) - محمد حسين منصور، " قانون العمل "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 53.

علاقته، وكلما كان الشرط الجزائي مبالغاً فيه حكم القاضي ببطلانه بما يبطل معه شرط عدم المنافسة خاصة إذا كان تعسفياً(1).

كما يقع باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية: الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية، والشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخير كان لعذر مقبول، وكل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط، وشرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة، كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر وقوع الحادث المؤمن منه(2).

فالقاضي إذا عرضت عليه قضية من أجل الشرط التعسفي، فإذا كان الشرط يدخل ضمن الشروط المنصوص عليها في القائمة فهنا لا مجال لإعمال سلطته التقديرية حول مدى تعسف الشرط، وتبقى له السلطة فقط في تقدير الجزاء وفق نص المادة 110 من القانون المدني، أما إذا لم يكن الشرط مما نصت عليه القائمة فهنا يعمل القاضي سلطته التقديرية على تقدير تعسف الشرط، ثم تقدير الجزاء المناسب له، وهذا يعد منطقياً جداً وخاصة أنه يؤدي إلى نفس النتيجة التي كان من المفروض أن ينص عليها القانون رقم 02-04 وهي بطلان الشروط التعسفية وبقاء العقد صحيحاً، وهذا في انتظار تدخل المشرع والنص على الجزاء المدني صراحة في القانون رقم 02-04، فبالرجوع إلى القانون المدني ونص المادة 110 من القانون المدني إما أن يقضي القاضي بتعديل الشرط التعسفي التي يتضمنها عقد الإذعان أو أن يعفي الطرف المدعى من تنفيذها.

(1) - مهدي بخدة، " المسؤولية العقدية في علاقات العمل، دراسة مقارنة "، الأمل للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص 188-189.

(2) - أحمد أبو السعود، " عقد التأمين بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية شاملة "، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 211-212.

وإمعانا من المشرع في الحماية ضد الشروط التعسفية فقد قرر بطلان كل اتفاق يخالف حكم المادة 110 من القانون المدني، وعليه يقع باطلا كل اتفاق يهدف إلى حرمان الطرف المذعن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعديل أو الإغفاء من الشروط التعسفية لأن من شأن ذلك تشجيع الطرف القوي على إدراج ما شاء من شروط وتفريغ الحماية القانونية من محتواها(1).

طبقا لنص المادة 110 من القانون المدني، فإنه إذا كان العقد من عقود الإذعان، وتضمن شروطا تعسفية، فإنه يجوز للقاضي التدخل وذلك بتعديل هذه الشروط مع الإبقاء على العقد من أجل تحقيق التوازن نوعا ما بين أداءات الطرف المذعن الضعيف والطرف القوي، لأن هذه الشروط جوهرية قد تكون في العقد، كالثمن في عقد البيع أو بدل الإيجار في عقد الإيجار، أو العمل المؤدى في عقد العمل، فلو انصب الشرط التعسفي على أحد هذه العناصر فلا يمكن للقاضي الإغفاء منه كلية، فيكون التعديل هو الوسيلة المناسبة(2).

فيثور التساؤل حول جواز تدخل القاضي من تلقاء نفسه لتعديل الشرط التعسفي، بمناسبة دعوى تنفيذ أو دعوى فسخ، فوفق الاتجاه المضيق لسلطة القاضي في العقد باعتباره استثناء من مبدأ عدم جواز التدخل إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإنه يجوز ذلك بناء على طلب الطرف المذعن الضعيف وهذا ما قصده المشرع من المادة 110 من القانون المدني، التي تعد أحكامها من النظام العام الحمائي نظرا لما تصب في مصلحة الطرف الضعيف، إلا أن هناك من يرى ضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة إثارة التعديل من تلقاء نفسه تماشيا مع التشريعات الأوروبية(3).

لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هل تعتبر إرادة أطراف عقد العمل قيда على سلطة

القاضي في اللجوء إلى المقارنة التحليلية للشروط المتفق عليها في عقد العمل؟

(1) - بغدادي مولود، " حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص 90-91.

(2) - بن شنيبي حميد، " سلطة القاضي في... "، المرجع السابق، ص 46.

(3) - بودالي محمد، " الشروط التعسفية في العقود..... "، المرجع السابق، ص 59.

إذا أشار أطراف العقد سواء كان هذا العقد عقد عمل جماعي أم عقد عمل فردي إلى مجموعة من البنود التي تعد مرتبطة ببعضها وغير قابلة للتجزئة فلا شك أن القاضي لا يمكن له أن يتدخل للبت في هذه الشروط خاصة إذا كانت تمنح مزايا إضافية للعامل غير تلك المنصوص عليها في التشريع الخاص بعلاقات العمل كزيادة مدة الإجازة أو الراحة مثلا، إلا أن هذا لا يمنع بموجب السلطة التقديرية التي يتمتع بها في تقدير مدى مشروعية هذه الشروط فكأنه يمارس رقابة على هذه العقود التي يكون أحد أطرافها ضعيفا يتمثل في العامل، فتحديد ما إذا كان الشرط أكثر فائدة للعامل يعد مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع⁽¹⁾، فالمادة 110 من القانون المدني تنطبق على عقود الإذعان التي يكون فيها الطرف ضعيفا وكان الجدر به تعميم الحماية لكافة العقود وعدم قصرها على عقود الإذعان فقط.

كما يلاحظ على المشرع عند معالجته للشروط التعسفية في مختلف العقود أنه استعمل عبارات متعددة " كالإلغاء والإعفاء، ويعتبر لاغيا، والبطلان "، في حين استعمل المشرع الفرنسي عبارة " كأن لم يكن " وعبارة " غير مكتوب"، وهذه العبارات كلها تفيد كما يرى بعض الفقهاء معنى البطلان⁽²⁾.

وقد اختلف الفقه حول طبيعة البطلان المقرر كجزاء للشروط التعسفية، هل هو بطلان مطلق أم بطلان نسبي؟، وهل يكون البطلان كليا أي ببطلان العقد والشرط معا، أم يكون البطلان جزئيا، ببطلان الشرط وبقاء العقد؟.

فيرى جانب من الفقه أن المقصود بالبطلان هنا هو البطلان المطلق، لأن هذه المسألة تتعلق بالنظام العام التوجيهي، وأحكام البطلان النسبي لا تصب في مصلحة الطرف الضعيف الذي قد يتخوف من رفع دعوى قضائية لطلب البطلان لكثرة المصاريف مقارنة

(1) - صلاح محمد أحمد دياب، " مفهوم الشرط الأفضل، كصورة من صور حماية العامل في قانون العمل، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء "، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 68، 74.

(2) - عليان عدة، المرجع السابق، ص 314.

بقيمة السلعة أو الخدمة، ومن ثمة فقد سمح القانون للقاضي التدخل من تلقاء نفسه لتقدير مدى تعسف الشرط إذا لم يرد ضمن القائمة، كما يجوز لجمعيات حماية المستهلك رفع هذه الدعوى وهذه الأحكام تتلاءم مع أحكام البطلان المطلق وليس النسبي⁽¹⁾.

بينما يرى جانب آخر أن هذه المسألة تتعلق بالبطلان النسبي، فيرى الأستاذ غستان أن القانون هو من يحدد أبعاد البطلان والتي تنحصر من حيث المبدأ في الشرط التعسفي الذي يعتبر وكأنه غير مكتوب، وبالمقابل لم يحدد القانون فيما إذا كان البطلان مطلقاً أو نسبياً، ومادام الأمر يتعلق بنظام عام حمائي فإن البطلان لن يكون إلا نسبياً⁽²⁾.

واستند غستان إلى ما جاء به الأستاذ ريبير حيث يقول إذا كانت خاصية البطلان المطلق مبررة إزاء النظام العام الأخلاقي أو السياسي، فإن الأمر مختلف بالنسبة للنظام العام الاقتصادي، ففي بعض عقود الإذعان، مثل عقود التأمين والعمل فإن أغلب قواعد النظام العام لا تهدف إلا لحماية أحد الأطراف، ذلك الطرف الذي يوجد في حالة من الضعف فالأمر إذن يتعلق بحماية مصالح تبرر نسبية البطلان⁽³⁾.

كما يرى علي فيلاي أن بطلان العقد يخدم مصالح المتعاقد القوي وبالتالي تنتفي الغاية من وجود أحكام النظام العام الحمائي، لذلك فإن حماية المتعاقد الضعيف تقتضي إبقاء العقد لا بطلانه، مع إبطال الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه⁽⁴⁾، وقد يتم استبدال الشرط المخالف للنظام العام بالقانون⁽⁵⁾.

ويرى الأستاذ محمد بودالي أن تقرير البطلان النسبي للشروط التعسفية من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المستهلك من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل والتي لا غنى له

(1) - عليان عدة، المرجع السابق، ص 314.

(2) - Ghestin Jaques, " **Traité de droit civil, le contrat** ", L.G.D.J, paris, 1980, p 961.

(3) - Ghestin Jaques, " **Le contrat.....**", op.cit, p 927.

(4) - فيلاي علي، " **الالتزامات.....**"، المرجع السابق، ص 300.

(5) - كما هو عليه الحال في النظام العام الحمائي للعامل بحيث المادة 136 من القانون رقم 90-11 تنص على أنه: " يكون باطلاً وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون ".

عنها، فإن إعمال البطلان النسبي من شأنه أن يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائماً وبالتالي الاستفادة من السلعة أو الخدمة⁽¹⁾، والذي يبدو أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب إلى الواقع في ظل تشريعنا، فحسب رأينا يمكن تكييف هذا النوع من البطلان بأنه بطلان من نوع خاص يتناسب مع طبيعة الطرف المعني بالحماية، وبالإضافة إلى الحجج التي قدمها هذا الرأي يمكن اثباته بما يلي:

- إن معالجة الشروط التعسفية في عقود الإذعان هي من صميم النظام العام الحمائي، وليس التوجيهي، ذلك أن الأول هو الذي يهدف إلى حماية بعض الفئات الاجتماعية الضعيفة اقتصادياً واجتماعياً، ويكون هذا البطلان الذي يعد من نوع خاص جزاء له، أما الثاني فيهدف إلى تنظيم الاقتصاد الوطني وحماية المبادئ الأساسية والمصالح العليا للبلاد، ويكون البطلان هو الجزاء المناسب له⁽²⁾.

- إن أحكام البطلان المطلق طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني، لا تترتب إلا إذا تخلف ركن من أركان العقد، ومن ثمة لا يمكن أن نعتبر تضمين العقد لشروط تعسفي بمثابة تخلف ركن من أركانه.

- إن المشرع من خلال نص المادة 110 من القانون المدني، حين أجاز للقاضي التدخل حدد سلطته بتعديل الشرط أو الإعفاء منه فقط، دون أن يكون له الحق في القضاء ببطلان العقد ولو ثبت له أن الشرط على درجة كبيرة من التعسف.

- استند البعض من الرأي بأن الجزاء المناسب هو البطلان المطلق، بجواز التمسك به من طرف جمعيات حماية المستهلك، وبجواز تدخل القاضي للقضاء به من تلقاء نفسه، وردا على ذلك فإن المشرع لم ينص على هذه الإمكانية من خلال المادة 110 من القانون المدني، أما بالنسبة للقانون رقم 04-02 فالمشرع لم يصرح أصلاً بحق جمعيات حماية

(1) - بودالي محمد، " الشروط التعسفية في....."، المرجع السابق، ص 42.

(2) - فيلاي علي، "الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 300.

المستهلك للمطالبة بالبطلان لأنه لم ينص على الجزاء المدني، وإنما نص على إمكانية تأسيسهم كطرف مدني أمام القاضي الجزائي ليطلبوا التعويض عن الضرر الذي أصابهم.

وحتى ولو سلمنا بحق جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية المعترف بها قانوناً، من طلب بطلان شرط تعسفي في عقد إذعان، فلا يعد هذا خروجاً عن مبدأ عدم جواز التمسك بهذا النوع من البطلان الذي يعد من نوع خاص إلا لمن تقرر لمصلحته، الذي إما أن يكون الطرف المدعى شخصياً، أو من ينوبه أو من يمثله، على اعتبار أن هذه الجمعيات أنشئت قانوناً لتكون إلى جانب الطرف الضعيف وتقوية مركزه.

وعليه نخلص مما سبق أن البطلان المناسب كجزاء للشروط التعسفية هو بطلان من نوع خاص، كونه يعد بطلاناً جزئياً وليس كلياً، بحيث يتدخل القاضي فقط بإلغاء الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المدعى منه، مع الإبقاء على العقد إلا إذا كان هذا الشرط التعسفي شرطاً مؤثراً في بقاء العقد كأن يكون هو الدافع الباعث على التعاقد، فهنا يبطل العقد برمته لتخلف الباعث الدافع على التعاقد الذي يعد ركناً في العقد وهي حالات نادرة. ويعود للقاضي تحديد مدى أهمية البند غير المشروع ودرجة إحداثه للخلل في التوازن، فإذا بدا له العكس أي أن البند المذكور لا يحدث سوى خلل في العقد يبطل الشرط ويبقى على العقد كون بطلان العقد بكامله لا يشكل الجزاء الأكثر فاعلية⁽¹⁾.

فالمعالجة التي جاءت بها المادة 110 من القانون المدني لا تواجه المظاهر لدى المدعى بل تواجه مباشرة اختلال التوازن العقدي إذ استبق المشرع قواعد حماية الطرف الضعيف في العقد باعتماده نص المواد 110 و111 منذ 1975 وذلك بكيفيتين إما تعديل الشرط التعسفي، أو الإعفاء منه كلما كان الشرط يتميز بالجور المحدث للخلل من جراء التفاوت بين المتعاقدين اقتصادياً المؤدي إلى فرض عدم التفاوض هذا هو مبرر السماح لإعادة التوازن للعقد.

(1)-Boustani Mohammed, " La nullité partielle des contrats en droit libanais ", EL-ADEL, ordre des avocats, Liban, 1992, p 04-06.

نعتقد أن إمكانية تعديل الشروط التعسفية واستبعادها يعتبر من الأحكام الأكثر جرأة التي جاء بها المشرع وخص بها عقود الإذعان، فلقد أعطى للقاضي هذه السلطة متى تطلبت مصلحة الطرف المذعن ذلك.

أما بالنسبة لسلطة القاضي في الإلغاء فهي الأكثر قوة وخطورة من سلطة التعديل إذ بموجبها يستطيع القاضي تجاهل القوة الملزمة للعقد المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني التي تعد من النظام العام، ويقضي بإلغاء الشرط إذا ما وصفه بالتعسفي، فانتفاء صفة التعسف هي التي تلغي سلطة القاضي وتصبح مراجعة الشروط من قبيل التحريف، لكن الحماية تقتصر على فئة محددة هي عقود الإذعان فقط، وبهذا الحل يكون المشرع قد انتهج نفس الحل الذي اعتمده في الغبن بحماية فئة معينة من الاختلال.

نرى أنه يمكن للقاضي تحت فكرة النظام العام والآداب العامة أن يتدخل لتعديل أو إعفاء الطرف المذعن من الشروط الجائرة في عقود الإذعان والتي لم يتدخل في مناقشتها وإنما اقتصر دوره على التسليم بها رغم مساسها بحريته وتعطيلها للشروط الجوهرية في العقد، ولا يقف في سبيل ذلك وضوحها أو تحديدها إذ أن النظام العام ينبغي حماية مبادئه ويتم ذلك بتمكين القاضي للتدخل في العقد لتعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها بموجب المادة 110 من القانون المدني.

والملاحظ على نظرية عقد الإذعان أنها أضعف من أن تغطي حالات الضعف لدى الطرف الضعيف إذ أنها تتناول الضعف الاقتصادي فقط في حين أن نواحي الضعف تتعدى ذلك إلى الضعف المعرفي وعدم الخبرة وهذا ما لم تعتد به النظرية، ولا يمكن لفكرة الإذعان من إعطاء مفهوم خاص للطرف الضعيف ودورها في إقامة التوازن العقدي على الرغم من حصرها للفتاوت بين طرفي العلاقة العقدية في المجال الاقتصادي فحسب، فما مبرر عدم امتداد الحماية المنصوص عليها في المادة 110 لتشمل كل العقود؟.

كما لا يجوز التمسك بشروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية لمخالفتها للنظام العام، إلا أنه ونظرا للأضرار البالغة التي أضحت تسببها المنتوجات وخصوصا الجسدية

منها، فإنه ووفقا للرأي الراجح لدى شراح القانون المدني تعتبر هذه الشروط باطلة حتى ولو كنا أمام مسؤولية عقدية، لأن سلامة وصحة الأشخاص أصبحت تتعلق بالنظام العام الحمائي⁽¹⁾، وبالنظر إلى المشرع الفرنسي وفي ظل القانون رقم 78-23 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين⁽²⁾، نص على بطلان مثل هذه الشروط لأنها تضر بمصالح المستهلكين وخاصة في تعاملاتهم مع المحترفين، واعتبر هذه الشروط تعسفية وذلك بموجب المادة 35 من هذا القانون.

والأصل طبقا للمادة 178 من القانون المدني هو جواز هذه الشروط في مجال المسؤولية العقدية، وبطلانها في مجال المسؤولية التقصيرية كون أحكام هذه الأخيرة تعد من النظام العام عكس نظيرتها المسؤولية العقدية التي ترك المشرع للأطراف حرية تعديل قواعدها، إلا أنه وبمفهوم المخالفة لنص المادة 178 الفقرة 02 من القانون المدني فهذا الجواز ينصب على الأخطاء الشخصية اليسيرة فقط⁽³⁾، إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة بموجب القواعد الخاصة وأقر عدم إمكانية الاتفاق على تعديل أحكام الضمان، كونه يمكن اعتباره من الشروط التعسفية، إذا ورد في عقد من عقود الإذعان يقع باطلا ويجوز للقاضي تعديله طبقا للمادة 110 من القانون المدني، لكن المشرع بموجب هذه المادة لم يمكن القاضي من تقرير بطلان الشرط التعسفي مما يستدعي معه إعادة النظر في هذه المادة لتقرير حماية للطرف الضعيف لتصبح تعديل، أو إعفاء، أو بطلان الشرط التعسفي حسب درجة الإخلال المحدث في العقد بسبب هذا الشرط.

(1) - محمود جمال الدين زكي، "اتفاقات المسؤولية، دراسة مقارنة"، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 30، مارس، العدد 03، 1960، ص 560-561.

(2) - القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10/01/1987، المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين.

(3) - بودالي محمد، "مكافحة الشروط التعسفية...."، المرجع السابق، ص 94-95.

فالشروط التي تحد من المسؤولية العقدية عن الانتهاك بالالتزام بالسلامة خاصة عند تحقق الأضرار الجسمانية تعد باطلة⁽¹⁾، فالبند النافي أو المخفف للمسؤولية صحيح ويعمل به لإبراء ذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطأه غير المقصود، إنما ينحصر هذا الإبراء بالأضرار المادية دون الأضرار الجسدية لأن حياة الإنسان وسلامته الشخصية فوق كل اتفاق⁽²⁾، وهذا ما أولى له المشرع اهتماما عند حفاظه على مصلحة الطرف الضعيف سواء في القانون المتعلق بحماية المستهلك أو قانون العمل فالشروط التي تحد من المسؤولية العقدية تعد متناقضة مع طبيعة الالتزامات الأساسية التي تحمي الطرف الضعيف خاصة الالتزام بالسلامة والإعلام والضمان يقودنا حتما إلى تقرير بطلان مثل هذه الشروط والإبقاء على العقد، كونها تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي⁽³⁾.

كما تبع المشرع الجزائري المشرع الفرنسي بحيث اعتبر أن مثل هذه الشروط باطلة وذلك من خلال نص المادة 13 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي نص فيها على: ".....يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون مصاريف إضافية، يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة".

(1)– Marianne Faure Abbad, " **Le fait générateur de la responsabilité contractuelle** " , thèse de doctorat en droit, faculté de droit et des sciences sociales, paris, 2002, p 460-461.

(2)– العوجي مصطفى، " القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية "، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 125.

(3)–Clémence Mouly–Guillemaud, " **Retour sur l'article 1135 du code civil, une nouvelle source du contenu contractuel** " , L.G.D.J, paris, 2006, p 339.

فمنح للقاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لحماية الطرف الضعيف، لكن إذا كانت مبادئ العدل والإنصاف تسعى إلى إزالة التعسف وتحقيق التوازن الاقتصادي في العقد، ومن ثمة يستلزم أن يكون هذا التدخل إجباريا لأنه متعلق بالنظام العام الحمائي⁽¹⁾.

02- الجزء الجزائي في القواعد الخاصة بحماية الطرف الضعيف

ففي القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية نص المشرع بموجب المادة 38 على: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

ثالثا)- تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي

يرى الأستاذ DENIS MAZEAUD بأن الشرط الجزائي هو عقد ملزم لجانب واحد وطريق احتياطي أنشأ لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي تحت تهديد الجزاء وفي حالة عدم تنفيذ المدين للالتزامه فإنه يمنح للدائن سلطة فرض التنفيذ تحت عقوبة خاصة⁽²⁾، وعليه فالشرط الجزائي ما هو إلا اتفاق مسبق على تقدير قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه، أو التأخر في تنفيذه سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي، أو تم الاتفاق عليه لاحقا ونظمه المشرع في المواد 183، 184، 185، 187 من القانون المدني، فالقاضي يتدخل لتخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

(1)- إرزيل الكاهنة، " خصوصية النظام العام في قطاع التأمين "، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 07 و 08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 578.

(2)- Denis Mazeaud, " La notion de clause pénale " , tome 223, L.G.D.J, paris, 1992, p 396.

يتدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي بالتخفيض منه في حاليتين، في حالة ما إذا كان مبلغ الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وتقدير هذا الأمر متروك للقاضي وفي حالة ما إذا كان المدين قد نفذ جزءاً من التزامه وهنا سيكون التخفيض بنسبة الجزء الذي لم يتم تنفيذه بعد⁽¹⁾، وطبقاً للمادة 187 من القانون المدني إذا ثبت سوء نية الدائن بغرض إطالة النزاع عند مطالبته بحقه فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض فهذه المادة تمنع التنفيذ بسوء نية بغرض الإضرار بالمدين الحسن النية والضعيف.

يحفظ المشرع في الفقرة 01 من المادة 184 من القانون المدني مبدأ ثبات الشرط الجزائي، أما الفقرة 02 من نفس المادة التي تعد استثناء عن المبدأ تسمح للقاضي بالتدخل في العقد بتعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو النقصان، ويقع كل شرط على خلاف ذلك باطلاً، فالمشرع سمح بإعمال مبدأ سلطان الإرادة بالاتفاق على الشرط الجزائي، لكنه خوفاً منه من التعسف سمح للقاضي بالتدخل لإعادة النظر في قيمة الشرط الجزائي عن طريق إثبات المدين أن التقدير كان فادحاً إلى درجة كبيرة أو حينما يكون عدم التناسب بين مبلغ الشرط الجزائي ومبلغ التعويض المتوقع ينبئ على أن الدائن قد أراد في الواقع المضاربة على عدم تنفيذ المدين لالتزامه وليس دفعه إلى التنفيذ⁽²⁾.

فحينما يقوم القاضي بإعادة النظر في العقوبة المتفق عليها فإن مهمته تنحصر في منع الظلم والتعسف الظاهر واضعاً في اعتباره إرادة الأطراف ومصالحهم وحسن النية لتحقيق التوازن العقدي، فتعتبر أحكام الشرط الجزائي متعلقة بالنظام العام، معنى ذلك لا يجوز الاتفاق على حرمان المدين من التمسك بعدم استحقاق التعويض الاتفاقي في حالة

(1) - رشوان حسن رشوان أحمد، " أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 2004، ص 298.

(2) - عادل جبري محمد حبيب، " التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 383.

انتفاء الضرر أو طلب تخفيفه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي أو إذا كان تقديره مبالغاً فيه⁽¹⁾.

فحسب رأينا يتبين أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل مقدار الشرط الجزائي سواء بالزيادة أو الإنقاص متى توفرت الشروط المنصوص عليها قانوناً، وحتى تؤدي هذه السلطة بكيفية من شأنها رفع اللاتوازن منع كل اتفاق من شأنه أن يضر بمصلحة الطرف الضعيف، وهذا ما أكدت عليه المادة 184 الفقرة 03 من القانون المدني.

وبالنسبة لسلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي فالمشرع لم يتطرق لهذه المسألة وإنما تكلم عن التخفيض في حالة المغالاة في الشرط الجزائي، وفي حالة إثبات أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً بموجب المادة 185 من القانون المدني، لكنه تطرق إلى الزيادة بموجب المادة 561 من القانون المدني لما يضطرب التوازن الاقتصادي بين رب العمل والمقاول بموجب عقد المقاولة⁽²⁾.

ويمكن حصرها في حالتين هما:

- إذا كان مقدار الشرط الجزائي تافهاً لا يتناسب مع الضرر الفعلي،
- إذا كان مقدار الشرط لا يتناسب مع الضرر الناتج عن إخلال المدين بالالتزام الناتج عن خطئه الجسيم.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع تدخل في مجال الترقية العقارية في تحديد سقف عقوبة التأخير فحددها بـ 10% من سعر البيع المتفق عليه⁽³⁾، وحدد نسبة مراجعة سعر البيع في حالة وجود بند ينص على ذلك بـ 20%⁽⁴⁾، فالسلطة الممنوحة للقاضي لمراجعة الشروط

(1) - معوض فؤاد محمود، المرجع السابق، ص 325-326.

(2) - Lachachi Mohammed, op.cit, p 175.

(3) - المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 2013/12/18، المحدد لنموذجي عقد حفص الحق وعقد البيع على التصاميم، الجريدة الرسمية العدد 66، المؤرخة في 2013/12/25.

(4) - المادة 38 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 2011/02/17، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

الجزائية هو لتحقيق التوازن بين الضرر الذي لحق الدائن ومقدار التعويض المتفق عليه⁽¹⁾، فهذه السلطة الممنوحة للقاضي تهدف لتحقيق العدالة والمساواة التعاقدية.

فبموجب المادة 184 الفقرة 02 من القانون المدني خول المشرع للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي دون تحديد الطريقة التي يتم بها هذا الأخير، فسكوته تعبير ضمني بأن للقاضي سلطة تقديرية واسعة مستمدة من مبادئ العدالة، كما له الحرية الكاملة في ممارسة سلطته للتدخل في التعديل⁽²⁾، كما منحت هذه المادة للقاضي سلطة تقديرية واسعة إلا أنه يعاب عليها أنها ناقصة بحيث لم تحدد للقاضي العناصر التي يعتد بها سواء في التقدير أو التخفيض.

فالقاضي عند تقديره لا يتوقف على عنصرى الضرر والفائدة، بل يلجأ إلى البحث عن عناصر أخرى تتماشى مع مبادئ العدالة العقدية، فهو يبحث عن النية الحسنة أو السيئة للمدين، فإذا تبين للقاضي أن المدين كان سيئ النية في تنفيذه الجزئي للالتزام فإن المدين في هذه الحالة لا يستحق مقدار التعويض المتفق عليه كما لا يمكن للدائن الجمع بين التنفيذ العيني والتنفيذ بالمقابل، فالقاضي ملزم باحترام إرادة الأطراف في حالة الاتفاق على التنفيذ الجزئي، وبالتالي ملزم بالأخذ به كمرجع كما لا يمكن له القيام بعملية التخفيض إذا كان هناك فعلاً مبالغة كبيرة في مقدار التعويض.

أما بالنسبة للزيادة في مقدار الشرط الجزائي فنصت المادة 185 من القانون المدني لا يجوز للقاضي التدخل للزيادة في الشرط الجزائي كمبدأ ولكن الاستثناء قد خول له رخصة الزيادة في حالة ما إذا لحق بالدائن ضرر أكبر من التعويض المتفق عليه، وأن يكون هذا الضرر ناتجاً عن الخطأ الجسيم للمدين أو عن غشه، فالقاضي في مثل هذه الحالة يبحث عن النية الحسنة أو سوء النية، وهذه الأخيرة واجبة الإثبات ويقع عبء إثباتها على عاتق

(1) - إبراهيم سيد أحمد، " الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي، دراسة مقارنة فقها وقضاء"، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 73.

(2) - فاضل خديجة، " تعديل العقد أثناء التنفيذ"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2002، ص 97.

الدائن بحيث يجوز للقاضي التدخل بالزيادة في مقدار التعويض حتى يتساوى مع الضرر اللاحق بالدائن من جهة وتطبيق القواعد العامة المتعلقة بالتعويض من جهة أخرى⁽¹⁾، لكن يعاب على المشرع أنه قصر سلطة زيادة الشرط الجزائي على حالة غش المدين وخطئه الجسيم، فيكون بذلك قد قصر الحماية على المدين دون الدائن، ففي حالة ارتكاب المدين خطأ يسيرا ونجم عنه ضرر فادح فلا تعويض للدائن عن هذا الضرر ونكون أمام اللامعاقبة، عكس ما يهدف إليه تحقيق التوازن مما ينبغي معه تعديل أحكام المادة 185 من القانون المدني.

إلا أن سلطة القاضي هنا مقيدة وليست مطلقة، بحيث هذا التعديل وجد لحماية الطرف الضعيف ومن ثمة فلا يجوز للقاضي ممارسة سلطته في التعديل إلا إذا بلغ الشرط الجزائي درجة كبيرة من الارتفاع، أو الانخفاض مما يؤدي إلى إلحاق ضرر كبير بالطرف الضعيف وبالتالي خرق مقتضيات العدالة، كما يتقيد بمبلغ الشرط الجزائي في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي بحيث يقوم القاضي بالتخفيض إلى الحد المناسب مراعيًا مصلحة المدين والدائن⁽²⁾، ويتقيد بحسن النية الذي يفترضه طبقًا للمادة 107 الفقرة 01 من القانون المدني، أي أن المدين ملزم بتنفيذ التزامه الأصلي، كما يتقيد في ممارسة سلطته بناءً على طلب أحد المتعاقدين الذي يكون قد تضرر من عدم التناسب بين الضرر اللاحق به ومقدار التعويض⁽³⁾، فإن العديد من القيود التي تحد من حرية الأطراف تكون عن طريق الحد من مبلغ العقوبات التعاقدية⁽⁴⁾.

(1) - فاضل خديجة، " تعديل العقد...."، المرجع السابق، ص 100.

(2) - بن شنيته حميد، " سلطة القاضي...."، المرجع السابق، ص 81، 91.

(3) - فاضل خديجة، " تعديل العقد...."، المرجع السابق، ص 107.

(4) - Helleringer Ceneviève, " Les clauses du contrat essai de typologie ", L.G.D.J, ALPHA, paris, 2012, p 126.

لكن السؤال المطروح هنا طالما سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام، فهل يجوز للقاضي أن يقوم بالتعديل من تلقاء نفسه؟

فالقاضي عند تعديله للتعويض الاتفاقي يملك الزيادة في مقدار التعويض المتفق عليه حتى يعيد التوازن للعلاقة العقدية وذلك في حالة ما إذا جاوز خطأ المدين مقدار التعويض بناء على طلب الدائن إذا أثبت ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم يفوق حدود التعويض المتفق عليه، فالمشرع بمنح هذه السلطة للقاضي من أجل تحقيق التوازن العقدي ألا يحقق بذلك أهداف النظام العام، وأحسن دليل على ذلك الفقرة التي جعلت كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين يقع باطلا ما يدل على تعلق أحكام الشرط الجزائي بالنظام العام فهذا النص أمر إلا أنه كان على المشرع جعل سلطة القاضي وجوبية بتدخل المشرع لمنح الحرية للطرفين في إيراد شرط جزائي لكن مقابل ذلك قيد هذه الحرية بإعطاء القاضي سلطة مراجعة الشرط وإبطاله في حالة المغالاة فيه حماية للطرف الضعيف، فالقاضي ينظر إلى عدم التناسب الموجود بين قيمة الضرر الذي وقع وقيمة التعويض الاتفاقي ليخفف حينئذ التعويض إلى الحد المعقول⁽¹⁾، فلا بد من ممارسة القاضي لمثل هذه السلطة من تلقاء نفسه حتى تبلغ هذه السلطة غايتها الحقيقية وتجسد أهدافها⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالإنقاص في حال التنفيذ الجزئي للالتزام فلا بد أن يكون الالتزام قابلا للانقسام الذي يخضع لتقدير القاضي، لكن يعترض هذا الأخير أن المشرع في نص المادة 184 الفقرة 02 من القانون المدني، لم يبين الأساس الذي يتبعه لتقدير التخفيض، فالفقه يرى ضرورة أخذ القاضي بعنصرين أساسيين هما الضرر والفائدة، فبالنسبة للمادة 184 من القانون المدني تمنح استحقاق التعويض الاتفاقي في حالة انتفاء الضرر، أما فيما يتعلق بمعيار الفائدة فيكون على القاضي الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الدائن من جراء التنفيذ

(1) - عنترى بوزار شهيناز، " التعسف في العقود " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013، ص 84، 86.

(2) - سعداني نورة، " سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون الجزائري " ، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، أكتوبر 2015، كلية الحقوق، جامعة تيارت، ص 41.

الجزئي⁽¹⁾، فإذا ثبت أن التنفيذ الجزئي للالتزام لم يعد بالفائدة على الدائن فلا يقوم القاضي بالتخفيض⁽²⁾.

فحسب رأينا المشرع أكد على حماية المدين والدليل على ذلك هو عدم إمكانية الدائن مطالبته بقيمة التعويض إذا كان الضرر المحدد يفوق هذه القيمة فالمشرع يعتبر دائما المدين هو الطرف الضعيف في العقد، إلا أنه يعاب على المشرع الاعتراف للقاضي بسلطة تعديل الشرط الجزائي بصفة جوازية، فحبذا لو يتدارك هذه الهفوات لتكون القاعدة الحمائية أكثر فعالية.

فسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي من النظام العام طبقا للمادة 184 من القانون المدني، بحيث يبطل كل إتفاق بين المتعاقدين يقضي باستبعاد سلطة القاضي، كما يعد باطلا كل اتفاق بين المتعاقدين يتضمن استحقاق التعويض الاتفاقي حتى ولو لم يحصل ضرر يعتبر باطلا لمخالفته للنظام العام⁽³⁾، كما اعتبر المشرع التعويض الاتفاقي الذي من شأنه تشديد المسؤولية في حالة المبالغة في التقدير باطلا إذا كانت قيمة التعويض الاتفاقي تزيد عن قيمة الضرر بشكل مبالغ فيه بدرجة كبيرة، وكذلك في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي فإذا قام المدين بتنفيذ الالتزام جزئيا فلا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على اقتضاء كامل المبلغ المتفق عليه، الموجب للتعويض الاتفاقي لأن المشرع أعطى القاضي في الحالتين السابقتين سلطة في تخفيض التعويض الاتفاقي بناء على طلب المدين⁽⁴⁾.

إن المشرع أعطى للدائن الحق في المطالبة بزيادة قيمة التعويض الاتفاقي إذا كان أقل من الضرر الحاصل فعلا، في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشا أو خطأ جسيما،

(1) - نجاري عبد الله، المرجع السابق، ص 195.

(2) - بن شنيبي حميد، " سلطة القاضي..."، المرجع السابق، ص 90.

(3) - بورنان العيد، المرجع السابق، ص 61.

(4) - طبقا للمادة 184 الفقرة 02 من القانون المدني.

واعتبر ذلك من النظام العام وعليه يجب أن يمارس القاضي سلطته سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدين في الحدود المعطاة له قانونا.

كما منع المشرع على رب العمل بموجب المادة 78 من القانون المتعلق بعلاقات العمل، من استعمال التعويض الاتفاقي الذي يأخذ شكل غرامة تستقطع من راتب العامل، والهدف من هذا التحريم يرجع إلى ضمان الحد الأدنى لراتب العامل وخاصة أن استقطاع مبلغ التعويض الاتفاقي قد يؤثر عليه ويجعله لا يصل إلى الحد الأدنى الذي يضمنه القانون⁽¹⁾.

فمن خلال ما سبق يمكن القول إن أحكام التعويض الاتفاقي متعلقة بالنظام العام بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق على حرمان المدين من التمسك بعدم استحقاق التعويض الاتفاقي في حالة انتفاء الضرر أو طلب تخفيضه في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، أو إذا كان تقديره مبالغا فيه، كما لا يجوز حرمان الدائن من المطالبة بزيادة التعويض الاتفاقي في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشا أو خطأ جسيما، إلا أنه يعاب على المشرع أنه اعتبر التعويض الاتفاقي لا يتعارض مع النظام العام وأعطى للمتعاقدين الحرية في تحديد قيمته، كما جعل سلطة القاضي في التدخل جوازية، مما لا يؤدي إلى تكريس الحماية المبتغاة من النظام العام الحمائي الأمر الذي يجب تداركه لكي تكون هذه الرقابة أكثر فعالية، كما ينبغي توسيع صلاحية القاضي في إمكانية زيادة التعويض الاتفاقي وعدم قصر هذه السلطة على حالة غش المدين وخطئه الجسيم فقط كونه هو الحامي للنظام العام الحمائي مما يتعين على المشرع المبادرة لتعديل نص المادة 185 من القانون المدني ليسمح بزيادة التعويض الاتفاقي كقاعدة عامة وليس استثناء في حالتها غش المدين وخطئه الجسيم. فالشروط التي تقترن بمختلف العقود نخضعها لمعيار النظام العام فإذا كانت مخالفة له اعتبرت شروطا غير مشروعة فيجب عندئذ عدم اشتراطها في العقد، وإذا كانت غير مخالفة

(1) - بورنان العيد، " دور القاضي في التعويض الاتفاقي "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 01، 2015، ص 57.

له جاز وصح اشتراطها وإدراجها فيه⁽¹⁾، وهذا ما نجد المشرع جسده في المادة 107، 110، 426 من القانون المدني، فيمكن القول إن النظام العام والآداب العامة يعد المعيار الفاصل في تحديد مشروعية الشروط العقدية.

فلتدخل القاضي يشترط أن يكون الارتفاع أو الانخفاض مفرطاً بحيث يؤدي إلى مخالفة مقتضيات العدالة العقدية، وسلطة تدخل القاضي تخضع لرقابة المحكمة العليا، ويبطل كل اتفاق من شأنه استبعاد تدخل القاضي لتعديل العقد⁽²⁾.

فسلطة القاضي في تعديل العقد للشرط الجزائي من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها وهذا ما أكدته المادة 184 الفقرة الأخيرة من القانون المدني، ومن ثمة فمقتضيات تحقيق العدالة العقدية والتوازن العقدي تحتم على القاضي التدخل لتعديل العقد في مثل هذه الحالة سواء بطلب الطرف الضعيف أو من تلقاء نفسه.

رابعاً) - منح المدين المعسر أجلاً للوفاء من سلطة القاضي

لم يعرف المشرع نظرة الميسرة في القانون المدني وإنما وضع نصوصاً قانونية تتعلق بها بموجب المادة 119 الفقرة 02 من القانون المدني التي نصت على: "...ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"، والمادة 210 والمادة 281 من القانون المدني، من المقرر قانوناً أن الالتزامات الناشئة عن العقد تكون نافذة فور إبرامه وذلك طبقاً لنص المادة 281 من القانون المدني التي تنص في الفقرة 01 على: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، وعلى خلاف هذه القاعدة لأطراف العقد الاتفاق على تأجيل تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد

(1) - لمطاعي نور الدين، " الشرط المقترن بالعقد، دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1996، ص 170.

(2) - Ghestin Jaques, " Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: effets ", paris, 1988, p 324.

إلى وقت لاحق، وللقاضي أن يمنح المدين أجلا ملائما بعد مراعاة الشروط اللازمة طبقا للمادة 281 الفقرة 02، التي تنص على: "...غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة لحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ، مع إبقاء جميع الأمور على حالها...."، والأجل طبقا للفقرة 03 من هذه المادة أمر لا يقتصر منحه على قاضي الموضوع بل يعد من سلطة قاضي الأمور المستعجلة أيضا في حالة الاستعجال.

إلا أنه بالعودة لنص المادة 210 من القانون المدني التي تنص: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل العادي الحريص على الوفاء بالتزاماته".

فإذا لم يتفق الطرفان على ميعاد معين قام القاضي بتحديد الأجل مسترشدا في ذلك بظروف الدعوى وملايساتها، حيث يحدده بالوقت الذي يصبح فيه المدين موسرا قادرا على الوفاء بديونه⁽¹⁾، فبما أن المشرع منح للقاضي وحده سلطة منح نظرة الميسرة، فهذا يعني أنه ليس لأطراف الاتفاق الحق في سلب القاضي حقه في منح نظرة الميسرة فكل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلا، كما أجاز المشرع للقاضي منح نظرة الميسرة من تلقاء نفسه ودون أن يطلبها المدين منه⁽²⁾، كما يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا قضائيا على الرغم من هذا الاتفاق⁽³⁾.

إلا أنه يتبادر إلى ذهننا هل توجد ضوابط تقيد القاضي في سلطته التقديرية؟ أو ما هي الشروط الواجب توافرها حتى يجوز للقاضي منح المدين نظرة الميسرة؟

(1) - عيساني زينب، " نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2002، ص 19.

(2) - السنهوري عبد الرزاق، " الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، أوصاف الالتزام"، دار التراث العربي، لبنان، 1968، ص 784.

(3) - الجبوري ياسين محمد، " الجزء الثاني..."، المرجع السابق، ص 131.

بالرجوع إلى نص المادة 119 الفقرة 02 والمادة 281 الفقرة 02 من القانون المدني تم الاعتراف للقاضي بمنح المدين نظرة الميسرة، إلا أن القاضي مقيد بتوفر شروط هذه الأخيرة، فهذا الأجل يعد من النظام العام بموجب المادة 281 من القانون المدني التي تلزم الأطراف بضرورة تنفيذ الالتزام عند حلول الأجل المتفق عليه بين المتعاقدين في العقد وهي قاعدة آمرة إلا أنه يرد استثناء متمثل في جواز تدخل القاضي لمنح المدين أجلا معقولا، لكن فقهاء القانون يجزمون على أن هذه المهلة من النظام العام إلا أن المشرع جعل سلطة تدخل القاضي جوازية فكان عليه جعلها وجوبية لتكريس حماية فعالة.

لكن يشترط أن لا يكون في نصوص القانون ما يحول دون منح نظرة الميسرة، ويكون المدين حسن النية الذي تأخر في الوفاء بالتزامه أي أنه لم يقصد هذا التأخر، وألا يصيب الدائن ضرر من جراء منح المدين نظرة الميسرة، وأن يكون الأجل الممنوح للمدين أجلا معقولا⁽¹⁾.

فالهدف من تخويل القاضي نظرة الميسرة رغم انتهاء الأجل الاتفاقي لحماية للطرف الضعيف في العقد والمحافظة على استمرار العقد، وهذا هو الهدف المبتغى من تكريس قواعد النظام العام الحمائي.

إن تدخل القاضي لمنح المدين المعسر أجلا لا يتحقق إلا إذا بتوافر مجموعة من الشروط نحددها فيما يلي:

01- أن لا يوجد مانع قانوني يمنع من تطبيق نظرة الميسرة أو منح الأجل، مثل ما نصت عليه المادة 464 من القانون التجاري: ".....ولا يجوز منح آجال قانونية كانت أو شرعية إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 426 و438 من هذا القانون"، وهذا يدل صراحة على أن منح الأجل يعد حالة استثنائية، والاستثناء لا يكون إلا بنص.

(1) - طرطاق نورية، "نظرة الميسرة في القانون المدني الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص 34، 35، 41، 42.

02- أن تكون الحالة الاقتصادية أو الظروف المادية للمدين تستدعي ذلك، نظرا لوجوده في عسرة مؤقتة، أما إذا كانت عسرته دائمة فلا أهمية من منحه أجلا للوفاء.

03- أن لا يلحق الدائن من منح الأجل ضررا جسيما، إذ ليس من العدل التيسير على المدين وإلحاق الضرر بالدائن، فتجب هنا الموازنة بين المصلحة التي ستتحقق من منح الأجل القضائي للمدين، والضرر الذي سيلحق الدائن من هذا الأجل، بحيث يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف.

04- أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي معقولا، يقاس في ضوء ما هو ضروري لتمكين المدين من الوفاء، ويجوز هنا للقاضي أن يمنح أجلا متعاقبة، كأن يقسط الدين على أقساط يأخذ في تقدير مواعيدها ومقاديرها قدرة المدين على الوفاء⁽¹⁾.

05- أن لا تتجاوز مدة الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين المعسر سنة، وهذا طبقا لنص المادة 281 من القانون المدني التي تنص: "....دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة..."، ويثار هنا التساؤل حول ما إذا كانت هذه المدة، كشرط عام في منح الأجل، فيلاحظ أن هذه المدة تشترط فقط في دعوى التنفيذ إذا حل الأجل طبقا للمادتين 210 و 281 من القانون المدني، في حين أن منح الأجل طبقا للمادة 281 تتعلق بالنظام العام الحمائي ولا يجوز إسقاطه باتفاق الأطراف.

فتدخل القاضي هنا يسمح نوعا ما يحل المعادلة الصعبة بين حرية المعاملات والتوازن العقدي، بحيث تكون إرادة القاضي كأنها حلت محل إرادة المتعاقدين كلما استدعى الأمر ذلك⁽²⁾.

بالنسبة لمنح القاضي الأجل في نظرة الميسرة، يعد دور القاضي هنا تحقيقا لاعتبارات العدالة بين طرفي الالتزام، فالعدالة العقدية هي التي تدفعه إلى منح هذا الأجل للمدين متى

(1)- طرطاق نورية، المرجع السابق، ص 43.

(2)- Master Jaques, " De la notion de clause pénale et de ses limites ", revue trimestrielle de droit civil, paris, 1985, p 360.

اقتضت ظروفه ذلك، والعدالة هي التي تدفعه إلى رفض منح هذا الأجل إذا كانت ظروف الدائن تتعارض معه بأن كان سيصيبه بخسارة فادحة، أو كان لا يجد حلا في ظروف المدين، كأن كانت عثرته لا يتوقع له النهوض منها⁽¹⁾، ومن أجل الدور الذي يجسده القاضي في هذا المجال ينبغي جعل سلطة القاضي وجوبية قصد حماية الطرف الضعيف في العقد بمنطق فكرة النظام العام الحمائي، كما يسمح القانون للقاضي بالتدخل أيضا لرد الالتزام المرهق لحده المعقول.

المطلب الثاني: توسيع النظام العام لسلطة القاضي للتدخل في العقد

وسع المشرع من نطاق تدخل القاضي في العقد بالسماح له برد الالتزام المرهق إلى حده المعقول لإحلال التوازن بين العلاقات غير المتكافئة (الفرع الأول)، وتجسيدها لتنفيذ العقد بحسن نية سمح المشرع للقاضي بالتدخل لتكملة العقد حفاظا على استقرار العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق للحد المعقول

بمجرد انعقاد العقد صحيحا وجب تنفيذه طبقا لنص المادة 107 الفقرة 01 من القانون المدني: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام..... ".

