جـامـعـة الـجـزائـر - 1 -

ـ بـن يـوسـف بـن خـدة ـ

ـ كلية الحقوق سعيد حمدين ـ

الـتّـكـافُـل الـعَـقـدي

ـ مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ـ

ـ فرع العقود والمسؤولية ـ

تـقـديـم الـطـالـب:

ـ حـدون حـسـن ـ

إشراف الأستاذ الدكتور:

ـ مـحـمـدي سـلـيـمـان ـ

أعضاء لجنة المناقشة: **الأستاذ الدكتور: ـ فـيـلالـي عـلـي..... رئيسا.**

الأستاذ الدكتور: ـ محمدي سليمان... مشرفا مقررا.

الدكتورة : ـ نـسـاخ فـاطـمـة..... عضوا.

الدكتورة : ـ حـامـي حـيـاة..... عضوا.

السنة الجامعية: 2016/2015.

قائمة لأهمّ المختصرات باللغة العربية:

ق م ج: القانون المدني الجزائري.
ق م ف: القانون المدني الفرنسي.
ق م م: القانون المدني المصري.
م ق: المجلة القضائية.
ج: الجزء.
د م ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
ج ر: الجريدة الرسمية.
ع: العدد.
ص: الصفحة.
ط: الطبعة.
م: المادة.

Liste des principales abréviations :

Art :	article
Bull. civ :	Bulletin des arrêts de la cour de cassation.
Cass civ :	cour de cassation chambre civil.
Cass com :	cour de cassation chambre commerciale .
RTD civ :	Revue trimestrielle de droit civil.
LGDJ :	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
D :	Dalloz.
Op. cit :	Opus Citus. (ouvrage précité)
Ed. G :	Edition Générale.
S :	Suivant.
P :	Page.
Ex :	Exemple.
Obs :	Observation
N° :	Numéro.
Rep :	Répertoire.

مـقـدمـة:

ـ قامـت النّظرية التّقليدية العامّة للعقد ـ الذي يعدّ مصدرًا من مصادر الالتزام ـ على مبدأ "سلطان الإرادة" الذي بسط نفوذه عليها طيلة فترة طويلة من الزّمن، وتجلّـى اعتماد هذا المبدأ في القانون المدني الفرنسي لسنة: 1804 (قانون نابليون) في مرحلة تكوين العقد، وكذا عند ترتيبه لآثاره، فمن حيث تكوينه، فقد تـمّ اشتراط سلامة الرّضا فحسب، وإلا فإنّ للشّخص مُطلق الحرّية في الإقدام على التّعاقد، أو الامتناع عنه، ولا مجال لإجباره على ما لا يريد الالتزام به، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ للمتعاقد كذلك مُطلق الحرّية في تحديد مضمون الـعـقـد وتعيين بنوده وأحكامه، ولا يُراعى في ذلك إلا مُقتضيات النّظام العامّ فحسب ـ والذي كان مجاله ضيّقًا جـدًّا آنذاك ـ حيث لم يـكـد يكن له ذِكْـر إلا فيما نَـدَر، فالمتعاقد الذي يكون سليم الإرادة له أن يضع أيّ بـنـد يريده في العقد.

أمّــا فيما يخصّ آثـار الـعـقـد، فإنّ مبدأ الإلزاميّة كان كافيًا لوحده إلى دفع المتعاقدين إلى تنفيذ أحكام العقد وهـذا تحت طائلة التنفيذ الجبري، ويـتـمّ ذلك من طرفِ كُـلٍّ مُـتعاقـدٍ على حِـدا مادامت مصالحهما متضاربةً ومتنافرةً في الغالب.

وعـلـيـه، فـإنّـه وفي حـال مـا إذا تـمّ الـعـقـد صحيحًا، فلا مجال إطلاقًا إلى البحث عن تحقيق التّكافل بين المتعاقدين، كما أنّه لا حاجة كذلك للسّعي إلى التّوزيع العادل بينهما لكلّ من التّكاليف المترتّبة عن العقد وكذا المنافع الناجمة عنه، ما دام أنّ الإرادة هي وحدها الكفيلة بإنشاء العقد وبترتيب آثاره أيضًا.

غيـر أنّ الواقع الجديد الذي ظهر، قد أثّـر حتمًا على القانون عمومًا باعتباره ظاهرةً اجتماعية، وعلى مجال العقود خصوصًا باعتبارها وسيلةً أساسيّة من وسائل التبادل الاقتصادي، حتى أنّ هـذه التحوّلات قد أدّت بالدارسين إلى الحديث عن أزمة قد لحقت بالعقد [1]، وأكثر من ذلك التّساؤل حتّى عن الوجود الفعلي للنّظرية العامّة للعقد من عـدَمـهـا[2].

وعـلـيـه، فقد ظهرت أنماط، ومجالات، وطرق، وفضاءات جديدة للتّعاقد، كما تضاعف تدخّل الدولة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، فـتـمّ تقييد إرادة المتعاقدين من جوانبَ عِـدّة، كما تـمّ السّعي أيضًا إلى حماية الفئات الضّعيفة اقتصاديا واجتماعيا وتقنيًّا، وهو ما أدّى إلى خروج العقد من النّزعة الفرديّة إلى النّزعة الجماعيّة من خلال توسيع مجال النّظام العامّ فـي الـعـقـود [3].

ومـا دام أنّ هـذا التّفاوت بين المتعاقدين حاصلٌ لا محالة، فإنّ حُـرِّيّـة الفرد تكون ناقصةً من النّاحية الفعلية، الأمر الذي استدعى توفير حمايةٍ للإرادة حتى تتجسّد المساواة الحقيقية بينهما، ذلك أنّه كما قيل: "قبول التّعاقد لا يعني دائمًا أنّنا أمام ممارسة الحرّية، فالواقع أثبت أنّ الحرية الفردية ليست ضامنةً لتحقيق العدالة العقدية، بدليل وجود علاقات عقديّة يكون لأحد طرفيها سُلطة فعليّة على المتعاقد الآخـر، ومن المفروض ألّا تكون لـه، وهي غـيـر مقبولةٍ بـتـاتًـا من الوضعيّة الـعـادلـة " [4].

---

1 –Voir ; **Henri BATTIFOL**, «La «crise du contrat» et sa portée», (1968) 13 APD.

2- Voir ;**Eric SAVAUX**, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité, Paris, L.G.D.J , 1997.

3 ـ ينظر: **آسيا يسمينة مندي**، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

4– **Jean – Fabian SPITZ**, qui contractuel dit juste, quelque remarque sur une formule d'Alfred FOUILLE, RTDC, Avril/Juin 2007, p 282 .

كـمـا أنّـه لا بـدّ من الإشارة في هذا الصّدد أيضًا إلى أنّ القانون المدني لم يـعُـد التّشريع الوحيد الذي ينظّم مجال العقود، بل إنّـه قـد تـمّ إقرار قوانين خاصّة تُعنى بفئاتٍ معيّنةٍ في المجتمع كان التّفاوت ظاهرًا بين أطراف العلاقة العقدية التي تجمعها، فظهر أوّلًا قانون العمل الذي نظّم العلاقات بين المستخدمين والعمّال، وحدّد حقوق وواجبات كُـلّ طرف إزاءَ الآخر، كما تـمّ إقرار قانون التّأمين الذي ينظّم العلاقات العقديّة بين المؤمِّنين (والذين يكونون في أغلب الأحيان عبارة عن شركات)، والمؤمَّنين لهم الذين يلجؤون إلى هذا النّوع من التّعاقد إمّا جبرًا وإمّـا اختيارًا، كما ظهرت أيضًا مجموعة من قوانين حماية المستهلك والمنافسة، والتي سعت في أغلبها إلى توفير حمايةٍ قانونيةٍ للفئات الضّعيفة في هذه العلاقة العقدية ـ وهي فـئـة المستهلكين بطبيعة الحال ـ ، كما ظهرت أنماط جديدة للتّعاقد، تولّـى المشرع تنظيمها المُسبق، وهي المعروفة باسم العقود النّموذجية[1] (عقد الإيجار النّموذجي، البيع بالإيجار، البيع على التّصاميم)، بالإضافة إلى ما شهده المجال الاقتصادي كذلك من أصنافٍ جديدةٍ للعقود، تتداخل فيها مصالح المتعاقدين أيَّما تداخل: كعقد الإيجار التمويلي، أو كعقود التّوزيع والنّـشـر، وكذا عقود المقاولات الفرعية، والتي لا يُمكن للمتعاقد فيها بأيِّ حـالٍ من الأحوال أن يُهمِل مصالح الطّرف الآخر في العقد، وإلّا فإنّه سيُهدِر هو نفسُه الغايةَ التي يرجوها من هذه العمليّة الـعـقديّـة.

ومـن ثَـمّ، فإنّه وعلى ضوء التّغيرات السّالفة الذّكـر، والواقع الجديد الذي ظهر، فإنّ هذا قد أدّى إلى بروز فكرةٍ جديدةٍ نادى بها الفقهاء المعاصرون، تكاد تكون مناقضةً تمامًا للفكرة التي كانت سائدةً حول العقد من حيث كونه عبارة عن علاقة تنافر وتضادّ بين المتعاقدين نفسيهما من جهة، وبين مصالحهما المتضاربة والمتباينة من جهة أخـــرى.

---

1 ـ ينظر: **ليلى حدوم**، العقود النموذجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

ومن ثَـمّ فقد استلزم الأمر أن يتّخذ العقد منحًى آخـر يُترجم معاني التّضامن والتّعاون بين طرفيه لتنفيذه، وقبل ذلك مراعاة مبدأ حسن النية عند تكوينه بصفة فعلية، فعلى ضوء هذا أصبح من اللّازم أن تقوم العلاقة العقدية على مُقتضيات النّزاهة والتّعاون بين المتعاقدين، أيـن تُراعى فيها مصالحهما المشتركة من جرّاء العملية التي يباشرانها. فالعقد ليس ثمرة التّوافق بين إرادتين متضادّتين تُعبّران عن مصالحَ متعارضة، وإنّما يجب أن يُنظر إليه على أنّه الوسيلة القانونية للتّعاون بين الطّرفين [1]، كما أنّه لم يَـعُـد بالإمكان ترك التّفاوت شائعًا بين طرفي العلاقة العقدية لأنّ ذلك يؤدّي إلى عواقب غير محمودة على المستويين الاقتصادي والاجتماعي، وقـد تَـمّ التّعبير عن هذه الفكرة بــ: **"التـكـافـل الـعـقـدي" "Le solidarisme contractuel".**

ومــن خــلالِ بحثي في هذه الفكرة اتّضح لي أنّها تبرُز من زاويتين أو من جانبين متباينتين: **أحدهما ذاتي: يتجلّى من خلال التكافل بين المتعاقدين نفسيهما، بحيث لا ينشغل كُـلّ متعاقدٍ بمصالحه الشخصية فحسب، بل عليه أن ينشغل أيضًا وفي كُـلّ الأحوال بمصالح المتعاقد الآخر،** وهـذا من خلال التزامين يتمثّلان في: الالتزام بمُقتضيات النّزاهة بمفهومها الواسع عند تكوين العقد أوّلًا، كما يُلقى على عاتقه أيضا الالتزام بالتّعاون والتآزر مع الطّرف الآخر عند تنفيذه.

أمّـا بالنّسبة للجانب الموضوعي لهذه الفكرة (فكرة التّكافل العقدي دائمًا)، فإنّه يتجلّى من خلال **التّوفيق بين مصالح المتعاقدين،** أو ما اصطُلِح على تسميته **بالعدالة التوزيعية بينهما،** فإنّه يتحقّق بوسيلتين هما: التّوزيع العادل للتّكاليف المترتبة عن العقد المُبرَم بينهما، هذا من جهة، وكذا ضمان التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عنه من جهة ثانية.

---

1 - **عبد المنعم موسى إبراهيم**، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 201.

وعـلـيـه، فإنني سأُعالج فكرةَ "التّكافل العقدي" والتي رأيت أنها تستحقّ فعلًا أن تُفرَد بدراسةٍ مستقلّة على الرّغم من صعوبة ذلك نوعا ما لكونه موضوعًا فلسفيًّا بالدّرجة الأولى، وكذا لقِلّة الدِّراسات المُتخصِّصة فيه، فأبحث هذه الفكرة من خلال تحليل النّصوص القانونية التي عالجَتها، سواءً في ظِـلّ الشّريعة العامّة (القانون المدني) ضمن أحكام النّظرية العامّة للعقد، وكذا ضمن بعض أنواع العقود الخاصّة التي تتجلّى فيها هذه الفكرة ونجد تطبيقات لها كما هو الحال في عقود: الشّركة، الإيجار، المقاولة، الوكالة ... وغيرها، وكذا في ظِـلِّ العديد من القوانين الخاصّة (كقانون العمل، قانون التأمين، حماية المستهلك ...) والتي ارتأيت أنّه من المهمّ جدًّا إخضاعها للدّراسة في هذه الرّسالة نظرا لشيوعها الهائل، حتى أنّها تكاد تطغى على النّظرية العامّة التّقليدية للعقد في القانون المدني، وأُحاول في ذلك كلّـه تِبـيـان مدلولات هذه الفكرة التي لا تزال مُستتِرة ـ إن صحّ التّعبير ـ في الفقه القانوني العربي، حيث تم معالجتها من بعض جوانبها فقط، بالحديث عن: مبدأ حسن النية [1]، الالتزام بالإعلام[2]، الوظيفة الاجتماعية للعقد[3]، التوازن العقدي [4]، الشروط التعسفية [5]...، لكنني لم أجد دراسة مستقلّة بحيالها تُبرزها كفكرة قائمة بذاتها، وفي مقابل ذلك، فإنّني وجدت أنّ الفقه الفرنسي قد بلغ في دراستها أشواطا كبيرة، وجعلها فكرة قائمة بذاتها من خلال العديد من المؤلفات التي صُنِّفت فيها [6]، مع تِبيان إمكانيّة تجسيدها فعليًّا في واقع المعاملات (لا يزال بعض الفقه الفرنسي متردّدًا بإزائها، وبقي التّساؤل مطروحا لديه حولها: أهـي خـيـال أم حـقـيـقـة (mythe ou réalité) ؟

---

1 ـ **فريدة لبان**، حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

2 ـ **ذهبية حامق**، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، **كريمة حدوش**، الالتزام بالإعلام في ضوء القانون 09-03، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2012.

3 ـ **فاطمة نساخ**، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.

4 ـ **بن عزوز درماش**، التوازن العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.

5 ـ **محمد أمين سي الطيب**، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008.

6 - **COURDIER-CUISINIER, A.-S**, Le solidarisme contractuel, 1ere éd, Paris, Litec, 2006, **GRYNBAUM, L. et M. NICOD (dir),** Le solidarisme contractuel**,** Paris, Economica, 2004, – **Ghislan Tabi Tabi**, Les Nouveaux instruments de gestion de processus contractuel, Thèse, Faculté de droit université Laval Québec, 2011, le chapitre 2, sous le titre ;
- Nouvelle conception paradigme de solidarisme contractuel.

وعـلـيـه، فإنّني قد أردتّ من خلال هذه الرسالة إبراز فكرة "التكافل العقدي" في القانون الجزائري من أوجهٍ عِدّة، وتلمُّس حقيقة توجُّه التّشريعات الحديثة إلى "أخلقة" مجال العقود بما ينسجم مع التّطوّرات الفكريّة والحضاريّة التي تعرفها المجتمعات البشريّة قاطبةً، وكذا رغبتي الخاصّة في البحث عن تفاصيل هذا الموضوع خصوصا لِمـا لمِستُه من مُستجدّات كثيرة وعراقيل أفرزها الواقع العمليّ للعقود، وبالتّالي حلّ الإشكالات التي تُطرَح بخصوص هذه الفكرة، ومنه محاولة خلق انسجام بين الواقع والقانون في هذا الصّدد، وبالنّتيجةِ إثراء المكتبة القانونية والمساهمة مع الجهود التي تُبذل من طرف الفقهاء والدّارسين، وهو السّبيل إلى تنوير طريق المشرِّع عند إصداره للقوانين المنظّمة لمجال العقود.

وسـأبـحـث من خلال هذا الرّسالة فكرة "التّكافل العقدي" من خلال استقراء نصوص القانون المدني، وكذا بعض القوانين الخاصّة المُنظّمة لمجالات العقود لإعطاء بناءٍ متكاملٍ لهذا الموضوع، وهذا دون التّعمّق في المفاهيم والتّعريفات، ودون الإسهاب فيها بالشّكل الذي لا طائل منه، **بل إنني سوف أركّز على الجوانب المتعلّقة بفكرة هذا البحث فقط**، ووِفقًا لفلسفته الخاصّة، مُعتمِدًا في ذلك كـلّـه على المنهج التّحليلي خاصّةً، وذلك دون الاستغناء عن المنهج الوصفي إذا اقتضت الضرورة ذلك، كما أنّني سأعتمد على المقارنة القانونية مع كُـلٍّ من التّشريع الفرنسي خصوصًا، وكذا على أصول المصادر والمراجع القانونية قدر الإمكان، مع الاستئناس بما توصّل إليه الفقه المعاصر بعد مناقشته، وبخاصّةٍ في المستجدّات الطّارئة في هذا المجال، ومن ثَـمّ الوصول إلى الحلول للمسائل التي يثيرها موضوع بـحـثـي هـذا.

وعـلـيـه، فإنّني سأُحاول في هذه الرسالة البحث عن الإشكالات الكثيرة المُثارة حول مدلولات هذه الفكرة والحاجة التي دعت إليها وعن سبل تحقيقها، والآليّـات والدّعائم التي ترتكز عليها، وكذا في المظاهر التي تتجلّى فيها في القانون الجزائري، وكذا في بعض القوانين المقارنة، ومن ثَـمّ الاستدلال على وجودها الحقيقي من عدمه، وهذا في جانبها الذّاتي المتمثّل في التّكافل بين المتعاقدين (الفصل الأوّل)، وكذا الموضوعي منه والمتمثّل في التّوفيق بين مصالحهما (الفصل الثّاني)، فأبحث في ذلك كلّه عن الإجابة لنفس التّساؤل المطروح بإلحاحٍ في الفقه الفرنسي حول **فكرة "التكافل العقديّ": أهـي حـقـيـقـةٌ فـعـلـيـة، أم أنّـهـا خـيـالٌ مـجـرّد (mythe ou réalité) ؟**

الـفـصـل الأول:

ـ الـتّـكـافـل بـيـن الـمـتـعـاقـديـن: الـجـانـب الـذّاتـي لـلـتّـكـافـل الـعـقـدي

ـ نـظـرًا للتحوّلات الفكريّة والفلسفيّة العديدة التي عرفتها المُجتمعات البشريّة، والتي أدّت إلى خروج العقد من النّزعة الفرديّة إلى النّزعة الاجتماعيّة، وبروزُ أفكارٍ تُطالب بإيجاد أكبر قدرٍ من التّضامن والتّعاون بين طرفي العلاقة العقديّة في إطارٍ يسوده جوٌّ من النّزاهة. فلقد أصبح العقد وفق الاتّجاه الاجتماعي نظامًا من النُّظم الاجتماعية الذي يُراد به تحقيق التّضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السّبيل، وليس المفروض منه ما للإرادة من سلطان [1].

هـذا، ولا بُـدّ من أن يتحقّق التّكافل بين المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد وفي مرحلة تنفيذه أيضا، ففي مرحلة تكوينه يجب على طرفي العلاقة العقدية أن يلتزما في كلّ الأحوال بمُقتضيات النّزاهة حتّى ينشأ العقد وِفق أسسٍ من الثّقة والأمانة (المبحث الأول)، أما بالنّسبة لمرحلة التّنفيذ فإنه على المُتعاقد أن يبذل كلّ ما يتيسّر له من السّبل والوسائل التي من شأنها تسهيل تنفيذ العقد وتحقيق التّعاون مع المتعاقد الآخر (المبحث الثاني)، وبالنّظر إلى كون أنّ هـذيـن المبدأين يشملان مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه، فإنّني سأحاول في هذا الفصل أن أبيّـن تجلّياتهما في القانون الجزائري، ومن ثـمّ تأكيد دورهما في تحقيق التّكافل العقدي في جانبه الذّاتي المتمثّل في التّكافل بين المتعاقدين، وبالنّتيجة تِـبـيـان ما إذا كان التّكافل العقدي خيالًا أم حقيقةً (Mythe ou réalité) في هذا الـجـانـب.

---

1 ـ **عبد السّلام سعيد**، الإجبار القانوني على التّعاقد، مجلّة المحاماة، العددان الثالث والرابع، مارس وأبريل، السنة الثامنة والستون، مصر، ص 78.

المبحث الأول: ـ التزام المتعاقدين بمقتضيات النزاهة عند تكوين العقد.

ـ نـصَّ المشرِّع على وجوب التزام المتعاقد بحسن النّيـة كمبدأ عامّ يَشمُل تنفيذَ العقد بموجب نصّ المادة: 1/107 من القانون المدني الجزائري. وإذا كان المشرِّع قد أخذ بهذا المبدأ كقاعدةٍ عامّةٍ عند تنفيذ العقد، فإنّ المتعاقدين لا يُـقـدمان على تنفيذ العقد إلا إذا تمّ الاتّفاق عليه عند الإبرام، وبالتّالي فإنّه من الواجب أن تكون المبادئ التي يقوم عليها تنفيذ العقود هي نفسها التي يتمّ بها الانعقاد، فلا بـدّ أن يكون العقد قائمًا على أُسسٍ من النيّة الحسنة إقرارا وتثبيتًا للعدالة العقدية [1]، كما أنّه يمكن الاستدلال على وجود هذا المبدأ عند تكوين العقد من خلال مظاهره كذلك، وهذا ما نجده مُجسَّدا من خلال الاجتهاد القضائي أيضا.

وعـلـى الرّغم من الجدل الفقهي المُثار حول اعتمادِ هذا المبدأ والمخاوف التي تحوم حوله لكونه ينحدر من القواعد الأخلاقية التي يُخشى أن تطغى على الجانب القانوني إذا ما أخذنا به كمبدأ عامّ، وأنّه لا يُمكِن التّعويل على القواعد الأخلاقيّة لإرساء التّوازن لاختلاف الإيديولوجيّات عبر الزمن [2]، غير أنّه لا يُمكِن في كـلّ الأحوال إهمال أو إنكار ما للقواعد الأخلاقيّة من دورٍ في خدمة العلاقات العقديّة ومُساهمتها في خلق أكبر قـدرٍ من التّكافل بين المتعاقدين. فالعقد باعتباره علاقة ومنفعة يُـشـكِّـل عمليّة اقتصادية يُحرِّكها مبدأ حسن النية، فتُمثِّـل النّزاهة فيه مفهوما أخلاقيا يتمثّل في استقامة المتعاقد، وتمثّل للعقد في مفهومه كمنفعة النّزاهة التّعاقدية [3]، وعليه فإنني سأحاول في هذا المبحث بيان الدّور الكبير الذي يؤدّيه هذا المبدأ وتجلّياته في مجال العقود، وهـذا من خلال التّعرّض للالتزام بمقتضيات النزاهة بين المتعاقدين وِفـقًـا للقانون المدني (المطلب الأول)، ثم تجلية ذات الالتزام في ظِـلّ بعضِ القوانين الخاصّة المُنظِّمة لمجال العقود (المطلب الثاني)، وهذا بغـضّ النظر عن اختلاف طبيعته بينهما.

---

1 –**Stephan DARMISIN dit** ; "Nous avons précédemment exposé les raison qui nous conduisent à considérer que l'exigence de l'article 1134, alinéa 3 joue dès la formation du contrat", Le contrat moral, L.G.D.J, Paris, France, 2000, P 55.

2 ـ **سليمان محمدي**، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص 45.

3 ـ **عبد اللطيف عبد الحليم القوني**، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 294.

المطلب الأول: ـ الالتزام بمقتضيات النزاهة عند تكوين العقد وفقا للقانون المدني.

ـ تضمّن القانون المدني العديدَ من النُّصوص القانونية التي توجب على المتعاقد أن يلتزم بمبدأ حسن النية عند تكوين العقد حتى وإن لم تذكره صراحةً، إلا أن مدلولاتها توضّحه بجلاء[1]، كما أنّ وجود هذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد لا بدّ وأن ينسحِب إلى مرحلة تكوينه أيضا. ذلك أن هذا المفهوم لا يرتبط بمرحلة التّكوين فقط، وإنّما يشمل العقد في كلّ مراحله من أوّل مرحلةٍ فيه إلى آخرها [2]. وفي ذلك كُلِّه فقد كان الاجتهاد القضائي في خدمة هذا المبدأ أيضا من خلال المعاقبة على السُّلوكات المخالفةِ له [3].

وعليه، فإنّني تناولت في هذا المطلب دراسة الالتزام بمُقتضيات النّزاهة عند تكوين العقد وفقًا للقانون المدني من جوانبَ مختلفة، فابتدأتُ بمرحلة المفاوضات التي ارتأيت إدراجها في هذا المطلب على الرّغم من كونها تمثّل مرحلةً سابقة على إبرام العقد، وهذا نظرًا لأهمّيتها الكبيرة في العقود المعاصرة لا سيما الكبرى منها التي لا يمكن الاستغناء فيها عن إجراء عمليّات تفاوضية قبل إبرام العقد النهائي، حيث لا بدّ من أن يسودها هي كذلك جوٌّ من النّزاهة أثناء إجرائها حتى تُمهِّد إلى عقدٍ مُستقِرٍّ ومُتوازن (الفرع الأول)، ثم عرّجت على دراسة هذا الالتزام في عنصري تطابق الإرادتين وهما: الإيجاب والقبول، واللّذان كان لِزامًا أن يتمّ تقييدهما بضابط النّزاهة بين المتعاقدين (الفرع الثاني)، كما أُشير في الأخير إلى علاقة هذا المبدأ بنظريّة عيوب الإرادة أين اقتصرت على عيب الغلط وعيب التّدليس نظرًا لأهمّيتهما البالغة في ذلك (الفرع الثالث)، وهذا كلّه حتى لا ينشغل كُلّ متعاقدٍ بمصالحه فحسب في العملية التعاقدية، بل إنّ عليه أن يسعى إلى مراعاة مصالح الطّرف الآخر كذلك من خلال ما يلتزم به من نزاهةٍ وأمانةٍ وثقةٍ، وهذا لتحقيق أكبر قدرٍ من التّكافل بينهما.

---

1 ـ غير أنّنا نجد المادة 885 من القانون المدني قد نصّت على مبدأ الالتزام بحسن النّية عند تكوين العقد(عقد الرّهن الرّسمي) ووضّحته بجلاءٍ: "... إذا ثبت أن الدائن كان **حسن النية وقت إبرام عقد الرهن**".

2 -**PICOD (Y)**, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J, Paris, 1989, P 12.

3 - **COURDIER-CUISINIER, A.-S**, Op. cit , note 7, n° 474, p. 300.

الفرع الأول: ـ الالتزام بمقتضيات النزاهة في مرحلة المفاوضات

ـ لـم يُـنـظِّـم المشرِّع الجزائري مرحلةَ المفاوضات في القانون المدني على الرّغم من التعديلات التي جاء بها القانون: 05-10[1] وكذا القانون: 07-05 [2] حيث ترك المجال للقضاء في ذلك، ومع هذا فإن عمليّة التّفاوض، أو المرحلة السّابقة على إبرام العقد تُـعَـدّ من أهـمِّ مراحل العمليّة التّعاقدية وأخطرها على الإطلاق، لما تحتويه من أهمّ ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد [3]، وعليه فإنّه كان لزاما أن تُـفرَض عليهما التزاماتٌ عِـدّةٌ في هذه المرحلة، ولـقـد اسـتـقـرّ الفقه القانوني في هذا الصّدد على أنّ الالتزام بالتّفاوض بحسن نيّة هو الالتزام الجوهري في المفاوضات [4]، ويفرض هذا الالتزام التزاماتٍ أخرى مُتفرِّعة عنه يـتـمّ من خلالها التّفاوض وِفـق مُقتضيات النّزاهة بين المتعاقدين [5]، ونـجـد مـنـهـا: الالتزام بالتفاوض بنيّة التّعاقد (أوّلا)، الالتزام بالاعتدال والسّرية (ثانيا)، وكذا عدم قطع المفاوضات لسببٍ غـيـر مشروع (ثالثا)، وأنوّه إلى أنّ هذه الالتزامات **ليست على سبيل الحصر**، بل إنني أوردها **على سبيل المثال** فقط ليتبيّن لنا منها **دور مبدأ الالتزام بالنّزاهة وما يحقّقه الالتزام به في العملية التفاوضية**.

