وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

إنـقاذ الـعـقد

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق

تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة:
دزيري إبتسام

تحت إشراف الدكتور:
د. وهاب حمزة

أعضاء لجنة المناقشة:

اللقـــب والاسم	الرتبـــــــــة	المؤسســـــــة	الصفـــــــــة
أ/د.التميمي محمد رضا	أستاذ التعليم العالي	جامعة أم البواقي	رئيسا
د.وهاب حمزة	أستاذ محاضر أ	جامعة أم البواقي	مشرفا ومقررا
د.قصار الليل عائشة	أستاذ محاضر أ	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا
أ/د.بعجي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجزائر	عضوا مناقشا
أ/د.شوايدية منية	أستاذ التعليم العالي	جامعة قالمة	عضوا مناقشا
د.بركات عماد الدين	أستاذ محاضر أ	جامعة الطارف	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

قائمة أهم المختصرات:

أولا: باللغة العربية:

ج.ر: الجريدة الرسمية.

ق.م: القانون المدني.

ق.ت: القانون التجاري.

م.ق: المجلة القضائية.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

موفم للنشر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية.

س: سنة.

ط: طبعة.

غ.م: غير منشور.

ثانيا: باللغة الأجنبية:

Art : Article.

Bull.civ : Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambres civiles.

Civ : Cour de cassation civile.

JCP : Juriss-classeur périodique.

Ed : édition.

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Cass.civ : Cour de cassation, chambre civile.

LPA : Les petites affiches.

N : Numéro.

PUAM : Presse universitaire d'Aix- Marseille.

PUF : Presse universitaire de France.

RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil.

Fasc. : Fascicule.

Ibid. : Même référence.

Op.cit. : dans l'ouvrage précité.

JORF : Journal officiel de la République Française.

Juriss : Jurisprudence.

P : Page.

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع

إلى روح أمي الطاهرة

التي كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي

رحمك الله غاليتي

إلى أبي العزيز

الذي علمني الجد في العمل والطموح والأمل

وغرس في قلبي حب العلم والتعلم

إلى إخوتي الأعزاء

أحبابي وإلى من بهم أكبر وعليهم أستند

زين العابدين، دلال وسارة

إلى زوجي الغالي ورفيق دربي محمد

الذي وقف إلى جانبي وآزرني

إلى أبنائي

فرحة قلبي ونور عيني لؤي وآلاء

إلى أبناء أختي أحبائي رنيم وفهد

إبتسام

شكروعرفان

بعد الحمد والشكر لله العلي العظيم، والصلاة والسلام على سيد المرسلين واله الطيبين الطاهرين وصحابته الغر الميامين.

لا يسعني وأنا أنهي كتابة أطروحتي إلا أن أتقدم بوافر الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل، وأخص بالذكر أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور وهاب حمزة لما بذله من جهد في المراجعة والمتابعة وإبداء الملاحظات، كما أشكره على رحابة صدره، وحسن خلقه إذ لم يبخل علي بأي جهد، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما يحتم عليّ واجب الاعتراف بالجميل أن أسجل شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور بوعبد الله مختار الذي واكب إعداد هذه الأطروحة مذ كانت فكرة، كما أنه لطالما شجعني وقدم لي نصائح أفادتني طوال مشواري الدراسي بالجامعة.

ولا يفوتني كذلك إلا التعبير عن جزيل الشكر والامتنان لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة.

مقدمة

مقدمة:

يسعى كل شخص إلى تحقيق مصلحته التي تحرك إرادته وتوجهها للوصول إلى غاياته، عن طريق إبرام العقود، وهو في مسعاه ذلك يتطلب حماية تبدأ منذ مرحلة تكوين العقد بما فيها المرحلة ما قبل التعاقدية إلى غاية مرحلة تنفيذه.

وباعتبار العقد لغة المتعاقدين وترجمة لمصالح الأطراف، ينبغي أن يقوم على جملة من الأسس والدعائم الصحيحة والمتينة يصح معها، ويصمد أمام كل العوائق التي قد تعترض طريقه كي يؤدي بذلك مهامه ويصل بالمتعاقدين إلى المسعى المطلوب دون أن تهتز المعاملة، مما يؤدي إلى الاخلال بمصالح الأفراد المتعلقة بهذا العقد.

والجدير بالذكر أن المشرع لم يأخذ على عاتقه الاهتمام الكافي بالبحث عن الآليات والسبل الكفيلة للمحافظة على العقد وحمايته، بقدر الاهتمام الذي أولاه للجزاءات المدنية التي تؤدي إلى زوال العقد وإهداره (البطلان، الفسخ، الإنهاء ...) رغم أهميته بالمقارنة مع هذه النتائج الخطيرة سواء بالنسبة للمتعاقدين أو حتى بالنسبة للغير.

إن المحافظة على هذه المصالح وحمايتها من كل ما يمكن أن يعكر صفو استقرارها وديمومتها، أظهر الحاجة الملحة **لإنقاذ** العقد والذي لا يعني تجاهل مبررات هدم العلاقة التعاقدية ومواصلة العمل بعقد باطل أو غير سليم، أو حتى تجاوز ما قد يحصل لهذه العلاقة من منغصات في فترة التنفيذ تعرقلها لمدة أو تهدد استكمالها، ذلك أن هذا الأمر سيعد مساسا بالقواعد العامة للجزاءات المدنية التي جاءت بجزاء البطلان لحماية شروط وتكوين العقد، والفسخ حماية لعدم تنفيذه، مما يخلق الفوضى على مستوى إبرام العقود وتنفيذها.

فالإنقاذ له مدلول أوسع بكثير إذ يمكن أن يكون له أدوار وقائية تسمح بتفادي البطلان من خلال التركيز على حماية الإرادة وتحديدا ركن الرضا خاصة بعد أن فشلت النظرية التقليدية للعقد بما جاءت به من حلول علاجية[1] لم تعد تقوى من خلالها على احتواء مختلف مظاهر اللامساواة العقدية التي تشهدها العلاقات التعاقدية المعاصرة، لاسيما علاقات

[1] Faustine Jacomino, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit privé, université Cote d'Azur, soutenu le 16 juillet 2018, p :5.

الاستهلاك وأصبحت خلالها دون مستوى الحماية المطلوب، خاصة بعدما بات اختلال التوازن سمة من سمات مضمون العلاقات التعاقدية.

لقد صار البحث عن آليات جديدة من شأنها تدارك آثار اللامساواة الواقعية التي تطبع هذه العلاقات وفقا للتشريعات خاصة دون التخلي عن الحماية العلاجية التي تهيمن على الوسائل التقليدية لحماية الرضا والتي تتطلب أيضا مجهودا لتجديدها وتحيينها بما يخدم استقرار العقد وديمومته.

وبالنتيجة سيكون الاتجاه واضحا في مسعى نحو إقامة المساواة العقدية الفعلية من خلال الارتكاز على حماية وقائية أكثر من تلك العلاجية التي كانت تطبع الحماية التقليدية للرضا، كما أنه يمكننا أن ندعم هذا التوجه أكثر حينما نركز على حماية الرضا أكثر من خلال وضع استراتيجية قانونية وقائية تعمل على بناء العقد على أسس سليمة ومن ثم التقليص من مشاكل التنفيذ.

ولا تقل مرحلة ما قبل التعاقد في أهميتها عن مرحلة إبرامه، حيث يمكن توسيع مفهوم الإنقاذ بجعله ذي صبغة وقائية من خلال تفعيل ما تمخض عن التشريعات الحديثة من التزامات نجد أنها إذا لاقت الاهتمام اللازم كفيلة بتدعيم **الإنقاذ الوقائي**؛ فالالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام يعد وسيلة وقائية فعالة لتحسين الرضا من خلال تكريس مفهوم حمائي يحقق به سلامة الإرادة، كما يمكن اعتماده أيضا كمفهوم لإعادة توازن العلاقة التعاقدية، من خلال ما يضفيه من إمكانية لتفادي الوقوع خاصة في عيبي الغلط والتدليس وما ينجم عنه من وقاية لبقاء ودوام العلاقة العقدية.

والأصح أن يكون هذا الرابط يعتمد في أساسه على مبدأ التعاون الإيجابي بين المتعاقدين والتخلي بذلك عن علاقة المخاصمة[1] التي تعمل على توسيع هوة الاختلال التوازني في العقد، ويعتبر فرض التعاون على المتعاقدين ضمانا مهما لمستوى راق من الأخلاق سيسود قانون العقود على النحو الذي يعالج فيه أوضاع لا متوازنة، مع التركيز على الابتعاد عن التوجه السلبي للإبطال كجزاء أصلي من خلال محاولة تفاديه قدر الإمكان عن طريق تفعيل آليات أخرى أكثر

[1] M.MEKKI, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, DELTA, Paris, 2004, n° 1159, p : 714.

إيجابية لاسيما التعويض والتصحيح[1]...، تنافسه لحماية ديمومة العقد ودعم الحقوق الأساسية، ومن ثم جعله كخيار أخير وذلك تدعيما للهدف الأساسي والجوهري في العلاقات التعاقدية والمتمثل في المحافظة على بقاء العقود واستمراريتها.

وبنظرة أكثر إيجابية في هذا الصدد والمتعلق بالرضا السليم المستنير والمتبصر يمكن تعزيز هذا التصور بآليات مدعمة، تُكمِّل ما سبقها من وسائل لتوفير حماية فعالة للمتعاقد الذي أصبح غير قادر على الإلمام بكامل جوانب العملية التعاقدية مما أدى بمعظم التشريعات بما فيها الجزائري، إلى التوجه نحو وضع قواعد خاصة تنظم عقود المستهلك بصفة مستقلة عن القواعد العامة لنظرية العقد، والتي من شأنها توفير درجة حماية مناسبة له، آخذة بعين الاعتبار القصور الذي ساد هذه النظرية، معتمدين على مهلة التفكير وحق العدول كآليتين الغرض منهما حماية المتعاقد الذي يوجد بوضع دوني، من خلال الحصول على رضا نوعي متجنبا عدم إمكانية الاستمرار في علاقة تعاقدية مجحفة لحقوقه ولا طاقة له بها.

لقد أصبح عدم التمسك بالبطلان والعمل على تداركه دافعًا للبحث عن آليات تساعد في التخفيف من الآثار الخطيرة لهدم العلاقة التعاقدية، و**الإنقاذ** بهذا المعنى يعني الوقاية ثم العلاج والإصلاح إلى حد التصحيح، مما يسمح بتفادي البطلان من خلال التركيز على إرادة الأطراف تارة كالإجازة وتارة أخرى بالاستناد إلى سلطة القانون من خلال التقادم كآلية لإزالة التهديد بإبطال العقد والعمل على استقراره.

إن دور المشرع لا يتوقف عند استحداث آليات جديدة لتفادي الابطال فهو لطالما اهتم بما تتجه إليه الإرادة من خلال الاعتناء بما يحققه مضمونها، فالمنحى إذًا ليس بجديد ما دام أنه كان يرمي من وراء عنايته بنظرية الإرادة إلى استقرار العقد، كيف لا وهي التي أُوجِد لها سلطان، إذ تعد دعامة تبنى عليها النظريات القانونية، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتيهما ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه.

[1] Carole Ouerdane, Aubert de Vincelles, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit privé, Université PANTHEON ASSAS, (PARIS 2), le 22 décembre 2000, p : 450.

لقد اتجه الفقه سابقا إلى اعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة ليس مقصورًا على توليد الالتزامات وحدها فحسب بل أيضا يولد الجزاء المناسب عند الإخلال، فالمتعاقد الذي يخل بالتزاماته يكون قد ارتضى مقدما أن يناله الجزاء المناسب، ذلك أن القانون ما هو إلا وليد الإرادة وارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثليهم واختاروا الخضوع لسلطانه.

فحسبهم أن العقد يتم بتوافق إرادتين مستقلتين ولا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الارادتين، فلا يستقل أحد المتعاقدين بتعديله ولا يجوز للقاضي ولا يمكن حتى للمشرع نفسه أن يمس مضمونه، كان هذا الأمر مقبولا في السابق خلال مرحلة انتصار مبدأ سلطان الإرادة، ولكن ونتيجة للنتائج الوخيمة التي خلفتها تلك السياسة خلال تلك الحقبة من الزمن، كان لا بد من البحث عن مفاهيم ومقومات جديدة تعمل على الحد من هشاشة العقد وتتصدى لكل ما يؤثر على استقراره خاصة وأن المشرع أصبح ينظم علاقات واسعة النطاق كعلاقات العمل، وعلاقات الإيجار، وعلاقات المستهلكين بالمهنيين.

وعلينا الإشارة إلى أن اعتماد المشرع منهج أخلقة الإرادة متكئا على مبدأ حسن النية كدعامة، يكشف عن توجهه نحو الاستقرار والحفاظ على المصالح المشتركة للمتعاقدين المتفق عليها، وفي حالة عدم الاتفاق فالأولوية ترجع إلى تفسير الإرادة حسب مظهرها الصادق ومراعاة الثقة وهو الأمر الذي يساعد على تدعيم فعالية العقد القانونية[1].

فالمشرع عندما أولى القاضي مهمة تفسير العقد فهو بذلك كان يهتم بالمحافظة على العقد وإتمام تنفيذه فلولا تدخل القاضي للتفسير لانتهى العقد الصحيح الذي أبرمه المتعاقدين بخصومة تحول عقدا صحيحا إلى عقد منته، بعد أن فشل أصحابه بمفردهم في الوصول إلى الغرض الذي قصداه من وراء إبرامهما للعقد؛ وهو ما يكشف دائما عن حاجة طرفا العقد ولو أنهما يخضعان لسلطان إرادتهما لطرف آخر يساعدهم على حسن تنفيذ العقد والوصول به إلى المسعى الحقيقي من وراء إبرامه سواء بطريقة مباشرة كما سيتضح من خلال الدراسة لاحقا، أو بطريقة غير مباشرة كما هو الحال بالنسبة لتفسير العقد وهي أيضا تعتبر طريقة **إنقاذ** وقائية.

---

[1] جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 200، لبنان، ص: 253.

يهدف العقد باعتباره أحد أهم آليات انتقال الأموال في أصله إلى تنفيذ الالتزامات، وإن عدم أداءها يفضي إلى الإخلال باستقرار المراكز التعاقدية وضياع للوقت والجهد والنفقات ومساس بجوهر الوظيفة الاقتصادية للعقد[1]، لذا فإن تفعيل التنفيذ سيحقق نجاعة للعقد، ما ينجم عنه ضرورة التوجه إلى تدعيم الاتجاه المنطقي لكل عملية تعاقدية مع الاعتماد على الأخلقة بما يضفيه مبدأ حسن النية من تسهيلات في هذا المجال.

إن العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكونا متكافئين متعادلين[2]، أما إذا اختلفت قوة كل منهما واختل التوازن فإن **إنقاذ** العقد يصبح ضرورة تقتضي التدخل الذي قد يكون بصفة وقائية من قبل المشرع، عندما يتدخل في تنظيم كلي للعقد كما هو الحال بالنسبة لعقد العمل عن طريق العقد الجماعي كإجراء وقائي لمنع استغلال العامل، كما أن اتفاقية العمل الجماعية ستساعد على إعادة التوازن وتحقيق مصلحة جماعية للعمال وبالتالي اجتناب النزاع بين طبقة العمال وطبقة أرباب العمل، ومن ثم الحفاظ على العلاقات التعاقدية، كما أنها ومن خلال سياستها الحمائية ستسعى إلى حل النزاعات بالاعتماد على قواعد التوفيق والوساطة والتحكيم والصلح بين الأطراف المتنازعة، بالإضافة إلى ما تضفيه من حماية للمصالح بصفة وقائية بالاعتماد على التفاوض.

لم يقتصر تدخل المشرع في توجهه نحو التنفيذ كضرورة فقط على القواعد القانونية التي تحكم العلاقات التعاقدية بل تعدى ذلك أيضا إلى تحديث الجزاء بما يحافظ على العقد ويدعم فعاليته لتحقيق مصالح الأطراف من جهة وتحقيق الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي من جهة أخرى، ما جعله يضحي بالكثير من الاعتبارات منها ما يتعلق بالمصلحة الخاصة وأيضا بما يحقق العدالة العقدية.

إن احترام الأطراف المتعاقدة لمختلف الشروط المطلوبة قانونا في إبرام العقود، وقيام كل متعاقد بتنفيذ ما التزم به اتجاه الطرف الآخر سيؤدي ذلك إلى الوصول بالعقد إلى بر الأمان،

---

[1] مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، السعي على التعاقد وسلطان الإرادة، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، 2002، بيروت لبنان، ص: 287.

[2] محمد عبد الظاهر حسين، مقال بعنوان: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة عن التعاقد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بني سويف، عدد يونيو 2000 السنة الرابعة عشر، ص: 727.

وبالتالي تحقيق الغرض المقصود من اللجوء إلى التعاقد، فالأصل في العقد أن يبرم صحيحا حتى ينفذ، إلا أن هذا الأخير قد تعترضه صعوبات أو عقبات قد تؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية عن طريق آلية الفسخ، وهو الجزاء السلبي الذي يزلزل المراكز التعاقدية[1] المستقرة ويتعارض والأصل العام من إبرام العقود، وهو ما يستلزم البحث عن السبل الكفيلة لتجنب هذا الجزاء الخطير.

والجدير بالذكر أنه بالإمكان تخطي عقبات التنفيذ عن طريق إعادة النظر في نظام الفسخ بكامله في القانون المدني الجزائري في محاولة للتضييق قدر المستطاع من الحكم به، ولن يكون ذلك ممكنا دون إعادة لتأطير شروط الفسخ مع التركيز على فرض الجانب الأخلاقي الذي تعدى المغزى من تقريره الجانب السلبي من انتفاء لسوء النية، والانتقال إلى الجانب الإيجابي الذي يلزم المتعاقدين التعاون لمواجهة الصعوبات والعراقيل التي قد تعترض حسن تنفيذ العقد، مما يجعل المتعاقدين في غنى عن الحاجة للاتجاه إلى الفسخ[2]، ومن ثم **إنقاذ** العقد ببذل قصارى الجهود المتكاثفة لإتمام العملية التعاقدية عن طريق تسهيل التنفيذ والمساندة في الوفاء؛ كما أن إعادة التفكير في منهج الجزاء سيشكل أولوية مهمة وفعالة للاتجاه نحو العمل على **إنقاذ** العقود، وعلينا الإشارة إلى أن تبني مثل هذا الاتجاه سيحيلنا إلى الابتعاد عن البحث التقليدي للجزاء(sanction) واستبداله بالعلاج (remède).

وعلينا الإشارة في هذا المقام أنه لا بد من ربط مرحلة تنفيذ العقد بمبدأ حسن النية كما نصت عليه المادة 107 ق.م[3]، لما لهذا المبدأ من تأثير بدءا بحماية مصلحة المتعاقدين، وكذلك المصلحة العامة، وصولا إلى حماية العلاقة التعاقدية وذلك لما يمثله هذا المبدأ كوسيلة للرقابة والإشراف على مرحلة تنفيذ العقد وبالنتيجة فهذا المبدأ يسعى بالوصول بالعقد إلى المثالية

---

[1] أحمد السعيد الزقرد، محاولة إنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون لمقارن، المكتبة العصرية، ط 1، 2007، مصر، ص: 7.

[2] Anne Sophie Lavefve Laborderie, La Pérennité contractuelle, préface de Catherine Thibierge, bibliothèque de droit privé, Tome 447, LGDJ, 2005, p : 433.

[3] القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.

سواء كان ذلك بالنسبة لمرحلة تكوينه أو حتى مرحلة تنفيذه[1]، خاصة لما يستنجد به المشرع في كل مناسبة بدواعي استقرار المعاملات وسد الثغرات القانونية.

كما أن القاضي أيضا سينتفع من إيجابية هذا المبدأ حين يعتمد عليه بدعم الترابط بين القانون والأخلاق، مدعما موقفه من ديمومة العقد[2] **وإنقاذه** فبدلا أن يحكم القاضي بفسخ العقد أو إبطاله نجده متجها للإبقاء على العقد عن طريق فرض جزاءات استنادا إلى مبدأ حسن النية تحول دون إنهاء العقد، كفرض التعويض عن التعسف عن استعمال الحق أو منح نظرة الميسرة أو إلغاء الشروط التعسفية...

وعلينا الإشارة إلى أن عملية **الإنقاذ** لا تتوقف على الآليات والأنظمة القانونية التي لا تحدث أي تغيير على العلاقة العقدية فحسب بل إن **الإنقاذ** يقوم أيضا على آليات أخرى تبعدنا عن هذه الرؤية البسيطة لمفهوم **إنقاذ** العقد حيث تقوم على إصلاح للعقود تحقيقا للاستقرار العقدي، من خلال حمايتها من البطلان ودعمها إن اقتضت الضرورة لتكملة ما نقص فيها.

وينبغي التنويه في البداية إلى أن **الإنقاذ** هنا قد يعني إصلاح العقود وتعديلها مما يسمح لنا بتفادي البطلان من خلال إدخال تعديلات مختلفة على العقد الباطل والتي تجعل منه قابلا للدخول في دائرة التعامل، تتراوح هذه التعديلات بين إزاحة للشوائب، تحويل وإحياء من جديد، كما لا تخلو من إضافة للنواقص وإزالة للزوائد، فالطرق عديدة ومتشعبة، والنتيجة واحدة ألا وهي إنقاذ العقد، وهو ما يسهل علينا الانطلاق من الفكرة العامة التي تسود المنطق القانوني وهو أن البطلان أو الفسخ أو الإلغاء...، هي جزاءات تهديمية كلما حلت على عقد أسقطت العمل به كله وجعلته كأنه لم يكن، وحتى وإن ترتبت عنه آثار فإنه يسلبها منه، وهو ما ينهي الوجود القانوني للعقد بصفة عامة، وهو الأمر الذي يصعب على القارئ تصور فكرة إمكانية تجاوز كل هذه الآثار وإعادة إصلاح العقد وإحيائه من جديد.

---

[1] Le contrat forme un corps unique, il est vital que la bonne foi l irrigue entièrement, comme l'écrit J.Mestre, Xavier Thunis, L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, F.U.N.D.P, p :315.

[2] عهود أحمد حسين خليفات، مقال بعنوان: مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية، دراسة تحليلية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الأول، مارس، 2020، ص: 588.

وأبعد من ذلك إذ قد تبدو الآليات التالية متشابهة ومتشابكة تكاد تؤدي دورا واحدا وهو محاولة تصحيح وعلاج ما حل بالعقد من عقبات[1]، لكن لا بد من التذكير أنها كلها تمتاز بخصوصية تجعل كل واحدة منها منفردة لجانب معين، سواء من حيث الجانب الذي تعالجه في العقد، أم عن طريقة العلاج التي تتخذها، وبالنتيجة فإن الأثر التهديمي هو ما يبرر بحث القانون المستمر عن السبل الكفيلة بالمحافظة على الرابطة العقدية والعمل على ديمومتها.

بهذا التصور، كان لا بد من اعتبار الإنقاص آلية إصلاح لاحقة لإبرام العقد حيث يصير بمقتضاها هذا الأخير صحيحا منذ نشأته، مما يحيلنا إلى الاهتمام أكثر بالانقاص، مستندين على أثره في التخفيف من الأثر التهديمي للبطلان على العقد، في تدعيم الانطلاق من مسلمة مفادها " إن وجد للإصلاح مجال فلا داعي للتهديم"، حيث أن الأولوية تكون للعقوبات الجزئية بدل العقوبات الجذرية للبطلان، هذه الأخيرة وإن اعتبرت جزاءات ضرورية لمحاربة التجاوزات العقدية، إلا أنها في المقابل تعد مخلة بالاستقرار العقدي جراء طابعها المجحف في حق العقد الذي أصابه خلل جزئي في توازنه من جهة، وفي حق أطراف العقد من جهة أخرى الذين غالبا ما يفضلون الإبقاء ولو على الجزء الصحيح منه، مع التأكيد على دور القاضي في هذا المجال الذي لا بد من توسيعه أكثر ودعمه في جعل الانقاص كحل أولي يكتسب أولوية تراتيبية قبل البحث عن البطلان.

إن هذه النزعة الإصلاحية التي يتسم بها القانون المدني الجزائري لم تتبلور فقط في آلية الإنقاص كوسيلة لصيانة العقد، بل تجلت أيضا في تقنيات **إنقاذ** أخرى مثلت طريقة أخرى من خلال إزالة المفعول السلبي عن كامل العقد والمحافظة عليه رغم بطلانه من خلال آلية تحول العقد، وكذلك السعي إلى تكملة ما نقص منه من خلال المحافظة على إحيائه من جديد،

[1] Nabila Lahnane, Le déblocage des sources d'anéantissement du contrat en droit commun, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit privé, université de Perpignan Via domitia, soutenu le 29 novembre 2018, p :3.

فالتحول يعد نظاما فعالا في تطبيق سياسة **لإنقاذ** العقود من البطلان[1]، التي تفترض التدخل الإيجابي للقاضي الذي تتعدى سلطته مجرد الكشف أو التفسير إلى الخلق والإنتاج.

وعلينا الإشارة إلى أنه وعلى اعتبار أن مسألة إرادة المتعاقدين كانت فاصلة في صنع العقد، إلا أنها لم تعد كافية لوحدها في ظل الظروف الاجتماعية والاقتصادية الراهنة خاصة وأن مسألة تنظيم العقد تستوجب درجة عالية من الدقة بموضوعه، ما جعل من تكملة العقد وسيلة مثالية لتحقيق مصلحة المتعاقدين من جهة وآلية **لإنقاذ** العقد من إمكانية إنهائه من جهة أخرى، فقط تعتمد على توسيع سلطة القاضي الذي يعمل على سد النقص في تنظيم العقد الصحيح من خلال ما يضفيه من التزامات تفصيلية لم يتفق بشأنها المتعاقدان.

إن من أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة القوة الملزمة للعقد التي ترمي إلى تقرير حرمة العقود، بيد أن تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه عند الإبرام ليس ممكنا دائما، خاصة إذا كان ممتدا عبر الزمان، فالظروف التي تصاحب التنفيذ قد لا تكون هي ذاتها التي توقعها الأطراف عند الإبرام، وبالتالي يكون تنفيذ العقد بالكيفية التي تم الاتفاق عليها عند التعاقد غير عادل، ويهدد بالخسارة لأحد الأطراف وإن كان صحيحا من الناحية القانونية، وهي الضرورة التي جعلت جل القوانين العربية والغربية بما فيها المشرع الجزائري، تهتم بنظام التعديل.

والحديث يجرنا بالبدء من القاعدة التي تقتضي حرية الأطراف على مراجعة وتعديل العقد، رغبة منهم في حماية عقدهم والحفاظ عليه، من خلال تطويع التزاماتهم التعاقدية وجعلها تتناسب مع أي تغير في الظروف، ومن ثم الاستمرار في التنفيذ، وهو ما يمكننا تسميته "إنقاذ اتفاقي للعقد" يعتمد على التعديل كآلية قد تتخذ عدة وسائل تعمل على إعادة استقرار العلاقة العقدية، وكذلك إعادة التوازن الاقتصادي للعقد ومن ثم العدالة العقدية، وقد يتخذ التعديل الاتفاقي مظهرا وقائيا من خلال آلية إعادة التفاوض، كما قد يكون ممكنا من خلال شرط التعديل الاتفاقي، أو بند التقييس، في سبيل تدعيم استمرار العقد والحفاظ عليه.

قد يحصل اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد في مرحلة التنفيذ وهو ما يقتضي تدخل طرف آخر في العلاقة العقدية قصد العمل على استمراريتها ويكون ذلك إما عن طريق المشرع أم

---

[1] علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2015، ص: 15.

عن طريق السلطة التي منحها هذا الأخير للقاضي، وبالنتيجة يعد هذا التدخل استثنائيا عن المبدأ، وهو أمر يقتضيه تحقيق المصلحة العامة، وكذا إرساء قواعد العدالة وهو ما يبرره تطاول المشرع على العقد، إثر تدخله اللامتناهي بالتعديل سواء بالنسبة لقيمة الأداءات، أم بالنسبة لمدة العقد وقد ركزت في دراستي على هذه الأخيرة من خلال ما تشكله من **إنقاذ** ذي طابع اجتماعي حمائي بالاعتماد على آليتي حق البقاء(الملغى)، ونظام البطالة الجزئية.

وهنا سيكون من المفيد التطرق لسلطة القاضي في التعديل، إذ يتدخل بمناسبة النزاع المطروح عليه بموجب طلب من أحد طرفي العقد وهو عادة ما يكون الطرف المضرور فيه، هذا التعديل بتفويض صريح من القانون بفروعه المختلفة، يخول بموجبه للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل العقد، والذي يكون إيجابيا من خلال كونه حلا فعالا لضمان استمرارية العقد من خلال تفادي الفسخ وذلك إما بمنح المدين مهلة قضائية بغية الاستمرار في تنفيذ العقد والحيلولة دون وقوع الفسخ، أو عن طريق تفعيل آلية الفسخ الجزئي كخطوة جريئة لتطبيق **الإنقاذ الجزئي** للعقد.

إن المحافظة على العقد يصلح أن يكون منهجا معتمدا، وقد عمد المشرع إلى إعطاء القاضي سلطة وقائية وعلاجية لتوقي ومعالجة الاختلالات المصاحبة لتكوين العقد وتنفيذه كعلاج فعال لعدم استقرار العقد وتحقيق الأمن القانوني.

من هنا تظهر أهمية معالجة موضوع **إنقاذ** العقد في عدة مسائل جوهرية:

- حيث أن **الإنقاذ** سيكون مبدأ قانوني متكامل يمكن من خلاله معالجة أو الحد من حالات إنهاء العقد أو إهداره سواء عن طريق البطلان أو الفسخ أو الإلغاء، وإن لم يظهر جليا توجه القانون المدني الجزائري في إقراره بهذا المبدأ صراحة، إلا أن تجاوز هذه الجزاءات أصبح ضرورة يقتضيها التطور الكبير الحاصل في النظام الاقتصادي، الأمر الذي يستدعي التنظير لسياسة **الإنقاذ** من خلال الانطلاق بالوسائل والآليات المتوفرة مع البحث الدائم عن تجديدها وتحيينها بما يفيد معالجة الاختلالات المصاحبة لتوازن العقد سواء في مرحلة إبرامه أو في مرحلة تنفيذه.

- وعلى هذا الأساس وجدنا من الأهمية معالجة **إنقاذ** العقد كمبدأ هام في إطار العلاقات التعاقدية نتجاوز من خلاله الجزاءات التقليدية وما ينجم عنها من أضرار تمس بالأمن في المعاملات.

- ومن أهم المسائل التي تبرز أهمية موضوع **إنقاذ** العقد، هو ما يتعلق بدور كل من المتعاقدين المشرع والقاضي[1] في هذا المجال، خاصة وأن المظاهر الجديدة للعقد قد غيرت في العمق الظهور التقليدي له بعد أن أصبحت العلاقات التعاقدية محل تدخلات سواء من المشرع مباشرة أو عن طريق الانتقال بالقضاء من دوره السلبي إلى تفعيله إيجابيا بهدف إعادة التوازن العقدي ومن ثم المحافظة على العقد.

بالاعتماد على كل ما سبق ذكره لا يكون غريبا أن نفضل اختيار موضوع الأطروحة، نظرا لأهميته الكبرى، خاصة وأنني أدرس مادة الالتزامات لعدة سنوات كنت حينها أتساءل في كل مرة عن الهدف من التوجه اللامتناهي والآلي للبطلان أو الفسخ أو الإلغاء دون أي بذل جهد العناء في البحث أو التفكير في المحافظة على العقد، من خلال السعي مباشرة إلى اعتماد تلك الجزاءات التهديمية وما لها من آثار سلبية عدة، وأصبح حينها همي الشاغل هو محاولة دراسة وتجميع مختلف الوسائل والآليات التي تكفل المحافظة على بقاء العقد و**إنقاذه**، لا سيما أن ذلك هو الهدف الأساسي الذي ينشده أطراف العقد ولولاه لما أقدموا على إبرامه.

إن موضوع **إنقاذ** العقد لم يتم تناوله بوضوح من قبل الباحثين، وحتى عبارة **الإنقاذ** فهي لم تذكر إلا للدلالة على مفهوم جد ضيق لا يتجاوز جزئية **إنقاذ** العقود من البطلان من خلال آليتي الإنقاص والتحول، ولم أجد سوى أطروحة وحيدة بهذا العنوان للأستاذة Marie Pierre Lamour والتي تناولت موضوع **الإنقاذ** ولكن بصورة عامة في عدة قوانين: الأسرة، القانون

---

[1] لقد استثنيت من مجال الدراسة إنقاذ العقد بتدخل الغير كما هو الحال مثلا عن طريق الإقرار الذي يعرف كتصرف قانوني يصدر من طرف شخص يعتبر من الغير يجعل هذا العقد نافذا في مواجهته، وقد اعتبره جانب من الفقه الألماني وسيلة لإنقاذ العقد على غرار الأستاذين Bernard Windscheid وOhm Kenjiro الذين اعتبرا أن الإقرار هو اعتراف صريح من قبل طرفين المتمثلين في المالك الحقيقي والبائع، على القبول بالعقد وصحته ومن ثم لا يجوز إبطاله ولا المطالبة بفسخه وبذلك يتم إنقاذه والمحافظة عليه،

Bernard Windscheid, Ohm Kenjiro, Les obligations, p.c.r.a, Barline, Allmond, 2001, p: 47.

التجاري، القانون الاقتصادي، القانون المدني...، وركزت في دراستها على **الإنقاذ** بتعديل العقد و**إنقاذ** العقد دون تعديله، ولم أعتمد عليها كثيرا في دراستي لعدة عوامل نذكر من بينها: أنها دراسة متخصصة في القانون الفرنسي، لم تتناول تخصصا معينا بذاته، وأنها لم تعد تواكب التطورات القانونية الحديثة خاصة بعد تعديل القانون المدني الفرنسي، في حين أنني أردت من خلال أطروحتي أن أتناول بالدراسة موضوع **إنقاذ** العقد في القانون المدني الجزائري وأردت أن أتوسع بمفهوم **الإنقاذ** ولا أحصره فقط في **الإنقاذ** بالتعديل أو دونه وأعطي له مكانة بحثية معمقة؛ أما بالنسبة للكتابات العربية فيمكننا أن نذكر أيضا أنه توجد دراستان لوسائل **إنقاذ** العقد من الفسخ:

- محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، للأستاذ أحمد السعيد الزقرد، والذي ركز في بحثه على دراسة جزئية إنقاذ العقد من الفسخ بالتحديد في عقود التجارة الدولية حيث تطرق فيها إلى كيفية إعمال الفسخ قبل رفع الدعوى، ثم إنقاذ العقود من الفسخ بعد رفع الدعوى، وهي جزئية من الجزئيات التي تطرقت لها ولكن بالتركيز على القانون المدني الجزائري مع التفكير في الآليات التي من الممكن الاعتماد عليها في توقي الفسخ.

- وسائل إنقاذ العقود من الفسخ (دراسة مقارنة)، للأستاذ حسام الدين محمود محمد حسن، وهي دراسة مهمة لوسائل إنقاذ العقود من الفسخ عمل فيها المؤلف على تبيان الآثار السلبية للفسخ على العقود ثم تطرق للوسائل المباشرة وغير المباشرة لإنقاذ العقود من الفسخ، ورغم أهمية هذه الدراسة إلا أنها كانت مقتصرة على عقود البيع الدولية.

كما يمكنني أن أذكر بأن هناك دراسات قانونية قيمة تطرقت لمفاهيم قريبة من **الإنقاذ** ولامست من خلالها بعض مواطن الدراسة إلا أنها لم تكن موسعة بالقدر الكافي، كما أنها اعتمدت على الوصول إلى المحافظة على العقد لكن من جانب معين، والتي نذكرها فيما يلي:

- أطروحة بعنوان Le déblocage des sources d'anéantissement du contrat en droit commun، للباحثة Nabila Lahnane، والتي تطرقت فيها لتوسيع سلطة القاضي في مجال القانون العام الفرنسي من أجل الحفاظ على العلاقة التعاقدية.

- مذكرة ماجستير بعنوان مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة وحرية الأطراف، للباحث محمد بوشنافة والتي تناول فيها مدى مراعاة المشرع الجزائري لمبدأ استقرار المعاملات ومدى كفاية الآليات المستعملة لضمانه.

- مذكرة ماجستير بعنوان تدارك العقد، للباحثة دنيا أوقاسي والتي تطرقت فيها لكيفيات تدارك العقد في القانون التونسي عبر اقتصار مفعوله على الجزء المعيب، وعبر إزالة مفعوله عن كامل العقد.

ولأنه لا يمكن تصور **إنقاذ** العقد من دون أساس قانوني كان لا بد من البحث عن كل الأسس الممكنة لبناء نظام قانوني متكامل، وهو ما يمكن تعزيزه من خلال الانطلاق من مسلمة مفادها " الوقاية خير من العلاج" وهو ما يدفعنا إلى البحث عما يمكنه أن يساعد على الوقاية من كل ما من شأنه أن يؤثر على سير العملية التعاقدية ووصولها إلى تنفيذها بسلام وهو ما أعبر عنه **الإنقاذ الوقائي** كأولوية، ثم بعد ذلك الاهتمام بالعلاج بما يحمله من معاني الإصلاح والتصحيح... وهو ما أعبر عنه **بالإنقاذ العلاجي.**

إن السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح في هذا المقام هو هل يحتاج الأمر إلى تعديل تشريعي لقانون العقود فقط أم إلى البحث عن منظومة متكاملة في شكل أنظمة مختلفة تعمل في منهج واحد وهو الحفاظ على العقد ودعم ديمومته واستمراره، ومن ثم صقلها في اتجاه واحد وهو موضوع أطروحتنا؟

إن حسم التساؤل السابق، في اعتقادي لا يتأتى إلا من خلال الانطلاق من معرفة: ماهي نقطة البداية؟ وما هو ممكن اعتماده من المبادئ الكلاسيكية؟، وبعبارة أدق هل يمكن تبني قراءة جديدة لقانون العقود في اتجاه **الإنقاذ**؟

كما يمكن طرح تساؤل آخر مفاده: هل بإمكاننا بالإضافة إلى ما سبق البحث عن آليات حديثة تدعم هذا المسلك الإيجابي؟

كما أننا لا بد أن نتساءل عن نقطة مهمة: هل يمكن **إنقاذ** العقد بتغييره أم حتى دون إدخال أي تغييرات عليه؟، ولا مناص أيضا من التساؤل عن: من هم أصحاب سلطة **الإنقاذ**؟

على ضوء ما تم تبيانه، تتجلى إشكالية الدراسة فيما يلي: **ما هي الآليات القانونية التي يمكن من خلالها إنقاذ العقد وتفادي الآثار التهديمية لإنهاء العلاقة التعاقدية أو التضييق منها مجاراة لمتطلبات استقرار العقد وتحقيقا لاستمراريته؟**

وللإجابة على الإشكالية المطروحة سيكون من المفيد والمهم جدا، فحص وبحث كل الآليات القانونية التي تشمل الأنظمة والوسائل والتقنيات... التي بإمكانها تكريس **الإنقاذ**، ونظرا للطبيعة الخاصة بالموضوع حيث ترتبط فكرة "**إنقاذ** العقد"، بكل مفهوم قانوني (تقليدي وحديث) فيه الكثير من التنظير الفكري الذي يستدعي قراءة تحليلية على ضوء القانون الوضعي للعقود للبحث عن دعائم على أسس الحجة القانونية، وهذا ما يوصلنا إلى الفحص، التحليل وكذلك بعض الاستقراء والمقارنة في بعض المواضع التي تستدعيها، وبالتالي اعتمدت على البحث عن الأساس القانوني **للإنقاذ** في كل مرة تعرضت فيها لنظام تقليدي أو آليات حديثة وأخرى غير معترف بها، وبطريقة أخرى البحث عن نظام قانوني كامل ومتكامل **للإنقاذ** بين طيات ما هو متوفر في حوزتنا، وبين ما هو ممكن التصور في المستقبل؛ وهذا هو النطاق الذي يتعين فيه البحث، بأن هناك أنظمة وآليات يمكن الاعتماد عليها في نقطة بداية بناء استراتيجية معينة تتجه نحو المحافظة على العقود والعمل على ديمومتها واستقرارها.

يستوجب من أجل معالجة الموضوع تقسيم الأطروحة من خلال خطة تتكون من بابين:

الباب الأول: إنقاذ العقد دون إحداث تغيير.

الفصل الأول: الإنقاذ العلاجي والوقائي للعقد من خلال حماية الرضا.

الفصل الثاني: إنقاذ العقد بين الاستقرار والاستمرارية.

الباب الثاني: إنقاذ العقد مع إحداث تغيير.

الفصل الأول: إصلاح العقد تحقيقا للاستمرارية.

الفصل الثاني: تعديل العقد تحقيقا للتوازن العقدي وتدعيما للاستقرار.

الباب الأول

إنقاذ العقد دون إحداث تغيير

الباب الأول: إنقاذ العقد دون إحداث تغيير.

يكتسي العقد أهمية كبرى لما يمثله من تحقيق منافع ومصالح للمتعاقدين، لذلك تقتضي الضرورة حمايته والعمل على استقراره، ويبدو أن الحل الأمثل هو السعي إلى إقامة علاقات عقدية مبنية على رضا سليم ومعافى خاصة وأن هذا الأخير يمثل أساس العقد، ومن ثم تنامت الجهود لحمايته طبقا للنظرية التقليدية التي أظهرت قصورا كبيرا في حماية العقد وإنقاذه، خاصة بعد أن أصبحت قواعده غير كافية لاحتواء مختلف مظاهر اللامساواة العقدية الناجمة عن مختلف التطورات الاقتصادية، الاجتماعية، الفكرية وحتى السياسية..

إن مواجهة الإبطال كجزاء تقليدي بعد أن تبنته وبشدة نظرية عيوب الرضا، يقتضي التدخل من خلال وجوب إعادة قراءة لهذه النظرية، مما يساعد على التضييق من نطاقها ومن ثم العمل على إنقاذ علاجي فعال للعقد ثم الانتقال إلى تبني مفهوم جديد للرضا يقوم على حماية ذات طابع حديث ناتج عن التطور التكنولوجي، والذي يتلاءم مع عدالة الرضا، ويبحث في طياته عن رضا حقيقي مستنير ومتبصر، بعد أن اتضح جليا عجز القواعد التقليدية المتعلقة بفترة تكوين العقد عن مواجهة التطورات الحاصلة.

وخلافا لما كان معمول به من خلال القواعد العامة لنظرية العقد بحلتها التقليدية، أصبح من الضروري إلباسها ثوبا حديثا من خلال بناء استراتيجية قانونية مكملة بطابع وقائي تساعد على سد الثغرات، وتساعد على تحسين الرضا ومن ثم بنائه على أسس سليمة تساعد على التقليص من مشاكل التنفيذ، وهو ما أعبر عنه بالإنقاذ العلاجي والوقائي للعقد من خلال حماية الرضا **(الفصل الأول)**.

يهتم الفقه بمختلف الجزاءات التي تؤدي إلى زوال العقد (البطلان، الفسخ، الإنهاء،...) ويبالغ في ذلك، في حين أنه كان من الأولى الاهتمام باستقرار العقد والمحافظة على ديمومته واستمراره على اعتبار أنه الهدف الأساسي والجوهري من إبرام العقود، الأمر الذي يدعونا للتفكير في تلافي الآثار الخطيرة لهذه الجزاءات من خلال تدعيم السلطات المتاحة بيد المتعاقدين، القانون والقاضي من جهة، كما أن تعزيز تنفيذ العقد بما يتطلبه مبدأ حسن النية قد يكون له بالغ الأثر على المحافظة على العقد وحماية المصالح الخاصة والعامة على حد سواء**(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

الإنقاذ العلاجي والوقائي للعقد من خلال حماية الرضا

الفصل الأول: الإنقاذ العلاجي والوقائي للعقد من خلال حماية الرضا.

تمثل حماية الرضا محور كل التشريعات منذ القدم، ولم تستقر هذه الحماية بل تنامت في ظل التطور الحاصل في جل الميادين لا سيما المجالين الاقتصادي والاجتماعي مما أظهر نقائص المذهب الفردي، وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، فالنظرية التقليدية للعقد تولت حماية أحد طرفي العلاقة العقدية أصلا لا وصفا، غير أن هذه النظرية لم تعد كافية لاحتواء مختلف مظاهر اللامساواة التي تشهدها العلاقات التعاقدية المعاصرة، لاسيما علاقات الاستهلاك، مما جعلها قاصرة على مواكبة هذا الواقع الجديد، ودون مستوى الحماية المرجو.

قد تأسس النظام القانوني للنظرية العامة للعقد على افتراض المساواة بين المتعاقدين، وهو افتراض مبرر في ظل المساواة التي كانت تطبع العلاقات التعاقدية، فقد سعت نظرية العقد منذ نشأتها إلى حماية الطرف الضعيف في كثير من المواضع، وذلك من أجل تحقيق مساواة بين أطراف العقد غير أنها بقيت مساواة مجردة بعيدة كل البعد عن المساواة الحقيقية؛ وكانت نظرية عيوب الرضا التي تؤدي إلى إبطال العقد**(المبحث الأول)** من النظريات الأكثر تقليدية التي تهدف إلى إقامة المساواة العقدية، وقد سعت إلى التخفيف من حدة سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي كان يكتفي بالعقد العادل ويرفض كل حماية لأحد طرفي العقد؛ غير أن التطورات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والفكرية أخلت بتلك المساواة التي كانت سائدة بين طرفي العلاقة العقدية، حتى بات اختلال التوازن سمة من سمات مضمون العلاقة العقدية، الأمر الذي استدعى البحث عن آليات حديثة من شأنها تدارك آثار اللامساواة الواقعية في هذه العلاقة وفقا لتشريعات خاصة حاولت الابتعاد عن الحماية العلاجية التي طبعت الحماية التقليدية للرضا من خلال الارتكاز على حماية وقائية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: حماية الرضا وفقا للأحكام التقليدية: إنقاذ علاجي.

إن افتراض المساواة بين المتعاقدين قد كان سائدا في ظل النظرية العامة للعقد، والذي أخذ شكل المجرد لأنه يرتكز على منطق الشكل للعلاقة دونما اعتبار لأي واقع اقتصادي؛ وإذا ابتعدنا عن المفهوم الفلسفي للمساواة الذي وضعت على أساسه هذه القاعدة نجده لا يخدم

العلاقة العقدية في مظهرها الواقعي وذلك أصبح جليًا خاصة في حماية المستهلك، حيث أنه عجز عن تقديم حلول كافية تضمن المساواة في الحقوق والواجبات مع ضمان صحة الإرادة؛ وإذا كان من المستساغ أن تعتبر الإرادة كفيلة لحماية المتعاقد في حالة وجود تكافؤ بين المراكز القانونية للمتعاقدين، فإن هذا المسلم قد يجد حدوده في حالة عدم تكافؤ هذه المراكز وبالتالي حدوث اختلال توازن الالتزامات بين الأطراف المتعاقدة، هذا ما جعل المشرع يتدخل عن طريق نظرية عيوب الرضا في القانون المدني محاولا إيجاد حل وسط بين مصلحة الأطراف من جهة واستقرار المعاملات من جهة أخرى، غير أنه في كل مرة نلاحظ استغلال متعاقد ضعفا معينا في المتعاقد معه كمظهر للامساواة العقدية **(المطلب الأول)**، غير أن فكرة الاستغلال وحدها لا تكفي لكي تعيب الإرادة بل لا بد أن يستخدم هذا الاستغلال كوسيلة للضغط أو للتأثير ودفع المتعاقد معه لإبرام عقد ما **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: استغلال ضعف المتعاقد كمظهر للامساواة في العقد

إن المساواة هي مناط العقد وهو ما يفسر التدخل كلما لزم الأمر سواء من قبل المتعاقد للتخلص من اللامساواة أو محاولة إعادة المساواة إلى العلاقة العقدية، كذلك يمكن للمشرع التدخل لحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة أو حتى تدخل القاضي[1] لمحاولة تصحيح هذه المساواة.

لذلك ارتأينا أن نناقش محاولة المتعاقد للتخلص من اللامساواة في العقد من خلال عيوب الرضا، والسؤال المطروح هل يمكن اعتبار أن العقد صحيح إذا لم تثر مسألة عيوب الرضا ما يجعل المساواة قائمة بين أطراف العقد؟ وهل حقيقة هناك مساواة في ظل وجود رضا معيب؟ إذ أنه في كل مرة نتطرق فيها لعيب من عيوب الرضا سنلاحظ أن هناك استغلال طرف ما للطرف الآخر في العقد، وهذا الاستغلال يحدث لامساواة في العلاقة العقدية أي اختلال التوازن فيها مما يجعلنا نتساءل عن حقيقة صحته، خاصة وأن المشرع قد جعل العقد المعيب بأحد عيوب

[1] السلطات التي منحها القانون للقاضي للتدخل كما في حالة الظرف الطارئ، وعقود الإذعان، ونظرة الميسرة والمغالاة في الشرط الجزائي، راجع المواد 107 الفقرة 2، و110، و184 فقرة 2 ق.م، والتي سنتناولها بالدراسة في وقتها.

الرضا صحيحا إلى أن يتم إبطاله من طرف الشخص صاحب الحق؟، وهنا نتساءل أيضا عن مدى حقيقة تطابق الإرادتين المفروضة في عقد صحيح؟

الفرع الأول: استغلال المتعاقد غلط المتعاقد معه.

المقصود بالغلط عامة، هو توهم غير الواقع، أما الغلط الذي يعيب الإرادة فيقصد به: "وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، إذ أنه تصور خاطئ للأمور والأشياء، حيث يتبين للشخص أن للشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة غير ذلك [1]" والغلط كعيب في الإرادة لا يتسبب أحد في قيامه بل ينزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه، وهذا ما يعرف بالغلط اليسير أو التلقائي[2] وهو يختلف بطبيعة الحال عن الغلط المستثار أو الناشئ عن التدليس، إذ أن شخصًا أثار هذا الغلط لدى المتعاقد أو دفعه إليه؛ والملاحظ أن التشريعات كلها سلمت بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يرجع إلى اعتقاده الخاطئ أو أنه لم يكن على بينة من أمره، ولكن كيف نأخذ بالمساواة بين المتعاقدين إذا لم يكن أحدهما على بيّنة من أمره؟

أليس من المعقول أن نلقي بعض اللوم على المتعاقد معه على اعتباره أكثر دراية وبيّنة من المتعاقد المغلوط؟ ألا نستشعر أنه يستغل فيه دونية معينة لصالحه إذ لم يقم بتنبيهه أو بالأحرى تبصيره وتنويره؟ ألم ييسر بطريقة أو بأخرى وقوعه في الغلط خاصة وأنه كان بإمكانه

---

[1] وقد عرفه العديد من الفقهاء فالسنهوري يعرفه على أنه : " الغلط حالة تقوم بالنفس، تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة ويتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها"، كذلك زهدي: "هو الإظهار الكاذب أو غير الصحيح للحقيقة ويتولد عنه الاعتقاد بصحة شيء كاذب أو كذب شيء صحيح"، حلمي بهجت بدوي: " الغلط هو توهم واقعة غير صحيحة اعتقد المتعاقد صحتها أو واقعة صحيحة اعتقد المتعاقد عدم صحتها ويكون هذا الاعتقاد هو الذي حفزه للتعاقد بحيث لو تكشفت له الحقيقة لما تعاقد"، انظر: علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص: 157؛ والغلط هو عيب من عيوب الرضا تناولت أحكامه بالتفصيل المواد 81 حتى 85 من القانون المدني، وتجدر الملاحظة أن ما يعتبر عيب رضا هو ما نصت عليه المادة 82 بقولها: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

[2] هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر -الإمارات، 2015، ص: 245.

تفادي ذلك[1]، إذا كان قد قدم كل المعلومات والمواصفات التي تكفي لأن تحمي المتعاقد المغلوط من أية تصورات خاطئة بحيث يكون على بيّنة من أمره، وحينها فقط يمكن الوصول إلى أن غلطه غير مغتفر.

خاصة وأن الفقه وكذا القضاء في اتجاه نحو تعميم الالتزام بالإعلام الذي سوف يتعدى فكرة الغلط الذي لا يغتفر، ومن ثم فالعبرة ليست بتقدير سلوك المتعاقد الذي وقع في الغلط الذي لا يغتفر بالرجوع إلى شخصيته، مع الأخذ بعين الاعتبار كفاءاته ومؤهلاته، وإنما العبرة بأن رضاه مشوب بعيب ليس لأنه وقع في الغلط، وإنما في اعتقادي لأن المتعاقد معه قد استغل دونية معينة في قدراته أدت به إلى الوقوع في الغلط.

وبالاعتماد على شروط الغلط يمكننا أن نتوصل إلى أن هذا العيب لا يخلو من استغلال ضعف متعاقد على حساب متعاقد آخر، كما أنه كان بإمكان المتعاقد معه القيام بتبصير المتعاقد على سبيل التعاون بالإدلاء ببيانات الشيء أو الخدمة محل العقد على الوجه المطلوب وهو الأمر الذي من شأنه الحيلولة بين وقوع المتعاقد في غلط حول صفات محل التعاقد الجوهرية فيكون قراره صادرا عن رضا حر واع متبصر.

من خلال نص المادة 81 ق.م[2] يبدو أن المشرع قد أقر حماية للمتعاقد بسبب الغلط واقتصر على الغلط الفردي دونما حاجة إلى أن يكون مشتركا، حيث وبالرجوع إلى نص هذه المادة نستشف توجه المشرع إلى الأخذ بالغلط الفردي، إذ يعتبره كافيا للمطالبة بإبطال العقد دونما حاجة إلى وقوع المتعاقد الآخر فيه أو حتى علمه به إذا كان دافعًا للتعاقد[3]، ولقد انتقد هذا

---

[1] "حيث يتمثل الخطأ في حالة الغلط بوجه عام في إخلال المتعاقد الآخر بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، فلو أنه قام بواجبه بإعلام الطرف الآخر بالمعلومات المتعلقة بالصفة الجوهرية الدافعة للتعاقد، والتي كانت قد دخلت في دائرة التعاقد، فإنه يكون قد حذّر هذا الطرف الآخر من الوقوع في الغلط، ولكن لأنه لم يفعل ذلك فقد أدى إلى قيام الغلط، مما يعطي للقاضي الحق بالحكم بالبطلان (يقصد الإبطال) لتوفر شروطه وأيضا الحكم بالتعويض على أساس الإخلال بواجب الإعلام قبل التعاقد"، عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، 2006، بيروت، لبنان، ص:31.

[2] تنص المادة 81 ق.م على أنه: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".

[3] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد، الإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص: 1029 ، كذلك: محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، ط 2002، ص: 34، كذلك: لبنى مختار،

التوجه بحجة استقرار المعاملات، وكذا الحد من تعسف متعاقد على حساب المتعاقد الآخر، فلابد أن يكون مشتركا للمطالبة بإبطال العقد إذ كيف يتم تبرير حماية المتعاقد الذي وقع في غلط على حساب المتعاقد الثاني الذي وحسب تعبيرهم لا يد له أو لا ذنب له فيما وقع واطمأن للعقد[1].

وبالتالي يحرم المتعاقد الذي وقع في غلط من حقه في الإبطال لعيب الغلط على أساس أنه ارتكب خطأ، وبذلك يتم تعويض المتعاقد الآخر عن طريق رفض دعوى الإبطال لأن المتعاقد الذي وقع في غلط لا محل له من الحماية[2]، غير أنه وبالنظر إلى التقدم في مجال الاجتهادات القضائية خاصة في مجال حماية المستهلك نجدها تحذو حذو الابتعاد[3]عن فكرة الغلط غير المعذور أو غير المغتفر (l'erreur inexcusable) بفكرة الالتزام بالإعلام الذي تم فرضه بموجب تعديل القانون الفرنسي سنة 2016، حيث من المفروض أن يعمم على كل العقود بما أنه تم تعميمه على كل مراحل العقد منذ التفاوض بشأنه ثم تكوينه إلى غاية تنفيذه.

والذي بموجبه يلتزم المتعاقد بالالتزام بالإعلام الذي يجعل المتعاقد معه على دراية كافية تجنبه الوقوع في الغلط حتى ولو أنه كان بسبب خفته أو عدم مبالاته، لكن في اعتقادنا دونما الابتعاد عن مبدأ حسن النية وشروط العقد، وهما الفكرتان اللتان ربط بهما المشرع إرادة المتعاقد الذي وقع في غلط مع المتعاقد الآخر[4]، والواقع أن ذلك يجعل المتعاقد الآخر إما على علم أو بإمكانه العلم، أي أنه قرينة على علم المتعاقد الآخر بالغلط الذي وقع فيه الطرف المغلوط، ويبدو أن اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر كشرط من شروط الغلط يتحقق في ثلاث فرضيات:

وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977، ص: 151، وكذلك، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية للعقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية شتات، ط 4، ص: 370.

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 172، كذلك عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1028، 1029.

[2] المرجع نفسه، ص: 1030.

[3] Christian Larroumet, droit civil, tome 3, les obligations, le contrat, 3 -ème éd, Economica, delta, paris, Liban, p : 334.

[4] والتي يراها الأستاذ علي فيلالي على أنها وسيلة تضمن استقرار المعاملات وكذا منع تعسف الطرف الذي وقع في غلط، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 164، كذلك أشار إليها الأستاذ جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013-2014، ص: 226، 227.

- **الفرضية الأولى:** إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بوقوع الطرف المدعي في الغلط ومفاد ذلك أن يقع أحد المتعاقدين في الغلط، ويبرم الطرف الآخر معه العقد وهو يعلم بوقوعه في هذا الوهم، فكان يتعين عليه أن ينبهه إلى الوقوع في الغلط الدافع إلى التعاقد ولكنه لم يفعل شيء، فيعد بذلك سيء النية وقام باستغلال دونية معينة في رضا المتعاقد الذي وقع في غلط.

وقد كان للمحكمة العليا قرار مشهور بشأن هذه الفرضية، إذ أصدرت قرارا بتاريخ 2008/04/23 يقضي:" بأن قضاة الموضوع توصلوا إلى أن العيوب التي وجدت بالسيارة كانت خفية، بحيث أن الطاعن هو الذي أوقع المطعون ضده في غلط جوهري؛ وأنهم أسسوا قرارهم على نص المادتين 81 و82 ق.م الذي يجيز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب إبطال العقد، وثبتوا المسؤولية في حق الطاعن، لذا فإن الوجه المثار غير سديد ويتعين رفضه"[1].

وصدر قرار آخر للمحكمة العليا يعزز ما جاء به القرار السابق حيث قررت بأنه: " يقع على البنك (وهو الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط) قبل توقيع اتفاقية القرض، التزام بإعلام وتوجيه المقترض بإمكانية حصوله على دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن؛ ويؤدي إخلال البنك بهذا الالتزام إلى إيقاع المقترض في غلط جوهري يبرر مطالبته بإلغاء اتفاقية القرض"[2].

وقد يعلن الطرف الذي وقع بالغلط عن أهمية الصفة الجوهرية التي تعاقد لأجلها، وهنا يكون فعلًا استغلال من طرف المتعاقد سيء النية، وإن كان في هذه الحالة أشبه بالتدليس[3]، ومثال ذلك أن يشتري شخص آلة معينة ذات صفة (جوهرية) معتقدا أنها تلائم الآلات الموجودة في مصنعه، ويعلن[4] عن هذه الصفة للمتعاقد الآخر في حين أنه يشتري آلة لا تتناسب بتاتا مع آلاته ولا مصنعه.

---

[1] غ.م، قرار صادر بتاريخ 2008/04/23، ملف رقم 406468، م.م.ع لسنة 2008، العدد 01، ص: 113، ويبدو أن المشرع قد كان صائبا في طرحه هذا وهو يتماشى مع ضرورة الالتزام بتنوير رضا المتعاقد معه وتبصيره بجميع المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم ومعافى من كل العيوب، وذلك من خلال الالتزام بحسن النية والثقة المشروعة وكذلك الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق البائع بالصدق والمصارحة والأمانة والنصيحة وضمان العيوب.

[2] غ.م، قرار صادر بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 581228، م.م.ع، العدد: 2، 2010، ص: 161.

[3] على أن الفرق هو أن الغلط في هذه الحالة ليس مبررا وإنما يشبه السكوت العمدي.

[4] غير أن هناك من الفقه من يرى أن الغلط إذا كان باطنيا أي استقل به أحد المتعاقدين فلم يكشف للطرف الآخر عن إرادته الحقيقية، فيظل هذا الغلط مستكنا أو مستترا في ضمير المتعاقد الذي وقع في الغلط، فلا يكون له أثر قانوني،

- **الفرضية الثانية:** إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يعلم أي يتبين وقوع المدعي في الغلط، إذ تكفي هنا سهولة الإلمام بوقوع المدعي في الغلط سواء قد تبينه بالفعل أو لم يتبينه، وقد يمكنه ذلك مقتضيات حسن النية، وظروف أو ملابسات التعاقد، ومثال ذلك أن يتقدم شخص بإيجاب لشراء قطعة أثرية بمبلغ مرتفع جدًا فمن السهل على الطرف الآخر أن يتبين أنه قصد قطعة أثرية ذات قيمة وأنه يعتقد ذلك، فإن لم ينبهه هنا فيكون قد استغل فيه الاعتقاد الخاطئ بقيمة القطعة الأثرية والتي تكون دافعة للتعاقد، وتقصيره هنا يمكن أن يعد خطئًا[1] موجبا للتعويض[2].

- **الفرضية الثالثة:** حالة الغلط المشترك حيث كلا المتعاقدين وقعا في غلط ودفع أحدهما إلى التعاقد، وقد أخذ بعض الفقه بالغلط المشترك لتحقيق استقرار المعاملات والحد من التعسف في استعمل حق إبطال العقد من طرف المتعاقد الذي وقع في الغلط، وألا تكون حمايته على حساب المتعاقد الثاني الذي لا ذنب له فيما وقع، واطمأن للعقد، وربما يكون قد نفذ العقد كله أو بعضه[3]، غير أن هذا الرأي انتقد لمخالفته منطق نظرية عيوب الإرادة التي تهتم بالإرادة الفردية في ذاتها من حيث سلامتها وتعييبها، ولا تعلق ذلك على أمر خارجي عنها كغلط المتعاقد الآخر، ومثال ذلك أن يشتري شخص خاتمًا على أساس أنه مصنوع من الذهب ثم يتبين أنه ليس كذلك وكان البائع أيضا يظن أنه من ذهب، فالغلط الذي وقع فيه هذا الأخير لم يكن له أثر في تكوين إرادته ومن ثم لم يعبها، أي أن غلطه لم يكن دافعا له على التعاقد، فالإرادة الوحيدة التي

العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، هامش ص: 324.

[1] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1027، حيث يرى الكاتب أنه في اشتراط أن يكون الغلط معلوما عند الطرف الآخر أو أن يكون من السهل العلم به محاولة للتوفيق بين استقرار التصرفات القانونية ومقتضيات احترام إرادة الأفراد، وبذلك صار الغلط فكرة اجتماعية : أكثر تفاصيل، عبد الحي حجازي، المرجع نفسه، ص: 1027، ويرى الأستاذ علي فيلالي في نفس السياق أن الاعتماد على مقتضيات حسن النية وظروف وملابسات التعاقد يعتبر من قبيل مظاهر تبني المشرع للاتجاهات الجديدة لنظرية الالتزامات، حيث تحل النزعة الموضوعية محل النزعة الذاتية، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 165.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2009، ص:121.

[3] المرجع نفسه، ص: 332، كذلك علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 172، كذلك عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1028.

عيبت هي إرادة المشتري الذي وقع في غلط كان دافعًا له على التعاقد بمعنى أنه لولا هذا الغلط لما تعاقد، وعلى ذلك يمكن القول أنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الغلط مشتركا لن يؤثر هذا الغلط إلا على إرادة واحدة[1] كما أن ذلك لا يتفق مع العدالة، إذ بمقتضاه لا يكون الغلط الفردي سببًا لإبطال العقد ولو علم به المتعاقد الآخر، لأنه ليس مشتركًا[2].

والواضح هنا أن عيب الغلط لا يخلو أن يكون محلا لاستغلال طرف، الاعتقاد الخاطئ لدى الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وإن كان بغير قصد، والذي اعترى رضاه عيبا من عيوب الرضا مما جعله فاسدًا ما أدى إلى إمكانيته في المطالبة بإبطاله[3]؛ ولا تعدو دونية الطرف الذي وقع في غلط إلا اعتقادا خاطئا استغله الطرف الآخر لصالحه مما يؤدي إلى جعل الرضا لا حر ولا مستنير، فإذا استطعنا أن نجنب المتعاقد في الوقوع في عيب الغلط نكون قد أشركنا المتعاقد في المحافظة على العقد وإنقاذه من الإبطال.

الفرع الثاني: استغلال المدلس ضعف المتعاقد معه.

تنص المادة 86 ق.م على أنه: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد..."، ويعتبر التدليس[4] غلطًا مستثارًا أو مدبرًا والكثير من الفقهاء يعتبرونه دون قيمة، حيث أن نظرية

---

[1] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1028، كذلك هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 258.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 332.

[3] ولا بد أن ننوه في هذا المقام إلى أن المطالبة بإبطال العقد للغلط ليس على إطلاقه وإنما يتحدد بما لا يتنافى مع حسن النية، أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضى (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص: 123، وهو ما حددته المادة 85 ق.م التي تنص على:" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية".

[4] للتدليس علاقة بالغلط إذ أنه إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، وهو لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد، وكذلك يقترب من الغش(fraude) إلا أنه يختلف عنه لأن التدليس يكون أثناء تكوين العقد بينما الغش يقع بعد تكوينه، أو يقع خارج دائرة العقد، كما يشبه التدليس الجنائي (dol pénal) المعروف بالنصب (escroquerie) إذ أن الطرق الاحتيالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته، وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس المدني (dol civil)، وهناك من ينعته بالتغرير غير أن التغرير هو أعم من التدليس وهو لفظ يتداوله فقهاء الشريعة الإسلامية بمعنى الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه، أما التدليس فهو لفظ يتداوله رجال القانون ورجال الشريعة فعند رجال القانون:" هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد" وعند فقهاء الشريعة هو: "كتمان العيب في البيع وسائر العقود".

الغلط تغني عن التدليس إذ لا يعد بذاته عيبا في الرضا وإنما ينتج هذا العيب عن الغلط الذي يثيره في ذهن المتعاقد نتيجة لما استعمل من حيل قبله دفعته إلى التعاقد[1].

لم يضع المشرع تعريفا للتدليس على غرار المشرع العراقي والأردني، اللبناني والفرنسي، على أنه قد تناول أحكامه كعيب مستقل من عيوب الإرادة في المادتين 86 و87 ق.م التي سنعود لها عند الحاجة إليها، أما الفقهاء فقد عرّفوا التدليس على أنه: "استخدام الوسائل الاحتيالية قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الآخر، الأمر الذي يحمله على التعاقد، اعتقادًا بأنه قد أخذ الشيء بقيمته أو بصفته الحقيقية مع أنه ليس كذلك؛ أو هو استعمال طرق احتيالية لخديعة المتعاقد الآخر بغرض دفعه إلى التعاقد، فهو الإيقاع بالمتعاقد وحمله على الموافقة على شروط العقد، فيعيب الإرادة من هذا الطريق باعتباره مظهرا من مظاهر الخداع أو الغش"[2].

كما عرّفه الأستاذ محمد صبري السعدي على أنه :" التدليس إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيل والخداع لحمله على التعاقد"[3]، كما عرّفه الأستاذ عبد الحي حجازي على أنه:" التدليس هو استعمال شخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يحمله على التعاقد أو إبرام تصرف قانوني" ويضيف... "أن التدليس يعد منشئا غلطا إن لم يكن يتميز من الغلط العادي ففي أنه غلط يأتي من الخارج، لم يقع فيه الشخص إلا بسبب الأعمال الاحتيالية التي ارتكبها الشخص الآخر، والتي صورت له الأشياء على غير حقيقتها، فهو غلط مدفوع إليه، أو إيحائي بخلاف الغلط العادي فقد وقع الشخص فيه من تلقاء ذاته، غير متأثر بفعل شخص آخر، ولذلك يطلق عليه اسم الغلط التلقائي"[4].

---

[1] يرى بعض الفقهاء ومنهم الأستاذ السنهوري الذي يقول: "فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعا، وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من غلط، فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لابد أن يكون غلطا دافعا، والغلط الدافع يبطل العقد دائما حتى ولو وقع في الباعث أو في القيمة. فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل بالغلط، وأن نظرية الغلط تغني إذن عن نظرية التدليس" عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 332. ويقول السنهوري أن بعض القوانين أغفلت التدليس كعيب من عيوب الرضا ومنها القانون البرتغالي والنمساوي، علي فيلالي، المرجع السابق، هامش ص: 175.

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 329.

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص: 90.

[4] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1037.

من خلال التعاريف السابقة وغيرها يمكننا ملاحظة أنه يوجد متعاقد ليس على قدم المساواة مع متعاقد آخر نظرًا لاستغلال الطرف الأول (المدلس) دونية معينة في الطرف الثاني (المدلس عليه)، تتمثل في اعتقاد أو تصور خاطئ أو وهم أو خديعة أو غلط أو غش أو تضليل أو تمويه..." تنوه كلها عن عدم المساواة الحقيقية بين الأطراف المتعاقدة والتي جعلت من الرضا لا حرًا ولا مستنيرًا وإنما مقيّدًا[1] بإرادة المدلس سيء النية، هذا المتعاقد الذي يجر المتعاقد معه إلى إبرام عقد باستعمال طرق احتيالية يستعملها قصدًا من أجل تحقيق فائدة أكثر مما يحق له[2] وبذلك يكون قد تعسف بشكل فاضح في وضعية تفرض على المتعاقد الآخر عقدًا مناقضًا للإنصاف[3].

والسؤال المطروح هنا، كيف يمكن اعتبار عقدًا لا تسوده مساواة بين طرفيه صحيحًا وكيف لنا أن نعتبر أنه تم تطابق بين إرادتين؟ ألا يبدو أن الإرادتين لا تتطابقان على نفس المحل؟

أو هل يمكننا افتراض التكافؤ بين الإرادات مع ثبوت عدالة وإنصاف مع رقابة على شكل إمكانية الإبطال كلما ثبت قصور في الرضا؟، هل يعد ذلك كافيا لحماية حرية الإرادة خاصة مع تعاظم قيمة الدونية بين الأطراف المتعاقدة في عصر أصبح فيه القوي يؤثر على الضعيف بكل الوسائل لحمله على إبرام صفقات أقل ما يقال عنها أنها في الغالب مربحة للأقوى وللأقوى فقط، مما يجعلنا نؤيد اتجاه أغلب الفقهاء إلى إنقاذ القانون المدني الذي يوصف بأنه في أزمة[4] في ظل الاتجاهات المستحدثة في القوانين المعاصرة لما وجد فيه من قصور في قواعده التي لم تعبر بجد عن أهم النظريات، خاصة مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية وكذا القوة الملزمة للعقد...، هذا وتعتبر الحماية الممنوحة للمتعاقد من التدليس متوقفة على شرط أساسي وهو

---

[1] " Le dol vice du consentement : le dol comme l'erreur ne pourra être pris en considération que s'il a été déterminant, c'est à dire que si son contractant ne s'était pas rendu coupable de manouvres déloyales on fraudeuses, la victime du dol n'aurait pas contracté. Et c'est là qu'apparait le caractère de vice du consentement du dol : il consiste en l'emploi de manouvres qui font que le consentement de l'autre partie au contrat n'est pas libre », Ch Larroumet, op cit., p : 316.

[2] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص: 378.

[3] زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 234.

[4] محمد بودالي، مداخلة بعنوان: "أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك"، ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، الجزائر، في 24، 25 أكتوبر 2016، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد: 05، 2016، ص: 224.

استعمال الحيل التدليسية للتضليل وهي حماية تتعلق أساسًا بالرضا، بغض النظر عن وجود الضرر الذي يحدثه التدليس بوصفه فعلا غير مشروع،[1] ويمكن إيجاز عناصر التدليس فيما يأتي:

أولا: استعمال الحيل التدليسية

ويمثل العنصر المادي للتدليس وهي كل الوسائل والأعمال والأفعال والطرق التي يستعين بها المدلس لاستغلال ضعف المدلس عليه من خلال تضليله ودفعه إلى التعاقد، وقد تتخذ هذه الأساليب وجهًا إيجابيًا يتمثل في الكذب والحيل كما قد تتخذ وجها سلبيا يتمثل في السكوت أو الكتمان العمدي، وقد نصت عليها المادة 86 ق. م كما يلي: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة". وتعتبر الطرق الاحتيالية الوجه الإيجابي للتدليس إذ يمكن أن تكون عن طريق الكذب أو الحيل[2].

1- الكذب: ويعتبر الطريقة الغالبة في الحياة العملية غير أن اعتباره تدليسًا ليس بالأمر الهين لطالما لم يحدد مفهومه في المادة 86 ق.م، كما أن الكذب قد يكون مباحًا في الكثير من الأحيان ومن ثم يبقى على القاضي وحده أن يحدد ما إذا كان الكذب في الدعوى المرفوعة أمامه من قبيل التدليس أم لا، وذلك لكل دعوى على حدى، إذ لا يوجد معيار لجعل الكذب تدليسًا لأنه ليس ثمة واجب قانوني يوجب قول الصدق، كما أنه يعتبر من الوسائل التي يمدح بها التاجر بضاعته ويتفطن لها الشخص المعقول[3]، ويبقى الرجوع إلى الظروف والملابسات التي تعزز الكذب (من علاقات ثقة وقرابة وزمالة ...)، ولابد أن ننوه إلى أن الكذب يصبح تدليسًا إذا بلغ

---

[1] أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 55.

[2] يذهب "Savigny" إلى أن القانون الروماني يبتعد عن افتراض أن كل عقد يبرم تحت تأثير الغلط يعد باطلا، ولا يهم ما إذا كان الغلط ناجما أم لا عن الخداع، إذ أن القانون الروماني ينظر إلى وجود الخداع (بمعنى التدليس) باعتباره ظرفا هاما وحاسما، Savigny, Traite de droit romain, T3, 1856, p: 339، مأخوذ عن أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 57.

[3] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1043، كذلك، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 178، 179.

درجة من الخطورة[1] أو الجسامة، بحيث لا يتمكن المتعاقد الآخر من اكتشاف الحقيقة بنفسه رغم ما اتخذه من احتياطات وما بذله من جهد وكان له تأثير على إبرام هذا العقد، لكن مع التطور الحاصل وصعوبة تمييز ما إذا كان المستهلك مثلا ساذج أو غير محتاط كان لابد من أن يكون مجرد الكذب تدليسًا، خاصة وأننا نعلم أنه مع حرية الإرادة لابد أن نحاول الحفاظ على المساواة بين المتعاقدين بتوفير التكافؤ العادل بينهما وهو غير ممكن، ومن ثم للحصول على رضا سليم ومتبصر لابد من جعل مجرد الكذب من قبيل التدليس، وهوما جاء في قرار للغرفة المدنية الفرنسية الذي يأخذ بمجرد الكذب البسيط[2].

وفي نفس السياق قررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية التصريح الكاذب حول الوضعية الاجتماعية وقت إبرام عقد الزواج (fausse déclaration) [3] تدليسا؛ والكذب المجرد في اعتقادي ولو لم ترافقه مظاهر التحايل قد يكفي ليعيب الرضا بالتدليس ما دام يؤثر بشكل حاسم على رضا المتعاقد معه ويدفعه للتعاقد، خاصة إذا انطلى على الإنسان العادي فأوقعه في الغلط[4]، وهوما أشارت إليه محكمة النقض السورية في أحد قراراتها المشهورة[5]، من أنه: " قد يكون مجرد الكذب في بعض الحالات كافيا في حد ذاته لاعتباره طريقا احتياليا، إذا كانت الوسيلة المستعملة لتضليل الطرف الآخر هي الدافع الرئيسي له للتعاقد"، وهنا تظهر إشكالية اعتبار الكذب من الجسامة بحيث يشكل تدليسا، إذ أن هناك من يعتبر أن الكذب لا يكفي للتدليس بل لا بد أن يكون حقيقيا أي على درجة من الخطورة والجسامة وأن يتجاوز الحدود التي تسمح بها الأعراف والعوائد المحلية ليشكل خداعا مبطلا للعقد، أما فيما دون ذلك فنحن

---

[1] يرجع التمييز بين حالتي الكذب إلى القانون الروماني الذي يصنف التدليس إلى تدليس حسن (dolus bonus) وتدليس قبيح (dolus malus) أنظر في ذلك علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 178، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1043، كذلك: Ch. Larroumet, op.cit., p :316

[2] (Civ, 3e, 6 nov, 1970, Jcp,1971, 16942, note Ghestin, Paris, 10 mai, 1988, D.1988.IR.171) Dès lors, un simple mensonge est susceptible de constituer un dol, même s'il n'est accompagné de manouvres, Ch. Larroumet, op.cit., p : 317,318.

[3] غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ: 1985/12/30، ملف رقم 39065، المحكمة العليا، غ. م.

[4] مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مؤسسة بحسون، ط1، 1995، ص: 348.

[5] نقض مدني سوري، 1966/07/02، مجلة المحامون، س 31، 1966، العدد 9، ص: 288، مأخوذ عن: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 345.

أمام ما توافق الفقهاء على تسميته بالكذب المقبول Dolus bonus، كما هو الحال بالنسبة للأعراف والعوائد التجارية التي تسمح للتجار والباعة الإشادة بمحاسن السلع والبضائع التي يعرضونها[1].

ويبقى تحديد جسامة الكذب من صميم تقدير القاضي الذي يراعي في تقديره ظروف العقد وصفة المتعاقد الذي صدر منه الكذب وكذا المتعاقد معه، والعلاقات المختلفة الموجودة بينهما (عائلية، صداقة، زمالة مهنية...)[2]، وهو معيار ذاتي شخصي يخص الحالة النفسية والظروف الخاصة بالمتعاقد المدلس عليه، في حين يرجع البعض تقدير القاضي للمعيار الموضوعي، أي بالاستناد إلى الأشخاص الذين يتم اعتبارهم بالإحالة إلى الفئة التي ينتمي إليها كل من مرتكب الخداع والمخدوع[3].

ويفهم من خلال ما سبق أن المشرع لم يكن متساهلا في المطالبة بإبطال العقد للتدليس بمجرد الكذب المجرد وهو ما كشف عن اتجاهه نحو الإبقاء على العقد والعمل على استقراره من خلال وضع قيودا على الكذب حتى تمكن المتعاقد المتضرر منه من المطالبة بإبطال العقد وهو ما تؤكده عبارة " من الجسامة"، وأعتقد أن ذلك لا يمنع من وقوع المتعاقد ضحية الكذب في التدليس ولكن يحبذ مطالبته بالتعويض إذا أثبت الضرر وهو ما لا يتعارض مع المادة 86 ق.م التي اعتبرت أن الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة إذ تجيز المطالبة بإبطال العقد للتدليس ولم ينكر صراحة أن الحيل الأقل جسامة لا تعتبر تدليسا.

2- الحيل: وهي كل الوسائل التي يعتمد عليها المدلس لتضليل المتعاقد معه، فالعبرة ليست بالوسائل التي لا يمكن حصرها وإنما في فعاليتها التي تقاس بتضليل المتعاقد معه ومن ثم دفعه إلى التعاقد، ذلك أن كل تصرف يهدف إلى تشويه الحقيقة وإخفائها بتصوير أمر ما على غير حقيقته يشكل مناورة خداعية[4]، ويرجع للقاضي تقدير هذه الفعالية إلى الحالة النفسية

---

[1] أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 71، 72.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 179.

[3] أحمد محمد حجال، المرجع السابق، ص: 74.

[4] حيث عرفت محكمة استئناف colmar الفرنسية المناورات الخداعية بما يلي:

والظروف الخاصة بالمتعاقد المدلس عليه[1]، وفي ذلك عدة قرارات للمحكمة العليا نذكر من بينها على سبيل المثال، قرار المحكمة العليا: "حيث قضت بأن الطاعنة ارتكبت غشا في حق خصمها، عندما سلمت له كمية من البطاطا المخصصة للاستهلاك، بدلا من أن تسلم له نفس الكمية من "بذور البطاطا"، حسب العقد المبرم بين الطرفين، ومن ناحية ثانية فإن البضاعة المسلمة إلى المشتري كانت فاسدة ومصابة بمرض، حيث أن صاحبة الطعن أصبحت مسؤولة عن هذه الأفعال في إطار أحكام المسؤولية العقدية"[2].

وبشكل عام يمكننا أن نربط الحيل باستغلال مركز ضعف المتعاقد بالنظر إلى صحته أو سنه[3] أو عدم خبرته[4]...، بهدف اختلاق الكذب وإلباسه ثوب الحقيقة في سبيل دفع الطرف الضعيف إلى التعاقد كنتيجة لسوء نية المتعاقد معه[5]، وهناك الوجه السلبي للتدليس والمتمثل في السكوت العمدي أو الكتمان، يأتي بيانه فيما يلي:

3- السكوت العمدي أو الكتمان: تنص الفقرة الثانية من المادة 86 ق.م على أنه :" ويعتبر تدليسًا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"؛ فمجرد السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة من الوسائل المادية الاحتيالية التي تهدف إلى إخفاء الحقيقة، ومن شأنها أن تجعل المتعاقد يستغل عدم علم المتعاقد معه بالحقيقة أو جهله بها ومن ثم يؤثر على إرادته قصد إبرام العقد، وهو ما توصل إليه القضاء الفرنسي وتوسع فيه توسعًا كبيرًا بعد أن أقر الالتزام بالإعلام والنصيحة في مرحلة إنشاء العقد، حيث يقع بحسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 86 ق.م على عاتق المتعاقد

"Les manœuvres constitutives du dol, dont l'article 1116 C.Civ. Ne précise pas la consistance, sont tous les agissements malhonnêtes tendant à surprendre une personne en vue de lui faire souscrire un engagement qu'elle n'aurait pas pris si on n'avait pas usé de la sorte envers elle".

انظر: أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 65.

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 177.

[2] غ.م، قرار صادر بتاريخ 2000/02/16، ملف رقم 213691، م ق، العدد 1، 2000، ص: 125.

[3] Cass. Civ., 12 Janvier. 1970, Bull Civ., 1, n : 13, p : 10.

[4] Cass. Civ., 13 Janvier. 1969, Bull Civ., 1, n : 21, p : 15.

[5] Ali Bencheneb, Le droit Algérien des contrats, données fondamentales, édition Gaia, 2 -ème édition, 2017, p :151.

التزام بالإفضاء[1] إذا تعلق الأمر بواقعة أو ملابسة مؤثرة وأن سكوت المدلس كان عمدًا، وأن المدلس عليه يجهل هذه الواقعة أو الملابسة ولو علم بها لما كان قد أبرم العقد.

وفي اعتقادي أن مسألة سكوت المدلس كانت عمدًا أم لا محل نظر، خاصة وأنه إعمالًا لمبدأ سلطان الإرادة يعطي الشخص إمكانية من التحلل من العقد كلما كان رضاؤه غير سليم، وفي حالة أن المتكتم كان حسن النية فما الذي يختلف بالنسبة للمدلس عليه فهو لم يعلم الحقيقة، وبالتالي كانت إرادته غير متبصرة وغير سليمة ومن ثم وجب حمايتها بغض النظر إن كان سكوته عمدًا أو لا، فيكفي سكوته عن واقعة أو ملابسة مؤثرة ليكون مستغلا لجهل المتعاقد معه حتى يقع في عيب التدليس، وهناك قرار[2] صادر عن المحكمة بهذا الخصوص، هي وتهتدي بذلك بمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العلاقات التعاقدية.

ويتكون حسن النية في هذا الصدد بوجوب إمداد المتعاقد بالمعلومات اللازمة التي يتوقف عليها رضاؤه ولا يكون في مقدوره أن يعلمها أو يتحقق منها بنفسه، ويمكن أن نستثني فقط الظروف أو الوقائع التي لا يلام على عدم معرفتها[3] لكي لا يتم تشجيع روح الاستخفاف وعدم المبالاة عند بعض المتعاقدين[4] على ألا تكون من الأهمية المؤثرة في إبرام العقد من عدمه، وهو ما يحيلنا إلى القول أن المشرع كان صائبا أيضا في تقييده للسكوت وضبطه بشروط معينة وفقا لرؤية براغماتية تجعل فقط السكوت عن المعلومات المؤثرة مما يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد وهو في حد ذاته تعبير عن الحرص على استقرار العقد.

---

[1] الإفضاء هنا يقصد به تنوير وتبصير إرادة المتعاقد أثناء تكوين العقد عن طريق الالتزام بالإعلام أي الإخبار والنصيحة والمشورة، وحتى التحذير في بعض العقود.

[2] Ch Larroumet, op.cit., marge: 337.

[3] وعلى هذا الأساس فإن الحرفي لا يمكنه الادعاء بالتدليس، إذ تمكن من معاينة الشيء المباع قبل إجراء عملية الشراء، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها: " حيث أنه من دراسة القرار المطعون فيه، يتبين أن إبرام عقد البيع تم بعد المزاد العلني، وبعد معاينة الأشياء المباعة، وحيث أن الطاعن (المشتري) كحرفي لا يمكنه الادعاء بالغش والتدليس، طبقا للمادة 86 ق م، ما دام أن البيع قد تم عن طريق المزاد العلني، وأنه كان بإمكانه أن يعاين الشيء المباع قبل المشاركة في المزاد العلني"، غ.م، قرار صادر بتاريخ 1993/06/23، ملف رقم 101365، المحكمة العليا، غير منشور.

[4] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1046.

ثانيا: نية التضليل

أو العنصر المعنوي في التدليس، إذ لا يكفي العنصر المادي المتمثل في استعمال الحيل من كذب وكتمان لوقوع التدليس، بل لابد أن يتم استخدام هذه الوسائل لتضليل المتعاقد معه والتغرير به، أي انصراف نية المدلس إلى خديعة الطرف الآخر وإذا انتفت نية التضليل لدى المدلِس، بأن وقع المدلَس عليه من تلقاء نفسه، فإن الأمر يكون غلطًا وليس تغليطًا[1]، ولكن في اعتقادي يبدو أن هذا الأمر غير سديد فبمجرد أن يقوم المدلِس باستخدام الحيل فهو في نظري مدلسا، ولا داعي للبحث عن نية التضليل لأنها في اعتقادي مفترضة.

وقد اعتبر بعض الفقه أنه يمكن الاستغناء عن العنصر المعنوي في نظرية التدليس بمجرد أن يخل المتعاقد بالتزامه بالإعلام بمجرد السكوت والتكتم عن البيانات والمعلومات[2]، ولا أوافق الرأي الأستاذ بلحاج حين وصف التدليس الذي لا تثبت فيه نية التضليل من قبيل الغلط، ذلك لأنه تجاهل الحيل التي قام بها المدلِس والتي لا تغنيه عن سوء نيته فكيف نفسر إذن كل تلك الأكاذيب والأفعال والسكوت؟ ألم تكن له نية استغلال جهل المتعاقد معه بالحقيقة حتى يدفعه إلى التعاقد؟

يبدو أن نية التضليل ليست الوحيدة التي تفصح عن سوء نية المدلس، وإنما أيضا عدم الإدلاء بالمعلومات اللازمة هو تجسيد لسوء النية مما يمس بنزاهة المتعاقدين ويضعها تحت طائلة السلوك التدليسي من الناحية القانونية[3] التي تستوجب تعويض الضحية عن الضرر الذي أصابها من جراء توفر العنصر المادي في التدليس ليس من جراء توفر العنصر المعنوي، وبإمكانه المطالبة بالتعويض مع الإبطال أو الاكتفاء بالتعويض والإعراض عن طلب إبطال العقد[4]، بمعنى الإبقاء عليه في سبيل إنقاذه إذا كان هذا ما يخدم مصلحته.

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 344.

[2] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص: 376، كذلك أنظر: حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، 1996، ص: 26.

[3] زمام جمعة، المرجع السابق، ص:242.

[4] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص: 31، 32.

وبالرغم من أن المادة 86 ق.م لم تأت على ذكر نية التضليل، إلا أن هذا الشرط جوهري للتفرقة بين الغلط والتدليس الذي يستوجب أن تتجه إرادة المتعاقد إلى إثارة الغلط في ذهن المتعاقد معه بغية حمله على القبول بالعقد، فالقصد هنا يجسد سوء نية المتعاقد المدلس الذي يستعمل كل الحيل والأساليب للتأثير في إرادة المدلس عليه وقد اعتبر الأستاذ حجازي أن التدليس وإن كان بقصد الخير يعتبر كذلك تدليسا[1]، والملاحظ أن فكرة القصد لا تثار أبدا لأنها نادرا ما تطرح، ويمكن استنتاج إرادة المدلس ونيته التضليلية من خلال سلوكه الذي لا يمكن تفسيره بشكل مختلف، فالخداع لا يكون غير مشروع إلا إذا كان إراديا لكن القاضي يفترض القصد عبر عدم شرعية الوسيلة والنتيجة، بما أن بينهما علاقة سببية وافية[2]، ويبدو ان افتراض نية التضليل دون البحث عنها فيه تشديد على المدلس وحماية للمدلس عليه.

يبدو أن معيار الإرادة الحرة الواعية لا يختلف من عيب لآخر، فكلما كانت المعلومات مهمة بالنسبة للطرف الآخر، كلما كان من شأنها أن تؤدي إلى اتخاذ قرار قبول المتعاقد عن إرادة حرة واعية ومستنيرة، ومن ثم كلما استغل المتعاقد ضعف المتعاقد معه سواء كان ضعفًا عن تصور خاطئ كما هو الحال بالنسبة للغلط أو حتى عن تضليل أو خديعة، أو وهم أو غش....، كما هو الحال بالنسبة للتدليس، وقد أضاف الأستاذ حجازي في هذا المقام استغلال الضعف البدني أو الذهني أو الميول السيئة فيه لحمله على إبرام تصرف قانوني[3]؛ كلما كانت الإرادة مقيدة وغير سليمة وبالتالي معيبة.

الفرع الثالث: استغلال المتعاقد الرهبة والخوف في المتعاقد المكره

تنّص المادة 88 ق.م أنه: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرًا جسيمًا محدقًا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس،

---

[1] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1047.

[2] أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 60.

[3] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1042، حيث أعطى مثال أن يستحوذ شخص على آخر يسهل التأثير عليه ويباعد بينه وبين ذويه الذين كان يأنس إليهم ويسترشد بمشوراتهم، (كالزوجة المجنونة مثلا)، أو أن يسكر شخصا يفرط عادة في الشراب ويقتاده إلى حيث يوقع تصرفا عند موثق غير الموثق المعتاد.

أو الجسم، أو الشرف، أو المال، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه". "والإكراه هو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبةً أو خوفًا يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه"[1]، والإكراه بهذا المعنى من عيوب الرضا لكنه يختلف عن الغلط والتدليس، كون المتعاقد المسلوب الحرية والاختيار يعلم بحالته وبالعيب الذي يعتري رضاه، ولكنه يندفع تحت تأثيره ويقبله نتيجة الرهبة والخوف الشديد تفاديا للضرر الذي يوشك أن يلحقه به من يهدده بذلك، ومن ثم فالمكره يعلم باستغلال الطرف الآخر للرهبة والخوف الذي يعتريه من أجل دفعه إلى التعاقد، وبالرغم من علمه فهو مسيّر وليس مخير إذ أن إرادته لم تكن حرة مختارة[2] وإنما كان مجبرا أو مكرها على الاختيار، فهو يخير بين أخف الضررين وأهون الشرين.

ويبدو أن عنصر الاستغلال هنا يكون واضحًا خاصة مع علم المكره بذلك ومظاهر الاستغلال تستنتج من شرط التهديد بخطر جسيم مما يحدث رهبة في نفس المتعاقد تدفعه إلى إبرام العقد وكذلك ما وصل له التصور الحديث للإكراه إذ يستفيد المتعاقد من الظروف المهيأة بمعنى يستغل[3] الظروف المهيأة للإكراه، وإن لم يساهم في إيجادها كالإكراه الاقتصادي، يفهم من نص المادتين 88، 89 ق.م أن المشرع يشترط لتحقيق الإكراه ثلاثة شروط أساسية وهي:

أولا: التهديد بخطر جسيم مما يحدث رهبة في نفس المتعاقد: إن الإكراه لا يكون مؤثرا وفقا للمادة 88 ق.م إلا إذا أنشأ الرهبة أو الضغط، أي الشعور بالخوف الشديد مما يدفع الشخص على التعاقد بدون إرادة حرة ومختارة، فتحقق الرهبة بحسب القانون موقوف على

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 185، وقد جاءت عدة تعريفات فقهية للإكراه نذكر من بينها، " ضغط يقع على أحد المتعاقدين، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد" محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 191، ويرى عبد الحي حجازي أن الإكراه المعنوي لا يعدم الإرادة، إذ لا يزال لدى المكره الخيار بين أن يرفض التعاقد ويتعرض للخطر المحدق بيه وبين أن يقبل التعاقد تفاديا لهذا الخطر، وفي هذه الحالة تقول القاعدة الرومانية " الإرادة المكرهة مازالت إرادة، ألست تقول أني أردت لأني أكرهت على أن أريد" عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1056.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 360.

[3] حيث يعرف الإكراه على أنه" إثارة أو استغلال شعور بالخوف بغية حمل المتعاقد الآخر على التعاقد"، أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، هامش ص: 83.

الخطر الذي يهدد المتعاقد بحيث لابد أن يكون هذا الخطر جسيمًا محدقًا يتعلق بشخص المتعاقد أو حتى أحد أقاربه، ويكون الخطر جسيمًا إذا كان كبيرًا ذو عواقب وخيمة يخشاها المتعاقد[1] ويكون محدقًا بمعنى وشيك الوقوع أما إذا كان الخطر الذي يهدد المكره بعيدًا أو متراخي الوقوع فإنه لا يحدث رهبة في نفس المكره، والحقيقة أن الخطر الذي يهدد المكره يكون دائما مستقبليًا ولا يكون حالًا وإلا تحقق على الفور، وما يكون حالًا فوريًا هو الرهبة أو الخوف الذي يفسد رضا المكره، فالعبرة إذن هي بوقوع الرهبة فورًا أو وما تولده في تلك اللحظة من خوف في نفس المكره نتيجة التهديدات الموجهة إليه[2].

وهو الامر الذي يدفعني إلى الاعتقاد أن اشتراط كون الخطر جسيمًا ومحدقًا (حالًا) أمر مفروغ منه بمعنى لا لزوم له، خاصة وأن المشرع يأخذ في تقديره لجسامة الخطر وكونه محدقًا بمعيار ذاتي أي بالرجوع إلى الحالة النفسية للمتعاقد المكره ومركزه الثقافي والاجتماعي والاقتصادي، وهذا ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 88 ق.م التي تنّص على أنه: " ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه"، حيث يمكن أن يكون الخطر وهميًا أو بعيدًا.

إلا أن جسامة الخطر وحلوله تجلت في مدى الرهبة التي تولدت في نفس المكره جعلته يعجز عن مقاومة الخوف الذي تملكه، كما أنه يكفي أن يكون الخطر جسيما وحالًا في نظره، والحقيقة أن العبرة في الحالية هو بالرهبة الناشئة عن الخطر لا بالخطر ذاته[3]، والملاحظ في المادة 88 فقرة 2 ق.م أن المشرع أشار إلى ذلك بقوله: "... إذا كانت ظروف الحال، تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا..."، إذن "تصور، ويدعيها" تنوه أنها قد تكون وهمية ويبقى على قاضي الموضوع تقدير مدى تأثير الإكراه في نفس المتعاقد طبقا للمادة 88 فقرة 2 ق.م وليس مدى جسامة الإكراه وحلوله، حسب معيار ذاتي يتناسب وظروف المتعاقد التي حددتها على سبيل المثال لا الحصر من جنس وسن وحالة اجتماعية وصحية، ثم استتبعها بظروف

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 188.

[2] المرجع نفسه، ص: 189.

[3] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1059.

أخرى... ولا يجوز للمحكمة العليا أن تبحث في هذه المسألة متى أقامت محكمة الموضوع قضاءها على أسباب سائغة[1].

ويبدو مما سبق أن المتعاقد صاحب الإكراه يستغل كل الظروف المتاحة أمامه في سبيل بعث الرهبة والخوف الشديد في نفس المتعاقد المكره، مما يجعله عاجزا تماما عن دفعه أو التخلص منه ومن ثم يندفع إلى التعاقد عن رهبة وهي مدى استيلاء الخوف على نفس المتعاقد، وحمله على التعاقد، وهو النتيجة المنطقية لعملية التهديد القوي أو الضغط الشديد، بحيث يغلب على ظنه أن المكره كان جادًا في تحقيق تهديداته في حالة امتناعه، ومن ثم أصبح المتعاقد مسلوب الحرية فيما أراد، وفي اعتقادي يبدو أن هذا الشرط يتسع تحليله كل الشروط السابقة دون حاجة إلى ذكرها[2] إذ أن المسألة الجوهرية في عيب الإكراه تكمن في مدى تأثير الوسائل المستعملة من قبل المستغِل في نفسية المكرَه بما يولد فيها من خوف ورهبة تدفعه إلى التعاقد، خاصة وأن المشرع يعتمد على المعيار الذاتي.

ثانيا: استغلال المتعاقد ظروفًا خارجية مهيأة للإكراه: يعتبر إكراها الاستفادة من وضع التبعية الاقتصادية والذي يتم بغرض الحصول على فائدة أو مغنم، من جراء الخشية من أذى أو ضرر يهدد المصالح المشروعة للتخلص منه بشكل مباشر[3] وهو مسألة خلاف بين الفقهاء حين تناولوا التساؤل حول حكم الخطر الذي لم ينشأ لا من المتعاقد ولا من شخص آخر، وإنما من ظروف خارجية تم بشأنها استغلال المتعاقد الحالة النفسية لدى المتعاقد معه المهدد بالخطر الناشئ عن هذه الظروف وغالى في شروط العقد التي قبلها ذلك المتعاقد تفاديًا للخطر الذي أوجدته تلك الظروف التي تم استغلالها.

ولقد تردد الفقه الفرنسي الحديث كثيرًا قبل اعترافه بما يسمى حاليا بالإكراه الاقتصادي (violence économique) كسبب من أسباب إبطال العقد لعيب الإكراه، حماية للمستهلك من الاستغلال التجاري التعسفي الذي يمارس عليه ضغطًا اقتصاديًا شديدًا[4]، ونصّ عليه المشرع

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 363.

[2] هند فالح محمود صالح، المرجع السابق، ص: 240.

[3] عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 63.

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 361.

الفرنسي مؤخرا في تعديله للقانون المدني لسنة 2016 في نص المادة 1143[1] بقوله أنه يكون هناك أيضا إكراه في حالة تعسف أحد المتعاقدين في وضعية التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر (أي أن الاستغلال كان في صورة تعسف والضعف تمثله حالة أو وضعية التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر)، للحصول على التزام (تعهد) ما كان ليحصل عليه في غياب مثل هذا الإكراه، ويحصل على فوائد ظاهرة الإفراط أو مبالغ فيها.

Art 1143 : " Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son contractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ".

وهي قاعدة كما سبق ذكره ليست بجديدة عن القانون الفرنسي[2] حيث تجد جذورها في عدة قوانين منها: قانون العقوبات في جريمة التعسف والغش في حالة الجهل أو الضعف (المادة 223 من قانون العقوبات، وفي قانون السوق في جريمة الاستغلال التعسفي لحالة التبعية الاقتصادية، المادة L.420 وفي جريمة استغلال الضعف أو الجهل في قانون الاستهلاك، المادة L.122 ويمكن طرح التساؤل[3] حول إمكانية إسقاط مفهوم التعسف للتبعية الاقتصادية في

---

[1] Art 1143, ordonnance n 2016-131, JORF 11, février 2016, Réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016.

[2] محمد بودالي، المرجع السابق، ص: 244.

[3] اعتبر الأستاذ سامي بن حملة أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالإكراه الاقتصادي، حيث من وجهة نظره فالمشرع لم يضع آلية للقاضي للتصدي لحالات الإكراه الناتجة عن الهيمنة الاقتصادية لاسيما إمكانية إبطال العقد، خلافا للقواعد الجديدة التي تضمنها التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي ضمن المادة 1143 السابقة الذكر، أكثر تفاصيل انظر سامي بن حملة، مداخلة بعنوان:" قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة"، ملتقى دولي الجزائر في 24 و25 أكتوبر 2016، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 05، 2016، ص: 293 وما بعدها، وتشاطره الرأي الأستاذة حامق من خلال مداخلتها القيمة بنفس الملتقى الدولي تحت عنوان: النظرية العامة للعقد تصور جديد، حيث ترى أن انشغال المشرع بحماية الطرف الضعيف في العقد أدى به إلى تكريس الإكراه كعيب من عيوب الرضا لم يشمل حالة الإكراه الاقتصادي الناتجة عن الهيمنة الاقتصادية الذي يأخذ به القضاء الفرنسي والذي كرسه أخيرا المشرع في المادة 1143 السابقة الذكر، انظر: ذهبية حامق، مداخلة بعنوان: النظرية العامة للعقد: تصور جديد، ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، الجزائر في 24، 25، أكتوبر، 2016، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 05، 2016، ص: 91.

ويرى الأستاذ زمام جمعة بنفس الخصوص في رسالته، أن : "تشريعنا ببقائه على وضع محدود من خلال الاستقراء على نظام الإكراه الكلاسيكي، وكلاسيكية بطلانه النسبي جزاء، باترا بذلك كل صلة بالتطور الذي آلت إليه المعاملات والعلاقات التعاقدية، وأعقبها تخصيص نصي وتنظيمي خارج حدود القانون المنظم للممارسات التجارية، وتقريره لبطلان مطلق، في طابع مدني خاص يستدعي الاستفسار وبتفاؤل ما دمنا لم نخرج عن الإطار التقني الوارد تقليديا، فما الذي يحول دون

الإكراه على الفقرة الثانية من المادة 88 ق.م باعتبار حالة التبعية الاقتصادية ضمن ظروف الحال خاصة وأن مفهوم الإكراه الاقتصادي يشكل مفهوما واسعًا يتضمن جميع صور حالات التبعية الاقتصادية؟

وخلاصة ذلك يمكن القول أنه يشترط لتوافر الإكراه بالنسبة للإكراه الاقتصادي، أن يكون المتعاقد قد استغل حالة التبعية الناتجة عن وضعية الهيمنة، وأن يحصل على فوائد ومزايا يجنيها لصالحه، فاستغلال التعسف يشكل عاملًا أساسيًا في ظهور عيب الإكراه، والذي يسمح تكريسه بالإنقاص من عدم المساواة بين المتعاقدين من خلال منح المتعاقد الذي يكون في وضعية اقتصادية صعبة الحق في إبطال عقد غير متوازن وانعدمت فيه المساواة بين أطرافه، حتى مع صعوبة الحصول على إثبات الإكراه الاقتصادي وما على المشرع إلا أن يفسح المجال لهذا المنظور والذي بالرغم من تكريسه في قانون المنافسة[1] إلا أن ذلك يعد غير كافٍ خاصة مع التطور الكبير الذي عرفته العلاقات العقدية في المجال الاقتصادي، وكذا مساعي التشريعات للحصول على تحقيق مساواة فعلية بين أطراف العقد، تساعد فيما بعد بالإبقاء على العقد وإنقاذه من الزوال.

زيادة على ما سبق أردت أن أنوه إلى نوع آخر من الإكراه ألا وهو التعسف في استعمال الحق، حيث يرى بعض الفقهاء اللبنانيون أن تجاوز الخوف الاحترامي[2] ما هو إلا خطأ في استعمال الحق، وهذا الخطأ يتمثل باستغلال مرتكبه علاقة القربى أو المودة التي تربطه بالمكره، أي ما سمي بالخوف الاحترامي عن طريق استعمال النفوذ الأدبي للحصول على عقود غير

إعادة ربط هذا النظام بقواعد عيوب الرضا للحفاظ على التركيبة الأصلية وتحديث الأحكام القانونية، زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 417.

أما الأستاذة عسالي فهي ترى عكس ذلك حيث ترجح إمكانية إسقاط ودمج مفهوم التعسف للتبعية الاقتصادية في الإكراه، على الفقرة الثانية من المادة 88 ق.م، أكثر تفاصيل انظر: عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص: 6.

[1] أنظر الامر رقم 03- 03 المؤرخ في 13 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، العدد 43، ج.ر 2003، المعدل والمتمم، الذي أخذ بالتعسف الناتج عن وضعيات الهيمنة، المادة 7 منه وكذلك وضعية التبعية الاقتصادية في العلاقات التعاقدية بين المتعاقدين المادة 11 منه.

[2] الأصل أن الخوف الاحترامي لا يكفي لتحقيق الإكراه ما دام الغرض من استعماله مشروعا، فتعاقد الأولاد مع والدهم تحت تأثير العاطفة والحنان مثلا لا يعد إكراها، كما هو الحال أيضا بالنسبة للعلاقة بين الزوجين، وبين رب العمل والأجير...انظر أكثر تفاصيل: أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 91، 92.

متكافئة بصورة فاحشة وهذه الحالة تقترب من حالة الاستغلال كما سنرى لاحقا، هذا الحل موجود في القانون الإنجليزي وهو ما يعرف "بالتأثير غير المشروع unde influence[1]، وفيه يسيء الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبي عليه، فمتى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين الشخصين كأب وابنه، وكطبيب ومريض أو كمحام وموكله... واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على توقيع العقد، فإن العقد يكون قابلا للإبطال[2]؛ أي أن الخوف الاحترامي يصبح حالة من الضعف لدى المتعاقد تسمح للمتعاقد معه باستغلالها لدفعه للتعاقد وإن كانت هذه الحالة في اعتقادي أشبه بعيب الاستغلال منه بالإكراه.

الفرع الرابع: استغلال المتعاقد للضعف النفسي للمغبون

يبدو أن عنصر الاستغلال واضح في هذا العيب فليس هناك ما يمكن أن يخالفه، فالاستغلال بوصفه عيبا في الإرادة يقصد به: " أن يعمد أحد المتعاقدين إلى استغلال حالة الضعف الإنساني الذي يوجد فيها المتعاقد الآخر مما يدفعه إلى إبرام العقد للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة للأخير أو تتفاوت معه تفاوتا غير مألوف" [3] وقد عرفه الأستاذ علي فيلالي في كتابه الالتزامات انطلاقا من نص المادة 90 ق.م على أنه "استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض"[4] وكان صائبا في ذلك على اعتبار أن المادة 90 من ق.م

---

[1] هي نظرية تعرف بالتأثير غير المشروع وهي وليدة محاكم العدالة البريطانية، حيث تقوم على فكرة العدالة التي تتصف بالمرونة بعكس القانون العام الذي يتطلب أن تكون الأمور محددة بشكل واضح، الأمر غير المتطلب بالعدالة، وتهدف هذه النظرية إلى الحد من سلطان الطرف القوي في العقد ومنعه من استغلال مركزه الذي يخوله فرض شروطه على الطرف الآخر، انظر أكثر تفاصيل: أحمد محمد ديب حجال، المرجع نفسه، ص: 256، 257.

[2] المرجع نفسه، ص: 94.

[3] هند فالح محمد صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 275.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 203، وقد ذكرت بخصوص عيب الاستغلال تعاريف فقهية كثيرة وكذلك نصوص قانونية نذكر من بينها المادة 159 من القانون المدني الكويتي التي تنص على أنه: " إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئة، أو طيشا بيّنا أو ضعفا ظاهرا، أو هوى جامحا، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه وجعله بذلك يبرم، لصالحه أو لغيره عقدا ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه تنكرا ظاهرا لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال وفقا

قد حصرت الضعف النفسي في الطيش البين والهوى الجامح كما يلي : "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....".

وصوابه متعلق بما ذكرته المادة 90 ق.م لأن تعريف الاستغلال المتوقف على الضعف النفسي المتكون فقط من طيش بين وهوى جامح غير كاف، بحيث كان من الأفضل توسيع دائرة الضعف النفسي وإن كانت بذلك ستقترب مع باقي عيوب الرضا خاصة عيبي الغلط والتدليس، إذ أنه يتم استغلال ضعف نفسي في كليهما، قد يكون طيشا بينا أو هوى جامحا أو عدم خبرة، أو ضعف إدراك، أو اعتقاد خاطئ، أو حاجة ملحة أو غير ذلك مما يمكن أن يضعف نفسية المتعاقد معه[1]، وقد يكون استغلال حاجة ملجئة أو حالة الضرورة كما جاء في نص المادة 159 من القانون المدني الكويتي والتي يمكن أن تشبه إلى عيب الإكراه حيث يجد المتعاقد نفسه مضطرا إلى إبرام تصرف تحت ضغط حاجة ملحة تتمثل عادة في دفع خطر محدق بالنفس أو المال، ومثاله: شخص مشرف على الغرق يلتمس النجاة، فيستغل فيه آخر هذه الحاجة، ويعرض عليه أن ينقذه لقاء ثمن باهظ، أما السطوة الأدبية: فيقصد بها النفوذ الذي يكون لشخص على آخر ويبلغ تأثيره عليه حدا يجعله ينقاد إليه، كما هو الشأن في سطوة أب على ابنه

للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر أو أن يبطل العقد"، نقلا عن عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1064 ، وقد عالجت عدة قوانين الاستغلال لوصفه عيبا مستقلا من عيوب الإرادة على خلاف القانون المدني الفرنسي، الذي لم يتضمن نصا بشأن الاستغلال، كما لم يفسح للغبن إلا مكانا ضيقا فلم يجعله مؤثرا في التصرف إلا من خلال حالات استثنائية وردت في نصوص خاصة.

[1] وهذا ما تفطنت له العديد من التشريعات، فنجد المشرع الألماني ينص في مادته 138 من القانون المدني على ثلاث حالات وهي: الإضرار، السذاجة وقلة الخبرة، وتوسع القضاء الألماني في تفسير هذه الحالات إلى درجة أن اعتبر أن مجرد التعادل الفاحش يعتبر بذاته دليلا على الطيش والخفة، أما المشرع اللبناني فجاءت عباراته واسعة لتشمل حالات الضيق والطيش وعدم الخبرة، محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دكتوراه علوم في العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية: 2011-2012، ص: 117.

أو رئيس على مرؤوسه[1] ويستغرب من موقف المشرع حين اقتصر حالتي الضعف النفسي على الطيش البين والهوى الجامع على سبيل الحصر في المادة 90.

وترى الأستاذة عسالي أن المشرع قد" أنكر أهم مجالات الاستغلال وانتزع من النص الدور المنوط به في تحقيق التوازن كما أن الحالتين الواردتين تمتاز بالغموض والتضييق وتعبران عن وضع واحد، ذلك أن مجال الاستغلال والذي أنكره المشرع قد يصنف إلى ثلاث تصنيفات:

1-التصنيف الأول: الوضعية الاقتصادية للمتعاقد.

2-التصنيف الثاني: الوضعية الذهنية للمتعاقد.

3-التصنيف الثالث: الحالة المعرفية والثقافية للمتعاقد.[2]

وفي اعتقادي أنه لا بد من إعادة النظر مليا فيما ورد في نص المادة 90 من ق.م، والتي ورغم تعديلات سنة 2005 إلا أنها مازالت تحتفظ بصيغتها القديمة، مكتفية بالإشارة إلى أن الاستغلال هو انتهاز ضعف لدى المتعاقد وأن هذا الضعف يتمثل في الطيش البين والهوى الجامح، ويرى الأستاذ بلحاج[3] أنه يمكن أن يبرر مسلك المشرع بالرغبة في" التيسير على القضاء واسترشاده بهذين المصطلحين، حتى لا يضطر إلى معالجة صور الاستغلال معالجة ناقصة أو فضفاضة استنادا إلى تطبيق قواعد التدليس أو الإكراه أو قواعد العدالة.

كما أنه يرى استحسان صياغة المادة المذكورة في شكل مبدأ عام، أي بمقتضى صياغة عامة، تركز على أن الاستغلال هو عيب عام في الإرادة دون إيراد تفاصيل لذلك إذ أن الاستغلال يكون في الواقع العملي متى ثبت الطيش البين أو الهوى الجامح أو الحاجة الملحة، أو النفوذ الأدبي، أو الضرورة الملجئة، لضعف نفسي أو مرضي أو ضعف ظاهري أو غيرها من الحالات المشابهة كالجهل وعدم الخبرة ونقص التجربة أو المهنية أو حالة السكر وغيرها من الظروف التي

---

[1] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1066، وهي ما سمي بالشوكة والنفوذ الأدبي، التي لم ينص عليها المشرع على أساس أنها استغلال كما يرى محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص74، ويراها على العكس من ذلك الأستاذ علي فيلالي إكراها لأن استعمال مثل هذه السلطة هو أمر غير مشروع إذا كان الغرض غير مشروع، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 191، سبق وأن أشرت إليها فيما يخص الإكراه.

[2] عرعرة عسالي، المرجع السابق، ص: 113.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 382.

يستغلها المتعاقد الآخر أو الغير مع علم هذا المتعاقد أو سهولة علمه بذلك[1]، وفي اعتقادي أيضا أنه من الأحسن عدم التضييق على الضعف النفسي وجعل الحالات المذكورة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر مما يمكن التوسيع[2] في العنصر النفسي للاستغلال وضم حالات أخرى ذكرت على سبيل المثال كما الحال بالنسبة للقانون الكويتي المادة 159 حماية أكثر لعدم المساواة بين المتعاقدين، لاسيما أن التطور الذي حصل في عدة ميادين منها التكنولوجي والاقتصادي أدى إلى كثرة الآلات المعقدة والمنتوجات بمختلف أنواعها التي تتطلب تجربة معينة لإبرام عقد عن علم ومعرفة وعن دراية معينة، وذلك على غرار ما ينص عليه القانون المدني الألماني في المادة 136 منه وكذا السويسري في المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري[3].

وبالرجوع إلى القانون الإنجليزي نجده قد أعطى نطاقا واسعا للغبن، حيث أنه لم يضع قائمة يحصر فيها حالات الضعف في المتعاقد والتي يستغلها الطرف الآخر، كما فعلت غالبية القوانين كالقانون المصري والقانون اللبناني وجميع القوانين التي أخذت بنظرية الاستغلال ضمن نصوصها، بل ترك الباب مفتوحا لتحقيق العدالة وتوازن العقد في كافة الظروف وأوجه النقص النفسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي التي قد تكون في العاقد ويستغلها الطرف الآخر عند إبرام العقد[4]، وأعتقد أن ذلك لن يؤثر على استقرار العقد إذ أنه لا يتناقض مع إمكانية توقي الإبطال المنصوص عليها في المادة 90 ق.م.

والنتيجة المتحصلة من خلال ما قمنا بدراسته، أن معظم عيوب الرضا تنجم عن عملية استغلال يقوم بها متعاقد يمكن وصفه بالأقوى في هذه العلاقة، في مواجهة المتعاقد معه ويكون الطرف الضعيف فيها بحيث يعمد الطرف القوي إلى استغلال دونية معينة أو ضعف معين في نقطة معينة سواء تعلقت بالوضعية الذهنية أو المعرفية أو النفسية أو الثقافية أو الاجتماعية

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 382.

[2] شوقي بناسي، مداخلة بعنوان: تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الالتزامات نموذجا، ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، الجزائر، 24 و25 أكتوبر 2016، حوليات الجزائر 1، العدد 05، 2016، ص: 171.

[3] ذهبية حامق، مداخلة بعنوان: النظرية العامة للعقد: تصور جديد، حوليات الجزائر 1، المرجع السابق، ص: 92، 93.

[4] أحمد محمد ديب الحجال، المرجع السابق، ص: 261.

أو الاقتصادية لهذا المتعاقد، مما يشكل لا مساواة بين أطراف هذه العلاقة، ويحدث اختلالًا في توازنها.

وأمام تطور الأوضاع خاصة فيما يخص الظهور الكلاسيكي للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وما فرضته بعض الممارسات العقدية من اعتبارات من نوع خاص أصبحت فكرة الطرف الضعيف تحتاج إلى تفعيل حماية خاصة بشخص له صفة "المستهلك" ومن ثم النظر أكثر إلى الضعف الناتج عن التفاوت المعرفي والخبراتي[1] والذي لم يعنى ضمن الأحكام التقليدية السابقة الذكر، والملاحظ من خلال ما سبق دراسته أن فكرة الاستغلال لا تكفي وحدها لكي تعيب الإرادة فلابد أن يستخدم هذا الاستغلال كوسيلة للضغط أو للتأثير ودفع المتعاقد معه لإبرام عقد ما.

وبالنتيجة يمكننا أن نقترح تعديلا فيما يخص القسم الثاني المعنون بـ"شروط العقد" من الفصل الثاني المعنون بـ "العقد" من الباب الأول تحت عنوان "مصادر الالتزام" من الكتاب الثاني المعنون بـ : "الالتزامات والعقود"، وذلك بتخصيص عنوان فرعي لعيوب الرضا نستهله بمادة تجمع حالات الضعف التعاقدي كما يلي:" يشكل الضعف عيبا في الرضا، عندما يكون نتيجة استغلال لأي شكل من أشكال الدونية لدى أحد المتعاقدين، وعندما ينجم عنه لا توازن عقدي"، تليها مادة أخرى نحاول من خلالها الالمام بدائرة حالات الضعف كما يلي: "تتحدد حالات الضعف انطلاقا من قابلية أحد المتعاقدين للاستغلال بسبب دونيته الناجمة عن ضعف مادي أو معنوي بالنظر إلى المتعاقد الآخر"، ثم يمكننا أن نعزز اقتراحنا فيما يخص الإنقاذ بتوجيه كل العيوب إلى جزاء أولي يتمثل في محاولة تصحيح العيب وإعادة التوازن العقدي ثم بعدها في حالة تعذر ذلك اللجوء إلى إبطال العقد.

المطلب الثاني: ضرورة تضييق حالات استغلال الضعف الدافع للتعاقد للمحافظة على صحة العقد

يبدو أن الاستغلال الذي تطرقنا لدراسته لا يشكل في حد ذاته عيبا في الرضا وليس له تأثير في صحة العقد إلا إذا كان مرفقا بما يجعله كذلك، فالعيب الذي يفسد الرضا هو الذي

[1] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص: 11.

يبلغ حدا يصير معه هو الدافع إلى التعاقد، وقد اعتمد المشرع العنصر الشخصي على حساب العنصر المادي في أغلب العيوب، بحيث يكون هو الدافع للتعاقد وفق ما يستشفه القاضي من ظروف الشخص بصرف النظر عما يعتري العقد من خلل في توازنه نتيجة اللامساواة بين المتعاقدين، فعيوب الرضا تستجيب لفلسفة معينة وهي إضفاء التوازن بين حماية المتعاقد الذي عيبت إرادته من جهة، وحماية استقرار التعامل التي ترتبط بمصلحة المتعاقد الآخر من جهة أخرى، لذلك يشترط فيها جميعا أن تكون دافعة إلى التعاقد ولا بد من تضييق حالات استغلال الضعف الدافع للتعاقد في سبيل المحافظة على صحة العقد؛ فيجب أن يكون الغلط الجوهري دافعا **(الفرع الأول)**، والحيل التدليسية دافعة**(الفرع الثاني)** والرهبة دافعة **(الفرع الثالث)** والاستغلال دافع**(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول: الغلط الجوهري دافع للتعاقد.

لم يعرف المشرع الغلط الجوهري وإنما اكتفى بالإشارة إلى مواصفاته، ويستخلص من أحكام المادة 82 ق.م أن الغلط الجوهري غلط جسيم ومؤثر "... إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد على إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط "، فالغلط الجوهري في نظر المشرع هو الغلط الجسيم الدافع الرئيسي أو الأساسي للتعاقد[1] بحيث لولا وقوع المتعاقد فيه لما أبرم العقد أصلا، أو لأبرمه بشروط مغايرة، والغلط الجسيم بمعنى أن تكون الاعتقادات الخاطئة التي تم استغلالها من قبل المتعاقد الآخر تبلغ من الجدية ما يجعلها تؤثر على المتعاقد الذي وقع فيها وتدفعه إلى إبرام العقد.

وقد أخذ المشرع في تقديره لمدى جسامة الغلط بمعيار ذاتي شخصي، فالعبرة في تقدير جسامة الغلط هي بنفسية المتعاقد والنتائج المترتبة على هذا الاعتقاد الخاطئ[2] وبالإضافة إلى صفة الجسامة التي يجب أن تتوافر في الغلط، يجب كذلك أن يكون الغلط مؤثرا، أي دافعا أي أنه السبب الرئيسي والوحيد الذي دفع المتعاقد على إبرام العقد، لذا فالاعتقادات الخاطئة التي لم تكن الدافع الرئيسي للتعاقد فإنها لن تنال من سلامة الرضا وبالتالي تحافظ على صحة العقد

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 315.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 160.

ومثال ذلك: إذا أراد شخص أن يشتري هاتفا لاستعماله في الاتصالات الحديثة، ثم اكتشف أن هذه الصفة ليست موجودة في هاتفه يعتبر أنه وقع في غلط جوهري ذلك لأنه هو الدافع لشرائه الهاتف، أما إذا كانت سيدة مسنة اشترت هاتفا فقط من أجل إجراء مكالمات عادية فهي هنا لم تقع في غلط لأن دافعها مختلف؛ وقد يكون الغلط في القيمة دافعا، ومثال ذلك: تعاقد مالك سفينة مع مالك بضاعة على أساس أن يكون تحديد سعر الناقل بحسب الحجم أو على أساس الوزن، وذلك حسبما يختار مالك السفينة، الذي اختار تحديد السعر على أساس الحجم الذي تبين فيما بعد أنه يزيد عن سعر الوزن بثمانية أضعاف، ومالك البضاعة لا يدرك ذلك، في حين أن هذا الأخير قد رفض التعاقد مع صاحب سفينة أخرى بسعر أقل بكثير من هذا السعر (فالصفة الجوهرية هنا هي القيمة وهي الدافعة للتعاقد).

- وقد يكون الغلط في الباعث: حيث يقوم شخص ببيع عقار يمتلكه بأقل من قيمته على أساس أنه مريض مرض الموت ثم يتبين أنه قد شفي من مرضه (فالصفة الجوهرية هنا هي الباعث وهي الدافعة للتعاقد).

- وقد يكون الغلط في القانون[1] ومثال ذلك: توهم الزوج أن له ربع تركة زوجته المتوفية ويبيع نصيبه بمبلغ ما، ولكن يتبين فيما بعد أن له نصف التركة فهنا (الغلط في القانون وهو الدافع للتعاقد).

يفهم مما سبق بيانه أن العبرة ليست بالأمر الذي وقع الغلط بشأنه، بل بمدى تأثير هذا الغلط في توجيه الإرادة نحو التعاقد، والتي كما سبق وأن بينا تخضع لتقدير القاضي والذي يأخذ بالمعيار الشخصي الذاتي[2] أي بحالته الخاصة وظروفه الشخصية التي تجعل من هذا

---

[1] الغلط في القانون ليس له نفس الحكم بالنسبة لقاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون، لأن الغلط في القانون فيه السعي لتطبيق القاعدة القانونية الصحيحة في مقابل أن التمسك بالعذر بجهل القانون يقتضي السعي لاستبعاد تطبيق القانون.

[2] والبعد الشخصي يتعلق بماهية الاعتقاد الداخلي للشخص المتعاقد والحالة الذهنية التي قد يكون عليها أثناء التعاقد، على نحو قد يحمله على عدم مراعاة مصالح الطرف المقابل كما يتعامل مع مصالحه، أما البعد الموضوعي فيتعلق بمؤثرات خارجية يمكن البناء عليها عند التعامل مع هذا المبدأ من خلال البحث في التوازن العقدي بين أطراف العلاقة في أثناء مرحلة التفاوض على شروط العقد، وخلال مرحلة تنفيذ هذه الشروط، محمود فياض، مقال بعنوان: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد:54، 2013، ص:231.

الاعتقاد الخاطئ جوهريا ودافعا ومن ثم معيبا للإرادة، وبالتالي في صحة العقد والتي هي مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا[1].

الفرع الثاني: الحيل التدليسية دافعة للتعاقد

لقد سبق وأن بينا أن عيب التدليس يقوم على عنصرين، عنصر مادي ويتمثل في مختلف الوسائل التي تستعمل لتضليل المتعاقد وهي الحيل والسكوت العمدي، وعنصر معنوي يتمثل في نية التضليل والخداع أي أن يكون الغرض من الحيل المستعملة بشتى أنواعها خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد؛ ولابد أن نشير إلى أن للتدليس شروطا منها ما يتعلق بالمدلس **(ثانيا)**، ومنها ما يتعلق بخطورة التدليس إذ يجب أن يكون مؤثر **(أولا)**.

أولا: التدليس مؤثر

يشترط المشرع في المادة 86 فقرة 1 من ق.م أن تكون الحيلة المستعملة مؤثرة أي أن تبلغ من الجسامة حدا يعتبر دافعا للمتعاقد على التعاقد، وبعبارة أخرى أن تكون الطرق الاحتيالية من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد أي أنها هي الدافع الرئيسي للتعاقد، وأما إذا لم تكن الحيل التي لجأ إليها المدلس هي التي كانت وراء تصميم وعزم المدلس عليه، فرضاه يكون سليما والعقد صحيحا، ومؤدى ذلك أنه يشترط لكي يكون التدليس سببا في إبطال العقد الذي أبرمه المدلس عليه أن تكون ثمة علاقة سببية بين واقعة التدليس وواقعة التعاقد[2]، ويثير هذا الشرط مسألتين:

1- التدليس الدافع والتدليس غير الدافع إلى التعاقد: حيث يميز الفقه التقليدي بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع (أو العرضي)، فالتدليس الدافع هو الذي يحمل الشخص على التعاقد بحيث لو أنه كان على علم بالحقيقة لما أقبل على التعاقد أصلا، أما التدليس غير الدافع فهو الذي يقتصر أثره على حمل المتعاقد على ارتضاء التعاقد بشروط أشد وطأة.

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 168.

[2] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص :1050، كذلك هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 262.

فالأول هو الذي يعيب إرادة المدلس عليه ويكون العقد بسببه قابلا للإبطال، أما الثاني فلم يكن دافعا للتعاقد، أي أن العقد كان يبرم ولو لم يوجد هذا التدليس الذي لم يكن من نتائجه إلا تحميل المدلس عليه بالتزامات أشد ومن ثم فهو لا يؤدي إلى إبطال العقد، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالقول أن عدم التمييز بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع يؤدي إلى توسيع دائرة البطلان الأمر الذي يترتب عليه زعزعة الاستقرار الواجب للمعاملات بينما يؤدي التمييز إلى قصر أثر التدليس غير الدافع على المسؤولية عن الخطأ مع بقاء العقد صحيحا[1].

لقد انتقد هذا الرأي على أساس أن التفرقة التي بنوا عليها حكم التدليس الدافع والتدليس غير الدافع تقوم على فصل مصطنع بين إرادة المتعاقد في ذاتها وبين الشروط التي تحرك الإرادة في دائرتها، ولم يأخذ المشرع بهذه التفرقة لعدم جديتها[2] لأن رضا المتعاقد إما أن يكون سليما وينعقد العقد صحيحا، وإما أن يكون معيبا فيكون العقد قابلا للإبطال[3] والحقيقة أن التدليس تضليل وخداع وغش سواء دفع إلى التعاقد أو اقتصر أثره على القبول بشروط أبهظ[4].

ولقد ذهب الفقه إلى أبعد من ذلك حيث اعتبروا أنه حتى نية التضليل ليست واجبة حتى يتم إبطال العقد للتدليس؛ كما أن المادة 86 ق م جاءت عامة ومطلقة، إذ لم تضع تقسيما معينًا وإنما العبرة بأن هذا التدليس لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويمكن أن نذكر عدة نصوص تشير إلى نفس المؤشر، إذ تنص المادة 125 فقرة 1 مدني مصري "... بحيث لولاها (الحيل) لما أبرم الطرف الثاني العقد" وأيضا نص المادة 143 مدني أردني التي جاء فيها: "التغرير هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية يحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى بغيرها"، كذلك تنص المادة 208 لبناني على أن: "إن الخداع لا ينفي على الإطلاق

---

[1] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1051، كذلك هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 264.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 183.

[3] المرجع نفسه، ص183.

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص:347، وهناك من الفقهاء من يعتبره تدليسا ثانويا أو فرعيا، أكثر تفاصيل، انظر: عبد العزيز المرسي، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، دار الشمس للطباعة، 2006، ص: 288.

وجود الرضا ولكن يعيبه ويؤدي إلى إبطال العقد، إذا كان هو العامل الدافع إليه والحامل للمخدوع على التعاقد..."[1]، كذلك المادة 151 مدني كويتي تنص على أن: "يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعه بذلك إلى التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتضي العقد..."[2]؛ إذن فرضا المتعاقد إما أن يكون سليما فينعقد العقد صحيحا، وإما أن يكون معيبا فيكون العقد قابلا للإبطال، أما إذا اقتصرت مطالبة المدلس عليه على التعويض فهذا لا يعني أن التدليس غير دافع[3]، وإنما من حق الضحية إما المطالبة بالإبطال والتعويض معا وإما الاكتفاء بالتعويض مع الإبقاء على العقد وهو ما يفيد الإنقاذ، خاصة وأن دعوى الابطال لن تكون هدف المتعاقد الذي يثبت أنه وقع في تدليس، والتي تعني إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، والذي يمثل في حد ذاته ضررا يلحق بالطرف المدلس عليه ومن ثم فإنه حتى وإن أمكنه التوصل إلى إبطال العقد فإن هذا ليس هو الهدف الذي أراده من التعاقد، حيث أن هدفه يتمثل في الحصول على شيء ملائم لتحقيق احتياجاته، وهو الأمر الذي غالبا ما يدفعه على المطالبة بالتعويض[4] مع الإبقاء على العقد، ولم لا اقتصار المطالبة بإبطال البنود التي مسها التدليس تطبيقا لنص المادة 104 ق.م المتعلقة بإنقاص العقد[5]، أو إنقاص الثمن[6].

2- معيار تحديد التدليس الدافع: يتم تقدير الاندفاع تقديرًا ذاتيا، إذ يؤخذ بعين الاعتبار حالة المدلس عليه الطرف الضعيف في العلاقة وذلك في مصلحته، خاصة وأن الطرف المدلِس حتما سيستغل الضعف الموجود في المدلَس عليه، ومن ثم سيختار من بين أنواع الحيل والأكاذيب ما يلائم حالة من يريد خداعه، ولذلك كان لابد من النظر إلى المدلس عليه ومراعاة

---

[1] هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 263.

[2] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1063.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 183.

[4] ق.م.ع رقم 233625 الصادر بتاريخ 2001/01/17، م.ق لسنة 2001، عدد2، ص: 109.

[5] المزيد من التفاصيل: انظر الفصل الأول من الباب الثاني من الدراسة.

[6] En cas de vente l'acquéreur peut invoquer le dol pour conclure seulement à une réduction de prix, Cass.com., 14 mars 1972, n 71-10.145 : D. 1972, 653, note Guestin, Cass, 3 Civ., 6 juin 2012 ; 11-15.973 : RDC 2012/4 p, 1180 ; obs, T.Genicon, Laurent Leveneur, Code Civil 2022, Lexis Nexis, Paris, p :1070.

كل الاعتبارات والظروف المحيطة به من سن، قدرة الاستيعاب، فطنة، خبرة، ذكاء، ثقافة وكل الظروف التي من شأنها أن تجعل التدليس دافعا إلى التعاقد.

ثانيا: صفة المدلس

تنص المادة 87 ق.م أنه:" إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"، ويفهم من المادة أن التدليس يمكن أن يعتد به إذا كان صادرا من غير المتعاقدين لكن بشرط أن يكون المتعاقد الآخر على علم بذلك أو باستطاعته العلم به، وهو أمر صعب الإثبات ما يجعلنا نعتقد في هذا الصدد أن المشرع يتجه إلى حماية استقرار العقد وتدعيم الأمن القانوني على حساب إرادة ضحية التدليس، من خلال تضييق نطاق المطالبة بالإبطال[1]، وهو مالم يعتمده المشرع الفرنسي في تعديله الأخير إذ أنه لم يشترط العلم بالتدليس لا الحكمي (تدخل إيجابي) ولا الافتراضي(تدخل سلبي) وإنما قام بإعطاء أمثلة عن الغير تظهر في معظمها شبه مبررة[2] خاصة أنه قد يستفيد حتما من التدليس النائب أو الفضولي أو التابع أو المتعهد...

الفرع الثالث: الرهبة دافعة للتعاقد

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص، فتندفع إلى التعاقد، والمتفق عليه أن الذي يفسد الرضا ويعيبه ليست الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، وإنما هي الرهبة التي تقع في نفس

---

[1] وما ذلك إلا تطبيق لمبدأ حسن النية في التعامل الذي يمنع الإضرار بالمتعاقد البريء الذي لم يصدر عنه أي خطأ لكي يعاقب عليه، حيث أنه في الحالة التي يصدر فيها الخداع عن الغير دون أن يعلم به المتعاقد الآخر الذي كان حسن النية في تعاقده، ولم يكن له ضلع في الغلط الذي وقع فيه المتعاقد معه ولا في الدافع الذي حمله على التعاقد، لا بد أن يبقى العقد قائما، أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، وهو ما يساعد على الحفاظ على استقرار المعاملات، وما على المدلس عليه إلا مطالبة المتسبب بتعويضه عن الضرر اللاحق به، أما إذا كان المتعاقد مساهما في التدليس الصادر عن الغير أو حتى عالما به فيعتبر في هذه الحالة سيء النية وعندها يفقد الحماية القانونية، إبتسام دزيري، مقال بعنوان: أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد، مجلة المعيار، الجزائر، مجلد 25، عدد 61، 2021، ص: 463.

[2] المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل والتي تنص على أن:" يكون التدليس متحققا كذلك إذا كان صادرا من النائب أو الفضولي أو التابع أو المتعهد عن المتعاقد... ويتحقق التدليس أيضا عندما يصدر من الغير المتواطئ"، ولقد انتقد الكثير من الفقه قيام المشرع الفرنسي بالنص على قائمة للغير، بحيث يرى أن الأمر لا يتعلق بتدليس صادر من الغير وإنما تدليس صادر من شخص لا يتعامل باسمه الخاص، Nabila Lahnane, op.cit, p: 270.

المتعاقد، وهي المسألة الجوهرية[1] في موضوع الإكراه برمته، إذ يجب أن تؤثر وسيلة الإكراه المستعملة في نفسية المتعاقد، فتبعث فيها رهبة أو خوفا مما يدفعه إلى التعاقد، وهذا ما جاء في نص المادة 88 فقرة 1 ق.م:" يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق..."، فإنه يعتد في الإكراه بمدى تأثير استغلال الضعف (مهما كان نوعه) ومدى تأثير وقائعه في رضا المتعاقد المضرور أي الضحية، إذ تكون تلك الرهبة هي السبب الرئيسي والمباشر الذي حمله على التعاقد، أي أنه لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام عقد لا يخدم مصالحه، أما إذا ثبت أن هذا الشخص كان سيبرم العقد وبنفس الشروط ولو انعدمت الرهبة، وذلك لمصلحة أرادها فإن الإكراه لا يعتبر دافعا للتعاقد[2].

والمسألة تخضع لقاضي الموضوع الذي ينظر في كل حالة على حدى مراعيا في ذلك الظروف الخاصة للشخص الواقع تحت تأثير الإكراه وذلك حسب معيار شخصي يعتمد على شخص المتعاقد وحالته الصحية والعقلية والمعرفية والاجتماعية... المادة 88 فقرة 3 من ق.م، وحتى وإن كانت هذه الوسائل المستعملة لبث الرهبة غير جدية ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المتعاقد المكره ودفعته بذلك لإبرام العقد، بحيث كانت كافية لتعييب الرضا، إذ الأهم هو مدى تأثر المتعاقد بالرهبة[3] وليس جديتها، وهو ما يمثل خصوصية لعيب الإكراه فالمشرع كان متساهلا في المطالبة بالإبطال في هذا الصدد غير آبه بجدية الوسائل المستعملة لبث الرهبة في مقابل مدى تأثيرها على نفسية المتعاقد المكره[4] .

وفي المقابل لا بد لنا أن ننوه أن المشرع قد أعطى للمتعاقد ضحية عيب الإكراه الحق في المطالبة بإبطال العقد إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين لكنه في المقابل ربطه بوجوب أن يثبت المتعاقد المكره أن المعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم حتما بهذا الإكراه[5]، وهو ما يفيد أيضا التضييق من الحق في إبطال العقد على حساب حماية إرادة الضحية، وفي

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص:363.

[2] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص: 82.

[3] المرجع نفسه، ص: 80.

[4] ويمكن رد ذلك إلى خطورة الإكراه على المجتمع.

[5] المادة 89 ق.م التي تنص على:" ...فليس للمتعاقد المكره أن يطالب بإبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه"

اعتقادي أن المشرع يكون بذلك قد وفق في الجمع بين تكريس الثقة المطلوبة في العقود عملا بمبدأ حسن النية والعمل على ديمومتها واستقرارها، وهو نفس ما جاء به في عيب التدليس[1]، فإذا كان الإكراه الصادر عن الغير يتصل بالمتعاقد الآخر لأن هذا الأخير يعلمه أو من المفروض أن يعلمه فإنه يؤثر على صحة العقد فيجعله قابل للإبطال، أما إذا كان هذا الإكراه لا يتصل بالمتعاقد الآخر لأن هذا الأخير حسن النية فإنه لا يؤثر على صحة العقد، وإنما ينتج أثره كعمل غير مشروع لا كعيب من عيوب الرضا[2].

الفرع الرابع: الاستغلال دافع للتعاقد

يقوم عيب الاستغلال على عنصران: عنصر مادي يتمثل في التفاوت الذي بدوره يأخذ صورتين: التفاوت بين الالتزام والعوض في عقود المعاوضة، والتفاوت في التعادل الذي يمثل بالنسبة لعقود التبرع الفرق ما بين الالتزامات التي يتحملها المتبرع والغاية المعنوية التي يسعى إلى تحقيقها[3]، وهناك عنصر معنوي يتمثل في استغلال الضعف النفسي للمغبون كما سبق تبيانه أن المشرع يعتد بحالتين فقط للضعف النفسي وهما: الطيش البين والهوى الجامح؛ وزيادة على الضعف النفسي، تشترط أحكام المادة 90 ق.م أن يستغل المتعاقد هذا الضعف بقصد دفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد، حيث تنص هذه المادة على أنه: "... ويتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش بين أو هوى جامح ..."، وبذلك يتضح أنه، لا يكفي توافر عنصري الاستغلال: العنصر المادي المتمثل في التفاوت في الالتزامات، والعنصر المعنوي المتمثل في استغلال الضعف النفسي للمتعاقد الآخر، بل لابد أن

---

[1] وهو كما عبر عنه الأستاذ عبد الحي حجازي كما يلي:" ... فإن مصلحة ذلك المتعاقد وكذلك مصلحة استقرار العقود يجب أن تتقدم عليها مصلحة الجماعة التي يجب حمايتها من الاضطراب الاجتماعي الذي ينشأ من الإكراه والتدليس"، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1061.

[2] وهذا ما يبين لنا الدور الحمائي الذي يلعبه مبدأ حسن النية في حماية المتعاقد إذ يعطيه حصانة قانونية، فلا يحتج بوجهه بإبطال العقد، وهو ما يساهم في تفادي إبطال العقود، وما على المتعاقد المكره إلا المطالبة بالتعويض من الغير الذي صدر منه الإكراه على أساس المسؤولية التقصيرية، إبتسام دزيري، المرجع السابق، ص: 464.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 207.

يكون هذا الاستغلال بهدف التأثير على إرادة المتعاقد المستغل ودفعه إلى إبرام العقد، بحيث يكون هذا الاستغلال هو الدافع الرئيسي لإبرام العقد ولولاه لما أقدم هذا المتعاقد على إبرامه[1].

ولقد اعتنقت التقنينات الحديثة النظرية النفسية للغبن أو ما يسميه البعض الغبن الاستغلالي[2]، وجعلت منها نظرية عامة تطبق على جميع العقود التي يستغل فيها أحد الطرفين ضعف الطرف الآخر أو دونيته أو خفته أو طيشه أو عدم تجربته... استغلالا يحصل من خلاله لنفسه أو لغيره على منافع وأداءات تفوق بكثير الأداءات الواجب الحصول عليها.

واندمجت بذلك فكرة الغبن بمعناه التقليدي الضيق وفكرة الاستغلال بمعناه الحديث الواسع، وأصبح الاستغلال أحد العيوب التي يمكن أن تؤثر في العقد عن طريق التأثير في الرضا، ولم يعد يمثل الغبن إلا المظهر المادي للاستغلال[3]؛ ونشير إلى أن الاستغلال لا بد أن يكون هو الذي دفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد، فيؤدي استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح إلى الضغط على إرادة المتعاقد المغبون بحيث يفقد حرية التصرف فيفسد بذلك رضاه، ولولا الطيش البين أو الهوى الجامح، وما بذله الطرف الآخر من استغلال لهذا الضعف لما أبرم العقد[4]؛ والمعيار ذاتي كما هو الشأن في عيوب الإرادة، إذ أنه باستغلال ضعف المغبون، وقيام المغبون تحت تأثير هذا الاستغلال بإبرام العقد تكون إرادته معيبة، ويكون العقد بذلك قابلا للإبطال، ومعنى ذلك أن يكون الاستغلال قد وقع بفعل المتعاقد الآخر مما أدى إلى دفع المتعاقد

---

[1] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص: 102.

[2] الغبن الاستغلالي: هو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه يؤسس على واقعة عدم التعادل أو التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، فهو عيب فيه مستقل عن عيوب الرضا المعروفة وهذا ما يعرف بالغبن المجرد، لكن حيث يرتبط الغبن بظروف أخرى أي فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه فلا يكون الغبن بهذا المفهوم عيبا في العقد بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا، محمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص: 388؛ ويرى بعض شراح القانون المدني أن الاستغلال ليس عيبا مستقلا عن العيوب الثلاثة السابقة فهو يقترب جدا من الإكراه في حالة الهوى الجامح، ومن الغلط والتدليس في حالة الطيش البين، وعليه فإن عيوب الإرادة في الحقيقة هي الغلط والإكراه فقط، محمد حسنين، عن العربي بلحاج، المرجع السابق، هامش، ص: 384.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 388، كذلك: حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1997، ص: 29.

[4] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص: 418.

المغبون إلى التعاقد[1]، والقاضي في بحثه عن العنصر النفسي لدى الطرف الآخر المستفيد من العقد، لا ينحصر في الكشف عن سلوك إيجابي معين صدر منه في سبيل حصوله من الطرف الضعيف على قدر يزيد عما قدمه له، كأن يساهم مثلا في إيجاد حالة الضعف التي يوجد فيها الطرف الآخر، بل يكفي أن يكتشف القاضي أن الطرف المستغل قد استفاد من الضعف أو الدونية التي اعترت حالة الطرف الضعيف، مما دفع به إلى التعاقد بشروط لم يكن ليتقبلها في الأحوال العادية، فيكفي اقتصار دور المستغل على الاستفادة من ذلك المركز أو حالة الضعف التي يوجد بها الطرف المغبون[2]، ولا اعتبار إذن لنية المستغل أو تبييت نيته للاستغلال، فبمجرد علمه بحالة الضعف في الطرف الآخر واستغلالها يكون ذلك كافيا[3].

ويرجع تقدير مسألة أن الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد من عدمه إلى قاضي الموضوع، فهي مسألة موضوعية، لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، أما فيما يتعلق بالوصف القانوني لوقائع الاستغلال وأن ما يصح استغلاله مقصورا على الطيش البين والهوى الجامح مسألة قانون تبسط عليها المحكمة العليا رقابتها[4]؛ ويقع عبء إثبات العنصر النفسي على المتعاقد المغبون إذ النص صريح في هذا المعنى:"... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا[5]، بمعنى أن الطرف المغبون ملزم بإقامة الدليل على العنصر المادي من جهة ألا وهو الاختلال الفادح في الأداءات، ومن جهة أخرى يثبت أنه الدافع إلى إبرام العقد تحت تأثير الطيش البين أو الهوى الجامح وهو ما يصعب نوعا ما إمكانية المطالبة بالإبطال العقد.

---

[1] فمثلا حين تدرك الزوجة الشابة مدى هيام زوجها الكهل بها فتطلب منه أن يهبها، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 381.

[2] محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص: 115، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 381، والذي يرى أن عدم التعادل الفادح قرينة على هذه النية المبيتة، ولا يشترط أن يكون صاحب هذه النية هو نفس الشخص الذي يفيد التصرف.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 212، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 384.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 400، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 381.

[5] المرجع نفسه، ص: 401.

المبحث الثاني: حماية الرضا وفقا للأحكام الحديثة: إنقاذ وقائي

إن التفاوتات الاقتصادية والاجتماعية التي تسود العلاقات التعاقدية قد غيرت من مفهوم الرضا المطلق والسيد إلى صورة أخرى، وهي عدالة الرضا، ومن ثم اشتراط رضا حقيقي مستنير ومتبصر، فلم يعد يكفي في إبرام العقد أن يتشكل الرضا، بل لا بد أن يحدث تطابق بين إرادتين على أسس من العدالة، فلو كان الرضا وحده يكفي لرفع اللاعدالة فكل العقود تكون عادلة[1]، ولا حاجة إذن لفرض قيود من قبل المشرع على إرادة الأطراف أو حمايتها.

لقد تأثرت القواعد التقليدية المتعلقة بانعقاد العقد أيما تأثر بما وصلت إليه التكنولوجيا الحديثة بشكل دفع الفقه والقضاء وبعض التشريعات المقارنة للتدخل من أجل ملاءمة القواعد المتعلقة بإبرام العقد مع التطور الحاصل، بعد أن اتضح جليا أن القواعد المقررة في هذا المجال أصبحت عاجزة عن مواجهة الاختلال الحاصل بين المتعاقدين، كما أن المشرع أصبح يهتم أكثر بتنظيم العقد سعيًا منه لتحقيق التوازن العقدي من جهة واستقرار المعاملات من جهة أخرى.

ولعل أهم المراحل التي يسعى فيها لتحقيق ذلك هي مرحلة تكوين العقد، وذلك خلافًا لما كان عليه الوضع في القواعد العامة، حيث كانت الحلول المعالجة لعدم توازن العقد وعدم استقرار المعاملات تدرس في المرحلة اللاحقة للتكوين أي في مرحلة تنفيذ العقد، وفي اعتقادي أنه من الأولى الاهتمام بفترة تكوين العقد أكثر من الاهتمام بمرحلة التنفيذ ما يساعد المشرع على بناء استراتيجية قانونية وقائية تعمل على بناء العقد على أسس سليمة ومن ثم التقليص من مشاكل التنفيذ، ولا تقل مرحلة ما قبل التعاقد في أهميتها عن مرحلة إبرامه، حيث يمكن من خلالها تفادي عيوب الرضا، وبالأخص الغلط والتدليس، وحتى نتمكن من إنقاذ العقد من الإبطال حتى قبل أن يتم، وذلك عندما يقوم كل طرف بما يمليه عليه واجبه كمتعاقد من إيضاح وبيان، وينشأ بذلك ما يسمى بالالتزام بالإعلام **(أولا)**، كما ينبغي أن يتأنى كل طرف ويستغل الوقت الكافي في التفكير قبل الإقدام على إبرام عقد يتم تهديده فيما بعد بالإبطال،

[1] Mustafa El Gharbi, Justice contractuelle et liberté de la volanté, Un rapport problématique, R.R.J, N° 2005-1, P : 177.

