

أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد

The Effect Of The Quality Of The Contractor On The General Theory Of The Contract

حُسيني عزيزة¹،¹ كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، a.hocini.univ-Alger.dz ، azizahocini@gmail.com

تاريخ النشر: أكتوبر/2020

تاريخ القبول: 2020/10/12

تاريخ الإرسال: 2020/07/22

الملخص

لم تعد المساواة و الحرية العقدية هي الركائز الأساسية للعملية العقدية، حيث أصبح لصفة التي يكون عليها المتعاقدان (قوة و ضعف) أثر في تكون هذه العلاقة و في تحقق آثارها. ذلك أن الحرية العقدية لم تعد تعني أن يترك المشرع لأحد للمتعاقدين الهيمنة على العقد و إقرار البنود التي يريدتها و التي قد تتصف بأنها تعسفية.

أثبتت القواعد العامة أنها غير قادرة على تحقيق التوازن بين المتعاقدين و خاصة من يتصف منهما بالضعف سواء كان ضعف اقتصاديا أو معرفيا (علمي أو تقني)، لأن العلاقة العقدية تشعبت و تنوعت و عرفت مجالات جديدة الأمر الذي فرض قوة طرف و هيمنتته أمام ضعف الطرف الآخر و إذعانه.

كان من الضروري أن تتدخل الدولة في هذه العلاقة لخلق بعض التوازن بين طرفيها بفرض بنود على الطرف القوي في شكل قواعد أمر، و كذا بتنظيم العقد و توسيع مفهوم النظام العام لنتقل بذلك من النظام العام السياسي مع الدولة الحارسة إلى النظام العام الاقتصادي خاصة شقه الحمائي مع الدولة المتدخلة.

الكلمات المفتاحية: عقد، طرف ضعيف، مستهلك، نظام عام اقتصادي، شرط تعسفي.

Abstract:

The general roles have proved that they are in unable to achieve a balance between the contractors, especially those characterized by weakness whether it is economic or knowledge weakness (*scientific or technical*). Because doctrinal relationship is saturated diversified and they are defined new fields, which imposes peripheral strength against the weakness of the other side condemns it.

The state to interfere in this relationship was necessary to create some balance between its two parties. By imposing clauses on strong party in the form it's imperative rules, as well as by organizing the contract and expanding the public order concept.

So, let's move from political public order with guardian state to the economic public system especially the side apartment protection.

Key words: contrat- werk part- unfair clause-protection- economicpublic order.

مقدمة

نصت 59: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، فالإرادة هي التي تنشئ العقد و الطرفان متساويان في التعبير عن رغبتهما في إنشاء العقد و ترتيب آثاره و التزاماته، و ما ذلك إلا تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة. هذا المبدأ الذي نشأ مع فلاسفة القانون الطبيعي، و غذته النزعة الفردية التحررية للقرن السابع عشر، هذه الحرية التي تسمح لهم بأن يأتوا ما يشاءون من التصرفات.

إن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على ركيزتين الأولى فلسفية¹، و مفادها أن الأشخاص أحرار و لهم اختيار الطريقة التي يعبرون فيها عن حريتهم، وعليه فالعقد يقوم على الإرادة الحرة و السيدة للأشخاص، فأرادة الإنسان قادرة على أن تضع بنفسها قانونها الخاص²، لأن الشخص مزود بقدره خلاقه للقانون، وهذه القدرة لا يقيدها إلا النظام العام، والثانية اقتصادية³، و مفادها أن الأشخاص هم أفضل المدافعين على مصالحهم، وعليه فإن العقد إذا أبرم بين طرفين فبالضرورة هو عادل و مفيد لهما بحكم المساواة القائمة بينهما. كما أن العقد هو أفضل وسيلة لتحقيق الاستقرار الاقتصادي⁴، و أن إطلاق العنان للحرية يقود وتيرة الإنتاج و ينمّيها، لأن اقتصاد السوق بحاجة للحرية و المساواة والمنافسة⁵، و يترتب على ذلك حتما علاقات تعاقدية عادلة⁶ (المبحث الأول).

مع مطلع القرن 19 لم تعد الفردية و الحرية من المقومات التي تلهم القانون، ذلك أن القانون دخل مرحلة تعرف باجتماعيته (اجتماعية القانون)، و فيها يهتم المشرع بالمصلحة العامة و التضامن، و حماية الطرف الضعيف المتعاقد... والعقد لا تكون له قيمة قانونية إلا إذا وظّف في خدمة الجماعة، و

الإرادة وحدها لا تكفي لإنشاء الالتزامات، و حرية الفرد تمارس في إطار الجماعة فهي حرية ذات وظيفة اجتماعية⁷.

أمام هذه الأفكار وجدت الدولة نفسها مضطرة للتدخل في العقد حماية للطرف الضعيف على اعتبار أن العقد لم يعد يحقق فعلا المساواة بين طرفيه بوجود طرف يحتكر التكنولوجيا و الدراية الفنية و التقنية، و يحتكر السلع و يسيطر على الإنتاج في مواجهة طرف يفتقد هذه الدراية و ليس أمامه إلا أن يستهلك ما يقدمه الطرف القوي و أن يرضخ لشروطه. (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الإرادة الحرة أساس الالتزام التعاقدى (القواعد العامة)

الإنسان حر بالطبيعة و يترتب على ذلك عدم تحمله إلاّ الالتزامات التي أَرادها، فالشخص يلتزم فقط لأنه أراد و بالقدر الذي أراد (المطلب الأول)، كما أن هذا المبدأ يسمح للطرفين المتعاقدين بتحديد محتوى العقد كما يشاءان، (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقد يقتضي إرادة حرة