---

1 ـ وهو القانون المؤرخ في: 2005/06/20، ج ر العدد 44، بتاريخ: 2005/06/26، المعدل والمتمم للقانون المدني.

2 ـ وهو القانون المؤرخ في: 2007/05/13، ج ر العدد 31، بتاريخ: 2007/05/13، المعدل والمتمم للقانون المدني.

3 ـ **العربي بلحاج**، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، عمان، الأردن،2010، ص 09.

4 ـ **نزيه المهدي**، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1982، ص 211.

5 ـوعلى سبيل المثال فقد نصت المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي على أنه "يلتزم الأطراف **أثناء المفاوضات** وإبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق **وحسن نية**".

أولا: ـ الالتزام بالتفاوض بنيّة التعاقد:

ـ لا يُمكِن إلزام الطّرفين المتفاوضين بأن يتوصّلا إلى إبرام عقدٍ نهائيٍّ بينهما في نهاية المفاوضات بأيِّ حالٍ من الأحوال، ذلك أنّ المفاوضات ما هي إلّا مرحلةٌ استكشافيّة يقوم من خلالها المتفاوضان بتحسُّسِ مصالحهما وأخذِ فكرةٍ مُلمّةٍ عن العمليّة التعاقديّة، لكن لا يجوز أن يقوم طرفٌ بالتّفاوض مع طرفٍ آخر على إنشاء عقدٍ متى اتّجهت نيّة أحدهما من البداية إلى عدم إنشائه، ويُعتبر هذا التصرّف مخالفةً صريحة لمُقتضيات النّزاهة ويُلزَم الطّرف المُخِلّ بالتّعويض [1]، وهذا ما نصّت عليه العديد من القوانين المقارِنة [2].

وهذا ما نجده في حالة ما إذا اتّجهت نيّة المُتفاوِض أصلًا إلى عدم إبرام العقد، وقد يكون سببُ ذلك إدراكه لعدم إمكانيّة الوفاء بمُتطلّبات التّعاقد، ومع ذلك فإنّه يتفاوض بنيّة التّفاوض لا التّعاقد، ومن الممكن أن تنشأ نيّة عدم التّعاقد ـ هاته ـ قبل بدء المفاوضات، كما قد تكون أثناءها، وفي الحالة الثّانية يستمرّ هذا الطّرف في التّفاوض رغم اتجاه نيّته إلى عدم الارتباط مع الطرف الآخر. فالتّفاوض لمجرّد التّسلية أو الدّعاية أو استطلاع الوضع دون نيّة حقيقيّة في التعاقد ممنوعٌ قانونًا [3]، ومن أمثلة التّفاوض بنيّة عدم التّعاقد أن يتفاوض المُؤجِّر مع المُستأجِر على تمديد عقد الإيجار خلال مدّة طويلةٍ نوعًا ما تستمرّ فيها المفاوضات، ويدفع المُستأجِر خلال هذه المدّة للمؤجِّر بدل الإيجار إلى حين يصل هذا الأخير إلى التّعاقد مع شخصٍ آخر يرغب في شراء العين المُؤجّرة منه، وهو ما لا يتلاءم إطلاقًا مع مُقتضيات الالتزام بالنّزاهة بين الطّرفين.

---

1 ـ **محمود فياض**، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الفقه والقانون، السنة السابعة والعشرون، المغرب، إبريل 2013، ص 240.

2 ـ وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 301: 2 من مبادئ القانون الأوربي الموحد التي جاءت تحت عنوان: التفاوض بسوء نية، حيث نصت في فقرتها الثالثة: "يعتبر مناقضا لمبدأ حسن النية قيام طرف ما بالتفاوض على إنشاء عقد في وقت اتجهت نيته إلى عدم إنشاء هذا العقد".

3 ـ نقض تجاري فرنسي، 1994/02/22، R.T.D civ، 1994، تعليق Mestre (J)، ص 849، أشار إليه **العربي بلحاج**، مرجع سابق ص 67.

ثانيا: ـ التزام المتفاوضين بالاعتدال والسرّية:

ـ لا بُدّ على المتفاوضين أن يلتزما في كُلِّ مراحل العمليّة التّفاوضية بالاعتدال وبالجدّية، بالإضافة إلى ضمان السرّية، وهذا حتّى تُحفظَ مصالحهما المُشتركة.

والمقصود بالالتزام بالاعتدال هو تبادُل الاقتراحات، والمناقشة والتّباحث بين المتفاوضين، وأن يترك كُلُّ طرفٍ للآخر مُهلةً كافيةً للتّأمل والدّراسة والتّفكير [1]، أمّا إذا كانت المقترحات غير فعّالة، أو غير مُعتدلة أو أنّها مُبالَغٌ فيها كثيرًا فإنّه يمكن للمتفاوِض عدم قبولها دون أيّ خطأ في مرحلة التّفاوض وهذا نظرًا لاعتبارها غير جدّية [2].

وتطبيقًا لهذا الالتزام فقد قضت محكمة النّقض الفرنسية بأنّ شركة السيارات قد أخَلّت بواجب الاعتدال لأنّها كانت قد اقترحت في مرحلة التّفاوض لتوزيع سيّاراتها على شركةٍ أخرى، وضمَّنت في العقد بنودًا تختلف تمامًا عن البنود الأولى ممّا أدّى إلى قيام مسؤوليتها تُجاه الشّركة الأخرى، وقد أسّس القضاة قرارهم هذا على إخلال الشّركة بواجب الاعتدال في مرحلة المفاوضات [3].

ويجب أن تتمّ المفاوضات في كُلِّ الأحوال وِفقًا للسرّية اللّازمة، فقد يتبادل المتفاوضان العديدَ من البيانات والمعلومات الفنيّة والتقنيّة وغيرها حسب طبيعة العمليّة محلّ التّفاوض، وهنا ينشأ الالتزام بالسّرية، إذ يمتنع على أيّ طرفٍ الإفصاح بها إلى الغير أو استخدامها الشّخصي دون إذنٍ من صاحبها [4].

ويتأكّد هذا خاصّة في عقود نقل التّكنولوجيا، وعقود الامتياز التّجاري والعقود الصناعية خاصة، وهذا بالنّظر لتمتُّعها في المنظومة القانونية الجزائرية بحمايةٍ تشريعية

---

1 ـ **العربي بلحاج**، مرجع سابق، ص 69.

2 ـ ورد في القانون المدني الألماني ما يتعلّق بالتعويض عن عدم الجدّية في التفاوض، حيث تنصّ المادّة 122 منه: "إذا كان الإعلان باطلًا وفقًا للمادّة 118 (لعدم جدّيته) ... التزم صاحب هذا الإعلان بتعويض من وُجِّه إليه".

3 – Cass com, 09 Fev 1981, Cahier des droits d'entreprise, 1981, P 05.

4 – **PH. Dévésia**, Négociation du contrat, Juris-classeur, N° 4, Fasc, 1860, éd, 1999, P 08.

وقضائيّة [1] ، وعلى هذا فإنّه يُمنَع على المتفاوض استغلال هذه المعلومة السّرية أو نقلها إلى الغير دون إذن صاحبها، وإلا فإنّ مسؤوليّته ستقوم جرّاء مخالفة هذا الالتزام [2].

ثالثا: ـ عدم قطع المفاوضات دون سببٍ مشروع:

ـ مثلما سبق بيانه، فإنه لا يُمكِن إلزام المتفاوضين بالتّوصّل في كُلِّ الحالات إلى إبرام عقدٍ نهائيٍّ بينهما، لكنّ هذا لا يُعطي لأحد المتفاوضين إمكانية التّعسّف في استعمال حقّه في وقف المفاوضات من دون سببٍ مشروع لأنّ هذا يتعارض حتمًا مع مُقتضيات النّزاهة وحسن النّية، ويُؤدّي إلى إلزام هذا الطّرف بالتّعويض.ذلك أنّ قطع المفاوضات في وقتٍ غير ملائم، أو على نحو يُضرّ بالطّرف الآخر، أو بصفةٍ مفاجئة، أو من دون أيّ مُبرّرٍ مشروع بعد مفاوضاتٍ استمرّت مُدّةً طويلةً أو بدون مبرّرٍ معقول أو مقبول، أو التّفاوض لمجرّد التّسلية أو الدّعاية تُعَدّ إخلالًا واضحًا بالثّقة المشروعة التي تولّدت لدى كُلٍّ من المتفاوضين [3].

إنّ تطبيق هذا الحظر لا يتطلّب توافرَ سوء النّية في الطّرف الذي أوقف التّفاوض، بل يكفي أن يكون قد تعامل بما يتعارض مع مُقتضيات النزاهة عند اتّخاذه لهذا القرار، ويتحقّق هذا بوقف التّفاوض في مرحلةٍ وصل فيها الطّرف المقابِل إلى الاعتقاد بحتميّة التّعاقد دون أن يكون هناك سببٌ مشروعٌ لهذا التّوقُّف [4].

1ـ المحكمة العليا، غ.ت.ب،1999/07/13، ملف رقم 190797، م.ق، 2000، العدد1، ص 125، 2000/01/05، ملف رقم 350164، م.م.ع، 2006، العدد1، ص 337؛2001/06/20، ملف رقم 254727، م.ق، 2003، العدد2، ص208، 2002/06/25، ملف رقم 286391، م.ق، 2003، العدد1، ص 269؛ (م51 من الأمر رقم 07/03 بتاريخ 2003/07/19 المتعلقة ببراءة الاختراع.

2 - Cass civ Ire, 12 April 1976, Bull civ 1122 ; Def 1976, 31434.5.389.

3 ـ **العربي بلحاج**، مرجع سابق، ص 120.

4 ـ **محمود فياض**، مرجع سابق، ص 249.

وأخيرًا فإنّه لا بُدّ من الإشارة إلى أنّ الالتزام بالتّفاوض بحسن نيّة هو التزام بتحقيق نتيجة، وعلى هذا فلا يستطيع المتفاوض دفع مسؤوليّته إذا قامت جرّاء مُخالفته لهذا المبدأ بإثبات أنّه قد بذل كُلَّ ما في وسعه لكي يكون حَسَن النيّة فلم يستطع [1].

لقد رأينا في هذا الفرع بعضًا من أوجه الالتزام بمُقتضيات النّزاهة بين المتفاوضين. والغرض المُتوَخّى من هذا الالتزام هو إقامة التّوازن بين الحرّية العقدية (بالالتزام بالتّعاقد أو العزوفِ عنه)، وبين توفير الحدِّ الأدنى من الجِدّية في عملية التفاوض ذلك أن الأخذ بالحرّية على إطلاقها سيؤدي إلى فتح الباب لمفاوضاتٍ غير جادّة وبدون ثقة ولا استقرار، تكون سببًا لإضاعة الوقت والجهد والمال، دون نيّةٍ حقيقيّة في التّوصل إلى إبرام العقد المُرتَقب (العقد النهائي)[2]، أمّا في حالة تجسيد هذا المبدأ فإنّ تمثيل مصالح طرفي التّعاقد سيتحقّق بشكلٍ مُتوازنٍ خلال مرحلة التّفاوض على شروط العقد، وهذا على نحوٍ يؤسّس لتوازن حقوق والتزامات طرفي العقد تماشيًا مع مُتطلَّبات العدالة والنّزاهة في العلاقات التّعاقدية [3].

---

1 - نقض تجاري فرنسي: 1972/03/20، J.C.P، 1973، 17543، تعليق (j) Shmidt ، أشار إليه **العربي بلحاج**، مرجع سابق ص 118.

2 - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 119.

3- **محمود فياض**، مرجع سابق، ص 248.

الفرع الثاني: ـ الالتزام بمقتضيات النزاهة في الإيجاب والقبول

ـ نصّت المادّة: 59 من القانون المدني على أنّه: "يتمّ العقد بمُجرَّد أن يتبادل الطّرفان التّعبير عن إرادتهما المتطابقتين ..."، وعليه فإنّ العقد لا يُمكِن أن يتمّ إلّا بتطابق الإرادتين، وعنصرا تطابقهما يتمثّلان في: الإيجاب والقبول، وهو ما أكّدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها [1].

وعليه، فإنّه من المُقرّرِ قانونًا أنّ مرحلة تكوين العقد تبدأ بصدور إيجابٍ من أحد طرفي العقد يُعبِّر فيه عن إرادةٍ جازمة في إبرام عقد معيّن، فإذا وصل هذا الإيجاب إلى علمِ القابل به، ثُمّ أصدر هو الآخر تعبيرًا جازمًا عن إرادةٍ مطابقةٍ للإيجاب تمّ العقد متى وصل إلى علم الموجب وكان إيجابه لا يزال قائمًا.

ولمّا كان للإيجاب والقبول هاته الأهميّة البالغة في إبرام العقد، فإنّ القانون قد أوجب على المتعاقدين أن يلتزما فيهما بمُقتضيات النّزاهة، حتّى لا ينشغل كُلُّ طرفٍ بمصالحه فحسب، بل عليه أن يُراعيَ فيهما مصالحَ الطّرف الآخر كذلك.

أولا: ـ الإيجاب والالتزام بمُقتضيات النزاهة:

ـ لقد سعى القانون من أجل أن يَكفُل صدور إيجابٍ من الطرف المتعاقد يتوافق ومُقتضيات النّزاهة وحسن النّية.

وعلى كُلٍّ فإنّ غياب مبدأ حسن النيّة في توجيه الإيجاب يجعل صاحبه سيّء النّية، وتتجلّى مظاهر سوء النيّة في توجيه الإيجاب في تعمّد مخالفة الإرادة الظّاهرة للإرادة الباطنة عن طريق التّعبير عن نيّته بما يُخالِف قصدَه الحقيقيّ وذلك لخداع الطّرف الآخر، هذا من جانب أوّل، ومن جانب آخر، فإنّ تعمُّدَ اختيار الألفاظ التي توحي بالخلط والغموض في التّعبير عن الإيجاب ممّا يوقع الطرف الآخر في التباسٍ في فهم ماهيّة العقد وعناصره لهُوَ من مظاهر سوء النّية أيضا [2]، وعليه فإنّ حسن نيّة الموجب تعني أن تكون له إرادةٌ واحدة، وأن

---

1 ـ من بين هاته القرارات:المحكمة العليا، غ.م 1987/12/07، ملف رقم 45658، م.ق، 1990، عدد4، ص61، 1987/11/11، ملف رقم 51440، م. ق، 1992، العدد 1، ص.7.

2 ـ**عبد اللطيف عبد الحليم القوني**، مرجع سابق، ص 330.

تكون هذه الإرادة واضحةً ومُحدّدة، وأمّا إذا كان للموجب إرادتان، إحداهما ظاهرة غير حقيقيّة، والأخرى باطنة يحتفظ بها لنفسه قاصدًا خداع الطّرف الآخر فإنّه يكون سيّء النّية في توجيه إيجابه هذا [1].

ومن جهةٍ أخرى، فإنّه وبخصوص إلزاميّة الإيجاب ومدى حُرّية الموجب في العدول عنه، والتي لا تكون في الإيجاب المُقترِن بأجل المنصوص عليه في المادّة: 63 من القانون المدني، بل في الإيجاب الصّادر في مجلس العقد الذي يكون بين حاضرين، حيث لا يكون مثل هذا الإيجاب مُلزِمًا ما لم يحصل القبول فورًا، وللموجب حينئذٍ الرّجوع عنه في أيّ وقتٍ أراد ما لم يقترن به قبول الطّرف الآخر.

بَيْد أنّ هذه الحرية مُقيّدةٌ بمبدأ حسن النيّة الذي يعني أنّ العدول عن الإيجاب لا يجب أن يكون بقصد الإضرار بالطّرف الآخر، وإلّا كان صاحبه سيّء النّية ومُخطئا فيه وتنعقد مسؤوليّته التّقصيرية عن الضّرر الذي يحصل له جرّاء ذلك [2].

فمن يعرض شيئًا تحت التّجربة يلتزم بالبقاء على عرضه المدّة المُحَدّدةَ لإجراء التّجربة، ومن يلتزم بإجراء مناقصةٍ وجب عليه الإبقاء على عرضه المُهلةَ اللّازمة لجمع العطاءات وفتح الأظرفة وإرساء المناقصة المذكورة [3].

وأمّا فيما يخصّ الإيجاب في العقود الإلكترونية التي تعرف انتشارًا واسعًا في التّعاملات المُعاصرة، فإنّ القواعد الحديثة تشترط في الإيجاب الإلكتروني التّحديد الدّقيق لمدّة صلاحيّة الإيجاب، كما أنّه على الموجب أن يُحيط الموجب له علمًا بهذا التّوقيت حتمًا، وهذا سعيًا لصدور إيجابٍ ينسجم مع مُقتَضيات النّزاهة في مثل هاته العقود.

---

1 - **رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ**، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2014، ص 116.

2 - **رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ**، المرجع السابق، ص 119.

3 - **العربي بلحاج**، مرجع سابق، ص 25.

ثانيا: ـ القبول والالتزام بمقتضيات النزاهة:

ـ القبول هو: "الردّ الإيجابي من طرف الموجب له" [1]، ولا شكّ أنّ لمن وُجِّه إليه الإيجاب مُطلَق الحرّية في القبول أو الرّفض ولا مِراء فيذلك، وإلّا كان العقد يُبرم بمجرّد صدور الإيجاب فقط.

بيد أنّ هذه الحرّية التي يتمتّع بها الموجب له ليست مُطلقة، بل يحكمها مبدأ حسن النّية كذلك، وبالتّالي فإنّ رفض هذا الإيجاب بسوء نيّة يجعل صاحبه مسؤولًا، كما في حالة ما إذا كان الموجب له هو الذي دعا الموجِب إلى التّعاقد معه مثلما يحدث مع التُّجار الذين يُوجِّهون النّشرات والإعلانات إلى الجمهور، وكأصحاب الأعمال الذين يُعلنون حاجتهم إلى عمّالٍ لشُغل الوظائف الخالية لديهم، فإذا استجاب أيّ شخصٍ لهذه الدعوة وأصدر إيجابًا يستلزم قبولا ممّن وجّهت الدّعوة إليه للتّعاقد حتّى يتمّ العقد، فإذا رفض من وُجِّهت إليه الدّعوة بسوء نيّة هذا الإيجاب كان مسؤولًا عن تعويض الضّرر النّاتج عنه [2].

ويقول الفقيه السّنهوري في هذا الصّدد: "... ومهما يكن من بداهة هذا الحكم (حُرّية الموجب له في القبول أو الرّفض)، فإنّ ظروفًا قد تجعل الموجب له مُلزمًا بالقبول" [3]، وهذا كُلُّه من أجل مُراعاة مبادئ النّزاهة وحُسن النّيّة في ذلك.

ومن المفيد الإشارة إلى أنّ هذا المبدأ قد نصّت عليه صراحةً المادّة: 1/181 من قانون موجبات وعقود لبنان [4] بـ: "بَيْدَ أنّ الأمر يكون على خلاف ذلك (أي حُرّية القبول أو الرّفض) إذا أوجد هو نفسه حالةً من شأنها أن تستدرج للعرض[5]، ففي هذه الحالة يجب أن يستند امتناعه عن التّعاقد إلى أسباب حَريّة بالقبول، وإلّا كان امتناعه استبدادًا، وجاز أن تُلزِمه التّبعة من هذا الوجه".

---

1 ـ **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 127،

2 ـ **رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ**، مرجع سابق، ص 123.

3 ـ **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 231.

4 ـ وهو ما ندعو المشرع الجزائري إلى الأخذ به والنصّ عليه في الأحكام التي تنظّم مسألة القبول في القانون المدني، حتى تبرز فكرة "حسن النية في تكوين العقد" وتتجسد بشكل أفضل.

5 ـ كما في المثال السابق ذكره بشأن التّجار الذين يُوجّهون النّشرات والإعلانات إلى الجمهور وكذا أرباب العمل مع طالبي العمل ...وغيرهم.

الفرع الثالث: ـ عيوب الإرادة والالتزام بالنّزاهة

ـ جعلت جُلُّ القوانين المُنظِّمة لمجال العقود من صِحّة الرِّضا شرطًا من شروط صحّة العقد، وهذا ما تناوله القانون المدني في القسم الثاني من الكتاب الثاني منه.

ونظرًا لِما لصحّة الرِّضا من أهميّة، فإنّه كان لا بُدّ من تنظيم هذه المسألة بما يتوافق مع مُقتضيات النّزاهة حفاظًا على استقرار المعاملات العقديّة، وسعيًا كذلك إلى تحقيق التّوازن بين أطرافها.

وعليه، فإنّني سأبحث في هذا الفرع عن الالتزام بمُقتضيات النّزاهة بين المتعاقدين فيما يتعلّق بعيوب الرّضا: وهذا في العلاقة الموجودة بين الغلط ومبدأ حسن النيّة (أوّلًا)، ثم تِبيان مُناقَضة التّدليس لمُقتضيات حسن النّية وحظْرِه نتيجةً لذلك (ثانيا).

أولا: عيب الغلط ومقتضيات النزاهة وحُسن النية:

ـ الغلط هو وهْم واعتقادٌ خاطئ يقوم في ذهن الشّخص فيدفعه إلى التّعاقد، ولولا هذا الوهم أو الاعتقاد الخاطئ لما أَقدم على التّعاقد [1]، ولقد تناول الفقهاء مسألةَ الغلط من جوانبَ عِدّة، من خلال تحديد مفهومه، ومواصفاته، وصوره، وما يهمُّني في بحثي هذا هو بيان علاقة هذا العيب الذي ينال من صِحّة الرّضا بمسألة الالتزام بمُقتضيات حسن النّية بين المتعاقدين، وقد تجلّت لي في هذا الصّدد في مسألتين: تتعلّق الأولى باشتراط حُسن النّية للتّمسّك بالغلط (1)، والثّانية التي لم يقع عليها إجماعٌ بين الفقهاء والتي تتمثّل في اشتراط وجود علاقة للمتعاقد الثّاني بهذا الغلط حتّى يتمّ الاعتداد به (2).

1 ـ حسن النّية كشرط للتمسّك بالغلط:

ـ حتّى يتمكّن المُتعاقد الذي شاب رضاه عيبُ الغلط من المطالبة بحقّه في الحماية القانونية والمتمثِّلة في طلب إبطال العقد يجب أن يكون هذا المتعاقد حسَن النيّة، أمّا إذا تمسّك بهذا الحقّ على وجهٍ يتعارض مع هذا المبدأ ـ كما في حالة ما إذا كانت العمليّة التّعاقدية

---

1 ـ ذكر هذا التعريف **مختار لبني**، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية لحقوق، جامعة الجزائر، 1977، ص 115.

التي باشرها خاسرةً أو لأيِّ سببٍ آخر ـ فإنّه لا يكون جديرًا بهذه الحماية، وعلى هذا تنصّ المادّة:85 من القانون المدني ـ **المخفِّفة من حِدّة الطّابع الذّاتي للغلط** ـ : "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسّك به على وجهٍ يتعارَض مع ما يقضي به حسن النيّة ... ويبقى بالأخصِّ مُلزَمًا بالعقد قصْد إبرامه إذا أظهر الطّرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد".

وعليه، فتقتضي النّية الحسنة ـ عندئذٍ ـ تخلّي المُتعاقد الذي وقع في الغلط عن طلب إبطال العقد من جهة، وأن يلتزم بالعقد الذي أراد إبرامَه إذا كان المتعاقد الثّاني راغبًا في تنفيذ هذا العقد من جهة أخرى، ولكن هذا لا يعني أنّ الطّرف الذي وقع في غلطٍ مُلزَمٌ بإبرام عقدٍ جديد، بل يُلزم بالعقد الذي قصد إبرامَه إذا كان العقد القابل للإبطال مُتضَمِّنا لكلّ الشّروط لعقدٍ صحيح، كما لا يُلزَم بإكمال العقد القابل للإبطال ـ بإضافة شرطٍ مثلا ـ حتّى ينشأ العقد الصّحيح [1].

ويتبيّن من نصّ المادّة السّالفة الذّكر أنّ أيّ تمسُّكٍ بالغلط إذا تعارض مع حسن النّية فإنّه يكون غيرَ جائز، فإذا اشترى شخصٌ مثلًا أرضًا وهو يعتقد أنّ لها منفذًا إلى الطّريق العامّ، ثُمّ يتّضح أنها محصورة، فيعرض عليه البائع النّفقات التي يقتضيها حصوله على حقّ المرور إلى الطّريق العامّ وهو ما يُحقِّق له كُلَّ الأغراض التي قصد إليها، فيأبى إلّا إبطال البيع، أمكَن اعتبار أن يكون التمسّك بالغلط في هذه الحالة مُتعارِضًا مع ما يقضي به حسن النية، فلا يُجاب المشتري إلى طلبه، ويمكن أن يُعتبَر هذا الحكم تطبيقًا من تطبيقات نظريّة التّعسف في استعمال الحقّ [2].

---

1 ـ **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 186.

2 ـ **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، المرجع السابق، ص 341.

2 ـ علاقة المتعاقد الثاني بالغلط:

ـ ثـــار خلافٌ كبيرٌ بين الفقهاء حول اشتراط علاقة المُتعاقد الثّاني بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الأوّل حتى يتمكّن من المطالبة بإبطال العقد، فيرى فريقٌ منهم أنه لا بـدّ من وجود غلطٍ مُشترَك بين المتعاقدين حتى لا يتعسّف المتعاقد الذي وقع في الغلط في استعمال حـقّـه في طلب إبطال العقد، وحتّى لا يُفاجَأ الطّرف الآخر ـ الذي أبرم العقد بحُسن نيّة ـ بطلب الإبطال دون علمه بالغلط الذي وقع فيه المُتعاقد معه [1]، ويرى فريقٌ آخر أنّ الغلط الذي يقع فيه أحد المتعاقدين دون الآخر يكفي للمطالبةِ بإبطال العقد طالما أنّـه يجعل رِضاه في كُـلّ الأحوال مَـعـيـبًـا، ومن ثَـمّ فتجب حمايتُه دون الحاجة إلى مراعاةِ حُـسـن نيـّـة المتعاقِد الآخـر [2].

والذي أراه جديرًا بالتّأييد هو الرّأي الوسط بينهما نظرًا لمُراعاته لمبادئ النّزاهة وحُسن النّية بين كِـلا المتعاقدين، والذي مفاده أنّ الغلطَ الفرديّ يكون كافيًا لطلب إبطال العقد، إذا كان المتعاقد الآخر ـ الذي لم يقع في الغلط ـ عالمًا به، أو كان من السّهل عليه أن يعلمَ به، وهـذا مـا أخـذ بـه المُشرِّع بدليل أنّه قـدِ اعـتـدّ في المادة:2/82 من القانون المدني بالنّظرة المُشتركة للمتعاقدين لتحديد الصّفة الجوهرية للشّيء.