لذلك لا بد أن يعطى الوقت اللازم للتفكير (مهلة التفكير)، ويمنح بذلك حق العدول متى كان ذلك ممكنًا كضمانات إضافية **(ثانيا)**.

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام وسيلة وقائية لتحسين الرضا

إذا كانت الحماية التقليدية للمتعاقد في مواجهة المتعاقد معه فيما مضى لاحقة لتصرفاته أي بعد نشوء العقد، فإن الحماية الحديثة أصبح لها دور وقائي أي عند تكوينه، ويكون ذلك بإمداد المتعاقد القدر الكافي من المعلومات مما يؤدي إلى تنوير رضاه بالعقد ومن ثم توجيه إرادته إلى التعاقد على النحو الذي يمنع وقوعه في الخطأ، وبظهور المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية ازدادت عناية الفقه والقضاء أكثر بهذا الالتزام خاصة وأنه يعمل على توفير قدر من الحماية الموضوعية لرضا المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية.

ويبدو أن الفقه قد اتفق على الدور المزدوج للالتزام بالإعلام حيث أنه يقرر هدفين[1] في العقد، **أولهما:** تكريس مفهوم حمائي يحقق به سلامة الإرادة، **وثانيهما:** اعتماد مفهوم مقوم يتمثل في إرجاع ما اختل من توازن في العقد؛ ويميل الفقه المعاصر إلى الابتعاد كليا[2] عن الخوض العقيم في التفرقة بين الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي والالتزام بالإعلام التعاقدي، بالنظر إلى صعوبة رسم حدود فاصلة بين هذين الالتزامين بل واستحالة ذلك أحيانا، حيث قال غستان: «إن الحدود الفاصلة بين هذين الالتزامين لا يمكن رسمها بوضوح، إن لم يكن هذا التحديد مستحيلا"[3].

---

[1] زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 235.

[2] " وعلى ذلك فإننا نستطيع أن نقر باطمئنان أن الالتزام بالإعلام يمكن أن يتسع ليشمل الالتزامين معا، دون تفرقة بين الالتزام ما قبل التعاقد وما بعد التعاقد، ..."، إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص: 113.

[3] عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص: 370.

ولا بد أن نشير خلال دراستنا للالتزام بالإعلام أن المشرع الجزائري عندما نص على هذا الالتزام في المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش لم يحدد زمن الالتزام بالإعلام بفترة ما قبل التعاقد أو بعده وهو بذلك يكون قد سار على خطى الفقه الحديث[1].

ونشير إلى أن دراستنا هنا ستقتصر على الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد لما يمثله من فائدة، باعتباره وسيلة وقائية لحماية الرضا، مما يدفعنا إلى بيان مضمونه ثم الانتقال إلى استعراض أثره على استقرار العقد ودوامه.

الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي

إن الحق في المعرفة أو الحق في الإعلام لهو من أهم المبادئ الحمائية التي يمكن أن تنقذ العقد في مرحلة تكوينه من خلال العمل على تحسين الرضا في جل المعاملات المدنية، حيث وبعد ثبوت قصور وعجز الوسائل التقليدية لحماية الرضا، حاول الفقهاء إقامة نظرية عامة للالتزام ما قبل التعاقدي[2] كالتزام قائم بذاته جنبا إلى جنب مع نظرية عيوب الرضا، ولا يمكن حصر هذا الالتزام فقط على العلاقة التي تربط المستهلك بالمهني إذ أن إرساء واجب الإعلام السابق للتعاقد يجد جذوره في النظرية العامة للعقد وذلك ما سأحاول تبيانه فيما يلي:

أولا: مفهوم الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي

يعمل الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي على حماية الرضا من العيوب في تكوين إرادة متبصرة مستنيرة، ففي القرن الماضي كان الاعتبار لمبدأ حرية الإرادة، أما في الوقت الحاضر فإن الحاجة تزداد لمبدأ الوقاية خير من العلاج، من خلال البحث عن آليات وقائية احترازية، ويعد الالتزام السابق على التعاقد بالإعلام من بين هذه الآليات التي تعمل على توقي حدوث عيوب الرضا[3] في مرحلة تكوين العقد، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الالتزام لم يحظى بتعريف مفصل من

---

[1] ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2008- 2009، ص: 166، 167، كذلك أنظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص: 376.

[2] Ch, Larroumet, op.cit., p :337.

[3] أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص: 107.

قبل المشرع بينما ترك ذلك المجال للفقه والقضاء، ولا شك في أن التعريف الدقيق لهذا الالتزام يعد الوسيلة المثلى لمعرفة خصائصه.

1- تعريف الالتزام بالإعلام لغة: الإعلام هو الإفضاء، علم علما أي حصلت له حقيقة العلم، علم بالشيء يعني عرفه وتيقنه وأدركه وشعر به، ونقول أعلمه الأمر أي أطلعه عليه، وأفضى إليه سره أي أباح إليه به؛ ويلاحظ أن الإعلام يراد به الإفضاء بالأمور الخاصة (السرائر)، وقد جاء في لسان العرب لابن منظور الإفريقي أن الإعلام من الفعل علم، وعلمت بالشيء بمعنى عرفته، وعلم الأمر بمعنى أدركه وتحصل على حقيقته[1].

2- تعريف الالتزام بالإعلام اصطلاحا: الالتزام بالإعلام التزام يفرض على أحد المتعاقدين أي المدين إعلام المتعاقد الآخر أي الدائن، بكافة الوقائع التي تكون منتجة ولازمة لتكوين رضا حر مستنير، أو لضمان حسن نية المتعاقد، فالمعلومة المقدمة لا تنحصر في تنوير إرادة المدين وجعله على دراية بمحل العقد والآثار المترتبة عليه، بل يجب على المدين أن يعلم المتعاقد معه بكل البيانات والمعلومات التي من شأنها أن تضمن تنفيذ العقد بحسن نية من خلال العلم الكافي بكل تفصيلات العقد[2].

وقد عني الفقه الحديث في ضوء الأهمية البالغة للالتزام بالإعلام بإيراد تعاريف مختلفة، نذكر من بينها على سبيل المثال، تعريف الأستاذ خالد جمال أحمد بأنه: " التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاءه بالعقد"[3]، كما عرفه أيضا الأستاذ نزيه محمد الصادق المهدي بأنه:" التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يتقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم بيانات معينة أو يحتم

---

[1] ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صابر للطباعة والنشر، لبنان، ط4، 2005، ص: 264.

[2] سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1999، ص: 10،11.

[3] خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (د.س)، ص: 82.

عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"[1].

أما بالنسبة للفقه الفرنسي فمن الأهمية أن نذكر الفقيه الفرنسي (جوجلر)[2] وهو أول من جاهد في سبيل الاعتراف بالالتزام بالإعلام ونادى بضرورة وجود هذا الالتزام نظرا لأهميته في كل مراحل العقد، والذي أوضح أن الحكمة من فرض هذا الالتزام تكمن في عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة لحماية المتعاقد الضعيف، كما عرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه:

"Par l'obligation de renseignement ou d'information, le contractant prévient son contractant des risques avantage de telle mesure ou de tel acte envisage. Il l'éclaire, par des renseignements et des avertissements ; afin que son choix soit effectué en pleine connaissance de course. Mais la s arrête son devoir : il n'a pas, en principe, à prendre parti, à favoriser l'adoption d'une solution plutôt qu'une autre[3]."

وفي صدد التأكيد على وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، ذهب الفقيه الفرنسي (جستان)[4] إلى أن:" الالتزام بإعلام المتعاقد الآخر بكل ظروف العقد، ما هو إلا وسيلة جديدة تضاف إلى الوسائل التقليدية التي تهدف إلى حماية الرضاء، حتى لا يقوم العقد على رضاء غير حر من جانب أحد طرفيه، فالرضا لا يكون حرا إلا إذا استند إلى حرية كاملة من المتعاقد في تقدير ظروف التعاقد"، كما تناولت أيضا الفقيهة (أليس)[5] الالتزام بالإعلام في رسالتها تحت عنوان:" الالتزام بالإعلام في العقود"، بقولها:" وتعكس هذه الفروض معنى خلق وسيلة فعالة، لكفالة قدر من الأمانة العملية العقدية، حيث يكون من شأنها ردع جنوح بعض المتعاقدين، إلى التعسف في الإفادة من وضعهم المتميز، في مواجهة الطرف الآخر؛ هذا الوضع المتميز بسبب ما

---

[1] نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص: 15.

[2] عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص: 38.

[3] Philippe le Tourneau et Michel Leroy, Contrats et obligations, classification des obligations, principe de la distinction des obligations de moyens et obligations de résultat, Fasc. 20, édition du juris- classeur, 2002, alinéa 5.

[4] Ghestin J, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, L.G.D.J., 1980, n, 455.

[5] نقلا عن: عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص: 40.

في حوزة الأول من معلومات وخبرة لا يمتلكها الثاني، يستوي في ذلك أن يكون هذا الوضع المتميز، قد نشأ نتيجة وضع طبيعي، أو كان نتيجة وضع مكتسب".

ويشير الفقه[1] إلى الدور الأساسي الذي يلعبه الالتزام بالإعلام في تحقيق التوازن العقدي خاصة بعد أن فشلت الإرادة[2] في مواجهة معطيات التعاقد الحديث، وتم استحداث التزامات تفرض على الطرف القوي القيام بالتزامات جديدة إيجابية تستدعيها طبيعة العقد مثلما يسمى بالالتزام بالإعلام، وكل ذلك في سبيل الإبقاء على العقد، وجعل العلاقة التعاقدية مثمرة لأطول مدة ممكنة[3] خاصة وأن استمرار هذه العلاقة ودوامها يتوقف على نوعية وكمية المعلومات المتبادلة في المرحلة ما قبل التعاقدية أو ما يسمى بالمفاوضات العقدية[4]، وأن عدم التوازن بين الطرفين يستدعي التدخل لإنقاذ العلاقة التعاقدية، وذلك بتنوير رضا الطرفين في هذه المرحلة بالذات، من خلال التزام الطرف الذي يعلم بإعلام الطرف الذي لا يعلم[5] نتيجة لعدم التكافؤ في المعلومات حول عناصر العقد، وذلك حماية للإرادة وتحقيقًا لسلامتها؛ والبيانات التي يلتزم المدين بهذا الالتزام بالإدلاء بها قد تتعلق بالوضع القانوني لمحل العقد بقصد تكوين العلم الكافي لدى الطرف الآخر وإعطائه إمكانية العدول عن التعاقد أو الإقدام عليه بشروط مناسبة[6].

3- تطبيقات الالتزام بالإعلام لحماية العقد: نشير إلى أن القانون قد تناول الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كم يلي:

---

[1] محمد إبراهيم الدسوقي، الالتزام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، ط 1985، ص: 100، كما لا يمكن بأي حال من الأحوال التغافل عن الدور الإيجابي للقضاء الفرنسي في تأكيد وجود هذا الالتزام في ظل قصور نظرية عيوب الإرادة عن حماية رضا المتعاقدين، عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص: 41.

[2] لقد أصبح العقد مصدر "لا عدل" مما أدى بتدخل المشرع بتنظيم العلاقة العقدية خاصة إذا كان أحد المتعاقدين ضعيفًا في مواجهة الطرف القوي في العقد، فيسعى المشرع بذلك إلى تحقيق المساواة الفعلية بين التزامات الأطراف المتبادلة، أنظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، 2006، ص: 135.

[3] Anne Sophie Lavefve Laborderie, op.cit., p :374.

[4] المقصود بالمفاوضات العقدية هي المرحلة السابقة عل التعاقد، وهي كل الأعمال التمهيدية التحضيرية بين طرفي العقد، والتي تكون بغرض الوصول إلى إيجاب مشترك لإبرام عقد معين، أنظر: العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص: 25.

[5] Ch Larroumet, Droit Civil, Tome 3 op.cit., p : 332, 333, " L'obligation d'informer n'est pas toujours celui qui est dans une position économique plus forte que d'autre partie.

[6] جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ص: 692.

أ- تطبيقات الالتزام بالإعلام لحماية العقد في القواعد العامة: ونجد أن هذا الالتزام قد يجد أساسه القانوني ولو بشكل غير مباشر في أحكام النظرية العامة للعقد ومثال ذلك عقد البيع حيث يلتزم البائع بتزويد المشتري بالمعلومات التي تتعلق بحقيقة الشيء المبيع ووصفه القانوني وما يرد عليه من حقوق أيا كانت طالما أن تلك الحقوق تتعلق بانتفاع المشتري بهذا الشيء، وذلك تطبيقا للقواعد العامة في قانون العقود، خاصة المادة 352 ق.م بنصها على ما يلي:" يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه..."، فهذا النص يوجب على المشتري العلم بالمبيع علما كافيا[1].

ب- تطبيقات الالتزام بالإعلام لحماية العقد وفقا للقواعد الخاصة: بالنسبة للتشريعات الخاصة فيجب التذكير أن الالتزام بالإعلام يعد أحد أهم الالتزامات التي تفرضها قوانين حماية المستهلك على المهني في علاقته بالمستهلك من خلال عقود الاستهلاك، وذلك بقصد تنوير إرادة المستهلك لضمان صحة العقد[2] بحماية المستهلك، فإن المشرع أكد حق المستهلك في الإعلام بصفة عامة من خلال المادة 04 من القانون رقم 89-02 الملغى المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، لتأتي النصوص القانونية بعد ذلك لتأكد هذا المبدأ والتي بموجبها ألقي هذا الالتزام على عاتق المنتج، من خلال المرسوم التنفيذي رقم 90- 366 المؤرخ في 10 نوفمبر 1991 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-484 المؤرخ في 22 ديسمبر 2005 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها.

كما كرس المشرع الحق في الاعلام بموجب القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[3] من خلال تولي المنتج أو البائع وجوبا بإعلام المستهلك بالمعلومات الصادقة والنزيهة والمتعلقة بمميزات السلعة أو الخدمة، ثم جاء بعدها بقانون 09-03 المؤرخ

---

[1] وهذا يقتضي أن يقوم البائع على اعتبار أن المبيع في حيازته قبل العقد بتهيئة وسائل إعلام المشتري بالمبيع ليتحقق له العلم به، لا سيما إذا تعذر على المشتري إدراك ذلك العلم وتحقيقه بوسائله الخاصة، ولا شك أن العلم بالمبيع المفيد للمشتري في تحقيق أهدافه ومصالحه، هو العلم السابق على إبرام العقد.

[2] عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص: 78.

[3] القانون رقم 04- 02 السابق الذكر.

في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ضمن الفصل الخامس منه تحت عنوان:" إلزامية إعلام المستهلك" بمقتضى المادتين 17 و18 منه[1]، وبذلك يظهر الالتزام بالإعلام كآلية قانونية وقائية لحماية رضا المستهلك بعد أن عجزت الوسائل التقليدية في ذلك باعتبارها وسائل علاجية[2].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص صراحة على حق المستهلك في الحصول على المعلومات قبل إبرام العقد من خلال تقنين الاستهلاك رقم 949-93 الصادر في 26 يوليو 1993، حيث خصص الفصل الأول من الباب الاول من هذا القانون للالتزام بالإعلام، وذلك بموجب المادة 111 فقرة 1 بقولها : "يلتزم كل بائع مهني للسلع أو الخدمات قبل إبرام العقد، بأن يضع المستهلك في موقف يمكنه من معرفة الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة"[3]، والذي أكده مؤخرا في تعديله للقانون المدني لسنة 2016، حيث نصت المادة 1112 فقرة 1 منه صراحة على الالتزام بالإعلام "devoir – d information" كما يلي: "يجب على كل من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضا الطرف الآخر ان يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعا أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه..."[4]، وجاء ذلك في إطار تدعيم أهداف المشرع الفرنسي في تحقيق الأمن والاستقرار القانوني.

إلا أن هذه المادة قد لاقت العديد من الانتقادات خاصة من قبل ممثلي الاقتصاد على اعتبار أن العقد أداة للتبادل الاقتصادي وأن التوسع في هذا الواجب سيكون له لتأثير السلبي على العاقات العقدية، وطالبوا بتقييد معايير الالتزام بالإعلام[5]، ويفهم من هذه المادة أن المشرع

---

[1] القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر عدد 15، الصادرة في 08 مارس2009.

[2] سعاد نويري، مقال بعنوان: الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثامن، جانفي 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، ص: 233.

[3] Art 111-1 :"Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du service".

[4] Art 1112-1 : "Celles des parties qui connait une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer des lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son contractant."

[5] Nabila Lahnane, op.cit., p : 258.

الفرنسي قد أكد على شرطين مهمين: أحدهما يتعلق بالمدين بالالتزام بالمعلومات المتصلة بالتعاقد والذي من المفروض أن يكون عالما بالمعلومات محل الالتزام، كما أنه أيضا سيكون عالما بمدى أهمية هذه المعلومات للدائن بها ومدى تأثيرها في توجيه إرادته نحو إبرام العقد من عدمه؛ أما الشرط الثاني فهو يتعلق بالدائن بالالتزام بالإعلام إذ ينبغي أن يكون جاهلا بالمعلومات المتصلة بالعقد جهلا مشروعا، بحيث كلما تقلصت الفوارق المعرفية بين المتعاقدين كلما تنتفي الحكمة والعلة من فرض هذا الالتزام.

ثانيا: مهام الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي

إن العقد رابطة تحتاج إلى آليات تعمل على إنجاحها واستمراريتها، ومن ثم يظهر جليا أن الالتزام بالإعلام من بين هذه الآليات، حيث يعمل على قيام عقد لا يتعرض فيما بعد للإبطال[1]، ولا يؤدي إلى منازعات التنفيذ بسبب عيوب الصياغة، كما يعمل على تفادي الوقوع في الغلط أو التدليس، أو شكوى من عيوب خفية في محل التعاقد، غير أن هذا الالتزام لم يعنى بالأهمية اللازمة من قبل المشرع، حيث أنه يستشف أو يفسر من خلال بعض المواد القانونية ولم ينص عليه صراحة، لا في المرحلة ما قبل التعاقدية ولا حتى عند إبرام العقد، ولعّل نص المادة السابق الذكر 352 ق.م يعّد تطبيقًا تشريعيا مثاليًا للالتزام بالإعلام قبل التعاقد[2]، حيث طبقه القانون المدني على عقد البيع، فألزم البائع بالإدلاء للمشتري بكافة الأوصاف الأساسية للمبيع عند إبرام العقد، ويوضح بعض الفقه "أن علم المتعاقد بأوصاف المبيع" يعني أن يتم وصف المبيع قبل أو عند التعاقد وصفًا يساعد على العلم به علمًا كافيًا كما يتطلب القانون[3].

إن بقاء ودوام العلاقة التعاقدية يمكن فهمه وإدراكه من خلال مفهومه الواسع لأنه يتعدى كل الحواجز الخاصة بتكوين العقد وتنفيذه، فدوام العقد قد يسمح بالكشف عن

---

[1] يعتبر الالتزام بالإعلام وسيلة وقائية لحماية الرضا، عن طريق توفير إرادة حرة ومستنيرة صادرة عن أطراف على بينة من أمرها، ذلك أن قيام المدين بهذا الالتزام يكون له وقع كبير على إرادة الطرف المقابل من خلال تبصيره بالأمور الجوهرية للعقد على نحو لا يترك أي مجال للاحتمال أو الالتباس، فبصدور قرار المتعاقد على هذا النحو، يكون قراره هذا صادر عن إرادة حرة، وبالتالي خلوها من أي عيب من العيوب المؤثرة فيها وبالخصوص الغلط والتدليس.

[2] نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص: 278، أنظر كذلك جمعة زمام، المرجع سابق، ص: 236.

[3] جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، 1982، ص: 33.

أهمية تكوين ثقة دائمة بين المتعاقدين منذ أول لقاء بينهما والذي يمكن أن يحققه الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام.

لقد أصبحت مرحلة المفاوضات[1] أو ما يسمى بالمرحلة السابقة عن التعاقد من المراحل الهامة، خاصة بالنسبة للعقود المعاصرة التي تتميز بالتعقيد والتركيب، كما أن هذه المرحلة تساعد على الدخول في عقد ناجح بعيدًا عن المشاكل التي يمكن أن تطرأ بعد إبرامه أو عند تنفيذه، لأن طول مدة المفاوضات والمناقشات يساعد الأطراف على اختيار ما يناسبهم من عدة جوانب: سواء من حيث تحديد أطراف العقد أو محله، ومن ثم تجنب المنازعات التي قد تظهر نتيجة الغلط أو التدليس أو الإكراه، فإعطاء الأطراف قدرًا كافيًا من الحرية مع احترام مبادئ ومقتضيات العدالة التي سوف نتطرق لها لاحقا سوف يؤدي إلى إبرام عقد صحيح.

إن الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام يتوقف على التعامل الذي سوف يعتمده الأطراف الواحد في مواجهة الآخر قبل إتمام العقد، فهو من جهة يعمل على الوقاية من فشل دوام العلاقة التعاقدية، ومن جهة أخرى يسمح بتكوين رباط عقدي يعتمد على الوجود الفعال للمتعاقدين لجعل الاتفاق دائم.

1- الوقاية من فشل محقق لدوام وبقاء العلاقة التعاقدية: الفشل الحقيقي للعلاقة التعاقدية يظهر في فترة تنفيذ العقد، عندما يصبح ذلك غير ممكنًا أو مستحيلًا أو عديم الفائدة، فمعظم شروحات هذا الفشل يمكن أن يتم كشفها منذ المرحلة السابقة للتعاقد، حيث أن إعطاء المعلومات الدقيقة يساعد على أخذ القرار الصائب فيما يخص التعاقد من عدمه، فنوعية وكمية هذه المعلومات المكتسبة خلال هذه المرحلة تستحق أن تؤخذ بعين الاعتبار من كلا الطرفين اللذين ينويان الارتباط لوقت، خاصة وأن معظم هذه العلاقات تتسم بعدم المساواة في القوى بين طرفي العلاقة في المستقبل، والعلاقة بين المستهلك والمهني هي أحسن مثال على ذلك فهي تبين عدم تكافؤ القوى الاقتصادية مما يجعل الطرف الضعيف في هذه

[1] المقصود بالمفاوضات العقدية هي المرحلة السابقة على التعاقد، وهي كل الأعمال التحضيرية بين طرفي العقد، والتي تكون بغرض الوصول إلى إيجاب مشترك لإبرام عقد معين، أنظر بخصوص ذلك: العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص: 25، وهي كما عبر عنها العربي بلحاج أيضا: "أنها مجرد عمل مادي غير ملزم (un fait juridique) لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني، أنظر بخصوص ذلك: العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص: 163.

العلاقة يحتاج إلى مثل هذا الالتزام، الذي يعيد التوازن خلال هذه الفترة، ويساعد على تكوين عقود صحيحة، ولا تشكل أي عائق لتنفيذها وإتمامها، ولذلك عمل كل من المشرع والقضاء والفقه على تنظيم هذه الآلية الأخلاقية[1] للمحافظة على العقد ودوامه ومن ثم إنقاذه.

إن اعتماد الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي كآلية أخلاقية يجرنا إلى الحديث عن مبدأ حسن النية الذي يعتمده القانون في تنفيذ العقد حسب المادة 107 ق.م والذي يجد أيضا مكانة هامة في مرحلة تكوينه، فهو يؤسس وجود وتطور الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام[2] الذي غالبا لا يوجد نص خاص يفرضه صراحة في العلاقات بين الأطراف، ولذلك تحتاج إلى مثل هذه النصوص ذات الصياغة القانونية التي تعطي مضمونًا أكثر تحديدًا، فلا يمكن لفكرة حسن النية أن تؤتي أثرها الأخلاقي في مجال الروابط قبل التعاقدية إلا من خلال مفاهيم واضحة ومحددة.

وعليه فإن على المشرع أن يفرض الأخذ بمبدأ حسن النية بوصفه قاعدة للسلوك بمفهومه الموضوعي[3] على الأطراف المتفاوضة أن تراعيه عند التفاوض، ومن ثم يقع الالتزام على عاتقهم بمراعاة هذا المبدأ وإلا تعرض كل من يخالفه لجزاء، ومن ثم نقترح على المشرع تعديل المادة 107 ق.م على النحو التالي: " ينبغي على الأطراف المتفاوضة للتعاقد أن تلتزم بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات، كما يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبحسن النية..." وهو ما أكده المشرع الفرنسي بعد التعديل: " أن العقود تفاوض وتبرم وتنفذ بحسن نية"[4].

---

[1] Anne-Sophie Lavefve Laborderie, op.cit., p : 372.

[2] F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, droit civil, les obligations, 8e éd. Dalloz 2002, n° 258, p :255.

[3] محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإدارة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الإمارات، 2012، ص: 389.

[4] Philippe Délebecque, La réforme des contrats : quelles innovations ? article, colloque international, Alger 24 et 25 octobre 2016 : le code civil, quarante ans après ! Les annales, Université d'Alger 1 Benyoucef Benkhedda, N° 05/2016, p : 207, art 1104 : " Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi, cette disposition est d'ordre publique". Code civil français, réforme ordonnance du 10 février 2016.

لقد أصبح مبدأ حسن النية يكرس بالموازاة مع مبدأ الحرية التعاقدية من قبل الفقه والقضاء، ليس فقط كمبدأ عام يسري على مجمل العملية التعاقدية[1] بل يظهر ذلك جليا في المرحلة ما قبل التعاقدية، ويبدو أن هذا ليس بالأمر المكرس مؤخرا حيث أن هذا المبدأ كان من المفروض أن يتم إدراجه ضمن المادة 1134 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي وذلك حسبما أكدته الأستاذة (Anne-Sophie) في كتابها حيث تقول أن مبدأ حسن النية كان مدرجا ضمن فترة تكوين العقد في هذه المادة حسبما جاء في المذكرة الايضاحية للأعمال التحضيرية للقانون الفرنسي سنة 1827[2] كما أن القضاة لم يتوانوا في تطبيق هذا المبدأ على الفترة ما قبل التعاقدية وقد أعطت الأستاذة (Anne-Sophie) عدة أمثلة من بينها قرار الغرفة المدنية من محكمة (Cassa) الصادر في 10 ماي 1989، الذي بموجبه اعتبرت تخلف الالتزام بحسن النية من قبل البنك من قبيل التدليس حيث كان من واجبها إحاطة المدين بكل ما يسمح له بالتعاقد عن بصيرة[3].

وفي نفس السياق تنبأت الأستاذة إلى تمديد الالتزام بالإعلام في الفترة قبل التعاقدية والذي يجعل منه وسيلة أو آلية لدوام العلاقة التعاقدية في القانون العام[4]، وقد أضافت في نفس المعنى أن هذا الالتزام لا بد أن يعمم على كل العقود ولا داعي لجعله التزامًا خاصًا بعقود الاستهلاك، وهذا ما تم العمل به بعد تعديل القانون المدني الفرنسي كما رأينا سالفا، في انتظار ما يقوم به نظيره الجزائري.

2- تكوين رابط عقدي يعتمد على مبدأ التعاون بين المتعاقدين كوسيلة لمعالجة اللاتوازن العقدي: الالتزام بالإعلام يؤدي بالأطراف المتعاقدة في المستقبل إلى الحوار، والتعاون للوصول إلى اتفاق أو بالأحرى التحاور والتعاون بينهم سيكون حجر أساس لبناء ثقة متبادلة تسمح بالتعاقد لمدة طويلة، فالالتزام بالإعلام لا يعني مكان محدد في الفترة السابقة للتعاقد

---

[1] إذ أن هناك من يدعو إلى النص أيضا على الانتهاء من العقد وفقا لمفهوم حسن النية، رغم أن المحكمة عادة ترفض إنهاء العقد أو التحلل منه بسوء النية، أو بالغش، مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في قانون العقود الفرنسي الجديد الصادر سنة 2016 وتعديلاته الصادرة بالقانون 287 سنة 2018، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2020، ص: 19.

[2] Anne –Sophie, op.cit., p : 378.

[3] op.cit., p: 378.

[4] Ibid., p:379, 380.

وإنما هي تعني كل مراحل تكوين العقد، خاصة وأن ذلك يسمح بتنوير الإرادة وتكوين اتفاق ناجح في المستقبل وذلك ما يؤمن التنفيذ الملائم للعقد[1].

إن الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام يندرج ضمن فكرة التضامن[2] والوفاء[3] مما يجعله وسيلة أخلاقية [4] لدوام واستمرارية العلاقة التعاقدية من خلال تعزيز الثقة[5] بين الأطراف المزمع اتفاقها في المستقبل، وهذا ما يجعلنا ندرك أن هناك استمرارية بين فترة ما قبل التعاقد - أو بالأحرى مدة المفاوضات-، تكوين العقد وحتى تنفيذه، فللوصول إلى إبقاء ودوام العلاقة التعاقدية لا بد من احترام هذه الاستمرارية والمحافظة عليها فالالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام يرمي إلى ترجمة هذه النظرة وهذا لا يعني أن التعاون كمبدأ لا بد أن يسود فقط المرحلة ما قبل التعاقدية أو كمجمل مرحلة إنشاء أو تكوين العقد وإنما سوف تتعداها إلى مرحلة التنفيذ.

لا يمكن لأحد أن ينكر أن العقد منذ نشأته يهدف إلى تحقيق مصالح أطرافه، لكن الملاحظ دائمًا على العقود أنها تفرق بين مصالح الأطراف، حيث أن كل طرف يعمل على تغليب مصلحته على مصلحة الطرف الآخر فتظهر المصالح متعارضة متناقضة، لكن الحقيقة أن العقد ما هو إلا وسيلة للتشارك والتضامن والبحث عن سبل تحقيق المصالح المشتركة من خلال تجاوز التعسف الذي أصبح يخيم على كل العلاقات العقدية، التي يدعم فيها وضعية الطرف الأقوى على حساب الطرف الضعيف مما يجعل اللجوء إلى إعادة إرساء التوازن العقدي مسألة ضرورية ومن ثم فرض احترام متبادل للمصالح الخاصة للأطراف مع مراعاة المصلحة المشتركة بينهما، فالتعارض القائم بين حق الدائن ومصلحة المدين يستدعي البحث عن نوع الوحدة[6]،

---

[1] M.Fabre-Magnan, de l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie, thèse, Paris 1, LGDJ, 1992, n° 108, P : 225.

[2] Faustine Jacomino, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, op.cit,p :198.

[3] G.A- Likillimba, La fidélité en droit privé, PUAM, 2003, n° 108, p : 96.

[4] Anne-Sophie, op. cit., p: 377.

[5] " وبالتأكيد فإن العقد لن يصبح أداة للتعاون المتبادل بين ليلة وضحاها، غير أن هناك تطورا محققا ومستمرا أدى إلى تغير النظرة التقليدية للعقد ربما ليرتبط من جديد وبشدة بجذوره البعيدة، ولقد كتب العميد كاربونييه في هذا الصدد" أن العقد يظل من الناحية الاجتماعية ارتباطا، عملا من أعمال النية، وعملا من أعمال الثقة، ومن الثقة إلى التعاون لم يعد هناك سوى خطوة"، أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص: 168.

[6] Mazeaud (D), Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle, in mélanges en hommage à français Terré (l'avenir de droit), Dalloz. PUF. JCP. 1999, p : 606- 611.

ونعود في هذا المقام لمبدأ حسن النية الذي يعتبر الالتزام بالتعاون أحد مكوناته الأساسية وأهم مظاهره خاصة في مرحلة تنفيذ العقد، مما يظهر القصور الذي يشوب القوانين للحديث عن التضامن في فترة إنشاء العقد فحتى المادة 107 ق.م جاءت واضحة فهي تعتمد على تنفيذ العقد بحسن نية أما عن التكوين فتبقى غامضة بلا جزاء، ويأتي الحديث هنا عن البحث عن مدى التعاون الذي يفرضه مبدأ حسن النية عند الانعقاد على كل أطرافه ووضع حد لاستغلال الطرف الذي يعلم جهل الطرف الآخر حتى وإن كان ليس على سبيل التدليس أو الغلط، وإنما لإهمال من الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

ومن ثم ينتج عنه استغلال هذا الطرف غير المشمول بالحماية مما يتطلب حماية أخلاقية قوامها التعاون الذي يفرضه مبدأ حسن النية؛ فلو افترضنا أن المتعاقد الذي يعلم قد أحاط نظيره بكل ما يجب إعلامه به فيما يخص العقد المزمع إبرامه، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون مدلسا، وحتى أن المتعاقد الضعيف في هذه العلاقة لن يقع في غلط، مما لا يجعله محل استغلال للطرف الآخر، وبهذه الطريقة سنحصل على رضا سليم ومستنير ومتبصر يخدم استقرار ودوام العلاقة القانونية المزمع إبرامها في فترة إبرام العقد.

إن فرض التعاون على المتعاقدين هو ضمان مستوى راقي من الأخلاق[1] يسود قانون العقود على النحو الذي يعالج أوضاع لا متوازنة، تراعى فيها مصالح المتعاقدين وكذا الإطار العلاقاتي، كما أنه يمثل وسيلة لترسيخ ضرورة احترام المصالح المتبادلة والتي تعتبر مشتركة ومن ثم الابتعاد عن طريقة التنافس التي يسلكها كل متعاقد للدفاع عن مصالحه في إطار علاقة مخاصمة[2]، ومن ثم يفترض أن يلتزم كل متعاقد بمشاركة نظيره في تحقيق العملية التعاقدية على أكمل وجه من خلال الدور الإيجابي دون الدور السلبي[3]، غير أن موقف الفقهاء كان صريحًا

---

[1] وهو الأمر الذي نادى به الفقيه Riper من وجوب إدماج القواعد الخلقية في الالتزامات القانونية بما يستوجبه هذا الإدماج من مراعاة مبدأ حسن النية، بحيث يجب أن يراعى هذا المبدأ في مرحلة إبرام العقد ويستمر حتى تنفيذه، وهو المبدأ الذي يتطلب التعاون والصدق والأمانة بين المتعاقدين قبل وأثناء العقد كما يتطلبه أثناء التنفيذ، وهو ما يعني فرض التزام إيجابي بالصدق والأمانة نحو المتعاقد الآخر ويحل بذلك محل الحياد السلبي بالامتناع عن الكذب والغش والخداع والتضليل، ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاه، في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ط1، 2000، ص: 91.

[2] M.MEKKI, op.cit., p: 714.

[3] ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص: 98.

فيما يخص واجب التضامن وروح التعاون بين المتعاقدين ضمانًا لحسن تنفيذ العقد، من خلال عدة واجبات، ولا نرى مانعًا في جعل هذا الواجب يلازم مرحلة إنشاء العقد قبل حسن تنفيذه فلما لا نهتم بالتعاون والتضامن عند تكوين العقد حتى نضمن استمراريته وديمومته[1] ثم نعمل على ترسيخ كل هذه المبادئ في فترة التنفيذ لإنجاح العملية التعاقدية وإنقاذها في حالة وجود أي خطر يحدق بها، ولماذا نجعل من الالتزام بالتضامن والتعاون وسيلة لدى القاضي يستعملها فقط بمناسبة حسن تنفيذ العقد كما هو مضمن بموجب المادة 107 ق.م فالأولى أن نجعله التزاما قانونيًا يسود كل مراحل العلاقة التعاقدية وبالتالي تحوله من مجرد واجب أخلاقي إلى التزام أصيل[2] ينطلق به الاتفاق، من خلال اعتبار التعاون من قبيل الأمانة والشرف والاخلاق والصدق الذي يجب أن يسود كل مراحل العقد[3].

وكما استنتجنا من المادة 107 ق.م أن الالتزام بحسن نية يكون في المرحلة السابقة للتعاقد، يمكننا أن نستنتج أن حسن النية يقتضي التعاون ليس فقط في نطاق تنفيذ العقد فحسب، وإنما حتى في المرحلة السابقة لإبرامه[4]، نظرا لما لهذا الالتزام من آثار إيجابية أهمها القضاء على أنانية الأطراف والعمل على ديمومة العقد واستقراره[5]. ولقد كرّسه المشرع الالتزام بالتعاون في مرحلة تكوين العقد في عدة حالات نذكر منها على سبيل المثال الالتزام الذي وضعه على عاتق المؤجر الذي يجب عليه أن يعلم المستأجر وأن يضمن له عيوب العين المؤجرة[6] وفي المقابل وضع على عاتق المستأجر إعلام المؤجر بكل أمر يستدعي تدخله[7] ففي هذه الأمثلة تظهر

---

[1] إبتسام دزيري، المرجع السابق، ص: 459.

[2] زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 324.

[3] François Dièsses, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat (article), Archives de philosophie du droit, 43, (1999), 261.

[4] وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، حينما قضت بتقرير الالتزام بالتعاقد من خلال مبدأ حسن النية، المقرر بالمادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي، انظر: عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص: 86.

[5] إبتسام دزيري، المرجع السابق، ص: 459.

[6] المادة 488 ق.م التي تنص على:" يضمن المؤجر للمستأجر...كل ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون استعمالها.."

[7] المادة 497 ق.م التي تنص على:" يجب على المستأجر أن يخبر فورا المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ...".

علاقة المؤجر بالمستأجر علاقة تضامن وتعاون فيما يحقق نجاح العقد بينهما تبدأ من مرحلة التكوين وتنتهي بحسن التنفيذ في انتظار تكريسه في المرحلة السابقة للتعاقد.

ثالثا: مبررات تقرير الالتزام بالإعلام

لقد مر القانون بعدة مراحل قبل الوصول إلى فرض التزامات جديدة يبدو أنها تحمي الرضا بطريقة وقائية، فإذا كانت مسألة عدم مغالطة الغير -بعدم الكذب عليه- تبدو مسألة بديهية من الناحية الأخلاقية وذلك من أجل تفادي إيقاع المتعاقد الآخر في الغلط[1]، فإن فرض التزام إيجابي بمساعدة الغير يبدو أمرًا جديدًا، من خلال فرض واجب إيجابي على المتعاقد بإعلام الطرف الآخر الذي لا يمكنه الاستعلام شخصيًا؛ ومن ثم يتحدد الالتزام بالإعلام بشكلين: الأول يتعلق بالتزام سلبي يفرض على المتعاقد اجتناب الكذب - كمظهر من مظاهر الواجب التقليدي الجوهري في الأخلاق وعدم الكتمان الذي يؤدي إلى عيب التدليس، أما الثاني فيتمثل في التزام إيجابي يفرض على المتعاقد إرساء قواعد التعاون، وهذا ما قام بتعزيزه جانب كبير من الفقه للوصول إلى دمج الالتزام بالتعاون من قبيل القواعد العامة[2].

1- الالتزام بالإعلام وسيلة لتحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين: لقد برزت الحاجة إلى التزود بالمعلومات الكافية لفرض الالتزام بالإعلام خاصة في إطار العلاقة بين المحترفين والمستهلكين، فإذا كان الأولون -نظرا لصفاهم وإمكانياتهم- يتوفرون على مجموعة من المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات التي يعرضونها، فإن الآخرين غالبًا ما يكونون غير قادرين على الإلمام بكل الجوانب العملية التعاقدية التي يودون الدخول فيها، وفي هذا الإطار تظهر من جهة الحاجة إلى تحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين، والتي لم تعد قاصرة على نظرية عيوب الرضا التي تؤدي إلى إبطال العقد، مما نتج من جهة أخرى انتعاش الحاجة إلى الالتزام بالإعلام الذي يسعى بالأساس إلى فرض احترام مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية.

وهنا يظهر التداخل بين الالتزام بالإعلام وعيب التدليس، حيث اعتبر المشرع كتمان واقعة مؤثرة أثناء التعاقد تدليسًا، يجيز للمُدَلَس عليه إبطال العقد، وفي ذلك تقضي الفقرة

---

[1] ممدوح محمد مبروك، المرجع السابق، ص: 94.

[2] خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص: 127.

الثانية من المادة 86 ق.م :" ويعتبر تدليسا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "، ويظهر من هذه المادة اعتراف المشرع صراحة بالالتزام بالإعلام الذي يضع على عاتق المتعاقد الالتزام بالإفضاء، ويصبح الإخلال بالإفضاء - أي الكتمان - تدليسًا[1] استنادا إلى التصور الجديد الذي يرى أن المتعاقد يقع عليه واجب التعاون (نتيجة للتصور الجديد القائم على فكرة اجتماعية العقود)؛ ولكن يبقى السؤال مطروحًا: هل يمكن اعتبار الكتمان التدليسي هو تكريس صريح للالتزام بالإعلام أم أن هناك علاقة أخرى أوسع تربط بينهما؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من الرجوع إلى آراء الفقهاء، فهناك من يعتبر الكتمان التدليسي كعيب من عيوب الرضا والمؤدي لإبطال العقد هو في حقيقته تكريس للالتزام بالإعلام، لأنه يدفع المتعاقد الذي يريد تجنب إبطال العقد (بمعنى إنقاذ العقد في مرحلة تكوينه بشكل وقائي) أن يتخذ موقفًا إيجابيًا بأن يحيط شريكه في العملية التعاقدية بكل ما يهمه لتقدير مدى صلاحية العقد الذي يقوم عليه، حتى يتمكن من إبرامه وهو على معرفة تامة بالشيء محل التعاقد، إذ أن هناك حالات يكون فيها الكتمان كافيًا لقيام التدليس وهي الحالات التي ينبغي فيها على المتعاقد الإفصاح عن أمور تتعلق بواقعة أو ملابسة مؤثرة كإخفاء شخص باع لآخر منزلا في حين أنه شرع في نزع ملكية هذا الأخير للمنفعة العامة، فهنا يعتبر تدليسًا يجعل العقد قابلا للإبطال، كل ذلك بشرط أن يجهل المتعاقد الآخر (المدلس عليه) الأمر المسكوت عنه وأنه لا يستطيع معرفته إلا عن طريق الإفضاء، وهذا ما عبّر عنه الأستاذ علي فيلالي في كتابه "الالتزامات" عن الشروط التي تجعل من الكتمان تدليسًا[2].

وإذا كان الأصل أن الكتمان لا يشكل تدليسًا وأن المتعاقد لا يكون مبدئيا ملزمًا بأن يخبر المتعاقد الآخر بكل الأمور التي يعرفها بشأن التعاقد عندما تكون هناك مساواة بين الأطراف، إذ أن هناك الحيطة والحذر التي يجب على المتعاقد الآخر أن يأخذ بهما في أمره حتى يكشف بنفسه

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 180.

[2] المرجع نفسه، ص: 181، حيث يرى الأستاذ فيلالي أنه: "يكون الكتمان تدليسا عند توفر الشروط الثلاثة الآتية: - أن يتعلق الأمر بواقعة أو ملابسة مؤثرة - أن يكون المدلس يعلم بهذه الملابسة أو الواقعة- أن يكون المدلس عليه يجهل هذه الواقعة أو الملابسة ولا يستطيع العلم بها عن طريق آخر غير إفضاء المتعاقد.

كل ما يهمه معرفته من هذه الأمور، أما بالنسبة للأمور الواجبة البيان والمؤثرة في إرادة المتعاقد والتي لا يمكن له العلم بها أو اكتشافها بنفسه فكتمان المتعاقد الآخر لها وسكوته عنها يعتبر تدليسا؛ كما أنه في كثير من الحالات يختفي هذا الالتزام عندما يكون المتعاقد على علم ودراية بهذه المعلومة، حيث أنه ليس عليه أن يتخذ دائما دورًا سلبيًا بل يجب عليه أن يبحث بدوره عن المعلومات التي تهمه، أي أن يحصل على الحق في أن يجهل المعلومة لكي تطبق عليه شروط الكتمان حتى يعتبر تدليسًا، وبالرغم من اتساع هذا الاتجاه إلا أن الالتزام بالإعلام قد حسم الأمر خاصة وأنه يقوم على مبدأ -حسن النية- الذي يجعل المتعاقد مدينا بإحاطة المتعاقد معه بكل ما ينور إرادته وبالتالي يلتزم المتعاقد الذي يعلم بالإدلاء بكل البيانات والمعلومات للمتعاقد الذي لا يعلم.

إن عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة قد زاد مؤخرًا بسبب التطور المتفاقم على كل المستويات لاسيما الاجتماعي والاقتصادي والتكنولوجي، مما يدعو إلى التدخل لتحقيق مساواة فعلية بين المتعاقدين تلك المساواة التي عجزت نظرية عيوب الإرادة عن الإلمام بها، ذلك أنه من المعلوم أن كل متعاقد يستعمل كل الحيل الممكنة لكي تكون الصفقة لمصلحته غير أن الالتزام بالإعلام أظهر إلى الوجود مفهوما جعل من المساواة بين المتعاقدين فعلية وليست مجردة[1].

فبعدما كرّس المشرع الالتزام بالإعلام في حالة استعمال المتعاقد المدلس حيلة كتمان المعلومات عن المتعاقد معه، إذا كان هذا الأخير لا يمكنه الحصول عليها إلا من قبل المدلس حسب أحكام المادة 86 الفقرة الثانية ق.م، فقد استفاد المتعاقد من الالتزام بالإعلام الذي يعمل على حمايته جديا في مواجهة كل مظاهر الغش والخداع التي يمكن أن يتحجج بها المتعاقد الأقوى في العلاقة من خلال ما يمكن له أن يلقي اللوم على الطرف الضعيف في عدم إمكانيته من الاستعلام، خاصة في إطار العلاقة بين المحترف والمستهلك، وأصبح المتدخل في علاقة الاستهلاك ملزمًا بإعلام المستهلك بكل المعلومات وأعفي هذا الأخير من الاستعلام عنها بمتقضي أحكام المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[2]، وتم تجاوز

---

[1] ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص: 93.

[2] القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 2009/02/17، والمرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر، 2013، العدد 58.

المفهوم الضيق[1] للتدليس وكشف نقائص نظرية عيوب الإرادة من خلال جعل الإعلام قبل التعاقدي يساهم في تكملة هذه النظرية[2] خاصة حالة الكتمان التدليسي، مما جعل من الالتزام الملقى على عاتق المحترف بإعلام المستهلك حول كل البيانات التي من شأنها أن تؤثر على رضاه دون البحث عن قدرته في معرفتها[3]، ومن ثم تم تجاوز المجال التقليدي للتدليس الذي يفرض فيه ضرورة توفر الإيقاع في الغلط.

إن تعميم هذا الالتزام على كل العقود -دون اشتراط شروط الكتمان التدليسي- قد يعمل كآلية حقيقية لإنقاذ العقد مما قد يتعرض له من قبيل الإبطال أو الفسخ، خاصة وأنه يكرس المساواة الفعلية بين المتعاقدين من خلال إعطائهم فرصة القرار المستنير للدخول في علاقة عقدية، والملاحظ أن المشرع الفرنسي قد سار على هذا المنهج من خلال التعديل الاخير في المادة 1112-1 بموجب الأمر رقم 2016-131 المتعلق بتعديل القانون المدني السابق الذكر.

2- الالتزام بالإعلام وسيلة لتعزيز التوازن العقدي: تعرف الروابط العقدية تحولات مهمة في الآونة الأخيرة بعد أن هيمنت فكرة المساواة المجردة عليها فالمتتبع للمسار التاريخي للقانون المدني، يلاحظ سيطرة فكرة التوازن والمساواة الشكلية بين المتعاقدين، لكن بظهور التفاوتات المعرفية وخاصة الاقتصادية اتسعت الهوة بين أطراف العقد وأُخِّل بذلك التوازن على نحو أتاح للمهني ذو المركز القوي إمكانية الهيمنة على مختلف جوانب هذه العلاقة، التي باتت نموذجا لظاهرة اللامساواة بين الأطراف في العلاقات التعاقدية المعاصرة.

غير أن استحداث منظومة قانونية لحماية المستهلك - والتي تدعونا في هذا المقام إلى الحديث عن أحد الالتزامات المنبثقة عنها ألا وهو الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام -لا يعني أن

---

[1] جمعة زمام، المرجع السابق، ص: 236، ونقلا عنه فإن "Ghestin" يرى أن التدليس يفترض خطأ عمدي (نية التضليل) بينما في الالتزام بالإعلام يمكن توقيع الجزاء على المخالفة عن طريق التعويض بواسطة إثبات الإهمال البسيط من جانب المدين.

[2] فايزة بولباني، "الإعلام كوسيلة لحماية المستهلك"، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2011- 2012، ص: 51.

[3] فمثلا المؤمن له هو المصدر الوحيد الذي يعتمد عليه المؤمن في تقدير الخطر، إذ ليس بوسع المؤمن مهما كانت صفته ومهما أوتي من خبرة أن يحيط علما بالخطر أو أن يلم بكافة جوانبه، لذا يتحدد التزام المؤمن له بالإفضاء والإفصاح عن كافة البيانات والمعلومات التي من شأنها أن تؤثر على الخطر، ومنه على قرارات المؤمن فيما يخص قبوله عقد التأمين أو رفضه، وكذا فيما يتعلق بمقدار تحديد القسط.

ظاهرة عدم التوازن في العلاقات التعاقدية أمر حديث، إنما هي ظاهرة لم تخلُ منها المجتمعات القديمة، غاية ما هنالك أنها اليوم باتت أكثر عمقا وذات تجليات وأنماط حديثة[1]؛ ولا شك أن هنالك أسبابا أدت بالفقهاء والمشرعين إلى تنامي اهتمامهم بموضوع حماية الطرف الضعيف، ولم يكن ذلك جليا بالنسبة للمشرع من خلال القواعد العامة خاصة في فترة تكوين العقد حيث أنه كان يهتم بحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في فترة تنفيذه من خلال عدة أحكام نذكر من بينها: منح القاضي سلطة تعديل العقد من أجل تحقيق العدالة في حالات عدة من بينها حالات الظروف الطارئة، عقود الإذعان والمغالاة في الشرط الجزائي[2].

كما أن المشرع قد عمل على استحداث منظومات قانونية خاصة بمنأى عن القانون المدني، وكانت البداية بصدور القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وجانب من أحكام القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[3]، بالإضافة إلى ترسانة من النصوص التنظيمية إلى أن انتهى المشرع إلى استحداث حماية دستورية للمستهلك من خلال المادة 62 من التعديل الدستوري لسنة 2020[4]، كل هذه النصوص تجسد ما يعرف بـ" قانون الاستهلاك الجزائري"[5].

إن مبدأ التوازن العقدي بما يتمتع من قدرة على تحقيق العدالة العقدية ومن قدرة على ضمان استمرار العقد وتكييفه مع الوقائع المتجددة، يستلزم مده بالوسائل والأدوات القانونية

---

[1] جاك غستان، المرجع السابق، ص: 65.

[2] أنظر في ذلك المواد: 107 فقرة 2 والمادة 110 و184 ق.م، والتي سنتناولها بالدراسة في الباب الثاني.

[3] قانون رقم 04-02 السابق الذكر.

[4] حيث نصّت المادة 62المستحدثة بموجب التعديل الدستوري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 15 سبتمبر 2020، الجريدة الرسمية، العدد 54 على:" تعمل السلطات العمومية على حماية المستهلكين، بشكل يضمن لهم الأمن والسلامة والصحة وحقوقهم الاقتصادية".

[5] محمد عماد الدين عياض، مداخلة بعنوان:" تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك"، ملتقى دولي بعنوان: "القانون المدني بعد أربعين سنة"، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد: 05، 2016، ص: 247.

التي تؤدي على ضمان بقائه واستمراره[1]، ولا شك أن الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي سيساعد على بلوغ هذا الهدف.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام ومدى فعاليته في إنقاذ العقد

يبدو أن جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام غير واضح المعالم نتيجة القصور الذي يعتري النصوص القانونية، مما يجرنا للبحث عنه بالرجوع إلى القواعد العامة، والمفروض أن هذا الجزاء يرقى ليس فقط إلى إضفاء حماية للطرف الضعيف، وإنما محاولة منه جعله أكثر فعالية ونجاعة، ذلك أن الجزاء لا يقتصر فقط على مفهوم الردع وإنما أيضا لابد أن يحيل إلى كيفية إصلاح ما تم تعييبه، لجعل الالتزام بالإعلام وسيلة حقيقية لإنقاذ العقد في مرحلة تكوينه حتى لا يترتب على الإخلال به إبطاله أو فسخه بل المحافظة عليه واستقراره وكذا دوامه، ولعل الجزاء المناسب يستمد أساسه بالدرجة الأولى من نظرية عيوب الرضا وبالخصوص عيبي الغلط والتدليس، اللذين لعبا دورًا أساسيًا في تكريس الالتزام بالإعلام كوسيلة لحماية رضا الطرف الضعيف في العلاقة العقدية[2]، كما يمكن الاعتماد على أساس الطبيعة القانونية لهذا الالتزام للوصول إلى تحديد المسؤولية القانونية الناجمة عن الإخلال به، وهو ما سيجري البحث عنه مع محاولة الوقوف على مدى فعالية هذه الجزاءات في إنقاذ العقد والعمل على استمراره وديمومته.

أولا: إبطال العقد. يكون العقد قابلا للإبطال، إذا كان رضا المتعاقدين مشوبا بعيب من عيوب الرضا، ففي هذه الحالة ينعقد العقد صحيحًا ما لم يطعن في صحته المتعاقد الذي كان رضاه معيبا[3]، ومن ثم كل ما من شأنه أن يجعل من الرضا معيبا يؤدي إلى إمكانية المطالبة بالإبطال على أساسه، ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي: ما مدى إمكانية المطالبة بإبطال العقد بسبب الإخلال بالالتزام بالإعلام في ضوء نظرية عيوب الرضا أو بالأحرى في ضوء نظريتي الغلط والتدليس؟ وللإجابة على هذا السؤال لابد لنا من الرجوع إلى شروط كل عيب على حدى حتى تتضح لنا الرؤية.

---

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص: 115.

[2] سبق وأن فصّلنا في هذا الموضوع في مبررات الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي.

[3] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص: 320.

1- بالنسبة للغلط: اشترط القانون المدني أن يكون جوهريا، قد بلغ حدا من الجسامة، ودافعا إلى التعاقد بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط[1]، وقد وضع المشرع هذه الشروط دعمًا للثقة وعملًا على استقرار المعاملات.

إن البحث عن مدى قابلية العقد للإبطال بسبب الإخلال بالالتزام بالإعلام في ضوء نظرية الغلط يحيلنا إلى اعتبار الإخلال بالالتزام بالإعلام غلط جسيم[2]، بمعنى أنه يستحق الحماية القانونية، أي يبلغ درجة من الخطورة والأهمية تستدعي تدخل القانون لحماية الضحية[3]، لكن إذا نجم الغلط عن طيش أو إهمال أو تقصير من المتعاقد نفسه وأنه كان بإمكانه تفاديه، كالانتباه إلى بعض المؤشرات -كما يرى الأستاذ فيلالي- أو طلب بعض المعلومات البسيطة أو الاطلاع على وثائق لتجنبه الغلط، فهنا يعتبر من قبيل الغلط غير المعذور[4].

ومن ثم نتساءل حول إمكانية حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية إذا لم يستعلم، ثم وقع في غلط فهل يمكن أن يعتبر من قبيل الغلط غير المعذور؟ ومن ثم منعه من حقه في طلب إبطال العقد على اعتبار أنه قد تنازل عنه بسبب إهماله وتقصيره، ويمكن إرجاع ذلك إلى غياب مقتضى ومفهوم الحماية بموجب "نظرية الغلط" باعتبار أن الغلط غير المعذور يعتمد على "فلسفة حمائية"[5]، لكن هل يمكن اعتبار الغلط غير المعذور وسيلة للحفاظ على العقد من خلال منع المتعاقد الذي وقع فيه من المطالبة بالإبطال؟ أم أن هذا المفهوم يحيلنا إلى أبعد من ذلك من خلال إمكانية تفادي أصلا الوقوع في الغلط، إذا اعتمدنا على الالتزام بالإعلام والذي يعمل على تجنيب الوقوع في هذا العيب في كل الأحوال، ليس فقط في الحالات التي يكون

---

[1] المادة 81 ق.م: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

[2] المادة 82 ق.م: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة....."

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 160.

[4] لم ينص عليه المشرع صراحة لكن يمكن استخلاصه من القواعد العامة، وفي هذا المعنى ذكر الأستاذ علي فيلالي أنه يتم تقدير سلوك المتعاقد الذي وقع في الغلط الذي لا يغتفر بالرجوع إلى شخصيته، فتؤخذ كفاءاته ومؤهلاته بعين الاعتبار... وبالتالي لا يمكنه التمسك بطلب إبطال العقد رغم أن رضاه معيب حقا، وهو ما يعرف في لغة القانون " الغلط الذي لا يغتفر" l'erreur inexcusable راجع علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 172، أيضا أنظر في نفس المعنى،
Ch Larroumet, op.cit., p: 312.

[5] جمعة زمام، المرجع السابق، ص: 232.

فيها من الصعب الاستعلام بل لابد من القضاء على كل تلك الحدود[1] التي وضعها الفقهاء من أجل جعل الالتزام بالإعلام حقا وسيلة أخلاقية لإنقاذ العقد والعمل على دوامه واستقراره، حيث يصبح المتعاقد تحت حماية الالتزام بالإعلام الذي يلتزم به المتعاقد الآخر فلا يقع أحدهما أو كلاهما في الغلط، خاصة وأن بعض الفقهاء يرون أن الغلط الفردي لا يكفي للمطالبة بإبطال العقد بل لابد أن يكون مشتركا وذلك حفاظًا على استقرار المعاملات[2]، غير أن المشرع لم يأخذ بهذا الاتجاه وإنما أخذ بالنظرة المشتركة للمتعاقدين، أي بالمعيار الموضوعي لتحديد الصفة الجوهرية للشيء.

فعندما يقع أحد المتعاقدين في الغلط فإن المتعاقد الثاني يكون على علم به، أو كان بإمكانه أن يعلم به[3]، وهذا شرط من شروط المطالبة بالإبطال على أساس عيب الغلط، لكن هل من الممكن أن نكون قد ساعدنا الطرف الذي وقع في غلط كان من السهل عليه أن يتفاداه للاستفادة من إهماله وخطئه؟[4] أم أنه من الأحسن تعميم مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة، لوضع حد لعيب الغلط بحيث لابد من إعطاء مفهوم جديد لهذا العيب من خلال اعتبار الطرف الذي وقع في غلط حسن النية، وأن المتعاقد معه يقع عليه واجب الإعلام دون أن نلزم الطرف الأول بواجب الاستعلام، ذلك لأننا سوف لا نساوي بين كلا المتعاقدين، خاصة وأن واجب الاستعلام يفقد قوته بالنسبة للطرف الضعيف.

فمثلا بالنسبة للعلاقة بين المهني والمحترف، كالطبيب أو المهندس أو المحامي أو البائع...، فهم في مركز معرفي واقتصادي أقوى من الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية، ولكن هل يمنع ذلك من وقوعهم هم أيضا في غلط؟ وبالمقابل فإن التزامهم كمهنيين يفرض عليهم الالتزام بالإعلام على سبيل الالتزام بتحقيق نتيجة بصرف النظر عن المسلك الذي سيسلكه العميل بعد ذلك[5]، بمعنى بصرف النظر عن استعلام العميل عن الالتزام أم لا، وكمثال عن ذلك ما جاء

---

[1] Ch Larroumet, op.cit., Les limites de l'obligation d'informer, p : 334.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 172.

[3] المرجع نفسه، ص: 173، راجع القرار رقم 406468 السابق الذكر.

[4] حيث يرى عبد الحي حجازي أن الغلط غير المغتفر يعد خطأ يعطي للمتعاقد الآخر الحق في رفع دعوى تعويض، وخير تعويض إنما يتحقق عن طريق رفض دعوى الإبطال، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1030.

[5] العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص: 188.

في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2010/07/22 أن البنك قد أخل بالتزامه بالإعلام عند اخفائه عن المقترض إمكانية حصوله على دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن، وذلك قبل توقيعه اتفاقية القرض[1].

في حين أن واجب الاستعلام تزيد أهميته وقوته بالنسبة للمحترفين عندما يتعلق الأمر بمسائل تدخل في مجال اختصاصهم، وهو ما يفسر نقض محكمة النقض الفرنسية للعديد من القرارات التي تعترف بإمكانية المحترف من الإلمام بكل ما هو متعلق بمجال تخصصه وتحيينها كلما تطلب الأمر ذلك، ونذكر على سبيل المثال قرار للمحكمة الفرنسية رقم 457 الصادر في 03 فيفري 1981[2] الذي جاء فيه ما يلي:

" Cet arrêt affirme que le vendeur d'un terrain était tenu d'informer l'acquéreur de la situation du terrain à l'égard des règlements d'urbanisme et qu'il avait volontairement omis de le faire, parce qu'il ne s'était pas lui-même informé, dans la mesure ou, comme le relève l'annotateur, le vendeur n'avait pas caché à l'acquéreur un élément qu'il connaissait mais avait simple, omis de s'informer pour informer à son tour l'acquéreur, on pourrait douter de l'existence de l'élément intentionnel du dol cependant, les juges du fond avaient relevé que le vendeur avait volontairement omis de se renseigner pour ensuite informer l'acquéreur s'il y a bien mauvaise foi, il est difficile de ne pas considérer qu'il y a dol."

يبدو جليا أن دور الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في حماية رضا المتعاقد على ضوء نظرية الغلط محدود ولا يتجاوز الحماية التي تحققها النظرية نفسها، فالحماية التقليدية التي توفرها نظرية الغلط قاصرة على إنقاذ العقد واستقراره بسبب شدة شروط تطبيقها وصعوبة

---

[1] ق.م.ع رقم 581228، الصادر بتاريخ 2010/07/22، في قضية الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط ضد (س،ع) والصندوق الوطني للسكن، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد 2، ص: 161، وقد جاء فيه:" ...لكن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله لأنه بالرجوع إلى معطيات الملف والقرار المنتقد يتبين بأن قضاة الموضوع قد طبقوا صحيح القانون لما انتهوا إلى تأييد الحكم المعاد الذي قضى بإبطال اتفاقية القرض المبرمة بين المطعون ضدها والطاعن، لأنه تبين لهم بأن الطاعن قد أوقع المطعون ضدها في غلط جوهري وهو إخلال الطاعن بالتزاماته المنصوص عليها في الاتفاقية، بحيث لم يحترم بنود الاتفاقية التي تلزمه بتوجيه وإعلام المطعون ضدها بإمكانية الحصول على الدعم المالي من الصندوق الوطني للسكن قبل التوقيع على الاتفاقية التي تلزمه بتوجيه و إعلام المطعون ضدها بإمكانية الحصول غلى الدعم المالي من الصندوق الوطني للسكن قبل التوقيع على الاتفاقية".

[2] Ch Larroumet, op.cit., marge, p : 337.

الإثبات[1]، فالمتعاقد الذي يدعي وقوعه في الغلط يجب عليه أن يثبت أنه وقع في صفة جوهرية للشيء المتعاقد عليه وأن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر الذي يستوجب إثبات علم هذا الأخير بالغلط أو بإمكانه العلم به، في حين فإن الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي قد يزيل هذه الصعوبة إذا استطاع المتعاقد أن يثبت أن سبب وقوعه في الغلط هو عدم قيام المتعاقد الآخر بإعلامه بكل ما من شأنه أن يجعل رضاه مستنيرًا ومتبصرًا؛ وفي هذا المقام نشير إلى أن الجزاء المترتب عن الغلط يبدو غير كافٍ في محاولة إنقاذ العقد كما أنه لا يعد الحل الأمثل لمشاكل المتعاقد وخاصة المستهلك، فلا فائدة من إبطاله في حين نجد أن الالتزام بالإعلام قد يؤدي دورًا وقائيًا يترتب على الوفاء به استقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد، مما ينبغي تدخل الفقه والقضاء لإعادة النظر في تعريف الغلط انطلاقا من المفهوم الوقائي للالتزام بالإعلام، وإيجاد جزاءات تفيد أكثر في استقرار العقد.

وهو ما أدى ببعض الفقهاء إلى انتقاد المشرع الفرنسي عند قيامه بإحداث تعديلاته التشريعية الأخيرة ونصه على أنه فضلا عن مسؤولية الطرف الذي يكون ملزما بالإعلام، فإن الاخلال بالالتزام بالإعلام يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد في ضوء الشروط المنصوص عليها في المادة 1130، واعتبروا أنه من المفروض أن الجزاء لا يتعدى المسؤولية التقصيرية في حالة ثبوت الضرر، أي الحصول على التعويض دون إعطاء صلاحية المطالبة بالإبطال خاصة وأن الالتزام بالإعلام قد تم إدراجه بالقسم الفرعي المتعلق بالمفاوضات[2].

2- بالنسبة للتدليس: كما سبق وأن أشرنا، فالتدليس هو ثاني عيوب الرضا، وقد نصّت عليه المواد 86، 87 ق.م وهو استعمال المتعاقد الحيل بقصد إيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد، والملاحظ أن التدليس لا يؤدي إلى إبطال العقد إلا كنتيجة للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد الآخر، ولعل أهم ما يميز التدليس عن الغلط هو أنه يترتب عليه زيادة

---

[1] "ويمكننا القول إنه وفي ظل السرعة الفائقة التي تتم بها المعاملات، واستحداث أساليب مبتكرة ومتعددة في التعاقد، وأيضا تطور المنتجات الصناعية وتعقد تصنيعها وتعدد طرق استعمالها، كلك يجعل الطرف الواقع في غلط في موقف صعب، خاصة فيما يتعلق بإثبات وقوعه في غلط جوهري وأن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى التعاقد، بل أكثر من ذلك يجب عليه إثبات أن الطرف الآخر عالما به ومن السهل عليه أن يتبينه"، عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص: 256.

[2] Nabila Lahnane, op.cit., p : 250.

عن الإبطال تعويض المدلس عليه[1]، وقد نقل المشرع[2] اجتهاد القضاء الفرنسي الذي يشكل اعترافا غير مباشر بالالتزام بالإعلام[3]، الذي يفسح المجال للمتعاقد المضرور الحق في المطالبة بإبطال العقد لعيب التدليس والتعويض معا مع افتراض أن هذا الإخلال قد وقع في مرحلة إبرام العقد لا تنفيذه، مما يرتب مسؤولية تقصيرية وفقا للمادة 124 ق.م[4]، أما إذا وقع الكتمان التدليسي في مرحلة تنفيذ العقد فهنا يتم تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية كنتيجة للإخلال بالالتزام التعاقدي بالإعلام.

ونظرا للتفاوت الاقتصادي والمعرفي الذي بات يطبع العلاقات التعاقدية وخاصة علاقة المستهلك بالمهني عرف الالتزام بالإعلام من خلال الكتمان التدليسي تطورًا ملحوظًا في الفقه والقضاء، خاصة القضاء الفرنسي الذي أراد أن يجد حلًّا لحالات اللامساواة المطروحة بشدة بين الأطراف في العلاقات التعاقدية المعاصرة، حيث وفي هذا الإطار يحاول المحترف بسكوته العمدي الاستفادة من جهل الطرف الضعيف من خلال تغليطه لإبرام عقد لا يخدم مصالحه.

وهذا ما أعتقد أنه كاف لاعتبار أن المتعاقد قد وقع في عيب التدليس دونما البحث عن (عنصر العمد) أو نية التضليل (العنصر المعنوي) فبالنسبة لعنصر العمد الذي يُقصد به التأكد من معرفة المتعاقد للحقيقة المخفاة عن الطرف الذي لا يعلم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى معرفته لمدى تأثير الحقيقة المخفاة على رضا المتعاقد الآخر، ولذلك فقد اهتدى القضاء الفرنسي إلى تقرير الإبطال للكتمان التدليسي حتى مع غياب عنصر العمد خاصة في إطار العلاقات بين المحترفين والمستهلكين[5]، ويمكن أن نرجع ذلك إلى قواعد حسن النية والتعاون بين

---

[1] بالنظر إلى القضاء الفرنسي يمكننا أن نستخلص أن القابلية للإبطال لا تمثل الجزاء الوحيد للغلط، إذ يوجد إلى جانب ذلك التعويض في إطار المسؤولية غير التعاقدية، يمكن أن يضاف إليه كما يمكن أن يحل محله،

"Même si elle ne vicie pas le consentement, l'erreur provoqué par les agissements du cocontractant peut permettre à la victime d'obtenir des dommages-intérêts", cass. 3 civ., 29 nov. 1968 : Gaz. Pal. 1969, 1, 63, Laurent Leveneur, op.cit, p :1061.

[2] وكذلك نظيره المصري في المادة 125 مدني مصري.

[3] محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2005، الجزائر، ص: 13، 16.

[4] المرجع نفسه، هامش ص: 17.

[5] راجع في ذلك القرار الصادر عن المحكمة الفرنسية السابق الذكر، ص: 59.

المتعاقدين، عن طريق تقرير التزام بالإفضاء على عاتق الطرف الذي يعلم أو يجب عليه أن يعلم نظرا لصفته الاحترافية في العقد- معلومات يدرك جيدًا أو من المفروض أن يدرك مدى أهميتها وتأثيرها على رضا الطرف الآخر الذي يجهل تلك المعلومة- وأن لا يستطيع أن يعلم بها إلا عن طريق إفضاء المتعاقد بها، وذلك يرجع إما لثقته في المتعاقد معه أو حتى لاستحالته الحصول عليها عن طريق آخر غير الإفضاء أو الإعلام؛ هذا ما يدفعا إلى المطالبة بتغيير الشروط المتعارف عليها حتى يكون الكتمان تدليسًا بالتخلي عن فكرة العمد للسكوت والانتقال إلى اعتبار السكوت وحده تدليسًا كلما أخّل المتعاقد بالالتزام بالإعلام[1] وأقترح حذف كلمة عمدًا من المادة 86 فقرة 2 ق.م، حيث تكون على النحو التالي :" يعتبر تدليسًا السكوت عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

كما أن المادة 21 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بقانون التأمين[2] تكرس أيضا موقف المشرع من فكرة الكتمان العمدي والتي هي بدورها تحتاج إلى تعديل، حيث تنص على أن: " كل كتمان أو تصريح كاذب متعمد من المؤمن له، قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر، ينجر عنه إبطال العقد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 75 من هذا الأمر"، وأتساءل هنا عن قيمة العمد ما دام التصريح كاذب من جهة ويؤدي إلى تضليل المؤمن في تقدير الخطر من جهة أخرى؛ أما عن نية التضليل فقد اعتبر البعض أنه يمكن الاستغناء عن العنصر المعنوي في نظرية التدليس، بمجرد أن يخّل المتعاقد بالتزامه بالإعلام أي عن طريق السكوت والتكتم عن البيانات والمعلومات مما يجعل للمستهلك الحق في إبطال العقد أو المطالبة بالتعويض دونما الحاجة لإثبات نية التضليل[3].

ويبدو أيضا أن جزاء الإبطال على أساس الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي وفق نظرية التدليس قاصر عن إنقاذ العقد واستقراره، فهو لا يهدف إلا لمحاولة معالجة انعكاسات حالة

---

[1] وفي اعتقادي أن هذا الأمر لا يتعارض مع فكرة التضييق على المتعاقد في المطالبة بإبطال العقد، وإنما يمكننا أن نعتبره تحولا من إنقاذ تقليدي علاجي إلى إنقاذ حديث ذو طبيعة وقائية.

[2] قانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، ج ر صادرة بتاريخ 2006/03/12، عدد 15.

[3] عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص: 376، كذلك انظر حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص: 26.

الضعف التعاقدي، ويبقى الإبطال جزاءً تقليديًا قاصرًا وضعيفًا ليس له أي قيمة ردعية بالنظر إلى الاحتياجات الحقيقية للمتعاقد الذي يصبو إلى إشباع رغباته التعاقدية، وترجع عدم فاعليته إلى أنه حل يتخلص من خلاله المتعاقد من العقد الذي قام بإبرامه دون رضا كاف وإرادة واعية متبصرة، ولكن هذا الحل لن يعوض هذا المتعاقد عن الخسائر والمضار التي نجمت على إقدامه على هذا المشروع التعاقدي الفاشل، والأصح هو التركيز على التعويض كمطلب يضاف على اختيار المتعاقد الإبقاء على العقد ويكون بالقدر الذي يعيد التوازن إلى العلاقة التعاقدية[1].

ثانيا: التعويض

الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي كان قد كرس للدائن بالالتزام بالإعلام حقه في المطالبة بالإبطال، وخصه بحقه في التعويض[2] على أساس المسؤولية التقصيرية[3] والاحتفاظ بالعقد تحقيقا لمصالحه، كما أعطى له الحق في الجمع بين التعويض والبطلان؛ ويمثل التعويض جزاء مدني عن قيام المسؤولية المدنية للمتعاقد الذي وقع في غلط أو تدليس وذلك كمحاولة من المشرع الفرنسي لمعالجة الآثار السلبية الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، حيث لم يخرج عن الجزاءات التقليدية التي تستهدف في الغالب معالجة انعكاسات حالات عدم التساوي بين المتعاقدين خاصة في المجال المعرفي[4] بعد وقوعها والعمل على جبر آثارها من قبل القضاء، ولقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إمكانية مطالبة المستهلك الذي وقع في غلط بالتعويض إذا لم تكن المطالبة بإبطال العقد كافية لتعويضه عن الأضرار التي أصابته، حيث ذهبت محكمة

---

[1] عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص: 267.

[2] مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص: 23.

[3] Nabila Lahnane, op.cit., p : 250.

[4] الواقع أن إقرار هذا الدور للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي بتحقيق التوازن العقدي يقدم مصلحة مزدوجة، الشق الأول فيها يتعلق بالعقد نفسه والشق الثاني يتعلق بأطرافه، فمن الجدير بالذكر أن 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، فالتوازن العقدي أصبح ضرورة وضمانة لمصلحة العقد، لأن عدم التوازن العقدي يفقد العقد وظيفته الاجتماعية وسبب وجوده وبقائه، إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص: 115.

النقض الفرنسية[1] إلى تقرير حق المستهلك في التعويض استنادًا إلى أحكام المسؤولية قبل التعاقدية، حيث جاء في قرار لها: "يؤدي وجود الغلط، حتى ولو كان غير عمدي، ومهما كان بسيطًا إلى قيام مسؤولية المتعاقد الذي أوقع المستهلك في غلط"؛ والذي يتعين عليه أن يثبت أن ضررا قد أصابه، وهو يختلف بحسب ما إذا تم الحكم بإبطال العقد أم لا، وأن الطرف الآخر قد ارتكب خطأ يتمثل في الإخلال بواجب الإعلام، كما أن هناك من الفقه الفرنسي[2] من يرى أنه يجوز الحكم على المدين بدفع التعويضات لعدم تنفيذ الالتزام بالإعلام، أو للتأخر فيه ما لم يثبت أنه كان حسن النية، وأن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ويكون العقد هو مصدر الالتزام بالإعلام في هذه الحالة.

أما فيما يخص التدليس فمن المعلوم انه يعتبر جريمة مدنية[3] تجيز للمدلس عليه إما المطالبة بالتعويض إضافة إلى الإبطال، وإما أن يقتصر على رفع دعوى تعويض دون دعوى الإبطال إذا رأى أن من مصلحته الإبقاء على العقد مع المطالبة بالتعويض، فالسكوت عمدًا عن عدم إعلام المتعاقد الآخر -في الفترة ما قبل التعاقدية- بواقعة مؤثرة في التعاقد يعّد من قبيل الغش والتدليس حسب المادة 86 ق.م، ذلك أنّ الشخص الذي تعمد الكتمان يقصد الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر والحصول على منفعة عن طريق الغش وإخفاء الحقيقة التي لو علم بها لانسحب من المفاوضات وتراجع عن إبرام العقد، وهذا الكتمان يعّد بلا شك خطأ تقصيريا يترتب عنه الالتزام بالتعويض[4].

المطلب الثاني: الآليات المدعمة للالتزام بالإعلام في تحسين الرضا

نظرا لتطور وسائل الإنتاج وتنوع السلع والخدمات وزيادة تعقيدها ومخاطرها، لم تعد القواعد العامة لنظرية العقد كافية لتوفير حماية فعالة للمتعاقد الذي أصبح غير قادر على الإلمام بكل جوانب العملية التعاقدية التي يقدم عليها، لذلك اتجهت معظم التشريعات إلى وضع

---

[1] أحمد بومدين، مقال بعنوان:" دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك"، مجلة العلوم القانونية، عدد 1، جوان 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، ص: 184.

[2] ممدوح محمد مبروك، المرجع السابق، ص: 282.

[3] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1053، 1054.

[4] فايزة برهامي، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص: 191.

قواعد خاصة تنظم عقود المستهلك بصفة مستقلة عن القواعد العامة لنظرية العقد، من شأنها توفير درجة حماية مناسبة للمستهلك[1] آخذة بعين الاعتبار القصور الذي ساد هذه النظرية، حيث اقتصر اعتمادها على توفير حماية لاحقة للمتعاقد المضرور مهما كانت صفته، في حين أنه يحتاج إلى استراتيجية ذات منهج وقائي وحتى علاجي في بعض الأحيان[2]، وهو ما اهتدى إليه قانون حماية المستهلك من خلال التزام المهني بإعلام المستهلك بشروط العقد المزمع إبرامه[3]، وإعطاء هذا الأخير – في بعض الحالات – مهلة إضافية للتفكير délai de réflexion، ليتسنى له تقدير الفائدة من العقد قبل أن يقدم على إبرامه بشكل نهائي **(الفرع الأول)**، كما أقرت بحق المستهلك في الرجوع عن العقد الذي قام بإبرامه droit de rétraction **(الفرع الثاني)**، وهي الآليات التي سنتطرق لإظهار مدى فعاليتها في إنقاذ العقد من خلال هذا المطلب، حيث سنعتمد في دراستنا على تحديد مضمونها ثم محاولة تسليط الضوء على دورها في إنقاذ العقد.

الفرع الأول: مهلة التفكير كآلية وقائية في إنقاذ العقد

بعد ظهور اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية نتيجة لتعقد وتطور أساليب التعاقد وثبوت أهمية إقحام العامل الزمني[4] في مرحلة إبرام العقد، خاصة وأن الطرف الضعيف فيه

---

[1] يوسف شندي، مقال بعنوان: أثر خيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد 43، 2010.، ص: 256.

[2] J.Calais –Auloy et F.Steinmetz. Droit de la consommation 5 -ème éd, Dalloz, p : 21.

[3] على اعتباره إحدى الدعائم الأساسية، كما جاء في مقال للأستاذ محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص: 229.

[4] يرى الأستاذ بناسي أن فرض الإيجاب المحدد بمدة زمنية وهو الإلزام لذي فرضته تشريعات الاستهلاك على المحترف بالبقاء مدة معينة على إيجابه، فلا يمكنه التراجع عنه منذ اللحظة التي يقدمه فيها للطرف الآخر هي تقنية تسمح بكبح قوة إقناع المحترف الذي يستطيع أن يحاول اللعب على عامل الوقت من أجل دفع المستهلك للتعاقد سريعا، وهو ما يعطي للمستهلك الوقت الكافي ليدرس هذا الإيجاب المسبق بعيدا عن كل الضغوط التجارية ويستطيع مبدئيا أن يضع عدة محترفين في مسافة بينهم، من أجل تحديد العقد الأكثر فائدة بالنسبة له، شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2015- 2016، ص: 135، ويرى الأستاذ زمام أن النظام العام قام بتدعيم الرضا بإدخال عنصر المدة لتقرير إبرام العقد من عدمه، وذلك لا لأمر إلا من أجل تحويل رضا المستهلك إلى رضا سليم مستنير وحقيقي، لأن التفكير يقضي على الرضا المعيب ويجعل في تأني المستهلك سلامة له، جمعة زمام، المرجع السابق، ص: 299.

غالبا ما يقدم على التعاقد دون أخذ الوقت الكافي للتفكير في مواجهة الاغراءات التي قد تدفعه إلى التعاقد بدون حذر أو قراءة للعواقب الناجمة عن تسرعه في اتخاذ القرار وهو ما يؤثر على نوعية الرضا الأمر الذي أدى بالمشرع إلى البحث عن آليات تساعد على تحسينه للوصول إلى يقين رضائي في سبيل الوقاية من هدم مستقبلي للعقد، وتم استحداث آلية تشريعية تتمثل في مهلة التفكير التي سنتناولها بالدراسة في محاولة لبيان مضمونها(**أولا**)، ثم دورها في حماية الرضا وتحسينه(**ثانيا**).

أولا: مضمون مهلة التفكير

لتحديد مضمون هذه الآلية لا بد من التطرق لمفهومها ثم تمييزها عن حق العدول باعتباره تقنية قانونية مشابهة:

1- مفهوم مهلة التفكير: مهلة التفكير هي آلية حديثة النشأة وللتعرف على تعريفها لا بد من البحث عن تعريفها الفقهي ثم التشريعي.

أ- التعريف الفقهي لمهلة التفكير: مهلة التفكير هي: "المهلة التي يخولها القانون للمستهلك من أجل التروي والتفكير في الإيجاب قبل إعلانه القبول، خلافا للأصل المقرر في قانون الالتزامات"[1]، ويرى الأستاذ بناسي[2] أن مهلة التفكير هي:" آلية فنية قانونية أدخلت تحويرا على مفهوم القبول"، واعتبرها قائلا:" أنها من بين المفاهيم التي تستعيرها تشريعات الاستهلاك من القانون المدني التي تعرف تشوهات تفرضها عملية دمجها في هذه التشريعات لتحقيق الأهداف المرجوة"، والملاحظ من التعاريف السابقة أنها اعتبرت أن مهلة التفكير هي آلية غريبة عن القواعد القانونية فيما يخص القبول دون الإشارة إلى الإيجاب الصادر من المهني أو المحترف الذي تفرض عليه بعض التشريعات البقاء على إيجابه مدة معينة كوقاية لرضا المستهلك الذي يتسرع في قبوله دون تقدير لعواقب تصرفه خوفا من سحب المحترف لإيجابه.

---

[1] آسيا يسمينه مندي، النظام العام والعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 81.

[2] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص: 150.

وقد عرفها الأستاذ زمام[1] على أنها:" آلية تمنح المستهلك فرصة للتفكير والتروي فيما يتعاقد بشأنه فإما أن يقدم فيغدو رضاه تاما وباتا وإما أن يتراجع عما أبداه من رضاه، في الحالتين يكون المستهلك قد مارس حقه في التفكير وعبر عن إرادته الحقيقية"، ونوافق الأستاذ في تعريفه لمهلة التفكير خاصة عندما جمعها مع حق العدول ففي اعتقادي أنهما سيشكلان آليتين متكاملتين تدعمان الالتزام بالإعلام في تحسين سلامة الرضا، وفي نفس السياق عرفها الأستاذ هلدير بأنها:" مكنة قانونية تتيح للمتعاقد المفاضلة أو الاختيار بين إمضاء العقد أو الرجوع فيه خلال مهلة زمنية محددة"[2].

ويعرف بعض الفقه الفرنسي مهلة التفكير بأنها:" المدة الإلزامية التي يهدف من خلالها المشرع إلى حماية الطرف الذي وجه إليه العرض، وذلك بمنعه من التعاقد قبل حلول الأجل المحدد قانونا"[3]، كما يرى الفقيه Philippe Burn أن حق العدول ومهلة التفكير هما وجهان لعملة واحدة[4].

ومن جانبنا نرى أن مهلة التفكير هي آلية قانونية مستحدثة تساهم في التوجه إلى منهج جديد لتحسين رضا المتعاقد ودعم استثياقه مما ينجم عنه إنقاذ وقائي للعلاقة التعاقدية.

---

[1] جمعة زمام، المرجع السابق، ص: 299.

[2] هلدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، لبنان، دار الثقافة، الأردن، ط2، 2013، 304.

[3] Laurent Burneau, contribution à l'étude de des fondements de la protection des contractants, Thèse de doctorat, p : 398,

نقلا عن: الطيب جربوع، مقال بعنوان: مهلة التفكير آلية لحماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية،جامعة الأغواط، العدد الثاني، المجلد الخامس، 2021، ص: 1445.

[4] Philippe Burn, Le droit de revenir sur son engagement, droit et patrimoine, n : 60, Mai 1998, P : 81.

ب- التعريف التشريعي لمهلة التفكير: من خلال بحثنا تبين لنا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمهلة التفكير[1] كآلية لحماية الرضا[2] بوضوح إلا أنه يمكن أن نستنتج ذلك في عدة مواضيع قانونية، نذكر من بينها: المادة 18 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[3] التي تنطوي على مدة للتفكير[4] وإن كانت تعتبر طويلة نوعا ما (06 أشهر قابلة للتجديد حسب المادة 18 منه)، ويقول الفقيه أحمية سليمان في هذا الخصوص:" هذه المدة تسمح لصاحب العمل باختيار العامل والتأكد من كفاءته المهنية، وتسمح كذلك للعامل من التعرف على ظروف العمل ومحيطه والنظام المعمول به لدى صاحب العمل، والشروط العملية المفروضة في العمل، وما إلى ذلك من معطيات أولية التي يقدر العامل في هذه الفترة فيما إذا كانت تتلاءم مع رغباته وظروفه أم أنها لا تحقق له ذلك مما يمكنه من الانسحاب من العمل"[5].

كذلك منح المتعاقد الضعيف حق التفكير قبل إبرام العقد حسب أحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306[6] التي تنص على ما يلي: " يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلك بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه"، وهو ما ينص عليه أيضا المشرع في القانون رقم 11-

---

[1] يرى الأستاذ بناسي أن المشرع لم يستفد من مهلة التفكير كتقنية عند تنظيمه للقروض الاستهلاكية، شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص: 142، كما ينفي الأستاذ بعجي أن يكون القانون الجزائري قد كرس مهلة التفكير سواء في القواعد العامة ولا حتى في التشريعات الخاصة بالشكل المجسد لها فعليا، أحمد بعجي، تأثير التوجه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2018-2019، ص: 202.

[2] من بين الأغراض التي أوجدت في نظرية مجلس العقد التي أخذها المشرع الجزائري (التي هي أصلا من وضع التشريع الإسلامي - تحديد المدة التي ينبغي أن تفصل بين الإيجاب والقبول حتى يستطيع الموجب له أن يتدبر أمره دون الإضرار بالموجب الذي يبقى على إيجابه لمدة طويلة دون الرد على إيجابه، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 110.

[3] القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/ 1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، ج.ر رقم 17 لسنة 1990.

[4] أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص: 83.

[5] إن هذه المدة تختلف في خصائصها عن إنهاء العلاقة العقدية التي تتطلب الإشهار المسبق، والتعويض وهي تخدم كلا الطرفين خاصة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والذي يحتاج إلى ضمانات أكثر تنور رضاه وتحميه، راجع في ذلك، ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، مكتبة زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، ص: 102، 103.

[6] المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج ر، 2006، العدد 56.

04 [1] الخاص بالبيع على التصاميم من خلال ما يسمى بِـ" عقد حفظ الحق" الذي سيسمح لمقتني العقار أن ينهي العقد وأن يسترجع المبلغ الذي دفعه وتعتبر الفترة ما بين إبرام عقد حفظ الحق وإنهائه بمثابة مهلة تفكير تمنحه فرصة دراسة العقد قبل إبرامه نهائيا؛ والجدير بالذكر في هذا المقام هو أن مهلة التفكير تعمل على حماية الرضا حماية فعلية وحقيقية لأنها تساهم بشكل أو بآخر في توسيع المساواة الحقيقية بين المتعاقدين بدلا من المساواة المجردة التي لطالما كرستها أحكام القانون المدني لكن دونما جدوى، مما يؤكد أن مهلة التفكير تعد مقوما هاما لاستمرار العلاقة التعاقدية مما تضفيه من مساواة وتوازن في فرصة إنقاذ وإنجاح العقد. ويرى جانب من الفقه Philippe Burn أن حق العدول ومهلة التفكير هما وجهان لعملة واحدة[2].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فيبدو أنه أعطى تعريفا لمهلة التفكير في نص المادة 1122 من آخر تعديل للقانون المدني الفرنسي[3] كما يلي:" يجوز أن ينص القانون أو العقد على مهلة التفكير، وهي مهلة لا يجوز لمن وجه إليه الإيجاب التعبير عن قبوله قبل انقضائها، ..."، وربط المشرع الفرنسي بين القبول ومهلة التفكير وجعلها مدة إجبارية من أجل دفع المستهلك حتى يكون في وضع تعاقدي إيجابي[4].

ولقد أولى المشرع الفرنسي مهلة التفكير أهمية كبرى من خلال بعض القوانين المتعلقة بحماية المستهلك خاصة في العقود التي تكون أقرب لعقود الإذعان[5]، فجاء في عدة نصوص نذكر منها المادة (L.312-10) من قانون الاستهلاك والمتعلقة بالرهن العقاري، على أن الإيجاب الذي يصدره المقرض لا يمكن قبوله من طرف المقترض والضامن إلا بعد عشرة أيام من استلامه[6]،

---

[1] القانون رقم 11-04، المؤرخ في 17 فيفري 2011 المتعلق بتنظيم نشاط الترقية العقارية، ج ر 2011، العدد 14.

[2] Philippe Burn, op.cit., P: 81.

[3] Art 1122 : La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation…, Ordonnance n : 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrat, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n : 0035 du 11 février 2016.

[4] بحيث أصبحت مهلة التفكير من النظام العام الحمائي وعلى ذلك من الممكن التنازل عنها إذ هي تهدف إلى الدفاع عن المصالح الفردية للمتعاقد الذي يفترض أنه في وضعية ضعف، شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص: 142.

[5] Do Camo Silva Jean-Michel, La stabilité de l'entité contractuelle, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université des sciences sociales de Toulouse (Toulouse 1), France,2001, P : 283.

[6] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص: 142.

بل وأكثر من ذلك فإن المشرع الفرنسي ومن باب المبالغة في حماية المتعاقد الضعيف، رتب البطلان على مخالفة الأحكام المتعلقة بمهلة التفكير، ومثاله ما ورد في المادة (L.444-8) المتعلقة بالتعليم عن بعد، التي تظهر أن هذه المهلة من النظام العام، كما أن القانون ألزم مانح الائتمان البقاء على إيجابه مدة 15 يوما على الأقل ابتداءً من صدوره[1] ومع ما تقدمه هذه الآليات من ضمانات لحماية الرضا، إلا أن هناك من الفقه في فرنسا من ينتقد مثل هذه الحقوق الممنوحة للمستهلك ويكيفها على أنها إفراط في حماية هذا الأخير؛ وبالرغم من ذلك ونظرا لأهمية أجل التفكير بالإضافة إلى أجل التراجع فقد خصهما المشرع الفرنسي بالمادة 1122 السابقة الذكر.

2- تمييز مهلة التفكير عن حق العدول: مهلة التفكير هي مدة تُمنح للمتعاقد لأخذ قراره بشأن العملية التعاقدية التي هو مقبل عليها، ويكون الغرض منها هو حماية المتعاقد الضعيف وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية، وتختلف مهلة التروي أو التفكير عن حق العدول وإن كانت الفكرتان قد استحدثتا في ظل الإنتاج الوفير والرغبة في التسويق الواسع من خلال المتاجر الكبرى التي تكون في مركز أقوى من المستهلك المتعاقد معها، إلا أنهما متميزتان ومستقلتان وتتجلى أوجه التشابه بينهما من حيث الهدف والمصدر[2].

فالهدف الذي يرمي المشرع لتحقيقه من خلال تقرير مهلة التفكير ومهلة حق العدول هو منح المستهلك فترة زمنية لحسن التفكير والتدبر ولتدارك التسرع الذي وقع فيه، إذ قد يجد نفسه ملزمًا بعقد مجحف لحقوقه أو مضطرًا للاستمرار في تعاقد لا حاجة له به أو لا طاقة له عليه، كما يرجع التقارب بين المفهومين إلى قيمة المدة الزمنية المحددة لممارسة كليهما، حيث يمثل كل منهما قيد زمني محدد من قبل المشرع يتيح فرصة الإعراض والانسحاب من العقد، غير أن هذه الأوجه لا تمنع وجود فوارق بينهما تضمن استقلال كل منهما عن الأخرى، فمهلة التفكير

---

[1] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص: 575.

[2] مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، القاهرة، مصر، 2012، ص: 42، حيث أن مصدر مهلة التفكير وحق العدول حسب رأي الكاتب هو نص القانون وأحيانا اتفاق الطرفين، وهو ما يعبر عنه بعض الفقه على أنه خيار الرجوع الاتفاقي الذي يوجب تقديم تبرير خاص وقوي للرجوع عن العقد ويخضع لسلطة القاضي التقديرية، فإذا وجد أن مبرر أو سبب الرجوع المقدم غير مقنع أو غير كاف، فلا يجيز الرجوع ويقضي بالإبقاء على العقد، يوسف شندي، المرجع السابق، ص: 290.

أو التروي تسعى لحماية المستهلك قبل إبرام العقد[1] وقبل الالتزام به بشكل بات أي بالأحرى ضمن عملية تكوين العقد، كما أنها آلية خاصة ينحصر وجودها في بعض العقود بين المهنيين والمستهلكين، فنطاقها محدد من حيث المتعاقدين ومن حيث بعض العقود المنصوص عليها قانونًا[2]، بينما حق العدول يرجعه الكثير من الفقهاء إلى فترة ما بعد إبرام العقد حتى لا يضطر المستهلك للاستمرار في عقد لا يرضى عنه ولا ينبغي الاستمرار في الالتزام به بعدما تدبر وأمعن الفكر في بنوده وجدواه[3]، بمعنى أن مهلة التفكير تهدد انعقاد العقد فهي مهلة للارتباط بالعقد، وحق التراجع يهدد زوال العقد لأنه يشكل مهلة للتحلل منه[4].

وينتج على اعتبار مهلة التفكير السابقة كشكلية في العقود[5]، أنها آلية وقائية للطرف الضعيف من التسرع في التعاقد، بينما يكون حق الرجوع كقيد بعد انعقاد العقد على تنفيذ الالتزامات الناتجة عنه، فهو بذلك يؤثر على القوة الملزمة، عكس مهلة التفكير فلا أثر لها على القوة الملزمة، لأن العقد لم يتكون بعد وعليه يمكن اعتبار حق الرجوع آلية حمائية لمرحلة ما بعد التعاقد، تدعم مهلة التفكير السابقة على التعاقد.

ثانيا: مهلة التفكير آلية وقائية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية

مهلة التفكير هي مدة[6] تمنح للمتعاقد لأخذ قراره بشأن العملية التعاقدية التي هو مقبل عليها، ويكون الغرض منها هو حماية المتعاقد الذي يوجد في وضع دوني، من خلال الحصول على رضا نوعي؛ ويبدو أنه توجد منطقة في ركن الرضا خالية من الحماية التشريعية، تتمثل في تسرع المستهلك وتهوره في إبرام العقد مما يجعله يصدر رضا حقيقة خال من عيوب الإرادة التقليدية، ولكنه مع ذلك لا يعبر في الواقع عن رغبته الحقيقية وإرادته المستنيرة نتيجة تسرعه وعدم

---

[1] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، 2006، ص: 575.

[2] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص: 256.

[3] فرحان عبد الحكيم، عدول المستهلك عن التعاقد، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 14.

[4] الطيب جربوع، المرجع السابق، ص: 1450.

[5] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص: 141.

[6] عبر عنها البعض أنها فترة تبريد refroidissement عبد الرحمان العيشي، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه علوم، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص: 187.

اتخاذه الوقت الكافي لذلك، ومن ثم يلجأ إلى التسويف والمماطلة وغالبا ما ينتهي به الأمر إلى نزاع لدى المحاكم لوضع حد للعقد الذي تبين فيما بعد أنه بعيد عن قدراته وتطلعاته مما يؤدي به إلى خسارة الدعوى على أساس عدم ثبوت عيب من عيوب الرضا لصالح المهني.

وللوقوف على دوره في إنقاذ العقد لا بد من العمل على تطبيقه على القواعد القانونية العامة والخاصة:

1- مهلة التفكير في الإيجاب الملزم: حيث يتضمن أن يبقى المتعاقد على إيجابه مدة من الزمن لا يجوز للموجب أن يعدل فيها عن إيجابه ما لم ينقضي الأجل المحدد وهو ما نصت عليه المادة 63 ق.م[1] وهذا ما يشبه إلى حد بعيد ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حين ألزم مانح الائتمان في باب التمويل العقاري البقاء على إيجابه مدة ثلاثون يوما بموجب المادة (L 312-8)، ومدة خمسة عشر يوما في تمويل شراء المنقولات بموجب المادة (L311-8) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949، ومدة سبعة أيام في تقديم خدمة التعليم بالمراسلة بموجب المادة (9) من قانون التعليم بالمراسلة الفرنسي رقم 12 يوليو لسنة 1971 وذلك لإعطاء المستهلك فرصة التفكير والتروي لقراءة إيجاب الموجب.

2- مهلة التفكير والقبول المقيد: في مقابل الإيجاب الملزم على المتعاقد الذي وجه إليه الإيجاب، أن يتروى ويفكر قبل أن يبدي قبوله وذلك في مدة معينة وهو ما جاء به المشرع الفرنسي حيث قيد المستهلك بمدة التفكير تحت طائلة بطلان العقد، إذ لا يمكنه إبداء قبوله حتى تنتهي مهلة التفكير، ومثال ذلك المادة (L 312-10) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949 السالف الذكر، حيث قرر بطلان القبول الصادر من قبل طالب التمويل العقاري قبل مضي مدة عشرة أيام حكما تبدأ من تاريخ تسلم الإيجاب، ويمكن أن نشير هنا إلى المادة

[1] تنص المادة 63 ق. م على ما يلي : "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل...."، غير أن المادة 64 ق. م تشير إلى أن للموجب حق العدول عن إيجابه الذي عبر عنه بأي طريقة سواء كان ذلك في مجلس العقد أو بين غائبين، ما دام الموجب له في فترة تفكير وترو، ويرجع ذلك على اعتبار أن الإيجاب هنا هو مجرد واقعة قانونية وليس تصرفا قانونيا والعدول عنه لا يخلف مسؤولية، في حين أن هناك من يرى أن الإيجاب بوصفه واقعة قانونية، واجتماعية يمكن أن ينشئ بعض الآثار ومن ثم تنشأ عنه مسؤولية تقصيرية، يقتصر التعويض فيها على ما وقع من خسارة دون أن يشمل ما فات من كسب، انظر بخصوص ذلك: عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 611.

162 فقرة 2 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[1] التي جاء فيها:" ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع، ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة" وهي تعبر على أكثر من القبول المقيد فهي تشير أيضا إلى إمكانية التراجع في أي وقت؛ ويبدو أن هذين التطبيقين يعبران عن مهلة التفكير كآلية لحماية العقد في مرحلة إبرامه وتعتبر بذلك آلية وقائية تحمي الرضا وتجعله بعيدا عن كل العيوب، سواء التقليدية منها أو حتى في المفهوم الحديث إذ ترمي إلى حماية الإرادة حماية فعلية في محاولة للوصول إلى مساواة حقيقية بين المتعاقدين ومن ثم يمكن أن نعتبرها أداة إنقاذ للعقد في مرحلة تكوينه خاصة وأنها تغني عن الندم الذي يفضي لا محالة إلى الإخلال بالالتزامات التعاقدية؛ ويبقى أن نذكر التطبيق الثالث الذي يمثل – في اعتقادي – وسيلة علاجية في حماية الرضا، ذلك أنه يأتي في مرحلة تنفيذ العقد .

الفرع الثاني: حق عدول المستهلك عن التعاقد آلية فعالة لتحسين الرضا

إن حق العدول لهو ضمانة إضافية تمنحها التشريعات بهدف حماية الطرف الضعيف، الذي اتخذ قراره على عجل، دون بصيرة وتأمل بالتعاقد بشكل لا يخدمه نظرًا لبعض الإغراءات التي تقدمها بعض السلع التي يعرضها المهنيون، ويبدو أن هذا الحق يؤثر بشكل واضح على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولذلك كان لابد من إيراد بعض القيود التي من شأنها تنظيم هذا الحق وضبطه حتى لا يصبح حجر عثر للاستقرار العقدي وكذا الأوضاع الاقتصادية المستقرة، ولعل أهم المسائل الواجب التطرق لها: تحديد مضمون حق العدول**(أولا)**، ثم تبيان دوره في إنقاذ العقد إن وجد**(ثانيا)** كما يأتي بيانه.

أولا: مضمون حق العدول.

يعتبر حق العدول من بين أبرز الآليات التي أوجدتها التشريعات الحديثة كضمانة لحماية رضا المستهلك ولإعادة التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية من خلال النص على منحه الحق في العدول عن العقد بعد إبرامه بإرادته المنفردة خلال مدة زمنية معينة محدودة،

[1] القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر المؤرخة بتاريخ: 17 فبراير 1985، عدد 8، ص: 176 الذي تم تعديله بموجب القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة.

وللتعرف على مضمون حق العدول لا بد من تحديد مفهومه ثم تمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة.

1- مفهوم حق العدول: إن تحديد المفهوم القانوني لحق العدول عن العقد يتطلب منا دراسة تعريف هذا الحق من الناحية اللغوية ومن ثم تعريفه من الناحية الاصطلاحية كما يلي:

أ- تعريف العدول لغة: يقتضي تعريف حق المستهلك بالعدول عن العقد تحديد المقصود منه لغويا كما يلي: يَعدل - عَدَلَ- بمعنى: حَادَ، مَالَ ورَجَعَ، ويقال عَدَلَ عُدُولًا بمعنى حاد عن الشيء ومال إلى غيره، ويقال عَدَلَ عن الطريق أي: حاد ورجع عنه[1]، كما جاء العدول بمعنى ترك الشيء، والانصراف عنه إلى غيره[2]، وإذا كان هذا هو مدلول العدول لغة فهو لا يختلف في مضمونه عن تعريفه اصطلاحًا.

ب- تعريف العدول اصطلاحًا: لم يرد تعريفًا اصطلاحيًا بين التشريعات التي منحت المستهلك حق العدول، وتولى ذلك الفقه بوضع تعاريف مختلفة، كما أن هذا الحق قد ورد بمسميات عديدة، منها: الرجوع عن العقد [3]، حق الندم، حق الانسحاب[4]، الحق في إعادة النظر...[5]، وسادت هذه الفوضى الاصطلاحية حتى لدى المشرع الفرنسي[6]، والذي لم يختلف عنه أيضا مشرعنا حيث استعمل هذا الأخير مصطلح "التراجع" في قانون النقد والقرض وكذلك في

---

[1] مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، المجلد1، الطبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004، ص: 150.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، المجلد 1، ط8، مؤسسة الرسالة، القاهرة، ص: 220.

[3] ريان عادل ناصر، المرجع السابق، ص: 26 حيث جاء عن الكاتب أن حق الرجوع قد تم تعريفه بأنه التعبير عن إرادة مغايرة حيث يمكن لصاحب العمل أو لصاحب التعبير المنفرد عن هذه الإرادة العودة عنها وسحبها واعتبارها كما لو أنها لم تكن وذلك من أجل حرمانها من كل مفعول ماضي أو مستقبلي، كذلك انظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص: 508.

[4] محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية – دراسة مقارنة – منشورات حلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، لبنان، 2009، ص: 393.

[5] فرحان عبد الحكيم، المرجع السابق، ص: 9.

[6] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص: 324 حيث أورد الأستاذ أن المشرع الفرنسي قد استعمل عدة مصطلحات للدلالة على نفس المضمون حيث استعمل مثلا مصطلح " revenir sur son engagement" في المادة 15-311 من قانون الاستهلاك، وكذلك مصطلح "rétractation" في المادتين L.121-64 و L.121-20 من قانون الاستهلاك كما استعمل أيضا مصطلح "résilier le contrat" في المادة L.444-8 من قانون التربية، وفي المادة L.121-25 من قانون الاستهلاك استعمل مصطلح renoncer.

المادة 90 مكرر من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم ، في حين أنه استعمل اصطلاح "العدول" في المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في المجال الاستهلاكي الذي كفل للمستهلك حق العدول في عقد القرض الاستهلاكي وعقد البيع في المنزل.

أما بالنسبة للفقه القانوني العربي فقد عرفه رأي بأنه: "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد إبرام العقد صحيحًا، من دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع أو مسؤولية تعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع[1]، غير أن جانبًا آخر من الفقه يرى أن هذا الحق يتمثل بالتخلي عن عقد لم يبرم نهائيًا، وإنما مازال في طور التكوين، فالأمر لا يتعلق بتنفيذ العقد إنما بتكوينه وإبرامه، بحيث لا يتم العقد في هذه الحالة بمجرد تبادل الرضا بين طرفيه إذ يحتاج لرضا آخر يقوّيه ويجعله قادرًا على إبرام العقد[2]، وبالتالي فهو يحول دون انعقاد العقد بصورة فورية ونهائية[3].

أما بالنسبة للفقه الفرنسي فقد عرّفه الأستاذ Pierre Bree[4] على أنه:" الحق المعطى للمتعاقد بأن يلغى من طرف واحد العقد الذي قبله، والذي يجب أن يكون مبدئيًا باتًا ونهائيًا"، كما عرفه الفقيه جيرار كورني على أنه:" تعبير عن إرادة معاكسة بمقتضاها يقصد صاحب تصرف أو تعبير بإرادة منفردة الرجوع عن إرادته وسحبها وكأنها لم تكن من أجل إفراغها من كل أثر في الماضي والمستقبل"[5].

كما أن البعض يعرّف حق العدول على أنه: " الإعلان عن إرادة مضادة يعتزم من خلاله المتعاقد بالرجوع عن إرادته وسحبها واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان

---

[1] أكرم محمد حسين التميمي، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010، ص: 85.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994، ص: 131.

[3] يوسف شندي، المرجع السابق، ص: 260.

[4] Pierre Breeze, Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Edition Vuibert, Paris, P :215.

[5] G. Cornu, Vocabulaire Juridique, Association H. Capitant, Point Delta, 2011, P : 729.

لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل[1]، ويبدو أن المشرع الفرنسي قد أولى هذا الحق أهمية كبرى من خلال إدراجه ضمن تعديل القانون المدني الجديد كتقنيات قانون حماية المستهلك[2]، وهي أجل التفكير أو (التروي) بالإضافة إلى أجل الرجوع أو (التراجع) بموجب نص المادة 1122 التي تنص:" يجوز أن ينص القانون أو العقد على أجل للتفكير وهو أجل لا يجوز للموجه إليه العرض أن يبدي قبوله قبل انتهائه، أو أجل للتراجع وهو أجل يجوز للمستفيد منه أن يتراجع فيه عن رضاه قبل انتهائه"[3].

أما بالنسبة للقانون الجزائري فالمتصفح مثلا للقانون المدني يجد العدول في عدة مواضع نذكر من بينها: المادة 64 ق.م التي تخص التعاقد في مجلس العقد إذ يعتبر الإيجاب الصادر في مجلس العقد غير ملزم ما لم يحصل القبول فورا، حيث أن للموجب الحق في العدول عنه[4] مادام الموجب له في فترة تفكير وتروي مما يفهم أنه بإمكان المتعاقد خلال فترة معينة أن يعدل عما صدر عنه من إيجاب، على اعتبار أن الإيجاب هنا هو مجرد واقعة قانونية وليس تصرفا قانونيا، والعدول عنه لا يخلف مسؤولية[5] بينما العدول عن العقد قد يؤدي إلى مسؤولية عقدية وأيضا تقصيرية، وهو يشبه بذلك حق العدول بالنسبة للمستهلك الذي يمكن له بعد مدة من التفكير أن يعدل عن إيجابه الذي عبر عنه بأي طريقة وسواء كان ذلك في مجلس العقد أو حتى بين غائبين، ولقد كرّس المشرع هذا الحق في قانون التأمينات في المادتين 70 مكرر و90 مكرر بخصوص التأمين على الأشخاص بعد تعديل 2006 بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في

---

[1] مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص: 33، 34.

[2] محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص: 242، 243.

[3] Art 1122: La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement.

[4] أكثر تفاصيل، انظر: علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 109، 110، وكذلك علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 1993.الالتزامات، ص: 40، حيث يأخذ بإمكانية عدول الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، كذلك عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: من 605 إلى 625.

[5] غير أن هناك من يرى أن الإيجاب بوصفه واقعة قانونية واجتماعية يمكن أن ينشئ بعض الآثار ومن ثم تنشأ عنه مسؤولية تقصيرية يقتصر التعويض فيها على ما وقع من خسارة دون أن يشمل ما فات من كسب، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 611.

20 فبراير 2006[1] كما أقره أيضا في قانون النقد والقرض[2] بعد تعديل 2010 بموجب الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010 [3] في المادة 119 مكرر1 في الفقرة الثالثة، التي تنص على ما يلي:" يمكن لأي شخص اكتتب تعهدًا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع على العقد"، ومؤخرًا تمَّ تكريسه في المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[4]، هذا المرسوم الذي كفل للمستهلك حق العدول في عقد القرض الاستهلاكي وعقد البيع في المنزل، فبالنسبة لعقد القرض الاستهلاكي، منحت المادة 11 من المرسوم السالف الذكر أجلا للعدول مدته ثمانية أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء عقد القرض.

إن حق الرجوع أو العدول هو آلية قانونية لحماية إرادة المستهلك ويدخل ضمن الضمانات الإضافية التي تمنحها التشريعات لتنوير رضا المتعاقد وحماية الطرف الضعيف الذي اتخذ قراره على عجل دون بصيرة وتأمل، بشكل لا يخدمه نظرا لبعض الإغراءات التي تقدمها بعض السلع التي يعرضها المهنيون، ويمكن التوصل إلى تعريفه انطلاقا من مقوماته أو بالأحرى خصائصه[5] التي ستساعدنا على تمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له، حيث أن الملاحظ على ما تم التطرق إليه من تعريفات ومفاهيم، أن معظم الفقهاء قد اتفقوا على أن حق العدول: ما هو إلا وسيلة يستعملها أحد طرفي العلاقة التعاقدية (أي تصرف قانوني بإرادة منفردة)، بموجب قواعد آمرة تهدف إلى الإعلان عن إرادة معارضة ومضادة للإرادة السابقة

---

[1] قانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات السابق الذكر.

[2] الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 08/26/ 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر صادرة بتاريخ 2003/08/27، عدد 52.

[3] الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 2010/08/26، ج ر مؤرخة في 2010/09/01، عدد 50.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي المؤرخ في 12 مايو 2015.

[5] ترى الأستاذة Mirabail أن خيار الرجوع في التعاقد يتميز بثلاث صفات: "الأحادية" وتعني أن خيار الرجوع في التعاقد يتم بالإرادة المنفردة للشخص المخول قانونا بذلك، و"عدم المطابقة ": أي تعارض الإرادة اللاحقة مع الإرادة التي تم التعبير عنها ابتداء، بحيث لا يمكن الجمع أو التوفيق بين الإرادتين في آن واحد، وأخيرا "الإحلال"، فالتعبير الأول عن الإرادة يختفي ليحل محله التعبير الذي يليه، S.Mirabail La rétractation en droit privé français, LGDJ, 1997, P: 2. ; وفي اعتقادي أن الكاتبة قد أغفلت خصائص أخرى تتمثل في احترام مدة زمنية معينة وكذا تجريد العقد من آثاره سواء بالنسبة للماضي أو للمستقبل..

(وهو المغزى الحقيقي لحق العدول) من خلال تجريدها من أي أثر قانوني (سواء بالنسبة للماضي أو للمستقبل) وذلك خلال الفترة الزمنية المحددة، ويمكن تلخيص عناصر أو خصائص حق العدول فيما يلي:

1- تعلق الحق في العدول بالنظام العام، بحيث لا يجوز التنازل عنه مسبقا أو الاتفاق على مخالفته إما بتقييده أو الحد منه.

2- وسيلة قانونية انفرادية[1] لصالح المستهلك دون المهني[2] في إطار حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، تخضع لتقديره ومحض إرادته في ممارسة هذا الحق من عدم ممارسته دون أن يلتزم بأي تسبيب[3] أو مسؤولية[4].

3- يمثل إحدى صور نقض العقد بالإرادة المنفردة.

كما أن الملاحظ من التعريفات السابقة أن معظم الفقهاء قد اتفقوا على أن حق العدول يخص فقط مرحلة تنفيذ العقد بحيث تم استحداثه فقط لإزالة وهدم عقد سبق إبرامه ووجوده، ولكن هناك من يرى غير ذلك، إذ يعتبرون أن حق العدول هو وسيلة قانونية لوقاية

---

[1] ويرى البعض أن إقرار حق العدول أو الرجوع للمستهلك بصفة فردية فيه مخالفة صريحة لنص المادتين (1170 و1174) المتعلقتين بعدم جواز تعليق وجود الالتزام على شرط إرادي محض، بعد أن أصبح العقد كله مرهونا بمشيئة المستهلك، أنظر: محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص: 237، ويرى الأستاذ الجمال أن حق العدول يماثل النظم المعهودة كخيار الشرط والتعاقد بالعربون في ترتيب إعمالها من فك الارتباط العقدي الذي تم تحقيقه بالفعل لكنها تختلف عنها في كون مصدرها هو حكم القانون الموضوعي وليس إرادة الأطراف المتعاقدة، مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، السعي إلى التعاقد وسلطان الإرادة، مشورات حلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2002، ص: 219.

[2] حق العدول هو مكنة ينفرد بها المستهلك دون المهني وهو ما نصت عليه معظم القوانين وعلى غرارها المشرع الجزائري كما هو منصوص عليه في المادة 119 مكرر1 المتعلقة بالقرض غير أننا نلاحظ أنه قد خرج عن هذا المبدأ بنصه على إمكانية استخدام حق العدول بالنسبة لكلا المتعاقدين استثناء في المادة 32 من قانون 04-11 المتعلق بالترقية العقارية التي تنص على أنه: "يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر" والملاحظ أن المشرع في هذا النص قد قصد العدول وليس الفسخ إذ كيف يكون الفسخ دون الإخلال بالتزام العقد؟ وكيف يمكن إعمال الفسخ والعقد لم ينفذ بعد وهذا ما يقودنا إلى اعتبار العدول هنا يخص التكوين التدريجي للعقد الذي لم يصل بعد إلى مرحلة التنفيذ والتي سنخصها بالدراسة فيما يخص الطبيعة القانونية، راجع أكثر تفاصيل: عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص: 272.

[3] غير أن المشرع المصري قد خالف نظيره الفرنسي في هذه الفكرة حيث قيد حق المستهلك في ممارسة حقه في العدول عن العقد بأن تكون السلعة أو الخدمة غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها، وذلك بمقتضى قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018 حيث نصت المادة 17 منه على أن: " للمستهلك الحق في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرداد قيمتها النقدية، دون إبداء أي سبب ودون تحمل أي نفقات خلال أربعة عشر يوما من تسلمها، وذلك دون الإخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك"؛ وذلك ما أخذت به العديد من التشريعات الأجنبية كالقانون الإنجليزي والألماني، أنظر: محمد يونس، مقال بعنوان: حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، أكاديمية شرطة دبي، 2016، ص: 15، 21.

[4] وبخصوص ذلك تنص على سبيل المثال المادة L.21-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي : " يتمتع المستهلك بأجل سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في الرجوع دون حاجة إلى تبرير الأسباب و لا دفع غرامات باستثناء عند الاقتضاء، مصاريف الإرجاع".

رضا المتعاقد الضعيف حتى في مرحلة تكوين العقد، للعمل على المحافظة عليه والتمكن من تنفيذه وإنقاذه من الهدم، وجعله غير معرض لأي نوع من أنواع الإبطال أو البطلان، ذلك أن هذا الحق سيعمل على المحافظة على العلاقة التعاقدية، ومن هنا يطرح هذا الحق عدة تساؤلات مهمة خاصة فيما يخص طبيعته التي سوف نعمل على تبيانها وقبل ذلك سنحاول تمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة والقريبة منه، كما يأتي بيانه:

2- تمييز حق العدول عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة: لا شك أن حق العدول أو خيار العدول[1] باعتباره آلية قانونية قد يختلط بأنظمة قانونية شبيهة له لاقترابها من مفهومه، فلا شك أن المتمعن فيه يجده يمثل إنهاء لعقد (الاستهلاك) بإرادة منفردة وفقًا لشروط وضوابط محددة، كما أنه يشترك في حماية إرادة المتعاقد وإعطائه أكثر ضمانة لتنوير رضاه وتبصيره مع مهلة التفكير، كما أن بعض الفقهاء قد شبهوا حق العدول الممنوح للمستهلك برخصة العدول الممنوحة ضمن القواعد العامة، كما أنه يقترب مع عدة أنظمة قانونية سنلخص أهمها كما يلي:

أ- تمييز حق العدول عن إنهاء العقد بإرادة منفردة أو نقض العقد[2]: يتحدث الفقه عن إنهاء العقد بإرادة منفردة لأحد المتعاقدين، قاصدًا بذلك الحالات التي يجيز فيها القانون الاستقلال بهدم العلاقة التعاقدية[3] دون توقف ذلك على إرادة المتعاقد الآخر، بينما حق العدول لم يكن الهدف من إقراره هو هدم العلاقة التعاقدية وإنما حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة، أو بالأحرى حماية الرضا لإعادة التوازن الذي سببه عدم التكافؤ المعرفي بين المتعاقدين، وصحيح أن حق العدول يشترك مع إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في بعض النواحي[4]:

---

[1] يعتبر العدول ما بين الحق والخيار إذ من الواضح أنه لا يشكل حقا بمعنى الحقوق العينية والشخصية وإنما هو عبارة عن تصرف أو مكنة أو آلية تمنح لصاحبها القدرة على نقض العقد، ذلك أن الحق الشخصي يمثل علاقة الاقتضاء بين الدائن والمدين فلا يستطيع الدائن الحصول على حقه إلا بواسطة تدخل المدين، كما أنه ليس بحق عيني يخول صاحبه سلطة على الشيء محل الحق، فهو ما بين الحق والخيار، انظر أكثر تفاصيل: موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص: 232 .

[2] إنهاء العقد بإرادة منفردة هو تصرف قانوني يصدر من جانب واحد، يترتب عليه بالنسبة للمستقبل فحسب إنهاء علاقة قانونية لم يعين لها المتعاقدان من أول الأمر أجلا منهيا، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 690.

[3] ريان عادل ناصر، المرجع السابق، ص: 32.

[4] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص: 326.

أن كلاهما تصرف قانوني بإرادة منفردة، وأن كلاهما يترتب عليه وضع حد للعقد، وأن كلاهما لا يتوقف إعماله على إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته كما أن كلاهما لا يتوقف وقوعه على تدخل القاضي أو حتى اشتراط إخلال في تنفيذ الالتزامات كما هو الحال في نظام الفسخ مثلا، وبالرغم من كل هذه الأوجه المتشابهة إلا أنهما يختلفان من خلال عدة أوجه: حيث يمكن تطبيق حق الإنهاء في العقود الزمنية غير محددة المدة والعقود الفورية التي شرع في تنفيذها، في حين تعد عقود الاستهلاك في أحوال معينة مجالا خصبًا لإعمال حق العدول، كما أن الإنهاء بإرادة منفردة ليس له أثر رجعي بينما الحق في العدول يهدف إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل توقيع العقد[1] في حين أن رجوع الأبوين في عقد الهبة له أثر رجعي بالرغم من أنه قد يعبر على نقض العقد بإرادة منفردة[2].

ب- تمييز حق العدول عن رخصة العدول الممنوحة ضمن القواعد العامة: يمكن أن يختلط مفهوم حق العدول أو حق الرجوع الممنوح للمستهلك مع رخصة العدول الممنوحة بموجب القواعد العامة كالعربون مثلا، حيث يعتبر عدولا الصلاحية أو السلطة التي يتمتع بها المتعاقد للنكول عن العقد الذي أبرمه أو نقضه في مقابل ثمن معين سلفا[3]، ويتفق المفهومان في

---

[1] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص: 327.

[2] انظر المادة 211 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت 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 ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته" ، وقد تطرق لهذه النقطة الأستاذ جمال بدري، نقض العقد بالإرادة المنفردة – من الاستثناء إلى المبدأ- أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 24، 66، أنظر ق.م.ع رقم 177428 صادر بتاريخ 1999/03/17، م.ق لسنة 2000، العدد 2، ص: 81، ونشير إلى أن نقض العقد كتصرف قد تم التعبير عنه عن طريق عدة تسميات تختلف باختلاف كل تصرف على حدى كالرجوع في الهبة وإنهاء الوكالة كما جاء في المادة 586 ق.م التي عبر فيها المشرع عن حق الموكل في العدول، كذلك انقضاء الشركة كما جاء في المادة 440 ق.م والتي عبر فيها المشرع عن حق الشريك في الانسحاب وغيرها ...والملاحظ بهذا الصدد أن من بين هذه التصرفات ما يقترب عن حق العدول أو الرجوع عن العقد بل ويختلط به إن لم يكن كذلك، مثلما هو الحال بالنسبة لحق الرجوع في الهبة، أما التصرفات التي يقتصر أثر إلغاؤها على المستقبل دون الماضي كالوكالة والوديعة والعارية ، فهي تعتبر إنهاء للعقد وليس رجوعا عنه خاصة قبل البدء في تنفيذه ويختلف الأمر إن تم الإنهاء قبل البدء في تنفيذ هذه العقود حيث نكون بصدد رجوع عن العقد.

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 174، أنظر المادة 72 مكرر ق م التي تنص على أن: " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر".

عدة نقاط يمكن أن نوجزها فيما يلي: أن كلاهما يمارسان بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف دون حاجة إلى موافقة الطرف الثاني، إذ أنه متوقف على محض إرادة المتعاقد المعني به، كلاهما يوفر مهلة للتفكير والتروي التي ينبغي التمسك بها في الأجل المحدد، يترتب على التمسك بأحد المفهومين سقوط العقد[1] المبرم فيصبح كأنه لم يكن، أما إذا لم يتمسك أي من المتعاقدين بحقه في العدول، فإن العقد يصبح باتا، كما أن ممارسة أحد هذين النظامين لا تسبب أي مسؤولية للتمسك بها، ومع ذلك يمكن أن نفرق بين هذين المفهومين في عدة نقاط نوجزها فيما يلي: يقتصر حق العدول على المستهلك دون المهني في حين يعتبر حق العدول في التعاقد بالعربون ليس مقتصرا على أحد المتعاقدين دون الآخر، كما أن الأجل الممنوح للمتعاقد المتمسك بالعربون مصدره الاتفاق في حين يرجع مصدر مهلة حق العدول إلى القانون الذي يحددها تباعا، كما أن حق العدول مجاني في حين العربون يشترط دفع مقابل[2].

3- الطبيعة القانونية لحق العدول: رغم الفائدة الواضحة من الاعتراف بحق العدول في التعاقد إلا أن هذا الحق يثير إشكالية قانونية معقدة تتمثل في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق، ومن ثم تحديد لحظة انعقاد عقد الاستهلاك[3]، إذ يرى جانب من الفقه أنه ينعقد فورًا أي بمجرد تبادل الرضا وحتى قبل انتهاء مدة العدول، ومن ثم كان حق العدول خرقًا مباشرًا لمبدأ الرضائية، في حين يرى جانب آخر بأنه لا ينعقد إلا بانتهاء هذه المدة، ومن ثم كان حق العدول خرقًا مباشرًا لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

أ- حق العدول خرق لمبدأ الرضائية: يرى جانب من الفقه أن خيار العدول في التعاقد يحول دون انعقاد العقد بصورة نهائية وفورية أي بمجرد تبادل الرضا، مستندين في ذلك إلى عدة أفكار أهمها:

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 148.

[2] مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 219.

[3] المرجع نفسه، ص: 223، ص: 225.

1. التكوين التعاقبي للرضا[1]: وتقوم هذه الفكرة على أن إبرام العقد المتضمن حق العدول يتطلب رضا مزدوج يتم على مرحلتين فهو لا يتكون طفرة واحدة وإنما تدريجيا[2]، وذلك لأن المستهلك بإمكانه إيقاف تكوين العقد في أي لحظة عن طريق ممارسة حقه في العدول خلال المدة المحددة قانونا، فعقد المستهلك ينعقد على مرحلتين من الزمن:

المرحلة الأولى: يعبر المستهلك فيها عن رضا أولي يمهد لانعقاد العقد النهائي وهو ما يطلق عليه بِـ" الرضا المؤقت"، أما المرحلة الثانية: فهي المرحلة التي يصبح فيها العقد نهائيا بعد انقضاء المدة المحددة لحق العدول وهو ما يطلق عليه بِـ "الرضا النهائي"؛ ويأتي على رأس أنصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي " كاليه أولي" Calais - Auloy الذي يرى أن:" خيار الرجوع أو العدول لا يشكل اعتداءً على مبدأ الرضائية، فهو يأتي في لحظة لم ينعقد فيها العقد بعد[3] كما أن الأستاذة Baillod تعد أبرز من كتب في توضيح هذه الفكرة في مقالها تحت عنوان:" le droit de repentir" والذي أعطت فيه تشبيهًا فيزيولوجيًا للعقد على أنه جنين يبقى في فترة الحمل ولا يبرز للوجود القانوني إلا بمشيئة صاحب حق العدول الذي بإمكانه قطع مدة حمل الجنين ومن ثم يموت الجنين ويصبح العقد كالعدم، أو باستمرار مدة الحمل بطريقة طبيعية ومن ثم الوصول إلى ولادة عقد وتكوينه صحيحًا[4].

غير أن هذا الرأي قد انتُقد بشدة على أنه غير سديد، لأنه يخلط بين حق التفكير وخيار الرجوع في التعاقد، إذ أن هذا الوصف ينطبق على حق التفكير[5] وليس خيار الرجوع، فحق التفكير يهدف إلى الاستثياق من رضا المستهلك قبل إبرام العقد أما حق العدول أو خيار الرجوع فهو يهدف -على العكس- من ذلك إلى التأكد من رغبة المستهلك في الاستمرار في العقد الذي أبرمه، وأن قبوله في هذه الحالة أصبح جازمًا لا رجعة فيه بناءً على إرادة حرة ومستنيرة وقد سبق وأن بينا أوجه الاختلاف بين النظامين. كما أن هذا التحليل يصلح لتفسير ميكانيزم حق

---

[1] Philippe Burn, op.cit, p: 81, 82.

[2] ريان عادل ناصر، المرجع السابق، ص: 27، مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 222.

[3] J.Calais-Auloy, La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, D 1973,chron p: 266.

[4] نقلا عن شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكي للعقد، المرجع السابق، ص: 357.

[5] المرجع نفسه، ص: 359، 360.

العدول في جملة من العقود دون أخرى حيث يمكن تطبيقه في عقد البيع بالمنزل والائتمان الاستهلاكي، والملاحظ بهذا الخصوص أن المشرع قد اعتبر العدول في عقد حفظ الحق من قبيل التكوين التدريجي للعقد الذي لم يصل بعد إلى مرحلة التنفيذ وذلك بموجب المادة 32 من قانون رقم 04-11 المتعلق بالترقية العقارية التي تنص على أنه " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر" والملاحظ أن المشرع في هذا النص قد قصد العدول وليس الفسخ إذ كيف يمكن إعمال الفسخ دون إخلال المتعاقد بالتزامه هذا من جهة ومن جهة ثانية فالعقد ما زال لم ينفذ بعد وبالتالي فهو يخص مرحلة تكوين العقد[1]؛ ولا يمكن تعميمه على عقود أخرى مثل البيع عن بعد، وكذلك فيما يخص المادة 20 من قانون 31 ديسمبر 1989 المتعلق باكتساب أو بناء عقار سكني جديد، وكذلك في حالة التأمين على الحياة؛ كما أن هناك من الفقهاء[2] من اعتبر أن فكرة التكوين التعاقبي تخص إطار المفارقة بين تكوين العقد وبين تزويده بقوة الالزام، أي التمييز بين تكوين العقد وبين اكتسابه الفعالية.

2. العقد المؤقت[3]: يحاول الأساتذة مالوري Malaurie وأيناس Aynés وستوفال Stoffel تفسير ميكانيزم حق العدول بالعودة إلى نظرية "ما قبل العقد"، حيث يعتقدون أن ما قبل العقد هي عبارة عن مجموعة عقود تمهيدية لعقد نهائي، فهي إذن عقود مؤقتة وملزمة، ومفاد ذلك أن الأجل الممنوح للمستهلك كمنشئ لِـ "ما قبل العقد"، ينبع بإبرام عقد نهائي عند عدم ممارسة التنازل عنه في الآجال المحددة قانونًا[4]، غير أن هذا التفسير أيضا تم انتقاده من عدة جوانب نذكر من بينها:

---

[1] راجع أكثر تفاصيل: عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص: 272.

[2] وهو حسب رأيهم يقدم تفسيرا لمهلة التفكير التي يفرضها القانون ولحق العدول المترتب عنها، إذ أن التقاء الارادتين يؤدي إلى انعقاد العقد بالفعل صحيحا لكن المشرع، حماية للمستهلك، يوقف فعاليته بتحريم الإجبار على تنفيذه من قبل المستهلك قبل مضي مهلة التروي، فإذا انقضت المهلة دون أن يمارس المستهلك حقه في الانسحاب، اكتسب العقد الفعالية اللازمة لتنفيذه بقوة القانون بالنسبة للمستقبل، أما إذا مارس هذا الحق، فإن هذه الممارسة يترتب عليها انتهاء العقد وليس بطلانه، مصطفى محمد الجمال، ص: 224.

[3] أنظر في ذلك أكثر تفاصيل: شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكي للعقد، المرجع السابق، ص: 355، 357.

[4] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكي للعقد، المرجع السابق، ص: 357.

- أنه لا يسمح بإعطاء تفسير علمي لكيفية الانتقال من "ما قبل العقد" إلى "العقد النهائي".

- كما أن هذا الحق يتعارض مع نظام "ما قبل العقد" الذي يعطي لطرف ما إمكانية التعبير عن الخيار بين غياب أو وجود العقد النهائي، في حين أن استعمال حق الرجوع أو العدول يعطي إمكانيات أكثر تحديدًا للطرف الضعيف؛ يفهم مما سبق أن هناك اتجاه نحو جعل عقود الاستهلاك غير نهائية خلال مدة معينة بعد الاتفاق عليها، وعدم تزويدها بالقوة الملزمة طوال هذه المدة، ومن ثم تخويل أحد الطرفين أو كلاهما سلطة التحلل منها خلالها، وبذلك تنزل هذه العقود من منزلة العقد الملزم إلى منزلة الاتفاق السابق على التعاقد[1]؛ يتبين لنا مما سبق أن حق العدول ليس خرقًا لمبدأ الرضائية لذلك يرى رأي آخر من الفقه المعاصر أنه خرق لمبدأ آخر هو مبدأ القوة الملزمة للعقد كما سنرى ذلك لاحقًا.

ب- حق العدول خرق لمبدأ القوة الملزمة للعقد: حسب المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، هذا المبدأ الأساسي الذي يضمن الأمن القانوني للمعاملات لم يعد في الحقيقة قائمًا على أتمه، بعد أن تم إقرار حق المستهلك في العدول أو الرجوع كما يعبر عنه بعض الفقهاء في إطار خصوصيات قانون حماية المستهلك، حيث يعتبر هذا الحق من بين التقنيات الوقائية الخاصة والمستحدثة التي تهدف إلى عقلنة سلوك المستهلك قبل أي إصلاح أو تعويض[2]، ولقد اتجهت جُل تشريعات حماية المستهلك نحو تكريس هذا الاخير في العدول عن العقد بعد إبرامه[3] مجافية في ذلك مبدأ القوة الملزمة، وهو ما تبنّاه أيضا المشرع حديثًا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 ماي 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي الذي كفل للمستهلك حق العدول في عقد القرض الاستهلاكي[4] وعقد البيع في المنزل[5]،

---

[1] مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 220.

[2] محمد بودالي، أزمة القانون المدني في اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص: 229.

[3] حيث نصّت على ذلك توجيهات الإتحاد الأوروبي التي كفلت حق العدول في عدة مجالات من بينها: البيوع التي تتم عن بعد.

[4] نصّت المادة 11 من المرسوم المذكور أن للمشتري أجلًا للعدول مدته ثمانية أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء عقد القرض، ولا تسري آثار عقد البيع إذا مارس المقترض حقه في العدول ضمن هذا الأجل.

[5] نصّت المادة 14 من ذات المرسوم أنه بالنسبة لبيع المنتوج على مستوى المنزل، فإن مدة العدول تكون سبعة أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم الخدمة، ولا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة.

هذا لا يمنع أن المشرع قد كرّسه سابقًا بالأمر رقم 10-04 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11[1] في مادته 119 مكرر1 التي تنص في فقرتها 4:"...يمكن أي شخص اكتتب تعهدًا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية(8) أيام تاريخ التوقيع على العقد" .

كما يمكننا أن نعتبر أن التشريع المتعلق بالترقية العقارية قد لمَّح أيضا للحق في العدول بمقتضى المادة 32 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي تنص على ما يلي: «يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري... بطلب من صاحب حفظ الحق، في هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر بالمئة (15%) من مبلغ التسبيق المدفوع..."، والملاحظ أن هناك خلطا كبيرا في تحديد الطبيعة القانونية لحق العدول أو الرجوع أو التراجع، وتعتبر هذه المادة أحسن مثال على ذلك، ويبقى التساؤل مطروحا حول تحديد تصرف صاحب حفظ الحق إذ يشبه إلى حد بعيد التعاقد بالعربون، كما اعتبر حق في العدول عن العقد في مرحلة تكوينه، وآخرون عبروا عنه على أنه خرق لمبدأ القوة الملزمة للعقد؟

تسعى جل التشريعات بما فيها الجزائري والفرنسي إلى إضفاء قدر من العدالة على علاقات الاستهلاك وذلك بالتخفيف من القوة الملزمة للعقد لفائدة المستهلك، وقد كانت من المبادئ التي اعتمد عليها المشرع الفرنسي في تعديله بموجب الأمر رقم 2016-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016 السابق الذكر، غير أن الشريعة الإسلامية كانت الأسبق، وذلك يتضح جليا من خلال فكرة الخيارات العقدية المعروفة في الفقه الإسلامي[2] أي التخيير بين إمضاء العقد أو فسخه وهي التي تخدم فكرة الاستثياق من الرضا والتأكد من سلامته وصحته، والغرض من ذلك هو حماية رضا المتعاقدين ذلك الانشغال الذي ترجمه التعديل الفرنسي بعدما بادر إلى

[1] الأمر رقم 10-04، المرجع السابق، ص10.

[2] محمد بودالي، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص: 243.

تقنين ما يعرف بمهلة التفكير وحق الرجوع اللذين يمثلان في الحقيقة تقنين لفكرة الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي[1].

ويمتاز حق العدول المكفول للمستهلك بأنه حق ثابت بقوة القانون، إضافة إلى أنه لا يحتاج إلى أي اتفاق بشأنه، ويخضع لمشيئة المستهلك دون غيره، كما لا يحتاج لتبرير ولا أية أعباءٍ إلا فيما يخص مصاريف رد البيع إن وجدت، ويعتبر حق العدول تعديًا صارخًا على مبدأ القوة الملزمة فيما يخدم العدالة، بعيدًا عن الاستمرار في عقد لا يستجيب لرغبات المستهلك الذي استعجل على إبرامه دون تمعن وتبصر واقعًا تحت تأثير إغراءات وسائل الدعاية والإعلام، مما يقتضي إعطائه حقًا في العدول بمثابة فرصة إضافية تكفل له الحفاظ على رضا سليم ومستنير، وهذا ما يتماشى مع المقولة الشهيرة لجاك غستان: "إن العقد ليس ملزمًا إلا أن يكون عادلًا"[2]، ويبقى التساؤل مطروحا حول دور حق العدول في العقد، فهل يمكن اعتباره آلية خطيرة على اعتبار أن مفاده هدم الرابطة العقدية بين المتعاقدين ومحو آثارها(في مرحلة تنفيذ العقد)، أم أنه على العكس من ذلك إذ يمثل آلية حمائية للرضا بحيث يساعد المستهلك على تنوير رضاه ومساعدته على الاستثياق منه ما يضمن له الاستمرار فيما بعد في عقد يخدم مصالحه وتطلعاته؟

ثانيا: حق العدول آلية علاجية للرضا

يبدو أن حق العدول غير محدد المفهوم فالكثيرون يخلطون بينه وبين مهلة التفكير على اعتبار أنهما مصطلحين لنفس المكنة القانونية وذلك بالطبع ليس صحيحا، فهناك مهلة للتفكير وأخرى للعدول، وبعد أن تطرقنا لإظهار مهلة التفكير كآلية وقائية في فترة تكوين العقد، سنحاول تبيان حق العدول كآلية علاجية يمكن اعتمادها في حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والإشكال الذي يطرح في هذا المقام، هو هل يمكن اعتبار حق العدول فعلا آلية علاجية للرضا أم أنها عمليا تعبر عن وسيلة خطيرة على العلاقة التعاقدية، خاصة وأنها في

---

[1] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكي للعقد، المرجع السابق المرجع السابق، ص: 555، كذلك نذكر أن الأستاذ بناسي أثار هذه النقطة خلال الملتقى الدولي المعنون بـ: القانون المدني بعد أربعين سنة، أنظر مقاله المعنون بـ" تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري الالتزامات نموذجا، المرجع السابق، ص: 156.

[2] جاك غستان، المرجع السابق، ص: 255.

الغالب توضع دون شروط وضوابط مما يمكن أن يجعل الطرف الضعيف يتعسف في استعمالها؟، وبذلك هل من المفروض أن نعممها على كل العقود أم أنه لابد من تحديد مجالها لما تمثله من خطورة على استقرار المعاملات؟؛ لم يكرس المشرع حق العدول صراحة، إلا أن ذلك ليس ببعيد بالنسبة للمستقبل[1]، ونجد له عدة تطبيقات نذكر من بينها ما يلي:

1- حق مكتتب التأمين في التراجع عن العقد: يحق لأحد طرفي عقد التأمين ألا وهو مكتتب التأمين باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية – أمام المؤمن محترف المهنة – أن يتراجع عن العقد الذي أبرمه مع المؤمن وذلك إذا توافرت الشروط اللازمة لإعمال هذا التراجع، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 90 مكرر من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم كما يلي: " باستثناء عقود 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) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط"، وتعتبر هذه المدة مدة عدول وليس مهلة تفكير[2].

2- التراجع عن اكتتاب تعهد لدى البنك: حيث تنص المادة 119 مكرر 1 من الأمر رقم 10-04 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على أنه:" .....يمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد"، وهذا يعتبر أجل عدول وليس مهلة تفكير.

3- العدول في القرض الاستهلاكي: حيث كرس حق العدول من خلال المادة 11 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، التي جاء فيها :" غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، وكذلك حق العدول في عقد البيع

---

[1] Ali Filali, le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats, les annales de l'université d'Alger 1, op.cit., p :23.

[2] بخلاف ما جاءت به الأستاذة عمريو التي اعتبرت أنها مهلة تفكير تسمح لمستهلك التأمين بالترو ويحق له أن يندم عن العقد الذي أبرمه، في أطروحتها ص: 156 ثم عادت ووصفت هذا التصرف القانوني بأجل الرجوع، ص: 158، مما يدفعنا إلى التفرقة بينهما، انظر جويدة عمريو، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2013- 2014، ص: 156، 158.

في المنزل من خلال المادة 14 فقرة 1 التي تنص على ما يلي:" عندما يتم بيع المنتوج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة" والواضح أن المدة تعني مدة العدول وليس التفكير.

4- حق سحب المؤلف لمؤلفه: حيث تنص المادة 24 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة[1] على ما يلي: " يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعاته أن يوقف صنع دعامة إبلاغ المصنف إلى الجمهور بممارسة حقه في التوبة أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب..."، والواضح أن المشرع قد أعطاه الحق في العدول دون تحديد مدة لذلك.

من خلال ما سبق يمكن أن نستنتج أن حق العدول ما هو إلا مكنة[2] قانونية من نوع خاص، تترجم تدخل المشرع كاستثناء عن القوة الملزمة للعقد، في محاولة منه لإيجاد توازن عقدي في إطار حماية المستهلك كطرف ضعيف وهو ما برر به المشرع تدخله هذا، أما عن إمكانية تعميمه فما يزال هذا الموضوع محل خلاف، خاصة وأنه في الغالب يؤدي إلى هدم الرابطة العقدية ومحو آثارها، والمغالاة في ممارسة هذه المكنة من شأنه أن يؤدي إلى نتائج خطيرة، أما إذا أردنا تعميمه فلا بد أن يكون وفقا لأسس وضوابط دقيقة[3] تضمن المحافظة على العقد وإنقاذه من خلال تحسينه والعمل على دوامه واستمراره -وفي اعتقادي أن هذا الطرح مستحيل-؛ ومن ثم يبقى التساؤل مطروحا حول ما إذا كانت الاتجاهات التشريعية ستتجه نحو تحويل هذا الاستثناء إلى مبدأ ومن ثم تعميمه ليشمل كل العقود؟، أم أنه سيبقى محصورا في بعض البيوع دون غيرها؟، خاصة وأن العمل بحق العدول تعدى مطالب المستهلكين ليصبح أداة للمهنيين لكسب ثقة زبائنهم وتشجيعهم لإبرام العقود التي يملكون مكنة العدول عنها إذا ندموا عليها أو ما توافقت مع رغباتهم.

---

[1] الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424، الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

[2] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكي للعقد، المرجع السابق، ص: 365.

[3] انظر أكثر تفاصيل: عبد الرحمان العيشي، المرجع السابق، ص: من 202 إلى 204.

على إثر العرض المتقدم لحق العدول برزت الأهمية التي يلعبها هذا الحق كآلية لحماية رضا المستهلك مما يجعلنا ننتظر من المشرع وكذا الفقه إيلاء عناية أكثر بحماية المستهلك كطرف ضعيف يفتقر للدراية والمعرفة الكافية، سعيا لإضفاء قدر من التوازن على العلاقة التعاقدية بين طرفي العقد وذلك عن طريق حماية إرادتهم من مخلفات استخدام التقنيات الحديثة والمؤثرات الصوتية والبصرية، التي تعمل على عرض السلع والخدمات في مناخ ساحر مما يجعل الإرادة وإن لم تكن معيبة بأحد عيوب الرضا إلا أنها أصبحت مشوهة، لكن دون الوصول إلى هدم العلاقة العقدية. وفي اعتقادنا أنه لا بد من التمييز بين مهلة التفكير التي تمثل بحق آلية لإنقاذ العقد وبين حق العدول الذي لا يعدو إلا أن يمثل وسيلة لتحسين سلوك المستهلك وإصلاح خياراته ومن ثم رضاه، لكنه لا يعمل بتاتا على إنقاذ العقد وإنما يسعى إلى تهديم الروابط العقدية.

الفصل الثاني

إنقاذ العقد بين

الاستقرار والاستمرارية

الفصل الثاني: إنقاذ العقد بين الاستقراروالاستمرارية

الإبطال هو جزاء الاخلال بسبب نقص الأهلية أو وجود عيب من عيوب الرضا، لكن هذا الجزاء لن يكون دائما هو الحل الأمثل خاصة بالنظر إلى زعزعة استقرار العقد، الأمر الذي يدعونا للتفكير في كيفية إبقاء العقد عوض إبطاله، ويمكن تلافي هذا الأخير من خلال عدة مكنات قانونية، قد تكون بيد أحد المتعاقدين وهو ضحية العيب، من خلال الإجازة وهي تعبير المتعاقد عن إرادته المتمثلة في التنازل عن حقه في التمسك بالإبطال، كما أن هذا الحق يمكن أن ينقضي دون أن يكون لإرادة صاحب الحق في طلب الإبطال أي دور يذكر، إذ يجد هذا الانقضاء مصدره في القانون بالتقادم، كما أنه وبالنظر إلى الأثر التهديمي للفسخ على العلاقة التعاقدية، أصبح من الضروري التفكير في استراتيجية جديدة يتم من خلالها توجيه العقد نحو التنفيذ من خلال تجديد نطاقه وتحديث أهدافه وهو الاتجاه المنطقي لكل العقود في سبيل أن يحقق المتعاقدان الفائدة الاقتصادية والاجتماعية المرجوة من إبرام العقد، وذلك لن يكون مجديا إلا من خلال العمل على تضييق شروط قبول الفسخ من جهة، مع التفكير في إعادة تراتيبية الأولوية ما بين التنفيذ والفسخ من جهة أخرى **(المبحث الأول)**.

كما أن التنفيذ ينبغي أن يكون بحسن نية، وهو ما يلزم كل متعاقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد بما يحقق الغرض منه، وتبدو فاعلية هذا المبدأ في المجال القانوني بمحاولة الوصول بالعقد إلى المثالية في كل مراحله، ما يساعد على المحافظة على العقد واستمراره ومن ثم إنقاذ العقد، عن طريق لعب دور المهذب لعملية التنفيذ تحقيقا للمصلحة الخاصة كما أنه يعمل أيضا على حماية المصلحة العامة من خلال ما يفرضه من رقابة **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: سلطة الأطراف والقانون في إنقاذ العقد من خلال العمل على استقراره

يكون العقد قابلا للإبطال إذا اكتمل وجوده وتوافرت أركانه، وفقد شرط من شروط صحة أهم ركن فيه ألا وهو الرضا، وشرطي صحة الرضا كما هو معلوم هما الأهلية وسلامة الرضا أي خلوه من العيوب وعليه، يكون العقد قابلا للإبطال في حالتين، الأولى إذا كان أحد عاقديه ناقص الأهلية بالنسبة لإبرامه، والحالة الثانية إذا شاب رضا أحد الطرفين عيب من عيوب الرضا، وينجم عن ذلك الحق في الإبطال والذي يمكن التنازل عنه لمن يتقرر لمصلحته عن طريق الإجازة

(المطلب الأول)، وفي سبيل استقرار الأوضاع ولكي تسود العدالة العقدية أصبح تدخل المشرع مبررا من خلال تحديد فرصة المتعاقد صاحب العقد في المطالبة به معتمدا على العامل الزمني وذلك عن طريق التقادم، كما أن المشرع لم يتوانى عن النص على نظرية الإرادة خاصة بما تمنحه من مظاهر للاستقرار **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: سلطة الأطراف في إنقاذ العقد عن طريق الإجازة

لم يعرف المشرع الإجازة، ولعل الفقه قد استطرد في ذلك، فقد تصدى فقهاء العرب والغرب إلى تعريف الإجازة عن طريق عدة تعاريف نذكر من بينها تعريف علي فيلالي:" الإجازة هي تنازل المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد[1]"، وقد عرفها عبد المنعم فرج الصدة على أنها: " النزول عن حق الإبطال لمن يتقرر لصالحه"[2]، كما عرّفها فقهاء الشريعة الإسلامية على أنها: " جاز العقد ... نفذ ومضى على الصحة، وأجزت العقد جعلته جائزا نافذًا"، وهو تعريف جاء في المصباح المنير للمقري، كما جاء أيضا في فتح القدير لابن همام أن: "الإجازة تصرف في العقد بالإبقاء"[3]، وعرفها منصور حاتم حسن على أنها: "الإجازة تعد طريقا من طرق تصحيح العقد فبواسطتها يصبح العقد صحيحًا بصورة نهائية، ويتخلص من خطر البطلان الذي كان يتهدده، فلا يستطيع المتعاقد أن يبطل العقد بعد إجازته له"[4]، أما بالنسبة للتشريعات فالقانون المدني الفرنسي يعدّ الإجازة كوسيلة لتصحيح العقد القابل للإبطال، وذلك في نصّ المادة 1338[5]

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 334.