إنّ العقد يتم بتبادل إرادتين متطابقتين، و الأصل أن الشخص حر في التعبير عن إرادته فالعقد ينعقد بوجود الإرادة و بسلامة الرضا الصادر عنها (الفرع الأول)، و عليه فالحرية و المساواة بين المتعاقدين ستخلق حتما علاقة عقدية عادلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطابق الإرادتين ينشئ العقد

إنّ العقد يفترض إرادتين حرتين متجهين إلى إحداث أثر قانوني معين، و بمقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة العقدية التي يريدان⁸، فالشخص لا يلتزم إلاّ لأنه أراد⁹، و للفرد أيضا أن يرفض التعاقد إذ لم يرغب في ذلك فلا يجبر على الدخول في علاقة عقدية لا يريدتها، و يترتب على ما تقدم أنّ المتعاقدين يتمتعان بحرية كاملة فيما يخص الكيفية التي يتم بها التعبير عن إرادتيهما¹⁰، و لا يقيدهم في ذلك إلاّ النظام العام (أولا) ، و ما دام الأمر كذلك فإنّ المشرع يتدخل لحماية الإرادة عند التعبير عن نفسها إذا كانت محل استغلال ، أو تدليس، أو إكراه، و يبقى لمن عيب رضاه حق التمسك بإبطال العقد أو الإبقاء عليه (ثانيا).

أولا: الرضائية تكون العقد

إنّ الرضائية مبدأ تولد عن مبدأ سلطان الإرادة¹¹، وهو مبدأ يتصل بالطريقة التي تعبر فيها الإرادة عن نفسها¹²، و بها يتكون العقد، فالعقد يتكون بمجرد تطابق إرادتين حرتين سليمتين تبادلتا التعبير¹³، و اتفقتا على إحداث أثر قانوني معين. و عليه فالإرادة حرة في الطريقة التي تعبر فيها عن نفسها ما لم يقيدها المشرع بشكل معين.

إن التعبير عن الإرادة قد يتخذ شكلا واضحا بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك على مقصود صاحبه و قد يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا¹⁴. الظاهر من موقف المشرع الجزائري في نص المادة 60 أنه لا يفصل أية طريقة للتعبير من الطرق المذكورة على الأخرى، إلا إذا اشترط الطرفان طريقة معينة أو فرضها القانون، فهي كلها طرق تعبر فيها الإرادة عن نفسها و كلها ينبرم بها العقد.

ثانيا: الرضا يجب أن يكون سليما

يجب أن تكون الإرادة قادرة على التعبير عن نفسها، و تتجلى هذه القدرة في صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لأثر قانوني معين، ولن تكون هذه الإرادة صالحة إلا إذا صدرت من شخص يصلح للقيام بذلك، و يكون صلاح الشخص للتعبير عن إرادته بكمال الأهلية.

لن يقتصر الأمر على وجود الإرادة بل يجب أن يكون الرضا الصادر عن هذه الإرادة سليما أيضا لم يشبه عيب، أما إذا لحق رضا المتعاقد عيب كان له الحق في إبطال العقد، كما له الحق في الإبقاء عليه. يقصد بعيوب الرضا أمور تلحق إرادة المتعاقد فتفسدها دون أن تعدمها أو تزيل الرضا¹⁵، إن عيوب رضا المتعاقد حددها القانون المدني في أربعة عيوب.

إن ورود هذه العيوب في القانون المدني هدفه حماية رضا المتعاقد أي متعاقد دون أن يوصف بأنه ضعيف، وهي حماية توصف بأنها تقليدية و للمتعاقد الذي عيب رضاه الحرية الكاملة في أن يتمسك بحقه في الإبطال أو أن يقبل بالعقد كما هو أو أن يطلب إصلاح الوضع الناشئ عن العيب. هي الغلط، التدليس، الإكراه، و الغبن الاستغلالي أو الغبن الناتج عن الاستغلال.

الفرع الثاني: العلاقة العقدية علاقة عادلة

تتطلق هذه النظرة من فكرة مفادها أن كل الأشخاص متساوون، و هي أيضا مبدأ متولد عن مبدأ سلطان الإرادة، وبما أن الأشخاص متساوون فإن لهم القدرة الكافية للدفاع عن مصالحهم، و هم الأفضل لفعل ذلك بداية من مرحلة التفاوض وصولا إلى علاقة عقدية متزنة و عادلة" من قال عقدا قال عدلا ". إن كل عقد بني على الحرية، و المساواة فهو بالضرورة عقد عادل، و محقق للمصلحة العامة، ذلك أن الأفراد الأحرار و المتساوون قادرون على حماية مصالحهم¹⁶، وأما البنود العقدية المنفق عليها التي تحقق مصالحهم الخاصة فإنها بالضرورة تحقق المصلحة العامة، لأن المصلحة العامة ما هي إلا تكتل لعدد من المصالح الخاصة¹⁷.

إن الإرادة قادرة على تحقيق التوازن بين مصالحها المتبادلة¹⁸، فلا أحد يمكن أن يلتزم إلا إذا أراد، و كل التزام مبني على الإرادة فهو عادل، كما أن تمكين الأشخاص من التعاقد على الوجه الذي يرغبون فيه هي أمثل طريقة لخلق علاقات عقدية عادلة و مفيدة.