وعـلـيـه، فإنّه ضمانًا لمبادئ العدالة العقديّة، واستقرارِ المعاملات، وحتّى لا يُفاجَـأ المتعاقد الذي لم يشترك في الغلط بطلب الإبطال، فإنه يجب على الأقـلّ أن يكون على علمٍ بالغلط الذي وقع فيه الطّرف الآخر، أو أنّه كان من السّهل عليه أن يعلم بـه، وعلى هذا فإنّني أقترح أن تكون صياغة المادّة:81 من القانون المدني كما يلي: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلطٍ جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثلَه في الغلط، أو كان على علمٍ به، أو كان من السّهل عليه أن يعلمَ به"، ذلك أنّ هذه الصياغة تتناسب تماما ـ حسب رأيي الشّخصي ـ مع مُقتضيات النزاهة وحُسن النيّة التي يجب أن يتحلّى بها كُـلُّ متعاقدٍ عند تكوين العقد، وخصوصًا فيما يتعلّق بعيب الـغـلـط.

---

1 ـ أنظر: **أنور سلطان**، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية،مصر،1983، ص 93.

2 ـ وقد دافع عن هذا الرأي **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1995، ص 60.

ثانيا: ـ حظر التدليس لمُناقضَته مقتضيات النزاهة وحسن النية:

ـ تناول المشرِّع عيبَ التّدليس في المادّتين: 86 و87 من القانون المدني، وقد عرّفه الفقهاء بأنّه: "إيهام الشّخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحِيل والخِداع لحمله على التّعاقد"[1]، أو هو: "استعمال طرقٍ احتياليّة من شأنها أن تخدع المُدلَّس عليه وتدفعُه إلى التّعاقد".

يتّضح لنا ـ ولأوّل وهلةٍ ـ من خلال هذين التّعريفين أنّ التّدليس بعُنصريه المادّي (الحِيل، الكذب، السّكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة)، وكذا المعنوي (وهو نيّة الخِداع والتّضليل لدى المدلِّس تُجاه المدلَّس عليه)، بالإضافة إلى ما يشملُه التّدليس أيضًا (وفقًا لنصّ المادّة: 87 من القانون المدني) من العلمِ بالتّدليس الصّادر من الغير إذا كان المدلِّس يعلم أو كان من المفروض حتمًا أن يعلمَ به، يتّضح لنا أنّ كُلّ هاته العناصر تتنافى تمامًا وتتناقض أشدّ المُناقضة مع مُقتضيات النّزاهة وحُسن النيّة في العقود، وما الحماية التي تمَّ إقرارُها للمتعاقد ضحيّة التّدليس بالحقّ في طلبِ إبطال العقد إلّا سعيٌ من المشرِّع إلى إضفاء نوعٍ من النّزاهة بين طرفي العلاقة العقدية.

ولقد كرّس المشرِّع أيضًا فكرة الكتمان التّدليسي التي تتناقض هي الأخرى مع مُقتضيات النّزاهة وحسن النّية التي يجب أن يتحلّى بها المتعاقد تُجاه الطّرف الآخر في مرحلةِ الانعقاد، وهنا أشير إلى الفقرة الثانية من المادة: 86 من القانون المدني التي اعتبرت ـ أيضا ـ السّكوت العمدي عن واقعةٍ أو ملابسةٍ تدليسًا إذا ثبَت أن المدلَّس عليه ما كان ليُبرِم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

---

1 ـ **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دارالهدى، الجزائر، طبعة 1192-1993، ص58.

2 ـ **علي علي سليمان**، مرجع سابق، ص 60.

وعلى هذا فإنّه إذا كان الأصل في الحيلة التي هي أساس التّدليس أن تقوم على أعمالٍ ماديّة، فإنه يُعتبَر بمثابتها كذلك الكذب والكتمان كلّما جاء إخلالًا بواجبٍ خاصٍّ في الصِّدق والمُصارحة إذا فرضه القانون أو الاتّفاق أو طبيعة المعاملة أو الثِّقة الخاصّة التي يكون من ظروف الحال أن تجعل للمدلَّسِ عليه الحقّ في أن يضعها فيمن غَرَّر به [1].

وعليه، فقد كرّس هذا الحُكم هو الآخر التّصورات الجديدة في المجتمع التي سايرت تطوّراته المُختلفة التي تعتبر الفرد جزءًا لا ينفصل عن المجتمع، له فيه حقوق، وعليه واجبات منها الالتزام بالتّعاون مع المتعاقد الآخر من خلال تنوير بصيرته بما هو جاهلٌ له في العمليّة التّعاقدية التي يباشرها معه [2].

---

1 ـ **محمد السعيد جعفور**، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 51.

2 ـ وعلى هذا الأساس فقد عنونت الأستاذة: **ذهبية حامق** الباب الأول من رسالتها للدكتوراه "الالتزام بالإعلام في العقود"، مرجع سابق بـ: الالتزام بالتعاون قِوام الالتزام بالإعلام.

المطلب الثاني: ـ الالتزام بمقتضيات النزاهة بين المتعاقدين عند تكوين العقد في القوانين الخاصة

ـ يرتكِز مُقتَضى الالتزام بالنّزاهة بين المتعاقدين عند تكوين العقد وفقًا للقوانين الخاصّة المنظّمة لمجال العقود على مبدأ الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، ويُعتبَر هذا الالتزام مظهرًا من مظاهر تطوّر فكرة العقد، حيث ظهر بعد تطوّراتً كثيرةٍ نقلت فكرةَ العقد من فكرةٍ قائمةٍ على مصالح متنافِرة يتولّى كُلّ متعاقدٍ فيها الدّفاع عن مصالحه كونه جديرًا بحمايتها [1]، إلى ضرورة مراعاةِ مصالح الطّرف الآخر في العقد ولا سيما إذا كان يُمثِّل الحلقةَ الأضعف فيه.

وفي هذا الصّدد يرى العديد من الفقهاء أنّ الالتزام بالإعلام ـ وخصوصا في ظِلّ قانون حماية المستهلك ـ يقوم على أساسٍ موضوعي قِوامُه صفة المتعاقدين (أي: صفة المهني والمستهلِك)، أو اللّامساواة بينهما [2]، وهو رأيٌ جديرٌ بالتّأييد من وُجهة نظري الشّخصية إذا نظرنا إليه كفكرةٍ مستقلّةٍ بذاتها، لكن لا يُمكِن لهذا أن ينفي دور الالتزام بالإعلام قبل التّعاقدي في عقود الاستهلاك في تكريس مقتضيات النّزاهة بين المتعاقدين، حتى وإن كانت صفة أحدهما "مهنيّ" والآخر صفته "مُستهلِك"، وهذا ما سأحاول البرهنة عليه في هذا المطلب بتبيان: دور الالتزام بالإعلام قبل التّعاقدي في تكريس مُقتضيات النّزاهة بين المتعاقدين في قوانين حمايةِ المُستهلِك (الفرع الأول)، ودوره أيضًا في عقود التّأمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ـ الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في عقود الاستهلاك

ـ لقد أقام المُشرِّع بصدد تنظيمه للالتزام بالإعلام قبل التّعاقدي في قانون حماية المستهلك [3] قرائنَ مُعيَّنة تتعلّق بصفة أطراف العلاقة العقديّة **تضمن تحقيق التّكافل بينهما،**

---

1 – **GHESTIN (J)**, Traité de droit civil, la formation du contrat, LGDJ, 3eEd, 1996, n° 36, p 27.

2 ـ وعلى هذا الأساس فقد عنونت الأستاذة: **ذهبية حامق** الباب الثاني من رسالتها للدكتوراه "الالتزام بالإعلام في العقود"، مرجع سابق بـ: اللّامساواة بين المتعاقدين قِوام الالتزام بالإعلام.

3 ـ أُشير هنا إلى أنّ الأحكام القضائية في موضوع حماية المستهلك تكاد تكون مُنعدمة، وفي هذا الصّدد يشير قادة شهيدة: "ومِن المُفارقات الغريبة هو أنّ يوميّات المستهلِك الجزائري تزخر بانتهاكات المهنيّين لالتزاماتهم، وفي المقابل فإنّ أرشيفَ المحاكم الجزائرية لا يحتوي إلا على النّزر القليل من قضايا حوادث الاستهلاك"، التجربة الجزائرية في حماية المستهلك: بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها،المجلة الجزائرية للقانون المقارن، جامعة تلمسان،العدد الأول، 2014، ص 25.

تتعلّق القرينة الأولى بالمُستهلِك وهي قرينةُ جهله بالمعلومات المتعلّقة بالعقد فيكون بالتّالي في حاجةٍ إلى إعلامه بها في كُلّ الحالات (أوّلًا)، وتتمثّل الثّانية في كون أنّ قوّة المهنيّ تُجاه المستهلك مَدعاة لوجوب إعلام هذا الأخير وتنوير بصيرته لا سِيما في ظِلّ عدم التّعادل البيّن بينهما في المعلومات خصوصًا (ثانيا).

أولا: الحاجة الماسّة للمستهلك للإعلام جرّاء ضُعفه:

ـ لا شكّ أنّ المُستهلِك في عقود الاستهلاك يُمثِّل الحلقةَ الأضعف اقتصاديًّا من النّاحية المبدئية، ومعرفيًّا على وجه الخصوص، بالإضافة إلى ضُعفه الفنّي والتّقنيّ، وعليه فإنّ المُشرِّع قد أقام قرينةً وِفقًا لهذا مفادها جهلُه القطعيّ بالمعلومات المُتعلِّقة بالعقد، وعليه فإنّ له ثقةً مشروعةً في هذا العقد (1)، كما أنّ المُشرِّع قد أعفاه في ذلك من واجبِ الاستعلام (2).

1ـ الثّقة المشروعة للمُستهلك تُجاه المهني:

ـ قد توجد اعتباراتٌ خاصّة لدى الشّخص المُقبِل على التّعاقد تصرفه عن القيام بواجب الاستعلام على البيانات والمعلومات العقديّة اللّازم توافرُها لديه قبل أو أثناء إبرام العقد، ويكون ذلك بسبب ما تولّد لديه من ثقةٍ في شخص الطّرف الآخر، مُقْتضاها قيام الأخير من تلقاء نفسه بأداء التزامه بالإعلام أداءً كاملًا وواضحًا، وقد أُطلِق على هذه الاعتبارات اعتباراتُ الثّقة المشروعة [1].

ويرى الفقه أنّ اللّامساواة بين طرفي عقد الاستهلاك قد أدّت إلى إقرار الثّقة المشروعة للمُستهلِك تُجاه المِهنيّ، وجعلت الالتزام بالإعلام مُلقًى على عاتق هذا الأخير [2] كون أنّ الالتزام بالإعلام إنّما وُجِد لمصلحة المُستهلِك وله بمقتضى صفته ـ كطرفٍ ضعيف ـ أن ينتظر من المهنيّ أن يُطلِعه على كافّة المعلوماتِ المُتعلِّقة بالعمليّة العقدية المُبرَمة بينهما، وعليه وعملًا بمبدأ الالتزام بالنزاهة كمبدأ عامٍّ في العقود، فإنّه يجب على المهنيّ أن يضعَ المُستهلِك في مَقامٍ يضمَن له تحقيقَ مصالحِه المرجُوّةِ من العقد بتنوير بصيرته في ذلك.

---

1 ـ **كريمة حدوش**، الالتزام بالإعلام في إطار القانون: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2012، ص 24.

2 -**GHESTIN (J)**, Op. cit , N° 660, p 635.

وعـلـيـه، فإنّ مُجرَّد اكتساب صفة المُستهلِك يضمن لهذا الأخير حقّ الحصولِ على كُلِّ المعلومات المتعلِّقة بـالـعقد، وهذا ما كـفـلـه لـه المشرِّع بموجب نصوصٍ تشريعيّةٍ وتنظيميةٍ عِدّة، ومنها القانون: 09-03 [1] الذي أفرد له فصلًا خاصًّا (الفصل الخامس) تحت عنوان: "إلزامية إعلام المستهلك".

ومـن جهة أخرى فإنّه لا مجال أمام المهنيّ لأن يَحتجّ بأنّ المستهلك كان يعلم أو أنّه كان من المُمكن أو من المفروض أن يعلم بالبيانات المُتعلِّقة بالـعقد طالما أنّ المشرِّع قد وضع قرينةً أخرى تتعلّق بالمُستهلِك وهي جهله المشروع بها- كما سبق بيانه - ، وعلى هذا، فإنّ المُستهلِك يضمن في كـلِّ الأحوال المعلوماتِ المتعلِّقة بالعقد من طرف المهنيّ دون أيّ التزامٍ يقابله، وهذا ما يتّضح من خلال المادّة: 17 من القانون:09-03 التي تنصّ على أنه: "يجب على كُـلِّ مُتدخِّلٍ أن يُـعـلِـم المُستهلِك بـكُـلِّ المعلومات المُتعلِّقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك ...".

2 ـ ضمان حصول المُستهلِك على المعلومات من المهنيّ في كُـلِّ الأحوال:

ـ لـم يُـلـقِ المُشرِّع أيَّ التزامٍ على عاتق المُستهلِك في العملية العقديّة التي يباشرها مع المهنيّ تقابل التزام هذا الأخير بالإعلام، حيث إنّه قد ضمِن له هذا الحق بغَضِّ النّظر عن أيّ اعتبار، ولا سيما ما يتعلّق بكفاءته أو بمُستواه الفنّي أو المعرفيّ، ويُستَفاد هذا من صريح المادّة: 17 السّالفة الذّكر، حيث إنّـه من حقّ المُستهلِك الحصولَ على كافّة المعلومات المتعلّقة بالمنتوج، وهذا ما يُخالِف أحكام الشّريعة العامّة للقانون المدني التي وضعت قرينةً بسيطةً لجهْل المشتري بالعيوبِ الخفيّة في عقد البيع (في المادتين: 352، و2/379 من القانون المدني)، في حين أنّ نـصّ المادة: 17السابقة من القانون: 09-03 قد وضعت قرينةً قاطعةً عـن جهله لكلِّ المعلومات المُتعلّقة بالمتوجاتِ التي يقتنيها أو الخدمات التي يستفيد منها.

صـحـيـحٌ أنّ كفاءاتِ المُستهلِكين في المعرفة والبحث عن المعلومات تختلف من مُستهلِكٍ إلى آخر، لكنّ الانشغالَ المُستمِرَّ للمشرِّع بحماية الطّرف الضّعيف في عقد الاستهلاك، جعله يحمي كُـلّ من له صفةُ المستهلك، لأنّ الرّجوع إلى القدُرات الخاصّة لكُـلِّ مُستهلِك على حِدا، سيُؤدِّي إلى نـزع الدّور النّاجع والفعّال لقانون حماية المُستهلِك الذي يبقى دوره هو حمايةُ كُـلِّ المُستهلِكين مهما كانت قُدُراتهم وكفاءاتهم للاطّلاع على عناصر الإعلام [2].

---

1 ـ المؤرّخ في: 2009/2/25، المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، الصادرة في: 2009/03/08.

2 ـ **ذهبية حامق**، مرجع سابق، ص 202.

ومـن بين القرارات القضائيّة التي صدرت في هذا الخصوص في القضاء الفرنسي القرار الصّادر عن الدّائرة المدنيّة الأولى لمحكمة النّقض الفرنسيّة حين أقامت مسؤوليّة المُنتج جرّاء ما أصاب المُستهلِك ـ وهـو رسّام ـ عن الضّرر النّاتج عن تعيّب لوحاته التي استخدم فيها هذه الموادّ، فقرّرت محكمة النّـقض أنّ تَخصّص الرّسام فنّـيـا لا يـفـيـد بالضّرورة معرفتَه بخصائص ومكوّنات هذه المُنتَجات التي يستخدمها في رسم لـوحـاتـه [1].

ثانيا: ـ قـوّة المهنيّ تجاه المستهلك مَـدعاة لوجوب إعلامه وتنوير بصيرته:

ـ إنّ اهـتـمـام المشرِّع بحماية المُستهلِك قد أدّى إلى الخروج عن القواعد التي تحكم النظرية العامة للعقد، ومنها نظرية عيوب الرضا، فبعدما كان المدين مُلزَما بإعلام الدّائن بكُـلِّ المعلومات المُتعلِّقة بالعقد إذا كان عالمًا بها، وكان الدائن جاهلًا بها، فإنّ الأمر يختلف إذا كُنّا بصددِ القواعد المُتعلِّقة بحماية المُستهلِك بحيث يتّجه المشرِّع إلى وضع التزامٍ بمعرفةِ كُـلّ ما يتعلّق بالمنتوجات والخدمات المعروضة للاستهلاك على كاهل المهنيّ[2]، ويَـرجع هذا إلى عـوامـلَ عِـدّةٍ ، مـنـهـا:

ـ أنّ المهنيّ هو الأدرى بخصائص ومميّزات منتجاته، وبالتّالي فهو الأقدر على تبصير المستهلِك بها.

ـ أنّ المهنيّ هو الذي يملك وسائلَ الإنتاج الضّخم والتّوزيع للسّلع والخدمات، وهو ما يُؤدّي حتمًا إلى اللّامساواة بينه وبين المستهلك.

وعـلـيـه فإنّني سأدرس التزام المهني بالاستعلام لصالح المُستهلِك جـرّاء قُوّته تُجاهَـه (1)، كما أنّ قرينة عِـلـمِ المهنيّ بالمعلومات مَدْعاةٌ لوجوب تقديمها لـلـمُـسـتـهـلِـك (2)

1 ـ التزام المهني بالاستعلام لصالح المستهلك جرّاء قوته:

ـ نظرا للقوّة التي يتمتّع بها المهنيّ تُجاه المستهلك والفرق الشّاسع بينهما في المعلومات التي يحوزانها حول العملية العقدية التي يباشرانها، فقد أدّى ذلك إلى إلقاء عبء الاستعلام على الطّرف القويّ (المهنيّ) في هذه العقود لصالح الطّرف الضّعيف (المستهلك) تجسيدًا لمُقتَضيات النّزاهة تُجاهَـه. فيجب على المهنيّ أن يستعلم عن كُـلِّ المعلومات التي يجب أن يعرفها (والمتعلّقة بالمنتوج أو بالخدمة) حتى يوفي بالتزامه بإعلام المُستهلِك [3].

---

1 - Cass , 1, civ, 22 Avril 1985 , bull . civ – 1985 , N° 125, D 1985 .p 558.

2 ـ **ذهبية حامق**، مرجع سابق، ص 163.

3 – **GHESTIN (J)**, Traité de droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J, 1996.

هــذا، وتـجـدُر الإشارة إلى أنّ الالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام يَتميَّز عن واجبِ الاستعلام الذي يقع على كُلٍّ من طرفي العقد المُرادِ إبرامَه والمُتمثِّل في السّعي نحو استِجماع البيانات والمعلومات التي تساعده في اتّخاذ قراره عن وعيٍ وتبصُّرٍ طالما كان ذلك مُتيَسّرًا[1].

2 ـ قرينة علم المهني بالمعلومات مَدعاةٌ لوجوب تقديمها إلى المستهلك:

ـ بـعـدمـا كان المشرِّع يضع التزاما على عاتق المدين بالالتزام بالإعلام في القواعد العامّة في الحالة التي يكون فيها محيطًا بالمعلومات المتعلِّقة بالعقد، فإنّ قانونَ حماية المُستهلِك قد خرج عن هذه القاعدة نظرا للقُوّة الكبيرة التي يتمتّع بها المهنيّ تُجاهَه، فوضع على عاتق المهنيّ التزاما عقديّـا مفروضًا بقُوّة القانون أوجب عليه بمُقتضاه معرفةَ كافّةِ المعلومات المتعلِّقة بالعقد المُزمَع إبـرامُــه.

وهــذا مـا يُستَفـاد مـن نـصّ المادة: 17 من القانون 09-03 السّالفة الذكر التي كرّست مبدأ عامًّـا يقع على عاتق المهني في كُـلِّ عقود الاستهلاك التي يبرمها مع المُستهلِك، فيُحيطه علمًـا بكُـلِّ البياناتِ والمعلومات اللّازمة حتّى يضمن له إعلامًا كافيًا ووافيًا.

ومــا دامت قرينة الإحاطة بالمعلومات ثابتةً في حقّ المهنيّ، فإنّ اعتباراتِ الشّرف والاستقامة والنّزاهة تفرض عليه إسداءَها للطّرفِ المتعاقد مـعـه.

بـقِـي أن نشير إلى أنّ هذا الالتزام بالإعلام لا يقع على عاتق المدين به (المهنيّ) إلّا إذا كان هذا الأخير يعلم بأهمِّيته بالنّسبة للمستهلك . فإذا افترضنا أنّه لم يقم بذلك فمن حقّ المدين بالمعلومات أن يدّعي أنّه يجهل أهميّة المعلومات بالنسبة للطّرف الآخر، لا سيما في ظلّ التطوّر العلمي والصناعي الذي حدث في السنوات الأخيرة، والذي أدّى إلى وضع أشياءٍ تتميّز بالدقّة في التّركيب وبالصّعوبة في الاستعمال [2].

---

1 ـ **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 251.

2 ـ **بوعزة ديدن**، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الجزء 41، العدد 1، الجزائر، 2004، ص 128.

الفرع الثاني: ـ الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي كآليّة لضمان الالتزام بالنزاهة بين المتعاقدين في عقد التأمين

ـ لا يُمكِن الحديث عن فكرة التّكافل العقدي عمومًا وعن فكرة الالتزام بالنّزاهة وحُسن النّية بين المتعاقدين خصوصًا دون التّعريج على عقد التّأمين الذي يتميّز بخصائص ومميّزات عِدّة [1]، ومن بينها أنّه من عقد عقود حسن النية، كون أنّ هذا المبدأ يلعب دورًا هامًّا وحاسمًا فيه [2]، حيث إنّه يقع على كُلِّ طرفٍ في عقد التّأمين التزام بالإعلام في مرحلة تكوين العقد . وذلك بأن يُقدِّم معلوماتٍ صحيحةٍ مُطابقةٍ للواقع وألّا يخفيَ بياناتٍ أساسيّة في التّعاقد [3]، فيلتزم المؤَمِّن بإعلام المؤَمَّن له بكُلِّ البيانات والمعلومات حتّى يكون هذا الأخير على بيّنةٍ في العقد الذي سيُباشره معه (أولا)، كما أنّه على المؤَمَّن له أيضا أن يُصرِّح للمؤَمِّن بكُلِّ البيانات المُتعلِّقة بالخطر المؤَمَّن عليه كالتزامٍ مقابلٍ لالتزام المؤَمِّن بالإعلام (ثانيا).

أولا: ـ التزام المؤَمِّن بإعلام المؤَمَّن له بشفافيّة تامّة

ـ حرِص المشرِّع من خلال الأمر: 95-07 المُتعلِّق بالتأمينات المُعدَّل والمُتمَّم [4]على أن يضمن حقّ المؤمَّن له في الإعلام، وهذا حتّى يكون على علمٍ بطبيعة ومضمون العمليّة التي يباشرها وكذا آثارها مراعاةً لمُقتَضيات النّزاهة بين طرفي عقد التأمين، ويتجلّى هذا من خلال اقتراح المؤَمِّن التّأمين على المؤَمَّن له (1)، وكذا تِبيان المؤمِّن للمؤَمَّن له كُلَّ المعلومات المُتعلِّقة بشروط التّعاقد (2).

1ـ ومن مميزات عقد التأمين أنه من العقود الملزمة لجانبين، عقد مستمر، عقد معاوضة، عقد احتمالي، عقد إذعان، كما أنه من عقود منتهى حسن النية، ولعلّ هذه الميزة الأخيرة هي أبرز ميزة فيه.

2 ـ من أجل المزيد من التعمق حول حدود حسن النية في عقد التأمين، يراجَع:

- **Jobin-Laberge ODETTE**, Les limites de la bonne foi dans les contrats : l'assurance, un cas particulier, Assurance, V 68, N° 4, janvier 2011, P 493.

3 ـ **إبراهيم أبو النجا**، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول: الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 29.

4 ـ الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في: 01/25/ 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04 المؤرخ في: 2006/06/20 المتعلق بالتأمينات، والقانون رقم: 06-24، المؤرخ في: 2006/12/26 والمتضمن قانون المالية لسنة 2007، والأمر رقم: 08-02، المؤرخ في: 2008/07/24 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، والأمر رقم: 10-01 ، المؤرخ في: 2010/10/26 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010.

1 ـ ضمان إعلام المؤمّن للمؤمّن له من خلال اقتراح التّأمين:

ـ اقتراح التّأمين أو طلب التّأمين كما سمّاه المشرِّع هي الوثيقة التي يتقدّم بها المُكتتِب المُستَقبلي (Futur Souscripteur) ليطلب ضمان التّأمين للأخطار التي يصرِّح بها، وتُنقَل إلى زبونها بواسطة وسيط التّأمين، وهذه الاستمارة من الأسئلة تُمكِّن المُؤمِّن من جمع المعلومات التي يُزوِّده بها المُقترِح أو طالب التّأمين [1].

والذي يقع في الغالب أنّ طالب التّأمين لا يلجأ بنفسه إلى المؤَمِّن، بل إنّ الوسيط هو الذي يسعى إليه ليحثّه على التّعاقد ويبصّره بهذه العملية، وهذا طبقًا للالتزام بالصّدق والأمانة المفروضين على المؤَمِّن لإعلام المؤَمَّن له بهذا العقد الذي يُباشره مراعاةً لمصالحه من العمليّة التّأمينيّة.

ويُعدّ اقتراح التّأمين تقنيّة قانونيّة يستعلِم من خلالها المؤَمِّن له عن نوع التّأمين الذي يُناسبه، وعن أهمّيته وجدواه وعن شروطِ الضّمان التي تنسجم ومصالحُه الاقتصادية المتوقَّعة والمنتظرة من العقد حتى يباشره عن بيّنةٍ وإرادةٍ حرّةٍ وواعيةٍ ومتبصّرةٍ بكافّة شروطه [2].

هذا، ولا بدّ من الإشارة إلى أنّه لا يُعتَدّ باقتراح التّأمين إلّا إذا تضمّن الشروطَ الضّرورية للعقد ووقّعه الطرفان، وهذا ما صرّحت به المادّة: 08 من الأمر: 95-07: "لا يترتّب على طلب التأمين التزام المؤَمِّن والمؤَمَّن له إلّا بعد قبوله".

ويُعتبَر اقتراح التّأمين مناسبةً مهمّةً للمؤَمَّن له المُستقبليّ باعتباره وسيلةً يتّخذها كمهلةٍ للتّفكير يتدبّر من خلالها شروطَ الاقتراح ويُوازِن بين مصلحته في التّعاقد أو عدم التّعاقد دون تأثيرٍ من أيّ طرف، وبعد التّشاور مع نفسه ومحيطه حتى تُحقّق العمليّة التّأمينيّة النّتائج المرجُوّة منها [3]، وهذا كُلّه يتوافق تمامًا مع مُقتضيات النّزاهة وحسن النيّة التي يجب أن يتحلّى بها الطّرف الأوّل (المؤَمِّن) في عقد التّأمين، ولا سيما في مرحلة تكوينه.

---

1 ـ **علي بن غانم**، الوجيز في قانون التأمين (مقارنة بين القانونين الجزائرية والفرنسي)، الجزائر، دون سنة، ص 108 و109.

2 ـ **محمد الهيني**، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التامين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقو، جامعة فاس، المغرب، 2005-2006، ص 48.

3 ـ **محمد الهيني**، المرجع السابق، ص 49.

2 ـ تِبيان المؤَمِّن للمؤَمَّن لـه كلّ المعلومات المُتعلّقة بشروط التّعاقـد

ـ تـنـصّ المادّة:07 من الأمر: 95-07 على أنّـه: "يُحرَّر عقد التأمين كتابيًّا، وبحروفٍ واضحة [1]، وينبغي أن يحتوي إجباريا على: ..."