[2] عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، 1960، ص: 286، وفي نفس السياق وردت تعاريف أخرى نذكر من بينها: " الإجازة تصرف قانوني انفرادي ينزل بمقتضاه من تقرر الإبطال لمصلحته عن حقه في التمسك به"، " هي إرادة أثر قانوني تصدر ممن تقرر الإبطال لمصلحته، أو ممن ينوب عنه قانونا، يفصح بموجبها عن رغبته في الإبقاء على التصرف القابل للإبطال وتأييد آثاره".

[3] نقلا عن محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2000، ص: 24.

[4] منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص: 169.

[5] كان القانون المدني الفرنسي يعد الإجازة كوسيلة لتصحيح العقد القابل للإبطال، حتى جاء في المادة 1338 السابقة أنه: " لا يكون تأييد أو إجازة الالتزام الذي أجازه القانون قبل دعوى البطلان أو الفسخ صحيحا إلا إذا اشتمل على مادة الالتزام ذاتها وذكر أسباب دعوى الفسخ والنية في إصلاح العيب الذي برر هذه الدعوى، وعند عدم وجود عقد التأييد فإنه يكتفي بتنفيذ العمل اختياريًا من بعد الزمن الذي كان يمكن فيه تصحيحه أو تأييده. وهذا التأييد أو الإجازة أو تنفيذ العمل اختياريا في الأشكال والوقت الذي حدده القانون يتضمن التنازل عن الوسائل والدفوع التي كان يمكن ان يعترض بها عن

مدني فرنسا (سابقا) والتي تقابلها المادة (1182) بعد التعديل؛ من خلال التعاريف السابقة يبدو أن هناك اختلافات فقهية بشأن الإجازة، فهناك من يرى أنها تصحح العقد الذي ترد عليه، وهناك من يقول إن الإجازة تقتصر على إزالة الحق في التمسك بالإبطال وهذا ما سنتطرق له من خلال تبيان الطبيعة القانونية للإجازة **(الفرع الأول)**، ثم إبراز أهم شروطها **(الفرع الثاني)**، فالبحث عن طرق التعبير عن الإجازة وآثارها **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الإجازة تصحيح للعقد القابل للإبطال أم تنازل عن حق التمسك بالإبطال؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من البحث حول طبيعة الإجازة ولهذا سوف نتعرض في هذا الفرع إلى آراء بعض الفقهاء حول طبيعة الإجازة، ثم نحاول الوقوف على موقف المشرع من ذلك من خلال:

أولاً: الإجازة تصحيح للعقد القابل للإبطال.

ذهب جانب كبير من الفقهاء وشراح القانون إلى اعتبار الإجازة تصحيحا للعقد القابل للإبطال وذلك من خلال عدة عوامل تتمثل في التجاوز عن العيب الذي لحق بالعقد، أو برفع هذا العيب، أو بإزالته وتطهير العقد منه، أو باستعمال شرط من شروط صحة عقد كان ينقصه كمن وقع في غلط مثلا ثم أجاز العقد بعد ذلك، يضيف إليه العنصر الناقص، وهو الإرادة المتنورة[1] وإذا أخذنا كحصيلة لتعريفات الفقهاء آخذين بعين الاعتبار العوامل التي بنوا عليها فكرة أن الإجازة ماهي إلا وسيلة لتصحيح العنصر القابل للإبطال نجد أنهم أرادوا أن يعبروا عن الإجازة على أنها: "تصرف قانوني يتم بمقتضاه تصحيح العقد القابل للإبطال إما عن طريق

العمل، ولكن من غير أن يضر هذا بحقوق الغير. وقد عرّفها الفقيه الفرنسي (بلانيول) على أنها: " عمل قانوني يزيل به الشخص العيوب التي قد تعتري التزامًا كانت تلك العيوب تخوله الحق في طلب إبطاله:

" la confirmation est l'acte juridique par lequel une personne fait disparaitre les vices d'on se trouve entachée une obligation contre laquelle elle eut pu se pouvoir par voie de nullité ou de rescision ", Planiol et Ripert,

نقلا عن محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 24.

[1] حمدي المغاوري محمد عرفه، إجازة العقد القابل للإبطال، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، ط 1، 2012، ص: 237؛ كذلك: محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 11، 12، الذي استطرد في شرح اتجاه هؤلاء الفقهاء بكثير من التفاصيل.

التجاوز عن العيب الذي لحق بالعقد أو برفع هذا العيب أو بإزالته وتطهير العقد منه أو باستكمال شرط من شروط صحته، فيرتب العقد آثاره كما لو كان صحيحا منذ تاريخ إبرامه"[1]، ولقد أنتقد هذا الرأي من عدة جوانب نجيزها فيما يلي: منطقيا وإذا عدنا إلى بداية الدراسة نجد أن العقد في مرحلة تكوينه تشوبه عيوب عدة تجعل من الرضا غير سليم وتلك العيوب أوردناها سابقاً والمتمثلة في: الغلط، التدليس، الإكراه، والاستغلال، وبذلك يمكننا أن نتساءل عن دور الإجازة في هذا المقام، هل فعلاً أن ورود الإجازة من الشخص الذي خولها له القانون يمكن أن يزيل العيب الذي شاب العقد؟، أي هل إذا أجاز الشخص الذي وقع في غلط جسيم ومؤثر أو الذي وقع في تدليس أو إكراه أو استغلال التصرف القانوني أو العقد الذي أبرمه معنى ذلك أنه طهر رضاه من العيب الذي شابه أو حتى أزاله أو رفع عنه العيب، وهل فعلاً أن الإجازة هنا تكون قد استكملت شرطا من شروط صحته كما ورد سابقاً؟[2]، خاصة وأنه أصحاب هذا الرأي قد انطلقوا من فكرة زوال السبب الذي جعل العقد معيباً[3].

يبدو أن هذا الرأي غير صائب ففي اعتقادي أن الإجازة لا تصحح العقد ولا تزيل عيبا في الرضا، فالعيب موجود، حتى وأنه من شروط صحة الإجازة كما سنرى لاحقا ضرورة علم المجيز بالعيب الذي شاب رضاه ومع ذلك تتجه إرادته إلى إجازة العقد ومن ثم يبقى العيب قائما والعقد لا يتم تصحيحه وإنما في اعتقادي يتم إنقاذه بآلية تتمثل في التنازل عن حق المطالبة بالإبطال لكن هل هذا الجزاء يحقق التوازن العقدي والعدالة؟، وقد ذهب فقهاء آخرون إلى مثل هذا الاعتبار كما يأتي بيانه:

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص: 337، كذلك: رأفت دسوقي، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، (د، س)، ص: 161. في حين يرى فقهاء آخرون أنه ليس للإجازة أثر رجعي، لأن العقد القابل للأبطال ينعقد صحيحا، ويظل كذلك مالم يتقرر بطلانه، حمدي المغاوري محمد عرفه، المرجع السابق، ص: 238.

[2] يمكننا أن نتساءل هنا عن دور الإجازة في العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية الصادرة بعد بلوغ ناقص الأهلية سن الرشد، فهل معنى ذلك أن هذا العيب قد زال بالإجازة؟ هذا ليس بصحيح فلا ينقلب العقد صحيحا بالإجازة، وإنما الذي زال هو التهديد بالزوال وليس العيب الذي شاب صحة العقد.

[3] علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2015، ص: 264؛ كذلك: محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 16.

ثانياً: الإجازة تنازل عن حق التمسك بالإبطال

على عكس الرأي السابق، فقد ذهب فقهاء آخرون إلى اعتبار الإجازة تنازل المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد، مما يزيل خطر الإبطال ومن ثم يستقر العقد نهائيا، ويمكن أن نورد عدة أمثلة عن بعض التعاريف التي تأخذ بهذا الرأي، حيث يرى حمدي المغاوري أن الإجازة هي "تنازل المجيز عن حقه في التمسك بالإبطال، ومن ثم فطبيعة الإجازة تكمن في أنها تصرف قانوني انفرادي ينزل بمقتضاه المجيز عن حقه في التمسك بالإبطال[1]، وقد اعتبرها السنهوري على أنها ليست وسيلة من وسائل تصحيح العقد بل يترتب عليها زوال التهديد بالبطلان واستقرار العقد صحيحا[2]، كما يرى الأستاذ(Laurent) أن الإجازة هي "العدول عن حق التمسك بإبطال العقد المعيب، وجوهر الإجازة هو النزول عن الحق في الإبطال"، وفي نفس المعنى ذهب الأستاذ(Demolombe)، كما عرفها الأستاذان Barde, Baudry على أنها" الإجازة تفترض نزول المتعاقد الذي تقرر حق الإبطال لمصلحته عن حقه في طلب إبطال التصرف القابل للإبطال"[3].

غير أن هناك من الفقهاء من يتفق مع أصحاب الرأي الأول في اعتبار الإجازة هي تصحيح للعقد القابل للإبطال ولكنهم لا يعتبرون أن هذا التصحيح يعتمد على أي تغيير في عنصر من عناصر العقد، حيث أنها لا ترتب أي إضافة أو انتقاص أو استبدال لعنصر من عناصر العقد، إذ أنها تبقي عليها دون تغيير فيها، ومن ثم فهم يوافقون أصحاب الرأي الثاني في اعتبار أن الإجازة هي وسيلة ترفع حق المدين في التمسك بالبطلان، الذي يمكنه التمسك به قبل المتعاقد الآخر، ومع هذا الخلط فهم يعتبرون أن الإجازة هي تصحيح العقد بزوال التهديد بالبطلان وبأثر رجعي

---

[1] حمد المغاوري محمد عرفه، المرجع السابق، ص: 249، كذلك: العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 502، غير أنه كان مناقضا لنفسه حين عرف الإجازة أولاً بأنها" تصحيح العقد القابل للإبطال برفع العيب الذي يلحقه"، ثم عرفها على أنها" تصرف قانوني من جانب واحد يهدف إلى التنازل عن طلب الإبطال أي بمعنى إزالة الزعزعة عن العقد و تأييد استمرار صحته، فبالإجازة يستقر هذا الوجود القانوني للعقد نهائياً، بعد أن كان مهددا بالزوال"، فالتصحيح لا يعني التنازل عن حق التمسك بالإبطال خاصة وأن الأستاذ العربي بلحاج قد أعطى تعريف سابقاً لتصحيح العقد في نفس المرجع على أنه" إدخال عنصر جديد عليه، مما يؤدي قانونا إلى تأكيد صحته، وفي اعتقادي أن هذا الخلط والذي نجده في أغلب تعريفات الفقهاء يمكن إرجاعه إلى التردد في اعتبار العقد الذي يشوبه عيب من عيوب الرضا أو نقص الأهلية صحيحا، لأنهم لو كانوا متأكدين من الصحة لما ظهر فرق بين التصحيح والإجازة.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 501، 502.

[3] نقلا عن محمد سعيد جعفور، المرجع سابق، ص: 19، 20.

واستقراره صحيحا بصورة نهائية، حيث أنها لا تؤدي إلى زوال العيب الذي يشوب العقد بأثر رجعي يمتد إلى وقت إبرام العقد، وإنما تؤدي إلى زوال ما يترتب على هذا العيب من أثر وهو التهديد بالبطلان[1].

والملاحظ عن أصحاب هذا الرأي أنهم يخلطون بين الإجازة والتصحيح، على اعتبار أنهم يعتمدون على تعريف مزدوج للتصحيح إذ أنهم يعتبرون أن تصحيح العقد يتم بصورتين: الأولى عن طريق تغيير عنصر من عناصر العقد أو حذف أو إضافة أو نقصان[2]، وهناك من يأخذ بتصحيح العقد دون إحداث أي تغيير فيه، كما هو الحال بالنسبة للإجازة حيث يرى عدة فقهاء أن الإجازة ماهي إلا وسيلة لتصحيح عقد غير مكتمل الصحة على اعتبار أن العقد الذي يكون قابلاً للإبطال هو عقد ترتبت آثاره جميعها ولكنه قد تخلف فيه شرطا الأهلية أو خلو الإرادة من العيوب، وعلى حد وصفهم فهذين الشرطين لا يمكن وصفهما بأنهما شرطا صحة العقد، وإنما هما شرطان لاكتمال صحة العقد، لأن تخلفهما يجعل العقد صحيحا قابلا للإبطال، وبالتالي فإن صحته غير مكتملة ولم يؤدي إلى بطلانه، فهو عقد قابل للتصحيح لكي يؤدي إلى استقراره صحيحا بشكل نهائي[3].

وهناك من ذهب إلى اعتبار أن العقد الباطل بطلانا نسبيا لم يكن له وجود قانوني قبل الحكم ببطلانه وأن وجوده قبل الحكم به وجود فعلي أو ظاهري يبدو على حقيقته بثبوت البطلان في الحكم به، ومن الطبيعي أن تزول آثار هذا التصرف منذ نشأته، وبدون حاجة إلى فكرة الرجعية[4]، وقد تنوعت آراء بعض الباحثين والشراح حول طبيعة الإجازة وظهرت عدة

---

[1] منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 174، 175.

[2] عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية (د.س)، ص: 389.
وكذلك: هند فالح محمود، المرجع السابق، ص:147.

[3] منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 64، وأصحاب هذا الرأي لا يرون أي مسوغ لتقسيم البطلان المطلق والنسبي لأنه تقسيم وقت تحقق البطلان، فالبطلان يتحقق في المطلق منذ البداية، أما البطلان النسبي، فإن الوجود القانوني للعقد يؤدي إلى تأخير حصول البطلان إلى وقت التمسك به من قبل المتعاقد الذي له مصلحة في ذلك، فإذا تمسك به تحق البطلان، وعندها لا يكون هناك فرق بينه وبين البطلان المطلق، لأن البطلان يتحقق أيضاً بأثر رجعي يمتد إلى وقت إنشاء العقد، المرجع نفسه، ص: 65.

[4] جميل الشرقاوي نقلا عن حمدي المغاوري، المرجع سابق، ص: 247.

أفكار أخرى أرى أنه لا بد من التطرق لها ولو بعجالة لتسليط الضوء على كل ما يفيدنا في ضبط الطبيعة القانونية لهذه الآلية وذلك كما يأتي بيانه:

ثالثاً: الإجازة بين الوجود والإنكار.

تضاربت الآراء حول وجود الإجازة وحول إنكارها فمنهم من اعتبرها إيجاباً جديدا، وآخرون يعتبرونها قبولا لإيجاب قائم، ومنهم من يرى أنها عبارة عن ميلاد عقد جديد، وآخرون وصلوا إلى اعتبارها إنكاراً لوجود عيب مسبب للبطلان.

1- الإجازة تعد إيجابا جديداً: حيث ذهب أحد الباحثين إلى اعتبار الإجازة إيجابا جديداً تطابق مع قبول جديد من المتعاقد الآخر، حيث قال محمد أمين إبراهيم في رسالته[1]:"وأرى أن ذلك [أي موافقة وإجازة من له حق الإجازة] يعتبر إيجابا جديدا ينتج عنه قبول المتعاقد الآخر بأية وسيلة تدل على الرضا، وأي طريق من طرق التعبير عن الإرادة ولو كان بالتنفيذ، ومن ثم تنفيذ العقد منذ تلك اللحظة وحسب وينتج الآثار الشرعية والقانونية له" وأكد رأيه ثانية بقوله[2]:" يمكن اعتبار هذه الإجازة إيجابا جديد تطابق مع قبول جديد من المتعاقد الآخر، هذا القبول وإن لم يتم بالقول كما هو الغالب، فإنه يتم بأمر ضمني هو تنفيذ التعاقد وانفاذه بالعمل والفعل"، وقد انتقد هذا الرأي بشدة لأن الإجازة هي بإجماع الفقهاء تصرف قانوني انفرادي غير متوقف على قبول الطرف الآخر، في مقابل هذا الرأي نشأ رأي آخر يقابله.

2- الإجازة تعد قبولا لإيجاب قائم: ومؤداه أن الإجازة تعد قبولا لإيجاب قائم، أو تعديلا لتعبير المجيز ليطابق تعبير المتعاقد الآخر، وكان هذا رأي الأستاذ عبد الرحمن عياد[3] في كتابه المعنون بـ: " أساس الالتزام العقدي" حيث يرى هذا الكاتب أنه في حالة العقد الباطل بطلانا نسبيا تكون إرادة أحد طرفيه معيباً وبالتالي لا ينشأ التزام هذا الطرف لعدم توافر مسؤوليته، بينما ينشأ التزام الطرف الثاني الذي تكون إرادته صحيحة لتوافر مسؤوليته، كما أن الوضع لا يختلف إذا كان الإيجاب هو المشوب بالعيب، ففي هذه الحالة يكون قبول الموجب له بمثابة

---

[1] محمد أمين إبراهيم حسين التندي في رسالته المعنونة بـ"نظرية البطلان في الشريعة والقانون المدني"، نقلا عن حمدي المغاوري، المرجع السابق، ص: 236.

[2] المرجع نفسه، ص: 236.

[3] عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، نقلا عن حمدي المغاوري، المرجع نفسه، ص: 240، 242، 243، 244.

إيجاب موجه إلى الموجب وتكون إجازة هذا الأخير بمثابة القبول، وقد أنتقد هذا الرأي أيضا من عدة أوجه واعتبر أنه متناقض وغامض وأنه لا يمكن أن يعمم، كما أنه لم يرد حالة الإجازة إذا صدرت من أحد المتعاقدين دون وجود قبول من الطرف الآخر[1].

3- الإجازة ميلاد عقد جديد: هناك من الفقهاء من يعتبر الإجازة هي ميلاد أو تنظيم عقد جديد يستلزم أهلية المتعاقدين، وحرية اختيارهما وتمام رضاهما، غير أن هذا الرأي منتقد بشدة، خاصة أن تنظيم عقد جديد لا ينصب على عقد معيب وإنما هو عقد جديد يتلو عقدا سابقاً ليعدل فيه أو ليكسبه قوة ملزمة لم تكن للعقد السابق[2]، أي زوال العقد القديم كاملاً ثم إنشاء عقد جديد وإن تضمن معظم ما تضمنه العقد القديم أو تنقطع الصلة بين العقدين الجديد والقديم، فيزول هذا الأخير ولا يعود له أثر[3]، كما أن تنظيم العقد يستوجب إرادتين[4] في حين الإجازة تتطلب إرادة واحدة، كما أنهما يختلفان من حيث الأثر الرجعي للإجازة في حين أن تاريخ العقد الجديد يكون من وقت توافق الإرادتين.

4- الإجازة إنكار لوجود العيب: وهو رأي أنفرد به جميل الشرقاوي حيث يرى " أن الإفصاح [من صاحب الرضا المعيب] عن اكتمال عناصر العيب المؤدي للبطلان لا يفيد أثره في إظهار البطلان إلا إذا وقع أمام القضاء ولا يكون نهائيا حتى صدور الحكم بالبطلان، ففي قدرة من يدعي عيب رضائه أن يرجع عن ادعائه بأن رضاه في التصرف معيب إذا اكتشف ما يبرر ذلك، فإذا ما رجع عن هذا الادعاء كان معنى هذا الرجوع أنه رأى أن التصرف صحيح لا مطعن عليه وأنه لا يوجد سبب حقيقي للبطلان ولا توجد لذلك دعوى مقبولة بالبطلان"[5]، وهذا الرأي قد انتقد أيضاً من عدة أوجه وأهمها أنه مخالف للحقيقية والواقع إذ أن الإجازة ليس من شأنها إنكار أو نفي وقوع العيب الذي صاحب نشأة التصرف أو العقد خاصة في حالة ناقص الأهلية

---

[1] حمدي المغاوري، المرجع السابق، ص: 244.

[2] عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص: 665.

[3] هند فالح محمود، المرجع السابق، ص: 148.

[4] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 502.

[5] جميل الشرقاوي، نقلا: عن حمدي المغاوري، المرجع السابق، ص: 238.

الذي يبرم عقدا، ثم تراءى له مع اكتمال أهليته أن يجيز ذاك العقد، فليس للإجازة أن تنفي ما وقع في الماضي (أي نقص أهليته كعيب).

وأمام كل هذه الآراء لابد أن نوضح موقف المشرع من طبيعة الإجازة كما يأتي بيانه:

رابعا: موقف المشرع من الإجازة.

نصت المادة 100 ق.م على أنه" يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير"، والملاحظ أن المشرع لم يورد تعريفاً للإجازة وإنما اقتصر على شروط وأنواع والأثر الرجعي لها، فالإجازة حسب هذه المادة هي تنازل المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد، فهي تصرف قانوني من جانب واحد يتنازل بمقتضاه المجيز عن حقه في إبطال العقد، ولأن العقد المعني هو العقد القابل للإبطال فهو العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية أو معيب الرضا، بينما لا تلحق الإجازة العقد الباطل بطلانا مطلقا وهذا ما نصت عليه المادة 102 من ق.م:"... ولا يزول البطلان بالإجازة...".

من خلال المادة يتضح أن المشرع أخذ بمعنى أن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح منتج لآثاره منذ البداية، غير أن صحته تكون مزعزعة[1]، إذ أنه ينشئ نوعا من المراكز القلقة المعلقة على إدارة أحد المتعاقدين (الذي يشوب رضاه عيب أو نقص الأهلية)، وتستمر هذه الزعزعة أو هذا المركز القلق إلى غاية تقادم دعوى الإبطال وحينئذ يعتبر العقد صحيحا منذ إنشائه ويصطحب هذا الحكم بالنسبة للمستقبل، أو أن يقوم صاحب الحق في الابطال بإجازة العقد فيستقر وجوده وإما أن يطلب إبطاله فتمحى آثاره مستندا إلى تاريخ إبرامه، وليس من شك في أن فترة القلق[2] هذه طالت أو قصرت، لا تستقيم مع السياسة التعاقدية واستقرار المعاملات في المجتمع، من أجل ذلك حاولت التشريعات المختلفة إشاعة الطمأنينة في التعامل

---

[1] وهو ما سارت عليه المحكمة العليا حيث ورد في قرار لها ما يلي: "عن الوجه الوحيد المثار، حيث يرد على هذا الوجه أن قضاة الموضوع لما أسسوا قضاءهم بسقوط دعوى البطلان على الفقرة الثانية من المادة 102 من ق.م فليس معنى هذا أن العقد الباطل قد انقلب صحيحا، فهو ما زال عقدا باطلا وكل ما في الأمر أن دعوى بطلانه غير مقبولة، إذ أن العقد القابل للإبطال هو عقد قاصم ولكنه مهدد بالإبطال..."، غ.م قرار رقم 247506، المجلة القضائية، العدد: 1، لسنة 2002، ص: 166.

[2] محمد جبر الألفي، مقال بعنوان "عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد الأول،1985، ص: 12.

باتباع وسائل متباينة تهدف إلى الحفاظ على مصالح المتعاقدين وتثبيت المراكز القانونية التي اكتسبت بحسن نية، والمتمعن في المادة 100 ق.م يفهم أن المشرع لم يقصد بالإجازة تصحيح العقد وهذا واضح فهو لم يذكر أنها تصححه وإنما اقتصر دورها على زوال الحق في إبطال العقد، غير أن فكرة أن لها أثر رجعيا قول منتقد لأن الإجازة لا تجعل العقد ينتج أثرا لم يكن ينتجه من قبل، وإنما تقتصر على تأييد هذه الآثار، ولهذا فلا يتصور أن يكون لها أثر رجعي[1].

ويرى العديد من الفقهاء بهذا الخصوص" أن إقحام لفظ الإجازة في نص المادة 100 ق.م هو خطأ، إذا الواقع أن العقد المشوب بالقصر أو بأحد العيوب هو عقد صحيح ينتج كل آثاره القانونية، وهو ليس بحاجة إلى إجازة تصححه، لأن الإجازة لن تزيده صحة، إذ هو صحيح من يوم انعقاده قانونا، وإنما كل ما هنالك هو أن المتعاقد قد شاب رضاه عيب من العيوب السابقة الذكر، فإذا لم يطالب المتعاقد بإبطال العقد فإن العقد يستمر صحيحا منتجا لكل ما يترتب على العقد الذي نشأ صحيحاً من الآثار[2]، ولو عدنا إلى نص المادة 100 باللغة الفرنسية، نجد كلمةConfirmation والتي أخذت عن المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي السابقة وتفيد تأييد العقد، وفي اعتقادي أن هذا المصطلح هو الأصح وهو ما ذهب إليه الأستاذ محمد سعيد جعفور حيث قال" فإننا نؤثر استعمال لفظ "التأييد" لأنه في نظرنا أكثر دلالة على المقصود..."[3].

وقد أخذ القانون اللبناني[4] بهذا المصطلح حيث يعتبر الإجازة تأييدا ويبدو أن ذلك أحسن، خاصة مع الخلط الحاصل بين الإجازة وغيرها من الأنظمة التي سنتناولها بالدراسة لاحقاً

---

[1] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 22، وفي رأي مشابه: حمدي المغاوري، المرجع السابق، ص: 246، كذلك علي علي سليمان، مقال بعنوان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، العدد الصادر في 1984/09/31، فقرة 90 إلى 92، ص: 4، 5، كذلك العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 505، كما أن الأستاذ شوقي بناسي أيضا اعتبر هذا الحكم عن المشرع المصري حيث جعلت المادة 139 فقرة 2 من قانون المدني المصري للإجازة أثراً رجعياً وهو فيما قرره غير صائب، ذلك أن الإجازة تؤدي إلى تثبيت العقد القابل للإبطال وتأييد الآثار المترتبة عليه قبل الإجازة، شوقي بناسي، مداخلة بعنوان: تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، المرجع السابق، ص: 179.

[2] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 22، وكذلك: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص: 97، والعربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 505.

[3] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 22.

[4] تنص المادة 236 من الموجبات والعقود اللبنانية:" إن تأييد العقد يمكن إدراجه في شكل آخر صريحا أو ضمنيا فيبدو حينئذ تأييد فعلي لا مقدر".

كالتصحيح والتحول...، كما أن الأستاذ العربي بلحاج أرجع وقوع المشرع في التباس بخصوص الإجازة هو" تأثره بما وقع فيه القانون والقضاء والفقه في فرنسا من القول بما يسمى" البطلان النسبي" للعقد مع أنه ليس عقدا باطلا، بل هو عقد صحيح منتج لآثاره القانونية"[1]؛ كما أن هناك الكثير من المشرعين والفقهاء أخلطوا بين الإجازة وغيرها من النظم وخاصة التصحيح كما سبق ذكره .

وفي اعتقادي أنه لابد من إعادة النظر في مفهوم الإجازة ككل خاصة وأنها أداة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية لكن يبقى التساؤل مطروحا حول مدى نجاعتها في تحقيق العدالة والتوازن العقدي، حيث أنه ظاهريا صحيح أن الإجازة أو تأييد العقد هو وسيلة تعمل على الإبقاء على العقد، لكن هل حقيقة تمثل آلية حقيقية لإنقاذه، هل لها دور علاجي حقا للاستغلال الذي وقع للطرف الضعيف في العقد أم أنها تخدم مصلحة الطرف القوي فيه، خاصة وأنه المستفيد الأول من الإجازة؟ أم أن هناك طريقة أخرى يمكن أن تحقق بها عدالة وتوازنا عقديا مما يحقق المساواة الفعلية الحقيقية لا تلك المساواة المجردة التي نستشفها من خلال الجزاءات التقليدية التي ما عادت تخدم الطرف الضعيف خاصة، سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات لاحقاً.

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 506، وقد فصل محمد سعيد جعفور بهذا الخصوص حيث يرى أن المشرع لم يحسم موقفه بخصوص العقد الباطل بطلانا مطلقاً حيث يستعمل تارة عبارة" العقد الباطل بطلانا مطلقا(مثلا في المادتين 93 و102 مدني)، وتارة أخرى عبارة" العقد الباطل"(المواد 94 و 96 و 97 مدني) وذلك للدلالة على نفس الحالة وهي تخلف ركن من أركان العقد أو اختلال شروط المحل أو السبب، أما بخصوص العقد القابل للإبطال(في المواد 99 ، 100، 101 وخاصة المادتين 104 و105 مدني)، فهو يرى أنه كان عليه الاقتداء بالمشرع المصري في استعمال لفظي "البطلان" و"القابلية للأبطال" لأن استعماله لعبارة " البطلان المطلق" تستدعى بالضرورة أن يكون في مقابلها عبارة " بطلان نسبي"، ولذلك عليه التخلي عن البطلان المطلق، محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2003 ، ص: 76، 77.

وفي اعتقادي أن ما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء لهو رأي سليم، إذ أن طبيعة العقد القابل للإبطال تبعده عن البطلان وتقربه من الصحة، فهو ليس عقدا باطلا أي عديم الأثر ولكنه عقد صحيح قابل للإبطال، ولذلك فإن وصف العقد بالباطل بطلانا نسبيا لا يتناسب مع هذا العقد، لأن هذا الوصف يعني أن يكون العقد باطلا منذ البداية وبذلك لا يقبل إجازة على هذا النحو وإنما يحتاج إلى تصحيح ومن ثم نرى أن وصف العقد بالقابل للإبطال أصح من باطل بطلانا نسبيا، أي أنه يتأرجح بين الصحة والبطلان، فإذا ما أجازه من له الحق في إجازته اكتملت صحته ولا يكون بعدها قابلا للإبطال، وإذا لم يجزه يبقى غير مكتمل الصحة إلى أن يحين وقت تقادم الحق في المطالبة به أو أن صاحب الحق في المطالبة بإبطاله يزاول حقه ويبطل العقد.

من التحليل السابق لطبيعة الإجازة نستخلص أنه، لا يترتب عليها أي تعديل أو تغيير في مضمون العقد، ولا تأتي بحال جديد له، فلا هي تستكمل نقص فيه أو تزيل العيب المسبب لبطلانه فتعد تصحيحاً له، كما أنها ليست إنكارا لوجود هذا العيب، وإنما تؤكد حالته القائمة منذ البداية، فيقتصر دورها على تنازل المتعاقد المجيز عن حقه في التمسك بالإبطال، ومن ثم فطبيعة الإجازة تكمن في أنها تصرف قانوني انفرادي ينزل بمقتضاه المجيز عن حقه في التمسك بالإبطال ومن ثم فلابد لتكون صحيحة أن تتوفر أركان وشروط التصرف القانوني.

الفرع الثاني: شروط و أنواع الإجازة

باعتبار أن الإجازة هي تصرف قانوني، فهي لابد أن تستوفي أركان وشروط التصرف القانوني بما فيها التمتع بالأهلية اللازمة وقت صدور الإجازة، وأن تكون الإرادة خالية من عيوب الرضا، كما أن لها شروطا موضوعية **(أولاً)** في أنها لابد أن ترد على عقد قابل للإبطال وأن يكون المتعاقد المجيز عالما بالعيب الذي شاب إرادته، وأن يزول هذا العيب عند صدور الإجازة أو تكشفه كما أن الإجازة على نوعين صريحة وضمنية**(ثانياً)**.

أولاً: شروط الإجازة.

تقدم فيما سبق أن الإجازة هي تصرف ينزل بمقتضاه من تقرر الإبطال لمصلحته عن حقه في التمسك به، وتكون الإجازة صحيحة إذا توافرت الشروط التالية:

1- كون العقد المراد إجازته مما يقبل الإجازة: بالنسبة للعقد الباطل نجد أن موقف المشرع كان صريحاً وواضحاً باستبعاده من نطاق الإجازة، ونص المادة 102 قاطع في دلالته على ذلك حيث نصت على أنه: "لا يزول البطلان المطلق بالإجازة" ومن ثم فلا يمكن بأي حال من الأحوال تطبيق الإجازة على عقد باطل مهما كان سبب بطلانه، فلو حصلت (أي الإجازة) لوقعت باطلة بدورها[1]، ويكمن تبرير ذلك أيضا أن البطلان النسبي يحمي مصلحة خاصة على عكس

[1] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 79، وأعطى مثالا في ذلك "على أن مجنونا مثلا أبرم عقدا وبعد زوال جنونه ورفع الحجر عنه أجاز العقد فإن تلك الإجازة لا تزيل عن العقد بطلانه الذي يبقى حق التمسك به حتى لمن صدرت منه الإجازة ولأي شخص آخر له مصلحة هدم العقد" ومرجعه في ذلك أن البطلان هنا يمس النظام العام، وقد ذهب الكثير من الفقهاء إلى نفس هذا الحكم معللين رأيهم في أن بطلان المطلق إنما يتعلق بالنظام العام والمصلحة العامة التي يحميها القانون وبالتالي فليس من حق أي أحد أن يتنازل عنها، إضافة إلى ذلك فإن هذه العقود يجوز لكل ذي مصلحة المطالبة بإبطالها كما وأن على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بمجرد تحقق العلم لديها.

البطلان المطلق الذي يحمي مصلحة عامة، والتنازل عن المصلحة الخاصة ممكن إلا أنه لا تنازل عن مصلحة عامة، كما أن التنازل عن الحق في طلب البطلان المطلق لا يملكه أحد باعتبار أن البطلان المطلق يمكن طلبه من كل من له مصلحة، على عكس البطلان النسبي الذي تكون دائرة أصحاب الحق في طلبه ضيقة، أما العقد القابل للإبطال فهو العقد الذي استوفى أركان انعقاده ولكن تخلف فيه أحد شروط صحته من نقص الأهلية (المادة43 ق.م)، وحالة عيوب الرضا (المواد من81 على 91ق.م)، كما يمكن استخلاص هذه الحالات بوضوح في نص المادة101ق.م التي تقضي بأن يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه...في حالة نقص الأهلية...وفي حالة الإكراه...الغلط.. أو تدليس...كما نصت المادة 90 على عيب الاستغلال.

2- علم المجيز بالعيب الذي شاب رضاه و اتجاه إرادته نحو الإجازة: يجب أن يكون المتعاقد المجيز عالما بالعيب الذي شاب رضاه، فلا يمكن تصور نزول صحيح عن دعوى الإبطال إلا بناء على علم سليم بالعيب الذي يكون أساسا هذه الدعوى، فالإجازة باعتبارها نزولا عن الحق في الإبطال، تستلزم بداهة علم المجيز بالعيب المسبب للإبطال، وأن تتجه إرادته إلى النزول عن حقه في الاحتجاج أو التمسك به، وإذا تعددت العيوب تعين العلم بها جميعا، فإذا اقتصر

Terré, Simler et Lequette, droit civil, les obligations,8éd, Dalloz,2002, p :400 et aussi. Christian Larroumet. Les obligations.3ed.op.cit.p : 541.

كما أن العقد الباطل هو عقد معدوم منذ الأصل وبالتالي فلا وجود قانوني له، لذا فلا فائدة مرجوة من تأييده وهذا ما ذهب له المشرع اللبناني حيث لا يوجد نص يحظر إجازة أو تأييد العقد الباطل بطلانا مطلقا، ويقول على كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 270، وكما هو الأمر أيضا بفرنسا غير أن القضاء الفرنسي في قرارات عديدة له اعتبر أن العقود الباطلة بطلانا مطلقا غير قابلة للإجازة، ومنها ما قضت به محكمة التمييز الفرنسية في قرارها الذي جاء فيه (وأن كان العقد الباطل بطلانا مطلقا غير قابل للتأييد إلا أنه يمكن إعادة إبرامه من جديد).

Cass.civ.29 novembre. 1983.rtdc. 1984.p ; 71n3.Jacques Mester, "si l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé".

وإذا كانت القاعدة أن البطلان المطلق لا يقبل التأييد، إلا أن ثمة استثناءات ترد على هذه القاعدة فيما يتعلق بالنصوص التشريعية الخاصة حيث أورد ذلك المشرع المصري في مادته 489 مدني، التي تنص" إذ قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه"، وكذلك الحال بالنسبة للمادة 1340 القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والتي جاء فيها:" إجازة ورثة الواهب للبطلان الناشئ عن عيب الشكل أو أي عيب آخر، أو تنفيذهم الاختياري للهبة يعد بمثابة تنازل من جانبهم عن الاحتجاج به"، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 272، كذلك انظر، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 110.

العلم على بعضها فقط، تقع الإجازة صحيحة بالنسبة لها، دون مالم يتم العلم به، كما أنه في إمكانه أن يحددها ببعض الشروط[1] وهذا ما يجعلها قائمة في حدود ما علم وأراد إجازته، والعبرة بالعلم الحقيقي، لا بالعلم الافتراضي أو اللفظي لذلك لا يعتد بالشرط الوارد في العقد الذي يقضي بنزول المتعاقد مقدما عن حقه في التمسك بالإبطال لعيب شاب العقد[2].

واستخلاص علم المجيز بالعيب من الأمور المتعلقة بالواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، ويمكن أن تخضع لرقابة المحكمة العليا متى كانت الأسباب التي بني عليها الحكم استخلاصه، ليس من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهي إليها[3]، وفضلا عن علم المجيز بالعيب الذي يشوب رضاه، ينبغي أيضا أن يكون على علم بحقه في إبطال هذا العقد بناء على هذا العيب، ولا يجوز الاعتراض على ذلك استناد إلى قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون[4]، ذلك لأنه ما من أحد ينازع نشوء حق المتعاقد في الإبطال بناء على العيب الذي يشوب رضاه، وإنما الذي يثار في مجال الإجازة هو مدى حصول التنازل عن هذا الحق، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان المجيز عالما بحقه في الإبطال المقرر له قانونا، أما عن اتجاه إرادة المجيز نحو إجازة العقد فهذا أمر طبيعي وقد استقر عليه الفقه والقضاء.

كما ذكره القانون الفرنسي[5] صراحة في نص المادة 1338 منه قبل تعديله سنة 2016 حيث نصت على عبارة"l'intention de réparer"، وكذلك قانون الموجبات والعقود اللبناني في الفقرة الثانية من المادة 236[6]، التي نصت على عبارة" مشيئة العدول"، وإن كانت العبارة التي

---

[1] حمدي المغاوري، المرجع السابق، ص: 274، كذلك محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 88.

[2] المرجع نفسه، ص: 89، كذلك: علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 336.

[3] حمدي المغاوري، المرجع السابق، ص: 274، ويرى بخصوص هذه النقطة الأستاذ محمد سعيد جعفور "أن وجود العيب الظاهر في العقد لا يعد قرينة قاطعة على علم المجيز به، بل إن ذلك لا يعدو أن يكون قرينة واقع يمكن إثبات عكسها، فلا يعد جهل المتعاقد للعيب الظاهر إجازة منه للعقد المعيب، ولهذا على المتعاقد أن يقيم الدليل على جهله به فينفي حصول الإجازة من جانبه، محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 88.

[4] حمدي المغاوري، المرجع السابق، ص: 275.

[5] Art 1338" l'acte de confirmation…n'est valable que l'lorsqu'on y trouve… l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée".

[6] حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 236 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي" إن التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن مشيئة العدول عن دعوى البطلان".

أطلقها التقنين المدني الفرنسي بخصوص هذا الشرط" نية التصحيح" محل نظر إذ الأولى أن تكون نية النزول أو نية العدول وهذا ما جاء به محمد سعيد جعفور[1]، وفي اعتقادي فإن العبارة الأصح هي نية التنازل عن حق المطالبة بالإبطال العقد لأنها تقابل بشكل أدق كلمة التمسك التي اعتمدها المشرع في المواد 99، 101 ق.م أو نية الإجازة التي تكمل شرط العلم بالعيب، فإذا اتجهت نية العاقد إلى إجازة العقد، فمعنى ذلك أنه من باب أولى كان عالما بسبب قابلية عقده للإبطال[2].

3- زوال العيب المسبب للإبطال أو تكشفه: لا يصح أن تتم إجازة العقد إلا بعد زوال العيب الذي يعرضه للإبطال، إذ يجب أن يتم صدورها بعد زوال العيب المسبب للإبطال كما هو الحال بالنسبة لناقص الأهلية فليس له أن يجيز العقد المشوب بعيب نقص الأهلية إلا بعد زوال هذا العيب أي باكتمال أهليته، ونفس الأمر بالنسبة لعيبي الإكراه والاستغلال، إذ لا يجوز للمتعاقد الواقع في عيب الإكراه أن يجيز العقد إلا بعد زوال الرهبة الناتجة عن الإكراه، وأما الاستغلال فلابد أن تصدر الإجازة بعد زوال الضعف النفسي الذي أفسد إرادة المغبون والذي استغله المتعاقد الآخر بحيث يجب أن تزول حالة الطيش البين والهوى الجامح.

أما بالنسبة لعيبي الغلط والتدليس، كما سبق وأن تطرقنا فإن الإجازة لا تصحح العيوب وبالتالي فإنه لا يشترط زوال الغلط والتدليس وإنما لابد أن يتم اكتشاف الغلط أو التدليس، أما إذا صدرت الإجازة والعيب لايزال قائما، فإنها تكون معيبة بذات العيب الذي شاب إرادة المجيز في التصرف الأصلي[3].

ثانياً: أنواع الإجازة

ويقصد بها طرق التعبير عن الإجازة أي الصيغة التي يعبر فيها صاحب الحق في الإجازة عن إرادته ونيته في التنازل عن حقه في التمسك بالإبطال بغية استقرار العقد وإنقاذه، وقد كان موقف المشرع الجزائري واضحا بهذا الخصوص حيث نص في المادة 100 ق.م على أن الإجازة

---

[1] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص: 90.

[2] المرجع نفسه، ص: 91.

[3] هند فالح محمود، المرجع السابق، ص: 149، محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 92، حمدي المغاوري، المرجع السابق، ص: 276.

قد تكون صريحة أو ضمنية وذلك كما يلي" يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية..."، وهو في الحقيقية ليس فيه من الحكم خاصة، إلا أنه ترديد للمبادئ العامة في التعبير عن الإرادة [1]، فالإجازة هي تصرف قانوني فيطبق عليها ما يطبق على سائر التصرفات القانونية وتكون إما صريحة أو ضمنية.

1-الإجازة الصريحة: تكون الإجازة صريحة إذا كان التعبير عنها عن طريق الإفصاح المباشر عن إرادة النزول عن حق التمسك بالإبطال، بمعنى أن أي تعبير يصدر من جانب صاحب الحق في الإجازة، ويدل على اتجاه نيته نحو إجازة العقد دون غموض أو لبس يصلح أن يكون تعبير عن إرادة الإجازة [2]، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 60 على طرق التعبير الصريح إذ يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، أما بالنسبة لاتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه فمحله هو الإجازة الضمنية يراها بعض الفقهاء[3].

ولم يشترط المشرع صيغة محددة إذ المهم أن يشير بشكل لا يقبل اللبس معنى التنازل عن طلب الإبطال، وإذ كان كل من المشرع العراقي والمصري والكويتي قد سايروا المشرع في هذه الناحية، فلا يبدو الأمر كذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي واللبناني، حيث نصت المادة 1338[4]، من القانون المدني الفرنسي على أنه:" لا يكون تأييد أو إجازة الالتزام الذي أجازه القانون قبل دعوى البطلان أو الفسخ صحيحا إلا إذا اشتمل على مادة الالتزام ذاتها وذكر أسباب دعوى الفسخ والنية في إصلاح العيب الذي برر هذه الدعوى...".

---

[1] المادة 60 ق.م. التي تنص على:" ...ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

[2] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 141.

[3] فالإجازة لا يمكن تصورها بالنسبة للقبول فهذه الطريقة من طرق التعبير الصريح عن الإرادة تتحقق فقط بالنسبة للإيجاب أما بالنسبة للإجازة فيتصور أن محلها هو الإجازة الضمنية، المرجع نفسه، ص: 141.

[4] L'art :1338 ; "l'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi a mis l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu' on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de repérer le vice sur lequel cette action est fondée…"

وحتى نص المادة 1182 من القانون المدني الفرنسي[1] بعد التعديل لم يتخلى عن فكرة السند حيث نصت على أنه" التأييد هو التصرف الذي بموجبه يستطيع من يرجح العدول عن التنازل هذا التصرف يشتمل على مادة الالتزام والعيب الذي أصاب العقد، التأييد لا يمكن أن يتم إلا بعد إبرام العقد..." "...لا يتم التأييد في حالة الإكراه إلا بعد انقطاعه..."، كما نصت المادة 236 موجبات وعقود اللبناني على " أن تأييد العقد يمكن إدراجه في شكل آخر صريح أو ضمني فيبدو حينئذ كتأييد فعلي لا مقدر، على أن التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تضمن جوهر العقد والعيب الذي كان فيه ومشيئة العدول عن دعوى البطلان..."؛ ويتبين من هذه النصوص أن هناك شروطا لابد من تحققها حتى يكون التأييد أو الإجازة صريحة نوجزها فيما يلي:

1- أن تكون الإجازة عن طريق وثيقة أو سند كتابي يتضمن ما يلي: محل الالتزام أو جوهره، العيب الذي لحق العقد.

2- أن يعلن المجيز عن نيته صراحة في هذه الوثيقة مما يجعلها غير قابلة للبس أو التأويل.

ولن نناقش مسألة اعتبار أن هذه البيانات هي شرط لصحة الإجازة أم لا لأن الذي يسلم بذلك فهو ينكر وجود الإجازة الضمنية والتي نصت عليها القوانين وحتى النصوص السابقة الذكر فالقانون الفرنسي سواء في نص المادة 1338 أو في المادة 1182 التي تقابلها بعد التعديل ذكرت الإجازة الضمنية، ففي المادة 1338 ذكرت[2] إحدى طرق التعبير الضمني وهي التنفيذ الاختياري للالتزام أو التصرف القابل للإبطال، وكذلك المادة 1182 من القانون المدني الفرنسي[3] بعد التعديل.

---

[1] L'art :1182 ;"" la confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat, … En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé …"

[2] Art 1338 : "... A défaut d'acte de confirmation ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ont ratifiée".

[3] Art 1182 :" ... l'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité vaut confirmation..."

2-الإجازة الضمنية: طبقا لما جاء في نص المادة 100 ق.م قد تكون الإجازة ضمنية، وهي تكون كذلك بصدور أي فعل مادي أو قانوني ممن له الحق في الإبطال شرط أن يكون هذا الفعل قاطعا[1] في دلالته على نية الإجازة، إذ أن التنازل عنها لا يفترض[2]، ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه بل يجب أن يستفاد ذلك من وقائع قاطعة الدلالة عليه، كما لابد أن يكون على بينة[3] من أمره بالإضافة إلى اتجاه إرادته السليمة من كل ما يؤثر فيها من عيوب الإرادة إلى الإجازة.

وقد ذهب القضاء إلى أبعد من ذلك حيث اعتبر السكوت إجازة ضمنية في حال توافر ما يدل على ذلك في عدة قرارات قضائية نذكر من بينها[4]: قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية الذي جاء فيه: "يعتبر سكوت المالك بعد علمه بالعقد الفضولي سكوتا بمعرض الحاجة إلى بيان وإجازة العقد الواقع فضولا"، وقرار آخر لمحكمة الاستئناف جبل لبنان الذي جاء فيه:" أن السكوت بحد ذاته لا يشكل تأييدا للعقد إلا إذا رافقته ظروف ومواقف إيجابية ..."، وإذا كانت التشريعات محل المقارنة بما فيها المشرع الجزائري قد اتفقت جميعها على نوع واحد من الإجازة، وهي الإجازة الفعلية القطعية بشقيها الصريح والضمني، فإن المشرع الفرنسي في تعديله لسنة

---

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 276.

[2] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق: ص: 151، والذي أشار بخصوص ذلك إلى نص المادة 236 موجبات وعقود لبناني، التي عبرت عن ذلك بعبارة " فعلي لا مقدر"، وكما سبق أن ذكرنا أن النصين 1338، وكذلك 1182 من القانون المدني الفرنسي، قد نصا على الإجازة الضمنية.

"Le contrôle par les juges de la réalisation de cette condition n'est par tâche aisée puisqu' il leur faut rechercher la volonté interne de l'auteur de la confirmation, d'autant plus lorsque la confirmation revêt une forme tacite la cour de cassation contrôle d'ailleurs Sévèrement les juridictions du fond qui admettent la confirmation. Elle exige, en effet que les actes sur lesquels les juges se fondent pour affirmer la renonciation à la nullité, soient dépourvus d'équivoque."

كما جاء فيه أيضا فيما يخص أنه يستفاد من وقائع قاطعة الدلالة وعن إرادة حرة وواعية.

"...il doit surtout résulter de l'acte et des circonstances qui l'entourent que l'auteur de la prétende confirmation a lien exprimé une volonté libre et consciente..."

[3] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 277.

[4] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

2016، قد أورد نوع آخر عبر عنه بعض الفقهاء بأنه إجازة حكمية[1] أو مفترضة أو مقدرة[2]، ويبدو أن الذي دفع بالمشرع الفرنسي إلى إقرار هذا النوع من الإجازة هو رغبته في وضع حد لحالات عدم الاستقرار التي تهدد العقد[3] وتهدد الأمن القانوني خاصة بالنسبة للمتعاقدين الذين يبحثون عن المحافظة على العقد والإبقاء عليه.

3- الإجازة الحكمية أو المفترضة[4]: حاولت مختلف التشريعات العمل على إشاعة الطمأنينة في التعامل باتباع وسائل متباينة تهدف إلى الحفاظ على مصالح المتعاقدين وتثبيت المراكز القانونية التي اكتسبت بحسن نية، وقد انتهج المشرع الفرنسي هذا النهج من خلال الدعوى الاستفهامية حيث نصت المادة 1183 على مايلي:

Art 1183 : "une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion, la cause de la nullité doit avoir cessé.
L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmer".

ويفهم من هذا النص أن هذه الدعوى الاستفهامية[5] L' acte interrogatoire هي موجهة للمتعاقد الذي يكون في شك حول وضعية المتعاقد معه الذي يشوب رضاه عيب من العيوب ومادام أن الشك ووضعية اللااستقرار التي تشوب هذا العقد من شأنها أن تضعف العقد

---

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 277.

[2] حيث اعتبر الأستاذ محمد سعيد جعفور أن السكوت إذا كان مجردا عن الملابسات التي يفهم منها النزول عن هذا الحق، فإنه مهما طالت مدته لا يعتبر إجازة إلا إذا سقط الحق في طلب الإبطال بالتقادم، فيعتبر الأمر حينئذ نوعا ثالثا من الإجازة وهي المفترضة أو المقدرة، محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: من 164، إلى 173.

[3] محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص: 41.

[4] تعرف لدى القانون الكويتي بالإجازة المفترضة، المرجع نفسه، ص: 12.

[5] الدعوى الاستفهامية: هي التي يدفعها شخص على آخر يمنحه القانون خيارا بين أمرين في ميعاد معين، وذلك ليطالبه بأن يحدد موقفه ويختار أحد الأمرين قبل انقضاء الميعاد القانوني، وهي فكرة مستقاة من القانون المدني الفرنسي القديم حيث كانت تستخدم أنداك لتقصير مهل المراجعة الطويلة، على كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 278، وقد اشتمل القانون الفرنسي على ثلاث مواقع لهذه الدعوى

Pacte de préférence- de représentationnel de nullité.

وكلها جاءت بهدف تحقيق الأمن القانوني.

وتجعله في خطر محدق وتهدد الأمن القانوني، فقد جاء المشرع الفرنسي بهذه الدعوى ولكن بشروط نلخصها فيما يلي:

- أن هذا الطلب لا يتم إلا بعد زوال العيب أو اكتشافه من قبل صاحب الحق في التأييد أي بعد اكتشافه الغلط مثلا أو انقطاع الإكراه.
- أن هذا التصرف يكون لأجل حماية المصلحة الخاصة وبالتالي لا يتصور إعماله إلا بالنسبة للقابلية للإبطال.
- إن الإجابة أو موقف المجيز لابد أن يتم في أجل 6 أشهر.

وهنا يمكن طرح التساؤل التالي: هل يعتبر سكوت المتعاقد صاحب الحق في الإجازة؟ قبولا خاصة وأنه في حالة ما إذا بقي ساكتا فإنه يترجم بالإجازة وذلك ما تدل عليه العبارة le contrat sera réputé "confirmé كما أن هناك من الفقهاء من تساءل عن حالة إبداء رغبة المتعاقد في الإبطال، فهل تعد هذه الرغبة إبطالا للعقد، والجدير بالذكر في هذا المقام أن القانون الكويتي قد أقر هذا النوع من الإجازة في المادة 182 مدني كويتي التي تنص على:"1- يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله خلال مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ الإعذار من غير أن يترتب على ذلك أي أثر بالنسبة للتقادم المقرر لسقوط حق الإبطال.

2- ولا يعتد بإعذار من له حق الإبطال بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه إلا إذا كان قد وجه إليه بعد انكشاف الغلط أو التدليس أو زوال لإكراه، كما أنه لا يعتد بإعذار ناقص الأهلية، إلا إذا كان قد وجه إليه بعد اكتمال أهليته.

3- فإذا انقضى ميعاد الإعذار من غير اختيار، اعتبر ذلك إجازة للعقد."

فبالنسبة للقانون الكويتي فإن هذه المادة تعبر عن الإجازة الحكمية للعقد بحيث أن المادة 182 من القانون المدني الكويتي قد نصت على اعذار يوجه إلى صاحب الحق في الإبطال والذي عليه أن يجيب عليه خلال فترة ثلاثة أشهر(قدرها المشرع الفرنسي بستة أشهر) فإذا انقضت

من غير إجابة عند سكوته بمثابة إجازة حكمية[1] وقد عبر عنها أيضا المشرع العراقي في نص المادة 136 الفقرة الثانية من تقنينه المدني حيث نصت:" ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد، اعتبر العقد نافذاً"، لكن سواء بالنسبة للتشريع الفرنسي أو حتى الكويتي يبقى هذا النوع من الإجازة غامضا ويحتاج إلى إحكام لأنه يبقى التساؤل حتى في حال الإجابة باختيار المتعاقد الإجازة أو الإبطال فهل تلك الاجابة تعد إجازة أم وعدا أم ماذا؟ كما لو كان اختياره إبطال العقد فهل معنى ذلك أنه يعد إبطالا بالمعنى الحقيقي؟، ونتساءل عن عدم اعتماد المشرع الجزائري هكذا حلول تجعل العقد القابل للإبطال في حالة استقرار في غضون مدة 6 أشهر وتقضي على التقاعس الذي يمكن أن يطيل فترة اللااستقرار، ولو أن الأمر خطير إذ يتم إحباط الإبطال من خلال نص قانوني، لكن في اعتقادي أن هذا الحل منطقي بالمقارنة مع مهلة التقادم الممنوحة للمتعاقد الذي عيبت إرادته إذ تجعل من العقد مثقلا بخطر الإبطال[2] لسنوات عديدة يمكن اختزالها في مدة قصيرة وبالتالي المحافظة على استقرار العقد.

الفرع الثالث: التصحيح أولى من الإجازة

يترتب على إجازة العقد القابل الإبطال زوال حق المجيز في التمسك بإبطال العقد فيستقر العقد صحيحا[3] غير مهددا بالزوال ومرتبا لكل آثاره، وبعبارة أخرى فالإجازة تزيل الخطر الذي كان يهدد استقرار العقد، إذ يصبح باتا في مواجهة طرفيه بصفة نهائية، فقد سبق وأن بينا أنها لا تجعل العقد ينتج أثرا لم يكن ينتجه من قبل وإنما تؤيد آثار العقد القابل للإبطال وتمنع إزالتها مستقبلاً[4] وأن هذا التأييد لا يعتبر تجديدا لهذا العقد، فالإجازة ينحصر أثرها إذن في

---

[1] وقد اعتبرها بعض الفقهاء غير قابلة لإثبات العكس، وبها يستقر العقد نهائيا، محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص: 53، وفي انتظار موقف الفقهاء والفرنسيين تبقى هذه الإجازة نوعا مضاف إلى القانون المدني الفرنسي يكتنفها بعض الغموض وتحتاج إلى تفسير.

[2] من خلال المادة 1183 من القانون المدني الفرنسي السابقة الذكر يبدو أن هذه الآلية لا تخص فقط العقد الذي اعترضه عيب من عيوب الإرادة وإنما تخص جميع أسباب البطلان،. Nabila Lahnane, op.cit, p: 284

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 337.

[4] سعاد دراج، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر السنة الجامعية2011-2012، ص: 61.

زوال حق المجيز في التمسك بالإبطال منذ تاريخ إبرام العقد لا من وقت صدور الإجازة، فحسب، وتأكيد صحة الآثار التي ترتبت على هذا العقد، وامتناع المجيز عن المعارضة في أي حق يستند إلى هذا العقد، وبذلك تتأكد الحقوق والالتزامات، فلا يجوز له المطالبة باسترداد ما تم الوفاء به تنفيذا للعقد[1]، ورغم حتمية مصير العقد الذي لا يستجيب إلى متطلبات القانون وهو البطلان، وعلى الرغم من علم طرفيه بهذا المآل إلا أن القانون يسمح بتدخل أحد هذه الأطراف لمحاولة إنقاذ العقد وجعله صحيحا، عن طريق الطابع الإرادي الذي يعبر عنه بعبارة "التنازل"، ذلك أن المتخلي عن حقه يقوم به طواعية ولا يحق للغير أو القانون أن يجبره عل ذلك أو فعل العكس.

وترتب الإجازة أثرها بمقتضى أحكام المادة 100 ق.م من يوم إبرام العقد أي بأثر رجعي[2] مع عدم امكانية الإضرار بحقوق الغير أي أن الإجازة بهذا المعنى لا تسري في حق الغير؛ والملاحظ بخصوص الإجازة منذ البداية أن الهدف منها هو في الحقيقة استقرار العقد وإزالة التهديد بالبطلان، ولكن هل هذه الآلية تفيد حقا حماية المتعاقد الذي يشوب رضاه عيب من العيوب التي لا تمنع من انعقاد العقد مادام قد استوفى أركانه التي توفرت فيها الشروط الواجبة، خاصة وأن هذه الحماية التي قررها المشرع إنما وضعت لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة إن هو طلب هذه الحماية، عن طريق الإجازة فإن هو لم يطلبها، أو نزل عن حقه الخاص، فهل معنى ذلك أنه ليس بحاجة إلى حماية؟ وهل الحماية الموجودة هي حماية الأطراف وإضفاء العدالة والمساواة بين المتعاقدين أم فقط هي عبارة عن آلية تعمل على استقرار للعقود رغم ما يشوبها من عيوب؟

لابد من الإشارة إلى أن هذه الحماية التقليدية لم تعد كافية في ظل التغيرات الحالية، فلم يعد الهدف هو الحصول على إرادة حرة فقط فالعمل جاد للوصول إلى إرادة حرة وواعية والعمل على الإبقاء عليها، والملاحظ أن الإجازة لا تطمح إلى مثل هذه الحماية، وفي اعتقادي أن البحث عن آليات أخرى من الضرورة إذ أصبحت الإجازة لا تخدم المساواة الحقيقية التي تطمح لها

---

[1] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 199.

[2] لقد أثارت مسألة الأثر الرجعي للإجازة خلافا فقهيا بين من يقول بوجود الأثر الرجعي، ومن يقول بأن طبيعة الإجازة تستغني عن اللجوء إلى فكرة الأثر الرجعي، أنظر، محمد السعيد جعفور، إجازة العقد، المرجع السابق، ص: 201، كذلك علي فيلالي، هامش ص: 337، سعاد دراج، المرجع السابق، ص: 62 إلى 63.

المنظومات القانونية المعاصرة، وأصبح البحث جار عما يعيد التوازن العقدي وكذا العدالة بين الأطراف المتعاقدة، فالإجازة كآلية اختيارية لا تحقق التوازن والتناسب في علاقة المتعاقد بالمتعاقد الآخر إذ الفائدة ليس فقط بالعمل على استقرار العقد فحسب وإنما لابد من تصحيحه[1] ورد توازنه، ففكرة إعادة التوازن هي بمثابة تكريس لقيمة العدالة في المعاملات حتى تكون أكثر نفعا وفعالية، مما يفسر بأهمية أن تجسد الحماية والوقاية من البطلان عن طريق الإجازة لكن لابد من الوصول إلى آلية أخرى تعالج اللاتوازن وهي في اعتقادي تصحيح للعقد، على نحو مشجع في تحديث قانون العقود، بالاستناد على إرادة الطرفين وكذا تجاوز هذه الإرادة إلى إرادة المشرع الذي يمكنه أن يلعب دورا مهما.

والحديث في هذا المقام لا يخص التصحيح بمعناه الواسع فهي نظرية اختلف في تحديدها الفقهاء وإنما البحث هنا يستدعي الوقوف على تصحيح العقد المشوب بعيب من العيوب الرضا؛ إن الإجازة ليست إلا وسيلة يقوم بها المتعاقد كنوع من التضحية، إذ أن رضاه معيب، والإجازة لن تنزع العيب من رضاه بل إنه عن طريق الإجازة يكون قد صرح بقبوله عقدا هو يعلم جيدا أنه لا يخدمه (في الغالب)، وهو نفس الأمر بامتناعه عن طلب الإجازة وتمسكه بالإبطال، فحتى هذه لآلية سترجع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ومن ثم فهي لن تنزع العيب أو تصححه، إنما الحاصل هو إعادة ظاهرية فقط للتوازن، خاصة إذا كان الطرف الذي تكون إرادته معيبة لا يزال في حاجة إلى هذا العقد، الذي لو لم يتم إبطاله لكان قد خدم المصالح التي كان يصبو إليها، وفي المقابل يكون الطرف الآخر أقل تأثرا خاصة إذا كان قد قام بتعييب إرادة

---

[1] ليس هناك نصوص قانونية خاصة بالتصحيح تمثل مبدأ أو نظرية عامة له، غير أنه ورد في شكل تطبيقات هنا وهناك تدل عليه بشكل واضح، ولم تورد التشريعات تعريفا للتصحيح نتيجة غياب النص المباشر عليه، غير أن الفقه حاول وضع التعريفات اللازمة له انطلاقا من وظيفته المتمثلة بشرح قواعد القانون ووضع النظريات اللازمة التي تساعد على فهمها، غير أن عدم التوصل إلى وضع إطار حقيقي لنظام تصحيح العقد، جعل الكثيرين من الفقهاء يخلطون بينه وبين أنظمة أخرى مشابهة، وحتى في وضعهم لتعاريف، كانت تنتقد كل مرة في عدة جوانب، غير أن أغلبهم اتفقوا على أن وسائل التصحيح الأساسية تتمثل في (الإضافة أو الإبدال أو الإنقاص)، وقد يكون دون مساس بموضوع العقد، إذ يتدخل عنصر أجنبي عن العقد فيصححه ومثال ذلك حالة بيع ملك الغير حيث أن إقرار المالك يزيل حق المشتري في طلب الإبطال، بوشنافة محمد، مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة وحرية الأطراف، ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤوليته، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية2012-2013، ص: 96. وقد اختلفوا أيضا في اسناده لطرف معين غير أنهم اتفقوا على أن عملية التصحيح تتم بالاستناد إلى إرادة المشرع أو الأطراف، أنظر: علي كاظم الشيباني، المرجع السابق، ص: 291، كذلك منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 17، 18.

المتعاقد معه(عن سوء نية)، غير أن ذلك لا يعني أن يتجه تصحيح العقد إلى حماية إرادة على حساب إرادة أخرى بمعنى أنه لا يمكن الاعتداد بتصحيح العقد لإعادة التوازن الذي يحدث لا توازن للمتعاقد الآخر ومن ثم لابد من الأخذ بعين الاعتبار إرادة المتعاقدين[1]، غير أن ذلك لا يعني الاعتماد الكلي على هذه الإرادة، إذ أن التدخل على سبيل الاستثناء كآلية للتصحيح[2] لا يمس بحرية إرادة المتعاقدين، إذا المنطق يقتضي أنه في حالة ما إذا شاب إرادة متعاقد عيب من عيوب الرضا وكانت مصلحته تقتضي تصحيح العقد بمعنى الإبقاء عليه مع تصحيح العيب الذي كان سببا في إخلال التوازن العقدي، وهذه آلية في اعتقادي أنسب من الإجازة التي تشكل تنازلا فيما سبق بيانه.

ويظهر ذلك جليا في عيب الاستغلال إذ أن تدخل القاضي بعدما أظهر المتعاقد بوضوح إرادته في اللجوء إلى تصحيح العقد قضائيا، لا يمس مبدئيا إلا بإرادة الدائن الذي يعتبره المستفيد الأول من الخلل الذي يحدث في التوازن وينطبق ذلك على كل العيوب، فالمتعاقد الذي يشوب رضاه يكون هو الطرف الضعيف في العلاقة إذ تم استغلال ضعف فيه(مهما كان نوعه) ومن ثم فالمستفيد الأول من الخلل هو المتعاقد معه سواء كان حسن النية أو سيئ النية، إذ يستفيد من وضعه القوي[3]، من سلطته التي استخدمها على المدين، ومن معرفته الاقتصادية، بهدف إبرام عقد غير متوازن لصالحه فهو إما لم ينفذ التزامه بالإعلام حتى وقع المتعاقد معه في غلط أو لأنه سكت سكوتا عمديا مما بالمتعاقد معه إلى وقوع في تدليس أو أنه استغل رهبة معينة فوقع المتعاقد معه في إكراه، أو أنه استغل طيشا بين أو هوى جامحا حتى وقع المتعاقد معه في استغلال فيمكن اعتبار في هذه الحالات التصحيح - بما أنه وسيلة لإعادة التوازن إلى العقد- كجزاء لتصرف الطرف القوى، والمفروض أنه يتوقع مثل هذا الجزاء، ولم يتطرق المشرع لهذه الآلية وإنما يمكن استنتاجها بالنسبة لعيبي الغلط والاستغلال:

---

[1] Carole Ouerdane, Aubert de Vincelles, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, op.cit, p : 456.

[2] ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011، ص: 358.

[3] المرجع نفسه، ص: 359.

أولا: تصحيح العقد المعيب بالغلط

يمكن تصحيح العقد المعيب بالغلط عن طريق إزالة عيب الغلط، وليس كما يعتقد العديد من الفقهاء في أن تصحيح هذا العقد يكون عن طريق الاجازة والتقادم[1] حتى وإن آثروا أن الإجازة لا تصحح الغلط وإنما العقد فقط، وقد تدخل المشرع لإنقاذ العقد من الإبطال الذي يتهدده مع زوال الغلط الذي شاب العقد، فأقر تصحيح العقد عن طريق تغيير عنصر من عناصره، ومن ثم إعادة المتعاقدين ليس إلى حالة التي كانا عليها قبل التعاقد الذي يمثل أثر الإجازة أو الإبطال، وإنما إعادة المتعاقدين إلى حالة التي قصدها المتعاقد الذي عيب رضاه[2].

وهو ما أعتقد أنه الأصح أي الحالة المتوازنة التي ينجم عنها عقد صحيح ناتج عن إرادة واعية ومتبصرة، وكان ذلك طبقا لنص المادة85 ق.م التي تنص على أنه:" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد"[3].

وتطبيقا لذلك يبقى المتعاقد الذي عيب رضاه بعيب الغلط ملزم بالعقد، فلا يمكن له التمسك بالغلط لإبطاله، إذا أبدى المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد الذي وقع في الغلط، وبذلك يتم تصحيح العقد، ونعيب على المادة85 ق.م أنها لم تذكر صراحة تصحيح العقد، واكتفت بعبارة "قصد إبرامه" والتي تبدو مبهمة، وقد عمل الأستاذ علي فيلالي[4] على إيضاح أنها "لا تعني أن الطرف الذي وقع في غلط ملزم بإبرام عقد جديد، بل يلزم بالعقد الذي قصد إبرامه إذا كان العقد قابلا للإبطال متضمنا لكل الشروط، كما لا يلزم بإكمال

---

[1] منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 278.

[2] Carole ouerdane, op. cit, p ;456, "En effet ,la régularisation implique l'action de revenir, non pas au statu quo ante, mais à la situation qui aurait existé si la règle avait été respecté, à un état purgé de tout vice. Le terme même de régularisation renvoie à la notion de règle. De la règle transgressée que la sanction a pour but de rétablir. Par conséquent, la régularisation pêne être définie comme une sanction frappant un contrat atteint d'un vice et qui a pour effet de réparer les conséquences qu'il a produites de manière à établir la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le vice n'avait pas existé".

[3] وقد جاءت بالحكم نفسه المادة 124 مدني مصري، 156 مدني أردني، 125 مدني سوري.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 171.

العقد القابل للإبطال- بإضافة شرط- مثلا حتى ينشأ العقد الجديد"، وحدد الأستاذ علي فيلالي شروطا[1] لتطبيق المادة85 ق.م كما يأتي بيانه: - أن يكون الغلط الذي وقع فيه المتعاقد جوهريا.

- أن يكون العقد قابلا للإبطال بسبب الغلط الجوهري.

- أن يكون هذا العقد متضمنا لكل الشروط العقد الجديد الذي قصد المتعاقد إبرامه.

- أن يظهر المتعاقد معه رغبته في تنفيذ هذا العقد الجديد.

ولكن في اعتقادي أن أحسن طريقة لعدم الوقوع في الخلط هي حذف عبارة "قصد إبرامه" من المادة 85 ق.م واستبدالها مثلا بـ"فلا يمكن له التمسك بالغلط لإبطاله"، لأن قصد إبرامه، توحي بإبرام عقد جديد وهذا له تأويلات عدة، أو التصريح بالتصحيح كآلية لإنقاذ العقد عن طريق إزالة العيب الذي شاب الرضا أي إزالة عيب الغلط، ويمكن أن يتم ذلك عن طريق الاستبدال، فمن يشترى شيء ظنا منه أنه أثري ثم يكتشف أنه غير ذلك يتم تصحيحه عقده بحصوله على الشيء الأثري الذي قصد الحصول عليه، إذا أظهر البائع استعداده لذلك[2] وعلى هذا يزول الغلط بتصحيح العقد عن طريق التغيير بالاستبدال[3]، كما يمكن أن يكون بمراجعة العقد عن طريق إنقاص الثمن مثلا كما هو الحال بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في عيب الاستغلال.

كما يجدر بنا أن نشير أيضا إلى أن اقتصار التصحيح هنا على استعداد البائع بتنفيذ العقد يضيق من الآلية التصحيح إذ من الممكن أن نوسع في مجاله حيث بإمكان المتعاقد الذي وقع في غلط أن يطالب بتصحيح رضاه، ونعطي القاضي سلطة واسعة في ذلك أي إمكانية تصحيح العقد تسبق إمكانية إبطاله، وهذا هو المعنى الحقيقي للإنقاذ، ويمكن تطبيقه على كافة عيوب الرضا فكلما اكتشف المتعاقد أنه وقع في غلط أو حتى تدليس أو استغلال(يستثنى من العيوب، عيب الإكراه لأن المتعاقد المكره يكون على علم بالإكراه) يطلب من القاضي

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 171.

[2] ويعد ذلك تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، وتنفيذ للعقد وفقا لما يقتضيه حسن النية في التعامل، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص: 317، كذلك علي فيلالي، المرجع السابق، ص:171.

[3] منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 280.

تصحيح العيب الذي أصاب رضاه ومن ثم يعمل القاضي على تصحيح العقد فإذا وصل إلى عدم الإمكانية قضى بالإبطال كآخر حل، ومن ثم يظهر التصحيح كآلية لإنقاذ العقد في شكل جزاء جنبا إلى جنب مع الإبطال[1] ولكن في مرحلة متقدمة عنه وذلك نتيجة لفعاليته بالنظر إلى الإبطال الذي لا يخدم مصالح المتعاقد بأي شكل إلا في حالة واحدة وهي عدم إمكانية إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية واستحالة الوصول إلى عدالة عقدية، وبهذا الخصوص أقترح وضع مادة تفيد ذلك كالآتي: "إن وجود عيب في الرضا يقتضي العمل على تصحيح التوازن العقدي، وإذا تعذر ذلك إبطال العقد".

يتضح من كل ما تقدم، أن المتعاقد الذي وقع في عيب الغلط لا يمتلك خيارات تخدم مصلحته، إذ يمكنه فقط أن يختار بين إجازة العقد، أو إبطاله، وكلا منهما لا يترتب عليه اختفاء العيب أو زواله، فإبطال العقد لا يكون في مصلحة من وقع في الغلط، في غالب الحالات، أما الإجازة فنكون أمام زوال التهديد بالإبطال دون زوال العيب، وكما سبق وأن بينا فالمتعاقد الذي وقع تحت تأثير الغلط لا يستطيع المطالبة بتصحيح العقد والإبقاء عليه لأن هذا الأمر مقتصر على إرادة المتعاقد الآخر الذي يبدي استعداده لتنفيذ العقد[2] لذا سيكون المتعاقد الذي وقع في الغلط تحت رحمة المتعاقد الآخر[3] الذي لا تكون له مصلحة في غالب الحالات في تصحيح العقد، بل أن الإبقاء على الغلط يكون مفيدا له، أي إجازته من طرف المتعاقد الذي وقع في الغلط، وهو الطريق الوحيد أمامه إذا أراد الإبقاء على العقد، فهو لا يمكنه أن يطالب بتصحيح العقد وإزالة الغلط كعيب ومن ثم تحقيق مصلحته التي كان يصبو إليها من وراء إبرامه هذا العقد.

لذلك أعتقد أن التصحيح هنا سيكون الأنسب كآلية تلائم بين هدف المشرع في الموازنة بين استقرار العقد من جهة والعمل على المحافظة على التوازن والتعادل بين المتعاقدين، من جهة أخرى فالإجازة لا تعدو أن تكون إلا وسيلة ظاهرية فقط لإنقاذ العقد، خاصة وأن اعتبرنا أن الإنقاذ لابد ألا يأخذ معنى تقليدي بحت يقوم على مفاهيم سطحية فالهدف من إنقاذ العقد

---

[1] En effet, ce terme de validation sous- entend que l'acte est sauvé de la nullité. Or, dans le mécanisme proposé, la régularisation est une sanction autonome, à part entière, à côté de la nullité : l'une n'est pas subordonnée à l'autre, Carole Ouerdane, op.cit., marge p :454.

[2] المادة85 ق.م، السابقة الذكر.

[3] منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 285.

يتجاوز فكرة الإبقاء على العقد، بل لابد أن يأخذ بعين الاعتبار أخلقته والبحث عن الحلول الملائمة للعلاج الأنسب للمعاملات العقدية للوصول إلى فكرة أمن المعاملات[1].

ثانيا: تصحيح العقد المعيب بالاستغلال

ويمثل في اعتقادي أنسب تطبيق لتصحيح العقد إذ المجال واسع أمام القاضي، فله أن يحكم بإبطال العقد إذ رأى أنه أحسن وسيلة لرفع العيب عن المغبون الذي ينفرد بحق المطالبة بإبطال العقد لعيب الاستغلال، كما أن له-طبقا للتقيد بطلبات المتخاصمين- أن يحكم بأقل من ذلك، أي أن يحكم بإنقاص التزامات الطرف المغبون عوض الإبطال، وعملية الاختيار هذه هي من ضمن السلطة التقديرية للقاضي كما يراها البعض[2].

والخيار أيضا واسع بالنسبة للمتعاقد المغبون، إذ أنه له الخيار في إبطال العقد أو الابقاء عليه وتصحيحه، عن طريق دعوى الإنقاص، فعندها يكون قد أنقذ العقد من الإبطال الذي كان يهدده وتنازل عن حقه في التمسك به، ولن يبقى للمتعاقد المغبون أن يطالب بإبطال العقد بعد ذلك، إذ أنه يكون قد اختار الابقاء على العقد وتصحيحه، لذا لا يجوز في هذه الحالة أن يطالب بإبطال العقد بعد ذلك، وهذا يطبق في عقود المعارضة وعقود التبرع على حد سواء[3].

وتمثل دعوى الإنقاص بالنسبة للطرف الذي وقع ضحية الاستغلال وسيلة لرفع الغبن الفاحش أي الالتزام المتفاوت (تفاوتا كثيرا)[4] إلى الحد المعقول إذ نصت المادة 90 الفقرة الثانية على أنه: "...جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص في التزامات هذا المتعاقد"؛ وفي الحقيقة فإن هذا الحل يتفق ومصلحة الطرف المغبون الذي قد يستفيد أكثر في حالة الابقاء على العقد وإنقاص التزاماته، كما أن هذا الحل يتلاءم مع هدف المشرع في

---

[1] زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 434، كذلك، ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 363.

[2] أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 214، 215، كذلك حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص: 36، 37.

[3] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1063، كذلك: منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 293.

[4] لقد اختلف الفقهاء بشأن وصف التفاوت، فالمشرع يعتد " بالتفاوت الكثير في النسبة"، في حين تأخذ التقنيات الأخرى " بالاختلال الفادح" أو الواضح، أو "أن تكون التزامات المتعاقد بعيدة عن كل تعادل" أو لا تتعادل البتة"، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 205.

استقرار العقود، من جهة والمحافظة على التوازن والتعادل بين المتعاقدين من جهة أخرى[1]؛ إن دعوى الإنقاص[2] تضمن استقرار المعاملات، ولكنها لا تحقق توازنا كليا بين التزامات المتعاقدين لأنها تقلل من فداحة الغبن فقط إذ الغرض هو رفع الغبن وليس المساواة بين الالتزامات وهذا ما يبرر التوجه نحو إرساء التوازن على حساب المساواة[3] ويبدو ذلك واضحا عندما قيد المشرع مسألة الإنقاص والزيادة بيد القاضي، بدليل أن هذا الأخير لا يقوم بإنقاص التزامات الطرف المغبون ليجعلها متساوية بل لإزالة ما فيها من مبالغة وجور، أما بخصوص المقدار الذي يجب انقاصه من الالتزامات لرفع الغبن، فللقاضي سلطة تقديرية واسعة، معتدا فقط بالعدالة العقدية[4]، ويقدر هذا الانقاص حسب ظروف كل عقد[5] ولكن بالرغم من كل هذه الصلاحيات فهذا لا يسمح له بزيادة التزامات الطرف المستفيد من الاستغلال إلا إذا عرض ذلك من تلقاء نفسه حيث نصت المادة 90 ق.م على أن:"... ويجوز في عقود المعارضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".، وطبقا لهذا الحكم يمكن رفع الغبن بالنسبة لعقود المعاوضة بالزيادة في مقدار التزامات المستغل عوض انقاص التزامات المتعاقد المغبون أو إبطال العقد،[6] ولابد أن نشير إلى أن الزيادة في التزامات المتعاقد المستغل

---

[1] بالنظر إلى سلطة القاضي الجوازية في تطبيق نظرية الاستغلال"...جاز للقاضي.." فهو غير ملزم بقبول دعوى الإبطال، وإن توافرت الشروط القانونية لقيام الاستغلال، كما أن غالبية الفقهاء أجمعوا على أن "القاضي لا يلزم بالاستجابة لطلب المغبون فيما يتعلق بالإبطال، وأن من سلطته في هذه الحالة العدول عن الإبطال والاكتفاء بالتعديل"، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص: 278، غير أنني أعترض هنا عن عبارة "التعديل" إذ أنه في اعتقادي أن تدخل القاضي هنا لا يعتبر تعديلا للعقد، وإنما هو تصحيح له، والفارق الأساسي بين التصحيح والتعديل هو أن الأول يرد على العقود المعيبة بعيب يجعلها قابلة للإبطال، بينما التعديل فإنه لا يرد إلا على عقد غير معيب بمثل عيوب الرضا، وهو ما ذهب إليه، الكثير من الفقهاء، أنظر أكثر تفاصيل، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 821.

[2] ترى الأستاذة عسالي "أن دعوى الإنقاص لم يتأثر بها المشرع الجزائري لا بالغبن ولا بجزاء عيوب الرضا بل أنه مدفوع بحماية جديدة، حماية المتعاقد الضعيف الذي وجد في ظروف غير لائقة"، كما أنها شبهت هذا الأمر بما هو حاصل نظرية الظروف الطارئة المادة 107 الفقرة الثالثة ق.م، وكذلك أرجعت نفس الحماية إلى التي ذهب إليها المشرع في عقود الإذعان المادة 110 ق.م، والمقصود من هذه الحماية ليست المساواة التامة، ولكن ما يقضي به العدل والتعامل المسموح به، عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص: 132، 133.

[3] زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 134.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 216.

[5] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص: 133.

[6] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 215.

أمر إرادي بحت، إذا أراد بدوره الإبقاء على العقد، فهو خيار ممتاز للمستغل أو المستفيد، أولاه المشرع له كحكم خاص مستلهم من أحكام الغبن، بهدف إعطاء العقد طابعه العادل عن طريق إصلاحه[1] ويلزم القاضي بطلب المتعاقد المستغل إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الغبن[2] غير أنه يمتنع بسلطة تقديرية واسعة فيما يخص مقدار الزيادة في الالتزامات التي من شأنها رفع الغبن.

ثالثا: تصحيح العقد المعيب بالتدليس والإكراه

كما سبق بيانه فالإجازة قد ترد على العقد المعيب بعيب التدليس أو الاكراه فالمتعاقد الذي يقع في تدليس له أن يجيز العقد بأن يتنازل عن حقه في التمسك بإبطاله مكتفيا بطلب التعويض فقط عن الضرر الذي لحقه وذلك نتيجة لطبيعة التدليس المزدوجة، فهو بالإضافة إلى كونه عيبا من عيوب الرضا فهو يمثل جريمة مدنية[3]، واقتصاره على رفع دعوى التعويض دون الإبطال قد تكون نتيجة اعتقاده أن من مصلحته الإبقاء على العقد، خاصة بالنظر إلى آثار الإبطال التي قد تكون لا تخدم ما كان يصبو إليه، لكنه بذلك يكون قد قدم تضحية من أجل إنقاذ عقد هو في حقيقة الأمر ناجم عن إرادة معيبة وإجازته لذلك العقد لن تغير من كونها كذلك، كل ما في الأمر أنه سيبقى على العقد ويكتفي بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء التدليس.

وفي اعتقادي أن المدلس عليه ما كان ليتردد لو وضعت بيده مكنة قانونية أخرى تمكنه من تصحيح العقد أي بإزالة العيب قصد الإبقاء عليه لكن مع تصحيحه حتى لا يقدم تنازلات

---

[1] وترى الأستاذة عسالي أنه يختلف عن أحكام الغبن كون هذا الأخير محدد برقم حسابي سلفا أما العرض الذي نصت عليه المادة 90 ق.م، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقرر ما إذا كان العرض كافيا لرفع الغبن في كل حالة على حدى، عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص: 131.

[2] ومرد ذلك أن الهدف من التصحيح هو الحفاظ على استقرار العقد والحقوق المكتسبة من طرف الغير ومراعاة مصلحة المتعاقدين، مع محاولة إضفاء تعادل وتوازن بينهما، وذلك لا يشترط التعادل أو المساواة بين الثمن و القيمة بل الأهم زوال الغبن والغلط، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص: 406، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص: 278.

[3] وقد وصف طبيعة التدليس على أنها مؤتشبه وينتج عنه جزاء الإبطال والتعويض، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1053.

كما هو الحال بالمطالبة بإنقاص التزاماته بمقدار ما يعادل التعويض المستحق له نتيجة للتدليس، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي[1] في إمكانية تحقيق ذلك كخطوة أولى لإنقاذ العقد، وفي حالة عدم جدوى التصحيح يحكم بالإبطال الذي يكون في اعتقادي ثاني خطوة أمامه في مسعى لاستقرار العقد مع الحفاظ على العدالة والتوازن العقدي.

أما المتعاقد الذي تعرض لإكراه كعيب في الرضا فهو أيضا لا يختلف وضعه كثيرا عن الوضع في التدليس إذ كما له الحق بالمطالبة بإبطال العقد لعيب الإكراه له الحق أيضا في المطالبة بالتعويض عن الضرر، الذي أصابه من الإكراه إذا كان ثمة ضرر، سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا[2]، وقد قررت الإجازة للمكره عند انقطاع الإكراه وذلك أمر منطقي لأنه عندما يكتشف العيب يختار بين أمرين وفقا لمصلحته الخاصة: إما أن يتمسك بالعقد رغم قابليته للإبطال فيظل العقد قائما ويتم تنفيذه، وإما أن يعزف عن ذلك بأن يطعن في العقد بدعوى الإبطال كما جاء في المادة 99 و100 ق.م.

والملاحظ في عيب الإكراه أن المكره عند إجازته للعقد في هذه الحالة يكون بلا شك قد ارتضى عقدا لا يخدم مصالحه، لأنه وبلا شك أيضا قد أبرم هذا العقد ليس طواعية وإنما نتيجة للرهبة التي لولاها لما أقدم على إبرامه، وعند القول أنه يجيز العقد عند زوال الإكراه يثار التساؤل فالرضا معيب بعيب الإكراه فهل معنى توقف وسيلة الإكراه هو زوال عيب الإكراه، في اعتقادي الأمر ليس سيان فهذا التعبير غير سليم، فالذي زال هو الضغط والتهديد على إرادة المكره وليس الإكراه في حد ذاته ولذلك فالإجازة هنا لا يتجاوز دورها استقرار المعاملات دون العمل على تكريس العدالة والتوازن في الحقوق والواجبات المتعاقدين، فكيف لهذا العقد أن

---

[1] الجدير بالذكر في هذا الخصوص أن القانون البلجيكي كان قد طوع للقضاء أن يقضي ببعض الحالات بمراجعة العقد دون إبطاله فيحكم بتخفيض الثمن أو بتعويض المتعاقد المضار، غير أن هذا الموقف لم يلق ترحيبا من جانب الفقه الذي يرى أن القاضي لا يحق له أن ينوب مناب المتعاقدين في إعمال عقد قابل للإبطال، وأن ليس أمامه إلا أن يقضي بصحة العقد أو أن يحكم بإبطاله، محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص: 18، ولكن إذا وضعنا إمكانية المطالبة بإنقاص الالتزامات في يد المتعاقد فهنا ستكون سلطة القاضي مؤسسة قانونا بل والحكم بذلك سيكون أولى من الحكم بالإبطال عندما لا تكون إمكانية الحكم بصحة العقد.

[2] حيث يكون التعويض عن الخطأ الذي قام به المكره والمتمثل في التهديد والوعيد والضغط على إرادة المستهدف بصفة غير مشروعة، وتقدير ذلك يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع تحت رقابة المحكمة العليا (م 124 و182 و182 مكرر ق.م المضافة بالقانون رقم (05-10)، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 371.

يحقق الغاية، والمقصد من إبرامه مادام الوسيلة الفعالة التي يستطيع بواسطتها المتعاقد أن يحقق مصالحه الاقتصادية والاجتماعية...، فالتعدي الحاصل على المتعاقد المكره لا يزول وبالتالي الأجدر أن يتم التفكير في تزويده بمكنه قانونية أخرى أكثر فعالية لتحقيق مصالحة، خاصة وأنه أرغم على إبرام عقد لا يرغب فيه، فكيف إذن ستكون له مصلحة في الإبقاء عليه عن طريق الإجازة؟؛ من خلال ما سبق ذكره يبدو وكأننا نميل إلى الاعتراف بأن عيوب الرضا ما هي إلا أمراض[1] الرضا، والأمراض لا يتقبلها الجسم بل يسعى إلى تطبيبها لأنه إذا رضي بالأمراض ستتفاقم أضرارها وتؤدي حتما إلى الموت وبالتالي الانعدام وما التطبيب والمداواة إلا تشبيه عن التصحيح بمعنى لا بد من وصف الدواء لهذه الأمراض ولن يكون الحل الأمثل في ارتضائها والتسليم بها كما هو الحال فيما يخص الإجازة.

المطلب الثاني: سلطة القانون في إنقاذ العقد.

يقضي المنطق المجرد بأن لا يتأثر العقد إلا بسلطة الأطراف وهو ما جاء في المادة 106 ق.م: "العقد شريعة المتعاقدين ..." غير أنه ولمبررات مختلفة من بينها ما نحن بصدد تبيانه وهو المحافظة على استقرار العقود كان لابد من التدخل لتحقيق حماية كافية لهذا العقد، خاصة وأن الحرية التي نادى بها أنصار مبدأ سلطان الإرادة أصبحت لا تحقق للفرد الحماية الكافية بعد أن تزعزع التكافؤ الوهمي بين المتعاقدين، ومن ثم تقهقر النزعة الذاتية وبزوغ سيادة الاتجاه الموضوعي للعقد، وبالتالي فالمشرع ملزم بالاهتمام بالعقد قصد المحافظة عليه وإنقاذه لتستقر الأوضاع وتسود العدالة العقدية وهو ما يبرر تدخله من خلال تحديد فرصة المتعاقد صاحب الحق في المطالبة به عن طريق التقادم **(الفرع الأول)** كما أن للإرادة دور هام في استقرار المعاملات **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التقادم كوسيلة لاستقرار العقد القابل للإبطال.

يعتبر التقادم نظام قانوني قائم على فكرة مفادها فوات الميعاد أو مرور الزمن الذي يؤدي غالبا إلى سقوط الحق مالم يتمسك به صاحبه خلال الفترة التي منحها إياه القانون، ولقد نظم

[1] جاء في كتاب الأستاذ حجازي أن عيوب الإرادة هي أمراض، واعتبر أن الإرادة مريضة أي معيبة في تكوينها عندما يكون الباعث على التعاقد " علطا" أو " تدليسا" أو إكراها"، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1021.

المشرع أحكام التقادم المسقط[1] في المادتين 101 و102 ق.م، بالإضافة إلى مواد متفرقة، على أن القاعدة العامة هي الواردة بالمادة 308 ق.م، التي تنص على أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر(15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية" والتي جاءت في الكتاب الثاني، وتحديدا في القسم الثالث المعنون بالتقادم المسقط من الفصل الثالث المعنون بـ "انقضاء الالتزام دون الوفاء به" من الباب الخامس المعنون بـ "انقضاء الالتزام". وقبل التطرق لدور التقادم في إنقاذ العقد لابد من معرفة مفهومه كما يأتي بيانه:

أولا: مفهوم التقادم المسقط.

ينحصر اهتمامنا في هذه الدراسة على التقادم المسقط ذلك أن التقادم المكسب هو وسيلة لاكتساب الحقوق العينية، تترتب على حيازة حق لمدة زمنية حددها القانون، وقد وردت في المادة 827 ق.م التي تنص على أن: "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع"، كما أن للتقادم أهمية جعلته يشمل كل التشريعات سواء المدنية أو التجارية وحتى الجزائية، إلا أن دراستنا هذه ستقتصر على التقادم المسقط في شقه المدني.

1- تعريف التقادم المسقط: نشير إلى أن المشرع لم يورد تعريفا واضحا للتقادم، ويبدو أنه أقر بفكرة التقادم على أنها وسيلة لإنقاذ الالتزام مالم يقم الدائن بأي عمل قانوني للحصول على حقه خلال المدة الزمنية المقررة قانونا لذلك، وقد عرفه الفقهاء والشراح على أنه: "انقضاء الحق إذا مرت عليه مدة معينة دون أن يطالب به الدائن أو دون أن يستعمله صاحبه"[2]، كما عرفه الدكتور عبد المنعم البدراوي: "دفع بعدم القبول يستطيع المدين أن يوجهه ضد دعوى الدائن الذي أهمل في استعمال حقه أو في المطالبة به في المدة التي حددها القانون"[3]، أما الدكتور علي فيلالي فقد عرفه على أنه: "تقادم الحق يعني سقوطه، وبالتالي لا يمكن المطالبة

[1] وهو الأمر الذي يعنينا في مسألة التقادم كآلية للإنقاذ.

[2] جلال إبراهيم، انقضاء الالتزام، 1995، ص: 216.

[3] عبد المنعم البدراوي، أثر مضي المدة في الالتزام، رسالة دكتوراه، القاهرة، نقلا عن جلال إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 214.

به، ويستند التقادم إلى عدة اعتبارات، منها المصلحة العامة، ومنها ما هي دون ذلك، فالتقادم هو جزاء تهاون الشخص الذي امتنع مدة من الزمن عن التمسك بحقه، بما يستدعي استقرار المعاملات أيضا إبقاء الأوضاع القانونية المكتسبة منذ مدة، والتي لم يبادر صاحب الحق إنهاءها، وكذلك قد يتوخى من التقادم وضع حد لأوضاع قانونية غامضة وغير مستقرة"[1].

من خلال ما سبق يبدو أن هؤلاء الفقهاء اعتبروا أن التقادم هو سقوط الحق[2] ولعل التعريف الأخير للأستاذ فيلالي كان الأشمل إذ أورد فيه طبيعة هذا النظام وكذا غايته، كما أنه اشتمل على شرط جوهري كان غائبا في التعاريف السابقة، ألا وهو ضرورة التمسك به من قبل صاحب المصلحة.

وقد عرف التقادم فقهاء آخرون لكن يعاب عليهم أنهم أخلطوا بين هذا النظام ونظام آخر يتمثل في سقوط الحق في المطالبة[3]. ونذكر من بينهم ما جاء في تعريف الدكتور أنور سلطان على أنه: "دفع موجه إلى دعوى الدائن يؤدي إلى سقوط حق المطالبة إذا تمسك به من له مصلحة فيه"[4]، كما عرفه أيضا الأستاذ إسماعيل غانم على أنه: "عبارة عن مضي مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيترتب على ذلك سقوط حقه في المطالبة إذا تمسك به من له مصلحة فيه[5].

2- تمييز التقادم المسقط عن غيره من الأنظمة المشابهة: تتطلب دراسة التقادم كآلية التمييز بينه وبين ما يشابهه من الأنظمة إذ أنه توجد بعض النظم يعتبر فيها عنصر الزمن

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 338.

[2] والمقصود هنا هو أن الحق لا يسقط بمرور الزمان لأن مرور الزمان يرد على الدعوى لا على الحق ذاته، فالتقادم يؤدي إلى فصل عنصر المسؤولية عن عنصر المديونية في الالتزام فيؤدي إلى اختفاء عنصر المسؤولية في الالتزام مع بقاء عنصر المديونية فنكون أمام التزام ليس فيه إلا عنصر المديونية، موفق حميد البياتي، شرح المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، آثار الالتزام، المواد (246-443)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2017، ص: 375، 407.

[3] وهو ما أخذ به التشريع الأردني الذي يقرر عدم انقضاء الحق ذاته بعد مضي مدة معينة حددها القانون واقتصار الأمر على عدم سماع الدعوى، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص: 25.

[4] أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المعارف، مصر، 1957، ص: 450.

[5] إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات، 1967، ص: 432.

جوهريا كما هو الحال في التقادم، مما يؤدي إلى الخلط بينها، ومن أهم هذه الأنظمة التقادم المكسب، مواعيد السقوط، وكذلك سقوط الخصومة.

أ- التمييز بين التقادم المسقط والتقادم المكسب: يبدو الفرق واضحا بين النظامين من حيث المكانة في التقنين المدني فالتقادم المسقط مكانته بين أسباب انقضاء الالتزام، أما التقادم المكسب فمكانته بين أسباب كسب الحقوق العينية وسنوجز أهم نقاط الخلاف والتشابه بين النظامين كما يأتي بيانه:

- أوجه الاختلاف:

1- كما سبق وأن ذكرت فالخلاف واضح بين النظامين من حيث الموضع في التقنين المدني، حيث وجد التقادم المسقط من بين أسباب انقضاء الالتزام، الذي يجعل الحقوق الشخصية والعينية على سواء تنقضي في غضون مدة معينة محددة قانونا إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه خلال هذه المدة، بينما التقادم المكسب يجعل الحائز يكسب حقوقا عينية فقط دون الشخصية[1] بعد أن يثبت حيازته لهذه الحقوق لمدة معينة قانونا ومن ثم وجد بين أسباب كسب الحقوق العينية.

2- التقادم المسقط يقوم على واقعة سلبية تتمثل في سكوت صاحب الحق عن المطالبة بحقه خلال المدة المحددة قانونا بينما يقوم التقادم المكسب على واقعة إيجابية تتمثل في حيازة الحق لمدة معينة محدودة قانونا[2].

3- يختلف النظامان أيضا من حيث أثر كل منهما، حيث أن التقادم المكسب يكسب الحائز الحق العيني الذي وردت عليه الحيازة، ومن ثم فهو يخول الحائز وسيلة قانونية لحماية الحق الذي يحوزه، ويكون ذلك سواء عن طريق دعوى أو عن طريق دفع، ومن ثم فهو لا يقتصر على تأييد الحالة الواقعة، بينما التقادم المسقط يقتصر أثره على تثبيت الحالة الواقعة التي استمرت لمدة معينة دون أن يكسبه حقا[3]، وذلك لا يتم إلا عن طريق الدفع.

---

[1] عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1982، ص: 561.

[2] ويجب أن تكون الحيازة مستمرة وواضحة وهادئة (شروط الحيازة).

[3] عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص: 40.

4- لا يعتد بحسن النية في التقادم المسقط إذ يستطيع المدين أن يتمسك به دائما ولا يفترض فيه أن يكون حسن النية، بمعنى أنه حتى إذا سيئ النية يستطيع الاستفادة من سكوت الدائن عن المطالبة بحقه تجاه المدين، وهذا ما نلمسه من إمكانية المدين التمسك بالتقادم المسقط في مواجهة دائنه، رغم إعلانه صراحة أنه لم يوف بالدين الذي عليه لدائنه[1]، أما بالنسبة للتقادم المكسب فيعتد بحسن النية، إذ أن الحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر بكثير من المدة التي يمتلك الحق فيها الحائز سيئ النية[2].

5- يعد مجال التقادم المسقط أوسع من التقادم المكسب، إذ أن الأول يتناول جميع الحقوق الشخصية والعينية – يستثنى من ذلك حق الملكية – أما الثاني فيقتصر فقط على الحقوق العينية التي يصح أن ترد عليها الحيازة؛ كما أن التقادم المكسب والمسقط يشتركان في عدة أوجه نوجزها كما يلي:

- **أوجه التشابه:** تقضي المادة 832 ق.م بأنه: "تسري قواعد التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ومع مراعاة الأحكام التالية"[3]؛ من خلال هذه المادة يمكن تلخيص أوجه التشابه بين النظامين كما يلي:

1- يلعب الزمن دورا رئيسيا في قيام التقادم بنوعيه مكسبا كان أم مسقطا إذ كلا منهما يؤدي إلى تأييد حالة واقعة استمرت لمدة معينة من الزمن.

2- يقترن كلا من التقادم المكسب أو المسقط بعمل أو واقعة إذ لا يكفي مضي مدة معينة من الزمن لكسب حق أو لفقده، إذ أنه لكي يترتب على الزمن أثر مكسب يجب أن يقترن مضي الزمن بعمل إيجابي من قبل المكتسب، أي حيازة تستوفي شروطها القانونية، ومن جهة ثانية لا

---

[1] ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 2، 2011، ص: 637.

[2] سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الداودي، دمشق، سوريا، ط 3، 1979، ص: 641.

[3] تقابلها المادة 1188 من القانون المدني الأردني.

يترتب على مضي الزمن أثره المسقط إلا بعد اقترانه بواقعة سلبية تتمثل في سكوت صاحب الحق طيلة المدة القانونية للتقادم[1].

3- يجب التمسك بالتقادم مكسبا كان أو مسقطا أمام المحكمة حتى توقعه فهي لا تقضي بها من تلقاء نفسها[2]، ويتم التمسك بالتقادم عادة ممن لهم الحق من الاستفادة به، وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى.

4- يتعلق كلا من التقادم المسقط أو المكسب بالنظام العام، لذلك لا يمكن الاتفاق على أن يتم التقادم بعد مضي مدة تختلف عن تلك التي حددها القانون.

5- يخضع كل من التقادم المكسب أو المسقط للوقف والانقطاع من توافر أي سبب منهما، وأيا كانت المدة التي مضت، مادام أن سبب الوقف أو الانقطاع قد جاء قبل نهاية المدة المحددة قانونا[3].

ب-التمييز بين التقادم المسقط ومواعيد السقوط: لكي نتمكن من التمييز بين النظامين نشير أولا إلى أن مواعيد السقوط هي عبارة عن مدة قررها القانون لكي يتخذ خلالها إجراء معين أو يطالب خلالها بحق وإلا ضاع على ذي الحق حقه، ومن أمثلة مواعيد السقوط، ميعاد حق المالك في استرداد الشيء المسروق أو الضائع، وميعاد رفع الدعوى بتكملة الثمن، وميعاد تجديد قيد الرهن التأميني وغيرها؛ ومن أهم أوجه الاختلاف بين النظامين كون أن التقادم المسقط يقبل الوقف أو الانقطاع بينما ميعاد السقوط لا يقبل ذلك.

كما أن التقادم المسقط لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها في حين أن مواعيد السقوط تثار من قبل القاضي ولو لم يتمسك به الخصم؛ أما التقادم المسقط فلابد أن يتمسك الخصم به، يضاف إلى ذلك أن المقصود من التقادم المسقط تحقيق مصلحة عامة، أما مواعيد السقوط فالمقصود منه هو أن يكون إجراء تنظيميا أعده القانون توحيدا للنظام في وقائع

---

[1] منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص: 157.

[2] المادة 321 ق.م تنص على أنه: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به".

[3] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص: 636، 337، وكما جاء في المادة 832 ق.م: "تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء، والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب".

معينة، كما أن مدد التقادم المسقط لها تنظيم خاص وموحد في القانون ضمن قواعد عامة ولا يوجد مثل هذا التنظيم بالنسبة لمدد مواعيد السقوط؛ حيث استقر القانون على تنظيم الأحوال التي توجد فيها دون تحديد لقواعد معينة تخضع لها[1]، كما أنه من النتائج الهامة المترتبة على التفرقة بين التقادم المسقط وميعاد السقوط أن النزول عن الأول غير جائز إلا بعد ثبوت الحق فيه، أما النزول عن الثاني فيذهب الرأي الراجح في الفقه[2] إلى وجوب التفرقة بين ما إذا كان السقوط مقررا لمصلحة عامة أم لمصلحة خاصة، فإذا كان مقررا لمصلحة عامة امتنع النزول عنه أو الاتفاق على إطالته أو تقصيره وإذا ما تم النزول فإنه يقع باطلا وعلى القاضي عندئذ الحكم بذلك من تلقاء نفسه، أما إذا كان مقررا لمصلحة خاصة يجوز النزول عنه[3] ولابد أن هذا الرأي سديد كون مدد السقوط منها ما يعتبر من النظام العام لذلك يجوز النزول عنها أو الاتفاق على إطالتها أو تقصيرها، ومنها ما لا يعتبر من النظام العام لذلك يجوز النزول عنها أو الاتفاق على إطالتها أو تقصيره، وهي تكون من النظام العام أولا تبعا لما إذا كانت تحقق مصلحة عليا للمجتمع أو كانت مقصورة على حماية مصالح خاصة للأفراد[4].

---

[1] أنور سلطان، المرجع السابق، ص: 497.

[2] المادة 322 ق.م التي تنص على أنه: "لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون ...".

[3] أنور سلطان، المرجع السابق، ص: 497.

[4] [وتتمثل المصلحة العليا للمجتمع بهذا الخصوص بعدم إثارة النزاع بين الأفراد مما يكون من شأنه تهديد الاستقرار في التعامل داخل المجتمع، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 521 من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: "لا تسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسليم المبلغ ما لم يلزم البائع بالضمان لمدة أطول" ويقابلها نص المادة 455 من القانون المدني المصري، فمدة السقوط الواردة في هذه المادة لا تعتبر من النظام العام حيث أنها أجازت الاتفاق على مدة أطول وفي المقابل نجد أن المادة 255 من نفس القانون عندما نصت على دعوى المطالبة بالجائزة فإنها لم تجز الاتفاق على تعديل مدة السقوط لتعلق المدة بالنظام العام. كما تتعلق مواعيد الاستئناف بالنظام العام فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف العليا بغزة: إن المواعيد المقررة قانونا للاستئناف تعتبر من النظام العام ولا يجوز مخالفتها مما يتعين عدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد]، إياد محمد إبراهيم جاد الحق، مرور الزمان وأثره على الالتزام في المعاملات المدنية، دراسة موازنة، رسالة ماجيستير في القانون، جامعة القدس، 2001، هامش ص: 56، ويقابله بالنسبة إلينا ما ورد في المادة 386 (ق.م) التي تنص: "إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه" إذ بإمكان الطرفان الاتفاق على خلاف ذلك وبالتالي هنا فمدة السقوط الواردة في هذه المادة لا تعتبر من النظام العام مادامت أجازت الاتفاق على خلافها فهي كما ورد أيضا في نص المادة 123 مكرر 1 (ق.م) والتي يقابلها نص المادة 253 من القانون المدني الأردني السابقة الذكر – ما يلي: ".... يمارس حق المطالبة بالجائزة تحت طائلة السقوط في أجل ستة (6) أشهر من تاريخ

ويبدو أن الفقهاء وبالرغم من تناولهم للتفرقة بين التقادم المسقط ومواعيد السقوط، بوضع معايير مختلفة[1] لم يتوصلوا إلى معيار شامل يبين فعلا الحدود الفاصلة بين النظامين ولذلك فمن الأجدر أن يكون الحل بإرادة المشرع الصريحة في وضع نظام خاص بالسقوط محددا قواعده بشكل صريح منعا لإثارة اللبس والغموض والاختلاط، وأن يشير صراحة إلى السقوط عند ما تتجه إرادته إلى ذلك ضمن أي نص قانوني منعا لإثارة أية شكليات.

ج-التمييز بين التقادم المسقط وسقوط الخصومة: يقصد بشروط الخصومة زوالها بسبب عدم السير فيها بفعل المدعي لمدة معينة من تاريخ آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي[2] وتعتبر جزاء إجرائي يرتبه القانون على عدم السير في الخصومة تعمدا أو إهمالا من جانبه، ومن ثم حثه على المضي فيها بدل تركه يعتمدها كوسيلة تمهيدية بغرض الكيد لخصمه؛ إذ أن ترك دعواه مدة طويلة يعتبر قرينة على التنازل عنها، كما أن النظام العام يستلزم عدم إطالة مدة الخصومة أو بقائها إلى الأبد. وتختلف سقوط الخصومة عن التقادم المسقط في عدة أوجه نوجزها فيما يلي:

1- تقوم مواعيد التقادم على قرينة الوفاء لصالح المدين بسبب عدم مطالبة الدائن بالحق، بينما سقوط الخصومة يقوم على فكرة وجود أجل قانوني معين يتناول أصل الحق ويسقطه كجزاء يفرضه القانون على صاحب الحق ذاك الذي تقاعس عن استعماله.

2- يختلف من حيث أثر كل منهما حيث أن التقادم المسقط يترتب عليه سقوط الحق ذاته أما سقوط الخصومة فيترتب عليه محو إجراءات الخصومة وحدها لكن الحق والدعوى التي تحميه يبقيان، حيث يجوز للدائن أن يعيد المطالبة بحقه عن طريق دعوى جديدة مادام حقه لم يسقط بالتقادم المسقط[3]؛ وقد حدد المشرع سقوط الخصومة بسنتين كما جاء في المادة

إعلان العدول للجمهور"؛ مما يظهر أن مدة السقوط بالنسبة لدعوى المطالبة بالجائزة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

[1] أنظر أكثر تفاصيل: إياد محمد إبراهيم جاد الحق، المرجع السابق، من ص: 57 إلى ص 62، كما أشار لها أيضا: عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص: 51، 52، 53.

[2] تنص المادة 222 ق.م على أنه: "تسقط الخصومة نتيجة تخلف الخصوم عن القيام بالمساعي اللازمة...".

[3] تنص المادة 226 ق.م على أنه: "لا يؤدي سقوط الخصومة إلى انقضاء الخصومة، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة، وعدم الاحتجاج بأي إجراء من إجراءات الخصومة المنقضية أو التمسك به". ونرى أن المشرع الأردني يخلط بين الخصومة

223 ق.م التي تنص على أنه: "تسقط الخصومة بمرور سنتين (2)، تحسب من تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي الذي كلف أحد الخصوم القيام بالمساعي. تتمثل المساعي في كل الإجراءات التي تتخذ بهدف مواصلة القضية وتقدمها". وهي نفس المدة التي اعتمدها المشرع الفلسطيني من خلال المادة 137 من قانون أصول المحاكمات الفلسطيني الجديد التي جاء فيها: "1، في جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي سنتين على آخر إجراء صحيح تم فيها"[1]؛ ولم يتفق المشرعان مع المشرع المصري والذي جعل مدة السقوط ثلاث سنوات بعد صدور قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968، حيث نصت المادة 140 منه على أنه: "في جميع الأحوال تنقضي الخصومة بمضي ثلاث سنوات، على آخر إجراء صحيح فيها"؛ بهدف الإسراع في مواصلة الدعوى وعدم تركها لمدة طويلة نؤيد كل من المشرع الجزائري والفلسطيني على تقصيرهم لمدة سقوط الخصومة.

ثانيا: دور التقادم في إنقاذ العقد.

يبدو التقادم كوسيلة إجرائية تحرم الدائن من حقه في مطالبة المدين قضائيا بعد مدة زمنية يمنحه إياه القانون، مما يظهر أن التقادم المسقط ما هو إلا إقرار لحالات واقعية استقرت مدة طويلة من الزمن، وتعامل الناس على أساسها حتى أصبحت واقعا بعيدا عن المنازعات يوحي باستقرار الحقوق؛ لكن المتعمق جيدا في الحكمة من تقرير التقادم يجده وسيلة لإنقاذ العقود فالعبرة الأساسية التي يقوم عليها التقادم المسقط هي استقرار المعاملات، وهو المبدأ المحفز لإبرام العقود، والعمل على دفع المتعاقدين إلى الحرص واليقظة لمنع الآخرين من التعدي على حقوقهم، لكن في حالة الإهمال أو السكوت يكون من الأولى المحافظة على العقد

والدعوى إذ أنه ينص في المادة 123 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 فقرة 2 على أنه: "إذا لم يتقدم أحد الخصوم بطلب للسير في الدعوى في مدة الأيام الثمانية لنهاية الأجل – مهما كانت مدة الوقت – ستسقط الدعوى" فالمشرع الأردني حدد مدة سقوط الخصومة بثمانية أيام من تاريخ وقف الدعوى وكان الأجدر به تغيير عبارة "تسقط الدعوى" بـ"تسقط الخصومة"، خاصة وأنه وبالرجوع إلى نص المادة 125 من نفس القانون التي تنص على أن: "إسقاط الدعوى وفقا للأحكام السابقة لإسقاط الحق ولا الادعاء به ولا يحول دون تجديد الدعوى، أنظر إياد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص: 66.

[1] المرجع نفسه، هامش ص: 65.

وانقاذه عن طريق توفير استقراره بمرور الزمن مما يؤدي بذلك لحماية المصلحة العامة واستقرار الحقوق وسنبين ذلك كما يلي:

1- التقادم المسقط ضروري لاستقرار المعاملات: يعتبر سكوت صاحب الحق عن المطالبة بحقوقه مدة طويلة دليلا على أنه استوفى حقه، أو أنه نزل عنه لمدينه هذا من جهة ومن جهة أخرى يكون الدائن شخصا مهملا ومن ثم فمن الأولى رعاية المدين أو بالأحرى العقد ذاته.

أ- سكوت صاحب الحق عن المطالبة بحقوقه مدة طويلة: من شروط التقادم المسقط هو مرور مدة من الزمان محددة قانونا ليرتب التقادم المسقط أثره ولكن لابد من أن ترافق هذه المدة سكوت الدائن عن المطالبة بحقوقه خلالها، وقد عرف البعض السكوت على أنه: "تصرف سلبي صادر من الدائن يتمثل بعدم قيامه بأي سلوك إيجابي للمطالبة بالحق، ففي السكوت يلتزم الدائن الصمت، ولا يصدر منه أي تصرف إيجابي"[1]، ولكن يعاب على هذا التعريف أنه اعتبر السكوت تصرف سلبي على أن كلمة تصرف لا توافق السكوت لأن السكوت عدم والتصرف يقتضي وجود إرادة، ولذلك فالسكوت في هذا المقام يمكن أن يعرف على أنه: "واقعة سلبية تفيد امتناع الدائن واحجامه عن المطالبة بحقوقه طيلة مدة زمنية معينة قانونا".

وقد أشار فقهاء المالكية والحنفية إلى هذا الشرط بشكل واضح حيث جاء[2] عن الحطاب أنه نقل عن ولد ابن فرحون قوله: "الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له ويصدق الغريم ....."، كما جاء في قول للصاوي: "إذا تقرر الدين في الذمة وثبت فيها لا يبطل وإن طال الزمان وكان ربه حاضرا ساكتا قادرا على الطلب لعموم خبر"[3]؛ وقد أشير إلى هذا الشرط في القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة 429 منه على أن: "الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمسة عشر سنة ..."، كما نصت المادة 450 من القانون المدني الأردني التي تناولت التقادم المسقط بشأن الحقوق الدورية المتجددة حيث جاء فيها: "لا تسمع دعوى المطالبة بأي حق دوري متجدد ... على تركها بغير عذر شرعي"، كما

---

[1] فداء عبد الجواد، مأخوذ عن: إياد محمد إبراهيم، المرجع السابق، هامش ص: 173.

[2] المرجع نفسه، ص: 173.

[3] الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، مأخوذ عن: إياد محمد إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 174.

أشارت كذلك مجلة الأحكام العدلية الأردنية صراحة إلى الترك ضمن نص المادة 1660 التي جاء فيها: ".... بعد أن تركت خمسة عشرة سنة، والملاحظ أن هذه القوانين فضلت عبارة "الترك" بدل "السكوت" كما جاء على لسان فقهاء المالكية والحنفية، في حين اكتفى مشرعنا بذكر مدة التقادم دون تبيان الواقعة المناسبة التي رافقته فنصت المادة 308 ق.م على ما يلي: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر (15) سنة"، غير أنه بالنسبة لتقادم حق التمسك بالإبطال فقد رافق التقادم بواقعة عدم التمسك بهذا الحق خلال خمس سنوات كما جاء في المادة 101 ق.م التي تنص على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمسة (5) سنوات..."، وبذلك يزول الإبطال بتقادم قصير المدة حتى أن البعض اعتبر التقادم هنا أداة لتصحيح العقد حيث يرى الأستاذ علي فيلالي أنه يترتب على تقادم حق الإبطال سقوطه، بحيث لا يمكن الطعن في العقد بالإبطال إذ يبقى العقد صحيحا ملزما للمتعاقد الذي وقع في الغلط، أو المدلس عليه، أو المكره، وكذلك ناقص الأهلية، وبعد تقادم حق الإبطال لا يجوز حتى الدفع به[1] وطبقا للمادة 100 ق.م فالتقادم يلحق حق الإبطال وليس دعوى الإبطال، وعليه فإنه يترتب على تقادم الحق عدم جواز المطالبة به، وكذا استحالة الدفع به[2]، فيستقر العقد نهائيا، بعد أن كان مهددا بالزوال[3]، وللتقادم أثر رجعي، إذ تتأكد صحة العقد منذ إبرامه، ويكون هذا الأثر له مطلقا، فيسري في حق الغير[4] فلو أن قاصرا باع عينا مثلا، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل

---

[1] كان القانون الفرنسي القديم يعتد بقاعدة قديمة ورثها عن القانون الروماني، ومفادها أن دعوى الإبطال مؤقتة بينما الدفع بالإبطال أبدي، ومن ثم فإن القضاء الفرنسي يسمح بالدفع بالإبطال رغم تقادم دعوى البطلان، راجع ذلك، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 341. غير أنه وبالرجوع إلى المادة 101 ق.م التي تنص على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد..." فالحق هنا قد يكون دعوى أو دفع.

[2] المرجع نفسه، ص: 341، كذلك: هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 161، كذلك: العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص: 509.

[3] ويقول في ذلك الأستاذ منصور حاتم محسن:" أن انقضاء المدة المحددة قانونا للمطالبة بإبطال العقد دون أن يستعمل المتعاقد حقه في إبطاله، يسقط ذلك الحق ويزول التهديد بالإبطال ويدعم بذلك صحة العقد ويؤيد، فبالتقادم يزول عن العقد خطر البطلان الذي كان يتهدده نتيجة ما يشوبه من عيب، فآثار هذا العيب وليس العيب نفسه، قد سقطت بانتهاء تلك المدة، فالتقادم لا يؤدي إلى تغيير في عنصر من عناصر العقد وإنما يطهر العقد من أثر العيب دون العيب نفسه، وأثر العيب يتمثل بجعل العقد مترددا بين الصحة والبطلان، فيزول ذلك التهديد بالتقادم ويصبح العقد تام الصحة بعد أن كان غير مكتمل الصحة فلا يجوز بعد ذلك طلب ابطاله، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص: 183، 184.

[4] علي خلاف الأثر الرجعي للإجازة، كما سبق وأشرنا سابقا.

سقوط الحق في الإبطال بالتقادم، رتب على العين رهنا، ثم تم التقادم، فإن ملكية العين ستستقر للمشتري غير مثقلة بالرهن بتقادم الحق في الإبطال[1]؛ هذا وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء يرون أن المدة التي يتقادم بعدها الحق في طلب الإبطال في قانوننا المدني ما تزال مدة طويلة، رغم تعديلات عام 2005، حيث يظل العقد خلالها مهددا بالزوال، ومن ثم غير مستقر[2] في حين نجد مدة تقادم الحق في الإبطال في القانون المدني المصري أقصر إذ حددت بموجب المادة 140 فقرة 1 منه بثلاث سنوات[3]، غير أننا نجدها أطول كما هو الحال بالنسبة للمشرع اللبناني الذي جعل المدة التي يتقادم بها الحق في طلب الإبطال هي عشر سنوات في المادة 135 فقرة 1.

ونشير إلى أن كل هذه التشريعات تتفق تقريبا في كيفية حساب المدة إذ تحتسب من اليوم الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس، أو من اليوم الذي ينقطع فيه الإكراه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه بمضي عشر سنوات من وقت تمام العقد، أما في حالة نقص الأهلية، فيكون التقادم بمضي خمس (5) سنوات من وقت زوال هذا السبب، وذلك بصرف النظر عن المدة التي مضت من وقت التعاقد؛ أما بالنسبة لدعوى الاستغلال، فقد أفرد لها المشرع حكما خاصا إذ جعلها سنة من تاريخ العقد، ولكن اعتبرت هذه المدة أجل إسقاط لا تقادم[4] فلا يرد عليه وقف ولا انقطاع كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني المصري في مادته 129 فقرة1.

وبناء على ما تقدم نجد أن الحق في إبطال العقد ليس أمرا أبديا بل هو حق محدد بمدة معينة ينقضي بعدها، وخلال هذه المدة يكون العقد غير مستقر، ومصيره مرهون بيد صاحب الحق في إبطال العقد والذي وحده[5] يقرر إما إجازة العقد أو يختار إبطاله، وليس من المصلحة

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 510.

[2] المرجع نفسه، ص: 510، 511.

[3] أحمد فخر الدين، المشكلات العملية في التقادم المدني المكسب والمسقط ودفوعه طبقا للتشريع وللفقه وللقضاء، دار القانون للإصدارات القانونية، ط 2020، ص: 75.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 213، كذلك: هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 162.

[5] تنص المادة 99 (ق.م): "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

بقاء حالة عدم الاستقرار هذه مدة طويلة[1] بل لابد أن يتم إنقاذ العقد خلالها بجعله مستقرا وهذا ما جعل بعض الفقهاء ينادون بتقليص مدة التقادم.

أما بالنسبة للتقادم بالتصرف الباطل، فالأصل أن التصرف الباطل، تصرف معدوم، والعدم لا يصير شيئا بفوات الأوان وعليه فمضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق من العدم وجودا، والعقد الباطل لا ينقلب إلى عقد صحيح[2]، والمفترض أنه لو تم تنفيذ عقد بيع باطل، ومضت على العقد مدة التقادم العادي ثم رفع البائع دعوى بطلب استرداد المبيع استنادا إلى بطلان البيع، ينبغي نظريا أن تسمع دعواه، وأن يقضى له بالاسترداد إذا أقام البنية على صحة ادعائه وأثبت البطلان، غير أنه يلاحظ في هذا الشأن أن المشرعين والفقهاء قد خرجوا عن هذه القاعدة حماية للأمن الاجتماعي باختيار المحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمرور الزمن[3]، فتنفيذ العقد ولو كان باطل ينشئ وضعا فعليا يكون من المصلحة تأييده إذا استمر مدة طويلة[4].

وفقا للمادة 102 فقرة 2 ق.م التي تنص على أنه: "... وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد"، فإن دعوى البطلان (المطلق) تسقط طبقا للقانون المدني بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد، وعادة ما ترفع دعوى البطلان في حالة تنفيذ العقد إذ يسعى من نفذه إلى استرداد ما قدمه تنفيذا للعقد عن طريق الحصول على حكم البطلان، فعندئذ لا يجوز رفع الدعوى لاسترداد الثمن، فدعوى البطلان وسيلة المدعي وعليه أن يستعملها خلال المدة القانونية المحددة لها، فإن أهمل في ذلك سقط الحق فيها.

إلا أن سقوط الحق في رفع دعوى البطلان بمضي المدة القانونية لا يعني أن العقد الباطل يصححه التقادم، ويصبح ذا وجود قانوني، وإن كل ما يعنيه هذا السقوط هو الإبقاء على المراكز القانونية التي استقرت أمدا طويلا[5]؛ ولابد لنا من أن نشير أن الذي يسقط بالبطلان هو

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص: 244.

[2] ق.م.ع، رقم 247506 الصادر بتاريخ 2001/06/20، م.ق لسنة 2002، عدد1، ص: 166.

[3] عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص: 259.

[4] هند فالح محمود، المرجع السابق، ص: 154.

[5] المرجع نفسه، ص: 155 كذلك العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 507، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 342.

الدعوى دون الدفع، فالدفوع لا تتقادم أي لا تسقط بمرور الزمن، وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا إعمالا لقاعدة أبدية الدفوع[1].

ب- التقادم المسقط عقوبة المتعاقد المهمل: يرجع مبدأ التقادم إلى اعتبارات عديدة منها الاجتماعية والاقتصادية، ومنها ما هو متعلق بالصالح العام، والأهم هو مبدأ الاستقرار والثقة، إذ أن التقادم هو وسيلة تحقق الثقة بين المتعاقدين وتمنع بقاء المدين تحت رحمة الدائن إلى أجل غير مسمى، فمن له حق الأولى أن يستعمله، لا أن يهمله مدة طويلة ثم يعيد فتح ملف طال عليه الزمن مما يؤدي حتما إلى اضطراب العمل بالمحاكم لانشغالها بسماع قضايا قديمة غابت فيها الأدلة وربما توالت عنها الأجيال؛ كما أن المتعاقد المهمل لابد من معاقبته على إهماله، لأن الفرصة كانت متاحة أمامه، وعدم استعماله حقه في الوقت المحدد له سيفهم لا محالة على أنه استوفى حقه أو أنه نزل عنه لمدينه، وإن لم يكن الحال كذلك، فإنه شخص مهمل[2].

2- التقادم المسقط حماية المصلحة العامة: عرف التقادم المسقط لدى الرومان باعتباره نظام مدني، حيث نظم في قانون الألواح الإثني عشر في عهد القانون الروماني القديم الذي عرف التقادم بداية على أنه أهم الطرق الإجبارية الناقلة للملكية، وبذلك يتضح أن فكرة التقادم المكسب سبقت فكرة التقادم المسقط[3]، واختلفت الأسس التي اعتمد عليها نظام التقادم، وتعددت نظم التقادم بمرور الوقت بتعدد أنواع الملكيات وبتعدد أنواع الأموال، إلى أن صدرت مجموعات جستينيان التي أخلطت بين التقادم المسقط والمكسب (بعد أن كانا نظامين منفصلين).

---

[1] غ. م – قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2007/11/21، ملف رقم 391371، م، م، ع، لسنة 2008، العدد: 02، ص: 167.

[2] لقد رد على هذا الرأي على" أنه ليس هناك في القانون أي التزام يحتم على الدائن مطالبة المدين خلال مدة معينة، حيث أن المطالبة بالحق رخصة للدائن وليست التزاما عليه، كما أنه إذا أمكن أن ينسب أي تقصير للدائن بسبب قعوده عن المطالبة بحقه فإنه من الممكن أيضا أن ينسب هذا التقصير إلى المدين الذي أخل بالوفاء بالتزامه، فكلا من الدائن والمدين مقصر ولا يوجد سبب يؤدي إلى محاباة المدين على الدائن ومعاقبة الدائن دون المدين، إياد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص: 38.

[3] المرجع نفسه، ص: 29 إلى ص: 32.

وقد انتقل هذا الخلط إلى القانون المدني الفرنسي القديم مما أدى إلى حدوث صعوبة في فهم أحكام التقادم بصفة عامة سواء في القانون الروماني أم في القانون الفرنسي[1] كما ظهرت أيضا بعد ذلك العادات الجرمانية، والعادات الملكية التي زادت الأمر تعقيدا وعدلت في أحكام التقادم، ويبقى التساؤل مطروحا حول حقيقة أو أثر هذا النظام على العقود، والجدير بالذكر أنه إضافة إلى ما يحققه هذا النظام بصفة فردية للمتعاقد، من خلال إعفاء المدين من المحافظة على دليل براء ذمته من الدين بعد كل تلك المدة الطويلة، إذ لا يمكن الزامه بالاحتفاظ بالأدلة الثبوتية إلى مالا النهاية.

كما أن هذا النظام يعفي المدين بإثبات أنه قد قام بالوفاء بالدين بعد ضياع سند المخالصة، أو تلفه بسبب مرور تلك المدة الطويلة، ولوفاة الأشخاص الذين بإمكان المدين أن يستشهد بهم في وفاته[2] كان لنظام التقادم ولا يزال الأثر الكبير على المصلحة العامة، فلو أننا نتخيل مجتمعنا دون تطبيق أحكام التقادم في نظمه القانونية حتى ندرك إلى أي حد تسود الفوضى ويتزعزع استقرار التعاملات؛ خاصة وأن عدم وضع حد للمنازعة في الحقوق تفتح الأبواب لامتداد المنازعات إلى ما لانهاية، وهو ما لا يخدم مصلحة المجتمع، فبشأن ضرورة الاستقرار في التعامل وما يولده من ثقة في نفوس المتعاقدين يقتضي التدخل لحسم المنازعات وتصفية المراكز القانونية القديمة ومن ثم تجنيب المحاكم صعوبة الفصل في حقوق مرت عليها مدة طويلة[3].

3-التقادم المسقط يحقق الأمن القانوني: لابد أن نشير في هذا المقام أن العنصر الزمني للتقادم يكتسي أهمية بالغة في العقد إذ أن ثباته يعد من مقومات الاستقرار وهو ما يعبر عنه "بالأمن القانوني[4]" أو "أمن العقود القانوني"[5]، الذي يشكل أساسا حقيقيا للحرية الفردية، والذي طالما يحقق إمكانية التحديد الدقيق للأفعال المرتبطة بنشأة وتغيير ونهاية كل العلاقات

---

[1] إياد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص: 31.

[2] ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص: 633، 634.

[3] عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص: 24، 25.

[4] Nabila Lahnane, op.cit, p : 285.

[5] زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 16.

والتصرفات القانونية[1]، ففي نظام التقادم تثبيت للمراكز القانونية على أساس الوضع الظاهر[2]، وفي ذلك حفاظ على المراكز القانونية وعدم زعزعتها بآجال غير مسماة، على الرغم من عدم عدالتها، بحيث يفترض أن يحصل كل ذي حق على حقه، ويعتبر ارتباط التقادم بمسألة الزمن أو المدة لـ(5-10 أو سنة) يشكل في حقيقة الأمور رسم حد زمني للأمن القانوني للمعاملات والعقود، تتميز فيه الحقوق بالاستقرار، فإذا ما ضيعها صاحب المصلحة ضاعت معه فرصته في المحافظة عليه المواد 101، 102 ق.م[3]، والملاحظ أن المشرع الجزائري ما يزال يحتفظ بمدة التقادم الطويلة التي استلهمها من القانون الفرنسي[4] بالرغم من حرصه على الأمن القانوني، إذ يمكننا التساؤل حول الفائدة من البقاء خمس سنوات كاملة بعد اكتشاف الغلط أو التدليس ومثلها من يوم انقطاع الإكراه ولم لا تقليصها إلى مدة معقولة تكون أكثر منطقية[5] كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الألماني[6]، وكذلك السويسري الذي قام بتغيير مدة التقادم التي كانت محددة بسنة واحدة في ظل القانون القديم وتم تحديدها بثلاث سنوات بعد تعديل جوان 2018، وكان هذا التعديل في المدة نتيجة للنقد الذي تعرض له على اعتبار أن المدة في ظل القانون القديم مدة قصيرة كما أن مدة ثلاث سنوات تتماشى أكثر مع القوانين المقارنة الغربية

[1] زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 16، كذلك أنظر:

Anne Sophie, op.cit., p :231.

[2] سنحيط هذا الموضوع بكثير من التفاصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

[3] زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 24.

[4] ذلك أن المجلة الفرنسية في البداية قبل قانون 3 جانفي 1963 اعتبرت أن مدة تقادم دعوى البطلان النسبي تقدر بـ10 سنوات ثم عملت على تقليصها بعد 1968 على خمس سنوات وهو ما جاء في المادة 1304 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل القانون في 2008،

Sandrine Sana-Chaille De Nere, Nullité ou rescision : régime de la nullité, Civ.code, art 1304 à 1314, fasc.40, 14 septembre 2007, p : 13. N 62.

[5] ونذكر بهذا الخصوص أن القانون التونسي وكذلك المغربي قد قدر مدة تقادم دعوى الإبطال بسنة واحدة وتعتبر الأقصر باعتبار أن معظم التشريعات قد وضعت مدة تصل إلى أكثر من ذلك، دنيا أوقاسي، المرجع السابق، ص: 150.

[6] من الصعب تخيل الأسباب التي تجعل من الشخص لا يتصرف بسرعة بعد اكتشاف العيب ولذلك عمد المشرع الألماني في قانونه المدني المادة 195 إلى اعتماد مدة تقادم قدرها ثلاث سنوات،

Nabila Lahnane, op.cit, p : 283.

القريبة منها[1]، وليس من شك أن فترة القلق هذه طالت أم قصرت لا تستقيم والسياسة التعاقدية أو استقرار التعامل في المجتمع[2].

الفرع الثاني: دور المشرع في استقرار العقد من خلال نظرية الإرادة.

الإرادة هي أمر نفسي[3] كامن وهي عملية تصورية ينفرد بها صاحبها، ثم يجمعها مع إرادة الطرف الآخر الذي يرغب في التعاقد معه للحصول على منافع مقابل التضحية بما يتناسب معها، فالإرادة إذا هي أساس العقد ولذلك فإن لها أهمية بالغة في إنشاء العقود بشرط أن تكون حرة جدية[4] ومتبصرة[5]، وهذه الإرادة لا يتم الاعتداد بها قانونا إلا عند الإفصاح عنها[6] عن طريق الإيجاب أو القبول؛ إن الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة يطرح تساؤلات عدة حول دور أي منهما في استقرار العقد ولذلك أردت أن أركز على مظاهر الاستقرار التي تسعى كلتا النظرتين إلى تحقيقها**(أولا)**، واعتبرت أن أخلقة الإرادة يفيد الاستقرار أكثر**(ثانيا)**، كما أن التفسير يعبر عن مكنة جديرة بالذكر يعتمدها المشرع كوسيلة غير مباشرة لإنقاذ العقود والعمل على استقرارها**(ثالثا)**.

---

[1] Blaise Carron, article : Le nouveau droit suisse de la prescription, présentation et analyse critique au regard des objectifs visés, sui-generis, 2019, p :318.

[2] محمد جبر الألفي، المرجع السابق، ص: 12.

3 "الإرادة الكامنة في النفس هي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين، ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان ويليهما عمل تنفيذي، فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين، (الإدراك) ثم يلي ذلك مرحلة التدبير حيث يزن الشخص الأمر وتدبيره ثم تأتي المرحلة الثالثة وهي إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبث فيه وهذه هي الإرادة، فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ، وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي، أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية" انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، mr.gado، 2008، 2007، هامش ص: 145.

4 الإرادة الجدية هي التي يسعى الفرد من خلالها إلى تحمل واجبات نحو شخص آخر، أو اكتساب حقوق على الغير، أو التنازل عن حقوق مكتسبة، فيلتزم صاحبها بواجبات تنفذ جبرا إذا اقتضى الأمر، وعلى عكس ذلك تكون الإرادة غير جدية إذا كان صاحبها لا يرغب في تحمل الواجبات، كما هو الأمر بالنسبة لإرادة الهازل، والإرادة الصورية، والإرادة المتعلقة بمحض المشيئة، والإرادة المقترنة بتحفظ ذهني؛ علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 87.

5 الإرادة المتبصرة هي الإرادة الصحيحة المدركة للأثر القانوني المراد إحداثه.

6 العربي بلحاج، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص: 133.

أولا: الإرادة عنصر استقرار

الإرادة هي أساس العقد، وما يهمنا في هذا المقام هو الإرادة التي تساعد على استقراره وقد اختلف الفقهاء كثيرا في مدى الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة وسأتناول موضوع الإرادة بما يتوافق مع موضوع البحث وهو مدى تأثير الإرادة الظاهرة أو الباطنة على استقرار العقد.

إن العقد يقوم على التراضي كركن والتراضي هو ظاهرة مركبة من إرادتين[1] أو أكثر، تبدأ بوجود هذه الإرادة ثم تطابق التعبير عنها قصد إحداث أثر قانوني، والمقصود بوجود الإرادة سواء كانت إيجابا أو قبولا هو صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون، إذ تنعدم الإرادة عندما تصدر عن فاقد التمييز لصغر في سنه، وكذا المجنون، ومن فقد الوعي لسكر بيّن يفقده القدرة على الإدراك، ومن انعدمت إرادته تحت تأثير الإيحاء بالتنويم المغناطيسي أو مرض...[2]، كما لا يعتد بالإرادة التي تفتقد نية إحداث أثر قانوني كما في إرادة الهازل، أو في مجال المجاملات الاجتماعية، أو عند تعليق الإرادة على محض مشيئة صاحبها، كأن يقول الشخص: "أهديك هذا الشيء إذا أردت"؛ واستنادا إلى ما جاءت به المادة 59 ق.م[3] التي تنص على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين" .

يتبادر إلى الذهن أن المشرع قد أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة استجابة لمقتضيات استقرار المعاملات، فالعقد حسبما جاء في المادة 59 ق.م لا يتم بمجرد توافق الإرادتين ولكن عند تبادل التعبير عن الإرادتين المتطابقتين، وهو ما جاء به الفقه الاسلامي كما جاء في المذكرة الإيضاحية في القانون المدني الأردني[4] الذي يأخذ بدوره بالإرادة الظاهرة كما يلي: "ترتكز نظرية العمل

---

[1] أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، المصادر الارادية وغير الارادية للالتزام، العقد، الارادة المنفردة، المسؤولية المدنية، الإثراء بلا سبب، 2008، ص: 18.

2 انظر أكثر تفاصيل: علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 85.

3 وتقابلها المادة 92 مدني سوري.

4 فايز عبد الكريم عقلة الفالح، مظاهر مواجهة بطلان العقد في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة العلوم الإسلامية العالمية كلية الدراسات العليا، عمان، 2017، هامش ص: 49.

والجدير بالذكر أن القانون المدني المصري القديم أيضا أخذ بالإرادة الظاهرة حيث جاء في المذكرة الإيضاحية ما يلي: "ترتكز نظرية العمل القانوني في المشروع على الإرادة الظاهرة، أي على التعبير عن الإرادة لا على الإرادة الباطنة، كما هو الشأن في التقنين الحالي" وحين تعرض مشكلة التحفظ الذهني تقول المذكرة الإيضاحية أيضا: "يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني، وهي تثير من فورها أمر البحث في المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة، فإذا لم تطابق

القانوني في هذا القانون على الإرادة الظاهرة أي على التعبير عن الإرادة الباطنة، فالعقد لا يتم بمجرد توافق الإرادتين ولكن عند تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين"، كما جاء أيضا: "فالعبرة في الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة كما تستخلص من العبارات والصيغ التي استعملها المتعاقدين وفي هذا استقرار للتعامل وتحقيق للثقة المشروعة التي وضعها كل من المتعاقدين في الآخر عندما اطمئن إلى ما يكمن في عباراته من معان سائغة، بخلاف الحال في الفقه الغربي وبخاصة في الفقه اللاتيني إذ أن العبرة بالإرادة الباطنة[1] أما العبارة فهي دليل على الإرادة ولكنه دليل يقبل إثبات العكس، فإذا كان هناك خلاف بين الإرادة والعبارة، فالعبرة في الإرادة دون العبارة.

وهذا بخلاف الفقه الإسلامي وكذلك الفقه الجرماني إلى مدى يقرب من الفقه الإسلامي، فالعبارة هي التي يعتد بها ومنها وحدها تستخلص الإرادة"؛ وقد تقدمت المدرسة الألمانية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بنظرية الإرادة الظاهرة[2] والتي غالت في الاهتمام بالمظاهر الاجتماعية لا بالمظاهر الباطنية، وذلك نظرا للغاية التي تصبو إلى تحقيقها، ألا وهي حماية المجتمع على حساب المصالح الفردية، وبالنظر إلى تاريخ هذه النظرية نجد أنها عادت من جديد إذ أن الإرادة الظاهرة أصبحت أساس التزامات وتعهدات الأطراف، خاصة وأن استقرار المعاملات ورعاية مصالح الجماعة لا الفرد صارت من أولويات القوانين[3].

ولقد أصبح الابتعاد عن منطق حرية الإرادة يحقق الاستقرار أكثر في المعاملات والعقود، خاصة وأن الاعتبارات الاجتماعية قد غيرت من مسلك القانون واتجه المشرعون إلى الحد من إطلاق حرية التعاقد والابتعاد عن التصور الفردي، والذي يدعو إلى الأخذ بالإرادة الباطنة حيث وفقا لجذوره اللاتينية فإن أصحاب هذا الرأي يقدسون الإرادة الباطنة، ويرون أن الإرادة هي

الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة، فأيهما يؤخذ؟ أخذ المشرع بالمذهب الجرماني مؤثرا الإرادة الظاهرة" أكثر تفاصيل: وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ص: 283، 284.

1 الإرادة الحقيقية هي الإرادة الباطنة لا الظاهرة وهي الإرادة التي يؤخذ بها وهي القاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص: 149.

2 المرجع نفسه، ص: 150، وكذلك علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 90.

3 حسين لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015، 2016، ص: 89.

لب التصرف وقوامه[1]، وأما التعبير فهو الرداء الذي يندثر به جوهر التصرف، كما أن العقد يتكون بتطابق الإرادتين لا بتطابق التعبيرين إلا إذا كانا متفقين مع الإرادتين الحقيقيتين، وبالتالي فهم يدعون إلى إيثار الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة واعتبار الأخيرة مجرد دليل عنها ولكنه دليل قابل لإثبات العكس؛ إن نصوص القانون المدني لم تظهر لنا حقيقة الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة على إطلاقها أو بنظرية الإرادة الباطنة على إطلاقها، حيث حرص على أن تكون إرادة المتعاقدين حرة سليمة ومتبصرة والمتمعن في المواد القانونية نجده تارة يأخذ بالإرادة الظاهرة، وتارة أخرى بالإرادة الباطنة، ولكن في الحقيقة فالمشرع يأخذ بالإرادة الحقيقية بمقصدها الأصلي بغض النظر عن مظهرها الظاهري أو الباطني.

ففيما يخص تكوين العقد، نجد أن المشرع يأخذ بالإرادة الظاهرة حيث تعتبر المادة 59 ق.م خير دليل، خاصة وأنه ركز على عبارة: "التعبير عن الإرادة"، والتعبير يخص الإرادة الظاهرة، إذ أنه كان من الممكن أن يكتفي بتطابق الإرادتين دون التركيز على التعبير مما يجعلنا نفكر في نية المشرع من قيمة التعبير[2] وإعطائه الأولوية للإرادة المعبر عنها؛ والسؤال المطروح هنا حول مدى قوة التعبير في مواجهة الإرادة الحقيقية، بمعنى آخر إذا كان التعبير عن الإرادة واضحا ولكنه ليس مطابقا للإرادة، هل يمكن تغليب التعبير عن الإرادة أم الأخذ بالإرادة الحقيقية هو الأنسب؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تجرنا إلى نقطة مهمة تكمن في محاولة تفوق طرف عن الطرف الآخر، فالقول بإمكانية تغليب الإرادة عن التعبير فيه إجحاف وتعسف، حيث أن صاحب التعبير قد يحاول تغليب مصلحته الخاصة على مصلحة العقد وذلك بحجة أن التعبير الذي صدر عنه لم يعبر عن حقيقة ما اتجهت إليه إرادته، وقد يكون ذلك أيضا نتيجة لتقصير الطرف الأول في كيفية تعبيره عن إرادته، فكيف لنا أن نحافظ على العقد وننقذه إذا وضعنا في أيدي الأطراف المتعاقدة مكنة التصرف بالإرادة على أهوائهم من تعمد وخداع وحتى تقصير.

والإجابة هي أن أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة يحملون المتعاقد الذي عبر عن إرادته مسؤوليته في حال إخفاقه في الكشف عن إرادته الحقيقية، والعلة في ذلك تكمن في خصوصية

---

1 وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص: 282.

2 سوف أتناول هذه الجزئية بمزيد من التفاصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

الإرادة الكامنة، وعدم القدرة على تحديد حقيقتها من تقصير أو خداع أو تعمد ولذلك فالعبرة بما تم التعبير عنه[1] خاصة وأن الأثر لا يقتصر فيما بين المتعاقدين وحسب وإنما يمتد إلى الغير الذي اطمئن إلى صفة العقد المبرم بينهما، فكيف نفاجئه فيما بعد بعدم صحته نتيجة الإخفاق في التعبير عن الإرادة الحقيقية[2]؛ لكن ما سبق وتم شرحه يكاد يبعدنا عن المعنى الحقيقي للإرادة ويجعلنا نفاضل بالأخذ بين التعبير عن الإرادة أم على الإرادة في حد ذاتها وكأننا نخوض في مسألة تغليب الأخذ بإحدى النظريتين، وبمعنى أدق يمكن أن نطرح التساؤل الآتي: هل هذه المفاضلة تقتصر فقط على حالة الاختلاف بين الإرادة الكامنة والتعبير عنها أم أنها تشمل حالات أخرى؟

هل معنى ذلك أن هناك عدة إرادات؟ أي أن هناك إرادة باطنة وإرادة ظاهرة وهناك إرادة حقيقية؟ قد تكون مطابقة لإحداهما (الإرادة الباطنة أو الظاهرة) وقد تكون بينهما، وقد تطرق لذلك عدة فقهاء حيث يرى الأستاذ وحيد الدين سوار أن هناك انفصاما بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة[3] وذلك في تصحيح العقود التي شابها عيب من العيوب الثلاث (الغلط، التدليس، الإكراه)[4] حيث يرى أن الإرادة الحقيقية التي توسطت بينها وبين الإرادة الظاهرة إرادة أخرى معيبة، مطابقة للإرادة الظاهرة ومغايرة للإرادة الحقيقية، وهي نفسها التي تعول عليها

---

1 حيث لا يمكن التعرف على إرادة صاحب التعبير مما قد يسبب ضررا بالمخاطب حسن النية ما يهدد العدالة ويؤدي إلى زعزعة واستقرار المعاملات.

2 فالأصل هو الوقوف عند العبارات الواضحة والتي تعد تعبيرا صحيحا عن إرادة المتعاقدين فلا يمكن الانحراف عنها بطريق تفسيرها للوصول إلى حقيقة إرادة الطرفين، وهذا مبدأ جدير بالإتباع، يقتضيه استقرار المعاملات، عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، مصر، 1972، ص: 47.

3 وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص: 289.

4 حيث يذهب الأستاذ السنهوري إلى أن فكرة الإرادة الظاهرة تصلح كأساس لتصحيح العقود المشوبة بالغلط والتدليس والإكراه فهو يقول في تسويغ تصحيح العقد المشوب بالغلط: "إن العقد يكون صحيحا لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، فإن هذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها فاسدة، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد واعتمد عليها في ترتيب شؤونه" كما يقول في تسويغ تصحيح العقد المشوب بالتدليس: "إن العقد يكون صحيحا لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر" وفي الأخير يضيف في تسويغه تصحيح العقد المشوب بالإكراه: "إن العقد يكون صحيحا، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، فإن هذه الإرادة قد أفسدها الإكراه، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر"، وحيد الدين سوار، المرجع نفسه، ص: 289، 290، يمكن الرجوع للسنهوري الوسيط، ج1، ص: 84.

نظرية الإرادة، ويرى أيضا أن كل من الإرادة الحقيقية والإرادة المعيبة ظاهرة نفسية باطنية[1]، غير أن هذا يبعدنا تماما على المنطق حيث أن الإرادة الحقيقية في نظرنا هي نفسها الإرادة المعيبة وهي بدورها نفسها الإرادة التي تم إظهارها بالتعبير عنها[2] والتي تجعل العقد صحيحا ليس على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الذي وقع بالغلط لأن إرادته معيبة في الأساس، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمئن إليها المتعاقد الآخر وهو مظهر من مظاهر الأخذ بالإرادة الظاهرة من قبل المشرع حيث يؤكد في هذا السياق أن فيما يتعلق بعيوب الإرادة، إذا انفرد المتعاقد بالغلط بمعنى أن المتعاقد الآخر لم يقع فيه و لم يعلم به أو لم يكن من السهل أن يتبينه فإن العقد يكون صحيحا وذلك على أساس الإرادة الظاهرة للمتعاقد الذي وقع في الغلط، إذ أن إرادته الحقيقية تكون معيبة ونفس الأمر بالنسبة للتدليس والإكراه[3].

لقد اختلفت آراء الفقهاء وتعددت حول أمر الإرادة وما يهمنا هو موقف المشرع من ذلك، والذي أخذ موقفا وسطيا يحسب له، خاصة وأن كلا من الموقفين ليس سديدا على إطلاقه، والمبررات التي اعتمد عليها الشراح سرعان ما تجد ما يدحضها من جهة أخرى، فقد اعتمد المشرع على الإرادة الظاهرة تارة في عدة مواد نذكر من بينها (م 59، 60، 61، 62، 65، 106، 107، 1/111، 464، 466). كما اعتمد على الإرادة الباطنة في عدة مواضع تارة أخرى (81، 97، 98، 2/111).