فمن المفروض في نظر المشرع إعطاء الحرية لأطراف العقد في مرحلة إبرامه يكفي لتحقيق التوازن العقدي بين مصالح هؤلاء، والحل كما رأينا في نظرية الاستغلال والغبن، أما في حالة حدوث الاختلال في التوازن في مرحلة تنفيذ العقد، وطرأت حوادث استثنائية عامة جعلت تنفيذه مرهقا فهنا يمكن للقاضي التدخل لإعادة التوازن، نتيجة للظروف الطارئة التي

(1) - رشوان حسن رشوان أحمد، " أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة، عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 2004، ص 318.

طُرأت على العقد وجعلته يخل، ومن ثمة ينبغي معرفة كيف كرس النظام العام حماية من الظروف الطارئة (أولاً)، وكيف يتدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى حده المعقول (ثانياً)

أولاً- تكريس النظام العام حماية من الظروف الطارئة

تنص المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني على أنه: "...غير أنه إذا طُرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، فهذا الترخيص الممنوح للقاضي لمراجعة الالتزامات التعاقدية يعد خرقاً لمبدأ قوة العقد الإلزامية أساسه التضامن وتحقيق العدالة بإعادة التوازن المفقود بين أطرافه⁽¹⁾، فالعقد عند إبرامه يكون متصفاً بالمساواة بين أطرافه، إلا أنه قد تحدث تغيرات اقتصادية مما تؤدي إلى فقدان العقد لعدالته واتزانه والزاميته مما يجوز إذن للقاضي تعديله، إلا أنه يثور التساؤل عن العلاقة بين الظروف الطارئة حسب نص المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني وحسن النية في المادة 107 الفقرة 01، خاصة أن هذا الأخير هو مبدأ أخلاقي بيد أنه يقرر المشرع إلى جانب ذلك إمكانية تدخل القاضي لمراجعة العقد غير المتوازن بسبب التغيرات التي قد تطرأ عليه.

فحسن النية مانعة لأي متعاقد كي يستفيد من الظروف المناسبة أو الملائمة للطرف الآخر، والتي تمنح له فائدة غير أخلاقية مما يجعل الطابع الأخلاقي لهذه الفائدة ضرورياً لفرض حسن النية، حتى أن الفقيه CARBONNIER وجد في تطبيق نظرية الظروف

(1)- زمام جمعة، المرجع السابق، ص 389.

الطارئة تعبيراً عن أساس تنفيذ العقد بحسن النية، والإصرار على تنفيذ الالتزام عندما يصبح مرهقاً أي مخالفاً لواجب التنفيذ بحسن نية⁽¹⁾.

وإذا يترتب عليه تصور الظروف الطارئة كزوال العناصر الموضوعية التي تمثل في نظر الأطراف أساس العلاقة بينهم فما كانوا ليتعاقدوا لولا توفرها، وأساس التعاقد في العقد الملزم للجانبين يكمن في توازن التزامات الأطراف ويعد جبر البائع على تنفيذه حالة منافية لمبدأ حسن النية⁽²⁾، فتأسيس الظروف الطارئة على مبدأ حسن النية بات من الضروريات ومن مقتضيات تطور الجانب الاقتصادي في قانون العقود.

وينتقد بعض الفقه موقف المشرع في وضعه لنظرية الظروف الطارئة تحت غطاء المادة 107 وليس المادة 106، فنظرية الظروف الطارئة تعتبر استثناء يرد على مبدأ سلطان الإرادة، ولهذا أوردتها القوانين العربية كاستثناء في الفقرة الثانية للمادة التي تنص فيها على أن العقد شريعة المتعاقدين⁽³⁾.

كما يؤكد الفقيه GHESTIN على أن مبدأ حسن النية يمنح مرونة لنظام العقد بل ويمثل صمام الأمان كونه يمنع بعض التصرفات، ويمثل هذا المبدأ عموماً أخلة العقد ويجسد تطوراً للقانون الذي يكرس تراجعاً عن دور الإرادة ويؤدي إلى التوفيق بين العناصر الذاتية والموضوعية للعقد على أساس تركيب المنفعة والعدل على مركب واحد، وهذا التوفيق يندرج ضمن رقابة القاضي المطلع للتطور⁽⁴⁾، فمرونة العقد وتعديل الالتزام المرهق بواسطة

(1) - Carbonnier jean, " **Les obligations...**", op.cit, p 61، ويقدم القانون اليوناني مثالا تطبيقيا لاعتماد حسن النية لمعالجة الظروف الطارئة في المادة 388 من القانون اليوناني التي تنص أنه: " إذا تغيرت الظروف التي استند إليها الأطراف بالنظر إلى حسن النية والأعراف التجارية عند إبرام عقد تبادلي، بسبب حوادث غير عادية وغير متوقعة، أصبح التزام المدين بالمقارنة إلى المقابل مرهقاً بدون تناسب، أمكن للمحكمة بطلب من المدين إرجاعه حسب تقديرها إلى القدر المناسب أو فسخ العقد بأكمله، أو في الجزء الذي لم يتم تنفيذه ".

(2) - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 390.

(3) - علي علي سليمان، " ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري " ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 89-90.

(4) - Ghestin jaques, " **La formation du contrat...**", op.cit, p 257.

حسن النية يمكن أن تكون أساسا لنظرية الظروف الطارئة بموجب المادة 107 الفقرة 03 ويرى العميد CARBONNIER أن تعديل العقد غالبا ما يكون الضامن الوحيد لتنفيذه⁽¹⁾.

فمن خلال ما سبق يمكن الاستناد على مبدأ حسن النية المنصوص عليه في المادة 107 الفقرة 01 من القانون المدني، كأساس لنظرية الظروف الطارئة بحكم كونه استمرارا لتنفيذ العقد بحسن نية، إلا أن تدخل هذه الظروف يحول دون ذلك، فمن الضروري العودة لمبدأ الإنصاف لإنقاذ ذلك التنفيذ غير المنصف الذي وقع بسبب هذه الظروف.

فمبدأ حسن النية نتيجة لكونه مبدأ أخلاقيا، فحسن نية الدائن يبرر بأن تنفيذ العقد لا يستمر بنفس الشروط التي حددت وقت إبرام العقد، فيكون الإنصاف هو المبرر وراء تدخل القاضي وتترك مهمة توجيه الطرف الطارئ لمبادئ الإنصاف⁽²⁾.

فيمكن القول إن المادة 107 الفقرة 01 من القانون المدني تتيح للقاضي مراجعة العقد وتكريس الظروف الطارئة استنادا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ولا يكون فقط على أساس المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني، مما يعد استثناء عن مبدأ القوة الملزمة، ويأخذ القاضي بذلك محل الأطراف المتضررة من الظروف الطارئة كونه سيحاول إنقاذ الأمر دون عرقلة تنفيذ العقد بحسن نية وهذا ما كرسه المشرع في المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني، بحيث تعد هذه الأخيرة امتدادا للفقرة 01 من المادة 107 من القانون المدني، إلا أنه عند تفحص الفقرة 03 من المادة 107 نجد المشرع قيد تدخل القاضي في نظرية الظروف الطارئة المؤدية إلى اختلال في التوازن الاقتصادي الذي يشترط أن يكون نتيجة وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة تجعل تنفيذ التزام المدين مرهقا، بحيث يهدده بخسارة فادحة، فالمشرع اعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام كونه أقر بطلان الاتفاق على خلاف ذلك في نص الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني.

(1) - Carbonnier jean, " **Les obligations....**", op.cit, p 69.

(2) - زمام جمعة، المرجع السابق، ص 392.

01- الشروط الواجبة التوفر لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئ

أ- وقوع حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها

يعرف الحادث الاستثنائي على أنه حادث غير مألوف لكنه نادر الوقوع، فهو لا يقع في ظروف عادية، كالفيضان، والوباء والزلازل والحرب⁽¹⁾، بحيث تنسب الاستثنائية للحادث نفسه، كما قد تنسب أيضا لآثار الحادث، الذي قد يكون في ذاته مألوفاً إلا أن آثاره تخرج عما هو معتاد، كالارتفاع الباهظ للأسعار نتيجة تغير القوانين⁽²⁾.

فمن الصعب منحه نطاقاً قانونياً ذلك لأنه يمكن تركيب الأحداث بعدة أشكال حسب أصلها، وحسب طابعها، وحسب آثارها وتبسيطا للمسألة فإن دور القاضي ينحصر في البحث في أثر الحادث، بانصراف وصف الاستثنائية إلى الأثر الذي يحدثه الحادث الطارئ بغض النظر عن منشأ الظرف أو طبيعته⁽³⁾، فلما كانت نظرية الظروف الطارئة تتطلب إعادة التوازن العقدي المختل بغية تحقيق العدالة العقدية تحت غطاء النظام العام الحمائي، ويظهر ذلك من تأكيد المشرع على استثنائية الحادث بمنح القاضي مجالاً لتعديل العقد، بغية تأمينه الحد الأدنى من الاستقرار العقدي اللازم لها في حدود العدل والإنصاف⁽⁴⁾.

كما يشترط أن يكون هذا الحادث الاستثنائي عاماً، أي يمس كافة الناس أو جزء منهم ولا يخص المتعاقد وحده، كإفلاسه أو إتلاف ممتلكاته، مما قد يؤدي إلى الخلط بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، فهذه الأخيرة وإن كانت حادثاً استثنائياً إلا أنها ليست عامة، ويعيب بعض الفقه على شرط العمومية أنه وسيلة لتضييق مجال نظرية الظروف الطارئة، فهو

(1) - علي علي سليمان، "النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري"، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 99.

(2) - فيلاي علي، "الالتزامات....."، المرجع السابق، ص 397.

(3) - بولحية جميلة، "نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1983، ص 113.

(4) - بن شنيته حميد، "سلطة القاضي..."، المرجع السابق، ص 57.

شرط لا أصل له في الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المادي لهذه النظرية، فضلا على أنه يتنافى مع الهدف من تشريع هذه النظرية وهو إعادة العدالة العقدية برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁽¹⁾.

بحيث يرى الأستاذ بن شنيته حميد أن شرط العمومية الوارد في المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني، أنه من ناحية تكون القوة القاهرة أمرا عاما أو حادثا فرديا خاصا بالمدين، والقوة القاهرة أشد خطورة من الحادث الطارئ، كونها تؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا مما يؤدي إلى انقضاء الالتزام، بينما الحادث الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط ويتعين على القاضي رده إلى الحد المعقول، فكيف يشترط شرط العمومية في الحادث الطارئ وهو أقل خطورة من القوة القاهرة؟⁽²⁾.

فاستلزام شرط العمومية في المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني يعد بمثابة تضيق لنطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بل هنا تمس من القوة الملزمة للعقد، بينما يتجه رأي آخر إلى أن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة العقدية فلا داعي لاشتراط صفة العمومية في الحادث الطارئ، خاصة وأنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فحسب⁽³⁾، وفي نفس السياق يرى الأستاذ الشواربي عبد الحميد أن اشتراط العمومية في الحادث الاستثنائي يتعارض مع الغاية التي شرعت من أجلها نظرية الظروف الطارئة، فغايتها تحقيق مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق عن المدين، فهي إذن خاصة بالمدين المرهق فإذا تقيّد الحادث الاستثنائي بشرط العمومية، امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة⁽⁴⁾.

(1) - بن يحيى شارف، " ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه

الإسلامي"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، العدد 04، 2010، ص 51-52.

(2) - بن شنيته حميد، " دراسة تحليلية للقانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 75-58 بتاريخ 26/09/1975"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 39، رقم 02، 2002، ص 116-117.

(3) - بن يحيى شارف، " ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 04، 2010، جامعة شلف، ص 52.

(4) - بن شنيته حميد، " سلطة القاضي..."، المرجع السابق، ص 58.

ومن ثمة فلا نرى ما يبرر هذا التشديد الذي اعتنقه المشرع في وصفه للحادث الاستثنائي بأن يكون عاما، فهو يخالف بذلك الهدف المبتغى من نظرية الظروف الطارئة ويضيق من نطاق تطبيقها مما يعيق تحقيق القاضي لأهداف النظام العام الحمائي، فندعو المشرع لضرورة إعادة النظر في نص الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني، بإسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ تحقيقا للعدالة، كون هذه النظرية هدفها الأساسي إعادة اختلال التوازن المفقود في العقد، وترك أمر التوسيع أو التضييق من تطبيق النظرية في يد السلطة التقديرية للقاضي حسب ملاسبات كل ظرف طارئ.

كما يشترط في الحادث الاستثنائي أيضا أن يكون غير متوقع، ويكون كذلك إذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه وقت إبرام العقد، ويترتب على ذلك أن يكون الحادث مما لا يستطاع دفعه أو تفاديه، فإذا كان في وسع المدين أن يدرأه أو يتغلب عليه، فيتحمل حينئذ وزره⁽¹⁾، فتستوجب المادة 107 الفقرة 03 بأنه حتى يتم تكريس حكم الظروف الطارئة بالألا تكون متوقعة عادة وقت إبرام العقد، فهذا الشرط يعد مكملا لشرط استثنائية الحادث، لأن الحادث غير المتوقع هو الحادث الاستثنائي، ويظهر أن المشرع أورد هذه الصفة من باب التذكير والتأكيد على أن مراجعة العقد هي حالة استثنائية فقط⁽²⁾.

فنعتقد أن الأمر الذي دعا المشرع إلى اشتراط في الحادث الطارئ أن يكون غير متوقع، رغم وصفه إياه بالاستثنائي إنما هو رغبته في التشدد في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ومحاولة التضييق من نطاقها، ورغم أن نص المادة 107 الفقرة 03 صريح في اشتراطه أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، فلو كان المشرع يريد عبارة - لم يكن في الوسع توقعها- قد قصد أثر الحادث لا الحادث في ذاته للنص على ذلك صراحة ولم يطلق ذلك الوصف على الحادث الاستثنائي العام.

(1) - فؤاد محمود معوض، " دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 232.

(2) - Lahlou Kheir Ghenima, " La protection du contractant faible.....", p 53.

فيمكن القول إنه إذا فرضنا عدم التوقع المطلق للحدث في نظرية الظروف الطارئة يترتب عليه الوصول إلى حلول غير عادلة وتتنافى مع الهدف المرجو منها، وبالتالي فكل ما هو عادي يمكن اعتباره كمظهر للتوقع، أما غير العادي فيفترض أنه غير متوقع بالقياس على سلوك الرجل العادي، وهذا لا يكون إلا بعد فحص ظروف كل حالة تؤسس بالنسبة لهذا الطرف أو الطرف الآخر.

فإذا كان الحادث المتوقع يمكن أن يؤدي إلى نتائج غير متوقعة فهذا لا يعني بالضرورة تطبيق المادة 107 الفقرة 03، وفي هذا الإطار ينبغي اعتماد معيار موضوعي يكون أكثر انسجاماً مع نظرية الظروف الطارئة، فتحديد درجة عدم توقع الحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية يجب أن يكون بالنظر للرجل العادي وليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصية⁽¹⁾.

(ب) - أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين

يشترط في الحادث الاستثنائي العلم المفاجئ الذي يجعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقا ومعنى ذلك أن يهدده بخسارة فادحة، فإذا أصبح التنفيذ مستحيلا نكون هنا أمام قوة قاهرة وينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه طبقا للمادة 307 من القانون المدني⁽²⁾.

فيعد الالتزام المرهق للمدين من أهم الشروط التي يجب الاعتماد عليها للحكم بأن هناك اختلالا في التوازن العقدي ومن ثمة تطبيقا لهذه النظرية وقد نصت المادة 107 الفقرة 03 على هذا الشرط بقولها: ".....غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة....".

(1) - فيلاي علي، "الالتزامات...."، المرجع السابق، ص 375.

(2) - تنص المادة 307 من القانون المدني: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

وتبرز أهمية شرط الإرهاق في أنه مهما تكن درجة الحوادث الاستثنائية من الخطورة وعدم توقع حدوثها، فإنها تكون عديمة الأثر على العقد ما لم ينتج عن حدوثها إرهاب في تنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد⁽¹⁾، ومنه فإذا تبين للقاضي أن الحادث الطارئ يجعل تنفيذ العقد مرهقا يهدد المدين بخسارة فادحة كان بإمكانه الاستفادة من الحماية المقررة بموجب المادة 107 الفقرة 03 لكن بشرط أن يؤدي هذا الإرهاق إلى اختلال في التوازن الاقتصادي لكي يتدخل القاضي لتعديل العقد.

وقد اختلف الفقه في تحديد نسبة الإرهاق ولكن الرأي الراجح هو تبني المعيار الموضوعي الذي يبحث بشأن الإرهاق عن الصفقة ذاتها دون النظر إلى ظروف المتعاقد الخاصة، فالخسارة الفادحة يجب أن تتسبب إلى الصفقة لا إلى مجموع الثروات التي يملكها المدين⁽²⁾، ويبدو أن المعيار الموضوعي يكرس العدالة بين المتعاقدين، لأن الهدف من النظرية هو تعديل التوازن الاقتصادي في عقد أخلت بتوازنه خسارة فادحة غير مألوفة حصلت من ظرف طارئ غير متوقع⁽³⁾.

فإذا رجعنا إلى نص المادة 107 الفقرة 03 التي تم الإيحاء فيها بتكريس معيار الاستحالة النسبية والدليل على ذلك من عبارة "...أن تنفيذ الالتزام وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة..."، فتوجد خسارة فادحة عندما يكون هناك تباين كبير في القيمة الحقيقية وقت تنفيذ العقد حتى ولو كان يملك المدين الوسائل الشخصية من أجل تنفيذ العقد دون صعوبة.

ويطرح التساؤل عن كيفية توصل القاضي إلى تحديد الخسارة أو الإرهاق الحاصل للمدين، خاصة وأن المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني، قد جاءت خالية من أي نص

(1) - بولحية جميلة، المرجع السابق، ص 121.

(2) - بن شنيبي حميد، "سلطة القاضي..."، المرجع السابق، ص 59.

(3) - Lahlou Kheir Ghenima, "La protection du contractant faible...", op.cit, p 54.

على معيار أو تحديد أساس يعتمد على القاضي في تحديد المألوف من الخسارة، ومن ثمة إطلاق يد القاضي ليمارس سلطته التقديرية الواسعة الممنوحة له بموجب القانون المدني. وفي هذا السياق أكدت المحكمة العليا أنه لما أقر قضاة الموضوع زيادة نسبة 10% من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد، فإنه كان لا بد على القضاة مراعاة إمكانية تعديل العقد طبقا للمادة 107 الفقرة 03، وذلك في حالة إذا تعلق الأمر بتنفيذ التزام ملقى على عاتق أحد أطراف العقد وأن يكون مهددا بخسارة فادحة نتيجة ارتفاع الأسعار⁽¹⁾.

ومن ثمة نرى أن توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين وفق معيار مرن، لأن نظرية الظروف الطارئة تتطلبها العدالة ومن المستحيل إخضاع العدالة للعلوم الدقيقة، ومن ثمة فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في معالجة التوازن الاقتصادي المختل بوصفه يتوخى تحقيق عدالة العقد بواسطة النظام العام الحمائي مما ينبغي عدم تقييد القاضي بنسبة معينة بل ينبغي إعمال سلطة القاضي التقديرية بالاستناد إلى معيار ذاتي في ظل ثروة المدين، وإما أن يقدر في ضوء الالتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة المتعاقدين وهذا المعيار الموضوعي هو الذي يجب على القضاء الأخذ به.

ثانياً) - حلول إنصاف القاضي لتعديل العقد المختل بالظرف الطارئ

إذا توافرت الشروط السابقة وأصبح تنفيذ الالتزام مرهقا جاز للقاضي حسب الظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بالوسائل التي يراها مناسبة لتحقيق هذه الغاية وفق معيار مرن يختلف من مدين لآخر حسب الظروف وحسب طبيعة العقد المبرم كما تظهر سلطة القاضي التقديرية في نطاق إعمال الجزاء المترتب على نظرية الظروف الطارئة على نحو يحقق التوازن بين مصلحة المتعاقدين⁽²⁾.

(1) - المجلة القضائية، العدد خاص 95، قرار صادر عن الغرفة العقارية 1999/10/24، ملف رقم 191705.

(2) - نبيل إسماعيل عمر، " سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 85.

لقد خول المشرع للقاضي بموجب المادة 107 الفقرة 03 سلطة تعديل العقد بهدف تكريس التوازن، إلا أنه لم يمنح للقاضي سلطة تقديرية مطلقة إذ أنه عندما نص على جواز تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وضع لذلك قيوداً أولها مراعاة القاضي للظروف المحيطة بالقضية، وفي هذا الشأن نصت المادة 107 الفقرة 03 أنه: "يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول تبعاً للظروف"، وعبارة "تبعاً للظروف" قصد المشرع من هذه العبارة التوسيع من سلطة القاضي، فليست بالضرورة قيوداً على تدخل القاضي، وثانيهما قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة الطرفين وهو ما عبر عنه في المادة 107 الفقرة 03 "بعد مراعاة مصلحة الطرفين"، وهو يقوم على نظام توزيع الأعباء الطارئة، بغرض تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد، أما ثالثهما فيتعلق بالحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام.

إن يرد تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق لحد المعقول مسألة متعلقة بالنظام العام الحمائي ينبغي عليه مراعاته عند تعديل العقد⁽¹⁾، لذلك فإن المشرع قد أبطل كل اتفاق يخالف ذلك، أما استعماله لعبارة "جاز"، فلا يقصد بها إمكانية التدخل من عدمه، بل تعني فقط منحه سلطة تقديرية في كيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وفي هذا المجال فإن القاضي وهو بصدد رد الالتزام المرهق لحد المعقول يجب عليه أن يراعي ظروف وملابسات الظرف الطارئ، وأن يأخذ مصلحة كلا الطرفين بعين الاعتبار، أي يقوم بعملية الموازنة لأجل رفع الإرهاق من جهة، مع المحافظة على توازن العقد من جهة أخرى، فليس للقاضي سلطة فسخ العقد بسبب الظرف الطارئ لأن سلطته تتمثل في مراجعة العقد أو تعديله إلى الحد المعقول كون وظيفة نظرية الظروف الطارئة تتمثل في تعديل اقتصادية

(1) – Lahlou-Khiar Ghenima, " **La protection du contractant faible entre le droit commun des obligations et le droit de la consommation** ", revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n 02, juin 2013, université d'Alger, faculté de droit, p 55.

العقد بإعادة توازن الالتزامات وتنفيذ العقد طبقاً لمبدأ حسن النية وفق المادة 107 الفقرة 01 من القانون المدني، وتنفيذاً أيضاً لواجب التضامن العقدي.

فنظرية الظروف الطارئة لا تهدف إلا لمجرد التخفيف عن المدين ولا تتوخى إبعاد كل الخسارة عنه، ولذلك يجب أن يقوم تحديدها على أساس مراعاة الظروف والأحوال التي أدت إليها والاستعانة بأهل الخبرة، فالخسارة العادية المألوفة في التعامل يتحملها المدين وحده وعلى القاضي أن يستخلص من ظروف كل قضية وضع المدين فيها، ويكون رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هو الحل للمحافظة على التوازن العقدي⁽¹⁾، كما جعل المشرع كل خلاف على أحكامها يقع باطلاً، فجعلها متعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق مسبقاً على استبعاد تطبيق أحكام هذه النظرية عند تحقق شروطها، إذ قواعدها آمرة تتعلق بالنظام العام الذي يقوم على كفالة التوازن بين مصالح العاقدين المستمدة من العقد، إذا طرأت ظروف قد تخل بهذا التوازن، إلا أن القاضي عند تدخله لتعديل الالتزام يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك.

فيلاحظ على المشرع أنه لم يحدد للقاضي الطريقة التي يجري بها رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين طبقاً للمادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني، فالقاضي يتدخل لتعديل العقد بما يكفل تحقيق الموازنة بين مصلحة الطرفين وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وتحقيق هذه الموازنة بين مصلحة الطرفين لا يعني رفع كل الخسارة عن المدين وإلا سيتحمل الدائن عبء الخسارة وحده، ومن ثمة فالقاضي سلطة تقديرية في ذلك، فقد يزيد القاضي من الالتزام المقابل بما يخفف من الخسارة التي يتعرض لها المدين دون أن يزيلها تماماً وقد ينقص القاضي من مدى الالتزام الذي يتحمله المدين بإنقاص مقدار أداء المدين، أو الإنقاص من درجة جودته

(1) - الرشدان محمود علي، "نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقانون الإداري دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية"، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 107-108.

وقد يجمع القاضي بين إنفاص التزام المدين وزيادة الالتزام المقابل، وقد يحكم القاضي بوقف تنفيذ العقد لحين زوال الظروف الطارئة⁽¹⁾، فتخفيض القاضي من التزامات الأطراف يحقق المصلحة العامة، كونه يشكل نوعاً من الاستقرار التعاقدية، ويعد تقنية حقيقية في خدمة القوة الملزمة للعقد بقدر ما يؤدي إلى تنفيذه⁽²⁾.

الفرع الثاني: دور القاضي في تكملة العقد فيه تجسيد لتنفيذ العقد بحسن نية

سمح المشرع للقاضي بالتدخل لإكمال نطاق العقد، الذي يقوم على أساس أن الالتزامات التي أنتجها العقد لم تكن كاملة يشوبها النقص، فيعتمد القاضي لسد هذا النقص لإضافة بعض الالتزامات إلى مضمون العقد الأصلي، فإكمال العقد يعد وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد، ويتحقق ذلك بإضافة بعض الالتزامات إلى مضمونه الأصلي لتنظيم المسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان، أو ليكون تنفيذ العقد متفقا مع مبدأ حسن النية وما يقتضيه من أمانة في التعامل⁽³⁾.

ومن ثمة يمكن القول إن إكمال نطاق العقد يتمثل في قيام القاضي بإضافة التزامات إلى مضمون العقد الأصلي وفق المعايير التي وضعها المشرع، وحجة القاضي في هذا التدخل هو لإعادة التوازن العقدي المفقود بين المتعاقدين.

وبناء على السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي المدني في تحديد نطاق العقد طبقاً للفقرة 02 من المادة 107 من القانون المدني التي تنص على: "...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...".

(1) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، " النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقص المصري والفرنسي"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 190-191.

(2) - Karine de la Asunción Planes, " La réfaction du contrat ", op.cit, p 330.

(3) - الفتلاوي سلام عبد الله، " إكمال العقد، دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 23، 25.

وعلى ذلك فطبيعة الالتزام تملّي على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة، بحيث يعمل القاضي على تكملة العقد فيما تركه المتعاقدان من تفاصيل لم يتوقعاها أو تراكاها لأحكام القانون، والعرف والعدالة لاستكمال شروط العقد لتحديد نطاقه⁽¹⁾، والقاضي إذن يتدخل في العقد لتكملة النقص الذي يعتريه نتيجة غياب عنصر ثانوي فيه، ويمارس ذلك بصورة موسعة تصل إلى حد فرض التزامات معينة على الطرفين لم يتفق عليها صراحة في العقد بما يقتضيه تنظيمه للعقد مراعيًا في ذلك حسن النية والالتزام بالسلامة والالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة⁽²⁾.

فقد يحدث أن يغفل المتعاقدان بعض المسائل التفصيلية المتعلقة بالعقد إما سهواً أو لكونها أمراً مألوفاً بين الناس، أي أنهما توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون وعند إثارتها بعد إبرام العقد يفشل المتعاقدان في الوصول إلى اتفاق بشأنها⁽³⁾، فيتدخل القاضي هنا لاستكمال ما نقص من مضمون العقد أي لتحديد ما يعتبر من مستلزماته بالرجوع إلى القانون أو العرف أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام، فغياب هذه المسائل التفصيلية أو المستلزمات التي أغفلها المتعاقدان يؤدي إلى تعذر تنفيذ الالتزام من جانب أحد طرفي العقد أو كليهما.

فمن خلال الفقرة 02 من المادة 107 من القانون المدني يتبين أن إرادة المتعاقدين الصريحة ليست هي كل العقد، فلا يمكنهما اعتبار أن الآثار المترتبة عن العقد تتمثل فقط فيما كان منتظراً من جانبيهما، فتسمح هذه الفقرة للقاضي بتوسع نطاق العقد والذهاب إلى أكثر مما اتفق عليه المتعاقدان، إلى غاية الوصول إلى أدق التفاصيل المتعلقة بالاتفاق المبرم بين الطرفين.

(1) - نبيل إسماعيل عمر، " سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والقضائية، دراسة تحليلية وتطبيقية "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2004، ص 87.

(2) - محمد مصطفى غازي زيدان، المرجع السابق، ص 38.

(3) - البكباشي سحر، " دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن "، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 175.

ويشترط حتى يتدخل القاضي لتكملة العقد طبقا للمادة 107 الفقرة 02 من القانون المدني، أن يوجد عقد صحيح بين المتعاقدين، وأن لا ينص صراحة على الالتزام التبعي المراد تكملة العقد به، مع ضرورة وجود أحد عوامل التكملة المتمثلة في القانون، والعرف، والعدالة، كما يجب في الأخير أن يكمل هذا الالتزام التبعي اتفاق المتعاقدين دون المساس بجوهره أو تغييره⁽¹⁾، ويشترط أن تكون الالتزامات التي يكمل بها القاضي العقد متناسبة مع غرضه الأصلي⁽²⁾.

فالمشرع لم يكن موقفا في صياغة نص المادة 65 من القانون المدني⁽³⁾، عندما عد المصادر التي يلجأ إليها القاضي لتكملة العقد وجعل طبيعة التعامل أو طبيعة العقد على درجة واحدة مع القانون والعرف والعدالة، بحيث إن هذه الصياغة لا تتلاءم مع تلك الواردة في المادة 107 الفقرة 02 من القانون المدني، مع أن دور القاضي في كلتا الحالتين واحد باعتبار أن طبيعة الالتزام أو طبيعة العقد هو المعيار الأساسي الذي يلجأ إليه القاضي لتكملة العقد، فعلى المشرع تدارك الأمر بتعديل نص المادة 65 بجعلها تتلاءم مع نص المادة 107 الفقرة 02، حيث إن الالتزامات التي يضيفها القاضي للعقد بغرض تكملته تتصل به عن طريق تأثير القانون والعرف والعدالة على طبيعة الالتزام، فينبغي عليه استبدال عبارة "طبيعة التعامل" ب"طبيعة العقد" أو "طبيعة الالتزام" حتى تكون أكثر وضوحا ثم جعل العبارة الأخيرة هي الضابط أو المعيار الأساسي الذي يعود إليه القاضي لاستكمال ما نقص من بنود تفصيلية في العقد.

(1)– Jacques Philippe, " **Regards sur l'article 1135 du code civil** " , DALLOZ, paris, 2005, p 234-235.

(2)– الفتلاوي سلام عبد الله، المرجع السابق، ص 89.

(3)– طبقا للمادة 65 من القانون المدني التي تنص على: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ".

فالشئ الذي يهمننا في مسألة تكملة العقد أن المشرع سمح للقاضي بتكملة العقد بموجب المادة 65 والمادة 107 الفقرة 02 من القانون المدني، طبقا لأحكام القانون وهذا الأخير يتضمن القواعد الآمرة والقواعد المكملة، فيمكن للقاضي أن يلجأ إلى القواعد الآمرة لتكميل ما نقص من بنود العقد خاصة بجعل المشرع للقانون كمصدر يستند عليه القاضي لإضافة الالتزامات التكميلية الناقصة في العقد، ومن خلال ذلك يمكن القول إن النظام العام يلعب دورا في تحقيق التوازن العقدي.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا بتاريخ 2007/01/24 في قضية بين مؤسسة الإنجاز والبناء للجزائر ومؤسسة تسيير المناطق الصناعية لولاية الجزائر، بأن التزام المؤسسة المتواجدة بالمنطقة الصناعية بدفع مبالغ التكاليف والاشتراكات هو التزام قانوني وليس اتفاقا ناشئا عن شغل القطعة الأرضية بالمنطقة الصناعية وذلك طبقا للمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 84-55 المؤرخ في 1984/03/03 المتعلق بإدارة المناطق الصناعية، والتي تنص خاصة في الفقرة 01 على: " تتكون الموارد المالية لهيئة تسيير المنطقة الصناعية، خاصة من عائدات الخدمات التي تقدمها ومن المساهمة المالية التي تشارك بها الوحدات المقامة في المنطقة تبعا لنسب المساحة التي تشغلها ورقم الأعمال، ودرجة أهمية الشبكات ".

فهذه القاعدة هي قاعدة قانونية أمرة تتحدد بمقتضاها الموارد المالية لمؤسسات تسيير المناطق الصناعية، فهي تتعلق بالصالح العام ومع ذلك أضافها القاضي وطبقها كالتزام يقع على عاتق مؤسسة إنجاز البناء للجزائر في العلاقة التي تربطها بمؤسسة تسيير المناطق الصناعية⁽¹⁾، فهذه القاعدة قاعدة قانونية أمرة تتحدد بمقتضاها الموارد المالية لمؤسسات تسيير المناطق الصناعية، فهي تتعلق بالصالح العام ومع ذلك أضافها القاضي وطبقها

(1) - مجلة المحكمة العليا العدد 01، 2007، قرار رقم 351919 بتاريخ 2007/01/24، ص 233.

كالالتزام يقع على عاتق مؤسسة إنجاز البناء للجزائر في العلاقة التي تربطها بمؤسسة تسيير المناطق الصناعية.

فالهدف من وراء تدخل القاضي لتكملة العقد هو لتحقيق التوازن العقدي الذي اختل بفعل التطور الذي تعرفه المجتمعات المعاصرة، ومن أهم تطبيقات التكملة في العقود متمثلة في ضمان السلامة والالتزام بالإعلام والتي تضاف إلى الالتزامات الأصلية التي اتفق عليها المتعاقدان في العقد بصفة تبعية بغرض حسن تنفيذه، كان الغرض منه حماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية وتخفيف عبء الإثبات عليه للحصول على تعويض في حال تعرضه لضرر ما، فالالتزام بالإعلام هو أيضا التزام تكميلي أنشأه القضاء وأضافه إلى العقد بصفة تبعية تكريسا لواجب التعاون والنزاهة التي يجب أن تسود مراحل إبرام العقد وتنفيذه، وكما رأينا المشرع في القوانين الخاصة بحماية الطرف الضعيف جعل هذه الالتزامات من النظام العام الحمائي، والمشرع حدد مصادر تكملة العقد ومن بينها القانون وبالتالي عند تكملة القاضي للعقد وباستناده للالتزامات القانونية من النظام العام دليل على مساهمة هذا الأخير في تحقيق التوازن العقدي.

فالهدف من وراء التوازن العقدي هو لتحقيق العدالة في العلاقة بين الأطراف، فالتوازن المراد تحقيقه جعل الالتزامات متناسبة، فمعيار التناسب يعد وسيلة تسمح للقاضي بتقييم رصيد العقد⁽¹⁾.

فأصبحت عملية إكمال العقد وسيلة يستطيع من خلالها القاضي التدخل في تحديد أو إضافة الالتزامات التي ينتجها العقد، والذي صار بفعل هذا التدخل ينتج التزامات أبعد ما تكون عن الالتزامات التي أرادها الطرفان، وحجة القاضي في هذا التدخل هو إعادة التوازن

(1)– Karine de la Asunción Planes, " La réfaction du contrat ", L.G.D.J, paris, 2006, p 183-184.

العقدي بين المتعاقدين⁽¹⁾، كما يعد التكميل ضروريا لتنفيذ التصرف لأنه يساهم في تحديد نطاقه شريطة أن يكون العقد صحيحا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فالأحكام المكملة أيا كان مصدرها تضاف إلى التعبير عن الإرادة لاستكمال ما كان يجب على المتعاقدين أن ينطقوا به وذلك لتحديد النطاق الكامل للعقد، ولا يستبعد من هذه الأحكام إلا ما استبعده المتعاقدان عند تنظيم العقد بالنص على ما يخالفها، وإن هذه الأحكام تعبر تارة عن الأغراض الحقيقية للمتعاقدين وتارة عن إرادة افتراضها المشرع لهما⁽²⁾.

فيعد مبدأ التوازن العقدي امتدادا لفكرة العدالة التي يسعى القانون إلى تحقيقها، فيمثل التوازن العقدي التكوين المتجانس للمضمون القانوني والاقتصادي للعقد والذي ينتج عن تفاعل ما بين مختلف العناصر التي يتكون منها ذلك المضمون⁽³⁾.

فأحكام النظام العام الحمائي تعمل على ضمان العدالة التوزيعية بين الأطراف المتعاقدة، فينبغي وفق منطق النظام العام الحمائي أن ينتظر المتعاقد مقابلا عادلا لما قدمه للطرف الآخر، ومن ثمة يظهر العقد كأنه يحقق التوازن بين الأطراف المتعاقدة بواسطة أحكام النظام العام الحمائي⁽⁴⁾.

(1) - Léa Amic, " **La loyauté dans les relations de travail** " , Thèse de doctorat, université d'Avignon et des pays de Vaucluse, paris, 2015, p 13.

(2) - الحديثي خالد عبد حسين، " **تكميل العقد، دراسة مقارنة** " ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 79-80.

(3) - بدري جمال، " **نقض العقد بالإرادة المنفردة، من الاستثناء إلى المبدأ** "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016، ص 161.

(4) - Lefebvre Brigitte, " **La justice contractuelle: mythe ou réalité ?** " , Les cahiers de droit, volume 37, n 01, 1996, paris, p 07.

خاتمة الفصل الأول:

إن حماية التوازن العقدي يعتبر ضرورة لحياة العقد التي تتوقف على قدرة هذا العقد على التكيف مع الظروف التي تحدث في المجتمع سواء كانت اجتماعية أم اقتصادية على أن يتم ذلك في صورة تحفظ توازنه، ولا شك أن هذه النظرة تقوم على التحليل الاقتصادي للعقد باعتباره يحتوي على التزامات محلها أداءات ذات قيمة اقتصادية ومالية، لذلك فهو في حاجة إلى حماية مشددة، ومن أجل ذلك أقر المشرع ضمانات قانونية متمثلة في فرض التزامات من النظام العام الحمائي لحماية الطرف الضعيف.

بالإضافة للسماح للمشرع بالتدخل في تنظيم العقد الذي يعد شأن المتعاقدين سمح للقاضي بالتدخل في العقد لتعديله قصد تحقيق التوازن المفقود وبذلك أنصف الطرف الضعيف في العقد، ففقدان التوازن العقدي يؤدي إلى فقدان العقد وظيفته الاجتماعية وسبب وجوده وبقائه، أما بالنسبة للأفراد فيؤدي إلى إنشاء علاقات طويلة المدى لأنه يخلق منذ البداية روح الثقة بين المتعاقدين وبالتالي فهو أفضل ضمانة لتنفيذ العقد بشكل ملائم، وعلى ذلك فمبدأ التوازن العقدي بما يتمتع به من قدرة على تحقيق العدالة العقدية ومن قدرة على ضمان استمرار العقد وتكييفه مع الوقائع المتجددة، يستلزم مده بالوسائل والأدوات القانونية التي تؤدي إلى ضمان بقاءه واستمراره، ولا شك أن تدخل المشرع بإقراره لالتزامات تحمي الأطراف الضعيفة في العقود التي يختل فيها التوازن العقدي، والسماح للقاضي بالتدخل في العقد لتعديله سيحقق حتما هذه الغاية.

الفصل الثاني: حماية النظام العام الاقتصادي لحرية المنافسة الحرة

كان سائدا فيما سبق في ظل الفكر الليبرالي الحر أن السوق هو من يضبط نفسه كونه ظاهرة طبيعية، فهذا الأخير قادر على تنظيم نفسه بنفسه، على أنه وإن كان صحيحا أن النظام في السوق يكون تلقائيا عادة وهو ما يعكس مبدأ حرية التجارة والصناعة، إلا أن الحقيقة التي لا يناع فيها أحد اليوم أن السوق في حاجة دائمة إلى قوانين وقواعد محددة مسبقا تضع شروط الاكتساب والتنازل وحماية الملكية، أي شروط ممارسة هذه الحرية، لذلك فلا وجود للسوق بدون تنظيم وضبط للنشاط الاقتصادي، الأمر الذي أدى إلى ظهور فرع جديد من فروع القانون يدعى بقانون المنافسة⁽¹⁾.

وهكذا فقد أفرزت التغيرات والتحولات الحديثة وضعا اقتصاديا جديدا تعد المنافسة السمة الأساسية فيه بحيث شمل النظام العام الاقتصادي حماية هذا المجال بهدف ضبط المنافسة، فأطرها بمجموعة من القواعد الآمرة، فهو يجمع بين فكريتي الدولة والقانون من جهة، والاقتصاد من جهة ثانية ويجتمع المنطق القانوني مع المنطق الاقتصادي⁽²⁾.
ويتفحص القواعد التي جاء بها قانون المنافسة، نجده يؤسس لنظام عام اقتصادي توجيهي، لأنه يوجه اتفاقات نحو نموذج معين في محاولة لخلق التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين، والمصالح الاقتصادية للدولة، فيمكن القول إنه يجسد دورا جديدا للنظام العام في مجال المنافسة، كونه أصبح يجسد الدور الجديد للدولة وتحولها من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة دورها ضبط قواعد المنافسة وفسح المجال للمنافسة الحرة.

(1)– Bennadji Cherif, " **Le droit de la concurrence en Algérie, in l'Algérie en mutation** ", sous la direction de charvin robert et guesmi Ammar, édition l'Harmatin, S.L.E, 2001, p 143.

(2)– جلال مسعد، " مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 02.

وعليه ينبغي تجسيد مظاهر تدخل النظام العام من الممارسات المخالفة للتجارة (المبحث الأول)، ومن الممارسات المنافية للمنافسة (المبحث الثاني)، وبغية ضمان حماية النظام العام تم توكيل مهمة الحماية لهيئات مختصة بذلك (المبحث الثالث).

المبحث الأول: حماية الطرف الضعيف من الممارسات المخالفة للتجارة

إن التغيرات والتحويلات الحديثة أفرزت وضعا اقتصاديا جديدا تشكل فيه المنافسة السمة الأساسية والتي يضمنها قانون المنافسة، هذا الأخير وإن كانت قواعده تهدف أساسا إلى تكريس الحرية التنافسية، إلا أنه يتضمن بالإضافة إلى ذلك مجموعة من الضوابط والقيود التي يتعين على المتعاملين الاقتصاديين الالتزام بها في بحثهم وحفاظهم على العملاء في مختلف أسواق المنتجات أو الخدمات.

إذن فالسوق يمكن أن تهدم نفسها إذا لم تقدم لها السلطة العامة الإطار القانوني لتنظيمها، لكي يتمكن النظام الاقتصادي القضاء على الأوضاع المخلة بالمنافسة وتجنب الإضرار بها⁽¹⁾.

فصار محتما تدخل المشرع بموجب قواعد أمره لمنع الممارسات المخالفة للتجارة من مخالفة قواعد شفافية الممارسات التجارية (المطلب الأول)، ومخالفة قواعد نزاهة الممارسات التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مخالفة قواعد شفافية الممارسات التجارية

بالرجوع إلى القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإنه يعتبر أن كل ممارسة تخالف أحكام الباب الثاني منه ممارسة مخالفة لشفافية الممارسة التجارية، وهذه المخالفات تتمثل في عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات (الفرع الأول)، وعدم الإعلام بشروط البيع (الفرع الثاني)، وعدم الفوترة (الفرع الثالث).

(1)– Hubercht.H.G, " Droit public économique ", DALLOZ, paris, 1997, p 316.

الفرع الأول: عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات

يعتبر الإعلام بالأسعار شرطا ضروريا لشفافية السوق وكذا لحرية اللعبة التنافسية رغم صعوبة تنظيمه⁽¹⁾، تنص المادة 04 من القانون رقم 04-02 على أنه: " يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع "، أما المادة 05 فتتص على: " يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو رسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة ".

طبقا لهذه الحالة يكون من حق المستهلك معرفة سعر السلع والخدمات أمر وجوبي يخضع له البائع حتى وإن لم يطلب منه ذلك، أما فيما يخص التعريفات القانونية فإنه لا بد من تبيانها بصفة مرئية ومقروءة، وذلك حتى يتسنى للمستهلك معرفة القيمة الإجمالية للعملية التي قام بها ومعرفة قيمة الحصيلة النهائية الناتجة عن الحصول على السلعة أو الخدمة، إذن فالشفافية الاقتصادية في هذا الصدد تكمن في توفير المعلومات الأساسية في كل وقت للمستهلك عن الأسعار، وكذا التعريفات اللازمة عن كمية ونوعية السلع والخدمات التي يحق للمستهلك الاطلاع عليها، وغيابها يحدث عدم التوازن في السوق، كما أن سعر السلع والخدمات يجب أن تقدم وتوضع في علم المستهلك مبدئيا في المكان الذي عرضت فيه هذه السلع والخدمات⁽²⁾، كما يعد النظام العام الاقتصادي مجالا لممارسة الحريات الاقتصادية⁽³⁾ فالهدف من هذه الأسعار يؤدي إلى ضمان شفافية السوق وكذا حرية المنافسة كما يلعب دورا هاما في التأثير على قرار الشراء لدى المستهلك، فمن حق هذا الأخير إذا أراد التعاقد أن يحصل على السلع التي يريدتها وفقا للثمن الذي عرضت به وأن عدم ظهور السعر قد

(1) - أرزقي زوبير، " حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2001، ص 57.

(2) - Biolay Jean-Jacques, " **Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix** " , fasc 286, n 11, lexis-nexis, paris, 2005, p 08.

(3) - Charles Vautrot-Schwsrz, op.cit, p 193.

يزيد من فرص احتيالي البائع على المستهلك وإيهامه بأسعار لا تنطبق مع قيمة السلعة أو الخدمة الموجهة للبيع، خاصة إذا كان هناك أزمات في السوق على استقرار الأسعار فذلك يعتبر بمثابة هدر لحقوق المستهلك.