وعلـى هذا فيجب أن يحتويَ عقد التأمين المُحرَّر سلـفًـا من طرف المؤمِّن ـ باعتبار أنّ عقد التأمين يندرج ضمن عقود الإذعان ـ وهذا لبيان المعلومات حتى تـفـيَ بالغرض المرجُـوِّ منها (وهو إعلام المؤَمَّن له)، وذلك بوجوب تضمُّنه لِمـا يـلـي:

ـ الـخـطـر مـوضـوع الـتّـأمـيـن: ـ يـجـب على المؤَمِّـن أن يُعلِم المؤَمَّن له بالخطر موضوع التّأمين، ويجب أن يكون هذا الخطر مُحدَّدًا بصفةٍ صريحةٍ وواضحةٍ وكـذا الاستثناءات الواردة عليه [2] وهذا في كُـلِّ عقود التأمين. فالمؤمِّن لا يـقـع عـلـيـه فـقـط الالتزام بإخبار المؤَمَّـن له بالتزاماته، وإنّما أيضًا من باب أولى بحقوقه، والتي منها أن يتعرّف بـدقّـةٍ عـن الخطر موضوعِ الضّمان الـذي على أساسه يتحدّد التزام المؤَمَّـن له بدفع أقساط التّأمين والتزام المؤَمِّـن بدفع مبلغ الـتّـأمـيـن [3].

ـ تـاريـخ سـريـان عـقـد التّأمين ومُـدّتـه: يـجـب على المؤَمِّن أن يُعلِم المؤَمَّـن له أيضًا بتاريخ سريان العقد ومُدّته (وهذا وفقا للمادّة: 05/07 من الأمر: 95-07)، فيجب أن يُحدِّد المؤَمِّن في عقد التأمين تاريخ سريانه نظرًا لأهمّية ذلك، حيث يكون الخطر من خلاله مشمولًا بالضّمان. وأمّـا مـدّة الضّمان فهي التّاريخ الذي يبدأ فيه ضمان الخطر ويكون مشمولًا خلالَها بالتّغطية، والـذي ينقضي بتاريخ نهاية الـعـقـد.

---

1 ـ نصّت المادّة:3/622 من القانون المدني على بطلان كُـلِّ شرطٍ مطبوعٍ لم يبرُز بشكلٍ ظاهرٍ وكان متعلّقا بحالة من الأحوال التي تؤدّي إلى البطلان أو السّقوط.

2 ـ قضت محكمة النّقض الفرنسية أن عبارة "**خاصة notamment**" ليست صريحة وواضحة، فجاء في القرار:

"L'emploi de l'adverbe -**notamment**- avec une énumération de risque exclus, laisse l'assuré dans une incertitude quant à l'étendu de la garantie, et n'est pas formelle et limitée", Cass, Civ.1, 15 Décembre 1999, Dossier juridique et technique de l'ARGUS, 31 Mars 2000, P Vll.

3 ـ **محمد الهيني**، المرجع السابق، ص 57.

- **مبلغ الضّمان:** يجب على المؤَمِّن أن يُعلِم المؤَمَّن له أيضا بمبلغِ الضّمان (وفقًا للمادّة: 06/07 من الأمر: 95-07).

ومبلغ الضّمان هو المبلغ المستَحقّ على مُكتتِب عقد التّأمين الذي يُؤدّيه مقابلَ الضّماناتِ التي يمنحها إياه المؤَمَّن.

- **مبلغ قسط أو اشتراك التّأمين:** وهذا طبقًا للمادّة: 07/07 من الأمر: 95-07 . وأداءُ المؤَمِّن قد يكون نقديّا أو عينيّا يقوم به المؤَمِّن لمصلحة المؤَمَّن لـه أو المستفيد بحسب طبيعة التّأمين، وفي جميع الحالات يجب أن يكون الأداء ماليّا أي أن تكون له قيمةٌ ماليّة، والذي يجب أن يُحيط المؤمِّن المؤَمَّن له علما به.

ومِمّا هو جديرٌ بالتّنويه له في هذا الصّدد أنّ عبءَ تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على المؤَمِّن[2]، أي أن يُثبِت أنّه قام بإعلام المؤَمَّن له بكُلِّ المعلومات التي يجب معرفتها حول العقد.

ومـا لاحظتُه في دراستي لهذا الالتزام هو أنّ جانبًا مُعتبَرًا من الفقه عندنا لا يولي أهميّةً كبيرةً لبيانِ المعلومات الذي يُلزَم المؤَمِّن بتقديمه إلى المؤَمَّن له كوسيلةٍ من وسائل أدائه للالتزام بالإعلام، ويكاد يكون التّركيز مُنصَبًّا فقط على اقتراح التّأمين أو طلب التّأمين الذي جاءت به المادة:08من الأمر 95-07، وهذا على الرّغم من الاهتمام الكبير الذي يوليه له القانون الفرنسيـ الذي يُعَدّ مصدره التاريخي ـ وكذا الفقهاء الفرنسيين به، وهو مـا أودّ أن يلتفت إليه الفقه القانوني لـه عندنا ويهتمّ بـه بصفة أكبر.

---

1 ـ **محمد الهيني**، مرجع سابق، ص 61.

2 ـ وهذا ما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 2003/01/14، حيث جاء فيه:

"Il résulte de l'article 1315 du Code Civil que celui qui est légalement ou contractuellement tenue d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de celle-ci. Seule la remise à son adhérent d'une notice résumant de manière très précise ses droits et obligations fait preuve de l'exécution par le souscripteur de l'obligation d'information",Dossier Juridique de l4Argus de l'Assurance, n° 6823, p 3 ; Lamy Assurance, Avril 2003, p1.

ثانيا: ـ التزام المؤمّن له بالإدلاء بالبيانات للمؤمّن تجسيدا لمقتضيات النزاهة وحسن النية

ـ نظير التزام المؤَمِّن بالإعلام ما قبل التعاقدي للمؤَمَّن له، فإنّ القانون قد وضع على عاتق هذا الأخير التزامًا مُقابِلًا له وهو الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بعقد التّأمين للمؤَمِّن، وهذا بخلاف ما هو عليه الشّأن في قانون حماية المستهلك، حيث لم يضع المشرِّع على عاتق المُستهلِك أيَّ التزامٍ يُقابِل التزام المهنيّ بالإعلام ـ كما رأينا ـ، ومَردُّ ذلك هو أنّ عقد التّأمين يقوم أساسًا على حُسن النّية والثّقة بين طرفيه، وعليه فقد تمّ إلقاء هذا العبء على عاتق المؤَمَّن له حتّى يتمّ تكوين عقد التّأمين وفقَ مقُتضيات النّزاهة بين طرفيه.

وعلى هذا فإنّه يجب على المؤَمَّن له أن يُقدّم كافّة البيانات والمعلومات المُتعلِّقة بالعقد للمؤَمِّن (1)، وقد رتّب المشرِّع جزاءاتٍ على إخلال المؤَمَّن له بهذا الالتزام لمنافاةِ ذلك لمُقتضيات النّزاهة وحُسن النّية في هذا العقد (2).

1 ـ التزام المؤَمَّن له بتقديم البيانات المتعلقة بالعقد للمؤَمِّن:

ـ تنصّ المادّة:1/15 من الأمر 95-07 السّالف الذّكر على أنه: "يُلزم المؤَمَّن له:

1 ـ بالتّصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظّروف المعروفة لديه ضِمن استمارة أسئلة تسمح للمؤَمِّن بتقدير الأخطار التي يتكفّل بها".

وعليه، فإنّ هذه المادّة قد ألزمت المؤَمَّن له بأن يُدليَ بجميع البيانات والمعلومات الخاصّة بالشّيء المؤَمَّن عليه، وألّا يُخفي أيًّا من المعلومات الجوهرية التي تُساعِد المؤَمِّن في تحديد البيانات التي تتعلّق بالخطر المؤَمَّن منه، وتُؤثّر في تحديد مدى جسامته وأوصافه وآثاره على نحوٍ يساعد المؤَمِّن في تقدير الخطر، وتحديد سعر القسط المُناسِب لتغطيته [1].

هذا، ولا يقتصر إدلاء المؤَمَّن له بالبيانات الجوهرية التي يعلمها فحسب، بل إنّ عليه أن يُدلي بالبيانات الهامّة التي كان باستطاعته أن يعلم بها لو كان قد بذل عناية الرّجل المُعتاد، كما يُلزَم المؤَمَّن له بأن يبوح بكُلِّ ما يعرفه أو يُمكِن أن يعرفه حتّى لو لم يُوجِّه له بخصوصها المؤَمِّن سؤالًا كتابيًّا أو شفهيًّا[2].

---

1 ـ **عبد الرزاق بن خروف**، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول: التأمينات البرية، مطبعة حيرد، الجزائر، 1998، ص 122.

2 ـ **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 314.

والغالب في العمل أن المؤَمِّن يُقدِّم للمؤَمَّن له أسئلةً مُحدّدةً مطبوعةً وشاملةً لكافّة البيانات الموضوعيّة والشّخصية التي يهمّه الإلمام بها سواءً فيما يتعلّق بالتّأمين من عدمه، ويُجيب المؤَمَّن له على تلك الأسئلة بأمانةٍ ودِقّة، ومن المُقرَّر أنّ ذلك لا يُعفيه من الالتزام بأن يُدليَ من تِلقاء نفسه بأيّ بيانٍ جوهريٍّ يعلمه ولو لم يكن واردًا بالأسئلة المطبوعة [1].

والحقيقة أنّ فرض هذا الالتزام على عاتق المؤَمَّن له يرجع إلى أنّ المؤَمِّن لا يستطيع في كثير من الأحيان أن يأخذ فكرةً حقيقيّةً عن الخطر المؤَمَّن منه إلّا عن طريق ما يُدلي به المؤَمَّن له من بياناتٍ عند طلب التّأمين، ولهذا وجب أن يكون طالب التّأمين أمينًا في الإدلاء بها [2].

2 ـ جزاء إخلال المؤَمَّن لـه بالنّزاهة في تقديم البيانات للمؤَمِّـن:

ـ لقد رتّب المشرِّع بموجب الأمر: 95-07 جزاءاتٍ على إخلال المؤَمَّن له في الإدلاء بالبيانات المتعلّقة بعقدِ التّأمين على الوجه الصّحيح.

وقد ارتأيت أنّ بيان هذه الجزاءات ينسجم مع موضوع التّكافل بين المتعاقدين، وكذا فكرة الالتزام بمُقتضيات النّزاهة بينهما في هكذا عقود، ويتجلّى هذا في التمييز بين: حالة عدم التّصريح بالبيانات المطلوبة أو بتصريحٍ مخالفٍ للحقيقة **بحُسن نيّة**، وحالة عدم الإدلاء بالبيانات **بسوء نيّة** من قِبَل المؤَمَّن لـه .

فتنصّ المادّة: 19 من الأمر 95-07 على الحالة التي يُقَدّم فيها المؤَمَّن لـه البيانات من غيرِ نيّة سيّئة. فتُجيز للمؤَمِّن أن يطلب بزيادة القسط بما يتناسب مع الخطر الحقيقيّ، وإذا لم يقبل المؤَمَّن له بذلك جاز للمؤَمِّن فسخ العقد، ويُعيد المؤَمِّن في هذه الحالة للمؤَمَّن لـه الأقساطَ المدفوعة عن المدّة الباقية التي لا يسري فيها العقد، هذا إذا كان المؤَمَّن قد اكتشف الحقيقةَ قبل وقوع الحادث، أما إذا تمّ اكتشاف الحقيقة بعدم مُطابقة البيانات مع الخطر بعد وقوع الحادث فيكون من حقِّ المؤَمِّن أن يقوم بخفضِ التّعويض بما يتناسب مع الأقساط المدفوعة فعلًا وتعديل العقد للمُدّة الباقية لسريانه [3].

---

1 ـ **عبد المنعم موسى إبراهيم**، مرجع سابق، ص 201.

2 ـ **محمد حسين منصور**، شرح العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص 313.

3 ـ **جديدي معراج**، محاضرات في عقد التأمين، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2008، ص 77-78.

ـ أمّـا في حـالـة سوء النّيّـة فقد نصّت المادّة: 21 من نفس الأمر على الجزاءات المُترتّبة عن إدلاء المؤَمَّـن له المنافي للحقيقة بالبيانات والمعلومات للمؤَمِّن. فيترتّب على الإدلاء بالبيانات الكاذبة أو الكتمان العمدي عن المعلومات التي يكون من شأنها التّأثير على تقدير المخاطر المؤَمَّـن منها جزاء إبطال العقد أوّلًا وإبقاء الأقساط المدفوعة عن المدّة الباقية حقًّا مكتسَبًا للمؤَمِّن مع حرمان المؤَمَّن له من مبلغ التّأمين إذا تحقّق الخطر، وثانيًا استرداد المبالغ التي يكون المؤَمَّن له قد قبضها في شكل تعويض، مع إلزامه بدفع تعويضاتٍ عن الضّررِ اللّاحق بالمؤَمِّـن [1].

إنّ مـا سبق بيانه بخصوص دور الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام في تكريس مُقتَضيات النّزاهة وحسن النّية في تكوين العقد يُعطينا فكرةً واضحةً عن التّحوّلات التي عرفتها نظريّة العقد وخروجها عن النّزعة الفرديّة.

ولـكـن مع ذلك فقد أصبح هذا الالتزام الذي يسبق التّعاقد ضرورةً أخلاقيّةً لا بـدّ من ترسيخها في التّعامل بين الأفراد نظرًا لما له من آثارٍ مُهمّةٍ، بحيث إنه يؤدّي إلى شيوع الأخلاق بين المتعاقدين وتخلّيهم عن الأنانيّة، ولعلّ ما يُؤكّد ذلك هو السّعي الدّؤوب لفكرةِ إحلال العديد من الالتزامات الأخلاقيّة في مجال التّعامل وإقرارها والاعتراف بها كالتزاماتٍ قانونيّة من جانب غالبية القوانين والتّشريعات الحديثة في كثيرٍ من الدّول للتّوفيق بين المصالح المتعارضة [2]، فإذا أمكننا ـ مثلا ـ اعتبار عقد التأمين أنّـه من عقود حسن النيّة لسببٍ أو لآخر، فلماذا لا يسعى كُـلٌّ من الفقه والتّشريع والقضاء إلى توسيع تطبيق هذا المبدأ وإصباغه على أوسع نطاق ممكن من العقود، هذا بالإضافة إلى المبدأ الآخر الذي يكمّله أثناء تنفيذ العقد، والمتمثّل في التّعاون بين المتعاقدين، والذي سأتناوله بالدّراسة والتّفصيل في الـمـبـحـث الـثـّانـي مـن هـذا الـفـصـل.

---

1 ـ **جديدي معراج**، المرجع سابق، ص 78.

2 ـ **سهير منتصر**، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 118.

المبحث الثاني: ـ الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد

ـ باعتبار أنّ العقد يُعَدّ مصدرًا من مصادر الالتزام فإنّه لا يقتصر على إنشاء الرّابطة العقديّة فحسب، بل إنّه يشمل تنظيمها وتنفيذها كذلك، وفيما يخص مبدأ "التّكافل العقدي" موضوع هذه الدراسة، فإنّني وبعدما عالجتُ مظاهره وتجلّياتِه في مرحلة تكوين العقد في المبحث الأول ودوره فيه، فإنّني سأعرِّج في هذا المبحث على مظاهره وتجلّياتِه بين المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد كذلك، من خِلال بيان دور مبدأ "التّعاون بين المتعاقدين" فيه الذي يكون حائلًا دون اهتمام المتعاقد بمصالحه الشّخصية فحسب في العمليّة العقديّة، بل إنّه سيُراعي مصالحَ الطّرف الآخر ويسعى إلى تفعيلها كذلك، فلا تتمّ إثارةُ فكرة تضارب المصالح إلّا في نطاقٍ ضيّق، بل تكون مصالح المتعاقدين مشتَركةً في العقد المبرم بينهما.

وعليه، فإنّني سأسلّط الضّوء على هذا من خلال بيان الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد وِفقًا للقانون المدني (المطلب الأول)، ثم بيان ذات الالتزام وِفقًا لبعض القوانين الخاصّة المنظِّمة لمجالات العقود (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ـ الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد وفقا للقانون المدني

ـ تنصّ المادّة: 1/107 من القانون المدني [1] على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على ما إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول ما هو من مُستَلزماته وفقًا للقانون، والعُرف والعدالة بحسَب طبيعة الالتزام".

ومن ثَمَّ فإنّ المتعاقدَ يلتزم بمُقتضى حُسن النّية أن يتعاون مع المتعاقد الآخر قصد تنفيذ العقد المُبرَم بينهما بمُختَلف الوسائل المُتاحة لهما [2]، فيحرص كُلُّ متعاقدٍ على تنفيذه على أحسن وجهٍ مُمكِن، ولن يتأتّى ذلك إلّا بمراعاة مُقتَضيات التّعاون بينهما، ويقتضي مبدأ حسن النّية في تنفيذ العقد كذلك اختيارَ الطّريقة التي تفرضها الأمانة والنّزاهة في التّعامل [3].

1- وتقابلها نصّ المادة 1/1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنصّ على أنه: "يجب تنفيذ الالتزامات بحسن نية".

2–**PICOD (Y)**, Op. cit , P01.

3- **PICOD (Y)**, Effet obligation des conventions, contrats et obligation, Art 1134 et 1135, Fasc 11, édition du juris-classeur 1999, n° 44, p 13.

وعـلـيـه، فإنّني سأدرُس في هذا المطلب الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين في طائفتين من العقود يكون التّعاون فيها ضرورةً مُلحّةً قصد تنفيذها، فأبحث في (الفرع الأول)هذا الالتزام في العقود الزمنيّة، ثم أنتقل إلى دراسته في العقود الواردة على العمل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ـ الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين لتنفيذ العقود الزمنية (عقد الشّركة و عقد الإيجار نموذجًا)

ـ إنّ تـراخـيَ تنفيذ العقود الزّمنية أو المُستمِرّة يُؤدّي إلى خـلـق روابط قويّة بين المتعاقدين، توجب عليهما ـ لا محالة ـ الالتزام بالتّعاون فيما بينهما قصد تنفيذ العقد، وهذا لا سيما في عـقـد الـشّـركـة (أوّلًا)، وكذا في عـقـد الإيـجـار (ثانيا).

أولا: ـ الالتزام بـالـتّـعـاون بين المتعاقدين لـتـنـفـيـذ عـقـد الـشّـركـة:

ـ تُـعـرِّف الـمـادّة: 416 من القانون المدني عـقـد الشّركة بأنّـه: "عـقـدٌ بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيّان أو معنويّان أو أكثر على المساهمة في نشاطٍ مُشتَركٍ بتقديم حصّةٍ مـن عملٍ أو مالٍ أو نـقـد، بهدف اقتسام الرّبح الذي قد ينتُج أو تحقيق اقتصادٍ أو بلوغ هدفٍ اقتصادي ذي منفعةٍ مُشتركة"، يتّضح جليًّا من خلال هذا التّعريف أنّ الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين يُمثِّـل روحَ عقد الشركة، وهذا من خلال النصّ على أنّ الغرض من هذا العقد هو "... المُساهمة في نشاطٍ مشترك..."، وهذا ما يستوجب حتميّة التّعاون بين أطرافه لحسن تنفيذه. كما يُفهَم من نيّة المُشاركة(L'affectio societatis) أنّ كُـلَّ شريكٍ ينوي التّعاون بكيفيّةٍ فعليّةٍ بقصد تحقيق الموضوع المُزمَع إنـجـازه [1].

كـمـا نصّت كذلك الفقرة الأولى من المادة: 432 من القانون المدني الواردة تحت عنوان "آثار الشركة" أنّه : "على الشّريك أن يمتنع من أيّ نشاطٍ يُلحِق ضررًا بالشّركة أو يُعاكِس الغاية التي أُنشِئت من أجلها"، وكما هو جليّ فإنّ هذا النص فرض التزامًا سلبيًّا يقع على عاتق الـشّـريك،

---

1 ـ **الطيب بلوله**، قانون الشركات، ترجمة إلى العربية محمد بن بوزه، بيرتي للنشر الطبعة الثانية، الجزائر، 2013، ص 75.

وهو الامتناع عن إتيان أيِّ نشاطٍ يُمكِن له أن يُلحِق ضررًا ـ أيًّا كان ـ بالشّركة لأنّ هذا يُناقِض تمامًا مبدأ الالتزام بالتّعاون لتنفيذ عقد الشّركة والمفروض على كُلِّ شريكٍ فيها [1].

كما نصّت الفقرة الثانية من المادّة السابقة (المادّة: 432 من ق م) أنّ الشّريك: "...عليه أن يسهر ويُحافظ على مصالح الشّركة..."، ولا شكّ أنّ الحفاظَ على مصالح الشّركة من قِبَلِ الشّريك لا يُمكِن أن يتحقّق إلّا بتعاونه مع باقي الشّركاء فيها، وبذْلهم أقصى ما يُمكنهم في ذلك.

كما نجد أيضًا نصّ المادّة: 433 من نفس القانون التي تحدثّت عن الشّريك الذي يُمكِن له أن يضع يده على مال الشّركة ـ وهذا أثناء تنفيذ عقد الشّركة دائمًا ـ . وهي في الأعمال التي يقوم بها لحساب الشّركة والتي قد يصل إلى يدِه مالٌ لها، فيجب أن يُؤدّيَ حسابًا عن هذا المال، وأن يدفعه فورًا لها، فإنّ الشريك إذا أدار شؤونَ الشّركة قد يقبض مبالغ لحسابها، كأن يبيع مالًا للشّركة فيقبضَ الثّمن، أو يُؤجِّر مالًا لها فيقبض الأُجرة، أو يؤدّي دينًا للشّركة، أو يشتري مالًا منها، أو يستأجر منها مالًا فيجب عليه الثّمن أو الأُجرة، أو يقومَ بغير ذلك من الأعمال فيقبضَ مالًا لحساب الشّركة، فالواجب عليه ألّا يحتجزَ هذا المال في يده بل يوفيه للشّركة فورًا، إلّا ما يقتضي به العُرف في التّعامل أو الاتّفاق أو نظام الشّركة [1].

وعليه، يتّضحُ لنا أنّ مبدأ التّعاون في تنفيذ عقد الشركة له أهمّيةٌ بالغةٌ فيها، بل إنّه يُمثِّل روحَها ومُحرِّكها الأساسيَّ الذي لا غِنًى عنه مُطلقًا.

---

1 ـ في هذا الصدد نصّت المادّة: 865 من موجبات وعقود لبنان: "لا يجوز للشّريك بدون موافقة شُركائه أن يقوم بأعمالٍ شبيهةٍ بأعمال الشركة، إذا كانت هذه المنافسة تَضرّ بمصالح الشركة، وعند المخالفة يحِقّ للشّركاء الاختيار بين أن يطالبوه ببذل العطل والضّرر، أو أن يتّخذوا لحسابهم الأعمال التي ارتبط بها، ويطلبوا قبض الأرباح التي جناها، هذا كلّه مع الاحتفاظ بحقّ العمل على إخراجه من الشركة".

2 ـ **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2004، ص 253.

ثانيا: - الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ عقد الإيجار:

- تُعرِّف المادّة: 467 من القانون المدني عقد الإيجار على أنّه: "الإيجار عقدٌ يُمكِّن المُؤجِّر بمُقتضاه المُستأجِر من الانتفاع بشيءٍ لمُدّةٍ مُحَدّدة مُقابل بدل إيجارٍ معلوم"، وعليه فإنّ عقد الإيجار يُكيَّف على أنّه من العقود الزّمنيّة التي يُمثِّل الوقتُ فيها عنصرًا جوهريّا، وهو ما يُؤدّي إلى حتميّة التّعاون بين المُؤجِّر والمُستأجِر قصد تنفيذ هذا العقد.

إنّ نيّة التّعاون تفترض الاشتراك في العمل وتبادُلَ المعلومات من أجل القيام بالعمل على أحسنِ وجهٍ لتحقيق الهدف المُتّفق عليه في العقد، ولا يُمكِن تصوُّر ذلك إلّا إذا كانت الثّقة متبادلةً بين المُؤجِّر والمُستأجِر [1].

1 - التزام المُؤجِّر بالتّعاون مع المُستأجِر:

- ألــزم المشرِّع المُؤجِّر ببعض الالتزامات التي من شأنها أن تكفُل تحقيق تعاونه مع المُستأجر لضمان حسن تنفيذ عقد الإيجار المُبرم بينهما، ومن ذلك ما نصّت عليه المادة: 488 من القانون المدني على أنّه: "يضمَن المُؤجِّر للمُستأجِر باستثناء العيوبِ التي جرى العُرف على التّسامح فيها كُلَّ ما يوجد بالعين المُؤجَّرة من عيوبٍ تحول دون استعمالها أو تُنقِص من هذا الاستعمال نقصًا محسوسًا"، وفي ذات الصّدد نصّت الفقرة الثّانية من نفس المادّة على ما يلي: "غير أنّ المُؤجِّر لا يضمَن العيوبَ التي أعلم بها المُستأجِر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التّعاقد"، فمن خِلال هذين النّصّين يتّضح لنا أنّ هناك التزامًا يقع على المُؤجِّر يفيد بإعلام هذا الأخير للمُستأجِر بالعيب الذي من شأنه أن يُنقِص أو أن يَعدِم الانتفاع بالعين المؤجرة، إلّا إذا كان المستأجر عالمًا بهذه العيوب[2] ورضيَ بها، ويُفترَض دائمًا عدم علمِ المستأجر بالعيوب الخفيّة، ويقع عبءُ علمه بها على عاتق المُؤجِّر الذي له أن يُثبِت ذلك بكلّ الطّرق.

1- **ذهبية حامق**، مرجع سابق، ص 38.

2 - تنتقد الأستاذة: **فريدة محمدي** حكم هذه المادة وتقول: "... ولا أوافق على هذا لأن المؤجر ملزم بتسليم العين صالحة للاستعمال، فإذا كان العيب مؤثرا فينقص من الاستعمال، ويجب على المؤجر أن يبقى ضامنا له"، عقد الإيجار في تعديلات 2007، مطبوعة لمحاضرات، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، هامش 1، ص 60.

تمنح المادّة: 489 من القانون المدني للمستأجر في حالة وجود عيبٍ يتحقّق معه الضّمان حسب الحالة: إمّا أن يطلب فسخ الإيجار، أو إنقاص بدل الإيجار، وله أن يطلب كذلك إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجّر الذي كان مُلزمًا بضمانه لحسن تنفيذه.

إنّ هذا الالتزام المُلقى على عاتق المؤجّر بالمشاركة مع المستأجر بإسداء المعلومات المهمّة له المتعلقة بعقد الإيجار القصد منه تحقيق أكبر قدر من التعاون بينهما لحُسن تنفيذه.

2- التزام المُستأجِر بالتّعاون مع المُؤجِّر:

- في مُقابِل الالتزامات التي فرضها المشرِّع على المُؤجِّر والمُنسجمةِ تمامًا مع فكرة التّعاون في تنفيذ العقد، فإنه قد وضع على عاتق المستأجر هو الآخر التزاماتٍ عِدّة تُجاهَ المُؤجِّر تُترجِم مُقتضيات التّعاون بينهما قصد تنفيذ هذا العقد، ولعلّ أهمّها التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجّرة وإعلام المؤجّر وإطلاعه على كُلّ ما من شأنه المساس بها، فقد نصّت المادّة: 484 من القانون المدني على أنّه: "يتعيّن على المستأجر إخطار المؤجّر بالدّعوى المرفوعة من الغير الذي يدّعي حقّا على العين المؤجرة يتعارض مع حقّ المستأجر ومطالبته بالضّمان ..."، فقد جاءت هذه المادّة لتضع على عاتق المستأجر التزاما يقتضيه التّعاون مع المستأجر إذا ما ادّعى الغير حقّا على العين محلّ عقد الإيجار.