وحسبما أعتقد أنه لا يوجد تشريع يأخذ بإحدى النظريتين بصورة مطلقة، إذ أن القانون الألماني صاحب نظرية الإرادة الظاهرة لم يتوانى عن الأخذ بالإرادة الباطنة في عدة مواطن فهو

---

1 وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص: 291.

2 وهو ما ذهب إليه الأستاذ حجازي حيث اعتبر أن من وقع في الغلط "لا يترتب على غلطه أن يكون هناك فرق بين إرادته وبين التعبير عن هذه الإرادة، إن الإرادة التي وقع صاحبها في الغلط تكون معيبة في تكوينها، وهذه الإرادة المعيبة في تكوينها هي التي حصل التعبير عنها. وجاء هذا التعبير مطابقا لتلك الإرادة، فإذا اعتقد شخص "غلطا" أن لوحة ما من عمل فنان مشهور، فعبر عن إرادته بالرغبة في شراء تلك اللوحة بالذات، فإن هذا التعبير لا يختلف عن الإرادة الحقيقية في شيء" وكذا نفس الأمر بالنسبة للغلط الناشئ عن التدليس حيث يقتصر دوره على تعييب الإرادة في تكوينها، "وهي نفسها التي حصل التعبير عنها وجاء هذا التعبير مطابقا لتلك الإرادة" وكذا الإكراه فإن كل ما يترتب عليه "هو أن تكون الإرادة معيبة في تكوينها، وأن هذه الإرادة المعيبة في تكوينها هي نفسها التي حصل التعبير عنها وجاء هذا التعبير مطابقا لتلك الإرادة"، عبد الحي حجازي، "النظرية العامة للالتزام"، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960، ص :71 إلى 74، ص :64 إلى 66.

3 فايز عبد الكريم عقلة الفالح، المرجع السابق، ص، 52.

يعتد بالغلط في عدة حالات كما أنه يأخذ بالإرادة الحقيقية في تفسير العقد مع التقييد في ذلك بمعايير مادية[1]، كما أن القوانين اللاتينية، خاصة القانون الفرنسي، وتلك القوانين العربية المستمدة جذورها منها تأخذ أيضا بالإرادة الظاهرة في عدة مواطن خاصة في مجال تفسير العقد، نذكر المادة 1192 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على ما يلي: " لا يجوز تفسير الشروط الواضحة والمحددة وإلا اعتبر ذلك تحريفا لها"[2].

والملاحظ أيضا أن فكرة استخلاص الإرادة التي يعول عليها المشرع فيها ما يقال خاصة وأنه في كثير من الأحيان تختلف الآراء حول نفس المواضع حيث يعتبرها مجموعة من الفقهاء دليل على أخذ المشرع بنظرية الإرادة الظاهرة ويكيفها آخرون على أنها دليل على اعتماد المشرع لنظرية الإرادة الباطنة، فمثلا نجد المادة 59 ق.م هناك من يعتبرها دليل على اعتماد المشرع الإرادة الظاهرة على اعتبار أنه ذكر عبارة "التعبير" بمعنى المظهر الخارجي للإرادة أي الإرادة الظاهرة[3]؛ إلا أن هناك من اعتبر نفس المادة دليل على اتخاذ المشرع الإرادة الباطنة والمطابقة للإرادة الحقيقية على اعتبار أنه لم يعتبر الإيجاب والقبول لفظين مجردين عن الإرادة الباطنة[4].

كما أن هناك من اعتبر أن المادة 111 ق.م هي تارة تعتبر دليل على أخذ المشرع بنظرية الإرادة الظاهرة في الفقرة الأولى منها حيث نصت على عدم جواز تفسير عبارات العقد الواضحة، كما اعتبر آخرون بأن الفقرة الثانية من المادة دليل على اعتماد المشرع نظرية الإرادة الباطنة، ويبدو أن الأخذ بنظرية الثقة[5] هو الأولى، خاصة وأنها تقوم على أساس مبدأ حسن النية،

---

1 عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974، ص: 102.

2 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص: 78.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 93، كما اعتبر الأستاذ بناسي أن اصطلاح "توافق الإرادات" يتطلب بالضرورة وقوع التعبير عن هذه الإرادات وتبادلها وتطابقها، وبذلك تتميز الإرادة المعبر عنها في العالم الخارجي عن مجرد النوايا الكامنة في النفس البشرية، وهذا ما تؤكده المادة 59 مدني في بيان حقيقة التراضي، شوقي بناسي، مقال بعنوان: تأملات في تعريف العقد، حوليات، جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الرابع، ديسمبر، 2018، ص: 24.

4 حيث يرى الأستاذ بن شنب أن المقصود بلفظ "التعبير" هو الإرادة المعبر عنها أي الإرادة الظاهرة ولكنه يعتقد أن النص العربي للمادة 59 ق.م قد أخل بالمعنى الوارد في النص الفرنسي باعتباره النص الأصلي، ويرى أن العبرة بالإرادة الباطنة، راجع علي فيلالي، المرجع السابق، هامش ص: 92.

5 نظرية الثقة هي وليدة القانون السويسري، ومعه الاتجاه الغالب من الفقه السويسري، رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، 2000، ص: 57.

وسنبين ذلك من خلال تبني المشرع هذا المنحى بشكل واضح حينما ذهب إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في حالة تفسير العقد، عن طريق الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين كلا المتعاقدين استنادا للعرف الجاري في المعاملات[1]؛ كما اعتنق المشرع الإرادة الظاهرة استجابة للمقتضيات الاقتصادية المختلفة، حيث تقضي المادة 62 ق.م على أنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهلية قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"، وكذا لمتطلبات اجتماعية كما هو الحال بالنسبة لعدم انقضاء الإيجار بموت المستأجر على أن يكون لورثته الحق في إنهائه، طبقا لنص المادة 510 ق.م: "لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر..." وأغلب هذه الأحكام جاءت مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية أخذت عنها القوانين الحديثة كالتشريع السويسري والألماني والإنجليزي[2]، وغفلت عنها القوانين الفرنسية.

كما لا يفوتني أن أنوه إلى موقف المشرع من صورية العقود حيث لا يعتد بها[3]، أي أنه يغلب الإرادة الباطنة والمعبر عنها بالإرادة الحقيقية واتبع في ذلك المالكية والحنابلة[4] إذ يرون أنه لا اعتبار للإرادة الظاهرة إذا انكشفت الإرادة الباطنة وثبت بالدليل أنها تخالف الإرادة الظاهرة، لأن أساس الالتزام والعقد هو القصد والإرادة، حيث يرون أن الهازل والمخطئ والسكران غير صحيح، وأنه لا يكون لتصرفاتهم أثر إذا قام الدليل على انتفاء الإرادة الباطنة، وهذا أمر منطقي إذ لا يمكننا أن نعمد إلى إنقاذ عقود منتفية الإرادة إذ يعرف العقد الصوري على أنه: "العقد

---

1 المادة 111 ق.م الفقرة الثانية. التي تنص على أن:" ...مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

2 عزوز عبد المجيد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2002-2003، ص :75.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 87.

4 عز الدين محمد خوجة، مراجعة عبد الستار أبو غدة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مجموعة دله البركة، إدارة التطوير والبحوث جدة، ط1، 1993، ص 58، كذلك انظر: سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، مذكرة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، السنة الجامعية، 2013، ص: 39، حيث يرى الزرقا رحمه الله أن «العقد الصوري باطلا غير منعقد لانتفاء الإرادة الحقيقية منه، إلا في ثلاثة مواطن لم يقبل التشريع الإسلامي فيها صورية، وهي: النكاح، والطلاق، والعتاق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق".

الذي فيه مظهر العقد وصورته فقط، ولكن حقيقته وجوهره يخالف تلك الصورة، وذلك في حالة وجود الإرادة الظاهرة وحدها دون أن توجد معها إرادة حقيقية، أي أن تكون الإرادة الحقيقية منتفية، وهذا ما يفيد أن الصيغة لم تعبر تعبيرا صادقا عن القصد".

ولكن المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري أوجب الاعتداد بالعقد الحقيقي في مواجهة الغير، وذلك أن الصورية لا يمكنها أن تصحح تصرفا باطلا، فإذا كان العقد باطلا في ذاته فإن إخفاؤه لا يصححه وبذلك لا تفيدنا الصورية في إنقاذ العقود، فكل ما يترتب على الصورية هو إبعادها ومنعها من أن تحدث أثرها الضار في مواجهة الأفراد.

وأجد من الصواب الأخذ بالتصرف الحقيقي وإبعاد التصرف الصوري لأن إرادة المتعاقدين لم تتجه إليه، وإن أغلب التشريعات عاملت الصورية على هذا النحو، فأوجبت الاعتداد بالعقد الحقيقي فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام، حيث نجد المادة 245 من القانون المدني المصري – والتي تقابلها المادة 199 ق.م- على أنه: "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي"[1]، ولكن هذا الحل فيه استثناء حيث حظي الغير بحماية خاصة في الصورية[2] حيث من حق الغير حسن النية التمسك بعدم نفاذ العقد المستتر في مواجهته متى كان هذا العقد يتعارض ومصالحه، كما أن للغير حق التمسك بالعقد المستتر الحقيقي متى كان هذا العقد يتوافق مع مصالحه، تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بأن العبرة بالحقيقة وليس بالظاهر[3]، وفي انتظار الفصل في إيجاد أساس هذه الحماية نميل إلى الرأي الذي يعتبر أن الصورية ليست إلا تطبيقا لنظرية الأوضاع الظاهرة وذلك في إطار حماية الغير حسن النية.

---

1 ربيعة حليمي، الغير في العقد، دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2016-2017، ص: 207.

2 والصورية تنقسم إلى صورية مطلقة وصورية نسبية، والمقصود بالمطلقة هي التي تتناول العقد الظاهر ذاته أي انعدام العقد الظاهر، فيكون هناك ورقة مستترة تدعى ورقة الضد، يقتصر دورها على تقرير أن العقد الظاهر هو عقد صوري لا وجود له وبالتالي تعبر ورقة الضد على بطلان العقد الظاهر وعدم حقيقته وبالتالي هي سند إنقاذ للعقد الحقيقي المستتر المراد إخفاؤه بالعقد الظاهر، أما الصورية النسبية فهي تقوم على إخفاء علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدان والذين يتفقان على إظهاره مظهر مخالف للحقيقة وتكون في عدة مواضع من بينها التهرب من الأحكام الضريبية وكذا حرمان الشفيع من طلب الشفعة، المرجع نفسه، ص: 207.

3 المرجع نفسه، ص: 208.

ثانيا: أخلقة الإرادة يفيد الاستقرار

كنتيجة لما سبق؛ فإنه في اعتقادي أن العبرة ليست في البحث عن مدى أخذ المشرع بالإرادة الظاهرة أو الباطنة[1]، وإنما العبرة بالأخذ بالإرادة الحقيقية، لأنها هي الأصل، وهي المعول عليها في إحداث أثر قانوني، ونميل للفقه الذي يأخذ بأخلقة الأخذ بالإرادة على أساس الثقة، حيث أن أخلقة الإرادة يغنينا عن البحث عن أي من الإرادتين يتم الاعتماد، ويجنبنا قراءات غير دقيقة لنصوص القانون، مما يبعدنا تماما عن معرفة وجهة القانون المدني الحقيقية بخصوص الإرادة المنشئة للعقد.

ويرى جانب من الفقه أن الأخذ بنظرية الثقة ينجر عنه احترام نيات الأفراد مع المحافظة على استقرار المعاملات، مما يحقق كلتا المصلحتين (المصلحة الخاصة والمصلحة العامة)[2]، أي فيه توازن بين المصالح وهو ما يفهم جيدا من نص المادة 59 ق.م السابقة الذكر، حيث أن المشرع لم يشترط فقط التعبير عن الإرادتين وهو مظهر الإرادة الظاهرة دون الباطنة، بل ذهب بشكل واضح للأخذ بنظرية الثقة، خاصة وأن الإرادتين لن تحدثا أثرا قانونيا إلا في حالة تطابقهما، وبالتالي أيضا لم يشترط المشرع التطابق دون التعبير عن هذا التطابق، فالتعبير لا يشكل إرادة كما في نظرية الإرادة الظاهرة والإرادة دون تعبير لا تحدث أثرا قانونيا كما في نظرية الإرادة الباطنة، بل يجب أن يكون هناك تبادل للتعبير عن إرادتين متطابقتين حتى ينعقد العقد[3]؛ كما أن الغلط، كعيب من عيوب الرضا يساعدنا على استنتاج المعيار الحقيقي الذي

---

1 رومان منير زيدان حداد، المرجع السابق، ص: 51.

2 المرجع نفسه، ص: 54.

3 إن مسالة الإرادة الباطنة والظاهرة هي محل خلاف في الفقه والقضاء والتشريع في مختلف الأنظمة القانونية، وبالرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي، فالمسألة أثيرت منذ القرار الشهير الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1872/04/15 والذي جاء فيه ما يلي: "لا يسمح للقاضي عندما تكون عبارات الاتفاق واضحة ودقيقة تشويه الالتزامات الناتجة عنه وتغيير الاشتراطات التي تحتويها"

« Il n'est pas permis au juge, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme ».

وهو ما ذهبت إليه الغرفة التجارية والبحرية للمجلس الأعلى لدينا في قرار بتاريخ 1983/03/12 ملف رقم 23713 جاء فيه على الخصوص "عدم إمكان إحلال تفسيرات بنود واضحة وغير مبهمة للمحاكم سلطة تفسير عقود واتفاقات الأطراف إذا تعلق الأمر بعقود بها لبس أو غموض، لكنها لا تستطيع إحلال تفسير خاص بها محل بنود واضحة وغير مبهمة"، بردان رشيد، بوراس نجية، مقال بعنوان: القاضي وتفسير العقد، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، مجلد 07، عدد 01، 2018، ص: 12.

يأخذ به المشرع في الأخذ بالإرادة، حيث أن الغلط[1] يعتبر من بين الحجج التي دفع بها أنصار الإرادة الباطنة، ولكن عند التدقيق في أحكام هذا العيب تبطل هذه الحجة.

كما أنه أيضا بالنسبة للاعتداد بالصفة الجوهرية للشيء و"التي لابد أن يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية"[2] ففي اعتقادي أن المشرع أعطى قيمة كبرى لأخلقة الإرادة حينما اعتمد على مبدأ حسن النية الذي يفيد الاستقرار والحفاظ على المصالح المشتركة والمتفق عليها، وفي حالة عدم الاتفاق أعطى الأولوية في النظر إلى ظروف العقد وحسن النية؛ ما يجعلنا نلاحظ أنه أخذ هنا بالمعيار الموضوعي الذي توحي إليه ظروف العقد وحسن النية.

كما نجد المشرع أيضا يلزم القاضي بالرجوع إلى معطيات موضوعية كالعرف، العدالة، والثقة فيما يخص تفسير العقد حينما ذهب إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في حالة تفسير العقد[3]، فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين وعند التدقيق في هذه المادة نستنتج أن المشرع لم يقصد أنه لابد من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الباطنة بل أنه يقصد لابد من أن المخاطب بالإرادة يفترض أنه المظهر الصادق للإرادة الحقيقية، ولابد له من التقيد بها[4] من أجل استقرار التعامل كما أن هذه الثقة تساعد على فعالية العقد القانونية[5].

والجدير بالذكر أن المقصود في المادة 111 ق.م بوضوح العبارة هو وضوح الإرادة لا التعبير عنها، أي أن الأخذ يكون بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة[6]، فالقاضي لا يمكنه الابتعاد

---

1 علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 94.

2 المادة 82 فقرة 2 ق.م السابقة الذكر.

3 المادة 111 ق.م التي تنص على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين...".

4 فايز عبد الكريم عقلة الفالح، المرجع السابق، ص: 53.

5 جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط1، المرجع السابق، ص: 253.

6 حيث جاء في قرار للمحكمة العليا في رقابتها على القاضي في تفسيره للعبارة الواضحة ما يلي: "إذا أخذت المحكمة بالمعنى الظاهر من العبارة الواضحة فلا حاجة إلى بيان أسباب ذلك في حكمها، فيكفي في هذا الحكم القول بأنها أخذت بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة"، انظر في ذلك محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف، 2003، ص: 280.

عن الإرادة الحقيقية للأطراف في حالة وضوحها، إذ يمنع عليه تفسير العقد بما يخالف هذه الإرادة، وذلك ما أخذت به المحكمة العليا في تفسيرها لعقد الوصية إذ منعت الخروج عن إرادة الأطراف الواضحة[1].

ولكن هذا لم يجعل المشرع يتوانى عن السماح للقاضي التدخل في تفسير العبارة الواضحة عند مخالفتها للإرادة الحقيقية للأطراف، وهنا تكون الإرادة غير واضحة عكس العبارة الواضحة وهو ما يجعلنا نعتقد أن المشرع كان يقصد في المادة 111 ق.م وضوح العبارة هو وضوح الإرادة أي الأخذ بالمعنى الظاهر للإرادة الواضحة أو بالأحرى الحقيقية أي التي تعكس النية الحقيقية للأطراف، ولكن على القاضي في هذه الحالة إعطاء[2] سبب قوي ومنطقي لتدخله واختياره ترك المعنى الواضح وتفسير الإرادة غير الواضحة.

وفي اعتقادي أن أنسب وسيلة يعتمد عليها في ذلك هي مدى تمسك الأطراف بمبدأ حسن النية، فهو يساعد القاضي للتعرف على الإرادة الحقيقية، مع مراعاة ما تمليه روح العقد[3]، وهذا ما يفيدنا في استخلاص مدى أهمية أخلقة الإرادة؛ فالوصول إلى حقيقة الإرادة لا يمكنه أن يتقيد بوضوح العبارات ما يدفعنا إلى اختيار أفضل الوسائل للحفاظ على العقد ولكن دون الإضرار بمصالح الأطراف، فالتعرف على الإرادة لا يعني الانحراف عنها، وإنما محاولة الوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة[4] بين الطرفين، كما أن القاضي له أن يتدخل في تفسير العقد إذا كان قد وجد انحرافا يمليه مبدأ حسن النية[5] لكن ليس لإعادة تكوين العقد وإنما للوصول للإرادة الحقيقية المشتركة في حدود المعايير الموضوعة السابقة الذكر.

---

1 ق.م.ع رقم 149300 الصادر بتاريخ 1997/07/23، م.ق العدد 2، 1997، ص: 151.

2 إذا لم يفعل ذلك كان حكمه باطلا، انظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 279.

3 Aubry et Rau, droit civil français, Tome VIII, les régimes matrimoniaux, librairies techniques, 7eme édition, Paris, 1973, p 223.

كذلك: انظر: محمد دغمان، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2010، ص: 108.

4 وهي القاعدة التي تتوافق مع القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي التي تنص على أنه: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، 1993، ص: 26.

5 J.Flour, J.Laubert, E.Savaux, les obligations, 1. L’acte juridique, p 34.

ثالثا: التفسير وسيلة القانون غير المباشرة في إنقاذ العقد

يعرف التفسير على أنه: "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"[1]، كما عرف التفسير أيضا وفقا للنظرية الذاتية على أنه: "القيام بمطابقة التعبير (الإرادة الظاهرة) للإرادة الباطنة باعتبارها الأساس في تكوين العقد وتفسيره، فإن التكميل لا يبدأ إلا من حيث الحد الذي انتهت عنده الإرادة الباطنة والتعبير عنها[2].

كما يعبر عنه أصحاب النظرية الموضوعية على أنه "يجري وفقا لعوامل موضوعية دون البحث عما اتجهت إليه الإرادة بالفعل فينظر إلى التعبير على أنه الإرادة، وقد انفصلت عن صاحبها وأصبحت ظاهرة اجتماعية ملموسة تفسر حسبما تفهم من التعبير طبقا لما هو متعارف عليه في المجتمع وبحسب الغرض الاقتصادي والاجتماعي من العقد وفي ضوء القواعد القانونية المفسرة دون البحث في بواطن النفس أو الإرادة الباطنة لصاحب التعبير، وهو ما يقرب بين التفسير الموضوعي للعقد وبين تكميله"[3].

يعتبر التفسير وسيلة غير مباشرة لإنقاذ العقد، فلو لم توجد هذه الآلية لانتهى العقد الصحيح الذي أبرمه المتعاقدان بخصومة تحول عقدا صحيحا إلى عقد موشك الانتهاء لولا تدخل القاضي الذي يعتبر أداة إنقاذ ولو أنه يتدخل دون أن يتعدى الدور الذي منحه إياه المشرع، ونرى أن المشرع ولو أنه لم يولي هذه الآلية الأهمية الكبرى إلا أن تفعيلها سيساعد لا محالة في الإبقاء على العقد، قصد تنفيذه وفقا للغرض الذي أراده المتعاقدان من وراء إبرامهما له.

فالعقد الذي يتدخل القاضي لتفسيره هو عقد صحيح، وبالتالي الأولى المحافظة عليه والعمل على تنفيذه، من خلال التدخل لإيجاد "معنى موجود سابقا من جديد غير أن صيغته –

---

1 عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص: 17.

2 خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، 2012، ص: 58.

3 المرجع نفسه، ص: 58، وسنحاول أن نتطرق لتكميل العقد أو استكماله في الباب الثاني من هذه الدراسة بشيء من التفصيل.

أي كشفه إلى العالم الخارجي- مشوبة بعيب، إما لأنه مبهم أو لأنه ملتبس[1]، كما أن تفسير العقد يؤثر على انعقاد العقد في حد ذاته إذ يمكننا من معرفة ما إذا كانت إرادتي المتعاقدين متطابقتين، وهذا هو انعقاد العقد، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة الباطنة، وهذه هي صحة العقد، وما هو مدى هاتين الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين وهذا هو تفسير العقد لتحديد آثاره[2].

يبدو أن طرفا العقد ولو أنهما يخضعان لسلطان إرادتهما إلا أنهما يحتاجان في بعض الأحيان لطرف آخر، وفي التفسير فإن للقاضي دورا مهما في تنفيذ العقد، والمشكل المطروح هو اتساع دائرة صلاحيات القاضي والتي أصبحت تهدد العقد، وتثير مخاوف كبيرة اتجاهه مما يؤثر على القوة الملزمة والحرية التعاقدية على حد سواء، كما أن تدخل القاضي لتفسير العقد، قد يؤدي إلى تشويهه في مضمونه، طبيعته وحتى في آثاره، مما يجعلنا نتساءل عن رقابة المحكمة العليا، وفي نطاق استعمال القاضي لصلاحياته، والمعلوم أن هناك عدة آراء حول هذا الموضوع.

إذ أن هناك جانب من الفقه يأخذ بوجوب تفسير العبارات الواضحة ومن بينهم الفقيه Rieg[3] إذ يرى ضرورة تفسير كل شرط واضح ودقيق حسب المعنى الموضوعي الذي يتضمنه في القضية، وهناك جانب آخر من الفقه من يرجع جواز تفسير العبارات الواضحة، إذا كانت لا تعبر صدق عن النية المشتركة للطرفين[4]، وأيضا إذا كانت عبارة من عبارات العقد واضحة في ذاتها ولكنها متناقضة فيما بينها[5]، ويمكن أيضا إعطاء مكنة تفسير عبارة العقد رغم وضوحها إذا كان هناك ما يدل على أن المتعاقدين قصدا بالعبارة الواضحة معنى مغاير للمعنى الظاهر[6]،

---

1 جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص: 20.

2 علاء الدين محمد علي مقابلة، تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، السنة الجامعية 2004، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم الدراسات القانونية، الأردن، ص: 1.

3 جاك غستان، المرجع السابق، هامش ص: 67.

4 عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص: 256.

5 محمد دغمان، المرجع السابق، ص: 112.

6 جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار الجامعة، 1994، ص: 233.

وبالرجوع للمادة 111 ق.م، فإن المشرع ربط إمكانية التفسير[1] بعدم وضوح عبارة العقد وهو ما يفهم بمفهوم المخالفة لما جاء في الفقرة الأولى من المادة 111 ق.م: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

لكن وضوح عبارة العقد قد يوحي إلى عدة تأويلات، إذ أن وضوح عبارة العقد قد يدل على إرادة المتعاقدين الصريحة بصفة تمنع التأويل قطعيا وواجب القاضي هنا أن يلتزم بالمعنى الظاهر الواضح ضمانا لاستقرار المعاملات[2]، وقد يكون هذا الوضوح لا يكشف عن الإرادة الحقيقية للأطراف أو التي أرادها المتعاقدان، إذ لا تعبر عبارة العقد بدقة عن إرادة المتعاقدين، والملاحظ أن هذه الحالات وغيرها لا تجد الحلول في نص المادة 111 ق.م والذي جاء في اعتقادي بسيطا، وغير كاف لا يساعد على كيفية معالجة العديد من الوضعيات التي ستؤثر سلبا على استمرارية العقود.

وبالرجوع إلى الأحكام والقرارات القضائية[3] في هذا المجال نجد أن" القضاء الأعلى قسم الصلاحيات والمهام والاختصاص بينه وبين قضاة الموضوع الذين لهم سلطة التفسير والالتزام به، وحد من سلطاتهم في هذا المجال كما أن القضاء الأعلى كسلطة رقابة أوجد مجموعة من المبادئ لضبط سلطة قاضي الموضوع عند تفسيره للعقد[4] أهمها الأمن القانوني وثانيها حقيقة أدلة الإثبات في الدعوى"، ويبدو لي أن هذا ليس حلا واقعيا فالأولى تنظيم التشريع بما يساعد القضاة على القيام بمهامهم وليس ترك القاضي يعاني من عدم دقة النص القانوني ثم يمارس عليه الرقابة، فالأولى ضبط النص الخاص بالتفسير وإعطاء ضوابط أدق حتى تعطي هذه الآلية

---

1 لقد عبر المشرع عن التفسير بعبارة التأويل، الذي عبر عنه بأنه: "أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 382.

2 ق.م.ع رقم 49174 المؤرخ في 1987/06/17، م.ق، العدد رقم 01، لسنة 1992، ص: 84، حيث قررت ما يلي: "من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ومن ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها".

3 بردان رشيد، بوراس نجية، المرجع السابق، ص: 13.

4 والذي يستعين في عملية التفسير بما أشار عليه المشرع دون أن ينسى أن التفسير ما هو إلا مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة، عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، الآثار القانونية لتدخل القاضي في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2014، ص: 117.

نتائج مرضية فيما يتعلق بالإبقاء على العقود، دون التخلي عن مطالبة القضاة بتسبيب منطقي ومقبول لتفسيرهم لعبارة العقد الواضحة.

وبالرجوع إلى إمكانية تفسير العقد في حالة غموض العبارة، فهنا الأمر يختلف، فالغموض يظهر الحاجة إلى التفسير، إلا أن المشرع لم يعط تعريفا للغموض، كما أنه لم يعط وصفا لتدخل القاضي لتأويل العقد على أساس الغموض إلا في عقود الإذعان حسب المادة 112 فقرة 2 ق.م، وكان موقفه من التدخل القضائي في حالة وجود مجال لتأويل العقد، مما يجعلنا نتساءل عن الفرق بين عبارة "محل لتأويل العقد"، وبين "تأويل العبارات الغامضة"[1]، يبدو أن المشرع قد منح للقاضي سلطة تقديرية في تفسير عبارات العقد في حالة وجود مجال للتأويل بهدف الوصول إلى إرادة المتعاقدين المشتركة، غير أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي ضيقة، وغير مجدية في الكثير من الحالات التي لا تكشف حقا عن مدى وجود محل لتأويل العقد من عدمه[2].

ويمكننا أن نستنتج من نص المادة 111 ق.م أن المشرع قد رسم للقاضي حدودا لمهمة التفسير إذ وضع له قاعدة أساسية تلزمه باتباعها تتمثل في عدم تنفيذ المهمة في حال وضوح عبارات العقد[3] كما أعطى له مكنة الاعتماد على قاعدة احتياطية[4] تنطوي على معايير موضوعية يعود إليها القاضي في حال استعصى عليه الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وتتمثل في: طبيعة التعامل، وشرف التعامل (الثقة والأمانة) والعرف الجاري في المعاملات؛ ولا يمكنني أن أتغاضى عن المنحى الذي أخذه المشرع في تفسيره للشك في مصلحة المدين المادة 112

---

1 إذ باستقراء نص المادة نجد أن محل التأويل يشمل الكثير من الحالات إذ لا يكون هناك غموض في العبارات وإنما الغموض يكون في المعنى إذ يفهم منها عدة معاني متباينة، وهنا يظهر عمل القاضي في البحث عن النية المشتركة لطرفي العقد دون التوقف عند نية أحد المتعاقدين دون الآخر.

2 حيث نصت المحكمة العليا في قرار لها: "أنه من المقرر قانونا أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ففي قضية الحال، فإن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر، وبنائه الواجب تسديده، يكونون قد استعملوا حقهم في تفسير عبارات العقد، ق.م.ع المؤرخ في 1997/07/23، ملف رقم: 5149300 م.ق لسنة 1997، العدد 2، ص: 51.

3 عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، المرجع السابق، ص: 116.

4 وهو المدين على حساب مصلحة الدائن، إذ أن حالة الشك تستبعد وجود نية مشتركة.

فقرة 2 ق.م والذي يكشف عن انتهاجه لحماية الطرف الضعيف[1]منذ بداية وضعه للقانون المدني، إذ أراد أن يولي المتعاقد الضعيف رعاية خاصة لحمايته من عقود الإذعان التي تتسم بعدم التوازن والتساوي في العلاقة العقدية.

وهناك من يرى أن هذه الحماية تدخل في نطاق مواجهة الشروط التعسفية بطريقة غير مباشرة[2]، إذ اعتبروا أن العلاقة بين العبارة الغامضة والشرط التعسفي تكمن في أن المتعاقد القوي في عقود الإذعان باعتباره ينفرد بوضع شروط التعاقد يمكنه أن يورد شروطا في شكل عبارات غامضة تحتمل أكثر من معنى حتى لا يستطيع الطرف المذعن فهم مضمونها وما يقع عليه من تعسف في حقه[3]، كما أن هذا الغموض والإبهام ليس وليد الصدفة دائما أو خطأ مادي بل في أغلب الأحيان يكون وضعها من جانب العون الاقتصادي متعمدا لتمرير اشتراطات تعسفية في حق المستهلك بحيث لو كانت واضحة ومحددة بدقة لأحجم هذا الأخير عن التعاقد، وفي حالة النزاع حولها فإن القانون اعترف للقضاء بسلطة تفسير الشروط الغامضة أو المبهمة[4].

وهذا ما يؤكد أن عملية التفسير ليست مجرد سلطة منحت للقاضي وإنما هي وسيلة في يده وضعها المشرع كي يخفف من تجبر الطرف القوي في العلاقة العقدية على الطرف الضعيف[5] والتفسير هنا يساعد على فرض التوازن من جهة ويعمل على استقرار المعاملات من جهة أخرى[6]؛ وهناك من اعتبر أن القاضي في تفسيره للعقد يستهدي بالعدالة، وهو ما أثار الجدل في ميدان

---

1 عامر رحمون، مقال بعنوان: تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ص: 159.

2 أمال بوهنتالة، سلوى قداش، مقال بعنوان: سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 14، أبريل 2017، ص: 256.

3 المرجع نفسه، ص: 256.

4 محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007، ص: 23.

5 حيث أن المفروض أن أطراف العقد يضعون شروطا واضحة، فإذا شاب شرط في العقد غموض فإن الطرف القوي هو المسؤول عن ذلك، ويكون غالبا سيء النية فيزيد من حدة اللاتوازن العقدي.

6 خاصة وأن التشريع يخلو من نص قانوني يخول لقاضي الموضوع سلطة حماية الطرف الضعيف من تسلط الطرف القوي في العلاقة العقدية، فالقاضي ملزم باحترام حرية التعاقد وعدم تدخله لتحريف شروط العقد وتبعاته.

الفقه، باعتبار أن الاستناد عليها قد يهدد أمن العقود واستقرارها[1]، ذلك أن تأثر القاضي في تفسيره للعقود بالعدالة هو ابتعاد عما تمليه إرادة المتعاقدين وحتى القانون، حيث يقول الدكتور محمد علي عمران في هذا الصدد: "لعل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري الفرنسي، وكذلك تفسير عقد العمل أولا، ثم عقد النقل بعد ذلك على أنه يتضمن الالتزام بضمان السلامة كمثالين، إنما كان بسبب تأثر القاضي بالعدالة في تفسير العقود، ولو كان ذلك على حساب إرادة المتعاقدين، أو حتى على حساب القانون نفسه"[2].

مما سبق يمكن لنا أن نضيف إلى ما توصل إليه الباحثون فيما سبق، حيث أجريت دراساتهم حول فهم المقصود من التفسير وآلياته فيما أغفلوا المغزى منه أو الفائدة من التفسير، إذ عمل القاضي على تحديد مضمون العقد وإزالة الغموض الذي يكتنفه بالاستناد إلى قواعد التفسير ما هي إلا وسيلة قانونية في سبيل استمرار العقود والمحافظة عليها وإنقاذها بطريقة غير مباشرة، فإزالة الغموض أيا كان يساعد على مواصلة المضي في تنفيذ العقد وهو ما يكشف عن إيجابية دور القاضي في المحافظة على العقد، على أن يبقى طرفا محايدا[3] وملتزما بالقواعد اللازمة في أداء مهمته.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أنوه إلى أن دور القاضي في تفسير العقد يأتي في إطار عملية التنفيذ إذ يعتبر جزء من هذه العملية أو يمكن اعتبارهما عمليتان متكاملتان[4]، وهذا ما يحيلنا إلى اعتبار عملية التفسير تنطوي تحت لواء نص المادة 107 ق.م، إذ ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولذلك فالتفسير يتم حسب ما اقتضته الإرادة المشتركة لطرفي العقد وأيضا وفقا لما يوجبه مبدأ حسن النية وهو ما يستشف من نص المادة 111 فقرة 2 ق.م إذ أقر المشرع بأن القاضي عليه الاستهداء بالإضافة إلى طبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات

---

1 عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، القاهرة، مصر 1984، ص: 425.

2 محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية وقضائية في كل من فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1980، ص: 50.

3 يحيى أحمد بن طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007، ص: 202.

4 المرجع نفسه، ص: 202.

بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وهي من مقتضيات مبدأ حسن النية، وبالرغم من عدم نص المشرع صراحة على تفسير العقد بحسن نية، إلا أنه لابد أن يتم وفقا لهذا المبدأ[1]، وهو ما يجعله يستبعد كل ما يتعارض مع مقتضيات الأمانة والثقة في تفسيره سواء من خلال محاولة أحد المتعاقدين التلاعب بشروط العقد تحت لواء الغموض حتى يظفر بتفسير هذه الشروط لصالحه، أو حتى لتفادي استغلال أحد المتعاقدين غموض في صياغة العقد الناجم عن إهمال أو خطأ المتعاقد الآخر، والذي كان على علم به أو كان باستطاعته أن يتبينه بسهولة، وهذا ما يساعد على حسن تنفيذ العقود.

ولقد استوقفتني صرامة المحكمة الإنجليزية، والتي تعتمد على تفسير عبارة العقد بصورة شديدة ضد الطرف الذي يستعمل العبارة الغامضة ويدرجها في العقد، "إذ القاعدة مبنية على أن الشخص يكون مسؤولا عن الغموض في تعبيراته الخاصة منعا من أن تقوم المحكمة بتفسير الغموض لمصلحته، وبالصورة التي تجعل من العقد صحيحا لا باطلا أي بالمعنى الذي يجعل للعقد أثرا قانونيا[2]، وذلك ما يشجعنا للأخذ به في سياق ما نصبوا إليه وهو الإنقاذ الوقائي للعقود.

المبحث الثاني: استمرار العقد يقتضي تفعيل التنفيذ

إذا انعقد العقد صحيحا بحيث يستوفي أركانه وشروطه فهو يرتب آثاره، ويلتزم الأطراف بتنفيذ الالتزامات المترتبة بموجب العقد طوعا واختيارا، وليس لأي طرف أن يرجع عن هذا التنفيذ، ولقد أوجب المشرع على المتعاقد تنفيذ الالتزامات التي أنشأها العقد في ذمته، أو بالمعنى الأدق الحقوق التي ينشئها العقد(حقوق العقد)[3] في ذمة كل من الطرفين المتعاقدين والتي تكون واجبة الاحترام والتنفيذ كما لو كان القانون هو الذي أنشأها، فلا يجوز للفرد أن يتحلل من التزام فرضه القانون وكذلك لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام أنشأه عقد كان هو طرفا

---

1 لأن تفسير الاتفاقيات هو دائما عمل تميز وخبرة وعقل سليم وحسن نية، جاك غستان، مفاعيل العقد، المرجع السابق، ص: 19.

2 يحيى أحمد بن طه، المرجع السابق، ص: 214.

3 إبراهيم عنتر فتحي الحياني، حقوق العقد، دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والإماراتي والعراقي مع بيان موقف الفقه الإسلامي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2020، ص: 170.

فيه[1]؛ "العقد شريعة المتعاقدين"، ففي ظل هذا التطور الهائل يبقى هذا المبدأ يحتل مكانة مرموقة في الفقه، فلا يزال الكثير من المؤلفون يؤمنون بمبدأ سلطان الإرادة و يقدسونه إذ يمثلون العقد بالقانون، وهم أنصار المذهب الفردي والذين يعتقدون أن الإرادة هي المصدر الوحيد للحقوق والواجبات، وطالما التزم المتعاقد بمحض إرادته فهو ملزم بتنفيذ ما تعهد به عن طريق الوفاء.

إلا أن نظرية العقد قد خضعت لتحولات كبيرة في القرن العشرين مما أفقد مبادئها التقليدية كثيرا من أهميتها بسبب تدخل المشرع في العديد من المجالات في تحديد مضمون العقد، حيث يتدخل مباشرة بإصدار نصوص آمرة يتحتم على المتعاقدين مراعاتها، وقد يكون تدخله غير مباشر عندما يمنح للقاضي سلطة التدخل في العقد لضمان حسن تنفيذه وسنراعي في دراستنا هذه ما يهمنا من تبيان أثر هذا التدخل على المحافظة على العقود واستمرارها.

كما أن الحديث عن فعالية العقد يجرنا إلى العمل على توجيه العقد نحو التنفيذ **(المطلب الأول)** وهو في الحقيقة الاتجاه المنطقي لكل العقود خاصة وأنه سيساعد على تحقيق العقد لفائدته الاقتصادية[2] والاجتماعية، كما أن تنفيذ العقد لابد أن يكون بحسن نية **(المطلب الثاني)** لما يحقق من نجاعة فقد أثبت التوجه نحو أخلقة العقود -لاسيما عن طريق مبدأ حسن النية- دورا أساسيا في المحافظة على العلاقة العقدية كلما أمكن والعمل على ديمومتها.

المطلب الأول: ضرورة توجيه العقد نحو التنفيذ

الأصل في العقود التنفيذ[3] فالأشخاص الذين يرتبطون بالعقود يسعون إلى تحقيق مصالحهم من خلال إبرامهم لها، ويكون ذلك عن طواعية وبشكل تلقائي، طالما أن المتعاقدين كانوا أحرارا في مرحلة التكوين، وقد تناولت المادة 107 ق.م ذلك حيث تنص على أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ..."، كما أن التنفيذ سيعمل على المحافظة على

[1] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، المجلد الأول، المرجع السابق، ص: 687.

[2] Patrice Rien, La notion de transparence dans le droit de la concurrence,1ere édition Harmattan, Paris, 2002, p :86.

[3] « La force obligatoire du contrat constitue la suite logique de la délégation de pouvoir consenti par la loi, de plus cela signifie que les obligations qui doivent être exécutées sont en principe seulement celle qu'ont voulues les parties », J.Laubert, E.Savaux ;op.cit,p :34.

العلاقة العقدية ويجعلها تؤتي ثمارها، ومن ثم سنحاول من خلال دراستنا أن نبين أنه من الضروري تفعيل التنفيذ من خلال إعادة النظر في نطاقه وأهدافه (الفرع الأول)، كما أن أولوية الإبقاء على العلاقة العقدية تقتضي العمل على الحد من الفسخ تفاديا لآثاره السلبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تنفيذ العقد باعتباره شريعة المتعاقدين: تجديد النطاق وتحديث الأهداف

يعد العقد من أهم الأسباب المنشئة للحقوق والالتزامات، وتعتبر الإرادة أهم مظاهر العقد التي تعبر عن حرية المتعاقد، إذ تكفي هذه الأخيرة لإنشاء القوة الملزمة للعقد دون شكلية[1] أو طريقة محددة، وسواء كانت هذه الإرادة فردية أو جماعية، فهي تستطيع أن تنشئ التزامات وعقود.

وتعد قاعدة (العقد الشريعة المتعاقدين) من أهم آثار مبدأ سلطان الإرادة، ويقصد بها أن العقد كالقانون بالنسبة لطرفيه، فلا يجوز نقضه أو تعديله، فمتى انعقد العقد صحيحا نافذا، أصبح ملزما لطرفيه[2] ومن ثم وجب التزامهما به، كما لو كان القانون نفسه هو الذي يفرض عليهما هذه الالتزامات[3]، ولقد نصت على ذلك المادة 106 ق.م كما يلي:" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقصه أو تعديله..."، والملاحظ بخصوص مبدأ سلطان الإرادة في إطار القانون المدني، أن إرادة الأطراف حرة في تشريع العقد أو الالتزام به، فإذا ما التزم شخص بتصرف قانوني (خاصة العقد) فإنما يلتزم به لأنه أراد ذلك بالقدر الذي أراد[4]، أي أن للأشخاص الحق في استحداث ما أرادوا من عقود، واشتراط ما يرونه مناسبا من شروط في حدود النظام العام والآداب العامة، وما يفهم أن هذه الإرادة حرة في رسم نطاق العقد، وتحديد آثاره؛ ولقد مر نطاق هذه القاعدة على عدة مراحل أردت أن ألخصها للوقوف على عدم ثباتها واستقرارها، وذلك حسب أهميتها في كل حقبة من الزمن:

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 359.

[2] العربي بلحاج، الالتزامات، المرجع السابق، ص: 627.

[3] حسن جميعي حسن، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة، ط 1، القاهرة، ص: 15.

[4] محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات المدنية العربية – دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، 2001، ص: 19.

أولا: القوة الملزمة للعقد: تجديد النطاق

مر مبدأ القوة الملزمة للعقد بعدة مراحل تجدد نطاقها من خلاله وتطور حسب الحاجة له كما يأتي بيانه:

1- انعدام شبه كلي للقوة الملزمة للعقد في عهد الرومان: لقد مر مبدأ سلطان الإرادة بمراحل مختلفة، وفي كل مرحلة كان يعكس أفكار تلك الحقبة من الزمن، وما الفكر القانوني إلا وليد ظروف تاريخية، وعصارة تطور مفاهيم وعوامل، تفيد في تقدم وتغير مستمر حسب ما آل إليه الفكر الإنساني[1] ولقد تميزت القوانين الرومانية بالنزعة الدينية وتقديس العقد الشكلي[2] حتى أفرغ العقد تماما من موضوعه، وما كان يهم آنذاك هو استيفاء العقد للشروط الشكلية التي يقررها القانون، والتي بقي القانون الروماني محتفظا بها حتى آخر عهوده، ويرى جانب من الفقه أن مبدأ سلطان الإرادة لم يعرفه القانون الروماني كلية في أي عصر من عصوره وما تنفيذ العقد آنذاك إلا لشكل معين عدا ما كان من حرية في سحب الايجاب ما دام لم يقترن بقبول متوافق معه من قبل المتعاقد الآخر، أي أن للموجب خيار الرجوع عن الحاجة في مجلس العقد[3]، ثم تستقر الأوضاع في العهد الروماني نظرا لاتساع مجال المعاملات والحاجة إلى سرعة المبادلات وأصبحت الحاجة إلى مبدأ سلطان الإرادة تتزايد، مما أنتج العقود الرضائية[4] ونتيجة لذلك تحولت العقود من الشكلية إلى الرضائية في العهد الكنسي.

2- بزوغ بذرة سلطان الإرادة في العهد الكنسي وبداية الإنقاذ: لم تنقطع الشكلية عن مجال التعاقد، ولم تستقل الإرادة بتلك السهولة في تكوين العقد ولا في تنفيذه إلا تدرجا، وكان

---

[1] لأن الفكر القانوني هو عصارة المبادئ التي تسود نتيجة الظروف ذات المضامين المتغيرة، فهو ليس وليد صدفة مارة ولا نزعة عارضة، إنما هو نتيجة تطور مستمر للفكر الانساني، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 169.

[2] المرجع نفسه، ص: 182، 183 كذلك أنظر: محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط 3، 2006، ص: 119.

[3] أنظر أكثر تفاصيل، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 185، 186.

[4] والتي حصرت في أربعة عقود مهمة هي البيع، الايجار، الشركة والوكالة، والتي أضيفت لها فيما يعرف بالاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية، ولكن لم تبلغ هذه العقود مقاصد الرضائية إذ بقيت الغلبة للشكلية، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 183، 184.

للمبادئ الدينية وقانون الكنيسة الدور الكبير في محاولة تحرير العقود من سيطرة الشكلية[1] حيث كان عدم الوفاء بالوعد جريمة دينية فالمتعاقد الذي يقسم على احترام عقده ولو لم يفرغه في الشكل المطلوب عد آثما ومرتكبا لجريمة دينية أو خطيئة[2].

والجدير بالذكر هنا هو أن فكرة العقوبة كانت أدق من ذلك حيث انتقلت إلى فكرة الالزام المدني، أي أن مجرد الاتفاق يجوز طلب تنفيذه لدعوى أمام محاكم الكنيسة[3]، وهو ما أعبر عنه بإنقاذ العقد حيث أن الالزام المدني هنا يشكل آلية حقيقية لإنقاذ العقد كنتيجة للقوة الملزمة والتي بدأت تؤتي ثمارها منذ هذه النقطة بالذات ومن ثم لا يمكن التغاضي عن دور الكنيسة في تكريسها لمبدأ الرضائية والقضاء على الشكلية، وفي اعتقادي أنها أيضا اهتدت إلى الإنقاذ كسبيل لاستقرار المعاملات العقدية وحماية مصلحة الجماعة، وفي المقابل سنتطرق إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وتأثيرها في القواعد العامة للمعاملات.

3-تأثيرات الفقه الإسلامي على مبدأ سلطان الإرادة: يعتبر الإسلام وتعاليمه الأصلح لكل المعاملات في كل زمان ومكان، والحقيقة أن المتصفح للفقه الإسلامي يجد ضالته في كل ما يصبو إليه، فلا يكاد يخلو من كل شاردة وواردة في كل الميادين ولا سيما المعاملات، والمعلوم أن التعاقد كان معروفا عند العرب قبل الإسلام[4] إلا أن بظهوره تم تنظيم المعاملات ووضعها في إطار تنظيمي

---

[1] لقد ظل المجتمع الروماني متشبثا بالشكلية لفترة طويلة من الزمن لم يستطع العدول عنها أو التقليص من قيمتها إلا بعد انفتاحه على الشعوب الأخرى خاصة الاغريق وما كان يتمتع به من فلسفة وثقافة ولغة، اضافة كذلك إلى تحول المجتمع الروماني من مجتمع يعتمد على الزراعة إلى مجتمع تحتل فيه التجارة حيزا مهما يضمن نشاطاته، مما أدى إلى الاكتفاء بالتراضي كسبب كاف للالتزام في أربعة عقود هي البيع والإيجار والشركة والوكالة وتم التخلي عن الشكلية التي أصبحت تشكل حجرة عثرة لتحقيق حاجيات المجتمع، زينب موتشو، خصوصيات التعاقد في المادة التجارية، ماستر قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، المغرب، 2018-2019 ص: 4.

[2] عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص: 43 كذلك محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص: 122.

[3] محمد صديق عبد الله، المرجع السابق، ص: 186.

[4] وهذه الفترة كان يطلق عليها بـ"عصر ما قبل الاسلام"، هي الفترة التي لم يكن للعرب فيها تشريع أو قانون وضعي فقد كانوا يعتمدون في معاملاتهم على تطبيق الأعراف والعادات والتقاليد السائدة في كل منطقة، وهي مستمدة من مجتمعهم الفطري البسيط، ومن أخلاقهم وتقاليدهم ومعتقداتهم وطرق معيشتهم، واقتصرت العقود آنذاك على بعض البيوع التي غالبا ما تتم بالمقايضة، وغلب عليها مبدأ التراضي بالإضافة إلى اتخاذ بعض الحركات والأفعال التي عدت نوعا من الشكلية، فقد فرض العرف على المتعاقدين التصافق بالأيدي) كشرط لإبرام العقد، كما اشترط العرف حضور الشهود في مجلس العقد، وتدوين العقد كشرط للانعقاد فقد "كان من عادة الجاهليين إذا أبرموا عقدا تصافقوا بأيديهم توثيقا للاتفاق، فكان

محكم، والبحث عن القوة الملزمة في الفقه الإسلامي (مبدأ سلطان الإرادة) يكشف عن جذور متعمقة، ذلك أن الفقه الإسلامي قد أقر قاعدة الرضائية بشكل أوسع بكثير من النظم الحديثة[1] لكن ما يميزها عن غيرها أنه أحاطها بجملة من القيود، وفي ذلك يذكر أحد الفقهاء، بأنه "وبالجملة فإرادة الانسان في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها ولم تقيد إلا بقيدين، قيدهما بهما الشرع والعقل ورعاية صالح المجتمع الإنساني، أولهما ما حرمه الله تعالى ونهى عنه، فأنه يجب الابتعاد عنه حتما، ويقابله في القانون ما يخالف النظام العام والآداب العامة، وثانيهما ما فيه اعتداء على حقوق الناس المكتسبة شرعا، وعند تصادم الارادات يحفظ التوازن بينهما بحكمة الشرع بالميزان الذي هو العدل الإلهي"[2].

ولقد اختلف الفقهاء في أخذ الفقه الإسلامي لمبدأ سلطان الإرادة عند تمسكه بمبدأ الرضائية على اعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة هو وليد المذهب الفردي الذي نشر في القرن التاسع عشر في أوروبا[3] وهناك من يرى أن الشريعة الإسلامية قد عرفت مبدأ سلطان الإرادة بمعناه الدقيق[4] ومفهومه الصحيح، وسيشهدون بقوله تعالى:".... وكان عهد الله مسئولا"[5] وما يهمنا أن مبدأ حرية التعاقد مبدأ مهم في الفقه الإسلامي وأن القوة الملزمة للعقد ليست على مصراعيها، فحدودها تترجم حرص الشريعة على التمسك بحدود الشارع[6] وأن حرية المتعاقدين لا يمكنها أن تخرج عن الحدود التي يجب أن تنتهي عندها فإن تجاوزتها أصبحت هذه العقود باطلة غير ملزمة عديمة الأثر؛ أي أن حرية الإرادة موجودة لكنها يجب ألا تكون مخالفة لأصل

الضرب باليد إشارة عهد بإيجاب العقد وتنفيذ الالتزام ..."، أكثر تفاصيل أنظر: محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 188 وما بعدها.

[1] محمد دغمان، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص: 27.

[2] الشيخ أحمد ابراهيم بك، نقلا عن: محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 218.

[3] المرجع نفسه، ص: 215.

[4] حليس لخضر، المرجع السابق، ص: 25.

[5] الآية 15 من سورة الأحزاب.

[6] حيث أن الارادة هي السبب في إنتاج آثار التصرف لكن دورها محدود لأن آثار التصرف يحددها الشارع تحقيقا لإقامة التوازن في مضمون العقد، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 238، 239.

أساسي من أصول الشرع الحنيف، والتي يقابلها في القانون المعاصر مخالفة النظام العام[1]، ومن ثم تظهر الشريعة الإسلامية كمكرسة لمبدأ سلطان الإرادة ولكن في حدود الشرع بداية كما أن أخذها بمصلحة الجماعة كان مقررا مسبقا، فهي بذلك تشكل نظاما متكاملا، لا يحتاج إلى آليات متجددة بتجدد الأوضاع والمعاملات، مما يدل على نقص التشريع الوضعي واحتياجه إلى تنظيم متجدد حسب الحاجة لضبطه حول اعتبارات استقرار المعاملات وتحقيق العدالة.

4- المفهوم المعاصر للقوة الملزمة: لقد غلبت فكرة أن القوة الملزمة تنشأ من الإرادة وحدها، بل وأصبح أنصار الاتجاه الفردي يقدسون هذه الفكرة حتى غالوا في تفكيرهم بل أن مغالاة أنصار مبدأ حرية التعاقد قد وصلوا إلى حد التطرف[2]، فالفلسفة الفردية التي انطلقت منها حرية الفرد، اعتبرت أن الانسان حر بطبعه، ولا يمكن الزامه بأمر دون رضاه، فهو لا يعترف بدواعي اجتماعية أو اقتصادية، وإنما يركز على حماية حقوقه واحترامها، وما على الدولة إلا أن تساعده على التمتع بها مع إلزامه بقدر ضئيل من القيود، والتي لا تنقص من حريته في التمتع بها، ففي اعتقاد أصحاب المذهب الفردي أن سلطان الإرادة هو أفضل وسيلة لتحقيق المصلحة العامة التي تمثل في النتيجة مجموع المصالح الخاصة[3].

هذا ولقد أثبتت هذه النظرية إخفاقها خاصة في جانب المصلحة العامة[4] إذ أدت التطورات إلى التنازل شيئا فشيئا عن قدسية مبدأ سلطان الإرادة من الناحية الواقعية، حيث ازدادت المظالم، وأصبح الطرف الضعيف تحت رحمة الطرف الأقوى، وابتعدت المعاملات كثيرا عن العدالة والمساواة بين الأطراف، وأصبحت وكأنها كذبة لم يصدقها إلا أصحاب المصلحة الواحدة وليس المشتركة، وإن كانت هناك مساواة بين طرفي العقد فإنها قد تكون مخالفة للمصلحة

---

[1] وهي الفكرة التي يعلو بها الفقه الاسلامي إذا أنه لم يكن بحاجة إلى ابتداع النظام العام كمقيد ومحدد لسلطان الارادة، ذلك أن الشرع يقيد التصرف من بدايته فسلطان الارادة مقيد منذ بدايته والتصرف المخالف لذلك يكون باطلا ابتداء غير قادر على ترتيب آثاره غير المشروعة، المرجع نفسه، ص: 241.

[2] بوروح منال، النظام العام والعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2019، ص: 4، 23.

[3] إبراهيم أيمن العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص:21.

[4] حيث أن المصلحة العامة تقوم على عدة مظاهر أهمها العدالة الفردية، والتي تجعلنا نطرح التساؤل التالي، هل الحرية العقدية تكرس العدالة العقدية والتي تحمي المصلحة العامة؟ أكيد أن الاجابة لن تكون إيجابية خاصة وأن الحرية العقدية تحمي مصلحة الأفراد على حساب الجماعة.

العامة كما هو الحال في عقود بيع المنتجات المعدة للتغذية بأسعار زائدة ومبالغ فيها فترة الأزمة تسهم في غلاء الأسعار ومن ثم بث عامل الفوضى والاضطراب به مما يستدعي التدخل من قبل المختصين لفرض المساواة والعدالة في المجال التعاقدي، وفيما يلي سوف نعرض أهم الأسباب التي أدت إلى تقييد الحرية العقدية من قبل المشرع وكذا القاضي.

ثانيا: القوة الملزمة للعقد: تحديث للأهداف.

لم يصمد مبدأ سلطان الإرادة بمفهومه التقليدي أمام واقع اختلال التوازن العقدي الذي ساد العلاقات العقدية، حيث بدى جليا ذلك التدرج الطبقي في العلاقات خاصة وأن الهوة بين المتعاقدين اتسعت باتساع المتغيرات الاقتصادية والصناعية وما صاحبها من تطورات علمية وتكنولوجية وحتى سياسية، وكما أن التطور التكنولوجي لم يترك خيار للمتعاقد أقل خبرة من أن ينصاع للطرف الأكثر قوة من الناحية الاقتصادية والمعرفية، وهو ما أثر على عملية تنفيذ العقد، حيث ازدادت عمليات فسخ العقود كما أن الكثيرين قد أعرضوا عن إبرام العقود والتي قلما يتم تنفيذها نظرا لانعدام المساواة فيهما.

إن الحرية التعاقدية المستخلصة من مبدأ سلطان الإرادة قد سجلت انصداما كبيرا مع فكرة المصلحة العامة، وبات جليا أن كل التزام إرادي ليس بالتزام مشروع وعادل[1] ولم يعد صحيحا القول أن القوة الملزمة للعقد تنشأ من الإرادة وحدها، بل إن للإرادة دورا متواضعا[2] بعد أن تدخل المشرع والقضاء في زمام الأمور وبدأت بوادر التدخل في إرادة الأطراف تظهر بتزايد، ما أدى بالقول إلى الأخذ باصطلاح السلطان الجزئي للإرادة في ظل بروز مظاهر تعطيل دورها والحد من فاعليتها[3]، ومن المناسب أن نلخص الأسباب التي ساعدت على انكماش مفعول الإرادة وانتكاص[4] دورها:

---

[1] كما عبر عنه الفيلسوف "فوبيه"، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 238.

[2] المرجع نفسه، ص: 193.

[3] لخضر حليس، المرجع السابق، ص: 75.

[4] هناك من يرى أن الارادة لم ينتكص دورها وإنما لا بد من الأخذ بموضوعية الارادة أكثر تفاصيل، راجع محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 194.

1- اللامساواة بين المتعاقدين: إن الوضع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي ومعظم الآثار التي سببها النظام الرأسمالي قد أدت إلى اهتزاز النظرة القائلة بالمساواة بين الأفراد، حتى أصبحت تنعت بـ "الخيالية"[1] في أكثر الفروض، وهناك من وصفها بالمجردة[2] وهو ما تم التأكد منه بعد ما انعكس الاخلال بالمساواة الواقعية على الممارسات الفعلية للحقوق والواجبات بين الأفراد مما أدى إلى بروز عدم توازن مفرط يميت كل علاقة عقدية ويقضي عليها مما جعل التدخل وسيلة لإنقاذ العقد وفي اعتقادي أنها آلية وقائية أكثر منها علاجية ومن خلال الأحكام التي يتضمنها القانون المدني - على اعتبار أن ظاهرة عدم التوازن العقدي ليست بالأمر الحديث، وإنما هي ظاهرة لم تخل منها المجتمعات القديمة، غاية ما هنالك أنها باتت اليوم أكثر وضوحا وتجلت بأنماط حديثة[3]- أو من خلال التشريعات الحديثة التي يتكفل بها لا سيما قانون الاستهلاك الذي جاء لتكييف مضمون مساواة المتعاقدين مع المتطلبات الجديدة للمجتمع، منتقلا من المساواة المجردة إلى المساواة الفعلية أو من المساواة القانونية إلى المساواة الواقعية[4].

إن تأكيد المشرع على التدخل من أجل توجيه العقد قد أصبغه صفة الحامي من خلال تأثره بفكرة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ومحاولة إعادة التوازن فيها بعد أن تبنت الدولة اقتصاد السوق الذي أدى إلى تكريس الحريات الاقتصادية وما ترتب عنها من ظهور اللامساواة جلية بين أطراف العقد نظرا لظروفهم الاجتماعية كالعامل الذي يبدو دائما في حالة ضعف مستمر أمام المستخدم القوي، أو لظروفهم المعرفية حيث يجد المستهلك نفسه ضائعا في مواجهة قوة المهني وكذا تعقيد التكنولوجيا وكثرة الأسرار التي حملتها معها من تقنيات صنعها إلى تقنيات عرضها إلى تقنيات الاستفادة منها[5].

---

[1] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 197.

[2] Ali Filali," le droit de la consommation, adaptation du droit commun des contrats", les Annales, Université d'Alger 1 Ben Youcef Ben Khedda, n°27, Tome 2, juillet 2015, p : 26.

كذلك ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، المرجع السابق، ص: 90.

[3] جاك غستان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد)، المرجع السابق، ص: 65.

[4] Ali Filali, op.cit., p : 34.

إن فكرة الحماية ليست بالحديثة، حيث كان المشرع يضمنها في البداية عن طريق القاضي، الذي بإمكانه أن يكيف العقد بأنه عقد إذعان إلا أن ذلك كان غير كاف خاصة وأن القواعد العامة تكرس المساواة بين الأطراف المتعاقدة بغض النظر عن قوتهم الاقتصادية والاجتماعية فأصبح العقد وسيلة اضطهاد بيد الطرف القوي الذي يملي شروطه على الطرف الضعيف ما أنجر عنه اختلال في التوازن العقدي والذي ينتهي غالبا بانتهاء العقد عن طريق بطلانه لعيب في تكوينه أو لفسخه لعدم القدرة على تنفيذه.

وقد فصلت في الفصل الأول من الدراسة كيف كان تدخل المشرع قصد تجديد مبادئ العقد أثناء تكوينه لحماية العقد ووقايته، حيث لعب دورا جليا في إنقاذ العقد في مرحلة تكوينه بفرض الالتزام بالإعلام، ومهلة التفكير، كما أنه أيضا أعطى صلاحيات واسعة للقاضي لا سيما في نظرية الظروف الطارئة التي تعتبر من أهم استثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة مراعاة للتوازن العقدي والتي سنتناولها بالدراسة في الباب الثاني.

2- تغير وظيفة الدولة كضرورة لتوجيه العقد: سيادة الدولة تكمن في سيادة المجتمع، إذ العمل على تحقيق المصالح لا يقتصر على تحقيق مصلحة الفرد بمعزل عن المجتمع الذي ينتمي إليه، وإلا فما الغاية من فكرة النظام العام[1]، فهذا الأخير يترجم علو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وذلك لضمان تطور المجتمع واستمراريته في ظل قيم معينة[2]. إن الاعتماد على حرية الإرادة قد يهدد مصالح الجماعة، فكان لابد من صمام أمان ينظم تلك الحرية ويهذبها حتى

[1] النظام العام فكرة مبهمة التعريف، إذ لم يتم تعريف النظام العام وحسن الآداب بصفة دقيقة وشاملة نظرا لمرونتها وتغيرها من زمان إلى زمان ومن مجتمع إلى آخر، وفكرة النظام العام تشمل كل الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ولقد كان مجال النظام العام في ظل المذهب الفردي المحدود جدا لأنه يصطدم بحق أساسي يقوم عليه المجتمع الليبيرالي ألا وهو "الحرية الفردية" ولا يهمنا في هذا المقام النظام العام السياسي على أساس أنه المجال التقليدي للنظام العام بقدر ما يهمنا النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الذي ازدهر بعدما تزايد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي بصفة واضحة وما نتج عنه من وجهين للنظام العام الاقتصادي: نظام عام اقتصادي توجيهي أو موجه ونظام عام حمائي أو اجتماعي، أنظر أكثر تفاصيل: علي فيلالي الالتزامات، المرجع السابق، من ص: 270 إلى ص: 290.

[2] المرجع نفسه، ص: 273.

لا تخرج عن الغاية الأسمى وهي المصلحة العامة، ومصلحة المجتمع[1] الذي يشترك التشريع والقضاء على حد سواء في حمايتها، فإن تقاعس التشريع في كبح جماح الإرادة في سبيل تحقيق مصلحة الجماعة يأتي دور القاضي كحارس أمين[2] على كيان المجتمع والذي كثيرا ما يستند إلى فكرة النظام إذا لم تسعفه النصوص في إبطال العقود المنافية للأخلاق، ولا يرجع القاضي في مهمته هذه إلى أفكاره ومبادئه الخاصة بل يرجع في ذلك إلى الرأي العام السائد في المجتمع الذي ينتمي إليه.

والحقيقة أن للنظام العام الاقتصادي الدور الرئيسي في إضفاء التوازن في العلاقات سواء في الحياة الاقتصادية أو الاجتماعية حيث تقوم الدولة من خلال فرض القواعد التي تراها ضرورية لتنظيم اقتصادها فتتدخل مثلا القوانين تفرض بمقتضاها أسعارا لبعض السلع[3] كما يمكنها إجبار الأفراد على المساهمة في غاية اقتصادية أو اجتماعية لا يرغبون فيها[4] وهذا ما يعبر عن النظام العام الاقتصادي التوجيهي الذي تراقب من خلاله الدولة تأثير التصرفات القانونية على الاقتصاد الوطني، كما تقوم بحماية المتعاقد الضعيف في العلاقات العقدية التي تمتاز عادة باللامساواة وتعمل على إقامة التوازن العقدي وذلك من خلال النظام العام الاقتصادي الحمائي[5] المترجم بأمثلة تقليدية التي تتمثل في حماية أحد أطراف العقد في مجالات مختلفة كما

---

[1] فالفرد ليس إلا جزء من كل هو المجتمع أو الدولة وهو ما يذهب إليه عادة دعاة النظرية الاجتماعية، وأن المجتمع أو الدولة يعد غاية في ذاته ويعلو على أفراده الذين يستمدون قيمتهم الحقيقية من عضويتهم فيه وشمولهم لهم، كما أن العقد يلزم أطرافه بأن أساس هذا الالتزام هو سلطان القانون وليس سلطان الارادة، والقانون يجعل العقد ملزما لأن في ذلك مصلحة المجتمع، محمد دغمان، المرجع السابق، ص: 43.

[2] لخضر حليس، المرجع السابق، ص: 110.

[3] محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، "العقد"، الجزء 1، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص: 310، وفي إطار تحديد السعر في جائحة كورونا المستجد، نذكر قرارا للدكتور مصطفي مدبولي رئيس مجلس الوزراء دولة مصر، والمتعلق بالقرار رقم 16 لسنة 2020، حيث تمحور حول تحديد أسعار بعض المنتجات اللازمة لمواجهة فيروس كورونا المستجد التي نصت عليها في جداول مرفقة بأسعارها المحددة من طرف الحكومة، أنظر: ج 3، العدد 15 مكرر (ج) الصادرة في 15 أبريل، 2020.

[4] كما هو الحال في إجبارية عقد التأمين مثلا.

[5] حيث يعتبر النظام العام الاقتصادي الحمائي أداة فعالة تكبح جماح سلطان الارادة والحفاظ على المصالح العليا للمجتمع، من خلال التدخل التشريعي لحماية ارادة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، اقصاصي عبد القادر، مقال بعنوان فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 03، العدد 01 لسنة 2019، ص: 263.

في حماية المؤمن له في عقد التأمين وحماية العامل في عقد العمل[1] وحماية المستأجر في عقد الايجار[2] وأمثلة حديثة كقانون حماية المستهلك والذي هدفه حماية المستهلك في مواجهة المتعاقد المحترف.

إن تدخل الدولة عن طريق النظام العام لتوجيه العقد سيعمل على استقرار المعاملات والعمل على ديمومتها، للحفاظ على الأمن القانوني، فلو بقيت الإرادة على مصراعيها لتزعزعت الثقة واتسعت الهوة بين المتعاقدين مما سيؤثر سلبا على المعاملات، ويعمل على إنهائها لصالح المتعاقد القوي، والجدير بالذكر هو دور النظام العام الاجتماعي (أو النظام العام الاقتصادي الحمائي) الذي أصبح المحرك لمختلف العقود[3] وفي جميع مراحلها، حيث منح للقاضي سلطة التدخل الإيجابي في العقد منذ ابرامه حتى مرحلة التنفيذ، حيث منح له سلطة التكييف والتفسير وتكملة العقد كما بإمكانه تطويع وتعديل الشروط المجحفة في حق الطرف الضعيف، أو تعديل الالتزام التعاقدي في حالة حدوث الظروف الطارئة.

لقد لعبت الفلسفة الجديدة التي يقوم عليها المذهب الاجتماعي دورا مهما في إدخال العقد في أزمات على حد قول اعتبار مؤيدي المذهب الفردي، وهو ما جعل القانون المقارن يتطور نحو البحث عن عدالة جديدة بأسس واقعية تسمح بتدخل التشريع والقضاء في العلاقات التعاقدية لإضفاء تصور جديد لهذه العلاقات من خلال ادخال أفكار جديدة تعتمد على تدعيم الجانب الاقتصادي وخاصة الاجتماعي للعلاقة العقدية وليس على إرادة أطرافها.

ثالثا: توجيه العقد نحو التنفيذ يقتضي التدخل.

"العقد شريعة المتعاقدين شرط أن يكونا متكافئين متعادلين، أما اذا اختلفت قوة كل منهما في العقد، فمن الظلم القول بأنه شريعتهم" يقول الأستاذ محمد عبد الظاهر[4]، إذ التسليم بالقوة الإلزامية للعقود قد يتزعزع نتيجة حصول حوادث استثنائية لم يكن بإمكان المتعاقدين

---

[1] Anne Severine dhennin, La nullité du contrat de travail, Mémoire préparé dans le cadre du droit social, Université DE LILE 2, droit et santé faculté des sciences politiques, juridiques et sociales, 2000- 2001, p : 105.

[2] لخضر حليس المرجع السابق، ص: 267.

[3] المرجع نفسه، ص: 111.

[4] محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص: 727.

التبصر في حدوثها عند ابرام العقد، ولذلك كان لا بد للتدخل من أجل تنظيم هذا العقد الذي لم يعد يحقق الهدف المرجو ألا هو العدل والتكافؤ والتوازن بين المتعاقدين، وأصبح من الضروري توجيه الإرادة التشريعية إلى مراجعة اللاتوازن الذي يحصل عادة في مرحلة تنفيذ العقد والذي غالبا ما تتسم به عقود الإذعان.

لقد أضحى التدخل وسيلة لإنقاذ العقود سواء كان ذلك بصفة وقائية أو حتى علاجية وسواء كان بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولعل ما يدعم هذا الاتجاه هو البحث عن وسائل للتخفيف أو انهاء حالات اللاتوازن التي تقضي على العقود وتجردها من دورها في تحقيق المصالح المشتركة للمتعاقدين اذ تصبح سلاحا في يد المتعاقد القوي ضد الضعيف.

والمشرع قد يتدخل بصورة مباشرة عندما يصدر نصوصا آمرة يحتم على المتعاقدين مراعاتها[1]، وذلك ما هو حاصل بصفة وقائية، فهو يتدخل في صياغة العقد كما هو الحال في عقد العمل إذ أن المشرع ونظرا للمآسي الاجتماعية التي تعرضت لها فئة العمال قد تدخل بصفة مباشرة لتنظيم علاقات العمل في كل النواحي ويمكن اعتبار عقد العمل الجماعي وسيلة وقائية تضمن الإبقاء على العلاقة العقدية بين العامل ورب العمل، إن فكرة العقد الجماعي هي وسيلة من وسائل النظام العام الحمائي وهي إجراء وقائي لمنع استغلال العامل[2]، كما أن اتفاقية العمل الجماعية[3] تعتبر وسيلة لإعادة التوازن واحلال المساواة المفقودة في عقد العمل، ولو أنها تمس بالأثر النسبي للعقد بحيث يتعدى نطاق أثرها إلى غير المتعاقدين إلا أن ذلك يصب في سياق تحقيق المصلحة الجماعية للعمال، وقبل أن نتكلم عن فعاليتها في الحفاظ على العلاقات التعاقدية ننوه إلى أن اتفاقية العمل الجماعية تكمل التشريع، إذ ينص القانون صراحة على الإحالة عليها نظرا لفعاليتها في تحسين مستوى العامل فهي تهتم بشؤون العمال إلى درجة تجعلها أكثر نفعا من القانون، إذ تعمل على تجديد وتحسين حقوق ومزايا للعمال لها علاقة بمواضيع

[1] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 497.

[2] منال بوروح، المرجع السابق، ص: 133.

[3] تعتبر اتفاقيات العمل الجماعية من الوسائل الحديثة للتعاقد بحيث تركز على النطاق الجماعي للتعاقد الذي يؤمن حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية في مقابل الطرف القوي منها.

لم يتم تنظيمها من قبل القانون[1]، كما لا يفوتني أن أشيد بالأهمية الكبرى لهذه الآلية إذ تعمل اتفاقيات العمل الجماعية على المحافظة على العلاقات التعاقدية ودوامها من خلال التدخل في حالة نشوب نزاع بين طبقة العمال وطبقة أرباب العمل، والسعي إلى حل النزاعات بالاعتماد على قواعد للتوفيق والوساطة والتحكيم والصلح بين الأطراف المتنازعة، كما أنها تسعى من خلال سياسة حمائية إلى أكثر من ذلك من خلال التفكير بوضع أسس وقواعد تجنب الأطراف نشوب النزاعات وذلك بالتوفيق بين المصالح بصفة وقائية بالاعتماد على التفاوض وهي وسيلة بديلة لفض النزاعات يعتمد عليها المشرع كوسيلة وقائية طبقا للمادة 04 من القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب[2].

يبدو من خلال ما سبق ذكره أن الإرادة كانت حرة قبل تكوين العقد ففي عقد العمل المتعاقدين لهم الاختيار في ابرام العقد من عدمه لكن بعد ابرام العقد أصبحت الإرادة خاضعة لقواعد وتنظيمات يضعها المشرع لعدة اعتبارات، والأغلب هنا أنها اعتبارات اجتماعية ولخدمة طائفة معينة من الناس[3] ويبدو ذلك أيضا من خلال عقد الايجار إذ أن المشرع قد يتدخل في عقد الايجار من خلال ما يسمى بالامتداد القانوني لعقد الايجار[4] وهو ما يسمى في القانون المدني الجزائري بحق البقاء الذي تم الغاؤه، ولقد كان لتدخل المشرع بتنظيم هذا العقد بنصوص قانونية مكرسة لفكرة النظام العام تأثير سلبي[5] مقابل الإيجابيات التي حظيت بها الطبقة

---

[1] Koriche Mohamed Nasreddine « droit du travail, les transformations du droit algérien du travail entre statut et contrat, relation d'emploi de travail contractualisation relative, » tome 01, office des publications universitaires, Alger, 2009, p : 49.

[2] المادة 04 من القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات لحماية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب المؤرخ في 1980/02/06، ج ر، العدد 06 المؤرخة 1990/02/07 المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 في القانون رقم 91 – 27 المؤرخ في 1991/12/11، ج ر، العدد 68، المؤرخ في 1991/11/25، ص: 2653.

[3] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 274.

[4] ويقصد به سريان العقد الأصلي الذي انتهت مدته بشروطه نفسها لمدة أخرى، ومن ثم لا نكون بصدد عقد إيجار جديد يلزم لانعقاده مثلا توافر الأهلية عند ابرامه، بل يظل العقد السابق ساريا ولو فقد أحد المتعاقدين أهليته عند امتداد عقد الايجار والذي يأخذ به المشرع العراقي ...»، ابراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق هامش، ص: 119، وللمزيد من التفاصيل راجع الباب الثاني من الدراسة.

[5] حياة عفرة، مقال بعنوان: التعديلات القانونية الواردة على عقد الايجار في القانون الجزائري والتعليق عليها، مجلة صوت القانون، المجلد السادس، العدد 01، 2019، ص: 106،107.

الضعيفة في العلاقة العقدية، إذ اعتبر الامتداد القانوني لعقد الايجار من أبرز مظاهر تطور عقد الايجار وهو الذي يجعل من المتعاقدين بعد أن كانا في مركز اتفاقي يصبحان في مركز قانوني، وذلك بعد أن حلت إرادة المشرع محل إرادتيهما[1] .

وفي اعتقادي أن تدخل المشرع لاستمرار هذه العلاقة العقدية التي أنشأها المتعاقدين بمحض ارادتيهما والتي بانتهاء مدة العقد تحل إرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين ليختلف مصدر العلاقة العقدية الجديدة ليصبح القانون هو مصدرها لا عقد الايجار كما أن هذه العلاقة ستسري بحق من يستحق الإقامة في المأجور قد عمل بعد وفاة المستأجر وطبقا للمدد التي حددها المشرع[2]، إن هذا الاستمرار قد عمل على إنقاذ العلاقة العقدية لكن بالمقابل خلف لا توازن في هذه العلاقة اذ كانت له تأثيرات سلبية نذكر من بينها تردد وعزوف مؤجرين والملاك عن تأجير عقاراتهم وكثرة النزاعات لإخلاء المأجور.

إضافة إلى ما سبق يبدو لي من الضروري استعراض وجه من أوجه تدخل المشرع في توجيه العقد نحو التنفيذ تكريسا لمبدأ استقرار المعاملات خاصة فيما يخص حالات تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف ابرامه، لا سيما بالنسبة للعقود الزمنية التي يلعب فيها الزمن دورا مهما ومن ثم احتمال تغير الظروف وارد لا محالة ومن ثم اختلال التوازن الاقتصادي للعقد الذي لعب دورا كبيرا في استحداث مفاهيم جديدة وانبثق عنه أنواع جديدة من العقود من بينها العقود الجماعية، وكذا العقود النموذجية والعقود الإلزامية، كما أن الشكلية بثوبها الجديد ستسمح بتوجيه العقود نحو التنفيذ بطريقة غير مباشرة، إذ يمكن اعتبارها أداة إنقاذ وقائية لمساعدة المستهلك والسماح له بقدر من المعرفة وعلم مما يكفل له الحماية اللازمة في مرحلة إبرام العقد من خلال تحسين رضا المستهلك، كما أن النص على تدخل القاضي وتوسيع دوره لمواجهة اختلال التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد يخول له صلاحيات تكفل له دور إيجابي وفعال يساعد على حسن تنفيذ العقد وإنقاذه[3]، ويحيلنا الحديث هنا إلى البحث عن آليات تساعد أيضا على التوجيه نحو التنفيذ الذي قد يكون في شكل جزاء:

---

[1] ابراهيم عنتر الحياني، المرجع السابق، ص: 120.

[2] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 507.

[3] من خلال النص على نظرية الظروف الطارئة والتي سنتناولها بشيء من التفصيل في الباب الثاني من الدراسة.

رابعا: توجيه العقد نحو التنفيذ يقتضي تحديث الجزاء

والمقصود بذلك هو التفكير في جزاءات تحافظ على العقد وتدعم فاعليته، إذ أن العقد وجد لينفذ[1] حتى يحصل كل متعاقد على المنافع التي تطلع إلى تحقيقها عبر إبرامه، كما أن من مصلحة المشرع أن يوجه العقد نحو التنفيذ لما في ذلك من تحقيق للاستقرار الاجتماعي والاقتصادي، لذلك فهو يضطر في العديد من الحالات إلى التضحية بعدة اعتبارات من بينها حماية المصلحة الخاصة وكذا تحقيق العدالة العقدية، والملاحظ أن تغليب المصلحة العامة في تنفيذ العقود جعل الدولة تتدخل بطريقة مباشرة[2] وغير مباشرة[3] فطموحاتها في تحقيق برامجها الاجتماعية، الاقتصادية وحتى السياسية جعلها تقوم بالعديد من الأدوار، فهي تستعمل الإجبار[4] تارة وتارة أخرى تعتمد على الإشراك[5] وتارة تكون حازمة في جزاءاتها وتارة أخرى تكون مرنة.

---

[1] محمد دغمان، المرجع السابق، ص: 122.

[2] يتدخل المشرع بنصوص آمرة تحكم مضمون العقد، أطرافه وحتى آثاره والمهم في هذا المقام ان تدخل المشرع يطال حتى تنفيذ العقد وهو ما عبر عنه الأستاذ حجازي في كتابه:" إذ ما يكاد ينعقد هذا العقد حتى يتلقفه المشرع ويستحل لنفسه، عن طريق ممثليه، أن يضيف إليه شيئا جديدا، أو أن يستأصل منه شيئا كان موجودا وذلك من أجل تحقيق غرض اقتصادي أو اجتماعي،"، عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، المجلد الأول، نظرية الالتزام، تحليل العقد، جامعة الكويت، ص: 274.

[3] وذلك عن طريق تدخل القاضي إيجابيا في خدمة المصلحة العامة وذلك عن طريق ما خوله القانون من سلطات تعديل أو إلغاء أو إنقاص التزامات أحد الطرفين أو زيادة التزامات الطرف الآخر تبعا للظروف الواقعة المعروضة عليه لتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، المرجع السابق، ص: 528.

[4] إذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه بصفة تلقائية وإرادية أي دون حاجة إلى اتخاذه الإجراءات القانونية لجبره على ذلك، فإن تخلف عن تنفيذ التزاماته طواعية كان للدائن في العلاقة العقدية أن يلجأ إلى الإجراءات التي يضعها القانون تحت تصرفه لاقتضاء حقه رغما عن المدين، أي يجبر المدين على تنفيذه التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا، عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني العربي الموحد في ضوء أحكام القضاء مع الإشارة إلى أحكام قوانين المرافعات والتنفيذ، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2017، ص: 121.

[5] وهو ما لجأت إليه الدولة تحت لواء العدالة الاجتماعية من خلال الإسراع بإشراك العمال في طابع جماعي يميز اتفاقية العمل الجماعية من خلال القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل السلف الذكر، في محاولة منه للانقاص من التفاوت في القوى وتكريس احترام العقد من طرف كل من وقع عليه والامتناع عن كل تصرف يؤدي إلى صعوبة في تنفيذ العقد الجماعي، من خلال ما يوفره التفاوض الجماعي كوسيلة للوقاية من انهاء المنازعات الجماعية كما تشير إليه أحكام المادة 04 من قانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، أو

وقد اعتمدت في تحقيق غاياتها على ميلاد عقود جديدة[1] لمسايرة الأوضاع أو حتى اختفاء أخرى[2]، ولكن يبدو لي أن الفائدة ليست في خلق عقود جديدة بقدر ما يكون في تفعيلها وجعلها تحقق تطلعات الأطراف المتعاقدة داخل دائرة المصلحة العامة وهو ما يمكن أن يعبر عنه بالأمن التعاقدي؛ والامر ليس بهذه البساطة، فسياسة الدولة في سبيل تحقيق المصلحة العامة- دون إغفال ما يتعلق بالمصلحة الخاصة- جعلها تنتهج منحى الوقاية بما فيه من فعالية أكثر، وفي الحقيقة هو ليس بالتصور الحديث وإنما عملية تفعيله بنصوص آمرة وقوانين خاصة جعله يبدو حديثا، وهو ما يستجيب للحاجيات العملية في الميدان التعاقدي، لكن دون أن تتخلى عن دورها في توقيع الجزاء كعلاج في الحالات التي تستدعي ذلك، وهو ما يكشف عن مدى حرص الدولة للسعي إلى تحقيق برامجها الاقتصادية والاجتماعية بالدرجة الأولى بما فيها من تحقيق ضمني للمصلحة الخاصة للأطراف المتعاقدة.

1- تحديث الجزاء فيما يخص خدمة المصلحة الاقتصادية: إن اتجاه الدولة الحديث أصبح له منحى واضح لخدمة المصلحة الفردية تحت لواء المصلحة العامة، بل أصبح جليا أن تفكيرها في المصلحة العامة يكاد يعلو المصالح الفردية مما أدى حتما إلى طمس إرادة المتعاقدين في الكثير من الأحيان ولذلك أصبح من الضروري تجديد النظرية العامة للعقد بما يتوافق وهذا المنحى حتى لا تستقوى القوانين الخاصة على المبادئ الأساسية في العقود، وتنطلق الدولة في توجهها لتفعيل التنفيذ من مبدأ حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية اجتماعيا واقتصاديا من خلال تدخلها بعد أن تأكد قصور النظرية العامة للعقد في مواجهة واقع ومستقبل العقد وخاصة أثناء التنفيذ وهو ما يصطدم غالبا بعدم المساواة الحقيقية بين المتعاقدين من جهة واعتبارات التفاوت الاقتصادي والاجتماعي من جهة أخرى.

منع نشوب النزاع، أو كوسيلة علاجية حسب المادة 05 من نفس القانون، أكثر تفاصيل: انظر حامق ذهبية، النظرية العامة للعقد تصور جديد، حوليات الجزائر، المرجع السابق، ص: 88، 89؛ وكذلك عبرت عنها الأستاذة فاضل في أطروحتها بأنها تشبه إبرام معاهدة السلام بين الدول لقدرتها على التغلب على المنازعات الجماعية أيا كان شكلها، ويكون دورها وقائيا بوضع قواعد تمنع أسباب نشوء النزاع أو إنشاء أنظمة اتفاقية للتوفيق والتحكيم لحل النزاع في حالة وقوعه فعلا، خديجة فاضل، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014- 2015، ص: 166.

[1] مثل عقود الاستهلاك عقود التأمين، عقود العمل...

[2] إلغاء حق البقاء الذي كان مكرسا بموجب عقد الإيجار السابق الذكر.

ويظهر أن التنفيذ لن يرتبط بصحة العقد الذي يرتضيه الطرفان فقط أي ضمن البيئة القانونية التي تحكم إنشاءه وتكوينه، وإنما تبعا للبيئة الاقتصادية والاجتماعية التي توجهها الدولة من خلاله مما جعل بعض الفقهاء يفترضون ربط أهمية تنفيذ العقد بالسيطرة على السوق[1]، أي في الإطار الاقتصادي[2] فالعقد شريعة المتعاقدين المتكافئين وهو ما لا يحصل في الغالب، وبالتالي يشترك المشرع في مساعدة الطرفين على تنظيم العقد[3] مما يساعد على جعله فعالا لتحقيق نوع من التوازن على العقد، وذلك عن طريق توجهه للتنفيذ حسب التصور الاقتصادي الجديد الذي ينعكس على القانون الوضعي والذي يفسر الاتجاه نحو الإبقاء على العقد والمحافظة على استمراره[4]، الأمر الذي يعمل على تغيير طبيعة المتعاقد وكذا إدخال العقد في حد ذاته في تركيبة غريبة ويبدو أن هذا التباين ليس ظرفيا، وإنما هو بداية لعهد جديد سنشهد فيه تغيرات جذرية للعقد والمتعاقد على حد سواء.

لقد أدت الغايات الاقتصادية والاجتماعية التي تطمح الدولة إلى تحقيقها على جعل المشرع في رحلة بحث دائمة عن آليات فعالة تحرص على تنفيذ العقود ففي المجال المصرفي مثلا يحرص المشرع على ضمان تنفيذ العقد من خلال أساليب حديثة غريبة عن القواعد العامة، تأخذ منحى وقائي من خلال العمل على رقابة البنوك والمؤسسات المالية على الوفاء بالتزاماتها، وذلك بالاعتماد على إلزامية التأمين على الودائع وهو إلزامية مشاركة المصارف في تمويل صندوق ضمان الودائع بالعملة الوطنية للتدخل في حالة توقف أحد المصارف عن تنفيذ التزاماته بالدفع، فتتدخل شركة ضمان الودائع التي تجمع بين مساهمة الدولة وجميع المصارف الوطنية لضمان حقوق المودعين[5]، كما أنها تتدخل بشكل علاجي فيما يخص العقود التي توجد دون تراخيص أو اعتمادات والتي يتم إبرامها بصدد مباشرة النشاط المصرفي والبورصي، إذ

---

[1] Patrice RIEN, La notion de transparence dans le droit de la concurrence, 1ere édition Harmattan, Paris, 2002, p : 102.

[2] سامي بن حملة، مداخلة بعنوان: قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، الملتقى الدولي، القانون بعد أربعين سنة، حوليات جامعة الجزائر، المرجع السابق، ص: 279.

[3] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 796، 497.

[4] جمعة زمام، المرجع السابق، ص: 430.

[5] أكثر تفاصيل، انظر: ليندة شامبي، الائتمان المصرفي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص: 400، 401.

ترفض السلطات الإدارية المستقلة التوقيع على بطلان هذه العقود في حالة غياب التراخيص الخاصة[1] بها في اتجاه مباشر لتدعيم فكرة بقاء العقد من خلال التسامح والتغاضي.

ويبرر البعض ضرورة تدخل السلطات الإدارية في توقيع مثل هذه الجزاءات على اعتبار أنها الأدرى بشؤون قطاعها[2] المتميز بالحركية والتغير، كما أن البحث عن جزاءات فعالة أولى من التمسك بالقواعد العامة مما يستدعي المرونة في بعض الأحيان، كما أنه يمكن أن نقتدي بالعقود الإدارية مثلا خاصة وأنها تولي أهمية كبرى للتنفيذ[3] حيث تستعمل سلطتها في فرض الجزاءات التي تراها مناسبة حسب المخالفة في التنفيذ آخذة بعين الاعتبار ضمان حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقا للمصلحة العامة في شكل جزاءات مرنة ورادعة في نفس الوقت لكنها تهدف إلى المحافظة على العقد فقد تأخذ شكل جزاءات مالية كغرامات التأخير، أو التنفيذ على حساب المتعاقد[4]، كما أن عقود التأمين قد عنيت بمتابعة مستمرة من قبل الدولة عن طريق ما يسمى بلجنة الإشراف على التأمينات التي تسهر على احترام شركات التأمين لالتزاماتها التعاقدية وأن تكون عقود التأمين مطابقة للتشريع وتنظيم التأمين حتى يتم تنفيذها بحسن نية[5].

---

[1] أحمد بعجي، المرجع السابق، ص: 332، وهو ما يتجه له الاجتهاد القضائي في فرنسا كحل جديد يلائم فكرة بقاء العقد، المرجع نفسه، ص: 417.

[2] المرجع نفسه، ص: 407.

[3] هنادي فوزي حسين، مقال بعنوان: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في ضوء تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 المعدلة، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد: 11، 2015، ص: 1.

[4] ويقصد به أن تقوم الإدارة بنفسها مقام المتعاقد بتنفيذ التزاماته أو أن تحل غيره محله في القيام بها بصفة مؤقتة لحساب وعلى مسؤولية المتعاقد وذلك كوسيلة للضغط عليه لحمله على تنفيذ التزامه مع بقاء العقد قائما، المرجع نفسه، ص: 29، والملاحظ أن هذه الآلية تشبه إلى حد كبير ما جاء في المادة 170 ق.م، إذ يكون تنفيذ الالتزام على نفقة المدين والذي يكشف عن اتجاه المشرع للفسخ، انظر ق.م.ع رقم 152934 الصادر بتاريخ 1998/03/11، م.ق لسنة 1998، عدد 1، ص: 109.

[5] كما تعتبر لجنة الاشراف على التأمينات وسيلة رقابة لاحقة على عقود التأمين تعمل على إلزام شركات التأمين باحترام تعهداتها وفقا للتشريع والتنظيم، تكريسا لظاهرة العيممة في مجال القانون الخاص، حيث تمارس الدولة رقابة في عدة مجالات من القانون الخاص سعيا لضمان احترام القواعد القانونية والتنظيمية من قبل أطراف العلاقة العقدية، أكثر تفاصيل، أنظر: خديجة فاضل، المرجع السابق، ص: 108، كذلك أحمد بعجي، المرجع السابق، ص: 404.

لقد أصبح التوجه الحريص للدولة على تفعيل التنفيذ واضحا خاصة بعد اعتماد المشرع على آليات الرقابة والمتابعة المستمرة من خلال أجهزة وإجراءات وقائية وأخرى علاجية، وقد أعطى الإدارة دورا مهما في تفعيل التنفيذ، فهل يعتبر ذلك من قبيل تخلي المشرع عن دوره في هذا التوجه لصالح الإدارة، أم أنه في أزمة جعلته يستعين بها في دعوة إلى تفعيل القواعد العامة في اتجاه تحقيق مسعاها.

لم يعد المشرع مجرد محرك للعقد حول ما يسمى بالحرية العقدية، وإنما أصبح يحرر وفقا للمنظور الحديث للعلاقة العقدية في ثوبه الاقتصادي والاجتماعي الجديد، ولم يعد يقتصر الاعتناء بالعقد على تكريس ممارسة الحرية في إطار العدالة العقدية فحسب وإنما ليبلغ أهدافا أعمق وأسمى، ولعل الجانب الاجتماعي على قدر من الأهمية مما يستدعي تدخل المشرع في تنظيم العقد وتوجيهه لتسهيل وتفعيل عملية التنفيذ، فالمظاهر الاجتماعية على حد تعبير عالم الاجتماع Durkheim[1] لم تعد الإرادة هي المؤسسة للقوة الملزمة للعقد، وإنما أصبح تنظيم العقد ذي الأصل الاجتماعي هو المعول عليه والوقاية أصبح منهاجا للمشرع من خلال توجهه إلى العقود النموذجية كأداة استقرار اجتماعي من جهة أو كوسيلة لحل الأزمات من جهة أخرى.

2- تحديث الجزاء فيما يخص خدمة المصلحة الاجتماعية: وأخص بالذكر في هذا المقام العقود النموذجية[2]، وهي التي يتدخل فيها المشرع إيجابيا وبصفة وقائية لتسهيل تنفيذ العقود مع إضفاء حماية قبلية للطرف الضعيف، وقد سادت الصبغة الاجتماعية على هذا النوع من العقود، وأصبح النظر إليها على أنها وسيلة الحياة في الجماعة وأنها واقعة اجتماعية تهم لا المتعاقدين لوحدهما بل تهم الجماعة بأسرها، وهو بهذا الوصف يجب أن يندرج ضمن البيئة الاجتماعية وأن ينضوي تحت لوائها ويخضع لمقتضياتها[3]، فتنتقل القدرة على فرض الانصياع للأوامر من المتعاقد القوي في مواجهة نظيره الضعيف إلى المشرع الذي وإن كان ينحاز في الواقع

---

[1] جمعة زمام، المرجع السابق، ص: 115.

[2] والذي عرفته الأستاذة نساخ على أنه:" صيغة معدة مسبقا لإبرام العقد المستقبلي يحمل في طياته كل جوانب العقد، لذلك قد يكون مجرد دعوى لتبني الصياغة مستقبلا في تحرير العقد المراد إبرامه، وقد يكون في بعض الأحيان من باب إلزام تحت طائلة وضع جزاء عند مخالفة النموذج"، فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 85.

[3] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 280.

إلى فئة معينة إلا أنه يسعى من وراء ذلك لإقامة التوازن في العلاقة العقدية بعيدا عن غبن أحد الأطراف للآخر أو استغلاله.

وفي اعتقادي أن التنظيم المسبق للعقد هو وسيلة فعالة لإنقاذ العقد بصفة وقائية من خلال التنظيم المحكم لضمان استمرار العقد وحسن تنفيذه[1]، ولقد مس المنظومة القانونية تغيير كبير حيث أصبح الحديث عن حماية المتعاقد المستهلك أو العامل وكل متعاقد يمكن وصفه بالطرف الضعيف في العقد، والحماية وفق التشريعات الحمائية هي الأكثر فعالية ذلك أنها تندرج ضمن الوقاية خير من العلاج خاصة إذا كانت موجهة لتجسيد المشاريع الاجتماعية وبالأخص في مجال السكن وهو من أكثر المجالات التي يحرص المشرع على تنفيذها دون تعطيل أو مماطلة، من خلال عدة صيغ غلب عليها الطابع النموذجي وعرفت بنشاطات الترقية العقارية والتي ضمنها المشرع بالكثير من مظاهر الحماية والتنظيم عن طريق نصوص قانونية حيث خص المرقي العقاري بشروط صارمة تجعله وسيلة لضمان تنفيذ البرامج السكنية من خلال مراقبة صفته وكذا الرخصة والاعتماد الإداري الذي يحوزه وهو الطرف المعول عليه لتنفيذ المشاريع السكنية ذات الطابع الاجتماعي.

حيث تنص المادة 47 من القانون رقم 11-04[2] على أن:" يجب على المرقي العقاري أن يساهم بصفة فعالة في الإثراء الدائم لأخلاقيات المهنة والاحترام الصارم لها، ويجب عليه على وجه الخصوص"-الوفاء، في كل الحالات، بالتزاماته، ..."، وبالتالي فإن فعالية الوفاء بالالتزامات تعني فعالية التنفيذ، وحتى في حال عدم تنفيذه لالتزاماته فإن العقد ليس له طريق آخر سوى التنفيذ إذ يحل محل المرقي العقاري صندوق الضمان[3] والكفالة المتبادلة الذي في إمكانه تعيين

---

[1] وتجدر الإشارة إلى أن العقود النموذجية ما هي إلا صورة من الكثير من العقود في الوقت الحاضر المحاطة بإطار محدد آمر أنشئ مراعاة للمصلحة العامة.

[2] القانون رقم 11-04 المتعلق بتحديد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية المؤرخ في 2011/02/17، ج ر رقم 14 المؤرخة في 06 مارس 2011، لكن في الواقع لم نر تطبيقا لهذا النص إذ أن المرقي العقاري غالبا ما يتأخر في التزاماته في تسليم السكن في الوقت المتفق عليه دون عقوبة بل أكثر من ذلك فهو يطالب المستفيد من السكن بزيادة عن الثمن المحدد مسبقا.

[3] تعتبر صناديق الضمان وسيلة فعالة أنشأها المشرع لتساعد في تفعيل عملية تنفيذ المشاريع في عدة مشاريع بما فيها قطاع الترقية العقارية، إذ تلعب دورا وقائيا في دفع المرقي العقاري على ضمان تنفيذ التزامه من خلال إلزامية اكتتاب المرقي العقاري لتامين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ويفهم من ذلك أن المشرع قد عالج إمكانية عدم تمكن المرقي

مرقي عقاري آخر بدل المرقي العقاري الذي ستصل عقوبة عدم التزامه بالتنفيذ إلى حد سحب اعتماده وإنهاء صفته القانونية في اكتساب صفة المرقي العقاري[1]، كما أن المشرع قد منح له فرصة تصحيحية قد لا نجد لها مقابلا في القواعد العامة، إذ قد يتم السحب المؤقت للرخصة من المرقي العقاري كفرصة له إلى إعادة تصحيح أوضاعه المالية أو تجاوز المخالفات التي قد يكون قد ارتكبها، ويبقى العقد قائما في محاولة من المشرع إلى إنقاذ العقد عن طريق منح فرصة للتصحيح.

الفرع الثاني: الحد من الفسخ استراتيجية مستحدثة للتوجه نحو إنقاذ العقد

الأصل العام من إبرام العقود هو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها وذلك لتحقيق مصلحة[2] الأطراف، إلا أن التنفيذ قد تعترضه صعوبات أو عقبات قد تؤدي إلى إنهاء العلاقة العقدية عن طريق آلية الفسخ[3]، وبالنظر إلى الآثار السلبية التي تنجر عنها ارتأيت في دراستي لهذه الآلية أن أبرز أن الحد من الوصول إليها هو سبيل لإنقاذ العقد، وأن الأولوية تكمن في الإبقاء عليه دون إهداره، إذ أن الحكم بالفسخ يعبر عن تهديم للمراكز القانونية وضياع للكثير من الوقت

العقاري من الوفاء بالتزاماته عن طريق الضمان القانوني حياة حامي، النظام القانوني لبيع البناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 226.

[1] هذا وقد نصت المادة 57 من القانون 11-04 السابق الذكر على حالات سحب الاعتماد من المرقي العقاري والتي يظهر من خلالها تصميم المشرع على استكمال تنفيذ البرامج السكنية لحاجة أصحابها بها، وهو توجه حقيقي من المشرع لإنقاذ العقود.

[2] إذ وفقا لنظرية "إهرنج" تعد المصلحة العنصر الجوهري والأساسي في الحق، أما عنصر الإرادة فيوضع في المرتبة الثانية، بوصفه الوسيلة النموذجية اللازمة لإعمال (المصلحة) التي هي الغرض العملي للحق، ... فالقانون يحمي لا الإرادة بل المصلحة التي تعبر عنها هذه الإرادة، محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2017، بيروت لبنان، ص: 312، 313.

[3] يعرف الفسخ على أنه: "تقنية قانونية تمكن الدائن بالالتزام العقدي غير المنفذ أن يطالب بحل الرابطة العقدية والتخلص بالتالي من الالتزامات المقابلة"، "هو نظام قانوني يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته، ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين، في أن يطلب متى لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة العقدية، وزوال آثارها بأثر رجعي، فيتخلص من الالتزامات التي فرضتها عليه"، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 707؛ "الفسخ انحلال الرابطة التعاقدية لإخلال بإخلال أحد عاقديه بتنفيذ التزاماته، فيترتب عليه انهيار العقد، والفرض أنه ولد صحيحا، بأثر رجعي، أي من تاريخ إبرامه"، أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 15.

والأموال، ومساس بالوظيفة الاقتصادية للعقد[1] والسؤال المطروح هو لماذا يصل الدائن إلى طلب الفسخ دون المرور بوسائل أخرى أو آليات قد تجنبه الآثار السلبية للفسخ، وتكون مرضية وغير مضرة بالدائن من جهة، وغير مرهقة للمدين من جهة أخرى، بحيث تحقق توازنا في العلاقة العقدية وتقوم على المحافظة على العقد وعلى الاستقرار العقدي، وسنحاول إظهار ذلك من خلال نقطتين: تتمثل الأولى في محاولة التضييق من الحكم بالفسخ من خلال إعادة تأطير شروط الفسخ، والعمل على فرض الجانب الأخلاقي **(أولا)**، كما أن إعادة النظر في الجزاءات الممنوحة للدائن والبحث عن حلول معالجة ستكون من أولويات الاتجاه نجو إنقاذ العقود **(ثانيا)**.

أولا: إعادة تأطير شروط قبول الفسخ

بالنظر إلى الآثار المترتبة عن الفسخ والتي قد تكون خطيرة[2] في عدة أحيان بما أن لها أثرا رجعيا، كما أنها ترتب انقطاع العلاقة العقدية التي كانت تجمع الأطراف بصفة نهائية، فالفسخ يهدم العقد ويزيله، وموضوعنا لا يشجع الإزالة والإنهاء، وإنما إنقاذ العقود، سنتناول بالدراسة إمكانية تضييق شروط الفسخ لتوقي آثاره السلبية، ثم محاولة أخلقة التنفيذ من خلال فرض الجانب الأخلاقي.

1- تضييق شروط قبول الفسخ وسيلة فعالة: حسبما تقدم فالفسخ يكون جزاء إخلال المدين تنفيذ التزاماته، دون الخوض في شروط الفسخ، والتي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي للحكم به أو رفضه، فالتساؤل يدور حول كيفية التضييق[3] من شروط قبول الفسخ، والذي وإن كان لا يخرج عن أحد نوعيه القضائي والاتفاقي فهو يكون من خلال ناحية تقنية وأخرى أخلاقية.

---

1 Eric Fokou, la notion d'économie du contrat en droit français et québécois, Revue générale de droit, volume 46, numéro 2, 2016, p : 362, 368, et aussi Nabila Lahnane, op.cit., p : 195.

[2] ويعبر عنه بأنه الإجراء الأشد خطورة، جاك غستان، المرجع السابق، ص: 431.

Nabila lahnane, op.cit., p : 498.

[3] الثابت أن الارهاصات الأولى لتقييد الفسخ قد وجدت بالقانون الروماني، كذلك فالقاعدة في القانون الأنجلوأمريكي هي المسؤولية المطلقة عن التنفيذ، حسام الدين محمود محمد حسن، وسائل إنقاذ العقود من الفسخ، (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، 2020، ص: 11.

أ- تشديد مبررات الفسخ من ناحية تقنية: يتعين للمطالبة بالفسخ أن يكون العقد ملزما للجانبين[1]، إذ أن العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة والكفالة بغير أجر، والهبة بغير عوض لا يتصور فيها الفسخ وإنما إنهاء العقد بإرادة منفردة[2]، وذلك منطقي فالفسخ يقوم على فكرة الالتزامات المتقابلة، بحيث يعد الفسخ وسيلة بيد الدائن تمنحه الحق في التحلل من الرابطة العقدية أو كجزاء مقابل عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، ويمكن إرجاع ذلك إلى أساس الفسخ الذي استقر أغلب الفقهاء على أنه يقوم على السبب وفكرة الالتزامات المتقابلة، إذ أنه في حالة إخلال أحد بالتزاماته العقدية يعطي الحق للمتعاقد الآخر في التحلل من التزاماته المقابلة التي لم يعد لها داعي، لأن ليس له التزام مقابل أو يرتبط به، وبين تأسيس الفسخ بفكرة السبب أو فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين[3]، وهي مما يتفق مع قواعد العدل والإنصاف.

وهناك من يؤسس الفسخ أيضا على الشرط الفاسخ الصريح وهو ما تنص عليه المادة 120 ق.م، إذ يتفق المتعاقدان على شروط تفضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي وهو أمر في غاية الخطورة إذ أن المراد من هذا الشرط هو استبعاد رقابة القضاء على الفسخ، وتضييق سلطة القاضي التي سيقتصر دورها على معاينة مدى توفير الشروط التي وضعها المتعاقدان من أجل تحقيق الفسخ وتثبيته[4]، وتجدر الإشارة إلى أن الأسس قد اختلفت

---

[1] حسبما ورد في المادة 119 ق.م، فقرة 1 السابقة الذكر.

[2] كما أنه لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد، بل على العكس، مصلحته إبقاء العقد والمطالبة بتنفيذه، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 431، كذلك إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 313، إذ أعطى مثال عن عقد الهبة، حيث إذا تم إبرامه ثم امتنع الواهب عن تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له، فليس من مصلحة الأخير أن يطالب بفسخ العقد بالنظر إلى آثاره التي تعيد الطرفين المتعاقدين من إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيضيع حينئذ على الموهوب له حقه في الشيء الموهوب وتكون في مصلحته دائما أن يطالب بالتنفيذ العيني وإلزام الواهب بتسليم الشيء الموهوب، والحكم بالتعويض بدلا عن ذلك.

[3] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، كذلك أمير طالب هادي التيميي، مقال بعنوان: الفسخ الجزئي، دراسة قانونية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 2، المجلد 2، العدد 4، الجزء 2، 2018، ص: 181، كذلك عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص: 1097.

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 435.

وتعددت إلا أن وصلت أيضا إلى فكرة المصالح الاقتصادية أو (التبادل الاقتصادي) أي الغاية المبتغاة من العلاقة التعاقدية إذ ينظر إلى الوظيفة الاقتصادية الكامنة خلف هذا الالتزام[1].

وبتحليل ما سبق يبدو أن فكرة تشديد مبررات الفسخ قد تقوم على عدة أسس قد نلخصها فيما يلي: إن الذي يحصل هو الإخلال بالتزام معين، وعلى القاضي أن يبحث فيما إذا كان عدم التنفيذ يخص التزامات مهمة وحاسمة في العقد[2]، كما أنه يقوم بتقييم مدى خطورة وأهمية الإخلال كما أنه يتحقق من درجة المساس بفائدة العقد، وفيما يخص أهمية الالتزامات فالأولوية للالتزامات الجوهرية[3] دون الثانوية أو ما يطلق عليه البعض الالتزامات الأصلية[4] دون الثانوية[5] وهناك من يعتبرها أساسية[6].

كما أن القاضي يأخذ بعين الاعتبار جسامة عدم التنفيذ، والمبدأ الذي تقوم عليه فكرة الجوهرية[7] يساهم في تضييق الحكم بالفسخ، ذلك أن الاخلال بالتزامات ثانوية لا يبرر الحكم بالفسخ، وبالتالي إذا اعتمد المشرع فكرة الجوهرية سيقلص من الحالات التي تمكن الدائن من التمسك بحقه في الفسخ، فإن كان الإخلال بالتزام جوهري[8] حكم بالفسخ، وإن كان التزاما ثانويا رفض الحكم بالفسخ[9]، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي الذي يقرر ما إذا كان الالتزام المخل

---

[1] أمير طالب هادي التيميي، المرجع السابق، ص: 183.

[2] Judith Rochfeld, cause et type de contrat, thèse, paris 1, 1997, LGDJ, 1999, N°323, p : 286.

[3] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 256.

[4] إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 322.

[5] Eric Fokou, op.cit, p: 195.

[6] Nabila Lahnane, op.cit., p : 502-503.

[7] يمكن ربط فكرة الجوهرية بأهمية الالتزام، فإذا كان لا يعبر عن جوهر العقد فإن الإخلال بتنفيذه يمثل اعتداء على جوهر العقد ويفوت المنفعة الأساسية التي كان يرجوها المتعاقد منه ومنه إخلال بتوازن العقد، ومبرر للدائن في المطالبة بالفسخ، صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 257، وبمفهوم المخالفة فإن الالتزام لما يكون ثانويا فإن الإخلال بتنفيذه لن يمس بجوهر العقد، ولن يمثل اعتداء عليه وربما لن يمس بالمنفعة الأساسية للعقد وبالتالي لن يمثل مبررا قويا في المطالبة بالفسخ.

[8] أنظر م. م.ع، قرار صادر بتاريخ 2005/04/13 ملف رقم 348396، العدد 1، 2005، ص: 208.

[9] تكمن الصعوبة في تحديد الالتزامات الثانوية والتي قد يلعب بعضها دورا هاما عندما تكون مرتبطة بحقوق العقد الأصلية، إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 322، كذلك صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 262.

بتنفيذه جوهريا أو ثانويا، وذلك ما يساعد على التضييق من مبررات قبول الفسخ، مع الأخذ بالاعتبار أهمية الإخلال للنطق بالفسخ[1].

هذا ولابد من التمييز بين فكرة جوهرية الالتزام، أو فكرة الخطورة، ولقد فتح المشرع للقاضي المجال ليلعب دورا مهما وحاسما في هذا المجال، إذ أن تدخله سيضمن الحد من المبررات السطحية للدائن والتي يحاول من خلالها الحصول على النطق بالفسخ، والخلل في اعتقادي يكمن في عدم توجه المشرع مباشرة إلى التضييق من شروط الفسخ، إذ أنه كان باستطاعته أن يفرض على الدائن تقديم مبررات كافية للمطالبة بالفسخ، من بينها فكرة الجوهرية كما هو الحال بالنسبة للخطورة أو الأهمية، إذ أن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ، قد لا يكون بتلك الخطورة التي تستدعي المطالبة بالفسخ، خاصة وأن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة منح المدين أجل حسب الظروف[2] كما يمكنه رفض الفسخ إذ كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزام أو ما يمكن أن نعبر عنه بالحيلولة دون فسخ العقد حسب أهمية أو خطورة الإخلال.

والمشرع بذلك قد حمل القاضي مسؤولية تقدير مدى أهمية أو خطورة[3] الإخلال بالنظر إلى مصالح المتعاقدين وله في ذلك الدور السيادي في الكشف عن الإرادة الحقيقية للدائن من خلال تقديره وتقييمه للارتباط بين مصلحة الدائن ومدى أهمية وجسامة التنفيذ، هذا الدور الذي يتقيد بالنسبة للفسخ الاتفاقي إذ يقتصر دور القاضي في حال اللجوء إلى القضاء[4] والتأكد من وقوع الإخلال فقط دون أن يبحث في مداه، ومن ثم لا يجوز له أن يقدر أهمية عدم التنفيذ

---

[1] Hariz Saidani, la rupture du contrat, thèse de droit, université, Toulon, 2016, p :15 ,26.

[2] تختلف الظروف من عقد لآخر، وفي قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 2000/01/12، قضت" بأن قضاة المجلس عندما منحوا المطعون ضدها أجلا معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، أنظر، م. ق، قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/01/12، ملف رقم 782 112، العدد 01، 2001، ص: 114.

[3] Hariz Saidani, op.cit, p: 26,28.

[4] إذ تنص المادة 120 ق.م على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي ....."

بالنسبة إلى العقد[1]، استنادا إلى أن أطراف العقد يجوز لهم الاتفاق صراحة على حصول الفسخ بسبب عدم التنفيذ ولو كان قليل الأهمية[2].

وهو الأمر الذي يجعلنا نعتقد أن هذا الشرط يمكن استعماله قبل أحد الأطراف بما يتعارض مع مبدأ حسن النية المفترض أن يلتزم به المتعاقدان دون أن تكون للقاضي سلطة منح الفسخ، وهو ما لا يساعد على ما نحن نصبو إليه ألا وهو التوجه نحو إنقاذ العقود، إذ في اعتقادي أن الفسخ الاتفاقي يحتاج إلى إعادة اعتبار خاصة فيما يخص اللجوء إلى القضاء من عدمه: إذ أن ترك السلطة بيد أطراف العقد[3] يحتاج إلى حماية ومراقبة، فالقاضي بالنسبة للفسخ الاتفاقي، لا يحوز سلطة رفض طلب الفسخ، كما لا يجوز له منح مهلة للمدين كما ليس له أن يقدر أهمية ما لم يوف به المدين بالنسبة إلى كامل الالتزامات، فحكمه مقرر له لا منشئا[4].

وفي نفس السياق نجد أن بعض التشريعات تميل نحو إبعاد القاضي من نظام الفسخ إذ أن تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، قد أجاز للدائن أن يفسخ العقد من جانبه دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي وذلك بمقتضى المادة 1224 منه، بشروط نصت عليها المادة 1226 والتي تأتي على رأسها أن يكون الإخلال جسيما والجسامة هنا عبارة تم ذكرها في المادتين، إذ نصت المادة 1224[5] على أنه: "يترتب الفسخ إما إعمالا للشرط الفاسخ أو في حالة كان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة،...".

---

[1] انظر ق.م.ع الذي جاء فيه:" ...لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن أحد طرفي العقد قد قصر في تنفيذ التزاماته ومن ثم فإن القضاة عندما أمروا بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بدلا، من أن يحكموا على الطرف المخل بإتمام التزاماته يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خالفوا القانون:.."، ق.م.ع رقم 61489 الصادر بتاريخ 1990/06/13، م.ق لسنة 1991، عدد4، ص: 65.

[2] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 267.

[3] Ejan Mackaay, l'efficacité du contrat, op.cit., p : 8 : « le franchiseur en particulier veut pouvoir réagir contre le resquillage, pour cette raison, il cherchera à insérer dans le contrat des clauses lui laissant une marge de discrétion pour mettre fin au contrat sans être obligé d'avoir recours aux tribunaux.«

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 435، كذلك عبد الحي حجازي، المجلد الأول، المرجع السابق، ص: 1100، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 724.

[5] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص: 98.

وهنا يبدو أن المشرع الفرنسي أعطى سلطة للدائن في الفسخ بإرادة منفردة لكن قيده بجسامة عدم التنفيذ كما أن المادة 1226 أيضا تثبت ذلك إذ أوجب على الدائن إثبات جسامة عدم التنفيذ في حال اعترض المدين على الفسخ إذ تنص المادة 1226 في فقرتها الرابعة[1]على أنه: ".... يحق للمدين في أي وقت اللجوء إلى القضاء للاعتراض على الفسخ، ويكون على الدائن حينئذ إثبات جسامة عدم التنفيذ ....."، ومن ثم فإن المشرع الفرنسي مازال يكرس مبدأ الحرية التعاقدية مع أخذه بعين الاعتبار فكرة تقييد هده الحرية بمعيار جسامة عدم التنفيذ.

4-تشديد مبررات الفسخ من ناحية موضوعية: إن الغرض الأصلي من إبرام العقود هو تنفيذها وليس فسخها، وذلك للحصول على الفائدة المرجوة، والتي من الممكن أن تكون معيارا أكثر فعالية في الحد من الفسخ، يعتمد عليه القاضي في تدعيم موقفه من الفسخ، وهي ما عبرت عنها الأستاذة Lahnane بالبراغماتية[2]، بعد أن أظهر معيار الخطورة عدم فعاليته في تضييق الحكم بالفسخ، ذلك لعدم القدرة على تحديد هذا المعيار، فالقاضي لا يمتلك اعتبارات يمكن أن يبني عليها تقديره لكي يحكم بالفسخ من عدمه، وبما أن العقد يشكل أهم وسيلة للتبادل الاقتصادي[3]، فلابد أن تتجه نحو تحقيق الفائدة[4] أو الهدف الأساسي من العقد[5]، وهو ما يدفعنا بالضرورة إلى العمل على ديمومة العقد بدل فسخه وتهديمه، وخاصة فيما يخص عقود المدة، وما على القاضي إلا البحث عن سبل لعلاج[6] العقد بدل النطق بفسخه آخذا بعين الاعتبار الفائدة المتحصل عليها أو المحققة[7]، والتي من الأولى المحافظة عليها بدل اهدارها ومحاولة إتمام ما تبقى منها، وذلك يحيلنا إلى محاولة إيجاد معايير صارمة تحدد قبول القرار بالفسخ بجدية[8]،

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص: 98.

[2] البراغماتية: اسم مشتق من اللفظ اليوناني "براغما" ومعناه العمل، وهي مذهب قوامه عد نجاح العمل المعيار الوحيد للحقيقة، محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2017، ص: 248.

[3] Nabila Lahnane, op.cit., p : 504.

[4] Faustine Jacomino, op.cit, p : 365.

[5] Anne Sophie, op.cit, p : 432.

[6] Marie Pierre Lamour, op.cit, p : 9.

[7] كمثال على ذلك عقد إيراد المرتب مدى الحياة المادة 618 ق.م والذي بمقتضاه يمكن أن يطالب المستحق فسخه إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزاماته، لكن بالنظر إلى الفائدة فهو بالتأكيد مصدر مهم بالنسبة للطرف المستحق إذ يحقق له فائدة كبرى قد تنتهي بفسخ العقد مما يحيلنا إلى القول إن ديمومة العقد مرتبطة بالفائدة المحققة والتي من الأفضل حمايتها.

[8] Anne Sophie, op.cit., p : 433.

إذ أن العقود خاصة ذات أهمية اقتصادية كبرى قد تهدد أطراف العلاقة العقدية بخسائر فادحة لا يمكن تصورها، ونظرا لذلك لابد من إعطائها خصوصية أكثر[1]، ذلك أن الصعوبة بالنسبة لهذه العقود تكمن في عدم الإمكان تقديرها بالنقود[2]، كما أنه ليس بالإمكان استبدالها نظرا لقيمتها الاقتصادية الكبرى[3].

إن الاتجاه نحو التنفيذ بدل الفسخ سيحيلنا إلى البحث عن مبررات للإبقاء على العقد والحفاظ على ديمومته، وذلك ما يجعلنا نحاول الوقوف على فعالية وفائدة العقد والتي تظهر أهميتها خاصة في مرحلة التنفيذ بعد أن بدت بوادرها في مرحلة التكوين أي الإبرام، ومن المنطقي التريث قبل التفكير في الفسخ بالنظر إلى فعالية العقد، ومن ثم محاولة البحث عن وسائل علاجية بديلة كالمطالبة بالتعويض، أما إذا أصبح العقد عديم الفائدة فالفسخ لم يعد خيار وإنما ضرورة لابد منها، في الواقع من المحتمل أن يحتفظ العقد بالفائدة بالرغم من عدم تنفيذه لكن لن يكون لهذا الكلام معنى دون تحديد هذه الفائدة ومعرفة دورها في العلاقة العقدية.

وتتمثل الفائدة في استمرار احتمال الفائدة الاقتصادية التي يطمع الدائن إلى تحقيقها، وقد عمد Thomas Genicon[4] تقسيمها إلى ثلاث أقسام: الفائدة المرجوة (المتفق عليها)، الفائدة الشخصية، الفائدة الموضوعية، فبالنسبة للفائدة المرجوة فهي تلك التي تراضى الطرفان على تحقيقها، أما الشخصية فهي الفائدة التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها لمصلحته الشخصية وهو بذلك يحدد ما إذا كان العقد لا يزال يحقق له تلك الفائدة، أم لم يعد كذلك ومن ثم يفكر بالتحلل من هذا العقد الذي يعتبره عديم الفائدة، أما بالنسبة للفائدة الموضوعية فهي تحتاج طرفا أكثر دراية يحددها بصفة مستقلة وهو القاضي الذي له سلطة تقديرية في ذلك.

يبدو أن الفقه يهتم بالفائدة الشخصية أكثر من غيرها بحيث أنه يضيع مصلحة ضحية عدم التنفيذ بالدرجة الأولى، وهو ما تفسره المادة 119، فالمشرع أعطى الحرية المطلقة للدائن الذي سيختار لا محالة تحقيق الفائدة الشخصية، وإن رأى أنه قد لا يتحصل عليها فهو يفكر

---

[1] Nabila Lahnane, op.cit., p : 512.

[2] « Les investissements spécifiquement seraient aussi censés être difficilement évaluables en argent », T. Genicon, op.cit., N° 517, p : 368.

[3] Nabila Lahnane, op.cit., p : 512.

[4] T.Genicon, op.cit., N° 436, p: 315,316.

بالتحلل من العقد عديم الفائدة بالنسبة له، غالبا ما سيفكر بأنانية في ذلك معتمدا على تقصير المدين في تنفيذ التزاماته، ويستوي في ذلك إن كان قد أصيب بضرر[1] من جراء الإخلال في التنفيذ أم لا، فهو لا يشكل شرطا لذلك.

والملاحظ أن القاضي سيقوم بتقدير الفائدة المحققة، فإن وجد أنها قد تفيد الدائن اقتصاديا ولو بنسبة قليلة، سيفضل الإبقاء على العقد حق ولو لم يتم تنفيذه بصفة جيدة، ويحكم بالتعويض[2] عن الالتزام المتبقي غير المنفذ، على أن القاضي لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يلزم الدائن بالاستمرار في عقد لا يوفر له المزيد من المزايا والفوائد[3]، لكن لابد من الاعتراف أن السلطة التقديرية تبقى للقاضي وحده الذي يدقق في فوائد العقد كلها (الشخصية، المرجوة، الموضوعية) خاصة وأنها تعبر عن وحدة متماسكة إذ أنها كلها تخدم مصالح المتعاقد والتي يسعى لتحقيقها من وراء إبرامه العقد، وقد عبر عنها T. Genicon بمجموعة المكونات لوصفه طبخ[4].

يفهم مما سبق أن معيار الفائدة يجعل من القاضي يبحث في كل مرة يطلب فيها الدائن فسخ العقد، عن مدى فشل العلاقة العقدية ويحدد إمكانية الاستفادة منها آخذا بعين الاعتبار عدة عوامل يشكل العامل الاقتصادي أهمها، إذ القاضي لابد أن يأخذ بعين الاعتبار التوازن في العلاقة العقدية فيما يخص النتائج الاقتصادية، وذلك عن طريق بيان التناسب ما بين تكلفة

---

[1] Hariz Saidani, op.cit., p: 24.

[2] يعد التعويض أحد أهم الآثار التي تترتب على التنفيذ المعيب للالتزام العقدي، وتعتبر وظيفة التعويض في إطار المسؤولية العقدية محل خلاف بين الفقه لا يسع المقام لعرضها ونكتفي بعرض ما نرجحه منها وهو أن "التعويض في العقد هو بمثابة تنفيذ للعقد، ما يعني أن وظيفته هي تنفيذ العقد، لكنه تنفيذ بمقابل أي إعطاء الدائن مقابلا لمحل الالتزام الذي لم يقم المدين بتنفيذه، ويذهب البعض من الاتجاه ذاته إلى أن التعويض أساسه ضمان العقد وليس المسؤولية، ويهدف ضمان العقد إلى وضع المتعاقد (الدائن) في الوضع الذي سيكون عليه فيما لو تم تنفيذ العقد عينا وليس المقصود به إزالة الضرر، إذ أنه خطوة للأمام وليس لخلف فالضمان في العقد يعني ضمان تنفيذ العقد سواء كان عينا أو بمقابل، ويأخذ بهذا الاتجاه القانون الإنجليزي والأمريكي، إذ أنهما يعرفان التعويض كأصل المعالجات للإخلال بالالتزام العقدي متى كان التعويض النقدي ملائما ومتكافئا مع تنفيذ العقد بحيث يعطي للدائن المزايا التي توقع الحصول عليها من عقده أي يضعه في المركز المالي ذاته الذي كان سيضعه فيه تنفيذ عقده تنفيذا سليما وهو أساس المعالجات في هذا القانون ويدعى substitution relief"، نورس عباس العبودي، جليل حسن الساعدي، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي "دراسة مقارنة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2022، القاهرة، مصر، ص: 280، 281.

[3] Nabila Lahnane, op.cit., p : 506.

[4] T.Genicon, op.cit., N° 437, p: 316.

الفسخ بالنسبة للمدين ومقدار الفائدة بالنسبة للدائن، إذ من المنطقي أن يكون القاضي متحفظا بالنطق بالفسخ، إذا كانت الآثار المترتبة عن فسخ العقد قد تسبب ضررا للمدين بصفة مفرطة، إذ إعادة الحال إلى كانت عليه ليس بالأمر الهين، ولابد أن تكون هناك حالات يكون فيها الدائن المتضرر الأكبر من جراء الأثر الرجعي، وبحيث لا ينتفع من الفسخ بقدر الإبقاء على العقد والحرص على تنفيذه[1]، خاصة بالنسبة لعقود المدة ومثال ذلك عقود الإعارة أو الإيجار أو التأمين[2]، كما أن التعويض مع الفسخ لا يغنيه عن الضرر، كما أن الآثار المرتبة قد تضر المدين بصفة مفرطة، ومثال على ذلك عقود البناء، إذ أن هدم ما تم تشييده قد يصيب المدين الذي يكون قد نفذ جزءا كبيرا من التزاماته، أنفق في سبيل ذلك أموال طائلة، لا يمكن تداركها، هذا ولا يمكن للقاضي التغاضي عن الخسائر والأضرار الاقتصادية التي تصيب المتعاقدان من جراء الفسخ، كمثال على ذلك العقود التي ترد على نماذج معينة، وبمقاييس مضبوطة[3].

كما أنه من المنطقي أن يأخذ بعين الاعتبار الاستثمارات المحققة في العقود طويلة المدى مثلا، أين تربط بين أطراف العقد شراكة وطيدة مثل علاقات التوزيع والتوريد[4]،لاسيما عقود الامتياز أين تبرم عقود استثمارات بتكاليف باهظة، وبالتالي فالحكم بفسخها سيؤدي بكلا الطرفين إلى خسارة اقتصادية كبرى، والجديد بالذكر أن هذه الخسارة لا يمكن تقديرها بالنقود

« Les investissements spécifiquement seraient aussi censés être difficilement évaluables en argent »[5].

كما أنه ليس بالإمكان استبدالها نظرا لقيمتها الاقتصادية الكبرى[6] والأولى إذن أن يحكم القاضي بإجبار المدين على تنفيذ العقد عينا[7]، إذا لم يكن التنفيذ العيني مستحيلا، وإذا لم

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص: 122.

[2] إذ تشكل صعوبة تطبيق الأثر الرجعي للفسخ على عقود المدة من المشكلات العملية الناشئة عن الأثر الرجعي للفسخ، حسام الدين محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص: 27.

[3] Nabila Lahnane, op.cit., p : 510,511.

[4] T.Genicon, op.cit., N° 517, p : 368.

[5] Ibid, p : 368.

[6] Nabila Lahnane, op.cit., p : 512.

[7] يعتبر البعض أن التنفيذ العيني الجبري مقرر لضمان تحقيق الغرض من التعاقد بوضع المتعاقد في الوضع الذي سيكون عليه لو أن مدينه قد نفذ التزامه تنفيذا سليما، وهو في فلسفه تقرير محاولة من زاوية أخرى لتقليل حالات الفسخ من جهة وفروض تحقيق المسؤولية العقدية من جهة أخرى، نورس عباس العبودي، جليل حسن الساعدي، المرجع السابق، ص: 237.

يكن أيضا مرهقا للمدين، وهو ما نقترح إضافته للمادة 164 ق.م التي تقضي بما يلي: "يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا" حتى تكون مشابهة لما تقضي به المادة 246 مدني عراقي[1]، التي تنص على ما يلي: 1".يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا؛2. على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان لا يلحق بالدائن ضررا جسيما"، والواضح أن المادة 246 مدني عراقي فيها إنصاف أكثر للمدين حيث لا يمكن إجباره على التنفيذ إذا كان فيه إرهاق له، ومن ثم يجوز الحكم بالتعويض بشرط ألا يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم، وهذا أمر منطقي للغاية ويصب دائما في حماية العقد من الفسخ مع الأخذ بعين الاعتبار التوازن في العلاقة العقدية.

ويبدو أن المشرع العراقي يأخذ بفكرة التوازن ما بين التزامات المتعاقدين، إذ أنه من جهة يحرص على القضاء بالتنفيذ العيني الجبري مع الأخذ بعين الاعتبار عدم إرهاق المدين واقتصار حق الدائن على التعويض، ومن جهة أخرى يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الدائن في التنفيذ العيني إذ لا يقضي بالتعويض كبديل عن التنفيذ العيني[2] إلا إذا كان لا يسبب ضررا جسيما للدائن[3]، وهو ما يعد تطبيقا من تطبيقات مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، وفي المقابل نجد التقنين المدني الفرنسي بعد التعديل في مادته 1221 يأخذ بعين الاعتبار التناسب ما بين كلفة التنفيذ وفائدته بالنسبة للدائن حيث نصت على أنه[4]: "يحق للدائن بالتزام معين، بعد إعذار المدين، المطالبة بالتنفيذ العيني إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلا أو كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن".

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص: 122، الذي نص على العديد من المواد القانونية المشابهة لأنظمة قانونية عديدة منها، القانون المدني السوري والليبي ...

[2] ا عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص: 123.

[3] نورس عباد العبودي، جليل حسن الساعدي، المرجع السابق، ص: 232.

[4] محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص: 96.

من خلال ما سبق يمكن أن نعتبر أن المشرع الفرنسي قد أصاب إلى حد كبير، إذ أن الاعتماد على التناسب[1] في التكاليف والفوائد أمر موضوعي أكثر من فكرة التوازن ما بين الارهاق والضرر الجسيم[2]، وهو ما يجعلنا نقترح أن يعاد النظر في الفسخ كنظام آخذين بعين الاعتبار القيمة الاقتصادية للالتزامات المتقابلة فيما يخص التنفيذ العيني الجبري والتي تساعد على الإبقاء على العقد بدل فسخه مع محاولة الوقوف على عدة تساؤلات تحتاج إلى بحث من بينها فكرة ربط الحق في الفسخ بإمكانية أو عدم إمكانية التنفيذ العيني، وفكرة إمكانية رفض القاضي طلب الفسخ في حال وجود إمكانية للتنفيذ وغيرها...، هذا كله محاولة للتضييق من الحكم بالفسخ بتشديد مبررات الفسخ من ناحية تقنية، غير أن ذلك يحتاج إلى تضييق من نوع آخر يعتمد على الجانب الأخلاقي كما سيأتي بيانه:

2- الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد يغني عن الحاجة للاتجاه إلى الفسخ: تنفيذ العقد يجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وهو ما أكدته المادة 107 ق.م[3] ودون الخوض في معنى هذا المبدأ، فلا بد أن يتحلى طرفا العقد بالصدق والتعاون، إذ يعمل كل طرف على وجوب تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد، والتي تمثل الحقوق الناشئة عنه[4] بما يحقق الغرض منه، وبأفضل الطرق التي تحقق مصالح الأطراف، ولقد ذهب القضاء مؤيدا من الفقه[5] إلى أن حسن النية في تنفيذ العقد يكمل ما يعتريه من نقص، فينتج آثار ما كان لينتجها بدونه كما أن التنفيذ لابد أن يكون دقيقا وأمينا للالتزامات الناشئة عن العقد وبالتالي حسن الالتزام لا يؤدي إلى الفسخ، وحتى إن رفعت الدعوى بالفسخ، فإن للمحكمة رفضها لانتفاء الإخلال بالالتزام كأحد أهم شروط الفسخ القضائي، كما لا يجوز للدائن فسخ العقد بسوء نية، حال وجود شرط صحيح فاسخ[6].

---

[1] مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص: 45.

[2] والتي تأخذ بها العديد من القوانين اللاتينية على غرار القانون السويسري، أنظر:
Nabila Lahnane, op.cit., p : 511.

[3] والذي سوف نتناوله بشيء من التفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

[4] إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 162، 163.

[5] أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 23.

[6] المرجع السابق، ص: 37.

ولابد أن نشير إلى أن المغزى من حسن النية قد توسع سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه، ولم يعد يقتصر على الجانب السلبي من انتفاء الغش أو سوء النية بل تعداه إلى الجانب الإيجابي بالزام المتعاقدين بالتعاون لمواجهة الصعوبات والعراقيل التي قد تعترض التنفيذ[1]، بأن يبذل كل متعاقد قصارى كل جهده في جعل الارتباط بينهما مفيدا بالنسبة له كما هو بالنسبة للطرف الآخر، وهو ما لا يتحقق إلا بالصدق والوفاء والتعاون مما يغني المتعاقدين من الحاجة للاتجاه إلى الفسخ[2]، إذ أنه كلما كان التوسع في الالتزام بحسن النية في التنفيذ، كلما تم التضييق من حالات فسخ العقود[3]، ومن ثم استقرار المعاملات، وتأكيدا لذلك وتفصيلا له، "حكم بأن للمحكمة رفض طلب الفسخ إذ تبين من طبيعة العقد وجود واجب على الدائن بالتعاون مع المدين على تنفيذ التزامه، لكنه أخل به، وقد تمثل واجب التعاون في الدعوى المطروحة بعدم قيام البائع بتسهيل اجراءات تسجيل السيارة ونقل الرخصة باسم المشتري، ومقابل ذلك، حكم بأن الإخلال بالتزام تبعي كالالتزام بالإفضاء يرتب فسخ العقد[4].

إن التوسع في مفهوم التعاون في تنفيذ العقد سيساعد على تجنب الفسخ بصفة كبيرة، ذلك أن الالتزام بالتعاون فيما بين المتعاقدين يفرض عليها الاشتراك في المنفعة المرجوة من الارتباط ببعضهما البعض، فيبذل كل طرف كل ما في وسعه لإتمام العملية التعاقدية، وذلك عن طريق تسهيل التنفيذ والمساندة في الوفاء، وذلك إذا اقتنع كل طرف أنه ملزم بالتخلي عن الأنانية، والمنهج الذي كان سائدا بحيث كان كل طرف يعمل على تحقيق مصالحه دون الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف المقابل وتكون الغلبة للأقوى، وهو ما يبتعد عن العلاقة الحضارية التي لابد من التوصل إليها، بحيث يسود فيها الاحترام المتبادل[5].

---

[1] ويمكن القول إن من أهم الواجبات المتفرعة من واجب الدائن بالتعاون، واجبات أربعة تتمثل في واجب الدائن في التعاون مع المدين لتنفيذ التزامه بصورة صحيحة، كما أن عليه واجب في إخطار المدين بالظروف التي تؤثر على سير التنفيذ، كما أنه لابد ألا يتعسف في استعمال حقوقه، وأخيرا عدم الإساءة إلى مركز المدين، إبراهيم أحمد إبراهيم الذيابات، حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، 2005، ص: 101.

[2] Anne Sophie, op.cit., N° 781, p : 433,434.

[3] أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 38، حسام الدين محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص: 226.

[4] المرجع نفسه، ص: 38.

[5] Alan Bénabent, « la bonne foi dans l'exécution du contrat, rapport français », in la bonne foi, travaux de l'association Henri capitant, Litec tome XLIII, 1992, p : 300.

إن هذا الموقف الإيجابي سيساعد لا محالة من التضييق على حالات الفسخ ومن ثم يعود بالفائدة على استقرار المعاملات، ولابد أن نلفت الانتباه، بأن المشرع قد أورد عدة تطبيقات للالتزام بالتعاون، وأبرزها عقد الشركة[1] الذي يقوم أساسا على التعاون والمشاركة collaboration، وهي أبعد مدى وأوسع نطاق من مجرد الالتزام بالتعاون[2]، كذلك عقد الإيجار إذ لا يجوز المستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تحفظ العين المؤجرة[3]، وفي المقابل يجب على المستأجر أن يخبر فورا المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة[4]، وغيرها من التطبيقات ...، وبالتالي فالمشرع يساعد ولو بصفة غير مباشرة في التضييق والحد من شروط الفسخ، لكن حبذا لو يتم تفعيل هذا التضييق عن طريق العمل على تشديد الالتزام بالتعاون في اتجاه الإبقاء على العقد والوصول إلى إنقاذه من الفسخ، دون أن يكون لذلك دور معاكس أي في منحى توسيع نطاق فسخ العقود، كما أن الالتزام بالإعلام يفيد في حسن تنفيذ العقد إذ يكتسب أهمية كبرى توجب على المدين أن يلتزم بتزويد الطرف الآخر بكافة المعلومات التي تساعد في حسن التنفيذ وتسهيله مما يغني في الأخير عن اللجوء إلى الفسخ.

إن التعاون واجب تقتضيه العدالة، والعدالة تقتصي أن يشترك المتعاقدان في الفائدة كما هو الحال في تقاسم الأعباء، كما أن الالتزام بالإعلام سيخلف حالة إيجابية من شأنها أن تسهل عملية تنفيذ العقد وتعمل على توقي كل العقبات التي من شأنها أن تعرقل العملية التعاقدية أو تنهيها، ولذلك فإن البحث عن سبل التعاون في التنفيذ تقتضي التفكير في جزاءات أقل حدة وأكثر فاعلية كما هو الحال بالنسبة للتنفيذ الجزئي كما سوف نرى لاحقا.

---

[1] المادة 416 ق. م التي تنص على:" الشركة عقد ...على المساهمة في نشاط مشترك ...ذي منفعة مشتركة...".

[2] أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 25.

[3] المادة 482 ق.م التي تنص على:" لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية...".

[4] المادة 497 ق.م التي تنص على:" يجب على المستأجر أن يخبر، فورا، المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة...".

والجدير بالذكر أيضا أن تضييق شروط قبول الفسخ يمكن أن تتوسع إلى اعتبار العدالة عاملا مهما، ويبدو ذلك جليا من خلال منح القاضي أجلا للمدين أو ما يسمى بنظرة الميسرة[1]، فالقاضي يملك سلطة واسعة بهذا الخصوص، إذ أنه غير ملزم بتقديم مبررات لموقفه فبموجب المادة 119 ق.م يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف، على أنه يأخذ بعين الاعتبار حسن نية المدين وكذا الظروف[2] التي أدت به إلى التأخر في التنفيذ.

يقتضي الالتزام بحسن نية في تنفيذ العقد المرونة في طلب التنفيذ، فالدائن حسن النية ينبغي أن يكون متسامحا مع المدين بموجب التضامن بين أطراف العقد، ويكون ذلك بأن يمتنع الدائن من تحميل المدين فوق طاقته خاصة إذا كانت الظروف التي جعلته في موقف المخل خارجة فعلا عن إرادته أو تكون ظروف استثنائية، فالدائن يلتمس العذر للمدين ويظهر تسامحه من خلال الامتناع عن المطالبة بفسخ العقد.

ثانيا: إعادة التفكير في منهج الجزاء أولوية للاتجاه نحو إنقاذ العقد

1- تراتيبية الجزاء بين التنفيذ والفسخ: بالرجوع إلى نص المادة 119 ق.م فقرة (2) يمكن أن نلاحظ أن المشرع قد أعطى أولوية للتنفيذ حينما خول للقاضي سلطة منح المدين مهلة للتنفيذ بدل الفسخ، أو رفض الفسخ إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزامات جزئيا، لكن يبقى التساؤل مطروحا حول مدى إمكانية اعتبار هذه المادة منطلق حقيقي لمنحى تشريعي للحد من الفسخ، خاصة وأنه بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نفس المادة نستشف أن المشرع في حال لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه أعطى المتعاقد الآخر - بعد إعذار المدين – إما المطالبة بالتنفيذ

---

[1] المادة 281 ق.م. التي تنص على:" غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف ... وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

[2] وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا التي منحت لأحد المتعاقدين أجلا لتنفيذ التزامه كحل بديل عن الفسخ كما يأتي بيانه:" ...حيث أنه بالرجوع إلى المادة 106 ق.م فإن العقد شريعة المتعاقدين وفي الدعوى الراهنة الطاعنة طلبت فسخ عقد البيع لعدم احترام من قبل المطعون ضدها شروط البيع لكن قضاة المجلس طبقوا نص المادة 119 ق.م الفقرة 2 منها متى منحوا أجلا للمطعون ضدها لتنفيذ التزاماتها واعتمدوا في قضائهم على الأوضاع الأمنية السائدة في منطقة الأخضرية سنة 1994 إذ طرأت حوادث استثنائية عامة ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة وبمصالح المطعون ضدها وعليه حين منح قضاة الموضوع أجلا للمطعون ضدها للوفاء بالتزاماتهم فإنهم أحسنوا في تطبيق القانون فالوجه غير مؤسس يتعين رفضه ورفض هذا الطعن مع تحميل الطاعنة المصاريف القضائية..."، ق م ع، ملف رقم: 212782، ق صادر بتاريخ 2000/01/12، م ق، العدد 01، 2001، ص: 114.

أو الفسخ، على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذ لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"، ويفهم من ذلك أن المشرع قد أعطى للدائن حرية الاختيار ما بين التنفيذ والفسخ وجعل كلا منها على قدم المساواة، فعبارة "أو" هنا تفيد التفضيل، أي أن الدائن هنا له كامل الحرية في اختيار إنهاء العقد، والحقيقة أن المتعاقد في ظل هذه الحرية سيتجه إلى الوجهة التي يراها تحقق مصلحته بشكل أكبر، بشيء من الأنانية دون التفكير إلى ما تؤول إليه العلاقة العقدية ككل، بل أنه سيميل حتما إلى إنهائها بدافع الشعور[1] أنه قد تعرض لانتهاك حقوقه من قبل شريكه في هذه العلاقة.

نأتي إلى موضوع الدراسة، فإذا كنا نبحث عن آليات لإنقاذ العقد لابد أن ندعو إلى التوجه نحو تفعيل العقد من خلال المحافظة عليه، وذلك بمحاولة جعل المطالبة بتنفيذ الالتزام حق أصلي، واعتبار الفسخ رخصة تضاف إلى الحق الأصلي للدائن في التمسك بالعقد وليس بديلا عنه[2]، خاصة في حالة ما إذا كان تنفيذ الالتزام ممكنا، وهناك قرارات قضائية[3] تساير هذا الرأي إذ لا خيار للدائن في طلب الفسخ ما دام تنفيذ الالتزام ممكنا، لكن ذلك يمكن أن يمس بحق الدائن في الخيار المكفول صراحة بنص المادة 119 ق.م كما أنه ليس من المعقول ربط الفسخ بإثبات استحالة التنفيذ العيني، لكن لابد أن نشير إلى أن الدائن قد يكون أنانيا وتسوء نيته إذ أن حريته في اختيار الفسخ قد تحقق له فائدة أكبر، خاصة في حالة الاتفاق على التعويض الاتفاقي[4] الذي قد يخلق لدى المتعاقد دافعا نحو سلوك غير فعال، عندما يكون مقدار التعويض أكبر بكثير من الأضرار الفعلية، ويحصل ذلك عادة بعد حصول هبوط في الأسعار، إذ قد يفضل الدائن إخلال المدين بدلا من قيامه بالتنفيذ، ومن ثم فهو سيختار المطالبة بالفسخ والتعويض بدل المطالبة بتنفيذ الالتزام، وبالتالي فإن الدائن قد يمتنع عن التعاون مع

---

[1] علي حسين منهل، فكرة التعويض الاتفاقي كجزاء بديل عن الفسخ، دار المركز العربي للنشر والتوزيع، ص: 295.

[2] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، مصادر الالتزام (المواد: 89، 171)، دار محمود، القاهرة، مصر، ص: 262.

[3] عمر أزوكار، مقال بعنوان: دراسة الخيار بين التنفيذ العيني للالتزام والفسخ القضائي، مجلة الصباح، صادرة بتاريخ 28 نوفمبر 2011، وقد تطرق إلى التعليق على قرار المجلس الأعلى، عدد 4058.

[4] علي حسين منهل، المرجع السابق، ص: 281.

المدين سواء بالامتناع عن ذلك بشكل صريح أو حتى بشكل خفي إذ يتسبب في تعطيل التنفيذ، ومن ثم فلابد من التحفيز إلى تنفيذ العقد بالدرجة الأولى ثم بالخيارات الأخرى التي قد لا تكون ذات فائدة أكبر للدائن لكنها بالمقابل ستكون وفقا للعدالة العقدية وتحقق فعالية[1] العقد والآثار التي يتوخى كل طرف تحقيقها من وراء إبرامه، بحسن نية وكوحدة متكاملة، بعيدا عن الأنانية التي تجعل الدائن يوازي بين مصلحته في التنفيذ أم الفسخ، في حين أنه قد أقدم على إبرام العقد قصد تنفيذه بالدرجة الأولى مما يدفعنا إلى معالجة الإخلال بالعقد عن طريق محاولة التنفيذ بالدرجة الأولى وليس الفسخ.

وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي وبالتحديد بعد تعديل 2016، نجد أن المشرع الفرنسي قد نص على عدة جزاءات لعدم التنفيذ حيث نصت المادة 1217[2] على ما يلي: "يمكن للطرف الذي لم ينفذ التعهد المعقود لصالحه، أو تم تنفيذه بشكل منقوص أن:

- يرفض تنفيذ التزامه أو أن يوقف تنفيذه.

- يتابع التنفيذ الجبري العيني لالتزامه.

- يطلب تخفيض الثمن.

- يعمل على فسخ العقد.

- يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عن عدم التنفيذ، ويمكن الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، ويجوز دائما إضافة التعويض إليها".

ويبدو أن تعداده لهذه الجزاءات لم يكن على سبيل الترتيب وإنما أعطى كامل الحرية للدائن في اختيار الجزاء الذي يرغب به، وقد استتبع هذه المادة بمواد شارحة لكل جزء على حدى بعد أن نص في الفقرة الأخيرة من المادة 1217 على إمكانية الجمع ما بين الجزاءات غير المتعارضة، مع إمكانية إضافة التعويض إليها، ولو ندقق الملاحظة فإننا نجد أن هذا الترتيب لم يكن عشوائيا بل أنه منطقي جدا إلى حد اعتباره ترتيبا تصاعديا للجزاءات من حيث الشدة أو

[1] Ejan Mackaay, l'efficacité du contrat–une perspective d'analyse économique du droit-, présentation au colloque « l'efficacité du contrat » tenu à la faculté de droit de l'université paul cézanne–AIX–Marseille, AIX – en – Provence, le 11 juin 2010, p : 1.

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص: 94.

الخطورة، لكن المشرع لم يقر ذلك الترتيب في حين منح للدائن حرية كاملة في اختيار الجزاء الذي يخدم مصالحه، بل أكثر من ذلك فقد منح له فرصة الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة، وهو غير ملزم بتقديم مبررات لاختياراته، كما نلاحظ أيضا أنه "قد أورد جزاء جديدا يتمثل في طلب تخفيض الثمن"« sollicité une réduction du prix » وقد عمل على إيراد مادة خاصة به وهي المادة 1223[1] وهو في اعتقادي آلية فعالة لإنقاذ العقد، إذ المطالبة بإنقاص أو تخفيض الثمن تفيد أن الدائن يطالب بالإبقاء على العقد[2]، وهو يضاف إلى ما سبقه من جزاءات تفيد كلها اختيار الإبقاء على العقد بطريقة أو بأخرى ويمكن اعتبارها علاج لتنفيذ العقد، ثم في الأخير نص المشرع على خيار المطالبة بالفسخ، وفي اعتقادي أن الأخذ بهذا الترتيب لن يمس بحرية المدين ولكنه سيساعد على التوجه فعليا لإنقاذ العقود من الفسخ باعتباره جزاء خطير يؤدي إلى انهيار العقد بما يرتبه من نتائج اقتصادية سلبية على كلا الطرفين؛ وبالرجوع إلى القانون الموحد المادة 50 منه[3] فإن آلية تخفيض الثمن معمول به في نطاق المبادلات التجارية الدولية وقد تم اعتبارها وسيلة تساهم في إنقاذ العقد من الفسخ[4]، بمنح الحق في تخفيض الثمن للمشتري عندما يتخلف البائع عن تنفيذ التزامه بالمطابقة بأن كانت البضائع المسلمة ناقصة، أو معيبة، أو تشمل على مواصفات أخرى غير المنصوص عليها في العقد، وقد اعتبر تخفيض الثمن أولى من فسخ البيع[5].