كما أن المادة 07 الفقرة 01 من القانون رقم 04-02 نصت على: " ويكون هذا الإعلام بواسطة جداول الأسعار أو النشرات البيانية أو دليل الأسعار أو بأية وسيلة أخرى ملائمة مقبولة بصفة عامة في المهنة "، ويعود السبب للتطرق لهذه الحالة لما يكون الزبون عوناً اقتصادياً بحيث تهدف إلى حماية هذا الزبون من التلاعب بالأسعار حتى لا يلجأ هذا الأخير إلى رفع الأسعار عند تعامله مع المستهلك نظراً لارتفاع أسعار تكلفة الإنتاج أو التوزيع، كما يتم في بعض الأحيان التعامل بين عون اقتصادي مع غيره من الأعوان خارج نشاطه الاعتيادي أو يتصرف لغايات شخصية يجعله مستهلكاً في مواجهة البائع وأنه يتمتع بالحماية المقررة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش خاصة مع الموقف الذي تبناه المشرع لمفهوم الضيق للمستهلك، فممارسة أسعار غير شرعية بطريق غير مباشر، تم النص عليه بالمادة 23 المعدلة بموجب المادة 06 من القانون رقم 10-06 المعدل⁽¹⁾ للقانون رقم 04-02، ويتبين من المادة أن المنع جاء بصورة عامة شاملة لكل الممارسات التي قد يقوم بها العون الاقتصادي والمتعلقة بالأسعار الحرة أو المحددة والخاصة بالسلع أو الخدمات أو هوامش الربح فيها، كما وسع من قائمة الممارسات التجارية غير القانونية بضم عدم إسقاط انخفاض تكاليف الإنتاج أو الاستيراد على أسعار البيع، وعدم التصريح بمكونات الأسعار وغيرها.

يعتبر السعر إذن من العناصر المؤثرة على المنافسة كونه يستعمل لتغيير معطيات السوق، باعتباره عنصراً متغيراً عبر كل مراحل التعامل الاقتصادي، يتغير بتغير قيمة المنتج المعروض ويتغير القدرة التجارية على التفاوض بين المتعاملين، فالمستهلك يفاوض

(1) - القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15/08/2010، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 18/08/2010، ص 11.

من أجل الشراء بسعر أقل والمتدخل يحاول الحصول على السعر المناسب دون إلحاق ضرر به، وهذا الأمر يعتبر هدفا مشتركا بين كل الأعوان الاقتصاديين مما يجعلهم في صراع دائم يزيد من روح المنافسة لديهم لأجل هذا يعتبر السعر العنصر المتحكم في المنافسة والمحرك الأساسي لنوعية وكمية المنتج المطلوب والعنصر المحدد لنوعية الزبون مما ينبغي إعلام هذا الأخير بالأسعار والتعريفات⁽¹⁾.

ويبدو أن المشرع ورغبة منه في التصدي للممارسات المنافية للتجارة والمنافسة الحرة من جهة، وحرصا منه على حماية الاقتصاد الوطني وحماية المستهلك من جهة أخرى، جعلته يؤكد على تجريم المضاربة غير المشروعة في شتى صورها وشتى أساليبها الاحتياالية، وهذا ما ينعكس على حماية المستهلك بالإيجاب، فسعيه بمحاولة الإحاطة بمختلف الأفعال سواء في قانون العقوبات أو قانون المنافسة لم يذكر المشرع جل الأساليب والممارسات على سبيل الحصر إنما على سبيل المثال، وهذا ما يسهل على القاضي سلوك طريق الاجتهاد بالنسبة لما قد يظهر ويجد من ممارسات غير مشروعة لم تكن من بين الممارسات المذكورة في التشريع أو المواد القانونية التي بين يديه.

ومن هنا يتبين أن الدولة تدخلت في حالة تحديد الأسعار استثنائيا للبحث والتحقيق حول الاختلال الحاصل في السوق الوطنية وهذا بهدف التحديد والتشخيص الدقيق للأسباب بالوقوف عليها قصد معالجتها وإيجاد الحلول الناجعة لتفاديها وبالتالي ضمان استقرار الأسعار، فالهدف الأسمى هو السعي لتمكين المستهلك من الحصول على أقصى حد من الإشباع والرضا بالنظر لمصلحته الاقتصادية وذلك بالعمل على إنتاج سلع أو تقديم خدمات بأقل سعر تكلفة، غير أنه في المقابل قد يؤدي ذلك للمساس بجودة السلع أو لإحجام المنتجين الجدد عن دخول ميدان الإنتاج.

(1) - عبد الله ليندة، " المساس بشفافية ونزاهة الممارسات التجارية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، جوان 2014، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، ص 173.

الفرع الثاني: عدم الإعلام بشروط البيع

يقع على عاتق البائع باعتباره متدخلًا في العلاقة الاقتصادية وجوبًا إلى جانب الإعلام بالأسعار أن يبين للزبائن شروط البيع، إذ نصت المادة 08 من القانون رقم 02-04، يلزم البائع أن يخبر المستهلك بشروط البيع الممارس قبل اختتام عملية البيع، يرجع إلزام البائع بإعلام المستهلك بشروط البيع لعدم دراية هذا الأخير بالعناصر المرتبطة بحقوقه الجوهرية، كما نص المشرع على جملة من الشروط التي يجب على المحترف أن يبادر بها تجاه المستهلك قبل التعاقد في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية: " تتعلق العناصر الأساسية بما يأتي: - خصوصية السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، - الأسعار والتعريفات، - كفاءات الدفع، - شروط التسليم وآجاله، - عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، - كفاءات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، - شروط تعديل البنود التعاقدية، - شروط تسوية النزاعات، - إجراءات فسخ العقد"، كما عاقب المشرع على عدم الإعلام بشروط البيع بغرامة من عشر آلاف دينار (10.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100000 دج)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: عدم الفوترة

تعتبر الفاتورة ثاني عنصر استعمله المشرع كوسيلة لتجسيد شفافية الممارسات التجارية، حيث تنص المادة 10 على أنه: " يجب أن يكون كل بيع سلع، أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين مصحوبا بفاتورة، يلزم البائع بتسليمها، ويلزم المشتري بطلبها منه، وتسلم عند البيع أو عند تأدية الخدمة، يجب أن يكون البيع للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يبرر هذه المعاملة، ويجب أن تسلم الفاتورة إذا طلبها الزبون"، ففي هذه المادة نص

(1) - طبقا للمادة 32 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

صريح على إجبارية تقديم الفاتورة في العلاقات المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين، وكذلك تقديمها للمستهلك متى طلبها صراحة، وتقدم الفاتورة سواء كان محل البيع سلعة أو خدمة. فالفاتورة عدة أدوار لا تقل أهمية على أنها وسيلة لإعلام المستهلك، فهي وسيلة لشفافية المعاملات التجارية كونها تقوم بإعلام المستهلك عن كافة التحصيلات والرسوم وكذا المبالغ التي دفعها أو التي سيدفعها إذا كان البيع تم عن طريق القرض الاستهلاكي الذي يكون فيه الدفع مقسطا أو مؤجلا أو مجزءا⁽¹⁾، كما تعد الفاتورة لإثبات المعاملات التجارية طبقا للمادة 30 من القانون التجاري: " يثبت كل عقد تجاري:....3- بفاتورة مقبولة "، فتقدم حماية لمصالح المستهلك وكذا الأعوان الاقتصاديين من أجل ذلك ألزم المشرع أن تحرر الفاتورة طبقا للشروط والكيفيات التي يحددها التنظيم، ولقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 2005/12/10 يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك⁽²⁾.

فالفاتورة ليست إلزامية على البائع إلا إذا طلبها المستهلك مهما كانت البضاعة، ومن ثمة عدم تحريرها عند طلبها وتسليمها للمستهلك يشكل ذلك جنحة عدم الفوترة طبقا للمادة 33 من القانون رقم 04-02 على أنه: "...تعتبر عدم الفوترة مخالفة لأحكام المواد 10 و 11 و 13 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة بنسبة 80% من المبلغ الذي كان يجب فوترته مهما بلغت قيمته"، كما لا يكتفي القانون بمجرد تحرير الفاتورة وتسليمها، وإنما يجب أن تتضمن بيانات وفقا للشروط والكيفيات المنصوص عليها في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468، ومخالفة تلك الأحكام يشكل جنحة عدم مطابقة الفاتورة المنصوص عليها في

(1) - زويبير أرزقي، المرجع السابق، ص 66-67.

(2) - الجريدة الرسمية العدد 80، المؤرخة في 2005.

المادة 12 من القانون رقم 04-02 والمعاقب عليها بالمادة 34⁽¹⁾.

فاشترط المشرع على العون الاقتصادي تقديم الفاتورة في إطار علاقته مع الأعوان الاقتصاديين كان الهدف من ورائه تحقيق التوازن بين هذه العلاقات، أما في إطار علاقته بالمستهلك فحماية لرغباته المشروعة⁽²⁾.

كما أن الفاتورة ليست إلزامية على البائع إلا إذا طلبها المستهلك مهما كانت قيمة المنتج، فللفاتورة أهمية بالغة في إثبات شفافية الممارسات التجارية، إذ تمكن المستهلك من معرفة السعر الذي تم به البيع وكذا معرفة شروط البيع بعيدا عن كل عمل ناتج عن ممارسات غير شرعية أو تدليسية مخالفة لمبادئ المنافسة الحرة والنزيهة.

المطلب الثاني: مخالفة قواعد نزاهة الممارسات التجارية

تتطلب حماية المستهلك من المخالفات التجارية عن عدم احترام قواعد شفافية الأنشطة التجارية، حماية هذا الأخير من كل ممارسة تمس بنزاهة السوق، إذ لا بد من أن تكون الأنشطة سواء تعلقت بالسلع أو الخدمات المعروضة للمستهلك بعيدة عن كل ممارسة غير شرعية أو ممارسة تدليسية.

فنزاهة الممارسات التجارية لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال:⁽³⁾

- احترام الأنظمة والقوانين المنظمة للسوق،

- احترام الرغبات المشروعة للمستهلك،

(1) - التي تنص: " تعتبر فاتورة غير مطابقة، كل مخالفة لأحكام المادة 12 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى خمسين ألف دينار (50.000 دج)، بشرط ألا تمس عدم المطابقة الاسم أو العنوان الاجتماعي للبائع أو المشتري، وكذا رقم تعريفه الجبائي والعنوان والكمية والاسم الدقيق وسعر الوحدة من غير الرسوم للمنتجات المباعة أو الخدمات المقدمة حيث يعتبر عدم ذكرها في الفاتورة عدم فوترة ويعاقب عليها طبقا لأحكام المادة 33 أعلاه".

(2) - Naceur Fatiha, " L'obligation légale de la liberté des prix et de la facturation pour la mise en concurrence sur le marché ", revue des études juridique, n 07, 2010, faculté de droit, Tlemcen, p 339.

(3) - عبد الله ليندة، المرجع السابق، ص 197-198.

تسمح المنافسة المنظمة والمقننة عند ممارستها في إطار قانوني من تنظيم السوق وكذا استقرار الأسعار وتحسين العرض كما ونوعا، وبالتالي إعطاء فرصة أكبر للمستهلك للاختيار بينها، أما عن احترام الرغبات المشروعة للمستهلك فتكمن في احترام هذا الأخير في جسمه وماله ورغباته المشروعة، بحيث لا يمكن استغلال ضعف المنزلة التي هو فيها بالمقارنة مع حالة المتدخل.

لكن بالرجوع إلى القانون رقم 04-02 في الباب الثالث نص المشرع على الممارسات التجارية غير الشرعية (الفرع الأول)، وممارسة أسعار غير شرعية (الفرع الثاني)، والممارسات التجارية التدليسية (الفرع الثالث)، وممارسة أعمال المنافسة غير المشروعة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الممارسات التجارية غير الشرعية

باستقراء أحكام المواد من 14 إلى 18 من القانون رقم 04-02، نجد أن المشرع أدرج ضمن الممارسات التجارية مجموعة من الأنشطة:

أولاً- مزاولة نشاط تجاري دون اكتساب الصفة: طبقا للمادة 14 من القانون رقم 04-02: "يمنع على أي شخص ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة التي تحددها القوانين المعمول بها"، أما المادة 04 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية⁽¹⁾: "يلزم كل شخص طبيعي أو اعتباري يرغب في ممارسة نشاط تجاري، بالقيود في السجل التجاري....."، فمن ثمة فالقيود يمنح الحق للتاجر في ممارسة النشاط التجاري.

(1)- القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14/08/2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية العدد 52، المؤرخة في 18/08/2004، ص 04، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-08 المؤرخ في 10/07/2018، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 13/07/2018، ص 04.

كما أنه في بعض المهن والأنشطة التجارية لا يمكن ممارستها بمجرد القيد في السجل التجاري، وإنما يجب عليه الحصول إما على ترخيص أو اعتماد من الجهات المختصة، مثل الأنشطة المتعلقة بإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطراً من نوع خاص⁽¹⁾. فتعد معرفة صفة الطرف الذي يتعامل معه المستهلك ذات أهمية كبيرة إذ يمكن الرجوع عليه، ومن الناحية العملية قد يتخوف المتدخل من المستهلك في حال معرفة هذا الأخير للرقم التسلسلي لقيدته في السجل التجاري، إذ غالباً ما يلجأ المتدخل إلى تنفيذ التزاماته لتجنب أي نزاع، ومن ثمة فالمشرع أقر بموجب قاعدة آمرة أحقية الطرف الضعيف في معرفة المتدخل الذي هو بصدده التعامل معه.

ثانياً) - رفض البيع أو أداء الخدمة

طبقاً للمادة 15 من القانون رقم 04-02 المشرع يحمي المستهلك من كل رفض بيع لسلعة أو خدمة دون مبرر شرعي متى كانت معروضة للبيع⁽²⁾، فنتشابه هذه الصورة من المخالفات التي ترد على الممارسات التجارية بتلك المنصوص عليها في المادة 11 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة⁽³⁾، والتي تتمثل في التعسف الناتج عن استغلال وضعية التبعية في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين، ومن ثمة فالمشرع أقر جزاء على كل رفض أو امتناع عن بيع سلعة أو أداء خدمة متوفرة دون مبرر شرعي للمستهلك ويعد مخالفاً بنزاهة الممارسات التجارية والمعاقب

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 97-254 المؤرخ في 08/07/1997، المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطراً من نوع خاص واستيرادها، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 09/07/1997، ص 21.

(2) - طبقاً للمادة 15 من القانون رقم 04-02: " تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة ".

(3) - الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية المؤرخة العدد 43، في 20/07/2003، ص 25، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25/06/2008، الجريدة الرسمية العدد 36، المؤرخة في 02/07/2008، ص 11.

عليه بغرامة مالية من مائة ألف دينار (100000 دج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3000000 دج)⁽¹⁾.

ثالثاً) - البيع أو أداء الخدمة بشروط

هناك نوعان من البيع أو أداء الخدمة بشروط وهي:

- البيع أو أداء الخدمة المشروط بمكافأة مجانية

- البيع أو أداء الخدمة المشروط بشراء كمية أو المنتج أو بأداء خدمة أخرى⁽²⁾.

نصت على البيع أو أداء الخدمة المشروط بمكافأة مجانية المادة 16 من القانون رقم 02-04⁽³⁾، فالهدف من وراء هذا المنع هو مساس هذا النوع من التعاملات باستقرار الأنشطة التجارية مما يخل بالنظام العام الاقتصادي، كما تعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة فيما بين الأعوان الاقتصاديين نظرا للسعي لجذب الزبائن لا على أساس المنافسة النزيهة وإنما عن طريق تقديم مكافأة مجانية.

كما يدخل هذا النوع من البيع في تلك البيوع المقترنة بهدايا، حيث غالبا ما يؤثر ذلك على قرار الشراء لدى المستهلك، بحيث تظهر أن الهدية سلمت للمستهلك بدون مقابل إلا أنه تم إدخال ثمن الهدية ضمن الثمن الذي قيم به المبيع وهذا ما يفسر سبب منعه لأنه تم الاحتيال على الطرف الضعيف⁽⁴⁾.

(1) - طبقا للمادة 35 من القانون رقم 02-04.

(2) - بوسقيرة أحسن، " الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني"، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 236.

(3) - المادة 16 من القانون رقم 02-04 على أنه: " يمنع كل بيع أو عرض لسلع وكذلك كل أداء خدمة أو عرضها عاجلا أو آجلا مشروطا بمكافأة مجانية، من سلع أو خدمات إلا إذا كانت من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10 % من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية، لا يطبق هذا الحكم على الأشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة وكذلك العينات ".

(4) - جرعود الياقوت، المرجع السابق، ص 69.

أما بالنسبة للبيع أو أداء الخدمة المشروط بشراء كمية أو المنتج أو بأداء خدمة أخرى، فقد منعت المادة 17 من القانون رقم 02-04⁽¹⁾، إلا أن المشرع يستثني من هذا النوع من البيع أو أداء الخدمة متى كانت السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصة، وعليه سواء كنا بصدد بيع أو أداء خدمة مشروط بمكافأة مجانية أو مشروط بشراء كمية أو منتج أو بأداء خدمة أخرى، فإن إتيان ذلك يشكل جنحة معاقب عليها طبقا للمادة 35 من القانون رقم 02-04 بغرامة من (100.000 دج) إلى (3000.000 دج).

والعلة من هذا المنع إذا أدى هذا النوع من البيع بالزبون إلى اقتناء كمية مفروضة أو أشياء أو خدمات مرتبطة تتجاوز حاجاته الحقيقية، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان يريد أو لا يريد هذه الأشياء، والواقع أن البيوع المتلازمة لا تمنع إلا إذا أدت إلى تقييد أو تحديد المنافسة أو إذا اعتبرت تعسفية⁽²⁾.

رابعاً- البيع المقترن بشرط تمييزي

تعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة تلك الممارسات التي تكون فيما بين الأعوان الاقتصاديين والمنصوص عليها في المادة 18 من القانون رقم 02-04⁽³⁾، حيث تؤدي إلى ممارسة نفوذ على العون الاقتصادي وذلك بأن يحصل على ميزات لا يحصل عليها عون آخر سواء تعلق الأمر بالأسعار أو آجال الدفع أو شروط البيع....إلخ، مما لا يتناسب مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة.

(1) - طبقاً للمادة 17 من القانون رقم 02-04: "يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة، لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصة بشرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة".

(2) - بوجميل عادل، "مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 74.

(3) - طبقاً للمادة 18 من القانون رقم 02-04: "يمنع على أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذاً على أي عون اقتصادي آخر، أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو كفاءات بيع أو على شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزيهة والشريفة".

وعليه إذا كانت هذه الممارسات ترد على العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين فإن لها دورا ينعكس سلبا على المستهلك، بحيث قد تزيد من اضطراب الأسعار في السوق أو صعوبة تموين السوق بالسلع التي يحتاجه المستهلك خاصة إذا كان العون الاقتصادي الذي يقوم بهذا النوع من البيع يغطي مساحة جغرافية هامة ويقوم بتزويدها بمختلف السلع، حيث يؤدي ذلك إلى هيمنة العون الاقتصادي الذي شغل موقعه في السوق لبيع سلعة بصفة تمييزية بين المستهلكين، وبالنسبة للأشخاص المعنوية العامة التي تزاول نشاطا اقتصاديا فيكون لهذه الأخيرة مركز قوي في السوق فلا بد من أن تخضع لقواعد المنافسة وكذا تخضع لنفس الالتزامات التي تخضع لها المؤسسات الخاصة⁽¹⁾.

فالبيع التمييزي يعتبر مخالفة لحرية المنافسة ويترتب عنه عدم التكافؤ بين التجار، كأن يقدم العون الاقتصادي على استخدام ما لديه من سيطرة وهيمنة عن طريق الامتناع عن التعامل مع فئة من التجار وتفضيل آخرين في مجالات التوزيع أو الخدمات وهذا الأمر من شأنه أن يحد من حرية الدخول إلى السوق، فهذه الممارسات التي تحدث بين الأعوان الاقتصاديين تنعكس سلبا على المستهلك لأنها قد تؤدي إلى اضطراب الأسعار في السوق أو تزيد من صعوبة تموين السوق بالسلع التي يحتاجها المستهلك⁽²⁾.

فالاشتراط الذي يقوم به البائع مخالف للنظام العام الاقتصادي الحمائي مما يجعل هذا الالتزام التعاقدى باطلا بطلانا مطلقا، وفي هذه الحالة تطبق أحكام الفقرة 03 من المادة 103 من القانون المدني، خاصة فقرتها الأخيرة التي تنص على: ".....يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به"، وبناء على هذه

(1)- Yves Guyon, " **Droit des affaires** ", tome 01, 08 eme édition, economica, paris, 1994, p 926.

(2)- عبد الله ليندة، المرجع السابق، ص 190.

المادة يمكن للمستهلك أن يسترد الثمن وأن لا يرد السلع المشتراة عن طريق بيع متلازم أو متعدد⁽¹⁾.

الفرع الثاني: ممارسة أسعار غير شرعية

تطرق المشرع لهذه الممارسات التجارية من خلال نص المواد 22 و 23 من القانون رقم 04-02، بحيث تعتبر من قبيل الممارسات غير الشرعية عملية رفع أو خفض الأسعار المقننة، وتزييف تكلفة السلع والخدمات.

فالأصل في مسألة تحديد الأسعار متروك لقواعد المنافسة في السوق، حيث يتم تحديدها بصفة حرة بعيدا عن كل قيد أو شرط طبقا لنص المادة 04 من قانون المنافسة⁽²⁾، استثناء عن مبدأ حرية تحديد الأسعار يمكن للدولة أن تتدخل لتحديد بعض أسعار السلع أو الخدمات ذات الطابع الاستراتيجي، فكل مساس بالأسعار المقننة طبقا للقانون رقم 04-02 سواء بالرفع منها أو خفضها أو تزييف قيمة التكاليف المتعلقة بها يعد من قبيل ممارسة أسعار غير الشرعية⁽³⁾.

فالمشرع حماية للمصالح الاقتصادية للمستهلك جرم كل فعل سواء تعلق بالقيام بتصريحات كاذبة مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار من شأنها تهديد المصالح المادية للمستهلك.

أما الحالة الثانية فتكمن في وجود فوارق خفية في المبالغ المالية أو عند تبادل المصالح، حيث يتم ذلك بطريقة غير ظاهرة من شأنها أن تمكن القائم بذلك بإعادة بيعها بالسعر الذي يريده وهنا تثار الصعوبة في التمييز بين الفوارق المشروعة التي تكون بمثابة

(1) - مهري محمد أمين، " النظام القانوني للممارسات التجارية في التشريع الجزائري "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2017، ص 74.

(2) - المادة 04 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة: " تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة، غير أنه، يمكن أن تقيد الدولة المبدأ العام لحرية الأسعار وفق الشروط المحددة في المادة 5 أدناه ".

(3) - بوخاري لطيفة، " تدخل الدولة في تحديد الأسعار وآثاره على المنافسة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013، ص 11.

الفائدة المرجوة من البيع وبين الفوارق الخفية التي لا يعلمها إلا البائع الذي قام بتلك العملية⁽¹⁾، فالمشرع كان متفطنا لذلك وخير ما لجأ إليه عندما استعمل مصطلح "...كل ممارسة أو مناورة..."، حيث ترك النص مفتوحا يجعل القاضي يجتهد في تحديد هذه الممارسات أو المناورات التي غالبا ما يكون فيها الإرهاق المادي للمستهلك.

ومن جملة المناورات التي ترمي إلى إخفاء زيادات غير شرعية في أسعار السلع والخدمات التي لا تخضع لنظام حرية الأسعار وإنما يكون فيها هامش من الربح لجوء العون الاقتصادي إلى إدراج تكاليف وهمية من باب المناورة للزيادة في سعر التكلفة كما لو قام بإدراج تكاليف وأعباء النقل دون أن تكون هناك تكاليف خاصة بنقل البضائع.

فتقدر العقوبة المقررة في حال مخالفة أحكام المادتين 22 و23 من القانون رقم 02-04 بغرامة مالية من عشرين ألف دينار (20.000 دج) إلى مائتي ألف دينار (200.000 دج)، كما يمكن حجز البضائع موضوع المخالفات المنصوص عليها في المادتين السابق ذكرهما من نفس القانون مع إمكانية حجز العتاد والتجهيزات التي استعملت في ارتكابها مع مراعاة حقوق الغير حسن النية⁽²⁾.

فالتعسف في ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين لا تعتبر فعلا إجراميا على عكس البيع بالخسارة إذ أنه يعتبر أهم صور الممارسات المقيدة للمنافسة التي تدخل في نطاق اختصاص مجلس المنافسة، لكن إذا ثبتت الوقائع فإن هذا الأخير لا يملك سوى أن يأمر بوقف مثل هذه التصرفات وتقرير عقوبات مالية كعقوبة إدارية⁽³⁾.

(1) - أحمد محمد محمود خلف، "الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة"، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص 134.

(2) - أيت مولود سامية، "خصوصية الجريمة الاقتصادية في ضوء قانوني المنافسة والممارسات التجارية"، مذكرة لنيل الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 32.

(3) - لعور بدرة، "حماية المنافسة من التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع منخفضة للمستهلكين وفقا لقانون المنافسة الجزائري"، مجلة المفكر، العدد 10، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، بدون سنة، ص 364.

مما لا شك فيه أن المشرع لا يجرم تصرفات معينة إلا إذا كانت ضارة، وبالنتيجة إذا لم يلحق ضرراً بشخص معين بالذات فهي تضر بالمصلحة العامة خاصة بالنسبة للجرائم الاقتصادية، الأمر الذي يجعل عقوبة الغرامة من العقوبات الملائمة التي اعتمدها المشرع فضلاً عن العقوبات التكميلية المتمثلة في حجز السلع ومصادرتها.

الفرع الثالث: الممارسات التجارية التدليسية

تعتبر ممارسات تجارية تدليسية كل أعمال من شأنها المساس بشفافية الممارسات التجارية وبالتالي فهي ممارسات غير نزيهة، وهذه الممارسات نص القانون رقم 02-04 عليها وذلك في الفصل الثالث منه تحت عنوان الممارسات التجارية التدليسية، بموجب المادة 24 من القانون رقم 02-04⁽¹⁾.

بالنسبة لدفع فوارق أو استلام فوارق مخفية القيمة، قد يلجأ بعض المحترفين إلى استعمال طرق احتيالية قصد إخفاء قيمة المعاملات التجارية الحقيقية التي قاموا بها وذلك قصد التقليل من رقم الأعمال المنجز لغرض التهرب الضريبي رغم أن هذا الفعل يشكل بدوره جريمة جبائية.

كما قد يتجسد بتحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة مثل قيام بعض المحترفين بتحرير فواتير لا تتضمن معلومات حقيقية سواء من حيث نوع السلعة أو من حيث السعر المطبق في المعاملة التجارية وذلك قصد تضخيم قيمة المعاملة، وتختلف هذه العملية عن عدم مطابقة الفاتورة للقواعد القانونية كإغفال أحد البيانات التي يوجبها القانون.

وإتلاف الوثائق التجارية والمحاسبية أو إخفائها أو تزويرها قصد إخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية، وتتمثل في لجوء المحترف إلى وسائل من شأنها إعدام هذه الوثائق بصورة كلية، أو جزئية، كما تقوم هذه المخالفة بإخفاء الوثائق أو تزويرها مادياً بحيث

(1) - المادة 24 من القانون رقم 02-04 على أنه: " تمنع الممارسات التجارية التي ترمي إلى: - دفع أو استلام فوارق مخفية القيمة، - تحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة، - إتلاف الوثائق التجارية أو المحاسبية وإخفائها أو تزويرها قصد إخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية ".

يقوم بتغيير حقيقتها بطريقة يترك فيها أثرا يدركه الحس بالزيادة أو الحذف أو التعديل أو تزويرها معنويا، وهو تغيير حقيقة ومضمون الوثيقة وظروفها تغييرا لا يدرك البصر أثره⁽¹⁾، ولقد جرم المشرع التلاعب بالبيانات الحقيقية للفاتورة أو الوثائق التجارية والمحاسبية جزائيا إلى جانب الغرامة المالية المنصوص عليها في المادة 37 من القانون رقم 04-02 والمقدرة بثلاثمائة ألف دينار (300.000 دج) إلى عشرة ملايين دينار (10.000000 دج) بجزاء يصل من سنة حبسا إلى خمس سنوات وبغرامة من (500 دج) إلى (20000 دج)، ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة من سنة إلى خمس سنوات على الأكثر⁽²⁾.

وكذلك حيازة مواد مخالفة للمادة 25 من القانون رقم 04-02، التي تعتبر ممارسات تجارية تديسية طبقا لأحكام المادة 25 بحيث كل حيازة ل: " - منتجات مستوردة أو مصنعة بصفة غير مشروعة، - مخزون من المنتجات بهدف تحضير الارتفاع غير المبرر للأسعار، - مخزون من المنتجات خارج موضوع تجارتهم الشرعية قصد بيعه ".

الفرع الرابع: ممارسة أعمال المنافسة غير المشروعة

يقتضي التطرق لمسألة حماية المستهلك من الأنشطة التجارية غير المشروعة التي تصدى لها المشرع نظرا لما لها من سلبيات على المستهلك وكذلك على النشاط التنافسي فيما بين الأعوان الاقتصاديين، وقد أدرج لها المشرع فصلا كاملا تحت عنوان الممارسات التجارية غير النزيهة ويطلق عليها العديد من الفقهاء بالمنافسة غير المشروعة. إن أعمال المنافسة غير المشروعة مختلفة ومتعددة ولا يمكن حصرها، غير أننا نعرض بعض صورها المنصوص عليها في المادتين 27 و28 من القانون رقم 04-02.

(1) - بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص 346.

(2) - المادة 219 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

أولاً- الأعمال التي من شأنها إحداث الخلط واللبس

تعد هذه الوسيلة من أقدم الوسائل المؤدية إلى إحداث خلط أو لبس بين المنتجات والمشاريع، بحيث يستفيد المنافس من رواج وسمعة وملاءمة المؤسسة المنافسة، ويحاول استغلال هذا الوضع لصالحه عن طريق ما يحدثه من خلط لدى الجمهور المتعامل معه وعدم تمييزهم ومعرفتهم بأنهم يتعاملون مع بضاعة ومنتج آخر غير الذي اعتادوا التعامل معه⁽¹⁾.

فبموجب المادة 27 الفقرة 01 من القانون رقم 04-02، يتمثل في نشر معلومات كاذبة تتعلق بوجود دعوى قضائية موضوعها شهر إفلاس عون اقتصادي مما ينعكس سلباً في اعتقاد عملائه فيؤدي ذلك إلى إحجام التعامل معه خوفاً من شهر إفلاسه، أو إطلاق شائعات حول المواد التي يستعملها في تعامله مع عملائه من المستهلكين بقصد صرفهم عنه، ولا يشترط التماثل كاملاً بين النشاطين بل يكفي أن يكون النشاطان متقاربين بحيث يكون لأحدهما تأثير في عملاء الآخر كما إذا كان أحد المحليين مصنع لإنتاج وبيع سلع معينة وكان الآخر محل للتجار في هذه السلعة، فهذا العمل يتعدى ضرره المحل التجاري الذي وقع عليه الاعتداء إلى جمهور المستهلكين.

أما الحالة الأخرى فمنصوص عليها في الفقرة 03 من المادة 27 وتتمثل في تقليد العلامة المميزة للعون الاقتصادي، فيمكن لهذا التقليد أن يعرض المستهلك لعدة مشاكل أهمها عدم تفريقه بين العلامة الأصلية والعلامة المقلدة، الأمر الذي يشكل جنحة طبقاً للأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات⁽²⁾، ولقد تواترت النصوص القانونية بعدها من أجل وضع نظام يضمن للمستهلك الحصول على سلع وخدمات وفقاً للمقاييس والمواصفات

(1)- زعموم إلهام، " حماية المحل التجاري، دعوى المنافسة غير المشروعة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2004، ص 64.

(2)- الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 23/07/2003.

القانونية بعيدا عن كل غش أو تقليد⁽¹⁾، كما يعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة استغلال مهارة تقنية أو تجارية دون ترخيص من صاحبها، إذ تعدد مستعملي هذه المهارة لا يؤدي إلى إحداث اللبس والخلط في ذهن المستهلك، ولكن قد يؤدي ذلك إلى إزاحة العون صاحب التقنية مما ينعكس سلبا على المستهلك المتعامل مع هذا العون نظرا لانسحابه من السوق مما يقلل من فرص الحصول على السلع أو الخدمات محل منافسة في السوق.

ثانيا) - الأعمال التي من شأنها عرقلة نشاط مؤسسة منافسة

تعتبر كذلك من قبيل المنافسة غير المشروعة كل ممارسة تؤدي إلى الإضرار بالمتنافسين في السوق، ولا تهم الوسيلة أكثر من النتيجة المراد تحقيقها أو تحصيلها، فالمشرع نص على هذه الأعمال في المادة 27 الفقرة 05، 06، 07 من القانون رقم 04-02، المتمثلة في إغراء المستخدمين أو الاستفادة من الأسرار المهنية نتيجة الاطلاع عليها أو ضرب الشبكة الإنتاجية لمؤسسة ما.

إن إغراء عامل انتهت مدة عمله من قبل مستخدم آخر لا يشكل أية مخالفة في القانون ما دام الأصل هو حرية العمل، كما لا يتعارض هذا المبدأ مع حق العامل في تغييره لعمله قصد تحسين وضعيته المهنية أو المالية، لكن في حال وإن تم إبرام عقد يتضمن شرط عدم المنافسة فإن العامل الذي يخالف ذلك قد ارتكب خطأ عقديا وهو منافسة رب العمل الأصلي أو العمل لدى مؤسسة منافسة، أما رب العمل الجديد الذي قام بتشغيل العامل والذي يعلم بأنه سبق وأن عمل لدى منافسيه لا يعد مرتكبا لأي خطأ يعاقب عليه القانون، ما دام الأصل هو حرية التشغيل، أما إذا كان سييء النية أي عالما بأن العامل ملتزم بعدم

(1) - القانون رقم 04-04 المؤرخ في 2004/06/23 والمتعلق بالتقييس، الجريدة الرسمية العدد 41، المؤرخة في 2004/06/27، والمرسوم التنفيذي رقم 05-464 المؤرخ في 2005/12/06، المتعلق بتنظيم التقييس وسيره، الجريدة الرسمية العدد 80، المؤرخة في 2005/12/11.

المنافسة وذلك بناء على بند تضمنه العقد، فإن رب العمل الجديد يكون قد ارتكب خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

كذلك يعد من صور المنافسة غير المشروعة الاعتداء على التنظيم الداخلي لمحل تجاري منافس لأنه يهدف إلى تخلف المشروع عن سد حاجات العملاء وصرْفهم عن استمرار التعامل معه، من ذلك يسعى التاجر المنافس إلى معرفة أسرار منافسه، أو أن يحرّض العمال والمستخدمين الذين يعملون في محل منافس على الإضراب أو على ترك العمل حتى يحدث الاضطراب في سير المحل، لذا فالتاجر المتضرر من جراء ذلك له الحق في حماية عملائه والحفاظ عليهم متى رأى أن انصرافهم ناتج عن وسائل غير قانونية أن يطالب بوقف هذه التصرفات أمام الجهات المعنية، أما إذا استمر الوضع وألحقت تصرفات المنافس ضرراً بالتاجر، فما عليه إلا المطالبة بالتعويض لإصابته بضرر من جراء أعمال تتسم بعدم المشروعية من طرف المنافس⁽²⁾.

ثالثاً) - الأعمال التي من شأنها بث الاضطراب في السوق

إن البحث عن فرص التسويق من المهام الأساسية في أي شركة صناعية، سواء كانت هذه الفرص تخص السوق الوطنية أو السوق الخارجية، لكن الصعوبة تكمن في البحث عن الفرص التي تكون في إطار إمكانية الشركة وقدراتها مع إيجاد الأساليب اللائقة لاستغلالها عن طريق الدراسة الجيدة للمستهلك وكيفية الوصول إليه، فكثيراً ما يتم اللجوء إلى وسائل غير مشروعة تجرمها القوانين في إطار العمليات التسويقية، الأمر الذي ينعكس سلباً على المستهلك أو على السوق⁽³⁾.

(1) - توات نور الدين، "الجمعيات وقانون المنافسة في الجزائر"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2002، ص 176.

(2) - زعموم إلهام، المرجع السابق، ص 85.

(3) - زويبير أرزقي، المرجع السابق، ص 89.

إن أعمال المنافسة غير المشروعة تحقق في مجملها بشكل أو بآخر تأثيرا على استقرار السوق وحسن سير العمل فيها، لأنها تتجاوز وتتعدى حدود النزاهة والشرف والأمانة التي يفترض أن تقوم عليها المنافسة النزيهة، والتي من شأنها أن تؤدي إلى خلق التوازن بين المتنافسين مما يؤثر على مصالح الطرف الضعيف بالإيجاب.

رابعاً) - ممارسة إشهار تضليلي

تتنوع صور الإشهار التضليلي ولا يمكن حصرها نظرا لتنوع الوسائل والطرق التي تمارس بها الأمر الذي أدى بالمشرع إلى إعطاء أمثلة عنها بموجب المادة 28 من القانون رقم 04-02⁽¹⁾، وعليه كأصل فالإشهار يعتبر مشروعاً ما دام أنه يؤثر تأثيراً إيجابياً في عقيدة المستهلك، فهو سيف ذو حدين كونه يلعب من جهة دوراً في ترويج منتج ما والتعريف به في السوق، ومن جهة أخرى فهو حث للمستهلك للتقرب والتعاقد، كما يعرف على أنه إحداث تأثير نفسي على الجمهور، وذلك تحقيقاً لأهداف تجارية أو مجموعة الوسائل المستخدمة بقصد التعريف بمشروع صناعي أو تجاري لتسويق وترويج منتج ما⁽²⁾. لكي يؤدي الإشهار وظيفته الحمائية هذه يتعين على الرسالة الإشهارية أن تقتصر على سرد خصائص السلع والخدمات المعروضة في السوق بكل موضوعية والابتعاد عن كل ما هو ذاتي وخيالي وتجنب المبالغة والمغالاة حتى يتمكن المستهلك من اختيار عن وعي ما يناسبه⁽³⁾.

(1) - التي تنص على: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهاراً غير شرعي وممنوعاً، كل إشهار تضليلي، لا سيما إذا كان: - يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته، - يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه، - يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

(2) - كجار زاهية سي يوسف، "المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 132.

(3) - جبالي واعمر، "حماية رضا المستهلك عن طريق الإعلام (الوسم والإشهار)"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 26.

المبحث الثاني: حماية الطرف الضعيف من الممارسات المنافسة للمنافسة

المقصود بالممارسات المنافسة للمنافسة ما يصدر عن التجار في علاقاتهم، ويتعلق الأمر بالممارسات التي تقوم بها مؤسسة إزاء مؤسسة أخرى والتي تكون من طبيعتها إما عرقلة حرية المنافسة وإما الإخلال بها في السوق، مما يعود بالضرر على المنافسين والمستهلكين على السواء وفيما يلي سنتطرق إلى ماهية الممارسات المنافسة للمنافسة⁽¹⁾، ومن أجل ذلك تم حظر الممارسات المقيدة للمنافسة (المطلب الأول)، وبغية الحفاظ على الاستقرار في مجال المنافسة وبين الأطراف غير المتكافئة تم ضبط حرية الأسعار (المطلب الثاني)، وضمنا لحرية المنافسة فرض رقابة على التجميعات الاقتصادية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: حظر النظام العام للممارسات المقيدة للمنافسة

فإذا كانت المنافسة في حد ذاتها أمرا ضروريا ومشروعا، إلا أن لهذه الأخيرة حدودا وقيودا ينبغي على المتعاملين الاقتصاديين احترامها وذلك بتفادي مختلف أنواع الممارسات الاحتكارية الماسة بها، وفي هذا الصدد فإن النظام العام التنافسي في ضبطه للمنافسة يتخذ عدة مظاهر تتفاوت حسب غرضها ما بين التدخل عن طريق المنع، أو التدخل عن طريق الإلزام، حدد المشرع في قانون المنافسة الممارسات المقيدة للمنافسة، وهذه الأخيرة تتخذ إما شكل اتفاقات وأعمال مدبرة (الفرع الأول)، وإما تعسف في استعمال القوة الاقتصادية (الفرع الثاني)، وإما البيع بأسعار منخفضة تعسفا (الفرع الثالث).

(1) - لطروش أمينة، " رفض البيع ورفض أداء الخدمات، دراسة مقارنة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012، ص 123.

الفرع الأول: الاتفاقات والأعمال المدبرة

تنص المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه: " تحظر الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، لا سيما عندما ترمي إلى.... "، فيمكن القول على هذا النص إن المشرع أورد بعض الصور لما قد تفضى إليه هذه الاتفاقات والتي من أجلها نص على حظرها وذلك إذا كانت ترمي على الخصوص إلى الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني، اقتسام الأسواق أو مصادر التموين، عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها، تطبيق شروط غير متكافئة تجاه الشركاء التجاريين، مما يجرمهم من منافع المنافسة، إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية، السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة⁽¹⁾، فما يلاحظ على هذه المصطلحات التي استعملها المشرع مدى خضوع صياغة هذه المادة لتأثير مزدوج للقانونين الفرنسي والأوروبي حيث إن عبارة الممارسات المدبرة وردت في المادة 81 من اتفاقية الاتحاد الأوروبي فقط على خلاف المشرع الفرنسي الذي يستعمل عبارة الأعمال المدبرة في القانون التجاري⁽²⁾.

وبغية حظر مثل هذه الممارسات يشترط توفر شرطين: أن يكون هناك اتفاق، وأن يهدف هذا الاتفاق إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها.

(1)- Zouaimia Rachid, " **Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence** " , revue académique de la recherche juridique, volume 05, n 01, 2012, faculté de droit, université de Bejaia, p 16-17.

(2)-L'article L 420-1 du code de commerce français: "...Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions...".

أولاً- وجود اتفاق

بالنظر إلى المادة 06 من الأمر رقم 03-03 استعمل المشرع مجموعة من المصطلحات منها الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الضمنية والصريحة، والأمر الذي يثار معه التساؤل حول ما إذا كان لكل منها مفهومه الخاص، أم أنه تعدد في المصطلحات والمعنى واحد، فلتحديد موقف المشرع نعود إلى المشرع الفرنسي باعتباره قد تأثر به، ففي التشريع الفرنسي الاتفاقات المحظورة يمكن أن تكون عبارة عن أعمال بالتواطؤ، اتفاقيات، توافقات صريحة أو ضمنية، أو تحالفات⁽¹⁾، أما المشرع الأوروبي فقد حصرها في اتفاقات بين مؤسسات، قرارات تكتل مؤسسات، ممارسات بالتواطؤ⁽²⁾.

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن هذا التعداد غرضه فقط حصر مختلف أشكال الاتفاقات وأنه يجب التعامل معها باعتبارها تصرفا اقتصاديا ينافي قواعد المنافسة بغض النظر عن الاسم أو الشكل القانوني الذي يمكن أن تتخذه، والذي يبدو أن هذا التفسير يصدق على ما قصده مشرعنا، حتى أن مبدأ حياد شكل التوافق "principe de neutralité de la forme de l'entente"، أصبح حاليا من المبادئ المستقر عليها فقها وقضاء، وعليه وأمام تعدد المصطلحات التي تستعملها التشريعات للدلالة على الاتفاقات المحظورة تغدو عملية إعطائها تعريفا جامعا ومانعا في غاية الصعوبة⁽³⁾.

ورغم هذه الصعوبة فقد حاول البعض تعريف الاتفاقات المقيدة للمنافسة على أنها كل تنسيق في السلوك بين المشروعات أو أي عقد أو اتفاق ضمني أو صريح، وأي كان الشكل الذي يتخذه هذا الإتفاق إذا كان محله أو كانت الآثار المترتبة عنه من شأنها أن تمنع أو

(1) – www.légifrance.gouv.fr

(2)– Selon le texte de l'article 81 phrase 01 du traité instituant la communauté européen: "...tous accords entre entreprise, toutes décisions d'accusations d'entreprise et toutes pratiques concertées..."

(3)– Yves Guon, " **Droit des affaires, droit commercial général et société** ", ECONOMICA, paris, collection droit des affaires et de l'entreprise, série enseignement, 12 éme édition, 2003, n 948, p 877.

تقييد أو تحرف المنافسة⁽¹⁾، كما لا يشترط في الاتفاق أن يتخذ شكل العقد الملزم لأطرافه، مثل ما نراه في العقود المدنية بل يكفي أن يتبع أطراف الاتفاق سياسة مشتركة من شأنها تقييد المنافسة دون التزام قانوني، لذا يمكن أن يتبع الأطراف اتفاقا أو تعهدا على الشرف أو إعطاء رأي أو اقتراح أو تقديم نصيحة، فإذا قبلها الأطراف أمكن وصف ذلك بالاتفاق شريطة أن يكون موضوعها أو أثرها هو تقييد المنافسة⁽²⁾.

فيقصد بالاتفاق تبني خطة مشتركة بين مجموعة من الأعوان الاقتصاديين تهدف إلى الإحلال حرية المنافسة داخل سوق واحدة للسلع والخدمات ولا يقوم الاتفاق في غياب هذا الشرط⁽³⁾، فيتحقق هذا الاتفاق بمجرد انصراف إرادة كل مؤسسة معينة بسلطة القرار إلى الانضمام أو الانخراط في قالب مشترك يشكل سلوكا جماعيا لمجموعة من المؤسسات⁽⁴⁾.

فمثلا يعتبر إبرام عقود توزيع نموذجية مختلفة تم إعدادها من طرف مؤسسة منتجة مع موزعيها وأدرجت هذه الأخيرة بندا لفرض أسعارها عند إعادة بيع منتوجها ويقوم الموزعون بقبول العقود عن طريق الإمضاء عليها، فهنا رغم اتخاذ قرار فرض أسعار المنتج كان بصورة انفرادية من طرف المنتج، لكن باتباع الموزعين لهذا الشرط وقبولهم له أصبح اتفاقا يعاقب عليه القانون ويدخل في إطار تطبيق المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽⁵⁾.

(1) - لينا حسن ذكي، " الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية اللازمة لمواجهتها "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة حلوان، مصر، 2004، ص 41.

(2) - Malaurie Vignal, Marie, " **Droit de la concurrence** ", 02 eme édition AMAND COLIN, paris, 2003, p 154.

(3) - Saidi Abdelmadjid, Présentation des pratiques anticoncurrentielles, leurs contrôles et leurs sanctions, p 03, www.ministèreducommerce.gouv.dz

(4) - Boutard-Labarde, Marie Chantal, Canivet Guy, " **Droit français de la concurrence** ", L.G.D.J, paris, 1994, p 120.

(5) - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 47-48.

فتمثل الاتفاقات المحظورة التي تولى الفقه تقسيمها إلى قسمين، الأولى الاتفاقات المنظمة التي تتخذ شكلين: اتفاقات عضوية تكون في شكل مؤسسات مشتركة أو منظمات مهنية، واتفاقات تعاقدية وهي إما أن تكون في شكل اتفاقات أفقية تتم بين مجموعة من المتعاملين مستقلين فيما بينهم، ويقومون بنشاط اقتصادي مماثل ويعملون على مستوى واحد في السوق، وفي شكل اتفاقات عمودية تتم على مستويات مختلفة في سوق الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، كذلك التي تعقد بين منتج يتواجد في مستوى عال نسبياً وموزعين يعملون في مستويات منخفضة مقارنة بمستواه⁽¹⁾.