كما نصّت أيضا المادّة: 497 من القانون المدني على أنه: "يجب على المستأجر أن يُخبِر فورًا المَؤجِّر بكُلّ أمرٍ يستوجب تدخُّلَه كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيبٌ فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرّض، أو الإضرار بها"، فيجب على المُستأجِر هنا كذلك أن يُبادِر إلى إخطار المُؤجِّر كُلَّما كانت العين المؤجّرة في حاجةٍ إلى ما يُصلحها من ترميمات مُستعجلة، أو ظهور عيبٍ فيها أو في حالة وقوع اغتصابٍ عليها أو تعدي الغير عليها بالتّعرض، وهذا لكونه يستعمل هذه العين ويحوزها حيازة ماديّة فمن مقتضى تعاونه مع المؤجّر أن يُبادِر إلى إخطاره فورًا قصدَ المحافظة عليها.

ونـصّـت كـذلـك المادّة: 469 مكرر1 من نفس القانون على أنّه : "... ويجب عليه إخطار المُؤجِّر بموجب محرّرٍ غيرِ قضائيّ يتضمّن إشعارًا لمدّة شهرين"، وتنصّ أيضًا المادّة: 505 من نفس القانون على أنّـه: "لا يجوز للمُستأجِر أن يتنازَل عـن حقّه في الإيجار أو يُجريَ إيجارًا من الباطن دون موافقةِ المؤجّر كتابيًّا..."، فعلى المُستأجِـر إذن أن يُعلِم المُؤجِّر إذا تنازَل عـن حقِّه في الإيجار أو أجّـر من الباطن لغيره لأنّ هذا يُـعَـدُّ مُقتضًى من مُقتَضيات التّعاون مع المُؤجِّـر في تنفيذ هذا الـعـقـد.

الفرع الثاني: الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين في تنفيذ العقود الواردة على العمل

(عقد المقاولة الفرعيّة و عقد الوكالة نموذجًا)

ـ حصر المشرِّع العقود الواردة على العمل في القانون المدني في الباب التّاسع منه، وهي: عقد المقاولة، عقد التّسيير، عقد الوكالة وعقد الوديعة، والحاجةُ إلى التّعاون بين طرفي هذا النّوع من العقود واضحةٌ وجليّةٌ، كونها عقودٌ تنصبُّ على إنجازِ عملٍ مُعيَّن لا يُمكِن للمتعاقدين أن يستغنيا عن التّآزُرِ بينهما لإتمامه على الوجهِ الأكمل والمَرْضِيِّ لهما، وعليه، فإنّني سأُسلِّط الضّوء على نوعين من العقود، فأبحثُ فيهما عن مظاهرِ الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين في عقد المقاولة الفرعيّة (أولا)، ثُمّ أُعرِّج على ذاتِ المظاهر في عقد الوكالة (ثانيا).

أولا: ـ الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ عقد المقاولة الفرعية:

ـ المقاولة الفرعيّة التي أصبحت إحدى المظاهر الرّئيسية في الصّناعة الحديثة بمختلف أنواعها، تقوم أساسًا على التّعاون بين المتعاملين الاقتصاديّين، حيث قلّصت مُتطلَّبات الصّناعات الحديثة من دورِ الصّانع الرّئيسي بحيث يتكفّل بالتّصنيع فقط، ويستعين بغيره في مجال تسويق وصيانة منتوجاته، ويتمُّ كُلُّ ذلك في إطار اتّفاقات تعاون [1].

وتُعرَّف المقاولة الفرعية بأنّها: "عقدٌ يعهدُ بمقتَضاه شخصٌ يُسمَّى المقاول الأصليّ إلى آخر يُدْعى مقاولًا فرعيًّا، بكُلِّ أو جزءٍ من محلّ عقد المقاولة الذي أبرمه الأوّل مع ربّ العمل ما لم يُمنَع من ذلك"[2]، ولقد أفرَد لها المشرِّع مادّتين في القانون المدني (364 و365 منه)، وتضمّنهما القسم الثالث من الفصل الأول المتعلّق بالمقاولة، وهذا ضِمن الباب التّاسع الخاصّ بالعقود الواردةِ على العمل [3].

والمقاولة الفرعيّة حتّى وإن كانت عقدًا من الباطن تظلُّ عقد مقاولة تحكُمه مبدئيًّا القواعد التي أقرّها المشرِّع بخصوص هذا النّوع من العقود [4]، وعليه، فإنّني سأدرس هنا مظاهر الالتزام بالتّعاون بين المقاول الأصليّ والمقاولُ الفرعيّ التي تكفل حُسنَ تنفيذ هذا العقد أيضًا.

---

1 ـ **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 394.

2- **أنور العمروسي**، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر،2003،ص 105.

3 ـ جسد المشرع الفرنسي أحكام عقد المقاولة الفرعية الخاضعة للقانون الخاص والقانون العام في تقنين واحد، هو القانون: 75-1134، المؤرخ في: 1975/12/31 المتعلق بالمقاولة الفرعية.

4 ـ **صليحة برجم**، المقاولة الفرعية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 71.

1 ـ التزام المقاول الأصلي بالتّعاون مع المقاول الفرعي:

ـ يأخُذ المقاول الأصلي في علاقته مع المقاول الفرعي مركز ربّ العمل في عقد المقاولة، فيكون الشّخص الوحيد المُطّلِع على مُتطلَّبات وشروط التنفيذ المُتّفق عليها في المقاولة الأصلية، لهذا فإنّه يُلزَم بتمكين المقاول الفرعي من إنجاز الأعمال المقاول بشأنها من الباطن، ويتم تنفيذ هذا الالتزام من خلال مدِّ المقاول الفرعيّ بالتّوجيهات والمعلومات الضّرورية لتنفيذ محلّ عقد المقاولة على الوجه الصّحيح والأكمل، فإذا تعهّد المقاول الأصلي بتقديم الموادّ والأدوات للمقاول الفرعيّ كان مُلزمًا بتسليمها له وفي الوقت المناسب، وكذلك الحال عندما يستوجِب التّنفيذ اتّباع رسومٍ ونماذج حيث يُلزَم بتقديمها للمقاول الفرعي حتى يُسهِّل عليه الوفاء بالتزامه [1].

وفي هذا الصّدد يجب على المقاول الأصليّ أن يُشعِر المقاولَ الفرعيّ في أقرب وقتٍ ممكن عن كلِّ تمديدٍ في المُدّة التي يحصل عليها بموجب أحكام العقد الأساسي مِمّا يكون له أثرٌ على المقاولة الفرعية.

وفيما يتعلّق بوسائلِ تنفيذ عقد المقاولة الفرعيّة من: موادّ أو آلات أو مُعِدّات، فإنّه إذا اتّفق المقاولُ الأصليّ مع المقاولِ الفرعيّ على أنّه هو الذي يلتزم بإحضارها وعلى نفقته، أو وُجِد عرفٌ يقضي بذلك فإنّه مُلزَمٌ بتقديمها له حتّى يتسنّى له إنجاز العمل.

هذا، ويقضي الالتزام بالتّعاون في تنفيذ عقد المُقاولة الفرعيّة كذلك على المقاولِ الأصليّ أن يقوم بالتّشاوُر والتّنسيق وخلق الانسجام اللّازم بين المقاولين الفرعيّين إذا كانوا متعدِّدين في العمل الواحد.

---

1 ـ **صليحة برجم**، مرجع سابق، ص 88.

2ـالتزام المقاول الفرعي بالتّعاون مع المقاول الأصلي:

ـ لقد حدّدت الموادّ من: 550 إلى 554 من القانون المدني الالتزامات الأساسيّة للمقاول، وهي نفسُها التي يلتزم بها المقاول الفرعيّ في عقد المقاولة الفرعيّة، وهي: إنجاز العمل المُتّفقِ عليه، تسليم العمل بعد إنجازه، وكذا ضمان خُلوِّه من العيوب، وسأُركِّز في دراسة التزامات المقاول الفرعيّ على تلك التي تضمن تحقيق التّعاون المطلوب بين طرفي هذه العلاقة العقدية.

فعلى ضوء المادّة: 552 من القانون المدني فإنّه على المقاول الفرعيّ أن يلتزمَ بالمُحافظة على مادّة العمل التي يقدّمها ربّ العمل أو المقاول الأصليّ له، فيحرص عليها ويراعي أصولَ الفنِّ في استخدامِه لها، وأن يُؤدّيَ حسابًا للمقاول الأصلي عمّا استعملها فيه، كما عليه أيضا أن يرُدّ إليه ما بقي منها.

أمّا إذا صار شيءٌ من هذه المادّة غير صالحٍ للاستعمال بسبب إهماله أو بسبب نُقصٍ في كفاءته الفنّية، فإنّه يُلزَم بردِّ قيمة هذا الشّيء للمقاولِ الأصليّ، ويُلزَم بالتّعويض عمّا أصاب هذا الأخير من ضررٍ إذا كانت مسؤوليّته قد قامت جرّاء ذلك.

وإذا أتمّ المقاولُ العمل المنجزَ حسبما طلبه منه المقاول الأصليّ فإنّه يُلزَم بتسليمه لهذا الأخير سواءً أكانت الموادّ قد قام هو بإحضارها، أو كانت من عند المقاولِ الأصليّ أو من عند ربِّ العمل.

وبناءً عليه يتمّ التّسليم بوضع الشّيء تحت تصرّف المقاول الأصلي ليتمكّن من الاستيلاء عليه دون أيّ عائق [1].

أمّا بالنّسبة لالتزام المقاولِ الأصليّ بالضّمان. فضمانُ خلوِّ العمل من عيبٍ يقتضي سلامةَ الموادِّ المُستخدمة في إنجازه، فإذا قدّم المقاولُ الفرعيّ موادّ الصُّنع اعتُبِر بمثابةِ بائعٍ لها، ووجب عليه ضمان سلامتها وصلاحيّتها للغرض الذي أُعِدّت له، فإن ثبت تضرُّر العمل بسبب عيوبٍ في الموادِّ المُستخدَمة تحمّل المقاول الفرعيّ مسؤوليّة ذلك [2].

---

1 ـ **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل: المقاولة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المجلد الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 202.

2 ـ **عبد القادر عزّت**، عقد المقاولة، دار الألفي، طبعة 2001، القاهرة، مصر، ص 131.

ولـكـن إذا تبيّن للمقاولِ الفرعيّ وجودُ عيبٍ أثناء تنفيذ العمل وجـب عليه إخبار المقاول الأصليّ به، كما يـحِـقّ لـه رفض استخدام الموادّ المعيبة، خاصّة وأنّه مُـلـزَمٌ بتنفيذ العقد بحُسن نـيّـة هو الآخر كذلك، فإذا أصـرَّ المقاول الأصليّ على استخدامها تحمَّـل مسؤوليّة ذلـك [1].

أمّـا إذا لـم يتمكّن المقاول الأصلي من اكتشاف العيب رغم سهولة ذلك لو أنه فحص العمل بعناية الرّجل العادي، اعـتُـبِر مُهمِلًا ووجب عليه تحمُّل نتيجة إهماله، فيُحرَم عندئذٍ من إمكانية الرّجوع على المقاول الفرعيّ بالضّمان، ويبقى مسؤولًا عن هذا العيب أمام ربّ الـعـمـل [2].

هـذا، ويـكـون المقاول الفرعيّ ضامنًا لهذا النّوع من العيوب بـالـقـدْر وخلال المُـدّة التي تقضي بها أعراف الحِرفة، شريطةَ إخبار المقاول الأصليّ بالعيب وقـتَ اكـتـشـافـه [3].

---

1 - **برجم صليحة**، مرجع سابق، ص 82.

2 - **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، ص 213.

3 - **برجم صليحة**، مرجع سابق، ص 84.

ثانيا: - الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ عقد الوكالة:

- يُعتَبر الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين من الضّروريات في العقود التي تقوم على النّيابة [1] نظرًا للثّقة التي تتولّد حتمًا بين طرفيها، ومن بين هاته العقود نجد عقد الوكالة الذي عرّفته المادّة: 571 من القانون المدني على أنّه: "الوكالة أو الإنابة هو عقدٌ بمقتضاه يُفوِّض شخصٌ شخصًا آخر للقيام بعملِ شيء لحساب المُوكِّل وباسمه"، وعليه فإنّ عقد الوكالة ينشأ بين شخصٍ يُدعى المُوكِّل الذي يُفوِّض شخصًا آخر يُدعى الوكيل للقيام بعملِ شيءٍ ما لحساب الموكِّل وباسمه.

إنّ تنفيذ عقد الوكالة يقتضي في كُلّ الأحوال بذل كُلّ طرفٍ من طرفي هذا العقد كُلَّ ما من شأنه أن يُؤدّي إلى خلق تعاونٍ وتكافل فيما بينهما من أجل حُسن تنفيذه،وهذا من جانب الموكِّل من جهة أولى (1)، كما يُلقى الالتزام بصفةٍ أكثر وضوحًا على عاتق الوكيل من جهةٍ ثانية (2).

1 - التزام الموكِّل بإعلام الوكيل وتوجيهه:

- بالرّغم من أنّ النّصوص القانونية المُنظِّمة لعقد الوكالة في القانون المدني لم تنصَّ صراحةً على وجوب تعاون المُوكِّل مع وكيله، لكن بالرّجوع إلى نصّ المادة: 107 من نفس القانون في فقرتيها الأولى والثانية يتّضح لنا من خلالها أنّ تقديم المُوكِّل لكافّة المعلومات التي يحتاجها الوكيل وتوجيهه الحسن يضمن مساعدته على تنفيذ عقد الوكالة بما تشتمل عليه، كما تكفُل تنفيذ ما هو من مُستلزَماته أيضًا. وذلك لأنّ استِناد هذا العقد وقيامه على الاعتبارات الشّخصيّة تستوجب هذا حتّى يتمكّن الوكيل من إنفاذ مهامّه، فيُزوِّده الموكِّل بكُلِّ ما يلزم لحُسن التّنفيذ من معلوماتٍ ومُستنداتٍ وحاجاتٍ مختلفةٍ خلال تنفيذ الوكالة [2].

كما أنّ قواعدَ العدالة والإنصاف توجب على المُوكِّل التّعاون مع الوكيل في تنفيذ المُهمّة المُسنَدة إلى هذا الأخير [3].

---

1 – **PICOD (Y)**,J.C.P , Op, N° 10.

2 -**أسعد دياب**، القانون المدني: العقود المسماة: البيع، الإيجار، الوكالة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 373.

3 - **لحسين بن شيخ آث ملويا**، عقد الوكالة دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 127.

وإذا كان المشرِّع قد أشار فقط إلى التزامِ الوكيل بإعطاء كُلِّ المعلومات الضّروريّة المُتعلِّقة بما أنجزه من أعمالٍ في عقد الوكالة وما واجهه من مشاكل (كما سيأتي بيانه) فإنّ الفقه قد استنتج أنّ هدف هذا الالتزام هو تمكين المُوكِّل من مُراقبة ومُتابعة الأعمال التي يقوم بها الوكيل، كما يتعيّن عليه أن يقوم بدوره بإعلام هذا الأخير وإعطائه كُلَّ التّعليمات من أجل أن يُسهِّل له تنفيذ الوكالة، لأنّ العمل المُشتَرك يجب أن يقوم على الثّقة المُتبادَلة مراعاةً للأمانة والصِّدق مِمّا يُؤدّي بالمتعاقدين إلى التّعاون بينهما، وبما أنّ مصلحة الطّرفين في الوكالة مُشتَركة فإنّ التّعاون يزيد من أهمّيته [1].

وهذا الالتزام المُلقى على عاتق المُوكِّل تُجاه الوكيل قد تجلّى بوضوحٍ في نصّ المادّة: 4 – 134 : L من القانون التّجاري الفرنسي[2] التي تنصّ في فقرتها الأولى على أنّه: "تتأسّس الرّوابط بين الوكيل التّجاري والمُوكِّل على الالتزام بالأمانة والالتزام بالإعلام بينهما"، فيما تنصّ الفقرة الثانية من نفس المادّة على أنّه: "يلتزم المُوكِّل بأن يَمُدّ الوكيل التّجاري بكُلِّ ما يساعده على تنفيذ الوكالة"، وهو ما يُفهَم منه أنّ الالتزام بالتّعاون ليس مُلقًى على عاتق الوكيل فحسب كما قد يُستنتَج من نصوص القانون المدني، بل إنّ المصلحة المُشتَركة لطرفي عقد الوكالة تقتضي ـ كما سبق بيانه ـ التّعاونَ والإشتراكَ في المعلومات حتّى يتمّ تنفيذ هذا العقد بيُسرٍ وفعاليّة.

وفي هذا الصّدد، فإنّه على الوكيل أن يُكيِّف تعليماته دائمًا لتتلاءَم مع تطوّرِ الأمور، وأن يُوفّر للوكيل المعلومات التي يطلبها الغير المتعاقدون المحتملون [3].

---

1 ـ **ذهبية حامق**، مرجع سابق، ص 29.

2 ـ والتي تنص على أنه:

(Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information.

Le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat.)

3 ـ نقض تجاري فرنسي: 1998/11/24، أشار إليه: **لحسين بن شيخ آث ملويا**، مرجع سابق، ص 128.

2 ـ التزام الوكيل بالتّعاون مع موكّله لتنفيذ عقد الوكالة:

ـ يلتزِم الوكيل تُجاهَ مُوكِّله بطائفةٍ من الالتزامات والتي تُترجِم مُقتضَيات التّعاون بينهما لتنفيذ عقد الوكالة، فيُمنَع على الوكيل طبقًا للمادة: 575 من القانون المدني تجاوزَ حدود وكالته إلّا إذا تعذّر عليه إخطار المُوكِّل سلفًا، وكانت الظّروف يغلب معها الظنّ بأنه ما كان يسع هذا الأخير إلّا الموافقة على هذا التّصرّف، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يُخبِر المُوكِّل حالًا بتجاوزه حدود الوكالة، وهذا كبيع بضاعةٍ مُعرَّضةٍ للتّلف يكون الموكِّل قد كلّفه بالمحافظة عليها، فإنّ عليه والحالة هاته أن يُبادِر إلى التّصرف فيها إمّا بالبيع أو بغيره، فحتّى وإن كان يبدو في هذا التصرّف خروجًا عن حدود الوكالة، إلّا أنّ الظّروفَ المحيطةَ به تُفيد بأنّ المُوكِّل لا يسعه إلّا الموافقةُ على هذا التّصرّف.

ومن تمام التّعاون والتّكافل بين بين المتعاقدين في عقد الوكالة أن يوافيَ الوكيل مُوكِّله (طبقا للمادّة: 577 من القانون المدني) بكُلِّ المعلومات الضّروريّة عمّا وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يُقدِّم له حسابًا عن ذلك كُلِّه.

إنّ هذا الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق الوكيل يجب ألّا يختلط بالالتزام بالنّصيحة الذي يكون على عاتقه في بعض الأحيان إذا كان له صفة المهني، فتجدر الإشارة حسب هذا الرأي إلى أن الالتزام بالإعلام في عقد الوكالة ليس التزامًا خارجًا عن العقد، بل بالعكس، فإنّ الوكالة تقوم أساسًا على الثّقة بين المتعاقدين فتتضمّن أصلًا التزامًا بالإعلام، ويُعتبَر التزامًا عامًّا يقع على عاتق كُلِّ من له صفة الوكيل [1]، فمثلًا يجب على الوكيل العقاري أن يُبيِّن لزبونه (بائع العقار) أنّ الثّمن الذي يطلبه مُتواضع جدًّا لا ينسجم مع قيمته الحقيقيّة [2].

---

1 ـ **ذهبية حامق**، مرجع سابق، ص 28-29

2 ـ **لحسين بن شيخ آث ملويا**، مرجع سابق، ص 94.

ففي تنفيذ التزام الوكيل بإعلام المُوكِّل بكُلِّ ما وصل إليه في تنفيذ العقد يجب أن يُحقِّق النّتيجة التي تتمثّل في أن يُطلِعه على كُلِّ العمليّات التي قام بها، والتي بالضّرورة يجب أن يعلم بها هذا الأخير [1]، وعلى المُوكِّل في كُلِّ الأحوال أن يتحلّى بالصّدق والأمانة في ذلك، وأن يبذُل عناية الرّجل المُعتاد طبقًا للمادة: 576 من القانون المدني.

وفي هذا الصّدد، فإنّه ليس لزامًا على الوكيل إعلامَ مُوكِّله بكُلِّ مساعيه (كالزّيارات التي يقوم بها من أجل استئجار شقّة مثلًا)، لكن يجب عليه أن يُبلِغه بكُلِّ العناصر التي تظهر أو تبرزُ فجأةً للسّماح للمُوكِّل بتكييف معلوماته وجعلِها تتلاءَم مع الوضعيّة الجديدة، مثل سريان قضيّة أمام القضاء، أو نتائج تسيير عقارٍ أو ميزانيّته، وتبعًا لذلك، فإنه وبخصوص الوكالة أمام القضاء فإذا لاحظ الوكيل أنّ الخصم قد أثار دفوعًا شكلية أو موضوعيّة أو قام بالتّشكيك في مدى وجود وثيقةٍ ما، فإنّه على الوكيل إعلامَ المُوكِّل بذلك، حتى يتسنّى لهذا الأخير أن يُقدِّم له التّعليمات بشأن تلك الوضعيّة، كأن يعطيه من الوثائق ما يدحضُ به تلكَ الدّفوع أو أيَّ دفاعٍ آخر [2].

هذا، ويُلزَم الوكيل عند إتمام الوكالة أنْ يُبادِر إلى إعلام المُوكِّل على وجهٍ يُمكِّنه من الوقوف على طبيعة إتمامها، حتى إذا فشل التّنفيذ فموجب إعلام الموكّل في ذلك ضروريّ[3] كما في حالة خسارة الدّعوى [4] أو فشل البيع [5]، وهذا حتى يتّخذ المُوكِّل ما يراه مناسبًا من إجراءاتٍ أو تدابيرَ في ذلك.

---

1 - **ذهبية حامق**، مرجع سابق، ص 29.

2 - **لحسين بن شيخ آث ملويا**، مرجع سابق، ص 98.

3 - **أسعد دياب**، مرجع سابق، ص 368.

4 – Cass Civ, 1 ère, 11 Juillet 1982, Bull -1-1, N° 202.

5 – Cass Com, 05 Juillet 1962, Bull -3-, N° 149.

المطلب الثاني: ـ الالتزام بالتعاون بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد وفقا للقوانين الخاصة

ـ على غِرار القانون المدني، فإنّ القوانين الخاصّة المُنظِّمة لبعض مجالات العقود لم تُغفِل هي الأخرى الجانب الثّاني من التّكافل بين المتعاقدين والمُتمثِّل في واجب التّعاون بينهما لتنفيذ العقد على الوجه الأحسن والأكمل، وِفقًا للمبدأ الذي يقوم عليه "التّكافل العقدي" من كون أنّه يجب على المتعاقد ألّا ينشغل بمصالحه فحسب في العلاقة العقدية، بل إنّ عليه أن يُراعيَ مصالحَ الطّرف الآخر كذلك، فيجب أن يسودَ هذا المبدأُ كافّة مجالاتِ العقود حتّى تُؤدّي الدّور المنوط بها بفاعليّة أكبر، ولتُحقِّق أكبر قدرٍ من المنافع لأطرافها.

وعليه، فإنّني سأتناول في هذا المطلب تجلِّيات مبدأ التّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ العقد، بالتّعريج أوّلًا على بيان الالتزام بالتّحذير في عقود الاستهلاك (الفرع الاول)، ثم آتي بالدّراسة على الالتزام بالتّعاون في تنفيذ عقد التأمين (الفرع الثاني)، وأخيرًا البحث عن هذا الالتزام في عقد العمل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ـ الالتزام بالتّحذير في عقود الاستهلاك.

ـ عرَّف الفقه الالتزام بالتّحذير على أنّه: "التزامُ تبعيّ يقع على عاتق أحد الطّرفين بأن يُحذِّر الطّرفَ الآخر، أو يُثير انتباهه إلى ظروفٍ أو معلوماتٍ مُعيّنة، بحيث يُحيطه علمًا بما يكتنف هذا العقد، أو ما يُنشِئه من مخاطرَ ماديّةٍ أو قانونيّة" [1]، وسأتناول في هذا الفرع بيان أنّ الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين يُعتَبر أساسًا للالتزام بالتّحذير (أولا)، وكذا بيان أنّ مضمون هذا الالتزام هو ترجمةٌ لمُقتَضيات التّعاون بينهما لتنفيذ عقد الاستهلاك (ثانيا).

أولا: ـ الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ العقد أساس الالتزام بالتّحذير

ـ لقد نشأ الالتزام بالتّحذير مُعاصِرًا لإنتاج سلعٍ تحتوي على عناصرَ لها طابعُ الخطورة سواءً في ذاتها أو في طُرق استخدامها، ويُعدُّ ذلك من النّتائج الطبيعية لفاعليّاتِ مسايرةِ الفكر القانوني للتّطورات العِلميّة والتّكنولوجية الحديثة [2]، فعملًا على تحقيق حمايةٍ فِعليّةٍ للمُستَهلكين فإنّه كان من الضّروريّ تقريرُ التزامٍ عامّ يقع على المهنيّين والموزّعين

---

1 ـ **سعيد سعد عبد السلام**، الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، 2000، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 50.

2 ـ **سعيد سعد عبد السلام**، المرجع السابق، ص 58.

والبائعين يقوم كُلٌّ بدوره بتحذير هؤلاء المُستهلِكين من الأخطار التي يُمكِن أن تنشأ عن حيازة هذه المنتجات أو استعمالها، وذلك من خِلال تنبيههم لمصادرِ هذه الخطورة وأبعادِها وإحاطتهم بطُرق تلافيها، درءًا للأخطار النّاشئة عنها وتوقّيا للأضرارِ المُتولِّدة منها [1].

هذا، وقد اختلف الفقه في الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالتّحذير، فمن الفقه من رأى أنّه يجد أساسه في الالتزام بضمان العيوب الخفيّة، واتّجاه يرى أن أساسه هو الالتزام بالتّسليم، في حين يرى اتّجاه آخر أن أساسه هو الالتزام بالسّلامة، ولأنّ مجال هذه الدّراسة لا يتّسع لمناقشة هذه الآراء، فإنّني سأُسلِّط الضّوء على بيان الاتّجاه الفقهي ـ الذي أراه جديرًا بالتأييد ـ والذي يرى **أن أساسَ هذا الالتزام هو الالتزام بالتّعاون وحسن النّية في تنفيذ العقد** الذي يُعتبَر مبدأ أساسيًّا في تنفيذ العقود بمُقتضى المادّة: 1/1134 من القانون المدني الفرنسي والمقابِلة لنصّ المادّة: 1/107 من القانون المدني الجزائري السّابق بيانها، والتي تنصّ على أنّه: "يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبحسن نيّة".

ولقد اختلف الفقهاء الفرنسيون حول تفسير هذه المادّة (م 1/1134 ق. م. ف) كذلك، حيث رأى جانب منهم أنها تنطوي على واجب الأمانة والثّقة "le devoir de loyauté" بين المتعاقدين، كما يرى جانب آخر أنها تنطوي على واجب الاشتراك والتّعاون بينهما " le devoir de la coopération ou de collaboration"، والذي يتطلّب أن يقوم كُلُّ متعاقدٍ بإبلاغ الطّرف الآخر بمضمون العقد وكُلُّ ما يستلزِم معرفتَه لتنفيذه [2].

وعليه فإنّ الالتزام بالتّعاون يفرض على كُلُّ طرفٍ تنبيهَ الطّرف الآخر ـ أثناء تنفيذ العقد ـ إلى كُلِّ الوقائع التي تقتضي مصلحتُه الإلمامَ بها من أجل تنفيذ العقد، ويسود هذا التّعاون طيلةَ تنفيذ العقد، وخاصّة بالنّسبة للعقود المُتراخيةِ التّنفيذ [3].

---

1 ـ **محمد عمر عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك دراسة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 220.

2 ـ **حمدي أحمد سعد**، الإفضاء بالالتزام بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة بين القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 1999، ص 108.