المطلب الثاني: العقد قانون الإرادة لا يلتزم به غيرها

إن الأفراد أحرار في أن ينشئوا ما يشاءون من العقود، و أن يضمنوها ما يرغبون من الشروط التي تخدم مصالحهم، فالحقوق و الالتزامات المترتب عن العقد مصدرها المتعاقدين، فالعقد يشكل شريعة المتعاقدين و قانونهما الذي يحكم علاقتهما، و إرادة الأطراف هي أساس الالتزام في العقود، فلا يمكن أن يعدل أو يلغى إلا برضا المتعاقدين (الفرع الأول)، من ذلك لا يتقيد بالعقد إلا الأطراف التي أنشأته (الفرع الثاني)

الفرع الأول: العقد شريعة المتعاقدين

إن العقد شريعة المتعاقدين، يعني أن للعقد قوة ملزمة اكتسبها من إرادة المتعاقدين، وعليه فإن الحقوق و الالتزامات التي تتولد عن العقد تكون واجبة التنفيذ ، فالقوة الملزمة للعقد هي مظهر من مظاهر الحرية العقدية، والطرفان ملزمان بما قرره إرادتهما. و يترتب على ذلك أن تعديل العقد أو إلغائه لا يكون إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ، فالإرادة هي التي أنشأت و هي التي تعدل أو تلغي بالاتفاق و ليس لأحد المتعاقدين أن ينفرد بذلك، وما عليه إلا أن ينفذ ما تم الاتفاق عليه، و من ثمة فإن العقد ينفذ وفقا لما اشتمل عليه و وفقا لمستلزماته.

ومن آثار ذلك أيضا أن القاضي يلتزم عبارات العقد إذا كانت واضحة، فوضوح عبارات العقد دلالة صارخة على إرادة الطرفين و يمنع عندئذ على القاضي التأويل¹⁹، أما إذا كانت العبارات غامضة وجب على القاضي أن يبحث عن إرادة المتعاقدين²⁰، فيبحث عن النية المشتركة لكلا الطرفين، مسترشدا في ذلك بالعرف و طبيعة التعامل و حسن النية، على أن الشك يفسر لصالح المدين، وفي عقود الإذعان يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن باعتباره طرفا ضعيفا.

الفرع الثاني: آثار العقد تنصرف لمن أَرادها

الأصل أن آثار العقد لا تنصرف إلا لمن أَرادها وهما المتعاقدان، فالغير لا يتحمل الالتزامات و لا يكتسب حقوق من وراء العقد، غير أنه لا يمكن للعقد أن يكون في معزل عن الغير ذلك أن للعقد أبعاد اجتماعية و أخرى اقتصادية ، الأمر الذي يجعله يمتد إلى هذا الغير على اعتبار أن العقد ينشئ واقعة قانونية، و عليه يلتزم الغير باحترام وجوده و يمنع عليهم أي تعدي.

إن مبدأ الأثر النسبي للعقد كان دائما من البديهيات، فالارتباط بين الطرفين مبني على إرادتهما، و الشخص لا يكون دائما أو مدينا إلا لأنه أراد ذلك، الأمر الذي يجعل الغير ليس طرفا في العقد ذلك لأنه لم يحضر الاتفاق و لم يعرب عن إرادته فيه²⁰، فقد جاء في المادة 113 مدني: " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا " ، غير أن إرادة المتعاقدين قد تتجه إلى أن يرتب اتفاقها آثارا للغير في حالتها الاشتراط لمصلحة الغير و التعهد عن الغير، ففي الأول يكتسب الغير حقوق من عقد ليس طرفا فيه ، و في الثانية يتعهد المتعاقد بجعل الغير يلتزم بالتزام معين.

المبحث الثاني : حتى لا يصبح قانون العقد قانون الطرف القوي

لا يجب أن نخلط بين المساواة أمام القانون و المساواة في الواقع، صحيح أن الثورة الفرنسية و مبادئ حقوق الإنسان كرسا المساواة بين الأفراد²¹، لكن في كل الأزمنة القوي يملئ شروطه و يفرضها على الطرف الآخر، الأمر الذي يجعله طرفا متعسفا و الآخر طرفا ضعيفا مدعنا. كما أن المتعاقد ليس دائما حرا في اختيار المتعاقد معه و لا في تحديد شروط العقد و بنوده حيث يتدخل المشرع في العلاقة العقدية لينظمها على وجه يخدم الغاية الاجتماعية و الاقتصادية للعقد مقيدا بذلك الحرية و موجهها للإرادة (المطلب الأول). كما ألزمت استمرار حياة العقد تدخل القاضي لإعادة تنظيمه بعد انعقاده إما بتعديل بنوده أو إلغائها أو بإعادة تنظيمه على شكل يحقق دوامه تحقيقا لآثاره (مطلب الثاني)

المطلب الأول: تدخل المشرع في العقد

إن اختلال مركزا المتعاقدين حتم تدخل الدولة عن طريق التشريع لتنظيم العقد بفرض التزامات على المتعاقد صاحب مركز الأفضلية فظهرت تشريعات توصف بأنها حمائية تعتبر من النظام العام. لأن النظام العام هو أفضل ضمانة للعدالة و المساواة الاجتماعية²² (الفرع الأول)، كما لم يعد المتعاقد حرا في اختيار المتعاقد معه و لا في اختيار مضمون العقد، فظهرت عقود معدة مسبقا ليس بإمكان المتعاقد أن يناقش بنودها بل أحيانا يتعاقد جبرا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: من نظام عام سياسي إلى نظام عام اقتصادي

يعرف النظام العام بأنه مجموع الأسس و المقومات التي يقوم عليها كيان المجتمع، فهو قواعد تتصف بالمرونة و النسبية، و عدم الثبات من حيث الزمان و المكان، وهو معطيات متغيرة، وهو أيضا : " مجموعة النظم و القواعد التي قصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة و إلى ضمان الأمن و الأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفقاتهم"²³، إن مرونة و تطور الفكرة نابع من طبيعتها الحيوية التي لا تتفق مع استقرار و ثبات النصوص، هذا الذي يجعل التشريع لا يخوض في تعريفه²⁴.