أما الثانية فتمثل في الاتفاقات غير المنظمة، وهي التي لا تكتسي أي شكل منظم تنظيمياً ملموساً واقعياً أو قانونياً، وهذه الاتفاقات هي ما تسمى بالأعمال المدبرة أو التواطؤ الضمني الذي عرفه الفقه على أنه نوع من التوافقات بموجبها تقوم مؤسسات عن قصد ودون أن ترتبط قانوناً، باتباع قواعد مشتركة للتصرف أي أنها تتخلى عن التصرف باستقلالية⁽²⁾، ففي التواطؤ الضمني للشركات أو المؤسسات لا ترتقي للاتفاق والتفاوض فيما بينها، وإنما هناك نوع من التفاعلات التي لا تعدو أن تكون تفاهم ضمني حول السعر أو حجم الإنتاج الواجب عرضه في السوق، إذ يعتمد هذا التفاهم الصامت على مراقبة كل شركة لسلوك الشركات الأخرى، مما قد يؤدي إلى الإضرار بالمنافسة الحرة وتقييدها⁽³⁾.

فللتواطؤ ركنين: مادي ومعنوي، فالأول يتمثل في تنفيذ تنسيق عملي بين المؤسسات الشيء الذي سيؤدي إلى تقييد المنافسة أو القضاء عليها، ومثاله واقعة تحديد السعر التي يمكن إثباتها من خلال بعض المؤشرات كنقل قوائم الأسعار الخاصة بالبائع وتبادل المعلومات الخاصة بالأسعار، والاتفاقات المحددة لهامش الربح، أما الركن المعنوي فيتمثل في تراجع وتخلى المؤسسات عن اتباع سلوك مستقل عن قصد لتيقنها بأن المؤسسات

(1) - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 140.

(2) - Blaise Jean-Bernard, " **Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution** ", L.G.D.J, 02 eme édition, Liban, 1999, p 394.

(3) - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 64-65.

الأخرى ستقوم باتباع نفس السلوك في السوق وفي المثال السابق يتمثل هذا الركن في قصد تحديد السعر سواء كان ذلك بتوحيده على مستوى الشبكة أو بتحديد سعر إعادة البيع لكل عضو تبعا لظروف السوق⁽¹⁾.

ثانياً) - تقييد الاتفاق لحرية المنافسة

بالرجوع إلى نص المادة 06 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة نجد المشرع قد اشترط شرطا أساسيا لحظر الاتفاقات وهو أن يكون هدفها عرقلة أو تقييد حرية المنافسة، بحيث اشترط المشرع قيام العلاقة السببية بين الاتفاق وتقييد المنافسة وهذا ما يتضح لنا من خلال استعماله في نص المادة 06 من قانون المنافسة لعبارة " تهدف أو يمكن أن تهدف "، وهي ترجمة للعبارة الواردة في النص باللغة الفرنسية "sont prohibées lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet..."، إلا أنه يلاحظ على مشرعنا أنه ترجم كلمة الموضوع بالهدف على أساس أن موضوع التوافق قد يكون الهدف أو القصد الذي يبتغيه الأطراف منه، إلا أن عبارة " أو يمكن أن تهدف "، ليست هي الترجمة الصحيحة لعبارة " peuvent avoir pour effet "، لأن هذه الأخيرة معناها " يمكن أن يكون أثرها"، بحيث يكفي لاعتبار اتفاق ما محظورا مجرد انصراف نية الأطراف إلى إعاقة أو تقييد المنافسة الحرة دون ضرورة تحقيق الأهداف غير المشروعة المناهضة للمنافسة⁽²⁾.

ومن ثمة فإثبات العلاقة السببية يكون بأحد المعيارين، إما بمعيار الموضوع أو الهدف أو بمعيار الأثر الذي سيرتبه الاتفاق، فيقصد بالمعيار الأول أن تتجه إرادة الأطراف إلى إحداث ممارسات مقيدة للمنافسة، ولا يشترط هنا حصول الأثر بل مجرد قيام الاتفاق يكفي لحظره كأن يقوم الأطراف بإبرام عقد يتضمن شروط بيع مقيدة للمنافسة يلتزمون بها

(1) - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 143.

(2) - كتو محمد الشريف، " حماية المستهلك من الممارسات المناهضة للمنافسة "، مجلة الإدارة، العدد 23، 2002، ص 59.

في تعاملاتهم فمجرد إبرام هذا العقد كاف لحظره وإن لم يصل أطرافه إلى تحقيق الهدف لأن موضوع الاتفاق في حد ذاته يشكل خطرا على المنافسة⁽¹⁾.

أما المعيار الثاني فهو معيار الأثر، وبموجبه فإن الاتفاق يحظر إذا احتوى على احتمال أو إمكانية تقييد المنافسة، حتى وإن لم يتوفر فيه عنصر الهدف المقيد للمنافسة، وهذا المعيار يمكن من خلاله التصدي للاتفاقات الضمنية غير المنظمة، وهذا ما كان يقصده المشرع في المادة 06 من خلال عبارة " أو يمكن أن تهدف " .

كما أن لهذه الاتفاقات المقيدة للمنافسة صورتان محددتان في المادة 06 من قانون المنافسة، تضم الأولى الاتفاقات التي ترمي إلى التقليل من عدد المتنافسين في السوق وذلك بهدف زيادة حصص أطراف الاتفاق فيها، وتستعمل في ذلك عدة طرق نذكر منها:

- الاتفاقات المتضمنة عرقلة الدخول الشرعي في السوق، ويقصد بها اتفاق مجموعة من الأعوان الاقتصاديين على وضع حواجز للدخول إلى السوق، ويكون ذلك مثلا بإلزام المنافس الذي يرغب في الدخول بالحصول على بطاقة أو ترخيص،

- اتفاقات المقاطعة وهو اتفاق مجموعة من المؤسسات الاقتصادية على مقاطعة أحد المتعاملين الاقتصاديين، بهدف إقصائه من السوق،

- التفاهم عند المناقصات العامة أو الخاصة وهو ما أشارت إليه المادة 06 من قانون المنافسة بقولها: " اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل " .

في حين أن الطائفة الثانية تشمل الاتفاقات التي ترمي إلى تقييد نشاط المتنافسين في السوق، وتتمثل خصوصا فيما يلي:

- الاتفاقات حول تحديد أسعار السلع والخدمات، وهي تشكل المحور الذي تدور حوله أغلب الاتفاقات التي يبرمها المتعاملون الاقتصاديون، بغية تقييد المنافسة.

(1)-Wilfrid Jean Didier, " **Droit pénal des affaires** ", 02 eme édition, DALLOZ, paris, 1992, p 437.

- صفقات الربط والتي مفادها ضرورة أن يصحب رغبة المشتري في شراء منتج معين، شراء منتج إضافي يطلق عليه المنتج المرتبط سواء كان مرغوبا فيه أم لا، وهو ما عبرت عنه المادة 06 الفقرة 07 من الأمر رقم 03-03 بالنص على: "...إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود، سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية".

- اتفاقات القصر وهي التي يذهب بعض فقهاء القانون التجاري إلى التعبير عنها بمصطلح "الحصرية"، وهي سواء كانت حصرية تتيح احتكارا مكانيا يمكن المتلقي من تحقيق أرقام أعمال مرتفعة في النطاق الإقليمي المحدد في العقد، أو حصرية موضوعية تتيح التزود الحصري بالمقومات المادية، ففي الحالتين تعتبر هذه الحصرية غير المشروعة بحسب الأصل مع ما قد يرد عليها من استثناءات كما هو الحال في عقد الامتياز التجاري الفرانكيز⁽¹⁾.

وهذا ما أشار إليه مشرعنا في نص المادة 10 من قانون المنافسة بقوله: "يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها، ويحظر كل عمل و/أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة بالاستئثار في مجال تطبيق هذا الأمر".

وإذا كان الاتفاق في حد ذاته محظورا كما أسلفنا متى كان الغرض منه أو الآثار التي تنتج عنه تمس بحرية المنافسة النزيهة، فإنه لا يمكن أن يأخذ هذا المبدأ بحذافيره وإنما هناك استثناء من القاعدة العامة، إذ أوردت المادة 09 من قانون المنافسة جواز الاتفاق على نشاط معين متى كان يهدف هذا الأخير إلى تطور اقتصادي أو تقني أو يساهم في تحسين التشغيل أو من شأنه السماح للمؤسسات بتحسين وضعها في السوق، وكذا الحصول على

(1) - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 152.

ترخيص مسبق من قبل مجلس المنافسة⁽¹⁾، كما تحظر الاتفاقات المتضمنة للشرط المحرر بطريقة تؤدي إلى جعل تطبيقه يعوق المنافسة الحرة⁽²⁾.

وعليه نخلص مما سبق أن مشرعنا يحظر كل اتفاق مهما كان شكله، إذا كان يهدف أو يمكن أن يهدف إلى عرقلة المنافسة أو تقييدها أو الإخلال بها، إلا إذا كان هذا الإعفاء يدخل في حالة من الحالات المبررة قانوناً، وعليه ومن خلال كل ما سبق بيانه فإن الاتفاق إذا كان هدفه تقييد المنافسة، ولم تتوفر فيه حالات الإعفاء القانوني فإنه يشكل لا محالة إخلالاً وتهديداً صارخاً للنظام العام التنافسي، ومن ثمة يكون جزاؤه الحظر، مثله مثل حالة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية.

الفرع الثاني: حظر النظام العام للممارسات التعسفية للمنافسة

لقد عالج مشرعنا وضعية التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، باعتبارها الصورة الثانية من صور الممارسات المقيدة للمنافسة، وقسمها إلى صنفين، حالة الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن في السوق (أولاً)، وحالة الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية (ثانياً)، ثم نص على إمكانية تبرير هذه الممارسات إذا أدت إلى المساهمة في التطور الاقتصادي.

أولاً- الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن على السوق

عالج المشرع هذه الممارسة من خلال نص المادة 07 من الأمر رقم 03-03 التي تنص على أنه: " يحظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:

(1)- المادة 09 الفقرة 02 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تنص على: " يرخّص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق، لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة ".

(2)- Helleringer Ceneviève, op.cit, p 127.

- الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها،
- تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني،
- اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل،
- عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار وانخفاضها،
- تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما يحرمهم من منافع المنافسة،
- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية ".
فمشرعنا من خلال هذا النص أورد بعض حالات التعسف الناتج عن وضعية الهيمنة على السوق، دون أن يحدد في هذا النص بالذات المقصود بوضعية الهيمنة، بحيث إنه بالرجوع إلى المادة 03 الفقرة ج من الأمر رقم 03-03 نجده يعرف وضعية الهيمنة على أنها: " هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها، أو مموليها "، وبمقارنة هذا التعريف مع التعريف الذي أورده محكمة العدل الأوروبية نجده يقترب منه: " القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة معينة تمنحها القدرة على وضع العوائق أمام المنافسة الفعلية في السوق، وتمكن المعني من اتخاذ القرارات من جانب واحد في مواجهة منافسيه وعملائه وكذلك المستهلكين"(1).

(1)- Colin Frédéric, " **Droit public économique** ", GUALINO éditeur, paris, 2005, p 224.
C.J.C.E 14/02/1978 société United BRANDS et 11/12/1980 société L'OREAL,

فتعتبر الهيمنة بمثابة القوة الاقتصادية التي تحوزها مؤسسة ما والتي بها أو بموجبها تستطيع أن تعرقل المنافسة في السوق، مع انتهاج سلوك منها يتسم بقدر كاف من الاستقلال في مواجهة منافسيها وكذا عملائها وفي الأخير في مواجهة المستهلكين⁽¹⁾.

فباستقراءنا لهذه التعاريف يظهر لنا أن الحجم الكبير للمؤسسة والذي يسمح لها باكتساب مركز قوة في السوق غير ممنوع في حد ذاته، ولكن ما يحظره القانون ويمنعه هو التعسف في استعمال هذه القوة الاقتصادية خاصة عندما يكون الهدف منها الحد أو الإخلال بحرية المنافسة في السوق، مما يؤدي لتحديد المقاييس التي تبين أن العون أو المؤسسة في وضعية هيمنة أو احتكار.

فيقصد بالسوق المعنية هنا ذلك الفضاء الذي تلتقي فيه العروض والطلبات أو الخدمات القابلة للاستبدال، والتي يعتبرها المشترون أو المستعملون بديلة فيما بينهم، وغير بديلة مع غيرها من المواد والخدمات الأخرى المعروضة⁽²⁾، فبالرجوع إلى المادة 03 الفقرة ب من الأمر رقم 03-03، نجد المشرع يعرف السوق على أنها: "كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية، لا سيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات المعنية"، وبالنظر إلى الأمر رقم 03-03 يلاحظ على المشرع أنه لم يدرج المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في حالة تعسف لوضعية الهيمنة على السوق مما يعد فراغا قانونيا.

وبخصوص أشكال الاستغلال التعسفي للوضع المهيمن، فإن المشرع ومن خلال نص المادة 07 من الأمر رقم 03-03، قد حددها على سبيل المثال لا الحصر، لذلك يمكن تصنيفها في طائفتين: الأولى تتمثل في تلك الممارسات الاحتكارية التي تهدف إلى غلق السوق في مواجهة المنافسين، والتي تتخذ عدة صور منها، رفض البيع، التعسف في

(1) - Boutard-Labarde, Marie Chantal, Canivet Guy, op.cit, p 70.

(2) - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 156.

استغلال وضعيه الهيمنة فيما يتعلق بالتمسك بحق الملكية، بند عدم المنافسة، منع المتنافسين من استخدام بنية أساسية تمتلكها مؤسسة مهيمنة، أما الطائفة الثانية فتتمثل في تلك الممارسات الاحتكارية غير العادلة التي تقوم بها المؤسسة المهيمنة في مواجهة شركائها الاقتصاديين، وهي بدورها تتخذ عدة صور منها، ممارسة الأسعار التمييزية، ممارسة أسعار عدوانية، والبيوع المرتبطة⁽¹⁾.

وعليه فحماية لمصالح المستهلك لا بد من التصدي للممارسات التي تكون محل هيمنة في السوق، لأن ذلك يؤدي إلى انعدام أو قلة السلع في السوق وعدم تمكين المستهلك من قدرة الاختيار بما يتناسب مع رغباته⁽²⁾، كما قد يتم طرح سلع بديلة في نفس الوقت قد تكون محل زيادة في ثمنها والواقع يثبت مثل هذه التصرفات حيث غالبا ما يؤدي غياب سلعة ما في السوق إلى استعمال المؤسسات الاقتصادية منتجات بديلة لكن ليست بقدر من الجودة مع أنها تحتفظ بأسعار باهظة تطبق على البضائع الأصلية التي تكون نادرة في السوق أو تكون في أسواق أخرى بعيدة⁽³⁾.

وإلى جانب التعسف في وضعيه الهيمنة الاقتصادية نص المشرع على التعسف الناتج عن احتكار السوق الذي قد يمثل وضعيه هيمنة على السوق إذا كانت المؤسسة تشمل على جميع حصص السوق، مما يجعلها لا تخضع إلى أية منافسة، وبالتالي تكون بهذه الصفة قد حققت تمركزا أكيدا للقوة الاقتصادية.

(1) - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 148-149.

(2) - Cyril Nourissat et Blandine de Clavière-Bonnamour, " **Droit de la concurrence libertés de circulation, droit de l'union-droit interne** ", 04 eme édition, DALLOZ, paris, 2013, p 319.

(3) - ومن أجل منع مثل هذا الممارسة صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12/05/2005 المحدد لكيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 18/05/2005، ص 04، " فيقدم مجلس المنافسة بناء على طلب من المؤسسات المعنية بهدف عدم التدخل لانعدام السبب في ذلك، متى كان الطلب موجه من طرف المؤسسات المعنية مباشرة، أما إذا كان الطلب مقدا من قبل ممثلي هذه الأخيرة فلا بد من استظهار تفويض مكتوب يبين فيه الصفة التمثيلية المخولة لهم ".

فهنا الفعل المحظور لا يتجسد في مجرد الهيمنة على السوق وإنما يتمثل في استغلال هذه الهيمنة، ولقد أدرج المشرع مسألة الاحتكار إلى جانب التعسف في وضعية الهيمنة على السوق، ولعل الحكمة من ذلك هو رغبة المشرع في تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة، وذلك عن طريق منع إساءة استعمال القوة الاقتصادية التي يحوزها الطرف القوي المحتكر لجميع حصص السوق أو لجزء منها.

فالاحتكار يكفي أن يكون فيه العون الاقتصادي المحتكر للسوق متعسفا حيث إن الانفراد بالسوق أو بأغلب حصصه يجعل كلا من السلع والثمن الذي تلاعب به محل تغيير ودراسة في كل مرة من المحتكر، ولا يتم الاعتماد على العرض والطلب، كما أن المستهلك الذي يكون بحاجة للسلعة أو الخدمة نظرا لضرورتها قد لا يبحث عن نظيرتها في السوق كونه يعلم مسبقا بأن المورد والموزع الوحيد من يملك صلاحية تحديد ثمنها مما يعد ذلك بمثابة إذعان للطرف الضعيف، أما إذا استتبع الاحتكار بتعسف نتيجة ممارسات ظاهرة في السوق يكون بمثابة بعث اضطراب في السوق الأمر الذي لا بد للهيئة المكلفة بالمنافسة من العمل على منعه كون المتعامل الاقتصادي لا يمكنه أن يفرض قانونه في السوق.

وعليه فالفعل غير المشروع لا يتمثل في مجرد الاحتكار أو الهيمنة على سوق ما وإنما في سوء استغلال هذه الهيمنة، ومن ثمة فإن قانون المنافسة لا يحظر وضعية الهيمنة في حد ذاتها، لكن يمنع التعسف في استعمالها، ولعل الحكمة من هذا الحظر هو تحقيق التوازن في العقود المبرمة بين أطراف غير متكافئة في القوة التفاوضية، ولاسيما مع ظهور مؤسسات قوية في مجالات الإنتاج والتوزيع، وهو ما تطلب توفير حماية للطرف الضعيف مما قد ينجر عن مثل هذه الوضعيات من شروط تعسفية⁽¹⁾.

فالهدف العام المقرر لقانون المنافسة هو ضمان حسن سير وضبط السوق، وشفافية الممارسات في سياق لم يتمكن المفهوم التقليدي للتعسف من حماية الطرف الضعيف كونه

(1) - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 158.

المتضرر المباشر من أوضاع فرض استغلال الهيمنة في السوق، وهو ما لا نجده في إطار نظرية عيوب الإرادة خاصة المتعلقة بالاستغلال والغبن والإكراه، بحيث جعل مثل هذا التعسف منظماً في إطار قاعدة من النظام العام بموجب المادة 07 من الأمر رقم 03-03. فلحماية المصالح الاقتصادية للمستهلك ينبغي تمكين هذا الأخير من الحصول على المنتجات خالية من أي ممارسة ضارة بهذه الأخيرة مما يستدعي وجود منافسة نزيهة وفعالة بين المنتجين تؤثر إيجاباً في إنتاج السلع وتقديم الخدمات بصورة جيدة وبأقل تكلفة ويرتبط بذلك أيضاً إنتاج السلع وفقاً لمعايير سليمة تراعى فيها الأصول الفنية المعتمدة⁽¹⁾.

فحظر التعسف في عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة للمستهلكين لم يقصد به المشرع حماية اليسر الحسن للمنافسة في السوق الأمر الذي سينعكس حتماً بالإيجاب على المستهلك ذلك أن خفض الأسعار وإن كان سيعود بالفائدة على المستهلك على المدى القصير فإن ذلك لن يدوم إذ أن ممارسة البيع بأسعار منخفضة طبقاً للمادة 12 من شأنه إقصاء العديد من المنافسين في السوق، مما يمكن المؤسسة التي تمارسه الحصول على وضعية مهيمنة تمكنها بعد ذلك من التحكم في الأسعار.

ثانياً) - الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية

عالج المشرع هذه الممارسة من خلال نص المادة 11 من الأمر رقم 03-03 التي نصت على: " يحظر على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبوناً أو مموناً إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة، فيتمثل هذا التعسف على الخصوص في:

- رفض البيع بدون مبرر شرعي،

- البيع التلازم أو التمييزي،

(1) - الصغير محمد مهدي، " قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 31-32.

- البيع المشروط باقتناء كمية دنيا،
- الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى،
- قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة،
- كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل سوق " .

إن التبعية الاقتصادية في الحقيقة مردها إلى القوة الاقتصادية للعون الاقتصادي المتبوع بالمقارنة مع العون الاقتصادي التابع، فهذه القوة هي التي تمكنه من امتلاك قوة تفاوضية تسمح له في نهاية الأمر من فرض اشتراطاته التعاقدية على الطرف الآخر، لكن ينبغي التنويه إلى أن ما يقع محل الحظر ليس التبعية الاقتصادية في حد ذاتها، وإنما استغلالها في تحصيل مزايا تعاقدية ومن ثمة تنافسية غير مبررة، وعليه فإن الحظر لا يقع إلا بتحقق وضعية التبعية الاقتصادية، ثم التعسف في استغلالها.

فعرفت المادة 03 الفقرة د من الأمر رقم 03-03 التبعية الاقتصادية على أنها: " هي العلاقة التجارية التي لا يكون فيها لمؤسسة ما حل بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا "، فنتحقق إذن وضعية التبعية الاقتصادية في حالتين هما:

- التبعية للعلامة التجارية التي يقصد بها الوضعية التي يرتبط فيها نشاط العون الاقتصادي بشكل كامل بعلامة تجارية واحدة، وتتحقق هذه الحالة عموما في التعاقدات المتضمنة شرط الحصرية، كما في حالة عقد الامتياز التجاري، وعقد التوزيع بترخيص باستعمال العلامة التجارية وعقود التمثيل التجاري عموما، فيكون هنا الممثل التجاري في وضع تعاقدية أضعف واقعا قبل الطرف الآخر، مما يجعله غير قادر على الاستمرار في النشاط التجاري دون الارتباط بالعلامة التجارية محل العقد⁽¹⁾.

(1)- إينا حسن نكي، " قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار "، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 233.

- التبعية في التوزيع، بحيث يأخذ هذا الوضع صورة عكسية فيمون هنا المنتج المموم في وضع اقتصادي ضعيف بالنظر إلى ارتباطه بالموزع وحاجته إلى تصريف منتوجاته، ونجد هذه الحالة بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في علاقاتها التعاقدية مع الفضاءات التجارية الكبرى التي تضمن بالنسبة للمنتج تصريف نسبة كبيرة من منتجاته، فاستمراره في نشاطه الاقتصادي مرتبط باستمرار تعاقداته مع هذه الشركة⁽¹⁾.

ويمكن القول حسب رأينا على هذه الحالة إنه يتجسد التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية في فرض شروط غير عادلة على الشريك التجاري الذي ما كان ليقبلها لو كان متمتعا باستقلاليتة، فالعبرة في الحظر ليست بوضعية التبعية الاقتصادية في حد ذاتها، وإنما بالاستغلال التعسفي لها إذا ما أدى أو ساهم في عرقلة تنفيذ المنافسة، ومن ثمة يمكن القول إن حرية التعاقد في ظل المنافسة حاليا قد تغيرت، فبعدما كانت حرية التعاقد تستدعي حرية الشخص في إبرام أو عدم إبرام العقد، وحرية في اختيار المتعاقد معه، وفي تحديد مضمونه وشروطه، فإن هذه الحرية في ضوء الاختلالات والهوات الحاصلة بين أطراف العلاقات التعاقدية، وبرز ظاهرة الاحتكار لم يعد لها ما يبررها، فرفض البيع الذي يمثل رفض التعاقد يشكل ممارسة تعسفية يحظرها قانون المنافسة طبقا للمادة 13 من الأمر رقم 03-03 لما قضت ببطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المواد 06، 07، 10، 11، 12 .

فلقد ركز المشرع على الطرف الضعيف في هذه العلاقة التجارية كون الأصل أن يكون لكلا الطرفين نفس الحقوق عند إبرام العقد، ولكن في هذه الحالة يكون لمؤسسة ما قوة تهيمن بها على باقي المؤسسات الأخرى كون هذه الأخيرة مجبرة على التعاقد بالشروط التي تفرضها عليها المؤسسة الأولى، ففي حال إبرام العقود معها للحصول على المنتوج تكون خاسرة نظرا لما ستدفعه كمقابل، وإذا ما رفضت التعاقد فيعني توقف الأعمال والمشاريع التي

(1) - لينا حسن نكي، المرجع السابق، ص 234.

تقوم بها، وبالتالي يتضرر المستهلك في كلتا الحالتين من مثل هذه العلاقات التعسفية المبرمة بين المؤسسات، كون ذلك يؤدي إلى ارتفاع قيمة السلع في السوق بما لا يتناسب وقيمة التكلفة الحقيقية للمنتوج.

يتضح جليا من خلال المادتين السابقتين أن ما هو محظور التعسف في وضعية الهيمنة أو الاحتكار الناتج عنها وليس الوضعية في حد ذاتها، ويتمثل هذا التعسف في استخدام وضعية الهيمنة من طرف المؤسسة الاقتصادية حينما تقوم بعمل من الأعمال المؤدية لإعاقة المسار الطبيعي للنشاط الاقتصادي في السوق⁽¹⁾.

وبالتالي يتضح لنا أنه عند التعسف في وضعية التبعية تستغل المؤسسة قوتها الاقتصادية النسبية، أي قوتها في إطار العقد مع المتعاقد الثاني والمتواجد في وضعية حرجة، فنفرض امتيازات وبنود تعسفية غير مبررة⁽²⁾.

إن الممارسات التعسفية الناتجة عن حالة التبعية الاقتصادية لا تكون ممنوعة إلا إذا كان لها غرض أو أثر يؤدي إلى إعاقة المنافسة أو تقييدها أو تزييفها، كالممارسات التي تهدف إلى القضاء على مؤسسة، ولهذا لا بد من وجود مساس أو إخلال بالمنافسة، فلا يكفي إذن خلق عدم توازن في العلاقات التجارية الثنائية بين مؤسستين ولو كان هناك تعسف ما لم يكن قد أدى إلى الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة⁽³⁾.

فلم يكن للطرف الضعيف في السابق أي حماية قانونية بموجب النصوص الخاصة سواء تعلق الأمر بقانون الاستهلاك أو قانون المنافسة، فما كان على هذا الأخير إلا الاستناد إلى نظرية عيوب الرضا للوقوف ضد العقود المبرمة بطريقة غير نزيهة، ومن بين

(1) - كتو محمد الشريف، " حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة "، مجلة الإدارة، العدد 23، الجزائر، 2002، ص 63.

(2) - Jazottes Gérard, " Réforme de la distribution et de la concurrence, Actes du colloque sur: Loi Macron et l'activité économique ", Thèse de doctorat, l'université de Toulouse, 08/10/2015, p 637.

(3) - قوسم غالية، " التعسف في وضعية الهيمنة في القانون الجزائري على ضوء القانون الفرنسي "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2016، ص 150.

هذه العيوب نجد العنف بصفة عامة، وبصفة خاصة التعسف الصادر عن المتعاقد الذي يكون في وضعية قوة، ففي هذه الحالة فقط يمكن للطرف الضعيف ادعاء التعسف دون أن تكون لصفته أية أهمية، فلا يهم أن يكون محترفاً أو مستهلكاً⁽¹⁾، ومع التطورات التي شهدتها الساحة الاقتصادية دفعت بالمشرعين إلى تعديل وجهة نظرهم، وبالتالي حماية الطرف الضعيف في عقود التبعية الاقتصادية، التي يتحقق فيها التعسف، فوضعية التبعية الاقتصادية تعد ساحة خصبة لنشأة التجاوزات من الطرف القوي، لذا كان من الضروري أن يتدخل التشريع والقضاء لأجل تحسين توازن العلاقة التعاقدية وبما أن عدم التوازن موجود في كل العقود، فالهدف من حظر هذه الممارسة هو مكافحة التعسف الذي يصدر من الطرف القوي⁽²⁾.

فمجلس المنافسة لم يشهد لحد الآن أي تطبيق لمخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، ولكن حتى المشرع الفرنسي تشدد عند تطبيق الشروط الواجب توافرها لمعاقبة المؤسسة على أساس هذه المخالفة، واشترط إثبات أن هذه الممارسات لها طابع مناف ومناهض للمنافسة، وبأن تعرقل السير العادي للسوق لكن يصعب في معظم الأحيان تحقق هذا الأثر، لذلك في كل القضايا التي عرضت على سلطة المنافسة الفرنسية تمت معاقبة المؤسسات المتعسفة بسبب التبعية الاقتصادية فقط عندما كانت في نفس الوقت في وضعية هيمنة اقتصادية وتعسفت بسبب وضعيتها⁽³⁾، ولعل هذا هو السبب الأساسي الذي أدى إلى فشل حظر مثل هذه الممارسة عكس ما هو الأمر بالنسبة لكل من الاتفاقات المقيدة للمنافسة

(1)-Benjamin Montel, " **La violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence** ", revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, n 03, juillet-septembre, 2002, p 417-419.

(2)-Courrier Christophe," **La faiblesse d'une partie au contrat** ", éditions BRUYLANT-ACADEMIA, LOUVAIN-LA-NEUVE, paris, 2003, p 247-248.

(3)-Zouaimia Rachid," **Le droit de la concurrence** ", Maison d'édition Belkeise, Alger, 2012, p 229.

والتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية، وإن ما يميز هذه الوضعية عن التعسف في وضعية الهيمنة، هو درجة وقوة تأثير فعل التعسف، ففي حالة وضعية الهيمنة، فإنه يمتد إلى السوق كلها أما في حالتنا هنا التبعية الاقتصادية، فإن محيط التأثير جد محدود، إذ لا يتعدى الطرف المتعاقد الآخر، وبالفعل لم يغب عن قانون المنافسة فرضية الطرف الضعيف، وبموجب قاعدة خاصة أوجد حمايته عن طريق منع التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية، وهي الحالة التي يكون فيها الأطراف غير متكافئين في القوى التفاوضية، بفعل قوة أحد الأطراف الاقتصادية، فالمنع جاء لإعادة توازن للعلاقات التعاقدية، أما حالة التعسف في وضعية الهيمنة فكان الهدف من فرضه لإعادة التوازن في السوق، كلما كان أحد الأطراف ضعيفا.

وحسب رأينا نأمل من المشرع التخفيف من الشروط الواجبة التوفر لمعاقبة المؤسسة على أساس التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية، مع ضرورة تخفيف عبء الإثبات على عاتق الطرف الضعيف.

وعليه بعدما كان ينظر إلى التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية على أنها وسيلة للحماية وإعادة التوازن في علاقات التبعية اتضح أنها لم تحقق الأهداف المرجوة منها، لأنها طبقت بطريقة جامدة من طرف سلطات المنافسة، لكن بهدف حماية المنافسة وليس بهدف حماية المتعامل الاقتصادي⁽¹⁾، فالملاحظ على الأحكام التي جاء بها قانون الممارسات التجارية أنها أكثر فعالية لحماية الطرف الضعيف في العقد، أكثر من قانون المنافسة الذي هدفه الأساسي حماية المنافسة ومن ثمة حماية الطرف الضعيف.

(1) - مختور دليلة، "تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 142.

الفرع الثالث: البيع بأسعار منخفضة تعسفا

طبقا لنص المادة 12 من الأمر رقم 03-03 التي تنص على: " يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع منخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق، إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق"، فمن خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع وضع معيارا موضوعيا من أجل اعتبار السعر منخفضا بشكل تعسفي، يتمثل في سعر التكلفة المتضمن تكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق.

وعليه فإن الغرض من حظر مثل هذا النوع من البيوع يعود بالدرجة الأولى إلى الأضرار التي قد تلحق بالمؤسسات الأخرى التي تزاول نفس النشاط الاقتصادي مع العلم أن القانون المدني لا يمنع البيع بسعر أدنى من سعر السلعة الحقيقي وهو ما يعرف بالبيع بطريق الوضعية أي بخسارة جزافية أو بخسارة بنسبة مئوية من رأس المال⁽¹⁾.

فالبيع بأسعار منخفضة يتمثل في كل فعل قام به عون اقتصادي خاصة الموزعين الكبار سواء بصفة منفردة أو جماعية ينصب على عنصر السعر، بحيث يقوم بالتعامل بأسعار تتحدى كل منافسة تجعله يتحمل أيضا نتائج الخسارة من خلال البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي⁽²⁾.

فيمكن القول إذن إنه يشترط لحظر بيع سلعة ما بأقل من سعر التكلفة الحقيقي أن يكون السعر المطبق من طرف التاجر منخفضا جدا مقارنة بالتكاليف من جهة، وأن تكون الغاية من عملية البيع بهذا السعر المنخفض إقصاء متعاملين من السوق أو عرقلة دخولهم إليه، وبالنسبة للسلع القابلة للتلف والمهددة بالفساد السريع يسمح القانون ببيعها بالخسارة نظرا لطبيعتها الخاصة، كاللحوم والمنتجات الطرية أو المبردة، كذلك بالنسبة للتصفيات فهي تعد مبيعات مبررة بوقف النشاط التجاري أو تحويله، أما عن المنتجات الموسمية فتتمثل في تلك

(1) - سي يوسف زاهية، " عقد البيع"، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2000، ص 63.

(2) - تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 170.

السلع المتوفرة خلال فترة نهاية الفصل أو ما بين الفصلين، والمنتجات المستهلكة بكثرة خلال مرحلة معينة كما لو تعلق الأمر بموسم شهر رمضان، كما تخضع لأحكام المنع كل من المنتجات التي تعتبر من الطراز القديم.

ومعنى ذلك التكيف مع المنافسة حيث لا يقع البيع بالخسارة تحت الحظر بالنسبة للمنتجات التي تحدد أسعار إعادة بيعها وفق الأسعار الممارسة شرعياً من طرف المنافسين شريطة أن لا يبيع هؤلاء بسعر أقل من عتبة البيع بالخسارة، فيمكن القول إنه يرخص بمثل هذه الممارسات استثناءً عندما تقتضي الضرورة الاقتصادية ذلك وكلما توفر المبرر الشرعي. وأخيراً لم يكتف المشرع بتكليف البيع بأسعار منخفضة تعسفاً وممارسة المؤسسة استثناءً يمس بحرية المنافسة أو حتى مجرد تواطؤات فيما بين المؤسسات واستغلالها لوضعية التبعية أو الهيمنة الحائزة عليها يكون غرضها الإخلال بحرية المنافسة على أنها ممارسة مقيدة للمنافسة طبقاً للمواد 06، 07، 10، 11، 12 بل حظر أيضاً أي التزام أو اتفاق أو شرط تعاقدى حول الموضوع حسب المادة 13 من الأمر المتعلق بالمنافسة.

المطلب الثاني: تدخل النظام العام في ضبط حرية الأسعار

يعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المنافسة، فرغم أن المشرع منح الحرية للأعوان الاقتصاديين في تحديد أسعار السلع والخدمات في ظل الاقتصاد الحر، إلا أن هذا لا يعني بالضرورة جعل هذه الحرية مطلقة، فتبقى الدولة تنظم الاقتصاد الوطني ففي بعض الحالات وبصفة استثنائية تتدخل الدولة وتفرض قيوداً على بعض السلع ذات الطابع الاستراتيجي عن طريق مفهوم النظام العام، بغية ضبط الاقتصاد وتوجيهه خدمة للسياسة الاقتصادية العامة مما يبغى التطرق لمعرفة مضمون مبدأ حرية الأسعار (الفرع الأول)، ومن ثمة التطرق لكيفية تأثير النظام العام على مبدأ حرية الأسعار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دواعي التسعير الجبري

تميزت الفترة الممتدة من سنة 1989 إلى 1995 بصدور القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار⁽¹⁾، والذي تبنى نظامين للأسعار بحيث تنص المادة 11 من هذا القانون على: " تخضع السلع والخدمات إلى أحد النظامين التاليين للأسعار: نظام الأسعار المقننة ونظام التصريح بالأسعار"، فيقصد بنظام الأسعار المقننة هو ذلك النظام الخاص بالأسعار ذات الحد الأعلى، وتتعلق هذه الأسعار بالأموال والمنتجات المدعومة من قبل الدولة، كما هو الحال بالنسبة للخبز، وغيره من المنتجات، وبالنسبة للخدمات نجد الماء والغاز⁽²⁾، أما بالنسبة للنظام الثاني فهو يعرف على أنه نظام الأسعار الحرة.

ومنذ سنة 1995 إلى اليوم فقد تميزت هذه الفترة بصدور الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة⁽³⁾، والذي أبقى العمل فقط بأحكام الباب الرابع والخامس والسادس من الأمر رقم 95-06 إلى أن تم إلغاؤها بموجب المادة 66 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽⁴⁾.

فالملاحظ على المشرع أنه بموجب الأمر رقم 95-06 أضيف مراقبة على الممارسات التجارية دون الأسعار، بعدما ألغى القانون رقم 89-12 المتعلق بالأسعار بموجب المادة

(1) - القانون رقم 89-12 الصادر بتاريخ 1975/07/05، حيث نصت المادة 03 منه على أنه: " يخضع نظام الأسعار وإعداد التنظيم الخاص بها لعدة مقاييس هي حالة العرض أو الطلب شروط المحافظة على القدرة الشرائية للمستهلك والتحكم في أسعار السلع والخدمات الاستراتيجية الشروط العامة للإنتاج والتسويق الأسعار المعمول بها في السلع والخدمات المشابهة أو البديلة الأسعار المعمول بها في الأسواق الدولية فيما يخص السلع والخدمات المعنية أو المشابهة ".

(2) - حيث نصت المادة 12 من القانون رقم 89-12 على أن يطبق نظام الأسعار المقننة عن طريق ضمان الأسعار عند الإنتاج و/أو تحديد الحد الأعلى للأسعار و/أو الهوامش وقد حرصت الحكومة على تنفيذ ذلك عن طريق إصدارها لمراسيم من ذلك المرسوم التنفيذي رقم 91/152 المؤرخ في 1991/05/18، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 91-401 المؤرخ في 1991/10/27 المتضمن تصنيف المنتجات والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة.

(3) - الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 1995/07/25 المتعلق بالمنافسة.

(4) - المطبقة على القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41 المؤرخة في 2004/06/27 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 2010/08/15، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 2010/08/18.

97 منه، والذي جاء بأحكام جديدة في هذا المجال تضمنتها المادة 04 منه، والتي يتبين من خلالها أن مشرّعنا قد انتقل من نظام الأسعار المقننة إلى نظام حرية الأسعار بتحريرها من كافة القيود، ثم أكد على هذا المبدأ من جديد بمقتضى الأمر رقم 03-03 الذي ألغى الأمر رقم 95-06 واعتبره مبدأ أساسيا من المبادئ التي تقوم عليها المنافسة، إذ أنه وبموجب الأمر رقم 03-03 وضمن الباب الثاني المتعلق بمبادئ المنافسة، أورد فصلا أول بعنوان حرية الأسعار، وذلك بعد تحديده للأحكام العامة الواردة في المواد 01 و02 و03، حيث نصت المادة 04 الفقرة 01 على: " تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة الحرة والنزيهة ".

ومن الواضح أنه لا يمكن دخول جميع السلع في نطاق التسعير الجبري، وبالتالي فإن تحديد الأسعار عن طريق السلطات العامة إنما يتناول مجموعة من السلع التي تتسم بأهميتها وضرورتها، خاصة ما تعلق منها بالاستهلاك الواسع، ومن ثمة إقدام المشرع على عملية التسعير الجبري كقيد على حرية المنافسة، خاصة بعض السلع والخدمات الخاصة التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي، كالخبز والحليب والغاز.....⁽¹⁾، إلا أنه يمكن القول إن تحديد أسعار السلع والخدمات وإن كان حرا فلا بد أن يحترم قواعد المنافسة وأسسها، وعدم عرقلة حرية المنافسة بأي شكل من الأشكال لا سيما الاحتكار، وكل مخالفة

(1) - وهو ما أشارت إليه المادة 04 من القانون رقم 10-05 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة حيث جاء فيها: " تعدل أحكام المادة 05 من الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 والمذكورة أعلاه وتحرر كما يأتي: المادة 05: تطبيقا لأحكام المادة 04 أعلاه، يمكن القول أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم، تتخذ تدابير تحديد هوامش الريح وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم، تتخذ تدابير تحديد هوامش الريح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها على أساس اقتراحات القطاعات المعنية وذلك للأسباب الرئيسية التالية: - تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع والخدمات الضرورية أو ذات الاستهلاك الواسع في حالة اضطراب محسوس للسوق، - مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك، كما يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الريح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها حسب الأشكال نفسها، وفي حالة ارتفاعها المفرط وغير المبرر، لا سيما بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين، أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية " .

لذلك تعتبر منافسة غير مشروعة لأنها تتطوي على أساليب ووسائل تتنافى تماما مع العادات وقواعد الأمانة والشرف⁽¹⁾.

ومن الأسباب التي تبين سبب تدخل الدولة الذي تم تبيينه في المذكرتين الإيضاحيتين التقديميتين لمشروع القانونين المتعلقين بالمنافسة والممارسات التجارية، حيث جاء فيما يتعلق بأهم أهداف التعديلين ما يلي: - تدعيم تدخلات الدولة وجعلها أكثر فعالية في مجال تحديد ومراقبة أسعار وهوامش السلع والخدمات، لا سيما فيما يخص المواد والخدمات الضرورية.

- تزويد الدولة بجهاز قانوني منسجم وآليات تدخل فعالة لضبط ومراقبة السوق،
- تثبيت استقرار السوق من خلال تأطير هوامش وأسعار السلع والخدمات الضرورية وذات الاستهلاك الواسع،
- ضمان أكثر شفافية ونزاهة في إنجاز المعاملات التجارية بهدف استقرار السوق ولا سيما تلك التي تتعلق باحترام الأسعار المقننة،
- الحد من الاختلالات المسجلة في السوق، لا سيما تلك الناتجة عن المضاربة في الأسعار التي يمكن أن تمس بالقدرة الشرائية للمستهلك،
- القضاء على كل أشكال المضاربة التي تتسبب في الارتفاع المفرط وغير المبرر لأسعار السلع والخدمات.

وعليه فإن تدخل الدولة لا يزال ضروريا نظرا لتعدد الحالات المسموح فيها بالتدخل خاصة مع غياب احترام شروط المنافسة الاقتصادية، فهذا إن دل على شيء إنما يدل على حرص المشرع على إحاطة المنافسة والأسعار بكامل الضمانات القانونية الكفيلة بحمايتها من أي تعسف يمكن أن يؤثر سلبا على فعالية الحركة التجارية، وكذا بهدف تجاوز مرحلة

(1)- Juliette Méadel, " **Les marchés financiers et l'ordre public** ", L.G.D.J, paris, 2007, p 71-72.

التحديد الإداري للأسعار الذي كان مطبقا سابقا، الهادف للتحكم في آليات تحديد الأسعار في القطاعات التي لا تخلو فيها المنافسة⁽¹⁾.

إذن ما ينبغي التأكيد عليه في هذا المقام، أنه إذا كانت المنافسة الحرة وحرية التعاقد والمساومة، مبادئ مستقرة في التشريع عموما في القانون الوضعي وتعد الأصل، ولكن في غير الأسواق الاحتكارية أو ظروف الإساءة والتعسف في استعمال حق المالك جشعا واستغلالا، فإن هذه المبادئ تبقى نظرية نسبيا في الاقتصاد لأنه لا يتحقق معناها أو مناطها العام شرعا وقانونا في الواقع المعيش ولا تؤتي ثمراتها، من تحقيق السعر المتوازن العادل غالبا، لتفاوت القوى الاقتصادية وبالخصوص وقت الأزمات.

فيمكن القول إن وجوب التسعير إنما يقتضيه رفع التعارض بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة والتنسيق والتوفيق بينهما، مع الحد من جشع التجار واستغلالهم لاحتياجات المستهلكين، وبالتالي محاولة تحقيق العدل الاجتماعي من جهة، بالإضافة إلى أن تميز أسعار السلع والخدمات بقدر من الثبات سوف يمكن هذه الفئات من تخطيط إنفاقهم في حدود إمكانياتهم.

الفرع الثاني: القيود التي يفرضها النظام العام على مبدأ حرية الأسعار

حددت المادة 04 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة وجهين يتم بهما تدخل الدولة في تقنين الأسعار، يتمثل الأول في إمكانية الدولة في تقنين أسعار بعض السلع والخدمات وتحديد هوامش الربح أو تسقيفها أو التصديق عليها، والثاني إمكانية اتخاذ الدولة لتدابير مؤقتة في بعض الظروف، وبالنظر للأمر رقم 03-03 نجد المشرع قد سمح بالتدخل لتقييد حرية الأسعار بموجب نص المادة 05 من هذا الأمر المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 التي تنص: " تطبيقا لأحكام المادة 04 أعلاه، يمكن أن تحدد هوامش وأسعار

(1) - بوخاري لطيفة، " تدخل الدولة في تحديد الأسعار وآثاره على المنافسة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013، ص 31.

السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم، تتخذ هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها على أساس اقتراح القطاعات المعنية وذلك للأسباب الرئيسية التالية:- تثبيت استقرار مستويات وأسعار السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع في حالة اضطراب محسوس للسوق، - مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك كما يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها حسب الأشكال نفسها في حالة ارتفاعها المفرط وغير المبرر، لا سيما بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو حالات الاحتكار الطبيعية"، كما أكد المرسوم التنفيذي رقم 31-96 المتضمن كليات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية، في مادته 02 لإمكانية تحديد أسعار و/أو حدود الربح القصوى لبعض السلع والخدمات الاستراتيجية بمرسوم بعد استشارة مجلس المنافسة⁽¹⁾.

وأخذا بعين الاعتبار الظروف الخاصة التي يمر بها الاقتصاد الوطني قد قيد حرية الأسعار بجملة من الحالات يؤدي تحقيقها إلى جعل تنظيم الأسعار من طرف الدولة مشروعاً⁽²⁾، إلا أن الشيء الذي يأخذ على المشرع أنه أصبح يشترط أخذ رأي القطاعات المعنية عند تحديد أسعار بعض المنتجات مما فيه قصور كونه أقصى مجلس المنافسة من ذلك فهو بذلك يعد قد قلص من المهام الموكلة للمجلس.

(1)- المرسوم التنفيذي رقم 31-96 المؤرخ في 15/01/1996، المتضمن كليات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية، الجريدة الرسمية العدد 04، المؤرخة في 17/01/1996، ص 12.

(2)- تيورسي محمد، المرجع السابق، ص 189.