---

[1] L'article 1223 : « le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix, s'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ».

[2]« La chambre commerciale de la cour de cassation affirme que l'acquéreur aurait-il été mis en possession de l'objet de la vente, peut, s'agissant d'une vente commerciale, demander la réduction du prix en cas d'inexécution partielle par le vendeur de son obligation de délivrance » Anne Sophie, op.cit., p : 408,409.

[3] أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 58.

[4] المرجع نفسه، ص: 58.

[5] على أن حق المشتري في تخفيض الثمن مقيد، بأن يكون إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة نهائيا وباتا، وعليه فإن قام البائع بإصلاح الخلل في التنفيذ في حالة تسليم البضائع قبل الميعاد، لم يكن للمشتري الحق في تخفيض الثمن كما يحرم المشتري من حقه في تخفيض الثمن إذا عرض البائع حتى بعد تاريخ التسليم أن يعالج الخلل في التنفيذ على حسابه شريطة ألا يترتب على ذلك تأخير غير معقول بالنسبة للمشتري ...، أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 58، 59.

2- إنقاص الثمن آلية مستحدثة للأمن التعاقدي: يعتبر تدخل القاضي فيما يخص مراجعة الثمن abusif آلية مستحدثة بموجب تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، من خلال المادة 1217 والتي تنص على إمكانية مطالبة الطرف الذي لم يتم تنفيذ التزامه المتعاقد عليه، أو تم تنفيذه لكن بشكل منقوص إنقاص الثمن، ما يسمح للقاضي بالتدخل فيما يخص مراجعة الثمن آخذا بعين الاعتبار ما ينتظره الأطراف قانونيا من العقد مع احترام التوازن العقدي وهو ما يطلق عليه في الفقه الفرنسي " le déduire du contrat "[1]، وقد اعتبرت هذه الآلية كجزاء وسيط ما بين الاستثناء عن عدم التنفيذ والفسخ، والذي يسمح بمراجعة العقد[2]، بمستوى ما تم تنفيذه حقا مقابل وفي مكان ما تم الاتفاق عليه في العقد، ولقد سمحت هذه المادة للقاضي بإمكانية التدخل بناء على طلب الدائن بتعديل الثمن بصفة عامة أي أن له سلطة واسعة تطال كل العقود لا سيما عقود البيع[3]، في إطار التأكيد على دور القاضي في الحفاظ على التوازن العقدي وبصفة أوسع الأمن التعاقدي.

من خلال ما سبق ذكره، يبدو أن تدخل القاضي فيما يخص إنقاص الثمن أصبح أخيرا مبررا بالنسبة إلى القانون المدني الفرنسي، في خطوة واضحة نحو استحداث آليات ناجعة لتفادي الفسخ ما أمكن ما يساعد على الإبقاء على العقود وإنقاذها من الفسخ، وهو الأمر الذي يجرنا إلى الدعوى إلى التفكير في هذا المنحى من خلال العمل على إيجاد حلول تسمح بتوسيع سلطة القاضي في هذا المجال، والذي يمكن أن يكون تدخله بهذا الشكل أكثر فعالية ونفعا للمحافظة على العقد باعتباره طرفا محايدا، خاصة بعد أن تدخل القاضي في العقد نتيجة التنفيذ الجزئي للالتزامات أضحى وسيلة معترف بها من أجل محاولة إنقاذ العقد من الزوال[4].

---

[1] Le juge interviendra, il lui revient alors, de fixer le prix en tenant de le "déduire du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieurs des parties, sans qu'un nouvel accord soit nécessaire", Charlotte Carré, Le juge et la sécurité du contrat, Université de Reims Champagne-Ardenne, UFR de droit et science politique, 2016, 2017, p : 46.

[2] Selon le rapport du Président de la République, "il s'agit d'une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution, qui permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce à quoi il a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu", ibid., p :48.

[3] Art 1644.

[4] بلال عثماني، المرجع السابق، ص: 260.

في الأخير يبدو أنه من الصعب الوصول إلى إنقاذ العقد عبر التوجه نحو الإنقاذ بدل الفسخ، لكن في اعتقادي أن ذلك هو الأنسب، إذ أن التوجه نحو معالجة الاخلال بالتنفيذ أولى من السعي إلى إنهاء العقد بالفسخ، خاصة إذا كانت هناك إمكانية فعلية والتي تبدأ من حسن نية الدائن بإبدائه الرغبة في العلاج، ثم نصل إلى دور القاضي الذي يقع على عاتقه قبول الأصلح للعلاقة العقدية، إن التوجه نحو الحديث حول علاج التنفيذ بدل الجزاء عن عدم التنفيذ سيسهل المهمة ويجعل الخيارات للإبقاء على العقد أكثر من اللجوء مباشرة إلى الفسخ الذي ينهي العلاقة العقدية ومن ثم لابد من البحث على علاج (remède) أولى من الجزاء (sanction)، يمكن أيضا أن يختار الدائن بعد رفعه دعوى فسخ العقد إلى العدول عنه ومن ثم المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام، أو التنفيذ بمقابل، والإبقاء على العقد[1]، ويعتبر هذا العدول وسيلة لإنقاذ العقد من الفسخ، والذي يقابله إمكانية المدين دفع طلب الفسخ، بإظهار استعداده لتنفيذ التزامه وبحسن نية، وذلك بالتعجيل في هذا التنفيذ[2].

المطلب الثاني: دور مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

تعتبر النية حالة ذهنية خفية لا يمكن التعرف عنها خاصة وأنها تتحرك وفقا لدوافع وأغراض متعددة، ومن ثم فالتعرف عليها يتطلب التعبير عنها أو فهمها من خلال سلوك دال عنها، ويبدو أن هذا المبدأ ذو أهمية كبرى مرتبطة بكل مراحل العقد بدءا بالتفاوض والتكوين وخاصة التنفيذ، وهي المرحلة التي يصل فيها كل متعاقد إلى غايته من إبرام العقد دون غش أو تحايل أو خداع، وهذا ما يترجم بالامتناع عن الإضرار بالغير وهو مقصد من مقاصد القانون، فحسن النية في العقود يعني أن يراعي كل متعاقد مصالح المتعاقد معه، مع التقيد بطبيعة الالتزام الذي فرضه العقد المبرم بينهما، وقد افترض المشرع أن المتعاقد حسن النية حتى يثبت العكس، فعليه أن يسلك طريقا مشروعا حريصا غير مهملا فلا يلجأ إلى الطرق الملتوية أو

[1] أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 117، كذلك العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 722.

[2] المرجع نفسه، ص: 722.

يتحجج بإهماله في القيام بواجبه وعدم احترازه، وعليه إذن أن يؤدي التزامه وفق ما تقضي به القوة الملزمة للعقد[1] خاصة وأنه يعتبر متفرعا عنها.

الفرع الأول: ضرورة التنفيذ بحسن نية

. إن الأخذ بمبدأ حسن النية يجد جذوره في الشرائع القديمة[2] كشريعة حمورابي التي أخذت بمبدأ القوة القاهرة ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وكالقانون الإغريقي الذي جعل من الإرادة صاحبة الدور الرئيسي في انعقاد العقد وجعل من التراضي أساسا للعقد دون حاجة لإجراءات شكلية، كما اعتمد القانون الروماني على مبدأ حسن النية تبعا لأخذه بمبدأ الرضائية، وكذلك الحال بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية التي تقوم بالدرجة الأولى على الأخلاق والأمانة والثقة والنزاهة وحسن النية وعدم الإضرار بالغير، ومن المتفق عليه أن المشرع قد أخذ بهذا المبدأ بصفة ضمنية[3] في مرحلة تكوين العقد، وقد أعلن عنها صراحة في مرحلة تنفيذه وذلك عندما نص عليها في المادة 107 ق.م؛ كما وأنه مبدأ بلغ حدا من الأهمية على أنه في حال عدم النص عليه، يمكن استنتاجه والاستدلال عليه من خلال مظاهره بالتقيد بكل ما من شأنه أن يضر بالمتعاقد معه، وقد أخذت أغلب التشريعات المدنية بهذا المبدأ وخصته بأهمية بالغة، لكنها لم تتوصل إلى تعريفه بدقة، ولا يسعنا المقام في دراستنا هذه إلى التغلغل في تعريفه وتمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة وإنما سنحاول البحث في مدى ارتباط هذا المبدأ بالقوة الملزمة للعقد(**أولا**)، ثم محاولة تبيان فاعلية المبدأ في تنفيذ العقد(**ثانيا**).

أولا: ارتباط مبدأ حسن النية بالقوة الملزمة للعقد.

يلعب مبدأ حسن النية دور المحرك في العلاقة العقدية[4]، ويتضح ارتباط هذا المبدأ بمرحلة تنفيذ العقد من خلال ملازمة المشرع بين هذا المبدأ وبين مرحلة تنفيذ العقد، وذلك بالنص عليه في المادة 107 ق.م والتي تقابلها المادة 675 من القانون المدني المصري، والمادة

1 حسبما جاء في المادة 107 ق.م.التي تنص على:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

2 يحيى أحمد بن طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007، ص: 7، 8.

3 كما سبق وأن بينا فيما يخص الالتزام بالإعلام.

4 علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 368.

202 من القانون المدني الأردني، وكذلك المادة 221 موجبات وعقود لبناني[1]، والمادة 150 من القانون المدني العراقي[2]... وغيرها من النصوص القانونية التي أوجبت تنفيذ العقد بطريقة تتفق وحسن النية، فربطت مبدأ حسن النية مع تنفيذ العقد، ويعتبر هذا الربط دليل على أهمية هذا المبدأ في هذه المرحلة بالذات، حتى أن الإخلال بهذا الالتزام سيؤدي في الكثير من الأحيان إلى عدم التنفيذ وهو ما لا يسعى إليه كل من المتعاقدين اللذان ارتضيا هذا العقد لتحقيق الغاية المشروعة منه.

إن القصد من تنفيذ العقد بحسن نية هو قيام كل متعاقد بتنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد والتي تمثل الحقوق[3] الناشئة عن العقد بما يحقق الغرض منه، وبأفضل الطرق التي تحقق مصلحة الدائن، ويعني ذلك أن يسعى كل متعاقد إلى تنفيذ العقد وفقا لما يرتضيه هو من تنفيذ الالتزام نحوه، وأن يوفي حقوق الطرف الآخر وفقا لما يرتضيه هو لما يوفى حقوقه وليتم ذلك لابد من التحلي بما ينبثق عن مبدأ حسن النية من استقامة ونزاهة وصدق وأمانة وغيرها من الأخلاقيات التي تجعل من تنفيذ العقد في أسهل وأيسر طرقه.

إن الاعتناء بمرحلة تنفيذ العقد من خلال التركيز على مبدأ حسن النية يساهم في حماية مصلحة المتعاقدين، وكذلك حماية المصلحة العامة، كما أن ذلك يساعد بالنهاية إلى الإبقاء على العقود بما يحقق استقرار المعاملات وسلامتها، إن أخذ المشرع بمبدأ حسن النية يساهم كثيرا في تطوير قواعد القانون التي تنظم المعاملات من خلال التخفيف من حدة القواعد القانونية التي تمتاز بالثبات والجمود، والدفع بها للملاءمة حتى الوصول إلى تحقيق الغاية المرجوة من العقد؛ فمثلا نجد أن القوة الملزمة للعقد لا تستدعي تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد بشكل حرفي، إذ المغزى ليس التنفيذ بمعزل عن روح العقد وإنما المغزى يتمثل في التوصل إلى حماية الرابطة العقدية التي يحميها مبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال مبدأ حسن النية، وهو ما جعل تكاملا بين المبدأين من خلال النص عليهما في مادتين متتاليتين ألا وهما المادة 106، والمادة 107 ق.م، كما أن المشرع بذلك قد أعطى لمبدأ حسن النية وظيفة الرقابة والإشراف على مرحلة

1 عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص: 104.

2 إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 162؛ وقد ذكر أيضا المادة 246 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

3 المرجع نفسه، ص: 163.

تنفيذ العقود، فبالإضافة إلى أن العقد هو كالقانون بالنسبة للمتعاقدين فالقانون لابد أن يتم تنفيذه إذ ما الفائدة من وجوده، كما أن التنفيذ لا يكون مجردا وتنفيذا ماديا فحسب بل لابد أن ينبثق من روح العقد حتى يلمس من الصحة ما يلزم، حيث لا يقتصر تنفيذ العقد على إلزام المتعاقدين بتنفيذ ما ورد في العقد فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، وبحسب طبيعة الالتزام[1]، كما أن العلاقة بين المادتين 106، و107 ق.م جاءت لتبين أن الالتزامات الناشئة عن العقد لها وجهان، وجه قانوني: يتمثل في احترام العقد وتنفيذ الالتزامات المنبثقة عنه، طبقا لما اشتمل عليه، ووجه أخلاقي: يتمثل في أن يتم هذا التنفيذ وفقا للأصول الأخلاقية والتي بدورها تتسم بجانبين أحدهما إيجابي: ويتمثل في التعامل باستقامة وصدق ونزاهة، ووجه سلبي: يتمثل في اجتناب الغدر والخداع أو القصد السيء.

فالمتعاقد في تنفيذه لالتزامه اتجاه المتعاقد معه لابد أن يكون ملزما بتنفيذ ما ارتضاه حقيقة أي داخليا وخارجيا، حيث لن يكون تنفيذه صحيحا إذا كان متعمدا أو حتى مهملا[2] لأنه في الحالتين لم يلتزم بمقتضيات مبدأ حسن النية مما سيؤثر سلبا على القوة الملزمة للعقد، ففي حالة الغش[3] فالمتعاقد يرتكب مخالفته للتنفيذ بالمكر والخديعة، فيحمل الدائن مثلا، على قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه دون أن تتاح له الفرصة للكشف عن المخالفة، فيتقبل الضرر طائعا، في حين أن المتعاقد مرتكب الغش يجني ثماره ولو إلى حين، أي أن المتعاقد الغاش يتظاهر بتنفيذ العقد والتظاهر هنا يظهر لنا سوء النية[4] الذي يتمثل أيضا في حالات الخطأ العمدي وكذلك التعسف في استعمال الحق، كما أن الإهمال الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير أيضا يؤثر سلبا على القوة الملزمة للعقد، فالبائع في عقد البيع مثلا، لا يلتزم بمجرد تسليم

---

1 المادة 107 فقرة 2 ق.م. التي تنص على:" ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

2 فالمتعاقد الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه أو تنفيذه جزئيا، فإنه بذلك يمتنع عما تفرضه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ الالتزام العقدي وهو ما يخالف مبدأ حسن النية، كما أن المهمل يمكن أن يكون مرتكبا لفعل وكان الضرر الناشئ عنه لابد من حدوثه، ومثاله أن يهمل المحامي في أداء واجباته بحيث يتسبب بالضرر لوكيله من جراء هذا الإهمال.

3 هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص: 111.

4 "فالنية إما أن تكون حسنة أو سيئة، ولا يمكن أن يكون من خلال هذا الوجه ممتزجا بين الإثنين لأنهما متناقضان، فالإنسان إما أن يكون حسن القصد (حسن النية) أو سيء القصد (سيء النية)، والقصد الحسن هو توجيه العزم نحو أمر مقر، أما القصد السيء فهو توجيه العزم نحو أمر منكر"، هلدير أسعد أحمد، المرجع نفسه، ص: 109.

المبيع فقط، بل عليه ألا يصدر عنه أي فعل أو ترك قد يلحق الضرر بالمتعاقد الآخر عمدا أو إهمالا.

من خلال ما تقدم يظهر لنا أهمية مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد وذلك من خلال تكميله لمبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث يسعى المبدآن لإنقاذ العقود من عدم التنفيذ، ولا يقصد بذلك المعنى المادي بل أيضا المقصود هو تنفيذ روح العقد ومقصده بكل ما يحمل من جوانب قانونية أو أخلاقية، مما يضمن القوة والاستقرار للعقود خاصة وأن قاعدة القوة الملزمة بما توجبه من التزام لحسن النية في التنفيذ لا يقتصر على المتعاقد فقط بل يشمل القاضي والغير أيضا فهو يخاطبهم جميعا طالما أنه قد تم ضمن حدود القانون والمشروعية[1].

لا يفوتني في هذا المقام أن أشير إلى أن هذا الترابط ليس وليد القانون الوضعي بل ارتبط مفهوم حسن النية في الفقه الإسلامي ارتباطا وثيقا بقواعد الأخلاق، ويشكل مبدأ عاما للتصرفات، فللمتعاقدين الحق في التمسك بشروط العقد وبنوده كما وردت بالاتفاق إلا أنه في العديد من الحالات، قد يؤدي التمسك بحرفية شروط العقد إلى الإجحاف بالطرف الآخر وإلحاق الضرر به وزيادة التزاماته، كما سوف نرى في حالات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، فلا ضرر ولا ضرار، فليس للمتعاقد أن يتمسك بشروط العقد على وجه يتنافى مع حسن النية[2].

ثانيا: فاعلية مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد

تبدو فاعلية مبدأ حسن النية في المجال القانوني، في كونها قاعدة قانونية تسعى إلى الوصول بالعقد إلى المثالية سواء في مرحلة تكوينه أو حتى في تنفيذه، من خلال ما تضفيه من عدالة يكون أساسها حسن النية العقدية[3]، ولست ممن يؤيدون فكرة اقتصار الأخلاق بما فيهم حسن النية على الضمائر والنوايا لوحدها، وكونها بعيدة عن القانون الذي يقتصر على الأفعال المادية دون ما يستتر وراءها من مقاصد، وإلا فما هو تفسير أخذ المشرع بما تخفيه الأفعال المادية من دوافع خاصة في سبب العقد ومظاهر الغش والتدليس، وكذا نظرية التعسف في

1 يحي أحمد بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007، ص: 65.

2 محمود فياض، المرجع السابق، ص :22.

3 ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، المرجع السابق، ص: 22.

استعمال الحق وغيرها، كما أن للأخلاق تأثيرا على شتى نواحي القانون فنجدها في نظام الزواج وما يحكم العلاقات الأسرية، كما يحكم العلاقات المالية، ويرى الأستاذ السنهوري[1]، أن للعوامل الأخلاقية تأثيرا كبيرا في نظرية الالتزامات، فنظرية سوء استعمال الحق والنظرية التي تقضي بأن الغش يفسد العقود والمبدأ القائل بعدم جواز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام، كل هذه نظريات مشبعة بالروح الخلقية وهي تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدي العابثين بالأخلاق والآداب العامة، علاوة على وجود الالتزامات الطبيعية وهي التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق، ويعترف بها القانون ويضع لها نوعا من الجزاء، فتمتزج بذلك القواعد الأدبية بالقواعد القانونية حتى يصبحا شيئا واحدا؛ كما أن هذا المبدأ يسود جميع العقود فلم يعد القانون الحديث يميز بين العقود حرفية التنفيذ وبين عقود حسن النية كما كان الأمر ساريا في ظل القانون الروماني[2].

وفي اعتقادي أن تفعيل هذا المبدأ سوف يساعد على استقرار التعامل، ولكن لابد من فرض الجزاء على سوء النية ليس فقط في مرحلة تنفيذ العقد، ولكن لا بد أيضا من الحرص على فرض الجزاء على عدم التحلي بهذا المبدأ في كل المراحل التي يمر بها العقد؛ بدءا من مرحلة المفاوضات أو مرحلة ما قبل التعاقد، الإبرام، تحديد النطاق، التفسير فالتنفيذ، إذ على المتعاقد أن يكون مسؤولا عما يأتيه من سوء نيته؛ تبدو أيضا فاعلية مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، لما يتجه المشرع إلى تبريرها بدواعي استقرار المعاملات وسد الثغرات القانونية كما أن المرونة التي يتحلى بها ستعطي للقاضي مكنة التدخل لجعلها قاعدة سلوكية موجهة لتنفيذ الالتزام[3] من خلال ما تظهره المادة 107 فقرة 1 ق.م والتي جعلت من حسن النية تجسيدا لمؤسسة قانونية بمكونات أخلاقية، وراح العميد Cornu يعرفها "بالسلطة المعدلة" للقاضي لأنه خيار مفتوح من أجل التخفيف من صرامة المبدأ في الحالة التي يؤدي تطبيقه إلى نتائج مفرطة،

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ص: 10.

2 دالي بشر، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص: 82.

3 زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 311.

وينتهي إلى القول أن "حسن النية" مفهوم إطار" لقدرته على استيعاب المعطيات والمكونات"[1]، إذن، سأحاول أن ألخص مظاهر فاعلية مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود كما يلي:

1- مثالية مبدأ حسن النية في مرحلة التنفيذ: قبل الخوض في مثالية هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد، لابد من الرجوع إلى مرحلة تكوينه حيث يمثل مبدأ حسن النية دعامة قوية لضبط الإرادة وحمايتها من العيوب، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى ارتباط حسن النية بمبدأ الرضائية، حيث يبرر الدور الوقائي لمبدأ حسن النية في ضبط الإرادة وجعلها سليمة خالية من كل العيوب[2]، أما فيما يخص مرحلة التنفيذ، فإن مبدأ حسن النية يلعب دور المهذب للقواعد القانونية، حيث يلعب دورا كبيرا في أخلقة الجانب القانوني فهو يتضمن مفاهيم أخلاقية تدعو المتعاقد إلى التحلي بالصدق والنزاهة[3] والإخلاص والتسامح من جهة وإبداء روح التعاون والثقة من جهة ثانية، كل ذلك في سبيل تسهيل تنفيذ العقد والحفاظ على العدالة[4] العقدية وتجنب الإضرار بحقوق المتعاقد[5].

---

1 محمد حمودة، مأخوذ عن زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 311.

2 وهو ما توصلنا له بالدراسة في الفصل الأول من هذا الباب، عند الحديث عن عيوب الرضا، وكذلك عن تأثر الالتزام بالإعلام بمبدأ حسن النية.

3 "تقتضي النية الحسنة نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص، ويقصد "بالنزاهة والإخلاص" أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا"، وقد أشار المشرع إلى هذا الالتزام في عدة مواد منها المادة 361 ق.م، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 369؛ كذلك تعبر "النزاهة على أن نوفي بالعقود وأن نوفي بالعهود، وأن نقوم بالشروط، وأن ننفذ ما اتفقنا عليه والتزمنا به... وهذا ما أثبته الشرع في جميع مذاهبه (...) وقد كان من أسباب الاهتمام بهذا المبدأ ارتباط قواعد العدالة في الشرع بقواعد الإحسان والأخلاق... ومن نتائج مبدأ النزاهة في المعاملات قواعد عديدة وفروع كثيرة، نذكر بمضامينها على سبيل المثال (...) وهي قاعدة سد الذرائع، ومنع الغش في المعاملات وتجريم الاستغلال ومنع الإضرار بالتعدي أو التعسف..."، صبحي المحمصاني، مقدمة في إحياء علوم الشريعة، نقلا عن زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 314.

4 ومن ثم تحقيق العدل وهذا ما سيعمل على استقرار المعاملات، وسيصب في المصلحة العامة وليس مجرد تحقيق المصلحة الفردية، محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 547.

5 مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط5، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص: 123.

أ-واجب النزاهة: يعتبر واجب النزاهة[1] من أهم مظاهر مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ويرى الأستاذ"Denis Mazeaud"[2] أن النزاهة والتضامن والأخوة تعتبر مستقبلا لعالم عقدي أفضل، ولا يمكن تصور علاقة قانونية دون واجب النزاهة، ويعبر عما يفرضه واجب الإخلاص الذي يمتنع بموجبه المتعاقد عن كل غش أو تدليس[3]، وعند البحث في القانون المدني لم أجد "عبارة" النزاهة[4] وإنما يستنتج مفهومها من خلال عدة التزامات من بينها:

1 يقصد بالنزاهة (La loyauté) لغة "البعد عن السوء"، أما في إطار العلاقات التعاقدية فيقصد بها أن يمتنع المتعاقد عن إتيان ما ينافي الشرف والاستقامة من خداع أو غش أو تعسف أو إضرار بمصالح المتعاقد الآخر، وتعد النزاهة من أوسع مظاهر مبدأ حسن النية في العقود، بل إن المفهوم الأخلاقي المرن للنزاهة جعلها تبدو للبعض صفة مرادفة لحسن النية، لاسيما في مرحلة تنفيذ العقد، أين رصد الفقه عدة التزامات متفرعة عن مبدأ النزاهة، كالالتزام بالمثابرة والالتزام باليقظة والالتزام بالإخلاص؛ محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص :270.

2 زمام جمعة، المرجع السابق، ص :312.

3 علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 369؛ ولابد للإشارة في هذا المقام أن التدليس المشار إليه هنا ليس عيب التدليس الذي يشوب ركن التراضي في تكوين العقد والذي يترتب عنه القابلية للإبطال، وإنما يتبع التدليس هنا معنى الغش أي الإضرار بالغير.

4 نجد تطبيقات للنزاهة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بالقرض الاستهلاكي، حيث نصت على أنه: "يجب أن يتضمن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة توضح على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه وكذا حقوق وواجبات أطراف عقد القرض؛ انظر: ج.ر، الصادرة في 13 ماي 2015، العدد 24.

كما أولى القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية عناية كبيرة بالالتزام بالنزاهة حيث نص في مادته الأولى من الباب الأول منه على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه"، كما عنون الباب الثالث منه بـ: "نزاهة الممارسات التجارية" والذي جاء في تفصيله عبر فصول، عنون الفصل الأول: بـ"الممارسات التجارية غير الشرعية" كما جاء الفصل الثاني معنونا بـ "ممارسة أسعار غير شرعية" ثم جاء الفصل الثالث والذي عنون بـ "الممارسات التجارية التدليسية" أما الفصل الرابع فعنوانه: "الممارسات التجارية غير النزيهة" كما عنون الفصل الخامس بـ "الممارسات التعاقدية التعسفية". والمتمعن في الفصول السابقة بما تحتويه من مواد يجد أن المشرع قد ربط النزاهة بالمشروعية، كما قد عمد إلى منع كل الممارسات التي تنطوي على التدليس والغش وكل الممارسات غير النزيهة التي تهدف إلى الإضرار بالغير وكذا التعسف في استعمال الحق؛ القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والجدير بالذكر هنا هو النص على المخالفات والعقوبات، في الباب الرابع من نفس القانون، والتي تضفي للنزاهة فعالية وهو ما يجعلنا نسلم أن القوانين الخاصة أصبحت تعطي ضمانات فعالة لحماية المتعاقد الضعيف في العلاقة العقدية أكثر مما هو عليه الحال بالنسبة للقانون المدني.

-**انتفاء نية الإضرار بالغير:** وذلك من خلال رفض التنفيذ بغير سبب مشروع، أو رفض التنفيذ العقد عينا، أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ الجزئي[1] وهو ما أشار إليه المشرع في المادة 178 ق.م وكذلك المادة 191 ق.م، والمادة 361 ق.م أيضا المادة 553 ق.م.

-**انتفاء الغش:** يقصد من الغش عند إنشاء العقد تضليل الطرف الآخر وحمله على إمضاء عقد مضر بمصالحه، أما عند تنفيذ العقد[2] فيفترض قصد التهرب أو الامتناع القصدي عن تنفيذ الالتزامات التي تتمخض عن العقد الذي تم الاتفاق عليها، وتطبيقا لذلك نجد قرار للمحكمة العليا يقضي بأنه "يعد غشا تسليم كمية من البطاطا المخصصة للاستهلاك، بدلا من أن تسلم نفس الكمية بذور البطاطا حسب العقد المبرم بين الطرفين، ومن ناحية ثانية أن البضاعة المسلمة إلى المشتري كانت فاسدة ومصابة بمرض، بحيث أن صاحبة الطعن أصبحت مسؤولة عن هذه الأفعال في إطار المسؤولية العقدية"[3]، فالغش يشكل حدا فاصلا بين حسن النية وسوء النية إلا أنهما قد يأخذان مظهرا شرعيا خادعا ويكونان بصورة عمل قانوني، كحالة الإقرار الصادر من الوكيل الذي يقصد به الإضرار بموكله وهو ما يعارض مبدأ حسن النية، فالغش وحسن النية نقيضان حينما تتواجد النية الحسنة؛ إن الالتزام بالنزاهة الذي يقع على عاتق كل متعاقد هو الذي يبرر بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناتجة عن غش المتعاقد أو

---

1 مارغريت نقولا انطوان مارورديس، المرجع السابق، ص :133.

1 هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 358، والذي يرى أن اتجاه الفقه وكذلك القضاء، وبالأخص الفرنسي، يسيران في الوقت الحالي إلى تبني مفهوم واسع للخطأ الغشي عند تنفيذ العقد بحيث لا يقتصر فقط على الخطأ التي ينم عنها ضمن واقع الحال نية الإضرار بالطرف الآخر لأن هذا المفهوم من شأنه تضييق نطاق الأخطاء الغشية ومن ثم استثناء حالات كثيرة تكون فيها سوء نية المدين واضحة وهو أمر لا يخدم مقتضيات حماية المتعاقد الدائن من غش المتعاقد الآخر، وما ترتيب القانون المدني في مجال علاقات تنفيذ العقد، أحكاما مماثلة –حسب اعتقاد الأستاذ أسعد- سواء عند ارتكاب الخطأ الجسيم أو عند ارتكاب الخطأ الغشي إلا خطوة بهذا الاتجاه؛ وهو في اعتقادي ما يمكن تطبيقه على قانوننا المدني خاصة في غياب تفرقة بين مفهوم الغش والخطأ الجسيم بل أن المشرع يساوي في الحكم بينهما، انظر: المادة 172 فقرة 2 ق.م وكذلك المادة 182 فقرة 2 ق.م وكذلك المادة 185 ق.م، كما أن الأستاذ أسعد يرى أن الغش يقع في ذروة تدرج الأخطاء العمدية وأن كل غش هو خطأ عمدي ولكن الخطأ العمد ليس غش دائما، إلا إذا اقترن ركنه المادي بنية التضليل، كما أن الغش باعتبارها فكرة عمدية إلا انها أكثر إمعانا في مخالفة الأخلاق من الخطأ العمدي، أكثر تفاصيل أنظر: هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص: 111.

2 ق م ع، غ م، رقم 213691، بتاريخ 2000/02/16، م.ق لسنة 2001، عدد 01، ص: 125.

3 يحي أحمد بني طه، المرجع السابق، ص: 121.

خطئه الجسيم، كما هو الحال في المادة 178 ق.م، وكذلك بطلان الشرط المسقط للضمان أو الذي ينقص منه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير، المادة 377 ق.م، أو الاتفاق المتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى بغش سبب هذا الضمان، المادة 490 ق.م[1].

-انتفاء التعسف في استعمال الحق: نص المشرع على التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر ق.م[2]، كذلك نص في الفقرة الأولى من المادة 691 ق.م على أنه: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"؛ والملاحظ مما سبق أن التعسف في استعمال الحق يسبب الضرر للطرف المقابل مما يجعل منه منافيا لمقتضيات مبدأ حسن النية الواجب في المعاملات[3] بما فيها مبدأ النزاهة.

والمعلوم أن هناك علاقة وطيدة بين الأخلاق وفكرة التعسف في استعمال الحق، فالمثالية تستدعي أن يستعمل المتعاقد لحقه ضمن الحدود المشروعة له ودون الإضرار بالغير، وهو بهذا يقترب من مفهوم مبدأ حسن النية[4]، الأمر الذي يجعل الأخذ بهذا المبدأ يؤدي إلى انتفاء التعسف في استعمال الحق مما يعمل على الحفاظ على التوازن الدائم وهو ما يتفق ومصلحة المجتمع وتحقيق غايات القانون وأهدافه والذي يمثل المظهر السلبي لمبدأ حسن النية الذي يفرض عدم التعسف في استعمال الحق، ولقد اعتبرت إساءة استعمال الحق من مظاهر سوء النية في العقود خاصة المفاوضات[5] لأن الإساءة أو التعسف يضفي على العقد عدم المشروعية القانونية، ذلك لخروج المتعاقد المتعسف عن الحدود القانونية لممارسة حقوقه، والذي يستدعي ضرورة مراقبة مشروعية استعمال الحق عن طريق مراقبة المشروعية الأخلاقية في

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 369.

[2] التي نصت على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير. - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير. - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

[3] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص: 19.

4 يحيى أحمد بن طه، المرجع السابق، ص: 124.

5 جبار سماح، المرجع السابق، ص: 245.

تنفيذ العقد بحسن نية، وهو ما يجعل التعسف في استعمال الحق كمفهوم معنوي أصبح يشكل قيدا على مبدأ القوة الملزمة للعقد بهدف ضمان استقرار المعاملات[1].

لقد اختلف الفقهاء حول اعتبار مجرد نية الإضرار بالغير تفيد التعسف في استعمال الحق فالأستاذ السنهوري[2] يرى أن نية الإضرار وحدها غير كافية لتكريس التعسف في استعمال الحق، بل يجب أن تقترن بانحراف في سلوك الشخص العادي، بينما يرى آخرون أن نية الإضرار تعبر عن نية الإضرار كمعيار للتعسف[3]، وهناك من يرى أنه بمجرد إخلال المتعاقد بمبدأ حسن النية فهو تصرف بتعسف[4].

وفي اعتقادي أن المشرع قد اتبع منهج ربط مفهوم التعسف في استعمال الحق بنية الإضرار والمشروعية، ويشكل بذلك خطأ تقصيريا ولكن التعسف ليس بالضرورة أن يتخذ موضع الإضرار بالغير، ففي اعتقادي أنه بمجرد الخروج عن الحدود الممنوحة قانونا للمتعاقد في استعمال حقه تعسفا في استعمال الحق سواء كان بنية الإضرار أو بعدم وجود هذه النية، فالتعسف في نظري سيؤدي حتما إلى الإضرار ولو لم تكن هناك نية في ذلك، ولذلك اعتبرت أنه من قبيل عدم التحلي بالنزاهة ولم أربطه بفكرة الخطأ التقصيري، وأكثر من ذلك حيث وبالنظر إلى الجزاء المترتب عن بعض حالات التعسف نجد أنها تساعد على الإبقاء على العقد في الكثير من الحالات حين يحكم القاضي بالتعويض دون إبطال العقد لصالح ضحية التعسف في استعمال الحق[5]، أو بمنح آجال ميسرة للمدين لمكافحة أي صورة من صور التعسف من

---

1 جبار سماح، المرجع السابق، ص :246.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، ص: 848.

3 زمام جمعة، المرجع السابق، ص :347.

4 حيث يرى الأستاذ "Carbonier" أن معيار التعسف يمكن أن ينتمي إلى الهدف المقصود، فيقوم التعسف في جانب صاحب العمل إذا استعمله بغرض وحيد وهو قصد الإضرار بالغير دون مصلحة جادة بالنسبة له، إن انعدام المصلحة الجادة حاسمة وقاطعة "décisif"، وهي التي تثبت نية الإضرار كهدف وحيد، نقلا عن زمام جمعة، المرجع نفسه، هامش ص: 347.

5 المادة 119 ق.م. التي تنص على:" ويجوز للقاضي ...كما يجوز له أن يرفض الفسخ... إذا لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة على كامل الالتزامات".

الدائن[1]، كما يمكنه إعلان البنود التعسفية غير المكتوبة دون إبطال العقود، وغيرها من الحلول الوقائية والتي تساعد على ديمومة العقد[2] والحفاظ عليه.

ب- واجب التعاون: من المتفق عليه أن العقد ما هو إلا وسيلة للحصول على مصلحة معينة، وقد ساد التناقض في تحقيق المصالح وانفرد كل متعاقد بالتفكير بأن مصلحته متعارضة مع مصلحة الطرف الآخر، غير آخذ بعين الاعتبار مصلحة شريكه في العقد، وبالرغم من أن كل التشريعات اللاتينية، وتلك التي تأثرت بها، تشترط صراحة أن يكون تنفيذ العقد بحسن نية، إلا أن فكرة التنازع حول الظفر بالمصلحة بكل أنانية[3] كان سائدا ولم يتم الاعتراف قانونا بمفهوم التعاون إلا حديثا[4] بالرغم من أن له بوادر كثيرة في مرحلة المفاوضات وكذا في مرحلة إبرام العقد[5]؛ فالالتزام بالإعلام يقوم على مبدأ التعاون[6] وكذلك في حالة إبرام عقد مشوب بعيب الغلط فالمشرع منع على المتعاقد الذي وقع فيه أن يتمسك به على وجه يعارض مبدأ حسن النية، أي أنه يلزمه بأن يتعاون مع المتعاقد معه قصد المحافظة على العقد وإنقاذه من الإبطال.

إن واجب التعاون هو موقف إيجابي يتمحور في ترجمة حسن النية في التعاون ولو بالقدر القليل الذي يساعد على تنفيذ العقد، ولو أنه محكوم بالنظرة الانفرادية لسلطان الإرادة، إلا أن ذلك لابد ألا يتعارض مع مبدأ حسن النية، وإلا كان تحليل المصالح المتعاقدة تحليلا ضيقا من شأنه أن يحول العقد إلى جو تنازعي[7] في حين يفترض أنه يحمل من معاني المشاركة، المساهمة، التضامن، التآزر، التعاون، وحق الوصول إلى المساعدة أو الإعانة، في سبيل حسن

---

1 المادة 281 فقرة 2 ق.م. السابقة الذكر.

2 زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 344، سنشير لها لاحقا في الباب الثاني من الدراسة.

3 ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، المرجع السابق، ص :19.

4 François Diesse, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat (article), Archives de philosophie du droit, 43, (1999), p 259, « La découverte par la pratique des affaires, la coopération est à l'aube des transactions et s'impose également comme l'horizon vers lequel l'évolution des relations contractuelles est tournée.

5 علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 370.

6 Anne Sophie. Op.cit. p

7 جمعة زمام، المرجع السابق، ص: 323.

تنفيذ العقد، وانجاح العملية العقدية بمختلف الوسائل المتاحة للمتعاقدين[1] والتي تمثل في الحقيقة الهدف المشترك للمتعاقدين؛ لقد كانت فكرة حسن النية تفرض على المتعاقد موقفا سلبيا يتمثل في عدم اتخاذ مسلك ينطوي على غش، ثم تطورت فأصبحت تفرض عليه سلوكا إيجابيا بالتعاون وعدم الاكتفاء باجتناب سوء النية[2]، وتعد فكرة هذا الواجب قديمة ولكن الزاميته حديثة العهد[3]، ولكنها تلعب دور مهما من أجل تفعيل العقد على مستوى التنفيذ، وفي اعتقادي أن الإبقاء على التعاون كواجب لن يجدي نفعا في ظل التطورات الراهنة، ولعل ادخال هذه المبادئ الأخلاقية على التشريع لهو غاية تنشدها التشريعات كافة لما لها من تأثير إيجابي على الاستقرار، وإذا ما أردنا أن نبين أثر واجب التعاون على العلاقة العقدية يجب النظر على النتيجة لو تم إلزام كلا المتعاقدين بالتعاون، فليس من شك في أن النتيجة ستكون أكثر إيجابية، ولن ننفي أن تشريعنا لا يخلو من إيراد واجب التعاون في عدة مواطن، كما أن للقاضي أن يضيف التزامات إلى مضمون العقد مما يحقق تنظيما أفضل للعلاقات بين طرفيه من عدمه فيما يتطلبه التنفيذ بحسن نية[4]، وسواء أكان نص القانون أو العرف أو اعتبارات العدالة التي يضفيها القاضي عند تدخله لتنظيم العقد بإضفاء واجب التعاون، فإن ذلك يعد من مستلزماته، ويلتزم المتعاقدان به كما يلتزمان بما ورد في العقد صراحة، ولكن هل يعني ذلك أن واجب التعاون يرتقي إلى الالتزام العقدي؟

يبدو لي أن المشرع لم يحسم موقفه من تفعيل مبدأ حسن النية إذ أن المتصفح للمواد القانونية لا يجد إجابة واضحة؛ فالاستناد على مبدأ حسن النية بصفة عامة وواجب التعاون بصفة خاصة يوجب إعطاء هذه القواعد الأخلاقية مرتبة الالتزامات العقدية، لتمكينها من أداء وظائفها ومهامها على أفضل وجه، وفي كل مراحل العقد ولا سيما مرحلة تنفيذها، كما أن ذلك يتطلب الاعتراف بالجزاء عن تخلفه مما يدعم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، فكلما التزم

1 Picod (y), effet et obligation des conventions, contrats et obligations, Art 1134 et 1135, Fasc. 11, édition de juris-classeur 1999, N° 44, p 13.

2 سماح جبار، المرجع السابق، ص: 241.

3 إذ يقول فلور: "لم يعد العقد يرتكز على روابط متعارضة، لكن يمكن الارتكاز على روابط متآزرة" وهو التآزر الذي فرضته ضرورات التعامل كما في عقد الشركة وغيرها، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص: 151.

4 مبارك محمد ذيب آل فطيح، المرجع السابق، ص: 145.

الأطراف بـ "التعاون" كلما كان التنفيذ أسهل وفعال، ويمكن أن نستشف بعض المواطن التي يكرس فيها المشرع مبدأ التعاون، ولكنها تبقى غير كافية خاصة إذا سلمنا أن أخلقة العقد هي أداة لتحسينه، من خلال حماية المتعاقد الضعيف[1] والعمل على إعادة التوازن للأداءات العقدية[2]؛ لابد أن التعاون يحيلنا مباشرة إلى عقد الشركة والذي يبين أن واجب التعاون بين المتعاقدين يمثل روح العقد[3]، المادة 416 ق.م والتي يتضح من خلالها أن التعاون هو التزام وما دام فيه مساهمة في نشاط مشترك فعلى الأرجح يستوجب حتمية التعاون بين أطرافه لحسن تنفيذه، وإذا كانت المساهمة بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد في هذه المادة تكشف عن الجانب الإيجابي فإن المادة 432 وبنصها على الامتناع عن كل ما من شأنه أن يلحق ضررا تكشف عن الجانب السلبي للتعاون حيث نصت المادة 432 ق.م تحت عنوان "آثار الشركة" أنه "على الشريك أن يمتنع من أي نشاط يلحق ضررا بالشركة أو يعاكس الغاية التي أنشئت لأجلها".

ثم في عقد البيع نجد المشرع يلزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل الحق عسيرا أو مستحيلا وهو ما جاء في نص المادة 361 ق.م، من خلال المادة يبدو أن المشرع يقصد أن يتعاون البائع والمشتري على حسن تنفيذ العقد، كما نستنتج واجب التعاون بين البائع والمشتري أيضا في دفع تعرض الغير في دعوى ضمان الاستحقاق في عقد البيع كما جاء في نص المادة 372 ق.م، كذلك الأمر بالنسبة لعقد الإيجار فعلى المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة. كما جاء في نص المادة 483 ق.م، كما أنه على المستأجر أن يعلم المؤجر بكل ما تتعرض له العين المؤجرة، كما جاء في نص المادة 484 ق.م، كما أن على الوكيل أن يوافي الموكل بكل المعلومات الضرورية في عقد الوكالة المادة 577 ق.م، ومن ثم فإن واجب تنفيذ العقد بحسن النية هو

---

1 إن واقع اختلال التوازن العقدي في بعض العلاقات فرض على المشرع تكريس الالتزام بمبدأ حسن النية لصالح الطرف الضعيف.

انظر: محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص: 267.

2 François Diesse, op.cit., p : 297.

3 حسن حدون، التكافل العقدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 36.

واجب مشترك يفرض على أطراف العقد مهما تعددوا[1]؛ ويتمثل واجب الدائن في ضرورة أخلقة سلوكه تجاه المدين، بحيث لا يكتفي بعدم تشكيل عقبة تسبب استحالة التنفيذ، بل عليه أن يبذل قصارى جهده بأن يكون متعاونا لتسهيل التنفيذ، وقد عبر عن ذلك الأستاذ أحمد إبراهيم، باعتبار أن "واجب الدائن يتمثل في ضرورة سلوكه تجاه المدين سلوكا متبصرا بحيث يتفادى الأخطاء المؤثرة على تنفيذ المدين لالتزامه، فلا يقف عقبة تسبب استحالة التنفيذ، عد ذلك سببا أجنبيا يعفي المدين من تبعة عدم التنفيذ"[2]، كما اعتبر أن "على المدين أن لا يتسبب أو يدفع الدائن إلى ارتكاب الخطأ، فإذا خالف ذلك، فإن خطأ الدائن لا يعد عندئذ سببا أجنبيا عن المدين، ذلك لأن له يد في حدوثه"[3]، والملاحظ أن الأستاذ "إبراهيم أحمد" قد اعتبر أن عدم التعاون في حد ذاته يعتبر خطأ[4] والخطأ يفضي إلى المسؤولية، ولعله محق في ذلك فلو أدرك المتعاقد أن عدم التزامه بالتعاون مع المتعاقد معه، قد يؤدي به إلى التعويض فهو حتما سيكون أكثر إيجابية مما سيحقق فاعلية أكثر لهذا المبدأ، كما أنه في النهاية لابد أن يدرك أن عدم تحليه بمبدأ حسن نية سيعود عليه بالضرر أيضا، إذ في حال عدم التنفيذ سيحرم أيضا من المنفعة التي كان يرجوها من إبرامه لهذا العقد.

في سياق الحديث عن مثالية مبدأ حسن النية من خلال أخلقة الواجبات وجعلها التزامات تساعد على الملاءمة بين أهداف القانون في تسيير المعاملات وتنفيذها بصورة مشروعة وموافقة للقانون من جهة، وبين تحقيق مصلحة المتعاقد الذي يسعى لتحقيق منفعة شخصية مشروعة من جهة أخرى، ومن ثم الوصول لهذا المبدأ إلى تنظيم المجتمع من خلال الحفاظ على استقرار المعاملات وضمان حقوق ومصالح الأطراف المتعاقدة من خلال هذه المعاملات، فالأخلقة ضرورة مستجدة للحياة القانونية تضفي استقرار وديمومة للعلاقات العقدية كما أنها

---

1 إبراهيم أحمد إبراهيم الذيابات، المرجع السابق، ص: 101.

2 المرجع نفسه، ص: 101.

3 المرجع نفسه، الصفحة نفسها

4 ولقد اعتبر الأستاذ "إبراهيم أحمد" أن من أهم الواجبات المتفرعة من واجب الدائن العام بالامتناع عن الخطأ، واجبات أربعة تناولها في فروع أربعة وهي: واجب الدائن في التعاون مع المدين لتنفيذ التزامه بصورة صحيحة، واجب الدائن في إخطار المدين بالظروف التي تؤثر على سير التنفيذ، واجب الدائن في عدم التعسف في استعمال حقوقه، واجب الدائن في عدم الإساءة إلى مركز المدين، أكثر تفاصيل انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم الذيابات، المرجع نفسه، ص: 61 وما بعدها.

تساعد على إنقاذ العقود في حالة الإخلال بالتوازن من خلال المرونة التي تعزز دور القاضي في التدخل لإعطاء ضمانات كافية لتنفيذ العقد.

2- مرونة مبدأ حسن النية ودوره في تعزيز دور القاضي في تنفيذ العقد: يتميز مبدأ حسن النية بمفهومه المرن[1] وشموليته، فبالإضافة إلى الدور الوقائي الذي يلعبه في مرحلة المفاوضات، فهو يلعب أيضا دورا علاجيا في مرحلة تنفيذ العقد، من خلال توسيع صلاحية القاضي في إحقاق الحق ورد العقود والتصرفات إلى حدود الشرعية[2] من خلال التخفيف من جمود القاعدة القانونية، إذ يتمتع القاضي بسلطة تقدير ظروف إعمال النص وله أن يفرق بين المتعاقد الذي ينفذ بسوء نية والمتعاقد حسن النية، ويحمي مبدأ حسن النية ذي المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الحرفي للقاعدة القانونية فالحائز يكسب ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية، المادة 837 ق.م، ومعنى ذلك أنه إذا ألزم الحائز حسن النية برد الشيء إلى مالكه، فهو غير ملزم برد الشيء ذاته، كما أنه ولو كان سيء النية من حقه أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها، المادة 838 ق.م وحكم القانون في هذه المواد جاء لحماية مصلحة الحائز وترجيحا لحسن نيته على مصلحة المالك، وللقاضي تطبيقا للعدالة سلطة تقدير ظروف إعمال النص.

ومن مبادئ مبدأ حسن النية عدم التمسك بحرفية التنفيذ[3]، فلا يحق للمتعاقد أن يرهن المتعاقد الآخر بالتشبث بحرفية التنفيذ[4]، فالعقد شريعة المتعاقدين إلا أن هذا المبدأ مقيد بما تمليه مقتضيات مبدأ حسن النية، فلا يجوز لأي متعاقد أن يتمسك بحرفية التنفيذ بشكل يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر، ما يجعل من مبدأ حسن النية أداة مواءمة بين مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد، وعدم الإضرار بالغير سواء في تفسير العقد أو في تنفيذه[5]، وذلك ما يساعد على ضمان تنفيذ العقد بصورة صحيحة موافقة لأحكام القانون، ومعبرة عن روح العقد، فالقاضي ضمن السلطات الممنوحة له يوفر حماية للمتعاقد وكذلك

---

1 إن مبدأ حسن النية هو تعبير عن الواقع المتطور المرن عكس "القانون" الذي يظل أحيانا ثابتا ومستقرا ولا يتفاعل مع الواقع، انظر جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص: 227.

2 يحيى أحمد بن طه، المرجع السابق، ص 162.

3 المرجع نفسه، ص: 157.

4 مازن حنبلي، الحقوق وأنواعها ومداها والتعسف في استعمالها، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2003، ص: 15.

5 يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص: 157.

الغير من سوء نية المتعاقد معه، فكل عمل أو ترك يعتمد فيه أسلوب غش أو قصد للإضرار يعمل على الإخلال بالتوازن العقدي وما على القاضي إلا الاهتداء لسبل المساهمة في حماية مصالح المتعاقدين مما يؤدي إلى استقرار التعامل واطمئنان الناس إلى التعامل بينهم.

الفرع الثاني: ارتباط مبدأ حسن النية بالوضع المخفي والوضع الظاهر.

لابد أن ندرك أهمية وفاعلية مبدأ حسن النية، فهو بكونه مبدأ أساسيا للمحافظة على حقوق أطراف العقد، وحماية مصالحهم بكل ما يحققه من إشاعة للثقة والأمانة والنزاهة والتعاون، فهو أيضا يعمل على حماية الصالح العام ورقابته مما يؤدي إلى استقرار التعامل واطمئنان الناس على حقوقهم، ولكن تبقى النية في وضعها المخفي وكذلك الظاهر مستترة إلى أن يتم الكشف عنها، ولطالما يلجأ المتعاقدين إلى أوضاع قد تكون مخفية قصد تحقيق مصالحهم مما يجعلهم يحتالون على القانون دون مراعاة المصلحة العامة وهو ما يعرف بالتحايل على القانون(**أولا**)، كما أن نظرية الوضع الظاهر قد تكون وسيلة مثلى للإبقاء على عقود قصد تحقيق الاستقرار(**ثانيا**) وهو ما يتم تناوله على النحو الآتي:

أولا: الإنقاذ بالتحايل على القانون.

ويعرف لدى بعض الفقهاء على أنه الغش نحو القانون والذي مؤداه "القصد إلى التهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة عن طريق تشكيل تصرف أو تصرفات قانونية بصورة تؤدي إلى أن يكون ظاهرها مطابقا للقانون مع استهدافها الغاية التي تخالف هذه القاعدة" كما عرفه آخرون بأنه: "تواطؤ ما بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع"[1]، والسؤال المطروح هنا هو كيف يتم إنقاذ العقد عبر التحايل على القانون؟ في الحقيقة هي ليست بالطريقة المثلى ولكن إخفاء النية الحقيقية بقصد الإبقاء على العقد فيه حماية لمصلحة المتعاقدين، بالرغم من أنها مخالفة للمصلحة العامة، فالتواطؤ بين المتعاقدين لا ينتفي فيه مبدأ حسن النية فيما بينهما، إذ أن الهدف من التحايل

1 ديبوا، فكرة الاحتيال على القانون في القضاء الفرنسي، نقلا عن هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص: 63.

ليس المساس بمصالح الطرف المقابل الذي يتعاقد معه الشخص حيث لا توجد سوء نية اتجاهه[1] في حين يشترك[2] المتعاقدان في محاولة الإفلات من قاعدة قانونية مرهقة لهما.

وقد يتبادر إلى الذهن أن (التحايل) أو (الغش نحو القانون)[3] يشبه (الغش نحو الغير) يستلزم بالضرورة مخالفة قاعدة قانونية آمرة وبالتالي لا جدوى للتفرقة بينهما، إلا أن ذلك غير صحيح لأن الغش نحو الغير يستدعي الإضرار بالغير عن طريق استعمال طرق غير مشروعة لتحقيق ربح غير مشروع، كما في تصرف المدين في أمواله للتهرب من تنفيذ دائنيه عليه، أما المتحايل على القانون فلا يمكنه تحقيق غايته غير المشروعة لوجود نص قانوني مباشر فيلتمس من التصرف القانوني التهرب من تلك القاعدة القانونية، ويكون ذلك غالبا عبر مرحلتين تتمثل الأولى في: تغيير المركز الذي يثير المنع القانوني ثم بعد ذلك: محاولة مخالفة القاعدة القانونية في ظل المركز الجديد الذي لا يجعل هذه المخالفة غير مشروعة وفي اعتقادي أن الهدف الأول للمتعاقدين هو المحافظة على العقد بينهما وليس الإضرار بالمصلحة العامة، غير أنهما يرجحان مصلحتهما على المصلحة العامة في صورة للتعاون والتآزر، لكن بطريقة احتيالية على القانون.

وقد فصلت المحاكم الفرنسية في وقائع تتعلق بطبيب يريد أن يتهرب من حكم المادة (999) مدني فرنسي (القانون المدني الفرنسي قبل التعديل)، التي تحرم الهبة للطبيب المعالج في مرض الموت، ورغبة في تجنب هذا التحريم يتزوج الطبيب بمريضته ليرتفع التحريم، فهو يبدأ بتغيير مركزه من طبيب معالج إلى زوج بإجراءات سليمة، ثم تقع الهبة بعد ذلك والقصد منذ البداية هو التحايل على نص القانون[4]، والملاحظ على هذا المثال هو رغبة الطبيب والمريضة في

---

1 هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2012، 2013، ص: 60.

2 Marie Pierre Lamour, op.cit., N° 102, p 76.

3 هناك حالات التحايل على القانون في نطاق القانون الدولي الخاص والتي تتمحور في ثلاثة مجالات رئيسية، مجال الأحوال الشخصية ومجال التصرفات القانونية ومجال الحقوق العينية والتي تتم عن طريق التصرفات القانونية من بينها العقد؛ هذه الأخيرة التي تخول إرادة المتعاقدين حق اختيار القانون الذي يحكم العقد عملا بقاعدة الإسناد والتي وهبها المشرع لأطراف العلاقة العقدية في سبيل تسيير المعاملات الدولية وتحقيق العدالة، ولكن الأطراف يتحلون بسوء النية في التحايل على القانون بقصد الحصول على منافع خاصة مما يتعارض مع المصلحة العامة؛ انظر أكثر تفاصيل: هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، من ص 66: إلى 68.

4 المرجع نفسه، ص: 64.

إنقاذ عقد غير شرعي يتم إبرامه عبر مرحليتين تمثلت الأولى: في تغيير المركز إذ تحول الطبيب إلى زوج ومن ثم تم تغيير المركز الذي يثير المنع القانوني، ثم: تمت مخالفة القاعدة القانونية في ظل المركز الجديد أي تمت الهبة وبهذا يتم إنقاذ عقد كان مصيره هو البطلان، لكن السؤال المطروح هنا هو حول إمكانية المطالبة ببطلان هذا الحق؟ خاصة إذا اتخذ التصرف نفسه حالة موحدة بين الغش نحو القانون والغش نحو الغير، ومثاله أن يتخذ المتعاقدان من عقد البيع ستارا ليخفيا الوصية تحت ظله حتى لا يتقيد الموصي بالنصاب القانوني المحدد وهو ثلث التركة لنفاذ تصرفه في حق الورثة، فكيف يمكن المطالبة ببطلان هذا التصرف والذي فيه ضررا للغير؟

يبدو أن هناك تشابها بين الصورية[1] والتحايل على القانون إذ أن كلاهما وسيلة لإخفاء حقيقة وضع ما، كما أن الصورية ليست دائما المقصود منها هو الإضرار بالدائنين فقد يكون الغرض منها هو التحايل على أحكام القانون[2]، كما أنها تشترك مع التحايل على القانون في اشتراك المتعاقدين إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه، بينما قد تقع الصورية بقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر خاصة في حالة إبعاد أموال المدين عن متناول أيدي دائنيه، فيتصرف فيها عن طريق بيع صوري كي لا يتخلى عن ملكيته للمبيع؛ وقد توسع القضاء الفرنسي في هذه الآلية وتعددت تطبيقاتها حيث اعتبرت وسيلة لتهريب العقد من البطلان المحقق[3]، وقد تم اعتماد هذه الآية خاصة بالنسبة للبيوع المؤجلة عند تأجيل الثمن وترى الأستاذة Marie Pierre Lamour أن فرض تطبيق السعر الجديد في مثل هذه البيوع سوف يضفي عداء بين المتعاقدين مما يفسد الأمن والفعالية القضائية عبر زوال العقد ووضع المتعاقدين موقف التضارب بعد أن كانا

1 يعتبر الأستاذ هلدير أن التشابه يكون بين الصورية النسبية والتحايل على القانون إذ أن الصورية النسبية تخفي آثار تصرفا حقيقيا، حيث تنتج آثار هذا التصرف بشرط ألا يكون هذا التصرف المخفي يهدف إلى غاية مشروعة وإلا كان باطلا، في حين أن الصورية المطلقة ليس لها أثر بانعدام نية الالتزام، أكثر تفاصيل راجع: هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص: 93.

2 المرجع نفسه، ص: 92.

3 « Il est paradoxal de constater que la nullité n'était pas invoquée en vue de faire cesser une situation inéquitable, mais pour tenter tardivement d'échapper an versement d'une indemnité contractuelle, d'une à un défaut de paiement du prix ou an paiement d'une clause pénale on encore d'une indemnité de résiliation mise à la charge du demandeur la sanction de la nullité avait donc fait l'objet d'un détournement de la part des contractants peu scrupuleux », Marie Pierre Lamour, op.cit., p 75.

شريكين في الاتفاق، وترى أكثر من ذلك إذ يعتبر أن التحايل على القانون هو وسيلة مشتركة تخفف العبء على المتعاقدين خاصة فيما بين التاجر والموزع، فكل منهما يسعى إلى إنقاذ العقد بينهما، وهو ما تراه الأستاذة محفزا للأخذ بمبدأ حسن النية في التعاقد وفرض مبدأ الثقة في العلاقات العقدية، واعتبار كل من تعدى عليهما مسؤولا[1]، كما أنها اعتبرت أن القضاة لا يتوانوا عن الابتعاد عن القانون في سبيل الإبقاء على العقد المهدد بالبطلان ووصفتهم بالجرأة في اختيار الاحتيال على القانون في سبيل الإبقاء على العقود[2].

ثانيا: الإنقاذ عن طريق الوضع الظاهر.

تهتم الأنظمة القانونية في جل البلدان المتقدمة والنامية إلى توفير الاستقرار في المعاملات والذي يعتبر إحدى الأفكار الأساسية التي يقوم عليها التنظيم القانوني بصفة عامة، والقانون باعتباره المحرك في تكوين العلاقات وتنظيمها يحتاج إلى التطور الذي يتلاءم مع التقدم السريع للمجتمع، وبما أن الأمن القانوني هو من أهم الدعائم لحماية المجتمع من الأحكام الجائرة وغير المتوقعة والتي تفضي إلى اضطراب مجريات الحياة[3]، كان لابد من البحث عن الوسائل التي تساعد على فرض الاستقرار حتى ولو كان فيها من الابتعاد عن القانون ما يجعلها قريبة من الواقع الاجتماعي؛ لا يمكن لأي تنظيم قانوني أن يستغني عن فكرة الاستقرار ولذلك أردت أن أتطرق لما يطلق عليه بـ "المراكز الفعلية" أو "الوضع الظاهر" باعتبارها وسيلة لاستقرار العقود ومن ثم يمكن اعتبارها وسيلة لإنقاذ العقد[4] ولكنها لا تعتمد على القانون مباشرة بل تعد إحدى النتائج العملية لتطبيقه، بحيث تعمل على تعزيز الحق المكتسب من الغير طبقا للحالة الظاهرة[5]، فبالإضافة إلى المراكز القانونية التي تنشأ وتتكون في إطار القانون وتحظى بحمايته إذ تستمد هذه المراكز ما يوجب عليها من واجبات وقيود كما أنها تتمتع بمزايا وسلطات كلها من وحي القانون الذي يعتبر المحرك للعلاقة القانونية، ولكن بالمقابل هناك الغير من أفراد المجتمع الذي يتعامل مع بعض الأشخاص ويطمئن إلى التعامل معهم والدخول في علاقات وتصرفات

1 Marie Pierre Lamour, op.cit., p 76.
2 op.cit., p 77.
3 محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 369.
4 Marie Pierre Lamour, op.cit., p 77.
5 Alain Benabent, droit civil, 3 ème édition, mont chrestien, Paris, 1991, p 106.

تمنح لهم، مراكز أخرى لا تستند في وجودها إلى القانون ولكنها في الواقع تعبر عن علاقات تم الاطمئنان لها والتصرف وفقها، ليس طبقا للقانون وإنما طبقا للواقع الاجتماعي وذلك لأنها تفتقد أحد العناصر اللازمة لاتفاقها مع قواعد القانون وأحكامه، مما يطلق عليها المراكز الفعلية[1]، وليس بالضرورة أن تفتقر المراكز الفعلية لكل العناصر القانونية الخاصة بالمراكز القانونية، إذ أن هناك من المراكز الفعلية ما يتوافر لها بعض العناصر القانونية الخاصة بالمراكز القانونية، إلا أن عدم اكتسابها لتلك المراكز، قد يكون مرده بطلان[2] أو انتفاء المركز القانوني، لتخلف أحد عناصره فبطلان عقد الشركة قد يتخلف عنه مركز فعلي يتمثل في شركة فعلية[3]، ويشترط لقيام المراكز الفعلية، توافر شرطين أساسيين، الأول: هو الوجود المادي للمركز الفعلي، والثاني: هو تخلف أحد العناصر اللازمة لإخفاء الوصف القانوني على ذلك الوجود المادي[4].

وفي اعتقادي أن مبدأ حسن النية هو أساس الأخذ بالوضع الظاهر، إذ أن الغير حسن النية بإقدامه على التعامل مع هذا الشخص، يتمتع بحماية الواقع على حساب القانون إذ ينتصر المتعاقد حسن النية ويتم التضحية بصاحب المركز القانوني الحقيقي كل ذلك في سبيل استقرار المعاملات، وبالتالي فحسن النية في نظرية الأوضاع الظاهرة هو مجرد حالة ذهنية في نفس الغير أي المتعامل مع صاحب الظاهر، وأما عن الآثار فهي لا تتوجه إلى الطرف المقابل في العلاقة (المتمثل في صاحب الظاهر، وإنما تتوجه إلى شخص آخر المتمثل في صاحب الحق إذ أن الغير وصاحب الحق هما ضحية الوضع الظاهر الذي تولد منه التعامل)[5].

إن من مظاهر الأمن القانوني الذي تسعى جل الأنظمة للوصول إلى تحقيقه هو حماية الاستقرار في المجتمعات وذلك ينطلق بالدرجة الأولى من توفير الثقة والاطمئنان في المعاملات

---

1 شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2002، ص: 13.

2 المرجع نفسه، ص: 14، كذلك انظر: محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 272.

3 المرجع نفسه، ص: 272.

4 شوقي محمد صلاح، المرجع السابق، ص: 13.

5 هدى بن يوب، المرجع السابق، ص: 56.

بين الأفراد وتسهيلها[1] مما يحقق مصالح الأطراف المتعاملة بالدرجة الأولى، ومن ثم تحقيق مصلحة المجتمع ككل، ولعل ذلك ما أدى بالأنظمة للأخذ والاعتداد بالمراكز الفعلية[2]، فالعقد لم يبق شأن المتعاقدين لوحدهما، بل هو ظاهرة تهم المجتمع ككل، ولذلك لم تعد الحماية تقتصر على المتعاقدين لوحدهما وإنما لابد أن تشمل المجتمع ككل بما فيه الغير المطمئن للوضع الظاهر؛ ويبدو لي أنه لابد أن نتساءل عن فعالية الأخذ بنظرية الوضع الظاهر في استقرار المعاملات ومن ثم إنقاذ العقود التي تم تهديدها خاصة بالبطلان، حيث يظهر دور الوضع الظاهر في الحد من تطبيق الأثر الرجعي لبطلان العقد بالنسبة للغير[3] بشكل واضح في تطبيقات المبدأ الذي يقول أن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون، حيث أنه ما هو إلا خطأ يقوم في أذهان الناس بالنسبة إلى مظهر يتوفر لديهم ويعتقدون في صحته على خلاف الحقيقة فيطمئنون إليه ويتعاملون على أساسه، ويتحقق ذلك حينما يظهر شخص يتخذ لنفسه صفة معينة على خلاف الحقيقة، وتحسبه الناس كذلك، كالنيابة الظاهرة والدائن الظاهر، والوارث الظاهر، والمالك الظاهر، والوكيل الظاهر، والحائز الظاهر، الموصى له الظاهر، الناقل الظاهر، الشركة الفعلية...[4] الأمر الذي يستدعي تصحيح تصرفات صاحب الظاهر حماية للغير حسن النية[5] في مواجهة صاحب الحق الأصلي، وذلك رعاية لاستقرار المعاملات، مما يجعل من تصحيح تلك التصرفات بمثابة استثناء يحد من رجعية بطلانها[6].

تعد هذه النظرية من صنع القضاء الفرنسي[7] الذي يسعى دائما إلى التخفيف من حدة القواعد القانونية وعدم مراعاتها للواقع[8] ولم يتوانى القضاء المصري من جعل الوضع الظاهر

---

1 لابد من تسهيل المعاملات من خلال دعم السرعة والائتمان وللقيام بهذه المعاملات ولا يتأتى ذلك إلا باقتصاد الجهد والعناء الذي يشغل كل متعاقد قبل إقدامه على إبرام أي عقد أو القيام بأي صفقة، من خلال ما يجدوه من التحري الدقيق حول المتعاقد معه مما يعرقل سرعة التعاملات في المجتمع.

2 محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 273.

3 فايز عبد الكريم عقلة الفالح، مظاهر مواجهة البطلان، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص في جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان الأردن، 2017، ص: 222.

4 محمد الصديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 273.

5 Marie Pierre Lamour ; op.cit., p79.

6 فايز عبد الكريم عقلة الفالح، المرجع السابق، ص: 222.

7 هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 315.

8 Alain Benabent, op.cit., p 107.

قاعدة عامة وليس استثناء[1]، لكن بالنسبة للمشرع الجزائري فكان موقفه مبهما إذ أنه لم يعترف بالوضع الظاهر كقاعدة عامة ولكن يمكن استخلاص بعض تطبيقاته، حيث نصت المادة 268 ق.م على أن: "الوفاء لشخص غير الدائن، أو نائبه لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم بحسن نية للشخص الذي أقرضه الدائن الجديد كان الدين في حيازته" وهي تقابل المادة 384 مدني عراقي التي جاء فيها: "إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهرا كالوارث الظاهر"، يتضح من نص المادة أن المشرع العراقي قد اعتمد على فكرة الوضع الظاهر صراحة في مجال الوفاء للوارث الظاهر ورتب على هذا الوفاء براءة ذمة المدين حسن النية تجاه الدائن الحقيقي، فلا يكون ملزما بالوفاء لهذا الأخير مرة أخرى، وذلك حماية للمدين حسن النية الذي اعتقد اعتقادا مشروعا أنه يوفي للدائن الحقيقي[2].

أما بالنسبة للمادة 268 ق.م والتي تقابلها المادة 333 ق مدني مصري فإن بعض الفقه يرجحون أن المقصود بالنص هو حالة الوارث الظاهر على اعتبار أن الوارث الظاهر يعد حائزا للدين وبالنتيجة يكون الوفاء إليه مبرئا لذمة المدين حسن النية[3]؛ كما أن المشرع قد اعترف بقاعدة احترام المظهر القائم حين خرج عن تطبيق القواعد المنطقية للبطلان وأقر أن الصورية ليست إلا تطبيقا من تطبيقات نظرية الأوضاع الظاهرة[4] حيث نصت المادة 198 ق.م: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، ويتضح أن الأثر الرجعي للبطلان يتعارض مع حماية الغير بما فيهم الدائنين والخلف

---

1 هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 325، كذلك انظر: فايز عبد الكريم عقلة الفالح، المرجع السابق، ص: 223.

2 هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 347، 348.

3 نعمان محمد خليل جمعة، نقلا عن هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع نفسه، هامش: ص 248.

4 غير أن هناك من يرى أن حماية الدائن المتمسك بالظاهر تعد تطبيقا لقواعد الصورية، وليس تطبيقا لحماية الأوضاع الظاهرة، إذ أن تطبيق هذه النظرية يعني بالضرورة توافر حسن النية إلى جانب الغلط الشائع، بمعنى هناك من يعتبر الصورية ليست من تطبيقا من تطبيقات الأوضاع الظاهرة، انظر: سليمان محمدي، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2003-2004، ص: 101.

الخاص، وقد رجح المشرع مصلحة المتعاملين على أساس العقد الظاهر على الرغم من صوريته وغمرهم بالحماية ما داموا يتحلون بحسن النية، فقضى أن يترتب على العقد الصوري – وهو عقد منعدم قانونا - آثاره الأصلية، يبدو لنا أن المشرع قد أعطى الأولوية للظاهر، فحماية الغير[1] تقتضي تفضيل الإرادة المعلن عنها عن الإرادة الحقيقية، إذ أن الثقة في القانون تقتضي حماية الغير الذي اعتمد على الظاهر؛ هذا وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي فيما يخص الأوضاع الظاهرة فقد أوكلت إلى القاضي مهمة التحقق من حسن نية الغير، كقيد لتحقيق نظرية الأوضاع الظاهرة واعتمد بذلك معيار الرجل العادي والتي تخضع لرقابة المحكمة العليا، ذلك أن العمل بهذه النظرية يخضع لحدود وقيود عدة لابد من احترامها[2]، ولكن عمل القاضي قد يتعارض أحيانا مع ما يفرضه المشرع حيث وبالرجوع إلى استمرار عمل الوكيل بعد انتهاء وكالته التي قد تنتهي لعدة أسباب منها وفاة الموكل أو فقده لأهليته أو بانتهاء مهمة الوكيل التي وكل بها وغيرها من الأسباب التي يترتب عليها ألا تعود إلى الوكيل صفة في التحدث عن موكله، وبالنتيجة عدم نفاذ تصرفات الوكيل في حق الموكل[3]، وبذلك قد تخفى عن الغير الذي يتعامل مع الوكيل، ويكون من الصعب عليه اكتشاف انتهائها، وهو الذي قد يعتبره بعض القضاة إهمالا من قبل الغير والذين كان عليهم التحقق من انتهاء الوكالة أو من استمرارها، غير أن الأستاذة Marie Pierre ترى أن نظرية الأوضاع الظاهرة تشكل تكميلا مهما فيما يخص الوكالة، ذلك أن الوكيل يعتمد على وضعية قانونية كان يشغلها بالفعل وبالتالي يكون خطر التعامل الظاهر واقع وارد الحدوث[4]، وأوافق الرأي الأستاذة Marie Pierre في طرحها هذا، ولكن بالرجوع إلى المواد الخاصة بالوكالة في قانوننا المدني، لا نجد حلولا لمثل هذا الأمر، فليست هناك حماية للغير حسن النية الذي يتعاقد مع الوكيل الذي انتهت مهامه، وبالنظر إلى قوانين أخرى نجدها أكثر اهتماما نذكر من بينها[5]: المادة 948 مدني عراقي التي تنص على أنه: "لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير حسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها"، وتنص المادة 107 من القانون

1 سليمان محمدي، المرجع السابق، ص: 101.

2 Marie Pierre Lamour, op.cit., p 81, 82.

3 هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 350.

4 Marie Pierre Lamour, op.cit., p 84.

5 هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 350، 351.

المدني المصري على أنه: "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه"، كما نصت المادة 813 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على: "إن العزل من الوكالة كلها أو بعضها لا يكون نافذا في حق شخص ثالث حسن النية، إذا عقد الوكيل قبل أن يعلم بعزله، على أن يبقى للموكل حق الرجوع على وكيله" وكذلك المادة 819 من القانون نفسه الذي يقضي بـ "إن الأعمال التي يجريها الوكيل باسم الموكل قبل أن يعلم بوفاته أو بأحد أسبابه التي أدت إلى انتهاء الوكالة، تعد صحيحة، بشرط أن يكون الشخص الثالث الذي تعاقد معه جاهلا أيضا بهذا السبب"، كما تنص المادة 862 من القانون المدني الأردني على أنه: "تنتهي الوكالة بوفاة الموكل أو بخروجه عن الأهلية إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير" وتنص المادة 863 منه "للموكل أن يعزل وكيله متى أراد إلا إذا تعلق بالوكالة حق الغير...".

إن الأخذ بالأوضاع الظاهرة، في ظاهره مبدأ مجحف في حق المتعاقد صاحب الحق، وأنه كان من الأولى البحث عن سبل أخرى تضمن له حقوقه وأنه لابد من إلغاء العقد والسماح للغير حسن النية من الرجوع على صاحب الوضع الظاهر ومطالبته بالتعويض ولكن تظهر الحكمة الحقيقية من الأخذ بهذه النظرية في اعتقادي وهي محاولة إنقاذ العقد المعرض للإلغاء، وكما أن هذه النظرية هي في سبيل حماية الغير حسن النية، وهذا ما يحقق العدالة العقدية للغير المتعاقد على اعتبار أن الشخص في حد ذاته أهم وأولى من مؤسسة العقد في حد ذاتها[1].

مما تقدم يبدو لي أن مبدأ حسن النية باعتباره مبدأ عام يحكم كافة التصرفات والوقائع القانونية هو أولى المبادئ في ضمان استقرار المعاملات ومن ثم كان الأولى احترامه وتقديمه على أي اعتبارات أو مبادئ أخرى، إلا ما كان متعلق بالنظام العام، خاصة وأنه يقوم على مبدأ أخلقة العقود التي تدعو إلى المثالية والتعاون على حسن التنفيذ ويشمل ذلك المتعاقدين والغير وكذا القاضي الذي يلعب دور الحامي للعلاقة العقدية من خلال محاولة إنقاذ العقد والمحافظة عليه، وبذلك لابد أن نترك المجال في ذلك بتفويضه سلطة تقديرية كلما كان ذلك ممكنا ذلك

1 Marie Pierre Lamour, op.cit., p 85.

أن القضاء له الأولوية بدل تدخل المشرع في كل حالة بنصوص خاصة وإلا وقعنا فيما يصطلح على تسميته بظاهرة "التضخم التشريعي"[1].

خلاصة الباب الأول:

توصلنا من خلال دراستنا لهذا الباب إلى النتائج التالية:

- أن معظم عيوب الرضا تنجم عن عملية استغلال يقوم بها أحد المتعاقدين الذي يكون في وضع أقوى بحيث يعمد هذا الطرف إلى استغلال ضعف معين لدى المتعاقد معه مما يشكل لا مساواة بين أطراف هذه العلاقة، ويحدث اختلالا في توازنها، ورأيت أن هذا الاستغلال لن يكون مفسدا للرضا إلا أن يكون دافعا للتعاقد، واقترحت مادة تخص عيوب الرضا انطلاقا من استغلال أي شكل من أشكال الضعف التعاقدي وأخرى حاولت من خلالها الالمام بدائرة حالات استغلال هذا الضعف.

- رأيت أيضا اعتماد المشرع الجزائري للمعيار الشخصي على حساب المعيار الموضوعي في أغلب العيوب، وفي ذلك منهج واضح لاستجابة عيوب الرضا لفلسفة معينة وهي إضفاء التوازن بين حماية المتعاقد الذي عيبت إرادته من جهة وحماية استقرار التعامل المرتبط بمصلحة المتعاقد الآخر من جهة أخرى، ورأينا أنه كتدبير علاجي بخصوص عيوب الرضا لا بد من التضييق من حالات استغلال الضعف الدافع للتعاقد للمحافظة على صحة العقد.

- خلصنا أيضا إلى أن المشرع كان أقرب في توجهه للإنقاذ من نظيره الفرنسي خاصة فيما يخص الإكراه والتدليس وذلك بنصه على وجوب إثبات العلم الحكمي أو الافتراضي للمتعاقد الآخر فيما يخص هذين العيبين وهو ما يفيد في تضييق حالات إبطال العقد.

- توصلنا إلى أن التركيز على الإنقاذ العلاجي من خلال معالجة الرضا لن يكون ذا فائدة دون التركيز على الإنقاذ الوقائي، والذي سيخلص العقد من خطر الإبطال أو حتى الفسخ في مراحل متقدمة، ولن يكون ذلك متأتيا إلا من خلال تأطير الحماية الوقائية للرضا التي تمارس من خلال الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي ما يسمح بدوام العقد وعدم إعاقته في كل مراحله،

1 جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص: 227.

ورأيت أنه لا بد من إعادة النظر في قانوننا المدني من خلال إعطاء أهمية أكبر لهذا الالتزام كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي.

توصلنا من خلال دراسة هذا الباب أيضا إلى أن تحقيق مصالح الأطراف كان ولا يزال الهدف الرئيسي من إبرام العقد ولذلك فالأولوية لتصدر اهتمامات الدراسات القانونية الحديثة لا بد أن تعطى للبحث عن الآليات القانونية التي تضمن الوصول لهذا المبتغى، ورأينا أن استقرار العقد من حيث أنه مبدأ ينبغي أن يسود العلاقة العقدية منذ بدايتها حتى نهايتها وهو الأمر الذي لم يركز عليه الفقه ولا التشريع بقدر ما تم التركيز على مختلف الجزاءات التي تؤدي إلى زوال العقد وإهداره، ورأيت أنه بالنظر إلى القوة الملزمة للعقد وما ترمي إليه من خلال ضرورة تنفيذ العقد قد تصطدم بهذه الجزاءات.

- خلصنا أنه يمكننا أن نزيل مفعول الإبطال عن العقد مع المحافظة عليه على حاله وأيضا عن السبب المؤدي إلى إبطاله بإنقاذه من خلال التنازل عن حق أساسي يتولد عن الإبطال ألا وهو الإجازة والذي يفيد في جعل العقد مستقرا محميا من الخطر الذي كان يترصده باتخاذ موقف إيجابي، كما قد يأخذ الإنقاذ هنا موقفا سلبيا إذ يمكن أن ينقضي هذا الحق دون أن تلعب إرادة صاحب الحق في طلب البطلان أي دور يذكر ويجد الإنقاذ هنا مصدره في القانون عن طريق التقادم بمفعول مرور الزمن فتستقر العقود بالرغم من بطلانها.

- خلصنا أيضا إلى أن الأولوية أصبحت واضحة في التفكير في آليات إبقاء العقد بدل إهداره ورأينا أن الإجازة ليست الحل الأمثل في إنقاذ العقد، خاصة وأنها ليست تصحيحا له وإنما هي تضحية من المتعاقد الذي عيبت إرادته للإبقاء على عقد لا يخدم مصالحه في غالب الأحيان في حين يمكنه المطالبة بتصحيح العقد كآلية تلائم بين هدف المشرع في الموازنة بين استقرار العقد من جهة والعمل على المحافظة على التوازن والتعادل بين المتعاقدين من جهة أخرى.

- كما رأينا فيما يخص مدة التقادم أنه على المشرع أن يعيد النظر فيها بما يفيد الإنقاذ ومن ثم تقليصها إلى مدة معقولة قد تبلغ ثلاث سنوات أسوة بالعديد من التشريعات العربية وحتى الغربية، ورأينا أيضا أنه من الممكن الاستفادة من تجربة التشريعات الموفقة في تدعيم استقرار العقود فيما يخص الدعوى الاستفهامية على غرار التقنين المدني الفرنسي ونقترح على المشرع اعتمادها كعامل من عوامل استقرار العقد القابل للإبطال.

- خلصنا أن استمرار العقد يقتضي تفعيل التنفيذ من خلال العمل على تجديد نطاق القوة الملزمة للعقد وتحديث أهدافها بما يخدم الإنقاذ، هذا من جهة كما رأينا أنه من الضروري العمل على الحد من الفسخ وفق استراتيجية مستحدثة للتوجه نحو الإنقاذ من جهة أخرى.

- خلصنا أيضا أنه من الضروري تدعيم استقرار العقد من خلال الاعتماد على أخلقة الإرادة والاعتماد على الوضع الظاهر وبينت أن هذا الأخير يمكن اعتباره وسيلة لإنقاذ العقد وتحقيق الأمن القانوني.

الباب الثاني

إنقاذ العقد مع

إحداث تغيير.

الباب الثاني: إنقاذ العقد مع إحداث تغيير.

إن فكرة إنقاذ العقد مع إحداث تغيير تقتضي دراسة مختلف الأنظمة والآليات القانونية المتاحة لهذا الغرض، مع محاولة التركيز على نقطتين مهمتين: تتمثل الأولى في إمكانية إصلاح العقد بما يفيد استمراريته، وبالنتيجة استقرار المعاملات العقدية، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى المحافظة على العقد وتحقيق المصلحة الخاصة ومنها العامة.

وإصلاح العقد قد يمثل ضرورة أثبتها الواقع الذي يظهر أن نموذج العقد الناشئ عن النظرية التقليدية[1]، لم يعد موجودا اليوم فالعقد لم يعد عملا قانونيا منعزلا بل أصبح ضمن أبعاد اقتصادية واجتماعية تحتم تغيير طريقة معالجة القصور الذي يعتريه، خاصة وأن الجزاءات التقليدية التي من المفترض أن تطبق على العقد من إبطال وإلغاء وفسخ...لا تسمح بالمحافظة عليه، فظهرت الحاجة إلى حلول أنسب قد تأخذ عدة أساليب بين بتر أو إزالة جزء، أو تحويل أو إضافة **(الفصل الأول)**.

إن تراجع مبدأ سلطان الإرادة قد بدأت بوادره تتضح أكثر فأكثر بعد أن أصبحت الإرادة وحدها لا تكفي لتحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية، وهي الضرورة التي من خلالها لا بد من السعي إلى تفعيل نظام التعديل كآلية تتفق وغايات القانون المتطورة، والاعتماد على التعديل يبدأ من نقطة الانطلاق وهي إرادة المتعاقدين حيث تمكنهما من إنقاذ اتفاقي وقائي وعلاجي في نفس الوقت، ثم بتدخل إرادة المشرع الذي يسعى دائما بالوقت ذاته حماية المتعاقد ضحية الخلل في التوازن لما فيه من تأثير على المصلحة الخاصة ومنها على المصلحة العامة، وعادة ما يأخذ طريق إنقاذ يكتسي طابع اجتماعي حمائي.

أما بالنسبة للقاضي فهو عنصر فعال في إحداث تغيير على العقد من خلال سلطته في التعديل الذي قد يكون حلا مثاليا لضمان استمرار العقد من خلال تفادي الفسخ، كما أن المشرع قد منحه أيضا سلطة موسعة في معالجة اختلالات التكوين والتنفيذ لإعادة التوازن العقدي وتحقيق الأمن القانوني **(الفصل الثاني)**.

[1] ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 8.

الفصل الأول

الفصل الأول: إصلاح العقد تحقيقا للاستمرارية

الفصل الأول: إصلاح العقد تحقيقا للاستمرارية.

يمثل العقد أكثر التصرفات القانونية أهمية لما له من دور كبير في العلاقات القانونية، ويتحدد مضمون كل عقد بما يرتبه من حقوق والتزامات اتفق عليها أطرافه والتي تمثل في مجموعها الغاية أو الهدف الاقتصادي الذي يسعى إلى تحقيقه كل طرف من أطرافه، غير أن هذا العقد قد يصيبه خلل ما في ذاته أي أركانه الأساسية أو في بعض أوصافه الخارجية الأمر الذي يترتب عليه جزاء قاسيا جدا وهو البطلان أو إبطال هذا العقد مما يؤدي إلى إعادة الطرفان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، ومن هنا تحديدا لجأ المشرعون إلى إيجاد السبل الكفيلة التي يمكن بواسطتها الحد من حالات البطلان المتزايدة، وتجنب آثاره، أو التقليل من هذه الآثار، ومن ثم العمل من خلالها على زوال البطلان أو التهديد به وإنقاذ العقد، سواء عن طريق تصحيحه من العيب الذي كان السبب في بطلانه أو عن طريق تغيير إبطال العقد بتفعيل سياسة إنقاذ العقود من البطلان سواء عن طريق الإبقاء على ما تبقى من العقود صحيحا عندما يكون العقد باطلا في جزء منه **(المبحث الأول)**، أو تحويله كلية إلى عقد صحيح من نوع أو مضمون لتجنب الآثار الخطيرة التي يمكن أن تترتب في حالة الحكم بالبطلان والمناقضة لدور المشرع الذي يعمد إلى الحفاظ على الثقة المشروعة للمعاملات ومبدأ حسن النية بدلا من الحكم بالبطلان وما يرافق ذلك من إشكاليات عديدة، كما أن القاضي يمكنه أن يساهم في تنظيم العقد بما يسمح بإحيائه من جديد عن طريق تكملة ما عجز عنه الطرفان **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: الإنقاص كآلية لإنقاذ العقد

اعتبر إنقاص العقد آلية يعتمدها المشرع للحيلولة دون امتداد البطلان إلى كامل العقد فيعمل على إنقاذ ما يمكن إنقاذه من خلال التخلص من الجزء الباطل أو القابل للإبطال عن طريق إزالة العيب الذي يعتري جزء من العقد والإبقاء على ما كان منه صحيحا دون تغيير في تكييفه القانوني؛ ولقد تناول المشرع فكرة إنقاص العقد في نص المادة 104 ق.م التي تنص على ما يلي: "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"؛

هي المادة الوحيدة التي أفردها المشرع لهذا النظام على الرغم من أهميته فيما يخص الحفاظ على العقد[1]، والعمل على استقرار المعاملات وتحقيق الحماية للأطراف المتعاقدة لاسيما المتعاقد ضحية العيب الذي يشوب العقد، وكذا الغير حسن النية، وحتى بالنظر إلى الفقه لم يحظى هذا النظام بالعناية اللازمة مقارنة لأهميته البالغة ولذلك سوف أحاول تناول هذه الآلية بالدراسة معمقا محاولة إبراز دورها في إنقاذ العقد ولذلك سوف أعمد إلى التعرف على مضمونها**(المطلب الأول)** ثم إلى إبراز دورها في إنقاذ العقد**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: إنقاذ العقد بالعمل على إزالة التهديد بالبطلان.

وتكون هذه الحيلولة عن طريق إعمال آلية إنقاص العقد أو ما يسمى أيضا بالبطلان الجزئي ولذلك آثرت أن يكون العنوان بالحيلولة لأن تحديد المقصود بهذا النظام يثير صعوبة خاصة للاختلافات الفقهية حول وضع تعريف خاص به**(أولا)**، ولعل المشرع شأنه شأن التشريعات الأخرى قد اكتفى بوضع الأحكام لهذه الآلية ربما عن قصد تاركا مسألة إيراد التفاصيل ككل إلى اختصاص الفقه، كما أن هذا النظام قد أثار عدة مواقف تشريعية سنتوقف عندها **(ثانيا)**، وهو ما سنتناوله بالدراسة فيما يخص مفهومه**(الفرع الأول)**، هذا وفي سبيل التوجه إلى الإنقاذ توقفت عند محدودية شروط الانقاص**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مفهوم إنقاص العقد.

نتيجة للآثار الخطيرة التي يمكن أن تترتب على بطلان العقد لاسيما في الحالات التي تعقب تنفيذ أحد الأطراف التزاماته، أو نتيجة تعلق حق الغير بهذه الالتزامات بعد تنفيذها مما يسبب إشكالات عديدة على ساحة القضاء، الأمر الذي دفع بالمشرعين وبغية للحد من حالات البطلان والعمل على استقرار المعاملات إلى محاولة إيجاد العديد من الوسائل التي يمكن من خلالها إنقاذ العقد، ومن بين هذه الوسائل ما يعرف بإنقاص العقد أو انتقاص العقد، ومن أجل تسليط الضوء على هذا النظام بشكل واضح، كان لابد من تحديد معناه، ثم تناول موقف التشريعات وتشريعنا على وجه الخصوص منه.

[1] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص:1085.

أولا: تعريف إنقاص العقد.

1- تعريف الإنقاص لغة: جاء في مختار الصحاح باب: (نقص): نقص الشيء من باب نصر، و(نقصانا) أيضا و(نقصه) غيره يتعدى ويلزم، نقول: نقصه حقه، قال الله تعالى:" ثم لم ينقصوكم شيئا"[1]، و(انتقص الشيء): أي نقص و(انتقصه) و(استنقص) المشتري الثمن أي استحطه[2].

2- تعريف الإنقاص في الفقه: عمد الفقهاء على إيراد تعريفات متباينة حول الإنقاص كما يأتي بيانه:

أ- تعريف الإنقاص لدى الفقه الإسلامي: لقد تم تعريفه في الفقه الإسلامي تحت مسمى تجزئة البطلان، وتجزئة الصفقة ويكون في حالتين:

- حالة وجود عقدين في صيغة واحدة، وهو ما منهي عنه لما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعة.

- حالة وجود عقد واحد في صيغة واحدة لكن وقع خلل في جزء من العقد فينحصر الإلغاء في جزء ويبقى الاعتبار الشرعي والوجود الرسمي في الجزء الآخر وهو النظام الذي أطلق عليه الفقهاء اسم تفريق الصفقة ويسميها شراح القانون بانتقاص العقد[3].

كما عالجوها تحت عنوان" تفريق الصفقة"، حيث أخذوا بتعدد الصفقة في العقد الواحد في كثير من الحالات التي لا تنطوي على جهالة أو غدر وترتب على ذلك وجود مبدأ تفريق الصفقة [4]؛ والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي كان قد عالج فكرة إنقاص العقود والتصرفات القانونية قبل القوانين الحديثة، على أساس التمييز بين الشروط غير الصحيحة ومدى أثرها على العقد، وبين الشروط الباطلة أو الفاسدة وهي التي لا تتحقق معها منفعة لأحد، فيصح العقد في الشق الصحيح المشروع ويبطل في الشق الباطل غير المشروع، بشرط أن تكون حصة كل شق معينة

---

[1] سورة التوبة، الآية 4.

[2] مختار الصحاح، مأخوذ عن إبراهيم أحمد محمد الصادق الكاروري، مقال بعنوان: انتقاص العقد في الفقه والقانون، دراسة مقارنة، مجلة الدراية، العدد 15، 2015، ص: 253.

[3] المرجع نفسه، ص: 253.

[4] هند فالح محمود صالح العلاف، المرجع السابق، ص: 355.

وقابلة للانقسام[1]، إلا أن هناك جانبا من الفقه الإسلامي يرفض[2] تماما فكرة البطلان الجزئي وما يترتب عليها من أثر مستندين في ذلك على تحريم تفريق الصفقة الواحدة، أما البعض الآخر فقد علل رفضه بالنسبة للعقد الباطل جزئيا وعدم شرعية وجوده بأن كل عقد يشتمل على حلال وحرام يسقط بأكمله لتغليب التحريم على الحلال.

ب- تعريف الإنقاص لدى الفقه القانوني: لقد تم تعريف إنقاص العقد من قبل عدة فقهاء، حيث عرف "أن المقصود بنظرية إنقاص العقد هو إنقاص شقه الباطل، وإبقاء العقد صحيحا بشقه الآخر، وتسمى هذه العملية كذلك بالبطلان الجزئي، حيث يبطل جزء من العقد دون الجزء الآخر الذي يبقى صحيحا ومرتبا لكل لآثاره"[3]، كما عرف على أنه:" عندما يكون العقد باطلا في جزء منه، وصحيح في الجزء الأخر، وكان قابلا للانقسام، فإنه ينتقص قانونا، وهذا معناه، أننا في هذه الحالة نستبعد الجزء الباطل، ونستبقي الباقي من العقد الذي يظل صحيحا، باعتباره عقدا مستقلا، وهذا ما يسمى بـ "إنقاص العقد" أو انتقاص العقد" أو البطلان الجزئي"[4]، كذلك تم تعريفه على أنه:" في حالة ما إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال في شق منه فالقاعدة هي عدم جواز بطلان العقد كله لبطلان جزء منه، أي أن الجزء الباطل لا يعدي الجزء السليم"[5]، كما عرف بأنه:" تخليص العقد من الجزء المعيب للإبقاء على الجزء الصحيح حتى يرتب أثره القانوني"[6] والملاحظ مما سبق أنه ومهما اختلفت التعاريف السابقة إلا أنها كلها تصب في منحى واحد ألا وهو تأييد الإنقاص؛ غير أن هناك من أنكر الإنقاص في اتجاه فقهي نادر جسده الأستاذ الشرقاوي[7] قائلا:" أنه لسنا بصدد الإنقاص بمعناه الدقيق"، وتكمن مبررات هذا

---

[1] عصام أنور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص: 256، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 519.

[2] ندى الشجيري، آثار بطلان العقد، دار السنهوري، ط 1، 2016، بيروت، لبنان، ص: 67، 68.

[3] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص: 354، وهو لا يرى اختلافا بين الإنقاص والبطلان الجزئي.

[4] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 514، وهو أيضا لا يرى فرقا بين الإنقاص والانتقاص وكذا البطلان الجزئي.

[5] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1084.

[6] عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص: 638.

[7] والواقع أن معاداة الإنقاص لم تقتصر على الدكتور جميل الشرقاوي، إذ أن بعض شراح القانون الألماني قد رفضوا السماح للقاضي بالتدخل في العلاقات التعاقدية وتعديلها بصفة خاصة إنقاص الالتزامات المغالى فيها، إبرهيم الدسوقي

المسلك الفقهي في أن الإنقاص بمعناه الدقيق يشترط فيه وحدة التصرف في نظر المتعاقدين، أما وإذا كان ظاهر التصرف واحد، وفي باطنه ينطوي على عدة تصرفات قابلة للانفصال في نظر المتعاقدين، فإنه من الطبيعي بطلان أحدهما لا يؤثر على باقي التصرفات الأخرى، فهو بطلان عادي يتفق مع المبادئ المسلمة في نظرية البطلان يمس التصرف بأكمله فيحرمه من إنتاج كل آثاره[1] هذا من جهة، ومن جهة أخرى يقرر أن البطلان العادي قد يبدو أقوى فاعلية على الإنقاص، كما وأن الأستاذ جميل الشرقاوي اعتبر أن البطلان باعتباره وصفا يلحق التصرف ليعدم آثاره جميعها لا يقبل التجزئة، إذ لا يمكن تصور جزء من التصرف صحيح وجزء آخر باطل لأن الصحة والبطلان وصفان متناقضان[2]، كما أنه اعتبر أن ما يظل من التصرف بعد إنقاصه ليس تصرفا قانونيا، لأنه جزء من الإرادة، والإرادة بطبيعتها لا تقبل التجزئة فلو اعتبر ذلك الجزء المتبقي تصرفا قانونيا صحيحا، فلا بد من أن يستند إلى إرادة كاملة رغم ما يقال به من بطلان جزئي للإرادة[3]، ويبدو أن الأستاذ الشرقاوي لا يعترف بالشرط الذي يقضي بقابلية العقد للتجزئة إذ يشترط لإبطال العقد في شق منه مع بقائه قائما في شقه الآخر أن يكون العقد مما يقبل التجزئة، إما بحسب طبيعته أو وفقا لإرادة المتعاقدين[4].

ج- تعريف الإنقاص لدى الفقه الغربي: أما بالنسبة للفقهاء الغربيين، فقد عرف الفقيه Simler نظام الإنقاص على أنه: "الجزاء الذي يلحق بالعمل القانوني الذي شاب أحد عناصره التبعية عيب ما، وذلك بإزالة هذا العنصر وبإنقاص القيمة الزائدة عن النسبة المحددة قانونا"[5]، كما عرفه الفقيه Nana على أنه:" هو تغيير للسعر أو الشيء المباع، وهو نفسه البطلان الجزئي"[6].

أبو الليل، مقال بعنوان: المفهوم القانوني لإنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق لكلية الحقوق جامعة الكويت، السنة الحادية عشرة، العدد 03، سبتمبر 1987، ص: 83، ندى الشجيري، المرجع السابق، ص: 64.

[1] جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، جامعة القاهرة، مصر، 1956، ص: 83، 85.

[2] المرجع نفسه، هامش ص: 90، كذلك انظر علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 241.

[3] جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص: 91، 92.

[4] سنتطرق لاحقا لهذا الشرط بأكثر تفاصيل فيما يخص شروط إنقاص العقد.

[5] Simler Philipe, la nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, paris, n ,10, p ;10.

[6] Karine de la Asuncion Planes, la réfaction du contrat, L.G.D.J,2006, tome ;476, p ;4.

ونظرية الإنقاص هي نظرية ألمانية المنشأ يرجع الفضل في قيامها ونشأتها إلى الفقهاء الألمان ومن هنا انتقلت إلى القانون المدني الألماني وذلك في نص المادة 139 والتي تنص على أنه:" إذا كان أحد أجزاء التصرف القانوني باطلا بطل التصرف كله، إلا إذا تبين أن التصرف كان سيبرم دون الجزء الباطل منه"[1]، ومن القانون المدني الألماني انتقلت إلى بقية القوانين الجرمانية ومنها قانون الالتزامات السويسري والذي نص عليها في الفقرة الثانية من المادة 20 منه، ومنها انتقلت إلى باقي التشريعات العربية ومنها القانون المدني المصري والعراقي والجزائري والأردني[2]، وكذلك الليبي[3] والكويتي[4] بينما لا يوجد في القانون المدني اللبناني نص عام بشأن إنقاص العقد إلا أنه يتم إعماله من قبله[5].

ثانيا: موقف التشريع من الإنقاص

لقد ثار خلاف بشأن نظرية الإنقاص بين مذهبين أساسين يذهب الأول إلى اعتبار أن بطلان العقد هو الأصل والاستثناء هو إعمال نظرية الإنقاص، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى عكس ما ذهب إليه الأول معتبرا الإنقاص هو الأصل والاستثناء هو إبطال العقد بشكل كامل[6].

---

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 220.

[2] المادة 143 مدني مصري، المادة 139 مدني عراقي، المادة 190 مدني كويتي، المادة 104 ق.م.

[3] المادة 143 مدني ليبي، انظر: عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، أحكام انتقاص العقد في إطار قواعد القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، 2018، مصر، ص: 16.

[4] المادة 190 مدني كويتي، انظر: صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، المرجع السابق، ص: 110.

[5] حيث يتفق غالبية الفقهاء اللبنانيين على أن العقد إذا كان قد تضمن عدة بنود وكان أحد هذه البنود أو بعضها باطلا والباقي منها صحيح، ففي هذه الحالة ينظر إلى البنود الباطلة ومدى تأثيرها في مجمل العقد، ففي هذه الحالة يتم إنقاص العقد وذلك بإبعاد ذلك البند الباطل ويظل باقي العقد صحيحا منتجا لآثاره وكتطبيق لذلك ما جاء في نص المادة 82 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على أن:" أن اشتراط الشيء المستحيل أو المخالف للآداب أو القانون باطل ومبطل للاتفاق المعلق عليه. وأن صيرورة الشرط ممكنا فيما بعد من الوجه المادي أو الوجه القانوني لا يجعل الاتفاق صحيحا. بيد أن الأمر يكون خلاف ذلك أي أن الشرط المستحيل أو غير المباح يعد كأنه لم يكتب إذا كان الفريقان لم يجعلا له شأنا جازما ولم يكن له في التعاقد شأن السبب الدافع الحامل على إنشاء الموجب"، أكثر تفاصيل أنظر: علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 234 وما بعدها...

[6] المرجع نفسه، ص: 221، ويقترب من ذلك أيضا التشريع المدني الإيطالي في مادته 419 فقرة 1 التي تقرر أنه:" بطلان الشرط يستوجب بطلان العقد كله، إذا تبين أن المتعاقدين ما كانا يبرماه دون الشق الباطل منه"، فايز عبد الكريم عقلة الفالح، المرجع السابق، ص: 63.

1- اعتماد البطلان كأصل والإنقاص كاستثناء: حيث يعتمد التشريع الألماني على البطلان كأصل في حالة وجود عيب بجزء من العقد[1]، فاحتراما لمبدأ سلطان الإرادة يتم بطلان العقد بطلانا كاملا باعتباره وحدة كاملة غير قابلة للانقسام، غير أن هذا الاتجاه تم انتقاده على أساس أن المتعاقدين كانا سيبقيان على العقد دون شقه الباطل.

لو تبينا من الأصل هذا العيب الجزئي[2] على اعتبار أنهما لو علما بهذا العيب منذ البداية أو على الأقل توقعاه قبل إبرام العقد لما أقدما على الارتباط وبالتالي قبولهما ابتداء بضياع جزء من الأهداف والغايات المنشودة من وراء التعاقد، منطقيا هذا الكلام غير مقبول إذا الصواب هو عدم علم المتعاقدين ولا توقعهما أن العقد الذي يبرمانه قد يشوبه عيب يجعله باطل في جزء منه، والمؤكد أن الإرادة اللازمة لإعمال نظام الإنقاص هي إرادة افتراضية، كما أنه من الأصح أن يترك للمتعاقدين التخلي عن العقد الذي تقرر رغما عن إرادتهما[3].

2- اعتماد الإنقاص كأصل والبطلان كاستثناء: بعكس الاتجاه الأول فإن هناك اتجاها آخر يفضل إنقاص العقد كأصل بدلا من الحكم ببطلان العقد واستثناء الحكم ببطلانه وقد أخذ بهذا الاتجاه قانون الالتزامات السويسري من خلال نص المادة 20 فقرة 2، التي نصت على أنه:" إذا لم يكن العقد معيبا إلا بالنسبة لبعض شروطه، فإن هذه الشروط هي وحدها التي تبطل، مالم يتبين أن العقد لم يكن ليبرم دونها"، وهنا المشرع السويسري يفضل الإبقاء على

---

[1] إذ الفكرة الأساسية للقانون الألماني في تنظيمه للإنقاص هي أن المتعاقدين يهدفان إلى أن العقد المبرم كلا لا يتجزأ ولا ينقسم، وعلى ذلك فالاكتفاء بإنقاص الشق أو الجزء المعيب والإبقاء على الشق الآخر الصحيح، يجب ألا يفرض على المتعاقدين، بل يجب إعمال البطلان الكلي للعقد أو التصرف في حالة العيب الجزئي، إلا إذا تبين أن إرادة الطرفين قد انصرفت إلى الاكتفاء بالإنقاص، عبد العزيز مرسي، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص: 322.

[2] وهو ما عبر عنه الأستاذ إبراهيم الدسوقي بقوله:" وهكذا يتبلور الحل الذي جاءت به المادة 139 مدني ألماني إلى أنه يفرض قرينة عدم قابلية العقد للتجزئة والانقسام وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من خلال إرادة عاقديه، التي تكون الفيصل والمعيار في تحديد مدى البطلان، وبمعنى آخر الاختيار بين بطلان العقد كله أو الاكتفاء بإنقاصه، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص: 72.

[3] Simler Philippe, La nullité partielle, op.cit., n : 350 p : 427.

أنظر كذلك: عبد العزيز المرسي، الذي علق على اعتماد القانون السويسري أيضا لنظام الإنقاص والذي يعتبر مناط الإنقاص هو الإرادة الافتراضية للمتعاقدين وليست حقيقة وأنها لم تتواجد مطلقا، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 323، 328.

العقد ولو بصورة متجزئة بدلا من بطلانه كلية تطبيقا لإعمال القاعدة الفقهية " إعمال الكلام أولى من إهداره".

وقد أخذت بهذا الاتجاه بقية التشريعات التي تأثرت بهذا الجانب كالقانون المدني المصري[1] والعراقي والجزائري[2]، وبقية التشريعات التي تأخذ بالإنقاص كأصل.

وقد اعتمدت هذه التشريعات نظام الإنقاص مستندة إلى ضرورة استقرار المعاملات الاقتصادية واحترام الوعود والتعهدات، وكذا حماية الظاهر ومبدأ حسن النية[3]، حيث أن بطلان العقد التام سيهدد بالتأكيد هذا الاستقرار كما أنه سيضعف الثقة المتبادلة الواجبة في المعاملات العقدية وما يتعلق بها من عقود للغير، الأمر الذي دفع هذه التشريعات إلى إقرار نظام الإنقاص ويبدو أن الفارق الأساسي بين الاتجاهين السابقين يكمن في مسألة الإثبات، فبينما يقع عبء الإثبات في الاتجاه الأول على المتعاقد الذي يريد التمسك بالإبقاء على العقد واستبعاد الشق الباطل فقط[4]، يقع عبء الإثبات في الاتجاه الثاني على المتعاقد الذي يدعي امتداد البطلان ليشمل أجزاء العقد أو التصرف كافة بما فيه الجزء الصحيح[5]، والمعلوم أن الاتجاه الذي سلكه القانون الألماني بنقل عبء الإثبات من مدعي البطلان إلى مدعي الإنقاص هو مردود من قبل الفقهاء الألمان، إذ المنطق يقضي أن يقع عبء الإثبات على عاتق من يرغب في هدم العقد وليس على عاتق من يرغب في إبقاء العقد بإنقاصه[6].

عموما ورغم الاختلاف الواضح بين الاتجاهين فالنتيجة واحدة إذ أن الإنقاص معمول به بالنسبة لكلا الاتجاهين، ولا يظهر الفارق بينهما إلا في حالة عدم إمكان التعرف على ما اتجهت إليه إرادة الطرفين، إذ أنه بعد الوصول إلى هذه الإرادة فلا يكون هناك خلاف ذلك أنه إذا

---

[1] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص: 316.

[2] العربي بلحاج، الالتزامات، المرجع السابق، ص: 515.

[3] فإذا كان الاتجاه الألماني يقوم على أساس نظري وهو المغالاة في الحرية والذهاب بعيدا نحو احترام إرادة المتعاقدين واستقلالها التام، الأمر الذي يجعله يضحي باستقرار التعامل من أجل حمايتها واحترامها، فإن الاتجاه السويسري على العكس من ذلك فهو يبرر تمسكه بجزء من العقد بدل إهداره باعتبارات اجتماعية وعملية وليس فقط قانونية، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص: 74.

[4] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 224.

[5] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 330.

[6] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص: 72.

انصرفت إرادة المتعاقدين إلى الإبقاء على العقد بدل إهداره فلا شك أن العقد يبقى قائما حتى بالنسبة للاتجاه الذي يأخذ بالبطلان كأصل، فهو يعترف بالإنقاص كاستثناء ولا ينكره بعد تبين الإرادة، أما إذا تعذر الوصول لما اتجهت إليه إرادة الطرفان فالاتجاه القائل بالبطلان كأصل سيحكم بالبطلان، أما الاتجاه القائل بالإنقاص كأصل سيحكم بإنقاص العقد، ولا شك أن هذا الأخير أكثر فعالية لما يحقق من استقرار وطمأنينة للعقود.

3- موقف المشرع والقضاء الجزائري من الإنقاص: ونستهله بتبيان موقف المشرع ثم توضيح موقف القضاء كما يأتي بيانه:

أ- موقف المشرع الجزائري من الإنقاص: لقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الإنقاص من خلال نص المادة 104 ق.م السابقة الذكر، وقد بينا فيما سبق أنه أخذ بمنهج القانون السويسري والذي فضل إنقاص العقد على بطلانه حيث يتم التضييق في تطبيق البطلان وحصره في جزء من أجزاء العقد إذا مس البطلان ذلك الجزء فقط دون أن يمتد إلى الأجزاء الأخرى منه، لأن طبيعة البطلان ذاتها تستوجب هذا الحكم، إذ يقتصر البطلان على ما يخالف القانون دون أن يتجاوز ذلك[1]، بحيث يستمر فيما تبقى باعتباره عقدا مستقلا بذاته، إلا إذا أثبت المتعاقدان أساسية الشق الباطل بالنسبة للعقد ككل واعتبار أن العقد لا يتم بغير الشق الباطل منه، ففي هذه الحالة يتحقق الاستثناء وهو بطلان العقد كليا، فلا يقتصر البطلان على الشق الباطل منه فقط، بل يمتد إلى سائر العقد[2] وهو ما جاءت به المادة 140 ق.م في فقرتها الأخيرة، حيث يقرر نص هذه المادة مبدئيا أن الإنقاص كأصل مالم يتبين أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبعاده كلية، حيث يتم إعمال نظام الإنقاص مباشرة دون حاجة إلى إثبات أن نية الطرفان قد انصرفت إلى إعماله، وبعبارة أخرى لا داعي لمن اتجهت إرادته إلى الإبقاء على العقد أن يثبت إمكانية إعمال نظام الإنقاص، فهذا الأمر مفترض قانونا على أن قرينة عدم جوهرية الشق الباطل أو القابل للإبطال في نية المتعاقدين هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، ويقع عبء الإثبات على المتعاقد مدعي البطلان الكلي[3]؛ ويبقى أن نشير أنه يشترط

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 514.

[2] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص: 319.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص:517، كذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، هامش ص: 500.

لتطبيق أحكام المادة 140 ق.م ألا يتعارض الإنقاص مع قصد المتعاقدين بحيث إذا تبين أن أيا منهما ما كان ليرضى بإبرام العقد بغير الشق المعيب، فإن البطلان أو الإبطال يمتد إلى العقد كله، ولا يقتصر على هذا الشق لوحده[1].

ب- موقف القضاء الجزائري من الإنقاص: وقد أشارت المحكمة العليا في قرار حديث لها بصدد عقد الهبة ما يلي:" وبالرجوع إلى قرار المطعون فيه، نجد أن المرحوم (م.ع) وهب إلى بنتيه (م.و) و(م.ف) القطع الأرضية التي أصبح يملكها بموجب عقد الشهرة المؤرخ في 1991/02/06، في حين توصل المطعون عليه إلى إبطال عقد الشهرة المذكور أعلاه، على اعتبار أن القطع الأرضية محل عقد الشهرة يملكها مع الواهب في الشيوع، وبالتالي لا ينفذ عقد الهبة إلا في نصيبه ويبقى نافذا في حصة الواهب.

حيث أن قضاة الموضوع عندما أبطلوا عقد الهبة، قد أخطئوا في تطبيق أحكام المادة 104 في القانون المدني بل كان يتعين عليهم أن يصرحوا بإبطال عقد الهبة فيما يملكه المطعون عليه (م.ش) في الشيوع مع الواهب، ويبقى عقد الهبة صحيحا فيما يعود للواهب في القطع، مما يعرض قضاءهم للنقض"[2].

وفي تطبيق آخر لنظام الإنقاص قضت المحكمة العليا في قرار مشهور لها بصدد تحديد فائدة أو أجر لعقد القرض الاستهلاكي ما يلي:" من المقرر قانونا أن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك طبقا للمادة 454 من التقنين المدني، ولما كان ثابت في قضية الحال أن الاتفاق على تحديد فائدة أو أجر للقرض هو نص غير قانوني وباطل، فإن المتعاقد الرئيسي المتعلق بالمبلغ الصافي للدين يبقى قائما بين الطرفين وينبغي تنفيذه لوحده، وبما أن قضاة الاستئناف قرروا رفض الدعوى برمتها، ولم يفرقوا بين التعاقد الأصلي الخاص بمقدار الدين وبين المسألة المتعلقة بالفائدة، فإنهم عرضوا حكمهم للإبطال"[3].

4- موقف المشرع والقضاء الفرنسي من الإنقاص: سنحاول توضيح موقف المشرع الفرنسي من الإنقاص ثم نبين موقف القضاء الفرنسي منه كما يلي:

---

[1] العربي بلحاج المرجع السابق، ص:517.

[2] ق.م.ع (غ. م) صادر بتاريخ2006/01/18، ملف رقم:324515، م.م.ع، العدد:1، سنة 2006، ص: 217.

[3] ق.م.ع (غ. م)، صادر بتاريخ1994/04/20، ملف رقم، 106745، م ق، العدد: 2، سنة1994، ص: 22.

أ- موقف المشرع الفرنسي من الإنقاص: لم يكن القانون المدني الفرنسي يتضمن القاعدة العامة التي تنظم إنقاص العقد- قبل تعديل 2016، إلا أنه وبالرغم من ذلك فقد عرف نظام الإنقاص وذلك لمعاجلة المشاكل الكثيرة التي قد تنشأ عن بطلان تمام العقد في حالة تعيبه بشكل جزئي، ومن أهم التطبيقات لهذا النظام في القانون المدني الفرنسي ما جاء في نص المادة 900 التي تخص التصرفات المجانية والتي نصت على أنه: " في كل تبرع أو وصية تعد كأن لم تكن الشروط المستحيلة أو المخالفة للقوانين أو الآداب"، ويتجلى بوضوح أن هذا النص هو تطبيق صريح لنظام الإنقاص وذلك باستبعاد الشروط المستحيلة أو المخالفة للقانون أو الآداب، ومن ثم استمرار العقد في الشق الصحيح منه باعتباره عقدا مستقلا بذاته[1].

ومن النصوص الأخرى التي كانت تعالج الإنقاص في القانون المدني الفرنسي ما جاء في المادة 1172 منه التي تخص التصرفات بمقابل والتي نصت على:" كل شرط وارد على شيء مستحيل أو مخالف للآداب أو يحظره القانون باطل ومبطل للاتفاق المعلق عليه"، والتي قد يبدو من القراءة الأولية لهذا النص بطلان تمام العقد، غير أن التمعن في النص يفيد قراءة ثانية مفادها أن العقد في مثل هذه الأحوال لا يبطل إلا إذا كان معلقا على الشرط المستحيل أو المخالف للقانون أو الآداب العامة، بمعنى آخر يجب أن يكون الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد، ففي هذه الحالة فقط يبطل جميع العقد، حيث أن إبطال الشرط لوحده سيؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد[2]، وهو ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض الفرنسية، منذ الثلاثين من القرن الماضي[3]، وقد توسع القضاء الفرنسي في تطبيق وإعمال الإنقاص أو البطلان الجزئي كما يسميه الفقه الفرنسي، ولم يقصر مجالها على ما ورد في المادتين 900، و1172 السابقتي الذكر بل مد نطاق الإنقاص ليشمل بطلان أي شق في التصرف القانوني سواء كان شرطا تبعيا أم شرطا جوهريا في بعض الحالات، حيث اعتبر القاضي بحكمه الإنقاص في هذه الحالة وسيلة للغش نحو القانون ما جعلهم يعتبرونه من قبيل تهديد للأمن القانوني[4].

---

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 239.

[2] المرجع نفسه، ص: 240.

[3] Christian Larroumet, op.cit. p :558.

[4] Ibid. ; p :561.

ونظرا للأهمية البالغة لهذه الآلية فقد تم تكريس نظرية البطلان الجزئي أو الإنقاص بموجب المادة 1148 الجديدة من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه: "عندما لا يطال سبب البطلان إلا شرطا أو أكثر في العقد، فلا يؤدي ذلك إلى بطلان التصرف القانوني بأكمله، إلا إذا كان هذا الشرط أو هذه الشروط قد شكلت العنصر الدافع لتعهد الأطراف أو أحدهم، ويتم الإبقاء على العقد إذا كان القانون يعتبر الشرط كأن لم يكن، أو إذا كانت غايات القاعدة التي تمت مخالفتها تقضي الإبقاء عليه"[1]، وقد اعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين هذا الاعتراف بنظرية البطلان الجزئي أنه جاء نتيجة لتطور نظرية البطلان[2]، مع اعتمادهم على التفريق ما بين البطلان الجزئي واعتبار الشرط أو البند كأن لم يكن وسيلة مستقلة[3] للإبقاء على العقد كما جاء واضحا في المادة 1148 السابقة الذكر في حين يرى البعض أن اعتبار البند أو الشرط كأن لم يكن هي حالة من حالات البطلان الجزئي[4]، واعتبروا أن اعتماد البطلان الجزئي أخيرا كان ثمرة الجهود للإبقاء على القيمة الاقتصادية للعقد[5].

ب- موقف القضاء الفرنسي من الإنقاص: ولم يكن القضاء الفرنسي ليسلم من الانتقادات الشديدة من قبل الفقهاء[6] خاصة وأنهم حكموا بإنقاص العقد بغير نص قانوني يستندون إليه[7]، ذلك أن الإنقاص في نظر هذا الاتجاه هو تعديل للعقد، ولا شك أن تعديل

---

[1] محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص: 75، 76.

[2] Nabila Lahnane, op.cit. p103.

[3] S-Gaudemet, La clause réputée non écrite, thèse, Paris, Economica, recherches juridiques ; 2006.

[4] M.Mekki, La nullité entre tradition et modernité, fiche pratique, gaz, pal, 3janvier 2017, n :1, p :21.

[5] Faustine Jacomino, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, op.cit, p : 365.

[6] مونية بوشعرة، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2013-2014، ص: 13.

[7] ويرى بعض الفقهاء أن يمكن الاستناد على عدة حجج لاعتماد البطلان الجزئي كعقوبة من حيث المبدأ: أولا باعتباره يتوافق مع طبيعة البطلان، إذ يجب أن يعيد بالبطلان الشرعية إلى المدى الصارم لما هو ضروري، إذ أنها ليست مسألة إبطال فعل ما بقدر ما هي محو آثاره غير المشروعة، ثانيا أن البطلان الجزئي ضروري بسبب مجال تدخله وبشكل أكثر تحديدا ، إنه انعكاس للنظام العام فهو العقوبة الطبيعية والأنسب حيث يساهم في وجود نظام عام إيجابي ، وهو الذي يتطلب المزيد من الامتثال وإعادة البناء من قمع الفعل محل النزاع، ثالثا فالبطلان الجزئي أكثر ملاءمة في نتائجه إذ يعزز فعالية العقوبة كما يمنع ما هو غير قانوني بتجنب استغلال البطلان كوسيلة للتهرب من التزاماته التعاقدية،

J.Ghestin, op.cit, n 895, p : 1043.

العقد بإنقاصه رغما عن إرادة المتعاقدين، ودون أي نص قانوني يسمح بذلك يشكل انتهاكا صارخا لمبدأ سلطان الإرادة فالقاضي ليس له الحق أن يحل محل الأطراف لإبرام العقد إذا يقتصر دوره فقط إما في الحكم بالبطلان أو الحكم بالتنفيذ، لذلك يكون لجوؤه للإنقاص مسلك غير صحيح، وبذلك يصح القول أن المشرع الفرنسي قد وفق في اعترافه صراحة بالبطلان الجزئي كآلية للإبقاء على العقد، حيث أعطى للقاضي حصانة قانونية بتمكينه صراحة، بمقتضى نص المادة 1148 (الجديدة) بأن يتدخل لإنقاص العقد متى تحققت شروط إعماله، فهو بذلك أزال كل لبس قد يتبادر حول مدى وجوب إعمال الإنقاص ومن ثم لا مجال للجدل حول شرعيته، إذ أصبح حقيقة واقعية تستند إلى نص تشريعي.

من كل ما تقدم يبدو جليا أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الإنقاص في حالة البطلان الجزئي مثله مثل العديد من القوانين الأخرى إلا أنهم قد اختلفوا من حيث تحديد أيهما يعد الأصل البطلان التام أم الإنقاص، وكان مشرعنا قد حذا حذو المشرع السويسري الذي فضل إنقاص العقد على بطلانه مخالفا في ذلك المشرع الألماني وقد كان لهذا النظام أثرا بليغا في إنقاذ العقود من البطلان والعمل على استقرارها ولو جزئيا.

الفرع الثاني: محدودية فعالية شروط الإنقاص في التوجه نحو الإنقاذ

لقد لجأ المشرع بخصوص تطبيق نظرية البطلان الجزئي للعقد إلى مجموعة من الشروط التي تعكس حرصه على الحفاظ على العقد، لكن سنحاول تباعا إظهار ما إذا كان تطبيق هذه الشروط بإمكانه المساهمة في تفعيل هذه الآلية أم أنه يعكس محدودية في التوجه نحو الإنقاذ، ومن خلال المادة 104 ق.م يمكن استنتاج شروط إعمال البطلان الجزئي كما يلي:

أولا: أن يكون العقد في شق منه باطل أو قابل للإبطال

وما يفهم من هذا الشرط أنه لابد أن ينصب الإنقاص على جزء من العقد فقط ولا ينصرف إلى كل العقد ما يحيلنا بالضرورة إلى الحديث عن إمكانية الحكم بالبطلان على الجزء دون العقد، خاصة وأن المشرع كان قد عبر عن ذلك بالشق.

يقتضي الشرط الأول لإعمال الإنقاص أن يكون العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، ومن ثم يتعذر إعمال الإنقاص بالنسبة للتصرفات الصحيحة كلية، وأيضا التصرفات الباطلة

كلية[1] وهي التي تخص تحول العقد كما سنرى لاحقا، والجدير بالذكر في هذا المقام أن المشرع الجزائري لم يعالج إنقاص التصرفات كلية من خلال المادة 104 ق.م إذ ينص من خلالها صراحة على البطلان الجزئي للعقود، وما يفهم من ذلك هو اقتصار تطبيق هذه المادة على العقد ولا يمتد ليشمل باقي التصرفات القانونية المعيبة في شق منها أو في جزء منها إذ أن المادة 104 ق.م تحصر مجال تطبيق الإنقاص على العقود دون التصرفات، في حين يرى البعض أن الإنقاص لا يمكن حصره في العقود المعيبة فحسب بل لابد من توسيع مجال تطبيقها لتشمل كافة التصرفات القانونية[2]، وهو المنحى الذي اتبعه النص السويسري، وفي اعتقادي أن الأخذ بالنص الجزائري قد يحد من مجال تطبيق الإنقاص ما يجعلنا نقترح اعتبار إنقاص باقي التصرفات من قبيل تصحيح للعقد وهو الأصح مادامت المادة 104 ق.م كانت صريحة واقتصرت في مجال تطبيقها على العقود، ومن ثم يبقى إنقاص التصرفات المعيبة جزئي دون مسمى محدد، بل العديد من الفقهاء لا يميزون ما بين الإنقاص كوسيلة لإنقاذ العقود بمقتضى المادة 104 ق.م، والإنقاص كطريق لتصحيح التصرفات المعيبة جزئيا، ويضعونها تحت مسمى الإنقاص بنص القانون[3] والمتمعن للأمثلة التي يقدمها هؤلاء يجد خلطا واضحا ما بين الآليات لأن اعتبار تعديل العقد بحكم القاضي في حالة الظروف الطارئة كما جاء في المادة 107 ق.م الفقرة 3 من قبيل الإنقاص فيه خلط بين التعديل بالإنقاص والإنقاص كآلية لإنقاذ العقد، ذلك أن القاضي الذي يقضي بإنقاص العقد يقتصر دوره فيه على إسقاط الجزء الباطل فقط

---

[1] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 420.

[2] حيث تتكلم المادة 139 ألماني عن التصرف القانوني، بينما تتكلم المادة 149 مدني مصري، 190 مدني كويتي، 1419 مدني إيطالي عن العقد، أما المادة 1400 مجري فتتكلم في أولها عن العقد وفي آخرها عن التصرف القانوني، انظر: عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 420.

[3] واعتبرها الأستاذ العربي بلحاج في كتابه الالتزامات من قبيل مظاهر تطبيق القانون المدني الجزائري لفكرة الإنقاص بصرف النظر عما تتجه إليه إرادة المتعاقدين وأعطى عدة أمثلة يبدو من خلالها عدم التمييز ما بين عدة آليات فهو يعتبر جواز تعديل العقد بحكم القاضي في حالة الظروف الطارئة (م 3/107 من ق.م)، إنقاصا للعقد، كما أعطى أمثلة أخرى منها جواز إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية، (م 110 و2/112 من ق.م)، كذلك إنقاص مدة البقاء في الشيوع إلى خمس سنوات فقط (م 2/722 من ق.م)، ومراجعة سعر الإيجار (م467 و 498 من ق.م المعدلة عام 2007)، وإبطال الشرط الذي يسقط حق المؤمن له في التعويض (م 622 من ق.م)، وإبطال الشرط الصادر من أحد الشركاء في عقد الشركة لأنه لا يساهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها (م 426 من ق.م)، العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص: 518.

دون أن يملك سلطة لتعديل الجزء الصحيح المتبقي من العقد في حين يكون الأمر مخالفا لذلك بالنسبة لسلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة؛ ويبقى التساؤل قائما في الحالات التي يمكن فيها إعمال الإنقاص للمحافظة على الجزء من الكل بالنسبة للتصرفات القانونية والتي لم تشملها نصوص قانونية خاصة وهو ما جعل البعض ينادي بجعل الإنقاص يمتد تطبيقه ليشمل جميع التصرفات القانونية المعيبة جزئيا في شق منها فقط، سواء أكانت هذه التصرفات من جانب واحد، كالوصية، والوقف، أو صادرة من جانبين، عقدا أم غيره، وسواء أكان من عقود المعاوضات، أم كانت من عقود التبرع[1]، فهل يفيد ذلك في توسيع دائرة إعمال الإنقاص؟

وبالرجوع أيضا إلى المادة 104 ق.م السابقة الذكر يمكن أيضا ملاحظة أن المشرع الجزائري قد قصر العيب الذي يلحق بشق من العقد في البطلان بنوعيه البطلان المطلق والبطلان النسبي وهو أيضا ما يشكل تحديدا لإنقاص العقد إذ تعبر المادة 20 فقرة 2 من القانون السويسري عن العيوب بصفة عامة ، ولا تنحصر في البطلان[2]، ويعتبر الفقه المساير لهذا الاتجاه أن الإنقاص قد يتحقق مع عيوب أخرى على خلاف البطلان على حد قولهم وهو ما يحدث في حالة عدم النفاذ الجزئي مثال ما تنص عليه المادة 559 مدني مصري، والتي تحدد الحد الأقصى لمدة الإجارة التي يعقدها من ليس له إلا حق الإدارة بثلاث سنوات تنقص في حالة الزيادة إلى هذه المدة، فالإنقاص هنا ليس بسبب البطلان الجزئي وإنما بسبب عدم النفاذ الجزئي[3]، ولها ما يقابلها في قانوننا المدني إذ تنص المادة 468 منه على أنه:" لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ترد المدة إلى ثلاث سنوات كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

---

[1] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 420.

[2] المرجع نفسه، ص: 421.

[3] المرجع نفسه، ص: 421، 422.

وإذا كان نص المادة 104 ق.م يعالج الإنقاص في شق من العقد[1] فهذا يدعونا إلى التساؤل حول مدلول الشق باعتبار أن النص بالفرنسية جاء بعبارة الجزء، أي لابد من فهم المقصود من الجزء أو الشق، إذ أن هناك من القوانين من حصرت محل الإنقاص على الشرط أو البند على غرار القانون السويسري المادة 20 فقرة 2 منه وكذلك القانون المدني الفرنسي في المادة 1184 السابقة الذكر وهو ما يدعونا إلى التساؤل حول معرفة الفرق ما بين الشق والشرط، خاصة وأنني وجدت أن أغلب الفقهاء يجعلون من الشق أو الجزء والشرط الدافع على نفس المفهوم[2] ما جعلني أتساءل عن سبب اعتماد المشرع الجزائري عبارة الشق، أو الجزء بدل الشرط والذي أولي عناية هامة كما سنرى لاحقا.

في حين اعتبر الأستاذ المرسي في كتابه نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري أن كون العقد أو التصرف عامة معيبا في شق منه أو جزء منه هي تعبير عن محل أو موضوع الإنقاص الذي يرى أنه يحتضن حالات بطلان الشروط التبعية والشروط الأساسية، إذا تعيبت جزئيا وذلك بالنسبة للتصرفات القانونية البسيطة، وبطلان بعض العمليات القانونية المكونة للتصرفات المركبة وبطلان التصرف في مواجهة بعض الأشخاص فقط، بينما يكون صحيحا في مواجهة الآخرين وبطلان بعض آثار التصرف دون تعديله والإبقاء على تكييفه

---

[1] كذلك القانون المدني الألماني في المادة 139 والقانون المدني المصري في المادة 143 السابقة الذكر.

[2] حيث يذكر الأستاذ العربي بلحاج في كتابه أن شروط إنقاص العقد تتمثل في: أن يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال في جزء منه فقط، وأن يكون العقد قابلا للانقسام، لأنه إذا لم يكن قابلا للانقسام ن ترتب على بطلان جزء من منه بطلان العقد بأكمله، فإذا كان البند أو الشرط الباطل هو الباعث الدافع إلى التعاقد، أو كان محل الالتزام لا يقبل الانقسام بطبيعته، وكذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذه لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك (م 236 من ق.م)، بطل العقد كله." انظر: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 516.

وذكر أيضا الأستاذ علي فيلالي في كتابه أيضا ما يلي:".... ويعتد بالإنقاص إذا كان العقد باطلا في بند من بنوده أو في جزء منه فقط. ويحدث هذا الوضع – عادة – إذا تضمن العقد شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون، كالشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في التصريح بالحادث المؤمن عليه (المادة 622 ق.م) أو الشرط الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد أو الإنقاص منه (المادة 556 ق.م) أو الشرط الذي يسقط أو يسقط من الضمان عندما يتعمد البائع إخفاء عيب من المبيع غشا منه (المادة 384 ق.م)"، انظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 355.

كما عبر عنه الأستاذ سامي بن حملة في مداخلته السابقة ببطلان الالتزام أو الشرط التعاقدي، سامي بن حملة، المرجع السابق، ص: 301.

وشكله الخارجي، كما أضاف في عرضه أن بطلان بعض الشروط للمغالاة فيها كميا، وهو ما يمثل حسب رأيه تحديدا لمجال الإنقاص الذي يعد العيب الجزئي معيارا له[1]، وهو بذلك يكون قد وفق في تعداد الحالات التي يكون فيها الشق من العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتتعدى بذلك كون الشق مجرد شرط في اتجاه نحو توسيع نطاق الإنقاص.

وفي اعتقادي أن المشرع قد أصاب في اختياره لعبارة الشق، خاصة وأن العبرة من نظام الإنقاص هو حصر البطلان في الشق أو الجزء المعيب من العقد وعدم مده إلى الشق أو الجزء الآخر الصحيح بهدف إنقاذ العقد من مصير البطلان الكلي للعقد، ولا يصح القول أنه للحفاظ على العقد لابد من اقتطاع الشرط من العقد بل أن الاقتطاع هنا يقع على الشق أو الجزء مع إمكانية وصف الإسقاط على الشرط أو الشق على حد سواء، لكن في النتيجة فإن الإنقاص سيؤدي إلى استقرار الصحة للشق الصحيح من العقد مقابل اقتطاع وإسقاط الشق المعيب، ولا يمكن إذن وصف استقرار الصحة للشرط الصحيح.

كما أنه من خلال المادة 104 ق.م يبدو أن المشرع لا يحبذ حصر محل الإنقاص في الشروط الباطلة فقط بمفهومها الضيق وهو الأمر الذي يترتب على إعماله تضييق نطاق الإنقاص، بل إنه يمتد تطبيقه ليشمل أي شق، أو جزء في العقد ولو لم يكن شرطا بالمعنى الضيق له؛ ففي حالة إعمال الإنقاص إذا بطل جزء من العقد قد يكون بقاء الجزء الآخر صالحا لأن يكون محلا مستقلا للعقد ومستوفيا لجميع العناصر الجوهرية التي تضمن وجوده ومن ثم ترتيب آثاره، ومثال ذلك: أن يرد عقد بيع على عدة أشياء ثم يثبت عدم مشروعية أحدها، فهنا يبطل العقد فيما يخص هذه الأشياء ويصح فيما تبقى منها، طالما أمكن تحديد ثمن الأشياء المتبقية منها، وأحسن مثال في صحة القول بعبارة الشق بدل الشرط، هو أن العقد المركب الذي يتكون من مجموعة عقود إذا ما تم بطلان أحد هذه العقود فالأصح أن نطلق عليه شقا باطلا وليس شرطا باطلا؛ إن كون العقد باطلا أو معيبا في شق أو جزء منه لا يكفي لإعمال الإنقاص بل يجب توافر شروط أخرى، إذ أنه لا يمكن إعمال هذا الشرط إلا إذا كان العقد يقبل الانقسام أو التجزئة.

[1] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 430.

ثانيا: أن يكون العقد قابلا للانقسام1 أو التجزئة:

يكمن هدف الإنقاص في إسقاط الجزء الباطل من العقد والإبقاء على الجزء الصحيح منه، ولا يمكن إحداث هذا الفصل بين جزئي العقد الباطل والصحيح، إلا إذا كان العقد في حد ذاته قابلا للانقسام والتجزئة بحيث يكون للجزء الصحيح المتبقي من التصرف، وجوده المستقل، فالمناط من إعمال الإنقاص هو بالجزء الصحيح من التصرف وذلك بأن يكون في وسعه إنتاج نفس الآثار التي كان يرتبها التصرف الأصلي وإن اختلفت من حيث الكم وليس الكيف، بقدر ما نقص من التصرف إذ أن إعمال الإنقاص لا يرتب تغييرا في تكييف التصرف بل تغيير في حجمه ومضمونه فقط[2]؛ وتكمن القابلية للتجزئة من ناحيتين، الأولى موضوعية والمتمثلة في القابلية للتجزئة من الناحية المادية وكذلك من الناحية القانونية أما القابلية للتجزئة من الناحية الذاتية فسنشير إليها لاحقا عند تناول الشرط الثالث وهي التي يكون العقد قابلا للتجزئة بموجبها من الناحية الشخصية أي باتجاه إرادة المتعاقدين وقصدهما.

ونقصد بالقابلية للانقسام من الناحية الموضوعية ما يلي: إن قابلية العقد المعيب جزئيا للانقسام الموضوعي يمثل شرطا أوليا إذ يمتنع إعمال الإنقاص بدونه، أي عند عدم إمكانية انقسام العقد من الناحية الموضوعية، والتي تتمثل في قابلية العقد للانقسام من الناحية المادية وقابليته للانقسام من الناحية القانونية:

1- قابلية العقد للانقسام من الناحية المادية: ويكون العقد غير قابل للانقسام من الناحية المادية البحتة إذا كان أحد الالتزامات التي يرتبها العقد غير قابلة للانقسام بسبب طبيعة المحل الذي يرد عليه هذا الالتزام كما هو واضح من الفقرة الأولى من المادة 236 ق.م التي تنص على أنه: " لا يقبل الالتزام الانقسام: - إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام

---

[1] ويحبذ البعض تسمية القابلية للتجزئة على أساس أن تسمية قابلية العقد للانقسام قد يتصور معها أن الشيء قد انقسم إلى قسمين متساويين من حيث الكم والحجم، إلا أن الحقيقة غير ذلك فتجزئة العقد لا تعني أن الجزء الذي تم إسقاطه من العقد يساوي الجزء المتبقي بل يمكن أن يكون أقل منه أو أكثر، مونية بوشعرة، المرجع السابق، ص: 55، في حين وبالرجوع إلى المادة 263 من ق.م نجد أن المشرع وبخصوص الالتزام ذكر عبارة الانقسام وليس التجزئة.

[2] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 431.

بطبيعته..."[1]، هذه المادة تقرر أن الالتزام يكون غير قابل للانقسام إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم، فعدم القابلية هنا ترجع إلى طبيعة الأشياء، دون تدخل من القانون أو من المتعاقدين[2]، فإذا كان الشق أو الجزء الباطل من العقد، يتعذر الفصل بينه وبين الشق أو الجزء الصحيح منه، تعذر إعمال الإنقاص بسبب عدم قابلية العقد للانقسام بحسب طبيعته، ولا يكون بذلك للجزء الصحيح من العقد وجود ذاتي مستقل فهو مرتبط بالجزء الباطل، فالمحل كركن في العقد يعتبر مسألة جوهرية لازمة لقيامه فإذا ما لحق البطلان جزءا من محل العقد وكان المحل قابلا للانقسام، فإنه يمكن إعمال الإنقاص فيقوم العقد في شقه الصحيح، أي يظل المحل صالحا لقيام العقد بشقه الصحيح، ومثال ذلك أن يرد البيع على عدة أشياء وكان بعضها لا يجوز التعامل فيه أو هلك قبل قيام العقد اقتصر البطلان على ما هو باطل منها دون الأخرى مادام قد أمكن الفصل بينها وأمكن تحديد ثمن الأشياء المبيعة التي لم يمسها البطلان[3]، لكن في المقابل قد يتعذر الحكم بإنقاص العقد إذا كانت طبيعة المحل لا تقبل الانقسام من الوجهة المادية البحتة، ومثال ذلك أن يبرم عقد التأمين لتغطية عدة مخاطر مقابل قسط واحد مقدر إجماليا دون تخصيص نصيب كل خطر من قسط التأمين، ثم بطل التأمين بالنسبة لأحد المخاطر التي يتضمنه، وتعذر تحديد حصة هذا الخطر من قسط التأمين الإجمالي، فإن البطلان يمكن أن يمتد إلى كل عقد التأمين، ويمتنع إعمال الإنقاص في هذه الحالة، نظرا لعدم قابلية التأمين للتجزئة والانقسام[4].

كذلك إذا تعيبت الإرادة بالنسبة إلى شق من العقد فيمكن إعمال الإنقاص بإسقاط ذلك الجزء المعيب منه والإبقاء على الجزء الآخر الصحيح[5]، فإذا وقع الغلط على أحد الأشياء التي

---

[1] والتي تقابلها المادة 300 في فقرتها الأولى من القانون المدني المصري التي تقرر: " إن الالتزام يكون غير قابل للانقسام، إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم".

[2] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 116، كذلك: عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 434.

[3] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 118.

[4] عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 26، 27؛ ويرى الأستاذ صالح ناصر العتيبي أن تعذر تحديد قيمة القسط والثمن بالنسبة للشق الصحيح في العقد يعني تعذر قيام العقد صحيحا، وهو يرجع بذلك إلى أن القسط هنا من المسائل الجوهرية في عقد التأمين فلا يوجد تأمين دون قسط، صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 117.

[5] المرجع نفسه، ص: 119.

يرد عليها محل العقد، كما لو كان العقد بيعا لعدة أشياء ووقع الغلط بالنسبة لبعضها دون الأخرى، فإن العقد يكون باطلا بالنسبة للأشياء التي وقع الغلط فيها، دون الأشياء الأخرى والتي تظل صحيحة، وعلة ذلك هو كون هناك قابلية للانفصال ما بين الأشياء مما يسمح بقيام العقد في بعضها دون الأخرى؛ لكن لو تعيبت الإرادة وحصل أن محل العقد لا يقبل الانقسام والتجزئة فلا يمكن إذن إعمال الإنقاص، ويتحقق ذلك في التصرفات القانونية المركبة، مثل الوصايا والهبات المشتركة التي تتم في صورة تصرف واحد، وفي سند أو محرر واحد، فإذا كان أحد الموهوب لهم عديم التمييز، مما يتعذر معه قبوله للهبة، وتعذر كذلك إفراز نصيبه من محل الهبة، بسبب عدم قابلية المال الموهوب للانقسام، فهنا يتعذر إعمال الإنقاص، وبالتالي يحكم ببطلان التصرف بطلانا تاما يشمل التصرف بأكمله[1].

وقد يقع البطلان الجزئي أيضا لركن الإرادة في الحالة التي يتعدد فيها طرفي العقد، بحيث يلتزم بالالتزام نفسه أكثر من شخص، فإذا لحق البطلان إرادة أحدهم فقط دون الآخرين، فإن العقد يبطل بالنسبة لمن لحقه العيب ويبقى صحيحا بالنسبة للآخرين، كما هو الحال بالنسبة لشركات الأموال، حيث لا يكون للاعتبار الشخصي أهمية، فيبطل عقد الشركة بالنسبة لأحد المكتتبين، ويبقى صحيحا بالنسبة للشركاء الباقين[2].

على العموم فإنه إذا تحقق بطلان أو إبطال شق أو جزء من العقد، وكان المحل مما لا يقبل تجزئته من الناحية المادية، فإن العقد نفسه يصبح غير قابل للتجزئة، مما يتعذر معه إعمال الإنقاص نتيجة انتفاء الشرط الأولي المتمثل في القابلية للانقسام والتجزئة من الناحية المادية.

2- قابلية العقد للانقسام من الناحية القانونية: يشترط لإعمال الإنقاص بالإضافة إلى كون العقد قابل للانقسام من الناحية المادية، أن يكون أيضا قابلا للانقسام والتجزئة من الناحية القانونية، مما يتعذر إعمال الإنقاص في بعض العقود الباطلة أو القابلة للإبطال على الرغم من قابلية هذه العقود للانقسام من الناحية المادية، والعلة في ذلك تكمن في أن إعمال الإنقاص فيها سيؤدي بالضرورة إلى الإخلال بتوازن العقد ووجوده، ومن ثم فهذه العقود إما أن

---

[1] عبد الرؤوف سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 27.

[2] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 119.

توجد كلية أو تبطل كلية[1]، لأن الطبيعة القانونية تحول دون وجودها جزئيا، ومن هذه العقود نذكر عقد الصلح وعقد القسمة.

أ-بالنسبة لعقد الصلح: تنص المادة 466 ق.م على أن:" الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله.

غير أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض"، يتبين من هذا النص أن عقد الصلح غير قابل للتجزئة من الناحية القانونية، فإذا تم التصالح على عدة منازعات أو بين عدة أشخاص متنازعين، ثم تبين بطلان الصلح بالنسبة لأحد هذه المنازعات أو أحد الأشخاص المتنازعين، أي يبطل عقد الصلح في جزء منه فقط، فهنا وحسب ما تقضي به المادة 466 ق.م، يؤدي إلى بطلان كامل العقد ولا يمكن إعمال الإنقاص، إلا أن هذا الحكم ليس على إطلاقه، إذ أنه وطبقا للفقرة الثانية من نفس المادة السابقة الذكر، فإنه يمكن إنقاص عقد الصلح، بالرجوع إلى عبارات العقد أو قرائن الأحوال، أي بتفسير ما تتجه إليه إرادة طرفي العقد؛ ما يجعلنا نتساءل حول ما إذا كان قصد المشرع هنا هو جعل إعمال الإنقاص بالنسبة لعقد الصلح كاستثناء عن اتجاهه في الأخذ بالإنقاص كأصل ما لم يتبين أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبعاده كلية، أو أن إنقاص عقد الصلح لا يعد تطبيقا لنظرية الإنقاص وفقا لمادة 104 ق.م لأنه وفقا لهذ الأخيرة يكفي أن يكون العقد قابلا للانقسام والتجزئة في نظر أحد المتعاقدين، ولا يشترط اتفاقهما على ذلك[2] وفقا لما جاءت به المادة 466 في فقرتها الثانية.

هذا وقد ذهب البعض إلى اعتبار أن إنقاص عقد الصلح يقضي بعكس ما تقرره القواعد العامة في إنقاص العقد الباطل، ذلك أن عقد الصلح إذا شاب جزء منه سبب من أسباب البطلان، فإن العقد بجميع أجزائه سيكون باطلاً، ونكون أمام البطلان التام لعقد الصلح، وعندها لا يمكن إنقاص العقد لعدم زوال البطلان، إلا أن هذا الحكم يستبعد في حالة ما إذا انصرفت عبارات العقد أو ظروف الحال إلى أن أجزاء عقد الصلح مستقلة بعضها عن بعض،

[1] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 121، كذلك: عبد العزيز المرسي، ص: 436.

[2] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 122، 123.

فإذا شاب جزء منها عيب، تبقى الأجزاء الأخرى المستقلة صحيحة، دون أن تتأثر بما أصاب ذلك الجزء من عيب، فالبطلان الذي يصيب إحداها لا يؤثر على الباقي، لأن الأجزاء الباقية مستقلة عن الجزء الباطل، وعندها يتحقق إنقاص العقد الباطل؛ بمعنى آخر إن عدم إنقاص عقد الصلح والحكم ببطلانه كلياً لا يقتضي إثبات انصراف إرادة المتعاقدين إلى وحدة عقد الصلح وأن الجزء الباطل لا يمكن الاستغناء عنه، بل إن تصحيح هذا العقد باستبعاد الجزء الباطل عنه يقتضي إثبات انصراف إرادة المتعاقدين إلى إمكانية تجزئة العقد واعتبار أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض، إذ يتم إنقاص العقد باستبعاد الجزء الباطل بتوافر شروط الإنقاص، وعلى من يدعي وحدة العقد وعدم قابلية تجزئته إثبات ذلك، أي إثبات أن الجزء الباطل هو الدافع إلى التعاقد، وهذا يعني بأن استبعاد الجزء الباطل لإنقاص عقد الصلح، لا يتم وفقاً لنظرية إنقاص العقد ، وإنما يتم وفقاً لنص خاص يخرج عن تلك النظرية، ولا يعتبر بذلك تطبيقاً لنظرية إنقاص العقد طبقا للمادة 104 ق.م[1].

ب- بالنسبة لعقد القسمة: إذا بطل عقد القسمة بالنسبة لأحد المتعاقدين كما لو كان عديم التمييز ولم يمثله نائبه القانوني، استوجب ذلك بطلان العقد لسائر المتقاسمين مما يؤدي إلى بطلان العقد كله، إذ لا يتصور أن يكون عقد القسمة باطلا بالنسبة لبعض أطرافه، فيبطل في شقه المتعلق بهم ويكون صحيحا منتجا لآثاره بالنسبة للباقين[2]، فهذه التجزئة لا يقبلها عقد القسمة بل تتنافر مع طبيعته التي تفترض الصحة المطلقة بالنسبة لسائر أطرافه[3].

كما اعتبر أيضا الأستاذ علي فيلالي أنه يكون العقد قابلا للانقسام إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد، فلا يغير من طبيعته القانونية، كإبطال الشرط الذي يسقط حق المؤمن له في التعويض الذي أشارت إليه المادة 622 ق.م، أما إذا كان يغير من

---

[1] مروة أبو العلا، مقال بعنوان الانتقاص كأحد وسائل إنقاذ العقد من البطلان، منشور بموقع استشارات قانونية مجانية، بتاريخ 28 فبراير، 2018، ص: 7،

https://www.mohamah.net.

[2] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 436، كذلك: صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 122.

[3] انظر في ذلك إلى مفهوم المواءمة لنص المادة 1041 من القانون المدني الأردني التي لا تجيز القسمة الرضائية إذا كان أحد الشركاء غائبا أو فاقدا للأهلية أو ناقصها، أي تعتبر باطلة، فايز عبد الكريم عقلة الفالح مظاهر مواجهة البطلان، المرجع السابق، هامش ص: 108.