بعد أن كان للنظام العام وصف واحد و هو النظام العام السياسي في ظل الدولة الحارسة حيث كان اهتمامها بالدزلة و مؤسساتها و الأسرة و الأخلاق، على اعتبار أن استقرار المجتمع قائم على حماية هذه الركائز الثلاثة، تطور ليأخذ مفهوما جديدا و لم يكن ذلك إلا بتطور وظيفة الدولة التي أصبحت متدخلة بالإضافة إلى وظيفتها الأولى.

بعد أن تأكد للمتعاقد الضعيف أن المساواة و الحرية ليست قيم واقعية، و أن المتعاقد القوي يتفوق عليه بعدة ميزات مادية أو معنوية التي تجسد التفاوت الاقتصادي أو المعرفي، و تحت ضغط هذه الفئة

اضطرت الدولة للتدخل في العلاقة العقدية بفرض التزامات في صيغ قواعد أمره على المتعاقد القوي و بذلك تجسد النظام العام الاقتصادي في شقه الحمائي أو الاجتماعي.

الفرع الثاني: ضبط إرادة المتعاقد

قيد المشرع إرادة المتعاقدين بإفراغها في شكل محددة، تارة لانعقاد العقد و تارة أخرى لإثباته (أولاً)، وبفرض عقود ليس للمتعاقد أن يناقش بنودها (ثانياً) و عقود لا يرغب فيها المتعاقد لكنه يجبر على ذلك (ثالثاً)، و التزامات ليست محل اتفاق بين الطرفين بل يفرضها القانون على أحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر (رابعاً).

أولاً: الشكلية قيد الرضائية

إذا كانت الرضائية على النحو المقدم هي أساس التعاقد فإن التشريع قيدها من حيث ظهورها فألزم إفراغها في شكل معين، و تختلف هذه الشكلية من حيث كونها لانعقاد²⁵ أو للإثبات، فبعض العقود لا تتعد إلا بتوفر شكل معين سواء كان رسمي أو عرفي، و بتخلف هذا الشكل يكون العقد باطل، و بعضها الآخر لا يمكن إثبات العقد إذا تخلفت.

و الحقيقة أن في الشكلية حماية لإرادة المتعاقد و سلامة رضاه و ضمان لحقه خاصة إذا كانت رسمية كما تسهم هذه الشكلية في إثراء الخزينة العمومية بما تفرضه على المتعاقدين من رسوم و ضرائب، و تسمح للدولة بمراقبة المعاملات خاصة المتعلقة بنقل الملكية العقارية.

ثانياً: عقود لا يناقش المتعاقد الضعيف بنودها (عقود الإذعان)

عقود الإذعان من العقود التي جاءت وليدة التطور الصناعي، والاقتصادي، الذي اقتضى المزيد من السلع والخدمات المحكرة للدولة، أو للشركات الكبرى، مما انعكس على إرادة المتعاقدين، فحدّ منها، و قيّد حريته في مناقشة الشروط الواردة في العقد، التي يملئها الطرف المُتَكِر للسلعة أو الخدمة²⁶.

و إذا كان بعض الفقه يرى أن عقود الإذعان تقوم على استغلال الطرف الضعيف، و أنها عقود لا تنشأ إلا في حالات احتكار الطرف القوي للسلعة أو الخدمة، الضرورية المقّمة للطرف الضعيف، حيث من ينفرد بالسلعة أو الخدمة يملئ شروطه على من يفتقد هذه الخاصية، و الذي يكون في حاجة ماسّة إليها، فيضطر إلى إبرام العقد رغماً عنه، الأمر الذي يجعل القاعدة العامة المتعلقة بالحرية مستبعدة تماماً²⁷.

إلا أن ما هو ثابت أن الإذعان ليس دائماً مرتبط بالاحتكار، حيث أن مجال الاستهلاك يشهد متدخلين كثر، و سلع متعددة و متنوعة، و منافسة حادة، الأمر الذي يفتح أمام المستهلك المجال للاختيار و التفضيل بين هذا المتعامل أو ذاك إلا أنه يبقى جاهلاً لخبايا المنتج أو الخدمة، و أخطاره و عيوبه رغم كونه أساسي بالنسبة له و هنا يتجلى ضعفه و إذعانه.

على اعتبار أنّ عقد الاذعان يعد استثناء على المبادئ العامة في مجال التعاقد و خروج على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين منح القانون القاضي سلطة للتدخل في هذا العقد متصدياً للشروط التعسفية و معدلاً لبنود العقد²⁸.

ثالثاً: الاجبار على التعاقد

إن تدخل الدولة أوجد نوع من العقود إجبارية ليس للمتعاقد مطلقاً الحرية في قبولها أو رفضها، فهي عقود مفروضة و إذا رفضها الفرد تعرض لعقوبات جزائية، ومن أبرز هذه العقود عقود التأمين الإجبارية، كالتأمين على السيارات الذي استحدثه الأمر رقم 15/74²⁹، ذلك أن حوادث السير خطراً اجتماعياً. و إلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية و بتعويض الضحايا³⁰، حيث أن التأمين على السكنات أصبح إجبارياً ذلك أن الدولة أرادت إدخال شريك جديد يتحمل إلى جانبها الخسائر التي تترتب على الكوارث الطبيعية.