إستنادا للمادة 05 من الأمر رقم 03-03 تتدخل الدولة لتحديد الأسعار وتسقيفها بالنسبة لبعض المنتجات الضرورية⁽¹⁾، كما هو الحال بالنسبة للسميد العادي، والكتب المدرسية والمرجعية، إضافة إلى منتجات البترول المكررة المخصصة للسوق الوطنية كالبنزين⁽²⁾، بالإضافة إلى الدقيق والخبز، وكذا الأدوية المستعملة في الطب البشري، ومياه الشرب وخدمات نقل المسافرين بواسطة السكك الحديدية والحافلات الصغيرة والكبيرة، ونسب الإيجار المطبقة على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكنات التي تملكها الدولة والجماعات المحلية، والمؤسسات والهيئات التابعة لها⁽³⁾ :

- قد تتدخل الدولة لتقييد وتقنين أسعار السلع وخدمات ذات طابع استراتيجي، كما هو الحال بالنسبة لمشتقات البترول أو الخبز، الحليب، الأدوية، نقل المسافرين.

(1) - المادة 05 من الأمر رقم 03-03 الذي ينص على: " يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم... لأجل تثبيت استقرار مستويات وأسعار السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع، في حالة اضطراب محسوس للسوق.... "

(2) - طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 96-32 المؤرخ في 15/01/1996 المتضمن تحديد حد الربح عند إنتاج بعض المنتجات الاستراتيجية وفي مختلف مراحل توزيعها، الجريدة الرسمية العدد 04، المؤرخة في 17/01/1996، ص 06، والمرسوم التنفيذي رقم 96-33 المؤرخ في 15/01/1996 المتضمن تحديد سعر البيع عند دخول النفط الخام المصفاة وعند الخروج منها وحدود ربح توزيع المنتجات المكررة المخصصة للسوق الوطنية بالجملة، الجريدة الرسمية العدد 04، المؤرخة في 17/01/1996، ص 14.

(3) - طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 96-36 المؤرخ في 15/01/1996 المتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع، الجريدة الرسمية 04 المؤرخة في 1996، والمرسوم التنفيذي رقم 96-41 المؤرخ في 15/01/1996، المتعلق بحدود الربح القصوى عند الانتاج والتوزيع التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري، الجريدة الرسمية العدد 04، 1996، المرسوم التنفيذي رقم 96-42 المؤرخ في 15/01/1996 المحدد لتعريفه الأساسية لماء الشرب والصناعة والتطهير، الجريدة الرسمية العدد 04، المؤرخة في 1996، والمرسوم التنفيذي رقم 96-37 المؤرخ في 15/01/1996، المتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر الموضب عند إنتاجه وفي مختلف مراحل التوزيع، الجريدة الرسمية العدد 04، 1996، والمرسوم التنفيذي رقم 96-38 المؤرخ في 15/01/1996، المتضمن تعريفه نقل المسافرين والبضائع الذي تقوم به الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية، الجريدة الرسمية العدد 04، المؤرخة في 1996، والمرسوم التنفيذي رقم 96-39 المؤرخ في 15/01/1996، المتضمن تعريفه نقل الركاب برا، الجريدة الرسمية العدد 04، المؤرخة في 1996، والمرسوم التنفيذي رقم 96-35 المؤرخ في 15/01/1996، المتضمن تحسين نسب الإيجار التي تطبق على المحلات ذات الاستعمال الرئيسي في السكن التي تملكها الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات التابعة لها، الجريدة الرسمية العدد 04، المؤرخة في 17/01/1996، ص 16.

- نظرا لاستحالة استيفاء شروط المنافسة التامة قد تتدخل الدولة في حالات تبررها ظروف استثنائية خاصة، يكون من شأنها أن تؤدي إلى ارتفاع أو انخفاض فاحشين في الأسعار، وبالتالي تخول الإدارة حق اتخاذ إجراءات مؤقتة لمواجهة هذه الظروف الكارثية كالزلازل أو حالة الجفاف، أو الأزمة الاقتصادية كنقص التمويل في مادة معينة كالسكر، أو في حالة ارتفاع الأسعار لأسباب مشروعة كزيادة وانخفاض قيمة الدينار.

- القطاعات والمناطق الجغرافية التي لا تتوفر أو لم تعد تتوفر على شروط ممارسة المنافسة، إما لوجود احتكار قانوني أو فعلي، أو لعدم إمكانية تموين طبيعي، أو لأن نصوص قانونية أو تنظيمية خص بيع المواد أو تقديم الخدمات لفئة محددة اعتبارا لطبيعة المنتج أو الخدمة، كالمواد المدعمة والمواد الصيدلانية وتوزيع الماء والكهرباء والقطاعات الخاضعة لترخيص خاص مثل سيارات الأجرة.

وهذا ما حدده المشرع بحيث سمح بتدخل الدولة لتحديد الأسعار في حالة الارتفاع المفرط للأسعار وهذا ما حددته المادة 05 في فقرتها الأخيرة من الأمر رقم 03-03 التي نصت على: " مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك، كما يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها حسب الأشكال نفسها في حالة ارتفاعها المفرط وغير المبرر، لا سيما بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو حالات الاحتكار الطبيعية".

وطبقا للتعديل الذي طرأ على الأمر رقم 03-03 بموجب القانون رقم 10-05 بحيث تتخذ هذه الإجراءات بموجب مرسوم لمدة غير محددة، فهنا يكون تدخل الدولة راجعا إلى ظروف عارضة تقتضي تدابير استثنائية مؤقتة لمواجهةها⁽¹⁾.

(1) - طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 02-453 المؤرخ في 21/12/2002، المتعلق بتحديد صلاحيات وزير التجارة، الجريدة الرسمية العدد 85، المؤرخة في 22/12/2002.

فيمكن القول إنه لفرض مثل هذه القيود من طرف الإدارة فإن الأمر مرتبط بجملة من الشروط والإجراءات، بحيث يجب أن تتخذ مثل هذه التدابير عن طريق التنظيم أي بموجب مرسوم ولمدة غير محددة مع الأخذ بعين الاعتبار مبدأ تركيبة السعر، بمعنى تحديد أهم العناصر التي تدخل ضمن تركيبته وهي العوامل القابلة للتغير بتغير عامل الزمن⁽¹⁾.

وإن تطبيق هذا الاستثناء من طرف الإدارة منوط بالحصول على رأي مجلس المنافسة واستشارته للقيام بالتحقيقات في هذا المضمار، وذلك للحيلولة دون أي تعسف من الإدارة وتقييدا لحرية الأسعار دون وجود مبرر مقبول لذلك⁽²⁾.

وفي حالة استمرار حالة الظروف الموجبة لتحديد الأسعار لفترات طويلة فإنه آنذاك يمكن اتخاذ تدابير أخرى بعد أخذ رأي القطاعات المعنية مؤداها إخضاع القطاع والمنتج لتنظيم مستمر إلى أن تعود الأمور إلى ما كانت عليه، أما بالنسبة للمنظمات المهنية الأكثر تمثيلا لأحد القطاعات فيمكن للإدارة أن تبرم اتفاقا معها قصد تحديد أسعار المنتجات أو الخدمات التي تقوم بها، إلا أنه وفي حالة عدم احترام هذا الاتفاق من طرف مهنيي القطاع، فيمكن للإدارة تحديد الأسعار انفراديا وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون أي اتخاذ نص تنظيمي لهذا الغرض.

أصبح إذن قانون المنافسة يتدخل في المسائل التي تعد في القواعد العامة للعقد، من قبيل المسائل التي تعود للحرية التعاقدية ومشئئة المتعاقدين، ليتجسد مرة أخرى تحكم قانون

(1) - طبقا للمادة 22 مكرر من القانون رقم 10-06 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية: " يجب أن تودع تركيبة الأسعار والخدمات، لا سيما تلك التي كانت محل تدابير تحديد أو تسقيف هوامش الربح أو الأسعار طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما لدى السلطات المعنية قبل البيع أو تأدية الخدمة، يطبق أيضا الالتزام بإيداع تركيبة أسعار السلع والخدمات ضمن نفس الشروط عندما تكون هذه السلع والخدمات محل تدابير تصديق على الهوامش والأسعار والسلطات المؤهلة التي يجب أن تودع لديها عن طريق التنظيم ".

(2) - طبقا للمواد 05، 36، 37 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

المنافسة في مضمون العقد، لأنه يخرج مسألة تحديد الأسعار من نطاق الإرادة التعاقدية وهذا ما استدعته مقتضيات النظام العام الاقتصادي⁽¹⁾.

والملاحظ أن القواعد العامة للعقد اهتمت بالسعر لأن الثمن العادل فيها هو ما يتفق عليه الأطراف، متى كان رضائهم حرا وسليما وأن كل متعاقد يحرص على تحقيق مصلحته⁽²⁾، إلا أن الرقابة التي يمارسها قانون المنافسة على الأسعار، تعدي على مجال القواعد العامة للعقد، لأنها هي التي من المفروض أن تحقق التوازن العقدي، وحتى ولو كان من نتائج حرية المنافسة أن تسود في الأسواق أسعار معتدلة، ومنه فهي تساهم بشكل غير مباشر في حماية المتعاقدين، فهذا لا يعني أبدا أن تعطى لها مهام أخرى غير ضمان حرية المنافسة وبالخصوص سد نقص القواعد العامة، أي أن تكفي بالنظر للسعر من زاوية السوق لتحقيق التوازن العقدي بين المتعاملين الاقتصاديين وحماية الرغبات المشروعة للمستهلكين، على عكس القواعد العامة التي تنظر إليه من منظور ثنائي باعتباره عنصرا أساسيا في العقد.

وفقا لقواعد المنافسة الحرة يعد مبدأ حرية الأسعار من بين أسس نظام المنافسة الحرة التي يقوم عليها اقتصاد السوق، والمنافسة الحرة تقتضي أن يحتفظ كل عون اقتصادي بحريته في تحديد أسعاره على نحو يختلف مع منافسيه، وهذه الحرية تتلشى كلما قيدت إرادة العون الاقتصادي في تحديد السعر⁽³⁾، فالمشرع قد اهتم بمحاربة الممارسات التي من شأنها إحداث ظروف أو أوضاع قد تؤدي إلى تقييد وعرقلة المنافسة ومن ثمة التحكم في الأسعار على نحو يخالف السير الطبيعي لقانون العرض والطلب، بمعنى أن حرية الأسعار حتى في

(1) - صاري نوال، " قانون المنافسة والقواعد العامة للالتزامات "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2010، ص 118.

(2) - Chagny.M, , " **Droit de la concurrence et droit commun des obligations** ", Thèse de doctorat, faculté de droit, paris 01, 2004, p 356-357.

(3) - Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank, " **Droit de la consommation** " ,05 eme édition, DALLOZ, paris, 2006, p 358.

ظل اقتصاد السوق هي حرية مراقبة، وهذا هو حال الدولة الليبرالية الحديثة، كما تقتضي قواعد المنافسة النزيهة، بالإضافة إلى قواعد المنافسة الحرة أن يمارس مبدأ حرية الأسعار في إطار احترام قواعد المنافسة النزيهة، فهذه الأخيرة تعد قيوداً على مبدأ حرية الأسعار يجب على العون الاقتصادي مراعاتها⁽¹⁾.

ونظراً لكون الأسعار تعد من المسائل التي تؤثر على السوق والمنافسة خاصة إذا تم التلاعب بها، فيؤثر ذلك سلباً على المنافسة ويضر بالمستهلك والاقتصاد فقد عاقب المشرع على حالتين واعتبرهما جريمة: الأولى تتمثل في ممارسة أسعار غير شرعية، بحيث تنص المادة 22 من القانون رقم 02-04 يتعين وجوباً على كل عون اقتصادي تطبيق هوامش الربح والأسعار المحددة أو المسقفة أو المصادق عليها، إلا أنه نص في المادة 36 من القانون 02-04، على: "تعتبر ممارسات أسعار غير شرعية كل مخالفة لأحكام المواد 22 و22 مكرر والمادة 23 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من (20000 دج) عشرين ألف دينار إلى (10.000.000 دج) عشرة ملايين دينار"، فالأسعار المحددة لا يمكن مخالفتها بالرفع من مستواها أو الخفض منها من طرف الأعوان الاقتصاديين لما في ذلك من ضرر بالمنافسين والمستهلكين، والاقتصاد بشكل عام.

والثانية المخالفة الملحقة بممارسة أسعار غير شرعية، التي نصت عليها المادة 23 من القانون رقم 02-04، وهي تنصب على استعمال حيل تفضي إلى التأثير على السعر المقنن⁽²⁾، فيلاحظ أن الاتفاق بين المتعاملين الاقتصاديين للتأثير في الأسعار المقننة وغيرها واستغلال وضعية الهيمنة من أجل تلك الغاية يمكن أن يتابع سواء من طرف المحاكم

(1) - خديجي أحمد، "قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2016، ص 15.

(2) - بحيث نصت على: "تمنع الممارسات والمناورات التي ترمي لا سيما إلى القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات المحددة أو المسقفة، إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار، عدم تجسيد أثر الانخفاض المسجل لتكاليف الإنتاج والاستيراد والتوزيع على أسعار البيع والإبقاء على ارتفاع أسعار السلع والخدمات المعنية، عدم إيداع تركيبة الأسعار المقررة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، تشجيع غموض الأسعار والمضاربة في السوق، إنجاز معاملات تجارية خارج الدوائر الشرعية للتوزيع".

العادية طبقا للقانون رقم 04-02، أو من طرف مجلس المنافسة لاعتبارها ممارسات مقيدة للمنافسة طبقا للمادتين 06 و 07 من الأمر المتعلق بالمنافسة، فالمنع المحدد في المادة 23 من القانون رقم 04-02، جاء عاما وشاملا لكل الممارسات والمناورات التي يقوم بها العون الاقتصادي للتحايل على السعر المحدد للسلعة أو الخدمة أو هوامش الربح أو الأسعار المسقفة.

فيتضح أن تقييد مبدأ التحرير يعتبر أمرا لازما، وأنه ليس في ذلك أي انتقاص من هذا المبدأ، بل الحفاظ على النشاط التجاري في السوق وحماية السير العادي للمنافسة الحرة ذاتها يستدعيان تقييد الأسعار تحقيقا لمتطلبات النظام العام خوفا من التأثير سلبا على الاقتصاد الوطني وعلى الطرف الضعيف.

فمن خلال ما سبق يمكن القول إنه ليس الهدف من حماية المستهلك هو انتصار مصالح فئة اجتماعية على مصالح فئة أخرى، بل الهدف منه هو دعم لمصالح المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية في السوق بطريقة فعالة، لذلك فإنه يجب أن تتصف الحماية بالعدالة في موازنتها لحقوق وواجبات ومصالح الأطراف، كما لا يجب أن تتخذ هذه الحماية صورا مناقضة لآليات السوق أو تمثل عائقا أمام حرية التجارة أو تتعارض مع مقتضياتها، بل تعمل على تحقيق منظومة استهلاك ناجحة في إطار تشجيع ممارسة الأنشطة الاقتصادية المختلفة لتحقيق التقدم الاقتصادي وهذا ما يهدف إليه المشرع من خلال تكريسه لآليات من النظام العام تحمي الاقتصاد الوطني وتحمي الطرف الضعيف.

كما يمكن القول إن قانون المنافسة يتحكم فيه النظام العام الاقتصادي التوجيهي الذي يحقق الشفافية والتوازن العقدي في المعاملات التنافسية فهذه الأهداف يمكن القول إنها من أهداف النظام العام الحمائي الذي يعمل على حماية الطرف الضعيف بدوره⁽¹⁾، فيندرج حظر الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن النظام العام وهذا ما يحد من حرية التعاقد.

(1)– Marie-Anne Frison-Roche, " **Contrat, concurrence, régulation** ", revue trimestrielle de droit civil, n 03, janvier/mars, 2004, Dalloz, paris, p 458.

فقواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي أكثر وضوحاً في مجال حماية المستهلك أو في مجال حماية العامل، أما في مجال المنافسة فهناك تردد بين النظام العام الحمائي والنظام العام التوجيهي ونميز بينهما بالنظر إلى المصلحة المحمية، المصلحة العامة بالنسبة للنظام العام التوجيهي، وحماية المصالح المشروعة لمجموعة من الأشخاص التي لا تملك القدرة لحماية مصالحها بمفردها بالنسبة للنظام العام الحمائي⁽¹⁾، لكن حسب رأينا ليس هناك ما يمنع من اعتبار أن قانون المنافسة أحكامه كذلك من النظام العام الحمائي والدليل على ذلك الأهداف المبتغاة من وضع هذا القانون في ديباجته التي تهدف إلى حماية المستهلك كذلك، ومن ثمة يمكن لبعض البنود المخلة بالتوازن في العلاقات التعاقدية أن تؤثر على السوق، وعلى هذا الأساس يمكن لقانون المنافسة أن يسمح بصفة غير مباشرة في تنظيم العقد بإعادة التوازن المفقود لحماية السوق.

المطلب الثالث: رقابة النظام العام على التجميعات الاقتصادية

بغية المحافظة على المنافسة الحرة وحماية من التصرفات والممارسات التي قد تؤدي إلى عرقلة وتقييد المنافسة، فرض منطوق النظام العام رقابة على التجميعات الاقتصادية، فالمشرع لا يمنع إجراء التجميعات الاقتصادية، بل يراقبها عن طريق اشتراط حصولها على ترخيص مسبق من طرف الهيئات المتخصصة خوفاً من سيطرة التجميع على السوق وعرقلة حرية المنافسة، فينبغي تحديد المقصود بالتجميع الاقتصادي (الفرع الأول)، إلا أن هذه الرقابة مرتبطة بشروط ينبغي توفرها (الفرع الثاني)، والإجراءات المتبعة لرقابة التجميع الاقتصادي (الفرع الثالث).

(1) - مختور دليّة، " حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي "، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: إلى الأنظمة العامة " ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 07،08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص 2015، ص 535.

الفرع الأول: التجميع الاقتصادي كمحفز للمنافسة

لم يتطرق المشرع لتعريف التجميع الاقتصادي وإنما اكتفى في المادة 15 من الأمر رقم 03-03 بتحديد الحالات التي تساهم في إيجاد التجميع الاقتصادي بحيث نصت: "يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا: - اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل، - حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة على الأقل، أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو عدة مؤسسات أو جزء منها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق أخذ أسهم من رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى، - أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة"، فيعتمد المشرع على معيارين لتحديد مفهوم التجميع أولهما يتحدد من خلال الوسيلة المستخدمة - الاندماج والمؤسسة المشتركة- والثاني يعتمد على النتيجة والغاية المتوصل إليها، تلك التي تتمثل في نقل سلطة الرقابة والسيطرة. من هنا يتسع المفهوم القانوني للتركيز أو التجميع ليشمل كل العمليات التي من شأنها أن تؤدي إلى زيادة حجم الوحدات الاقتصادية، وأيضاً تلك التي تهدف إلى تحقيق التكامل الاقتصادي بين المؤسسات المشتركة في عملية التجميع، لذا تعتبر ذات طبيعة تجميعية كل عملية تسمح لمؤسسة أو مجموعة من المؤسسات بأن تمارس نفوذها الأكيد على مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات.

إلا أن الفقه تولى إعطاء تعريف للتجميع الاقتصادي على أنه ظاهرة اقتصادية تتم بنمو حجم المؤسسات من جهة وبانخفاض عدد المؤسسات التي تعمل في السوق من جهة أخرى⁽¹⁾، فيمكن القول إنه حتى نكون أمام تجميع اقتصادي ينبغي توفر عنصرين الأول يتمثل في الوسيلة المستخدمة سواء كانت في شكل اندماج بحيث يقصد بهذا الأخير التحام شركتين أو أكثر التحاماً يؤدي إلى زوالهما معاً وانتقال جميع أموالهما إلى شركة جديدة، أو

(1) - لينا حسن نكي، المرجع السابق، ص 254.

زوال إحداهما فقط وانتقال جميع أموالها إلى الشركة الدامجة⁽¹⁾، أما الثانية فهي في شكل مؤسسة مشتركة، فتعرف هذه الأخيرة على أنها المؤسسة التي يتم إنشاؤها من طرف مؤسستين أو مجموعتين متنافستين، من أجل تحقيق أهداف مشتركة في مجال البحث والتطوير أو في مجال الإنتاج الصناعي⁽²⁾.

فيتخذ إذن التجميع عدة أشكال فقد يكون تجميعاً أفقياً وفيه تستحوذ شركة واحدة على كل أو بعض أسهم أو ممتلكات شركة أو شركات أخرى، والتي تكون منافساً في نفس المستوى ونفس المنطقة الجغرافية كالاندماج، كما قد يكون رأسياً أو عمودياً وهو اكتساب يحدث بين شركتين تعملان في مراحل متتالية من الإنتاج بغية تحقيق تكامل فيما بينهما، كما قد يكون التجميع تكتلياً ويكون بتكتل مؤسستين أو أكثر في صناعات غير متصلة ببعضها بغية إنشاء إدارة جديدة أقوى للمؤسسات المندمجة.

فيمكن القول إن التجميع إذا كان يستخدم كوسيلة للسيطرة والاحتكار فإن الحقيقة على غير ذلك لأن التجميع أصبح ضرورة اقتصادية نظراً لما ينطوي عليه من طاقات فنية وقدرات إدارية ومالية كبيرة بالإضافة إلى تخفيض النفقات العامة وتقليل المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث تلجأ هذه الأخيرة إلى الاندماج فيما بينها كوسيلة للتجميع وللدفاع عن نفسها ضد تهديدات المؤسسات الكبرى ولضمان بقائها في السوق⁽³⁾.

(1) - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 195.

(2) - مرجع سابق، ص 199.

(3) - مرجع سابق، ص 191.

الفرع الثاني: شروط ممارسة إخضاع التجميع للرقابة

لكي يكون التجميع محلا للرقابة لا بد من توفر شرطين أساسيين:

أولاً) - أن يكون التجميع معززا لوضعية الهيمنة على السوق

تم النص على هذا الشرط من خلال المادة 17 من الأمر رقم 03-03: " ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة المؤسسة على سوق ما،...."، فلا يخضع للرقابة إلا التجميع الذي تقوم به المؤسسات المتعلقة بالقوة الاقتصادية ذات التأثير القوي في المنافسة ومعرفة مدى القوة الاقتصادية المحصلة بفعل التجميع الذي يتم وفق مقاييس يفترض القانون أن بلوغها سيؤدي إلى المساس بالمنافسة⁽¹⁾.

إلا أن المشرع حدد هذا المقياس من خلال نص المادة 18 من قانون المنافسة " تطبق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة "، فالمشرع قد أخذ بمعيار الحصة في السوق لقياس مدى الهيمنة، في حين أن بعض التشريعات المقارنة قد أخذت بمعيار رقم الأعمال كالقانون الفرنسي طبقا لنص المادة 2-430L من القانون التجاري الفرنسي⁽²⁾.

ثانياً) - أن يؤدي التجميع إلى المساس بالمنافسة

ورد النص على هذا الشرط في المادة 17 من الأمر رقم 03-03: " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة...."، فمن خلال هذا النص يتضح أن عمليات التجميع لا تخضع للمراقبة إلا إذا كان من شأنها المساس بالمنافسة وإلحاق ضرر بها، فعملية المراقبة لا يقصد بها معاقبة أطراف التجميع وإنما الغرض من هذه الرقابة المفروضة هو لمنع التعسف الذي قد ينجم عن التجميع.

(1) - كتو محمد شريف، " الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري "، المرجع السابق، ص 216.

(2) - www.légifrance.gouv.fr

فإذا كان التجميع مثلاً يرمي إلى مساعدة مؤسسات اقتصادية أخرى التي تعاني من مشاكل في التسيير أو التسويق قد تعرضها للإفلاس، فهنا تعمل هذه الأخيرة على تجميع أنشطتها مع مؤسسات أخرى قد تحسن وضعيتها في السوق، وهذا فعل ليس فيه مساس بالمنافسة⁽¹⁾.

فتختلف إذن صور المساس بالمنافسة باختلاف الشكل الذي يتخذه التجميع، فإذا كان في شكل اندماج أفقي فقد ينتهي به الأمر إلى تقوية وضعية هيمنة عادية أو جماعية، وإذا كان في شكل اندماج رأسي فقد يشكل خطراً في غلق السوق والحد من الدخول إليه وكذا خلق وضعيات تبعية المتنافسين للتجميع، أما إذا كان في شكل اندماج مختلط فقد يؤدي إلى تعزيز وضعية الهيمنة في السوق من خلال ما يسمى أثر الاتصال ما بين الأسواق⁽²⁾، إذن فمتى عزز التجميع وضعية الهيمنة على السوق بغرض المساس بالمنافسة كان محلاً للرقابة.

الفرع الثالث: إجراءات رقابة التجميعات الاقتصادية

يهدف المشرع من خلال فرض رقابة على التجميعات لتحقيق هدفين من أهداف النظام العام الاقتصادي، فالأول يتمثل في حماية المنافسة خاصة، كون المراقبة إجراء احتياطي يهدف إلى تقادي بروز وضعيات هيمنة على السوق يصعب فيما بعد تجاوز أثارها فلا تكفي قواعد السوق الحر لضمان وجود منافسة نزيهة بل يستدعي الأمر تدخل الدولة، بينما الهدف الثاني يدخل في مجال النظام العام الاقتصادي التوجيهي عامة، بغية توجيه المنافسة نحو سياسة اقتصادية واجتماعية، كون الدولة تضمن من خلال مراقبة التجميعات الاقتصادية إمكانية تجسيد سياستها من خلال التجميع المقترح، كون مراقبة التجميع تمنح الفرصة للدولة للتدخل بمقومات النظام العام لتنظيم المجال الاقتصادي.

(1) - أرزقي الزويبر، المرجع السابق، ص 113.

(2) - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 218-219.

بالرجوع إلى نص المادة 17 من الأمر رقم 03-03 أُلزم المشرع عرض التجميع من طرف المعنيين به على مجلس المنافسة، بحيث تنص هذه المادة على: " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة المؤسسة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبيت فيه في أجل (3) أشهر"، كما أكد المشرع على أن كل تجميع أنجز دون ترخيص يعرض أصحابه إلى عقوبات طبقاً للمادة 61 من قانون المنافسة⁽¹⁾.

فالمشرع بذلك يكون قد أعطى لمجلس المنافسة صلاحية منح الترخيص للتجميعات بعد أخذه رأي الوزير المكلف بالتجارة والوزير المعني بالقطاع، فكل تجميع تتوافر فيه أحكام المادتين 15 و18 من قانون المنافسة يلزم أطرافه بتقديم طلب ترخيص لمجلس المنافسة الذي يتولى تنظيمه المرسوم التنفيذي رقم 05-219 المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع⁽²⁾. ولمجلس المنافسة بعد تقديم الطلب صلاحية قبوله أو رفضه طبقاً للمادة 19 من الأمر رقم 03-03، كما ترك المشرع السلطة التقديرية لمجلس المنافسة في تقرير مدى ملاءمة مشروع التجميع المقترح، الذي يكون إما عن طريق تقييم تأثير مشروع التجميع على المنافسة، وفق معيار الحصة في السوق طبقاً للمادة 18 من الأمر رقم 03-03 إذا كانت أكثر من 40% من المبيعات والمشتريات، وإما عن طريق التقييم الاقتصادي للمشروع وفق مساهمته في التطور الاقتصادي من خلال تشجيع وترقية المنافسة في السوق.

وعند انتهاء مجلس المنافسة من عملية تقييم التجميع يصدر قرارات إما بالترخيص العادي إذا رأى أن التجميع لا يمس بالمنافسة، أو قرار بالترخيص المشروط إذا أثبت المجلس وجود آثار سلبية على المنافسة، يمكنه رغم ذلك قبول الترخيص بالتجميع في إطار

(1) - التي تنص على: " يعاقب على عمليات التجميع المنصوص عليها في المادة 17 أعلاه والتي أنجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة، بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى 07 % من رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسات التي تكونت من عمليات التجميع ".

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 05-219 المؤرخ في 22/06/2005، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، الجريدة الرسمية العدد 43، المؤرخة في 22/06/2005، ص 05.

التفاوض مع المؤسسات المعنية، فيقترح عليها شروطا أو يقبل التجميع بناء على التزامها بتعهدات، أو قرار رفض التجميع في حالة ماذا تبين من خلال عملية التقييم بأنه سيجري على التجميع المقترح آثار سلبية على المنافسة، أو إذا كان من غير الممكن أن تؤدي التعهدات المقدمة من المؤسسات المعنية إلى إزالة الآثار السلبية على المنافسة.

فالمشرع أقر إجراء استثنائيا بموجبه يمكن للحكومة منح الترخيص للتجميع الذي كان محل رفض من المجلس⁽¹⁾، وقد نص المشرع في الأخير من خلال المادة 21 مكرر التي أضيفت بموجب القانون رقم 08-12 المعدل لقانون المنافسة⁽²⁾، على إمكانية منح ترخيص للتجميعات التي تستند إلى نص تشريعي أو تنظيمي، وكذا عدم تطبيق الحد المنصوص عليه في المادة 18 أعلاه على التجميعات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق.

وقد اتبع المشرع بموجب المادة 08 من الأمر رقم 03-03 التي ذكر من خلالها بعض الحالات التي تخرج فيها تلك الممارسات من دائرة الحظر وذلك باتباع إجراءات قانونية معينة، إضافة إلى نص المادة 09 من الأمر رقم 03-03 والتي أقر من خلالها مجموعة من الاستثناءات الواردة على حظر هذه الممارسات، مع ضرورة الإشارة هنا إلى أن هاتين المادتين اللتين تنصان على استثنائين مختلفين تماما عن بعضهما البعض من جميع النواحي وينتجان عن آليتين قانونيتين مختلفتين تتمثلان في كل من التصريح والترخيص، حيث إنه يجب الإقرار بأن الترخيص لا يعتبر الأداة القانونية الوحيدة التي تستخدمها الإدارة للتدخل وتنظيم ممارسة الأشخاص لنشاطاتهم ومراقبتها، على أساس أنه يوجد إلى جانبها

(1) - طبقا لنص المادة 21 من قانون المنافسة: " يمكن أن ترخص الحكومة تلقائيا، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب من الأطراف المعنية، بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع ".

(2) - القانون رقم 08-12 المؤرخ 2008/06/25 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 36، 2008/06/02، ص 11.

أدوات أخرى من بينها التصريح، مما يجعل كلا من التصريح والترخيص مفهوميين متقاربين وربما ذلك ما قد أدى في الكثير من الأحيان إلى الفهم والاستعمال الخاطئ للمصطلحين في غير محلها أو بعيدا عن مقصدهما الحقيقي بصفة عامة⁽¹⁾.

غير أننا نرى بأنه وبغض النظر عن التقارب الموجود بين معنى المصطلحين باعتبارهما " وسيلة من وسائل المراقبة التي تستعملها الإدارة "، حيث يمكن تعريف التصريح على أنه: " الإجراء الذي تقر به السلطة المختصة بأن مشروع القرار المزمع إصداره لا يخالف قاعدة قانونية ولا يمس المصلحة العامة "⁽²⁾، أما الترخيص فيمكن تعريفه على أنه: " وسيلة من وسائل تدخل الدولة في ممارسة النشاط الفردي للوقاية مما قد ينشأ عنه من ضرر وذلك بتمكين الهيئات الإدارية بفرض ما تراه ملائما من الاحتياطات التي من شأنها منع هذا الضرر، أو رفض الإذن بممارسة النشاط إذا كان لا يكفي للوقاية منه اتخاذ الاحتياطات المذكورة، أو كان غير مستوف للشروط التي قررها المشرع سلفا "⁽³⁾.

وفقا لذلك يمكن للتجميع الاقتصادي أن يكون وسيلة مهمة لتوجيه المنافسة الحرة في السوق حسب السياسة العامة للاقتصاد الوطني وحسب النفاثص الموجودة في السوق كتقشي البطالة فيه، ومحاولة تغطيتها بفرص الشغل التي توفرها المؤسسات المتجمعة مقابل حصولها على الترخيص.

المبحث الثالث: مجلس المنافسة: وصي النظام العام الاقتصادي

إن مهمة ضبط السوق وحمايته من الممارسات التي قد تؤدي إلى عرقلة حرية المنافسة تعد مسألة متعلقة بالنظام العام لحماية للمصلحة العامة للدولة والمصلحة الاقتصادية للمستهلكين، ونظرا للدور الذي تلعبه الدولة في هذا المجال استدعى على هذه

(1) - عزوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 165.

(2) - بكر قباني، " الرقابة الإدارية "، الطبعة الأولى، دار النهضة، مصر، 1978، ص 137.

(3) - محمد الطيب عبد اللطيف، " نظام الترخيص والإخطار في القانون المصري، دراسة مقارنة "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1956، ص 427.

الأخيرة إلى ضرورة إعادة النظر في وظائف الدولة وعلاقتها بالاقتصاد عن طريق الفصل التام بين وظائفها بصفقتها عونا تجاريا اقتصاديا ووظائفها باعتبارها سلطة عامة ضامنة للمرفق العام، بحيث تم منح وظيفة الرقابة الضبطية لصالح هيئات أنشئت خصيصا لهذا الغرض متمثلة في مجلس المنافسة الذي أوكلت له مهمة ضبط السوق وحماية النظام العام في مجال المنافسة، ومن ثمة استدعى الأمر التطرق لتحديد الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة (المطلب الأول)، وبغية معرفة فعالية مجلس المنافسة في ضبط السوق يستدعي الأمر التطرق لصلاحياته في مجال المنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مجلس المنافسة كهيئة لضبط المنافسة

لمعرفة طبيعة مجلس المنافسة كهيئة ضبط للمنافسة يستدعي التطرق لتعريف مجلس المنافسة (الفرع الأول)، واستقلاليته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بمجلس المنافسة

يعد مجلس المنافسة جهاز الضبط العام المكلف بالسهر على حماية النظام العام الاقتصادي، عن طريق فرض احترام وكفالة تطبيق أحكام قانون المنافسة، فللوقوف على مدى فعالية مجلس المنافسة في ضبط السوق وحماية النظام العام، ينبغي التطرق إلى الطابع الإداري للمجلس (أولا)، إلا أن المشرع لم ينص في قانون المنافسة رقم 95-06 صراحة على الطابع الإداري لمجلس المنافسة مكتفيا بالنص على المهام المخولة له، لكن بصدور الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة الملغي للأمر رقم 95-06 نص صراحة على تمتع مجلس المنافسة بالطابع الإداري بموجب المادة 23 منه: " تنشأ لدى رئيس الحكومة سلطة إدارية تدعى في صلب النص " مجلس المنافسة "، تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي ".

فاكتفى فقط بالنص على أنه يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة إداريا، وما يؤكد الصبغة الإدارية المستقلة المتميزة لهذه الهيئة، هو عدم خضوعها لنظام التدرج السلمي الذي

تخضع له الهيئات الإدارية العادية التابعة للسلطة التنفيذية مما يطرح حول هذه المسألة العديد من التساؤلات.

ويمكن إثبات الطابع الإداري لمجلس المنافسة من خلال معيارين أولهما طبيعة المهام الموكلة إليه، فهو يسهر على تطبيق قواعد المنافسة ويتخذ في ذلك قرارات إدارية إلزامية كانت في السابق من اختصاص وزير التجارة من جهة، ومن جهة أخرى فإن ميزانيته تسجل ضمن ميزانية وزارة التجارة، وتخضع للقواعد العامة للتسيير مما يؤكد بأن هذا المجلس هو سلطة ذات طابع إداري⁽¹⁾.

أما المعيار الثاني الذي يمكن من خلاله التعرف على الطابع الإداري لمجلس المنافسة فهو مدى خضوع قراراته لرقابة القضاء الإداري، غير أن ما يلاحظ من خلال النصوص المنظمة لمجلس المنافسة هو تباين خضوع الطعن في القرارات التي يصدرها ما بين القضاء العادي والقضاء الإداري، إذ يكون الطعن في قراراته الصادرة بشأن قمع الممارسات المقيدة للمنافسة أمام مجلس قضاء الجزائر وهو قضاء عادي طبقاً لنص المادة 63 من الأمر رقم 03-03: " تكون قرارات مجلس المنافسة المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية...."، في حين يكون الطعن في قرار رفض التجميع الاقتصادي أمام مجلس الدولة وهو قضاء إداري طبقاً للمادة 19 من الأمر رقم 03-03 الفقرة الأخيرة: " يمكن الطعن في قرار رفض التجميع أمام مجلس الدولة"، يمكن القول إنه رغم هذا التباين بالنسبة للجهة المخول لها النظر في الطعن بالرغم من كون القضاء العادي هو المختص في الطعن في قرارات مجلس المنافسة لا ينفي الطابع الإداري الذي يتصف به طبقاً للمادة 23 من الأمر رقم 03-03، فالقرارات التي يتولى إصدارها المجلس تعد قرارات إدارية طبقاً للمادة 13 من المرسوم

(1) - خميلية سمير، " عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 25.

التنفيذي رقم 11-241 المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره⁽¹⁾، " يرسل المجلس إلى الوزير المكلف بالتجارة، القرارات التي يتخذها ولا سيما الأنظمة والتعليمات والمنشورات "، كما يتضح الطابع الإداري لمجلس المنافسة من خلال الهياكل الإدارية التي يضمها والتي تتمثل في مديرية الإجراءات ومتابعة الملفات، مديرية الدراسات والوثائق وأنظمة الإعلام والتعاون، ومديرية الإدارة والوسائل، مديرية تحليل الأسواق والتحقيقات والمنازعات ويتم تحديد تنظيم هذه المديرية في شكل مصالح بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية ورئيس مجلس المنافسة وهذا طبقا للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241، فيعد مجلس المنافسة الحامي للنظام العام الاقتصادي وللسوق التنافسية⁽²⁾.

الفرع الثاني: استقلالية مجلس المنافسة

المشروع من خلال الأمر رقم 03-03 لم يكن صريحا بشأن استقلالية المجلس مكتفيا بوصفه سلطة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، لكن بعد تعديل الأمر رقم 03-03 بموجب الأمر رقم 08-12 غير من موقفه وأصبح ينص صراحة من خلال نص المادة 23 منه على اعتبار المجلس سلطة إدارية مستقلة بحيث نصت على: " تنشأ سلطة إدارية مستقلة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي، توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة "، فبغرض معرفة مدى استقلالية المجلس ينبغي النظر لهذه الأخيرة طبقا للمعيار العضوي (أولا)، وللمعيار الوظيفي (ثانيا).

أولا- استقلالية مجلس المنافسة بالنظر للمعيار العضوي

يلحظ على المشروع عدم الثبات حول تشكيلة أعضاء المجلس فبعدما كان عدد أعضائه في ظل الأمر رقم 95-06 (12) عضوا، تم تخفيض العدد إلى (09) أعضاء

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10/07/2011، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، الجريدة الرسمية العدد 39، المؤرخة في 13/06/2011، ص 18.

(2) - Zouaimia Rachid, " **Le droit de la concurrence** ", op.cit, p 97.

بموجب الأمر رقم 03-03، ثم أصبح (12) عضوا بموجب القانون رقم 08-12 المعدل للأمر رقم 03-03، كما تم الاستغناء على فئة القضاة من تشكيلة المجلس، إلا أنه يلاحظ على التشكيلة الحالية تنوعها مما يكرس استقلالية المجلس ومصداقية قراراته، إلا أنه يعاب على المشرع تحديده لضابط لانتقاء أعضاء المجلس والجهة المكلفة بانتقائهم، مكتفيا فقط بعبارة "يختارون" ، الأمر الذي يجعل استقلاليته نسبية كونه تابع للسلطة التنفيذية.

كما أن إسناد تعيين أعضائه لرئيس الجمهورية بموجب المرسوم الرئاسي طبقا للمادة 25 من الأمر المتعلق بالمنافسة يؤثر على استقلاليته، كما يجب انتخاب رئيس المجلس من بين أعضائه ضمانا لاستقلاليته وإبعاده عن التبعية للسلطة التنفيذية⁽¹⁾.

وأن مدة تعيين أعضائه كانت في الأمر رقم 03-03 محددة بخمس سنوات قابلة للتجديد وبعد تعديله بموجب القانون رقم 08-12 أصبح يتم تجديد تشكيلة المجلس كل أربع سنوات، لكن في ظل القانون رقم 10-05 المعدل لقانون المنافسة تم إتمام الفقرة الأخيرة من المادة 24 منه بحيث أصبحت تنص على أنه: " يمكن أعضاء مجلس المنافسة ممارسة وظائفهم بصفة دائمة ".

وما يلاحظ على المشرع ودعما لاستقلالية مجلس المنافسة، قد كرس مبدأين بغية ضمان الحياد والاستقلالية للمجلس، الأول يتمثل في مبدأ التنافي كون المشرع قد اكتفى بمنع أعضاء مجلس المنافسة من ممارسة أي نشاط مهني، دون أن يشير إلى ما يفيد منع دخول الأعضاء في عهدة انتخابية في إحدى الهيئات المنتخبة الوطنية أو المحلية⁽²⁾، أما المبدأ

(1) - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 260.

(2) - وهذا ما أكده المشرع بموجب المادة 29 من قانون المنافسة في الفقرة الأخيرة التي أكدت على هذا المبدأ: " تتنافى وظيفة عضو مجلس المنافسة مع أي نشاط مهني آخر".

الثاني فيتمثل في مبدأ الامتناع الذي يقضي بتنحي العضو عن المشاركة في مداولة إذا ثبت وجود مصالح معينة تربطه بأحد الأطراف محل المداولة⁽¹⁾.

ثانياً) - استقلالية مجلس المنافسة بالنظر للمعيار الوظيفي

منح المشرع للمجلس الشخصية المعنوية بموجب نص المادة 23 من الأمر رقم 03-03 التي تنص على: " تنشأ سلطة إدارية مستقلة لدى الوزير المكلف بالتجارة تدعى في صلب النص مجلس المنافسة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي "، إن منح الشخصية القانونية للمجلس يكتسي أهمية قانونية كبيرة ويعد بلا شك دعامة من دعائم تحقيق استقلاليته، مما يسمح له بالتمتع بالذمة المالية التي تعد إحدى الدعائم الأساسية للشخصية القانونية، كما يتمتع بأهلية التعاقد مما يجعله يتحمل مسؤولية تصرفاته، الأمر الذي يمكن المؤسسات من أن ترفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تصرفاته⁽²⁾.

كما أن الشيء الذي يجعل مجلس المنافسة تابعا للسلطة التنفيذية يتمثل في كونه بموجب القانون رقم 12-08 أصبح تحديد النظام الداخلي للمجلس يحدد بمقتضى مرسوم تنفيذي⁽³⁾، فتجريد مجلس المنافسة من صلاحية وضع نظامه الداخلي يدل على مدى تبعية المجلس للسلطة التنفيذية تبعية شديدة مما يقلص ذلك من استقلاليته ويجعله مؤسسة عمومية ذات طبيعة خاصة.

(1) - طبقا للمادة 29 من قانون المنافسة التي نصت على هذا المبدأ: " لا يمكن أي عضو في مجلس المنافسة أن يشارك في مداولة تتعلق بقضية له فيها مصلحة أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية....".

(2) - Zouaimia Rachid, " **Le conseil de la concurrence et la régulation des marchés en droit algérien** ", revue idara, n 02, 2008, Alger, p 24-25.

(3) - طبقا للمادة 31 من القانون رقم 12-08 التي نصت على: " يحدد تنظيم مجلس المنافسة وسيره بمقتضى مرسوم تنفيذي"، فطبقا لنص هذه المادة تم صدور المرسوم التنفيذي رقم 11-241 المؤرخ في 10/07/2011، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره.

كما تظهر التبعية من خلال ميزانية المجلس التي تسجل ضمن ميزانية وزارة التجارة مما يدل على اعتماده الكلي على تلك الاعتمادات المالية التي تقدمها له الدولة، مما جعله تابعا للسلطة التنفيذية وغير مستقل عنها⁽¹⁾.

إذا كان المشرع يعتبر مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة فهذا يعني أنه يجب أن لا يخضع لأية سلطة وصائية من السلطة التنفيذية، لكن الواقع يظهر عكس ذلك، كون للحكومة إمكانية الترخيص للتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، إذا ما دعت المصلحة العامة ذلك⁽²⁾، إلا أنه حسب رأينا يعد ذريعة للتدخل في صلاحيات مجلس المنافسة والحد من استقلاليته كون قرارات مجلس المنافسة أساسها تحقيق المصلحة العامة ورعايتها بالترخيص لكل تجميع من شأنه أن يحققها، فالحكومة قد تصدر قرارا يخالف قرار مجلس المنافسة الأمر الذي يؤكد عدم استقلالية المجلس استقلالية تامة ينبغي أن يكون عليها.

كما نصت المادة 27 من الأمر رقم 03-03 على أنه: " يرفع مجلس المنافسة تقريرا سنويا عن نشاطه إلى الهيئة التشريعية وإلى رئيس الحكومة وإلى الوزير المكلف بالتجارة"، فيتضح من هذا النص أن المشرع قد ألزم المجلس برفع التقرير السنوي إلى الجهات التي حددها وهذا الإلزام يؤكد فعلا عدم استقلالية المجلس مما يؤثر على نشاطه ولا يمارس نشاطه باستقلالية.

(1) - طبقا لنص المادة 33 من قانون المنافسة: " تسجل ميزانية مجلس المنافسة ضمن أبواب ميزانية وزارة التجارة، وذلك طبقا للإجراءات التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، ونص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 11-241: " تسجل ميزانية المجلس بعنوان ميزانية وزارة التجارة وذلك طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ".

(2) - المادة 21 من الأمر رقم 03-03 التي تنص على: " يمكن أن ترخص الحكومة تلقائيا، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب من الأطراف المعنية، بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة والوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع ".

يمكن القول أنه رغم اعتراف المشرع صراحة بأن مجلس المنافسة يعد سلطة إدارية مستقلة إلا أن نظامه القانوني لا يدل على هذه الاستقلالية لا من الناحية العضوية ولا من الناحية الوظيفية.

فمجلس المنافسة يعد هيئة ذات طبيعة خاصة كونه يجمع بين الصبغة الإدارية والصبغة القضائية، بحيث بإمكاننا أن نكيفة على أنه عبارة عن سلطة إدارية شبه قضائية وشبه مستقلة، أي جهاز إداري شبه مستقل مزود بوظيفة قضائية تنظيمية، وأنه يقع على رأس هيئات الضبط المكلفة بردع وقمع مختلف الممارسات المنافسة للمنافسة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: صلاحيات مجلس المنافسة في مجال ضبط السوق وحماية المنافسة الحرة

حدد المشرع صلاحيات مجلس المنافسة بموجب المادة 34 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بموجب القانون رقم 08-12 والتي نصت على: " يتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقترح وإبداء الرأي منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف آخر معني بهدف تشجيع وضمان الضبط الفعال للسوق، بأية وسيلة ملائمة أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وترقيتها في المناطق الجغرافية أو قطاعات النشاط التي تتعدم فيها المنافسة أو تكون غير متطورة بما فيه الكفاية... "، فلمجلس المنافسة سلطة التدخل إما بصفة وقائية من أجل منع أي تهديد محتمل للمنافسة الحرة وإما بصفة علاجية في حالة ما إذا لجأت أي مؤسسة لممارسات أو أعمال تلحق ضررا بالسوق وبالمتدخلين فيه.