4 ـ **عليان عدة**، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

ثانيا: ـ مضمون الالتزام بالتّحذير ترجمة لمُقتضيات التّعاون بين المتعاقدين

ـ على ضوء ما سبق يرى أنصار هذا الاتّجاه أنّ مبدأ الالتزام بالتّحذير يوجب على البائع المهني أيضًا الإدلاء للمشتري بكافّة البيانات المتعلّقة باستعمال الشّيء المبيع والتّحذير من مخاطرِه، أو بمعنًى آخر فإنّ هذا المبدأ يفرِض تلقائيًّا التزامًا بالتّحذير يقع على عاتق البائع المهني في كُلِّ مرّةٍ يرغب فيها أن يُجنِّبَ نفسَه تبعة المسؤوليّة، ولا يُعفَى المدين من التّحذير حتى على افتراض علم المتعاقد الآخر بمغبّة هذا الضّرر المُتوقَّع أو سكوتِه عن الاحتياط لنفسه ضدّ هذا الخطر [1].

وفي هذا الصّدد، فقد كان القضاء الفرنسي سبّاقًا إلى تأسيس بعض أحكام الالتزام بالتّحذير على مبدأ التّعاون بين المتعاقدين استنادًا إلى نصّ المادّة: 1/1134 من القانون المدني الفرنسي، فقرّرت محكمة النّقض الفرنسية مثلًا أنّه يجب على الشّخص المُتخصِّص في تركيب الأسطُح القرميدية أن يُحذِّر المقاولَ من المخاطر التي يُمكِن أن تَنجُم عن استعمال الموادّ، وهذا ببيان خصائصها ومحلّ استعمالها، حيث عاب هذا القرار على محكمة الاستئناف عدم أخذِها ولا اعتدادها بالمادّة السّالفة الذِّكر [2].

ولقد توسّعت محكمة النّقض الفرنسيّة في شأن تحديد مضمون التزام البائعِ المهنيّ بالتّحذير، حيث قرّرت في العديد من الأحكام أنّ تنفيذَ البائع لهذا الالتزام لا يقتصر فقط على تحذير المشتري أو حثُّ انتباهه إلى المخاطر التي يُمكِن أن تنجُمَ عن استعمال المبيع أو عن مُجرِّد حيازته وبيان الاحتياطات اللّازمة لتجنُّبِ تلك المخاطر، بل يشمل أيضًا إحاطة المشتري بالطّريقة المُثلى لاستعمال الشّيء المبيع، فخطورة الشّيء المبيع لا تقتصر على كونه كذلك بطبيعته، بل يمكن أن يكون الشّيء خطِرًا بالنّظر إلى تعقُّد استعماله كما هو الشّأن بالنسبة للأشياء الجديدة والمُعقَّدة، وعلى هذا فإنّ الالتزام بالتّحذير يقوم على عُنصرين

---

1 ـ **أحمد عبد التواب محمد بهجت**، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 1992، ص 181، أشار إليه: عليان عدة، مرجع سابق، ص 42.

2 – Cass Civ, 1 ere, 20 Juin 1995, Bull, Civ 1, N° 176, P 191.

لا ينفكّان عنه[1]، واللّذان يُترجِمان معانيَ التّكافل بين المتعاقدين في عقود الاستهلاك وكذا التعاون بينهما لتنفيذ العقد، ألا وهما: الالتزام ببيان طريقة استعمال الشّيء المبيع، بالإضافة إلى الالتزام بالتّحذير من مخاطره.

ومن المُفيد في هذا الصّدد ذِكر ما عبّر به الفقه الفرنسي عن كون أنّ الالتزام بالتّحذير يلعب دورًا هامًّا في تحقيق التّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ العقد وتحقيق التّكافل بينهما، فلقد قيل في هذا الصدد: "إنّ هذا الالتزام ـ أي الالتزام بالتّحذير ـ يمثّل حقيقةً أحد **مظاهر التّضامن** التي يجب أن يتّصفَ بها العصر الذي نعيشه كردّ فعلٍ مُضادٍّ للنّزعة الفرديّة التي سادت في القرن التّاسِع عشر" [2].

---

1 ـ **عليان عدة**، مرجع سابق، ص 42.

2 – **De Juglart (M)**, L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD Civ, P 1.

الفرع الثاني: ـ الالتزام بالتّعاون لتنفيذ عقد التّأمين.

ـ باعتبار أنّ مبدأ حُسن النّية يُعتَبر خاصيّةٍ من خصائصِ عقد التّأمين ـ كما سبق بيانه ـ فإنّ هذه الخاصّية تنطوي عليها مرحلة تنفيذ هذا العقد كذلك، وهذا قصد تجسيد مبادئِ التّكافل العقدي والتّعاون بين طرفيه قصد تنفيذه، وعليه فإنّني سأدرس مظاهرَ الالتزام بالتّعاون في عقد التأمين، وسأقتصر هنا على بيان التزام المؤَمّن لـه بالتّعاون في تنفيذ عقد التأمين مع المؤَمِّن، كون أنّ التزام هذا الأخير أثناء تنفيذ العقد يقتصر على ضمان الخطر المبيَّن في العقد خلال سريانه، أمّا الالتزامات المُلقاة على عاتق المؤَمَّن له فهي التي تُترجِم بجلاءٍ مظاهرَ التّعاون في تنفيذ عقد التامين، وهي: إخطار المؤَمَّن له المؤَمِّنَ بتفاقُمِ الخطر (أوّلًا)، بالإضافة إلى احترامه للالتزامات وقواعد النّظافة والأمن (ثانيا)، وأخيرًا التزامُه بإخطار المؤَمِّن بتحقُّقِ الخطر (ثالثا).

أولا: ـ التزام المؤمّن له بإخطار المؤمّن بتفاقم الخطر

ـ يجب على المؤَمَّن لـه أن يُخطِر المؤَمِّن بكُلِّ ما من شأنه أن يُؤدِّي إلى تفاقُم الخطر المؤَمَّن عليه [2]، وتفاقُم الخطر هو أن تستجِدَّ ظروفٌ بعد إبرام عقد التّأمين وتكون سببًا في زيادةِ درجة احتمال وقوع الخطر لو علِم بها المؤَمَّن لـه لأثّرت في قرار قبول التأمين أو تحديد قيمة الأقساط، والتي يكون المؤَمَّن لـه أو أيُّ عاملٍ خارجيّ سببًا فيها [3]، ومثالُ ذلك: وضع موادٍّ مُلتهِبة أمام منزلٍ مؤَمَّنٍ عليه من أخطار الحريق ... وغيرها.

ولقد نصّت على هذا الالتزام المادّة: 3/15 من الأمر: 95-07 المتعلّق بالتأمينات السّابق ذكره، وميّزَت بين صِنفين من تفاقُمِ الخطر بالاستناد إلى ما إذا كان المؤَمَّن لـه من تسبَّبَ في تفاقُمِه أم لا، وذلك لتحديد وقت الإبلاغ عن هذا التّفاقم، فإذا كان السّبب أجنبيًّا يكون خلال سبعة (07) أيّامٍ ابتداء من تاريخ علمه به ما لم تكن هناك ظروفٌ طارئةٌ أو قوّةٌ قاهرةٌ

---

2 ـ في هذا الصدد، لا يجب الخلط بين تفاقم الخطر بين زيادة الخطر، فتفاقم الخطر يفيد زيادة الاحتمال في وقوعه، أما زيادته فيقصد بها زيادة قيمة الخطر نظرا لزيادة قيمة محل العقد المتعلق بالشيء المؤمن عليه.

3 ـ **فايز أحمد عبد الرحمان**، الشروط التعسفية في وثائق التأمين: دراسة في نطاق التامين البري الخاص، دارا لمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 09.

حيث يمتدُّ إلى ما بعدَ زوالها، أمَّا إذا كان التّفاقُم راجعًا لإرادة المؤَمَّن له فهو مُلزَمٌ بإخطار المؤَمِّن مُسبَقًا وقبل حدوث التّغيُّر في الخطر، مع اشتراط أن يتمّ الإبلاغُ بموجبِ رسالةٍ مُضمَّنةٍ مع إشعارٍ بالاستِلام [1].

أمَّا إذا زالت الظّروف التي أدّت إلى زيادةِ تفاقُمِ هذا الخطر، فإنّ للمؤَمَّن له أن يطلُبَ تخفيضَ القِسط السّاري من تاريخ تبليغ المؤَمَّن له بذلك طِبقًا لنصِّ المادّة: 18 من نفس الأمر.

ثانيا: ـ التزام المؤَمَّن له باحترام الالتزامات وقواعد النّظافة والأمن

ـ مِن أبرزِ مظاهِر التّعاون بين المتعاقدين في عقد التأمين هو ما نصّت عليه الفقرة الرّابعة من المادّة: 15 من الأمر: 95-07 المتعلّق بالتأمينات، حيث وضعَت على عاتقِ المؤَمَّن له احترام الالتزامات المُتّفق عليها، وتلك التي ينصّ عليها التّشريع السّاري، خاصّة في مجال النّظافة والأمن للحدِّ من الأضرار و/أو آثارها، ومثال ذلك ما قد يطلُبه المؤَمِّن من المؤَمَّن له من فصلٍ للموادّ المُلتهبة عن المبنى المؤَمَّنِ عليه في التّأمين ضِدّ الحريق، أو توفير وسائلِ الإطفاء [2].

ومن وُجهة نظري الشّخصية، فإنّه لو لم يُقرَّر هذا الالتزام، لكان بإمكان المؤَمَّن له أن لا ينشغِل بمصالحِ الطّرف الآخر معه (المؤَمِّن) في العقد، وهذا من خلالِ عدم احترامه للالتزامات السّالفة الذّكر، مِمَّا يُؤدّي إلى احتمال زيادةِ احتمال وقوع الخطر، وهو ما لا ينسجم تمامًا مع مصالحِ المُؤَمِّن في هذا العقد، حيث أنّ احتمالَ زيادةِ وقوع الخطر في هاته الحالة لا يرجِع إلى الأسباب المعقولة في الحالات العاديّة، بل إنّ احتمالَ وقوعها يزيد بسببِ إهمالِ المؤَمَّن له وكذا لسوءِ تعاوُنِه مع المُؤَمّن في تنفيذ عقد التّأمين.

---

1 ـ **هيفاء رشيدة تكاري** ، النّظام القانوني لعقد التأمين ـ دراسة في التّشريع الجزائري ـ ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 181-182.

2 ـ **إبراهيم أبو النجا**، مرجع سابق، ص 246.

ثالثا: - التزام المؤمّن له بإخطار المؤمّن بتحقّق الخطر:

- عرَّف الفقه تحقُّقَ الخطرِ في عقد التأمين بأنّه: "وقوع الحادث الاحتمالي في وثيقةِ التّأمين، والذي من طبيعته أن يُؤدِّي إلى تنفيذ أثر الضّمان الذي تعهّد به المؤمّن"[1]، وبما أنّه من المُقرّر قانونًا أنّ تحقُّق الخطر يُؤدِّي إلى التزام المؤَمِّن بدفع مبلغ التّعويض للمؤَمَّن له، فإنّ إخطار هذا الأخير له بتحقُّقِ الخطر المؤَمَّن عليه يستلزِمه مبدأ التّعاون في تنفيذ العقد. ذلك أنّ المؤَمِّن من مصلحته أن يعرِف ذلك في أقرب وقتٍ ليتّخذ احتياطاته، كأن يتحقّق بأنّ الحادث الواقعَ هو نفسُه المؤَمَّن منه والذي تعهّد بالتّعويض عنه، كما يتّخذُ الإجراءاتِ اللّازمة كي لا تخرج النّتائج المُترتِّبة عن وقوعِ الحادث عن السّيطرةِ فيُحاول الحدَّ منها، وهذا من خِلال المعلومات التي يُقدِّمها له المؤَمَّن له ليحدِّد قيمةَ مبلغ التّأمين، وباختصارٍ فإنّ له أن يقوم بكُلِّ شيءٍ في مصلحته، أمّا المؤَمَّن له فيصبح التّعويض حقَّه، ولا يستطيع المؤَمِّن أن يدّعي أن المؤَمَّن له قد أخلَّ بالتزامه [2]، وهنا تبدو أهميّة التزام المؤَمَّن له بالإخطار عن وقوع الخطر، هذا بالإضافة إلى عِدّة التزاماتٍ فرعيّة أُخرى تتعلّق به ويُنَصُّ عليها دائما في وثائقِ التّأمين، كالتزام المؤَمَّن له بأن يعمل كُلَّ ما في وُسعِه لوقْف تفاقُم الخطر وحصر الأضرار النّاجمة عنه في أضيق نطاقٍ مُمكِن [3].

وواضحٌ وجليٌّ بأنّ مضمون هذا الالتزام يجعل منه مُقتضًى من مُقتَضيات التّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ عقد التأمين، حيث إنّه على المؤَمَّن له أن يُخطِر المؤَمِّن بكُلِّ المعلومات والبيانات المُتعلِّقة بالخطر الذي تحقّق، وهذا ببيان زمانه ومكانه وأسباب وقوعِه وكُلِّ الظّروف التي أحاطت به، كما أنّ عليه أيضًا أن يُقدِّم الشّهود وكافّة الوثائق والمُستندات المتعلِّقة به.

أمّا الجزاءُ المُترتِّب في حالة خرقِ هذا الالتزام فإنّنا نرجِع إلى القواعدِ العامّة ، ذلك أنّ المشرِّع لم ينُصَّ عليه، وهو الجزاء المُترتِّب عن المسؤولية العقديّة، أي أن يُطالِب المؤَمِّن المؤَمَّن له بالتّعويض نتيجةَ الضّرر الذي أصابه عن عدم وفاء المُؤَمَّن له بهذا الالتزام [4].

---

1 -**عبد الرزاق بن خروف**، مرجع سابق، ص 133.

2- **فايز أحمد عبد الرحمان**، مرجع سابق، ص 57.

5 - **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 333.

4 - **إبراهيم أبو النجا**، مرجع سابق، ص 245.

الفرع الثالث: ـ الالتزام بالتّعاون بين العامِل وربِّ العمل لتنفيذ عقد العمل

ـ لعلّ من بين أهمِّ المواضيع التي تحرِص مُختلَف التشريعاتُ المنظِّمةِ لعلاقات العمل المُعاصرةِ ضبطَها وتكريسها بما يضمَن نوعًا من التّوازن في هاته العلاقة التي تقوم أساسًا على نوعٍ من المصالحِ المُتضارِبة بين طرفيها هو ما يتعلّق بجانبِ الحقوق والالتزامات بينهما.

ولن أتعرَّض في هذا الفرعِ لكل الالتزامات المفروضة على عاتِقِ كُلٍّ من العاملِ وربِّ العمل، بل إنّني سأُحاوِل تسليط الضّوء فقط ـ كما درجتُ في هاته الرّسالة ـ على الالتزامات المفروضة عليهما والتي من شأنها أن تُجسِّد التّعاون بين طرفي هذه العلاقة قصْد تنفيذ العقد المُبرَم بينهما، وعلى هذا فإنّني سأتناول التزامَ العامل بالتّعاونِ مع ربِّ العمل في تنفيذ العقد (أولا)، ثم أُعرِّج على الالتزام المُقابِل لربِّ العمل في هذا الصّدد (ثانيا).

أولا: ـ التزامات العامل المُجسِّدة لمُقتَضيات التعّاون في تنفيذ العقد

ـ فرَض المشرِّع على عاتقِ العامل طائفةً من الالتزامات التي من شأنها تحقيقُ التّعاونِ مع ربِّ العمل لتنفيذ العقد المُبرَم بينهما، والتي منها:

1 ـ التزام العامل بطاعة أوامر ربّ العمل:

ـ لواجب الطّاعةِ مصادرٌ مختلفة: العقد والقانون والتّنظيم الدّاخلي للمُنشَأة، ويُستخلَص هذا الالتزام من خصيصةِ التّبعيّة في علاقةِ العمل التي بموجبها يملِك صاحبُ العمل سلطةَ الإدلاء بالأوامرِ وبالتّعليمات إلى العامل الذي لا يملِك إلّا الامتِثال لها [1].

1 ـ **مصطفى قويدري**، عقد العمل بين النظرية والممارسة، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2011، ص 145-146.

وهـذا مـا نصّت عليه المادّة: 07 من القانون 90-11 المُتعلّق بعلاقات العمل المُعدَّل والمُتمَّم [1] حيث أنّه على العمال "أن يُنفّذوا التّعليمات التي تُصدرها السّلطة السُّلَّمية التي يُعيِّنها المُستخدِم أثناء مُمارسته العادية لسُلطاته في الإدارة". وعليه يتوجّب على العامل أثناء قيامه بواجباته المِهنية تنفيذ التّعليمات المُوجَّهة إليه من قِبَل صاحب العمل، أو من الأشخاص المُعيَّنين صراحةً بموجب نظام السّلطة الرّئاسية التّدرُّجية للمهنة، إضافةً إلى الخضوع للنّظام العامّ في المؤسّسة واحترامُ نظامها الدّاخلي، وبالمقابل يمتنع العامل في إطار التّبعية الفنّية أن يُنجِز أعمالًا وِفقًا لرغبته الخاصّة، أو أن يتلقّى توجيهاتٍ من أشخاصٍ غير مُخوَّلين وِفقًا لنظام التدرُّج الرّئاسي في المؤسّسة [2]، وهذا ما من شأنه أن يُؤدِّي إلى حُسن تنفيذ عقد العمل طالما أنّ ربّ العمل يسعى من خلال الأوامر التي يُسديها إلى العمال لتنفيذ العمل الذي تنصبّ عليه علاقتهما التّعاقُديّة على الوجه الأحسن والأكـمـل.

2- التـزام الـعـامـل بـالامـتـنـاع عن مـنـافـسـة ربّ الـعـمـل

ـ تُـعَـدُّ منافسةُ العامل لربّ العمل مُناقضةً واضحةً لمُقتضيات التّعاون بين المتعاقدين في تنفيذ عقد العمل، وفي هذا الصّدد نصّت الفقرة السابعة من المادّة السّابعة من القانون: 90-11 السّالف الذّكر بأنّه يجب على العمّال: "ألّا تكونَ لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسّسةٍ أو شركةٍ منافسةٍ أو زبونةٍ أو مقاولةٍ من الباطن إلّا إذا كان هناك اتّفاق مع المُستخدِم، وأن لا تُنافسَه في مجال نشاطه".

---

1 ـ القانون رقم: 90-11 المؤرخ في: 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، ج ر 17 مؤرخة في: 25-04-1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 91-29، المؤرخ في: 1991/12/21، ج ر 68 مؤرخة في: 25-12-1991، والمعدل كذلك بالمرسوم التشريعي رقم: 94-03 المؤرخ في: 1994/04/11، ج ر 20 المؤرخة في: 13-04-1994، والمعدل والمتمم كذلك بالأمر رقم: 96-21، المؤرخ في: 1996/07/09، ج ر 41 المؤرخة في: 1996/07/10، والمتمم كذلك بالأمر رقم: 97-02، المؤرخ في: 1997/01/01، ج ر 03 المؤرخة في: 12-01-1997.

2 ـ **بشير هدفي**، الوجيز في شرح قانون العمل ـ علاقات العمل الفردية والجماعية ـ ، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003، ص 82.

3 ـ لم ينظّم المشرِّع الجزائري على غرار المشرِّع الفرنسي شروط عدم منافسة العامل لربّ العمل، في حين أن المشرِّع المصري قد نصّ عليها في المادة:686 من القانون المدني.

ولـقـد كان هذا الالتزام (عدم منافسة صاحب العمل من قِبَل العامل) مُدرَجًا ضِمن الالتزام المُتعلِّق بحفظ أسرار العمل، حيث أدّى الإفراط والتوسّع في تطبيقه بحُجّة ضمان المُحافظة على مصلحة العمل إلى إدراجه كشرطٍ مستقلٍّ في عقد العمل، ويقضي هذا الالتزام بعدم ممارسة أيِّ نشاطٍ صناعيّ أو تجاريّ يتعارض مع مصالح صاحب العمل، سواءً أثناء قيام علاقة العمل أو حتى بعد انقطاعها، ولذلك فقد اصطدَم هذا الشّرط بمبدأ حرّية العمل للعمّال، ثمّ بمبدأ حرّية الصّناعة والتّجارة بالنّسبة لأصحاب العمل، وهما المبدآن اللذان كرّستهما الثورة الفرنسية سنة 1789 [1].

ومـمّـا يُـيـسِّـر واجبَ الأداء بأمانة أنّه لا يجوز لهذا العامل الذي يُكـرِّس وقتَ نشاطه لمُستخدِمه أن يعمل لصالح مُستخدِمٍ آخـر، ومن ضوابط هذا الامتناع ألّا يـسـاعِـد مؤسّسةً منافسةً، وألّا يستعمل عتاد المؤسّسة وعمّالها من أجـل هذه الغاية، أو أن يـتـأهّـل لإنشاء مؤسّسةٍ منافسةٍ عن طريق إغراء العمال لحملهم على ترك العمل[2].

وغـيـرَ بـعـيـدٍ عن المنافسة، فإنّ حالات التّنافي تتعارض مع روح الإخلاص الذي ينبغي أن يتحلّى بها العامل تجاهَ ربّ العمل، وقد ذهب قانون العمل إلى ذكـر بعض حالات التّنافي أو التّعارض كامتلاك مصالح ماليّة في مشروعاتٍ أخرى [3].

هــذا، وقـد يكون شرطُ عدم المنافسة منصوصًا عليه في عقد العمل . أمّـا في حالة خُـلـوّ عقد العمل من أيّـة مُقتضياتٍ تـحـظُـر على العامل منافسةَ ربّ عـمـلـه، فإنّ ذلك لا يعني على الإطلاق إباحة هذا التصرّف، بل بالعكس إذ يفرض عليه المبدأ العامّ المنصوص عليه في المادة: 107 من القانون المدني واجبَ الحرص على تنفيذ العقد بأمانةٍ وإخلاص، وألّا يقتصر في ذلك على ما ورد فيه من التزامات إيجابيةٍ أو سلبيّـة، بل عليه أن يمتنع عن إتيان أيِّ تصرّفٍ من شأنه أن يُعيق تنفيذه على النحو المُتوقَّع منه، أو يُلحِـق الضّرر بمصالح مُستخدِمه، وليس هناك ضررٌ أكبر من إفشاء أسرار عمله واستغلالها في مشروعٍ مـنـافـس[4].

---

1 ـ **بشير هدفي**، المرجع السابق، ص 86.

2 ـ **مصطفى قويدري**، مرجع سابق، ص 149.

3 ـ **محمد الصغير بعلي**، تشريع العمل في الجزائر، مطبعة ولاية قالمة، الجزائر، 1992، ص 80.

4 ـ **فاطمة الزهراء بوفطة**، شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 2004/3، 456-490، ص 472.

3- التزام العامل بعدم إفشاء أسرار العمل:

ـ نظرًا لِما في إفشاء العامل لأسرار العمل من آثارٍ سلبيّةٍ على تنفيذ عقد العمل، فقد نصّت الفقرة الثّامنة من المادّة: 08 من القانون 90-11 السالف الذكر بأنّه على العمّال: "ألّا يفشوا المعلومات المهنيّة المتعلّقة بالتّقنيات والتّكنولوجيا وأساليب الصّنع وطُرق التّنظيم وبصفةٍ عامّة ألّا يكشفوا مضمون الوثائق الدّاخلية بالهيئة المستخدمة إلّا إذا فرضها القانون أو طلبتها سلطتهم السّلَّمية".

إنّ علاقة العمل يُفترَض فيها أن تقوم على أساس الثّقة المُتبادَلة لأنّ المُستخدِم يضع كُلَّ ممتلكاته وأسراره المهنيةّ أو جزءٍ منها في يد العامل [1]، وعليه، فإنّ أيّ إفشاءٍ لهذه الأسرار من شأنه الإضرارُ بربّ العمل وبتنفيذ عقد العمل لا محالة. وكُلُّ معلومةٍ من شأنها أن تُستغَلّ من طرف المنافس استغلالًا من شأنه أن يُرتِّب خسارةَ المُستخدِم [2].

ومِن ذلك أيضًا فإنّه يُمنَع على العامل إخفاء ملفّات الخدمة وأوراقها ووثائقها أو إتلافها أو إطلاع الغير عليها، ولا يتحرّر العامل من التزام السّرّ المهني إلا بموافقةٍ كتابيّة من السّلطة التي عيّنته [3].

هذا، ويُعَدّ واجب السّريّة من قبيل الأداء بحُسن نية الذي تنصّ عليه المادة: 1/107 من القانون المدني، وينبغي أن يسودَ مبدأ حسن النية على علاقات العمل وبموجبه يتمسّك العامل بالسّرية وبالأخصّ الأسرارَ المهنيّة التّجارية والصّناعية التي ينجم عن إفشائها أضرارٌ مادّيةٌ ومعنوية مُعتبَرة لربّ العمل تتفاوت تبعًا لطبيعة الأعمال التجارية أو الصناعية وكذلك المهن الحرّة [4].

---

1 ـ **سليمان أحمية**، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري (علاقة العمل الفردية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1994، ص 172.

2 ـ **عبد السلام ذيب**، قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2003، ص 167.

3 ـ **سليمان أحمية**، المرجع السابق، ص 173.

4 ـ **مصطفى قويدري**، مرجع سابق، ص 148.

ثانيا: ـ التزامات ربّ العمل المجسّدة لمقتضيات التّعاون في تنفيذ عقد العمل

ـ ممّا لا شكّ فيه أنّ المصلحةَ المحضةَ لربّ العمل تقتضي منه ـ لا محالة ـ التّعاون مع العامل قصد حسن تنفيذ عقد العمل المُبرَم بينهما، ما دام أن ذلك يصبّ في مصلحته في كلّ الأحوال، ولذلك لم يُلقِ المشرِّع على عاتقه التزاماتٍ عديدةً في هذا الاتّجاه، بل إنّ جُلّ الالتزامات التي ألقاها على عاتقه في هذا العقد، والتي هي حقوقٌ للطّرف الآخر (العامل) إنّما جاء بها المشرِّع في سبيل تحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف والمنافع بينهما [1].

1 ـ والتي سأتناولها بالدراسة في الفصل الثاني من هذه الرسالة عندما أنتقل لدراسة الجانب الموضوعي للتكافل العقدي والمتمثل في: التوفيق بين مصالح المتعاقدين.

خـاتـمــة الـفـصـل الأول:

ـ لـقـد عالجتُ في هذا الفصل الأوّل من الرّسالة الجانبَ الذّاتي للتّكافل العقدي، والمتمثِّل في التّكافل بين المتعاقدين، والذي تطرّقت فيه إلى مبدأين: مبدأ الالتزام بحسن النية أثناء تكوين العقد، وهذا وفقا للقانون المدني أوّلا، حيث أظهرت أهميّته التي تجلّت في مرحلة المفاوضات، وكذا في الإيجاب والقبول، بالإضافة إلى علاقته بعيوب الرضا، حيث بيّنتُ الدّورَ الكبير الذي يلعبه فيـهـا.

ثُـمّ عرّجتُ على بيان أهميّة ذات المبدأ ومظاهره أيضا في ظِلّ بعض العقود الخاصّة (عقد الاستهلاك، عقد التّأمين)، أين يبرز مبدأ حُسن النّية في الالتزام بالإعلام ما قبل التّعاقدي، الذي يلتزم به المهنيّ تُجاه المُستهلِك، ويلتزم به كذلك كُلُّ طرفٍ في عقد التّـأمـيـن.

أمّـا فـيـمـا يخصّ مرحلةَ تنفيذ العقد، فقد تجلّى فيها أيضًا مبدأ التّكافل بين المتعاقدين في الالتزام بالتّعاون الذي يلتزم به طرفا الـعـقـد، ففي ظـلّ القانون المدني، فإنّه وزيادةً على المبدأ العامّ الذي جاءت به المادّة: 107 منه في فقرتيها الأولى والثانية، فإنّ تفصيل هذا المبدأ قد تجلّى بوضوحٍ أكبر في العقود الزمنية (لا سيما عقد الشّركة، وعقد الإيجار)، وكذا في العقود الواردة على العمل (المقاولة الفرعية والوكالة خصوصا).