رابعاً: فرض التزامات على المتعاقد القوي وصولاً إلى التوازن العقدي

إن المساواة بين المتعاقدين ما هي إلا فرضية أثبت التفاوت بين الطرفين عدم صحتها، الأمر الذي فرض تدخل المشرع بوضع قواعد تفرض التزامات جديدة ليست محل اتفاق بين الطرفين كما هو في عقد العمل(1) و عقد الاستهلاك(2).

1- عقد العمل

لما كان العامل دائماً يرضخ تحت نير سلطان أرباب العمل بما يفرضونه عليهم من ظروف عمل لا تحقق أدنى شروط الحماية، فلا ضمان اجتماعي، ولا أجر متفق عليه مضمون، ولا راحة أو عطل أسبوعية أو سنوية، رغم أن العلاقة بين الطرفين علاقة تعاقدية إلا أن حرية العامل تقيدها الظروف الاجتماعية فلا خيار أمامه إلا الاستجابة. لذا تدخل المشرع بتنظيم هذه العلاقة على الوجه الذي تتحقق فيه حماية العامل، حيث أن معظم المسائل الجوهرية في عقد العمل نظمها المشرع، كالأجر و ساعات العمل و شروط السلامة و الصحة و العطل و الإجازات و الضمان الاجتماعي، بل إن هذا العقد أصبح مجرد إقرار للنصوص القانونية و الاتفاقيات الجماعية³¹.

ضمن المشرع تنظيم عقد العمل في القانون رقم 11/90³²، بفرض التزامات على عاتق صاحب العمل و التي هي في نفس الوقت حقوق للعامل، كتحديد مدة العمل، وتحديد حد أدنى مضمون للأجر، و تحديد أيام الراحة الأسبوعية و السنوية و كذا في المناسبات الدينية و الوطنية، و الحماية الاجتماعية...، و لا يكفي أن تحدد هذه الالتزامات بل تنصب مفتشية³³ العمل التي تعمل على مراقبة تطبيق هذا القانون و معاينة و تسجيل المخالفات. و يكون عقد العمل دائماً قابلاً للتعديل بما يحقق مصلحة العامل بناء على المفاوضات الجماعية التي تتم بين العمال والمستخدم و الدولة (تعقد في اجتماعات سنوية بين

نقابة العمال، و تكتل الباترونة وهي تكتل لرجال الأعمال و أرباب العمل، و الحكومة و تعرف هذه الاجتماعات بالاجتماعات الثلاثية) و التي يتولد عنها اتفاقات جماعية ملزمة للأطراف³⁴.

2- عقد الاستهلاك

إن الضمانات التي حددتها القواعد العامة (عيوب الرضا، ضمان المبيع من العيوب الخفية، العلم الكافي...) لم تعد كافية لحماية المتعاقد المستهلك خاصة أن الإثبات في الحالات المذكور يقع عبأه على المتعاقد الذي يدعيها، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى التدخل بفرض ضمانات جديدة على عاتق المتعاقد القوي.

من الالتزامات التي يفرضها عقد الاستهلاك، الالتزام بالإعلام³⁵، و الهدف من الإعلام هو إحاطة المستهلك³⁶ بالمعلومات الكافية عن المنتج، و هو حق من حقوقه، فالمتدخل ملزم بأن ينير رضا المتعاقد معه، و هو وسيلة أيضا لخلق نوع من المساواة بين المتدخل و المستهلك من حيث العلم بالمنتج أو الخدمة، و لأن المتدخل في مركز مالي متميز يسمح له بالبذل من أجل إيصال المعلومة للمستهلك في حين أن هذا الأخير يمنع ضعه المعرفي و المادي من الوصول إليها، و حتى إن وصل إلى المعلومة فقد لا يستوعبها أو يفهمها لأن مجال الإنتاج و الخدمات تسيطر عليه المعلوماتية، و لأن إعلام المستهلك بشكل مستفيض و كاف يفتح أمامه مجال الاختيار بين عدة منتجات معروضة الأمر الذي ينشط المنافسة أيضا.

كما أن العلاقة العقدية لم تعد حكرًا على طرفيها بل تشهد تدخل أطراف أخرى غير متعاقدة أوجدها التشريع لضمان حماية الطرف الضعيف كمفتشية العمل في عقد العمل و جمعيات حماية المستهلك في عقد الاستهلاك، ذلك أن العمليتين (العمل و الاستهلاك) جماعيتين يشترك فيهما عدد غير محدود من الناس الأمر الذي يقتضي الحماية الجماعية التي تؤمنها هيئات رسمية و غير رسمية.

المطلب الثاني: تدخل القاضي في العقد

يكون تدخل القاضي عندما يخول له المشرع صلاحية تعديل العقد أو إلغاء الشروط التعسفية بما يعيد التوازن للعقد المبرم عندما تطرأ أحداث غير متوقعة عند تكوين العقد فيتدخل القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (الفرع الأول)، أما الحالة الثانية فيكون فيها الاختلال متوقع عند تكوين العقد، وحينها يتدخل القاضي لمعالجة العقد إما بالتعديل أو إلغاء الشرط و إبقاء العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مراجعة العقد "الظروف الطارئة"

بعد أن ألزم المشرع المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية، فإنه تدارك أنه يمكن أن تطرأ ظروف تعيق تنفيذ العقد على الوجه المطلوب، فسمح للقاضي بالتدخل في العقد برد الالتزام

المرهق إلى الحد المعقول³⁷، شريطة أن تكون هذه الحوادث الطارئة حوادث استثنائية و عامة و غير متوقعة، ترتب عليها أن تنفيذ الالتزام ليس مستحيلا ولكنه صار مرهقا و يهدد المدين بخسارة فادحة، هذا الذي اصطلح على تسميته بالظروف الطارئة، والتي أفرد لها الفقه نظرية قائمة بذاتها.