فمن خلال هذا النص نستشف أن المجلس يضطلع بمجموعة من الصلاحيات في مجال ضبط السوق أهمها الترخيص بعمليات التجميع الاقتصادي (الفرع الأول)، التصريح بعدم التدخل (الفرع الثاني)، إجراء الإعفاء (الفرع الثالث)، إجراء العفو الجزئي أو التام

(1)– Bennadji Cherif, " Le dispositif légal relatif à la concurrence (Les de recours contre les décisions du conseil de la concurrence) ", la lettre juridique n 22, février 1995, paris, p 09-11.

(الفرع الرابع)، ارتباط اتخاذ الأوامر بالتعهدات الملتزم بها من طرف المؤسسات المخالفة لقانون المنافسة (الفرع الخامس)، تقديم الاستشارات الاختيارية والإجبارية (الفرع السادس).

الفرع الأول: الصلاحيات ذات الطابع الوقائي

يضطلع مجلس المنافسة بصلاحيات ذات طابع وقائي تتمثل في الترخيص لعمليات التجميع (أولاً)، وبممارسة الضبط من خلال الإعفاءات والتصريح بعدم التدخل (ثانياً)، وبممارسة الضبط بواسطة إجراء العفو ومن خلال ارتباط اتخاذ الأوامر بالتعهدات الملتزم بها من طرف المؤسسات المخالفة لقانون المنافسة (ثالثاً).

أولاً- الترخيص بعمليات التجميع الاقتصادي

أوجب المشرع على الأطراف أو المؤسسات الراغبة في تكوين تجميع اقتصادي ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من قبل مجلس المنافسة طبقاً لنص المادة 17 من الأمر رقم 03-03: " كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، ولا سيما بتعزيز وضعية هيمنة على سوق ما، يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبيت فيه في أجل ثلاثة أشهر"، كما حدد المعيار الذي بموجبه يشترط في التجميع للحصول على ترخيص بموجب المادة 18 من الأمر رقم 03-03: " تطبق أحكام المادة 17 أعلاه، كلما كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة"، فيستشف من هذا النص اعتماد المشرع على معيار كمي يركز على حصة المؤسسة في السوق وذلك في حالة ما إذا كان التجميع يرمي إلى تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات والمشتريات في سوق معينة.

وإذ لم يحدد المشرع معايير أخرى لتدخل مجلس المنافسة في عمليات التجميع غير معيار الحد الذي يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة مع مراعاة أن تتخذ القرارات والتدابير التي من شأنها ضمان السير الحسن للمنافسة وضمن الضبط الفعال للسوق وينتج عن ذلك أنه يجب على المجلس أن يجتهد في ابتكار المعايير الأخرى

التي ينبغي أن تتوفر في التجميع لإخضاعه لرقابته زيادة عن معيار حد المبيعات والمشتريات وهذا ما يجعل منه هيئة ضبط⁽¹⁾.

فالمشرع كرس نظام الإخطار الإجمالي قبل إتمام التجميع، إذ أوجب أن يعرض على المجلس كل مشروع تجميع تتوافر فيه أحكام المادتين 15 و18، وكل تجميع خارج ترخيص مجلس المنافسة يعتبر غير مشروع، ويعتبر نظام الإخطار الإجمالي من أكثر النظم فعالية إذ من الصعب إزالة الآثار السلبية على المنافسة في حالة دخول التجميع حيز التنفيذ كالوضع في بعض القوانين التي تعتمد على نظام الإخطار اللاحق⁽²⁾.

فرقابة مجلس المنافسة على التجميع تعد إجراء احتياطيًا يهدف إلى تفادي بروز وضعيات هيمنة على السوق يصعب فيما بعد تجاوز آثارها، فهي لا تهدف أساسًا إلى منع عمليات التجميع بل تهدف لتنظيمها في إطار حماية المنافسة وضمان إيديولوجية الدولة في المجال الاقتصادي⁽³⁾.

كما يلحظ على المشرع حرصه بموجب القانون رقم 08-12 المعدل للأمر رقم 03-03 على حماية هذا الدور الإيديولوجي للدولة في عمليات مراقبة التجميعات الاقتصادية بإضافته للمادة 21 مكرر الفقرة 02: ".....، لا يطبق الحد المنصوص عليه في المادة 18 أعلاه على التجميعات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي لا سيما إلى تطوير قدراتها التنافسية أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق".

(1) – Zouaimia Rachid, " **Le conseil de la concurrence** ", op.cit , p 36.

(2) – آيت منصور كمال، " مراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري، إشكالية التوفيق بين المصالح "، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول " حرية المنافسة في التشريع الجزائري "، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2013/04/03، ص 04.

(3) – ومن أجل ذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-219، المؤرخ في 22/06/2005، المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع.

فمن خلال هذا النص نجد أن مجلس المنافسة لا يأخذ بعين الاعتبار الحد المنصوص عليه في المادة 18 والمتمثل في النسبة 40% من المبيعات والمشتريات في السوق المعنية، فإذا كان الأصل أن تخضع كل التجميعات الاقتصادية التي تتوفر فيها أحكام المواد من 15 إلى 18 من الأمر رقم 03-03 لهذا الإجراء إلا أن معاملة المؤسسات تختلف فيما يتعلق بالحد المطلوب أو المعيار الكمي، بحيث لا يأخذ المجلس بعين الاعتبار عند دراسته لمدى تأثير التجميع على المنافسة، في حالة ما إذا قدمت المؤسسات المعنية الدلائل التي تبين تحقيق التطور الاقتصادي كالعامل على تدعيم دور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي هي محل اهتمام السلطات في الوقت الحالي أو تشجيع الاستثمار في بعض المناطق الجغرافية والقطاعات الحيوية، أو خلق مناصب الشغل والحفاظ عليها أو تعزيزها⁽¹⁾. وبغرض تدعيم مهام مجلس المنافسة وتحقيق البعد التكاملي في حماية وترقية المنافسة، قرر المشرع مشاركة الهيئات التي لها علاقة بالمنافسة وذلك بصفة فعالة في تعديل نص المادة 19 من القانون رقم 08-12 بحيث تمت إضافة أخذ رأي الوزير المكلف بالقطاع المعني بالتجميع، بعدما كان يقتصر على أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة قبل تعديل قانون المنافسة.

يتبين من نص المادة 19 أن المشرع لم يحدد كفاءات تقييم مجلس المنافسة لمشروع التجميع وعلى أساس ذلك ترك له السلطة التقديرية في تقرير مدى ملاءمة مشروع التجميع المقترح، ويمكن الاستناد إلى النص التنظيمي المتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، الذي يتضمن استمارة معلومات تتعلق بالمشروع والتي ترفق بطلب الترخيص من طرف المؤسسات

(1) - العايب شعبان، " دور مجلس المنافسة بمراقبة التجميعات الاقتصادية في القانون الجزائري "، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 12، جانفي 2016، كلية الحقوق، جامعة الوادي، ص 106.

المعنية، إذ من خلالها يراعي المجلس تقييم تأثير مشروع التجميع على المنافسة والتقييم الاقتصادي مع العلم أنه من الصعب وضع حدود فاصلة بين المفهومين⁽¹⁾.

فكل إجراء يرخص للتجميع الاقتصادي يهدف إلى تحقيق المصلحة الاقتصادية العامة سواء صدر عن الحكومة أو مجلس المنافسة أو أي جهة أخرى، لكن المشرع خص الحكومة بذلك لأن مفهوم المصلحة العامة مرن وقابل للتطور حسب الأوضاع الاقتصادية السائدة في مرحلة ما إذ يجب أن تحتفظ به الدولة خدمة لدورها الاقتصادي والاجتماعي، كما لا يتصور إبعاد الدولة كلياً وفتح الحرية الاقتصادية التامة إنما يجب الإبقاء على مظاهر السلطة العامة⁽²⁾.

فتكون الاستشارات الوجيهة المقدمة من طرف الحكومة محل آراء أو رأي معطل من طرف مجلس المنافسة، إلا أن أخذ رأي المجلس الواردة في نص المادتين 05 و 36 من الأمر المتعلق بالمنافسة لا تحمل أكثر من تفسير، فمجلس المنافسة يمارس دور الهيئة الاستشارية ولا تكون لآرائه القوة الإلزامية ولا تلزم الحكومة بأخذ رأيه، فقد لا تأخذ به ولا تقوم مسؤولية عليها في هذا الجانب، بينما تعتبر السلطة التنظيمية ملزمة وكإجراء وجوبي أن تستشير المجلس فلا يمكن لها أن تبادر إلى عرض مشروع نص تنظيمي يرتبط بالمنافسة على مجلس الوزراء دون أخذ رأي مجلس المنافسة كإجراء مسبق وإلزامي.

ومن هنا نتوصل إلى القول بأن كل مشروع نص تنظيمي يتعلق بالمنافسة يمر وجوباً على مجلس المنافسة ليبدلي برأيه فيه، وهذا الرأي قد تأخذ به الحكومة وقد لا تأخذ به، لكن من الضروري تقرير الإجراء الإلزامي باستشارة الأجهزة المكلفة بالسهر على حماية قواعد

(1) - آيت منصور كمال، " دور مجلس المنافسة في مراقبة التجميعات الاقتصادية "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، 2015، كلية الحقوق، جامعة بجاية، ص 153، المرسوم التنفيذي رقم 05-219 المؤرخ في 2005/06/22، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، الجريدة الرسمية العدد 43، المؤرخ في 2005/06/22.

(2) - العايب شعبان، المرجع السابق، ص 106.

المنافسة حول التنظيمات الجديدة التي من شأنها وضع أسس جديدة للنظام التنافسي، كما يعتبر مجلس المنافسة في هذه الحالة كخبير في المسائل المتعلقة بالمنافسة⁽¹⁾.

وقد ميز المشرع بين العقوبة المالية المقررة على التجمعات غير المشروعة والممارسات المقيدة للمنافسة في تعديل قانون المنافسة رقم 08-12 حيث رفع قيمة العقوبة المالية المقررة على الممارسات المقيدة للمنافسة إلى 12% بدل 07% قبل تعديل المادة 56 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بالقانون رقم 08-12 كما بينت هذه المادة أن هذه العقوبة يمكن أن تطبق على كل مؤسسة على حدة أو على المؤسسة التي تكونت من التجميع الاقتصادي⁽²⁾.

ثانياً) - ممارسة الضبط من خلال الإعفاءات والتصريح بعدم التدخل

01) - الإعفاءات

تنص المادة 09 من الأمر رقم 03-03 على: " لا تخضع لأحكام المادتين 06 و 07 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له، يرخص بالاتفاقات أو الممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل...."، فيتضح من هذا النص أنه إذا كان الأصل يقضي بمنع وحظر الاتفاقات والأعمال المدبرة المنصوص عليها في المادة 06 من الأمر رقم 03-03، وكذا حظر كل تعسف ناتج عن وضعية الهيمنة على السوق أو احتكار لها بموجب المادة 07 من الأمر رقم 03-03، فالمشرع هذه المرة استثنى من هذا الأصل وقد أعفى هذه الممارسات من الحظر إذا كانت ناتجة مباشرة عن تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، أو كان من شأنها أن تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني.

(1) - عليان مالك، " الدور الاستشاري لمجلس المنافسة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2003، ص 30-31.

(2) - بن جوال نجا، " النظام القانوني للتجمعات الاقتصادية في ظل قانون المنافسة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مسيلة، 2015، ص 113.

فإجراء الإعفاء الذي يقوم به المجلس بالرغم من تأكده من أن الاتفاقات والتعسف في
وضعية الهيمنة على السوق له تأثير مباشر وملحوس ومن شأنه المساس بالمنافسة، إلا أنه
ونظرا لكون المزايا التي سيحققها في المقابل تفوق الآثار الناجمة عنه، فيعفيه من الحظر
تغليباً للتطور الاقتصادي والتقني المرغوب في تحقيقه، بحيث تعد الموازنة وتحقيق المصلحة
العامة من أهم أهداف النظام العام الاقتصادي⁽¹⁾.

لقد تركت لمجلس المنافسة سلطة تقديرية واسعة تجعل منه سلطة ضبط وهو ما
يستدعي منه خرق السوق من خلال البت في طلبات الإعفاء وتحديد معايير قبولها والتدقيق
في محتوى مفهوم التقدم الاقتصادي وتحديد الثوابت المترتبة بتحسين التشغيل والتأثير بشكل
قطعي في نشاط المؤسسات⁽²⁾.

02- التصريح بعدم التدخل

طبقاً لنص المادة 08 من الأمر رقم 03-03 التي تنص على: " يمكن أن يلاحظ
مجلس المنافسة، بناء على طلب المؤسسات المعنية واستناداً إلى المعلومات المقدمة له، أن
اتفاق ما أو عملاً مدبراً أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 06 و 07 أعلاه
لا تستدعي تدخله، تحدد كفاءات تقديم طلب الاستفادة من أحكام الفقرة السابقة بموجب
مرسوم "، فيعتبر هذا التصريح بعدم التدخل إجراءً وقائياً بمقتضاه يمكن للمؤسسات أن تطلب
من مجلس المنافسة التأكد من مدى انسجام وتوافق ممارساتها أو اتفاقاتها التي يرغبون في
إبرامها أو تنفيذها مع القانون، والاستفادة من أحكام هذا النص وبالتالي الحصول على
تصريح بعدم التدخل⁽³⁾.

(1) - عليان عدة، المرجع السابق، ص 400.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 2005/05/12، يحدد كفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل
بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة 2005/05/18.

(3) - جلال مسعد، المرجع السابق، ص 247، والمرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 2005/05/12، المحدد
لكفاءات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق.

يستنتج أن مجلس المنافسة قد يمنح تصريحاً بعدم التدخل لمؤسسة، وبعد منحه للترخيص تزول الظروف التي بررت منحه أو تعمد المؤسسة إلى مخالفة الالتزامات والتعهدات المفروضة عليها للحصول على الترخيص، أو كانت المؤسسة قد قدمت معلومات احتيالية، فهنا يثار التساؤل حول إمكانية سحب هذه التراخيص؟.

إن المشرع قد سكت حول هذه المسألة، معنى ذلك وجود فراغ قانوني ينبغي تداركه، فيرى بعض الفقه أن على مجلس المنافسة الاجتهاد لسد هذا الفراغ عن طريق الالتزام بروح النص وعدم التقيد بالتطبيق الحرفي له⁽¹⁾، وحسب رأينا ما دام تم المساس بالمنافسة يجوز سحب الترخيص كون هذا الأخير متوقفة مسألة منحه على عدم المساس بالمنافسة حماية للنظام العام الاقتصادي.

يلاحظ في مجال التصريحات بعدم التدخل التي كرسها المشرع وجود فراغ قانوني فيما يتعلق بحالات سحبها لا سيما:

- زوال الظروف التي بررت الحصول على تصريح بعدم التدخل،
 - عدم احترام المؤسسات للشروط والالتزامات المفروضة عليها للحصول على التصريح بعدم التدخل،
 - عندما تتعمد المؤسسات تقديم معلومات خاطئة واحتيالية،
- وفي مثل هذه الحالات ينبغي على مجلس المنافسة أن يجتهد لملء الفراغات القانونية عن طريق الالتزام بروح النص وعدم التقيد بتطبيقه حرفياً⁽²⁾.

(1) - Zouaimia Rachid, " Le conseil de la concurrence.... ", op.cit, p 38.

(2) - Ibid, p 38.

ثالثاً)- ممارسة الضبط بواسطة إجراء العفو ومن خلال ارتباط اتخاذ الأوامر بالتعهدات
الملتزم بها من طرف المؤسسات المخالفة لقانون المنافسة

01)- إجراء العفو الجزئي أو التام

بموجب المادة 60 من الأمر رقم 03-03 التي نصت على: " يقرر تخفيض مبلغ
الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء
التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات
المتعلقة بتطبيق هذا الأمر"، يستنتج من هذا النص أن المشرع قد أجاز لمجلس المنافسة
وهو بصدد النظر في إحدى المخالفات المتعلقة بقانون المنافسة أن يعفي جزئياً أو
شاملاً المؤسسات المساهمة فيها، إذا بلغت عنها وهو بهذا يجعل نوعاً من المكافأة
للمؤسسات المتعاونة مع المجلس، فيبين بذلك هدف النظام العام الاقتصادي في طابعه
الوقائي لحماية المنافسة، فالهدف الأساسي هو حماية المنافسة ومنع كل ما يمكنه الإضرار
بها، ثم تحصيل الغرامات للخزينة العمومية في المقام الثاني، مع ضرورة تنمية الحس
الاقتصادي لدى المؤسسات التجارية في ضرورة المساهمة والتعاون من أجل الوصول إلى
منافسة فعالة بواسطة مضمون النظام العام الاقتصادي التوجيهي.

نصت على هذه الحالة المادة 34 الفقرة الثانية منها من الأمر رقم 03-03: " في هذا
الإطار يمكن لمجلس المنافسة اتخاذ كل تدبير في شكل نظام أو تعليمة أو منشور ينشر في
النشرة الرسمية للمنافسة المنصوص عليها في المادة 43 من هذا الأمر"، فمن خلال هذا
النص قد أجاز المشرع لمجلس المنافسة في إطار ممارسة مهمته في ضبط السوق ومراقبة
الاتفاقات والممارسات التي من شأنها عرقلة حرية المنافسة، أن يقوم بأي إجراء أو تدبير
مؤقت لتفادي وقوع مثل هذه الممارسات، فيجوز له في مثل هذه الحالة أن يأمر بأن تلتزم
بما تعهدت به لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه لفائدة المؤسسات التي تأثرت
مصالحها من جراء هذه الممارسات.

يتمتع مجلس المنافسة بصفته سلطة ضبط للسوق بامتياز باتخاذ قرارات نافذة إذ لا يباشر هذا المجلس مهمة التسيير المباشر لمصلحة من مصالح الدولة، فقد كلف بعدة مهام كانت في السابق من اختصاص إما السلطة التنفيذية أو القاضي الجزائي، كالمعاقبة على الاتفاقات المحظورة والتعسف في استغلال وضعية الهيمنة، ومنع التلاعب بالأسعار، فكل ذلك بهدف ضمان احترام قواعد لعبة المنافسة لتجسيد سوق تنافسية من جهة، وحماية الطرف الضعيف من جهة أخرى⁽¹⁾.

رابعاً) - تقديم الاستشارات

يتولى مجلس المنافسة تقديم نوعين من الاستشارات الأولى اختيارية والثانية وجوبية تم إلغاء هذه الأخيرة بموجب القانون رقم 08-12، ف فيما يتعلق بالاستشارات الاختيارية فهي مسألة متروكة للجهات المعنية بذلك والتي لها إمكانية اللجوء إلى مجلس المنافسة بكل حرية لطلب رأيه في أي مسألة لها علاقة بالمنافسة بموجب نص المادتين 35 و 38 من الأمر رقم 03-03.

نصت المادة 35 من الأمر رقم 03-03 على أنه: " يبدي مجلس المنافسة رأيه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت الحكومة ذلك، ويبدي كل اقتراح في مجالات المنافسة ويمكن أن تستشير أيضاً في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجماعات المهنية والنقابية وكذا جمعيات حماية المستهلكين "، بينما المادة 38: " يمكن أن تطلب من الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة فيما يخص معالجة القضايا المتصلة بالممارسات المقيدة للمنافسة كما هو محدد بموجب هذا الأمر ولا يبدي رأيه إلا بعد إجراءات الاستماع الحضورى، إلا إذا كان المجلس قد درس القضية المعنية ".

(1) - Frison-Roche Marie-Anne, " Règle et pouvoirs dans les systèmes de régulation ", presses de sciences politique, DALLOZ, paris, 2004, p 04.

يستنتج من هذين النصين أن المشرع نص على مجموعة من الجهات والهيئات العامة والخاصة التي يمكنها أن تطلب الرأي الاستشاري لمجلس المنافسة ومنها:

- استشارة الحكومة لمجلس المنافسة، والتي نصت عليها المادة 36 من الأمر رقم 03-03: " يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له....."، إلا أن هذه المادة قد عدلت بموجب القانون رقم 08-12 وتم إضافة إمكانية الحكومة في استشارة مجلس المنافسة بشأن كل مشروع تشريعي.

أضف إلى ذلك المواضيع المتعلقة بالمنافسة والتي تم ذكرها في المادة 36 جاءت على سبيل المثال لا سبيل الحصر وهذا ما يتضح من خلال استعمال المشرع لعبارة "لا سيما"، وتجدر الإشارة إلى أن أغلب الاستشارات التي التمسها الحكومة من طرف مجلس المنافسة اقتصر موضوعها على الأسعار⁽¹⁾.

- الاستشارة من طرف المؤسسات والهيئات والجمعيات المختلفة، فقد حددت المادة 35 من الأمر رقم 03-03 هذه الهيئات المتمثلة في الجماعات المحلية، الولاية، والبلدية، الهيئات الاقتصادية والمالية مثل البنوك التجارية وشركات التأمين والمجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، والمؤسسات والجمعيات سواء كانت مهنية أو نقابية أو لحماية المستهلكين.

- الاستشارة من الجهات القضائية وقد حولها المشرع ذلك في الفقرة 01 من المادة 38 من الأمر رقم 03-03 بنصها على: " يمكن أن تطلب الجهات القضائية رأي مجلس المنافسة...."، فيدل هذا النص على أنه يجوز لأي جهة قضائية سواء كانت محكمة أو مجلس أو محكمة عليا، أو محكمة إدارية أو مجلس الدولة، في أي نزاع مطروح أمامها يكون موضوعه ممارسة مقيدة للمنافسة.

عموما يمكن استشارة مجلس المنافسة كل من المصالح التابعة لرئاسة الحكومة وكذا الوزارات والبلديات والمؤسسات الاقتصادية كالبنوك سواء كانت من القطاع العام أو من

(1)- ناصري نبيل، " المركز القانوني لمجلس المنافسة....."، المرجع السابق، ص 57.

القطاع الخاص، أما مدى أخذ السلطة طالبة الاستشارة بمضمون هذه الأخيرة أو عدم الأخذ بها فإن ذلك يتعلق بالأثر المترتب على قيام الهيئة الاستشارية باختصاصها وهذا الأثر ليس له علاقة باختصاص كل من الهيئة مصدر الاستشارة أو السلطة طالبة الاستشارة فكل منهما مستقل عن الآخر⁽¹⁾.

إلى جانب الاختصاص الاستشاري الذي يلعبه مجلس المنافسة على المستوى الداخلي فإنه يمكن للمجلس إرسال معلومات أو وثائق يحوزها ويمكن له جمعها من السلطات الأجنبية المكلفة بالمنافسة التي لها الاختصاص نفسه بشرط ضمان الحفاظ على السر المهني وبشرط مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، ما عدا إذا كانت الوثائق المطلوبة تمس السيادة الوطنية أو بالمصالح الاقتصادية للجزائر أو بالنظام العام الداخلي وهذا تدعيما لفعالية الدور الذي يقوم به المجلس⁽²⁾.

إلا أنه يجب التنويه بخصوص الاستشارة وهو التناقض الملاحظ في مضمون المادتين 34 و35 من الأمر رقم 03-03، التي يمنح فيها المشرع من ناحية الحق لمجلس المنافسة كفاءة إبداء رأيه بمبادرة منه فيما يتصل بقضايا المنافسة طبقا للمادة 34، ومن ناحية أخرى يمنعه من ذلك بموجب المادة 35 بإخضاع هذا الرأي لطلب من الحكومة، الجماعات المحلية، المؤسسات الاقتصادية والمالية، الجمعيات المهنية والنقابية إضافة إلى جمعيات حماية المستهلكين.

فلمجلس المنافسة سلطة التدخل إما بصفة وقائية من أجل منع أي تهديد محتمل للمنافسة الحرة وإما بصفة علاجية في حالة ما إذا لجأت أي مؤسسة لممارسات أو أعمال تلحق ضررا بالسوق وبالمتدخلين فيه.

(1) - عليان مالك، " الدور الاستشاري لمجلس المنافسة "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2003، ص 41.

(2) - المواد 40 و41 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

يساعد إجراء استشارة مجلس المنافسة على تقييم آثار هذه الممارسات وتجنب التعارض أو الاختلاف في تطبيق قواعد قانون المنافسة⁽¹⁾، إنه وفي إطار تعاون المجلس مع الهيئات القضائية يلعب دور الخبير كذلك في المجال الاقتصادي وفي مجال توحيد طريقة تطبيق قواعد قانون المنافسة إضافة إلى ذلك فإن استشارة المجلس من طرف القضاء تساهم في تحقيق المساواة بين الأطراف بالنسبة لعبء الإثبات، فالمؤسسات التي تضررت من جراء ممارسة مقيدة للمنافسة تعاني من صعوبة جمع العناصر الصالحة لإثبات الضرر واللازمة لرفع دعوى التعويض⁽²⁾.

إن اللجوء إلى استشارة المجلس يمكن أن يشجع الأعوان الاقتصاديين على الدعوى القضائية مباشرة لوضع حد للممارسات غير القانونية التي وقعت ضحية لها وللمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تلك الممارسات دون تبليغ هذه الممارسات لمجلس المنافسة على أن يكون لحكم التعويض ومبلغه أثرا إصلاحيا وراذع⁽³⁾.

ومن ثمة يمكن اعتبار الضبط الذي يقوم به مجلس المنافسة من الأهم الأدوار التي ينتظر منها تحقيق التوازن بين حقوق وواجبات كل طرف، وكذلك من خلال مراقبة مدى احترام هذه القواعد التي تسطرها الدولة⁽⁴⁾.

فالاستشارة الإلزامية نصت عليها المادة 36 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والمعدلة بموجب المادة 19 من القانون رقم 08-12 ب: " يستشار مجلس

(1)– Boutard Labarde.M C , Canivet.G, Claudel.E, Michel–Amsellem.v, Vizlens.j,

" L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles ", édition L.G.D.J, paris, 2008, p 371.

(2)– Ibid, p 371–372.

(3)– جلال مسعد، المرجع السابق، ص 278.

(4)–Kovar Jean–Philippe, " L'indépendance des autorités de régulation économique a l'égard du pouvoir politique ", revue française d'administration publique R.F.A.P, L'ENA, n 143, 2012, p 655.

المنافسة في كل مشروع نص تشريعي وتنظيمي له صلة بالمنافسة أو يدرج تدابير من شأنها لا سيما:

- إخضاع ممارسة مهنة ما أو نشاط ما أو دخول سوق ما إلى قيود من ناحية الكم،
- وضع رسوم حصرية في بعض المناطق أو النشاطات،
- فرض شروط خاصة لممارسة نشاطات الإنتاج،
- تحديد ممارسة موحدة في ميدان شروط البيع".

وعليه فإن الاستشارة من قبل الهيئة التشريعية تكون إلزامية حيث يستشار مجلس المنافسة في هذه الحالة وجوبا في كل مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية التي لها علاقة بمجلس المنافسة.

ومن خلال استقراء النص الجديد للمادة 36 نلاحظ ملاحظتين هاميتين:

الأولى: أن الاستشارة التي يقدمها مجلس المنافسة لم تعد تقتصر على النصوص فقط، ولكنها امتدت إلى النصوص التنظيمية كذلك، وبذلك يتسع نطاق اختصاص مجلس المنافسة ويمكنه بالتالي تتبع الحركة التشريعية في المجال الاقتصادي عن كثب.

الثانية: أن الميادين التي يستشار فيها مجلس المنافسة هي على سبيل المثال لا سبيل الحصر وهذا ما يتضح من خلال استقراء نص المادة وفحواها.

وفي إطار الاستشارة الإلزامية لمجلس المنافسة أقر المشرع مبدأ حرية الأسعار اعتمادا على قواعد المنافسة الحرة بموجب المادة 04 من الأمر رقم 03-03، إلا أنه أقر كذلك استثناء على حرية تحديد الأسعار⁽¹⁾، فاستشارة مجلس المنافسة إلزامية في حالة تقنين

(1)- وفق المادة 05 من الأمر رقم 03-03 المعدلة بموجب القانون رقم 08-12 وذلك بعد أخذ رأي مجلس المنافسة: " يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي بموجب تنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة، كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديد الأسعار في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة، أو صعوبات مزمنة في التمويل داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة، أو في حالة الاحتكارات الطبيعية، تتخذ هذه التدابير الاستثنائية بموجب تنظيم لمدة أقصاها ستة (6) أشهر بعد أخذ رأي مجلس المنافسة".

الدولة للأسعار في مجال السلع والخدمات ذات الطابع الاستراتيجي إلا أنه لا يوجد معيار دقيق يميز السلع التي تعد ذات طابع استراتيجي، وبالتالي فإن الدولة تتمتع بالسلطة التقديرية في اعتبار سلعة ما ذات طابع استراتيجي كما يمكن للدولة اتخاذ تدابير استثنائية بغرض وضع حد لارتفاع الأسعار تم ذكرها في المادة 05 من الأمر رقم 03-03⁽¹⁾، غير أنه بتعديل المادة 05 من الأمر رقم 03-03 بالقانون رقم 05-10، لغرض وضع الآليات الضرورية للتحكم في أسعار المواد التي تعرف اضطرابا، أصبحت استشارة مجلس المنافسة غير مطلوبة أصلا⁽²⁾.

وبعد مجلس المنافسة مختصا بشكل حصري بالفصل في المنازعات التي ترتبط بالممارسات المخالفة لقانون المنافسة فقد منح له المشرع صراحة اختصاصا أصليا يتمثل في ضبط السوق وتطبيق قواعد قانون المنافسة لا سيما مراقبة التجميعات وترخيصها⁽³⁾.

الفرع الثاني: الصلاحيات القمعية لمجلس المنافسة

يقوم مجلس المنافسة في إطار المهمة القمعية بتوقيع الجزاء الذي لا يكتسي طابعا ردعيا فقط وإنما له دور في إعادة تنظيم النظام العام الاقتصادي، مما يميزها عن العقوبة الجزائية، كما تتميز بكونها ذات بعد وقائي، انطلاقا من كونها لا تسمح بجبر الضرر عن

(1) - خميلية سمير، " عن سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 40.

(2) - المادة 05 من القانون رقم 05-10 على أنه: " تطبيقا لأحكام المادة 4 أعلاه، يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو تنسيقها أو التصديق عليها عن طريق التنظيم، تتخذ تدابير تحديد هوامش الربح، أسعار السلع والخدمات أو تنسيقها أو التصديق عليها على أساس اقتراحات القطاعات المعنية ".

(3) - قني سعدية، " دور سلطات الضبط الاقتصادي في منح ترخيص لعمليات التجميعات الاقتصادية، دراسة تحليلية بين القانون الجزائري والفرنسي"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد 02، جوان 2016، كلية الحقوق، جامعة الوادي، ص 154.

المؤسسة المتضررة من الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث تعد هذه الصلاحيات القمعية تعبيراً عن رفض التدخل القضائي في القطاعات الاقتصادية⁽¹⁾.

وقد اعترف المشرع لمجلس المنافسة بصلاحيه القيام بهذا الدور في حالة الممارسات المقيدة للمنافسة المنصوص عليها في المواد 06، 07، 10، 11، 12، أو في حالة مخالفة قواعد إنشاء التجميعات الاقتصادية، وقد حصر المشرع العقوبات والمتمثلة في العقوبات المالية فقط والتي تختلف قيمتها باختلاف نوع الممارسات المرتكبة، مما يرفع عن مختلف الممارسات المخالفة لقواعد المنافسة الطابع الجزائي، تماشياً مع التطور الذي يعرفه قانون المنافسة على المستوى العالمي، الذي أصبح يأخذ بعين الاعتبار البعد الاقتصادي في تقرير وتطبيق العقوبة بشكل يجعلها تمس مباشرة النشاط الاقتصادي للمؤسسة المعنية بالعقوبة، مما يعطى لتلك العقوبات المالية طابعاً إدارياً كونها صادرة عن سلطة إدارية مستقلة، إلا أن ذلك لا يعني اكتفاء المشرع بتلك الصلاحيات القمعية فقط وإنما اعترف أيضاً لمجلس المنافسة في سابقة من نوعها في قانون المنافسة في الجزائر، بصلاحيه إيجاد أو التوصل إلى حلول بديلة، تتماشى مع طبيعة القضية المدروسة من طرفه ومدى تعاون المؤسسات المعنية معه إضافة إلى معايير أخرى مما ينبغي التطرق إلى صلاحية مجلس المنافسة في فرض العقوبات المالية، ثم نبين صلاحيات المجلس في إيجاد حلول بديلة في النقطة الثانية.

أولاً- فرض عقوبات مالية من صلاحيات مجلس المنافسة

يعد تخويل مجلس المنافسة بصلاحيه توقيع العقوبات على المؤسسات الاقتصادية التي لا تحترم قواعد قانون المنافسة، وفي إطار ابتعاد الدولة عن فرض العقوبات، قامت

(1)- Anne-Marie Frisson-Roche, Guy Canivet Mickael Klein, " Mesurer l'efficacité économique du droit ", L.G.D.J, paris, 2005, p 137.

بتكليف جل سلطات الضبط الاقتصادي بهذه الصلاحية كونها ظاهرة فرضتها متطلبات ضبط النشاط الاقتصادي⁽¹⁾.

نصت المادة 56 من الأمر رقم 03-03 على العقوبة المالية المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة: " يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر، بغرامة لا تفوق 12% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة أو بغرامة تساوي على الأقل ضعفي الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على أن لا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6.000.000 دج) "، فيبدو من خلال هذا النص أن المشرع وضع فقط الإطار العام الذي يجب أن تحدد ضمنه قيمة الغرامة، أي الحدين الأقصى والأدنى لها، بينما ترك لمجلس المنافسة سلطة تقديرها بالضبط بما يتماشى ومعطيات كل قضية وذلك بالاعتماد على معايير متعلقة بخطورة الممارسة المرتكبة والضرر الذي لحق بالاقتصاد والفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة ومدى تعاون المؤسسات المتهممة مع المجلس خلال التحقيق في القضية، بالإضافة إلى أهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق⁽²⁾، فبموجب تعديل قانون المنافسة في 2008 تم رفع قيمة العقوبة المالية إلى 12% من رقم الأعمال المحقق في آخر سنة مالية أو بالاعتماد على الربح المحقق، وفي حالة عدم امتلاك المخالف لرقم أعمال محدد فالمشرع تدخل ولم يعتمد على أي معيار لتحديد تلك الغرامة بل حدد قيمتها مباشرة وهي (6.000.000 دج) حتى لا يفلت من دائرة العقاب أي مخالف

(1)- Stéphane Braconnier, " **Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique?** ", revue de droit privé, n 02, L.G.D.J-LEXTENSO éditions, paris, 2014, p 261-262.

(2)- طبقا لنص المادة 62 مكرر 01 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة.

لقواعد المنافسة⁽¹⁾، مع شمول هذه العقوبات المالية كل مرتكبي الممارسات المقيدة للمنافسة وحتى المساهمين في تلك الممارسات⁽²⁾.

فمهما كانت المخالفة المرتكبة التي تستدعي تدخل مجلس المنافسة وإقراره تطبيق عقوبات مالية، يجب أن لا يخرج ذلك عن مبدأ "التناسب"، بين المخالفة المرتكبة والضرر الذي ألحقته من جهة وقيمة الغرامة المقدرة من قبل المجلس من جهة أخرى، مع الاعتماد على المعايير التي حددها المشرع في المادة 62 مكرر 01 على سبيل الاستدلال فقط لا على سبيل الحصر:

- خطورة الممارسة المرتكبة والتي يمكن تقديرها بالاعتماد على المدة الزمنية التي استغرقتها تلك الممارسة أو حجم المؤسسات المعنية أو حجم السوق المعني بالممارسات،
- الضرر الذي لحق بالاقتصاد والذي يقدر بالاعتماد على المعايير السابقة كذلك، إضافة إلى تقدير درجة الخلل الذي ألحقه بقواعد سير السوق،
- الفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفة، الأمر الذي يعتبر منطقيا خاصة في جانبه النظري انطلاقا من أن الاتجاه الحديث في قانون المنافسة عندما يتعلق الموضوع بتحديد العقوبة، يمنع من أن تكون الفوائد المحصلة من ارتكاب أي مخالفة أعلى من قيمة الغرامة المقررة، غير أن هذا المعيار في جانبه العملي قد يصطدم بالواقع الجزائري الذي يجعل من عملية الاطلاع على قيمة الفوائد المجمعة من طرف المؤسسات المرتكبة للمخالفة عملية صعبة التحصيل وغير مضمونة النتائج⁽³⁾.

(1) - قيمة الغرامة في هذه الحالة كانت قبل التعديل في 2003 مقدرة ب (3.000.000 دج).

(2) - فقد أقر العقاب على المساهمين في تلك الممارسات بموجب المادة 57 من الأمر رقم 03-03: " يعاقب بغرامة قدرها مليوني دينار (2.000.000 دج) كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة احتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وفي تنفيذها كما هو محدد في هذا الأمر".

(3) - Lghilahrizh Said, " **Quelle perspective pour la mise en place rapide d'une véritable économie de marche concurrentielle?** ", Bulletin Méditerranéen de concurrence, n 01, 2009, p 05-14, www.ec.europa.eu

- مدى تعاون المؤسسات المتهمه مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية، بمعنى أنه يستوجب على المؤسسة المتهمه إثبات حسن نيتها أمام المجلس في فترة التحقيق وذلك بتعاونها الكامل معه في تلك الفترة من أجل تسهيل عمله، حتى يراعي المجلس في مقابل ذلك تخفيض قيمة الغرامة المالية.

- أهمية وضعية المؤسسة في السوق، التي تأخذ بعين الاعتبار عدد المؤسسات الناشطة في نفس السوق والحجم الذي تحوزه المؤسسة المتهمه فيها.

يبقى في الأخير أن نذكر بأن هذه المعايير ذكرت على سبيل المثال والاستدلال فقط وأن لمجلس المنافسة سلطة تقدير أي منها يأخذ بعين الاعتبار عند دراسته لقضية معينة، مع الإشارة إلى أنه لا يوجد ما يمنع من الاعتماد على أكثر من معيار، أو حتى الاعتماد عليها كلها من أجل التوصل إلى تحديد قيمة الغرامة المالية الواجب تطبيقها على المؤسسة المتهمه، حتى تتناسب تلك الغرامة وحجم الضرر الذي لحق بالسوق، في خطوة يراد منها إرساء حماية فعالة من جميع الجوانب لقواعد المنافسة في تلك السوق.

كما أقر عقوبات من نفس طبيعة العقوبات السابقة في حالة مخالفة قواعد إنشاء التجميعات الاقتصادية، مع الإشارة إلى أن هذه العقوبات تطبق في حالتين تختلفان باختلاف طبيعة القاعدة القانونية المنظمة لعملية إنشاء التجميع الاقتصادي والتي ثمة مخالفتها من طرف المؤسسة المعنية.

- فبالنسبة للحالة الأولى تضمنتها المادة 61 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة: " يعاقب على عمليات التجميع المنصوص عليها في أحكام المادة 17 أعلاه والتي أنجزت بدون ترخيص من مجلس المنافسة، بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى 07% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو ضد المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع "، فنص هذه المادة يقر عقوبة مالية تطبق في حالة مخالفة القاعدة القانونية التي تلزم كل المؤسسات وإلا تعرضت إلى غرامة مالية تقدر ب 07% من رقم الأعمال من غير الرسوم، المحققة في الجزائر

خلال آخر سنة مالية مختتمة، مما يجعل من قيمة الغرامة المقررة في هذه الحالة هي نفسها المقررة في حالة الممارسات المقيدة للمنافسة، مع إمكانية تطبيقها إما بصفة منفردة على كل مؤسسة متدخلة في التجميع الاقتصادي على حدة، أو على المؤسسة الجديدة التي تكونت بموجب هذا التجميع.

- أما الحالة الثانية فقد تضمنتها المادة 62 التي خصصتها لحالة تدخل مجلس المنافسة لمعاقبة المؤسسات المنشئة لتجميع اقتصادي والتي تم الترخيص لها بإنشاء ذلك التجميع الاقتصادي، لكنها قامت بمخالفة الشروط والالتزامات الواقعة على عاتقها بموجب ذلك الترخيص، حيث تنص على: " يمكن مجلس المنافسة في حالة عدم احترام الشروط أو الالتزامات المنصوص عليها في المادة 19 أعلاه، إقرار عقوبة مالية يمكن أن تصل إلى 05% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع أو المؤسسة التي تكونت من عملية التجميع "، وهكذا نجد أن هذه المادة أقرت في هذه الحالة عقوبة مالية أيضا لكنها أقل قيمة من سابقتها، بحيث تقدر ب 05% من رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة وذلك في حالة عدم احترام المؤسسات المخالفة للشروط التي يفرضها عليها مجلس المنافسة، أو الالتزامات التي تعهدت بها من تلقاء نفسها والتي من شأنها التخفيف من آثار التجميع على المنافسة.

مع الإشارة هنا إلى أنه بالرغم من اعتماد المشرع في الحالتين السابقتين على تحديد قيمة الغرامة المالية بالاعتماد على رقم الأعمال المنجز خلال السنة المالية المختتمة، إلا أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال عدم معاقبة التجميعات الحديثة المنشأة والتي لم يمر على إنشائها سنة، بل تتم تلك العملية بالاعتماد على قيمة رقم الأعمال من غير الرسوم المحققة في الجزائر خلال مدة النشاط المنجز لاحتساب قيمة الغرامة المالية.

بهذا نستنتج أن المشرع أحاط مجال المنافسة بعناية خاصة تجعل من مجلس المنافسة يلعب دورا محوريا ورئيسيا في حماية السوق، حيث يتدخل على مستويات مختلفة

باستعمال وسائل متعددة تتماشى كل وسيلة مع طبيعة القضية المعالجة من قبله ومع المرحلة الإجرائية التي تكون عليها، بشرط أن تكون الممارسات المتبعة تدخل في إطار الممارسات المقيدة للمنافسة أو التجميعات الاقتصادية، إلا أن ذلك لا يعني بأن سلطة مجلس المنافسة مطلقة في القيام بذلك الدور، بل وضع لها المشرع حدودا لا يمكنه تجاوزها حتى لو تعلق الأمر بالممارسات الممنوعة عن الأضرار التي تلحقها من جراء تلك الممارسات الممنوعة والتي يؤول اختصاصها إلى الجهات القضائية، في مقابل ذلك اعترف له بإمكانية البحث ومحاولة التوصل إلى حلول بديلة تكون أكثر نفعاً للسوق وللاقتصاد بصفة عامة.

ثانياً) - صلاحيات مجلس المنافسة في إيجاد حلول بديلة

أقر الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بتوسيع صلاحيات مجلس المنافسة من خلال الاعتراف له بصلاحيات جديدة لم تكن موجودة من قبل، تعبر عن نية المشرع الحقيقية في تطوير هذا القانون لدينا وجعله يتماشى مع ما هو موجود في الدول التي لها تجارب وخبرة سابقة، تتمثل هذه الأخيرة في صلاحيات المجلس في التوصل إلى حلول بديلة، حيث تنص المادة 60 من الأمر رقم 03-03: " يمكن مجلس المنافسة أن يقرر تخفيض مبلغ الغرامة أو عدم الحكم بها على المؤسسات التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها أثناء التحقيق في القضية، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا الأمر، لا تطبق أحكام الفقرة الأولى أعلاه في حالة العود مهما تكن طبيعة المخالفات المرتكبة ".

يتضح من هذا النص أنه جاء بصيغة عامة لم يبين لنا طبيعة الحلول التي أراد الإشارة إليها المشرع، إلا أن ذلك لا يمنع من التوصل إلى بعض المؤشرات التي تتعلق بهذه الحلول البديلة مثل عدم تقريرها إلا إذا تم التفاوض بشأنها بين مجلس المنافسة والمؤسسة المعنية وبالتالي يجب أن تكون بمثابة حل يرضي ويتفق عليه كلا الطرفين، إضافة إلى أن

الهدف منها هو تخفيض قيمة العقوبة المالية أو حتى إلغائها في بعض الأحيان وأن هذه الحلول لا تطبق في حالة العود، فهذه الحلول تؤكد لنا مدى خضوع قانون المنافسة إلى قابلية التطور التي سبق الإشارة إليها، الأمر الذي يفسر تغلغل تقنية التعاقد والتعهد والتفاوض إلى هذا المجال والتي أصبحت أمراً مألوفاً.

هذه الحلول البديلة تجعل من مجلس المنافسة يخفض أو يلغي تماماً قيمة العقوبة المالية على كل مؤسسة مخالفة تتعهد أمامه، بما لا يدعو أي مجال للشك بالتوقف عن ارتكاب تلك المخالفات، انطلاقاً من المبدأ السائد الآن في قانون المنافسة والقائم على أساس أن العقوبة المالية أو الغرامة هي آخر حل يمكن تطبيقه على المؤسسات المخالفة في حالة عدم نجاح أي وسيلة أخرى⁽¹⁾، غير أن عمومية النص لم تحدد لنا بالضبط طبيعة هذه الحلول.

فمجموع هذه الحلول البديلة تكون مجموعة متناسقة ومتكاملة من الأدوات القانونية، التي يمكن اللجوء إليها من أجل حماية أمثل للسوق والتي يستفيد منها ليس فقط مجلس المنافسة وإنما المؤسسات الناشطة في السوق على حد سواء، فقد وضعها المشرع بين يدي سلطة المنافسة هناك لتستعملها متى تبين لها ضرورة ووجوب ذلك وهو ما تم بالفعل⁽²⁾، غير أنه بالمقارنة مع ما سبق توضيحه وشرحه بما هو موجود لدينا وبغض النظر عن الخطوة الجبارة والجريئة التي قام بها المشرع الجزائري ابتداء من سنة 2003 عند اعترافه لمجلس المنافسة بإمكانية اللجوء إلى هذه الحلول البديلة من خلال المادة 60 من الأمر المتعلق بالمنافسة، إلا أن ذلك يبقى ناقصاً خاصة أمام عمومية الصيغة التي جاءت بها المادة والتي تدفعنا إلى التساؤل عن الرؤية التي يريد المشرع تطبيقها؟ بمعنى هل المشرع

(1)– www.tsa-algerie.com

(2)– Zouaimia Rachid, " **Le régime des ententes en droit algérien de la concurrence** ", la revue académique de la recherche juridique, N 01,2012, faculté de droit et des sciences politiques, Bejaia, p 37.