أمّـا بالنّسبة لبعض العقود التي نظّمتها بعض القوانين الخاصة (عقد الاستهلاك، عقد التّأمين، عقد العمل)، فإنّه لا غنى فيها هي كذلك عن هذا المبدأ نظرا لأهمّيته البالغة في تحقيق التّكافل بين المتعاقدين.

وعلى ضوء ما سبق بيانه، يتّضح لنا أنّ العقد الذي يقوم على أُسسٍ من النّزاهة وحسن النية، ويتمّ تنفيذه وفقًا لمُقتضيات التّعاون بين طرفيه، فإنّ ذلك يؤدّي ـ لا محالة ـ إلى قيام عقدٍ مُستقِرٍّ ومُتوازِنٍ يتحقّق فيه أكبر قـدرٍ من التّكافل العقدي ـ الذي تجلّى لنا وجوده حقيقةً ـ من جانبه الذّاتي، والذي يُـكـمِّـلـه الجانب الموضوعيّ منه، ألا وهو التّوفيق بين مصالح المتعاقدين موضوع الدّراسة والتّفصيل في الفصل الثّاني من هذه الـرّسـالــة.

الـفـصـل الـثـانـي: ـ الـتّـوفـيـق بـيـن مـصـالـح الـمـتـعـاقـديـن:

الـجـانـب الـمـوضـوعـيّ لـلـتّـكـافـل الـعـقـدي

ـ بـعـدمـا عالجتُ في الفصل الأوّل من هذه الرّسالة الجانبَ الذّاتي لمبدأ التّكافل العقدي، والمتمثِّل في التّكافل بين المتعاقدين، فإنّني سأعرِّج في هذا الفصل على الشّقِّ الثّاني المتعلِّق بالجانب الموضوعيّ لذات المبدأ، ألا وهو: "التّوفيق بين مصالح المتعاقدين"، أو بتعبيرٍ آخر "ضمان تحقيق العدالة التّوزيعية" بينهما [1]، والتي حدّد مفهومها الفقيه "جاك غيستان" كما يلي: "إنّ العدالة التوزيعية تتمثّل في منح كُلِّ شخصٍ النّصيب الذي يستحقّه، وهذا بالنّظر إلى الطبيعة مثلما يقول البعض أو الضرورات الاجتماعية والإقتصادية مثلما يقول آخرون، فبشكلٍ أوّلي فالعدالة التوزيعية يمكن أن تقود إلى منح كل أعضاء المجتمع قدرًا متساويًا، وهذه المساواة تُمثِّل الشكل الأكثر وضوحا للعدالة، إلا أن الواقع أكثر تعقيدا، فما دامت وضعية كُلِّ فردٍ داخل المجتمع مختلفة عن الآخرين، فلكي يتسم هذا التوزيع بالعدالة يجب أن يكون غير متساو، فالمساواة تتمثل في منح نفس القدر لجميع من هم في نفس الوضعية".

هـذا، ولقد ظهرت هذه الفكرة نتيجةً لمختلف التّغيّرات الجذريّة والسّريعة والمتلاحقة التي عرفتها نظريّة العقد ـ والتي سبق الإشارة إليها ـ حيث أدّت بها إلى الخروج من النّزعة الذّاتية إلى النّزعة الموضوعية، فلم يـعُـد العـقـد شأنًـا خاصًّـا بالمتعاقدين، بل إنّه قـد صـار يـهـمّ المجتمعَ برُمَّته، هذا من جهة.

---

1 - **J. GHESTIN**, Op, note 65, p. 46 : "La justice distributive consiste à remettre à chacun la part qui lui revient, selon la Nature diront les uns, selon les impératifs sociologiques et économiques ou selon la volonté de l'État diront les autres. A priori la justice distributive pourrait conduire à remettre à tous les membres du corps social une part égale. L'égalité est la forme la plus évidente de la justice, ou plus exactement la forme la plus apparente. La réalité est plus complexe. En fait, parce que la situation de chaque individu dans la société est différente, cette distribution, pour être juste, est inégale. L'égalité consistera seulement à remettre la même part à tous ceux qui se trouvent dans la même situation".

ومـن جهة أخرى، فإنّ العيوب التي تكشَّفت في مبدأ "سُلطان الإرادة" الذي ظَـلّ مُهيمِنًـا على النّظرية العامّة للعقد، حيث كان يُـعـتَـدّ بالمساواة المجرّدة بين طرفي العلاقة العقدية، في حين أنّ الواقع قـد أفـرز تفاوتًا كبيرًا بينهما جرّاءَ العوامل الاقتصاديّة والاجتماعيّة الـمـخـتـلِـفـة [1].

وعـلـــى غِـرار الفصل الأوّل من هاته الرّسالة، فإنّني سأبحث في هذا الفصل فكرةَ **"التّوفيق بين مصالح المتعاقدين"**، من خلال تِبيان مظاهرها ودعائمها وتجلّياتها كذلك، وهذا باستقراء نصوصِ القانون المدني، وكذا بعض القوانين الخاصّة المُنظِّمة لمجال العقود التي لها علاقة وطيدةٌ ومباشرةٌ بها ولا غِـنًى عنها فيه، وهذا وفقًـا لِـمـا يُناسِب فلسفة هذا الموضوع، فأتناول في (مبحثٍ أوّل) فكرة **"التّوزيع العادل للتّكاليف المُترتِّبة عن العقد"** بين طرفيه من خلال نصوص القانون المدني بالإضافة إلى قانون حماية المستهلك، ثُـمّ آتـي في (مبحثٍ ثان) على دراسة الجزء الثّاني لمبدأ التوفيق بين مصالح المتعاقدين، والمُتمثِّل في فكرة **"التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد"** والتي تُـمـثِّـل الغايةَ الأساسيّةَ لكُـلِّ مُتعاقدٍ من جـرّاء العملية التي يُباشرها وهذا في ظِـلِّ القواعـد العامّة والخاصّة كذلك، وأُحاول أن أخلُص في الأخير إلى تأكيد دورهما في تحقيق التّكافل العقدي في جانبه الموضوعيّ، ومن ثَـمّ تِبيان ما إذا كان **الـتّـكـافُـل الـعـقـدي خـيـالاً أم حـقـيـقـةً (Mythe ou réalité)** في هذا الجانب أيضًا.

---

1 –**Ch. Larroumet ,**Droit civil, T 3, Les obligations, Le contrat, 3 ème Ed, L.G.D.J, 1996, N° 2, P 106.

المبحث الأول: ـ الـتّـوزيـع الـعـادل لـلـتّـكـالـيـف الـنّـاشـئـة عن الـعـقـد

ـ يُـرتِّـب الـعـقـد التّبادليّ التزاماتٍ وتكاليفَ في ذمّـة طرفي العلاقة العقدية يجب عليهم الوفاء بها تحت طائلة التّنفيذ الجبري تجسيدًا لمبدأ القوّة المُلزِمة للعقد التي تُعتبَر من أبرز سِماته، وللمتعاقدين الحرّية في تحديد التزاماتهما في العقد وما يتحمّلانِه بموجبه.

غـيـر أنّ المشرِّع الجزائري، ونظرًا لتأثُّـرِه بالمذهب الاجتماعي الذي يكاد يُهيمِن على نظريّة الـعـقـد، فإنّه قد سعى بمختلف الوسائل إلى تحقيق توزيعٍ عادلٍ للتّكاليف المُترتِّبة عـنـه لتجسيد أكبر قدرٍ من العدالة العقديّة سواءً في ظِـلِّ القانون المدني أو في ظِـلِّ بعض القوانين الخاصّة التي تنظّم مجالات العقود، وهذا بـغـضّ النّظر عن اختلاف أُسس ومُرتكَزات هذه الفكرة بينهما، ولا شـكّ أنّ هذا كُـلَّـه يرجع إلى مختلف التّطوّرات الحاصلة في ميدان المعاملات الـعـقـديّـة.

المطلب الأول: ـ التّوزيع العادل للتّكاليف المترتّبة عن العقد في ظلّ القانون المدني

ـ نـظـرًا للفلسفة التي يقوم عليها القانون المدني القائمةُ أساسًا على فكرة المساواة المُجرَّدة بين طرفي العلاقة العقديّة، فإنّ المشرِّع لم يهتمَّ كثيرا في ظِلّه على فكرة التّوزيع العادل للتّكاليف المترتّبة عن العقد بين طرفيه إلا بصورة استثنائية، حيث إنّه إذا نـشـأ العقد صحيحًا، فإنّه يفترض فيه التّوازن والانسجام بين طرفيه، غير أنّ بعض الظّروف الاقتصادية أو الاجتماعية التي تطرأ على العلاقة العقدية [1]، وكذا واقع المعاملات التي أبرز العديد من صور التّفاوت بين المتعاقدين، بالإضافة إلى بعض الشّروط التي يتضمّنها العقد قد تؤدّي إلى الإخلال بهذا التّوزيع العادل، وهذا ما أدّى بالمشرّع إلى إقرار بعض الحلول التي يسترشِد بها القاضي لمعالجة هذا التّفاوت، ومن ثَـمّ تحقيق أكبر قـدرٍ من العدالة العقدية.

وعـلـيـه، فإنّني سأُعالج فكرةَ التّوزيع العادل للتّكاليف النّاشئة عن العقد في ظِـلّ نصوص القانون المدني، بالتّطرّق إلى نظريّة الظّروف الطّارئة التي سعت إلى ردِّ الالتزام المُرهـق الذي يقع على المتعاقد إلى الحـدِّ المعقول (الفرع الأول)، ثمّ الانتقال إلى المعالجة التّشريعية للشّروط التّعسّفية التي من شأنها ـ كذلك ـ الإخلال بهذا التّوزيع للتّكاليف في ذلك (الفرع الثّاني) ليتبيّن لنا دور هاتين النّظريّتين في تحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف المترتّبة عـن الـعـقـد.

---

1 – **Frédéric LECREC**, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, Etude de conflit de lois, Thèse, Strasbourg, P 11.

الفرع الأول: ـ التّوزيع العادل للتّكاليف بين المتعاقدين في حالة الظّروف الطارئة

ـ إنّ وجـودَ التزامٍ مُـرهِقٍ على عاتقِ أحد المتعاقدين بفعل الظّروف التي تطرأ على العقد من شأنه الإخلال الظّاهر بالتّوزيع العادل للتّكاليف المُترتِّبة عنه بين طرفيه، وهو ما يستلزِم بالضّرورة توفيرَ آليّاتٍ عِلاجيّة لـه.

هـذا، ولـقـد أخذت أغلبُ التّشريعات [1] بنظريّة الظّروف الطّارئة (في حين أنّه لم ينصّ عليها القانون المدني الفرنسي) [2]، وتخصّ هذه النّظرية مرحلة تنفيذ الـعـقـد، ونـجـد أنّها تُـعَـدُّ انتهاكًا صارخًا لمبدأ القوّة الإلزامية للعقد، وهـو ما يفسّر التّراجع الذي عرفه مبدأ "سلطان الإرادة"[3]، حتّى أنّ المشرِّع قد جعلها من النّظام العامّ الذي لا يجوز الاتّفاق على مُخالفته [4].

وتـتـجـلّـى أهميّة نظريّة الظّروف الطّارئة من حيث كونها وسيلةً من الوسائل التي تَـمّ إقرارها لتجسيد التّوزيعِ العادلِ للتّكاليفِ المُترتِّبة عن العقد، نظرًا لمُراعاتها لِـمـا يطرأ من ظروفٍ تجعل من تنفيذ أحد طرفي العلاقة العقدية لالتزامه هذا مُـرهِـقًـا له، وهو ما يتنافى حتمًا مع اعتبارات العدالة [5].

---

1 ـ على غرار القانون المدني الجزائري (المادة 3/107)، والقانون المدني المصري (المادة 2/147)، والقانون المدني السوري (2/147)، بالإضافة إلى القانون المدني البولوني (المادة 269)، وكذا القانون المدني الإيطالي (المادة 1467)، أشارت إليها: **جميلة بولحية**، نظرية الظّروف الطّارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983، ص 5.

2 ـ لقد حصر القانون الفرنسي نظرية الظروف الطارئة في مراجعة عقد الإيجار، وفسخ بعض الصّفقات، وتعديل المرتّبات مدى الحياة، وتخفيض أسعار بيع المحلات التّجارية، وإذا كان المشرع الفرنسي لا يسمح بتعديل العقد ومراجعته من قبل القاضي إلا أنه قد وضع بدائل عديدة لذلك، ينظر في هذا:

MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., Droit civil, Les obligations, Déferions, Paris, 2 ème Ed, 2005,P 366 : "Le droit civil français n'admet pas qu'il puisse y avoir révision judiciaire du contrat pour imprévision, mais cette position de principe comporte de nombreuses alternatives".

3 ـ **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 395.

4 ـ ينظر في حماية النظام العام الاقتصادي للتوازن العقدي في نظرية الظروف الطارئة وغيرها: **آسيا يسمينة مندي**، النظام العام والعقود، ماجستير، الجزائر، 2009، ص 84 وما يليها.

5 ـ **عبد الرحمان خليفاتي**، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ماجستير، الجزائر، 1987، ص 81.

ودون إطناب وتفصيل في نظرية الظروف الطّارئة، وما يتعلّق بها من شروطٍ وغيرها من المفاهيم التي لا صِلة مباشرة لها بموضوع هذا البحث، فإنّني سأدرس في هذا الفرع الالتزامَ المرهقَ الذي يقع على عاتق أحد طرفي العلاقة العقدية، والذي تستلزِم اعتبارات العدالة العقدية توزيعه بينهما (أوّلا)، ثمّ أتناولُ بعد ذلك تدخُّل القاضي لردِّ هذا الالزام إلى الحدِّ المعقول بما يكفُل تحقيقَ التّوزيع العادل للتّكاليف المُترتِّبة عن العقد بين طرفيه (ثانيا).

أولا: ـ منافاة وجود التزام مرهق في العقد للتّوزيع العادل للتّكاليف

ـ إنّ وجود التزامٍ مُرهِقٍ على عاتق أحد المتعاقدين نتيجةَ الظّروف التي تطرأ على العقد من شأنه الإخلال بالتّوازن بين التّكاليف التي يتحمّلانِها، وهذا ما أشارت إليه صراحةً المادّة: 3/107 من القانون المدني: "... أن يردّ الالتزام المُرهِق إلى الحدِّ المعقول ..."، حيث أقرّ المشرِّع في هذه الفقرة بوجود التزامٍ مرهقٍ جرّاء الظّروف الطّارئة يلحق أحد طرفي العقد (1)، والذي يؤدّي ـ لا محالة ـ إلى الإخلال بتوازن التّكاليف المُترتِّبة عنه (2).

1 ـ إرهاق المدين بالالتزام جرّاء الظّروف الطارئة:

ـ لا يكفي لإعمالِ نظريّة الظّروف الطّارئة توافُرُ الشّروط المتعارَف عليها (الاستثنائية، العمومية، وعدم التّوقّع)، بل إنّه يجب الاعتداد في ذلك أيضا بتأثيرها على التزام المدين به، حيث لا بُدّ من أن تجعل هذه الظّروف من التزام المدين مرهِقاً له، أو بعبارةٍ أخرى، فإنّ نظريّة الظّروف الطارئة لم تأتِ إلّا لعلاج الإرهاق الذي يُثقِل كاهل المدين بالالتزام في هكذا حالات[1]، وبالتّالي فإنّه لا يمكن تطبيقها إذا جعلت من التزامه ثقيلًا لا مرهقًا إرهاقًا كبيرًا له [2].

---

1 ـ **بن عزوز درماش**، مرجع سابق، ص .261

2 ـ **حفيظ دحمون**، مرجع سابق، ص 103.

إنّ الإرهاق الذي يُعتَدّ به في هذا الصّدد هو ما يتجلّى في صورته الموضوعية وليس الشخصية، وهذا ما ذهب إليه جانبٌ كبير من الفقه [1]، حيث يتمّ النّظر فيه إلى ظروف عمليّة التّعاقد، وليس إلى ظروف المتعاقد الشّخصية، فلا يمكن ـ مثلًا ـ النّظر إلى المركز المالي للمدين بشكل عامّ حتّى يتمّ تقدير تحقّق الإرهاق من عدمه، فالالتزام ذاتُه قد يُعدُّ مرهِقاً لشخص لا يتمتّع بيُسرٍ ماليٍّ وثراء، في حين أنّه لا يكون كذلك بالنّسبة إلى شخص آخر يتمتّع بثراءٍ كبير.

وعليه، فإنّه إذا طرأ حادثٌ استثنائي جعل تنفيذ الالتزام يستوجب بذل تكلفةٍ باهضة الثّمن، فإنّه على القاضي في هذه الحالة إعمالُ نظرية الظّروف الطّارئة التي جاءت بها المادّة: 03/107 من القانون المدني ليتحقّق التّوزيع العادل للتّكاليف بين المتعاقدين، حتّى وإن كان بوسعهما مواصلة تنفيذ هذا الالتزام بالنّظر إلى يُسر وثراء الطّرف الذي سيبذل هذا الثّمن الباهض.

هـذا، ويجب ألّا يـتـمّ التّشديد كثيرا في تقدير الخسارة الفادحة التي من شأنها إحداث الإرهاق إلى درجة تكون فيها مُؤدّيةً إلى خراب المدين بالالتزام، بل يجب التّوسُّط في ذلك في كلّ الأحوال لتحقيق العدالة العقدية التي هي أساس هذه النّظرية [2].

وغـنـيٌّ عن البيان في هذا الصّدد أنّ مقدار الإرهاق لا يمكن أن يصل إلى درجةٍ تؤدّي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، لأنّنا نكون في هذه الحالة إزاء قوّةٍ قاهرةٍ تؤدّي إلى انقضاء الالتزامات المتقابلة وانفساخ العقد بقوّة القانون طبقا للموادّ: 121، 176 و307 من القانون المدني.

---

1 ـ يُنظَر في ذلك: **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، مصادر الالتزام ...، مرجع سابق، ص 723 و724، **العربي بلحاج**، مرجع سابق، ص 258، **علي فلالي**، مرجع سابق، ص 400 و401.

2 ـ **بن عزوز درماش**، مرجع سابق، ص 242.

2 ـ إخلال الظّروف الطّارئة بتوازن التّكاليف بين المتعاقدين:

ـ إنَّ التّهديدَ بالخسارة الفادحة التي نصّت عليه المادّة: 03/107 من القانون المدني إنّما هو نتيجةٌ عن الإخلال بتوازن التّكاليف بين المتعاقدين جرّاء الظّروف التي تطرأ على العقد، وهنا نجد أنّ المشرِّع قد تجنُّب تحديد الإرهاق ومقداره، وبذلك فإنّه قد تركه للسّلطة التقديرية للقاضي.

ويُنظَر إلى مسألة إخلال الظّروف الطّارئة بتوازن التّكاليف بين المتعاقدين من زاويةٍ موضوعيّة، ويكون ذلك بحسَب سعر السّوق وليس بحسَب ما اتّفق عليه المتعاقدان، وهذا من أجلِ تحقيق التّوازن بين المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد، وبالتّالي الوصول إلى العدالة التي تُراعى فيها مصالحهما المشتركة [1]، وهو ما ذهب إليه القضاء المصريّ حين اعتبر أنّ هبوط المبيع بمقدار الرّبع أو الثّلث لا يعتبر خسارةً فادحةً ولا يُؤدّي إلى الإخلال بتوازن العقد، في حين أنّ هبوطه إلى ما يقارِب النّصف يُعَدّ خسارةً فادحة [2]، وعليه، فإنّ مِمّا ينتج عن الظّروف الطّارئة هو مساسُ الخسارةِ الفادحة التي تهدّد المدين بالكيان الاقتصادي للعقد، فتُؤدِّي إلى الإخلال بتوازُناته، وتجعل من إلزام المتعاقد بتنفيذه نوعًا من الظّلم الذي يلحقُ به [3].

وعلى ضوء ما سبق، فقد قرّرت المحكمة العليا أنّ الهدف من إزالةِ الإرهاق عن المتعاقد الذي من شأنِ الظّروف الطّارئة أن تُعرِّضه لخسارةٍ فادحةٍ إنّما يتمثّل أساسًا في إعادة التّوازن المُختَلّ للعقد [4].

---

1 ـ **بن عزوز درماش**، مرجع سابق، ص .262

2 ـ قرار محكمة النقض المصرية، ذكرته: جميلة بولحية، مرجع سابق، ص .125

3 ـ **عبد الحميد الشواربي**، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1988، ص .134

4 ـ المحكمة العليا، غ . ع، 1990/10/24، ملف رقم 191705، م . ق: 1999، عدد خاص، ص 95.

ثانيا: ـ تدخّل القاضي لتحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف في حالة الظّروف الطّارئة

ـ إنّ الإرهـاق النّاجم عن الظّروف الطّارئة الذي يلحَق المدين بالالتزام وما يُحدِثه من إخلالٍ بتوازن التّكاليف المُترتّبة عن العقد يستلزِم بالضّرورة تدخُّلَ القاضي من أجلِ التّوفيق بين مصالح المتعاقدين، وهذا ما نصّت عليه صراحة المادّة: 03/107 من القانون المدني: "... جاز للقاضي تبعًا للظّروف وبعد مراعاة مصلحة الطّرفين أن يرُدّ الالتزام المُرهِق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلاً كُلُّ اتّفاق على خلاف ذلك"، وتقتضي الإحاطة بهاته الفكرة ذات الأهمية البالغة في موضوع هذه الدّراسة تحديد مضمون هذا التدخّل (1)، بالإضافة إلى بيان وسائله أيضا (2).

1 ـ مضمون تدخّل القاضي لتحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف:

ـ لم يضع المشرِّع قاعدةً مُعيّنةً يلتزِم بها القاضي لتحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف في حالة الظّروف الطّارئة بموجب نصّ المادّة: 03/107 من القانون المدني المذكورة آنفًا، وهذا بسبب اختلاف كُلِّ حالةٍ من حالاتها وتأثيرها على توازن العقد، وما تستوجِبُه من وسائل لردّ الالتزام المُرهق إلى الحدّ المعقول.

غير أنّه لا بدّ في هذا الصّدد من إشراك كُلٍّ من الدّائن والمدين في تحمُّل الإرهاق الذي تُرتِّبه الظّروف الطّارئة، وهنا لم يُحدِّد المشرِّع كذلك نسبةً مُعيَّنةً في توزيع الإرهاق بين المتعاقدين، وكذا التّكاليف التي يتحمّلانها بموجب ذلك، فيكون إشراكُهما في الخسارة بالنّظر إلى النّسبة التي يحدّدها القاضي بعد تفحّص الظّروف المُحيطة بالعمليّة التّعاقدية، ثـمّ الموازنة بين مصالح الطّرفين، وهذا دون تقييد سلطة القاضي في ذلك بقاعدةٍ حسابيّة، بل يكون التّوزيع الذي يُحدِّده القاضي في ذلك خاضعًا لقواعد العدالة، حيث يستهدِف تحقيقَ معاني التّضحية

التي لا مجال لتقييدها بأيّ قيدٍ مادّي من شأنه أن يمُسَّ بالأساس الذي تقوم عليه نظريّة الظّروف الطّارئة [1]، ذلك أنّ الضّابط الذي يتقيّد به القاضي هو توزيع الأعباء والتّكاليف الطّارئة، لأنّ الأساس الذي تقوم عليه هذه النّظرية يتمثّل في تحقيق العدالة من خلالِ إعادة التّوازن للعقد الذي اختلّت فيه الالتزامات المُتقابِلة [2].

وأخيرًا فيجب على القاضي في كُلِّ الأحوال أن يراعيَ مصلحة كِلا المتعاقدين عند مُمارسَته لسُلطته في هذا التّعديل، وهذا ما يُستَفاد من نصّ المادّة السّالفة الذّكر، والتي أوردت لفظ "تبعًا للظّروف" التي تُقيِّد من سُلطته في هذا الشّأن [3].

2 ـ وسائل تحقيق القاضي للتّوزيع العادل للتّكاليف:

ـ يتدخّل القاضي في العقد الذي اختلّ توازنه بفعل الظّروف الطّارئة ليرُدَّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ومن ثمّ تحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف بين المتعاقدين بوسيلتين، هما:

أ ـ الإنقاص من التزام المدين :

ـ يُعَدّ الإنقاص من المقدار الذي يتحمّله المدين والذي صار مُرهِقًا له بفعل الظّروف الطّارئة الوسيلة الطبيعية والعادية التي ترفع عنه الإرهاق من خلال إعفائه من تنفيذ قسطٍ ممّا التزم به [4].

---

1 ـ **محمد بوكماش**، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2012، ص 259 و.260

2 ـ **حميد بن شنيتي**، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996،، ص .61

3 ـ **خديجة فاضل**، مرجع سابق، ص .103

4 ـ **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 403.

وعليه، فإنّه يُمكن للقاضي من خلال هذه المُكنة إنقاص الكمّية التي يلتزم بها المدين، فإذا التزم مستورِدٌ مثلًا بأن يُورِّد لشركةٍ ما مُعدّات أو سلعًا، فإنّه وبفعل الظّروف الطّارئة التي تجعل من تنفيذ التزامه مُرهِقا له فإنّه لا يُلزَم إلّا بمقدارٍ يُعادل نصف الكمّية أو ما يُضاهي الحدود المعقولة التي يتمكّن فيها من تنفيذ التزامه .

كما يُمكن أيضًا أن يرِد الإنقاص على القيمة الماليّة للشّيء محلّ الالتزام، كأن يتمّ الاتّفاق في العقد على بيع شيءٍ معيّن، ثمّ تتسبّب الظّروف الطّارئة في انخفاض سعره، فيتولّى القاضي بموجب السّلطة التي تمنحه إيّاها المادّة: 03/107 من القانون المدني خفضَ ثمنه حتّى يُزيل الإرهاق عن الطّرف المدين به، وهو ما من شأنه كذلك أن يُؤدّي إلى التّوزيع العادل للتّكاليف بين طرفي العلاقة العقدية.

هذا، ويُمكن للقاضي أيضًا أن يستعمل وسيلة الإنقاص من خلال إعفائه للمدين في الالتزام الذي تحمّله من بعض الشّروط المُرهقة، كمنحِه أجلًا لتنفيذ التزامه بسبب الظّروف الطّارئة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا حين قرّرت: "أنّ قضاة المجلس حين منحوا المطعون ضدّها أجلًا لتنفيذ التزاماتها مُعتمدين في ذلك على الظّروف الأمنيّة الاستثنائية السّائدة في المنطقة، والتي ترتّب عنها عدم الوفاء بالالتزامات النّاشئة عن العقد بصفةٍ مؤقّتة يكونون قد طبّقوا القانون تطبيقًا سليمًا" [1].

ولعلّ أكثر ما يُثير النّقاش في صدد الإنقاص هو إنقاص الالتزام المُرهق من حيث الكيف، فبغضّ النّظر عن الخلاف السّائد بين الفقهاء بشأن هذا المفهوم، فإنّه يمكن القول أنّ هذا الحلّ استثنائيٌّ أيضًا، وما على القاضي ـ في كلّ الأحوال ـ إلّا إيجاد الطّريقة المُثلى التي تضمن استمرار العلاقة العقدية مع توخّي مصلحة الطّرفين المتعاقدين في ذلك كلّه [2].

---

1 ـ المحكمة العليا، غ . م، 2000/01/17، ملف رقم 212782، م.ق: 2000، العدد 1، ص 114.

2 ـ **بن عزوز درماش**، مرجع سابق، ص 267.