إن نظرية الظروف الطارئة تعالج اختلال التوازن العقدي عند تنفيذ العقد، وهي استثناء على المبدأ العام الوارد في المادة 106 من القانون المدني³⁸، وعليه يجب أن تكون الحوادث الطارئة استثنائية و عامة و غير متوقعة³⁹، حيث يتأثر بها كل الناس، ونقصد بكل الناس جميع من هم في نفس وضع المتعاقد، فيكون الظرف عاما بالنسبة لكل الفلاحين، أو كل المؤجرين، أو كل الموردين... الخ، و أنه لم يكن في الحسبان وقت إبرام العقد، كالزلازل و الفيضانات، و إلا و جب الاحتياط.

إن الحل الذي تعرضه المادة 107 على القاضي هو أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، مراعيًا في ذلك مصلحة الطرفين، و الرد يكون بالإنقاص هذا الذي يؤكد النص بالغة الفرنسية حينما استعمل مصطلح *réduire*، إلا أن البعض يرى أن مراجعة العقد لا تكون بالإنقاص فقط بل تكون بالزيادة في التزامات الطرف الدائن⁴⁰ أو تأجيل التنفيذ⁴¹.

الفرع الثاني : معالجة الشرط التعسفي في العقد

إن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة بفرضه على الطرف الآخر بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية مناقشته بسبب عدم المساواة التي يوجد فيها، و ينتج عن ذلك اختلال بين مركزي المتعاقدين من حيث الحقوق و الالتزامات⁴². إن اختلال التوازن بين المتعاقدين سببه تعسف أحد المتعاقدين في استغلال تفوقه الاقتصادي أو العلمي... لحمل الغير على التعاقد، لأن اختلال التوازن بين المتعاقدين وارد على وجه الخصوص في العقود التبرعية لكن لا يظهر تعسف أحد الطرفين على الآخر⁴³.

لقد تطرق مشرع القانون المدني للشرط التعسفي في المادة 110 غير أنه لم يحدد ما هي هذه الشروط التي تسمح للقاضي بتعديلها أو إعفاء الطرف الضعيف من تنفيذها، غير أن المادة 29 من القانون رقم 02/04 عدت ما هو من الشروط التعسفية في ثمانية فقرات، و تؤكد المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 هذه البنود التعسفية في 12 بندا.

و عليه إذا انعقد العقد متضمنا شرطا تعسفيا، فإن المشرع يخول القاضي التدخل في العقد و معالجة الشرط المتعسف فيه، و تتم هذه المعالجة بالإبقاء على العقد أولا، لأن حماية الطرف الضعيف المذعن لا تتحقق ببطان العقد، ثم يستقل القاضي بالشرط التعسفي ليعالجه بطريقتين الأولى أن يعدل هذا الشرط و الثانية بأن يعفي الطرف المذعن من تنفيذه، و يكون التعديل باستبدال البند المتعسف فيه ببند آخر يخدم مصلحة الطرف الضعيف و في الغالب يحل نص القانون محل الشرط، كما يمكن للقاضي أن يلغي الشرط التعسفي، و لما كانت طبيعة هذه العقود في الغالب عقودا جماعية فإن إلغاء الشرط في عقد واحد يطال كل العقود التي تتضمنه.

إن وجود الشرط التعسفي في العقد يقدره القاضي على ضوء المادة 110 و على ضوء القواعد الخاصة في المادتين 29 من قانون 02/04 و كذا المادة 5 من المرسوم التنفيذي 306/06 حيث ما ورد في هذين النصين جاء على سبيل المثال لا الحصر، كما أنّ مجال الاستهلاك مجال مرّن و متجدد فقد تُستحدث شروطاً لم يتضمنها التشريع، و هذا لا يعني أنها ليست تعسفية لمجرد إجماع المشرع عن ذكرها، بل تبقى القاعدة العامة التي تضمنتها المادة 110 قائمة، و تظل السلطة التقديرية للقاضي في كون الشرط تعسفياً أم لا قائمة أيضاً، و يمكن أن يكون للجنة البنود التعسفية التي استحدثها المرسوم التنفيذي 306/06 بموجب المادة السادسة منه دور فعال في توجيه تقدير القاضي، حيث أنه من مهام هذه اللجنة بحث البنود التعسفية في العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين⁴⁴.

كما يجب الإشارة إلى أنّ غموض البند التعاقدية في عقد الإذعان يفسر دائماً في مصلحة الطرف المذعن طبقاً للمادة 112 من القانون المدني، و يجب الإشارة أن أي اتفاق على عدم تعديل الشروط التعسفية في العقد يقع باطل.

خاتمة

إنّ ما تقدم معنا لا يعني تدهور الإرادة العقدية و انتكاستها بل توجيهها، فالإرادة موجودة لكنها موجهة لتحقيق الأهداف الاجتماعية و الاقتصادية من العقد، حيث لم يعد العقد يقتصر على وجود الإرادة لانعقاده تكريساً لمبدأ حرّيتها و تمجيداً لسلطانها، بل أصبح البحث عن تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة العقدية بتدخل المشرع لتنظيم إرادة الطرفين، ولم يعد مبدأ سلطان الإرادة وحده من يحتكم إليه العقد حيث وجد إلى جانبه مبدأ سلطان القانون، فالإرادة تستطيع أن تنشأ العلاقة العقدية لكن القانون يوجهها و يحددها و القاضي يعيد تنظيمها إذ اختل التوازن التعاقدية.