أراد من خلال تلك المادة الاعتراف بكل الحلول البديلة؟ أم أنه يريد الأخذ ببعض منها فقط واستبعاد البعض الآخر؟.

إن هذا التساؤل يمثل في الفترة الحالية أهمية بالغة، نظرا لأهمية الدور المتوخى من هذه الحلول ونظرا لقلّة الدراسات القانونية بخصوصها، إضافة إلى غياب مجلس المنافسة عن العمل لفترة زمنية طويلة، مما جعل بعض الباحثين يحاولون الاجتهاد لتفسير هذا النص، حيث يوجد مثلا من يرى أن المشرع لم يرد من خلال نص المادة السابق ذكرها الاعتراف بإجراء "الرأفة"، بل أراد تطبيق والاعتراف بالحلين الآخرين فقط، بينما نرى نحن أن ذلك النص لا يمنع من تبني كل الحلول السابقة، لذلك وأمام هذا الاختلاف في المحاولات والاجتهادات المتطرفة إلى هذه النقطة، لا يبقى أمامنا سوى أن نتمنى بأن يسرع المشرع في أقرب الآجال من أجل تعديل نص المادة السابق ذكرها، بشكل يجعلها أكثر وضوحا وتعبيرا بما يوحي عن المغزى من تلك الحلول البديلة، أو على الأقل أن يقوم مجلس المنافسة المنصب حديثا بتوضيح ذلك عن طريق ممارسته الميدانية أو الأبحاث التي له الحق في القيام بها⁽¹⁾.

(1) - اعترف المشرع الفرنسي في القانون التجاري الفرنسي المادة 2-464 L: " اعترف لسلطة المنافسة هناك بصلاحيّة إيجاد حلول بديلة، حصرها في ثلاثة حلول مختلفة باختلاف ظروف وشروط كل قضية مدروسة على مستواه وهي إجراءات التعهد: يتمثل هذا الحل في قيام المؤسسة محل التحقيق من طرف مجلس المنافسة بالتقرب من هذا الأخير وتقديم مجموعة من التعهدات له، ترمي إلى التعاون معه من أجل وضع حد لكل الممارسات التي تلحق ضررا بالمنافسة، مما يوجب القيام بهذه الإجراءات في المرحلة الأولى من التحقيقات، أي قبل أن يتم تبليغ المؤسسة المعنية بنتائج التحقيق الأولى من أجل إبداء ملاحظاتهم المكتوبة بشأن المآخذ المسجلة من طرف المقرر الرئيسي ضدهم، وهناك إجراء الرأفة: الذي يسمح للمؤسسة المعنية بالتعاون مع مجلس المنافسة من أجل إلغاء أو تخفيض العقوبة ويكمن مجال التعاون في هذه الحالة في لجوء هذه المؤسسة إلى المجلس من أجل الكشف عن الممارسة المقيدة للمنافسة التي لا علم للمجلس بها، مع حصر هذا الحل في مجال الاتفاقيات المحظورة، أما الإجراء الأخير فيتمثل في إجراء عدم الاعتراض على المآخذ: تكمن أهمية هذا الإجراء في كونه آخر حل بديل يمكن اللجوء إليه قبل تقرير العقوبة فهو يخص جميع الممارسات المقيدة للمنافسة ويرتبط موضوعه بمقدار العقوبة، فالهدف من هذا الإجراء هو حصول المؤسسة المعنية على تخفيض قيمة الغرامة المالية التي سيقرها مجلس المنافسة، مقابل التزام هذه المؤسسة بتخفيض قيمة الغرامة المالية التي سيقرها مجلس المنافسة مقابل التزام هذه المؤسسة بعدم معارضة أوجه المآخذ التي قررها المجلس والالتزام بتصحيح سلوكها في السوق مستقبلا ."

كما أنه بموجب المادة 39 من الأمر رقم 03-03 المعدل والمتمم التي نصت على أن مجلس المنافسة بإمكانه توطيد علاقات التعاون والتشاور وتبادل المعلومات مع سلطات الضبط وكأن المشرع عمد بذلك إلى منح اختصاص مطلق لمجلس المنافسة بالنظر إلى هيئات الضبط القطاعية.

فالغاية التي تهدف إليها أحكام حرية المنافسة محددة في المادة 01 التي نصت على: " يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين "، وهنا كان اهتمام أحكام حرية المنافسة بالمستهلك واضحا حيث أدرج هذا الهدف بصورة متتالية للهدف الأول وكنتيجة تقييد الغاية الأولى، وبمفهوم المخالفة وجود فعالية اقتصادية على مستوى السوق بانتشار أوسع للمنتجات وتطوير الخدمات ونوعيتها وتخفيض الأسعار وغيرها سيستفيد حتما منها المستهلكون، وبالتالي لا تحظر الممارسات الماسة بحرية المنافسة التي تؤدي لتحسين الخدمات المقدمة للمستهلكين وتحسين وسائل إعلامهم وكذلك تحسين الخدمات المقدمة إلى العملاء من تقديم وسائل دفع جديدة أو تسهيل الحصول على ضمانات بنكية أو فتح اعتمادات بنكية وغيرها.

فوصفت أحكام حرية المنافسة بأنها نابعة من أحكام النظام العام الاقتصادي التوجيهي لأنه يتضمن تحديا كبيرا والمتمثل في تحرير السوق وإتاحة الحرية وفسح المجال لآليات العرض والطلب لتمضي بسهولة بين المنتجين والمستهلكين وكذا حرية النفاذ إلى السوق وللتداول والتعامل بمقتضى النزاهة والشفافية من جهة ومن جهة ثانية لتنظيم وحماية نظامها الاقتصادي⁽¹⁾.

(1) - مختور دليّة، " حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي "، مداخلة في الملتقى الدولي حول: " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 07 و08 ماي 2014، ص 534.

فهناك إذن العديد من القيود قد وردت على إرادة الأطراف كما توجد التزامات تابعة ولدت بعيدا عن هذه الإرادة بحيث إن العقد أصبح موجها أو يعد حالة قانونية، وهذا التراجع للحرية التعاقدية يؤثر في حياة العقد نفسه الذي يكون محلا للمراجعة، أو يمكن فسخه قبل الأجل المحدد على عكس إرادة الأطراف، وبدأ يظهر مبدأ جديد هو أن الرابطة التعاقدية لا تتكون إلا إذا كان إنشاء تلك الرابطة مقبولا وسلطة الدولة تظهر سواء حين نشوء هذه الرابطة أو في مجال النظام الذي تخضع له، وتدخل الدولة يهدف غالبا إلى الدفاع عن المصالح العامة بالإضافة إلى أنه ينعكس على مضمون العقد الذي يحدد مما يعتبر قيودا على الحرية التعاقدية، ثم إنه يجب أن نشير في أيامنا هذه بتوجه المشرع لاستعمال مفهوم النظام العام ليس فقط للدفاع عن المصلحة العامة، ولكن أيضا لإصباح الرسمية والشكلية على الاتفاقات الاجتماعية أو المهنية، وكذا حماية المصالح القطاعية أو الجزئية، وبالتالي التدخل أحيانا في الحياة الخاصة للأفراد، ولهذه الغاية يتعلق الأمر بتقوية الطابع الإلزامي للقانون من أجل تحديد الحرية التعاقدية، وفرض على القاضي واجب معاقبة بعض التجاوزات والنقائص المتعلقة بها، كما هو الشأن بالنسبة لعقود الإيجار والعمل والاستهلاك وتقريبا جميع العقود الاجتماعية التي تعتبر مشمولة بفكرة النظام العام من أجل ضمان احترامها ورفض أي اتفاق مخالف لها.

لكن لا بد من التأكيد على أن التنظيم القانوني لقواعد المنافسة حتى ولو كان من النظام العام لا يجب أن ينحصر في مواجهة التصرفات والممارسات الضارة بالمنافسة فقط، بل يجب أن يهدف هذا التنظيم إلى منع وقوع مثل هذه التصرفات والممارسات في المستقبل فالأحكام المتعلقة بتنظيم المنافسة تحتاج إلى أجهزة قادرة على تنفيذها بالفعالية المطلوبة، علما أنها أحكام تتميز بالدقة والتعقيد، لأن قانون تنظيم وحماية المنافسة يتضمن التدخل

لإرساء قواعد المنافسة في السوق، وهو تدخل غير مرغوب فيه إذا لم يكن من خلال أدوات وواضحة وفاعلة⁽¹⁾.

وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن نطاق مساهمة الجزاءات المدنية في حماية قواعد المنافسة ومن ثمة حماية الطرف الضعيف؟

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي التطرق لمعرفة الدور الإيجابي للجزاءات المدنية في حماية قواعد المنافسة في السوق، فبالنسبة للبطلان يؤدي إلى محو آثار الاتفاقات المنافية للمنافسة حيث يكون البطلان بأثر رجعي، وكأن الاتفاق أو الشرط لم يوجد أبدا ما يجعل هذا الجزاء فعالا في مواجهة مثل هذه الاتفاقات المنافية للمنافسة، خاصة إذا علمنا أن هذا البطلان لا يصح ويحكم به حتى ولو كان البند المتنازع فيه قد تم حذفه أو تصحيحه بناء على الأمر الصادر عن مجلس المنافسة، وعليه فالحكم ببطلان الاتفاقات والشروط التعاقدية المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة سيؤدي حتما إلى حماية النظام العام الاقتصادي من خلال ضمان حرية المنافسة وتنظيم سير السوق، طبقا للمادة 13 من الأمر رقم 03-03، إلا أن تفضيل البطلان الجزئي في قانون المنافسة يعد أفضل من البطلان الكلي وهذا الحل ممكن اعتمادا على نص المادة 13 التي تقرر إمكانية بطلان التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي.

ولذات السبب يمكن تفادي بطلان الاتفاقات بإعمال نص المادة 09 من الأمر رقم 03-03 التي تسمح بإدخال تعديلات على العقود أو الشروط التعاقدية التي تحدث آثار سيئة على المنافسة لتصبح متوافقة مع قانون المنافسة⁽²⁾، ويرجع سبب تقليص مدى البطلان

(1) - موساوي ظريفة، " دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة " ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي زوز، 2011، ص 32-33.

(2) - هذا لأن المادة 13 من الأمر رقم 03-03 التي تنص: " دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من الأمر رقم 03-03 " ، وبالنسبة للمادة 08 فقد بينت أن توضيح شروط تطبيقها مرهون بصدور مرسوم، ويتعلق الأمر بالمرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 12/05/2005 الذي يحدد كيفيات الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات ووضعية الهيمنة على السوق، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 18/05/2005.

إلى أن الهدف من تقرير البطلان في قانون المنافسة هو متابعة كل ما هو غير مشروع في نظر هذا القانون ويتحقق ذلك بمجرد إبطال العناصر التي تخالف المنع فقط، ومن ثمة يجب على المدى الأدنى للبطلان في نظر قانون المنافسة أن يتطابق مع ضرورة إعادة التوازن لا أكثر ولا أقل⁽¹⁾.

وكحل بديل عن البطلان لإعادة التوازن المفقود أوجد المشرع نص المادة 46 من الأمر رقم 03-03 الذي يعد أول نص قانوني يقترح وسيلة أخرى أمام ذوي المصلحة، وتتمثل في التدابير المؤقتة بحيث " يمكن مجلس المنافسة بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق إذا اقتضت ذلك الظروف المستعجلة لتفادي وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه، لفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة"، فيستطيع إذن مجلس المنافسة بموجب هذا النص الأمر بوقف الممارسات المعنية أو وقف تنفيذ شرط تعاقدى أو الأمر بأي تدبير وقته آخر، إلا أنه يلحظ على هذه المادة رغم أهميتها لم يجعلها المشرع آمرة مما يتوجب تدارك الأمر خاصة أن هذه التدابير متمثلة في مراقبة عمليات التجميع ومتابعة الممارسات المقيدة للمنافسة لما لها من أهمية بإعادة التوازن المفقود في مجال المنافسة بين الأطراف المعنية بما فيها الطرف الضعيف.

فيستطيع مجلس المنافسة بموجب المادة 45 أن يتخذ أوامر معلة ترمي إلى وضع حد لهذه الممارسات والأمر بوقف الممارسة المعنية أو إلغاء شرط تعاقدى ما أو تعديل أو إضافة شروط تعاقدية من شأنها إيقاف مساس العقد بالمنافسة كما يستطيع أمر الأطراف بالعودة للحالة السابقة التي كانوا عليها.

(1)-Chagny.M, op.cit, p 264.

وإن كان كل من البطلان والتدابير التي تتمثل في إضافة، إلغاء وتعديل العقود أو الشروط التعاقدية، يؤدي إلى المساس بإرادة المتعاقدين وبتوقعاتهم فإن فعالية هذه التدابير بالمقارنة مع البطلان أكيدة، لأنها تسمح بتلاؤم العقود مع النظام العام التنافسي وإذا كان البطلان الجزئي يقدم إمكانية إعادة صياغة العقد فلا يسمح بإعادة صياغته بشكل دقيق كما يخضع له الأطراف عندما يتعلق الأمر بالتدابير⁽¹⁾، بسبب أن هذه التدابير تهدف إلى الحفاظ على الحقوق المشروعة والحريات الأساسية للأفراد، فهي حل وقائي يرمي إلى منع تفاقم المخالفة التي من شأنها المساس بحقوق وحريات الأعوان الاقتصادية والمستهلك، والحفاظ على الصالح العام الاقتصادي⁽²⁾.

فإذا أمكن فصل عناصر العقد غير المشروعة في نظر قانون المنافسة عن جملة عناصر العقد الأخرى أمكن القضاء بالحكم بالبطلان الجزئي، وتجدر الإشارة أنه عند القيام بفصل العناصر غير المشروعة عن جملة الاتفاق وتحديد نطاق البطلان، لا نرجع لنية المتعاقدين بل المقصود فحص الانفصال المادي للاتفاق بالنظر للمنع، أي للاختيار بين البطلان الجزئي والكلي نبحث في تأثير إبطال الشروط على صحة العقد في مجموعه⁽³⁾.

ومن وجهة نظرنا إن البحث عن الجزاء الفعال هو أحسن معيار لتحديد نطاق البطلان وبطلان الشرط يعد أكثر فعالية بالنظر لوضعية المتعاقد الذي لم يكن له يد في المخالفة وبالنسبة للطرف المتسبب في مخالفة قانون المنافسة لأنه يظل مرتبطا بعقد نزعته منه مشاركة ممنوعة فلا يجني منه أية فائدة أيضا، يحمي بطلان الشرط فقط إلى جعل الممارسة متوافقة مع القواعد القانونية ويحمي الطرف الضعيف.

(1) – Chagny.M, op.cit, p 426.

(2) – محمدي سميرة، " دور مجلس المنافسة في حماية الحقوق والحريات في المجال الاقتصادي"، مجلة معارف، السنة الثامنة، العدد 16، جوان 2014، كلية الحقوق، جامعة البويرة، ص 59.

(3) – Chagny.M, op.cit, p 411.

فالمشرع يرى أن قانون المنافسة يعد وسيلة لتحقيق هدف اقتصادي وهو زيادة الفعالية الاقتصادية، وتحقيق هدف اجتماعي وهو تحسين معيشة المستهلكين، هذا ما يتضح من خلال نص المادة الأولى من الأمر المنظم للمنافسة⁽¹⁾.

وإن كل نظام السوق يهدف إلى تحقيق المصالح الخاصة والمباشرة للمتعاملين الاقتصاديين، ولكن في نفس الوقت يهدف إلى تحقيق المصالح العامة فكل متعامل اقتصادي يبحث عن مصلحته الاقتصادية الخاصة، أما الدولة فتبحث عن التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين ومصالح الدولة، لذلك يجب أن يكون الهدف الأساسي لقواعد قانون المنافسة ضمان هذا التوازن المعروف بالنظام العام الاقتصادي وإتاحة الحرية، وفسح المجال لآليات العرض والطلب لتمضي بسهولة بين المنتجين والمستهلكين، ولضمان حسن آليات اقتصاد السوق، وحرية النفاذ إلى السوق وللتداول والتعامل بمقتضى مبدأ النزاهة والشفافية في التعامل⁽²⁾.

ومن أجل ذلك وصف قانون المنافسة بالقانون العام الاقتصادي، لكن مسألة اعتباره من النظام العام الاقتصادي التوجيهي لم يعد واضحاً خاصة بسبب ربط قانون المنافسة بالعقد، كما أنه لا يقتصر التعامل والتبادل التجاري بين المتعاملين الاقتصاديين على استعمال تقنية العقد، بل إن المنافسة يمكن أن تجد تنظيماً جديداً من خلال العقد المبرم بين المؤسسات، ثم إن العقد هو الوسيلة الأكثر شيوعاً في الاتفاق المقيد للمنافسة وحتى التعسف في وضع القوة الاقتصادية يمكن أن يعبر عنه من خلال البنود التعاقدية⁽³⁾.

(1) - مختور دليّة، " حماية النظام العام الاقتصادي في بعده التنافسي "، المرجع السابق، ص 525.

(2) - الماحي حسين، " حماية المنافسة، دراسة مقارنة "، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة، 2007، ص 12-13.

(3) - Frison-Roche, Anne-Marie, " **Contrat, contrat, concurrence, régulation** ", revue trimestrielle de droit civil, n 03, juillet/septembre, 2004, p 451-470.

فلا يمكن الفصل بين المنافسة والعقد لأن السوق التنافسي يقتضي حصة من الملكية الخاصة وحركة السلع والخدمات بمقابل نقدي من خلال إبرام عقد إلزامي بين صاحب العرض وصاحب الطلب، وعليه لا يمكن أن يكون هناك سوق تنافسي من دون عقد. فيندرج حظر الممارسات المقيدة للمنافسة ضمن النظام العام وهذا ما يحد من حرية التعاقد، فحرية التعاقد لم تكن أبدا مطلقة فهي تصطدم بقواعد عامة، دون أن يتوقف النظام الاقتصادي من كونه ليبراليا(1).

فتعد قواعد النظام العام الاقتصادي الحمائي أكثر وضوحا في مجال حماية المستهلك أو حماية العامل، أما في مجال المنافسة فهناك تردد بين النظام العام الحمائي والنظام العام التوجيهي ونميز بينهما بالنظر إلى المصلحة المحمية، المصلحة العامة بالنسبة للنظام العام التوجيهي وحماية المصالح المشروعة لمجموعة من الأشخاص التي لا تملك القدرة لحماية مصالحها بمفردها بالنسبة للنظام العام الحمائي، ولكن بما أن قانون المنافسة لا يحمي المتنافسين بل المنافسة أي السوق، باستعمال معايير التحليل التي يستند عليها القانون العام، فقانون المنافسة يؤكد أنه قانون النظام العام التوجيهي، لكن قانون المنافسة في تطور مستمر فلو نظرنا مثلا في مخالفة التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية نتساءل أليس هناك نظام عام حمائي؟.

فالمبدأ العام هو أن قانون المنافسة لا يهدف ولا يمكن أن يهدف إلى إعادة التوازن في العقود، بل إن قانون المنافسة يهدف لتنظيم السوق، فالمتعاملون الاقتصاديون بالنسبة لهذا القانون مؤسسات من المفروض أنها حرة في تحديد سياستها التجارية في السوق، ولا يهم أن يكون العقد المبرم بين الموزع والمموم قد احترم التوازن في الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي العقد، ومع ذلك يمكن لبعض البنود المخلة للتوازن في العلاقة التعاقدية أن تؤثر على

(1)-Frison-Roche, Anne-Marie, op.cit, p 457.

السوق، وعلى هذا الأساس فقط يمكن لقانون المنافسة أن يسمح بصفة غير مباشرة بتنظيم العقد لحماية السوق⁽¹⁾.

فيمكن القول أن تنظيم السوق يعتبر الهدف الأول والأساسي في قانون المنافسة أما تنظيم العقد فما هو إلا هدف ثانوي⁽²⁾، كما يمكن القول إن النظام العام التنافسي يستجيب لفكرة النظام العام الاقتصادي بصفة عامة لأنه:

- من جهة النظام العام التوجيهي يهدف للبحث على الفعالية الاقتصادية،
- ومن جهة ثانية النظام العام الحمائي، لأنه يهدف إلى خلق التوازن من خلال تحقيق أهداف المصلحة العامة.

ففكرة النظام العام السائدة في قانون المنافسة تسعى لتحسين شروط ممارسة المنافسة في السوق على نحو يعيد فيه هذا القانون للسوق دوره في حث الأنشطة المنتجة وتوسيع طابعه التنافسي عن طريق تدعيم القواعد الهادفة إلى توقع وتصحيح السلوكات والممارسات التي من شأنها عرقلة أو الإخلال بحرية المنافسة⁽³⁾، وحسب رأينا هذا الأمر يضمن خلق سوق تضم مجموعة من المتنافسين، وتعمل وفق آليات السوق الطبيعية التي تسمح بتكوين الأسعار الناتجة عن التزاحم وتقديم سلع وخدمات قادرة على مواجهة المنافسة الدولية، ومنع الممارسات المنافية للمنافسة، ليرجع كل ذلك بالنفع على المستهلك.

(1) - مختور دليّة، المرجع السابق، ص 536.

(2) - Idot Laurence, " **La régulation communautaire des réseaux de distributions** ", les petites affiches, 06 mars 1996, n spécial, "**Fournisseurs et distributeurs: dépendance ou partenariat?** ", rapport du colloque du centre de droit des contrats de l'université de Lille 02, du 17/11/1995, 1996, p 35-38.

(3) - صاري نوال، " المساس بالمنافسة سبب جديد لبطلان العقد " ، مجلة دراسات قانونية، العدد 06، 2009، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص 99.

خاتمة الفصل الثاني:

فخلاصة لما سبق يعد قانون المنافسة إضافة وتنمة لتطور أحكام الالتزامات، وبالذات القواعد العامة للعقد، فإذا رجعنا إلى منع الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث جاء منع الأعمال المدبرة والتعسفات في وضعية الهيمنة ورقابة التجميعات لضمان سيادة قواعد التنافس السليم في السوق ولتحقيق مصلحة الجماعة التي تترجم في رفاهية المستهلك، عبر جودة السلع والخدمات المقدمة وانخفاض أسعارها فقد تم منع التعسف في وضعية الهيمنة للتأثير السلبي الذي تلحقه هذه الممارسة بالسوق، إذ من شأن التعسف أن يعرقل المنافسة، على نحو لا تلحقه الأسعار والشروط التعاقدية عن قواعد السوق، بل عن الممارسات المفروضة، فالشيء الملفت للانتباه أن هذا المنع جاء أيضا ليساهم في حماية المستهلك، لتتوسع المصالح المعنية في المنافسة غير المشروعة دون أن تقتصر على المتنافسين.

خاتمة الباب الثاني:

يمكن القول إن المشرع لما ثبت له أن العدل التبادلي قد يؤدي إلى تغليب المصالح الفردية على مصالح الجماعة من جهة، كما قد يغلب مصلحة الطرف القوي في العلاقة التعاقدية على مصلحة الطرف الضعيف من جهة أخرى كان لزاما عليه أن يتدخل لإعادة النظر في طبيعة العدل الذي ينبغي تحقيقه من خلال العلاقات التعاقدية للأفراد، فاضطلعت فكرة النظام العام الاقتصادي بهذا الدور الجديد، وذلك لتحقيق هدفين متعاقبين اقتضى كل منهما خضوع حرية التعاقد لعدة قيود، ففي البداية قصدت هذه الفكرة حماية الطبقات الاجتماعية الضعيفة، بغية إعادة التوازن العقدي، ونظرا لهذا الدور فقد عرفت بالنظام العام الحمائي، الذي فرض العديد من الالتزامات القانونية بحيث أصبح العقد في بعض الأحيان يسعى إلى التنظيم وفرض المضمون أكثر مما يميل إلى تفضيل ما اتفق عليه الأطراف، كما منحت للقاضي سلطة تقديرية ولو ضيقة نسبية في التدخل في العقود بغية إعادة التوازن العقدي.

وسرعان ما نهضت فكرة النظام العام الاقتصادي لتمكين الدولة من تحقيق السياسة الاقتصادية التي تنتهجها وتبني توجيه الأفراد إليها، وهذا نظرا للوضع الاقتصادي الجديد الذي أفرزته التغيرات والتحولات الحديثة، والذي أصبحت المنافسة تشكل فيه السمة البارزة بحيث وضع لها المشرع نظاما عاما تنافسيا يهدف إلى ضبط المنافسة وتأطيرها بمجموعة من القواعد الآمرة، وقد اقتضى هذا التوجيه تقييد حرية التعاقد، ومنعه من كل اتفاق أو تصرف قد يعرقل المنافسة أو يحد من الدخول إلى السوق أو قد يؤدي إلى احتكارها ولهذا منع المشرع الممارسات المخالفة للممارسات التجارية، والممارسات المنافية للمنافسة، ومن أجل ذلك الغرض أحدث المشرع سلطة إدارية مستقلة تتمثل في مجلس المنافسة الذي يضطلع بمهمة أساسية تتمثل في ضبط السوق ومنع كل ما من شأنه عرقلة المنافسة الحرة فيه.

خاتمة:

إن دراسة طبيعة العلاقة التي تربط النظام العام بالعقد والذي تم تناوله من خلال هذه الأطروحة في الباب الأول بتعزيز النظام العام لسلطان الإرادة، وفي الباب الثاني بتقييده للحرية التعاقدية بغرض تحقيقه للتوازن العقدي عن طريق تنظيم المشرع للجوانب العقدية بالتدخل بنصوص أمرة والسماح للقاضي للتدخل لتعديل العقد، والتوازن الذي يعمل النظام العام على تحقيقه كذلك بواسطة قواعد قانون المنافسة.

وعليه ثمة احتياج دائم في كل دولة مهما كان توجهها السياسي والاقتصادي إلى منظومة من القواعد الضابطة لسلوك وحرية الأشخاص داخلها تتمتع بسلطان الأمر والنهي المصحوب دوماً بجزاء على كل من يخالف أحكامها، اصطلاحاً على تسميتها بقواعد النظام العام، والتي تكبلت مختلف التشريعات في وضع تعريف جامع مانع لها، إلا أنه يمكن اعتبارها مجموع القواعد التي تهدف إلى الحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي لا يمكن الاستغناء عنه لضمان المصلحة العامة وبالتالي ضمان بقاء الدولة وسيرها.

إن فكرة النظام العام بهذا المفهوم الغائي الوظيفي، هي فكرة لازمت مبدأ حرية التعاقد في التشريع منذ إقراره، بحيث تقوم داخل دائرة القانون الخاص والقانون المدني على وجه الخصوص، بدور أساسي في تعزيز حرية التعاقد من جهة وتقييدها لتحقيق التوازن العقدي من جهة ثانية منعا لأي تضارب أو تصادم بين مختلف المصالح سواء الفردية فيما بينها أو بينها وبين المصلحة العامة، غاية ما في الأمر أن دورها يتسع ويضيق حسب التوجهات التي انتهجتها الدولة، وحسب نظرتها لمفهوم العدل الذي ينبغي استهدافه من وراء قواعد النظام العام.

ومن ثمة فلا خلاف بين الفقه في أن فكرة النظام العام في القانون الجزائري تعد ضابطاً أو حداً يعزز تارة ويكبح ويقيد تارة أخرى جراح حرية التعاقد المتفتتة، من أجل

الموازنة بين حقوق كل طرف من الأطراف المتعاقدة من جهة، وبين مصلحة هؤلاء الأطراف والمصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى.

فتدخل النظام العام في تعزيز حرية التعاقد في القانون الجزائري يتسع ويضيق بحسب التوجهات التي تنتهجها الدولة، ففي ظل المفهوم التقليدي الذي يقوم على أساس تحقيق العدل التبادلي، يكون مجال تدخل النظام العام واسعاً في مجال التعزيز من نطاق سلطان الإرادة، بحيث تقتصر القيود على مرحلة إبرام العقد من حيث مراقبة مشروعية العقد في محل الالتزام الناشئ عنه، ومن حيث الباعث الذي يقصده المتعاقد من وراء العقد، والكتابة الرسمية التي اشترطها المشرع لإبرام العقود، ولن يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يمتد نطاق التعزيز من مبدأ سلطان الإرادة بتنفيذ العقد بحسن نية فيعم النظام العام إذن على حماية الإرادة التعاقدية بتحسينها من خلال جعل أركان العقد من النظام العام.

كما يعد من مظاهر تعزيز النظام العام لسلطان الإرادة من خلال ضبطه للعلاقات العقدية، بحيث أصبح يعد من أسباب اجتماعية العقد، فتم تغليب الطابع العام كحالة جديدة في التعاقد، ومن أهم الأسباب وراء هذا التغيير هو تعزيز المشرع لإرادة الطرف الضعيف في عقود العمل، فتدخلت الدولة من خلال فكرة النظام العام لتحديد المضمون العقدي، فالتعاقد لم يعد اليوم مبنياً على الإرادة فقط بل على استعمال هذه الوسيلة التي نص عليها القانون مع وجوب احترامها لمقتضيات أسمى تتمثل في مقتضيات النظام العام، فمن بين مظاهر ذلك هو تدخل الدولة في توافق إرادتي الطرفين بواسطة الإذن واشتراط الحصول على الترخيص الإداري، وهذا ما أصبح يعرف بعيممة العقد.

كما امتد نطاق حماية النظام العام للفئات الضعيفة في جعل القانون أشمل وأوسع بحيث يمتد إلى القوي والضعيف، الأمر الذي أدى إلى اتصاف العقد بالطابع الجماعي بحيث حلت إرادة الجماعة محل إرادة الفرد في التعاقد، فتعتبر اتفاقية العمل الجماعية من بين سبل التفاوض الجماعي كونها تهدف للحفاظ على المصلحة الاجتماعية بواسطة بنود من النظام العام، وهذا ما يعرف بجميعة العقد.

كما إن مضمون المصلحة التي تعد معيارا للنظام العام هي متغيرة غير ثابتة من زمان لآخر، فبالأمس القريب كان المشرع يرى في حماية المستأجر ومنحه حق البقاء في العين المؤجرة بعد انتهاء العقد مسألة متعلقة بالنظام العام، على أنه وبتغير الظروف أصبح يتجه نحو تحرير السوق العقارية وتوفير مناخ الاستثمار.

فلم يكن النظام العام يتدخل في المجال الاقتصادي بالحد من نشاط الأفراد، بحجة حماية الطرف الضعيف، أو أن يتدخل بين العاقدين لتحقيق المساواة القانونية، ولم يكن يهتم بتحقيق المساواة الاقتصادية بينهما، اللهم إلا في أحوال نادرة جدا كحالاتي الغبن والاستغلال، والظروف الطارئة، ومنح المدين المعسر أجلا للوفاء، كما سمح للقاضي بالتدخل لتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان.

ومرد هذا تلك الفلسفة التي يقوم عليها مبدأ حرية التعاقد، وما يمنحه للمتعاقد من حرية ليس فقط في مجال الإبرام، وإنما حتى في مجال إحداث الآثار، فأثار العقد هي من جعل العاقدين وفقا لحريةهما التي تكون كفيلا بتحقيق التوازن بين مصالحهما، لأن العقد بهذا المفهوم لا ينبغي إلا أن يكون عادلا، إذ لا يعقل أن يقدم الشخص الحر على إبرام عقد يضر مصالحه، فالمتعاقدان وفق هذا النظر هما الأقدر دون غيرهما حتى ولو كان المشرع قادرا على تحقيق العدالة العقدية، ومن ثمة فإن المشرع لم يهتم بوضع نظرية عامة للتوازن العقدي ابتداء.

وتستمد إرادة المتعاقدين سلطانها في ذلك من الحدود التي يحددها الشارع لكل عقد وهي تختلف من عقد لآخر بحسب طبيعة العقد، وهذا يعني أن مركز الإرادة وأهميتها من الالتزامات التعاقدية، بحيث يحتل مركزا وسطا ذا أهمية محدودة بحدود النظام العام، فلا يمكن إطلاق السلطان للإرادة في ترتيب آثار العقود، ومع ذلك فإن هذا لا ينقص من دور الإرادة بقدر ما يحدد مكانتها وحدود التعبير عنها فقط ومن ثمة فهو يعمل على تعزيزها.

وكان كنتيجة للتغيرات والتحولات التي حدثت والتي أدت إلى خلق وضع اقتصادي جديد بحيث تعد المنافسة السمة الأساسية في مجال النظام العام الاقتصادي بحيث تم تأطير نصوص قانون المنافسة بنصوص أمرة، حيث حاول المشرع بذلك خلق التوازن بين مصالح المتعاملين الاقتصاديين، والمصالح الاقتصادية للدولة، فيمكن القول إنه يجسد الدور الجديد للدولة وتحولها من دولة متدخلة إلى دولة ضابطة دورها ضبط قواعد المنافسة وفسح المجال للمنافسة الحرة، فنلمس تقييد النظام العام للحرية التعاقدية بغرض تحقيق التوازن العقدي في حظر الممارسات المخالفة للتجارة والمنافسة، فهو بذلك يحمي هذه الأخيرة ويحمي الأطراف المتعاقدة بما فيها الضعيفة.

ومن ثمة يظهر جليا التذبذب في موقف المشرع تبعا لتغير موقف الدولة فأحيانا يكون الاحتكار قانونيا مشروعا ليصبح بعد فترة سلوكا معيقا للمنافسة تجب محاربتها، مما يدل على أنه ليست هناك أصول ثابتة لسياسة واضحة، فكل شيء قابل للتغيير من زمن لآخر، وهذا ما يظهر جليا من قانون المنافسة الذي طرأت عليه العديد من التعديلات بغرض تحقيق التوازن بين مصالح مختلف الأطراف المعنيين بقانون المنافسة، يهدف من خلال هذا الأخير إلى تدعيم وضمان توازن قوى السوق، وحرية المنافسة، ورفع القيود التي بإمكانها عرقلة الدخول إليها وسيرها الحر، وكذا السماح بالتوزيع الاقتصادي الأمثل لموارد السوق بين مختلف أعوانها وذلك طبقا لأحكام القانون.

وتجب الإشارة لسعي المشرع في المرحلة الحالية نحو تحقيق التوازن العقدي، فقد أقر من خلال نظامه العام التنافسي مبدأ حرية الأسعار كأصل عام، والذي لا يجوز التدخل فيه عن طريق التسعير إلا في أحوال معينة عندما تستدعي الضرورة ذلك، كما تم حظر أيضا جميع أنواع الممارسات المقيدة للمنافسة وللتجارة، سواء أكانت أعمالا مدبرة أو تعسفا في استعمال القوة الاقتصادية، أو تكتلا في شكل تجميع اقتصادي هدفه السيطرة على السوق...إلخ، ومما يحمى للمشرع أيضا تبنيه لسلطات إدارية مستقلة منها مجلس المنافسة

لتضطلع بمهمة ضبط النشاط الاقتصادي فيه، والسهر على حماية المصالح المادية والاقتصادية للفئات الضعيفة.

وقد ختمنا بحثنا بالوصول إلى أهم النتائج التي أسفرت عنها الدراسة مع بعض الاقتراحات التي رأينا ضرورة إبدائها لإثراء الموضوع ونأمل العمل بها كونها قد تساهم في تجسيد أهداف النظام العام مما يؤثر بالإيجاب على العلاقات العقدية حتى ولو كانت هذه المواد ذات طبيعة آمرة ولم يجعل المشرع أحكامها من النظام العام إلا أنه نقترح أن يتم تعديل أحكامها لكي يتمكن القاضي من إثارتها من تلقاء نفسه لحماية الطرف الضعيف في العقد.

وكاقتراحات نبدتها من خلال هذه الأطروحة أنه من المستحسن إعادة النظر في بعض النصوص القانونية التي رأينا أن مناط الحماية فيها شبيه بقواعد النظام العام الحمائي، وذلك بهدف توسيع كيفية إعادة التوازن العقدي في القواعد العامة والخاصة، خاصة منها:

01- تعديل نص الفقرة 01 من المادة 90 من القانون المدني، والمتعلقة بعيب الاستغلال، وذلك بتوسيع أسباب استحقاق الحماية منه، لتشمل وجود الشخص في حاجة ماسة إلى الشيء محل العقد، أو السذاجة أو قلة الخبرة والمعرفة الفنية، وعدم قصرها على حالي الطيش البين والهوى الجامح، مع ضرورة جعل سلطة القاضي وجوبية وليست جوازية للتدخل لتعديل العقد.

02- تعديل نص الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني، بجعل سلطة القاضي وجوبية بغرض التدخل لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، مع ضرورة إضافة فقرة خاصة توسع من سلطات القاضي للسماح له بتكملة العقد، وذلك بغرض إعادة التوازن المفقود وخاصة أن هذه المادة تعد أحكامها من النظام العام الحمائي.

03- تعديل نص المادة 110 من القانون المدني بجعل السلطة الممنوحة للقاضي وجوبية للتدخل في تعديل العقد عند تضمينه لشروط تعسفية كون هذه المادة أحكامها من النظام العام الحمائي، مع ضرورة توسيع نطاق هذا الأخير في مجال الشروط التعسفية من خلال القوانين

الخاصة خاصة قانون حماية المستهلك وقمع الغش، كما ينبغي التوسيع من نطاق تطبيق الحماية من الناحية الموضوعية لجعلها تشمل عقود المساومة وعدم قصرها فقط على عقود الإذعان، طالما كان معيار التعسف موضوعيا وهو ما يؤدي إليه الشرط التعسفي من التفاوت وعدم التوازن الفاحش، الذي كما قد يكون في عقود الإذعان قد يكون في عقود المساومة أيضا، بالإضافة إلى التدخل للتصحيح على الجزاء المدني المترتب في حالة تضمين العقد شروطا تعسفية، وعدم الاكتفاء فقط بالجزاء الجنائي وما ينشأ عنه من تعويض بالتبعية في القوانين الخاصة بحماية الطرف الضعيف، وعدم الاكتفاء كذلك بالجزاء الوارد في المادة 110 من القانون المدني، وزيادة على ذلك الإسراع في تنصيب لجنة البنود التعسفية الموضوعة لدى وزير التجارة، والتي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، لما لها من دور ولو استشاري في الحد والتقليل من الشروط التعسفية من خلال التوصيات والخبرات التي تقوم بها.

04- تعديل نص المادة 183 من القانون المدني بحيث ينبغي إضافة فقرة يستبعد فيها المشرع إمكانية إدراج الشرط الجزائي التعويضي في العقد الذي يكون محله نقودا أي عقد القرض، وعلى الأقل في العلاقات بين الأفراد، لتجنيبهم التعامل بالربا المحرم شرعا، مع ضرورة جعل سلطة القاضي أمرة في المادة 184 من القانون المدني، لتخفيض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر.

05- يتعين على المشرع المبادرة لتعديل نص المادة 185 من القانون المدني ليسمح بزيادة التعويض الاتفاقي كقاعدة عامة وليس استثناء في حالي غش المدين وخطئه الجسيم.

06- تعديل نص المادة 327 من القانون المدني لإبراز عنصر التوقيع كأساس لصحة العقد العرفي وعدم مساواته مع الكتابة باليد، كذلك لرفع التناقض الواضح مع نص المادة 326 مكرر 02 من القانون المدني.

07- النص على مهلة التفكير في التشريعات الخاصة بحماية الطرف الضعيف (المستهلك، العامل....)، وعدم تركها في نصوص متفرقة، مع ضرورة تنظيم أحكامها من حيث بداية احتساب سريانها من اليوم الموالي لإبرام العقد وتأكيد عدم إمكانية احتساب يوم التوقيع على العقد والعطل والأعياد في الأجل المحدد لها.

08- تحديد مهلة للحق في العدول في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وعدم تركها للتنظيم، خاصة مع التعديل الأخير الذي طرأ على قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وضرورة تنظيم الكيفية التي يتم بها العدول كيف يتم العدول بحيث يجب إرفاق العقد باستمارة الرجوع عنه.

09- تخفيف المشرع من الشروط التعسفية الواجبة التوفر لمعاقبة المؤسسة على أساس التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية مع ضرورة تخفيف عبء الإثبات على عاتق الطرف الضعيف.

10- يستلزم تعزيز قواعد النظام العام التنافسي، وذلك من خلال ضمان وإعطاء استقلالية أكبر لمجلس المنافسة، بوصفه سلطة إدارية مستقلة تقوم بدور كبير في السهر على احترام قواعد النظام العام التنافسي، وحماية السوق والمنافسة الحرة، ومن ثمة حماية الطرف الضعيف.

قائمة المراجع:

أولاً- المراجع باللغة العربية:

أ)- الكتب العامة:

- 01- أحمد محمد علي داود، " أحكام العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الجزء الأول"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- 02- أمجد محمد منصور، "النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2007.
- 03- أمجد محمد منصور، " النظرية العامة للالتزامات، مصادر التزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي، مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز " ، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة، مصر، 2007.
- 04- أمير فرج يوسف، " العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني "، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، 2008.
- 05- إبراهيم أبو النجا، " محاضرات في فلسفة القانون "، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1992.
- 06- السنهوري عبد الرزاق، " نظرية العقد، الجزء الأول"، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 07- السنهوري عبد الرزاق أحمد، " الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام "، دار إحياء التراث العربي، بيروت، أبريل 1952.
- 08- العوجي مصطفى، " القانون المدني، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول "، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

- 09- السعدي محمد صبري، " الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة " ، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 10- البدوي محمد علي، " النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام "، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1993.
- 11- السرحان عدنان إبراهيم ونوري حمد خاطر، " شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.
- 12- الجبوري ياسين محمد، " المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني "، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2005.
- 13- العدوى محمد شكرى الجميل، " سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني "، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008.
- 14- الزحيلي وهبة، " نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، الجزء الأول "، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 15- بن شنيطي حميد، " نظرية الالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول " ، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، الجزائر، 2014.
- 16- بلحاج العربي، " النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة "، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 17- توفيق فرج، " النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، القسم الثاني " ، الدار الجامعية، مصر، 1993.
- 18- جعفر محمد سعيد، " مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون "، دار هومة، الجزائر، 2004.

- 19- جاك غستان، " المطول في القانون المدني، تكوين العقد "، ترجمة منصور قاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000.
- 20- حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو، " الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والمقارن " ، الطبعة الأولى، دار وائل، مصر، 2002.
- 21- حمدي عبد الرحمن، " الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة "، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 22- عبد المنعم فرج الصده، " نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني "، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
- 23- غستان جاك، " المطول في القانون المدني، تكوين العقد "، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000.
- 24- فيلاي علي، " مقدمة في القانون " ، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 25- فيلاي علي، " الالتزامات، النظرية العامة للعقد "، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
- 26- قدارة خليل أحمد حسن، " الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول "، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
- 27- كيرة حسن، " المدخل إلى القانون " ، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- 28- لحو خيار غنيمة، " نظرية العقد "، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
- 29- محمد حسين منصور، " مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة "، الدار الجامعية، القاهرة، 2000.

30- محمدي فريدة، " المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون " ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1998.

31- نبيل إبراهيم سعد، " النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام " ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

ب)- الكتب المتخصصة:

01- أحمية سليمان، " التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية " ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

02- أشرف عبد العليم الرفاعي، " القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة والدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة " ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2003.

03- أمير فرج يوسف، " العقد والإرادة المنفردة في التقنين المدني " ، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، 2008.

04- البرعي أحمد حسن، " علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن، عقد العمل المشترك " ، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة.

05- المحاسنى محمد يحي عبد الرحمن، " مفهوم المحل والسبب في العقد " ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

06- القوني عبد الحليم عبد اللطيف، " حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني " ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

07- العدوى محمد شكرى الجميل، " سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني " ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008.

08- الكلابي حسين عبد الله، " النظام العام العقدي دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، دار السنهوري، 2016.

- 09- بودالي محمد، " الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة " ، الطبعة 01، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 10- بودالي محمد، " مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة "، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 11- بردان إياد محمود، " التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- 12- بريك فارس حسين الجبوري وعود حسين ياسين العبيدي، " نظرية الشكل في العقود المدنية والإلكترونية، قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2014.
- 13- جعفر محمد سعيد، " نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي "، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 14- حمران حسين عبد اللطيف، " قانون العمل، دراسة مقارنة " ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 15- حليلة آيت حمودي، " نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي " ، الطبعة 01، دار الحداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1986.
- 16- حمدي أحمد سعد أحمد، " البيع الإجاري، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهى بالتمليك في الفقہ الإسلامي " ، دار الكتاب القانونية، مصر، 2007.
- 17- ذيب عبد السلام، " عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقہ واجتهاد المحكمة العليا " ، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
- 18- سيد محمود رمضان، " الوسيط في شرح قانون العمل، وفقا لآخر التعديلات لسنة 2002 وقانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 2001، دراسة مقارنة، مع التطبيقات القضائية لمحكمتي التمييز والنقض " ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

- 19- صلاح الدين جمال الدين، " فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية "، دار الفكر الجامعي، 2004.
- 20- عبد المنعم موسى إبراهيم، " حسن النية في العقود، دراسة مقارنة "، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
- 21- عياد عبد الرحمن، " أساس الالتزام العقدي "، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1971.
- 22- فرج مكي ريماء، " تصحيح العقد دراسة مقارنة "، الطبعة 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- 23- محمد حسين عبد العال، " الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد "، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 24- محمدي فريدة، " عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن تعديل القانون المدني "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 25- محمد حسين منصور، " قانون العمل "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 26- محمد يحيى عبد الرحمن، " مفهوم المحل والسبب في العقد "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، القاهرة، 1986.
- 27- محمد علي عبده، " دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006.
- 28- محمد علي عبده، " نظرية السبب في القانون المدني دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- 29- محمود جمال الدين زكي، " مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، في ازدواج، أو وحدة، المسؤولية المدنية، ومسألة الخيرة "، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.

30- نصيرات علاء محمد، " حجية التوقيع الإلكتروني "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

31- وليد صلاح مرسي رمضان، " القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

ثانياً- المقالات:

01- أحمد عبد الرحمن الملحم، " نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي مع إشارة إلى الوضع في الكويت "، مجلة الحقوق، السنة السادسة عشرة، العدد 01 و02، مارس جوان 1992، جامعة الكويت.

02- أومحمد حياة، " النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون رقم 11-04 "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

03- إرزيل الكاهنة، " خصوصية النظام العام في قطاع التأمين "، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 07-08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية.

04- النكاس جمال، " حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي "، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 01، 1989.

05- المحاسنة محمد يحيى، " مدى كفاية نظام مشروعية العقد في القانون المقارن "، مجلة الحقوق، العدد 01، السنة 27، مارس 2003، جامعة الكويت.

06- بودالي محمد، " التوقيع الإلكتروني "، مجلة الإدارة، المجلد 13، 2003، الجزائر.