طبيعة العقد فيكون غير قابل للانقسام من الناحية القانونية[1]؛ ولما كانت الغاية من وجود قابلية الانقسام في العقد هي بقاء جزء منه محققا لمقتضى العقد ككل فهذه الغاية لا يمكن أن ترتب نتائجها إلا إذا تحقق للجزء المتبقي من العقد وجوده الذاتي المستقل، وفي ذلك تتضح أهمية إعمال هذه القابلية للانقسام، ويكون ذلك في قدرة الجزء المتبقي على إنتاج نفس الآثار التي كان سينتجها العقد الأصلي فيما لو انفصل عنه الجزء الآخر، وإن اختلفت تلك الآثار من حيث الكم وليس من حيث الكيف، ذلك أن قابلية الانقسام لا تؤدي إلى تغيير في الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني للعقد بعد انفصاله، بل التغيير الذي يحصل ينصب على حجم العقد و مضمونه ليس إلا[2].

ثالثا: عدم جوهرية الشق أو الجزء الباطل من التصرف في قصد المتعاقدين:

قد يكون العقد قابلا للانقسام من الناحية الموضوعية بشقيها المادية البحتة والقانونية، غير أن ذلك لا يكفي إلى إعمال الإنقاص بصورة تلقائية، إذ أن ذلك يكون مرهونا بإرادة المتعاقدين أي أن يكون العقد قابلا للتجزئة والانقسام من الناحية الذاتية أو الشخصية، ومن ثم فالإرادة هي صاحبة القرار في إعمال إنقاص العقد القابل للانقسام من الناحية الموضوعية، فإذا اتجهت هذه الإرادة إلى الانصراف لتطبيق الإنقاص تم إعماله، رغم تعيبه واستبعاد الشق الباطل أما إذا تبين أن هذه التجزئة تتعارض مع ما قصدته إرادة المتعاقدين فعندئذ لا يعمل بنظرية إنقاص العقد، وإنما يتم الحكم بالبطلان كاملا، وهذا ما يطلق عليه بأن معيار الإنقاص هو معيار قصدي كأصل عام[3].

1- قابلية العقد للانقسام الشخصي: يقصد بالقابلية للتجزئة أو الانقسام من الناحية الشخصية، أن يكون العقد أو التصرف بصفة عامة قابلا للانقسام والتجزئة من الوجهة

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 355.

[2] موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص: 248، واسن قسيم الخفاجي، مقال بعنوان قابلية العقد للانفصال، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الأول، السنة الرابعة، ص: 259.

[3] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 439.

الشخصية، أي في نية وإرادة المتعاقدين[1] أو بالأحرى قابلا للوجود الذاتي المستقل في نظرهما[2]، ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على إبرام عقد بيع يرد على عدة أشياء ثم يتم هلاك شيء ما من هذه الأشياء، فإذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى إمكان إبرام العقد دون ذلك الشيء الذي هلك، فإنه لا يمكن إعمال الإنقاص بالرغم من قابلية هذا العقد للانقسام من الناحية الموضوعية لعدم قابليته للانقسام أو التجزئة من الناحية الشخصية أي في نية وقصد المتعاقدين؛ والملاحظ أن المعيار القصدي صعب التحديد لأنه يختلف من عقد لآخر ومن متعاقد لآخر فقد يتوقف الانقسام الشخصي على بعض الشروط التي تجعل منه كلا لا يقبل التجزئة بالنظر إلى أهمية الجزء أو الشق المعيب في نظر المتعاقدين، لأن – هذه الشروط- قد تمثل أهمية خاصة في نظرهما، ولكن نفس هذه الشروط قد لا تكون بهذه الأهمية لدى نفس المتعاقدين في ظروف أخرى، مما يصعب عملية استخلاص النية الحقيقية في كل تصرف أو عقد وهي مهمة قاضي الموضوع[3] الذي ينبغي عليه أن يتوصل إلى قصد المتعاقدين بالاستعانة بظروف التعاقد وهي مهمة صعبة كونه يبحث في نفسية المتعاقدين وخوالجهم أي البحث في الإرادة الباطنة[4]، كما أن ما هو مهم في نظر المتعاقد قد لا يكون بنفس الأهمية أو حتى قد لا يكون مهما بتاتا بالنسبة للمتعاقد معه.

2- جوهرية الجزء أو الشق الباطل: ومن خلال ما سبق فأن كل من فكرة عدم القابلية للانقسام الشخصي وفكرة عدم جوهرية الشق الباطل مرتبطين بنية وإرادة المتعاقدين، فمتى كان الشق الباطل عنصرا منظورا إليه في العقد فرض ذلك عدم قابلية التصرف للانقسام في نية المتعاقدين، وهو ما يفهم من نص المادة 104 ق.م، حيث عبر المشرع عن الشق الدافع للتعاقد بقوله: "...إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال

---

[1] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 439.

[2] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 128.

[3] الذي لا يهتم كثيرا بالقيام بهذا البحث مما يجعل الإنقاص يتجه إلى التعديل على حد قول الأستاذ: سمير تناغو، الالتزام القضائي، (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، الاسكندرية، مصر، 2014، ص: 83.

[4] إبراهيم محمد الصادق الكاروري، المرجع السابق، ص: 273، يقوم القاضي بالكشف عن الارادة الفرضية معتمدا على الواقع الموضوعي لكل واقعة التصرف المعيب جزئيا على حدى، ويكون ذلك وفقا للقواعد العامة في التفسير مع مراعاة حاجات العمل و مقتضيات العدالة، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 486.

فيبطل العقد كله"، والملاحظ هنا هو مدى تعويل المشرع على إنقاذ العقد بصفة مطلقة على اتجاه الإرادة إلى إعمال الإنقاص، حيث يبدو واضحا من نص المادة أن الشرط الأساسي لإعمال الإنقاص هو ألا يكون الشق أو الجزء الباطل هو السبب الدافع للتعاقد، وهو ما ينقص من فاعلية هذه الآلية ويحد من إعمالها خاصة لو افترضنا أن الإرادة المقصودة هنا هي الإرادة المشتركة، إذ الغالب أن يكون الإبقاء على العقد يخدم مصلحة طرف على حساب مصلحة الطرف المقابل، ولذلك يرى البعض أن إعمال الإنقاص لا يتوقف على إرادة الطرفين معا، بل على إرادة طرف واحد، وهو الحل الذي تفرضه طبيعة الأمور إذ ما يحدث عمليا[1] هو أن الشق الباطل يحقق فائدة لأحد المتعاقدين دون الآخر، فيكون دافعا للمتعاقد الذي اشترطه، بينما يكون عبئا على المتعاقد الملتزم بتحقيقه[2]، وبالتالي فالشرط[3] إذا بطل يعد جوهريا بالنسبة للدائن وليس للمدين الذي يعد بالنسبة إليه عبئا يسعى إلى التخلص منه[4].

وبالرجوع إلى المادة 104 ق.م نجد أنها جاءت غير واضحة بهذا الخصوص، مما يجعلنا نتساءل حول اتجاه المشرع في اعتبار جوهرية الشق الباطل هل تقتصر على إرادة واحدة أم على إرادة الطرفين معا[5]، خاصة وأن الاتجاه نحو الإنقاذ يقتضي العمل على الاحتفاظ بالعقد كلما أمكن ذلك، ومادام المشرع قد أعطى الأصل في الإنقاص إلى اختيارية إعماله بنص عام كما ذكرنا سابقا (المادة 104 ق.م)، فكان الأجدر به أن يبين معالم الأخذ بجوهرية الشق ومدى تأثيرها على إعمال الإنقاص، خاصة وأنه بالرجوع إلى قوانين أخرى نجد أنها كانت واضحة إلى اعتبار أن القصد المعول عليه في إعمال الإنقاص هو قصد أحد المتعاقدين، كما تشير إلى ذلك المادتين 190، 175 من القانون المدني الكويتي، حيث قررت المادة 190 فقرة 2 منه على أن:" على أنه إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان ليبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل، بطل العقد كله"، وفي المعنى نفسه أيضا قررت المادة 175 فقرة 2 منه على أنه:" فإذا كان الشرط الذي تضمنه

---

[1] عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 23.

[2] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 457.

[3] في الغالب يكون الشق الباطل شرطا يستفيد منه الطرف الذي اشترطه ومن ثم فإن من مصلحته الإبقاء على هذا العقد.

[4] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 133.

[5] لا يطرح هذا التساؤل بالنسبة للتصرفات أو العقود الملزمة لجانب واحد، فالالتزام يقع على طرف واحد وبالتالي يكون الاعتداد بإرادة ذاك الطرف.

العقد غير مشروع، بطل الشرط وصح العقد، ما لم يثبت أحد المتعاقدين أنه لم يكن ليرتضي العقد بغيره فيبطل العقد"، وقد عبر المشرع العراقي عن ذلك أيضا في المادة 131 فقرة 2 التي جاء فيها ما يلي:" ... كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعا أو مخالفا للنظام العام أو للآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا"، في حين يرى البعض من الفقهاء أن الإنقاص يتوقف على القصد المشترك للمتعاقدين وهو المعيار المعول عليه في إعمال الإنقاص من عدمه، حيث أشار إلى ذلك الأستاذ العربي بلحاج في كتابه قائلا[1]: " فإذا البند أو الشرط الباطل هو الباعث الدافع على التعاقد، أو كان محل الالتزام لا يقبل الانقسام بطبيعته، وكذا إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذه لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك(م 236 من ق.م)؛ بطل العقد كله، فإن البطلان يلحق بالعقد كله، وفقا لنص المادة 104 من ق.م، إذا كان الشق الباطل هو الدافع إلى التعاقد، بحيث لولاه ما كان التعاقد قد تم، حيث يستند الإنقاص إلى قصد المتعاقدين"، وأضاف أيضا:" وعلى ذلك يشترط لإبطال العقد في شق منه، بالتطبيق للمادة 104 من ق.م، مع بقائه قائما في باقي أجزائه ألا يتعارض هذا الانتقاص مع قصد المتعاقدين؛ بحيث إذا تبين أن أيا منهما ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب، فإن البطلان أو الإبطال يمتد إلى العقد كله، ولا يقتصر على هذا الشق وحده".

قد يفهم مما سبق أن اتجاه البعض إلى اعتبار القصد المعول عليه في المادة 104 ق.م هو لطرفي العقد، وليس لطرف على حساب الطرف الآخر قد أرجعه البعض إلى تفادي الإضرار بمن تقرر بطلان الشق لصالحه، كالحالات التي ينص فيها المشرع على بطلان بعض الشروط حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ومن هذا المنطلق، يرى بعض الفقه إلى أن إنقاص العقد" لا يتأسس في حقيقته القانونية على الإرادة المشتركة لطرفيه، ولا يعتبر مجرد تفسير لها، بل يستند إلى الإرادة الشارعة التي تقصد قيام العقد في المعاملات بين الناس بالأثر الذي حددته، لتفرض هذا التحديد عليهم لإعاقة إبرامه لتجيز لهم التخلص منه عن طريق البطلان. فإنه حيث تؤدي الإرادة الشارعة التي تبين أن الإرادة قد قصدت، إما أن يصح العقد كله أو يبطل كله، فإن

[1] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 516، 517.

الانتقاص يمتنع إذ هو لا يقع إلا إذا تبين أن الإرادة كانت سترضى بالعقد الجديد الذي تولد عن الانتقاص، لو علمت بالبطلان"[1].

وعلى العكس من ذلك قد اعتبر البعض أن اعتبار أن القصد من المادة 104 ق.م هو الأخذ بنية أحد الأطراف فقط لما في ذلك من حماية للطرف المتعاقد المستفيد من الشرط والمضرور من إسقاطه وقد استعانوا في ذلك على تطبيقات تشريعية حول فكرة الشق الدافع بعيدا عن مجال الإنقاص حيث يعتد المشرع بإرادة أحد المتعاقدين فقط[2]، من ذلك ما نصت عليه المادة 370 من ق.م:" إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرا قبل العقد لما أتم البيع وإما يبقى البيع مع إنقاص الثمن" كذلك نص المادة 376 من ق.م:" في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل منه"؛ هذا وبالرغم أنه وببحثنا فيما يعتبر نادرا من قرارات قضائية فيما يخص الإنقاص، لم نجد ما يسعفنا بهذا الأمر، أي الاكتفاء بإرادة أحد المتعاقدين في إعمال الإنقاص، في حين نجد أن القضاء المصري قد طبق ذلك من الناحية العملية، ففي قرار لمحكمة النقض المصرية، أقرت فيه بهذا الأمر، حيث جاء فيه:"-ما لم يقم من يدعي البطلان، الدليل على أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقي من العقد صحيحا باعتباره عقدا مستقلا، ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده"[3].

وبين الاختلاف ما بين الأخذ بما يفيد عامل الاستقرار وهو إعمال الإنقاص بناء على إرادة أحد أطراف العقد وعدم التشدد في الاعتماد على النية والقصد المشترك لأطراف العلاقة العقدية، والذي يفيد بدوره في تحقيق العدالة والتوازن بين أصحاب المصلحة في تلك العلاقة، اعتمد بعض الفقه على تقدير مدى تأثير الشق أو الجزء الباطل، وذلك يكون بالرجوع إلى سلوك الرجل العادي، كون الغرض من إعمال المشرع لفكرة الإنقاص هو ضمان استقرار المعاملات

[1] محمد بوشنافة، المرجع السابق، ص: 79.

[2] مونية بوشعرة، المرجع السابق، ص: 63.

[3] واسن قسيم الخفاجي، المرجع السابق، ص: 258.

على حساب أنانية المتعاقدين[1]، وهو نفس المنطلق الذي أراه مناسبا للاكتفاء بإرادة واحدة واتجاهها إلى إعمال الإنقاص لما فيه من توسيع لدائرة إنقاذ العقود بالاعتماد على هذا النظام القانوني، مع مراعاة مبدأ حسن النية[2]، وما على الطرف الرافض لإعمال الإنقاص إلا أن يثبت أن جوهرية الشق الباطل في اتجاه إرادته؛ ذلك أن التذرع بعدم اتجاه إرادة الطرف الآخر إلى إعمال الإنقاص فيه هدر للكثير من الحالات التي يمكن فيها إنقاذ العقد.

إن الاعتماد المطلق على النية والإرادة يكشف حرص المشرع على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، والمحافظة على دور الإرادة في إعمال الإنقاص بالرغم من كونه يتجه إلى إعمال الإنقاص دون الرجوع إلى إرادة الأطراف وبقوة القانون في عدة نصوص[3]، والتي في مجملها تشير إلى أن المشرع يسعى إلى الإبقاء على العقود والمحافظة عليها كلما كان بالإمكان مراعيا عدة اعتبارات بعضها يتعلق بمصالح الجماعة ومقتضيات النظام العام، والبعض الآخر يرجع إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، وبالرغم من كثرة المواد التي تقضي بالإنقاص بقوة القانون يبقى الأصل هو الاعتماد على المادة 104 ق.م التي تتضمن نظرية عامة التطبيق، ولا تقتصر على عقد دون آخر، فكلما تحققت شروطها يتعين إعمال الإنقاص، ولا يستبعد تطبيقها إلا في حالة وجود نص خاص صريح، أي الاعتماد على المعيار القصدي، والذي يعبر عنه بعض الفقه على أنه ليس حلا حتميا بل هو حل احتياطي لا يتقرر إلا إذا لم يوجد نص خاص يقرر حكما

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 356.

[2] "إذ لا يعتد بالادعاء بأن الشق الباطل كان دافعا للتعاقد للتوصل إلى إبطال العقد، إذا كان مثل هذا الادعاء يتعارض مع مبدأ حسن النية، فالتمسك بالبطلان الكلي من جانب من اشترط لصالحه الشرط غير المشروع أو المخالف للآداب يتعارض مع حسن النية لأنه يتمسك في الواقع بسلوكه غير المشروع للحصول على مصلحة أو منفعة، كما يمكن أن يرجع بطلان الشرط في العقد إلى خطأ أحد المتعاقدين فلا يجوز له أن يطلب البطلان الكلي، إذا كان الطرف الآخر يكتفي بالبطلان الجزئي لأن العقد يحمي مصالحه"، صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 136.

[3] سواء بالنسبة للقانون المدني أو بالنسبة لقوانين خاصة، نذكر من بينها على سبيل المثال المواد: 107، 110، 178، 184، 377، 430، 434، 441، 454، 468، 490، 556، 622، 625، 903، من القانون المدني، كذلك المواد: 52 فقرة 3، 77، 631 فقرة 2، 733 من القانون التجاري، كذلك المادة 13 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، والمادة 35 من قانون الأسرة، المادة 66 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمادة 20 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وغيرها من المواد المتفرقة...

مخالفا[1]؛ والملاحظ أنه من الناحية العملية، ونظرا لقلة حالات إعمال الإنقاص يبدو أن العكس هو المعمول به إذ يصبح المعيار القصدي في إعمال الإنقاص ذو محدودية تكاد تجعل منه حلا احتياطيا في إعمال الإنقاص في حالة عدم وجود نص تشريعي يفرض حلا مخالفا؛ وإذا كان الأساس الشخصي يقتضي اتجاه إرادة طرفي العقد أو إحداها، فالإرادة المقصودة هنا ليست الإرادة الحقيقية، وإنما هي إرادة مفترضة[2]، وسبب ذلك يرجع إلى أنه لا يمكن الاستثياق من أن أحد الطرفين أو كلاهما قد توقع وقت التعاقد أن أحد آثار العقد يتحقق فيه سبب الانفصال، سواء كان هذا السبب هو البطلان الجزئي لهذا الأثر، أو ما يستدعي فصله عن بقية آثار العقد ولو كان الأخير صحيحا، أما إذا كانا قد توقعا ذلك فعلا، فإن هذا الأمر يعد قرينة قوية على أنهما يرتضيان العقد بالرغم مما يلحق به من سبب الانفصال، وبالتالي يتحقق الأساس الشخصي لقابلية الانفصال، وهو إرادة الطرفين في الإبقاء على العقد[3]، على أن البعض يرى أنه من المنطقي اعتبار أن هذه الإرادة هي إرادة مفترضة، أو تصورية[4] وقت النزاع وليست حقيقية أو المقصود بها تلك الإرادة وقت إبرام العقد، إذ لا وجود لها في الواقع والأصح من ذلك هو تحديد ما يمكن أن تتجه إليه إرادة المتعاقدين لو أنهما علما بالعيب الذي يبطل العقد في شق منه فقط، وتحديد ما إذا كانا سيستمران رغم ذلك العيب في التعاقد، أي سيحتفظان بالعقد جزئيا في شقه الصحيح أم أنهما سيرفضان التعاقد كلية[5].

من خلال ما سبق يمكننا أن نستنتج أن عملية إنقاذ العقد عن طريق إعمال الإنقاص تدور ما بين سلطة المشرع الذي يقدر إعمال الإنقاص في نصوص قانونية محددة لا يحترم فيها إرادة المتعاقدين مراعيا في ذلك مصالح تعلو المصاح الخاصة لهما، ما يعطينا التأمل في التوسع

---

[1] منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، المرجع السابق، ص: 182، 183، كذلك: مروة أبو العلا، المرجع السابق، ص: 4.

[2] واسن قسيم الخفاجي، المرجع السابق، ص: 257، كذلك انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المفهوم القانوني لانتقاص التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص: 29.

[3] المرجع نفسه، ص: 257، 258.

[4] وهذه الإرادة غير حقيقية وإنما هي تصورية، وهي الوحيدة التي يعتد بها القانون لإعمال الإنقاص، فالبحث عن إرادة المتعاقدين المفترضة هي مجرد تقدير وتدليل على إرادة غير حقيقية ولا وجود لها في الواقع، وليس تقريرا لها باعتبارها أمرا ثابتا ويقينا، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 483.

[5] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص: 29.

في الإنقاذ، لكنه – أي المشرع - بالمقابل لذلك أعطى للمتعاقدين دورا اختياريا في إعمال الإنقاص من عدمه مع عدم تحديد إطار الإرادة المتحكمة في إعمال الإنقاص، أهي الإرادة المشتركة أم هي الإرادة المنفردة، كما أنه لم يولي القاضي في هذا المجال سوى سلطة جد محدودة حيث يكتفي بدور تقرير الإنقاص انطلاقا من إرادة المتعاقدين التي تحكم هذا التوجه، وهو الأمر الذي يقلص من إعمال الإنقاص من جهة نظرا للدور التحكمي لإرادة المتعاقدين واللذين غالبا ما يكونا غير متكافئين أو المؤكد أنهما ليسا على قدم المساواة، ما يجعل المادة 104 بهذا الشكل غير قادرة على فرض تكافؤ في فرص التوصل إلى إنقاذ العقد ومن جهة أخرى لن تكون وسيلة فعالة بيد المتعاقد الضعيف والذي غالبا ما تكون في مصلحته الإبقاء على العقد، ما يجعلنا نحاول التوجه نحو محاولة التخفيف من مبدأ سلطان الإرادة في إعمال الإنقاص الذي ينتهجه مشرعنا، من خلال توسيع سلطة القاضي في إعمال الإنقاص لأن هذا الأخير سيكون طرفا محايدا يبحث وبكل الطرق الوصول إلى إنقاذ العقد وهذا يشكل انسجاما كبيرا مع اتجاه المشرع في إعمال الإنقاص بقوة القانون، وفي اعتقادي أن ذلك لن يكون فيه إضرار بمصلحة المتعاقدين، خاصة وأن القاضي بذلك سوف يراعي أكثر مبدأ حسن النية، طالما أن إرادة المتعاقد لم يتم المساس بها أي الإرادة المكونة للعقد، وطالما أن الإرادة التي يتم اعتمادها في إعمال الإنقاص وحسب شراح القانون هي ليست إرادة حقيقية ولا يمكن أن تكون موجودة، بل هي مفترضة.

وبالتالي أعتقد أنها دون فائدة من الناحية العملية في الإنقاذ، بل أن القاضي هو الأولى بإعمال الإنقاص، لكن ليس على أساس هذه الإرادة وإنما على أسس موضوعية ستزيد من دائرة إنقاذ العقود ودون هدر للإرادة التعاقدية طالما أنه بإمكان المتعاقد الذي يرغب في الإبطال الكلي للعقد أن يثبت مسعاه، وهو ما يتوافق مع أصحاب رأي الاتجاه نحو إعمال الإنقاص كأصل والإبطال كاستثناء، لأن الاعتماد على المعيار القصدي يبدو غير محدد لموقف المشرع، إذ يبقى مرهونا بإرادة المتعاقدين والتي من الممكن أن تحد كثيرا الأخذ بالإنقاص تحت لواء مبدأ سلطان الإرادة وحماية المصالح الخاصة للأطراف، في حين أن سلطة المشرع ومن ثم القاضي فيهما تحقيق أكبر للمصالح مع تحقيق التوازن العقدي بالإضافة إلى تحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات، كما أن الأخذ بإعمال الإنقاص كأصل والبطلان الكلي كاستثناء يتماشى أكثر مع

إعطاء القاضي سلطة إعمال الإنقاص بمجرد تحقق شروطه الموضوعية دون حصره بتحقق الشروط الذاتية، ومن ثم يكون ذو سلطة إنقاذ العقد بحكم تقريري للإنقاص وليس حكم احتياطي يلجأ إليه في حالة حسمه لتناقض الحجج المقدمة من طرفي العقد.

إن الأخذ بالمعيار الموضوعي كما أخذت به تشريعات أخرى متأثرة بالفقه الإسلامي، على غرار المشرع الأردني يوسع من دائرة إعمال إنقاص العقود وإنقاذها على نحو أوسع مما يتيحه الأخذ بالمعيار الذاتي والذي يأخذ به مشرعنا، والذي لا يكتفي بموجبه لتطبيق الإنقاص مجرد توافر الشروط الموضوعية السابقة الذكر، بل تتطلب بالإضافة إليها توافر الشروط الشخصية، وهو ما يؤدي إلى تضييق حالات الحكم بالإنقاص بإضافة أعباء أخرى تعكس محدودية في التوجه نحو الإنقاذ، ويبدو ذلك جليا خاصة من خلال الدور المحدود للقاضي الذي يقتصر على الكشف عن إرادة فرضية للمتعاقدين في حين يمكن الاعتماد على القاضي وإعطائه مساحة كبرى في إنقاذ العقود بضوابط مرنة توافق حسن النية ومقتضيات العدالة، الأمر الذي يكمل السياسة التشريعية التي تبناها المشرع الذي يتدخل بقوة القانون والذي يكون بذلك بالغ الجمود وبالتالي يكاد يهمل إرادة المتعاقدين باعتماده التام على احترام النظام العام، ففي اعتقادي أنه من الممكن جدا الاهتمام بالعقد بمنطق جديد إذا استطعنا جعل نظام الإنقاص وسيلة بيد القاضي لإنقاذ العقد بصفة وجوبية لا بصفة اختيارية بيد أحد المتعاقدين أو كلاهما، ولكن يبقى ذلك مرهونا بتمكين القاضي من أدوات تمكنه من مواجهة رفض أطراف العقد من إعمال الإنقاص، وأعتقد أن أحسن وسيلة هي ترقية إنقاذ العقد إلى رتبة التزام يقع على عاتق الأطراف بدل جعله حقا اختياريا يتمتعون به دون فعالية جدية على أرض الواقع.

أعتقد أنه الضروري تغيير النظرة القانونية للمعيار الذاتي في الإنقاص، وإعطاء أهمية أكبر لسياسة الإنقاذ، فالفائدة ليست في إنقاذ ما يراه المتعاقدين إنقاذا لمصالحهم، بل الفائدة تكمن لا محالة في إنقاذ العقد والذي حتما سيحقق المصالح المشتركة للمتعاقدين، وفي اعتقادي أن القاضي أولى بتحديد أهمية هذه المصلحة ليس فقط بالنسبة للعقد فحسب، وإنما بالنسبة لمصلحة المتعاقدين معا، تطبيقا لمبدأ حسن النية ومبدأ التعاون والتضامن بين المتعاقدين، فالقاضي أعلم بالجزء الباطل أو الشرط الباطل، ولذلك أعتقد أن أهمية الانقسام من الناحية الشخصية لابد أن لا تتعارض مع الإنقاذ الجزئي للعقد، إلا في حالة واحدة وهي

الإضرار بمصلحة المتعاقدين، فهنا يمكن أن يتدخل القاضي بالبطلان، والذي يقع عليه عبء استخلاص النية الحقيقية للمتعاقدين في كل تصرف أو عقد، مع الاستعانة بظروف التعاقد وهو أمر معقد كما سبق وأن ذكرنا، خاصة وأنه يبحث في نفس المتعاقدين وبواطنهم، مع الأخذ بالحسبان التغير والتباين في أهمية الشق أو الشرط من شخص لآخر وحتى بالنسبة للشخص نفسه.

في الأخير أخلص أنه على المشرع إعادة النظر في إعمال الإنقاص إذ لا بد أن يغير من منطلقه، بحيث تعطى للقاضي سلطة أوسع توجب عليه البحث في إمكانية الإنقاص كحل أولي يكتسب أسبقية في التراتيبية قبل البحث في إمكانية البطلان أو الإبطال، ثم بعد ذلك يبحث في نية المتعاقدين[1]، فإذا وجد أن الإنقاص ممكن ومفيد لإنقاذ العقد يحكم به، وما على المتضرر من هذه النتيجة إلا أن يبين هذا الضرر محاولا إبطال العقد، وفي ذلك توسيع لدائرة الإنقاذ من جهة، ومن جهة أخرى التخلص من أنانية وسوء نية بعض المتعاقدين الذين يخيطون عقودا على مقاس مصالحهم الخاصة فيضعون شروطا مجحفة قد تكون في غالبية الأحيان هي الدافعة للتعاقد، وإذا أراد المتعاقد الضعيف في هذه العلاقة العقدية إن صح التعبير، التمسك بالجزء أو الشق الصحيح من العقد، تمسك الطرف الآخر بالبطلان متحججا بجوهريته بالنسبة للعقد، وأن هذا العقد لم يعد يخدم المصلحة "الكيدية"، بل وأصبح الجزء الصحيح من العقد عبئا عليه يسعى إلى التخلص منه.

المطلب الثاني: مدى ملاءمة إعمال الإنقاص و أثره على إنقاذ العقد

يعتبر الإنقاص وسيلة قانونية تهدف إلى الحد من الجزاء المترتب على بطلان التصرف أو العقد كليا أو جزئيا، ومن ثم تقييد ما بطل منه وعدم سحبه إلى ما تبقى صحيحا منه، فهو بذلك لا يمثل جزاء في حد ذاته، وإنما هو آلية تجنب هدر آثار صحيحة لعقد باطل أو قابل للإبطال في شقه انطلاقا من اعتبارات متعددة يتمثل أهمها إنقاذ العقد والعمل على استمراريته ولو جزئيا؛ فالأصل هو أن العقد لا يكون مرتبا لآثاره إلا إذا كان صحيحا طبقا للقانون

[1] ويتم بذلك تحرير القاضي من تطبيق المعيار الذاتي الذي يستند عليه ظاهريا لكي يحكم بالبطلان الكلي مراعيا "بنفاق" نية أطراف العقد، "فالقاضي لن يكون بعد ذلك مرتبطا بإرادة الأطراف ولن يحتاج لأن يتصرف "بنفاق" من خلال التخفي وراء ما يعبر عنه بتأويل إرادة الأطراف"، نور الدين بالسرور نقلا عن دنيا أوقاسي، المرجع السابق، ص: 52.

ومستكملا لأركان انعقاده المنصوص عليها، فإذا شابه في أحد الأركان أو الشروط الملزمة بها فإن العقد يبطل كليا أو جزئيا حسب ما يقرره القانون، وإذا كان هذا هو الأصل إلا أن الاستثناء الذي جاءت به المادة 104 ق.م يخفف من الحكم العام والذي باقتصار البطلان على الجزء الذي شابه البطلان دون أن يمتد أثره إلى الجزء الباقي، وتعتمد هذه الآلية على معالجة العراقيل التي تمنع استمرارية العقود خاصة إذا تضمن العقد شرطا أو بعض الشروط المخالفة للقانون[1]؛ وإزاء ما سبق الإشارة إليه أعلاه لا بد من التعرض لبعض التطبيقات التي اعتمدت في هذا المجال لمعرفة ما إذا كان نظام الإنقاص يمثل آلية قانونية فعالة في إنقاذ العقد، خاصة في ظل النقص الملحوظ في القرارات القضائية بخصوصها.

الفرع الأول: إنقاص العقد تحقيقا للمصلحة الخاصة.

يعمل إنقاص العقد على تحقيق المصلحة الخاصة من خلال عدة تطبيقات منها ما يتعلق بالأهلية ومنها ما يتعلق بإمكانية إعمال الإنقاص بمناسبة عيوب الرضا والتي سنوجزها فيما يلي:

أولا: إنقاص العقد بسبب نقص الأهلية. وللحديث عن هذه النقطة نتطرق بعجالة لتعريف الأهلية، ثم لإمكانية إعمال الإنقاص بسبب نقص الأهلية:

1- تعريف الأهلية: سنتطرق لتعريف الأهلية لغة واصطلاحا ثم نعرج بعجالة إلى التدرج في أحكام الأهلية كما سيأتي بيانه:

أ- تعريف الأهلية لغة: بأنها الصلاحية والكفاية لأمر من الأمور، يقال فلان أهل لهذا العمل، أي صالح لأدائه[2].

ب- تعريف الأهلية اصطلاحا: ويقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات (أهلية الوجوب)، وقدرته على مباشرتها (أهلية الأداء)، ومن المعلوم أن أغلب التشريعات لم تورد تعريفا دقيقا للأهلية على أمل أن يقوم الفقه بذلك فهو الأولى، وما يهمنا في دراستنا هنا هي أهلية الأداء وأساس ذلك أن التصرف القانوني عمل إرادي، ومن الواجب أن

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 355.

[2] محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998، ص: 77.

يتوافر فيمن يباشره ضرورة قيام إرادة جدية واعية، ملؤها الإدراك والتمييز، بأن تكون لديه أهلية كاملة[1].

ج- **التدرج في أحكام الأهلية:** والملاحظ أن أحكام الأهلية في تشريعنا تتسم بالكثير من المفارقات والتناقضات ذلك لأنه من جهة فالقانون المدني باعتباره الشريعة العامة فقد نص على العديد من النصوص التي تنظم الأهلية كما أنه في المقابل أشار إلى قانون الأسرة التي تضم الأحوال الشخصية فكان الارتباط بين التشريعين، لكن ظهرت عدة تناقضات وعدم التناسق سواء بين نصوص القانون الواحد أو فيما بين التشريعين[2]، ولقد أحال القانون المدني بموجب المادة 79 منه إلى قانون الأسرة في بعض الأحكام والتي جاء فيها ما يلي: " تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"، وبما أن التصرف القانوني بما فيه العقد هو عمل يستند في الأساس على الإرادة، فعلى من يقوم به أن يتمتع بالإدراك والتمييز اللازمين لحسن التصرف، واستنادا على ما سبق فإنه من المنطقي أن توضع على قدرة القاصر، أو من ينزل منزلته، في مباشرة التصرفات القانونية حدود تجعل من الإدراك والتمييز مناطا للتمتع بأهلية الأداء أو الحرمان منها، وبالتاي يتوقف تحديد مدى أهلية الشخص على قياس مدى تمييزه[3]، وقد اتخذ المشرع على غرار باقي المشرعين، من عنصر السن وسيلة لقياس مدى الإدراك والتمييز، فافترض انعدامه في مرحلة معينة(ما دون 13 سنة)[4]، وافترض وجوده ناقصا في مرحلة أخرى(ما بين 13 سنة و19 سنة)[5]،

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 298، أي أن مناط أهلية الأداء هو التمييز والعقل، وهي تتغير بتغير أطوار حياة الإنسان أو ما يتعرض له في حياته من عوارض، فتكون في بداية حياة الشخص الطبيعي منعدمة وذلك منذ ولادته إلى بلوغه سن التمييز، ثم ناقصة وتمتد من بلوغ سن التمييز إلى ما قبل بلوغ سن الرشد بيوم واحد، ثم تكتمل أهلية الشخص عند بلوغه سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه.

[2] أكثر تفاصيل أنظر: حمزة قتال، سمير شيهاني، مداخلة بعنوان: علاقة القانون المدني بقانون الأسرة: قواعد الأهلية نموذجا، مجلة حوليات، المرجع السابق، ص: 182.

[3] أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 263.

[4] المادة 42 ق.م، التي تنص على أنه:" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

[5] المادة 43 ق.م، التي تنص على أنه:" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

ثم افترض اكتماله ببلوغ التاسعة عشر المادة 40 ق.م، كما وأخذ من العوارض التي تطرأ على الأهلية وسيلة لقياس مدى الإدراك والتمييز، فافترض وجوده ناقصا في بعض الحالات، وناقصا في حالات أخرى.

ولقد تولى المشرع على ضوء هذا التقسيم بيان التصرفات من حيث صحتها أو بطلانها في كل مرحلة من مراحل السن أو في كل حالة من حالات العوارض التي تطرأ على الأهلية، وفقا لدرجة خطورة التصرف ومدى ما يلزم من تمييز لإتيانه، وتنقسم الأعمال القانونية من حيث الأهلية إلى أنواع ثلاثة:

- أعمال ضارة ضررا محضا، ويترتب عليها افتقار الشخص بدون مقابل، وهي تشمل أعمال التبرع، كالهبة بالنسبة للواهب.

- أعمال نافعة نفعا محضا، ويترتب عليها اغتناء الشخص دون مقابل، كقبول الهبة من جانب الموهوب له.

- أعمال تدور بين النفع والضرر وهي التي تحتمل الكسب والخسارة وتتضمن عنصري الأخذ والعطاء كالبيع والمقايضة والشركة والإيجار[1].

2- إمكانية إعمال الإنقاص بسبب الأهلية: تجدر الإشارة إلى أن الأهلية تثبت للشخص ولكن في حدود وقيود معينة، فأن أراد المتعاقد أن تصح تصرفاته وجب ألا يخرجها عن هذه القيود، فإن خالفها تعرض تصرفه للإبطال، ولم يوجد في تشريعنا ما يدل قطعا على إعمال الإنقاص للتصرف كما هو عليه بالنسبة لبعض التشريعات كما جاء في المادة 61 من قانون الولاية على المال المصري التي جاء فيها ما يلي:" للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط"[2]، حيث وبناء على ذلك يستطيع القاصر أن يشتري بالنقود التي تعطى له- لأغراض نفقته- ما يلزمه من حاجيات، ويستطيع أن يباشر كل أنواع التصرفات عليه، فأي تصرف يقوم به الصغير في هذه الحدود يكون صحيحا ويلتزم به، في نطاق هذا الالتزام، وإذا جاوز القاصر

---

[1] أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 264.

[2] يقابلها في ذلك القانون المدني الليبي في المادة 9 من القانون رقم 17 سنة 1992، عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 108.

هذه الحدود بطل التصرف فيما يجاوز الحدود المسموح فيها: أي ينقص من التصرف ما يجاوز القيمة المسموح فيها، وهو الحكم الذي يمكن تطبيقه على القاصر أيا كان سنه، لأن المشرع لم يحدده بسن معينة[1]؛ وإذا أردنا أن نسقط هذا الحكم فيما يعمل به بالنسبة للقانون الجزائري نجد أن تصرفات من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه تعتبر باطلة لانعدام الأهلية، أما من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي، فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وهنا يمكن أن نتساءل عن إمكانية إعمال الإنقاص خاصة فيما يخص التصرفات المترددة بين النفع والضرر حيث وبالرجوع إلى القضاء[2]، يحكم القاضي بإنقاص التصرف لصالح الطرف الذي يمكن اعتباره ضعيفا نفسيا، وهو القاصر إذا كان في إنقاذ العقد هنا نفع للطرفين بما فيهما الطرف المميز.

في الأصل تعتبر كل التصرفات الصادرة عن ناقص الأهلية قابلة للإبطال، لكن المشرع واستثناء قد منح للقاصر المميز أهلية كاملة في كل ما يتعلق بالنفع المحض له وعبر عنها بالنافذة، وبالنتيجة بطلان ما يجاوز المنفعة إذا كان يسبب ضررا له، وللقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن الترشيد[3] أي 16 سنة بالتصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة أي المرشد المأذون له بإدارة أمواله في حدود معينة، لحين بلوغ سن الرشد القانوني على أنه متى بلغ القاصر تسعة عشرة سنة، ولم يمنع من التصرف، بأن كان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، جاز له قانونا تسلم أمواله ليديرها بنفسه وفقا لأحكام القانون، وكذا القيام بأعمال الإدارة (المادة

---

[1] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 180، 181، كذلك: عبد الرؤوف سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 108.

[2] حيث أن التصرفات المترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع ترفع إلى القضاء للفصل فيها، كما جاء ذلك بموجب المادة 44 ق.م والمادة 83 من قانون الأسرة.

[3] لم يضع المشرع الجزائري نظرية متكاملة لفكرة الترشيد ولا لسنه حيث في الوقت الذي لم يحدد القانون المدني سنا له واكتفى بذكر فكرته فقط، وهو بصدد الحديث عن الموطن الخاص للمرشد بموجب المادة 38 فقرة 2 من القانون المدني، جعل القانون التجاري سن الترشيد 18 سنة بموجب نص المادة الخامسة منه، وخالف قانون الأسرة هذا السن وجعلها تبدأ منذ بلوغ الصبي سن التمييز مباشرة أي منذ بلوغ الصبي سن 13 سنة حسب نص المادة 84 من قانون الأسرة، أحمد رباحي، مقال بعنوان: حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية " دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي"، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد الخامس، ديسمبر، 2015، ص: 7، 8.

40 فقرة 2 و 78 و 79 من ق.م)[1]، وبالتالي تكون أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون، فإذا أبرم القاصر المأذون له بالإدارة تصرفا على كل أمواله، المأذون له بإدارتها، وغير المأذون له بها، فإن التصرف يكون باطلا أو قابلا للإبطال بالنسبة لغير الأموال المأذون له بإدارتها، ثم ينقص تصرفاته لتبقى صحيحة فيما يملك التصرف فيه، أي في حدود الأموال المأذون له بإدارتها[2].

لقد تعرض حكم الترشيد لعدة انتقادات خاصة فيما يتعلق بالسن التي اعتبرت مبكرة جدا، كما أن الإذن للمرشد بالتصرف كليا أو جزئيا في أمواله حكم خطير، إذ معظم التشريعات العربية لا تسمح للمرشد إلا بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف[3]، كما يمكن للمرشد أن يقوم بإيجار مسكن وقبض أجرته أو إيجار أراضي زراعية وغيرها لمدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات وبالتالي يعد تصرفه قابلا للإبطال فيما يزيد عن هذه المدة لكون التصرف هنا أصبح من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي يمكن إعمال الإنقاص هنا وتنتقص تصرفات القاصر في حدود المدة المأذون له بها والمقررة بموجب المادة 468 ق.م[4].

وطبقا لنص المادة 84 ق.م فإن القاصر المرشد – أي الحاصل على إذن المحكمة - له الحق في التصرف كليا في أمواله وتعتبر جميعها صحيحة، ولا مجال هنا لإعمال الإنقاص، لكن بالمقابل إذا أذن له بالتصرف جزئيا فقط من أمواله، فإن تصرفه يكون قابلا للإبطال فيما زاد عن هذه الحدود، أي في شق من العقد وبالتالي هنا يمكن إعمال الإنقاص طبقا لنص المادة 104 ق.م، فيبطل الشق وحده ويبقى العقد صحيحا في حدود الجزء من الأموال المسموح به طبقا لإذن

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 303، 304.

[2] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 182، 183، ندى الشجيري، المرجع السابق، ص: 73.

[3] بالنسبة للقانون العراقي تبدأ ما بين إتمام السابعة وإكمال الثامنة عشرة من العمر بموجب المادتين 97 فقرة 2 والمادة 106 من القانون المدني العراقي أما في مصر فإن الفترة تبدأ من بلوغ السابعة من العمر لغاية إتمام سن الرشد الذي حددته المادة 44 فقرة 2 المادة 45 فقرة 2 من القانون المدني المصري بإحدى وعشرون سنة كاملة، أكرم زادة الكوردي، مقال بعنوان: مفهوم القاصر وأهليته في القانون العراقي والمصري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، الجلفة، المجلد الخامس، العدد الثاني، جوان، 2020، ص: 13.

[4] تنص المادة 468 من ق.م على ما يلي: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ترد المدة إلى ثلاث سنوات كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

المحكمة؛ للقاصر أيضا الحق في ممارسة التجارة وفقا للمادة 5 من القانون التجاري[1]، التي يسمح بمقتضاها للمرشد أن يزاول التجارة وتعتبر تصرفاته صحيحة في حدود ما أذن له القيام به، وقابلة للإبطال فيما يجاوز حدود الإذن.

والمعلوم أن القصد من القابلية للإبطال هو أنه كالتصرف الصحيح ينتج جميع آثاره إلى أن يصدر قرار من المحكمة ببطلانه ويترتب على بطلان التصرف زوال أثره بالنسبة للماضي والمستقبل بأثر رجعي، فيسترد القاصر ما دفعه، أما الطرف الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا بمقدار ما عاد على الأخير من نفع من عدم تنفيذ العقد[2]، فإن لم يكن قد عاد عليه أي نفع فلا يحق له الرجوع عليه بشيء، ومن ثم فالمتعاقد مع ناقص الأهلية، إذا حكم القاضي بإبطال العقد فإن المتعاقد ناقص الأهلية يكون أكثر حماية من المتعاقد معه والذي غالبا ما يحبذ إنقاص العقد والإبقاء على الجزء الصحيح منه قصد التنفيذ أفضل من إبطال العقد والحرمان من الاسترداد، ونتساءل هنا عن إمكانية تعويض المتعاقد مع ناقص الأهلية الذي يدعي اكتمال أهليته عند إبرام العقد محاولا إخفاء نقصها، على سبيل التعويض والحكم بإنقاص العقد بدلا من إبطاله ومن ثم إنقاذ العقد، خاصة وأن ناقص الأهلية هنا يعد مرتكبا لخطأ ويلتزم بتعويض المتعاقد معه عن الضرر الذي يسببه له الإبطال وفقا للمادة 124 و125 من ق.م.

ثانيا: إعمال الإنقاص بمناسبة عيوب الرضا

المعلوم أن عيوب الرضا هي الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال، والقاعدة أن هذه العيوب تطرأ على عقد صحيح وتجعل منه عقدا قابلا للإبطال لمصلحة من تعيب رضاه، وبالتالي يمكننا أن نتساءل في هذا المقام عن إمكانية إعمال الإنقاص وإنقاذ العقد بمناسبة عيوب

---

[1] تنص المادة 5 من ق.ت على ما يلي:" لا يجوز للقاصر المرشد، ذكر أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأم. ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

[2] طبقا لما جاء في المادة 103 فقرة 2 من ق.م. التي تنص على:" يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به".

الرضا، وعند البحث وجدنا بعضا من الفقه يرفض إعمال الإنقاص[1] إذا تعيب الرضا جزئيا مستندين في ذلك إلى طبيعة عيوب الرضا في حد ذاتها، وما تقتضيه من جوهرية التأثير في العقد، إذ لا يعتد بأي منها إلا إذا كان مؤثرا ودافعا للتعاقد، فتعتبر هذه العيوب جوهرية للمطالبة بإبطال العقد وهو ما يخالف شرطا مهما من شروط إعمال الإنقاص والمتمثل في عدم جوهرية الشق الباطل، مما يصعب إعمال الإنقاص بوقوع المتعاقد في عيب من عيوب الرضا، إذ جعل المشرع للمتعاقد آليات لمواجهة الخلل الواقع في التوازن العقدي[2] من بينها نظرية عيوب الرضا، وكان الحل الذي توصل إليه المشرع هو البطلان النسبي، ولكنني أوافق الرأي أصحاب الرأي القائل بإعمال الإنقاص المتعلق بعيب الرضا، إذ إذا أردنا أن نقوم بعملية إسقاط للمادة 104 ق.م على عيوب الرضا، نجد أنه لو تعيب الرضا جزئيا ليس هناك ما يمنع إبقاء العقد جزئيا، ذلك أن الشق المعيب والذي يكون من الأفضل استئصاله لن يكون الدافع الحقيقي للمتعاقد لإبرام العقد، لأنه لو علم به لما أبرم العقد بتاتا، أو لأبرمه ولكن بشروط مغايرة[3]، وهو ما ذهب إليه العديد من الفقهاء[4]، إذ يرون أنه بالإمكان إعمال الإنقاص، إذا لحق الرضا عيب في شق منه فقط، بينما ظل الشق الآخر صحيحا مع توافر شروط الإنقاص الأخرى، والتي من بينها أن بتر الجزء المعيب لا يؤثر على الجزء الصحيح ولا ينقص من فعاليته، فلماذا إذن يتم إهدار تلك الفعالية، في حين أن هناك آلية تساعد على إنقاذ العقد ولو كان إنقاذا جزئيا، كما سنرى فيما يلي:

1- الإنقاص للغلط: ذكرنا فيما سبق أن الغلط[5] هو وهم يقع في ذهن المتعاقد فيصور له الأمور على غير حقيقتها، ويشترط فيه أن يكون جوهريا يبلغ حدا من الجسامة دافعا إلى التعاقد مع اتصاله بالمتعاقد الآخر، فإذا توافرت شروطه فإن العقد يكون قابلا للإبطال في كل الأحوال، لكن يمكن أن يكون أثره تجزئة العقد إلى جزء باطل وجزء صحيح، فيسقط الجزء الباطل من

---

[1] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص: 398.

[2] ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 270.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 316.

[4] ندى الشجيري، المرجع السابق، ص: 73.

[5] أكثر تفاصيل: راجع الفصل الأول من الباب الأول من الرسالة.

العقد، ويبقى الجزء الصحيح بعد إسقاط الجزء الباطل منتجا لآثار العقد في حدود ما تبقى فيه، أي أن أثر الغلط قد يكون إنقاص العقد، وذلك في حالة أن العقد لا يلحق بعض أجزاء العقد دون بعضها الآخر، ويقتصر إبطال العقد هنا على ما وقع فيه المتعاقد من غلط[1]، كما يقع الإنقاص أيضا نتيجة الغلط في قيمة الشيء[2] إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد مما يجعل العقد قابلا للإبطال، فيبقى العقد مع تخفيض هذه القيمة إذا أظهر الطرف الآخر المتعاقد مع الطرف الواقع في الغلط استعداده لتخفيض هذه القيمة[3].

لقد سبق وأن بينا في الباب الأول من الدراسة أن الإجازة هي آلية لإنقاذ العقد، ولكن إجازة العقد الذي تكون إرادة أحد أطرافه معيبة بالغلط عن طريق الإجازة أو حتى التقادم، صحيح أنها تخرج العقد من تلك المرحلة المترددة ما بين الصحة والبطلان، لكن تلك الآليات لا تؤدي إلى إزالة الغلط فالمتعاقد الذي يجيز العقد بعد تحقق شروط الإجازة، لا يكون قد غير من وجود العيب فهو يبقي على العقد دون إزالة العيب(الغلط) مثلا، وذلك بتنازله عن حقه في التمسك بالإبطال، وهنا تحدثنا عن إمكانية تصحيح العقد عن طريق تغيير عنصر من عناصر العقد ولكن يكون ذلك فقط في حالة تمسك المتعاقد معه بتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد الذي وقع في الغلط وبالتالي زوال الغلط في الغلط[4]، فالإجازة تكون بإرادة المتعاقد أي بصفة شخصية، بينما التصحيح يكون بإرادة المشرع أي بصفة موضوعية، وبين الإجازة والتصحيح أعتقد أنه بالإمكان الالتجاء إلى إعمال الإنقاص كحل فعال لأن الإجازة وإن كانت آلية للإنقاذ[5] إلا أنها قد لا تكون في مصلحة المتعاقد الذي وقع تحت تأثير الغلط والذي لم يمكنه المشرع إلا

---

[1] عبد الرؤوف مولود سالم، المرجع السابق، ص: 82، فإذا وقع الغلط على أحد الأشياء التي يرد عليها محل العقد كما لو كان العقد بيعا لشيئين ووقع الغلط في أحدهما دون الآخر، فإن العقد يكون قابلا للإبطال بالنسبة للشيء الذي وقع الغلط فيه، أما بالنسبة للشيء الآخر فيظل صحيحا، ما دام هناك إمكانية الانفصال بينهما والذي يسمح بقيام الغلط في أحدهما دون الآخر، فإذا تمسك من له حق الإبطال بهذا العيب، وتوافرت شروطه، أبطل العقد بالنسبة للشيء الذي وقع فيه الغلط، وقام صحيحا بالنسبة للآخر، صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 119.

[2] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 285، كذلك عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 83، كذلك ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 271.

[3] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 287.

[4] حاتم منصور، المرجع السابق، ص: 206، كذلك عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 287.

[5] انظر الباب الأول من الدراسة.

بإعطائه مكنة الإجازة إذا أراد الإبقاء على العقد، وحتى بالنسبة إلى التصحيح الذي يمكن إعماله طبقا لنص المادة 85 ق.م، يكون متوقفا على إرادة المتعاقد الآخر والذي غالبا ما يكون في مصلحته إجازة العقد أكثر من التصحيح، فلو استطعنا هنا أن نثبت أن الغلط يمكن تجزئته، نعطي إمكانية لإعمال الإنقاص بدل الإجازة حتى يستفيد المتعاقد الذي وقع في غلط من الإبقاء على العقد ولو جزئيا، ويستفيد من إزالة عيب الغلط في الجزء الصحيح الذي تم استبقاؤه، وبذلك نكون قد أعطينا المتعاقد الذي وقع في الغلط حلولا مختلفة، فهو بإمكانه إجازة العقد والإبقاء على الغلط، أو المطالبة بإنقاص العقد ومن ثم الإبقاء على جزء من العقد الصحيح (إذ أن تدارك العقد أولى من إهداره)، أو تصحيح العقد إذا كان المتعاقد الآخر يظهر استعداده لتنفيذ العقد.

وفي اعتقادي أن إعمال الإنقاص سيكون الحل الأمثل لما فيه من تحقيق للعدالة والموازنة بين مصلحة كل من طرفي العقد أكثر من الإجازة والتصحيح كما أنه يمثل حلا وسطا بينهما، فهو من جهة لا يلزم المتعاقد الذي وقع تحت تأثير الغلط بالتنازل عن حق التمسك بإبطال العقد والإبقاء على الغلط، ولا يجعله رهن إرادة المتعاقد الآخر في تنفيذ العقد، ومن جهة أخرى فالمتعاقد الآخر الذي غالبا ما لا تكون له مصلحة في طلب تصحيح العقد بالتغيير ومن ثم فإن الإبقاء على الغلط، سيكون الإنقاذ الجزئي في مصلحته أكثر، وهذا ما يجعلني أعتقد أنه من الأفضل توسيع سلطة القاضي في هذا الاتجاه والذي سيجعل من الإنقاص أكثر فعالية.

2- الإنقاص للتدليس: يعرف التدليس على أنه استعمال الشخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يحمله على التعاقد أو إبرام تصرف قانوني[1]، فهو غلط مستثار والتدليس لا يعيب الإرادة إلا إذا كان دافعا إلى التعاقد، وذلك بأن كانت الحيل المستعملة من الجسامة بحيث من شأنها أن تدفع المتعاقد إلى التعاقد، ولولاها لما أقدم عليه، ويفرق بعض الفقهاء ما بين التدليس الدافع الذي يدفع إلى التعاقد ويعيب الرضا، والتدليس العرضي[2] غير الدافع الذي

[1] عبد الحي حجازي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص: 1037.

[2] والذي عبر عنه الأستاذ عبد العزيز المرسي بـ "العرضي"، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 288، كذلك أحمد محمد ديب حجال والذي عبر عنه بالخداع العرضي، المرجع السابق، ص: 45.

لا يدفع إلى التعاقد، وإنما يترتب عليه قبول التعاقد بشروط أبهظ وأكثر عبئا[1]، واعتبروا أن هذا الأخير يقتصر أثره على مجرد التعويض طبقا لقواعد المسؤولية[2]، وإذا كان من المعلوم أن التدليس طالما توفرت شروطه، يجعل من العقد قابلا للإبطال لصالح المدلس عليه[3]، إلا أن أثر التدليس في نظر البعض" قد لا يكون جعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المدلس عليه، ولكنه يتركز في إنقاص التزامات المدلس عليه إلى الحد الذي سيقبله لولا التدليس، ويتحقق ذلك في حالة التدليس الذي يدفع المدلس عليه إلى ارتضاء شروط أشد وأبهظ من تلك التي ما كان ليقبلها لولاه، ويكون المدلس عليه في هذه الحالة في الإبقاء على العقد لحاجته إليه"[4]، وفي اعتقادي أن هذا الرأي منتقد لأنه بهذا الشكل يكون قد أخلط بين إعمال الإنقاص بموجب المادة 104 ق.م والتعويض الذي يأخذ شكل التخفيض في الثمن، فمن المعلوم أن للمدلس عليه الخيار ما بين دعوى الإبطال أو دعوى التعويض، كما له الجمع بينهما، إن طلب التعويض بدل الإبطال[5] هو إنقاذ للعقد فهو يعمل على المحافظة عليه، ويرى البعض أنه يظهر كشكل من أشكال تخفيض الثمن والذي يشكل وجها من أوجه تصحيح العقد والقاضي عندما يفرض تعويضا بإمكانه بالنتيجة أن يخفض ثمن المبيع مثلا[6]، وهنا تخفيض الثمن الذي يقابل التعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيرية كإصلاح للضرر، وليس على أساس إعمال الإنقاص، حيث يأخذ التعويض شكل التخفيض، وبما أنه للحكم بالتعويض لا بد من حصول الخطأ فلا يمكن الخلط هنا بين تخفيض الثمن في شكل التعويض وإنقاص العقد، "وقد صدر قرار عن الغرفة التجارية لمحكمة التمييز الفرنسية يكرس هذا الاتجاه، حيث أعلنت المحكمة العليا، فيما يتعلق ببيع مؤسسة تجارية، أنه لا يمكن أن يعلن عدم قبول دعوى سندا على

---

[1] وهي تفرقة منتقدة كان يأخذ بها قديما لعدم وجود ما يبررها، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 346، 347.

[2] عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 84.

[3] ولا اعتبار في التشريع الجزائري للتدليس الدافع أو العرضي، إذ أن نص المادة 86 ق.م جاء عاما ومطلقا، ولم يفرق بين تدليس وتدليس، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص: 55.

[4] عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 290، 291، كذلك: عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 85، 86.

[5] والإبطال يمكن أن يكون إحدى صور التعويض العيني ذلك أن أحكام عيوب الرضا في الأصل يمكن دراستها من خلال المسؤولية التقصيرية، أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 46.

[6] ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 275، إلى 280.

الخداع لسبب أن المشتري لم يطلب إبطال البيع ولكنه طلب فقط تخفيض الثمن"[1]، وفي تعليقه على القرار المذكور يشير Ghestin أنه يمكن طلب التعويض حتى لو أن المدعي يفترض به أن يقبل البقاء على العقد إذا توافرت له شروط أكثر ملاءمة، وفي المقابل يمكن له أن يكتفي بطلب التعويض أو بطلب تخفيض الثمن، ولا تستطيع المحكمة أن ترفض هذا الطلب مهما كان أساس الدعوى فللمدعي أن يختار التعويض الذي يناسبه[2].

3- الإنقاص للإكراه: يعرف الإكراه على أنه ضغط يتعرض له المتعاقد، فيولد في نفسه رهبة أو خوفا فيحمله على التعاقد بوجه غير مشروع، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 88 فقرة 1 ق.م[3]، وفيها يذكر صراحة أن الرهبة التي بعثت في نفس المتعاقد هي بدون وجه حق، وعليه يمكن أن يشكل الإكراه عملا غير مشروع موجبا للمسؤولية التقصيرية سواء نتيجة لعدم مشروعية الوسيلة أو الغاية[4] التي يستعملها المتعاقد، وكأثر للإكراه يحق للمتعاقد الذي أبرم عقدا تحت سلطان الرهبة البينة والضغط المكره، أن يطلب إبطال العقد للإكراه، طبقا لنص المادة 88 ق.م، كما أن له الحق أيضا في إجازته صراحة أو ضمنا، كما أن إبطال العقد في حالة الإكراه قد يكون مصحوبا بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن الخطأ الذي قام به المكره، والمتمثل في التهديد والوعيد والضغط على إرادة المتعاقد معه بصفة غير مشروعة، وهنا نتساءل عن إمكانية إعمال الإنقاص بمناسبة عيب الإكراه، وبالرجوع إلى نص المادة 104 ق.م يمكن للمكره المطالبة بإعمال الإنقاص ويتحقق ذلك بأن يبقي المكره على العقد مع إنقاص التزاماته إلى الحد الذي يقبله لولا وقوعه في الإكراه، وبذلك يتم إنقاذ العقد جزئيا حيث يتم استبعاد الجزء الباطل والإبقاء على الجزء الصحيح وينتج العقد آثاره في حدود ما تبقى منه، مع إمكانية المطالبة بالتعويض.

---

[1] ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 276.

[2] ويسير الاجتهاد الفرنسي على هذا الاتجاه فهو لا يبطل العقد ببساطة، وإنما يمنح التعويض عن الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين، المرجع نفسه، ص: 277، في نفس الاتجاه انظر كذلك: أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق: 55.

[3] بالنسبة للتعريف تم التطرق لها في الفصل الأول من الباب الأول.

[4] أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 85 وما بعدها.

وتجدر الإشارة أن فكرة إعمال الإنقاص بمناسبة الإكراه ليست بالأمر الغريب طالما أنها كانت مطبقة في القضاء الفرنسي قبل صدور قانون المساعدة والإنقاذ البحريين، إذ كان يحكم بإبطال العقود للإكراه وهي العقود التي يتم تكوينها تحت ضغط الظروف، فكان القضاء يبطل الاتفاق الذي يعقده ربان السفينة المهددة بالغرق مع ربان سفينة أخرى سارعت إلى نجدته وتوصيله والتي لولا تدخلها لكان مصير السفينة الأولى الغرق والهلاك، ولقد استند القضاء في هذا الإبطال على عيب الرضا المتمثل في قبول ربان السفينة المهدد بفقد سفينته مكرها شروطا مرهقة، ولو أن الخوف من الغرق من شأنه أن يحدد الرضا ويجعل منه اتفاقية مقبولة ومتوازنة ومن ثم لا مجال للوم المنقذ على الثمن الذي تقاضاه كمقابل لعملية الإنقاذ، لكن في المقابل إذا استغل[1] المنقذ وضعه المسيطر وفرض على المشرف على الغرق اتفاقية غير متوازنة اعترفت المحاكم حينها بسلطة إبطالها أو إنقاصها أو تعديلها، وذلك طبقا للقوانين المرعية الإجراء[2]، والإنقاص هنا يكون بتخفيض الثمن للمقابل الباهض وغير العادل، وهو ما تم تطبيقه على حالات مشابهة من بينها الحكم بتقليص و تخفيض الأتعاب الطبية المفرطة التي لم يقبلها المريض إلا في ظل التهديد بالامتناع عن معالجته وكذلك في ظل تهديد المرض أو الموت، وما يطبق على الأطباء يطبق على الوكلاء والمهن الحرة المماثلة، إذ المحاكم اليوم توسع من سلطاتها لتطال جميع المهن الحرة كالمهندسين والمستشارين والمحاسبين المعتمدين وكذلك المحامين، ففي جميع هذه الحالات يعمد القاضي إما إلى الإبطال أو التخفيض الذي يعتبر نوعا من التعويض[3]، وفي

---

[1] ولو أن استغلال المنقذ هنا خوف الربان من الغرق و الهلاك يشبه إلى حد كبير حالة الضرورة وهي ترتبط أصلا بفكرة الغبن المادي الذي يلحق بالمتعاقد الذي تم استغلال مخاوفه من قبل المتعاقد المنقذ، وجعله يرتضي عقدا بسبب مخاوف تولدت عن الظروف المحيطة به والتي يميل الرأي الغالب في الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن مؤدى نظام الإكراه لا تكون فيه الإرادة غير حرة فيما ترتضيه، أيا كان الأمر الذي يؤدي بها إلى عدم حريتها تلك، حتى لو جاء بفعل الظروف المحيطة وحدها واعتبروا أنها تكفي للطعن بالإكراه، غير أن العديد من الفقهاء ينادون بمعالجة حالة الإكراه الناشئ من حالة الضرورة وفق نظرية الاستغلال على أساس أن نصوص الإكراه تخول المكره طلب إبطال العقد وقد يكون ذلك في غير صالحه، بينما نصوص الاستغلال تخول المضطر الإبقاء على العقد، مع طلب إنقاص التزاماته المرهقة وهو بلا شك ما يتفق مع مصلحتهن أكثر تفاصيل انظر: عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، من ص: 292، إلى ص: 303، أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 105، عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص:90.

[2] أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص: 104 وما بعدها.

[3] المرجع نفسه، ص: 108، 109.

اعتقادي أن الأصح بالتخفيض هنا يكون بإعمال الإنقاص أما التعويض فهو مرتبط بفكرة الخطأ ويعود تقديره لسلطة القاضي.

4- الإنقاص للاستغلال: اعتمد المشرع من خلال المادة 90 من ق.م على عيب الاستغلال وهو الذي يشترط لقيامه عنصرين أساسيين وهما: العنصر المادي أو الموضوعي وهو الاختلال الفادح في الالتزامات، بالإضافة إلى العنصر المعنوي أو النفسي والمتمثل في استغلال الضعف النفسي في نفس المتعاقد؛ ولقد أعطى المشرع بموجب المادة 90 ق.م للمتعاقد المغبون إذا توافرت عناصر الاستغلال، أن يطعن في العقد[1]وله الخيار بين دعوى إبطال العقد أو دعوى إنقاص الالتزامات، ولن نخوض كثيرا في هذه الأحكام لأن ما يهمنا في هذا المقام هو محاولة إسقاط نظرية إنقاص العقد على ما يخص عيب الاستغلال.

ومن المعلوم أن أثر الاستغلال في كلا الخيارين مرتبط بسلطة القاضي، ذلك لأنه وبالنظر إلى أثر الاستغلال على العقد والمتمثل في الاختلال في التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، فإن المشرع أعطى الحق للمتعاقد الذي تم استغلاله في أن يطالب بإنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع به الغبن الذي لحقه جراء هذا الاستغلال بدلا من إبطال العقد، ولا يمكن هنا اعتبار أنه إعمال للإنقاص لأن المقصد هنا يتمثل في إزالة العيب الذي شاب العقد وليس إزالة الشق المعيب وبذلك يبدو إنقاص الالتزامات هنا أقرب إلى التصحيح كآلية للإنقاذ منه إلى الإنقاص الذي صحيح أنهما يشتركان في التأثير على دعوى البطلان، إلا أن السلطة التقديرية للقاضي في الاستغلال هي الحاسمة ولا يمكن تطبيق المعيار القصدي اللازم لإعمال الإنقاص طبقا للمادة 104 ق.م، إذ المادة 90 ق.م تعطي للقاضي سلطة واسعة[2]، الذي يعتمد على فكرة الملاءمة في إعمال الجزاء[3]، بحيث تمكنه حتى من رفض طلب إبطال العقد من المتعاقد المغبون والاكتفاء بإنقاصها معطيا بذلك الفرصة للعقد في الاستمرار[4]، فالمشرع هنا ولو أنه أعطى للمتعاقد

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 382.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المصدر السابق، ص: 373، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 214، 215.

[3] وليس للمحكمة العليا أن تراقبه في هذا التقدير، مادام استخلاصه للنتيجة سائغا ومسببا، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 383.

[4] محمد بوشنافة، المرجع السابق، ص: 93.

المغبون خيارات عدة كحماية له من عيب الاستغلال، إلا أنه وفي المقابل جعل للقاضي سلطة واسعة تمكنه من تقدير الحل المناسب والذي يهدف من خلاله إلى رفع التفاوت الفاحش لا أكثر، وهو بذلك لا يعتد بإرادة الطرف المغبون؛ والملاحظ أن عمل القاضي قد يبدو ظاهريا أن فيه تجزئة للعقد المقترن بعيب الاستغلال، إلا أن الحقيقة هو ليس بتجزئة للعقد، فالعقد ليس قابل للتجزئة[1]، وإنما جواز إنقاص الالتزامات هنا هو تصحيح للعقد المعيب وذلك بتغيير في عنصر من عناصره بجعله عقدا صحيحا مرتبا لآثاره بأثر رجعي يمتد إلى وقت إبرام العقد الذي تم تصحيحه[2].

الفرع الثاني: إنقاص العقد تحقيقا للمصلحة العامة

عرضنا فيما سبق أنه يمكن إعمال الإنقاص ليس فقط تطبيقا لنص المادة 104 ق.م أي وفقا للمعيار القصدي وإنما أيضا تطبيقا لأحكام القانون، واخترت التحدث عن الإنقاص في قانوني المنافسة والعمل كتطبيقات لإعمال الإنقاص المتعلقة بالمصلحة العامة كما يأتي بيانه:

أولا: إعمال الإنقاص في قانون المنافسة

من المعلوم أن القواعد العامة التي تحكم البطلان تقسم هذا الأخير إلى بطلان نسبي وبطلان مطلق استنادا لمعيار المصلحة المحمية، بحيث يكون البطلان المطلق مقرر لحماية المصلحة العامة في حين أن البطلان النسبي مقرر لحماية المصلحة الخاصة[3]، والبطلان الذي يحكم قانون المنافسة هو البطلان المطلق، على أساس أن المصلحة المحمية هنا هي مصلحة عامة فهو مساس بالنظام العام التوجيهي[4]، ويشمل البطلان كل الممارسات المقيدة للمنافسة وهو ما نصت عليه المادة 13 من الأمر رقم 03- 03 التي تنص على أنه:" دون الإخلال بأحكام المادتين 8 و 9 من هذا الأمر، يبطل كل التزام أو اتفاقية أو شرط تعاقدي يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب المادة 6 و 7 و 10 و 11 و 12"، وما يلاحظ من خلال هذه المادة

---

[1] عصام أنور سليم، عدم تجزئة العقد في الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1994، ص: 20.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 501.

[3] أكثر تفاصيل راجع: علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 321.

[4] المرجع نفسه، ص: 289، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص: 244، سامي بن حملة، مداخلة بعنوان: قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، المرجع السابق، ص: 282 وما بعدها.

أن المشرع قد أجاز البطلان الجزئي للعقد فهو قد أقر بطلان الالتزام أو الشرط التعاقدي إلى جانب إمكانية البطلان الكلي، ويبقى التساؤل مطروح حول مقصد المشرع من ذلك حيث أن إعمال الإنقاص طبقا للأحكام القانونية يكون فيه القاضي ملزما بإقراره مباشرة و دون الرجوع إلى إرادة المتعاقدين فهو مقرر بقوة القانون، فيبطل كل اتفاق أو شرط تعاقدي يكون موضوعه تقييد المنافسة سواء تعلق الأمر باتفاقات محظورة، أو التعسف في استخدام وضعية هيمنة أو تبعية اقتصادية، شرط أن لا تكون هذه الممارسات محل تبرير بموجب المادة 8 و9 من نفس الأمر، غير أنه وحسب الفقيه كاتيار(Cathiard)، يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار قرار طرفي العقد ورغبتهما في إلغاء الشرط المنافي للمنافسة وكذلك أهميته بالنسبة لهما، وهو ما يسمح للقاضي بتقدير مدى ضرورة الإبقاء على العلاقة العقدية بالنسبة للطرف المتضرر وكذلك الطابع الجوهري وعدم قابلية تجزئة الشرط بالنسبة للعقد ككل، أما في حال اتجاه إرادة الطرفين الصريحة في الإبقاء على الاتفاق، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يقرر البطلان الجزئي الذي يسمح بالمحافظة على العقد[1]، وفي اعتقادي أن هذا يشبه إلى حد كبير إعمال الإنقاص طبقا للمادة 104 ق.م، غير أن البطلان المقرر بموجب قانون المنافسة كجزاء للممارسات التعاقدية الماسة بالمنافسة سواء تعلق الأمر بالممارسات المنافية للمنافسة أو المقيدة لها، يعتبر مسلكا جديدا وخروجا عن القواعد العامة في قانون العقود التي تقرر بطلان العقد لتخلف أحد أركانه أو عدم مشروعية محل العقد سببه، بحيث يترتب على مخالفة أحكام النظام العام الاقتصادي التوجيهي بطلان العقد بطلانا مطلقا[2]، غير أن هذا البطلان قد يصطدم بظهور رغبة المتعاقد في الإبقاء على العقد ولو جزئيا وهو ما يجعل القاضي يقرر البطلان الجزئي محل البطلان الكلي مقدرا بذلك مدى فعالية الإبقاء على العلاقة التعاقدية بالنسبة للطرف المتضرر وكذلك الطابع الجوهري وعدم قابلية تجزئة الشرط بالنسبة للعقد ككل وهي كلها مجتمعة تمثل شروط إعمال الإنقاص.

---

[1] سامي بن حملة، المرجع السابق، ص: 302.

[2] البطلان عقوبة تهدف إلى حماية المصلحة العامة، لهذا يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به ولذلك فإن أصحاب التمسك بالحق في بطلان الممارسات المنافية للمنافسة هي عديدة منها الأطراف، الغير، جمعية حماية المستهلك، مجلس المنافسة، وحتى الوزير المكلف بالاقتصاد، المرجع نفسه، ص: 302.

ثانيا: إعمال الإنقاص في قانون العمل

برز عقد العمل كمجال يحمل في طياته تدخل الدولة في تنظيمه بحثا عن التوازن الاجتماعي، فقواعد قانون العمل متعلقة بالنظام العام، ومن ثم فهي قواعد آمرة، تعمل على إعادة التوازن في قانون العمل، وإنقاص اللامساواة بين المستخدم والعامل وهو ما أعطى هذا القانون خاصية الحمائية، فهو يخص بالحماية الطرف الأكثر ضعفا، هذا ولم يعد قانون العمل في الوقت الراهن يقتصر على تنظيم علاقات العمل الفردية فقط، بل صار ينظم كذلك العلاقات والروابط الجماعية، وما تولده من منازعات جماعية، ومن خلال الدور الجديد للدولة في محاولة الوصول إلى إعادة التوازن في العلاقات العقدية، أصبح القانون كأداة بيدها تستعملها لحماية العامل باعتباره تابعا لرب العمل، ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن تخرج العلاقة بين رب العمل والعامل من حقيقة اللاتوازن والتبعية سواء أكانت تبعية قانونية أو اقتصادية، وهو ما جعل الدولة تتدخل بفرض قواعد آمرة تتصل بالنظام العام الاجتماعي[1].

ويخضع عقد العمل في تكوينه للقانون المدني، أي تطبق عليه القواعد العامة في إبرام العقود رغم خصوصية عقد العمل، إذ يشترط لإبرامه ليكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية ما يشترط لأي عقد آخر، ويكون عقد العمل باطلا بطلانا مطلقا عند تخلف أو عدم صحة أركانه من رضا ومحل وسبب، كما قد يكون عقد العمل باطلا بطلانا مطلقا أيضا إذا كانت علاقة العمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول بها[2]، كما قد يكون عقد العمل باطلا بطلانا نسبيا في حالة تخلف شروط صحة الرضا؛ على أن البطلان في عقد العمل قد يمس فقط الشرط الذي يتعارض مع النظام العام الحمائي[3] الذي يضمن حد أدنى من الحقوق للعمال، وهو ما يصطلح

---

[1] عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 126.

[2] المادة 135 من قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 17 لسنة 1990، والتي تنص على أنه:" تعد باطلة وعديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأعمال التشريع المعمول به. غير أنه لا يمكن أن يؤدي بطلان عقد العمل إلى ضياع الأجر المستحق عن عمل تم أداؤه".

[3] وهو مجموعة القواعد القانونية الخاصة التي تتسم بالصفة الآمرة والمختلفة عن النظام العام التوجيهي، والغاية منها هو حماية الطرف الأولى بالحماية في العلاقة العقدية وهو العامل عن طريق نصوص آمرة تشكل الحد الأدنى من الحماية المقررة للعامل والتي لا يجوز الانتقاص منها بأي حال من الأحوال تحت طائلة البطلان، كما يمكن في الوقت ذاته مخالفة هذه القواعد بالرغم من صفتها الآمرة، إذا انطوت مخالفتها على رفع مستوى الحد الأدنى من الحماية المقررة في هذه القواعد، محمد عرفان الخطيب، مقال بعنوان: الحرية التعاقدية في تشريع العمل، أزمة عقد العمل، دراسة مقارنة بين

عليه بالبطلان الجزئي[1]، حيث أنه إذا كان العقد باطلا في شق منه فقط، فهذا الشق وحده الذي يبطل، ومتى كان الشق يخالف قاعدة قانونية من قواعد قانون العمل، فإن هذه القاعدة تحل محل الشق الباطل وتصبح واجبة الإعمال في العقد، فيبطل الشرط، ومثال ذلك أن يتم تحديد أجر أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فيبطل هذا الشرط ويحل محله الحد الأدنى المقرر قانونا، كما أن حرمان العامل من الحق في العطلة أو أجرها يبطل كبند في العقد ويحل نص القانون محل البند الباطل، وهو ما تعبر عنه المادتين 136[2] و137[3] من قانون 90-11، والتي من خلالهما نستنتج أن المشرع الجزائري قد اتجه نحو إنقاذ عقد العمل من خلال الإبقاء على العقد صحيحا وإزالة الشرط الباطل منه، وأكثر من ذلك، حيث لا تتم الأمور كما هو الحال في إعمال الإنقاص بموجب المادة 104 ق.م، إذ أنه إذا كان الشرط الباطل جوهريا في العقد وما كان العقد ليتم بدونه[4] وكان في نفس الوقت ينطوي على مخالفة لقاعدة من القواعد التي تهدف حماية العامل، فإن العقد يظل صحيحا وقائما ويبطل الشرط المخالف فقط، ويكون للعامل الحق في التمسك بهذا البطلان المقرر لمصلحته، كما أن القاضي يقضي به من تلقاء نفسه حماية للعامل[5]، وهو ما يعكس طبيعة الإنقاص الخاصة في هذا المجال، حيث أنه وبالإضافة إلى الإبقاء على العقد، يتم استحداث التزامات جديدة مصدرها القانون تحل محل الالتزامات القديمة التي كانت بموجب شرط مخالف لأحكام النصوص التشريعية أو التنظيمية، وهو ما يجعل

القانونين الفرنسي والسوري، مجلة الشريعة والقانون، العدد 47، يوليو 2001، ص: 80، كذلك علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 285 وما بعدها.

[1] وردية فتحي، مقال بعنوان: خصوصية بطلان عقد العمل في القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 01، ص: 191، كذلك:

Anne Severine dhennin, op.cit, p : 105.

[2] تنص المادة 136 من القانون 90-11 على أنه:" يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون".

[3] تنص المادة 137 من القانون 90-11 على أنه:" يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف باستنقاصه حقوقا منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقات الجماعية".

[4] ويرى الأستاذ عبد الرؤوف في كتابه، أن الشرط الباطل لم يكن دافعا إلا في قصد صاحب العمل، وهو الطرف الذي أراد المشرع أن يعاقبه على سوء نيته، لمخالفته القواعد الآمرة في قانون العمل، والمشرع، لا تهمه إرادة أحد الأطراف إذا كانت هذه الإرادة تخالف النظام العام، لأن المشرع هنا يحمي مصلحة عامة وهي الأولى بالرعاية من المصلحة الخاصة التي يريد صاحب العمل تحقيقها من خلال مخالفته للقانون، عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، المرجع السابق، ص: 127.

[5] وردية فتحي، المرجع السابق، ص: 195.

الإنقاص هنا يأخذ دور التصحيح، على أن البعض[1] يرى في ذلك تعديلا لبنود العقد الضارة والمجحفة لحقوق العامل، وإحلال محلها القواعد القانونية والتنظيمية التي تضفي نوعا من الحماية عليه، وفي هذه الحالة يعدل عقد العمل بقوة القانون طبقا لما جاء في المادة 62 من القانون 90-11، وهو مالا يعتبر تطبيقا لنظرية الإنقاص المنصوص عليها في المدة 104 ق.م.

المبحث الثاني: التحول والتكملة آليتا إنقاذ العقد (بين الإحياء والمحافظة على الاستمرارية)

يهتم المشرع بالعلاقة العقدية من خلال سعيه الدائم على تنظيمها تنظيما دقيقا والعمل على إنشائها على أسس صحيحة، كما يحرص في كل مناسبة على استمرار هذه العلاقة ومحاولة إنقاذها كلما اعتراها خطر الانحلال أو البطلان، وتلعب آلية تحول العقد دورا كبيرا في إنقاذ العقود من البطلان، بما يضمن المحافظة على استقرار العلاقات العقدية وكذا ضمان مصالح المتعاقدين، كما أن أهمية هذه الآلية تتلخص في عدة مسائل جوهرية نذكر من بينها ما تمثله من حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات، مما يشجع الآخرين على إبرام العقود وهم مطمئنين من عدم هدر هذه الثقة الظاهرة، وهو ما يعاكس الأثر السلبي للبطلان من إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد؛ إن استثنائية التحول جعلت منه نظاما فعالا في تطبيق سياسة إنقاذ العقود من البطلان[2]، التي تفترض التدخل الإيجابي للقضاء الذي تتعدى سلطته مجرد الكشف أو التفسير إلى الخلق والإنتاج.

وفي نفس السياق فإنه وعلى اعتبار أن إرادة المتعاقدين والتي كانت سابقا الفاصلة في صنع العقد، لم تعد كافية في ظل الظروف الاجتماعية والاقتصادية الراهنة، خاصة وأن مسألة تنظيم العقد تستوجب درجة عالية من الدقة بموضوعه ما جعله يحتاج إلى القاضي الذي يستكمل العقد في سبيل إنقاذه وسعيا نحو استقرار المعاملات[3]، ومن أجل الوقوف على أهمية

---

[1] خليدة بن بعلاش: مقال بعنوان: عقد العمل في ظل القانون رقم 90-11، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة مستغانم، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019، ص: 13.

[2] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 15.

[3] إبتسام دزيري، مقال بعنوان: سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، الجزائر، العدد 12، الجزء الأول، 2018، ص: 135.

التحول والتكملة كآليتين للإنقاذ في سبيل استقرار العقود فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول آلية التحول ودورها في إنقاذ العقد، أما الثاني فسنخصصه لتكملة العقد ومدى أهميته في هذا المجال.

المطلب الأول: إنقاذ العقد من خلال التحول كمحاولة لإحيائه

على اعتبار أن الفكرة العامة التي تسود المنطق القانوني هو أن البطلان جزاء تهديمي يجعل العقد كأن لم يكن، وحتى وإن ترتبت عنه آثار فهو يسلبها منه لذلك فإن إحيائه من أنقاضه الباطلة لهو اتجاه حقيقي نحو الإنقاذ، إذ أن البحث عن سبل المحافظة على العقد عبر إنقاذه من البطلان سيخفف من رجعية الأثر التهديمي للعقد وسيعزز العدالة من خلال العمل على استقرار المراكز القانونية المستقرة والمعاملات التي ليس من الواجب أن يقع إبطالها أو المساس بها، وتعتبر نظرية تحول العقد وسيلة مهمة في مجال الإنقاذ إلا أنها في حقيقتها تمثل صورة من صور التحايل المشروع الذي ابتدعه الفكر القانوني[1] لإنقاذ الإرادة من البطلان متى تخلف أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية اللازمة لصحة التصرف، فالتحول وإن كان يمثل الخروج المشروع على مبدأ المشروعية، ولكنه يبقى من الناحية العملية يمثل واحدة من أهم النظريات والأفكار التي تسعى إلى إنقاذ التصرفات من البطلان، ولذلك سنخصها بالتحليل من خلال إظهار مضمونها **(الفرع الأول)**، ثم محاولة التطرق لتقييمها كنظرية للإنقاذ**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تحول العقد وسيلة قانونية: تغيير من العدم إلى بعث الحياة من جديد

إذا انعقدت العقود صحيحة مستوفية لشروط انعقادها فإنها تنتج آثارها القانونية فيما بين أطرافها وحتى في مواجهة الغير، غير أنه وفي الكثير من الأحيان قد يشوب العقد عيبا ما مما يجعل العقد قابلا للإبطال أو باطلا مما يحول دون ترتيب الآثار المعول عليها وهو الأمر الذي يرافقه الكثير من السلبيات التي لا تقتصر بدورها على العلاقة العقدية بل قد تمتد إلى الغير، الأمر الذي دفع المشرعين الاستنجاد بأنظمة وأساليب يمكن من خلالها تجنب حالات البطلان

[1] رأفت دسوقي محمود، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار العلوم للنشر والتوزيع ط 1، 2005، القاهرة، مصر، ص: 11، 12.

هذه أو على الأقل الحد منها، منها نظام تحول العقد والذي يمكننا أن نتعرف على مضمونه كما يلي:

أولا: مفهوم التحول

لم تورد النصوص القانونية تعريفا محددا لنظام التحول والذي من خلاله يمكن تحديد معنى التحول:

1- **تعريف التحول:** يمكننا أن نعرف التحول كما يلي:

أ- تعريف التحول لغة: تحول عن الشيء زال عنه إلى غيره، وحال الرجل يحول تحول من موضع إلى آخر[1]، فالتحول لغة يأتي بمعنى التغير والانتقال.

ب- تعريف التحول فقها: عبر الفقهاء عن نظام التحول بعدة تعاريف، وهناك من الفقهاء من اعتبر أن فكرة تحول العقد هي موجودة في الفقه الإسلامي قبل أن يخرجها لنا شراح القوانين الوضعية[2]، إذ أن الفقهاء المسلمين قد اهتموا بالعقود وحرصوا على استثمارها بقدر المستطاع في الحدود التي لا تخاف أحكام وقواعد الشرع ويعطون العديد من الأمثلة التي نذكر من بينها، التصرفات[3] التي تصدر من المريض مرض الموت من بيع وشراء وإجارة ووقف وغيرها، إذ أن كلها تأخذ حكم الوصية فيما كان داخلا في الثلث وما زاد فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة، وقد عرف الأستاذ السنهوري التحول على أنه:" استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد، بل تبقى عناصر العقد القديمة كما هي، وإنما تكيف تكييفا قانونيا غير التكييف الأول فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم، وعدم إدخال أي عنصر جديد هو الذي يميز التحول عن التصحيح"[4]، غير أن هذا التعريف تم انتقاده على اعتبار أنه قد أخلط بين التحول والتكييف، كما اعتبر مصطلح الاستبدال غير دقيق ويعطي انطباعا على وجود عقدين منذ البداية أحدهما باطل والآخر صحيح ومتى تبين الطرفان أن عقدهما الأصلي وقع باطلا

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، الجزء 2، المرجع السابق، ص: 190.

[2] إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد، بحث بعنوان: تحول العقد المالي وأثره، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، 1424، 1425 هـ، ص: 39.

[3] المرجع نفسه، ص: 41.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 550.

استعاضا عنه بالعقد الآخر الذي يتضمنه ذات التصرف وهو أمر غير مقبول[1]، وفي تعريف آخر أكثر دقة يعرف الأستاذ مصطفى الزرقاء تحول العقد بأنه:" انقلاب العقد يعني أن العقد الذي يعتبر باطلا في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين، فينصرف إليه وإن اعتبر باطلا في موضوعه المتعاقد عليه"، وهو تعريف جدير بالاهتمام خاصة وأنه استخدم مصطلح موضوع العقد مما يجعله أكثر تفرقة ما بين التحول والتكييف وهو الخلط الذي وقع فيه الكثير من الفقهاء[2]، وفي نفس السياق عرف الفقيه Simler التحول على أنه:" العملية القانونية التي بفضلها ينقلب عقد باطل إلى آخر صحيح عند توافر شروط صحة هذا الأخير بحيث يخضع لنفس الهدف المرغوب تحقيقه من قبل الأطراف"[3]، كما عرفه الفقيه "أوليفياي كورنار" على أنه:" استبدال عقد باطل بعقد صحيح، أخذا بعناصر العقد الباطل"[4].

قد يختلط نظام تحول العقد بمفاهيم مشابهة له لعل أهمها تجديد العقد[5]، ذلك أن هذا الأخير يفيد آلية مثل تحول العقد على تعويض الالتزام بآخر، إلا أنهما يختلفان في الشرط الأساسي، خاصة وأن التجديد يقوم على أساس شخصي فهو عمل إرادي يستوجب إرادة حقيقية للأطراف، بينما وكما سنناقش لاحقا فالتحول يقوم على أساس موضوعي، حيث يعتمد على نص القانون وكذلك سلطة القاضي، كما أن التجديد لا يتطلب عقدا باطلا في حين أن إعمال التحول لا يكون إلا على أنقاض عقد باطل.

كما يشتبه تحول العقد بإعمال الإنقاص خاصة وأن النظامين لهمل نفس الهدف وهو إنقاذ العقد من البطلان، عن طريق الاعتماد على إرادة مفترضة[6]، غير أنهما يختلفان في نواحي أخرى أبرزها أن الإنقاص يفترض وجود عقد باطل في جزء منه فقط، إذ يحتوي نفس العقد

---

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 43، 46.

[2] المرجع نفسه، ص: 71.

[3] Philippe Simler, op.cit., p : 13.

[4] دنيا أوقاسي، المرجع السابق، ص: 75.

[5] وهو إحلال التزام مكان التزام قديم بنية التجديد، فكأنه بذلك يعتبر وسيلة أو سببا لانقضاء الدين (الالتزام القديم)، ووسيلة أو سببا لإنشاء دين (التزام) جديد، ويترتب على ذلك أن يسقط الالتزام القديم وتسقط معه جميع ملحقاته من رهن وكفالة، ويظهر التزام يحل محل الأول وله خصائصه وصفاته المستقلة عن الأول، رضا متولي وهدان، النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارنا بالفقه الإسلامي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، (د.س)، ص: 47.

[6] أكثر تفاصيل راجع: علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 218 وما بعدها.

على جزء صحيح يتم الاحتفاظ به، وآخر باطل يتم إسقاطه، الأمر الذي لا نجده في تحول العقد، إذ ينبغي أن يكون لدينا عقد باطل بطلانا كليا يستبعد كلية ليحل محله عقد آخر جديد يكون صحيحا مستلهما حياته من أنقاض العقد الباطل.

كما أن نظام التحول يشبه إلى حد كبير مع تكييف العقد والذي يقصد به قيام القاضي بتحديد الوصف القانوني له، أو تحديد ماهيته بشكل يتفق مع طبيعة هذا العقد، والقاضي غير مقيد بتكييف المتعاقدين للعقد[1]، إذ تعتبر عملية قانونية يستند فيها القاضي إلى اجتهاده الشخصي بغية إعطاء هذا الوصف مسترشدا في ذلك بالهدف أو الغاية أو الغرض الاقتصادي والاجتماعي للعقد الذي يهدف إليه المتعاقدان عند إقدامهما على الارتباط بالعقد محل التكييف[2].

كما أن هناك من يرى أبعد من ذلك إذ يعتبر الأستاذ تناغو أن نظرية تحول العقد لا تعدو أن تكون تطبيقا خاصا من تطبيقات نظرية تكييف العقد[3]، إذ يرى أن التحول هو قيام القاضي بإعطاء التكييف الصحيح للعقد أو التصرف الأصلي والذي يكون باطلا بحسب الاسم الذي أطلقه عليه المتعاقدان، ككمبيالة باطلة لتخلف شرط من شروط الشكل، وبالتالي يمكن استبدال هذا التكييف الذي يجعل العقد باطلا بتكيف آخر يجعله صحيح، فيتحول على حد قوله، تكييف الكمبيالة الباطلة لتخلف شروط الشكل، إلى سند دين صحيح غير شكلي، كما أنه اعتبر أن الشرط الثالث والمتمثل في انصراف الإرادة إلى إبرام العقد الصحيح الذي وجدت عناصره في العقد الباطل، يقصد به ألا يكون التكييف الذي أطلقته الإرادة على العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، بحيث ما كانت لتبرم العقد بغير هذا التكييف، فإذا لم يكن جوهريا على هذا النحو فالقاضي يعطي التكييف الصحيح للعقد وتعتبر الكمبيالة مجرد سند دين عادي وهو بذلك، لا يبحث عن إرادة مفترضة كما يقال أحيانا، ولكنه بذلك يعطي الاسم الصحيح للإرادة الحقيقية للمتعاقدين[4]، إلا أن مهمة القاضي بالنسبة للتحول تعد أعمق

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 396.

[2] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 192.

[3] سمير تناغو، مصادر الالتزام، العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، مصدران جديدان للالتزام الحكم- القرار الإداري، ط 1، 2009، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ص: 96.

[4] المرجع نفسه، ص: 96.

وأشمل[1]، فالأمر لا يقتصر على تعديل التكييف الخاطئ بل هي تشمل عملية انتقال كلية من حالة البطلان إلى حالة الصحة[2]، من عقد باطل إلى آخر صحيح بالاستناد على العناصر الصحيحة للعقد الباطل، فالقاضي هنا يخلق العقد الصحيح ويكيفه انطلاقا من الأنقاض الصحيحة للعقد الباطل.

2- موقف التشريع من التحول: يبدو أن لنظام التحول أهمية كبرى في ظل التوجه السائد لدى النظم القانونية، إذ يسعى معظمها إلى محاولة التقليل من حالات البطلان، والعمل على تفعيل العقود بدل إهدارها، وإهدار كل ما كان مخططا الوصول إليه من منافع اقتصادية واجتماعية، وهو الأمر الذي دفع الفقه والقضاء حتى في التشريعات التي لم تتضمن نصوصا تخص آلية التحول كنظام مستقل، فهي لم تتوانى عن الأخذ بالفكرة وإعمالها وتطبيقها.

ولقد كرس المشرع الجزائري نظرية تحول العقد في نص المادة 105 من ق.م التي جاء فيها:" إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا، باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، وهو بذلك امتداد لجذور هذا النظام التي تمتد بعيدا في التاريخ من مجرد فكرة في القانون الروماني متأثرا بها الفقه الفرنسي في بداية القرن العشرين[3]، كما أنه وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد تكريسا لهذا النظام وتطبيقه، دون أن يكون له تعريفا خاصا به، ويدل عليه كثرة تطبيقات تحول العقود في باب المعاملات في الفقه الإسلامي[4]، ذلك أن الفقهاء المسلمين قد اهتموا بالعقود وحرصوا على استثمارها بقدر المستطاع في الحدود التي لا تخالف أحكام وقواعد الشرع، ومن ثم جاءت كثيرا من القواعد الفقهية التي تؤكد هذا الوجود[5]، غير أن هناك

---

[1] دنيا أوقاسي، المرجع السابق، ص: 76.

[2] صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 1997، ص: 79.

[3] سفيان سوالم، مقال بعنوان: نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 29، ديسمبر 2017، ص: 130.

[4] حمد فخري حمد عزام، التحول في العقد، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، 2000، ص: 7.

[5] إبراهيم بن عبد الرحمن بن سعد السحيلي، المرجع السابق، ص: 40.

من الفقهاء من يرى أن ما نجده في القانون الإسلامي لا يتعدى كونه مجرد حالات فقط لتحول العقد أما أصول النظرية فترجع إلى القانون الألماني وحده[1]؛ ثم أخذت هذه الفكرة طريقها إلى التقنين وكان الفقه الألماني سباقا في صياغتها في نظرية مكتملة خلال القرن التاسع عشر للميلاد في القانون المدني الألماني لسنة 1896، في المادة 140 منه[2].

ونظرا لأهمية نظام التحول أصبحت هذه المادة مصدرا لانتشار العمل بهذه الآلية في القوانين منها وحتى العربية، فقليلة هي القوانين التي لم تعتمدها، نظرا للأهمية البالغة التي تمثلها في انعقاد العقود ومدى تأثيرها في المحافظة على الاستقرار العقدي فهو لا يحقق مصلحة الأطراف فحسب وإنما يمثل ضمانا للنظام العام.

وبالرجوع إلى نص المادة 105 ق.م، نلاحظ أن المشرع الجزائري شأنه شأن العديد من المشرعين، قد قصر تطبيق نظام التحول على العقد الباطل أو القابل للإبطال، وفي ذلك تضييق لنطاق العمل بالتحول إذ يرى البعض أنه بالإمكان إعمال هذه النظرية على التصرفات الانفرادية التي لا تقل أهمية عن التصرفات العقدية، خاصة في المعاملات التجارية[3]، ونجد أن القانون التونسي قد وسع من تطبيق نظام التحول حين نظم تقنية التحول بصفة عامة على أي نوع من الأعمال القانونية سواء المبرمة من جانب واحد أو من جانبين، حيث تنص المادة 328 من مجلة الالتزامات والعقود التونسي على انه:" إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام"[4]، وهو عكس ما قررته القوانين المكرسة للتحول وخاصة القوانين العربية التي قصرت التحول على العقود الباطلة[5]؛ وعلى الرغم من التكريس التشريعي الواضح للتحول منذ 1975، والأهمية البارزة التي تتميز بها هذه التقنية إلا

---

[1] الأستاذ نور الدين بالسرور في رسالته، نقلا عن: دنيا أوقاسي، المرجع السابق، ص: 78.

[2] والتي نصت على أنه:" إذا كان التصرف القانوني الباطل مشتملا على شروط تصرف قانوني آخر كان هذا التصرف الآخر قائما وصحيحا، إذا ثبت انه لو علم الطرفان ببطلان التصرف الأول لأرادا هذا التصرف الأخير"، حمزة سوالم، المرجع السابق، ص: 137.

[3] محمد أبو العثم النسور، مقال بعنوان: نظرية تحول التصرفات وتطبيقها على بعض المعاملات التجارية في القانون الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 02، 2019، ص: 313.

[4] دنيا أوقاسي، المرجع السابق، ص: 77، 78.

[5] منها المادة 105 من ق.م الجزائري، والتي تقابلها المادة 144 من القانون المدني المصري، في حين نذكر أن القانون المغربي قد اعتمد هو أيضا على عبارة " الالتزام" بدل " العقد" في المادة 309 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

أن التطرق الفقهي لها في الجزائر يبقى شبه منعدم وحتى تم التطرق له بسطحية مبالغ فيها، لا تضاهي بتاتا الأهمية التي تمثلها في المجال العقدي، إلا أنه لا بد من التنويه إلى أن التحول كنظام برزت من خلاله عبارة "الإنقاذ"، أين تعرض لها الأستاذ علي فيلالي في كتابه" الالتزامات" حين وصف آلية التحول بنظرية التحويل وعبر أن المشرع الجزائري قد أخذ بها من القانون الألماني، وقوامها استقرار المعاملات عن طريق إنقاذ العقد، كما أنه وبالرجوع إلى القرارات القضائية نجدها شبه منعدمة مقارنة بالإنقاص أو البطلان الجزئي.

لقد شهدنا أن الاقتصار على عبارة العقد سيقلص لا محالة من مجال إعمال نظام التحول، وسندرس فيما يلي مدى تأثير شروط إعمال التحول على إنقاذ العقود.

ثانيا: التحول وسيلة فعالة للحفاظ على العقد

لقد نظم المشرع الجزائري شروط التحول بشكل واضح وصريح من خلال المادة 105 ق.م باعتباره النص العام المنظم لتحول العقد في القانون المدني الجزائري، والمتمثلة فيما يلي:

1- احترام مبدأ سلطان الإرادة: مبدأ جوهري في نظام التحول.

نلتمس من المادة 105 ق.م أول شرط لإعمال نظام التحول ويتمثل في بطلان العقد أو قابليته للإبطال[1]، وإن كان هناك من القوانين والفقهاء من يرون أن تطبيق التحول يكون فقط بالنسبة للعقود القابلة للإبطال ويطالبون بإخراج العقود الباطلة بطلانا مطلقا من دائرة الإنقاذ[2]، وفي اعتقادي أن ذلك أمر مردود إذ ينبغي الإبقاء على العقود الباطلة في مجال الإنقاذ عن طريق التحول حماية للأطراف بصفة خاصة وللاستقرار التعاقدي بصفة عامة، الذي يبقى المغزى المراد تحقيقه من إنقاذ العقود، كما أن هناك من الفقه من يكتفي بتحول العقود الباطلة بطلانا مطلقا من بينهم المشرع العراقي[3]؛ واشتراط بطلان العقد الأصلي هو أمر جوهري إذ هو نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم لا يمكن المساس بعقد صحيح قصد تحوله وإلا كان ذلك تعديا واضحا على مبدأ سلطان الإرادة، فلو توافر في عقد صحيح أركان عقد آخر

[1] وهو مسلك منتقد أكثر تفاصيل: انظر علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 115.

[2] دنيا أوقاسي، تدارك البطلان، المرجع السابق، ص: 81.

[3] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 116.

كان يفضله المتعاقدان فلا محل لإعمال التحول، لأن الأمر يتعلق بتكييف العقد والعقد الصحيح لا يحتمل في الواقع أكثر من تكييف، والقاضي يحدد التكييف الواجب ولا يختار بينها[1]، وحتى وإن رغب أطراف العلاقة العقدية في إعمال التحول فلا يمكن أن يتم ذلك حتى وإن كان العقد الأصلي الصحيح الذي أبرماه يتضمن في نفس الوقت أركان عقد صحيح آخر لم يفكرا فيه من الأصل وبعد تحقق العلم لديهما بصحة هذا العقد الصحيح الآخر رغبا فيه دون العقد الأصلي، فبالنتيجة لا يمكن إعمال التحول في هذه الحالة، ولكن بإمكان الطرفان فسخ العقد الأصلي، ثم إبرام عقد جديد وبذلك لا يتم إجراء التحول وإنما يتم تتبع طريق آخر تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، ولكن ليس بنفس النتيجة، إذ لا يتم إنقاذ العقد هنا وإنما يتم الحفاظ على مصالح مشتركة بين المتعاقدين عن طريق فسخ[2] العقد الأصلي وإبرام عقد جديد أو عن طريق ما يسمى بتجديد العقد[3] وهي الآلية التي لا تتطلب بطلان العقد الأصلي؛ وسواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا يبقى أنه لا بد أن يكون البطلان كليا، أي يمس كامل جوانب العقد فإذا كان فقط يمس جزء منها فنحن نكون أمام فرضيتين: إما إنقاص العقد من خلال إسقاط الجزء الباطل، أو تصحيح العقد بالإبقاء على كامل جوانب العقد مع التغيير في الباطل منها، والتأكد من بطلان العقد الأصلي أو قابليته للإبطال لا يكفي لإعمال التحول، بل لا بد من توافر العناصر الضرورية لقيام عقد جديد.

2- نشوء عقد جديد على أنقاض العقد القديم: إذا توافرت أركان عقد آخر في العقد الباطل أو القابل للإبطال، يكون هذا العقد صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، وهو الشرط الثاني الذي نصت عليه المادة 105 ق.م لكي يتم إعمال التحول، والملاحظ على النص باللغة الفرنسية أن المادة ذاتها ذكرت عبارة" les conditions d'existence d'un autre

---

[1] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 141.

[2] ويختلف الفسخ عن البطلان إذ أن الفسخ يتمثل في حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين أن يمتنع عن التنفيذ إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه الناشئ عن العقد، أما البطلان فهو جزاء اختلال أحد أركان العقد أو شروط صحته عند التكوين، وعليه فإن الفسخ يفترض قيام عقد صحيح توافرت أركانه بالكامل، بينما بالنسبة للبطلان فالعقد غير صحيح منذ البداية.

[3] رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص: 43.

contrat"، وهي تعني بالتأكيد نشوء عقد جديد آخر مختلف عن العقد الأصلي الباطل[1]، ولا بد أن تكون نفس الأركان التي توافرت في العقد الباطل تشكل ولادة عقد جديد من دون أي تغيير عليها، وبالرغم من كون الشروط هي نفسها بين العقد المنتهي والعقد المولود من جديد، إلا أن إعمال التحول يقتضي مرورا من حالة معينة إلى أخرى، وليس تكرارا لنفس الحالة الأولى، وهو ما اعتبره الفقهاء الألمان تغييرا لمحتوى العقد ولو كان طفيفا إذ يكفي لتبرير إعمال التحول[2].

3- الهدف الاقتصادي محرك لدور الإرادة في إنقاذ العقد عن طريق التحول: مما لا شك فيه أن الإرادة هي جوهر العقد، حيث يشترط لقيامه وصحته تطابق إرادتي طرفي العقد، ومما لا شك فيه أن الأطراف سواء أكان العقد باطلا أم منعدما قد اتفقا على كل المسائل التي تفيد تحقيق غايتهما الاقتصادية وفقا لعقد تم تحديده بينهما، وهو ما يعبر عنه بالإرادة الحقيقية كشرط لصحة العقود، غير أن نظام التحول لا يقوم على هذه الإرادة الحقيقية لأنه منطقيا الأطراف لم يكونوا على علم بأن عقدهما الأصلي الذي ارتبطا به جاء باطلا وإلا بالتأكيد لما أقدما عليه وهو ما يؤكد رأي غالبية الفقهاء بأن المتعاقدين لم يفكروا إطلاقا بالعقد الآخر الذي يتضمنه العقد الباطل[3]، أما عن ماهية هذه الإرادة فقد كان بشأنها خلاف انقسم إلى اتجاهين:

- يرى بعض الفقهاء أن الإرادة التي يتم اعتمادها في نظام التحول هي إرادة احتمالية، ومعنى ذلك أن هناك إرادة محتملة أو كما أطلقوا عليها عبارة احتياطية، وهو ما جعلها محلا للانتقاد بشدة على اعتبار أن معنى ذلك أن العقد يتضمن إرادتين حقيقيتين تهدف كل منهما إلى عقد يختلف عن الآخر في ذات الوقت، كما أن ذلك يعني أن المتعاقدين قد توقعا البطلان[4] وهو ما يخالف المنطق.

---

[1] إذ لا بدأن يكون هناك فرق بين العقد الباطل والعقد الآخر الذي ولد على أنقاضه ويكون ثمة عقد آخر، إذا كان هذا العقد ليس هو المقصود أصلا من المتعاقدين عند إبرام العقد لأول وهلة وأن آثاره تختلف عن آثار العقد الأول التي كان يمكن أن تظل قائمة باللجوء إلى طرق قانونية أخرى غير التحول، كالتفسير أو التكييف أو الانتقاص الجزئي، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 79.

[2] دنيا أوقاسي، المرجع السابق، ص: 85.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص: 551، هامش رقم 2، علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 140.

[4] المرجع نفسه، ص: 150.

- وتلافيا للانتقادات حاول بعض الفقهاء وعلى عكس ما يراه أصحاب الاتجاه السابق، أن يجعلوا الإرادة اللازمة للتحول هي الإرادة الافتراضية أو التصورية، وهي بذلك لا تتعلق بالمتعاقدين وإنما هي إرادة منسوبة للقاضي وهو الأقرب إلى المنطق، حيث أن العقد الجديد لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون مبناه الحقيقة وإنما يكون مبناه التصور وهو ما انساق إليه بعض الفقه الألماني القديم، وكذلك الفقه الفرنسي ومعه المصري[1].

والملاحظ أنه يوجد خلاف بين أصحاب هذا الرأي، ولا يكمن حول ماهية الإرادة إذ المتفق عليه أنها إرادة مفترضة، وإنما قد يكون الخلاف حول صاحب هذه الإرادة فهناك من يرى أنها إرادة مفترضة للمتعاقدين وما على القاضي إلا أن يكشف عن هذه الإرادة فهو يقوم بالبحث عن إرادة لم تظهر بعد للوجود وقت إبرام العقد الباطل، وربما لم تظهر حتى لحظة العلم ببطلان هذا العقد، وله أن يستعين بالظروف التي صاحبت عملية التعاقد[2]، والملاحظ على أصحاب هذا الرأي أنهم يستبعدون الدور الإيجابي للقاضي ويحاولون تقييده في محاولة الكشف عن إرادة غير موجودة أصلا، وهو في اعتقادي ما يجعل دور القاضي بهذه الطريقة شبه مستحيلا فإذا كان في العادة البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين يمثل أمرا عسيرا في الكثير من الأحيان فما بالنا بالبحث عن إرادة لم يتصورها المتعاقدين وحتى لم تخطر ببالهما، والأصح أنهم يقصدون أن القاضي يعمل على مساعدة المتعاقدين في حمايتهما حين لا يمكنهما تحقيق أغراضهما القانونية أو الاقتصادية بسبب جهلهما بالحقائق القانونية، مما أدى إلى بطلان العقد الذي أراداه وهو ما يدخل في عمل القاضي في تكييف العقد دون التقيد بتكييف المتعاقدين[3]؛ في حين يوجد من يؤمن بأن الإرادة المفترضة هي من صنع القضاء، فهو يفترض وجودها في ضوء الهدف الاقتصادي للمتعاقدين الأمر الذي يساهم في إنقاذ عقدهما من البطلان، وهي تعد من

---

[1] رأفت دسوقي محمود، المرجع السابق، ص: 90.

[2] وللقاضي أيضا إضافة إلى بعض الضوابط المتصلة بعمل القاضي بصفة عامة، مثل التجائه إلى محاولة التوفيق بين الحاجات العملية لطرفي العقد ومقتضيات العدالة وما تستوجبه، يلتزم أيضا بضابط مهم وهو الغرض الاقتصادي والعملي للعقد، المرجع نفسه، ص: 93.

[3] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 143، وهناك من يرى أن دور القاضي يقتصر على مجرد تفسير للعقد بحسب نية المتعاقدين من العقد الأول مستعينا بالقرائن الدالة على وجود تلك النية لديهما في إبرام العقد الثاني، حمد فخري حمد عزام، المرجع السابق، ص: 37، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 531.

المسائل المعقدة كونها إرادة غير حقيقية تقوم على أساس التصور لا سيما أن النصوص القانونية التي عالجت نظام التحول لم تضع معايير محددة يمكن للقاضي أن يستدل بها للتعرف على هذه الإرادة الافتراضية، ويبقى اعتبار الغرض الاقتصادي للمتعاقدين أهم مؤشر لرسم صورة هذه الإرادة الافتراضية[1].

كما أن هناك من يرى أن التحول يقوم على إرادة مفروضة تستخلص من الواقعة فيفرضها عندئذ القانون[2]، إذ تستخلص هذه الإرادة من الغاية العملية التي يريد المتعاقدان الوصول إليها ولكن قد اختارا طريقا قانونيا قد تبين بطلانه، فإذا كان هناك طريق قانوني صحيح، يؤدي إلى الغاية نفسها[3]، كان من الممكن القول أنهما أرادا هذا الطريق القانوني الصحيح المؤدي إلى تلك الغاية التي قصداها، لو كانا قد علما ببطلان الطريق القانوني الذي اتبعاه، فالعبرة إذن بالغاية العملية، لا بالوسيلة القانونية الموصلة إليها، والقاضي يستخلص من الواقعة المادية الباطلة عناصر التصرف الصحيح التي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين المحتملة... وهنا تظهر سلطة القاضي التقديرية في إقامة التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل[4]؛ والملاحظ أن المشرع الجزائري قد تبنى الإرادة المحتملة وهو ما جاء في نص المادة 105 ق.م التي احتوت على عبارة " نية المتعاقدين" والتي يقصد بها النية المشتركة الاحتمالية، والتي يقصد بها القناعة بوجود الاستعداد لدى المتعاقدين المحتملة إلى إبرام العقد الجديد[5]، وهو يكون بذلك اعتمد المعيار الذاتي في إعمال التحول، إذ لا يخول للقاضي بصفة آلية إعمال التحول بل لا بد أن يتبين الإرادة المحتملة ليعتمدها كأساس لتحويل العقد عن طريق افتراض وجود هذه الإرادة، ولكن وفي ظل التغيرات الاقتصادية والاجتماعية وبعد أن فقدت الإرادة

---

[1] علي كاظم الشباني، المرجع السابق، ص: 161.

[2] أجود علي غالب العزاوي، تحول العقد بين الشريعة والقانون، (د.س)، ص: 408.

[3] والعقد الأول سيكون باطلا في مجموعه ويحل محله عقد آخر يشارك العقد الأول في كثير أو قليل من مقوماته الفنية ويعتمد ذلك بشكل خاص على طبيعة العقد الأصلي والغايات الاقتصادية والاجتماعية المتوخاة من تحوله، ولا مكان للتحول إذا كان العقدان يشكلان وحدة واحدة أو كانت عناصرهما تغطي بعضها البعض إلى حد أن يكون من الممكن أن تتقرر صحة العقد الآخر عن طريق تفسير العقد الأول، فالعقد الباطل لا يمكن أن يتضمن في ذاته شيئا صحيحا، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 79.

[4] أجود علي غالب العزاوي، المرجع السابق، ص: 409.

[5] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 530.

الكثير من مكانتها لصالح سلطات القانون، أصبحت صحة العقود مرهونة بعدم مخالفتها للمتطلبات الاقتصادية والاجتماعية متماشية مع النظام العام والآداب، وعليه أصبح تحول العقد مرهونا بموافقته للأهداف الاقتصادية والاجتماعية وأصبحت الإرادة مقيدة بهذا القيد[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي كان متميزا في هذا المجال بتخليه كلية عن إرادة المتعاقدين في إعمال التحول ، كما فعل بالنسبة للإنقاص[2] وهو بذلك يتجه قدما نحو توسيع نطاق الإنقاذ وتفعيله من خلال هذه الآليات باعتماده على المعيار الموضوعي الذي يبدو أكثر فعالية، والذي ينجم عنه بالنتيجة توسيع سلطة القاضي في إعمال التحول دون الرجوع إلى إرادة الأطراف المحتملة أو الافتراضية، ما دام عمله سيحقق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للعقد الباطل، ويكون بذلك تغليب للمصلحة العامة على المصلحة الفردية[3] وهو ما نتمنى أن يصل إليه مشرعنا في سبيل التوسع في مجال الإنقاذ، كما أن الأولى في عمل القاضي ألا يستعين بافتراض إرادة موهومة بل لا بد أن يطبق قواعد العدالة بعد النظر في ظروف التعاقد ومنها ظروف المتعاقدين[4].

الفرع الثاني: مظاهر التحول في القانون الجزائري

لا شك أن العمل على إبقاء الرابطة العقدية ولو في صورة عقد آخر سيكون أولى من إهدارها ما دامت هذه الطريقة تحقق الغرض النهائي لأطراف العلاقة، والذين قد لا تعنيهم الوسيلة بقدر اهتمامهم بالنتيجة الاقتصادية[5] التي تتحقق لهما، ونظرا لأهمية التحول كوسيلة للمحافظة على العلاقات التعاقدية لقد كان لهذا النظام تطبيقات أوسع مقارنة بالإنقاص، وقد امتد مجال تطبيقه إلى القانون التجاري الذي يقوم بالأساس على استقرار المعاملات، كما أنه

---

[1] سفيان سوالم، المرجع السابق، ص: 143.

[2] حيث أقصى الإرادة كليا في المادة 328 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ويكون بذلك قد نزع المعيار الشخصي وجعل النص الخاص بالتحول نصا موضوعيا بامتياز، دنيا أوقاسي، المرجع السابق، ص: 87.

[3] سفيان سوالم، المرجع السابق، ص: 145.

[4] وعلى ذلك يتم التحول بقوة القانون، ويجب التحكم به إذا توافرت الشروط المطلوبة له، وتقع آثار التحول بقوة القانون ودون أن يكون حكم القاضي منشئا وإنما مقررا لأن القاضي يقرر التحول بمقتضى القانون، بن عبد الرحمان السحيلي، المرجع السابق، ص: 133، 134.

[5] رأفت دسوقي محمود، المرجع السابق، ص: 84.

من المستحسن ألا يستعين القاضي في عمله على افتراض إرادة موهومة بل يطبق قواعد العدالة بعد النظر في ظروف التعاقد ومنها ظروف المتعاقدين[1]، وعلى ذلك يتم التحول بقوة القانون، ويجب الحكم به إذا توافرت الشروط المطلوبة له، وتقع آثار التحول بقوة القانون ودون أن يكون حكم القاضي منشئا وإنما مقررا لأن القاضي يقرر التحول بمقتضى القانون، وبالتالي فهو لا يبعث في العقد الجديد الحياة وإنما يبحث عن هذه الحياة[2].

وبالنظر إلى الشرط الرئيسي في إعمال التحول نجد بطلان العقد أو قابليته للإبطال ومن ثم الرجوع إلى غياب الأركان أو شروط الصحة التي تكون ذريعة لإعمال التحول بعد الحكم بالبطلان أو الإبطال، ومن ثم يتم إعمال التحول كوسيلة لإنقاذ العقد نتيجة لتخلفها والتي سنحاول تبيانها فيما يلي:

أولا: بالنسبة للأهلية

إذا انعدمت الأهلية فلا مجال لتحول العقد، أما إذا كانت الأهلية ناقصة فيمكن تطبيق التحول ونذكر بالمناسبة ما ورد في مجال التأمينات، إذ أن الرهن المبرم من طرف المتعاقد مقيد الأهلية، يمكن أن يتحول إلى حق حبس وذلك تفاديا لبطلانه[3].

ثانيا: بالنسبة للرضا

كما هو الحال بالنسبة للأهلية فإن غياب الرضا لا يمكن أن يؤدي إلى إعمال التحول، فالعقد لا يمكن إنقاذه بأي حال من الأحوال، خاصة وأن الإنقاذ يكون بقصد الإبقاء على العلاقة العقدية التي يرتضيها الأطراف وإن انعدم الرضا فلا معنى للإنقاذ بتاتا، غير أن تعيب الرضا لا يمنع من إعمال التحول، كما هو الحال بالنسبة للفضولي الذي يتصرف في مصالح

---

[1] ويذهب البعض إلى اعتبار مجرد انعدام إرادة عكسية أي إرادة تستبعد تحول العقد مما يؤدي إلى إعماله، أجود علي غالب العزاوي، المرجع السابق، ص: 411.

[2] بن عبد الرحمن السحيلي، المرجع السابق، ص: 133، 134.

[3] وهو الحل الذي كرسته محكمة التمييز الفرنسية واعتبرت أنه من العدل السماح للدائن المرتهن بحبس الشيء موضوع الرهن، دنيا أوقاسي، المرجع السابق، ص: 89.

غيره دون إذن من القاضي أو من رب العمل فهذا التصرف لا يبطل للغلط الواضح في شخص المتعاقد وإنما يتحول ليصبح من قبيل أعمال الوكالة إذا أجازه رب العمل[1].

ثالثا: بالنسبة للمحل

ينبغي أن يكون المحل مشروعا، محددا وممكنا حتى يصح العقد والمساس بأحد هذه الشروط يعرض العقد لخطر البطلان، لكن يمكن تفادي هذا الخطر عن طريق تحول العقد، وهو ما اعتمدته محكمة التعقيب التونسية في 1955 من خلال تحول عقد المساقاة إلى عقد شركة فلاحية وذلك ببطلان العقد الأول لغياب المحل من إطعام للشجر أو زرع قد ظهر إلى وقت اقتطاف الغلة أو جمع الصابة[2].

رابعا: بالنسبة للسبب

لا بد أن يكون موجودا ومشروعا وإلا بطل العقد، ولكن يمكن إعمال التحول ذلك أن عقد البيع الذي يكون فيه الثمن تافها يبطل لتفاهة الثمن ولكن يمكن أن يتحول إلى عقد هبة صحيحة إذ يتضمن إيجابا وقبولا ونية التبرع، وذلك إنقاذا له من البطلان.

خامسا: بالنسبة للشكلية

تحتاج بعض العقود إلى إجراءات شكلية منصوص عليها قانونا تجعل بتخلفها تلك العقود باطلة ولكن الأولى من ذلك هو تحولها إلى عقود أخرى قصد إنقاذها ونذكر كمثال على ذلك، تحول عقد التسيير الذي لم يخضع للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 203 تجاري إلى إيجار من الباطن[3]، كما أن العقد غير الرسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل يتحول إلى محرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف[4]، والجدير بالذكر هنا نذكر أن عقد البيع الوارد على العقار والذي بتخلف الشكلية الرسمية يصبح باطلا

---

[1] المادة 151 ق.م التي تنص على:" تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، أثناء توليه شأنا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط..."، والمادة 152 ق.م. التي تنص على:" تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي".

[2] حسب منطوق الفصل 1395 من م.ا.ع، دنيا أوقاسي، تدارك بطلان العقد، المرجع السابق، ص: 89.

[3] ق.م ع الغرفة التجارية والبحرية في 2001/07/10، ملف 252246، المجلة القضائية 2001، ص: 235.

[4] المادة 326 مكرر 2 ق.م. التي تنص على:" يعتبر العقد غير رسمي بسبب كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

بطلانا مطلقا ولكن هناك من الفقه من اعتبر أن إعمال التحول هنا هو إنقاذ حقيقي للعقود ومسلك مفعل لتحقيق استقرار المعاملات ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، إذ يتم تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح تفاديا لعدم الاستقرار وتصحيحا لعدم التوازن العقدي بين البائع والمشتري[1]، وفي اعتقادي أن اعتماد هذا المسلك سيجنبنا أغلب حالات البطلان التي تطرح في الواقع العملي، كانت هذه بعض مظاهر التحول في القانون المدني والتي تعكس توجه المشرع نحو تطبيق هذه الآلية لما لها من تأثير على حماية الاستقرار التعاقدي والتقليل من حالات البطلان الكثيرة كما يمكننا أن نشير في هذا المقام أن المشرع قد توسع أيضا في الأخذ بهذه الآلية في القانون التجاري من خلال تحول الأوراق التجارية والتي تعد من أبرز تطبيقات التحول في التشريعات.

المطلب الثاني: الإنقاذ من خلال تكملة العقد

تعتبر مسألة التكملة من بين المستجدات التي أحدثت في التقنين المدني تأثرا بالمرونة والتطور الذي طال القانون من كل الجوانب، ويرجع سبب ربطي لهذه المسألة بإنقاذ العقد كون أن نظرتي للإنقاذ تتخطى الحيز الضيق الذي رسمه البعض والتي تجعل منه مرتبطا بالبطلان فحسب، ذلك أن الرابطة العقدية يمكن إنقاذها ليس فقط بعد تعرضها لأسباب وعوامل الإبطال وإنما يمكن أيضا العمل على معالجة نقائص العقد من خلال تكملته للوصول به للغاية المرجوة منه والمشروعة ومن ثم توقي الفسخ وحالات الإنهاء وما ينجم عنها من عدم الاستقرار وضياع للمصالح والأموال وهدر للوقت والجهد.

والحقيقة أن آلية تكملة العقد لا تتصل مباشرة بصحة العلاقة العقدية ذلك أن العقد يكون صحيحا بمجرد اتفاق المتعاقدين على المسائل الجوهرية فقط تاركين بعض المسائل التفصيلية دون تنظيم، والتي قد تسبب لاحقا نزاعات قد تجد علاجها في تكميل العقد

[1] ولو أن الفقهاء قد اختلفوا من حيث طبيعة العقد الجديد إلا أنهم يؤيدون بشدة إعمال تحول عقد بيع العقار الباطل إلى عقد آخر صحيح حيث يرى الأستاذ عباس الصراف أنه يتحول إلى عقد غير مسمى مفاده الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لغرض نقل الملكية، كما يرى الأستاذ أياد الملوكي أنه يتحول إلى عقد إباحة يمكن من خلاله البائع المشتري من الانتفاع بالعقار لا سيما في الحالات التي يرافق فيها البيع تسليم العقار إلى المشتري وهي كثيرة على الأعم الأغلب في الواقع العملي، أكثر تفاصيل انظر: علي كاظم الشباني، تحول العقد، المرجع السابق، ص: من 489 إلى 510، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 178 وما بعدها.

وسنحاول من خلال هذه الدراسة أن نبرز دور التكملة في إنقاذ العقد **(الفرع الثاني)**، بعد أن نحدد مفهوم هذه الآلية **(الفرع الأول)**.

الفرع الأول: تكملة العقد آلية قانونية للمحافظة على الاستمرارية

يعتبر العقد وسيلة بيد المتعاقدين لتحقيق أغراضهم الاقتصادية والاجتماعية والتي تعتبر في مجملها آثار قانونية تترتب على العقد، ولذلك وبحسب الأصل فإن المتعاقدين هم الذين ينظمون عقدهم سواء فيما يتعلق بالمسائل الجوهرية التي لا يتم إلا بها، أو المسائل التفصيلية الأخرى التي تؤدي الغرض المقصود من التعاقد.

ورعاية من المشرع وسعيا منه إلى الحفاظ على العقد مستقرا ودائما، لم يترك مسألة نقص تنظيم العقد على اعتبار أن المتعاقدين كثيرا ما يقتصران على تحديد العناصر الجوهرية للتعاقد، تاركين التفصيلات للبت فيها إلى وقت لاحق، مما يجعلنا نتساءل عن مضمون هذه الآلية خاصة وأنها تختلط مع الكثير من النظم القانونية المشابهة.

أولا: مضمون تكملة العقد

لقد تعددت التعاريف واختلفت بحسب النظريات، إلا أن المؤكد أنها وسيلة لسد النقص الذي يعتري العقد نتيجة إرجاء تنظيم المسائل التفصيلية إلى وقت لاحق.

1- مفهوم التكملة: يقتضي التعرف على مفهوم التكملة، التطرق له من الناحية اللغوية والفقهية كما سيأتي بيانه:

أ- تعريف تكملة العقد لغة: برزت آلية التكملة بعدة مسميات تصب كلها في منحى واحد: تكملة[1] العقد، استكمال[2]، تكميل[3]، إكمال[4]، كما أن هناك من أطلق عليها مسمى التطويع[5]، ويكمن تعريفها كما يلي:

كمل الشيء كمولا وكمالا وتكملة أي تمت أجزاؤه أو صفاته فهو كامل[6]، واستكمل استكمالا للشيء بمعنى استتمه[7]، بمعنى طلب الإكمال حيث يطلب المتعاقدان من القاضي تكملة العقد.

ب- تعريف التكملة فقها: "يقصد بتكملة العقد سد النقص في تنظيم العقد الصحيح بمعنى أن هناك تعبيرا تصرفيا اشتمل على العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاده ولم يشتمل على العناصر التفصيلية أو الثانوية كجزء من التعبير عن الإرادة، فإن التكميل يعني إضافة الجزء الناقص إليه"[8]، كتنظيم للمسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان، أو ليكون تنفيذ العقد متفقا مع مبدأ حسن النية وما تقتضيه من أمانة في التعامل[9]، ويسترشد القاضي في تكملة العقد بعدة عوامل حددها المشرع المدني، وهي القواعد القانونية والعرف والقواعد المستمدة من مبادئ العدالة بحسب طبيعة الالتزام[10].

---

[1] سمير تناغو، الالتزام القضائي، المرجع السابق، ص: 79.

[2] ولو أن هناك من يفرق بين الإكمال والاستكمال، إذ يرون أن الاستكمال وكما تبين الحروف الأولى منه وهي الألف والسين والتاء جاءت للطلب أي أن المتعاقدان هما اللذان يطلبان إكمال العقد، أم الإكمال فحسب رأيهم يجعل القاضي يكمل المستلزمات من تلقاء نفسه للحكم بالعقد ومن غير شروط خاصة كما هو الحال بالنسبة للاستكمال، عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار حامد للنشر والتوزيع، ط 1، 2015، عمان، الأردن، ص: 42، 43.

[3] أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، 2011، الإسكندرية، مصر، ص: 13.

[4] سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط 1، 2012، لبنان، ص: 23.

[5] أحمد حدي لالة، مقال بعنوان: دور القاضي المدني في تطويع العقد، دراسة تحليلية في القانون الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد02، رقم 01، ص: من 170 إلى 188.

[6] الباشا محمد الكافي، معجم عربي حديث، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، ط 1، 1992، ص: 843.

[7] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[8] خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص: 40.

[9] سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 25.

[10] عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص: 27.

وقد عرفها بعض الفقهاء مع الخلط ببعض المفاهيم المشابهة نذكر من بينهم: تعريف الأستاذ عبد الرحمان عياد عن التكملة:" بأنها بمثابة السلطة الممنوحة للقاضي في التدخل لإنقاذ الرابطة العقدية من الزوال ومن ثم تصحيحها"[1].

ويعاب على هذا التعريف أنه أخلط بين التصحيح كنظام مستقل وبين التكملة التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون تصحيحا للعقد، خاصة وأن الهدف من إضافة القاضي عناصر جديدة للعقد في تكميله تختلف عما هو عليه في تصحيح العقد، فالهدف من التغيير بالإضافة في حالة تكملة العقد لا يتعلق بتصحيحه أو إنقاذه من البطلان لأن العقد قبل التكملة صحيح نافذ، ويهدف القاضي من وراء تكملة العقد إلى تحديد نطاقه وبيان ما يدخل وما لا يدخل في هذا النطاق، بالإضافة إلى ذلك فإن القاضي في تكملة العقد يضيف إليه التزامات قد لا تنصرف إليها إرادة الطرفين وقت إنشاء العقد[2].

ولئن يلتقي إكمال العقد بتصحيحه في أنهما يؤديان إلى إضافة شيء جديد للعقد، إلا أنهما يختلفان في أمور جوهرية لعل من أبرزها أن الإكمال يرد على عقد صحيح في حين أن التصحيح يرد على عقد باطل أو مهدد بالإبطال حيث يتم استبدال العنصر المعيب بعنصر جديد يكتسب على إثره العقد الصحة والفاعلية بعد أن كان يفتقدها، كما أن إكمال العقد يستند إلى طبيعة العقد إذ يقوم القاضي بإضافة الالتزامات التي تقتضيها طبيعة العقد الذي يشوب مضمونه النقص وفقا للقانون أو العرف أو العدالة، أما التصحيح فيستند إما إلى إرادة المتعاقدين أو إلى نص القانون، فهو مزيج من تصرف إرادي وعمل مادي يصدر من الطرف الذي لم يتقرر بطلان العقد لصالحه، فالتصحيح كما سبق وأن بينا لا يعد عملا قضائيا صرفا إذ يمكن للمتعاقدين أن يصححا العقد ومن دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، بينما يمثل إكمال العقد من بين السلطات التي يتمتع بها القاضي إزاء مضمون العقد الذي يشوبه النقص[3].

ويمكنني اقتراح التعريف الآتي للتكملة:" هي آلية بيد القاضي يقوم بها استجابة لطلب أطراف العقد لسد النقص في تنظيم العقد الصحيح، عن طريق إضافة التزامات تفصيلية لم

---

[1] عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، مصر، 1972، ص: 108.

[2] خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص: 68.

[3] سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 41، 42.

يتفق بشأنها المتعاقدان، سواء تمت إثارتها أثناء المفاوضات العقدية ولم يتوصلا إلى اتفاق بشأنها، أو أنهما أغفلاها بسب عدم العلم والدراية الكافي أو إهمالا منهما، ويكون تدخل القاضي محددا طبقا لطبيعته المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة، على أن هذه الآلية سيكون لها الأثر البالغ في تنفيذ العقد طبقا لمبدأ حسن النية وما يقتضيه من أمانة في التعامل ومن ثم إنقاذه بدل التخلص منه، كما أن التكملة تعبر عن علاج مكمل للرابطة العقدية بغية الوصول بها للغاية المرجوة منها والمشروعة".

أما بالنسبة للفقه الغربي فأبرز من كتب في التكملة هي الفقيهة Bénédicte في أطروحتها التي عنونتها بتكملة العقد بواسطة القاضي والتي اعبرت أن تكملة العقد هي تكملة لمحتوى العقد[1].

2- موقف التشريع من التكملة: يكمن الأساس القانوني لتكملة العقد في مادتين نص عليهما المشرع الجزائري في التقنين المدني، إحداهما وردت ضمن المواد المتعلقة بتكوين العقد ويتعلق الأمر بالمادة 65 ق.م والأخرى وردت ضمن المواد المتعلقة بآثار العقد وهي المادة 107 ق.م والتي سنحاول ما جاء في تشريعنا بشأن هذه الآلية.

تنص المادة 65 ق.م على ما يلي:" إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عندما 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".

وتعتبر هذه المادة مصدرا قانونيا أساسيا للبحث في مسألتين مهمتين، وهما:

-مدى كفاية الاتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد كمسألة أولى.

-ودور القضاء في تكملة العقد في حالة قيام الخلاف بشأن المسائل التي لم يتم الاتفاق بشأنها لإنقاذ العقد كمسألة ثانية.

[1] "Traditionnellement, lorsque la doctrine constate le forçage du contrat, il s'agit du forçage du contenu contractuel", Bénédicte Guiderdoni, Le Forçage du contrat par le juge, Thèse pour le doctorat de l'université de Caen , 2002, p: 18

ويقصد بالمسائل الجوهرية للعقد تلك التي من دونها لا يمكن التعرف على طبيعة العقد المبرم، فهي المسائل المركزية والخاصة بعقد من العقود والتي تترجم العملية القانونية والاقتصادية التي يريد الأطراف تحقيقها[1]، كما يمكن تعريفها بأنها تلك المسائل التي يتعذر بدونها معرفة ملامح الرابطة التعاقدية التي كان الطرفان بصدد الدخول فيها[2].

والمعلوم أنه في كل عقد يوجد نوعان من المسائل، مسائل جوهرية يكفي الاتفاق عليها لانعقاد العقد، ويترتب على عدم الاتفاق عليها، ألا تنتهي فترة ما قبل انعقاد العقد بل تظل مستمرة حتى يتم الاتفاق بشأنها، أما النوع الثاني من مسائل العقد فهي مسائل ثانوية، لا يشترط الاتفاق عليها لانعقاد العقد، بل يمكن للأطراف أن يحتفظوا بها للاتفاق عليها في وقت لاحق[3] دون أن يمنع ذلك من اعتبار فترة ما قبل انعقاد العقد قد انتهت، واعتبار العقد منبرما بينهم[4].

ولقد أكد المشرع الجزائري على طرفي العقد ضرورة الاتفاق على المسائل الجوهرية وهو ما جاء في نص المادة 65 ق.م، وجعله كافيا لانعقاد العقد[5]، ويبدو أنه من خلال ذلك يترجم حرصه على إعطاء الدور الجوهري لطرفي العقد في بنائه، وإعطاء إمكانية تكملة العقد للقاضي لاستكمال ما يلزم لجعل العقد يحقق الغاية من إبرامه.

كما تنص المادة 107 ق.م على أنه:" ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

---

[1] Anne LAUDE نقلا عن سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص : 38.

[2] عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص: 161.

[3] ومثال ذلك: تعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية وغيرها ...، راجع المواد: من 351 إلى 396، ق.م.

[4] وهو الاتجاه الذي أخذت به القوانين الحديثة، ومنها قانون الالتزامات السويسري وكثير من قوانين البلاد العربية، ومنها القانون المصري والقانون المدني الكويتي...، أكثر تفاصيل راجع: صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 11، 12.

[5] في حين أن المشرع الألماني يعتبرها غير كافية، المرجع نفسه، ص: 11، عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص: 162.

وهذه المادة دليل على أن نطاق العقد يتجاوز اتفاق المتعاقدين، فالقاضي بناء على هذه المادة يقوم بالوصول إلى شمولية التفاصيل المتعلقة بالعقد المبرم بين الطرفين عن طريق إضافة التزامات جديدة للعقد ولكم انطلاقا من عوامل التكملة المتمثلة في: القانون، العرف والعدالة، وإن كان التغيير يحدث فعلا بإضافة بعض الالتزامات إلا أن التكملة لا يعني أنها تمس بجوهر العقد أو تقوم بتغييره[1].

ثانيا: تمييز التكملة عن غيرها من المفاهيم المشابهة

وفي سبيل المزيد من التوضيح لمفهوم تكملة العقد آثرت في هذا المقام أن أبحث في المفاهيم المقاربة، والتي تم اختيارها على أساس دور القاضي وسلطته في تكوين أو في التغيير فيه محاولة بذلك رفع الخلط بينهما من خلال إبراز أوجه الاتفاق والاختلاف بغرض بيان وتوضيح فكرة تكملة العقد، وأهم هذه النظم نجد: التفسير، التكييف، التعديل والتصحيح.

1- تمييز تكملة العقد عن تفسيره وتكييفه.

أ- بالنسبة للتفسير: تعتبر عملية تفسير العقد من بين المهام المخولة للقاضي[2]، الذي أصبح له في الوقت المعاصر دور كبير في تفسير العقود، والتفسير هو بيان حقيقة ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وعليه يجب تحديد ما أراده المتعاقدان معا وليس ما أراده أحد المتعاقدين ولم يقبله الآخر[3]، وهو ما جاء في نص المادة 111 ق.م.

ويبدو أن التفسير والتكملة يلتقيان في عدة نقاط نلخصها فيما يلي:

- يرد كل منهما على عقد صحيح الذي استوفى أركانه وشروطه، إذ يساهم التفسير في تحديد نطاق العقد عن طريق إيضاح معنى التعبير التصرفي الغامض ثم يأتي التكميل ليضيف إلى هذا التعبير ما كان يجب أن يذكر فيه ولكنه لم يذكر أيا كان السبب بمعنى يبدأ دور القاضي في تكملة العقد حينما ينتهي من تفسيره.

---

[1] وهو ما يقرره الفقيه كاربونييه، أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص: 51.

[2] حسين محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص: 62، كذلك: علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص: 382.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء السادس، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص:7.

- كما تلتقي آلية التكملة بالتفسير من حيث المصادر التي حددها المشرع للرجوع لها من قبل القاضي، فجعلها: أحكام القانون والعرف والعدالة بالنسبة للتكملة[1]، وبطبيعة التعامل والأمانة والثقة بالإضافة إلى العرف الجاري في المعاملات بالنسبة للتفسير[2]، كما أن الرقابة القضائية على قرار القاضي تشمل كل من التكملة والتفسير[3].

أما جوهر الاختلاف بينهما فيكمن في عدة نقاط أهمها:

- حيث يتبين من مفهوم تكملة العقد أن دور القاضي مباشر فهو يساهم ويشارك بصنع باقي بنود العقد بإضافة البنود التفصيلية التي أرجأ المتعاقدان الاتفاق عليها إلى ما بعد، أما بالنسبة لتفسير العقد فيختلف دور القاضي من حيث أنه لا يساهم أو يشارك بشكل مباشر في صنع العقد، وإنما يعمل على إجلاء الإبهام من نصوص العقد دون إضافة[4].

- يعمل القاضي على تكملة العقد في حالة وحيدة ألا وهي وجود مسائل تفصيلية لم يتم الاتفاق عليها، بينما عملية تفسير العقد تحوي عدة حالات تجعل من القاضي يتدخل لتفسير العقد بخصوصها، فهو يتدخل بالتفسير في حالة وضوح العبارة، أو غموضها كما يفسر العقد في حالة الشك في الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

- يعتمد القاضي في التفسير على توضيح الغموض في العقد من خلال محاولة استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فيكون التفسير متفقا مع مضمون قصد المتعاقدين وعبارة العقد في جملتها وهو الأثر الرئيسي للتفسير، بينما يتمثل أثر تكملة العقد في سد النقص في العقد[5].

---

[1] أنظر: المواد 65 التي تنص على:" ...فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة، و2/107 ق.م. التي تنص على:" ...وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

[2] أنظر المادة2/111 ق.م. التي تنص على:" ...مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

[3] ولكن تجدر الاشارة إلى أنه بالنسبة لسلطة القاضي فيما يخص التفسير تتضمن ناحيتين: ناحية قانونية يخضع فيها القاضي عند استخلاصه للنية المشتركة للمتعاقدين لرقابة المحكمة العليا، وناحية واقع لا يخضع فيها في استخلاصه لهذه النية لرقابة النقض، أنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص:102.

[4] عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص: 32.

[5] المرجع نفسه، ص: 66.

ب- بالنسبة للتكييف: يقصد بتكييف العقد تصنيفه وتعيين نوعه من بين العقود المسماة، وهي عملية قانونية يقوم بها القاضي حتى يتمكن من تعيين القوانين المكملة والآمرة الواجب تطبيقها[1]. ويلتقي التكييف والتكملة في عدة نقاط نلخصها فيما يلي:

- يتدخل القاضي في كلتا النظامين إذا كانت الالتزامات التعاقدية ناقصة، غير كاملة أو غير واضحة أو متناقضة، فيتدخل في الحالة الأولى لإعطاء الوصف القانوني الملائم لبنود العقد وفي الحالة الثانية بإضافة الالتزامات التفصيلية الناقصة في العقد[2].

- كما يتفقان من حيث خضوع سلطة القاضي إلى رقابة المحكمة العليا[3] فهي من مسائل القانون.

أما نقاط الاختلاف فسنوجزها في عدة نقاط فيما يلي:

- يكمن الاختلاف خصوصا من حيث مرحلة تدخل القاضي، فالتكييف يسبق التكملة، إذ يعمل القاضي في البداية على الكشف عن الوصف القانوني للعقد وتحديد نوعه، ثم تأتي مرحلة استكمال ما نقص فيه من مسائل تفصيلية.

- كما يختلف التكييف عن التكملة أيضا من حيث مصادر التكملة وطرق التكييف، إذ حدد المشرع مصادر معينة لتكملة العقد طبقا لطبيعة الالتزام ولأحكام القانون والعرف والعدالة[4]، في حين أن الوسائل التي يستعين بها القاضي لتكييف العقد تختلف من حيث أن القاضي يعتمد على إرادة الطرفين وصفتهما وخاصة الأداء أو الالتزام الأساسي المميز لهذا العقد[5].

2- تمييز تكملة العقد عن تعديله وتصحيحه:

أ- بالنسبة للتعديل: يقصد بالتعديل:" إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده، وذلك إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك، على ألا

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 395، 396.

[2] سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص: 28.

[3] عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق: ص: 84.

[4] خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص: 66، عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص: 91.

[5] سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص: 28.

يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد ونقضه، أو القيام بالإنقاص منه، أو الزيادة إليه".

وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة التعديل[1] على غرار التشريعات العربية أو الغربية لمواجهة الاختلال في التوازن العقدي، فجاء بنظرية الاستغلال والغبن[2]، ومراجعة القاضي لعقود الإذعان[3]، ونظرية الظروف الطارئة[4]، والشرط الجزائي ونظرة الميسرة، وغيرها من النظريات التي تقوم على العدل والإنصاف.

ويتفق نظام التعديل مع تكملة العقد في كون هذا الأخير يترتب عليه إضافة التزامات جديدة إلى العقد الصحيح[5] لم يكن يتضمنها عند تكوينه باعتبارها من مستلزماته[6] بهدف تحقيق الموازنة بين المتعاقدين.

وتختلف التكملة عن التعديل من حيث الغاية إذ يستهدف التعديل إعادة التوازن بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي تحقيقا للعدالة التعاقدية، والذي غالبا ما يكون موجها ضد الإرادة تحقيقا لهدف سام يسعى إليه المشرع وهو رفع الظلم[7]، بينما نجد القاضي في نظام التكملة يهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل[8]، ومن ثم فإن تكملة العقد لا يمكن أن تتجه أبدا ضد العقد[9].

---

[1] العقد شريعة المتعاقدين لكن يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل العقد، المادة 106 ق.م.

[2] راجع المواد: 90، 91، 358، ق.م.

[3] المادة: 110، ق.م. التي تنص على:" ...جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط..."

[4] المادة: 3/107، ق.م. التي تنص على:" ...جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول،...".

[5] سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 37.

[6] وهذه النتيجة تكاد تنحصر في الواقع في صورة واحدة من صور التعديل العقدي، وهي التعديل بالإضافة، حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص: 13، محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 84.

[7] سمير تناغو، المرجع السابق، ص: 80.

[8] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 85.

[9] سمير تناغو، المرجع السابق، ص: 80.

ب- بالنسبة للتصحيح: لقد أشرنا سابقاً أن التكملة تشترك مع تصحيح العقد على اعتبار أن التصحيح يتحقق بعدة وسائل تتضمن معنى التغيير في عنصر من عناصر العقد، ومن تلك الوسائل تكملة عنصر من عناصر العقد.

إلا أن التصحيح والتكملة يختلفان من حيث الهدف إذا الهدف من الإضافة إلى عناصر العقد في تكميله يختلف عما هو عليه في تصحيح العقد، ففي الأخير تهدف الإضافة إلى زوال البطلان أو التهديد به والإبقاء على العقد مصححا بعد أن كان باطلا أو مهددا بالبطلان، بينما الهدف من التغيير بالإضافة في حالة تكملة العقد لا يتعلق بتصحيحه لأنه قبل تكملته صحيح نافذ.

الفرع الثاني: دور التكملة في إنقاذ العقد

تفترض التكملة نقصا في تنظيم العقد يتعين تكميله، وذلك تحسبا للخلافات المحتملة ما بين المتعاقدين خاصة بالنسبة للعقود التي تكون على جانب كبير من الأهمية والتي غالبا ما تلازم المشاريع الاقتصادية الكبرى والتي تتميز بصعوبة الإلمام بجميع مسائلها التفصيلية، مما يدفع الطرفين إلى الاتفاق بخصوصها على المسائل الجوهرية في العقد ، وإرجاء البحث في المسائل الثانوية إلى وقت لاحق، ومما لا شك فيه أن الخلافات محتملة بين المتعاقدين وهو ما يجعل هذه العلاقة مهددة بالإنهاء، حيث لا يستطيع المتعاقدين إتمام تنفيذ العقد، وليس من المصلحة أيضا وقف التنفيذ، سيما إذا كان العقد متعلقا بمشروع فني أو اقتصادي يستثمر فيه مبالغ ضخمة، وبالتالي فإن المصلحة الشخصية للمتعاقدين والمصلحة الوطنية أيضا تقتضي إنقاذ هذا العقد والسير به إلى بر الأمان[1]، وقد يثور التساؤل بشأن من له سلطة الإنقاذ المشرع أم القاضي؟، وهو ما سنحاول مناقشته في هذا الجزء من الدراسة.

أولا: إرادة المشرع في تدعيم فاعلية العقد من خلال التكملة

الأصل أن يتم تحديد مضمون العقد بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين، فإذا فشلت تلك الإرادة في ذلك، أو لم يحصل اتفاق بشأنها يحدث نقص في العقد يتعين تكميله عن طريق الرجوع إلى

[1] عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص: 13.

النصوص المكملة في القانون، فالتكملة إذن هي ثمرة إرادة المشرع[1] إذ وكما تم النص عليه في المادتين 65، و107 ق.م يستعين القاضي في تكملة العقد على القواعد المكملة، والعادات الجارية، ويراعي مبادئ العدالة، وحسن النية الذي يعني تنفيذ العقد وليس التخلص منه[2] وهو ما يفيد الإنقاذ فالقاضي الذي يأخذ هذه العوامل بعين الاعتبار لا يمكنه أن يلجأ إلى هذا الطريق لإعفاء أحد المتعاقدين من تنفيذ التزاماته بل بالعكس من ذلك فبفضل هذه القواعد المكملة تتم حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة بعض، مهما كان المتعاقدون من حيث عدم التبصر أو عدم الدراية بالمسائل القانونية[3].

وقرر المشرع أن التكملة تكون حسب ما يقرره القانون أو العرف أو ما تسترشد له قواعد العدالة من التزامات تبعية يعدها القاضي من مستلزمات العقد[4]، ولم يكن المشرع الجزائري موفقا في تحديد هذه المعايير بدقة خاصة وأنها غير متطابقة بين نصي المادتين 65، و107 ق.م، كما أنه جعل من طبيعة المعاملة على قدم المساواة مع القانون، العرف والعدالة[5]، ولم يعط المشرع تفويضا للقاضي على وجه الإطلاق بأن يكمل مضمون العقد وفقا لأحكام القانون والعرف والعدالة، وإنما حدد له هذا الضابط بعبارة "بحسب طبيعة الالتزام"، والذي يستعين به القاضي وهو بصدد تكميله للعقد[6]، فالقانون هو الذي يدفع القاضي بتوجيهه نحو القانون أو العرف أو العدالة[7].

---

[1] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 510.

[2] وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية ذلك بقولها:" إذا كانت العدالة والعادات الجارية، ينبغي أخذها في الاعتبار طبقا للمادة 1135، في تفسير العقود وتحديد ملحقاتها، فإن القاضي لا ينبغي عليه مع ذلك أن يلجأ إلى هذا الطريق لإعفاء أحد المتعاقدين من تنفيذ تعهداته الواضحة والمحددة التي وافق عليها"، وفي نفس المعنى يؤكد الأستاذ كابتان أن حسن النية يعني تنفيذ العقد وليس التخلص منه، سمير تناغو، المرجع السابق، ص: 80.

[3] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 513.

[4] والقاضي غير ملزم بالترتيب الذي قرره المشرع لهذه العناصر لأنها واردة على سبيل التقرير لا الالتزام، أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، المرجع السابق، ص: 97.

[5] أكثر تفاصيل، انظر: سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص: 52، كذلك: سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 90.

[6] أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص: 100.

[7] سعاد بوختالة، المرجع السابق، ص: 53.

ثانيا: مساهمة القضاء في إنقاذ العقد من خلال تكملته

التكملة هي 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[1]، باعتبارها من مستلزماته وتساعد على تحقيق الهدف من التعاقد[2].