المراجع:

- 1- علي فيلالي، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد، مؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، طبعة منقحة و معدلة، 2008، ص 47.
- ROLLAND(Louise), « qui dit contractuel dit juste » (Fouillée) ... en trois petits bonds, a reculons, Revue de droit de MCGILL, vol 51,2006, p 768 .
- 2- خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الارادة في إنشاء العقد و تنفيذه، ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الادارية، 1987، ص 04 .
- 3- علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 48.
- ROLLAND(Louise),op .cit,p 768.
- 4- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 16 .
- 5- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، دار هومة، الطبعة الثانية 2010، ص 09 .
- 6- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013-2014، ص 19.
- 7- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 21.
- 8- أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 08/13 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، دار الأفاق المغربية للنشر و التوزيع، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى 2017، ص 05.
- 9- خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 29.
- 10- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 49.
- 11- المرجع نفسه، ص 66.
- زمام جمعة، المرجع السابق ، ص 24 .
- « Principe (lui-même découlant de l'autonomie de la volante) en vertu duquel, sauf exception, tous les actes juridiques sont consensuels »,CORNU(Gérard),vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, dernière édition mise a jour 2011,p241.
- 12 - « le consentement constitue l'expression d'une manifestation de la volante d'une personne »,BENCHENEB(Ali),le droit algérien des contrats, données fondamentales, édition AJED,2011,p 59.
- 13- تنص المادة 59 من ق م: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"
- 14- تنص المادة 60 ق م : التعبير عن الارادة يكون بالفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. جوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" .
- 15- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الارادة المنفردة، دار الهدى، الطبعة الرابعة منقحة و مزينة طبقا لأحدث التعديلات، 2007-2008، ص 161.

- 16- أبو بكر مهم، المرجع السابق، ص 06.
- 17 - ROLLAND(Louise),op .cit,p 769.
- 18- بسام مجيد سليمان و اكرم محمود حسين، موضوعية الإرادة (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء ادارة المخاطر و التشريعات القانونية)، بحث مقدم لكلية الحقوق ، فرع القانون الخاص، جامعة الموصل، العراق، بدون تاريخ، ص 95.
- 19 - " و حيث أن الادعاء بأن القرار المنتقد تناقض في حيثياته فتارة أشار إلى هذا العقد على أساس يمثل وصية و أخرى على أساس يمثل هبة لكن حيث أن نية المورث الموصى (ب ع) ترمي و حسب ظاهر العقد محل الخلاف إلى توزيع أملاكه بين ورثته في حياته و حسب المقاييس و الاعتبارات التي يراها هو و بناء عليه فإن هذا العقد لا يمكن المساس به أو إلغاؤه طبقاً لأحكام المادة 111 من القانون المدني مهما حمل من أوصاف أو عناوين لأن الهدف و القصد منه هو توزيع المالك الأصلي لأمواله على زوجته و أولاده و هذا ما وقع تجسيده فعلاً و في حياته الأمر الذي يجعل الوجهين المثارين غير وجيهين مما يتعين معه رفضهما و تبعاً لذلك رفض الطعن"، المحكمة العليا، ملف رقم 278004، قرار بتاريخ 2002/01/16، المجلة القضائية، عدد 1، 2003، ص 367.
- 20- " حيث أنه لا يكفي أن يذكر القرار المطعون فيه نص المادة 106 من القانون المدني التي تؤكد على أن العقد شريعة المتعاقدين ، دون الرجوع إلى هذا العقد وتفسير بنوده واستنتاج ما يرجع من التزامات على كل من الطرفين " ، المحكمة العليا ، ملف رقم 382981 قرار بتاريخ 2007/01/10 ، مجلة المحكمة العليا ، 2007 ، العدد 1 ، ص 342.
- 21 - FANTAINÉ(Paulline),le principe de l'effet relatif, master pratiques juridiques et judiciaires, Montpellier, octobre 2006, p4 .
- 22- شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص 363.
- 23 - ROLLAND,op.cit, p 769.
- 24- عبد الحي حجازي نقلا عن علي فيلاي، المرجع السابق، ص 267.
- 25- فضيل نسيغة و رياض دنش_، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الخامس، ص 169
- 26- " حيث انه كما هو ثابت من وقائع القضية أن قضاة الموضوع انتهوا إلى إلزام الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع للشقة المومي إليها أعلاه، في حين عقد لبيع العقار لا ينعقد إلا إذا توافر أركانه التي يتطلبها القانون، و منها ركن الرضا الذي يصدر عن صاحبه بكامل إرادته الحرة، و لا يجوز إلزام الشخص بالتعبير عن إرادته و هو ما يتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة. و حيث أن التعبير عن الإرادة يجب أن يصدر عن صاحبه طبقاً لاختياره الحر، يجب أن يكون هذا التعبير طبقاً للشكل الذي يحدده القانون و ذلك إذا كان التصرف يقع على عقار، طبقاً لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، إذ يتعين على البائع و المشتري أن يحضرا أمام الموثق بمحض إرادتهما. وحيث أن قضاة الموضوع لما ألزموا الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع قد أخطأوا في تطبيق المادة المذكورة أعلاه، مما يعرض قضاءهم للنقض و بغير حاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة" المحكمة العليا، ملف 586766 قرار بتاريخ 2010/07/22 ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1 ، 2011، ص 109.