- 07- بن عمر عوينات نجيب، " النظام العام بين سلطة المشرع والتكليف القضائي " ،
مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى
الأنظمة العامة "، يومي 07-08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد
خاص، 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية.
- 08- بن عزوز بن صابر، " النظام العام الاجتماعي في مفهوم قانون العامل " ، مداخلة
في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة
العامة "، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة
الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.
- 09- بلميهوب عبد الناصر، " النظام العام في القانون الخاص: مفهوم متغير ومتطور " ،
مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى
الأنظمة العامة "، يومي 07-08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد
خاص، 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية.
- 10- حملاوي دغيش ودبابش عبد الرؤوف، " مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة
والقانون " ، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 44، جوان 2016، جامعة بسكرة.
- 11- حملاوي دغيش، " مشروعية محل العقد بين الشريعة والقانون " ، مجلة المنتدى
القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسي، جامعة بسكرة، العدد 07، أبريل 2010.
- 12- حمليل نورة، " عقد البيع بالإيجار " ، العدد 05، 2007 ، جامعة قاصدي مرباح،
ورقلة.
- 13- خراز محمد الصالح، " المفهوم القانوني لفكرة النظام العام " ، دراسات قانونية، مجلة
شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع الوادي، الجزائر،
العدد 06، جانفي، 2003.

- 14- دنوني هجيرة، " التقرير التمهيدي للملتقى الدولي حمل موضوع النظام العام والعلاقات القانونية يومي 23 و 24 أبريل 2007 "، مجلة دراسات قانونية، مجلة سداسية، العدد 05، 2008، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.
- 15- رايس محمد، " مدى أثر مبدأ النظام العام والآداب الحميدة على العقد المدني "، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.
- 16- زروتي الطيب، " حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 42، رقم 02، 2000، كلية الحقوق، بن عكنون.
- 17- عمارة مسعودة، " إشكالية تحديد مفهوم النظام العام وتطبيقاته القانونية "، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.
- 18- عباس عبد المالك، " نظام عام واحد تسميات متعددة "، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 23 و 24 أبريل، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.
- 19- عليان بوزيان، " دور فكرة النظام العام الاقتصادي في حماية المستهلك، دراسة مقارنة بمبادئ الفقه الإسلامي "، مجلة الخلدونية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد 03، ماي 2009.
- 20- عليان عدة، " مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، العدد 03، سبتمبر 2013.

- 21- عيساوي عزالدين، " البحث عن نظام للنظام العام "، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.
- 22- عباس عبد المالك، " نظام عام واحد تسميات متعددة "، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 23 و 24 أبريل، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.
- 23- مخلوف كمال، " الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري "، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 04، جانفي، 2011، المركز الجامعي بالبويرة، الجزائر.
- 24- محمدي فريدة، " الاحتجاج بعقد الإيجار على مشتري العقار "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، رقم 01، 1999، كلية الحقوق بن عكنون.
- 25- محمدي فريدة، " التوازن في العلاقات الإيجارية طبقا للمرسوم 93-03 ونموذج عقد الإيجار "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 42، رقم 02، 2000، كلية الحقوق، بن عكنون.
- 26- محمدي سليمان، " حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، 2010، كلية الحقوق، بن عكنون.
- 27- منصان هشام، " التحول في فكرة النظام العام: تطبيق على التجربة المصرية "، مداخلة في ملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 07-08 ماي 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية.

- 28- محمد علي عبده، " نظرية السبب في القانون المدني دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- 29- نساخ فطيمة، " مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة "، مداخلة في الملتقى الدولي حول " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 23 و 24 أبريل 2014، مجلة سداسية، عدد خاص، 2015، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.
- 30- نساخ فطيمة، " أخلقة العلاقة العقدية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، ديسمبر 2015، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01.
- 31- واضح رشيد، " الاتفاقية الجماعية أمام تراجع القانون في مجال تنظيم علاقات العمل "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، جوان 2016، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01.
- 32- " النظام العام كعقبة أمام تنفيذ القرارات التحكيمية في لبنان: مرونة التطبيق "، مداخلة مقدمة إلى الندوة التي عقدت في بيت المحامي في 22 تشرين الأول سنة 2004 من قبل the chartered institute of arbitratoes-lebanon branch and the icc international court of arbitration، بالاشتراك مع نقابة المحامين في بيروت، عنوان الندوة: meetin arbitration needs:pratice and efficiency، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بيروت العربية، العدد 01، 2004.

ثالثاً) - الرسائل الجامعية:

أ) - أطروحات الدكتوراه:

- 01- السيد بدوي، " حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989.
- 02- بوختالة سعاد، " دور القاضي في تكملة العقد "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016.
- 03- بن شنييتي حميد، " سلطة القاضي في تعديل العقد "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 1996.
- 04- تيورسي محمد، " قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، دراسة مقارنة "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011.
- 05- حامي حياة، " النظام القانوني لبيع البناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016.
- 06- عياد عبد الرحمن، " أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2004.
- 07- عرعارة عسالي، " التوازن العقدي عند نشأة العقد "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015.
- 08- عليان عدة، " فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016.
- 09- عزوي عبد الرحمن، " الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، الجزء الأول "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2007.

- 10- عياد عبد الرحمن، " أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات " ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2004.
- 11- فاضل خديجة، " عيمة العقد " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016.
- 12- رحايمية عماد الدين، " الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.
- 13- زمام جمعة، " العدالة العقدية في القانون الجزائري " ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014.
- 14- مخلوف كمال، " مبدأ السلم الاجتماعي في تشريع العمل الجزائري، بين آلية التفاوض كأساس لتكريس المبدأ والإضراب كوسيلة ضغط " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.
- 15- محمد يحي عبد الرحمن، " مفهوم المحل والسبب في العقد " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، القاهرة، 1986.
- 16- نساخ فطيمة، " الوظيفة الاجتماعية للعقد " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013.

(ب) - مذكرات الماجستير:

- 01- أومحمد حياة، " النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر على ضوء أحكام القانون رقم 11-04 "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.
- 02- بوشنافة محمد، " مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة وحرية الأطراف "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، الجزائر 01، 2013.

- 03- بوفلجة عبد الرحمن، " دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008.
- 04- بوعراب أرزقي، " الرقابة على عقود التأمين"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2015.
- 05- بوخاري لطيفة، " تدخل الدولة في تحديد الأسعار وآثاره على المنافسة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة وهران، 2013.
- 06- بورنان العيد، " دور القاضي في التعويض الاتفاقي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015.
- 07- بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسين، " موضوعية الإرادة، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية"، بحث مقدم لكلية القانون جامعة الموصل، فرع القانون الخاص، العراق، بدون سنة.
- 08- بلمامي عمر، " الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1986.
- 09- حدي لالة أحمد، " سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدى وتطويع العقد"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013.
- 10- حدوم ليلي، " العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2000.
- 11- خلفاتي عبد الرحمن، " مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1987.
- 12- زاوي محمود، " الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 1987.

13- سنيات عبد الله، " دور النظام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009.

14- لبان فريدة، " مبدأ حسن النية في الانعقاد"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2009.

15- ميدي أحمد، " الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2002.

16- ميريني حنان، " النظام العام الاقتصادي وتأثيره على العلاقة العقدية"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2004.

17- مزوغ يقوتة، " نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران 01، 2015.

18- مندي آسيا ياسمين، " النظام العام والعقود"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2009.

19- نوي عقيلة، " النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2004.

20- يحيوي يوسف، " الشكلية غير المباشر وأثرها على فعالية العقود"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014.

رابعاً- النصوص القانونية:

(أ)- الأوامر:

01- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 17/02/1970، المتضمن الحالة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 27/02/1970.

- 02-** الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30/01/1974، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام تعويض عن الأضرار، الجريدة الرسمية العدد 15، السنة 11، المؤرخة في 19/02/1974.
- 03-** الأمر رقم 75-31 المؤرخ في 29/04/1975، المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، الجريدة الرسمية العدد 39، السنة 12، المؤرخة في 16/05/1975.
- 04-** الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 12/11/1975، الجريدة الرسمية العدد 92، المؤرخة في 18/11/1975.
- 05-** الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد 81، السنة 14، المؤرخة في 18/12/1977.
- 06-** الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية العدد 13، المؤرخة في 08/03/1995،
- 07-** الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11/01/1997، المتعلق بتحديد المدة القانونية للعمل، الجريدة الرسمية العدد 03، المؤرخة في 12/01/1997.
- 08-** الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 26/08/2003، الجريدة الرسمية العدد 52، في المؤرخة في 27/08/2003، المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا.
- 09-** الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 43، المؤرخة في 20/07/2003. المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25/06/2008، الجريدة الرسمية العدد 36، المؤرخة في 02/07/2008.
- 10-** الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 23/07/2003.

11- الأمر 03-11 المؤرخ في 26/08/2003، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد 52، المؤرخة في 27/08/2003، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26/08/2010، الجريدة الرسمية العدد 50 المؤرخة في 01/09/2010.

12- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 27/02/2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/07/1984، المتضمن قانون الأسرة.

13- الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15/07/2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 16/07/2006.

14- الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22/07/2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 26/07/2009 يتم الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

(ب) - القوانين:

01- القانون رقم 81-10 المؤرخ في 11/07/1981، المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 28، المؤرخة في 14/07/1981.

02- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/07/1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 27/02/2005.

03- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بالصحة العمومية وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08، المؤرخة في 17/02/1985، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02/07/2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 29/07/2018.

- 04-** القانون رقم 88-29 المؤرخ في 19/07/1988، المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية، الجريدة الرسمية العدد 29، المؤرخة 20/07/1988.
- 05-** القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05/07/1989 المتعلق بالأسعار، الجريدة الرسمية العدد 29، السنة 26، المؤرخة في 19/07/1989.
- 06-** القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، المؤرخ في 06/02/1990، الجريدة الرسمية العدد 06، المؤرخة في 07/02/1990، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 91-27 المؤرخ في 21/12/1991، الجريدة الرسمية العدد 68، المؤرخة في 25/12/1991.
- 07-** القانون رقم 90-11 المؤرخ في 12/04/1990، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد 17، المؤرخة في 25/04/1990.
- 08-** القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 18/11/1990.
- 09-** القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/06/2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41، المؤرخة في 27/06/2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15/08/2010، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 18/08/2010.
- 10-** القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14/08/2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية العدد 52، المؤرخة في 18/08/2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18-08 المؤرخ في 10/07/2018، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 13/07/2018،
- 11-** القانون رقم 04-19 المؤرخ في 25/12/2004، المتعلق بتتصيب العمال ومراقبة التشغيل، الجريدة الرسمية العدد 83، المؤرخة في 26/12/2004.

- 12-** القانون رقم 02-05 المؤرخ في 26/05/2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 59-75 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد 11، المؤرخة في 09/02/2005.
- 13-** القانون رقم 02-06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، المؤرخ في 20/02/2006، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 08/03/2006.
- 14-** القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20/02/2006، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 12/03/2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 07-95 المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات.
- 15-** القانون رقم 06-21 المؤرخ في 11/12/2006، والمتعلق بالتدابير التشجيعية لدعم وترقية التشغيل، الجريدة الرسمية العدد 80، المؤرخة في 11/12/2006.
- 16-** القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 31، السنة 44، المؤرخة في 13/05/2007.
- 17-** القانون رقم 03-09 المؤرخ في 08/03/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 08/03/2009، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 09-18 المؤرخ في 10/06/2018، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 35، المؤرخة في 13/06/2018.
- 18-** القانون رقم 05-10 المؤرخ في 15/08/2010، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة 18/08/2010، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بالمنافسة.
- 19-** القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17/02/2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011.

- 20-** القانون رقم 08-14 المؤرخ في 09/08/2014، المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 20/08/2014، المعدل والمتمم للأمر رقم 70-20 المؤرخ في 17/02/1970، المتضمن الحالة المدنية.
- 21-** القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06/03/2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة 07/03/2016.
- 22-** القانون رقم 09-16 المؤرخ في 03/08/2016، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية العدد 46، المؤرخة في 03/08/2016.
- 23-** القانون رقم 13-18 المؤرخ في 11/07/2018، المتضمن قانون المالية التكميلي، الجريدة الرسمية العدد 42، المؤرخة في 15/07/2018، المعدل للقانون رقم 16-09 المؤرخ في 03/08/2016، المتعلق بترقية الاستثمار.

(ج) - المراسيم التنفيذية:

- 01-** المرسوم رقم 74-253 المؤرخ في 28/12/1974، المتضمن تحديد كفاءات تأسيس وتسيير اللجان الدائمة للمستخدمين والتكوين وتحديد اختصاصاتها في المؤسسات الاشتراكية، الجريدة الرسمية العدد 02، المؤرخة في 07/01/1975.
- 02-** المرسوم رقم 82-510 المؤرخ في 25/12/1982، المحدد لكفاءات منح جواز أو رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب، الجريدة الرسمية العدد 56، السنة 19، المؤرخة في 28/12/1982.
- 03-** المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية العدد 14، السنة 30، المؤرخة في 03/03/1993.
- 04-** المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19/03/1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03

المؤرخ في 1993/03/01، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية العدد 17،
السنة 31، المؤرخة في 1994/03/30.

05- المرسوم التنفيذي رقم 95-339 المؤرخ في 1995/10/30، والمتضمن صلاحيات
المجلس الوطني للتأمين وتكوينه وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد 65، المؤرخة في
1995/10/31.

06- المرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 1996/01/17، المحدد لقائمة المباني
العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، الجريدة الرسمية
العدد 05، السنة 33، المؤرخة في 1996/01/21.

07- المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المؤرخ في 1996/08/03 المحدد لشروط منح
شركات التأمين و/أو إعادة التأمين الاعتماد وكيفيات منحه، الجريدة الرسمية العدد 47،
المؤرخة في 1996/08/07.

08- المرسوم التنفيذي رقم 97-35 المؤرخ في 1997/01/14، المحدد لشروط وكيفيات
بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار وشروط بيع الأملاك ذات
الاستعمال التجاري والمهني وغيرها، الجريدة الرسمية العدد 04، السنة 34، المؤرخة في
1997/01/15.

09- المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 2001/1/04/23، المحدد لشروط شراء
المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية العدد 25،
المؤرخة في 2001/04/29،

10- المرسوم التنفيذي رقم 02-50 المؤرخ في 2002/01/21، المحدد للقواعد الخاصة
بتنظيم مصالح التشغيل في الولاية وعملها، الجريدة الرسمية العدد 06، المؤرخة في
2002/01/23.

11- المرسوم التنفيذي رقم 03-35 المؤرخ في 2003/01/13، المعدل والمتمم للمرسوم
التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 2001/04/23، المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة

- بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 04، السنة 40، المؤرخة في 2003/01/22.
- 12-** المرسوم التنفيذي رقم 04-268 المؤرخ في 2004/08/29 المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بالزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية ويحدد كيفيات إعلان حالة الكارثة الطبيعية، الجريدة الرسمية العدد 55، المؤرخة في 2004/09/01.
- 13-** المرسوم التنفيذي رقم 04-340 المؤرخ في 2004/11/02، الجريدة الرسمية العدد 69، المؤرخة في 2004/11/03.
- 14-** المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية العدد 56، المؤرخة في 2006/09/11.
- 15-** المرسوم التنفيذي رقم 07-137 المؤرخ في 2007/05/19 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 95-339 المؤرخ في 1995/10/30، والمتضمن صلاحيات المجلس الوطني للتأمين وتكوينه وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية العدد 33، المؤرخة في 2007/05/20.
- 16-** المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 2008/04/19، المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، الجريدة الرسمية العدد 22، المؤرخة في 2008/04/30.
- 17-** المرسوم التنفيذي رقم 09-65، المؤرخ في 2009/02/07، المتعلق بتحديد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعبئة، الجريدة الرسمية العدد 10، المؤرخة في 2009/02/11.
- 18-** المرسوم التنفيذي رقم 10-101 المؤرخ في 2010/03/29، المتضمن إنشاء اللجنة الوطنية لترقية التشغيل وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 2010/03/31.

- 19-** المرسوم التنفيذي رقم 11-105 المؤرخ في 06/03/2011 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 19/04/2008 والمتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011.
- 20-** المرسوم التنفيذي رقم 13-142 المؤرخ في 10/04/2013 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 08-126 المؤرخ في 19/04/2008، والمتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 03/09/2008.
- 21-** المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18/12/2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأماكن العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية العدد 66، المؤرخة في 25/12/2013.

(د) - القرارات الوزارية:

- 01-** القرار المؤرخ في 04/05/2004 يعدل القرار المؤرخ في 23/07/2001، المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية العدد 43، المؤرخة في 04/07/2004.
- 02-** القرار المؤرخ في 24/07/2008، المحدد لنماذج عقود الإدماج وعقود تكوين - تشغيل وعقود العمل المدعم، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 03/03/2008.
- 03-** القرار المؤرخ في 01/02/2015، المحدد لنماذج عقود الإدماج وعقود تكوين-تشغيل وعقود العمل المدعم، الجريدة الرسمية العدد 48، المؤرخة في 09/09/2015، المعدل والمتمم القرار المؤرخ في 24/07/2008، المحدد لنماذج عقود الإدماج وعقود تكوين - تشغيل وعقود العمل المدعم.

خامسا)- المداخلات في الملتقيات:

- 01- زارة عواطف، " التزامات المرقى العقارى فى عقد البيع بناء على التصاميم " ،
مداخلة فى ملتقى وطنى حول " إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية فى الجزائر " ،
يومي 17، 18 فيفري 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة.

خامسا)- المحاضرات:

- 01- لحو خيار غنيمه، " محاضرات فى القانون المدني: تكوين العقد " ، كلية الحقوق،
جامعة الجزائر 01، 2013-2014.

سادسا)- البحوث:

- 01- بسام مجيد سليمان وأكرم محمود حسين، " موضوعية الإرادة، دراسة تحليلية مقارنة
فى ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية " ، بحث مقدم لكلية القانون جامعة الموصل،
فرع القانون الخاص، العراق، بدون سنة.

سابعا)- القرارات القضائية:

- 01- المجلة القضائية العدد 04، 1990، القرار المؤرخ فى 12/04/1987، ملف رقم
43098.
- 02- المجلة القضائية العدد 01، 1989، قرار صادر عن مجلس الأعلى، الغرفة التجارية
والبحرية، قرار رقم 42369، المؤرخ فى 25/10/1986.
- 03- المجلة القضائية، العدد 02، 1989، القرار المؤرخ فى 16/02/1983، ملف
رقم 30072.
- 04- المجلة القضائية، العدد 04، 1992، القرار المؤرخ 26/01/1987، ملف رقم
44571.

- 05- المجلة القضائية، العدد 01، 1993، القرار المؤرخ في 15/10/1990، الغرفة الاجتماعية، ص 119.
- 06- المجلة القضائية، العدد 48، القرار المؤرخ في 12/12/1992، ملف رقم 95767.
- 07- القرار المؤرخ في 20/04/1994، ملف رقم 106475، غير منشور.
- 08- مجلة الحجة تصدر عن منظمة المحامين لتلمسان، العدد 10، 2000، قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 21-196، المؤرخ في 28/09/2000.
- 09- المجلة القضائية العدد 02، 2003، قرار صادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 16/07/2003، ملف رقم 265975.
- 10- المجلة القضائية، العدد 01، 2008، القرار المؤرخ في 21/05/2008، رقم 408837.
- 11- المجلة القضائية، العدد 02، 2008، القرار المؤرخ في 21/11/2007، ملف رقم 389338.
- 12- المجلة القضائية، العدد 02، 2012، القرار المؤرخ في 14/07/2011، ملف رقم 664290.
- 13- مجلة العدل 1981، لبنان، محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الأولى، القرار المؤرخ في 09/04/1982.

ثانياً) - المراجع باللغة الفرنسية:

01)- Ouvrages généraux:

01- Chabas François, " Leçons de droit civil, obligations, théorie générale ", tome 02, premier volume, 09 éme édition, éditions DELTA, Liban, 2000.

- 02**– Carbonnier Jean, " **Droit civil, Les obligations** ", tome 04, 09 éditions PUF, Thémis, paris, 1976.
- 03**– Capitant Henri, " **introduction à l'étude du droit civil, notions générales** " , 05eme édition, APEDONE éditeur, paris, 1929.
- 04**– Chabas François, " **Leçons de droit civil, obligations, théorie générale** ", tome 02, premier volume, 09 ème édition, éditions DELTA, Liban, 2000.
- 05**– Colin Frédéric, " **Droit public économique** ", GUALINO éditeur, paris, 2005.
- 06**– Fady Nammour et Rémy Cabrillac et Séverine Cabrillac et Hervé Lecuyer, " **Droit des obligations, droit français–droit libanais, perspectives européennes et internationales** ", 01 ère édition, BRUYLANT, DELTA, L.G.D.J, paris, 2006.
- 07**– Flour Jacques et Aubert Jean–Luc et Savaux Eric, " **Les obligations, l'acte juridique** " , 06ème édition, Armand Colin, 1994.
- 08**– Flour Jacques et Aubert Jean–Luc et Savaux Eric, " **Droit civil les obligation, l'acte juridique** " , 10 eme édition, édition Dalloz, paris, 2002.
- 09**– François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, " **Droit civil les obligations** ", 6eme édition, DELTA, DALLOZ, paris, 1996.
- 10**– François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette, " **Droit civil, les obligations** " , 07 ème édition, éditions Dalloz, paris, 1999.

11– Fady Nammour et Rémy Cabrillac et Séverine Cabrillac et Hervé Lecuyer, " **Droit des obligations, droit français–droit libanais, perspectives européennes et internationales** ", 01 ère édition, BRUYLANT, DELTA, L.G.D.J, paris, 2006.

12–Gabriel Marty et Pierre Raynaud, " **Droit civil, Les obligations** ", 02 ème édition, Sirey, Paris, 1998.

13– Henré Capitan," **Introduction à l'étude de droit civil** " , 01 ère édition, libraire de la court d'appel, paris, 1925.

14– Malaurie Philipe, Aynes laurent, Stoffel–Munck Philippe, " **Droit civil, les obligations** ", 02 Edition, DEFRENOIS, paris, 2005.

15– Malaurie Philippe et Laurent Ayes," **Cours de droit civil, les obligations** " , éditions CAJAS, paris, 1990.

16– Renault–Brahinsky Corinne, " **Droit civil, les obligations** " , 02 ème édition, éditions GUALINO, paris, 2002.

17– Schmidt–Szalewski Joanna," **Droit des contrats** ", jurisprudence française 05, éditions LITEC, paris, 1989.

18– Yvaine Buffelan–Lanore et Virginie Larribau–Terneyre , " **Droit civil, les obligations** ", 14 ème édition, SIREY, paris, 2014.

02)– Ouvrages spécieux:

01– Batiffol Henri, " **La crise du contrat** ", Archives de philosophie du droit, XIII, paris, 1968.

- 02**– Bernard Paul, " **Notion d'ordre public en droit administratif** " , L.G.D.J, paris,1962.
- 03**– Bonnet David," **Cause et condition dans les actes juridiques** " , éditions L.G.D.J, paris, 2005.
- 04**– Brasseur.P, De coninck.B, Delforge.G, Demoulin.M, Montero.E, Fontaine.M, Michaux.S, Vandehouten.I, " **Le processus de formation du contrat** " , contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, centre de droit des obligations, bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, L.G.D.J, paris, 2002.
- 05**– Canut Florence, " **L'ordre public en droit du travail** " , tome 14, éditions L.G.D.J, paris 2007.
- 06**– Capitant Henri, " **Introduction à l'étude du droit civil, notions générales** " , 05ème édition, APEDONE éditeur, paris, 1929.
- 07**– Claude Baj," **Le principe de loyauté et le prix du marché** " , Mélanges en l'honneur du Dominique Schmidt, édition JOLY, paris, 2006.
- 08**– Christophe Albiges, " **De l'équité en droit privé** " , L.G.D.J, paris, 2000.
- 09**– Daucgy Paul," **Une conception objective du lien d'obligation, Les apports du structuralisme a la théorie du contrat** " , archive de philosophie du droit, tome 26, 1981.

- 10- Flour.J et Aubert.J-L, " **Les obligations, l'acte juridique** " , 06ème édition, Armand Colin, 1994.
- 11- Ghestin Jacques, " **Traité de droit civil, le contrat, formation**, L.G.D. J, paris, 1988.
- 12- Ghestin Jacques, " **Traité de droit civil, la formation du contrat** " , éditions L.G.D.J, paris, 1996.
- 13- Ghestin Jacques, " **Cause de l'engagement et validité du contrat** " , éditions L.G.D.J et DELTA, paris, 2007.
- 14- Henri Capitan, " **La bonne foi, journée des travaux de l'association** " , édition LETEC, paris, 1992.
- 15- Josserand louise, " **La publicisation du contrat** " , mélange Lambert, tome 03, recueil Edouard Lambert, paris, 1938.
- 16- Josserand.Cf , " **Le contrat forcé et le contrat légal** " , paris, 1940.
- 17- Karine de la Asunción Planes, " **La réfaction du contrat** " , édition L.G.D.J, paris, 2006.
- 18- Koriche Mohammed Nasr-reddine, " **Droit du travail, les transformation du droit algérien du travail entre statut et contrat, relation d'emploi de travail une contractualisation relative** " , tome 01, office des publications universitaires, Alger, 2009.
- 19- Kenfack Hugues, " **La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire ?**", université de Versailles, DALLOZ, paris, 2008.

- 19– Malaurie Philippe, " **L'ordre public et le contrat, (étude de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S)** ", tome premier, éditions matot-braine, reims, paris, 1953.
- 20– Malaurie Philippe et Aynès Laurent et Gautier Pierre–yves, " **Les contrats spéciaux** ", 02eme édition, éditions juridique associées, paris, 2005.
- 21– Mestre jacques," **D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration**", revue trimestrielle de droit civil, paris, 1986.
- 22– Mekki Mustapha," **l'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé** " , bibliothèque de droit privé, tome 41, DELTA, L.G.D.J, paris, 2004.
- 23– Marie Caroline Vincent–Legoux, " **L'ordre public étude de droit comparé interne** ", 01 ere édition, presses universitaires de France, paris, 2001.
- 24– Marie–Caroline Vincent–Legoux, " **L'ordre public** ", Archives de philosophie du droit, tome 58, DALLOZ, 2015,
- 25– Nadège Meyer, " **L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé** " , éditions L.G.D.J, paris, 2006.
- 26– Ripert Georges," **La règle morale dans les obligations civiles** ", L.G.D.J, paris, 1949.
- 27– Schmidt–Szalewski Joanna," **Droit des contrats** ", jurisprudence française 05, éditions LITEC, paris, 1989.

28– Sauphanor–Brouillard.N, " **La confiance dans les contrats de consommation** ", université de Versailles saint Quentin en Yvelines, DALLOZ, 2008.

29– Vincent Forray, " **Le consensualisme dans la théorie générale du contrat** " , éditions L.G.D.J, paris, 2007.

03)– Les périodiques:

01– Durand Paul, " **Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat** " , revue trimestrielle de droit civil, numéro 02, paris, 1948.

02– Denis Mazeaud, " **Le nouvel ordre contractuel** ", Revue des contrats, L.G.D.J, paris, 2003.

03– Jean–Fabien Spitz, " **Qui dit contractuel dit juste: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée** ", revue trimestrielle de droit civil, n 02, avril/juin 2007, Dalloz, paris.

04– Lahlou khiar Ghanima, " **Le formalisme dans le contrat** ", revue algérienne des sciences juridiques et économiques et politiques, fac de droit, Alger, n 03, 1998.

05– Maurice Gégout, " **Ordre public et bonnes moeurs** ", Juris classeur, code civil, art 06, fasc 01, 1979.

06– Mouly Jean," **Une nouvelle application de la fonction complétive de l'article 1135 du code civil** ", l'extenso, revue des contrats 01/07/2007, n 03, paris.

- 07– Mestre Jacques," **D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration** ", revue trimestrielle de droit civil, paris, 1986.
- 08– Rémy Marc, " **Le maintien et le rétablissement de l'ordre public par la police: définitions, acteurs et principes juridiques** ", revue économique et sociale :bulletin de la société d'études économiques et sociales, n 66, paris, 2008.
- 09– Sandrine Tisseyre," **Le rôle de bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse a la lumière du droit anglais et du droit européen** ", presse universitaire d'aix-marseille, 2012.
- 10 – Simler Philippe, " **Contrats et obligations, cause** ", Juriss classeur, civil code, fasc 9-6, n 08, paris, 2002.
- 11– Spitz Jean-Fabien," **"Qui dit contractuel dit juste": quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée** ", revue trimestrielle de droit civil, n 02, avril/juin2007, DALLOZ, paris.
- 12– Stéphane Braconnier, " **Quelle théorie des sanctions dans le domaine de la régulation économique?** ", revue de droit privé, n 02, L.G.D.J-LEXTENSO éditions, paris, 2014.
- 13– Trari-tani Mostapha, " **Justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial** ", revue des études juridiques, semestrielle, n 06, 2009, éditée par le laboratoire de droit privé fondamental, faculté de droit, université Abou Bekr Belkaid Tlemcen.

14– Thibierge–Guelfucci .C," Libre propos sur les transformations du droit des contrat ", revue trimestrielle de droit civil, n 06, paris, 1997.

15– Vincent Karim, " La règle de bonne foi prévue dans l'article 1375 du code civil du Québec: sa portée et les sanctions qui découlent ", Les cahiers de droit, volume 41, n 03, paris, 2000.

16– Yacoub Zina, " Ordre public social en droit algérien du travail entre protection des salariés et flexibilité des relations de travail ", colloque international sur " Le changement dans l'idée de l'ordre public: de l'ordre public au Règlement général " ,le 07, 08/05/2015, Revue académique pour la recherche juridique, un numéro spécial en 2015, l'Université de Abdel–Rahman Mira, Bejaïa, Faculté de droit et sciences politiques.

19– Zennaki Dalila," Quelques approche de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun ", revue des études juridiques, semestrielle, éditée par le laboratoire de droit privé fondamental, n 08, 2011, faculté de droit et sciences politiques, université Abou bekr belkaid, Tlemcen.

04)– Les thèses et les mémoires:

01– Chaaban Rana, " La caducité des actes juridiques étude de droit civil ", Thèse de doctorat, université paris 02, paris, 2004.

02– Delphine Archer, " **Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats** ", étude de conflits de lois, tome 01, 01^{ère} partie, Thèse pour le doctorat en droit préparée, faculté de droit, université de cergy–pontoise, paris, 2006.

03– Gérard Farjat," **L'ordre public économique** ", Thèse de doctorat, Dijon, 1961, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, paris, 1963.

04– Hanouille Nicolas, " **Intérêt particulier et intérêt général à l'époque des lumières** " ,Thèse de doctorat, université Paul Valery Montpellier 03, 2012.

05– Lahlou Khiar Ghenima, " **Le droit de l'indemnisation: entre responsabilité et réparation systématique** ", Thèse de doctorat ,faculté de droit, université d'Alger 01, 2005.

06– Masson Henri, "**Notion d'ordre public, dans ses rapports avec la jurisprudence civile et commerciale**", Thèse de doctorat, faculté de droit de paris, paris, 1899,

07– Malaurie Philippe, " **Les contrats contraires à l'ordre public, étude de droit civil comparé: France, Angleterre, U.R.S.S** ", Thèse pour le doctorat, faculté de droit, université de paris, éditions matot–Braine, Reims, 1953.

08– Sadok Belaid, " **Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge** " , Thèse de doctorat, université de paris, 1997.

05)– Les colloques:

01– Charles Vautrot–Schwarz, "**L'ordre public économique**" ,sous la direction de Dubreuil Charles–André, " **L'ordre public** ", actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont), éditions CUJAS, paris, 2013.

02– Jean–Manuel Larralde," **La constitutionnalisation de l'ordre public** ", colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000," **l'ordre public :ordre public ou ordres publiques ? ordre public et droits fondamentaux** ", droit et justice, BRUYLANT, Bruxelles, 2001.

03– Jazottes Gérard, " **Réforme de la distribution et de la concurrence, Actes du colloque sur: Loi Macaron et l'activité économique** ", Thèse de doctorat, l'université de Toulouse, 08/10/2015.

07)– les cites électroniques:

01– www.Légifrance.gouv.fr

02–www.ec.europa.eu

03– www.tsa-algerie.com

04–www.ministèreducommerce.gov.dz

الفهرس	الصفحة
مقدمة.....	01.....
الباب الأول: تعزيز النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة يحقق النجاعة العقدية.....	13
الفصل الأول: تحديد علاقة النظام العام بمبدأ سلطان الإرادة.....	15.....
المبحث الأول: أسباب حماية النظام العام لحرية التعاقد.....	16.....
المطلب الأول: تطور البيئة العقدية كسبب لتطور مبدأ سلطان الإرادة.....	17.....
الفرع الأول: مساهمة الفقه في تطوير مبدأ سلطان الإرادة.....	17.....
أولاً: مساهمة مدرسة القانون الطبيعي في ظهور مبدأ سلطان الإرادة.....	17.....
ثانياً: إزدهار مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي.....	19.....
ثالثاً: تقييد مبدأ حرية التعاقد في ظل المذهب الاجتماعي.....	23.....
رابعاً: ثبات سلطان الإرادة وفق الشريعة العامة.....	27.....
الفرع الثاني: العقد كأهم وسيلة لتحقيق الأمن التعاقدي.....	35.....
أولاً: العقد كأداة لتحقيق منفعة للمتعاقدين.....	36.....
ثانياً: الأهلية من النظام العام تكفل سلامة الإرادة من العيوب	41.....
المطلب الثاني: النظام العام كضابط للعلاقات العقدية.....	43.....
الفرع الأول: النظام العام: بين المرونة والتطور.....	44.....
أولاً: ضبط مفهوم النظام العام: محل اهتمام فقهاء القانون.....	45.....
ثانياً: مرونة النظام العام كسبب لصعوبة ضبطه من قبل المشرع.....	59.....
ثالثاً: ارتباط النظام العام بالآداب العامة.....	81.....
الفرع الثاني: حماية المصالح كقوام للنظام العام لتكريس العدالة العقدية.....	84.....
أولاً: المصلحة العامة قوام النظام العام لاستقرار المجتمع.....	84.....
ثانياً: حماية النظام العام للمصلحة الخاصة للأفراد.....	94.....
المبحث الثاني: النظام العام كسبب لاجتماعية العقد.....	98.....

- 98.....المطلب الأول: تغليب الطابع العام كحلة جديدة للتعاقد.
- 100.....الفرع الأول: اهتمام الدولة بالعقد خدمة للمصلحة العامة.
- 102.....أولاً: الإذن كشرط لقيام عقد التأمين.
- 112.....ثانياً: اشتراط الترخيص الإداري في عقد العمل.
- 119.....الفرع الثاني: تدخل المشرع بنصوص آمرة لتحديد مضمون العقد.
- 129.....المطلب الثاني: جميعة العقد كسبيل لتجسيد المساواة العقدية.
- 130.....الفرع الأول: الاتفاقية الجماعية ثمرة تفاوض جماعي.
- 134.....الفرع الثاني: المصلحة الاجتماعية كهدف للاتفاقية الجماعية.
- 138.....الفرع الثالث: تغير نمط التعاقد للاستجابة للمقتضيات الاجتماعية.
- 139.....أولاً: عقد الإدماج كوسيلة لضبط سوق العمل.
- 142.....ثانياً: بروز سلطة الدولة في عقد الإدماج.
- 144.....خاتمة الفصل الأول.
- 146.....الفصل الثاني: مساهمة النظام العام في ضمان الحماية للحرية العقدية.
- 146.....المبحث الأول: النظام العام كضابط لمشروعية العقد.
- 147.....المطلب الأول: كفالة النظام العام لمشروعية المحل في العقد.
- 148.....الفرع الأول: وجود المحل أو تحقق وجوده في المستقبل.
- 150.....الفرع الثاني: أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين.
- 152.....الفرع الثالث: مطابقة المحل للنظام العام والآداب العامة.
- 152.....أولاً: المحل الممنوع بموجب النظام العام.
- 155.....ثانياً: عدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب العامة.
- 158.....المطلب الثاني: مشروعية السبب مرتبطة بعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة.
- 160.....الفرع الأول: كفالة السبب للتوازن العقدي بين أطراف العقد.
- 164.....الفرع الثاني: عدم مخالفة السبب للنظام العام كمظهر للتناسب والملاءمة في العقد.

المبحث الثاني: مساهمة النظام العام في ضبط شكلية العقود.....	175
المطلب الأول: الاستعانة بالشكلية العقدية لتحقيق الأمان العقدي.....	176
الفرع الأول: الشكلية المباشرة كركن في العقد تحمي رضا المتعاقدين.....	177
أولاً: ضرورة إخضاع العقود للكتابة الرسمية.....	179
ثانياً: اعتبار الكتابة العرفية من النظام العام.....	186
ثالثاً: تسليم الأشياء في العقود العينية.....	191
الفرع الثاني: الشكلية غير المباشرة فيها تجسيد للحماية من الغير.....	192
أولاً: الوسائل المتعددة للشهر.....	192
ثانياً: الإجراءات الإدارية والجبائية.....	195
المطلب الثاني: مساهمة النظام العام في إعادة ضبط شكلية العقود.....	198
الفرع الأول: العقود النموذجية المحررة بإرادة المتعاقدين.....	198
أولاً: العقود النموذجية الانفرادية.....	199
ثانياً: العقود النموذجية المتعددة الأطراف.....	202
الفرع الثاني: العقود النموذجية المفروضة من قبل المشرع كنوع جديد من الشكلية.....	204
أولاً: العقد النموذجي المفروض فيه تقييد لحرية الأطراف.....	204
ثانياً: التطبيقات الخاصة للعقد النموذجي.....	206
المبحث الثالث: تشديد النظام العام لتنفيذ العقد بحسن نية.....	234
المطلب الأول: تنفيذ العقد بحسن النية من النظام العام.....	234
المطلب الثاني: أخلاق العلاقة العقدية تسمح بتنفيذ العقد بحسن نية.....	241
الفرع الأول: النزاهة كمبدأ أخلاقي للتنفيذ الملائم للعقد.....	242
الفرع الثاني: التعاون كسلوك عقدي ينفذ الإرادة العقدية.....	247
الفرع الثالث: تحديث مظاهر حسن النية بالثقة المشروعة.....	250
خاتمة الفصل الثاني.....	254

- 255..... خاتمة الباب الأول
- 257..... الباب الثاني: تدخل النظام العام للحد من الحرية العقدية تحقيقا للتوازن العقدي
- 259 الفصل الأول: تحقيق النظام العام الحمائي للعدالة التوزيعية حماية للطرف الضعيف
- 260..... المبحث الأول: تحقيق النظام العام للتوازن العقدي: حالة الأطراف غير المتعادلة
- 260..... المطلب الأول: الطرف القوي: ملزم بتنفيذ التزامات من النظام العام الحمائي
- 261..... الفرع الأول: توسيع النظام العام للالتزام بالإعلام لتتوير رضا الطرف الضعيف
- 261..... أولا: مبررات التوسيع من نطاق الالتزام بالإعلام حماية للطرف الضعيف
- 269..... ثانيا: الحماية مكرسة في محتوى الالتزام بالإعلام
- 283..... الفرع الثاني: ضمانات قانونية من النظام العام تمس المبادئ العامة للعقد
- أولا: مهلة التفكير كآلية استثنائية للوقاية من اختلال التوازن: حماية للطرف الضعيف من التسرع
- 284.....
- 289..... ثانيا: حق الرجوع عن التعاقد كتأمين للطرف الضعيف في العقد
- 292..... ثالثا: شروط قيام الحق في الرجوع
- 299..... الفرع الثالث: مضاعفة حماية الطرف الضعيف بتوسيع نطاق الالتزامات القانونية
- 299..... أولا: حماية سلامة الطرف الضعيف من النظام العام الحمائي
- 313..... ثانيا: تطويع المشرع لقواعد الضمان بجعلها من النظام العام حماية للمتضرر
- 334..... المطلب الثاني: حظر المشرع لشروط تعاقدية مخالفة للنظام العام
- 334..... الفرع الأول: الشرط التعسفي فيه بسط لسلطة أحد المتعاقدين
- 334..... أولا: حصر المشرع للشروط التعسفية في ظل عقد الإذعان
- 349..... ثانيا: آليات مكافحة الشروط التعسفية تسمح بإعادة التوازن المفقود
- 368..... الفرع الثاني: الشرط الجزائي فيه إجحاف للطرف الضعيف في العقد
- 373..... المبحث الثاني: تدخل القاضي لتعديل العقد: فيه تقييد لحرية التعاقد
- 373..... المطلب الأول: تدخل القاضي في تعديل العقد لإعادة التوازن المفقود

- 374.....الفرع الأول: الغبن الناتج الاستغلال ودوره في رفع اللاتوازن العقدي
- 374.....أولاً: الغبن استثناءات محددة لكنها متنامية
- 378.....ثانياً: الضعف النفسي قوام الاستغلال
- 382.....ثالثاً: سلطة القاضي في رفع الغبن الاستغلالي
- 389.....الفرع الثاني: سلطة القاضي في إعادة النظر في بنود العقد
- 393.....أولاً: سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي لشروط العقد
- 394.....ثانياً: سلطة القاضي في تقرير جزاءات على الشروط التعسفية
- 406.....ثالثاً: تدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي
- 414.....رابعاً: منح المدين المعسر أجلاً للوفاء من سلطة القاضي
- 418.....المطلب الثاني: توسيع النظام العام لسلطة القاضي للتدخل في العقد
- 419.....الفرع الأول: تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق للحد المعقول
- 419.....أولاً: تكريس النظام العام حماية من الظروف الطارئة
- 427.....ثانياً: حلول إنصاف القاضي لتعديل العقد المختل بالطرف الطارئ
- 430.....الفرع الثاني: دور القاضي في تكملة العقد فيه تجسيد لتنفيذ العقد بحسن نية
- 437.....الفصل الثاني: حماية النظام العام الاقتصادي لحرية المنافسة الحرة
- 438.....المبحث الأول: حماية الطرف الضعيف من الممارسات المخالفة للتجارة
- 438.....المطلب الأول مخالفة قواعد شفافية الممارسات التجارية
- 439.....الفرع الأول: عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات
- 442.....الفرع الثاني: عدم الإعلام بشروط البيع
- 442.....الفرع الثالث: عدم الفوترة
- 444.....المطلب الثاني: مخالفة قواعد نزاهة الممارسات التجارية
- 445.....الفرع الأول: الممارسات التجارية غير الشرعية
- 445.....أولاً: مزاولة نشاط تجاري دون اكتساب الصفة

- 446.....ثانيا: رفض البيع أو أداء الخدمة.....
- 447.....ثالثا: البيع أو أداء الخدمة بشروط.....
- 448.....رابعا: البيع المقترن بشرط تمييزي.....
- 450.....الفرع الثاني: ممارسة أسعار غير شرعية.....
- 452.....الفرع الثالث: الممارسات التجارية التدليسية.....
- 453.....الفرع الرابع: ممارسة أعمال المنافسة غير المشروعة.....
- 454.....أولا: الأعمال التي من شأنها إحداث الخلط واللبس.....
- 455.....ثانيا: الأعمال التي من شأنها عرقلة نشاط مؤسسة منافسة.....
- 456.....ثالثا: الأعمال التي من شأنها بث الاضطراب في السوق.....
- 457.....رابعا: ممارسة إشهار تضليلي.....
- 458.....المبحث الثاني: حماية الطرف الضعيف من الممارسات المنافية للمنافسة.....
- 458.....المطلب الأول: حظر النظام العام للممارسات المقيدة للمنافسة.....
- 466.....الفرع الأول: الاتفاقات والأعمال المدبرة.....
- 466.....أولا: وجود اتفاق.....
- 463.....ثانيا: تقييد الاتفاق لحرية المنافسة.....
- 469.....الفرع الثاني: حظر النظام العام للممارسات التعسفية للمنافسة.....
- 469.....أولا: الاستغلال التعسفي للوضع المهمين على السوق.....
- 471.....ثانيا: الاستغلال التعسفي لوضعية التبعية الاقتصادية.....
- 477.....الفرع الثالث: البيع بأسعار منخفضة تعسفا.....
- 478.....المطلب الثاني: تدخل النظام العام في ضبط حرية الأسعار.....
- 479.....الفرع الأول: دواعي التسعير الجبري.....
- 482.....الفرع الثاني: القيود التي يفرضها النظام العام على مبدأ حرية الأسعار.....
- 490.....المطلب الثالث: رقابة النظام العام على التجميعات الاقتصادية.....

- 491..... الفرع الأول: التجميع الاقتصادي كمحفز للمنافسة.
- 493..... الفرع الثاني: شروط ممارسة إخضاع التجميع للرقابة.
- 493..... أولاً: أن يكون التجميع معززا لوضعية الهيمنة على السوق.
- 493..... ثانياً: أن يؤدي التجميع إلى المساس بالمنافسة.
- 494..... الفرع الثالث: إجراءات رقابة التجميعات الاقتصادية.
- 497..... المبحث الثالث: مجلس المنافسة: وصي النظام العام الاقتصادي.
- 498..... المطلب الأول: مجلس المنافسة كهيئة لضبط المنافسة.
- 498..... الفرع الأول: التعريف بمجلس المنافسة.
- 500..... الفرع الثاني: استقلالية مجلس المنافسة.
- 500..... أولاً: استقلالية مجلس المنافسة بالنظر للمعيار العضوي.
- 501..... ثانياً: استقلالية مجلس المنافسة بالنظر للمعيار الوظيفي.
- المطلب الثاني: صلاحيات مجلس المنافسة في مجال ضبط السوق وحماية المنافسة
- 504..... الحرة.
- 505..... الفرع الأول: الصلاحيات ذات الطابع الوقائي.
- 505..... أولاً: الترخيص بعمليات التجميع الاقتصادي.
- 509..... ثانياً: ممارسة الضبط من خلال الإعفاءات والتصريح بعدم التدخل.
- ثالثاً: ممارسة الضبط بواسطة إجراء العفو ومن خلال ارتباط اتخاذ الأوامر بالتعهدات الملتمزم
- 512..... بها من طرف المؤسسات المخالفة لقانون المنافسة.
- 513..... رابعاً: تقديم الاستشارات.
- 518..... الفرع الثاني: الصلاحيات القمعية لمجلس المنافسة.
- 519..... أولاً: فرض عقوبات مالية من صلاحيات مجلس المنافسة.
- 524..... ثانياً: صلاحيات مجلس المنافسة في إيجاد حلول بديلة.
- 535..... خاتمة الفصل الثاني.

536.....	خاتمة الباب الثاني
537.....	خاتمة
544.....	قائمة المراجع
580.....	الفهرس