والجدير بالذكر في هذا المقام هو أن فكرة تكملة العقد من قبل القاضي قد وجدت أساسا لها في محاولة إنقاذ[3] العقد والسير به إلى بر الأمان، فقد يحصل أن يختلف طرفا العقد فيما بينهما على مجموعة من الأمور التفصيلية، ويصبحان أمام الأمر الواقع بعد أن تم السير بتنفيذ العقد في جزء منه، وهنا تبدو أهمية التكملة في محاولة التصدي للمشكلة والعمل على علاجها باستكمال ما نقص من بنود يراها قاضي الموضوع[4]، وكذلك من خلال ضمان حسن تنفيذ العقد والحفاظ على توازنه ومن ثم العمل على استقرار العلاقة العقدية وإنقاذها[5].

ولن نناقش فيما اختلف فيه الفقهاء من كون القاضي مساهم في بناء العقد أم لا، ولكننا نشيد بدوره الفعال ومساهمته في إنقاذ العلاقة العقدية، إذ يعمل على مساعدة المتعاقدين في استكمال العقد بإضافة تفاصيل تحقق اكتماله، وحتى وإن لم نعتبره مساهم في صنع العقد[6]، فهو في اعتقادي يعمل على استمرارية ودوام العلاقة العقدية فالقاضي عندما يكمل نطاق العقد بتنظيم المسائل التفصيلية وفقا للنصوص القانونية السابقة الذكر، فإنه قد لا يساهم

---

[1] سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 25، حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص: 12.

[2] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 80.

[3] عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص: 15.

[4] ويتدخل القاضي لحسم الخلاف ويكون ذلك بناء على طلب أحد المتعاقدين أو كليهما، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 57، في حين يرى الأستاذ بوكماش أن القاضي يقوم باستكمال العقد تطبيقا للنص من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الطرفان، محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 84.

[5] إبتسام دزيري، سلطة القاضي في تكملة العقد، المرجع السابق، ص: 137.

[6] وهو ما جاء به الأستاذ السنهوري عند مناقشته وشرحه للمادة 95 مدني مصري والتي تقابل المادة 65 مدني جزائري فيما يلي:" ... فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف م عمله فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه، فهو يساهم في صنع العقد"، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص: 218.

في بناء[1] أو تكوين العقد، ولكنه يساهم في استمرار العلاقة العقدية من خلال التطوير الجزئي للقانون وسد ما فيه من ثغرات وهي المهمة التي كلفه بها المشرع[2]، ويقول الأستاذ تناغو في كتابه" الالتزام القضائي" ما يلي: " ... والخلاصة أن تكملة العقد يمكن أن يؤدي إلى نشأة التزام جديد. وهذا الالتزام قد يكون قضائيا بمعنى أنه ناشئ عن حكم فردي أو قضائيا بمعنى أنه ناشئ عن القضاء حسب الأحوال، ولكن هذا الالتزام لا يحل محل الالتزامات العقدية، ولكنه يضاف إليها بصفة تبعية"، وخلاصة القول إن القاضي بما يتمتع به من قدرات تؤهله لإيجاد حلول لمسائل تفصيلية من شأنها عرقلة العلاقة العقدية فهو يساهم في إنقاذ العقد من خلال دوره الإيجابي في التكملة.

[1] سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 59.

[2] المرجع نفسه، ص: 82.

الفصل الثاني

تعديل العقد تحقيقا للتوازن العقدي وتدعيما للاستقرار

الفصل الثاني: تعديل العقد تحقيقا للتوازن العقدي وتدعيما للاستقرار

يرتبط الأفراد داخل المجتمع المدني بعلاقات قانونية ينتج عنها التزامات واجبة التنفيذ عن طريق العقد المبرم بين المتعاقدين بغرض إشباع وتحقيق غايات ومقاصد اقتصادية اجتماعية تجارية وغيرها، ويحكم الأفراد مبدأ سلطان الإرادة الذي يلزمهم بما قررته إرادتهم، ويقومون بتنفيذ التزاماتهم وفقا لما جرى عليه الاتفاق في العقد المبرم بينهم.

وقد كان مبدأ سلطان الإرادة المهيمن على حياة العقد منذ نشأته إلى غاية تنفيذه، إلا أن تغير العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية في المجتمعات الحديثة بفعل التطور العلمي والتكنولوجي وظهور العولمة، وكذا الانتشار الواسع للعلاقات التعاقدية التبادلية، جعل مبدأ سلطان الإرادة مبدأ لا يتلاءم مع الواقع المعاش، كما أن التطبيق الصارم لهذا المبدأ في صورته التقليدية ترتبت عنه الكثير من النتائج السلبية، أهمها ظهور العديد من مظاهر اختلال التوازن العقدي مما أدى في الأخير إلى إعادة النظر في أسس مبدأ سلطان الإرادة وقواعده لا سيما مبدأ القوة الملزمة، وبدأت تظهر أفكار جديدة من أهمها فكرة التوازن العقدي مما دفع بالأطراف والمشرع والقاضي إلى البحث عن وسائل وآليات بديلة، تضمن حماية مصالح المتعاقدين، وفي نفس الوقت تحافظ على استمرارية العقد وتضمن توازنه الاقتصادي تماشيا مع متطلبات المجتمع المعاصر، ذلك أن الجزاءات التقليدية التي كانت مطبقة لمعالجة اختلالات التوازن العقدي، كالبطلان والفسخ لم تعد توفر الحماية الكافية للمتعاقد ضحية الخلل، كما أنها لا توصله إلى الغاية التي كان يناشدها من وراء إبرامه للعقود.

ولعل من أهم الوسائل التي تعيد التوازن إلى العقد وتحافظ على استمراريته نظام التعديل الذي أقره المشرع من خلال المادة 106 ق.م، والتي يفهم منها، أن تعديل العقد يعتبر وسيلة من الوسائل الممنوحة للأطراف أصلا والمشرع استثناء لإعادة تنظيم العقد وضمان توازنه الاقتصادي، كما أجاز المشرع استثناء للقاضي التدخل لتعديل العقد إذا اختل توازنه لرفع الضرر عن المتعاقد المضرور والتوصل إلى حلول تساعد على استمرارية العقود.

وانطلاقا من ذلك سنتناول في هذا الفصل التعديل كنظام قانوني يساعد على إنقاذ العقد، وبما أن مسألة التعديل لا تقتصر على إرادة الأطراف وحدهم فسنتناول أيضا سلطة

المشرع وكذا القاضي في التعديل، في محاولة منا لتبيان مدى فعالية التعديل في الإنقاذ، وإزاء ما تقدم سنقسم هذا الفصل كما يلي:

المبحث الأول: التعديل بإرادة الأطراف وبقوة القانون: إنعاش للعقد وإعادة للتوازن

العقد شريعة المتعاقدين إذن فالعقد كالقانون بالنسبة لأطرافه وبهذا الوضع الذي يتساوى فيه العقد والقانون، ينبغي على الطرفان المتعاقدان أن يخضعا لما اشترعاه كخضوعهما لما شرعه القانون وانطلاقا من ذلك اعتبرت أن سلطة القانون في تعديل العقد قد تكون كقاعدة عامة بإرادة طرفي العقد والذي يضاهي القانون في قوته الملزمة **(المطلب الأول)**، كما يمكن للمشرع أن يتدخل استثناء من القاعدة لتحقيق المنفعة العامة ولمراعاة جانب العدالة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: التعديل الاتفاقي وسيلة لإنقاذ العقد

إن جوهر العقد وأساس وجوده هو تلاقي إرادتي المتعاقدين، من هذا التلاقي ينشأ التراضي الذي يمثل أساس كل اتفاق، كما أن تحديد مضمون العقد وتعديله وإنهائه مرده بالدرجة الأولى إلى إرادة طرفيه، وقد يتدخل المشرع في توجيه هذه الإرادة بالقدر الذي يسمح بإعادة التوازن للعقد وتحقيق المنفعة العامة ولمراعاة جانب العدالة استثناء من القاعدة، والتي تقضي بأنه إذا كان العقد شريعة المتعاقدين فمعنى ذلك أنه لا يمكن لأحد طرفيه أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا إذا اتفقت معه إرادة المتعاقد معه، كأن يتضمن العقد عند إبرامه شرطا يخول لأحد الطرفين أو كلاهما التحلل من العقد وخاصة التعديل في أحكامه وهو ما يهمنا في دراستنا إذ سنعالج التعديل الاتفاقي كعامل لاستقرار العلاقة العقدية **(الفرع الأول)**، ثم كوسيلة لإعادة تنظيم هذه العلاقة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: التعديل الاتفاقي عامل استقرار ووسيلة لإعادة تنظيم العلاقة العقدية

ينتج عن التغيير اللاحق في الظروف أثره على المراكز القانونية للمتعاقدين، فما يرتضيه الأطراف عند التعاقد وحالة التكافؤ في المراكز القانونية التي كانت سائدة عند إبرام العقد قد لا تستمر طوال مدة التنفيذ ولحين تمامه، فبسبب تغير الظروف قد تتغير ظروف التعاقد تبعا لذلك، ونصبح أمام حالة عدم تكافؤ في المراكز القانونية، وهو الأمر الذي يمس بمصالح

الأطراف ويهدر المصالح المتبادلة والمبتغاة من التعاقد، ليصبح أحد المتعاقدين مغبونا والآخر غابنا[1]، بحيث يستفيد هذا الأخير من الغبن الذي أصاب الطرف المغبون بسبب تغير الظروف، ويصبح العقد والذي تكمن وظيفته الرئيسية في العمل على استقرار المراكز القانونية بين أطرافه طوال مدة التنفيذ محكوما عليه بعدم القدرة على القيام بهذا الدور الذي عهد إليه، الأمر الذي يستلزم التعديل الاتفاقي بوصفه عاملا لإعادة استقرار العلاقة العقدية**(أولا)** ووسيلة لإعادة تنظيمها**(ثانيا)**.

أولا: التعديل الاتفاقي عامل استقرار العلاقة العقدية

إن تكريس مسألة تعديل العقد بالإرادة المشتركة يبرز أهمية حرية التعاقد، إذ الأصل أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على تعديل العقد، فكما لهما الحق في إنشاء علاقة عقدية بينهما بكل حرية يمكنهما أيضا انطلاقا من هذه الحرية تعديلها وذلك طبقا لما تقتضيه حرية التعاقد التي تستمد أساسها من مبدأ عام ألا وهو " العقد شريعة المتعاقدين"، فمن يملك الإنشاء يملك أيضا الإلغاء أو التعديل، فالأصل في العقد أنه يخضع لمشيئة طرفيه ليس في مراحل إنشائه فحسب بل في آثاره وشروطه ومدته، فإذا توافر لطرفي العقد الحرية والمساواة حق لهما أن ينظما علاقتهما وفقا لرغباتهما ولا يقيدهما سوى النظام العام[2]، وقد عبر الفقيه (دوما) عن ذلك بقوله" عندما تبرم الاتفاقات فإنها تقوم مقام القانون للذين أبرموها، ولا يمكن فسخها إلا بالرضاء المشترك لأطرافها"[3]، وانطلاقا مما سبق يمكننا القول أن التعديل الاتفاقي يحق للمتعاقدين ما دام يتم بالإرادة نفسها التي أنشأت العقد لا سيما إذا لم تتحقق مصالحهما من إبرام العقد الأصلي إذ يتمتع الطرفان بكامل الحرية في توقع الصعوبات والعراقيل التي قد تواجه العقد أثناء تنفيذه ومن ثم العمل على إيجاد الحلول التي تناسبها، ما يجعل من التعديل وسيلة للمحافظة على استقرار الرابطة العقدية وحمايتها، كونه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد

---

[1] آمنة ياسين مرزوق، شرط التعديل التلقائي للعقد، دراسة مقارنة، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القادسية، جمهورية العراق، السنة الجامعية 2019، ص: 84.

[2] محمد جعفر هادي الخفاجي، تطويع العقد تبعا لتقلبات الأسعار، دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة آل البيت، 2000، ص: 85.

[3] المرجع نفسه، ص: 85.

أو عدم تنفيذه[1] وبالتالي يهدف إلى الحفاظ على العلاقة العقدية؛ إن حرية التعديل هي حق مخول للأطراف لتمكنهم من القيام بالتعديلات التي يرونها مناسبة على مضمون العقد سواء تخص مسائل جوهرية أو ثانوية، وذلك يوضع حدا للإخلال بالالتزامات التعاقدية والاتفاق على تغيير عنصر أو عدة عناصر من العقد الأصلي[2] وبما أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأي من الطرفين أن ينفرد بتعديله، لأنه ثمرة اتفاق بين إرادتين، ولا تستطيع إرادة واحدة أن تعدل فيه، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في حكمها سنة 1999[3].

إن مبدأ الحرية التعاقدية هو أساس التعديل الاتفاقي[4]، فكل متعاقد يسعى لتحقيق الموازنة بين الالتزامات الناشئة عن العقد، وهذا يتم عن طريق التفاوض مع المتعاقد الآخر حول أسلوب معين يحافظ بموجبه على قيمة الالتزام الحقيقية، فإذا لم يقبل المتعاقد الآخر بالأسلوب أو الطريقة التي اشترطها المعاقد الأول، له عندئذ أن يمتنع عن إبرام العقد وهو بذلك لا يتعارض مع مبدأ قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"، فليس ثمة ما يمنع بموجبها من تعديل العقد أو تحديد طريقة تنفيذه ما دام أن ذلك يتم باتفاق المتعاقدين وفي حدود النظام العام؛ وفي حقيقة الأمر فإن الغاية من تعديل العقد هي الوصول إلى التعادل في الحقوق الناشئة عنه والذي بدوره يمثل الطبيعة القانونية للتوازن العقدي والمتمثل في التكوين المتناسق لمضمون العقد، فقد تتعادل حقوق العقد عند إبرامه إلا أن ذلك ليس كافيا وإنما يبقى التساؤل إن كان هذا التعادل يبقى مستمرا خلال مرحلة تنفيذ العقد خاصة في حال تغير الظروف التي تم خلالها

---

[1] إبراهيم عنتر فتحي الحياني، حقوق العقد، المرجع السابق، ص: 222.

[2] حساين حميدة، المرجع السابق، ص: 25.

[3] ق.م.ع، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 170077 الصادر في 09 مارس 1999، غير منشور والذي يتضمن ما يلي ((حيث يتبين من القرار المطعون فيه ووثائق الدعوى، أن المطعون ضده رسم بموجب قرار تثبيت رقم 805/ 90 في منصب سائق آلة الصقر ابتداء من تاريخ 1990/02/21 وتم تحويله إلى ورشة أخرى كعامل يدوي بسيط ابتداء من تاريخ 1995/05/29 ورفض ذلك، وحيث أنه ثابت فقها وقضاء إن التغيير في وظيفة العامل لا تتم إلا بناء على الإرادة المشتركة للطرفين.

حيث أن الهيئة المستخدمة لم تثبت أن لها صلاحية التصرف فرديا في تعديل شروط العقد وتنفيذ علاقة العمل بناء على عقد العمل أو النظام الداخلي أو الاتفاقيات الجماعية، خاصة وأن الأمر من حقيقته يتعلق بالتنزيل من سائق آلة إلى عامل بسيط، مما يجعل الوجه في غير محله)).

[4] محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع السابق، ص: 84.

تغيرا كبيرا ترتب عليه زوال ذلك التعادل مما يستدعي التعديل الاتفاقي، إن الحديث عن حرية المتعاقدين في تعديل العقد يجرنا إلى التدقيق في نقطتين في غاية الأهمية:

1- عدالة الحرية في التعديل أمر متصور أو حقيقة قانونية: يقتضي المنطق أن الطرف المتضرر في العلاقة العقدية هو الذي يبادر بطلب تعديل العقد، ويبقى التعديل هنا مرهونا بقبول الطرف الآخر الذي قد يرى من زاويته أنه لا يخدم مصالحه ومن هنا تطرح مسألة العدالة التعاقدية التي تتحقق عن طريق التعادل في الحقوق الناشئة عن العقد[1]، و" تظهر إذن القوة الملزمة للعقد بالمبدأ الذي بمقتضاه يلتزم الطرفان المتعاقدان بتنفيذ العقد شرط احترام المنفعة باعتبارها أساسا اقتصاديا، والعدالة التعاقدية التي تتحقق عن طريق التعادل في الحقوق الناشئة عن العقد، ويأتي هذا التعادل عن طريق تعديل حقوق العقد باتفاق المتعاقدين، إذا كان هناك خلل في حقوق العقد"[2]، وكمثال على عدم التعادل في حرية التعديل نذكر مسألة تعديل عقد العمل والذي اعتبره البعض أمرا متصورا فقط من ناحية المستخدم أكثر منه من العامل[3]، حيث تتجاذبه مصلحتين مختلفتين ومتناقضتين، مصلحة العامل التي تكمن في التمسك الحرفي بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" ورفض كل تعديل يمس بحقوقه أو يستنقصها أو قد يحمله التزامات إضافية، إلا إذا كان باقتراح منه ومصلحة المستخدم التي قد تفرض إدخال تعديلات على عقد العمل استجابة لما تستلزمه الظروف الاقتصادية والتغيرات الهيكلية من وجوب إعادة تنظيم العمل بالمؤسسة وفق ما تقتضيه مصلحة العمل وازدهار المؤسسة[4]؛ ونذكر في هذا السياق أن المشرع قد منح صراحة لطرفي عقد العمل سلطة التعديل الاتفاقي برضاهما المتبادل وذلك بموجب المادة 63 من قانون 90-11 والتي تنص على أنه:" يمكن تعديل شروط عقد العمل وطبيعته بناء على الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم مع مراعاة أحكام هذا القانون"[5].

---

[1] إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 224.

[2] المرجع نفسه، ص: 224.

[3] حساين حميدة، مقال بعنوان: في إمكانية تعديل بعض عناصر عقود العمل لتفادي التسريح لأسباب اقتصادية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 2، العدد 2، 31 ديسمبر 2016، ص: 6.

[4] المرجع نفسه، ص: 10.

[5] القانون رقم 90-11، السابق الذكر.

2- التعديل بإرادة منفردة ضرورة تقتضيها استمرارية العلاقة العقدية: الأصل هو ألا ينفرد أحد المتعاقدين بتعديل العقد دون رضاء المتعاقد الآخر[1] وذلك لعدة اعتبارات أهمها ضمان استقرار التعامل، حيث يمنع المؤجر من التعديل خلال مدة معينة وذلك بغية إعطاء المستأجر فرصة لضمان استقرار نشاطه التجاري من جهة، والحد من تعسف المؤجر في طلب التعديل من جهة أخرى، والمعروف في عالم القانون أن أحد الأطراف يستطيع إنهاء الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، بينما تعديل العقد بالإرادة المنفردة فهي فكرة لا تتمتع بنفس الذيوع والانتشار الذي تحظى به فكرة الإنهاء بالإرادة المنفردة[2]، وذلك بسبب عدة عقبات لخصها بعض الفقهاء[3] في طائفتين تتمثل الأولى في انعدام الأساس القانوني، أما الثانية فهي تخص ضآلة الفائدة العملية منه أو انعدام الأساس الاقتصادي؛ لكن رغم ذلك فقد يحدث أن يتم التعديل بصفة انفرادية ويكون ذلك في عدة حالات نذكر من بينها:

أ- مراجعة الأسعارفي عقد البيع على التصاميم: والذي لا بد أن يوضح فيه تحت طائلة البطلان تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال كما يجب في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه وتحديد كيفيات الدفع[4]، كل ذلك حرصا من المشرع على حماية المقتني من تعسف المرقي العقاري خاصة فيما يخص مراجعة السعر من حيث الزيادة، إلا أن هذا لا يمنع من المراجعة في حالة إذا كان التأخير في إنجاز المشاريع يرجع إلى سبب خارج عن إرادة المرقي العقاري كتغيير سعر التكلفة نظرا لتغير أسعار مواد العتاد، واليد العاملة، الذي يلزم معه مراجعة السعر لعدم الإضرار بالمرقي والذي قيده المشرع بوجوب النص عليه مسبقا في العقد

---

[1] إذ المبدأ هو الاتفاق وكمثال نذكر ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 192 ق.ت.ج والتي كرست مبدأ عدم جواز التعديل بالإرادة المنفردة بنصها صراحة" ... وفي حالة عدم حصول اتفاق ...".

[2] بالرغم من الإشارة إليها منذ مطلع القرن العشرين بواسطة الفقيه الفرنسي رينيه ديموج في مقال له ظهر في عام 1907، عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص: 11.

[3] المرجع نفسه، ص: 15.

[4] المادة 37 من القانون رقم 11- 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 06 مارس 2011 والتي تنص على أن: "يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم، تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال. كما يجب عليه في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه، تحديد كيفيات ذلك".

أي قبول المراجعة، كما أنه قيد مبلغ المراجعة بنسبة 20 بالمائة من السعر المتفق عليه في العقد كأقصى حد مع وجوب تبرير تغييرات السعر[1].

ب- التعديل الانفرادي لعقد العمل: قد تتدخل إرادة واحدة في التعديل كاستثناء كما هو الحال بالنسبة لعقد العمل إذ بإمكان المستخدم من التدخل في التعديل بإرادته المنفردة كاستثناء على حرية التعاقد[2] وذلك استنادا للمرونة التي نستشفها من بعض المواد القانونية والتي تمكن السلطة التنظيمية للمستخدم من استغلالها لتغيير شروط العمل وحتى عناصر العقد دون الحاجة إلى موافقة العامل، وإن كانت هذه السلطة تحكمها ضوابط تقتضي حماية مصلحة العامل وعدم الانحراف عنها ولا التعسف فيها[3]، فهي بالمقابل تساعد صاحب العمل من تطويع قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"، كلما اقتضت الاعتبارات الخاصة بحسن سير العمل في المنشأة، أو الظروف الاقتصادية التي تمر بها، أو كفاءة العامل وإمكاناته الشخصية، أو غير ذلك من الظروف المتعلقة بالمنشأة أو العاملين بها[4].

ثانيا: التعديل الاتفاقي وسيلة لإعادة تنظيم العلاقة العقدية

يعتبر التعديل من المسائل المهمة فهو لا يقتصر على ضمان استقرار العلاقة العقدية فحسب وإنما أيضا يعمل على إعادة التعادل الاقتصادي للعقد وحماية المصالح المشتركة للمتعاقدين وهي تعد من المبررات الأساسية للتعديل وسنتناولها كما يلي:

1- التعديل الاتفاقي وسيلة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد والعدالة التعاقدية: إن حرية التعاقد تفتح مجالا نحو اللاتوازن في العلاقة العقدية التي غالبا ما تكون في إطار علاقة

---

[1] المادة 38 من القانون السابق الذكر والتي تنص على أن:" يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم. كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلا للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كيفيات المراجعة. يجب أن تتركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمئة (20) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية.

وفي كل الأحوال، يجب تبرير تغيرات السعر...".

[2] حساين حميدة، المرجع السابق، ص: 14.

[3] المرجع نفسه، ص: 54، 55.

[4] عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص: 23.

غير متكافئة، إذ التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي الذي يشهده عصرنا الحالي قد جعل من المساواة شبه معدومة بين المتعاقدين خاصة بالنسبة للجانب المعرفي[1] مما جعل العقد مهددا بالفسخ أو الإنهاء، والمقصود بالتوازن الاقتصادي في العقد هو أن تكون حقوق العقد ولا سيما في العقود طويلة الأجل وقت إنشائها قد تمت بطريقة تجعلها متوازنة ماليا، وتتجه الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد إلى استمرار هذا التوازن الاقتصادي في ظل تمام تنفيذه[2]، ويكون ذلك مرتبطا أيضا بالمجال المعرفي والذي باجتماعه مع الجانب الاقتصادي يشكل توازنا حقيقيا بين الطرفين المتعاقدين، سواء من حيث القوة الاقتصادية أو المعرفية[3].

ولكن على الرغم مما تقدم فغالبا ما يحصل اختلال في التوازن الاقتصادي في مرحلة تنفيذ العقد مما يجعل المتعاقدان بالدرجة الأولى يحاولان التدخل بالتعديل لمعالجة هذا الاختلال، ويكون ذلك استنادا إلى نص في العقد المبرم بين المتعاقدين ينص على إمكانية إعادة النظر في العقد في بعض الظروف[4]؛ وتجدر الإشارة إلى إن للأطراف كامل الحرية في توقع الظروف والصعوبات التي قد تعترض تنفيذ العقد، والتي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي له فيترتب عنه الإضرار بأحد المتعاقدين وعدم تحقق الهدف المنشود منه مما يدفعهم للبحث عن آليات لمعالجة هذه الظروف والتخفيف من حدتها ومن ثم إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، إما عن طريق الزيادة أو النقصان أو حذف بعض الشروط، كما أن التعديل قد يرد في شكل معين إذا كان العقد الأصلي يشترط الكتابة بالنسبة للمسائل الجوهرية ومثاله الاتفاق الوارد على تعديل عقد بيع محل تجاري والذي يتوجب كتابة التعديل لأنه يمس محل التصرف وهو الثمن

---

[1] والمعلوم أن الوقاية من عدم التوازن المعرفي يصعب تحققها في ظل زيادة الفجوة المعرفية وكذلك تعقد المعلومات التقنية، إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص: 11، 12.

[2] إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 226.

[3] عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص: 30.

[4] ولعل ما يجب أن يتصف به العقد قدرته على حماية المتعاقدين وتحقيق التوازن في العلاقة بينهما، سواء أكان التوازن اقتصاديا أو قانونيا، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص: 102.

باعتباره تعديلا أساسيا[1]، ويكرس الأطراف حرية التعديل كلما اقتضت المصالح المشتركة ذلك وكلما تطلبت أهداف العقد المحافظة عليها.

أما عن الحديث عن العدالة التعاقدية فلكي يكون العقد عادلا يستلزم أن يكون خاليا من عدم التناسب بين ما يأخذه كل متعاقد وما يلتزم به، وعند إبرام العقد فإنه يكون في العموم متوازنا كون الشخص من غير المتصور ابتداء أن يدخل في رابطة عقدية تجلب له الخسارة، إلا أن هذا التوازن قد لا يستمر خاصة إذا كانت مدة تنفيذ العقد طويلة نسبيا مما يجعله عرضة لتغير الظروف، ولذلك يساهم التعديل الاتفاقي في تعديل الالتزامات الناشئة من العقد لجعلها تتناسب مع تغير الظروف المحافظة على توازن الأداءات، ومن ثم يمكن القول بأن التعديل الاتفاقي سيساهم في تحقيق العدالة التعاقدية دون شك.

2- التعديل الاتفاقي وسيلة لخدمة المصالح المشتركة للمتعاقدين: يهدف التعديل إلى حماية المصالح الاقتصادية المشتركة للمتعاقدين في مواجهة العواقب والموانع التي قد تهدد العقد بالإنهاء أو الزوال، ولذلك فإن الإنقاذ يكون وسيلة الأطراف يمارسونها بأنفسهم مستندين على الحرية الممنوحة لهم في سبيل تقرير مصير عقدهم، وقد يكونون الأدرى بتقييم المخاطر ومدى صعوبة احترام الالتزامات الأصلية ولذلك كان من الضروري منحهم الوسائل الكفيلة لمساعدتهم على إنقاذ العقد.

إن الأزمة التي يمر بها تنفيذ العقد لا بد أن يتم معالجتها بتعاون الأطراف بالدرجة الأولى إذ يعتبر العميد Carbonnier أن الأولوية تكمن في البحث عن حلول ودية بين المتعاقدين قبل الوصول للتدخل الإلزامي للقاضي كحل أخير عند عدم التوصل إلى ذلك الحل الودي، ويكون انطلاقا من روح التعاون بين الأطراف قصد الخروج من تلك الأزمة[2]، ومن ثم جاءت فكرة العميد Carbonnier في اعتماد واجب إعادة التفاوض استنادا إلى مبدأ حسن النية[3]، والذي يكون

---

[1] محمد زواوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1987، ص: 45.

[2] Si l'on considère qu'il y a – ou, à tout le moins, qu'il devrait y avoir – un esprit d'association entre les deux parties au contrat successif, il n'est pas absurde de soutenir que toutes deux doivent coopérer, pour surmonter la crise survenue dans l'exécution du contrat ; J, Carbonnier, droit civil, les obligations, T 4, 22 -ème éd, droit privé, PUF, coll, Thémis, 2000, n 150.

[3] Nabila Lahnane, op. cit,p : 381.

كوسيلة إنقاذ لعملية تنفيذ العقد، فالأطراف لا بد أن يتعاونوا حتى يربحوا أو يخسروا مع بعض[1]، إذ يعتبر الالتزام بالتعاون مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقد وذلك بأن يلتزم كل متعاقد ببذل العناية اللازمة للوصول بالعقد إلى التنفيذ الأمثل، وهو ما يوجب على كل طرف في العقد أن يسعى إيجابيا[2] لمساعدة الطرف الآخر والقيام بما ييسر عليه تنفيذ التزاماته[3]، وهو ما يخدم المصالح المشتركة دون حاجة إلى تعديل أما إذا اختل التوازن الاقتصادي للعقد أو أصبح لا يخدم هذه المصالح يمكن تعديل العقد باتفاق الطرفين، وإعادة تنظيمه.

الفرع الثاني: آليات التعديل الاتفاقي ودورها في إنقاذ العقد

قد يحاول المتعاقدان معالجة اختلال التوازن الاقتصادي إذا توقعا حدوث تقلبات في الأوضاع أو الأسعار خاصة، ويسعى المتعاقدان عادة إلى ذلك لتوقي أثر هذه التقلبات التي قد تؤدي إلى تضرر أحدهما بحسب نوع التقلب، إذ يمكن أن يتفقا على تعديل العقد وفقا لأسلوب يحددانه بالشكل الذي يحافظ على التوازن العقدي ويتخذ هذا الاتفاق عادة صورة شرط يدرج

---

[1] Sous la plume de Madame Freleteau qui a pris soin de préciser le sens de devoir de coopération qui traduit selon elle "l'idée d'un travail en commun correspondant, plus spécifiquement, à un jeu de coopération ou les deux parties peuvent perdre ou gagner conjointement," op.cit, p : 388, 389.

[2] "...Cependant, les devoirs des contractants ne se limitent pas à cette exigence. La jurisprudence associe à l'obligation de bonne foi des obligations positives de coopération. Le créancier ne peut donc se contenter d'exiger l'exécution de l'obligation par son débiteur, il doit également adopter une attitude positive rendant plus aisée l'exécution du contrat…" Malgré l'existence de prescriptions d'ordre légal ou jurisprudentiel, les contractants peuvent prévoir des clauses de comportement venant renforcer ou du moins rappeler ces exigences. Ces clauses ont alors pour fonction de renforcer la collaboration entre les contractants. Si elles apparaissent sous des formes très diverses, elles prétendent toutes à la stabilité du contrat par la détermination préalable du comportement des parties. Il peut ainsi s'agir de clause dite de "best effort", "de bonne foi", de tolérance, "de collaboration" ou encore "de fidélité". Ces clauses aménagent et précisent le devoir de comportement contractants afin de les inciter à exécuter leurs engagements dans le respect d'un cadre relationnel souhaité, Nicolas Gras, "Essai sur les clauses contractuelles" , Thèse pour le doctorat en droit privé, Université D'AUVERGNE-CLERMONT FERRAND 1, présenté et soutenue, le 19 Novembre 2014, p : 100, Charlotte Carré, Le juge et la sécurité du contrat, mémoire en master de droit des affaires, droits des PME/PMI, Université de Remis Champagne-Ardenne, UFR de droit et Science Politique, 2016-2017, p25.

[3] إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 231.

في العقد أو يتم الاتفاق عليه على نحو مستقل، وبالتالي يكون التعديل اتفاقيا سواء تم الاتفاق عليه عند التعاقد، أو بعد إبرام العقد ولحين تنفيذه ما دام أن ذلك يتم برضاء طرفيه، وواضح أن هذا الاتفاق لا يعد خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد لأن ما يسوغ للاتفاق أن يقرره يسوغ له أن يعدله، والشروط التي تراعى عند تعديل العقد هي ذاتها الشروط التي تراعى عند إبرامه[1]، كما يمكن أن تأخذ هذه الشروط صفة التلقائية عن طريق ما يسمى بالتعديل التلقائي وهو ما سنبينه فيما يلي:

أولا: شرط إعادة التفاوض وسيلة وقائية وعلاجية في إنقاذ العقد

إن السعي للمحافظة على العلاقة العقدية هو من أولويات الأطراف المتعاقدة للوصول للغاية المرجوة منها، فمن أجل إبقاء العقد قائما رغم تغير الظروف المالية، أو الاقتصادية[2]، أو غيرها يلجأ الأطراف إلى تضمين عقودهم ببعض الشروط التي تسمح لهم بمراجعة العقد في بعض مسائله وتسمى شروط المراجعة الجزئية والتي بمقتضاها يتفق الأطراف صراحة على أنه إذا طرأت حوادث من شأنها الإخلال بعنصر من عناصر العقد وجب إعادة التفاوض بشأنه للتوصل إلى حل بخصوصه[3]، ولا يكون ذلك بصفة تلقائية بل يلزم تدخل الأطراف لإعادة التفاوض في حال وقوع ظروف من شأنها عرقلة تنفيذ العقد ويعد هذا الشرط أهم الشروط الجزئية أو كما يطلق عليها البعض البنود غير التلقائية أو شروط التوافق الذاتي[4].

---

[1] محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع السابق، ص: 24.

[2] D'origine Anglo- saxonne, la clause de Hardship est sans doute la plus connue car elle consiste le palliatif le plus souvent évoqué à l'interdiction de la révision judiciaire pour imprévision. Elle vise à organiser la possibilité pour une des parties de demander une adaptation du contrat lorsque " les données économiques du moment de formation de la convention ont subi des modifications postérieures et imprévisibles ayant profondément déséquilibré celle-ci et rendu son exécution d'une exceptionnelle dureté pour l'une des parties », Marignol Ludovic, la prévisibilité en droit des contrats, doctorat en droit et sciences politique, l'Université de Toulouse Capitone, présenté et soutenue le 11 décembre 2017, p : 486.

[3] أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 80.

[4] وهي الشروط التي تفسح المجال أمام الأطراف لإعادة التفاوض مرة أخرى حول مضمون اتفاقهم وتدعوهم إلى التعاون فيما بينهم عند الاقتضاء بمساعدة شخص آخر من الغير وذلك من أجل بقاء العقد واستمراره، أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص: 128، 129.

وشرط إعادة التفاوض[1] هو اتفاق بين الطرفين على الجلوس حول مائدة المفاوضات لمناقشة الظروف الاستثنائية المستجدة في العقد والتي من شأنها أن تحدث اختلال في التوازن العقدي بين الأطراف معتمدة على حسن النية والعدالة[2]، وقد اعتبر هذا الشرط كوسيلة استثنائية لمعالجة اختلال توازن العلاقات العقدية وملاءمة الظروف الجديدة[3]، من خلال العمل على المحافظة عليها بتجاوز الأحداث المؤثرة سلبا على توازن العقد أثناء تنفيذه ويكون ذلك كاستثناء عن القوة الملزمة للعقد.

1- شرط إعادة التفاوض وسيلة وقائية في إنقاذ العقد: يعتبر هذا الشرط تدبيرا احترازيا وعلامة من علامات الأمان والاطمئنان للمستقبل، إذ يدعم منطق الأطراف ورغبتهم الدائمة في حماية مصالحهم من خلال الاحتياط والاحتراز المستقبلي للعملية التعاقدية وذلك بوضع مجموعة من الشروط التي تزيل العقبات المستقبلية وتحمي الروابط العقدية، فالشرط أضحى تلك النافذة التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل[4]، إذ أن القانون وحده لا يمكنه البت في ظروف وملابسات غير محددة مما يجعل الأطراف يحترزون بتكييف العملية التعاقدية مع مصالحهم الاقتصادية التي قد لا تكون آنية وإنما تدور في المستقبل وجودا وعدما؛ وهو ما يعطيه رداء الوسيلة الوقائية لإنقاذ العملية التعاقدية من خلال الترقب والاحتياط لمستقبل العلاقة العقدية، فشرط إعادة التفاوض هو تدبير احترازي وعلامة من علامات الأمان

---

[1] و لقد عرفه الفقه عدة تعريفات متشابهة نذكر من بينها تعريف للأستاذ إبراهيم الدسوقي: الذي عرفه بأنه: " شرط يدرجه الأطراف في العقد التجاري الدولي قصد إعادة التوازن للعقد، ومن ثم يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد و يدرجانه ضمن شروط العقد، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض من جديد لتعديل أحكام العقد، إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد"، وعرفه آخرون بأنه:" الشرط الذي يسمح بإعادة النظر في العقد في ظروف معينة وفقا لإجراءات محددة، من قبل الأطراف نفسها أو من طرف الغير" نقلا عن أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2014، 2015، ص: 134.

[2] خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2019، ص: 54.

[3] حسام الدين محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص: 115.

[4] أمينة نعيمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والعمل القضائي، دراسة مقارنة، دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، نوقشت بتاريخ 2007/04/21، ص: 3.

والاطمئنان لمستقبل العقد[1]، إذ من خلاله يتفادى الأطراف احتمال عدم وفاء المدين بالتزامه للظروف المستجدة غير المتوقعة والقيام بعلاجها مسبقا وهو ما يؤدي إلى إنقاذ العقود من الفسخ[2].

2- شرط إعادة التفاوض وسيلة علاجية في إنقاذ العقد: قد يحدث أن يتفق أطراف العقد على عدد من النقاط ثم يجد أحدهما أو كلاهما بعد مرور فترة أن شروط العقد لم تعد ملائمة في ظل المستجدات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الجديدة التي تأثر على سريان تنفيذ العقد وعلى توقعات المتعاقدين مثل ارتفاع العملة أو انخفاضها، أو ارتفاع أسعار المادة الخام الأساسية في بعض المشاريع أو غيرها من التغيرات التي تأثر بشكل كبير على المراكز الاقتصادية لأطراف العقد، وهو الأمر الذي نلمسه في ظل ما شهده العالم من أزمة مالية عالمية، أحدثت آثارا اقتصادية هائلة من شأنها صار تنفيذ الالتزامات التعاقدية مخلا بالتوازن المالي حيث انخفضت أسعار البترول بصورة مبالغ فيها، مما دعا أطراف عقود الطاقة إلى إعادة التفاوض بهدف تحقيق نوع من التوازن بين الالتزامات المتقابلة[3]، من ثم محاولة المحافظة على العقود قائمة وإنقاذها من الفسخ.

وانطلاقا مما سبق يقوم الأطراف الذين يحرصون على نجاح العملية التعاقدية واستمرارها على تضمين عقودهم شرط إعادة التفاوض لما يوفره من حماية لهم، فهو يساعدهم على التقارب من أجل التوصل إلى حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي قد تصيب العقد، ومن ثم فرصة الاستمرار والإبقاء على العقد عن طريق إحيائه من جديد، ولكي يؤتي شرط إعادة التفاوض ثماره لا بد من احترام المبادئ القانونية خاصة في غياب نظام قانوني محكم يحدد مضمون الشرط وكيفية تطبيقه، ويعتبر حسن النية[4] مبدأ نموذجي لضمان فعالية هذا الشرط الذي يعد من أفضل الحلول التي توصلت إليها الاتفاقات والمعاهدات الدولية لتنظيم مراجعة العقد والإبقاء عليه بغرض إعادة التوازن بين الأداءات المالية المتقابلة، مما يستلزم أن تأتي

---

[1] أمينة نعيمي، المرجع السابق، ص: 4.

[2] أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 81.

[3] حسام الدين محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص: 116.

[4] المرجع نفسه، ص: 118.

صيغته في شكل يفرض على الأطراف التصدي للظروف التي تؤثر على الأساس الاقتصادي للعقد، ومن هنا تبرز أهمية هذا الشرط الذي بمقتضاه لا يجوز لأي من المتعاقدين الامتناع عن تعديل العقد حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق يسوده مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما لا يسوغ للقاضي منفردا تعديل العقد بسبب تغير الظروف مهما كان الإرهاق الذي يلحق المدين، لذلك يعبر عنه الفقه بشرط المحافظة لأنه يسمح بإعادة وحفظ التوازن بين الأطراف باتفاقهم المسبق[1]، كما أنه يجنب التوزيع غير العادل للخسائر[2] والأضرار[3] بين الأطراف.

3- ضرورة تضمين القانون المدني شرط إعادة التفاوض: إن العمل على إدراج شرط إعادة التفاوض في العقد يترجم رغبة الأطراف في الاستمرار في العلاقة العقدية بالرغم من التغيرات والعوائق التي قد تحدث، كما أن النص على هذا الشرط يجنب الطرف الضعيف تحمل كامل النتائج الحاصلة بسبب تغير الظروف[4]، وقد تم اعتماده في إطار عقود التجارة الدولية لكن وبعد تبني التقنين المدني الفرنسي لهذه الفكرة يتبادر إلى الذهن التساؤل حول إمكانية إدراج بند أو شرط إعادة التفاوض في القانون المدني الجزائري لما له من أهمية في إنقاذ العقد.

إن الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف في العقد قد يكون بتفعيل التعديل الاتفاقي قبل اللجوء إلى منح القاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن الاقتصادي المختل للعقد، وذلك بمحاولة العمل على إدراج بند إعادة التفاوض كالتزام يقع على عاتق الأطراف يتوصلون من خلاله إلى الإبقاء على العقد وإنقاذه بدل انهياره، على اعتبار أن الأولوية في إعادة التفاوض ترجع إلى أطراف العلاقة العقدية أنفسهم من منطلق أنهم الأحرص على استمرارها، والعمل على تنفيذه في مناخ من الثقة والتفهم خاصة بعد الدور المتطور للعقد والذي أعطيت له العديد من التبريرات، التي تجرنا إلى استنتاج أن هذا الأخير لم يعد يعبر عن التوازن التواجهي للمصالح المتقابلة بل يترجم بعد كل تلك التغيرات الحاصلة والمتتالية تطور المصالح المشتركة والتي لا بد

---

[1] خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص: 54.

[2] J. Carbonnier, op.cit. n 150.

[3] M. Fontaine, Les clauses de HARDSHIP, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, DPCI, 1976, p : 32.

[4] Reine Alachkar, réadaptation des contrats Hardship et amiable composition, préface de Maroun Boustani, LGDJ, point DELTA, Beyrouth, 2016, p : 35.

من إبقائها بين الأطراف بروابط لا تفشل[1]؛ ولعل إدراج هذا الشرط قد يصطدم بالعديد من العوائق التي يمكن تلخيصها[2] في وجود تقنيات قانونية مزاحمة تعالج مسألة تغير ظروف تنفيذ العقد من جهة ومن جهة أخرى التقييد الذي تفرضه التشريعات الداخلية على مبدأ سلطان الإرادة بعد تبنيها سياسة التضييق على هذا المبدأ من خلال فسح المجال لتدخل المشرع والقاضي على حساب الإرادة العقدية مما يساعد على إعادة التوازن للعقد، على اعتبار أن العدالة تصطدم بالمصالح الاقتصادية للعقد، ولا يمكن للأطراف تحقيق عدالة العقد إلا بتدخل المشرع والقاضي[3]؛ ويبدو لي أن الالتزام بإعادة التفاوض قد يجد مرجعه في الالتزام بحسن النية والتعاون في تنفيذ العقود بمعنى أن يتدخل الجانب الخلقي في إنقاذ العقد إلى جانب الجانب الاقتصادي الذي عرف به هذا الشرط إذ لا يمكن أن يكون هناك تناقض بين الجانبين بل بالعكس فإن الالتزام بالجانب الخلقي سيحمي العلاقة العقدية وينقذها بما يحقق التوازن الاقتصادي فيها.

لقد أصبح شرط إعادة التفاوض من أفضل ما توصل إليه الفن التعاقدي لتنظيم مراجعة العقد[4]، ولعل تبنيه من قبل المشرع المدني الفرنسي في آخر تعديل يؤكد أهميته، إذ تم الإفراج عنه بموجب المادة 1195 من التقنين المدني الفرنسي ما يحتمل أن يتبعه العديد من التشريعات الداخلية الأخرى على غرار التقنين المدني الجزائري، ويمكن الانطلاق من نص المادتين 106، 107 ق.م.

---

[1] M. Fontaine, op.cit. p : 42.

[2] عبد اللطيف هني، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015، 2016، ص: 292.

[3] يعتبر موقف المشرع الجزائري مخالفة لمبدأ "سلطان الإرادة" كون هذا الأخير مصدر التزامات المتعاقدين حتى في ظل النظرية الحديثة للعقد، ولا يمكن تبرير تدخل القاضي في مضمون العقد إلا استثنائيا لمعالجة آفة معينة لم يتمكن الطرفين من معالجتها لأسباب قد تتعدد، وبالتالي يبدو ضروريا حث المشرع على تعديل المادة 1/107 ق.م بإلزام المتعاقدين إعادة التفاوض قبل اللجوء للحل القضائي بعد أن ثبت من خلال هذه المادة استغناء المشرع عن الأخذ بالأصل للأخذ بالاستثناء، إذ أن التدخل القضائي لتعديل العقد أو لإنهاء أثره هو الحل الأخير بعد استنفاذ جميع الطرق الودية لإيجاد حل للخلاف، عثماني بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2018، ص: 313.

[4] خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص: 92.

والجدير بالذكر أنه وبالرغم من كون شرط إعادة التفاوض علاج فعال للعديد من الأزمات التي قد تعترض تنفيذ العقد إلا أن أثره محدود للغاية، حيث نجد أن النص عليه في المادة 1195 السابقة الذكر لم يكن بتلك الإيجابية، ذلك أنه بقراءة متمعنة لهذه المادة، يمكن ملاحظة أن للدائن الحق في رفض هذا الإجراء فهو ليس إجباري لما يتم طلبه من أحد الأطراف مما يؤدي إلى إنقاص لفعالية هذا الحق، ولقد عبر الكثير من الفقهاء عن عدم جدوى النص على إعادة التفاوض[1]، معتبرين أنه مادام للدائن كامل الحرية في الرفض فمحاولة إيجاد حل ودي بين الطرفين بهذه الطريقة يفقد أهميته خاصة وأنه لم يذكر أن الدائن مطالب بإعطاء مبرر مقنع لرفضه ومن ثم تتغلب شروط الظروف غير المتوقعة مما يستدعي تدخل القاضي.

وكوسيلة لمحاولة تفعيل هذا الحق اقترحت الأستاذة Nancy[2] إلزام الطرف الذي يطالب بإعادة التفاوض كتابة طلبه في نموذج معين يتم إرساله للطرف الآخر الذي يلزم بالرد عليه على نفس النموذج مع توضيح وبدقة أسباب رفضه لطلب إعادة التفاوض، وبالرغم أن هذه الطريقة لا تجنب رفض الدائن لهذا الطلب، لكن بالمقابل تبدو طريقة فعالة لضمان سير المعاملة حيث تسمح للقضاة بفرض رقابتهم على مدى حسن نية الأطراف في إنقاذ العقد، وترى الأستاذة Lahnane[3] في رسالتها أن الاعتماد على التدخل القضائي عند رفض إعادة التفاوض أو أي حل آخر يفيد الإنقاذ ضروري، فهو بذلك يعمل ليس فقط على الكشف عن سوء نية المتعاقد الرافض وإنما أيضا تجاوز هذه الوضعية من خلال التصرف مكان المتعاقدين ومحاولة إصلاح الضرر في سبيل اختيار الطريق الصحيح للوصول بالعقد لبر الأمان .

إن العقد هو شيء حي على حسب الأستاذ Demogue [4] ومن ثم فالحديث عن التغييرات التي قد تطرأ على العقد من قبل أحد الأطراف، كتصرف عن سوء نية، أو حتى دون تدخل الأطراف، يجعل من المنطقي أن يتم خلق التزام بإعادة التفاوض وتكون الظروف غير المتوقعة أحد أسباب هذا الالتزام في سبيل حسن التنفيذ وإنقاذ العقد ومن ثم الإبقاء على حياته؛ إن وضع التزام بإعادة التفاوض على عاتق المتعاقدين وعدم احترام ذلك يكشف عن سوء نية

[1] Marignol Ludovic, op.cit, p :487.
[2] Ibid, p : 505.
[3] Nabila Lahnane, op. cit, p : 391.
[4] Ibid, p : 386.

الدائن الذي يقع على عاتقه إعطاء اقتراحات مشروعة تسمح بإعادة التوازن[1] وحسن تنفيذ العقد، إذ أن مبدأ حسن النية يعطي للأطراف الأولوية والأفضلية في تعديل العقد في حالة حصول تغيير غير متوقع للظروف وهو ما يسمح بوضع التزام على عاتق الأطراف بالتفاوض من أجل إعادة تنظيم وتكييف العقد للتغيرات التي قد تحدث عند التنفيذ، كما أنه سيعزز من رغبة الأطراف في توجههم لإنقاذ العقد من التلكؤ في التنفيذ[2]؛ ويكمن دور القاضي في هذه المرحلة بالتدخل لمراقبة هذه العملية من خلال التحقق من حسن النية[3]، وعدم التعسف والخروج بحل للنزاع القائم بين الأطراف،[4] ولقد أوضحت الأستاذة Lavefve في كتابها عن ديمومة العقد ضرورة الاستناد إلى مبدأ حسن النية في فرض التزام عام بإعادة التفاوض بين الأطراف والذي اعتبرته وسيلة تنفيذ دائمة وفعالة للاتفاق[5]، كما اعتبرت أيضا أن هذا المبدأ هو أداة أخلاقية مفيدة للقاضي عند مراقبته لإعادة التفاوض في حالة فشلها[6] ومن ثم مراجعة العقد والذي اعتبره البعض كعقوبة لسوء النية.

أقترح في الأخير أن يتم اعتماد شرط إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف من خلال إدراجه في المادة 107 كوسيلة لإنقاذ العقد بالتعديل الاتفاقي قبل اللجوء إلى التعديل بسلطة القاضي التي تخص نظرية الحوادث الاستثنائية والتي تطبق فقط بتوفر شروط معينة، مع وضع تنفيذ هذا الشرط تحت الرقابة القضائية لإعطائه الفعالية اللازمة مع ربطه بمبدأ حسن النية في الاعتماد عليه.

---

[1] Nabila Lahnane, op. cit, p : 386.

[2] آمنة ياسين مرزوق، شرط التعديل التلقائي، المرجع السابق، ص: 75.

[3] إذ يعتبر أن رفض التفاوض من قبيل سوء النية،

Nabila Lahnane, op. cit, p :388

[4] "La subsidiarité de l'intervention du juge, qui doit rester la phase ultime d'une renégociation conflictuelle est stérile", op. cit, p : 390.

[5] Anne Sophie, op.cit. n 735.

[6] op.cit. n 741.

ثانيا: فعالية شروط التعديل التلقائي في إنقاذ العقد

للأطراف كامل الحرية في تنظيم روابطهم العقدية في المستقبل بهدف تفادي الظروف غير المتوقعة التي من شانها التأثير على حسن تنفيذ العقد، ومن ثم حماية غاية العقد الاقتصادية[1]، ومن أهم البنود التي يلجأ إليها الأطراف في مرحلة الإبرام قصد حماية التوازن الاقتصادي للعقد يوجد شروط التعديل التلقائي، أو كما تسمى ببنود التقييس والتي تخص بالدرجة الأولى الجانب المالي وهي شروط تسهل عملية التعديل الاتفاقي تلقائيا، أي دون الحاجة إلى تدخل الأطراف أثناء إجراء التعديل.

1- المقصود بشروط التعديل الاتفاقي: تقتضي مصلحة الأطراف المحافظة على العلاقة العقدية والتعديل يكون ضروري خاصة وأن المتعاقد لا يمكنه توقع[2] ما قد يحدث في المستقبل ومن ثم فلا بد من محاولة أخذ الاحتياطات اللازمة بخصوصها، وقد يحاول المتعاقدان معالجة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ابتداء إذا توقعا حدوث ظروف قابلة للتحقق، ومن ثم يكون سعيهما لتوقي أثر هذه التقلبات التي قد تؤدي إلى تضرر أحدهما بحسب نوع التقلب ومن ثم إعاقة تنفيذ العقد، ما يدفعهما إلى الاتفاق المسبق على التعديل وفقا لأسلوب يحددانه بالشكل الذي يحافظ على التوازن العقدي، ويتخذ هذا الاتفاق عادة صورة شرط يدرج في العقد أو يتم الاتفاق عليه على نحو مستقل، وهو ما يعبر عنه بعض الفقهاء بالتطويع الاتفاقي[3] أو بنود المحافظة على القيمة[4]، سواء تم الاتفاق عليه عند التعاقد أم بعد إبرام العقد ولحين تنفيذه، مادام أن ذلك يتم برضاء طرفيه، والمعلوم أن هذه الاتفاقات لا تعد خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد لأن ما يسوغ للاتفاق أن يقرره يسوغ له أن يعدله، والشروط التي يتم مراعاتها عند تعديل العقد هي ذاتها الشروط التي يتم مراعاتها عند إبرام عقد جديد؛ إن إعداد هذا النوع من

---

[1] Les clauses dites "d adaptation du contrat" assure une protection contre les risques liés conditions d'exécution du contrat. Elles ont pour fonction de prévoir, dès la rédaction du contrat, les risques internes susceptibles de paralyser la relation contractuelle ou d'en déséquilibrer gravement des prestations, Nicolas Gras, op. cit, p: 100.

[2] التنبؤ أو التوقع هو رؤية سابقة لما قد سيحدث مستقبلا، فهو يعني تنظيم مسبق للمستقبل، إذن بطريقة أو بأخرى يشكل تكوينا مستقبليا للعلاقة العقدية انظر: Marignol Ludovic, op.cit. p: 12,13.

[3] محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع السابق، ص: 74.

[4] حسام الدين محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص: 121.

الشروط يشكل من الصعوبة خاصة وأنه لا يفرض فقط على الأطراف توقع المخاطر التي تعترض العقد بصورة جيدة ولكن أيضا تصور الآليات التي تستطيع تعويضه تلقائيا[1]، ما يجعل الأطراف لا تكتفي بتوقع الصعوبات الاقتصادية والنقدية التي قد تعترضهم أثناء تنفيذ العقد، بل يجب عليهم البحث عن حلول لمواجهة هذه الصعوبات تلقائيا، وذلك يكون بحسن اختيار الأرقام المرجعية[2]، كما أن قيمة التوقع أو التنبؤ لا تقتصر على تنظيم وضعية في المستقبل فقط وإنما هي آلية لمحاولة العمل على تفادي سلبيات ما تقوم الإرادة بالاتفاق عليه[3]، من خلال منع كل مظاهر تذبذب واضطراب العلاقة العقدية؛ وتتمثل أهم الشروط التي يتم فيها تعديل العقد تلقائيا في شرطين هما[4]: شرط تحديد الثمن على أساس مؤشر أو أكثر، وشرط بقاء القيمة الواردة في العقد رغم تغير قيمة العملة، وفي هذين الشرطين، إذا تغير المؤشر في الحالة الأولى أو تغيرت قيمة العملة في الحالة الثانية، يكون لصاحب المصلحة تغيير التزامه بما يناسب تغيير المؤشر أو العملة بشكل تلقائي دون حاجة لموافقة المتعاقد الآخر. والجدير بالذكر أنه بالبحث في ثنايا القانون المدني نجد ما يصلح كسند للتطويع الاتفاقي، إذ تنص المادة 356 ق.م على أنه:" يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد، وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان، والمكان، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية"، كما تنص المادة 357 ق.م على أن:" إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من أن

---

[1] خديجة فاضل، تعديل العقد، المرجع السابق، ص: 45.

[2] الرقم المرجعي:" هو رقم ينشأ لقياس التغير النسبي في ظاهرة معينة من وقت لآخر أم من مكان لآخر، كمؤشرات الأسعار: الأرقام القياسية لأسعار حاجيات المعيشة indice du cout de vice، تقيس هذه الأرقام التغيرات التي تطرأ على نفقة المعيشة بسبب تغيرات أسعار الحاجيات الضرورية للحياة، إبراهيم نجار، أحمد زكي بدوي، يوسف شلالا، نقلا عن: خديجة فاضل، المرجع نفسه، هامش ص: 45.

[3] Ces risques seront dénommés "risques internes" à la relation contractuelle, cependant tout évènement imprévisible par les parties extérieur à leur volanté et entrainant un bouleversement au moins temporaire de l'économie du contrat, sera qualifié "externe", Nicolas Gras, op.cit., p :100.

[4] حسام الدين محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص: 121.

المتعاقدين قد نويا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما".

وما يمكن استنتاجه من خلال هذه المواد وإن كانت تخص عقد البيع إلا أنه يمكن القياس عليها لما لهذا العقد من أهمية بسبب وقوعه في الحياة اليومية، فالنصوص المتقدمة تبيح للمتعاقدين إمكانية إدراج الشروط التي يمكن بموجبها تعديل العقد باعتبار أنه يمكن تكييف هذه الشروط على أنها أسس يحدد الثمن بموجبها، شريطة ألا تكون تلك الأسس متوقفة على محض إرادة أحد المتعاقدين[1]، كما يشترط أن لا تكون مبهمة وإنه عند الشك الرجوع إلى سعر السوق، أو السعر المتداول في التجارة أو الذي جرى التعامل بينهما، وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي ببيع الاسترسال أو كما يسميه المالكية والحنفية "ببيع المستأمن"[2]، ومرد ذلك هو أنه في عقد البيع قد لا يتم تحديد الثمن ابتداء عند تكوين العقد حين لا يتفق المتعاقدان صراحة عليه، إنما يشيرون إلى مؤشرات يتم تقدير الثمن استنادا إليها، ولا تكون هنالك صعوبة إذا كانت هذه المؤشرات المعتمدة واضحة بشكل يكفي الاستناد عليها، ولكن الصعوبة تكمن عندما تكون هذه المؤشرات غامضة وغير كافية، أو عندما تصبح عاجزة عن تقدير الثمن ما يؤثر مباشرة على العقد[3].

من خلال النصوص السابقة يبدو أن المشرع لم يذكر الأسس التي يمكن أن يلجأ إليها المتعاقدان لتحديد الثمن على سبيل الحصر بل تم ذكرها على سبيل المثال، إذ بإمكان المتعاقدان الاتفاق على أسس أخرى فيما بينهما ويكفي أن تكون هذه الأسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة الفاحشة عند التنفيذ، أي أنها تحدد الثمن بمقدار أكيد لا يثير النزاع[4].

2- فعالية شروط التعديل الاتفاقي في إنقاذ العقد: إن قدرة الأطراف على تحديد المخاطر والأحداث التي قد تعيق تنفيذ عقدهم يساعد في اختيارهم للآلية الأكثر فعالية لمعالجة

---

[1] محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع السابق، ص: 76.

[2] المرجع نفسه، ص: 75.

[3] ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 196.

[4] محمد جعفر هادي الخفاجي، المرجع السابق، ص: 76.

تغير الظروف[1]، ويعد شرط التعديل الاتفاقي أو بند التقييس وسيلة جدية للمحافظة على التوازن العقدي من خلال العمل على إرساء المساواة في الالتزامات المتقابلة، مع مراعاة التدخل المسبق للأطراف تحسبا للتقلبات الاقتصادية والنقدية ومن ثم إعادة الاستقرار للعلاقة العقدية وتدعيم استمراريتها، وهو ما يشكل آلية حقيقية للإنقاذ المسبق للعقد من خلال الطابع الآلي[2] الذي يتمتع به هذا التعديل حيث يجنب الأطراف التنازع حول كيفية معالجة ما يطرأ من ظروف ويحمي العقد من الشلل في التنفيذ، ويعد اتخاذ الأطراف شرط التعديل الاتفاقي المسبق للعقد كتدبير احترازي[3] يعني أن الأطراف قد اتخذوا التدابير اللازمة لمجابهة كل الظروف المتوقعة.

والجدير بالذكر أن اجتماع الشروط السابقة وغيرها من الشروط[4] وتكاملها[5]، بإمكانه العمل على تفعيل التعديل الاتفاقي الوقائي بالدرجة الأولى بالنظر إلى كونه أكثر فعالية خاصة بعد أن أضحت الميكانيزمات التقليدية ذات الطابع العلاجي تبدو غير كافية، وأفصحت عن الحاجة الملحة إلى ابتكار وتفعيل أدوات قانونية أكثر مرونة تسمح بتنظيم مستقبل حياة العقد ودعم استمراريته.

إن اعتماد هذا النوع من الشروط لهو نتيجة حتمية لسياسة اخضاع العقد للمتطلبات الاقتصادية، إذ أنه من مصلحة المجتمع والدولة توجيه العقود نحو التنفيذ بدل إهدارها، وكم يكون ذلك فعالا إذا كان بصيغة وقائية عن طريق التعديل الاتفاقي المسبق مما يضفي سلاسة في التنفيذ من خلال تجنب النزاعات التي قد تطرأ على مستقبل العقد نتيجة للتقلبات

---

[1] Reine Al Achkar, op.cit. p: 91.

[2] عبد اللطيف هني، المرجع الساق، ص: 56.

[3] آمنة ياسين مرزوق، المرجع السابق، ص: 92.

[4] هناك شروط أخرى أيضا للتعديل كشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة، وشرط مراجعة الثمن والذي يمكن من خلاله تعديل الثمن مباشرة وبدون وسيط من خلال إجراء حسابي، وشرط العرض المنافس وشرط العميل الأولى بالرعاية... وتدخل كلها في إطار اعتماد التعديل الاتفاقي المسبق عند إبرام العقد لمعالجة كل التغيرات في ظروف تنفيذه، عبد اللطيف هني، المرجع السابق ص: 57، أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 84.

[5] حيث يقول M. Fontaine: " نلاحظ بالمقابل إمكانية وجود تكامل بين شروط إعادة التفاوض وباقي الشروط... فعلى سبيل المثال، الحالات التي تؤدي فيها الأحداث غير المتوقعة إلى تعطيل دور شروط الإبقاء على أساس المؤشر"،
M. Fontaine, op.cit. p : 14.

الاقتصادية واختلال التوازن العقدي، وهو ما يعطي أيضا ضمانات حقيقية لأطراف العقد ما يجعل إنقاذ العقد في الوقت نفسه حق للدائن وضمانة للمدين.

المطلب الثاني: سلطة المشرع في إنقاذ العقد عن طريق التعديل

قد يحصل اختلال في التوازن الاقتصادي في مرحلة تنفيذ العقد مما يستدعي تدخل طرف آخر في العلاقة العقدية قصد العمل على استمراريتها ويكون ذلك إما بسلطة القانون ممثلة بالمشرع، أو بسلطة القاضي؛ ذكرنا فيما أن سلطة تعديل العقد هي كحق أصلي لأطرافه، ولكن استثناء عن القاعدة، قد يتدخل المشرع فيقرر تعديل العقد رغما عن إرادة طرفيه ويكون الهدف من ذلك أسمى مما يحققه تعديل الأطراف، إذ يرمي من جهة إلى تحقيق المصلحة العامة، ومن جهة أخرى إلى إرساء قواعد العدالة، وهو ما يبرر ذلك التطاول الذي يحدثه المشرع بخصوص العقد والذي لا يمكننا أن نحصره في مجال معين أو عقد معين، والجدير بالذكر أن تدخل المشرع لم يأت خصيصا من أجل خرق مبدأ سلطان الإرادة وإنما أملته عدة مبررات أهمها إعادة التوازن الاقتصادي للعقد والتي غالبا ما تتجسد في صورتين: تعديل مدة العقد، وتعديل قيمة الأداءات(الالتزامات)، وقد اخترت أن أعالج تعديل مدة العقد لأنني أعتقد أنها أكثر توضيحا لمدى سعي المشرع في بقاء واستمرار العلاقة العقدية بالعمل على حماية فئة معينة من المجتمع ما يساعد على استقرار المعاملات، فالمشرع قد يعمل على تمديد مدة العقد المتفق عليها من قبل أطراف العقد، كما هو الحال بالنسبة لتدخله في تمديد عقد الإيجار **(الفرع الأول)**، وإما أن يتدخل لتقصير مدة العقد كما هو الحال بالنسبة للبطالة الجزئية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تدخل المشرع في تنفيذ العقد بزيادة مضمونه عن طريق الامتداد القانوني لعقد الإيجار

يعتبر عقد الإيجار من بين أهم العقود في الحياة العملية، حيث ينقسم غالبية السكان بين مؤجر ومستأجر، ونظرا لتعارض مصالح كلا الطرفين، كان لا بد من استمرار المشاكل المتضاربة على أرض الواقع، ولعل أكثر ما يميز عصرنا الحاضر الأزمة الواضحة في طلب السكن، والذي يؤثر بشكل أو بآخر على الحياة القانونية، كون كلا من الطرفين في عقد الإيجار له مصالحه الخاصة به من وجهة نظره، فالمؤجر يهدف إلى تحقيق أكبر مردود مادي من بدل

الإيجار، بينما المستأجر يسعى للحصول على استئجار عقار لمنفعته بأجرة قليلة لأطول مدة ممكنة، ونتيجة لكثرة المنازعات الإيجارية لدى المحاكم أدى المشرع بالتدخل لتعديل عقد الإيجار، ابتداء بالنص على الامتداد القانوني لعقد الإيجار(**أولا**)، ثم تخلي المشرع عن حق البقاء وإلغاء الامتداد القانوني لعقد الإيجار(**ثانيا**).

أولا: الامتداد القانوني لعقد الإيجار: انتقال بالمتعاقدين من مركز اتفاقي إلى مركز قانوني.

يحتل عقد الإيجار مكانة بالغة الأهمية في الحياة العملية، إذ ينظم العلاقة بين طبقتين كبيرتين في المجتمع وهما الملاك المؤجرين والمنتفعين المستأجرين، ومن ثم يمثل مرآة حقيقية تعكس مختلف التغيرات الاجتماعية الاقتصادية والسياسية لأي دولة، بما فيها الجزائر.

ومثلها مثل باقي دول العالم، تعيش بلادنا أزمة السكن منذ الاستقلال نظرا للاختلال المرافق لعقد الايجار في مبدأ المساواة بين طرفي العلاقة، وهو اختلال مستمر حتى بتدخل المشرع لأنه سيكون غالبا لصالح أحد أطراف العلاقة العقدية وهي معادلة صعبة لطالما أرادت الدولة حلها عن طريق محاولة التوفيق بين عدة مصالح متباعدة ومتنافرة[1]، مصلحة المالك التي تقتضي الاعتراف له بحرية إدارة أمواله والتصرف فيها بالطريقة والشروط التي يراها مناسبة لتحقيق مصالحه دون أن تفرض عليه في ذلك أية قيود، للإبقاء على رغبته في الاعتناء بالعقار وصيانته، وتفسح له المجال للخوض في ميدان الاستثمار العقاري، ومصلحة المستأجر التي تقتضي تمكينه من الانتفاع بمسكن لائق يتناسب مع موارده المحدودة في أوج الأزمة السكنية الموجودة، ومصلحة الدولة الاقتصادية التي تتحقق أحيانا بإطلاق حرية المالك الذي يساهم في انتعاش اقتصادي بما يوفره من مساكن وتدعيمه للمعاملات العقارية.

كما أن من مصلحة الدولة بسط حمايتها للمستأجرين لتوفير الاستقرار الدائم، بتوفير السكن لأغلبية سكانها؛ وعلى ذلك تجد الدولة نفسها أمام معادلة صعبة تحتم عليها التوفيق بين مصالح ثلاثة لتحقيق التوازن ما بينها، أو بتغليب إحداها على أن لا يكون ذلك إلا لفترة مؤقتة لا تلبث وتعود لتعمل على إعادة توازن بينها وهو ما أثر على قوانين الإيجار التي تباينت في

[1] عبد العالي بوشهدان، مقال بعنوان: حق البقاء في إيجار الأماكن المعدة للسكن ودوافع توفيق تطبيق أحكامه في القانون المدني، مجلة التواصل، عدد 20 ديسمبر 2007، ص: 2.

أحكامها تبعا لاختلاف الظروف التي كانت سببا في وجودها، وقد تدخل المشرع في تنفيذ مضمون العقود بزيادة مضمون العقد، وذلك بإلزام المتعاقدين بالاستمرار في العلاقة التعاقدية، وهو ما يسمى بالامتداد القانوني للعقود وأهم تطبيق له، حق البقاء في عقود الإيجار[1] وهو النظام الذي أقره المشرع كمحاولة منه لإيجاد حلولا لأزمة السكن والتي ساعدت على استمرار عقد الايجار من جهة ولكنها من جهة أخرى

1- دو افع تدخل المشرع بنظام حق البقاء في عقود الإيجار: بعد الاستقلال، اتبعت الدولة سياسة الاقتصاد الموجه وهي نتيجة النظام المعمول به آنذاك، وهو ما يستلزم تدخل الدولة في العلاقات التعاقدية بين الأفراد، لفرض الالتزامات التي تقتضيها السياسة الاقتصادية العامة، ومن جهة ثانية لم تكن الأماكن المعدة للسكن متوفرة بالقدر الكافي الذي يلبي طلبات الأسر، التي كانت أغلبها وقت ذاك في حاجة إلى سكن يأويها، وهو ما يجعل ترك تنظيم علاقة الإيجار لحرية الأفراد وفق قانون العرض والطلب سيسيئ الناس استعماها، ويستغل المالك كثرة الطلب على الاستئجار ليفرض شروطه على المستأجر، وهو ما يجعل الكثير من العائلات من أصحاب الدخل المحدود بلا مأوى، وبذلك تنشأ مشكلة اجتماعية مستعصية تمس بالنظام العام للمجتمع فكان لابد من تدخل الدولة في مسألة تنظيم علاقة الإيجار بنصوص قانونية تتضمن أحكاما خاصة، مخالفة للقواعد العامة المبنية على مبدأ سلطان الإرادة[2].

2- نص المشرع على الحق في البقاء: لقد أخذ المشرع الجزائري بأحكام حق البقاء بموجب القانون المؤرخ في 1962/12/31، المتضمن تمديد العمل بالقوانين السارية وقتها[3] كأول خطوة

---

[1] يقصد بالامتداد القانوني للإيجار: "سريان عقد الإيجار الأصلي الذي انتهت مدته بشروط نفسها لمدة أخرى، ومن ثم لا نكون بصدد إيجار جديد يلزم لانعقاده مثلا توفر الأهلية عند إبرامه، بل يظل العقد السابق ساريا ولو فقد أحد المتعاقدين أهليته عند امتداد الإيجار"، محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية، المرجع السابق، هامش ص: 507، ويقصد أيضا بالامتداد القانوني لعقد الإيجار، أن لا ينقضي العقد بانتهاء مدته وإنما يمتد تلقائيا إلى مدة غير محددة، وما هو إلا استثناء من أحكام القواعد العامة للإيجار، متمثلا باستمرار وإطالة مدة العقد بنصوص صريحة صادرة من المشرع، إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 241.

[2] عبد العالي بوشهدان، المرجع السابق، ص: 16.

[3] ومن ضمنها القانون رقم 50/1597 المؤرخ في 1950/12/30 المتضمن تطبيق قانون الإيجارات الفرنسي المؤرخ في 1948/09/01، في الجزائر بجميع ما تضمنته من أحكام في مواده 103 دون تعديل أو تغيير وهو ما أدى بالمشرع إلى

إلى أن صدر القانون رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني والذي تعرضت المواد من 514 إلى 517 منه إلى النص على حق البقاء كمبدأ عام[1].

وقد اعتبر من أبرز مظاهر تطور عقد الإيجار آنذاك، حيث لا يترتب على نهاية مدة عقد الإيجار انقضاء العقد وهو ما تقضي به القواعد العامة التي تنص على انتهاء عقد الإيجار بانتهاء المدة المعينة في العقد، ومن ثم أصبح المستأجر مخولا بالحق في البقاء حتى بعد انقضاء المدة المتفق عليها، فإن انتهاء المدة في عقد الإيجار، ليس من شأنه تخويل حق استرجاع حيازة المأجور، نظرا لامتداد المدة بقوة القانون إلا في حالات معينة سنوضحها فيما يأتي بيانه.

وقد نصت المواد السابقة الذكر أنه يجوز التمسك بحق البقاء لكل شاغل للأماكن المعدة للسكن إذا كان حسن النية دون اللجوء إلى أي إجراء آخر، بمعنى أنه إذا انتهت المدة المحددة في العقد واستمر الشاغل حائزا للعين المؤجرة يصبح حق البقاء بالنسبة له حقا مكتسبا ويستغني عن المطالبة بتجديد الإيجار، كما أشير إلى أن هذا الحق ينتقل إلى أفراد عائلة الشاغل الذين يعيشون معه منذ أكثر من سنة في حالة وفاته أو هجر المنزل كما قضت بأنه يجوز للأشخاص المعنوية التي تمارس عملا نزيها أن تتمسك به ما لم يطلب المالك الجزائري بالاستفادة للحاجة الشخصية له أو لزوجه أو أصوله أو فروعه.

ولقد تطرقت عدة مواد حددت حالات الاسترجاع نذكر من بينها المادة 517 ق.م التي عددت ثماني حالات لم تشر فيها ما إذا كان من يمارس حق الاستعادة ملزم بتوفير مسكن للشاغل إلا في حالة واحدة وهي حالة شراء العقار الموجود به المسكن أو نزع ملكيته للمنفعة العامة، إذ يتعين على الإدارة أن تضمن للشاغلين والمستأجرين المأمور بإخراجهم تعويضهم بمساكن؛ كما أضافت المادتين 518، 519 ق.م حالتين لممارسة الاسترجاع وهما حالة الهدم من أجل إعادة البناء أو توسيعه وحالة القيام بأشغال الزيادة أو الإضافة بغية توسيع رقعة

تحقيق نفس الأهداف التي رسمها المشرع الفرنسي في هذا القانون، وهي المحافظة على الثروة العمرانية، التوزيع الأفضل للأمكنة المعدة للسكن...، عبد العالي بوشهدان، المرجع السابق، ص: 16.

[1] وقد جرى القضاء الجزائري على هذا المنوال فاعتبرته المحكمة العليا حقا اجتماعيا منحه القانون لكافة الشاغلين، كما أنه لا يجوز حرمان الشاغل بدعوى انتهاء الإيجار، وهو المبدأ القضائي الذي يبين مدى تأثر القضاء بالأفكار الاجتماعية والسياسية السائدة سابقا كما يوضح تأثير الأفكار الاشتراكية وتغلغلها في التقنين المدني ومجاراة القضاء الجزائري لهذا المنحى التشريعي، انظر ق.م.ع رقم 21030 الصادر في 1980/03/05، نشرة القضاة، ص: 84.

السكن، وهي الحالة التي ألزمت فيها المالك بتوفير مسكن لكل شاغل يكون صالحا ومناسبا يقع في نفس البلدة ويفي بحاجته الشخصية أو العائلية أو المهنية مشترطة ضرورة توجيه تنبيه بالإخلاء مسبقا بستة أشهر وأن تنطلق الأشغال خلال ثلاثة أشهر من يوم خروج شاغل.

كما أقرت أنه من الجائز أن يكون التخلي جزئيا عن الأماكن التي تعرقل سير الأشغال فقط[1]، وقد يحدث الاسترجاع أيضا في حالة المالك الذي يريد أن يسترجع المسكن لحاجته الشخصية أو حاجة عائلته شريطة أن يوفر للمستأجر محلا صالحا للسكن موجودا بنفس البلدة وتتوافر فيه شروط الوقاية الصحية العادية أو على الأقل شروط المكان المسترد[2]؛ وكانت قد أشارت المادة 529 ق.م الملغاة إلى حالة استرجاع أخرى وهي حالة المالك الذي يريد أن يسترجع المسكن لحاجته الشخصية والعائلية شريطة توفر الشروط التالية:

- أن يمضي على اكتساب العقار مدة 10 سنوات يمكن تخفيضها إلى أربع سنوات بموافقة القضاء والهدف من هذا الشرط هو محاربة المضاربة في العقارات المعدة للسكن على حساب المستأجرين والشاغلين.

- أن يخطر المؤجر المستأجر أو الشاغل بواسطة تنبيه بالإخلاء لمدة لا تقل عن ستة أشهر على عزمه على استرجاع المسكن.

- أن يسلم للشاغل أو المستأجر السكن الذي يتخلى عنه.

- أن يخبر مالك السكن الذي يتخلى عنه بنيته عن التخلي للمسكن لفائدة الشاغل أو المستأجر الذي يمارس ضده حق الاسترجاع؛ وغير ذلك من المواد التي تسمح للمالك حق الاسترجاع والتي يمكن أن نلاحظ من خلالها أن المشرع كان منحازا بشدة للمستأجر أو الشاغل على اعتبار أنه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حيث أنه ربط جل حالات الاسترجاع بضرورة توفير مسكن للشاغل أو المستأجر تتوافر فيه المواصفات المذكورة سابقا، كما أنه أوجب تحت طائلة البطلان توجيه تنبيه بالإخلاء في كل حالات الاسترجاع وفقا لإجراءات شكلية محددة، وهو ما يعكس سياسة الدولة في فترة وضع هذا التقنين والتي تبين مدى تدخل المشرع في مضمون العقد وحرصه على إجبار المتعاقدين على الاستمرار في العلاقة التعاقدية التي قاما

[1] المادة 521 ق.م، ملغاة.

[2] المادة 526 ق.م، ملغاة.

بإنشائها بإرادتيهما الحرة، فهو يحرم المؤجر من حق إنهاء عقد الإيجار إذا انتهت مدته، ويمنح المستأجر حق البقاء في المأجور ما شاء له البقاء في حدود القانون، إذن فالقانون يحل محل الإرادة في جانب المدة فقط[1]، وعلى هذا الأساس ذهب جانب من الفقه[2] إلى اعتبار الامتداد القانوني لعقد الإيجار من أخطر القيود القانونية التي ترد على حق المالك في الانتفاع بملكه، ذلك أنه يقيد حق المالك في إخراج المستأجر من العين المؤجرة حال حياته وحتى بعد وفاته، فلا يستطيع المالك إنهاء عقد الإيجار ولو انتهت المدة المتفق عليها.

ويتضح من خلال ما سبق أن الامتداد القانوني لعقد الإيجار يجعل من المتعاقدين، بعدما كانا في مركز اتفاقي يصبحان في مركز قانوني[3]، وذلك لأن إرادة المشرع قد حلت محل إرادتهما، وقد لا يرغب المؤجر في الاستمرار بالعقد ولكنه في ظل الامتداد القانوني يصبح مجبرا ومكرها على ذلك؛ فالمستأجر في هذه الحالة يستمد حقه لا من عقد الإيجار الذي انتهى بل من القانون الذي ينشئ علاقة قانونية جديدة بين الطرفين يكون مصدرها القانون لا عقد الإيجار، يساهم من خلالها القانون في إنقاذ هذه العلاقة تحت مسمى الحاجة الاجتماعية؛ لكن ونتيجة للتغيير في التوجه السياسي للدولة ولما تقتضيه من تشجيع للاستثمار في النشاط العقاري وما استدعته التحولات الاقتصادية بالانتقال إلى اقتصاد السوق بعد دستور 1989، ونتيجة لمساوئ الحق في البقاء، تم إلغاؤه في محاولة للدولة إلى معالجة أزمة السكن وتشجيع مساهمة القطاع الخاص.

---

[1] إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 245.

[2] هدى سعيد النمير، الجديد في قوانين الإيجارات، ص: 21، مأخوذ عن: إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع نفسه، ص: 244.

[3] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 507، وتنشأ عن الامتداد القانوني لعقد الإيجار علاقة مادية مصدرها القانون وتخضع للقواعد التي تنظم عقد الإيجار الأصلي، فلا يمكن الاستناد على العقد كمصدر للامتداد القانوني لعقد الإيجار، لأنه لا وجود له بانتهاء أجله ولأجل ذلك لا يمكن التمسك بحق البقاء في الأمكنة كمستأجر، وإنما كشاغل، لان مصطلح مستأجر ينتهي بانتهاء العلاقة العقدية لأن مصدر حق البقاء هو القانون وبالتالي تنتقل صفة المستأجر إلى صفة شاغل الأمكنة وذلك على أساس أن مصدر حق البقاء هو القانون، فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص: 16، 17.

ثانيا: تخلي المشرع عن حق البقاء: الانتقال من الاستمرارية والحماية الاجتماعية إلى النجاعة و إنعاش اقتصاد السوق

عند استرجاع دولتنا لسيادتها الوطنية سنة 1962، تبنت سياسة الاقتصاد الموجه، التي لا تعترف بالملكية الفردية إلا بالقدر الذي تتعارض فيه مع هذه السياسة، وسبب أزمة السكن في تلك الفترة تدخل المشرع في تنظيم علاقة الإيجار في الأماكن المعدة للسكن المملوكة للخواص، وسن نصوصا قانونية ضمنها أحكاما تتعارض مع الطبيعة القانونية لعقد الإيجار، وأنشأ بموجبها نظاما خاصا تعدى فيه على أهم المبادئ التي تحكم المعاملات المالية بين الأفراد، وهو مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في المادة 106 ق.م، إذ أقر حق البقاء في السكن لصالح المستأجر بقوة القانون عند انتهاء مدة الإيجار رغم إرادة المؤجر في المادة 514 ق.م، وأسقط بالمقابل حق المالك في مطالبة المستأجر برد السكن المؤجر عند انتهاء مدة الإيجار، بل وقيد حقه في استرجاع السكن في حالات محددة على سبيل الحصر في المواد من 518 إلى 537 ق.م، كما ربطه بشروط يصعب تحقيقها، لكن كل ذلك لم يساهم في حل أزمة السكن بالقدر الذي نتج عنه تفاقمها بسبب الآثار السلبية الناتجة عن تطبيقه، ولم يعد له ما يبرره فأصبح من الضروري إعادة النظر في هذه الأحكام، بما يتفق مع اتجاه الدولة نحو انتهاج سياسة اقتصاد السوق، والعمل على تحرير العلاقات التعاقدية تشجيعا للاستثمار، فأصدر المشرع المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في أول مارس 1993 المتضمن تحديد الإطار العام المتعلق بالنشاط العقاري، وأورد في الفصل الثالث منه تحت عنوان علاقة المؤجر بالمستأجر المادة 20 فقرة 1 التي تنص: "لا تطبق المواد 471 و472 و473 و474 و509 وكذا المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمذكور أعلاه، والمتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي..."، وفيما يلي سنتطرق إلى أهم أسباب تخلي المشرع عن حق البقاء، ثم إلى تغيير السياسة الإيجارية وإلغاء المشرع لنظام حق البقاء.

1- أسباب تخلي المشرع عن حق البقاء: إن الامتداد القانوني لعقد الإيجار نشأ لمواجهة أزمة السكن، أي أن الأصل فيها أنها أحكام مؤقتة[1] استثنائية، يجب أن تزول بزوال أزمة السكن التي كانت المبرر في وجودها، لأنها لا تصلح لتنظيم علاقة الإيجار في الأوضاع العادية، لخروجه عن القواعد العامة التي تحكم المعاملات المالية بين الأفراد التي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، وقد استحدثت أحكام حق البقاء بهدف إقامة التوازن والتكافؤ بين طرفي العلاقة الإيجارية التي اختلت بسبب قيام أزمة السكن، فعززت من مركز المستأجر باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة، موفرة له الاستقرار في السكن بإعطائه الحق في البقاء[2]، إلا أنها في المقابل ساهمت في غبن المؤجر وتفاقم أزمة السكن، وبالتالي كان لا بد من التخلي عن حق البقاء لعد أسباب[3] نذكر من بينها:

- تخلي المؤجر عن متابعة العقار المملوك له بالصيانة والقيام بالإصلاحات الضرورية، ومع مرور الزمن أصبحت أغلب العقارات متصدعة وآيلة للسقوط، ما أنذر بضياع الثروة العمرانية المتوفرة في الجزائر بنسبة معتبرة، مع الزيادة في الطلب على السكن.

- امتناع الملاك عن تأجير ما زاد عن حاجاتهم من السكنات حتى أصبح مع مرور الزمن ما يفوق عن نصف مليون وحدة سكنية شاغرة غير مستغلة في الوقت الذي فيه الملايين من الأسر الجزائرية في حاجة ماسة للانتفاع بمثل هذه السكنات عن طريق الإيجار.

- إحجام كلي لأصحاب رؤوس الأموال على الدخول في استثمار أموالهم في بناء السكنات بغرض الإيجار، لكونه أصبح قطاع غير مربح، ما أدى إلى إلقاء واجب توفير السكن على عاتق الدولة وحدها دون مساعدة من أية جهة أخرى، وهي في ذلك غير قادرة على توفير هذه الخدمة لكل المواطنين ما دفعها في الأخير إلى التخلي عن حق البقاء.

2- إلغاء المشرع لنظام حق البقاء والعودة بالسياسة الإيجارية لأصولها: أصدر المشرع المرسوم التشريعي رقم 03/93 والذي فتح من خلاله المجال أمام الملاك وأصحاب رؤوس

---

[1] عبد العالي بوشهدان، المرجع السابق، ص: 18.

[2] المرجع نفسه، ص: 18.

[3] عبد العالي بوشهدان، مقال بعنوان: المجال الزمني لحق البقاء في إيجار الأماكن المعدة للسكن في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 35، سبتمبر 2013، ص: 138.

الأموال للدخول إلى جانب الدولة للمساهمة معها في إنجاز بنايات جديدة أو إعادة تجديد البنايات القديمة، بقصد توفير السكنات للمواطنين بالقدر الذي يمكن الدولة من التخلص من أحكام النظام القانوني لحق البقاء[1]، واعتمد هذا المرسوم لفترة نتج عنها إشكاليات عديدة طرحت على مستوى المحاكم كون الأغلبية الساحقة لعقود الإيجار أبرمت قبل صدوره، وظلت خاضعة للقانون المدني، إلى أن صدر القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني الصادر بتاريخ 2007/05/13 الذي ألغى نظام حق البقاء في إيجار الأماكن المعدة للسكن، ولكنه أيضا لم يقضي نهائيا على حق البقاء إذ بقي حكمها يقتصر فقط على عقود إيجارات العقارات القديمة غير المجددة المبرمة قبل صدور القانون رقم 05/07 لمدة 10 سنوات أي حتى تاريخ 2007/05/14 أين توحد النظام القانوني للإيجار في نصوص القانون المدني متحررا من الأحكام الخاصة ويسوده مبدأ سلطان الإرادة[2].

وتخلت الدولة بذلك عن سياستها في دعم استمرارية عقد الإيجار التي كانت تحقق التكافل الاجتماعي، لصالح التفكير في الوصول إلى حل لأزمة السكن بما يحقق التكافل الاقتصادي، ما جعلها تلغي نهائيا حق البقاء لصالح المفهوم الأصيل للعقد والأخذ بحرية التعاقد.

الفرع الثاني: تدخل المشرع في تقصير مدة العقد

تشكل سلطة المشرع في تقصير مدة العقد انتقاصا للحرية التعاقدية، واعتبرت أنها تشكل قيدا على حرية الأفراد في تعاقدهم وسببا في عدم استقرار المعاملات المدنية، وسلطة المشرع في تعديل العقد جاءت وليدة تطور التشريع الذي تأثر كثيرا بعوامل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وحتى الصحي في الآونة الأخيرة، الأمر الذي استدعى تدخل المشرع وبسط سلطته على العقد يراقبه من جهة ويضفي حماية لحقوق الأفراد ومصالح المجتمع ككل، ومن أهم صور تقصير مدة العقد نذكر نظام البطالة الجزئية، وهو النظام الذي يتم اللجوء إليه

[1] عبد العالي بوشهدان، المجال الزمني لحق البقاء في إيجار الأماكن المعدة للسكن في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص: 139.

[2] أكثر تفاصيل، انظر المرجع نفسه، ص: 153.

للحفاظ على عقود الشغل والكفاءات العالية بعد أن يتم فيه تقليص ساعات العمل، خاصة وأن هذه العقود تفتقر مدوناتها للمقتضيات القانونية القادرة على مواجهة الوضعيات المزرية وهو الأمر الذي يقتضي البحث عن بدائل مناسبة تسمح بالحفاظ على استمرارية علاقات العمل ومن ثم الحفاظ على حقوق العمال والأجراء.

أولا: المقصود بنظام البطالة الجزئية

تلجأ العديد من التشريعات المقارنة على غرار فرنسا كندا وسويسرا وغيرها إلى نظام البطالة الجزئية، وذلك لعدة أسباب كانخفاض الطلبات أو أزمة مالية أو انتشار وباء ما يهدد إعاقة عمل شركة ما مؤقتا، ودفعها إلى تسريح بعض موظفيها، على الرغم من أنها ستحتاج إلى هؤلاء العمال مرة أخرى بعد فترة، عندما يعود الوضع إلى المعتاد، ولذلك عرف الهدف من البطالة الجزئية على أنه آلية للحفاظ على الوظائف ومناصب الشغل عن طريق مساهمة الدولة في دفع أجور أجراء المقاولات التي تعاني من صعوبات، حيث من خلال هذا الدعم تستطيع المقاولة مواجهة الصعوبات الناجمة عن تقليص أو توقف نشاطها إلى حين استعادة عافيتها وتجاوز الأزمة التي تمر منها بالإضافة إلى المحافظة على الكفاءات وعدم التنازل عنهم[1]؛ ولكي نقف على الكيفية التي يساهم بها هذا النظام في إنقاذ العقود يتعين علينا الوقوف على مفهومه مصدره ثم أثره على العلاقة العقدية كما يأتي بيانه:

1- مفهوم البطالة الجزئية: يتضح من المادة L 5122-1 من مدونة الشغل الفرنسية أن البطالة الجزئية[2] هي عبارة عن آلية تتيح للمقاولات التي تواجه صعوبات تضطرها إلى تقليص نشاطها أو وقفه بشكل مؤقت، إمكانية اللجوء إلى وقف عقود شغل أجرائها مع تمكين هؤلاء الأجراء من الاستفادة من تعويض عن فقدان الأجر[3]، أو أنها تعتمد على العمل بنظام الدوام

[1] عبد الهادي الهنتالي الإدريسي، مقال بعنوان: جائحة كورونا وضرورة مراجعة مدونة الشغل، المجلة المغاربية للرصد القانوني والقضائي، لعدد الثاني، 2020، ص: 118.

[2] ويطلق عليها في القانون الفرنسي والسويسري بالعمل الجزئي le travail partiel وفي القانون البلجيكي البطالة المؤقتة le chômage temporaire

[3] Xavier BERJOT, covid 19 : le recours au chômage partiel, https : //www.facebook.com/Sancy avocats, 15 mars 2020.

الجزئي لإنقاذ ما يمكن إنقاذه من مناصب عمل[1]، مع التخفيف على صناديق التأمين عبء البطالة، تتقاسم فيها صناديق التأمين مع المؤسسات المستخدمة نسبا معينة من الأجور مما يتيح للمؤسسات المستخدمة الاحتفاظ بأكبر عدد ممكن من كفاءاتها في فترة تقليص الدوام إلى حين فترة استئناف نشاطها الاعتيادي[2]، ويظهر من هذا التعريف أن البطالة الجزئية على نوعين: البطالة الجزئية الكاملة والبطالة الجزئية غير الكاملة، الأولى يعتمدها المشغل بعد أن يكون مضطرا إلى الاستغناء عن خدمات أجرائه بشكل كلي طيلة مدة إغلاق مقاولته، أما الثانية فيعتمدها المشغل بعد تقليص نشاطه بحيث يقلص تبعا لذلك من عدد ساعات العمل الاعتيادية لأجرائه[3].

وبالإضافة إلى الأسباب الاقتصادية التي نشأ في ظلها هذا النظام، وجدت كل المؤسسات في كل دول العالم نفسها في أواخر سنة 2019 وحلول سنة 2020، مجبرة على اللجوء إلى نظام البطالة الجزئية ليس لأسباب اقتصادية، وإنما لأسباب صحية إثر ظهور وتفشي جائحة كورونا، الذي ألحق أضرارا معتبرة على كل الأصعدة بما فيها الاقتصادية، حيث ونتيجة لذلك وجد آلاف العمال أنفسهم في بطالة جزئية بعد تعديل عقود عملهم مجبرين على قبول تخفيض أجورهم أو منحهم رخص عمل استثنائية للعمل تحت طائلة عقوبات إدارية ومتابعات جزائية[4] مما يجعلنا نتساءل عن مصدر نظام البطالة الجزئية.

2- مصدر نظام البطالة الجزئية: يرتبط العمل بنظام البطالة الجزئية بالظروف الاستثنائية، ويستلزم تقليص مدة العمل الأسبوعية مع تقليص في حجم النشاط المعتاد، ما

---

[1] رشيد واضح، مقال بعنوان: انتشار جائحة كورونا ونظام البطالة الجزئية، مجلة قانون العمل والتشغيل، عدد خاص، تأثير فيروس كورونا على علاقات العمل، أوت 2020، ص: 26.

[2] "Le chômage partiel permet non seulement de sauver des emplois mais également de faire baisser les couts de l'assurance-chômage", Samuel JABERG, article: le chômage partiel une arme anti- crise efficace

"البطالة الجزئية سلاح فعال ضد الأزمات الاقتصادية"، على الرابط:

Https : //www.swissinfo.ch/ara/business على 2018 مارس 13، 11.00 على الساعة 2018 أبريل 17 ليوم الساعة 12.15.

[3] عبد الهادي الهنتالي الإدريسي، المرجع السابق، ص: 119.

[4] المرجع نفسه، ص: 24.

يستدعي تعديل في تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في عقود العمل، وبالرجوع إلى الأسباب القانونية لتعديل عقد العمل في القانون الجزائري نجد أنها لا تجد مصدرها من خلال حالات تعديل الالتزامات التعاقدية لا المنصوص عليها في القانون المدني ولا تلك التي يحكمها قانون العمل، فالقاعدة العامة في عقود العمل باعتبارها عقودا مدنية، أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[1]، كما أن قانون العمل قد نص في المادتين 62، 63 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتضمن علاقات العمل المتمم والمعدل السابق الذكر، على عدم إمكانية تعديل شروط عقد العمل وطبيعته إلا بناء على الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم مع مراعاة أحكام هذا القانون، وبالتالي فإن اللجوء إلى تطبيق نظام البطالة لا يكون إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون، ومن بينها البطالة الجزئية وهي" الحالة التي يمارس فيها الشخص عملا لوقت أقل من الوقت المعتاد وأقل مما هو مقرر قانونا في العقود العادية، بناء على ظروف معينة، وبموجب عقود معينة"[2]، ما يستدعي إعادة النظر في نص المادة 62 من القانون رقم 90-11، ومحاولة إدراج اللجوء لنظام البطالة الجزئية، كما هو معمول به في التشريع الفرنسي الذي ورغبة منه في التوسيع من نطاق استفادة المقاولات من مزايا نظام البطالة الجزئية عمل على عدم جعل الحالات التي بموجبها تستطيع المقاولات اللجوء لنظام البطالة الجزئية محصورة في ظروف محددة، فطبقا لنص المادة L 5122-1 من مدونة الشغل الفرنسية يمكن للمشغل أن يضع أجراءه في وضعية البطالة الجزئية عندما يكون مضطرا إلى التقليص أو الوقف المؤقت لنشاط مقاولته لأحد الأسباب التالية:

الظرفية الاقتصادية، صعوبات متعلقة بالحصول على المواد الأولية أو الطاقة، كارثة أو سوء الأحوال الجوية ذات طبيعة استثنائية، تحويل المقاولة أو إعادة هيكلتها أو تحديثها، أي ظرفية أخرى ذات طابع استثنائي[3].

---

[1] المادة 106 ق.م السابقة الذكر.

[2] رشيد واضح، المرجع السابق، هامش، ص: 25.

[3] Xavier BERJOT, op.cit.

والملاحظ من خلال ما سبق أن هذه الحالات تكاد تستوعب كل الظروف المستعصية التي قد تواجه استمرارية العقود، وفي نفس السياق عملت مجموعة من الدول على التبسيط من إجراءات الحصول على الاستفادة من آلية البطالة الجزئية، كما عملت على التخفيف من شروط الاستفادة منه[1]، كل ذلك في سبيل الحفاظ على نشاط المقاولات وانقاذها من الفسخ.

ثانيا: آلية البطالة الجزئية سلاح فعال في مواجهة الأزمات الاقتصادية

في ظل الأزمة الصحية الأخيرة وتداعياتها خصوصا مع غياب أي مظهر من مظاهر الانفراج في المستقبل القريب، يبدو أنه من الضروري مزاولة البحث عن كل الآليات القانونية التي من شأنها التخفيف من آثار هذا الأزمة ومحاولة درجها في النصوص القانونية الخاصة بها، وتعتبر آلية البطالة الجزئية من أهم الأنظمة القانونية في هذا المجال إذ أنها تستهدف إنقاذ عقود الشغل التي تعتبر متوقفة طيلة المدة التي يتوقفون فيها عن العمل[2]، وبالتالي الحيلولة دون تعرضهم للفصل، كما أنها تحفظ للأجراء حقهم في العطلة المدفوعة الأجر، ولا يكون لها أي تأثير على حقهم في التقاعد، حيث تعتبر الفترة التي يقضيها الأجير في فترة البطالة الجزئية وكأنه في عمل فعلي[3].

المبحث الثاني: مساهمة القاضي الفعالة في إنقاذ العقد مبرر قوي لتوسيع سلطته في التعديل.

أصبحت مختلف التشريعات الحالية تتجه إلى الاعتراف بإمكانية تعديل العقد في مرحلة تنفيذه، خاصة في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته المتفق عليها عند إبرام العقد، ورغم رفض جانب من الفقه[4] التدخل القضائي في العقد وإلزامه باحترام قدسية بنوده، معتبرين أن تلك

---

[1] عبد الهادي الهنتالي الادريسي، المرجع السابق، ص: 120.

[2] طبقا لنص المادة L 5122-1 من مدونة الشغل الفرنسية.

[3] عبد الهادي الهنتالي الادريسي، المرجع السابق، ص: 122.

[4] بسام أحمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، " دراسة مقارنة"، دار واصل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، عمان، الأردن، ص: 16، رقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 92.

السلطة الممنوحة للقاضي من شأنها انتهاك الحرية التعاقدية[1] لاسيما في مرحلة تنفيذ العقد، وخروجا عن المبادئ التي تحكم العقد طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن تدخل القاضي سيكون إيجابيا فهو فضلا عن كونه حلا لضمان استمرارية العقد **(المطلب الأول)** فهو أيضا مكنة لمراعاة التوازن الموضوعي **(المطلب الثاني)** لهذا الأخير.

المطلب الأول: تفادي الفسخ، ضمان لاستمرارية العقد

من بين أهداف المشرع لمنح القاضي سلطة تعديل العقد في مرحلة تنفيذه نذكر الحد من فسخ العقد والعمل على إبقائه واستمراريته، ولبحث هذه السلطة أردت أن أناقش مدى فعالية السلطات الممنوحة للقاضي في منح المدين مهلة قضائية بغية الاستمرار في تنفيذ العقد والحيلولة دون وقوع الفسخ **(الفرع الأول)**، وفي انتظار تفعيل آلية الفسخ الجزئي التي ستشكل فرقا كبيرا في مجال الإنقاذ من حيث مدى فعاليتها في التوجه نحو إنقاذ العقود **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: سلطة القاضي في منح المدين أجلا آلية لاستمرار العقد مع الحيلولة دون وقوع الفسخ

يعد منح الأجل القضائي آلية من الآليات التقليدية التي يستند إليها القاضي للتدخل في العقود بالتعديل، وهي منظمة من أغلب التشريعات الحديثة[2]، كما أنها تدخل تحت صور تدخل المشرع غير المباشر في تعديل حقوق العقد[3]؛ وما بين ذكره من قبل شراح القانون[4] من أنه يشكل صورة من صور تدخل المشرع وذكره كصورة من صور تدخل القاضي في تعديل العقد، نود أن نقوم بدراسة هذه الآلية تحت لواء سلطة القاضي على اعتبار أن منح الأجل القضائي[5] هو أمر

---

[1] "واستنادا إلى نظرة شديدة المثالية للعقد فإن الطبيعة البشرية تكشف عن خطورة أن تعطى لشخص ثالث، وهو القاضي ذريعة التدخل في الحياة العقدية، فالعقد لا يجب أن يصبح أسرة مكونة من ثلاثة أفراد إلا تحت مظلة الأمانة والعدالة العقدية أما إن كان التدخل لأسباب أخرى فمن شأن ذلك أن يهدم الأمن القانوني ويفقد العقد جانبا كبيرا من فاعليته"، أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص: 170.

[2] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 374.

[3] إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 249.

[4] المرجع نفسه، ص: 250.

[5] يسمى الأجل القضائي بـ (نظرة الميسرة) والتي تم تعريفها بأنها: "أجل قضائي يجوز منحه للمدين بشروط معينة "، عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، 1995، ص: 36،

جوازي متروك للسلطة التقديرية للقاضي مع مراعاة عدة شروط أهمها ألا يوجد نص قانوني يمنع من منح الأجل القضائي، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 476 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أن الأجل القضائي لا يمنح في قضايا السفاتج والسندات لأمر والشيكات.

وقد لخص العديد من الفقهاء أن لا جدوى من المقارنة بين الأجل القضائي[1] الممنوح بمناسبة الفسخ والأجل القضائي بمناسبة دعوى التنفيذ[2]، حتى وإن كان هناك بعض الاختلاف البسيط[3] فإنه لا يغير من الأمر الأساسي من شيء، وهو تمتع القاضي بسلطة معترف بها في مجال منح الأجل القضائي للمتعاقد حتى يمكنه من تنفيذ التزاماته، وهذه السلطة تعتبر تدخلا صريحا في العقد وممارسة فعلية لتعديله، كما أن الأجل القضائي أو نظرة الميسرة تمنح من قبل القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ كاستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على أساس التخفيف من قساوة هذا المبدأ، كما يمنح أيضا للحد من الفسخ وتوقي نتائجه السلبية، وكلاهما يدخل في سلطة القاضي الممنوحة له من قبل المشرع للعمل على استمرار العقد وإنقاذه.

وقد أخذ المشرع بهذه الآلية وأعطى السلطة التقديرية للقاضي في منح المدين أجلا معقولا للوفاء بالتزامه، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 119 ق.م[4] التي تتجلى مظاهر السلطة

كما عرفت على أنها:" الحالة التي ينظر القاضي المدين فيها إلى أجل معقول للوفاء بالتزامه إذا استدعت حالته ذلك"، محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 376.

[1] تتعدد صور الأجل القضائي ومن ذلك الأجل الذي يضربه القاضي لحضور الخصوم حسب تقديره وحسب طبيعة النزاع، ومن ذلك الأجل الذي يمنحه القاضي للخصم لإحضار البينة التي تؤيد دعواه ومن ذلك الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين المعسر للوفاء بدينه لحين ميسرة، فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، هامش ص: 456.

[2] انظر مناقشة الآراء الفقهية حول نظرة الميسرة في رسالة الأستاذ محمد الخطيب، فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص: 486، أيضا، انظر: محمد بوكماش، السابق، ص: 384، 385.

[3] هناك من الفقهاء من يرى أن أهم الاختلاف بين الصورتين من الأجل القضائي تتمثل حسب تقديرهم بأن نظرة الميسرة إنما تمنح للمدين عند تأخر سداد ديونه المستحقة، أما المهلة القضائية فإنها تمنح بقرار من القاضي في دعوى الفسخ للحيلولة دون وقوع الفسخ والإبقاء على العقود ما أمكن معتبرين انها قد تمنح للمدين غير المعسر خلافا لنظرة الميسرة التي لا تمنح لغير المدين المعسر، كما أن المهلة الفضائية إنما تمنح للمدين المقامة ضده دعوى الفسخ، في حين تمنح نظرة الميسرة للمدين الذي تقام ضده دعوى التنفيذ العيني للالتزام، راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2017، ص: 179، 180.

التقديرية للقاضي فيها في مظهرين هما: - منح المدين أجلا لتمكينه من القيام بتنفيذ الالتزامات التي لم يقم بتنفيذها.

- رفض طلب الدائن بفسخ العقد لقيام المدين بمعظم التزاماته التي التزم بها بموجب العقد.

سنتحدث في هذا المقام عن الخيار الأول في عنصرين، وستتم دراسة الخيار الثاني لاحقا:

أولا: شروط منح القاضي للمدين مهلة قضائية

يتعلق منح المدين أجلا قضائيا نوعا من تعديل العقد يتعلق بأحد عناصره أو أركانه وهو أجل تنفيذ الالتزام العقدي ذلك أن من العقود ما يتراخى تنفيذها بسبب طبيعتها وباعتبار المدة ركنا فيها كعقود الإيجار وعقود التوريد، ومنها ما يتوقف تنفيذها إلى حلول الأجل الذي ضربه الأطراف كعقود القرض، ومن المفترض أنه بحلول أجل الوفاء يتعين على المدين أن يفي بالتزامه طواعية فإن هو امتنع عن أداء ما التزم به وكان في مقدوره الوفاء فإنه يجبر على ذلك[1]، وإن كان قد تعذر عليه الوفاء رغما عنه فهو يستحق فرصة لإنقاذ عقده متى توافرت عدة شروط نلخصها فيما يلي:

1- أن يكون المدين حسن النية: أي أن يكون تأخره عن الوفاء ناتج عن سوء حظه، وألا يرجع تعثره في تنفيذ التزاماته لسوء النية[2]، ويمكن استنتاج ذلك من خلال ظروف المدين، كأن يتعذر عليه بيع عقارات أو منقولات فيطلب مهلة تكفيه للتصرف فيها أو يكون له موارد لم تحن مواعيد استحقاقها بعد، فيطلب الأجل القضائي لحين الحصول عليها، ويمكن هنا أن نضيف أمر في غاية الأهمية أن المدين حسن النية يحتاج إلى تعاون من قبل الدائن ويدخل ذلك في صميم أخلقة العلاقات التعاقدية والسعي إلى إنقاذ العقود، فإن لم يكن الدائن متعاونا، يكون القاضي بسلطته في منح الأجل القضائي أحسن طريقة لمساندة المدين.

2- ألا يترتب على منح المدين أجلا قضائيا ضررا جسيما بالدائن: إذ ليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن فإذا كان يلحق الدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم يمتنع القاضي عن منح الأجل كأن يكون الدائن يعول على ما يستوفيه لأداء دين عليه،

---

[1] فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص: 456.

[2] عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص: 184، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص: 653.

ولا يستطيع التأخير في وفائه أو لكونه يرغب بعقد صفقة مالية مربحة له ويحتاج إلى النقود، أما إذا كان العكس[1] من ذلك فلا يتصور أن تحكم المحكمة بالفسخ وتحرم المدين من مهلة يرتب فيها أموره وينفذ بها التزامه ومثال ذلك أن يقوم الدهان بصباغة منزل لشخص دون أن يتمكن من إكمال حجرة صغيرة وبانقضاء الأجل المتفق عليه يلجأ الدائن متعسفا إلى القضاء للمطالبة بالفسخ، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي تفادي الفسخ الذي لا يشكل للمدين ضررا كبيرا، ومن ثم إنقاذ العقد بمنح مهلة مناسبة للدهان تمكنه من الوفاء بالتزامه كاملا، كما أن هناك من يرى أن منح الأجل من قبل القاضي لا بد أن يراعى فيه الفائدة التي يرجوها الدائن من التنفيذ، بمعنى أنه إذا انقضت الفائدة من تنفيذ العقد في الأجل المتفق عليه، يصبح منح الأجل للمدين دون فائدة[2]، وبالتالي يفترض على القاضي أن يرفض منحه أجلا للتنفيذ، ويحكم بفسخ العقد مع التعويض عن الشرر اللاحق بالدائن جراء التأخر.

3- أن يكون الأجل الممنوح للمدين معقولا: وفي ذلك سلطة تقديرية للقاضي الذي يمنح المدين مهلة معقولة آخذا فيها بعين الاعتبار القدر الضروري لتمكين المدين من الوفاء بالتزامه، مع جواز تقسيط الدين على أقساط تتلاءم مع مقدرة المدين على الوفاء بالدين[3]، كما يجب أن ينفرد بالاستفادة منه المدين وحده الذي تم منحه الأجل دون غيره من المدينين المتضامنين معه وأيضا أن يكون قاصرا على الدائن المحكوم به في مواجهته[4].

4- ألا يوجد نص قانوني يمنع من منح الأجل القضائي: إذ أن سلطة القاضي في منح الأجل هي مستمدة من قبل المشرع تطبيقا لنصوص قانونية تعطيه هذه السلطة، غير أنها تمنع في حالات معينة خاصة ما تعلق منها بالقانون التجاري، كما هو الحال بالنسبة لنص المادة 476

---

[1] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص: 651.

[2] عبد الكريم بلعيور، المرجع السابق، ص: 183، انظر ق.م. رقم 324034 الصادر بتاريخ 2007/02/21، م.م.ع لسنة 2007، عدد1، ص: 211، حيث جاء في المبدأ أن:" يتحمل المدين وحده تبعات الحوادث الاستثنائية العامة، الواقعة خارج الأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام، ولا يمكنه بالتالي المطالبة بتعديل العقد".

[3] بسام أحمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، "دراسة مقارنة"، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2018، ص: 276.

[4] فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص: 485، إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 253.

من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أن الأجل القضائي لا يمنح في قضايا السفاتج والسندات لأمر والشيكات.

ثانيا: خصوصية سلطة القاضي في منح المدين أجل للتنفيذ رغبة في المحافظة على العقود يبدو أن المشرع قد منح سلطة مطلقة للقضاء في منح الأجل مقارنة بباقي حالات التعديل، فهي لم تقصر حق منح الأجل على عقد معين أو حالة محددة بل يجوز استعمال هذه السلطة في جميع العقود التي تقبل الفسخ، كما لم يقيد القاضي في شأن هذه المهلة التي يمنحها للمدين لأجل تنفيذ التزامه، مما يتعين عليه أن يمارسها بحذر وألا يبالغ فيها، حتى لا تكون هذه السلطة مصدرا للاستهتار بتنفيذ العقود[1].

لكن في المقابل نلاحظ أن هذه السلطة جوازية أي يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للوفاء، كما يجوز له أن لا يمنحه هذا الأجل، في حين يراها الفقه الإسلامي واجبة على أساس أنها مفروضة بحكم الشارع[2]، والتي في اعتقادي بهذا المنحى تشكل أكثر ضمانة لتنفيذ العقود ومن ثم إنقاذها؛ كما أن سلطة القاضي في منح الأجل ليست من النظام العام، إذ يجوز لطرفي العقد الاتفاق على مخالفتها وبالتالي منع القاضي من إنقاذ العقد عن طريق الاتفاق المسبق، وذلك بخلاف ما جاء بالنسبة للأجل الذي يمنحه القاضي بمناسبة دعوى التنفيذ بموجب نص المادة 281 ق.م والتي تعتبر من النظام العام، إذ لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب ذلك الحق من القاضي.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يبين الشروط اللازم توفرها لكي يمنح القاضي للمدين أجلا قضائيا في المادة 119 ق.م واكتفى بربطها بالظروف في حين عدد المشرع المصري تلك الشروط السابق ذكرها في نص المادة 346 فقرة 2 بقولها:" على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم"، مما يثير

---

[1] -فايزة طبيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2018-2019 ص: 307.

[2] إبراهيم عنتر فتحي الحياني، المرجع السابق، ص: 257، فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص: 459، بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص: 275.

عدة تساؤلات خاصة فيما يخص نوعية الظروف التي تستميل القاضي بمنح أجل للمدين وكذا عدد المرات التي يمكن إعطاؤه إياها، فبالنسبة للظروف جاءت الكلمة مبهمة، مما يجعلنا نتساءل عن نوعية هذه الظروف، أو مدى أهميتها إذ وحسب قرار للمحكمة العليا[1] فقد تم منح أجل قضائي بسبب ظروف استثنائية، الذي جاء فيه ما يلي:" حيث أنه بالرجوع إلى المادة 106 من القانون المدني فإن العقد شريعة المتعاقدين وفي الدعوى الراهنة الطاعنة طلبت فسخ عقد البيع لعدم احترام من قبل المطعون ضدها شروط البيع لكن قضاة المجلس طبقوا نص المادة 119 من ق.م الفقرة الثانية منها متى منحوا أجلا للمطعون ضدها لتنفيذ التزاماتها واعتمدوا في قضائهم على الظروف الأمنية السائدة في منطقة الأخضرية سنة 1994 إذ طرأت حوادث استثنائية عامة ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة وبعد بمصالح المطعون ضدها، وعليه حين قضاة المجلس منحوا أجلا للمطعون ضدها للوفاء بالتزاماتهم فإنهم أحسنوا في تطبيق القانون"، ويبقى هنا التساؤل مطروحا خاصة وأن الظروف لم يتم تحديد صاحبها، إذ قد يكون التأخر ناتجا عن ظروف خاصة بالمدين وحده كما جاء في المادة 346 من التقنين المدني المصري بحيث حددها بعبارة "إذا كانت حالته" أي ظروف خاصة بالمدين لوحده ، كما يمكن أيضا أن يكون الضرر الناتج عن التأخر ناتج عن فعل الدائن لا عن فعل المدين[2]، كما أنني أعتقد أن القضاة في هذا القرار لما منحوا أجلا للمتعاقدة لتنفيذ التزاماتها المتأخرة لم يكن سندهم في ذلك المادة 2/119 ق.م ولكنهم استندوا على نص المادة 3/107 لأن الظروف المذكورة في القرار السابق هي ظروف عامة استثنائية وليست ظروف خاصة بالمتعاقدة لوحدها وبالتالي حكم القضاة كان على أساس رد الالتزام إلى الحد المعقول للمحافظة على العقد بعد مراعاتهم لمصلحة الطرفين على سبيل وقف العقد.

كما يثور خلاف فقهي حول عدد المرات التي يملك فيها القاضي سلطة منح المدين الأجل القضائي والتي أتصور أنها ترجع لسلطة القاضي البحتة فهو لا يتقيد بمدة معينة، كما أن له واسع النظر في تحديد المهلة القضائية التي يراها مناسبة وكافية لتنفيذ المدين لالتزامه، كما أنه

---

[1] ق.م.ع، ملف رقم 212782، الصادر بتاريخ 2000/01/12، بمجلة المحكمة العليا، سنة 2002، العدد الأول، ص: 144.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص: 692.

في حال انتهت تلك المدة دون أن يتمكن المدين من إتمام تنفيذ التزاماته كاملة، فإني لا أجد مانعا في أن للقاضي سلطة واسعة في إعادة إمهال المدين مهلا أخرى، شرط أن يتأكد القاضي من حسن نية المدين ورغبته الجادة في تنفيذ العقد، هذا من جهة، والتأكد أن إعطاء مهلة أخرى لا يلحق بالدائن ضررا جسيما من جهة أخرى، وبما أن كل هذه المسائل لم يتم مناقشتها في نصوص قانونية محددة، الأمر الذي يجعلنا نعتقد أنه من الأولى إيلاء أهمية أكبر لسلطة القاضي في منح الأجل القضائي من خلال ادخال إنقاذ العقود في عين الاعتبار ومن ثم توسيع نطاق هذه الآلية من خلال نصوص قانونية تعالج هذه السلطة بشكل كاف.

الفرع الثاني: تفعيل آلية الفسخ الجزئي خطوة جريئة في مجال إنقاذ العقود

القاعدة العامة تقتضي أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا قام أحد المتعاقدين بالإخلال بتنفيذ التزامه ينشأ للمتعاقد الآخر حق قدري في طلب فسخ العقد[1]، وقد يختار الإبقاء على العقد عند المطالبة بتنفيذه وهي الخيارات المحددة بالمادة 119، والتي منحها المشرع للدائن مع إمكانية التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك، وفي المقابل حددت المادة 119 ق.م سلطة القاضي إزاء الإخلال بالتنفيذ، فمنحته سلطة منح المدين أجلا حسب الظروف وهي ما يسمى "بالمهلة القضائية للوفاء"[2]، وهي ما يقابل "نظرة الميسرة" في الشريعة الإسلامية وهي جواز منع المحكمة للمدين المعسر حسن النية، أجلا معقولا لتنفيذ التزامه، مع حرصه على الوفاء، بشرط ألا يلحق الدائن بذلك ضرر جسيم[3]، كما أجاز المشرع للقاضي رفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات، وهنا يطرح التساؤل حول المعنى المقصود من هذا الخيار إذا تم رفض الفسخ، فهل يمكن القول بفسخ العقد جزئيا خاصة وإذا كان المدين يكون قد نفذ جزءا من العقد؟، إذ أن قرار القاضي برفض الفسخ ينتج عن قناعته بعدم جدوى محو العلاقة العقدية كليا، ومن ثم الاتجاه نحو الإبقاء على العقد واستقرار المعاملات.

---

[1] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1098.

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 721.

[3] المرجع نفسه، ص: 721، 722.

عند ما ينظر القاضي في العقد وفقا لسلطته التقديرية وتطبيقا لنص المادة 119 ق.م، له الحق في سلطات معينة:

- يجوز له أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، وهو إجراء إنساني عادل، فقد يكون تأخر المدين عن التنفيذ بحسن نية، وقد لا يكون الدائن قد أصابه ضرر من التأخير في التنفيذ[1]، وهي وسيلة فعالة بالنسبة للدائن، إذ لو انقضى الأجل دون تنفيذ وقع العقد مفسوخا[2].

- كما يجوز أن يرفض الفسخ ويحكم بالتعويض.

- كما يجوز له أن يقضي بالفسخ دون تعويض.

- ويجوز له أن يقضي بالفسخ مع التعويض وهو العلاج الأمثل في حالة عدم التنفيذ بخطأ[3]. وقد يكتفي القاضي بالحكم على المدين بتنفيذ الجزء المتبقي من الالتزام، وهو ما لم يذكر صراحة في المادة 119 ق.م، ولكن مع ذلك لم يمنع بعض المحاكم[4] من الأخذ به للدور الفعال الذي يتسم به كآلية لإنقاذ العقد من الفسخ الكلي والحكم بزوال العقد، الذي يتعارض والغايات الاقتصادية والاجتماعية من إبرامه، والقاضي بهذه السلطة يمثل مرافقا مهما لأطراف العلاقة العقدية في سبيل البحث عن آليات فعالة في الإبقاء عليه وديمومته[5].

---

[1] عبد الحي حجازي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص: 1099 كذلك

Anne – Sophie, op.cit., p :.463

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 721.

[3] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1099.

[4] نقض مدني فرنسي بتاريخ 1956/12/8، نقلا عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 720، كذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية منشور في المحاماة 1935، نقلا عن أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص: 147.

[5] Anne – Sophie, op.cit., p : 460.

أولا: الأساس القانوني للفسخ الجزئي

إن لجوء القاضي إلى الفسخ الجزئي يبقى مجهول الأساس القانوني، فهو لا يزال غير مؤكد بعد كتقنية قانونية[1]، وقد أعطت الأستاذة Corine تبريرين[2] لعدم التأكيد، إذ اعتبرت أن الأول يتمثل في عدم وجود تبرير نظري، في عدم وجود أساس قانوني طبقا للمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله، وبالتالي يلجأ الفقهاء إلى إيجاد أساس اقتصادي من (حيث الفائدة)، وكذا فلسفي (من حيث العدالة)، وقد اعتبرت أن اللجوء إلى الفسخ كمرجع ليس إلا إطار قانوني يهدف إلى إخفاء عدم قدرة الفقه لتبرير الفسخ الجزئي بالنظر إلى كل مزاياه العملية.

أما التبرير الثاني فهو مرتبط بالسلطات الممنوحة للقاضي، بحيث أننا نتبنى منهجا اقتصاديا أو أكثر فلسفيا، فالتقييم وفقا للعدالة لا يتم إلى وفقا لتدخل شخص مرجعي للتحكيم، وهذا الدور المنوط بالقاضي، فهو يقوم بذلك وفقا لسلطته التقديرية.

ويمثل الفسخ الجزئي حالة إنقاذ للعقود التي تتضمن التزامات متتابعة ومختلفة ومستقلة بعضها عن البعض الآخر من الفسخ الكلي وإعدام كامل العقد لإخلال المدين بالتزام معين[3]، بل يتعدى الأمر إلى أبعد من ذلك، إذ يمثل الجزاء المناسب والعادل في عقود التجارة الدولية التي تبرم عادة بين طرفين لا ينتميان إلى دولة واحدة، وتنصب على صفقات ضخمة يتم تنفيذها خلال أجل طويل، فضلا عما يستغرق إبرام العقد التجاري الدولي من مفاوضات واتفاقيات

---

[1] Corinne régale – Dumetz, la résolution partielle du contrat, thèse pour le doctorat en droit privé de l'université de Lille II, présenté et soutenu publiquement le 11 décembre 2001, préface de Christophe Jamin, nouvelle bibliothèque de thèses, DALLOZ, « la résolution partielle [.....] constitue une modification judiciaire de la convention, mais elle ne justifie par des raisons certaines d'équité, toutes les fois que le créancier obtient, pour l'exécution partielle, une satisfaction appréciable dont on est obligé de tenir compte ». Au regard de cette analyse, il apparait que la reconnaissance de la résolution partielle en tant que technique juridique est doublement incertaine.

[2] op.cit., p : 85.

[3] أمير طالب هادي التميمي، مقال بعنوان الفسخ الجزئي للعقد، (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد 4، الجزء 2، 2018، ص: 192.

تمهيدية، فليس من الملائم إذن لمقتضيات التجارة الدولية تقرير الفسخ، نظرا لآثاره المدمرة للعقد[1].

إن الفسخ الجزئي وسيلة لاقت بحثا من قبل الفقهاء نظرا لما تنطوي عليه من مزايا تصب كلها في حماية العقد وإنقاذه، فهناك من يعتبرها حلا وسطا ما بين عدم التنفيذ وجزاؤه[2] فوفقا للأستاذة Corine، التنفيذ الجزئي يعادل الفسخ الجزئي، ما يدعونا إلى التساؤل حول توسيع سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ الجزئي طالما أن المشرع أعطى له مكنة تقدير واقعة الإخلال، وبالتالي يقوم بمقارنة مقدار عدم التنفيذ بالجزء الذي تم تنفيذه، اعتمادا على معيار موضوعي، والذي لابد ألا يغني عن المعيار الشخصي، إذ يجب على القاضي، إلى جانب اهتمامه بالقيمة المادية للمحل (وهي قيمة المبادلة)، أن يهتم بالقيمة الشخصية لهذا المحل، أي الأهمية التي أسبغها المتعاقدان على هذا المحل [3].

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقدير واقعة الفسخ من عدمها، فبعد أن يتحقق من حالة الإخلال الذي تتخذ صورا متعددة كعدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ الجزئي للعقد أو التنفيذ المعيب أو التأخر في التنفيذ، يحكم بما يراه مناسبا، إذ له أن يحكم بالفسخ أو يرفضه – كما سبق وأن بينا – والصعوبة تظهر في حالة عدم وصول القاضي إلى قناعة الحكم بالفسخ خاصة في الحالة التي نص عليها المشرع وهي أن يكون الإخلال من قبل المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزام، والأولى أن يتخذ المشرع اتجاها واضحا وصريحا للتوجه نحو إنقاذ العقود، والفسخ الجزئي سيساعد لا محالة على الإبقاء على العقد بدل تحطيمه برمته، ولكن القاضي لا يجد أساسا قانونيا للحكم بالفسخ الجزئي – حسب التفصيل السابق-؛ ويميل الكثير من الفقه الفرنسي إلى الأخذ بالفسخ الجزئي شرط أن يكون الالتزام غير المنفذ قابل الانفصال عن مجموع الالتزامات الأخرى المنفذة، وهو ما يعرف بالمحل القابل للانقسام[4] أو التجزئة، وفي اعتقادي أن العمل على إيجاد حلول قانونية للتوصل إلى الأخذ بهذه الآلية كوضع

---

[1] أحمد الزقرد، المرجع السابق، ص: 144، 145، كذلك أمير طالب هادي التميمي، المرجع السابق، ص: 192، 193.

[2] Corine Riggale, op.cit., p : 408.

[3] عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص: 1097.

[4] أمير طالب هادي التميمي، المرجع السابق، ص: 193.

شروط وأسس معينة سيكون في مصلحة العقد والمتعاقدين والذين بارتباطهم في هذه العلاقة لابد أن يتحلى كل متعاقد بقواعد أخلاقية تجعلهم يتعاونون لإيصال هذه العلاقة للهدف المنشود، لكن دون الإخلال بقواعد حسن النية والأمانة العقدية[1] التي توجب على كل طرف عدم التضحية بمصالح الطرف الآخر وإنما لابد من التسامح والتعاون على إيجاد الحلول[2] التي تساعد على الوصول بالعقد إلى بر الأمان، فالدائن الذي لا يأخذ بيد المدين في سبيل تنفيذ العقد فهو يعتبر سيء النية[3]، إذ الأولى أن يتعاون الطرفان خاصة إذا كان ما لم يتم تنفيذه لا يؤدي إلى الأضرار بالدائن، إذ بإمكانه استنفاذ كل الفرص المتاحة لمساعدة المدين على استكمال تنفيذ التزاماته[4] وفقا لمبدأ حسن النية الذي يصبح عامل انتقاد لقرار الدائن[5]، وفي اعتقادي أنه يمكن منح المدين سلطة ارتضاء المطالبة بالفسخ الجزئي، ففي حالة تنفيذ المدين جزءا من التزامه عينا وامتناعه عن إكمال ما تبقى من التزامه بموجب العقد، يكون التنفيذ جزئيا وبالتالي يطالب المدين بفسخ الجزء المتبقي جزئيا لإبقاء العقد قائما في الجزء المنفذ وذلك بالطبع بعد أن يطالب المدين بتنفيذ الجزء المتبقي تنفيذا بمقابل، في محاولة منه إلى الإبقاء على تنفيذ كامل العقد إذ أنه سيحصل على جزء منفذ عينا وجزء آخر منفذ بمقابل في نفس العقد، لكن يبقى التساؤل مطروحا حول إمكانية جمع التنفيذ العيني مع التنفيذ بمقابل؟

إن الحفاظ على العقد هو منهج يحتاج إلى تدعيم، فإذا تم الإيمان به وجدت الحلول، لذلك فالمشرع إذا أراد تبني هذا المنهج سيجد الوسائل لا محالة، خاصة وأن هناك عدة بوادر

---

[1] أمير طالب هادي التميمي، المرجع السابق، ص: 201.

[2] Aurélie zagori, la volonté dans la gestion des conflits, tome I, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit université paris – Saclay, p : 32.

[3]« Dans certaines circonstances, le créancier qui est averti des difficultés de son débiteur doit non seulement réagir, mais également tester de l'aider à trouver des solutions ... », Christine le brun, op.cit. p : 97.

[4]« Il en ressort que le créancier qui est informé des difficultés de son débiteur qui ne prend aucune mesure concrète pour lui permettre de remplir ses obligations n'exécute pas son contrat de bonne foi », op.cit., p : 98.

[5]« L'obligation de coopération exige que les parties collaborent afin de donner plein effet au contrat ». le créancier ne doit pas «prendre prétexte d'une exécution insatisfaisante pour que cesse cette obligation de bonne foi et que cesse la collaboration » « En l'espèce, le début de la vente du produits, le fabricant avait formule de nombreuses plaintes contre le distributeur sans « donner la chance au coureur » or, le devoir de coopération exigeait qu'il tente d'aider le distributeur à exécuter ses obligations sans « Sauter sur la première occasion pour compromettre les relations et créer un faux contentieux contractuel, qui rend la suite des relations impossible », op.cit., p : 99.

لأخذه بالفسخ الجزئي للعقد، كما هو الحال بالنسبة للمادة 370 ق.م، إذ يجوز للمشتري في حال نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه إما أن يطلب فسخ البيع كلية وهو الفسخ الكلي، وإما الإبقاء على البيع مع إنقاص الثمن وهذا هو الفسخ الجزئي، وقد ربط المشرع إمكانية المطالبة بالفسخ الكلي بجسامة النقص، كما نصت أيضا482 ق.م على الفسخ الجزئي لعقد الإيجار إذ للمستأجر المطالبة بإنقاص الأجرة بقدر ما نقص من قيمة العين المؤجرة، وهو ما يعد فسخا جزئيا للعقد.

نتيجة لما سبق فإن الأولى مطالبة الدائن بالفسخ الجزئي كعلاج أولى من الفسخ الكلي والذي يساير مبدأ القوة الملزمة للعقد، في حين أن القضاء بالفسخ الجزئي من قبل القاضي أمر فيه اختلاف إذ يرى البعض أنه خروج عن السلطة الممنوحة للقاضي[1]، بل أن هناك من وصفه بخيانة نية الأطراف[2]، وهناك من وصفه بوسيلة إسعاف المدين المتعثر في تنفيذ التزاماته سيما عند عدم تمكنه من الإيفاء بالمتبقي على الرغم من استنفاذ كافة ضماناته، كما أن هناك من اعتبر الفسخ الجزئي، تغيير قضائي للاتفاقية[3]، وبين هذا وذاك لا يمكن التغاضي عن كون الفسخ الجزئي الحل الأكثر ملاءمة وعدالة لتحقيق مصالح الأطراف المتعاقدة وبالتالي لم لا النص صراحة على هذه الآلية وإدراجها في المادة 119 ق.م كخيار للدائن في محاولة الإبقاء على العقد ترسيخا لمبدأ حسن النية والتعاون على إتمام الاتفاق، أو كعلاج يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي يقضي به متى اقتنع أنه الحل الأمثل للإخلال بالتنفيذ، وبالتالي لابد من توسيع هذه السلطة من خلال منح القاضي القدرة على التوسع أكثر في صلاحياته آخذا بعين الاعتبار أولوية الإبقاء على العقد بدل إنهائه دون الإخلال بمصلحة المتعاقدين التي تتطلب الموازنة ما بين جسامة الإخلال والضرر الذي يصيب الدائن[4]؛ وكمقترح أظن أنه من المستحسن إعادة النظر في المادة 119 ق.م على النحو التالي: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر ما يلي:

---

[1] الذي لابد أن يستند لمبررات حتى لا يكون موطن للانتقاد، والتي يمكن إرجاعها إلى قواعد أخلاقية وموجبات حسن النية في التعامل، أمير طالب هادي التيميي، المرجع السابق، ص: 200.

[2] Corine Rigalle-Dumetz, op.cit., p : 85.

[3] Fuzier-Herman, code civil annonté, pris du : Corine Rigalle - Dumetz, op.cit., p :84.

[4] Aurélie Zagori, op.cit., p :33.

- أن يمنح المدين مهلة لتنفيذ التزامه، إذا كان الخلل في التنفيذ مسألة زمنية.

- أن يطالب المدين بإصلاح الخلل في التنفيذ إذا كانت المخالفة ليست جوهرية.

- أن يطالب بفسخ العقد مع عدم التعسف في استعمال الحق.

- أن يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق كلما اقتضى الأمر ذلك.

وتبقى السلطة التقديرية للقاضي الذي بأخذ بعين الاعتبار الإبقاء على العقد بدل الفسخ وله في ذلك الاعتماد على كل المكنات والآليات الممكنة (منح مهلة للوفاء، فسخ جزئي، استبدال السلعة، تصحيح التنفيذ وغيرها)».

بالرجوع إلى نص المادة 119 فقرة 2 ق.م نلاحظ أن المشرع قد منح للقاضي خيارين جوازيين: الأول متعلق بمنح المدين أجلا قصد إنقاذ العقد من الفسخ، والثاني هو رفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات، والذي يمكن أن نفهمه من خلال الخيار الثاني أن القاضي في حالة رفض الفسخ يكون قد ارتضى بجزء مهم من الالتزامات في العقد وهو ما عبر عنه بالفسخ الجزئي، وفي اعتقادي أن المشرع الجزائري كان موفقا في هذا الجزء من المادة بالذات إذ يميل إلى التوجه نحو الحيلولة دون وقوع الفسخ في حين أن هناك من يرجح كفة الفسخ أكثر وهو ما نص عليه المشرع الأردني من خلال المادة 246 من القانون المدني الأردني والتي تضمنت:" 1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه. 2- ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى" ، والملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الأردني يتجه إلى إلزام المدين بالتنفيذ الحال أو إعطائه أجلا مسمى ثم مباشرة يعطى للقاضي سلطة الفسخ والحكم بالتعويض دون إعطاء مجال للفسخ الجزئي، ويمكن إرجاع ذلك إلى التشدد في عملية التنفيذ، بينما المشرع الجزائري أعطى للقاضي من خلال الفقرة الثانية من المادة 119 ق.م التي تنص على أن:" ...كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"، سلطة رفض الفسخ وهو الأمر الذي يبين منحى المشرع الواضح في رفض الفسخ والإبقاء على العلاقة العقدية ما أمكن، وفي نفس السياق نشير أيضا إلى أن المشرع قد أبقى الباب مفتوحا أمام طرفي العقد في الحيلولة دون الفسخ

بالعدول عنه قبل الحكم به، فالدائن يمكنه المطالبة بالتنفيذ عينا أو بمقابل، والمدين له أن يبادر بتنفيذ التزامه العقدي قبل الحكم بالفسخ.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد حصر دور القاضي في التدخل لرفض الفسخ الكلي للعقد من خلال سلطته في تقييم مدى أهمية الالتزامات المتبقية التي لم يوف بها المدين، وهو ما يعبر عن تدخل القاضي لتدعيم الفعالية الاقتصادية للجزء المنفذ، والتي يقع عبء تحديد مدى أهميتها بالنسبة لكامل الالتزامات، وفي اعتقادي أن تدخل القاضي ليس إيجابيا كفاية لإنقاذ العقد من الفسخ خاصة وأن دوره يبقى تقييميا، فهو يبحث فيما إذا كان عدم التنفيذ يخص التزامات مهمة وحاسمة[1] في العقد، كما أنه يقوم بتقييم مدى خطورة وأهمية الإخلال كما أنه يتحقق من درجة المساس بفائدة وفعالية العقد الاقتصادية، ومن خلال ذلك فهو يقرر ما إذا كان سيرفض الفسخ أم يحكم به، في حين نجد بالمقابل أن دور الدائن أو المدين أكثر إيجابية ، إذ يمكن أن يتفادى كل منهما الفسخ في أي وقت قبل النطق به فللدائن الحق في العدول عن طلب التحلل من العقد بفسخه في أي وقت ومن ثم المطالبة بتنفيذ العقد، ولا يجوز للقاضي حينئذ أن يحكم بالفسخ ولا التعويض من تلقاء نفسه، بل لابد أن يتمسك بذلك الالتزام وفقا لاجتهادات المحكمة العليا[2]، كما يجوز للمدين دفع طلب الفسخ بإظهار حسن نيته واستعداده لتنفيذ التزامه من خلال التعجيل في هذا التنفيذ.

ومن خلال ما سبق يمكننا أن نتساءل عن إمكانية تدخل القاضي إيجابيا من خلال تعديل الالتزامات التي لم يتم الوفاء بها من قبل المدين، فيقوم مثلا بإنقاص الثمن في عقد البيع في مقابل التأخر في تنفيذ الالتزامات أو في مقابل الحصول على مبيع ذو جودة أقل من تلك التي تم الاتفاق عليها بين الطرفين كما يمكنه تخفيض ثمن البضاعة بقدر ما نقص منها، أو بتخفيض الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع بالعين المؤجرة[3]، ومن ثم جعله يبحث عن بدائل للفسخ يمكنه من خلالها وصف علاج عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه طالما يحافظ على فعالية العقد وفائدته، أما إذا أصبح العقد عديم الفائدة فالفسخ في هذه الحالة لم يعد خيارا وإنما ضرورة

---

[1] Judith Rochfled, op.cit. p: 286.

[2] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 722.

[3] حسام الدين محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص: 191.

يقتضي النطق بها كآخر الحلول، والجدير بالذكر في هذا المقام أنه وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي بعد تعديله الأخير نجد أنه قد أورد جزاء جديدا يتمثل في تخفيض الثمن بموجب المادة 1223 منه والذي قد يفتح مجالا خصبا لإنقاذ العقود.

ثانيا: الاعتراف بالفسخ الجزئي: إمكانية تتناسب مع التطلعات القانونية لإنقاذ العقد ولو بصورة جزئية. يعد الفسخ الجزئي وسيلة قانونية يلجأ إليها القاضي لإيجاد حل لإشكالية التنفيذ الجزئي أو المعيب للعقد، ورغم أن الفسخ الجزئي يعتبر في نظر البعض خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد وخرقا لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن الواقع العملي أثبت مدى استجابته لغايات اقتصادية واجتماعية تتمثل في الحفاظ على العلاقة العقدية وضمان استقرار المعاملات، وذلك من خلال تصحيح الخلل الحاصل أثناء تنفيذ العقد وبالتالي إعادة التوازن بين التزامات طرفي العقد، وسنحاول من خلال هذه الدراسة أن نتطرق للمعايير التي يستند عليها القاضي في تقدير طلب الفسخ، كما ندرس أيضا المعايير التي يقوم عليها تقديره لواقعة عدم التنفيذ الجزئي للعقد.

1- سلطة القاضي التقديرية في رفض طلب الفسخ: من خلال الفقرة الثانية من المادة 119 ق.م يتبين أن للقاضي دورا مهما في تقدير جسامة عدم التنفيذ التي أدت بالدائن إلى المطالبة بالفسخ، فممكن أن يكون عدم التنفيذ المدعى به من الدائن كليا، أي أن المدين لم يقم بتنفيذ جميع الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه، وفي مثل هذه الحالة غالبا ما يستجيب القاضي لطلب الفسخ، كما يمكن أن يكون عدم التنفيذ جزئيا، وهنا تظهر أهمية سلطة القاضي التقديرية في تقدير جسامة عدم التنفيذ، وحتى يصل إلى ذلك عليه الاستعانة بمعيارين سنبينهما فيما يلي:

أ- اعتماده المعيار الذاتي في رفض طلب الفسخ: ومؤداه أن القاضي عند تقديره لجسامة عدم التنفيذ، يأخذ في اعتباره نية الدائن، فإن وجد أن عدم التنفيذ ولو أنه جزئي يحرم الدائن من أداء يعتبر في نظره – الدائن -، أهم عنصر في العقد كان ذلك غير كافيا لأن يحكم بالفسخ، أما إذا لم يجد هذه الأهمية، فممكن أن يرفض الفسخ؛ ولقد ورد في القانون المدني الجزائري عدة تطبيقات لهذا المبدأ نذكر من بينها على سبيل المثال ما ورد في نص المادة 365 منه والتي جاء فيها ما يلي:" إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما

يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو يعلمها المشتري لما أتم البيع..."، كما نصت أيضا المادة 370 منه على أن:" إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن".

وحسب هاتين المادتين يتبين أن القاضي يستعين بالمعيار الذاتي عند تقديره لأهمية عدم التنفيذ الذي تسبب فيه المدين، وما يجب ملاحظته هو أن المعيار شخصي محض، فما يعتبره أحد الدائنين مهما ومفيدا بالنسبة له، قد لا يراه دائن آخر على هذا الوجه، لهذا على القاضي أن يأخذ بإرادة كل دائن على حدى، وليس إرادة الدائن العادي؛ إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذا المعيار على إطلاقه، إذ أن القاضي لا يمكنه الوصول إلى الحقيقة في جميع الحالات، والتي قد يكون من بينها أن تكون نية الدائن سيئة للتنصل من العلاقة العقدية والسعي إلى فسخها[1]، كما أن التنفيذ قد يتخذ صورا متعددة لا يمكن الاعتماد فيها على المعيار الذاتي، بل لا بد من الاستعانة بقواعد موضوعية توضح كمية الالتزامات التعاقدية.

ب- اعتماد المعيار الموضوعي: بالرجوع إلى نص المادة 119 ق.م يتبين أن المشرع يعتمد في هذه المادة كأصل عام على المعيار الموضوعي، إذ على القاضي أن يقوم بتقييم مدى أهمية الالتزامات التي لم يقم المدين الوفاء بها بالنظر إلى جملة الالتزامات الناشئة عن العقد المراد فسخه والتي على ضوئها يستطيع الحكم بالفسخ أو يرفض الطلب، ولقد أورد المشرع تطبيقات لهذا المعيار نذكر من بينها ما ورد في المادة 477 ق.م التي تنص على أن:" إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال الذي أجريت من أجله أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك"، من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع أعطى للدائن بالالتزام الحق في طلب الفسخ عندما يكون النقص معتبرا؛ كما تجدر الإشارة إلى أنه من الممكن أن يتخذ القاضي موقفا وسطا بين فسخ العقد كليا أو

[1] Hariz Saidani, La rupture du contrat, thèse de doctorat, université de Toulon, 2015, publiée par HAL, 12/05/2017, France.

رفضه كليا، وذلك بأن يفسخ جزءا منه، ويبقي بقية الأجزاء الأخرى طبقا لسلطته التقديرية إذا كان الإخلال العقدي المقابل جزئيا، قليل الأهمية بالنسبة إلى كافة الالتزامات التي يفرضها العقد، وذلك للمحافظة على العلاقة العقدية[1]؛ غير أن القاضي لا يجوز له الحكم بالفسخ الجزئي إذا تمسك الدائن بأهمية ما لم ينفذ بالنسبة إليه طبقا للمعيار الذاتي السابق الذكر.

2 – سلطة القاضي التقديرية في تقدير واقعة عدم التنفيذ الجزئي للعقد: يبدو أن المشرع وفي اتجاهه إلى الحد والتقليل من خطورة جزاء الفسخ، منح القاضي سلطة رفض طلب الفسخ الذي يقدمه الدائن قصد التحلل من التزاماته التعاقدية، وتكون سلطة القاضي هنا على نوعين فهي إما أن تمتد إلى كافة أجزاء العقد، ونكون بصدد رفض كلي لطلب الفسخ، كما قد ينصب الرفض فقط على بعض أجزائه فنكون أمام رفض جزئي لطلب الفسخ، وحسب ما جاء في المادة 119 فقرة 2 فإن القاضي له أن يرفض الفسخ كليا أو جزئيا، بعد قيامه بعملية تقدير درجة أهمية ما لم يتم تنفيذه، بحيث يمكن للقاضي فسخ العقد إذا كان إخلال المدين بالتزاماته إخلالا جوهريا[2] أو جسيما، أما في حالة كون الإخلال بالعقد يسيرا وقليل الأهمية يجوز للقاضي رفض طلب الفسخ، وقد يرفض القاضي طلب الفسخ ولكن جزئيا وهو ما يطلق عليه الفسخ الجزئي والذي أراه منطقيا جدا بل ويعتبر آلية جادة للإنقاذ وتدخل في صميم السلطة التقديرية للقاضي، إذ ما دام يتمتع بسلطة الحكم بالفسخ الكلي أو الرفض الكلي للفسخ ليس هناك ما يمنع من مباشرة سلطته بالحكم بالفسخ الجزئي أو الرفض الجزئي له، ولن يكون بمثابة خروج عن النص التشريعي وفقا لقاعدة المطلق يجري على إطلاقه[3]، مادام أنه لا يقر صراحة بالفسخ الجزئي كخيار من الخيارات الممنوحة للقاضي، إلا أنه أيضا لا يمنع من الأخذ به.

والجدير بالذكر في هذا المقام أنه على القضاء الجزائري أن يحاول مواكبة التطور الحاصل بالقضاء المقارن والذي يلاحظ عليه أنه يتطلع بقراراته بخصوص الفسخ الجزئي إلى إنقاذ العقود من الفسخ، بالرغم من عدم وجود نصوص قانونية صريحة تنظمها، وفي اعتقادي أن

---

[1] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 720.

[2] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 264 وما بعدها.

[3] أمير طالب هادي التميمي، المرجع السابق، ص: 215.

الفسخ الجزئي يدخل في صميم دور القاضي في تطويع العقد، إذ باعتماده هذه الآلية يكون قد عزز دور استمرار العلاقة العقدية بما يضمن مصالح الأطراف المتعاقدة في حالات الإخلال الجزئي والمعيب من قبل المدين، وفقا لمقتضيات حسن النية كونه من المبادئ المسلم بها، وفي انتظار صدور اجتهاد قضائي (جريء) يرتقي إلى البحث دائما عن الحلول الأكثر نجاعة في الحفاظ على العقد، يبقى على القاضي أن لا يتقيد بالنص حرفيا، وإنما الأولى به أن يقوم بالبحث عن حلول وبدائل تكون أكثر عدالة وملاءمة وانسجاما مع مقتضيات شرف التعامل والثقة المتبادلة، وعدم الإضرار بالغير[1].

نعود إلى الحديث عن سلطة القاضي في تقدير مدى أهمية مالم يوف به المدين بالنظر إلى كامل الالتزامات، والملاحظ بهذا الخصوص أن المشرع[2] تارة يعبر عن النقص بعبارة "قليل الأهمية"، وتارة أخرى بعبارة "الجسيم" والعبارتان تختلفان من حيث المعنى، ما يجعل تقدير مدى إخلال المدين بالتزاماته صعبا، كما أنه ليس هناك وضوح في قيمة أو كمية الإخلال اللازم للحكم بالفسخ من عدمه وهو ما يشكل ثغرة قانونية تزيد من صعوبة تقدير القاضي، بالإضافة إلى أن عبارة " يجوز" تعني أنه وبالرغم من كون مالم يوف به المدين قليل الأهمية يمكن أن يحكم القاضي بفسخ العقد كليا وهو ما يتعارض مع العدالة، إذ أن الجانب الأكبر من الالتزام قد نفذ وما تبقى دون تنفيذ هو جزء قليل الأهمية إلا أنه وكما سبق ذكره فإن تقدير القاضي لمدى أهمية ما أداه المدين يكون أيضا مرهون بإرادة الدائن ويقصد به كل دائن على حدى[3]، خاصة

---

[1] فيمكن استثناء الحكم بالفسخ الجزئي إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام كله، في محاولة من القضاء وإعمالا لسلطنه التقديرية في التدخل وتعطيل الحكم بالفسخ كليا للعقد، نزولا على مقتضى حسن النية وتطبيقا لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، عبد الحي حجازي، عقد المدة، مأخوذ عن: أمير طالب هادي التميمي، المرجع السابق، ص: 205.

[2] وهو ما لاحظته أيضا بالنسبة للمحاكم الفرنسية إذ تارة وردت عبارة " assez d'importance"، وتارة أخرى " une gravité suffisante «، نذكر من بينها:

cass.ch, 4juin 1888, d.p 1889, p : 248, cass.civ, 14 avril 1891, bull. civ, n 55, pm 103, cass. Com, 9 janvier 2001, n :97…Saidani Hariz, op.cit. p : 65, 66.

[3] وهو ما اعتمدته المحاكم الفرنسية أيضا في قراراتها ما جعل بعض الفقهاء يتساءلون عن إمكانية تنصيب لجنة تقييم مدى أهمية أو خطورة عدم التنفيذ،

" La cour a ainsi estimé que la gravité de l'inexécution doit tenir compte des circonstances de fait de chaque espèce soumis au juge.

وأن المشرع قد كرس المعيار الذاتي وبشدة خاصة في عقود البيع كما نصت على ذلك المادة 365 ق.م، وكذلك المادة 370 ق.م.