- "حيث أن المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني تأمر بالإخضاع إلى شكل رسمي العقود التي تتضمن نقل الملكية عقار أو حقوق عقارية .
- حيث أنه في قضية الحال فإن القسمة الودية التي يتمسك بها المدعي لم تحرر بالشكل الرسمي و بالتالي فهي باطلة و كل آثارها باطلة."، المحكمة العليا ، ملف رقم 462587، قرار بتاريخ 2008/07/16، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2008، ص 261.
- " ولكن حيث إن تأسيس القرار على استبعاد المواد المتعلقة بحجية العقد العرفي لكونه يتعلق بقاعدة تجارية و يشترط لصحته خضوعه للشكل الرسمي تحت طائلة البطلان هو تأسيس صحيح و تطبيق سليم للأحكام المادة 79 من القانون التجاري التي تنص على وجوب خضوع العقد المتعلق بنقل ملكية العتبة التجارية إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان المحكمة العليا ، ملف رقم 331482، قرار بتاريخ 2004/03/16، المجلة القضائية، عدد 1، 2004، ص 195.
- 27- خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 56.
- 28- حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 151.
- 29- لحو خيار غنيمية، نظرية العقد، بيت الحكمة، الجزائر 2018 ، ص 27.
- 30- الأمر رقم 15/74، المؤرخ في 6 محرم عام 1394 الموافق 30 يناير سنة 1974 يتعلق بالزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن الأضرار ، جريدة رسمية عدد 15، السنة 21، الثلاثاء 26 محرم عام 1394، الموافق 19 فبراير سنة 1974، ص 230.
- 31- الامر رقم 12/03 المؤرخ في 27 جمادي الثانية 1424 ، الموافق 26 أوت 2003 ، يتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية و بتعويض الضحايا، جريدة رسمية عدد 52، السنة 41، المؤرخ في 28 جمادي الثانية 1424، الموافق 27 أوت 2003، ص 22.
- 32- بسام مجيد سليمان و أكرم محمود حسين، المرجع السابق، ص 918.
- 33- قانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقة العمل، جريدة رسمية عدد 17، السنة 27 ، الأربعاء أول شوال 1410 الموافق 25 أبريل 1990، ص 562.
- 34- القانون رقم 03/90 المؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير 1990 ، المتعلق بمفتشية العمل، الجريدة الرسمية عدد 6، سنة 27، الأربعاء 11 رجب عام 1410، الموافق 7 فبراير 1990، ص 237.
- 35- " و بما أن العقد شريعة المتعاقدين وفقا لأحكام المادة 106 من القانون المدني ، فإن المادة الواجبة التطبيق في هذا المجال هي المادة 74 الفقرة 2 من القانون 90-11 و التي تنص على أنه يجوز ان يطرأ تعديل في علاقة العمل عن طريق المفاوضات الجماعية. و هو ما تم بين العمال و المستخدم بناء على الاتفاقية الجماعية السالفة الذكر و التي بموجبها تم الاتفاق على إنهاء علاقة العمل مقابل التعويض، و التي خالف الحكم المطعون فيه المادة الثانية منها، مما يستوجب معه نقض و ابطاله" المحكمة العليا، ملف رقم 622457، قرار بتاريخ 02-06-2011، مجلة المحكمة العليا ، عدد 2، 2011، ص 209.

- 36- لعلو خيار غنيمية، المرجع السابق، ص 79.
- 37- عرفت المادة 03 من القانون 03/09 المستهلك بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني ، بمقابل أو مجانا ، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".
- 38- جاء في المادة 3/107: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"
- 39 - Ben cheneb,op.cit, p247.
- 40- " وحيث أنه من جهة أخرى فإن القرار المطعون فيه جاء فيه بأن الالتزام التعاقدي أصبح مستحيل التنفيذ طبقا لمقتضيات المادة 3/107 من ق م ق في حين أن تنفيذ التزام المؤسسة المنحلة ومن حل محلها لم يصبح مستحيلا بل قد يصبح مرهقا للمدين ، وفي هذه الحالة يجب أن يراعى خلال فترة إنجاز المشروع ما إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و أدت إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين . أما إذا طرأت تلك الحوادث خارج الأجل المتفق عليه فإن المدين وحده هو الذي يتحمل تلك الظروف ولا دخل للدائن فيها لأنه لم يكن مقصرا في تنفيذ التزامه " ، المحكمة العليا ، ملف رقم 324034 ، قرار بتاريخ 2007/02/21، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، 2007 ، ص 214.
- 41- حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد ، دكتوراه دولة في الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1997، ص 64.
- خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 83.
- 42 - يستند محمد صبري السعدي في موقفه هذا على قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: " حيث أنه بالرجوع إلى المادة 106 من القانون المدني فإن العقد شريعة المتعاقدين و في الدعوى الراهنة الطاعنة طلبت فسخ عقد البيع لعدم احترام المطعون ضدها شروط البيع لكن قضاة المجلس طبقوا المادة 119 من القانون المدني الفقرة 2 منها متى منحوا أجلا للمطعون ضدها لتنفيذ التزاماتها و اعتمدوا في قضائهم على الظروف الامنية السائدة في منطقة الاخضرية سنة 1994 إذ طرأت حوادث استثنائية عامة ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة و بعد بمصالح المطعون ضدها و عليه حين قضاة الموضوع منحوا أجلا للمطعون ضدها للوفاء بالتزاماتها فإنهم احسنوا في تطبيق القانون فالوجه غير مؤسس يتعين رفضه" ملف رقم 212782، قرار بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية، عدد 1، 2001، ص 114، المرجع السابق ، ص 309.
- 43- رياحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف عدد 5، جانفي 2008 ص 347.
- 44- المرجع نفسه، ص 348.