نشير إلى أن الهدف من تدخل القاضي هو الحد من تلك المبررات غير الكافية التي يقدمها الدائن للتحلل من العلاقة العقدية، لكن ليس من المفروض أن يشكل القاضي بتدخله هذا عقبة أمام حقوق الدائن، وإنما لا بد أن يشكل تدخله آلية للحفاظ على مصالح طرفي العلاقة العقدية، ويربط بعض الفقهاء ومن بينهم الفقيه POTHIER[1] نطق القاضي بالفسخ من عدمه إلى مدى تأثير الإخلال على المنفعة المرجوة والتي لولاها لما أبرم المتعاقدان هذا الاتفاق، وتبقى مسؤولية القاضي قائمة في البحث في عبارات العقد عن الهدف الذي كان يرجوه قبل الاخلال بتنفيذه، إذ قد يتم تنفيذ الالتزامات ولكن بتأخير، أو بشكل معيب أو غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، ما يجعل الدائن لا يستفيد من الإبقاء على العقد فيفضل فسخه بعد أن فقد بالنسبة إليه فائدته الاقتصادية[2] وأصبح استمراره يشكل ضررا كبيرا على مصلحته، وفي هذه الحالة يسهل على القاضي الحكم بالفسخ، وتكمن الصعوبة عندما يشكل الخلل في التنفيذ أو النقص فيه فائدة بالنسبة للدائن، حيث يجب على القاضي أن يبحث وبطريقة عادلة فيما إذا كانت الأهداف المرجوة من إبرام العقد قد تغني الدائن من الإنهاء غير النفعي للعلاقة العقدية، وهو ما يدفع القاضي إلى الاستناد على قدر الضرر الذي أصاب الدائن من جراء الخلل في التنفيذ، ولكن لن يكون ذلك صائبا لأن تقدير الضرر ليس له علاقة بالحكم بالفسخ أو رفضه وإنما يؤثر على تقدير التعويض الناجم عنه فحسب، ما جعل الفقيه SEUBE[3] يعتبر أن التعقيدات المتزايدة للتقنيات التعاقدية هو الذي يمكن أن نبني عليه ضرورة الحكم بالفسخ الجزئي ومن ثم تجنب آثار الفسخ الكلي وهو ما يحقق العدالة، بأن يأخذ القاضي موقفا وسطيا يوازن فيه ما بين مدى فائدة الحكم بالتنفيذ الجزئي للعقد، وقيمة الأضرار التي تلحق بالمدين.

Autrement dit, faire une analyse au cas par cas sans se contenter de faire un catalogage, comme elle le précise dans son arrêt du 22 mars 1983..., Saidani Hariz, op.cit. p :34,35."

[1] Saidani Hariz, op.cit., p: 41.

[2] بلال عثماني، المرجع السابق، ص: 261.

[3] Saidani Hariz, op.cit. p: 69.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في التعديل: تدعيم توازن العلاقة العقدية ودعم للأمن التعاقدي

تعد قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" من آثار مبدأ سلطان الإرادة، فالعقد كالقانون من حيث آثاره الملزمة، ومنذ مطلع القرن العشرين بدأت بوادر تطور التشريع والقضاء وفقه القانون وفلسفته، والتي نتج عنها تزايد الاعتراف بسلطة القاضي في تعديل العقد، خاصة بعد بروز مخاطر الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه وما نتج عنه من اختلال في توازن العلاقات التعاقدية؛ وباعتبار الحديث عن العقد السليم يجرنا إلى التسليم بأنه ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزامات فحسب، وإنما هو أيضا ذلك العقد الذي تتناسب فيه منافع الطرفين، وذلك لأن العقد يقوم بتحقيق منافع اقتصادية واجتماعية لا يقتصر أثره على المتعاقدين فحسب، بل ينعكس أثره على المجتمع، لذلك حرصت التشريعات على أن تسند للقاضي سلطة التدخل لتنظيم العلاقات التعاقدية على أساس من العدل، ومراقبتها منذ نشأتها حتى انتهائها، وهذا كاستثناء يرد على القوة الملزمة للعقد.

يتدخل القاضي لتعديل العقد متى وجد نفسه أمام حالة من حالات اختلال التوازن العقدي، إما في مرحلة إنشاء العقد في صورة ما إذا كان أحد أطرافه مضطرا للتعاقد تحت ظرف من الظروف، فيستغل الطرف الآخر ذلك ليضمن هذا العقد شروطا مجحفة تنطوي على غبن مما يجعله يتحمل التزامات لا تتعادل بتاتا مع ما اكتسبه من حقوق، أو يكون أحد أطراف العقد محتكرا لسلعة أساسية أو خدمة ضرورية فيفرض شروطه ويذعن لها الطرف الآخر كما هي دون مناقشتها، كما يجوز للقاضي التدخل في مرحلة تنفيذ العقد إذا ما حدثت ظروف طارئة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، أو دفعها عند وقوعها تسبب خسارة فادحة للمدين إذا ما نفذ العقد وفق الشروط المتفق عليها، أو تضمن العقد شرطا جزائيا[1] فيه مغالاة وغبنا لأحد

[1] تقوم فكرة الشرط الجزائي على أساس وجوب التعويض المتفق عليه بين القائم بالعمل ورب العمل، وهو أكثر ما يكون في عقود المقاولات لخطورة شأنها، ويعتبر التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي وسيلة وضمانة تكفل تنفيذ الالتزامات التعاقدية فالمتعاقد إذا لأدرك مسبقا أنه في حالة عدم تنفيذ التزاماته أو تراخيه في ذلك، يكون ملزما بدفع تعويض اتفاقي حمله ذلك على الوفاء بما التزم به وفي الأجل المحدد للوفاء، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص: 11، هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي – الشرط الجزائي- دراسة مقارنة، المصدر القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2011، ص: 25؛ فالتعويض الاتفاقي أداة

أطراف العقد فيتدخل لتخفيض الشرط الجزائي بما يوجبه تنفيذ العقود من حسن نية ونزاهة كما يراعي الابتعاد عن الإجحاف الذي قد يصيب أحد الأطراف[1].

ولا يمكن أن ننكر مدى خطورة سلطة القاضي في تعديل العقد، إلا أننا وفي المقابل نبحث عن حلول وآليات تساعد على إنقاذ العقود والمساهمة في تحقيق الأمن التعاقدي، وفيما يلي سنحاول البحث عن سلطة القاضي في إنقاذ العقد من خلال حمايته من اختلالات التكوين **(الفرع الأول)**، ثم سلطته في تدعيم التوازن الاقتصادي للعقد في مرحلة التنفيذ **(الفرع الثاني)**.

ضغط هدفها ضمان تنفيذ العقد، حيث يضمن كل طرف لنفسه أنه سيتم تنفيذ الالتزام من الطرف المقابل وبذلك فالدفع إلى هذا الشرط وتضمينه العقد هو الحاجة إلى الأمان، وإمعان الثقة في ضمان تنفيذ ما ورد بالعقد من التزامات، فايزة طبيب، المرجع السابق، ص: 269، كما أنه يجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وطلب التعويض لجبر الضرر الحاصل وما ينجم عنه من إجراءات قانونية معقدة وجد مكلفة.

[1] سأكتفي بالحديث عن سلطة القاضي في تعديل العقد بمناسبة الظروف الطارئة دون التطرق لسلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، ذلك لأنني أعتقد أن الشرط الجزائي في حد ذاته يشكل وسيلة قانونية تساعد على ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وليس تعديل القاضي للشرط هو ما يمثلها، ويمارس القاضي سلطته لتعديل مضمون الشرط الجزائي إما عن طريق التخفيض أو الزيادة، ولكي يمارس سلطته في تخفيض التعويض الاتفاقي وجب أن يكون تقدير التعويض المتفق عليه من قبل الأطراف مفرطا أو مبالغا فيه، أو أن يتم تنفيذ جزئي للالتزام الأصلي، وهو ما نصت عليه المادة 184 فقرة2 ق.م، وبما أن القاضي يسعى للمحافظة على استمرار واستقرار المعاملات بما يوجبه تنفيذ العقود من حسن نية ونزاهة والابتعاد عن الاجحاف الذي قد يصيب أحد الأطراف، فهو يتدخل لتخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه من قبل الأطراف، ويظهر دور القاضي في تعديل العقد في هذا الصدد، خاصة بالنسبة للتنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، ومفاده أن المدين قد قام فعلا بتنفيذ التزامه، إلا أنه توقف في جزء منه، وأن الجزء المتبقي الذي لم ينفذه المدين قد ألحق ضررا بالدائن، ولذلك ليس من العدل أن يلزم المدين بالوفاء بالمبلغ المتفق عليه كاملا، ويلزم القاضي بالقيام بعملية التخفيض في حالة ما إذا طلب المدين منه ذلك وتحقق الضرر فعلا لدائن، وأثبت المدين أنه فعلا قام بتنفيذ جزئي للالتزام الأصلي في العقد، ويراعي القاضي أثناء عملية التخفيض الضرر اللاحق بالدائن، ويقارنها بالفائدة التي عادت إليه أي يقوم بعملية المقارنة بين عنصري الضرر والفائدة، خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص: 103؛ أما إذا لم يتحقق الضرر فلا مجال لاستحقاق الشرط الجزائي وهو ما نصت عليه المادة 184 فقرة 1 ق.م، مع الأخذ بعين الاعتبار أن القاضي في كل الحالات لا يسعى لإضفاء مساواة حقيقية بين الضرر اللاحق بالدائن ومقدار التعويض بقدر ما يكفيه إضفاء توازن بينهما مع ضمان حق كل من طرفي العقد، إذ يراعي مصلحة الدائن وحقه في ضمان التنفيذ من جهة وعدم تحميل المدين شيئا لم يقم به من جهة أخرى، حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص: 90، مع التدقيق في مسألة البحث عن النية الحسنة والسيئة للمدين.

الفرع الأول: سلطة القاضي في معالجة اختلالات تكوين العقد

إن القول بأن القاضي يملك سلطة تعديل العقد لا يعني أنه يقوم بذلك تبعا لميولاته أو استنادا لمطالب أحد الأطراف، وإنما هي سلطة خولها له المشرع لتحقيق التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد، ومحاولة الوصول إلى تحقيق العدالة بينهم، إذ قد لا يتحقق التوازن الاقتصادي في العقد ابتداء لعيب يشوب هذا العقد، أو لعدم التعادل الاقتصادي بين طرفيه، ما يحدث اختلالا في تكوين العقد يمكن أن يرتب تنفيذه ضررا بأحد المتعاقدين، فكان لا بد من تدخل القاضي لمعالجة تلك الاختلالات؛ فقد يستغل أحد المتعاقدين حاجة المتعاقد الآخر أو ضعفه أو طيشه أو هواه فيلحقه من جراء العقد غبن فاحش، وقد لا يتمتع المتعاقد الآخر بحرية كافية لمناقشة شروط العقد وبنوده بل يقتصر قبوله على التسليم بشروط مجحفة لا تقبل أي وجه من وجوه المناقشة، والتي يتحمل قبولها على مضض لأنها تنصب على خدمة أساسية أو ضرورية يحتكرها المتعاقد الآخر؛ ومن هنا يقرر القانون للقاضي سلطة تعديل العقد لمعالجة العيوب النفسية والمادية المصاحبة لتكوين العقد**(أولا)**، كما يقرر له في الوقت ذاته سلطة ضبط وإلغاء الشروط التعسفية حفاظا على العلاقة التعاقدية، وضمان لاستقرار المعاملات **(ثانيا)**.

أولا: سلطة القاضي الوقائية في معالجة الاختلالات النفسية والمادية المصاحبة لتكوين العقد. يعتبر العقد أداة لتحقيق المنفعة الاقتصادية والتي يسعى كل متعاقد للحصول عليها من خلال إبرامه العقد، ويكون ذلك على أساس من العدالة والتي يقصد بها تحقيق منفعة لكلا المتعاقدين، أما إذا نتج عن العقد تحقيق منفعة لطرف دون الآخر نكون أمام اختلال في عدالة العقد، ولا نقصد هنا بالعدالة التساوي بل التناسب والموازنة بين ما يقدم المتعاقد وبين ما يجنيه من منفعة من العقد، إن تحقق العدالة مرهون بالحفاظ على التوازن، ولن يتم ذلك بالوقوف عند حواف النصوص القانونية فقط، بل لا بد من تفعيل دور القاضي من خلال إعطائه سلطة التدخل عن طريق التعديل، فهو بإمكانه أن يقوم بالعمل على معالجة عيوب العقد المصاحبة لتكوينه، وإعادة التوازن المفقود فيه، وهو ما سنحاول دراسته من خلال سلطة القاضي في تعديل العقد المشوب بعيب الاستغلال من خلال نص المادة 90 ق.م[1]، حيث أخذ

[1] التي تنص على أن:" 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

المشرع بفكرة الاستغلال كنظرية عامة أو ما يسمى بالغبن الاستغلالي وجعل منها مجالا مهما لتدخل القاضي في تعديل العقد ولقد سلك الطريق الذي سارت عليه التقنينات الحديثة، فأخذ بنظرية الاستغلال كعيب عام يمكن أن يؤثر في جميع العقود، وسأكتفي بالحديث عن الغبن الاستغلالي دون الخوض في معالجة مسألة الغبن المجرد لأنه عيب في العقد وليس في الرضا، كما أن دور القاضي بالنسبة للغبن ينحصر في إمكانية إبطال العقد إذا لم يكمل الثمن بما يرفع الغبن عن العقد[1]؛ وحسب نص المادة 90 ق.م السابقة الذكر فإنه كلما أصاب العلاقة التعاقدية اختلال في التوازن، وكان هذا الأخير ناتجا عن استغلال أحد المتعاقدين للآخر لما غلب عليه من طيش بين أو هوى جامح، جاز للقاضي أن يتدخل بناء على طلب المتعاقد المغبون في العقد بإبطاله أو إنقاص التزاماته، وفيما يلي نتعرض لدور القاضي في بحث وتقدير مدى توافر عناصر الاستغلال، ثم في مدى سلطة القاضي في إعمال الجزاء المناسب.

1- سلطة القاضي في بحث وتقدير مدى توافر عناصر الاستغلال: حرص المشرع على أن يكون التعاقد نابعا عن رضا المتعاقدين، فتصدى للعيوب التي تؤثر على الإرادة، حماية منه للعدل التبادلي، ويجب أن تراعي عدالة التعاقد مبادئ العدالة والظروف الاجتماعية، والتي لا تتحقق بمجرد توافق طرفي العقد عليها فقط، بل يجب أن تراعي رضا الطرفين من جهة والعدالة والظروف الاجتماعية من جهة أخرى[2]، ما يجعله يسعى بذلك إلى إدخال القاعدة الأخلاقية للعقد[3]، وعلى هذا الأساس منح المشرع سلطة للقاضي عند ظهور هذه العيوب التي تؤثر في العقد عند تكوينه، ومنها الاستغلال محل الدراسة، حيث جعل للقاضي سلطة التدخل بشرط التأكد من توافر مجموعة من الشروط التي تمكن المتعاقد المستغل من اللجوء إلى القضاء:

طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو 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 الابطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

[1] بالرجوع للنصوص القانونية يتضح بأن المشرع لم يتخذ من الغبن نظرية عامة، ولكنه لم يهملها تماما وإنما يعتد فيها بمجرد التعادل بين الالتزامات خاصة حالة الغبن في بيع العقار في المواد 358، 359، 360 ق.م، والغبن الذي يصيب الشريك في القسمة حسب المادة 732 ق.م وغيرها ...؛ كما أنه اعتبر الغبن المجرد سببا لإبطال العقد، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 91 ق.م:" يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

[2] عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، المرجع السابق، ص: 35.

[3] ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 255.

أ-العنصر المادي للاستغلال، اختلال يحتاج إلى علاج: من خلال المادة 90 ق.م يتحقق العنصر المادي للاستغلال إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبقى عبارة " كثيرا" غير كافية للتعبير عن قيمة الاختلال الذي يعيب الإرادة، إذ أن المشرع لم يحدد المعيار والنسبة التي من خلالها يمكن الجزم بوجود اختلال شديد أو فاحش[1] بين أداءات طرفي العقد، وإنما ترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع شريطة أن يكون الفارق جسيما أو فادحا، وألا يكون هناك تعادل البتة والعبرة في تقدير الاختلال هي بقيمة الشيء وقت التعاقد، وليس بعد ذلك[2].

إن التفاوت الفاحش أو اختلال التوازن يعود سببه إلى عدم تكافؤ في اقتصاد العقد[3]، إذ أن غاية المتعاقد من العقد هي كما هو معلوم الحصول على مكاسب مالية من خلال الالتزامات المتبادلة، والواضح أن العقد يبرم منذ بدايته في حالة عدم توازن في أداءات طرفيه، وعليه وجب البحث في كل حالة على حدا، خاصة وأنه على القاضي أن يعتمد على المعيار المادي أو الموضوعي في عملية تقدير فداحة أو شدة الاختلال الحاصل في العقد، وهو ما يبرر تدخله بغرض إزالة ذلك التفاوت ورد التوازن إلى حده المعقول.

ب- العنصر النفسي للاستغلال، تضييق لنواحي الضعف الإنساني: لا يكتفي القاضي في تدخله لممارسة سلطته فيما يخص عيب الاستغلال بمجرد توافر شرط الاختلال بين الالتزامات في العقد فحسب، بل لا بد من تزامن هذا الاختلال بتوافر عنصر آخر للاستغلال وهو العنصر النفسي أو الشخصي، والذي يأخذ صورة مزدوجة تقوم في جانب كلا الطرفين[4]، فهو بالنسبة لأحد الطرفين ضعف نفسي (حدده المشرع في المادة 90 ق.م بالطيش البين أو الهوى الجامح)[5]،

---

[1] أكثر تفاصيل راجع الباب الأول من الأطروحة.

[2] العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 378.

[3] يتمثل التوازن العقدي في التكوين المتناسق لمضمون العقد، و يمكن التمييز بين نوعين من التوازن العقدي، الأول ذو طبيعة قانونية ينطبق على مجموعة البنود، الحقوق والموجبات المنشأة في العقد، والثاني ذو طبيعة اقتصادية يتناسب مع العملية الاقتصادية التي يحققها العقد والتي لا تتعلق إلا بالأداءات المتبادلة، وترى الأستاذة مكي أن: "هذا التقسيم بعيد عن الواقع، والواقع أن التوازن" القانوني والتوازن الاقتصادي يرتبطان ببعضهما البعض، لهذا السبب إن العقد هو قبل كل شيء التعبير القانوني لعملية اقتصادية"، ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 213.

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 380.

[5] بالرغم من تعدد نواحي الضعف النفسي التي يمكن أن تكون محل استغلال، أكثر تفاصيل راجع الباب الأول من الدراسة.

وبالنسبة للطرف الآخر قيام المتعاقد المستغل باستغلال هذا الضعف النفسي ليحصل منه على غنم فادح ويحمله بغنم مفرط[1].

والملاحظ أن المشرع وبالرغم من توجه الواضح نحو إعطاء القاضي سلطة التدخل لتعديل العقد والعمل على إعادة التوازن للالتزامات، إلا أننا نلاحظ أن المادة 90 ق.م قد ضيقت من نطاق سلطة القاضي في هذا المجال، خاصة عندما اقتصرت تدخله على ناحيتين محددتين من نواحي الضعف الإنساني المتعددة، والتي قد تكون أكثر انتشارا وتحققا في الواقع العملي من" الطيش البين"، و"الهوى الجامح"، وبالتالي يكون قد اختزل العديد من حالات إنقاذ العقود التي يشوبها عيب الاستغلال، ما يجعلنا نأمل من المشرع إضافة العديد منها ما يسمح بالتوسع في سياسة إنقاذ العقود من خلال سلطة القاضي في التعديل.

2- سلطة القاضي في إعمال الجزاء المناسب: يتولى القاضي قبل كل شيء البحث عن العنصر المادي للاستغلال الذي لحق المتعاقد، وفيما إذا كان هنالك اختلال في الأداءات التعاقدية بين الطرفين وكونه معتبرا؛ فإذا ما تحقق من وجود الغبن، انتقل بعد ذلك للبحث عن العناصر النفسية لدى كل من الطرفين المتعاقدين وخاصة المتعاقد المغبون، من خلال البحث في ظروف كل من المتعاقدين والظروف الأخرى التي أحاطت بالعقد[2]؛ عندما يقف القاضي على حقيقة وجود عيب الاستغلال الذي شاب رضا المتعاقد المغبون، ينتقل بعد ذلك إلى إعمال سلطاته التي منحها له المشرع، في ضوء طلبات المغبون كما يأتي بيانه:

أ- التصدي للإبطال وسيلة علاجية لإنقاذ العقد: منح المشرع سلطة إبطال العقد للقاضي ولكنه قيده بأن يكون الإبطال بطلب من ضحية الاستغلال، فالقاضي لا يملك أن يحكم به من تلقاء نفسه كما لا يحق للطرف الآخر أن يطلب هذا الحكم، ولا يكون القاضي ملزما بإجابة طلب ضحية الاستغلال بإبطال العقد، فله أن يكتفي بتعديل التزامات أحد أطراف العقد مراعيا في ذلك العدالة في إنزال هذا الحكم[3]، إذ أن للقاضي الخيار في إجابة طلب الإبطال أو رفضه ومن ثم يلجأ إلى إنقاص الالتزامات التعاقدية لإرجاع التوازن الاقتصادي بين

---

[1] محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 113.

[2] راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 136.

[3] عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، المرجع السابق، ص: 42.

الالتزامات المتقابلة والمحافظة على العقد[1]، ذلك لأنه قد يرى أن الأمر لا يستدعي إبطال العقد على الرغم من قيام الاستغلال وتوافر عنصريه المادي والنفسي، وإنما يكتفي بعلاج هذا العيب بالحكم بإنقاص التزامات المتعاقد المغبون التعاقدية ومن ثم إنقاذ العقد، والقاضي يملك في هذا الشأن سلطة تقديرية يهتدي فيها بظروف الدعوى، ولا رقابة عليه من قبل المحكمة العليا ما دام استخلاصه للنتيجة سائغا ومسببا تسبيبا كافيا، غير أن القاضي قد يجيب المتعاقد المغبون في طلبه بإبطال العقد إذا اتضح له أن إرادته قد فسدت[2] إلى الحد الذي يدعو إلى الإبطال ولا فائدة حينئذ في التفكير في الإنقاذ.

لم يحرم المشرع المتعاقد المستغل من المشاركة في التصدي للإبطال، إذ منحه إمكانية توقي دعوى الإبطال في عقود المعاوضة وذلك بعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 90 ق.م، في مسعى واضح للإبقاء على العقد ومحاولة علاج العيب الحاصل.

ب- إنقاص الالتزامات استجابة القاضي لمسعى المتعاقد المغبون في الإبقاء على العقد:

للمتعاقد المغبون بسبب الاستغلال، أن يرفع دعواه طالبا إنقاص التزاماته المرهقة، ويلزم القاضي بهذه الدعوى حيث لا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد، وإنما عليه التحقق من وجود الاستغلال ومن ثم الحكم بإنقاص الالتزامات، أو رفض الدعوى كلية في حالة عدم تحقق الاستغلال، إن دعوى الإنقاص تضمن استقرار المعاملات، ولكنها لا تحقق توازنا كليا بين التزامات المتعاقدين، لأنها تقلل من فداحة الغبن فقط[3]، أما بالنسبة للمقدار الذي يجب

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 383.

[2] راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 137.

[3] يرى جانب من الفقه بأن القاضي المرفوعة أمامه دعوى الاستغلال والتي يطلب فيها المتعاقد المغبون إنقاص التزامه المرهق إلى الحد المعقول، لا يكون ملزما بأن يعيد التوازن الاقتصادي للعقد بصفة كاملة، بل يكفي أن يرفع الظلم الظاهر وأن يترك بعض الاختلال اليسير في الالتزامات المتقابلة، بيد أن جانبا آخر من الفقه، يعترض على ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، ويرى بأنه رأي لا أساس له في القانون، ولا بد على القاضي أن يعمل جهده في سبيل إعادة التوازن الكامل والحقيقي للعقد بما يحقق العدالة بين الطرفين المتعاقدين، راقية عبد الجبار علي، المرجع نفسه، ص: 142، 143.

إنقاصه من الالتزامات لرفع الغبن، فللقاضي سلطة تقديرية واسعة، معتدا فقط بالعدالة العقدية[1].

ج- صلاحية القاضي بزيادة الالتزامات وسيلة لإنقاذ العقد: لم يجز المشرع للقاضي أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون، وزيادة التزامات المتعاقد المستغل، سواء من تلقاء نفسه أو حتى بناء على طلب المتعاقد المغبون، ولم يجز زيادة التزامات المتعاقد المستغل إلا إذا هو أقدم على ذلك بكامل إرادته لتوقي دعوى الابطال، وهو الأمر الذي جعلنا نتساءل عن سبب اقتصار المشرع صلاحية القاضي بإنقاص الالتزامات دون إمكانية القضاء بزيادتها، ما يمثل قيدا لسلطة القاضي في تعديل العقد، خاصة وأنه قد يقدر أفضلية الحكم بزيادة التزامات المتعاقد المستغل بدلا من الابطال أو الانقاص، فطالما هو يملك الأقوى والأكثر(أي بطلان العقد)، يملك طبيعيا ومنطقيا الأضعف والأقل(أي انقاص التزامات المغبون، أو الزيادة في التزامات المتعاقد الآخر)، لعلاج العيب وإصلاحه واحقاق العدالة الاجتماعية ومن ثم إرجاع التوازن الاقتصادي العام للالتزام التعاقدي[2].

وفي اعتقادي أنه من الأفضل توسيع سلطة القاضي في هذا المجال الأمر الذي يساعد على إنقاذ عقود أخرى بالاعتماد على التعديل بزيادة التزامات المتعاقد المستغل وهو ما سارت عليه تشريعات عربية كالتشريع المدني العراقي والكويتي[3]؛ ويمكن الاستناد في ذلك على مبدأ حسن النية وكذا التعاون والتضامن للإبقاء على العقد بشروط أقل إجحافا من الشروط الأولى وتفادي الإبطال ولا فرق ما بين زيادة الالتزامات أو إنقاصها إذا كان الهدف هو إنقاذ العقد وتحقيق التوازن والعدالة.

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص: 216.

[2] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص: 385.

[3] عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، المرجع السابق، ص: 43، راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 145.

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية حفاظ على العلاقة العقدية وضمان لاستقرار المعاملات

لقد عالج المشرع عقود الإذعان بموجب ثلاث نصوص قانونية، وهي المواد 70، 110 و112 فقرة 2 من القانون المدني، وهي عقود نشأت في الفكر القانوني المعاصر نتيجة للتطورات الهائلة في المجال الاقتصادي، ذلك أن بعض السلع والخدمات تحتاج إلى قدرات مالية ضخمة، لا يتحملها سوى الشركات الكبيرة التي لا تجد لها منافس في السوق، أو تكون هذه المنافسة في نطاق محدود مما يساهم في احتكار هذه الشركات لبعض السلع والخدمات، ومنها على سبيل المثال الغاز والماء والكهرباء والنقل...

وقد سبق من خلال دراستنا لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الاستغلال أن أوضحنا أن الأمر الذي دفع المشرع إلى تقرير تلك السلطة هو حرصه على تحقيق العدالة العقدية، ورفع الضرر الذي لحق بأحد طرفي العقد نتيجة استغلال الظروف المحيطة بالطرف الضعيف، وحصل بموجب العقد على أكثر مما دفع أو التزم به، وهنا فالأمر لا يختلف في عقود الإذعان عنه في العقود التي شابها الاستغلال فالضرر المتوقع حصوله على الطرف الضعيف المذعن بسبب سيطرة الطرف القوي، واستقلاله بفرض الشروط التي يتضمنها العقد هو الذي دفع بالمشرع إلى تقرير السلطة للقاضي، تحقيقا لنفس الهدف وهو حماية الطرف الضعيف المذعن من استغلال الطرف القوي ورفع الضرر عنه في عقود الإذعان، وليس على القاضي من حدود في ذلك إلا ما يقتضيه العدل؛ كما أن تلك السلطة الممنوحة للقاضي تبين اتجاه المشرع ولو بطريقة مستترة إلى العمل على الإبقاء على العقد عن طريق حمايته من الإنهاء الناتج عن تلك الاختلالات، ولذلك سنحاول من خلال هذه الدراسة أن نتعرض لدور القاضي في بحث وتقدير العسف، ثم في مدى سلطة القاضي في إعمال الجزاء المناسب.

1- سلطة القاضي في بحث وتقدير مدى التعسف في وضع الشروط واخلالها بالتوازن العقدي: إن القوة التي يتمتع بها المتعاقد المذعن لا ترقى لدرجة تعييب رضا المتعاقد معه، طالما كانت له الحرية في قبول التعاقد من عدمه، إلا أن المشرع راعى التفاوت في الإمكانيات، وذلك بأن وضع رقابة على هذا النوع من التعاقد من خلال السلطة التي منحها للقاضي في بحث وتقدير مدى التعسف في وضع الشروط وإخلالها بالتوازن العقدي، فإذا ثبت له ذلك جاز له إما

التعديل أو الإعفاء كلية منها، وباستقراء نص المادة 110 ق.م التي تنص على أن:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، يبدو أنها لا تعطي مفهوما لعقود الإذعان ولكنها تتضمن الشروط التي من شأن توافرها منح القاضي سلطة التدخل لتعديل عقد الإذعان خروجا عن مبدأ سلطان الإرادة، وما يقتضيه المبدأ من عدم التدخل في تعديل موضوع العقد أو إلغائه احتراما لإرادة المتعاقدين، هذه الشروط هي أن يكون هناك عقد إذعان، وأن يتضمن هذا العقد شروطا تعسفية:

أ- تحقق عقد الإذعان: لم نجد في ثنايا القانون المدني الجزائري والقانون المقارن تعريفا تشريعيا لعقد الإذعان وبالتالي نلجأ للفقه لتعريفه، والجدير بالذكر أن عقود الإذعان هو مصطلح غربي حديث جاء نتيجة لاتفاقيات تحكمها خصائص وشروط معينة وتسمى بعقود الانضمام في القانون الفرنسي، وأول من ابتدع هذه التسمية الأستاذ سالي في كتابه:(عن إعلان الإرادة في العمل القانوني)، والذي عرفه بأنه:

"Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire(…), que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volanté, agissant comme volanté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà, par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et qui s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi même[1]".

كما عرفه جاك غستان أيضا بأنه:" انضمام لعقد نموذج يحرره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه المتعاقد الآخر دون إمكانية حقيقية لتعديله"[2].

أما بالنسبة للفقهاء العرب فلعل أهم التعاريف التي ذكرت بخصوصه نذكر ما يلي:

[1] Au XXe siècle, cet auteur avait déjà remis en cause la conception unitaire du contrat du droit commun élaboré jusqu' alors ; du point de vue de Raymond Saleilles, il se dégageait un type de contrat diffèrent, censé faire l'objet d'un traitement particulier, Le juge et la sécurité du contrat, op.cit. p : 41, Nabila Lahnane, op.cit. p : 166.

[2] جاك غستان، المطول في القانون المدني، المرجع السابق، ص: 96.

تعريف الأستاذ السنهوري بقوله: "العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب"[1].

وعرفه الأستاذ الصدة في رسالته: (عقود الإذعان في القانون المدني المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة)، بأنه:" العقد الذي سلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"[2].

وعليه يمكن القول أن الإذعان هو العقد الذي ينفرد فيه الموجب صاحب القوة والسلطان بوضع شروط مسبقة لا تقبل المناقشة، بخصوص شيء معين وما على القابل إلا الرضا والرضوخ لهذه الشروط طالما لا يمكنه الاستغناء عن ذلك الشيء، والحقيقة هي أن عملية تحديد عقد الإذعان أمر بالغ الصعوبة خاصة على المشرع، إذ أن الإذعان أمر متصور في كل عقد يتمتع أحد أطرافه باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة ضرورية و مهمة في حياة الفرد والمجتمع[3]، فهو متصور في عقد النقل، وعقود التأمين وعقود التوريد كتوريد الماء أو الكهرباء أو الماء، أو الهاتف...، غير أن ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من إيراد تعريف لعقد الإذعان بموجب القانون رقم 04-02 في المادة 3 فقرة 4 منه والتي نصت على أنه:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة تحرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، وما يلاحظ عليه أنه جاء مخالفا لما جاء به القانون المدني.

ب- تضمن العقد شروطا تعسفية: بعد تحقق القاضي من أن النزاع المعروض عليه يتعلق بعقد من عقود الإذعان، يقوم بالبحث وتقرير[4] فيما إذا كان هذا العقد يتضمن شروطا تعسفية تبرر تدخله، خاصة وأن الهدف من منح القاضي هذه السلطة هو حماية الطرف الضعيف المذعن من الشروط التعسفية وفقا لما تقضي به العدالة.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، ص: 279.

[2] عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان، عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، نقلا عن: محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 146.

[3] راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 158.

[4] سمير تناغو، المرجع السابق، ص: 138.

ويمكن تعريف الشروط التعسفية على عدة أسس أو معايير، إذ قد تعرف بالنظر لأطراف العلاقة العقدية (المهني والمستهلك)، أو من حيث طريقة فرضها (الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والمتعاقد الضعيف)، أو حتى من خلال أثرها على العلاقة العقدية وتوازنها[1]، والمشرع الجزائري لم يعرف الشرط التعسفي بموجب القانون المدني، لكن يمكن استنتاج تعريف له من خلال نص المادة 70 ق.م، إذ تعتبر الشروط التعسفية شروطا مسبقة يقررها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها يؤدي رفضها وعدم التسليم بها إلى الحرمان من الانتفاع.

لكن المشرع بالمقابل خص هذه الشروط بتعريف صريح من خلال القانون رقم04-02 الذي تنص المادة 3 فقرة 5 منه علة أنه:" كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[2]، والجدير بالذكر أن المشرع يربط بين مفهومي التعسف والإذعان، إذ أنه لا يعترف بوجود بنود تعسفية إلا في إطار عقود الإذعان وهو ما يستشف من نص المادة 3 فقرة 4 من نفس القانون 04-02 السابق الذكر.

وهو ما اعتبره البعض[3] دليلا على تبني المشرع الجزائري المفهوم الحديث لعقد الإذعان، في حين يرى البعض الآخر[4] أن عقد الإذعان لا بد أن يبنى على المفهوم الكلاسيكي الذي يقوم على الاحتكار[5] والذي اعتبروه مهدا لفكرة الإذعان، وأن الارتباط والعلاقة بينهما وثيق لا ينفك، إذ أن الإذعان يكون انعكاس للاحتكار، أو أن الاحتكار تمهيد للإذعان كأصل عام.

---

[1] بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص: 183، 184.

[2] المادة 3 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، العدد 41، المؤرخ في 27 جوان 2004، وقد تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي الذي تطرق لتعريف الشرط التعسفي من خلال المادة L-132-1، من قانون حماية المستهلك، مستلهما بدوره مفهوم الشرط التعسفي خلال التعليمة الأوربية باستثناء عدم الإشارة لحسن النية مع الاعتماد على الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص: 414 وما بعدها...

[3] المرجع نفسه، ص: 396.

[4] بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص: 182.

[5] يرى البعض أن الاحتكار هو أهم خاصية في عقود الإذعان، إذ أنه يفترض عدم التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد، فمقدم السلعة أو الخدمة يجب أن يكون طرفا قويا اقتصاديا، لأنه يحتكر تقديم هذه السلعة أو الخدمة، بينما مستهلك السلعة أو المنتفع بالخدمة هو طرف ضعيف اقتصاديا، لأنه بحاجة إلى هذه السلعة أو الخدمة، ولا يهم إن كان مصدر احتكار الخدمة أو السلعة قانوني أو فعلي، عزت صلاح عبد العزيز محمد، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية

والأمر المهم في اعتقادي أن المشرع قد اعتمد على نقطة في غاية الأهمية وهي التركيز على الأحادية والانفراد بصيغة وضع شروط عقد الإذعان تحقيقا لمصلحة واضعها، والذي يمثل مظهرا قبليا لاختلال التوازن، من خلال انعدام التبادل من جهة، وعدم القابلية للمناقشة من جهة أخرى، وهو ما يهدد استمرارية العقد[1] منذ نشأته، والذي في اعتقادي يحتاج إلى إعادة نظر جدية ليس لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وإعادة التوازن فحسب، وإنما بما يضمن استمرارية العقد وديمومته من خلال أساليب وقائية وعلاجية حديثة تضمن التدخل المسبق أو اللاحق لتحقيق التوازن والحفاظ على العلاقة التعاقدية على حد سواء، وهو ما سعى إليه المشرع بعدة أساليب نلخصها فيما يلي:

-**العلاج التشريعي:** أخذ المشرع بالعلاج التشريعي على غرار التشريعات الأوربية، من خلال إيراد قائمة للشروط التعسفية ضمن قانون الممارسات التجارية[2]، لكن لم يتم تحديد هذه الشروط بشكل نهائي وحصري، وإنما على سبيل المثال، وهو ما يحتسب لصالح المشرع الجزائري، الذي قام بتوسيع سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية وابتعد عن الجمود[3] الذي يسببه تضييق هذه السلطة بحصر القائمة.

-**العلاج التنظيمي:** والذي يتمثل في الرقابة القبلية التي تمارسها لجنة الشروط التعسفية من أجل إبداء رأيها حول طبيعة الشروط المدرجة في العقود التي يعرضها المهنيون علة المستهلكين أو غير المهنيين، وبذلك يكون تحديد مسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة، كما تخول السلطة التنظيمية التدخل لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية في جميع العقود[4]، غير

العالمية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2013، ص: 104.

[1] عرعرة عسالي، المرجع السابق، ص: 160.

[2] المادة 29 من القانون رقم 04-02 السابق الذكر، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر رقم 56، المؤرخ في 2006/09/10، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 2006/09/10.

[3] محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص: 136.

[4] المادة 30 من القانون رقم 04-02 السابق الذكر، حيث نصت على عبارة:" منع العمل في مختلف أنواع العقود".

أن ذلك لا يمنع أيضامن تدخل القاضي الذي يزيل التخوف[1] من حضر الشروط التعسفية من طرف الحكومة استنادا للقائمة الواردة بالمادة 5 من المرسوم رقم 06-306.

-**العلاج القضائي:** وهو ما يهمنا في هذه الدراسة، فالقاضي الجزائري قد منح سلطة تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها بموجب المادة 110 ق.م ابتداء، كما منحه القانون رقم 04-02 هذه السلطة أيضا، وكان الأسبق في هذا المجال من المشرع الفرنسي الذي اعترف مؤخرا بهذه السلطة للقاضي بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2016، بعد إدخاله لنظام الشروط التعسفية في إطار القواعد العامة، ونصه على عقد الإذعان من خلال المادة 1110 ق.م.ف، ولكنه أورد جزاءات مغايرة للمشرع الجزائري سنناقشها في وقتها.

2- سلطة القاضي في إعمال الجزاء المناسب: بالرجوع إلى نص المادتين 110 و 112 ق.م، نلاحظ أن المشرع قد وفر حماية خاصة للطرف المذعن في عقود الإذعان، بعد أن أخرجه عن مهمته التقليدية المقتصرة على تكييف العقد وتفسيره، فالنص 110 ق.م يخول القاضي تعديل عقد الإذعان إذا تضمن العقد شروطا تعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها بشكل تام، والمشرع كان جديا في وضع هذه الحماية للطرف المذعن، كما قيد مهمة القاضي في وظيفته الاستثنائية هذه بمراعاة مبادئ العدالة، كما أنه استثنى عقود الإذعان من تطبيق قاعدة:" يؤول الشك لمصلحة المدين"، إذ أنه في عقود الإذعان يجب أن تراعى مصلحة الطرف المذعن فيؤول الشك في مصلحته سواء كان دائنا أو مدينا، كما جاء في المادة 112 ق.م، وسنتناول سلطة القاضي في إعمال الجزاء المناسب من خلال النقاط التالية:

أ- تعديل الشرط وسيلة قضائية كلاسيكية مستحسنة لإنقاذ العقد: إذا كان عقد الإذعان قد تضمن شروطا تعسفية، فيجوز للقاضي استثناء من مبدأ سلطان الإرادة، أن يعدل هذه الشروط بحيث يزيل ما فيها من تعسف، وله السلطة المطلقة في إيجاد الوسيلة الملائمة لذلك، والتي لا تخرج عن قيامه بالتخفيض أو الزيادة في بعض الالتزامات الناجمة عن العقد، لصالح الطرف المذعن بما يحقق التوازن بين الأداءات ويزيل الضرر والإجحاف عن كاهل الطرف المذعن، إذ أن هناك بعض الشروط التي لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها

[1] عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص: 199.

بسبب طبيعتها، لأن إلغائها من شأنه القضاء على العقد برمته فيكون التعديل[1] أحسن وسيلة للإبقاء على العقد[2]، ومن ثم إنقاذه.

ب- إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية، سلطة قضائية تحتاج إلى تدعيم: إذا رأى القاضي أن مجرد تعديل الشروط التعسفية لا يفي بغرض الحماية المطلوبة من تدخله، فإنه يستطيع القضاء بإعفاء الطرف المذعن منها، وقد اعتبر هذا الجزاء أقوى وأشد وطأة من جزاء التعديل، بل ووصف أنه سلاح[3] بالغ الخطورة في يد القضاء، يستطيع القاضي بموجبه إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي، أن يعطله[4]، فيعفي الطرف المذعن منه، والمقصود من الإعفاء هنا هو بطلان الشرط التعسفي دون بطلان العقد، وعليه يبقى العقد قائما بجميع شروطه باستثناء تلك التي تعتبر تعسفية، وهو ما يحقق وظيفتين على غاية من الأهمية تتمثل الأولى في تحقيق مصلحة الطرف الضعيف في عقد الإذعان والذي يؤدي بطلان العقد إلى حرمانه من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد والتي لا غنى له عنها، على اعتبار قبوله عقد الإذعان، والثانية هي الإبقاء على العقد والحفاظ على استقرار المعاملات، وكل ذلك من أجل مسايرة الهدف الحديث[5] من العقد وهو محاولة إبقائه وإنقاذه من الزوال أو البطلان، ومن ثم المحافظة على استقرار المعاملات.

---

[1] والجدير بالذكر في هذا المقام أن المشرع الفرنسي قد تجاوز مرحلة التعديل بمفهوم التخلي كليا عن الشروط التعسفية واعتبرها غير مكتوبة،

Faustine Jacomino, op.cit, p :404, Nabila Lahnane, op.cit, p : 160.

Florian Maume, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, thèse pour l'obtention de grade de docteur en droit, Université d'Evry-Val d'Essonne, juillet 2015, p :530, n 1066.

[2] نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2015- 2016، ص: 79.

[3] عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص: 172.

[4] والتعطيل هنا يطرح تساؤلا مهما فهل المقصود به هو إعفاء الطرف المذعن منه بعدم تنفيذه، بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، أم أن مفاده هو إعفاء الطرف المذعن منه لا من تنفيذه؟، نصيرة ربيعي، مقال بعنوان: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئي، المجلد 09، العدد 01، 2021، ص: 8.

[5] أحمد بعجي، مقال بعنوان: تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، العدد 11، الجزء الثالث، ص: 208.

ج- العدالة مناط التعديل ومعالجة التوازن المختل ابتداء: يهدف المشرع من تخويل القاضي سلطة تعديل العقد تجنب عدم العدالة[1]، حيث جاء في نص المادة 110 ق.م السابقة الذكر:"...وذلك وفقا لما تقضي به العدالة..."، ويفهم من هذه الفقرة أن العدالة هي مناط تعديل القاضي لعقود الإذعان، لكنه يبقى معيار غير محدد وواسع، ولم يرسم المشرع أنماطا معينة يتم على أساسها التعديل أو الإعفاء، مما سيصعب ذلك من عمل القضاء في القدرة على تقدير مدى العدالة والمعقولية[2] في ضوء ظروف التعاقد وصفة المتعاقدين، مع الأخذ بعين الاعتبار مركز كل من أطراف التعاقد وقدرتهم على التفاوض والمقدرة الاقتصادية والخبرة الفنية والدراية القانونية لكل منهم.

لكن كل ما سبق لا يقلل من قيمة التدخل الإيجابي للقاضي الذي يعمل على معالجة توازن عقد الإذعان الذي اختل ابتداء بما فرضه الطرف القوي في العقد على المذعن من شروط تعسفية، لا يمكنه في مواجهتها سوى قبول العقد برمته أو رفضه برمته.

د- جدية المشرع في تقرير الحماية يدعم استقرار المعاملات: يقع باطلا كل اتفاق يسلب القاضي سلطته إزاء عقد الإذعان، هكذا جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 110 ق.م السابقة الذكر، وهو ما يدل على توقع المشرع أن يعمد الطرف القوي في عقد الإذعان إلى إدراج شرط يريد به أن يسلب القضاء سلطته في التعديل، فيتعطل بذلك الحماية[3] التي يراد تحقيقها للطرف المذعن، وبالتالي فإن سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام فلا يجوز للطرفين الافاق على استبعادها.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في معالجة اختلالات التنفيذ: علاج لعدم استقرار العقد وتحقيق للأمن القانوني

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، أي أن الإرادة الحرة هي التي تحدد الالتزامات بين المتعاقدين، ولكن وبسبب التحولات الاقتصادية والاجتماعية فقد تراجع دور الإرادة بعد أن ثبت قصور النظرية التقليدية للعقد، الأمر الذي فتح المجال للمشرع للتدخل المبرر في محاولة

---

[1] بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص: 194.

[2] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 543.

[3] راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 173.

منه لمعالجة اختلالات التوازن الاقتصادي، سواء في مرحلة إبرام العقد كما سبق وأن درسنا وبالأخص في مرحلة تنفيذه.

الثابت أن مسألة استمرارية العقد تشكل أحد هواجس المشرع الجزائري، عندما أعطى للقاضي صلاحية التدخل للتعديل في بعض العقود، لإعادة النظر في التزامات الطرفين الناشئة عن العقد بمقتضى سلطته التقديرية، متى طرأت أثناء التنفيذ ظروف استثنائية غير متوقعة، ناتجة عن تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية[1]، تجعل التزامات أحد الطرفين غير متعادلة مع التزامات الطرف الآخر، وتؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا[2]، مما يستدعي المعالجة بتوزيع تبعة هذه الظروف على العلاقة التعاقدية، إذ يصبح تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي وفقا للشروط المتفق عليها في بداية التعاقد أمرا مرهقا إرهاقا شديدا، يمكن أن يهدده بخسارة فادحة، الأمر الذي يحتاج إلى تدخل لمعالجة عواقب هذه الحوادث تيسيرا لتنفيذ العقد وتشجيعا على إبقائه.

أولا: سلطة القاضي في إصلاح اختلال التوازن الاقتصادي للعقد

إسعاف للمتعاقد المرهق وتغيير لمصير العقد: أحاط المشرع الجزائري تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروط وأحكام معينة، سأتطرق لها بالقدر المفيد والضروري للوقوف على السلطة التقديرية للقاضي في التعديل ومدى أثرها على موضوع إنقاذ العقد، إذ تنص المادة 107 فقرة 3 ق.م على أنه:" إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ومقتضى هذه المادة هو أن المشرع قد راعى بنظرته المستقبلية التنبؤية مختلف الاختلالات التي قد تلاحق مرحلة تنفيذ العقد وما ينجم عنها من أضرار مادية جسيمة قد تصيب أحد الأطراف، وبالتالي جعل من تدخل القاضي من الأهمية بما ينعكس إيجابا على مستقبل العلاقة العقدية واستمراريتها، بحيث تمثل

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص: 372.

[2] يوسف بوشاشي، مقال بعنوان: نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الأول، ص: 112.

صلاحية القاضي في التدخل لتعديل العقد طمأنة مسبقة لأطرافه تدفعهم إلى التعاقد، دون تخوف مما يخرج عن قدرتهم المحدودة على توقع أو تنبؤ ما قد يعيق تنفيذ العقد المبرم فيما بينهم

وهو ما يدخل ضمن سياسة المشرع المدني في المحافظة على سلامة تنفيذ العقد، وإن لن يكون كما اتفق عليه الأطراف، استنادا لمبدأ "سلطان الإرادة" و"القوة الملزمة للعقد"، وقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، فسيكون وفقا للأحكام الخاصة بنظرية الظروف الطارئة، ومعالجتها العادلة في إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد، بما ينعكس إيجابا على المعاملات الاقتصادية والتجارية حيث يشعر المتعاقد بالطمأنينة أثناء وخلال مدة تنفيذ العقد[1]، تفترض هذه النظرية وجود عقود يتراخى وقت تنفيذها إلى أجل[2]، وعندما يحل هذا الأجل تطرأ ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها من قبل الأطراف، تهدد العقد بالفسخ نتيجة الاختلال الحاصل، لكن نص المادة 107 فقرة 3 وكذلك النصوص القوانين المدنية العربية لم تجعل القاضي يلجأ إلى فسخ العقد، وإنما اقتصر الأمر على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[3]، الأمر الذي يعكس تبني المشرع منحى تغيير مصير العقد من خلال تخفيف الالتزام المرهق، كآلية لإنقاذه من الانهيار، مع مراعاة مصلحة الطرفين ما سنبينه فيما يلي:

1- رخصة القاضي في التدخل تحكمها العدالة والموازنة بين مصلحة طرفي العقد: إن العدالة هي المبرر لتدخل القاضي بمناسبة الظروف الطارئة، وبما أن العقد ما هو إلا وسيلة لتحقيق العدالة، فمن الأفضل عدم اللجوء إلى إبطاله أو فسخه نتيجة لتغيير الظروف الاقتصادية لأنه لو أراد المشرع ذلك لأعطى حق الفسخ للمدين، إلا أنه ورغبة منه في الحفاظ على العقد وتوزيع عبء الظرف الطارئ على كلا المتعاقدين، قد قصر حق المطالبة بتعديل العقد على المدين برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[4].

---

[1] عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص: 107، بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص: 262.

[2] أو آجال، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص: 634، ويرى الأستاذ علي فيلالي أن المشرع لم يقيد نطاق نظرية الظروف الطارئة بصنف معين من العقود، بل اكتفى بوجود فاصل زمني وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه، أكثر تفاصيل راجع: علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 373.

[3] بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص: 263.

[4] خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص: 88.

وينصب ضابط الموازنة بين مصلحة الطرفين بشكل مباشر على نظام توزيع الأعباء الطارئة، فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بإعادة التوازن للعقد الذي أدى تطور الظروف إلى اختلال الالتزامات المتقابلة فيه، إذ أن العقد وقت انعقاده تم على أساس الموازنة[1] بين مصالح الطرفين، فكل متعاقد يهدف إلى تحقيق مصلحة معينة فارتبط بالمتعاقد الآخر لتحقيقها، لكن تغير الظروف ترتب عنه اختلال الموازنة بين المصالح التي أصبحت في ظلها غير متكافئة، ما يهدد أحد الأطراف بخسارة فادحة الأمر الذي يستدعي تدخل القاضي لإجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين بتوزيع عبء الخسارة عليهما[2]، وهو ما عبر عنه المشرع بقوله:" وبعد مراعاة مصلحة الطرفين"، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضمن المادة 3/107 ق.م عبارة " إذا اقتضت العدالة" كما جاء في المادة 205 من التقنين المدني الأردني، والمادة 146 من التقنين المدني العراقي، ويعتبر امتيازا واضح يسجل لصالحهما ويأخذ بذلك على المشرع الجزائري عدم تضمين المادة قيد العدالة بالرغم من أنه يشكل أساس النظرية.

2- تخفيف الالتزام المرهق تغيير لمصير العقد من الانهيار إلى الاستمرارية: لقد أقر المشرع للقاضي سلطة اختيار الطريقة التي يمكنه أن يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ العقد، ولكنه قيده بعدة ضوابط ضمن المادة 3/107، والمتمثلة في مراعاة الظروف المحيطة بكل قضية، والموازنة بين مصلحة الطرفين، والأهم هو الوصول بالالتزام المرهق إلى الحد المعقول[3] وهي

---

[1] لقد عبر عن ذلك الأستاذ زمام " بالمساواة بين الأداءات التي تعد من شروط العدالة التبادلية في العقد، يمكن أن ينظر إليها وأن يقع تقييمها في فترتين مختلفتين من حياة العقد وذلك، إما عند تكوينه أو عند تنفيذه، فمن الممكن أن توجد المساواة عند إبرام العقد، ولكنها تختفي في مرحلة تنفيذه، عندما تحدث تغيرات اقتصادية، وهذا ما يمكن أن تواجهه نظرية الظروف الطارئة، فإن فقدان العقد لعدالته، وجدواه الاقتصادية يفقده الزاميته، ويجوز عند ذلك تعديله..."، جمعة زمام، المرجع السابق، ص: 390.

[2] جيلالي بن عيسى، مقال بعنوان: نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الالتزامات التعاقدية، مجلة المعيار، المجلد التاسع، العدد الثاني، 2018، ص: 135.

[3] الحد المعقول هو ما تقتضيه العدالة، فلا يخالف العقد والمنطق فبقدر الغنم يكون الغرم، عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، المرجع السابق، ص: 64، وبقدر الكسب تكون الخسارة، والحد المعقول المذكور في النص يعتبر معيارا مرنا، ينظر فيه إلى ظروف كل قضية على حدا، وللقاضي سلطة واسعة في تقديره من خلال بحثه في القضية وموازنة ظروفها ومصلحة طرفي العلاقة العقدية، محمد بوكماش، المرجع السابق، ص: 256.

وسيلة القاضي في تجنب انهيار العقد وإسعاف المتعاقد المرهق، من خلال ثلاث خيارات[1] تتمثل بالآتي:

أ- تعديل العقد عن طريق إنقاص التزامات المدين: تخفيف الإرهاق: قد يبدو للقاضي أن أحسن وسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول هو إنقاص هذا الالتزام إلى الحد الذي يخفف فيه الإرهاق عن المدين، ويرى بعض الفقهاء أنها الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين[2]، والإنقاص قد ينصب على الكم بإنقاص مقدار ما يقدمه المدين للدائن، وقد ينصب على الكيف بأن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها ولكن من صنف أقل جودة، وقد يكون أيضا بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما التزم به أو من بعض الشروط المرهقة[3]، وفي جميع الحالات فإن الغاية من الإنقاص هي التقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين، وبالنتيجة تخفيف الإرهاق عنه سيجعل العقد مستمرا، خاصة وأنه سيتم تعميم العبء الطارئ على المتعاقدين جميعا[4].

ب- تعديل العقد عن طريق الزيادة في التزامات الدائن: وسيلة للتخفيف تحتاج إلى حسم: يبدو أن توسيع سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة ضروري من أجل ضمان فعالية مميزة للنظرية، حيث أن تقليص هذه السلطة سيؤدي في الواقع إلى إفراغ النظرية من مضمونها.

والجدير بالذكر أن هناك اختلافا فقهيا بشأن زيادة التزامات الدائن، حيث ينكر البعض على القاضي سلطة زيادة الالتزام المقابل[5]، معتمدين على عبارة "الالتزام المرهق"، الواردة بموجب نص المادة 3/107 ق.م، معتبرين أن هذه العبارة تخص فقط تعديل التزام المدين دون

---

[1] كما للقاضي أن يعتمد على أكثر من وسيلة لهذا التعديل، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، ص: 648، راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 276.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 379.

[3] المرجع نفسه، ص: 379، حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص: 63.

[4] جمعة زمام، المرجع السابق، 401.

[5] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 380، خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، المرجع السابق، ص: 93، فايزة طبيب، المرجع السابق: ص: 255.

التزام الدائن، وبالتالي القيام بتعديل الالتزام المرهق فقط دون المساس بغيره[1]، كما أن المشرع على حد قولهم قد اعتمد على عبارة "يرد" في النص العربي، في حين يقابلها في النص الفرنسي عبارة "réduire"، والتي تعني الإنقاص.

وبالتالي لو أراد المشرع إضافة وسيلة للقاضي تمكنه من زيادة الالتزام المقابل فلا يوجد ما يمنعه من النص على ذلك صراحة كما قام به بوضوح في نص المادة 561 ق.م[2]، في حين يؤيد البعض الآخر سلطة القاضي الذي قد يتبين له أن الوسيلة الناجعة لإزالة الإرهاق عن المدين وإعادة التوازن للعقد هي بزيادة التزامات الدائن[3]، وهو الرأي الذي نؤيده، بالاعتماد على الحجج التالية:

- أود بدءا أن أشير إلى أن الطرح الذي جاء به الباحثين فيما يخص عبارة "الالتزام المرهق" صحيح وهو في الحقيقة يوحي بأن المستهدف فعلا من التعديل هو المدين، لكن هذا الطرح سيقلص من سلطة القاضي، ويحرم العديد من الحالات التي تستدعي الزيادة في التزامات الدائن بدل إنقاص التزامات المدين، وهو الأمر الذي لا يتناسب مع الهدف من وضع نظرية الظروف الطارئة.

وبالتالي أقترح أن يتم استبدال عبارة " الالتزام المرهق"، بعبارة "الالتزامات"، وهي في اعتقادي كافية ومنطقية جدا، إذ من جهة تصبح صفة الإرهاق لاحقة بالتزامات المدين التي صارت تهدده بخسارة فادحة، بينما فتحنا للقاضي المجال بعد مراعاة لمصلحة الطرفين رد

---

[1] فايزة طبيب، المرجع السابق، ص: 255.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 381، كما أعتقد أن المشرع لو كان يقصد الإنقاص فحسب كان عليه أن يكون واضحا في ذلك بأن يعبر بوضوح عن تقييد التعديل عن طريق الإنقاص مثل ما قام به بخصوص عيب الاستغلال في المادة 90 ق.م، لإزالة الغبن الفاحش دون أن يذهب إلى حد إزالة كل الغبن، عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 1069.

[3] وهو ما يراه الأستاذ حميد بن شنيتي مناسبا، إذ يعتبر أن إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة المقابل له لا يختلفان من حيث النتيجة التي ترتبت على أي منهما...المرجع السابق، ص: 65، في حين يخالفه الرأي الأستاذ علي فيلالي بحيث يعتبر أن عبارة " في الالتزام المرهق"، هي دليل على تقييد القاضي بالنظر إلى التزام المدين كما اعتمد أيضا على عبارة " réduire " التي جاءت في النص الفرنسي والتي تفيد الإنقاص، علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 380، كما يبرر البعض الزيادة أن الدائن في هذه الحالة قد أثري على حساب المدين، لذا يجب أن يزداد التزامه لتخفيف هذا الإثراء، عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، المرجع السابق، ص: 65.

الالتزامات للحد المعقول، وبالتالي نكون قد دعمنا مسعى النظرية في تحقيق التوازن من خلال توزيع العبء وتحمل التبعة على عاتق المتعاقدين[1].

كما أننا بذلك سنركز على دور مبدأ حسن النية والتضامن العقدي[2] الذي لا بد أن يتحلى به المتعاقدان على حد سواء، خاصة وأن قيام القاضي برفع الإرهاق على المدين يستند إلى إرادة الطرفين ومصلحتهما المتبادلة، فأساس نظرية الظروف الطارئة هو التضحية[3] من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه، بل يتحمل كلا المتعاقدين شيئا من الخسارة، وتتوزع التبعة بينهما توزيعا عادلا[4]؛ كما أن استمرارية العقد تقتضي اظهار الثقة من كل من المتعاقدين تجاه الآخر في حل يرضي منفعتهم المشتركة ورغبتهم في الاستمرار بتنفيذ العقد[5]، كما وأننا بذلك لن نستثني العقود الملزمة لجانب واحد التي يقتضي التعديل فيها انقاص الالتزامات أو وقف تنفيذ العقد والتي تطبق على العقود التي لاوجود لأداء مقبل فيها.

- أما بالنسبة لعبارة " يرد"، فباعتبار النص الرسمي هو النص باللغة العربية وبالتالي نأخذ به، كما أنه يجدر بنا أن نشير إلى أن هذه العبارة هي الأصح، خاصة وأنه بورود عبارة "ينقص الالتزام المرهق" في تقنينات عربية أخرى[6]، قد لاقت جدلا واسعا انتهى باقتراح ابدال كلمة "

---

[1] إن إعادة توزيع الأعباء الطارئة على طرفي العقد هي الغاية الأساسية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة والمتمثلة في إعادة تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد الذي اختل بسبب الظروف الطارئة ويتم ذلك عن طريق الموازنة بين مصلحة الطرفين، حيث نجد أن مصلحة كل طرف تختلف تماما عن مصلحة الطرف الآخر، فمصلحة المدين تتطلب الوقوف بجانبه ومساعدته في الأضرار الفادحة التي لحقت به من جراء الظروف التي طرأت بعد إبرام العقد، بينما مصلحة الدائن تتمثل في رغبته في قيام المدين بتنفيذ التزاماته الواردة في الميعاد المحدد خاصة بعد أن اتضح له ارتفاع الأسعار وزيادة كبيرة في المكسب نتيجة فارق الأسعار وبالتالي ينتج تضارب مصالح الطرفين بعد أن كان العقد يقوم في نشأته على مصالح متوازنة ومتساوية و يهدف إلى تحقيق مصلحة معينة بين طرفيه، خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، ماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، قسم القانون الخاص، 2017، ص: 137.

[2] جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص: 231.

[3] المرجع نفسه، ص: 402.

[4] راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 276.

[5] ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 374.

[6] حيث تعرضت المادة 151 من مشروع التقنين المدني المصري النافذ إلى انتقاد بخصوص ورود عبارة (ينقص)، على اعتبار أنه ليس بالضرورة أن يلجأ القاضي إلى انقاص الالتزام المرهق بل قد يلجأ إلى زيادة التزام الدائن بدلا من نقصان التزام المدين، و قد أجابت لجنة المشروع بأن الانقاص هنا يقصد به التعديل وليس الانقاص المادي، كما انتقد البعض عبارة

ينقص" بكلمة "يرد"، والتي نتج عنها زيادة ملحوظة في اختصاص القاضي تشمل سلطته في إنقاص أو زيادة الالتزامات، وكذا وقف التنفيذ مدة من الزمن، وهو في الواقع ما يجعل القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف[1].

- أما فيما يخص عدم النص صراحة على زيادة الالتزامات[2] كما فعل في الفقرة الثالثة من المادة 561 ق.م، فأنا أتساءل بالمقابل عما يمنع المشرع من إشراك الدائن في التصدي لإنهاء العقد كما فعل بالنسبة للاستغلال، وذلك بتمكينه من عرض ما يراه القاضي مناسبا لرفع الإرهاق على المدين، وهو الطرح الذي يمكن تبريره بتبني المشرع مسعى جدي وواضح للإبقاء على العلاقة التعاقدية، ومعالجة إشراك الدائن في عملية إعادة التوازن الاقتصادي للعقد على أساس مبدأ حسن النية والتعاون والتضامن ما دام التطويع يقوم على فكرة المشاركة في الإرهاق وتوزيع عبئه على طرفي العقد، وإلا ما الداعي من حرمانه من طلب الفسخ، إذ الأولوية تكمن في البحث عن كل الآليات والطرق التي تحقق استمرارية العقد.

ج- تعديل العقد عن طريق وقف التنفيذ مؤقتا: وسيلة كلاسيكية تحتاج إلى دعم:

يملك القاضي سلطة وقف تنفيذ العقد، وذلك في حال أن رأى أن خير وسيلة لرد التزامات العلاقة العقدية إلى الحدود المعقولة هي وقف تنفيذ العقد[3] لمدة معينة، كما يشترط أن يكون الحادث أو الظرف مؤقتا، وألا يلحق جراء هذا الإجراء أضرار بالمدين.

ويعد الوقف وسيلة قانونية لمواجهة العقبات والصعوبات الواقعية أو القانونية التي تحول مؤقتا دون تنفيذ العقد[4]، كما يستهدف الوقف الحفاظ على إمكانية تنفيذ العقد في المستقبل، مع استمرار وجوده في الحال وترتيبه لبعض الالتزامات، وهو ما يستقيم مع مبدأ

(انقاص الالتزام) الواردة في نص المادة 2/146 مدني عراقي والتي اعتبرها بعض الباحثين تفيد تخفيف العبء عن المدين وليس الانقاص، أكثر تفاصيل، راجع: راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 270، إلى 272.

[1] المرجع نفسه، ص: 271.

[2] كما فعل المشرع الكويتي صراحة بموجب نص المادة 168 مدني منه كما يلي:" ...أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله".

[3] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 574.

[4] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 210.

استبقاء العقود خير من زوالها[1]، دون أن يتم المساس بمضمون العقد سواء لأحد الطرفين أو كلاهما[2]، ولا من الناحية الموضوعية أو المادية إذ تبقى الالتزامات محتفظة بقيمتها دون أن تتأثر بالوقف[3].

والجدير بالملاحظة هو أن وقف التنفيذ الذي يحكم به القاضي بمناسبة الظروف الطارئة يختلف عنه في نظرة الميسرة والتي نص عليها في المادة 2/281 ق.م، حيث يمثل منح نظرة الميسرة خيارا للقاضي يكون سببه حادث فردي خاص بالمتعاقد المدين لوحده، ولا يمكن أن يزيد عن سنة واحدة، بينما الوقف بمناسبة الظروف الطارئة يكون سببه حادث استثنائي عام وليس خاص بالمدين لوحده، كما أنه لم يتم تحديده بمدة معينة[4]، كما أن المعيار الذي يمنح على ضوئه القاضي نظرة الميسرة هو معيار شخصي يرجع إلى ظروف المدين الخاصة، بينما معيار وقف تنفيذ الالتزام بمناسبة الظروف الطارئة هو معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى ظروف المدين بل إلى الرجل المعتاد في مثل ظروف المدين[5]؛ وبالرغم من وضوح مفهوم الوقف وفاعليته في الحفاظ على الرابطة العقدية، ومن ثم الحرص التام على استمرار العلاقة التعاقدية وتجنب اللجوء إلى نظام الفسخ[6]، فإن المشرع الجزائري لم يولي لهذه الآلية الأهمية اللازمة، خاصة بالنظر إلى أثرها الإيجابي على الاستقرار اللازم للعقود وديمومتها.

ثانيا: تدخل القاضي بمناسبة نظرية الظروف الطارئة وسيلة لدعم استمرارية العقد وتحقيق للأمن القانوني من خلال المادة 3/107 ق.م يبدو أن المشرع قد كان موقفه واضحا وصريحا في مواجهة اختلال التوازن الحاصل بين المصالح الاقتصادية للأطراف المتعاقدة نتيجة تغير الظروف الأولية التي أبرم العقد في ظلها، فهو يحرص على إبقاء العقد مستمرا في إنتاج آثاره

---

[1] صالح ناصر العتيبي، المرجع السابق، ص: 211.

[2] محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص: 446

[3] حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص: 66، خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، ص: 94.

[4] تنص المادة 2/281 ق.م على أن:" ...غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها..."

[5] محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص: 448.

[6] محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 575.

مستعينا بالقاضي الذي أعطى له سلطة موسعة بخصوص ذلك، مبتعدا كل البعد عما يؤدي إلى فسخ العقد، بل كان توجهه منصبا على تشجيع الاستمرار في التنفيذ وهو الأمر الذي يعزز الأمن القانوني وسنناقش ذلك فيما يلي:

1- الفسخ بين الإبقاء على العقد والإبقاء على الظروف: يذهب غالبية الفقهاء[1] إلى استبعاد سلطة القاضي في فسخ العقد بمناسبة الظروف الطارئة، إذ يفهم من عبارات الفقرة الثالثة من المادة 107 ق.م، أن المشرع وفقا لهذا النص، أعطى للقاضي سلطة تعديل العقد الذي اختل توازنه فحسب، ولم يتح له سلطة فسخه، فاختلال التوازن الذي أصاب العقد نتيجة تغير الظروف خاصة الاقتصادية منها، لم يمنع المشرع من التوجه إلى معالجة هذه الاختلالات وتجنب إنهاء العقد، وما ينجم عنه من نتائج سلبية، وبهذا تكون نظرية الظروف الطارئة قد وجدت بهدف تيسير تنفيذ العقد واستمراريته لإبقائه صحيحا[2] بدل فسخه[3].

في حين يحبذ آخرون بالقول بفسخ العقد معتمدين على اعتبار أن التعديل لا يكون دائما هو الحل الأمثل وبأنه قد يكون الأصلح للدائن الذي يطالب به[4] دون طلب تعويض[5] كونه يدفع عنه كل عبء الظرف الطارئ[6]، كما يرى فقهاء آخرون[7] أن الفسخ هو وسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول لمصلحة المدين، إذا ما نفذ جزءا مهما من التزاماته فيعفيه القاضي بذلك مما تبقى في ذمته من التزامات.

---

[1] حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص: 66، بوكماش محمد، المرجع السابق، ص: 267، عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، المرجع السابق، ص: 66، يسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017- 2018، ص: 370، كما يرى عكس هذا الرأي علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 281.

[2] ذهبية حامق، مقال بعنوان: المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، مجلد 27، العدد 1، ص: 106.

[3] يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص: 126، يسين سعدون، المرجع السابق، ص: 370.

[4] محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص: 458.

[5] راقية عبد الجبار علي، المرجع السابق، ص: 272.

[6] بسام أحمد حمدان، المرجع السابق، ص: 270.

[7] علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 381، كذلك اعتبرت الأستاذة ذهبية حامق أن الفسخ هو إنقاذ للمدين من الوضعية الصعبة التي أصبح فيها وحمايته من خسارة لم يكن يتوقعها وقت إبرام العقد، ذهبية حامق، المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص: 106.

كما عمد بعض الفقهاء[1] إلى اعتبار أن رفض الفسخ يعني إبقاء العقد ولكن مع إبقاء اختلال الأساس الذي تولد عنه، وينادي بعضهم[2] بضرورة تكريسه وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، وردا على ما سبق أعتقد أنه لا يمكن اعتبار أن رفض الفسخ يؤدي إلى إبقاء الاختلال، لأن الأصل في التعديل ليس بإزالة الاختلال كلية وإنما بمحاولة معالجة الاختلال فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي وما على القاضي إلا رده إلى الحل المعقول، أما عن ضرورة النص على الفسخ، وإن كنت لا أحبذ هذا الحل لأنه سيخرجنا عن المسعى المنشود الخاص بإنقاذ العقد، إلا أنني أقترح أن يكون كآخر الحلول أي لا يتم الحكم به إلا بعد استنفاذ كافة الطرق الممكنة والتي سبق التعرض لها، كما أنني أشير إلى أن الفسخ الذي أعنيه هو الفسخ الجزئي، أي أن يتم فسخ العقد فقط فيما لم يتم تنفيذه بسبب الإرهاق خاصة إذا كان ما تبقى قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات.

2- تدخل القاضي في نظرية الظروف الطارئة مسعى واضح لتحقيق الأمن القانوني:

من الواضح أن الأمن القانوني يتطلب عدم التدخل في شؤون الأطراف، ولكن هذه الشرعية لا تتناسب مع حالة الظروف غير المتوقعة، إذ أن الضرورات الاقتصادية وديناميكية الأعمال تبرر رفض الأضرار التي قد تنجم عن اختلال أو عدم تكافؤ بين الالتزامات التعاقدية، لا سيما اختلال التوازن المالي الذي يحدث في سياق أكثر تعقيدا.

والمعلوم أن القاضي لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يقوم بتصحيح الخلل الأولي في العقد، ذلك لأنه ناتج عن شروط تم تبادلها وقبولها طواعية بين أطرافه وقت إبرامه، أما فيما يخص عدم القدرة على التنبؤ فهو على العكس من ذلك، فهو يتيح التدخل لتصحيح الخلل غير المتوقع الناتج عن حادث خارج إرادة الأطراف، والذي وقع أثناء التنفيذ.

من جانب آخر ، فإن ما هو غير متوقع لا يتم علاجه فقط عن طريق محاولة تحقيق العدالة ما يدفعنا إلى القول بأن الحلول المرجوة لا تمس بالأمن القانوني، وهو ما يتطلب عدم

---

[1] محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص: 458.

[2] ترى الأستاذة حامق في مقالها السابق أن المشرع قد تجاهل تقريبا كل الحلول المقررة في تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والمتمثلة في تعديل العقد أو فسخه بإرادة منفردة للمتعاقد المضرور أو انفساخه شرعا كما قد يتحمل البائع وحده عبء الخسارة في الجائحة في الثمار أو الزروع، ويكون المشرع بذلك قد احتفظ بحل واحد وهو المتعلق بتعديل التزامات العقد بما تقتضيه العدالة، ذهبية حامق، المرجع السابق، ص: 101.

التدخل في توقعات الأطراف وفقا لرغباتهم التي أعربوا عنها وارتضوها وقت إبرام العقد، فقط في هذا السياق لا يمكن فرض التناسب أو التكافؤ، من ناحية أخرى فإن الحدوث غير المتوقع لظروف جديدة تعرقل تنفيذ العقد، لا يستدعي إعادة توازن العقد وفقا لما ينبغي أن يكون، ولكن وفقا للتوازن الأولي[1] والذي كان موجودا في الوقت الذي التقت فيه إرادة الأطراف، وبهذا المعنى لا يمكن القول بالتضحية بالأمن القانوني بأي شكل من الأشكال.

الواقع أن خلف مبدأ استقلالية الإرادة نكتشف الأمن القانوني، فالمتعاقدين لهم القدرة المطلوبة للتنبؤ عندما يصدرون موافقتهم الإرادية، وما على القاضي وحتى المشرع إلا احترام هذه الإرادة وبالنتيجة احترام الأمن القانوني؛ هذا المبدأ القانوني الذي يرمي إلى عدم مفاجأة الأطراف في معرفتهم بالقواعد المعمول بها أو ممارساتهم أو حتى توقعاتهم، وعلى عكس القوة الملزمة للعقد وحسن النية، فإن الأمن القانوني لا يستند إلى نص قانوني كالقوة الملزمة للعقد مثلا، لأنه يشكل بالأخير حاجة قانونية أكثر منه حق[2]، وما على القاضي سوى التصرف وفقا لأحكام القانون مع مراعاة الأطراف إلى الحاجة إلى الأمن القانوني لحماية المصالح والأهداف المشروعة.

ويمكننا طرح التساؤل التالي: هل يمكن للقاضي التضحية بالأمن القانوني في سبيل مراجعة العقد للظروف غير المتوقعة؟، وقد أجاب على ذلك الفقيه ديموج[3] عن طريق الدعوة إلى ضرورة التخفيف النسبي أو تليين العقود في ظل الظروف الجديدة دون الوصول إلى حد تدمير مفهوم العقد، ما يدفعنا للقول بأهمية الموازنة بين التدخل القضائي وحاجة الأطراف إلى تأمين تصرفاتهم، وبالتالي تغليب الاتجاه نحو التنفيذ لتحقيق الأمن القانوني في مواجهة التضحية بالقوة الملزمة للعقد ومن خلالها بتوقعات الأطراف المتعاقدة خاصة وأن المشرع لم

---

[1] Nabila Lahnane, op.cit. p 358.

[2] Ibid, p 359.

[3]" L'intérêt générale à l'exécution d'un contrat peut exceptionnellement se trouver plus faible que cet autre intérêt général qui ne veut pas qu'un contrat mal adapté aux circonstances s'exécute. Tout cela appelle un assouplissement des contrats aux circonstances, mais un assouplissement relatif, car autrement on irait à la destruction de la notion même de contrat qui implique celle de sécurité", R. DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volanté unilatérale, RTC. Civ, 1907, p: 246, cité par Nabila Lahnane, op.cit. p 361.

انظر أيضا، ريما فرج مكي، ص: 380.

يكن واضحا بشأن رفض الدائن التزامات جديدة لم يتفق عليها عند إبرامه للعقد، بدافع حسن النية وتيسير التنفيذ، ولم ينص على إمكانية فسخ العقد عند وقوع الاختلال في التوازن العقدي.

وهو الأمر الذي يجعلنا نعتقد أن الاستمرار في تنفيذ العقد هو الهدف الأساسي المستحدث للقوة الملزمة للعقد، فبعد أن كانت تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، أصبحت تستند إلى قواعد الإنصاف والمنفعة والعدالة[1] وضرورة استقرار المعاملات المالية كل ذلك من أجل تحقيق الأمن القانوني، ما يجرنا إلى القول بأن إنقاذ العقد أصبح من أولويات تحقيق الأمن القانوني.

لابد في الأخير أن نوضح أن مراجعة العقد هي وسيلة لرد الاعتبار للعقد، أما فيما يخص بالمساس بالأمن القانوني هو ليس التعديل في حد ذاته وإنما هي الظروف غير المتوقعة التي تشكل حاجزا يعرقل تنفيذ العقد، وبما أن المشرع نص على علاج هذه الظروف غير المتوقعة في المادة 3/107 ق.م فهذا يشكل تلقائيا جزء من توقعات المتعاقدين، إذ ليس من المفترض على المتعاقد أن يتوقع التنفيذ فحسب، بل عليه أيضا أن يتوقع المخاطر والطريقة التي يتم معالجتها من قبل القانون، إذ يجب فهم التزامات الأطراف على أنها تلك المنصوص عليها في العقد والتي يجب أن تضاف إليها تلك المنصوص عليها في القانون.

ويجدر بنا الحديث عن أنه ومع تطور العلاقات العقدية وقيامها على مفهوم جديد للمساواة بين المتعاقدين، أصبح المشرع بمقتضى القواعد المنظمة للعلاقات العقدية غير المتوازنة يسعى إلى تحقيق العدالة العقدية، وبالتالي لا يكون للعقد القوة الملزمة إلا إذا تحققت العدالة العقدية، ومن هنا أصبحت هذه الأخيرة هي التي تحدد مشروعية القوة الملزمة للعقد خلافا لما كان عليه الوضع سابقا أي الذي كان يربطها بممارسة الحرية العقدية.

وبما أن المشرع ومن خلال المادة 3/107 ق.م لم يقتصر هدفه على تفعيل دور القاضي في تعديل العقد من أجل علاج الاختلال الحاصل وإنما تعداه إلى إصلاح العقد وتشجيع ضمان استمراريته والمحافظة عليه، وهو الأمر الذي يجعلنا نعتقد أنه يمكن أن يكون للقوة الملزمة مشروعية أخرى، خلافا لما كان عليه الوضع سابقا، والذي كان مرتبطا بممارسة الحرية

[1] وهي نظرة الفقيه جستان الذي أحل مبدأ استقلالية الإرادة أسسا أخرى كالمنفعة والعدالة، ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص: 372.

العقدية، إذ أصبح من الضروري الحديث عن إنقاذ العقد بجانب تكريس العدالة ما بين المتعاقدين، ولما كان لزاما على القوة الملزمة أن تتطور بتطور المعطيات الجديدة لتتكيف ومقتضياتها، أظن أنه حان الوقت لضبط مفهوم العلاقة العقدية بما يلائم استمرارها على نحو يضمن العدالة العقدية وكذلك الأمن القانوني.

خلاصة الباب الثاني:

توصلنا من خلال دراسة هذا الباب إلى أنه بالنظر إلى أهمية العقد لا يمكن التغاضي عما يصيبه من خلل في ذاته أي أركانه الأساسية، أو في بعض أوصافه الخارجية ومن ثم السماح بترتيب البطلان (بنوعيه) كجزاء لذلك الخلل، ورأينا أن الإصلاح هو خير وسيلة للحد من حالات البطلان المتزايدة وتجنب آثارها أو حتى التقليل من هذه الآثار.

خلصنا أيضا أنه من غير المعقول الالتجاء حتما إلى هدم العقد قبل التثبت إن كان هناك مجال للإصلاح والتصحيح، مما يضمن التناسب ما بين الخلل والجزاء من جهة والمحافظة على الأهداف الاقتصادية التي أبرم العقد لتحقيقها من جهة أخرى، ورأينا أن عملية الإنقاذ تتبع مسببات البطلان، فالسبب المباشر في البطلان هو محور عملية الإنقاذ.

خلصنا إلى أن النزعة الإصلاحية التي يتسم بها القانون الجزائري قد تبلورت في عدة وسائل فتظهر في نظرية الإنقاص كآلية ضرورية تمكن من تلافي البطلان الكلي للعقد وتجعل أثره مختزلا فقط على الجزء المعيب من خلال بتره ومواصلة العمل بالعقد مبتورا، كما تجلت أيضا في آليات إنقاذ أخرى مثلت الوجه الآخر من تخيف وطء البطلان الكلي للعقد، إذ يتطور مرجع نظرة الإنقاذ لينصب على كامل العقد في نسق تصاعدي، فإن لم نستطع القيام بعملية يمكن اعتبارها بسيطة بجعل مفعول البطلان منصبا فقط على جزء من العقد، ننتقل على عملية أعمق وأشمل تحمل تحويرا كاملا للعقد، ويرتفع بذلك سقف الأولويات ليصبح هدف عملية الإنقاذ التخلص من أثر البطلان عن كامل العقد عن طريق التحول، كما يمكن أن يمتد لسد أي نقص قد يعتري العقد ويهدد استمرارية حياته في المستقبل بالتكملة.

رأينا أن الإنقاذ بإحداث تغيير لا يقتصر على اعتماد الآليات السابقة فحسب بل إن التعديل كنظام هو في غاية الأهمية في هذا المجال، خاصة وأن تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه عند الإبرام ليس ممكنا دائما بسبب الظروف المصاحبة للتنفيذ والتي غالبا لا تكون هي ذاتها التي توقعها الأطراف عند الإبرام، الأمر الذي يهدد توازن العقد وهي الضرورة التي تستدعي الاهتمام بالتعديل، ويكون ذلك سواء من قبل أطراف العلاقة التعاقدية والذي عبرت عنه بالإنقاذ الاتفاقي للعقد والذي يأتي في المرتبة الأولى على اعتبار أن المتعاقدين هم الأولى في السعي

إلى حماية عقودهم من خلال الاحتياط لكل التقلبات الممكن حدوثها والعمل على إزالتها في الوقت المناسب.

والجدير بالذكر أن إعادة التوازن خاصة في مرحلة تنفيذ العقد قد تتجاوز قدرة أطراف العلاقة التعاقدية، مما يستدعي تدخل طرف آخر قصد العمل على إعادة التوازن ودعم استمرارية العقود ويكون ذلك استثناء بتدخل المشرع بطريقة مباشرة في التعديل، وإن عد ذلك تطاولا على العقد إلا أنه قد يكون مبررا بتحقيق المصلحة العامة وكذا إرساء قواعد العدالة؛ وقد يكون تدخل المشرع في التعديل بطريقة غير مباشرة عن طريق منحه سلطة واسعة للقاضي في تعديل العقد كحل فعال لضمان استمرارية العقد وتدعيم التوازن العقدي ودعم الأمن القانوني.

خاتمة

خاتمة:

وبعد أن انتهينا من هذه الدراسة، التي وجهنا فيها الضوء على موضوع إنقاذ العقد، فقد توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات المهمة، والتي يمكن إجمالها فيما يأتي:

- إن **الإنقاذ** هو هدف يمكن أن نحققه من خلال التوجه الحقيقي للمحافظة على العقد المهدد بالانهدام أو الزوال، ولن يكون ذلك متاحا بمجرد البحث عن آليات حديثة تساعد على تدعيم حماية الروابط العقدية وجعلها متوازنة فحسب، بل لا بد من تفعيل الأنظمة والآليات التقليدية فيما يخدم موضوع الأطروحة.

- تسلط هذه الدراسة الضوء على غياب استراتيجية محددة من قبل المشرع للتوجه الحقيقي نحو **إنقاذ** العقود، وتوصلت إلى أن ذلك لن يكون مجديا إلا من خلال جعل الجزاءات أو العقوبات المدمرة للعقد أقل منهجية، ولكنني كلما أردت اقتراح نظام عام يحكم هذا التصور أصطدم بواقع لا يمكنني تجاهله والمتمثل في خصوصية أنظمة وآليات **الإنقاذ** وتنوع طبيعتها، خاصة وأن كل عقبة تواجه العقد يكون لها جزاء خاص بها وفقا لطبيعتها، حيث تتوافق كل مشكلة مختلفة تقريبا مع حل بديل خاص بها(إلغاء شرط، مراجعة سعر، تصحيح عيب، استبدال سلعة، إعادة تأهيل عقد،... وما إلى ذلك من حلول).

- وتوصلت إلى أن الحفاظ على خصوصية كل علاج لا ينقص من أهمية **الإنقاذ** بل يجعله أكثر فعالية بتوسيع نطاقه، فمن خلال دراستي حاولت أن أفرق بين ما يمكن أن يكون **إنقاذ** دون إدخال أي تغيير على العقد، والتي تأخذ في غالبها طابع وقائي أخلاقي، وبين ما يمكن أن يكون **إنقاذ** مع إدخال تغييرات على العقد، والتي يغلب عليها الطابع العلاجي، ورأيت أنه من غير المنطقي الاعتقاد بأن كل هذه الحلول (من أنظمة وآليات قانونية)، لا بد أن تخضع لنفس النظام القانوني، بل يكفي أن تجتمع حول هدف واحد وهو الحفاظ على العقد وتدعيم استمراريته وديمومته واستقراره، وفي اعتقادي أن اعتماد **الإنقاذ** كمبدأ سوف يغنينا عن كل ما سبق.

- رأيت أنه من الممكن الانطلاق من فكرة " أن الوقاية خير من العلاج"، وهو ما توصلت إليه من خلال قراءتي المتجددة لعيوب الرضا أين رأيت أنه من المفروض أن نضيق المجال على المتعاقد الذي عيبت إرادته في المطالبة بإبطال العقد، وليس ذلك انتقاصا من حقوقه، بل بهدف إعطائه

فرصة لتحقيق الهدف المرجو من العقد الذي ارتضاه عند إبرامه، مع محاولة تعويضه عن الخسائر التي قد تكون أكبر من خسارته للعقد كلية، وقد بينت ذلك من منطق أن سياسة تهديم العقد مع كل إخلال لن تكون رادعة للقيام بعيوب أخرى.

- والملاحظ أن المشرع الجزائري كان أقرب في التوجه إلى **الإنقاذ** من نظيره الفرنسي، خاصة فيما يخص الإكراه والتدليس وذلك بنصه على وجوب إثبات أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو المفروض حتما أنه يعلم بالتدليس أو الإكراه وهو بذلك يضيق من حالات إبطال العقد على حساب حماية إرادة الضحية وهو ما يعاكس ما اتجه إليه المشرع الفرنسي في المواد 1138، 1142، حيث أنه يجيز للمتعاقد ضحية عيبي الإكراه والتدليس أن يطالب بإبطال العقد سواء صدر من المتعاقد أو من الغير.

- إن التركيز أكثر على الرضا بصفة خاصة سيساعدنا على التأكيد على فكرة الوقاية ،من خلال تبني استراتيجية قانونية وقائية تعمل على بناء العقد على أسس سليمة، وذلك بالتركيز على تفعيل ما تمخض عن التشريعات الحديثة من التزامات، والتي تشكل نقطة انطلاق جيدة بخصوص ما عبرت عنه **بالإنقاذ الوقائي** من خلال مرحلة ما قبل التعاقد لما لها من تأثير على حياة العقد ومساره المستقبلي، فكلما كانت تلك المرحلة مبنية على أسس متينة كلما أدت بالضرورة إلى الحفاظ على الروابط العقدية ودعمت ديمومتها، فالالتزام ما قبل التعاقدي أثبت وجوده بصفة وقائية حمائية تساعد على تحسين الرضا وضمان سلامته، من خلال ما يضفيه من تفادي للوقوع في عيبي الغلط والتدليس وبالتالي تدعيم توازن العلاقة العقدية.

- إن الاعتماد على الآليات المدعمة للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي في سياسة **الإنقاذ الوقائي** سيكون خطوة مهمة نحو الوصول إلى أحد أهداف الأطروحة وهو تفعيل الحماية للمتعاقد الضعيف في العقد، خاصة بعد عجزه عن مواجهة صعوبات الالمام بكل جوانب العقد، التي تجتاز قدراته ومقوماته.

- إن اللجوء إلى تبني قواعد خاصة وإن كانت غريبة عن القواعد العامة لنظرية العقد، إلا أن اعتمادها من شأنه رفع سقف الحماية، مع الأخذ بعين الاعتبار القصور الذي ساد النظرية العامة للعقد، ويكون ذلك من خلال الاعتماد على مهلة التفكير وحق العدول، حيث أن مهلة التفكير أصبحت وسيلة زمنية مهمة تساعد الطرف الضعيف في العلاقة العقدية لأخذ الوقت

الكافي للاستثياق من إرادته حتى لا يندم فيما بعد عن سوء اختياراته أو عن عدم تقديره لظروف العقد حق تقديرها؛ كما أن حق العدول ولو أنه يعمل على إنهاء العقد في الأصل، إلا أنني تعمدت دراسته لاعتباره وسيلة مدعمة للرضا من خلال تمكين المتعاقد من العدول عن الاستمرار في عقد مجحف لحقوقه وتطلعاته.

- إن المتأمل في نظرية العقد يرى أن المشرع الجزائري قد راعى التوجه نحو تنفيذ العقد من خلال التشجيع على التنفيذ التلقائي، عبر وضع المعالم العامة له وحث الأطراف على التحلي بحسن النية وهو المبدأ الذي يعزز الثقة ما بين المتعاقدين بما يضمن تذليل العقبات التي قد تعترض هذا التنفيذ، وهو في اعتقادي غير كاف.

- لقد أصبح من الضروري التفكير في استراتيجية جديدة يتم من خلالها توجيه العقد نحو التنفيذ من خلال تجديد نطاقه وتحديث أهدافه وهو الاتجاه المنطقي لكل العقود في سبيل أن يحقق المتعاقدان الفائدة الاقتصادية والاجتماعية المرجوة من إبرام العقد.

- كشفت الدراسة أيضا أن العقد يمكن إحيائه من جديد من خلال تحويله إلى عقد آخر صحيح، وهو **إنقاذ** من نوع خاص إذ يمثل صورة من صور التحايل المشروع الذي ابتدعه الفكر القانوني، من خلال تغيير مصير العقد من العدم إلى بعثه للحياة من جديد.

- توصلنا أيضا إلى أن تفعيل نظام التعديل سواء الاتفاقي أو عن طريق تدخل المشرع أو القاضي، سيكون له الأثر الإيجابي في التوجه نحو الإنقاذ مع مراعاة الحفاظ على العقد وتدعيم التوازن العقدي.

وبعد أن انتهينا إلى هذه النتائج، فقد توصلنا إلى ضرورة الاقتراحات التالية:

- علينا التوجه تدريجيا نحو **الإنقاذ** كمبدأ من خلال توجيه الجزاء نحو الإيجابية بالنص على الحلول البديلة، ومن ثم تضييق الخناق عن الابطال، والفسخ ولما لا محاولة وضع تقنين واضح وصريح لآليات **إنقاذ** العقد مع إمكانية بلورتها ضمن القانون المدني تحت مسمى محدد "**إنقاذ العقد**"، ولو أن الأمر يبدو صعبا في بدايته، وليس ذلك من سبيل تعمد تجاهل مبررات هدم العلاقة التعاقدية ومواصلة العمل بعقد باطل وغير سليم، وهو ما يعد مساسا بالقواعد العامة للجزاءات المدنية التي جاءت بجزاء البطلان كحماية لشروط تكوين العقد والفسخ كحماية

لتنفيذه، وإنما أردت من خلال أطروحتي هذه، أن أثير موضوعا يمكن جعله نقطة انطلاق حقيقية للبحث عن بدائل للجزاءات المدمرة للعقد والتي تتسبب في آثار تهديمية خطيرة.

- أقترح تعديلا فيما يخص القسم الثاني المعنون بـ"شروط العقد" من الفصل الثاني المعنون بـ "العقد" من الباب الأول تحت عنوان "مصادر الالتزام" من الكتاب الثاني المعنون بـ: "الالتزامات والعقود"، وذلك بتخصيص عنوان فرعي لعيوب الرضا نستهله بمادة تجمع حالات الضعف التعاقدي كما يلي:" يشكل الضعف عيبا في الرضا، عندما يكون نتيجة استغلال لأي شكل من أشكال الدونية لدى أحد المتعاقدين، وعندما ينجم عنه لا توازن عقدي"، تليها مادة أخرى نحاول من خلالها الالمام بدائرة حالات الضعف كما يلي: "تتحدد حالات الضعف انطلاقا من قابلية أحد المتعاقدين للاستغلال بسبب دونيته الناجمة عن ضعف مادي أو معنوي، بالنظر إلى المتعاقد الآخر"، كما أعتقد أنه من المهم جدا إعطاء الأولوية في الجزاء إلى تصحيح العقد وإعادة التوازن العقدي بدل اللجوء آليا للإبطال من خلال الاقتراح التالي: "إن وجود عيب في الرضا يقتضي العمل على تصحيح التوازن العقدي، وإذا تعذر ذلك إبطال العقد".

- أقترح توسيع قدرة القاضي على فرض التعويض على الضحية بدلا من الحكم بالإبطال، وسيكون ذلك ممكنا إذا كان بالإمكان دمجه مع عقوبة بديلة أخرى متوافقة معها عندما يكون هناك ضرر قابل للتعويض كإنقاص الالتزامات أو استبدال السلعة أو تخفيض الثمن... ، حيث أن ضياع فرصة عدم التمكن من التعاقد برضا غير معيب قد يكون قابلا للإصلاح وذلك من خلال التصحيح أو من خلال التعويض عن التعرض للعيب في حد ذاته بالإضافة إلى التعويض المرتبط بالمسؤولية التقصيرية، وكل ما يتبقى هنا هو بلورة هذا الاقتراح بالأسس القانونية التي يمكن للقضاة الاعتماد عليها من خلال منحهم هامشا أكبر للمناورة في المسائل التي تفيد **الإنقاذ**.

- لا بد من التفكير في تبني سياسة أكثر ذكاء وهو ما يردع المستغل أكثر، فمن جهة يمكن إجبار هذا الأخير على إصلاح العقد مع تعويض ضحية العيب، فالإبقاء على العقد سيكون في اعتقادي له وقع أشد على المستغل ويفيد في تحقيق أكبر قدر من المصالح التي كانت ستسبب أضرارا أكبر من الآثار التهديمية للإبطال كجزاء، خاصة إذا كان العيب عرضيا.

- أقترح إعطاء الأولوية للحلول التي تدعم المحافظة على العقد عن الحلول التي تهدم العقد، ولا يمكن أن تكون لهذه التصورات فعالية إلا عن طريق تدعيمها من قبل المتعاقدان، فهما أصحاب

العلاقة العقدية، وبالنتيجة استمرار العقد واستقراره، سيعود بالنفع عليهما بالدرجة الأولى، ولذلك من الأولى أن يكونا في الصدارة للسعي إلى **الإنقاذ**، وقد بينت ذلك في دراستي من خلال عدة مواضع (كالإجازة ولو انها تبقى تنازل عن حق الإبطال واعتبرت أن المطالبة بالتصحيح سيكون له فعالية أكثر، كما أن التعديل الاتفاقي وتطويع الالتزامات التعاقدية وجعلها تتناسب مع أي تغيير في ظروف التعاقد سيساعد بطريقة وقائية وعلاجية في الاستمرار في تنفيذ العقد، ومن ثم يعد **إنقاذ اتفاقي**...).

- كما أن الغرض من القوة الملزمة، لا يمكنه أن يتناقض مع تدخل المشرع في **إنقاذ** العقد، حيث أنه سيسعى من خلال ذلك إلى تحقيق المصلحة العامة وإرساء قواعد العدالة، ويبدو ذلك واضحا سواء باعتماده على التعديل أو بدونه، كيف لا وهو الذي نجده يحرص في كل مرة على تدعيم استقرار العقد من خلال نصه على التقادم كعامل استقرار الأوضاع والمعاملات، وذلك في درء لسلبيات أبدية الحقوق، ويمكن أن يكون وسيلة غير مباشرة **لإنقاذ** العقد من قبل المتعاقد الذي يمتنع أو يتقاعس عن ممارسة حقه في المطالبة بالإبطال سهوا أو عمدا، فيجنب العقد الجزاء المهدم ويساهم في استقرار للأوضاع؛ ولكن يعاب على المشرع طول مدة التقادم، ولو أنه كان قد قام بتقصيرها بموجب القانون رقم 05-10، إلا أن ذلك يبقى غير كاف وتبقى هذه المدة طويلة وغير منطقية بحيث لا تخدم استقرار المعاملات.

- في اعتقادي أن على المشرع أن ينتهج منهجا مستحدثا لتجنب الفسخ كجزاء خطير قد يزلزل المراكز التعاقدية أسوة بالقانون الأنجلوأمريكي، وأقترح أن يكون ذلك عن طريق إعادة تأطير لشروط الفسخ مع التركيز على الجانب الأخلاقي أكثر من خلال إلزام المتعاقدين بالتعاون لاجتناب الفسخ، كما أن إعادة النظر في المادة 119 ق.م يجعل المطالبة بالتنفيذ كحق أصلي واعتبار الفسخ رخصة تضاف فقط إلى الحق الأصلي وهو ما يدعم الأولوية في الاتجاه نحو **الإنقاذ**.

- إن التركيز على **الإنقاذ** الجزئي كأولوية عن الهدم الكلي، سيكون له أثر إيجابي بالغ الأهمية من خلال: إعادة النظر في آلية إنقاص العقد والتي حذا فيها المشرع الجزائري حذو المشرع السويسري في الأخذ بإنقاص العقد كأصل والبطلان كاستثناء، وهو ما يعمل على استقرار العقد ولو جزئيا، لكن لاحظنا في المقابل أن المشرع الجزائري لم يدعم توجهه هذا بشكل فعال، مما جعلني أقترح عليه إعادة النظر في إعمال الإنقاص من خلال تغيير منطلقه، ولن يكون ذلك

متاحا إلا بتغيير سياسة المشرع من هذا النظام، وذلك عن طريق تخليه عن الدور التحكمي لإرادة المتعاقدين وفتح المجال للقاضي من خلال توسيع سلطته على أسس موضوعية بحتة تحقيقا للأمن القانوني واستقرار المعاملات، وتوصلت إلى أن أحسن وسيلة في هذا المجال هي ترقية **إنقاذ** العقد إلى رتبة التزام يقع على عاتق الأطراف بدل جعله حقا اختياريا يتمتعون به ويتعسفون في استعماله مما يجعله دون فعالية على أرض الواقع.

- كما أن الحديث عن **الإنقاذ** الجزئي يجرنا إلى ضرورة تفعيل آلية الفسخ الجزئي كخطوة مهمة وجريئة في مجال **إنقاذ** العقود ولن يتأتى ذلك إلا من خلال الاعتراف بهذه الآلية والنص عليها صراحة وكذا توسيع سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ الجزئي، وأقترح على المشرع إعادة النظر في المادة 119 ق.م ومن ثم إدراج الفسخ الجزئي كخيار للدائن في محاولة منه للإبقاء على العقد ترسيخا لمبدأ حسن النية والتعاون على إتمام العقد ولو جزئيا.

- يبدو لي أن التحول نظام يحمل تغييرا كبيرا على العقد كله، من خلال هدفه في تدارك البطلان والتخلص من أثره على كامل العقد فهو عملية **إنقاذ** متينة، تعمل على إصلاح العقد ككل في الماضي وفي المستقبل وهي بذلك تكرس استقرار المعاملات على مر الأزمنة بالاستعانة بالقاضي، لذلك أقترح على المشرع الجزائري أن يعمل على توسيع سلطته في هذا المجال أسوة بنظيره التونسي الذي يعتمد على المعيار الموضوعي كلية مع تخليه عن إرادة المتعاقدين في إعمال التحول وهو يفيد في الاتجاه قدما نحو توسيع نطاق **الإنقاذ** من خلال التحول، وليس ببعيد عن سلطة القاضي إذ لا بد من الإشادة بالتعديل كسلطة ذات خصوصية تفيد في تحقيق التوازن ولتطور غايات القانون من خلال سلطاته الوقائية والعلاجية في القضاء على الاختلالات المصاحبة لتكوين العقد وتنفيذه على أسس من العدالة والتوازن.

- لا بد من الاعتماد على أخلقة تكوين العقد كما هو الحال في تنفيذه، إذ أن التزام المتعاقدين بحسن النية في جميع مراحل العقد وما يتفرع عنه من التزامات كالالتزام بالإعلام والالتزام بالتعاون سيحول دون حدوث المنازعات بين المتعاقدين وبالتالي لن يكون هناك حاجة للإبطال، كما أن ذلك سيساعد على حل مشاكل التنفيذ فلا يكون هناك داع للجوء إلى الفسخ.

- أقترح أيضا أن يتم اعتماد شرط إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف من خلال إدراجه في المادة 107 كوسيلة **لإنقاذ** العقد بالتعديل الاتفاقي قبل اللجوء إلى التعديل بسلطة القاضي التي

تخص نظرية الحوادث الاستثنائية والتي تطبق فقط بتوفر شروط معينة، مع وضع تنفيذ هذا الشرط تحت الرقابة القضائية لإعطائه الفعالية اللازمة مع ربطه بمبدأ حسن النية في الاعتماد عليه.

- كما أنادي بتدعيم **إنقاذ** العقد بما يحقق أولويات تحقيق الأمن القانوني، من خلال تفعيل مراجعة العقد كوسيلة لرد الاعتبار له، واعتماد مشروعية مستحدثة للقوة الملزمة للعقد تتكيف بما يلائم استمرار العقود على نحو يضمن العدالة العقدية وكذلك الأمن القانوني.

الأمر الأكيد هو أن **إنقاذ** العقد من الاتساع بما كان – نظرا لامتداده إلى كامل مراحل العقد، وأمام كثرة تنوع وسائل وآليات **الإنقاذ**- ما يحول دون أن تشمله أو تكفيه دراسة واحدة، وبذلك لا بد أن أكون قد تناولت جوانب وغفلت عن أخرى، وهذا ليس تقصير مني بل هو راجع إلى طبيعة الموضوع وشساعته، وأختم دراستي بالتساؤل التالي" هل بإمكاننا أن نصل إلى خلق مبدأ قانوني خاص **بالإنقاذ** وجعل الحفاظ على العقد التزام يقع على عاتق أطرافه"؟

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1- قائمة المصادر:

أ-القوانين:

1) القانون رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21، المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، ج.ر، رقم 17 لسنة 1990.

2) القانون رقم 90-02 المؤرخ في 1980/02/06، المتعلق بالوقاية من النزاعات لحماية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب المؤرخ في 1980/02/06، ج.ر، العدد 06 المؤرخة 1990/02/07 المعدلة والمتممة بموجب المادة 02 في القانون رقم 91 – 27 المؤرخ في 1991/12/11، ج.ر، العدد 68، المؤرخ في 1991/11/25، ص: 2653.

3) القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، 2004، العدد 41.

4) القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

5) القانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، ج.ر صادرة بتاريخ 2006/03/12، عدد 15.

6) القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر عدد 15، الصادرة في 2009/03/08.

7) القانون رقم 11-04 المتعلق بتحديد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية المؤرخ في 2011/02/17، ج.ر رقم 14 المؤرخة في 2011/03/06.

ب-الأوامر:

8) الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر صادرة بتاريخ 2003/08/27، عدد 52.

9) الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 2010/08/26، ج.ر مؤرخة في 2010/09/01، عدد 50.

10) الأمر رقم 03-05 المؤرخ في2003/07/19، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

ج-المراسيم:

11) المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المؤرخ في 2006/09/10، ج.ر رقم 56، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 2006/09/10.

12) والمرسوم التنفيذي رقم 13- 378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر، 2013، العدد 58.

13) المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي المؤرخ في 12 مايو 2015.

2-قائمة المراجع:

- باللغة العربية:

الكتب:

1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994.

3) إبراهيم أيمن العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

4) إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.

5) إبراهيم عنتر فتحي الحياني، حقوق العقد، دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والإماراتي والعراقي مع بيان موقف الفقه الإسلامي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2020.

6) أجود علي غالب العزاوي، تحول العقد بين الشريعة والقانون، د.س.

7) أحمد فخر الدين، المشكلات العملية في التقادم المدني المكسب والمسقط ودفوعه طبقا للتشريع وللفقه وللقضاء، دار القانون للإصدارات القانونية، ط 2020.

8) أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2007.

9) أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، المصادر الارادية وغير الارادية للالتزام، العقد، الارادة المنفردة، المسؤولية المدنية، الإثراء بلا سبب، 2000.

10) أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، إجازة العقد القابل للإبطال، المنصورة، مصر، 1983.

11) أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.

12) أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضى (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.

13) أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

14) أسامة أحمد بدر، تكميل العقد، دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

15) إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات، 1967.

16) أكرم محمد حسين التميمي، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2010.

17) أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المعارف، مصر، 1957.

18) أيمن إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

19) بسام أحمد حمدان، نطاق سلطة القاضي التقديرية في الخروج على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، " دراسة مقارنة"، دار واصل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، عمان، الأردن.

20) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2000.

21) جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2000.

22) جلال إبراهيم، انقضاء الالتزام، 1995.

23) جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار الجامعة، مصر، 1994.

24) جليل حسن الساعدي، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي "دراسة مقارنة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2022.

25) جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، 1982.

26) جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، جامعة القاهرة، مصر، 1956.

27) حسام الدين محمود محمد حسن، وسائل إنقاذ العقود من الفسخ، (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، 2020.

28) حسن جميعي حسن، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة، ط 1، القاهرة، مصر، د.س.

29) حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، 1996.

30) حمدي المغاوري محمد عرفه، إجازة العقد القابل للإبطال، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، ط 1، 2012.

31) خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.

32) خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، لبنان، 2012.

33) خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2019.

34) رأفت دسوقي محمود، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار العلوم للنشر والتوزيع ط 1، القاهرة، مصر، 2005.

35) رأفت دسوقي محمود، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، (د، س).

36) راقية عبد الجبار علي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2017.

37) رضا متولي وهدان، النظام القانوني في تجديد الالتزام مقارنا بالفقه الإسلامي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، (د.س).

38) ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، مكتبة زين الحقوقية، ط1، بيروت لبنان،2016.

39) ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011.

40) سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، مذكرة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، السنة الجامعية، 2013.

41) سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1999.

42) سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط 1، بيروت، لبنان، 2012.

43) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية للعقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية شتات، ط 4، د.س.

44) سمير تناغو، الالتزام القضائي، (دراسة فنية لتعديل القاضي للعقد)، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، الاسكندرية، مصر، 2014.

45) سمير تناغو، مصادر الالتزام، العقد- الإرادة المنفردة- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، مصدران جديدان للالتزام الحكم- القرار الإداري، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2009.

46) سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الداودي، دمشق، سوريا، ط3، 1979.

47) شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2002.

48) صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1997.

49) صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009.

50) عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

51) عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار حامد للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الأردن، 2015.

52) عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.

53) عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار الفكر والقانون، مصر، ط2، 1998.

54) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، (دراسة مقارنة)، الجزء الأول مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، المجلد الأول، نظرية الالتزام، تحليل العقد، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982.

55) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، المجلد الثاني، دراسة وظائف عناصر العقد، الإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982.

56) عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، مصر، 1972.

57) عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دار الفكر، القاهرة، مصر.

58) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مطبعة غرينبرغ، القاهرة، 1952.

59) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2009.

60) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء السادس، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،1998.

61) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، mr.gado، 2008، 2007.

62) عبد الرؤوف مولود سالم إبراهيم، أحكام انتقاص العقد في إطار قواعد القانون المدني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2018.

63) عبد العزيز مرسي، نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2006.

64) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، موسوعة القانون المدني المصري، القاهرة، مصر 1984.

65) عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، 1995.

66) عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية (د.س).

67) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، 1960.

68) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1982.

69) عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974.

70) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

71) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2007.

72) العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، الجزائر، 2014.

73) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.

74) عز الدين محمد خوجة، مراجعة عبد الستار أبو غدة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مجموعة دله البركة، إدارة التطوير والبحوث جدة، ط1، 1993.

75) عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، 1993.

76) عزت صلاح عبد العزيز محمد، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2013.

77) عصام أنور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1994.

78) عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني العربي الموحد في ضوء أحكام القضاء مع الإشارة إلى أحكام قوانين المرافعات والتنفيذ، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2017.

79) علي حسين منهل، فكرة التعويض الاتفاقي كجزاء بديل عن الفسخ، دار المركز العربي للنشر والتوزيع، د.س.

80) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 1993.

81) علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

82) علي كاظم الشباني، تحول العقد في نطاق القانون المدني، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2015.

83) عمر عبد الفتاح السيد عبد اللطيف، التوازن المعرفي في العقود المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019.

84) فايزة برهامي، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.

85) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

86) لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، دبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977.

87) مازن حنبلي، الحقوق وأنواعها ومداها والتعسف في استعمالها، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2003.

88) محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط 3، 2006، الجزائر.

89) محمد إبراهيم الدسوقي، الالتزام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، ط 1985.

90) محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2005.

91) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2007.

92) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، 2006.

93) محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، "العقد"، الجزء 1، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.س.

94) محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.

95) محمد دغمات، إلزامية العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2010.

96) محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1998.

97) محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية – دراسة مقارنة – منشورات حلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، لبنان، 2009.

98) محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2000.

99) محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر،2003.

100) محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، ط 2002.

101) محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2017.

102) محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف، ط 2003.

103) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2009.

104) محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإدارة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر-الإمارات، 2012.

105) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، مصادر الالتزام (المواد: 89، 171)، دار محمود، القاهرة، مصر، د.س.

106) محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية وقضائية في كل من فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1980.

107) محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.

108) محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الاسلامي والمدونات المدنية العربية – دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، 2001.

109) مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، القاهرة، مصر، 2012.

110) مصطفى عبد الحميد عدوي، الوجيز في قانون العقود الفرنسي الجديد الصادر سنة 2016 وتعديلاته الصادرة بالقانون 287 سنة 2018، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2020.

111) مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مؤسسة بحسون، ط1، 1995.

112) مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

113) مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، السعي إلى التعاقد وسلطان الإرادة، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2002.

114) ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني" المصري والفرنسي" والفقه الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2002.

115) منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.

116) موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

117) موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، د.س.

118) موفق حميد البياتي، شرح المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، آثار الالتزام، المواد (246-443)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2017.

119) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2005.

120) ندى الشجيري، آثار بطلان العقد، دار السنهوري، ط 1، 2016، بيروت، لبنان.

121) نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.

122) نورس عباس العبودي، جليل حسن الساعدي، التنفيذ المعيب للالتزام العقدي "دراسة مقارنة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2022، القاهرة، مصر.

123) هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي – الشرط الجزائي- دراسة مقارنة، المصدر القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2011.

124) هلدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، لبنان، دار الثقافة، الأردن، ط2، 2013.

125) هند فالح محمود صالح العلاف، نظرية البطلان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر -الإمارات، 2015.

126) وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.

127) ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، آثار الحقوق الشخصية، أحكام الالتزامات، دراسة موازنة، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 2011.

رسائل دكتوراه:

1) أحمد بعجي، تأثير التوجه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2018-2019.

2) أحمد مروك، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2014، 2015.

3) أمينة نعيمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والعمل القضائي، دراسة مقارنة، دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، نوقشت بتاريخ 2007/04/21.

4) بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

5) جمال بدري، نقض العقد بالإرادة المنفردة – من الاستثناء إلى المبدأ- أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، 2015-2016.

6) جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف ين خدة، 2013- 2014.

7) جويدة عمريو، حماية مستهلكي التأمين، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2013- 2014.

8) حسين لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015، 2016.

9) حمد فخري حمد عزام، التحول في العقد، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، 2000.

10) حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1997.

11) حياة حامي، النظام القانوني لبيع البناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2015-2016.

12) خديجة فاضل، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2014- 2015.

13) ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2008- 2009.

14) ربيعة حليمي، الغير في العقد، دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، بن يوسف ين خدة، السنة الجامعية 2016-2017.

15) سليمان محمدي، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2003-2004.

16) شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، "أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه علوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف ين خدة، السنة الجامعية 2015- 2016.

17) عبد الرحمان العيشي، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه علوم، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2016- 2017.

18) عبد اللطيف هني، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد، دراسة مقارنة، دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015، 2016.

19) عثماني بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2018.

20) عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف ين خدة، السنة الجامعية 2015-2016.

21) فايز عبد الكريم عقلة الفالح، مظاهر مواجهة البطلان، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص في جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن، 2017/04/20.

22) فايزة طبيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2018-2019.

23) فطيمة نساخ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2012-2013.

24) ليندة شامبي، الائتمان المصرفي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2010-2011.

25) محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دكتوراه علوم في العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2011-2012.

26) محمد جعفر هادي الخفاجي، تطويع العقد تبعا لتقلبات الأسعار، دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة آل البيت، 2000.

27) منال بوروح، النظام العام والعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، 2019.

28) يحيى أحمد بن طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007.

29) يسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية، 2017- 2018.

مذكرات الماجستير:

1) إبراهيم أحمد إبراهيم الذيابات، حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، 2005.

2) إبراهيم بن عبد الرحمان بن سعد، بحث بعنوان: تحول العقد المالي وأثره، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، 1424، 1425 هـ.

3) آسيا يسمينه مندي، النظام العام والعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2008-2009.

4) آمنة ياسين مرزوق، شرط التعديل التلقائي للعقد، دراسة مقارنة، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القادسية، جمهورية العراق، السنة الجامعية 2019.

5) إياد محمد إبراهيم جاد الحق، مرور الزمان وأثره على الالتزام في المعاملات المدنية، دراسة موازنة، مذكرة ماجيستير في القانون، جامعة القدس، 2001.

6) حسن حدون، التكافل العقدي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، السنة الجامعية 2015-2016.

7) خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، ماجستير في القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، قسم القانون الخاص، 2017.

8) دنيا أوقاسي، تدارك بطلان العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة قرطاج، تونس، 2019، 2020.

9) رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، 2000.

10) زينب موتشو، خصوصيات التعاقد في المادة التجارية، ماستر قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، المغرب، 2018-2019.

11) سامي عدنان العجوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، مذكرة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، السنة الجامعية، 2013.

12) سعاد دراح، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر السنة الجامعية2011-2012.

13) عبد المحسن مبارك عبد المحسن العظيمان، الآثار القانونية لتدخل القاضي في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2014.

14) عزوز عبد المجيد، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2002-2003.

15) علاء الدين محمد علي مقابلة، تفسير العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، السنة الجامعية 2004، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم الدراسات القانونية، الأردن.

16) فايزة بولباني، "الإعلام كوسيلة لحماية المستهلك"، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2011- 2012.

17) فرحان عبد الحكيم، "عدول المستهلك عن التعاقد"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2015- 2016.

18) محمد بوشنافة، مبدأ استقرار المعاملات في العقود بين مقتضيات المصلحة العامة وحرية الأطراف، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤوليته، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2012-2013.

19) محمد زواوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر1، بن يوسف بن خدة، 1987.

20) مونية بوشعرة، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2013-2014.

21) نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2015- 2016

22) هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012، 2013.

قائمة المراجع

المقالات:

1) إبتسام دزيري، مقال بعنوان: سلطة القاضي في تكملة العقد، مجلة بحوث، العدد 12، الجزء الأول، 2018.

2) إبتسام دزيري، مقال بعنوان: أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد، مجلة المعيار، مجلد 25، عدد 61، 2021.

3) إبراهيم أحمد محمد الصادق الكاروري، مقال بعنوان: انتقاص العقد في الفقه والقانون، دراسة مقارنة، مجلة الدراية، العدد 15، 2015.

4) إبرهيم الدسوقي أبو الليل، مقال بعنوان: المفهوم القانوني لإنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق لكلية الحقوق جامعة الكويت، السنة الحادية عشرة، العدد 03، سبتمبر 1987.

5) أحمد بعجي، مقال بعنوان: تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، مجلة بحوث، جامعة الجزائر1، العدد 11، الجزء الثالث.

6) أحمد بومدين، مقال بعنوان: دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، عدد 1، جوان 2010.

7) أحمد حدي لالة، مقال بعنوان: دور القاضي المدني في تطويع العقد، دراسة تحليلية في القانون الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة النعامة، العدد02، رقم 01.

8) أحمد رباحي، مقال بعنوان: حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية " دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، العدد الخامس، ديسمبر، 2015.

9) أكرم زادة الكوردي، مقال بعنوان: مفهوم القاصر وأهليته في القانون العراقي والمصري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعةالجلفة، المجلد الخامس، العدد الثاني، جوان، 2020.

10) أمير طالب هادي التميمي، مقال بعنوان: الفسخ الجزئي للعقد، (دراسة قانونية مقارنة)، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، العدد 4، الجزء 2، 2018.

11) بردان رشيد، بوراس نجية، مقال بعنوان: القاضي وتفسير العقد، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، جامعة وهران، مجلد 07، عدد 01، 2018.

12) جيلالي بن عيسى، مقال بعنوان: نظرية الظروف الطارئة في ظل اختلال الالتزامات التعاقدية، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، المجلد التاسع، العدد الثاني، 2018.

13) حساين حميدة، مقال بعنوان: في إمكانية تعديل بعض عناصر عقود العمل لتفادي التسريح لأسباب اقتصادية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 2، العدد 2، 31 ديسمبر 2016.

14) حياة عفرة، مقال بعنوان: التعديلات القانونية الواردة على عقد الايجار في القانون الجزائري والتعليق عليها، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد السادس، العدد 01، 2019.

15) خليدة بن بعلاش: مقال بعنوان: عقد العمل في ظل القانون رقم 90-11، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، المجلد 04، العدد 02، ديسمبر 2019.

16) ذهبية حامق، مقال بعنوان: المقاربات بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامي، أحكام نظرية الظروف الطارئة مثالا، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، مجلد 27، العدد 1.

17) رشيد واضح، مقال بعنوان: انتشار جائحة كورونا ونظام البطالة الجزئية، مجلة قانون العمل والتشغيل، عدد خاص، تأثير فيروس كورونا على علاقات العمل، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، أوت 2020.

18) سعاد نويري، مقال بعنوان:" الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد الثامن، جانفي 2016.

19) سفيان سوالم، مقال بعنوان: نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 29، ديسمبر 2017.

20) شوقي بناسي، مقال بعنوان: تأملات في تعريف العقد، حوليات، جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الرابع، ديسمبر، 2018.

21) الطيب جربوع، مقال بعنوان: مهلة التفكير آلية لحماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، العدد الثاني، المجلد الخامس، 2021.

22) عامر رحمون، مقال بعنوان: تفسير العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلد 9، عدد1.

23) عبد العالي بوشهدان، مقال بعنوان: المجال الزمني لحق البقاء في إيجار الأماكن المعدة للسكن في القانون الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار عنابة، العدد 35، سبتمبر 2013.

24) عبد العالي بوشهدان، مقال بعنوان: حق البقاء في إيجار الأماكن المعدة للسكن ودوافع توفيق تطبيق أحكامه في القانون المدني، مجلة التواصل، جامعة الجزائر 1، عدد 20 ديسمبر 2007.

25) عبد القادر أقصاصي، مقال بعنوان فكرة النظام العام الحمائي ودورها في حماية الطرف الضعيف في العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة تيندوف، المجلد: 03، العدد 01 لسنة 2019.

26) عبد الهادي الهنتالي الإدريسي، مقال بعنوان: جائحة كورونا وضرورة مراجعة مدونة الشغل، المجلة المغاربية للرصد القانوني والقضائي، لعدد الثاني، 2020.

27) علي علي سليمان، مقال بعنوان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، العدد الصادر في 1984/09/31.

28) عمر أزوكار، مقال بعنوان: دراسة الخيار بين التنفيذ العيني للالتزام والفسخ القضائي، مجلة الصباح، صادرة بتاريخ 28 نوفمبر 2011، عدد 4058.

29) عهود أحمد حسين خليفات، مقال بعنوان: مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية، دراسة تحليلية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الأول، مارس، 2020.

30) فتحية سيد عثمان، مقال بعنوان: دور الإرادة في إنشاء العقد، مجلة العدل، السودان، العدد 23 المجلد 10 الصادر بتاريخ 30 أبريل 2008.

31) محمد أبو العثم النسور، مقال بعنوان: نظرية تحول التصرفات وتطبيقها على بعض المعاملات التجارية في القانون الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الأردن، المجلد 46، العدد 02، 2019.

32) محمد جبر الألفي، مقال بعنوان عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد الأول، 1985.

33) محمد عبد الظاهر حسين، مقال بعنوان: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة عن التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، لعدد 02، 1998.

34) محمد عرفان الخطيب، مقال بعنوان: الحرية التعاقدية في تشريع العمل، أزمة عقد العمل، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والسوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 47، يوليو 2001.

35) محمد يونس، مقال بعنوان: حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الاستهلاك، أكاديمية شرطة دبي، 2016.

36) محمود فياض، مقال بعنوان: مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد:54، 2013.

37) مروة أبو العلا، الانتقاص كأحد وسائل إنقاذ العقد من البطلان، مقال منشور بموقع استشارات قانونية مجانية، بتاريخ 28 فبراير، 2018.

38) نصيرة ربيعي، مقال بعنوان: سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئي، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، المجلد 09، العدد 01، 2021.

39) هنادي فوزي حسين، مقال بعنوان: سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في ضوء تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 المعدلة، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار العراق، العدد: 11، 2015.

40) واسن قسيم الخفاجي، مقال بعنوان قابلية العقد للانفصال، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد الأول، السنة الرابعة.

41) وردية فتحي، مقال بعنوان: خصوصية بطلان عقد العمل في القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،المجلد 08، العدد 01.

42) يوسف بوشاشي، مقال بعنوان: نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الأول.

43) يوسف شندي، مقال بعنوان: أثر خيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد 43، 2010.

المداخلات:

1) حمزة قتال، سمير شيهاني، مداخلة بعنوان: علاقة القانون المدني بقانون الأسرة: قواعد الأهلية نموذجا، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، العدد: 05، 2016.

2) ذهبية حامق، مداخلة بعنوان: النظرية العامة للعقد: تصور جديد، ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، الجزائر في 24، 25، أكتوبر، 2016، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 05، 2016.

3) سامي بن حملة، مداخلة بعنوان: قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، الملتقى الدولي، القانون بعد أربعين سنة، حوليات جامعة الجزائر1، العدد: 05، 2016.

4) سامي بن حملة، مداخلة بعنوان:" قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة"، ملتقى دولي الجزائر في 24 و25 أكتوبر 2016، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 05، 2016.

5) شوقي بناسي، مداخلة بعنوان: "تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الالتزامات نموذجا"، الملتقى الدولي، الجزائر، 24و25 أكتوبر 2016، حوليات الجزائر1، العدد 05، 2016.

6) محمد بودالي، مداخلة بعنوان: "أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك"، ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، الجزائر، في 24، 25 أكتوبر 2016، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد: 05، 2016.

7) محمد عماد الدين عياض، مداخلة بعنوان:" تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك"، ملتقى دولي بعنوان: "القانون المدني بعد أربعين سنة"، حوليات جامعة الجزائر1، العدد: 05، 2016.

المعاجم:

1) ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد التاسع، ط 4، دار صابر للطباعة والنشر، لبنان، 2005.

2) الباشا محمد الكافي، معجم عربي حديث، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، لبنان، ط 1، 1992.

3) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، المجلد 1، ط8، مؤسسة الرسالة، القاهرة.

4) مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، المجلد1، الطبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2004.

المراجع الالكترونية:

1) Xavier BERJOT, covid 19 : le recours au chômage partiel, https : //www.facebook.com/Sancy avocats, 15 mars 2020.

2) Samuel JABERG, article : le chômage partiel une arme anti- crise efficace

3) "البطالة الجزئية سلاح فعال ضد الأزمات الاقتصادية"، على الرابط:

4) Https : //www.swissinfo.ch/ara/business ليوم 17 أبريل 2018 على الساعة 11.00، 13 مارس 2018، على الساعة 12.15.

- باللغة الفرنسية:

Ouvrages :

1) Alain Benabent, droit civil, 3 -ème édition, mont chrestien, Paris, 1991.
2) Alain Bénabent, « la bonne foi dans l'exécution du contrat, rapport français », in la bonne foi, travaux de l'association Henri capitant, Litec tome XLIII, 1992.
3) Ali Bencheneb, Le droit Algérien des contrats, données fondamentales, édition Gaia, 2 -ème édition, 2017.

4) Anne Sophie Lavefve Laborderie, La Pérennité contractuelle, préface de Catherine Thibierge, bibliothèque de droit privé, Tome 447, LGDJ, 2005.
5) Aubry et Rau, droit civil français, Tome VIII, les régimes matrimoniaux, librairies techniques, 7eme édition, Paris, 1973.
6) Charlotte Carré, Le juge et la sécurité du contrat, Université de Reims Champagne-Ardenne, UFR de droit et science politique, 2016, 2017.
7) Christian Larroumet, droit civil, tome 3, les obligations, le contrat, 3 -ème éd, Economica, delta, paris, Liban.
8) G.Cornu, Vocabulaire Juridique, Association H.Capitant, Point Delta, 2011.
9) J.Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, L.G.D.J., 1980.
10) J, Carbonnier, droit civil, les obligations, T 4, 22 -ème éd, droit privé, PUF, coll, Thémis, 2000.
11) J.Calais –Auloy et F.Steinmetz. Droit de la consommation 5 -ème éd, Dalloz.
12) J.Flour, J.Laubert, E.Savaux, Droit civil, les obligations, 1. L'acte juridique, Dalloz, 2002.
13) Koriche Mohamed Nasreddine « droit du travail, les transformations du droit algérien du travail entre statut et contrat, relation d'emploi de travail contractualisation relative, » tome 01, office des publications universitaires, Alger, 2009.
14) Laurent Leveneur, Code Civil 2022, Lexis Nexis, Paris.
15) M. Fontaine, Les clauses de HARDSHIP, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, DPCI, 1976.
16) Patrice Rien, La notion de transparence dans le droit de la concurrence,1ere édition Harmattan, Paris, 2002.
17) Philippe Burn, Le droit de revenir sur son engagement, droit et patrimoine, Mai 1998.
18) Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel- Munk, les obligations, 4 -ème éditions, Lextenso éditions, point delta, Liban, 2009.
19) Pierre Breeze, Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Edition Vuibert, Paris.
20) Reine Alachkar, réadaptation des contrats Hardship et amiable composition, préface de Maroun Boustani, LGDJ, point DELTA, Beyrouth, 2016.
21) S.Mirabai, La rétractation en droit prive français, LGDJ, 1997.
22) Simler Philipe, la nullité partielle des actes juridiques, LGDJ, paris.
23) Terré, PH. Simler et Y. Lequette, droit civil, les obligations, 8e éd. Dalloz 2002.
24) Windscheid Bernard, Ohm Kenjiro, Les obligations, p.c.r.a, Barline, Allmond, 2001.

25) Xavier Thunis, L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, F.U.N.D.P.

Thèses :

1) Aurélie zagori, la volonté dans la gestion des conflits, tome I, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit, université paris –Saclay.
2) Bénédicte Guiderdoni, Le Forçage du contrat par le juge, Thèse pour le doctorat de l'université de Caen, 2002.
3) Carole Ouerdane, Aubert de Vincelles, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit privé, Université PANTHEON ASSAS, (PARIS 2), le 22 décembre 2000.
4) Corinne régale – Dumetz, la résolution partielle du contrat, thèse pour le doctorat en droit privé de l'université de Lille II, présenté et soutenu publiquement le 11 décembre 2001, préface de Christophe Jamin, nouvelle bibliothèque de thèses, DALLOZ.
5) Do Camo Silva Jean-Michel, La stabilité de l'entité contractuelle, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université des sciences sociales de Toulouse (Toulouse 1), France,2001.
6) Faustine Jacomino, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit privé, université Cote d'Azur, soutenu le 16 juillet 2018.
7) Florian Maume, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, thèse pour l'obtention de grade de docteur en droit, Université d'Evry-Val d'Essonne, juillet 2015.
8) Hariz Saidani, La rupture du contrat, thèse de doctorat en droit, université de Toulon, 2015, publiée par HAL, 12/05/2017, France.
9) Hariz Saidani, la rupture du contrat, thèse de droit, université, Toulon, 2016.
10) Judith Rochfeld, cause et type de contrat, thèse, paris 1, 1997, LGDJ, 1999.
11) Karine de la Asuncion Planes, la réfaction du contrat, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, université de Perpignan, tome2, 2005.
12) M.Fabre-Magnan, de l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie, thèse, Paris 1, LGDJ, 1992.
13) Marie Pierre Lamour, sauvetage du contrat, Thèse pour obtenir le grade de docteur en droit privé, Université Pierre Mendes France, Faculté de droit de Gronoble, Le 9 mars 2001.
14) Marignol Ludovic, la prévisibilité en droit des contrats, Thèse pour le doctorat en droit et sciences politique, l'Université de Toulouse Capitone, présenté et soutenue le 11 décembre 2017.

15) Nabila Lahnane, Le déblocage des sources d'anéantissement du contrat en droit commun, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit privé, université de Perpignan Via domitia, soutenu le 29 novembre 2018.
16) Nicolas Gras, "Essai sur les clauses contractuelles", Thèse pour le doctorat en droit privé, Université D'AUVERGNE- CLERMONT FERRAND 1, présenté et soutenue, le 19 Novembre 2014.
17) Sophie -Gaudemet, La clause réputée non écrite, thèse, Paris, Economica, recherches juridiques, 2006.

Mémoires :

1) Anne Severine dhennin, La nullité du contrat de travail, Mémoire préparé dans le cadre du droit social, Université DE LILE 2, droit et santé faculté des sciences politiques, juridiques et sociales, 2000- 2001.
2) Charlotte Carré, Le juge et la sécurité du contrat, mémoire en master de droit des affaires, droits des PME/PMI, Université de Remis Champagne-Ardenne, UFR de droit et Science Politique, 2016-2017.

Articles, Chroniques et Colloques :

1) Art 1143, ordonnance n 2016-131, JORF 11, février 2016, Réforme du droit des obligations, Dalloz, 2016.
2) Blaise Carron, article : Le nouveau droit suisse de la prescription, présentation et analyse critique au regard des objectifs visés, sui-generis, 2019.
3) Ejan Mackaay, l'efficacité du contrat–une perspective d'analyse économique du droit-, présentation au colloque « l'efficacité du contrat » tenu à la faculté de droit de l'université paul cézanne–AIX–Marseille, AIX – en – Provence, le 11 juin 2010.
4) Eric Fokou, la notion d'économie du contrat en droit français et québécois, Revue générale de droit, volume 46, numéro 2, 2016.
5) François Dièsse, Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat (article), Archives de philosophie du droit, 43, (1999).
6) G.A- Likillimba, La fidélité en droit privé, PUAM, 2003.
7) J.Calais-Auloy, La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, D 1973,chron.
8) M.Mekki, La nullité entre tradition et modernité, fiche pratique, gaz, pal, 3 janvier 2017.
9) Mazeaud (D), Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle, in mélanges en hommage à français Terré (l'avenir de droit), Dalloz.PUF. JCP. 1999.
10) Mustafa El Gharbi, Justice contractuelle et liberté de la volanté, Un rapport problématique, R.R.J, N° 2005-1.

11) Ordonnance n : 2016-131 du 10février 2016portant réforme du droit des contrat, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n : 0035 du 11 février 2016.
12) Philippe Délebecque, La réforme des contrats : quelles innovations ? article, colloque international, Alger 24 et 25 octobre 2016 : le code civil, quarante ans après ! Les annales, Université d'Alger 1 Benyoucef Benkhedda, N° 05/2016.
13) Philippe le Tourneau et Michel Leroy, Contrats et obligations, classification des obligations, principe de la distinction des obligations de moyens et obligations de résultat, Fasc. 20, édition du juris- classeur, 2002, alinéa 5.
14) Picod (y), effet et obligation des conventions, contrats et obligations, Art 1134 et 1135, Fasc. 11, édition de juris-classeur 1999, N° 44.
15) Sandrine Sana-Chaille De Nere, Nullité ou rescision : régime de la nullité, Civ.code, art 1304 à 1314, fasc.40, 14 septembre 2007.

فهرس

فهرس:

مقدمة:..... 1
الباب الأول: إنقاذ العقد دون إحداث تغيير 15
الفصل الأول: الإنقاذ العلاجي والوقائي للعقد من خلال حماية الرضا. 16
المبحث الأول: حماية الرضا وفقا للأحكام التقليدية: إنقاذ علاجي..... 16
المطلب الأول: استغلال ضعف المتعاقد كمظهر للامساواة في العقد 17
الفرع الأول: استغلال المتعاقد غلط المتعاقد معه..... 18
الفرع الثاني: استغلال المدلس ضعف المتعاقد معه. 23
أولا: استعمال الحيل التدليسية 26
1- الكذب: 26
2- الحيل:..... 28
3- السكوت العمدي أو الكتمان: 29
ثانيا: نية التضليل 31
الفرع الثالث: استغلال المتعاقد الرهبة والخوف في المتعاقد المكره 32
أولا: التهديد بخطر جسيم مما يحدث رهبة في نفس المتعاقد: 33
ثانيا: استغلال المتعاقد ظروفًا خارجية مهيأة للإكراه: 35
الفرع الرابع: استغلال المتعاقد للضعف النفسي للمغبون 38
المطلب الثاني: ضرورة تضييق حالات استغلال الضعف الدافع للتعاقد للمحافظة على صحة العقد 42
الفرع الأول: الغلط الجوهري دافع للتعاقد. 43
الفرع الثاني: الحيل التدليسية دافعة للتعاقد 45
أولا: التدليس مؤثر..... 45
ثانيا: صفة المدلس 48
الفرع الثالث: الرهبة دافعة للتعاقد 48
الفرع الرابع: الاستغلال دافع للتعاقد 50
المبحث الثاني: حماية الرضا وفقا للأحكام الحديثة: إنقاذ وقائي..... 53

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام وسيلة وقائية لتحسين الرضا 54
الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي 55
أولا: مفهوم الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي..... 55
ثانيا: مهام الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي..... 61
ثالثا: مبررات تقرير الالتزام بالإعلام 68
الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام ومدى فعاليته في إنقاذ العقد 73
أولا: إبطال العقد 73
ثانيا: التعويض 80
المطلب الثاني: الآليات المدعمة للالتزام بالإعلام في تحسين الرضا 81
الفرع الأول: مهلة التفكير كآلية وقائية في إنقاذ العقد 82
أولا: مضمون مهلة التفكير 83
ثانيا: مهلة التفكير آلية وقائية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية 88
الفرع الثاني: حق عدول المستهلك عن التعاقد آلية فعالة لتحسين الرضا 90
أولا: مضمون حق العدول 90
ثانيا: حق العدول آلية علاجية للرضا 104
الفصل الثاني: إنقاذ العقد بين الاستقرار والاستمرارية 108
المبحث الأول: سلطة الأطراف والقانون في إنقاذ العقد من خلال العمل على استقراره 108
المطلب الأول: سلطة الأطراف في إنقاذ العقد عن طريق الإجازة 109
الفرع الأول: الإجازة تصحيح للعقد القابل للإبطال أم تنازل عن حق التمسك بالإبطال؟ 110
أولاً: الإجازة تصحيح للعقد القابل للإبطال..... 110
ثانياً: الإجازة تنازل عن حق التمسك بالإبطال 112
ثالثاً: الإجازة بين الوجود والإنكار. 114
رابعا: موقف المشرع من الإجازة. 116
الفرع الثاني: شروط و أنواع الإجازة 119
أولاً: شروط الإجازة. 119
ثانياً: أنواع الإجازة 122
الفرع الثالث: التصحيح أولى من الإجازة..... 128

أولا: تصحيح العقد المعيب بالغلط 132
ثانيا: تصحيح العقد المعيب بالاستغلال 135
ثالثا: تصحيح العقد المعيب بالتدليس والإكراه 137
المطلب الثاني: سلطة القانون في إنقاذ العقد. 139
الفرع الأول: التقادم كوسيلة لاستقرار العقد القابل للإبطال. 139
أولا: مفهوم التقادم المسقط. 140
ثانيا: دور التقادم في إنقاذ العقد. 147
الفرع الثاني: دور المشرع في استقرار العقد من خلال نظرية الإرادة. 155
أولا: الإرادة عنصر استقرار 156
ثانيا: أخلقة الإرادة يفيد الاستقرار 164
ثالثا: التفسير وسيلة القانون غير المباشرة في إنقاذ العقد 167
المبحث الثاني: استمرار العقد يقتضي تفعيل التنفيذ 173
المطلب الأول: ضرورة توجيه العقد نحو التنفيذ 174
الفرع الأول: تنفيذ العقد باعتباره شريعة المتعاقدين: تجديد النطاق وتحديث الأهداف 175
أولا: القوة الملزمة للعقد: تجديد النطاق 176
ثانيا: القوة الملزمة للعقد: تحديث للأهداف. 180
ثالثا: توجيه العقد نحو التنفيذ يقتضي التدخل. 184
رابعا: توجيه العقد نحو التنفيذ يقتضي تحديث الجزاء 188
الفرع الثاني: الحد من الفسخ استراتيجية مستحدثة للتوجه نحو إنقاذ العقد 194
أولا: إعادة تأطير شروط قبول الفسخ 195
ثانيا: إعادة التفكير في منهج الجزاء أولوية للاتجاه نحو إنقاذ العقد 208
المطلب الثاني: دور مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد. 213
الفرع الأول: ضرورة التنفيذ بحسن نية 214
..... 214
أولا: ارتباط مبدأ حسن النية بالقوة الملزمة للعقد. 214
ثانيا: فاعلية مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد 217
الفرع الثاني: ارتباط مبدأ حسن النية بالوضع المخفي والوضع الظاهر. 229

أولا: الإنقاذ بالتحايل على القانون. 229
ثانيا: الإنقاذ عن طريق الوضع الظاهر. 232
خلاصة الباب الأول: 238
الباب الثاني: إنقاذ العقد مع إحداث تغيير. 241
الفصل الأول: إصلاح العقد تحقيقا للاستمرارية. 242
المبحث الأول: الإنقاص كآلية لإنقاذ العقد 242
المطلب الأول: إنقاذ العقد بالعمل على إزالة التهديد بالبطلان. 243
الفرع الأول: مفهوم إنقاص العقد. 243
أولا: تعريف إنقاص العقد. 244
ثانيا: موقف التشريع من الإنقاص 247
الفرع الثاني: محدودية فعالية شروط الإنقاص في التوجه نحو الإنقاذ 254
أولا: أن يكون العقد في شق منه باطل أو قابل للإبطال 254
ثانيا: أن يكون العقد قابلا للانقسام أو التجزئة: 259
ثالثا: عدم جوهرية الشق أو الجزء الباطل من التصرف في قصد المتعاقدين: 264
المطلب الثاني: مدى ملاءمة إعمال الإنقاص و أثره على إنقاذ العقد 273
الفرع الأول: إنقاص العقد تحقيقا للمصلحة الخاصة. 274
أولا: إنقاص العقد بسبب نقص الأهلية 274
ثانيا: إعمال الإنقاص بمناسبة عيوب الرضا 279
الفرع الثاني: إنقاص العقد تحقيقا للمصلحة العامة 287
أولا: إعمال الإنقاص في قانون المنافسة 287
ثانيا: إعمال الإنقاص في قانون العمل 289
المبحث الثاني: التحول والتكملة آليتا إنقاذ العقد (بين الإحياء والمحافظة على الاستمرارية) 291
المطلب الأول: إنقاذ العقد من خلال التحول كمحاولة لإحيائه 292
الفرع الأول: تحول العقد وسيلة قانونية: تغيير من العدم إلى بعث الحياة من جديد 292
أولا: مفهوم التحول 293
ثانيا: التحول وسيلة فعالة للحفاظ على العقد 298
الفرع الثاني: مظاهر التحول في القانون الجزائري 303

أولا: بالنسبة للأهلية 304
ثانيا: بالنسبة للرضا 304
ثالثا: بالنسبة للمحل 305
رابعا: بالنسبة للسبب 305
خامسا: بالنسبة للشكلية 305
المطلب الثاني: الإنقاذ من خلال تكملة العقد 306
الفرع الأول: تكملة العقد آلية قانونية للمحافظة على الاستمرارية 307
أولا: مضمون تكملة العقد 307
ثانيا: تمييز التكملة عن غيرها من المفاهيم المشابهة 312
الفرع الثاني: دور التكملة في إنقاذ العقد 316
أولا: إرادة المشرع في تدعيم فاعلية العقد من خلال التكملة 316
ثانيا: مساهمة القضاء في إنقاذ العقد من خلال تكملته 318
الفصل الثاني: تعديل العقد تحقيقا للتوازن العقدي وتدعيما للاستقرار 320
المبحث الأول: التعديل بإرادة الأطراف وبقوة القانون: إنعاش للعقد وإعادة للتوازن 321
المطلب الأول: التعديل الاتفاقي وسيلة لإنقاذ العقد 321
الفرع الأول: التعديل الاتفاقي عامل استقرار ووسيلة لإعادة تنظيم العلاقة العقدية 321
أولا: التعديل الاتفاقي عامل استقرار العلاقة العقدية 322
ثانيا: التعديل الاتفاقي وسيلة لإعادة تنظيم العلاقة العقدية 326
الفرع الثاني: آليات التعديل الاتفاقي ودورها في إنقاذ العقد 329
أولا: شرط إعادة التفاوض وسيلة وقائية وعلاجية في إنقاذ العقد 330
ثانيا: فعالية شروط التعديل التلقائي في إنقاذ العقد 337
المطلب الثاني: سلطة المشرع في إنقاذ العقد عن طريق التعديل 341
الفرع الأول: تدخل المشرع في تنفيذ العقد بزيادة مضمونه عن طريق الامتداد القانوني لعقد الإيجار 341
أولا: الامتداد القانوني لعقد الإيجار: انتقال بالمتعاقدين من مركز اتفاقي إلى مركز قانوني 342
ثانيا: تخلي المشرع عن حق البقاء: الانتقال من الاستمرارية والحماية الاجتماعية إلى النجاعة و إنعاش اقتصاد السوق 347
الفرع الثاني: تدخل المشرع في تقصير مدة العقد 349
أولا: المقصود بنظام البطالة الجزئية 350

ثانيا: آلية البطالة الجزئية سلاح فعال في مواجهة الأزمات الاقتصادية.....353
المبحث الثاني: مساهمة القاضي الفعالة في إنقاذ العقد مبرر قوي لتوسيع سلطته في التعديل. 353
المطلب الأول: تفادي الفسخ، ضمان لاستمرارية العقد.....354
الفرع الأول: سلطة القاضي في منح المدين أجلا آلية لاستمرار العقد مع الحيلولة دون وقوع الفسخ 354
أولا: شروط منح القاضي للمدين مهلة قضائية.....356
ثانيا: خصوصية سلطة القاضي في منح المدين أجل للتنفيذ رغبة في المحافظة على العقود 358
الفرع الثاني: تفعيل آلية الفسخ الجزئي خطوة جريئة في مجال إنقاذ العقود.....360
أولا: الأساس القانوني للفسخ الجزئي 362
ثانيا: الاعتراف بالفسخ الجزئي: إمكانية تتناسب مع التطلعات القانونية لإنقاذ العقد ولو بصورة جزئية. 368
المطلب الثاني: سلطة القاضي في التعديل: تدعيم توازن العلاقة العقدية ودعم للأمن التعاقدي 373
الفرع الأول: سلطة القاضي في معالجة اختلالات تكوين العقد 375
أولا: سلطة القاضي الوقائية في معالجة الاختلالات النفسية والمادية المصاحبة لتكوين العقد. 375
ثانيا: سلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية حفاظ على العلاقة العقدية وضمان لاستقرار المعاملات 381
الفرع الثاني: سلطة القاضي في معالجة اختلالات التنفيذ: علاج لعدم استقرار العقد وتحقيق للأمن القانوني.....388
أولا: سلطة القاضي في إصلاح اختلال التوازن الاقتصادي للعقد 389
ثانيا: تدخل القاضي بمناسبة نظرية الظروف الطارئة وسيلة لدعم استمرارية العقد وتحقيق للأمن القانوني 396
خلاصة الباب الثاني: 402
خاتمة: 404
قائمة المصادر والمراجع:.....411
فهرس: 434

ملخص:

يكون العقد رغم أهميته ودوره الحيوي في الحياة العامة للأفراد معرضا لطريق مسدود عندما يحتمل أن يؤدي عنصر ما إلى إهداره، ويهدف إنقاذ العقد إلى العمل على مواجهة هذه المواقف بحلول مناسبة تدعم استئناف العقد مجرى وجوده سواء في بدايته أو في فترة لاحقة.

فالأصل أن العقد يبرم صحيحا لينفذ ومن هنا تظهر الأولوية في تغيير اتجاه الدراسات الحديثة إلى التركيز على سبل تخليص العقد من كل الاختلالات التي قد تعترضه أو التخفيف منها بما يفيد الإنقاذ بدل التوجه الآلي إلى هدم العلاقة التعاقدية وما ينجم عنها من آثار تهديمية.

فالإنقاذ لا بد أن يصبح الغاية الأولى والهدف المباشر الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه أينما وجد مجال للإصلاح والتصحيح بطريقة وقائية أو علاجية، بشكل كلي أو جزئي، بإحداث تغيير أو دون ذلك وسواء كان اتفاقيا أو عن طريق تدخل المشرع والقاضي.

الكلمات المفتاحية: إنقاذ العقد، المحافظة على العقد، ديمومة العقد، استقرار المعاملات.

Abstract:

The contract, despite its Importance and its vital role in the public life of individuals, is exposed to a dead end when an element is likely to lead to its waste, saving the contract aims to work on confronting these situations with appropriate solutions that support the resumption of existence, whether at its beginning or at a later period.

The principle is that the contract is concluded correctly to be implemented, and from here the priority appears in changing the direction of recent studies to focus on ways to rid the contract of all the imbalances that may encounter it or mitigate them in a way that benefits the rescue instead of the automatic tendency to demolish the contractual relationship and the destructive effects that result from it.

Salvation must become the first and direct goal that the legislator seeks to achieve wherever there is room for reform and correction in a preventive or curative manner, in whole or in part, by making a change or not, whether it is by agreement or through the intervention of the legislator and the judge.

Keywords: save contract, maintaining the contract, contract permanence, transaction stability.

Résumé :

Malgré son importance et son rôle vital dans la vie publique des individus, le contrat s'expose à une impasse lorsqu' un élément peut conduire à son gaspillage.

La sauvegarde du contrat vise à travailler sur la confrontation de ces situations avec des solutions appropriées qui accompagnent la reprise du cours de l'existence du contrat, que ce soit à son début ou ultérieurement.

Le principe est que le contrat est conclu correctement pour être mis en œuvre, et à partir de là, la priorité apparait dans le changement de direction des études récentes pour se concentrer sur les moyens de débarrasser le contrat de tous les déséquilibres qui peuvent le rencontrer ou de les atténuer d'une manière qui profite le sauvetage au lieu de l'approche automatique de démolition de la relation contractuelle et des effets destructeurs qui en découlent.

Le sauvetage doit devenir le but premier et direct que le législateur cherche à atteindre partout ou il y a place pour la réforme et la correction de manière préventive ou curative, en tout ou en partie, en modifiant ou non, que ce soit par accord ou par l'intervention du législateur et du juge.

Les mot clés : Le sauvetage du contrat, Maintien du contrat, pérennité du contrat, Stabilité des transactions.