ب ـ الزّيادة في التزام الدّائن :

ـ لم تنصّ المادّة: 03/107 من القانون المدني السّالفة الذّكر على إمكانيّة الزّيادة في التزام الدّائن لمعالجةِ الإرهاق النّاجم عن الظّروف الطّارئة، بل أكثر من ذلك فإنّ النصّ الفرنسي لهذه المادّة قد أورد كلمة: "Réduire" التي تفيد الإنقاص وليس الزّيادة، وعلى الرّغم من ذلك فقد رأى جانبٌ كبيرٌ من الفقهاء [1] أنّه بإمكان القاضي الزّيادة في التزام الدّائن بحُكم أنّه يؤدّي إلى نفس نتيجة الإنقاص، وهو تحمُّل كِلا طرفي العقد لجزءٍ من الخسارة النّاجمة عن الظّرف الطّارئ.

لكن هنالك من الفقهاء من يرى عكس ذلك [2]، وحُجّتهم في ذلك وضوح نصّ هذه المادّة التي قيّدت من سلطة القاضي في ردّ الالتزام المرهق ـ وهو التزام المدين بطبيعة الحال ـ، وكذا عبارة النصّ الفرنسي السّالف ذكرها التي لا يُمكن أن تفيد إلّا معنى الإنقاص، وكذا نصّ المادة: 561 من القانون المدني التي لا مُبرّر لها إلّا الحلّ الاستثنائي الذي تتضمّنه والمتعلّق بعقد المقاولة، وأخيرا لمُناقضة هذه الزّيادة لمصدر التزام الدّائن (وهي إرادته).

والرّأي الذي أراه راجحا في هذه المسألة هو أنّ نص المادّة: 03/107 من القانون المدني يستغرق أيضا الزّيادة في التزام الدّائن، لأنّ ذلك يمنح لسلطة القاضي مجالًا أكبر وأكثر فعالية لمواجهة الظّرف الطّارئ، وحيث أنّه لو أراد المشرّع أن يقتصر على الإنقاص فقط لعبّر عن ذلك صراحةً كما فعل عند معالجته لعيب الاستغلال من خلال نصّ المادة 90 من القانون المدني[3]، كما أن المشرّع قد أخذ نص المادّة: 03/107 من القانون المدني المصري

---

1 ـ **جميلة بولحية**، مرجع سابق، ص 136، **حميد بن شنيتي**، مرجع سابق، ص 64، **العربي بلحاج**، المرجع السابق، ص 259 وما يليها ... وغيرهم من الفقهاء.

2 ـ من بينهم الفقيه: **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 404 و405.

3 ـ التي نصّت بوضوح على معنى الإنقاص: "... أو أن يُنقِص التزامات هذا المتعاقد" (أي المتعاقد المغبون).

(المادّة 2/147 منه) الذي أورد في المذكّرة الإيضاحية لفظ "يُنقِص"، ثمّ عاد واستقرّ على لفظ "يـردّ"، وأمّا فيما يخصّ نصّ المادة: 561 من القانون المدني فإنها لم تأتِ إلّا لتفصيل ما تـمّ إجمالُه في النظرية العامّة للعقد فيما يخصّ نظريّة الظّروف الطّارئة، حيث وردت كتطبيقٍ لها فقط، وأخيرا، وفيما يتعلّق بالحُجّة التي مفادها أنّ زيادة التزام الدّائن فيها إخلالٌ بمصدر التزامه المُتمثِّل في إرادته الحرّة، فيمكن الـردّ على هذه الحجّة بكون أنّ هذه النظريّة قائمةٌ على أساسٍ موضوعيّ ـ كما سبق بيانه ـ والمتمثّل في السّعي إلى تحقيق العدالة العقدية التي تؤدّي في كثير من الأحيان إلى إيراد استثناءاتٍ على مبدأ سلطان الإرادة في الـعـقـود.

وعـلـى ضوء هـذا، فإنّه إذا التزم شخصٌ ـ مثلا ـ بعقدٍ يتضمّن تموين شخصٍ آخر بموادّ مقابل ثمنٍ معيّن، فإنّه وفي حالة حدوث ظرفٍ طارئ أدّى إلى زيادة ثمن هذه الموادّ، فإنّ للقاضي وتبعا للظّروف وبعد مراعاة مصالح الطّرفين أن يزيد في المُقابل الذي يدفعه الدّائن نظير حصوله عليها إذا ما رأى أنّ هذه الوسيلة هي الأكثر ملاءمة لمُقتَضيات العدالة.

مـمّـا سـبـق تحليله بخصوص نظريّة الظّروف الطّارئة باعتبارها مُكْنة في يـد القاضي لتحقيق العدالة العقديّة، فإنّه قـد اتّضح لنا الدّور الذي تُؤدّيه في سبيل التّوفيق بين مصالح المتعاقدين (الجانب الموضوعي لفكرة التّكافل العقدي)، ذلك أنّ الأساس الذي تقوم عليه هذه النّظرية والغاية التي أُقِرَّت من أجلها والمُتمثِّلان في قـيـم العدالة ذات الأبعاد المُتعدّدة، ومن بين هاته الأبعاد تحقيق "التّوزيع العادل للتّكاليف المُترتِّبة عن الـعـقـد".

الفرع الثّاني: ـ معالجة الشّروط التّعسّفية لتحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف بين المتعاقدين

ـ ميّز الفقه القانوني في تقسيماته للعقود من حيث المساواة بين المتعاقدين بين عقود المساومة وعقود الإذعان، هاته الأخيرة الذي لا يُنازِع المشرِّع في طبيعتها العقديّة [1] لم يتولّ تعريفها، بل إنّه لم يجعل لعقد الإذعان قسمًا خاصًّا بها في ظِلّ أحكام النّظرية العامّة للعقد، حيث اقتصر في المادّة: 70 من القانون المدني على ذكر خصائصه فقط،والتي تُترجِم في مُجملِها معاني السّيطرة والقوّة الفعليّة للطّرف الموجب في العقد أمام الطّرف الآخر المذعن[2].

هـذا، ولا بـدّ من بيان أنّ الشّروط التّعسفية التي نحن بصدد دراستها لا يُمكِن أن تـرِد إلّا في عقد الإذعان، وهذا ما ذكرته صراحةً المادّة: 110 من القانون المدني حين نصّت على: "إذا تـمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطًا تعسّفية ...".

وعـلـى غِـرار دراستي لنظرية الظّروف الطّارئة وعلاقتها بمبدأ "التّوزيع العادل للتّكاليف المترتّبة عن العقد بين المتعاقدين"، فإنّني سأُبيّن في هذا الفرع مناقضةَ الشّروط التّعسفية لهذا المبدأ (أوّلا)، ثمّ أبيّن المعالجة التّشريعية [3] لهذا الإخلال والحلول المُقرَّرة في ذلك (ثانيا).

---

1 ـ الجدير بالإشارة إليه أنّ هناك من نازع في الطبيعة العقدية لعقد الإذعان، ومعظمهم من فقهاء القانون العام، وعلى رأسهم الفقيه: **"سالي"**، العميد **"ديجيه"**، والفقيه **"هوريو"**: **عبد المنعم فرج الصدة**، عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية قضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الاول، مصر سنة 1994، ص 139، محفوظ لعشب، عقود الإذعان في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1983، ص 31.

2 ـ **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 82 و83.

3 ـ الجدير بالملاحظة هنا أنّ المشرع الفرنسي لم يأتِ بنصوص خاصّة في القانون المدني لحماية الطّرف الضّعيف في عقد الإذعان، وهذا بالرّغم من النقاش الفقهي الواسع المُثار حول ذلك، وقد لجأ القضاء في تطبيقاته في هذا الصّدد إلى إعمال القواعد العامة وتفسير العقود، ينظر في ذلك: **محفوظ لعشب**، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، المؤسّسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1990، ص 165.

أولا: ـ مناقضة الشّروط التّعسّفية للتّوزيع العادل للتّكاليف المُترتّبة عن العقد

ـ إنّ وجود شروطٍ تعسّفيّة في عقود الإذعان لا بُدّ وأن تؤدّي إلى الإخلال بالتّوزيع العادل للتّكاليف النّاجمة عن العقد (2)، وهذا بالنّظر إلى ما يترتّب عنها من إرهاقٍ للطّرف المدين بالالتزام في هاته العقود (1).

1 ـ إرهاق المدين بالالتزام جرّاء الشّروط التّعسفيّة:

ـ لا بُـدّ وأن ينطوي الشّرطُ التّعسّفي الوارد في عقد الإذعان على إرهاقٍ يُـثـقِـل كاهلَ الطّرف المذعن والذي تـمّ فرضه عليه من قِـبَـل الطّرف الموجب بحكم مركزه القويّ فعليّا في العلاقة العقديّة التي تجمعهما، وهو ما يمنح للقاضي مبرِّرًا للتدخّل من أجل تخفيف العبء المُلقى على عاتق هذا الطّرف الضّعيف، ومن ثَـمّ تخفيف الإرهاق الذي يمكن أن يلحقه جرّاء التّكاليف التي يرتّبها هذا الشّرط [1] .

وقـبـل أن يتدخّل القاضي في عقد الإذعان بموجب السّلطة الممنوحة له في ذلك، لا بـدّ من تفحّصه لهذا الإرهاق، ثـمّ مُوازنته بين التّكاليف المُترتِّبة عن العقد والتي قد تُؤثِّـر عليها هـذه الشّروط، مُستهدِيًا في ذلك بحالة المتعاقدين، وبالظّروف المُحيطة بالعمليّة التّعاقدية، وباعتبار أنّ هذه الأخيرة من مسائِل الواقع فـإنّـه لا رقابةَ للمحكمة العليا على القاضي في تقديره لـهـا.

---

1 ـ **حميد بن شنيتي**، مرجع سابق، ص 45.

2 ـ إخـلال الشّروط التّعسّفية بـتـوازن الـتّـكـالـيـف بـيـن الـمـتـعـاقـديـن:

ـ لـم يـهـتـمّ المشرِّع في سعيه لتحقيق توازن التّكاليف المُترتّبة عن العقد بفكرة تعادل الأداءات في العقود كمبدأ، ولا أدلَّ على ذلك من إباحته لعقد الغرر (بموجب نصّ المادّة: 2/57 من القانون المدني)، وهذا على الرّغم ممّا يُمكِن أن ينطوي عليه هذا العقد من تفاوتٍ كبيرٍ بين التزامات الطّرفين، لكنّه قد استثنى من هذه القاعدة العقود التي تتمّ بطريقة الإذعان نظرا إلى "السّلطة الفعلية" التي يتمتّع بها الطّرف الموجب أمام الطّرف المذعِن.

هـذا، ولـقـد مـيّـز الفقه بين نوعين من الشّروط التي تؤدّي إلى هذا الاختلال، وهي: الشّروط المُخلّة بذاتها بتوازن التّكاليف النّاجمة عن العقد (أ) ، وكذا الشّروط المُخِلّة بهذا التّوازن بحُكم استعمالها (ب).

أ ـ الشّروط التّعسفية المُخِلّة بذاتها بتوازن الـتّـكـالـيـف

ـ يـظـهـر التّعسّف في هذا النّوع من الشّروط منذ إدراجها في عقد الإذعان، فتكشف عنه ألفاظها، ويبرز التّعسف جليًّا فيها قبل القيام بتنفيذها، فتسمح للطّرف القويّ بأن يتحمّل بموجب العقد تكاليف لا تتناسب تماما مع التّكاليف التي يتحمّلها الطرف المذعِن، كما قد تظهر في عدم تناسب الحقوق التي يحصل عليها مع الواجبات التي يتحمّلها بموجب العقد، ومن ذلك مثلا: الشّرط الذي يقضي بإعفاء الطّرف الموجب من المسؤوليّة، أو بإمكانيّة رجوعه في العقد، أو وقف تنفيذه بمُفرده دون اتّفاقٍ جديدٍ مع المتعاقِد الـمـذعِـن [1].

---

1 ـ **عبد الحكم فودة**، تفسير العقد في القانون المدني المصري والقانون المقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، طبعة 2002، ص 359.

ب ـ الشّروط التّعسفية المخلّة بتوازن التّكاليف بحُكم استعمالها

ـ يختلف هذا النّوع من الشّروط عن النّوع الأوّل، حيث إنّه لا يظهر التّعسّف فيها بمجرّد إدراجها في العقد، بل يتجلّى ذلك عند تطبيقها والتمسّك بحرفِيّتها، وبالتّالي فقد يتعذّر معرفة كون أنّ الشّرط الوارد في عقد الإذعان هو شرطٌ تعسّفي حتّى يشرع المتعاقدان في تنفيذ العقد المُبرم بينهما، فيظهر اختلالٌ فاضح في التّكاليف التي يتحمّلانِها، ويكون مردُّ ذلك شروطٌ أدرجها الطّرف الموجب في العقد لم يبرز التعسّف فيها وتأثيرها على توازن الالتزامات النّاجمة عنه إلا عند إعمالها [1].

وبإلقاء نظرة على نصّ المادّة: 110 من القانون المدني فإنّه يبدو أنّ المشرّع قد اعتدّ بالنّوع الأوّل من الشّروط التّعسفية ـ أي المُخلّة بذاتها بتّوازن التّكاليف ـ حين نصّ على :" إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطًا تعسّفية ..."، ولكن، وفي كلّ الأحوال فإنّه لا مانع من اعتبار الشّروط التّعسفية المُخِلّة بالتّوازن العقدي بحكم استعمالها مُندرِجة تحت حكم هذه المادّة ما دامت الغاية واحدة، وهي رفع التّعسّف عن الطّرف المذعِن في كِلا النّوعين من الشّروط.

---

(01) **خالد السباتين**، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، ص 130.

ثانيا: ـ تدخّل القاضي لتحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف

ـ نظـرًا لتراجع المذهب الفردي القائم على مبدأ سلطان الإرادة أمام التّطورات الاجتماعية والاقتصادية التي سبق بيانها، فإنّ المشرّع الجزائري قد تأثّـر على غرار أغلب التّشريعات بهذه التّغيّرات، ويتجلّى لنا ذلك في الحماية التي سعى إلى توفيرها للطّرف المُـذعِـن في عقد الإذعان، وهذا سعيًـا إلى تحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف النّاجمة عنه، حيث إنّه قـد سمح بتدخّل القاضي في إرادة الطّرفين المتعاقدين، وذلك بوسيلتين هما: تعديل الشّروط التّعسفية أو إعفاء الطّرف المُـذعِـن منها (1)، أو بتأويل الشـكّ لصالح الطّرف المُـذعِـن فيـهـا (2).

1 ـ تعديل القاضي للشّروط التعسفية أو إعفاء الطّرف المُـذعِـن منها

ـ نـصّـت المادّة: 110 من القانون المدني على أنّـه: " إذا تـمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطًا تعسّفية جاز للقاضي أن يُعدِّل هذه الشّروط أو أن يُعفي الطّرفَ المُذعِـن منها، ويقع باطلًا كل اتّفاق على خلاف ذلك".

يُـعـتـبَـر حكم هذه المادة خروجًا صريحًا هو الآخر عن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" حيث أن للقاضي بموجبها سلطة تعديل الشّروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان (أ)، أو إعفاء الطرف المذعن منها تمامًـا (ب).

أ ـ تـعـديـل الـقـاضـي لـلـشّـروط الـتّـعـسّـفـيـة

ـ يـتـولّـى القاضي تعديلَ الشّروط التّعسفية الواردة في عقد الإذعان بموجب نصّ المادّة السّالفة الذّكر قصد رفع أوجهِ التّعسّف عن المتعاقد المذعِـن، ومن بين هذه الأوجه نجد:

ـ قـد تكون هذه الشّروط مُتّصلةً بالمقابل الذي يُفرَض على الطّرف المُـذعِـن نظير الخدمة التي سيؤدّيها في عقد العمل مثلا أو في القيمة الإيجارية في عقد الإيجار، ممّا يجعله شرطًا جوهريًّا في العقد يصعب الإعفاء منه دون المساس بالعملية التّعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التّعديل هي أنسبُ الوسائل لرفعِ الإجحاف عن الـمُـتـعـاقِـد [1].

ـ كـمـا قد تكون هذه الشّروط متعلّقةً بوسائل التّنفيذ أو مُـدّته، فيكون التّعديل بالزّيادة أو بالإنقاص، فيتحقّق من ذلك إزالة المظهر التّعسّفي للشّرط بما يُحقِّق الهدف أو الغرض الذي توخّاه المُشرِّع من منح القاضي هذه السّلطة وهي التّوازن بين الأداءات المُتقابِلـة.

ـ وأخـيـرا يُـمـكِـن أن يـرِد الشّرط موضوع التّعسف في صورة شرطٍ جزائيٍّ مُبالَغ في تقديره قـد تـمّ إيراده في عـقـد الإذعان، فهنا تنصبُّ سلطة القاضي في تعديله على أساس اعتباره شرطًـا تـعـسّـفـيًّـا [2].

ب- إعفاء القاضي للطّرف المُـذعِـن من الشّروط التّعسّفية

ـ تُـعـتـبَـر سلطة القاضي في إعفاء الطّرف المذعن من الشّروط التّعسّفية التي يتضمّنها عقد الإذعان خروجًا آخـر ـ إلى جانب سلطة التّعديل ـ عن مبدأ القوّة المُلزِمة للعقد حيث نصّت المادّة السّالفة الذّكر: "...أو أن يُعفيَ الطّرف المذعِـن منها...".

---

1 ـ **حميد بن شنيتي**، مرجع سابق، ص 46.

2 ـ **عبد الحكم فودة**، مرجع سابق، ص 304.

هــذا، وقد منح المشرِّع هاته السّلطة للقاضي في حالة ما إذا ارتأى أنّ الشّرط الواردَ في عقد الإذعان هو شرطٌ تعسّفي، وأنّ مجرّد تعديله بتخفيف الالتزام المفروض على الطّرف المذعِن لا يُوفِّر له الحماية المطلوبة، فإنّه يستطيع أن يُعفيَه من تنفيذه مادام أنّ هذا هو السّبيل الوحيد لتحقيق التّوازن بين التّكاليف التي يتحمّلها المتعاقدان بموجب العقد . فالإعفاء في بعض الحالات هو الذي يُحقِّق الغاية من التّعاقد، ومن ثَـمّ العدالة العقدية، والإبقاء على هذه الشّروط أو الاكتفاء بتعديلها قد يكون متنافيًا مع مبادئ العدالة [1].

والجدير بالذّكر هنا أنّ قيام القاضي بتعديل الشّروط التّعسفية أو إعفاء الطّرف المُذعِن منها يكون بطلبٍ من هذا الأخير تماشيًا مع مبدأ حياد القاضي المدني.

كما أُشير أيضًا إلى أنّ المشرِّع قد تفطّن لما يُمكِن أن يقوم به الطّرف المُوجب من تضمينِ عقد الإذعان شرطًا يقضي باستبعاد تدخّل القاضي في العقد، فجعل حُكم هذه المادّة من النّظام العامّ، وبالتّالي فإنّه: "...يقع باطلًا كُلّ اتّفاقٍ على خلاف ذلك"، وهذا كلّه في سبيل تحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف بين المتعاقدين في هكذا عقود.

2 ـ تأويل الشكّ في عقد الإذعان لصالح الطّرف المُذعِن

ـ بالإضافة إلى الحماية السّابقة للطّرف المذعِن في عقد الإذعان، وسعيًا من المشرِّع لتحقيق توازن التّكاليف بين طرفيه، فقد تمّ النصّ أيضا على أنّ الشكَّ في عقود الإذعان يُفسَّر لصالح الطّرف المذعن (أ)، وهذا لمبرِّرات عِدّة (ب).

أ ـ الشكّ يُؤوَّل لصالح الطّرف المُذعِن في عقد الإذعان

ـ نصّت الفقرة الأولى من المادّة: 112 من القانون المدني على مبدإٍ عامٍّ في تأويل الشكّ في العقود، حيث نصّت على أنّه: "يؤول الشكّ في مصلحة المدين".

---

1 - **حفيظ دحمون**، مرجع سابق، ص 87.

غير أنّ الفقرة الثّانية من نفس المادّة قد أوردت استثناءًا على هذه القاعدة حيث نصّت: "غير أنّه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًّا بمصلحة الطّرف المذعن".

وعليه، فإنّ الغموضَ الذي يُمكِن أن يكتنِف العبارات الغامضة في عقود الإذعان والذي يمكن أن يطرأ عليها بسبب الإبهام الذي يعتريها، أو عدم التّوافق والانسجام بين شروطٍ تعاقدية عديدة، أو التّناقض بين شرطٍ مكتوبٍ باليد وشرط مطبوع ممّا يثير اللّبس، أو نظرًا لكون العبارة المستعملة في العقد تحمل دلالات متعدِّدة ولا يمكن ترجيح إحداها على الأخرى، فلا بدّ أن يُؤوِّل القاضي هذه العبارات فيها لصالح المتعاقد المذعِن.

وعلى هذا فيُمكن القول أنّ نصّ الفقرة الثانية من المادّة السّابقة يسهِّل على القاضي تفسير عقد الإذعان حيث لا يُجبَر على الاجتهاد لتوفير الحماية للطّرف المذعن، وإنّما يقتصر عمله على تفسير الشكّ الذي يعتري العقد لصالح الطّرف المذعِن في كلّ الأحوال.

ب ـتبرير تأويل الشكّ لصالح الطرف المُذعِن في عقد الإذعان

ـ يقوم حُكم الفقرة الثانية من المادّة: 112 من القانون المدني الذي يقضي بأن الشكَّ يُؤوَّل لصالحِ الطّرف المذعن على اعتبارات عِدّة، منها [1]:

ـ أوّل هذه الاعتبارات هي أنّ تبعة الغموض يجب أن تقع على عاتق المُوجب الذي انفرد بتحرير العقد، فيكون من الأولى تفسير الغموض لصالح الطّرف المذعِن.

ـ تكاد الإرادة المشتركة تختفي تماما في عقود الإذعان، حيث يتوارى الطّرف المذعِن تحت شروطٍ مُقرَّرةٍ سلفًا ليست له إمكانيّة مُناقشتها.

ـ إنّ قواعد العدالة تقتضي حمايةَ الطرف الضعيف، وما دام أنّ المتعاقد المُذعِن هو الطّرف الضعيف في عقد الإذعان، فيجب توفير حماية خاصّة له بغضّ النّظر عن كونه دائنًا أم مدينًا.

1ـ أشارت إليها: **فاطمةعاشور**، مرجع سابق، ص 76 و 77.

المطلب الثاني: ـ التّوزيع العادل للتّكاليف المُترتِّبة عن العقد في ظلّ القوانين الخاصّة

ـ بعدما عالجتُ في المطلب الأوّل بعضًا من الآليّات التي اعتمدها المشرِّع لتحقيق التّوازن بين التّكاليف النّاجمة عن العقد بين طرفيه في ظِلّ القانون المدني، ونظرًا لبعض القصور الذي يكتنف هذه الحماية التّقليدية للطّرف الضّعيف في العقود، فإنّ المشرِّع قد سعى لإيجاد حمايةٍ أكبر من خلال القوانين الخاصّة لتدعيم الآليّات السّالفة الذّكر، وهذا انسجاما مع شتّى الظّروف الاقتصادية والاجتماعية المستجِدّة.

ولقد أتت هذه القوانين الجديدة المنظِّمة لبعض مجالات العقود بمفاهيم وآليّات جديدة، انطلق فيها المشرِّع من اللّامساواة الموجودة بين طرفي هذه العقود، وهذا من أجل الوصول إلى تجسيد المساواة الحقيقية بينهما، ومن بين هاته الآليّات: معالجة الشّروط التّعسّفية في عقود الاستهلاك (الفرع الأوّل)، وكذا التزام المحترف بالضّمان في ذات العقود (الفرع الثّاني).

الفرع الأول: ـ ضمان التّوزيع العادل للتّكاليف بين المتعاقدين من خلال مُكافحة الشّروط التّعسّفية في عقود الاستهلاك

ـ نظرًا لبعض القصور الذي شاب النّظرية التّقليدية للعقد في توفير الحماية للمُستهلك أمام المهنيّ جرّاء القوّة التي يتمتّع بها هذا الأخير، ولا سيما فيما يخصّ الشّروط التّعسفيّة التي يضعها في العقد، فقد ظهرت العديد من المحاولات التّشريعية لمُعالجتها، وهذا في فرنسا وغيرها من الدّول الغربيّة، وكذا في الجزائر [1] ، فظهر لأوّل مرّة مفهومٌ دقيق للشّروط التّعسّفية مُدعَّما بمعايير دقيقة تكشف عن صفتها في إطار طرق حديثة للرّقابة عليها ومعالجتها، وهذا لإخلالها الظّاهر بتوازن التّكاليف النّاجمة عن عقد الاستهلاك (أوّلا)، فوجب بالتّالي مُعالجة ذلك قصد تحقيق توزيع عادلٍ للتّكاليف بين طرفي هذه العلاقة العقديّة (ثانيا).

---

1 ـ **محمد أمين سي الطيّب**، الشروط التّعسّفية في عقود الاستهلاك ـ دراسة مقارنة ـ ، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008، ص 03.

أولا: ـ الإخـلال الـظّـاهـر بتوازن العقد مـعـيـار لتحديد الشّرط الـتّـعسّـفـي

ـ عــرَّف المشرِّع الجزائري الشّرط التعسّفي بموجب المادّة: 5/3 من القانون: 02/04 المُحدّد للقواعد المُطبّقة على الممارسات التّجارية [1] بأنّـه: "كـلُّ بـنـدٍ أو شـرطٍ بمفرده أو مُشتركًا مع بـنـدٍ واحـد أو عِـدّة بـنـود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظّاهر بالتّوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

وقـبـل التّفصيل في هذا الشّرط، فإنّه جديرٌ القيام ببيانه في القانون الفرنسي الذي استمدّه منه المشرِّع الجزائري، حيث نـجِـدُ أنّ المشرِّع الفرنسي قـد تناول عرّفه أوّلا بموجب القانون: 78-23 الصّادر في: 1978/01/10 المُتعلِّـق بحماية المستهلكين من الشّروط التّعسّفية وهذا في المادّة: 35 منه [2]، حيث أبرز فيه معيار الميزةِ المُفرطة التي يحصل عليها من خلال وجود هذا الشّرط، فنصّ على: "... تبدو هذه الشّروط مفروضةً على غير المهنيِّين أو المُستهلكين من خلال تّعسُّف القوّة الاقتصاديّة للطّرف الآخر، وتمنح لهذا الأخير ميزةً مفرطة". ولقد أوجد معيارُ الميزة المُفرطة بعض الإشكالات القانونية لاقترابه من فكرة الغبن التي تتضمّنها القواعد العامّة، حيث أنّ كِليهما يرتّب ضررًا بالعدالة العقديّة ويُؤدّي إلى عدم التّوازن بين طرفيها [3]،

---

1 ـ المؤرّخ في: 2004/07/23، ج . ر .ج .ج، العدد 41، 27 يونيو .2004

1- Art. 35 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées...., les clauses relatives au...., lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non-professionnels ou Consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Art. 35 de loi n. 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et L'information des consommateurs de produits et de services.

3 ـ **محمد بودالي**، الشّروط التّعسّفية في العقود في القانون الجزائري ـ دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010، ص 94.

لكنّهما يختلفان من حيث المحلّ الذي يلحق عدم التّوازن، حيث ينصبُّ في الغُبـن على الثّمن فقط، أمّا الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهنيّ فإنّها تنصبّ خصوصًا على شروط تنفيذ العقد وغير ذلك، ولا تكون ذات طابعٍ ماليٍّ بالضرورة [1].

لـكـن مـا لـبِـث المشرِّع الفرنسي أن عـاد وتبنّى معيار الإخلال الظّاهر بتوازن الحقوق والواجبات بين المهنيّ والمستهلك بموجب المادّة: 132 ـ 5/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وهذا تبنّيا للتّعليمة الأوروبية رقم: 13-93[2]، فأبرزت هذا المعيار، حيث صارت: "تلك التي يكون محلّها أو من آثارها أن تُحدث على حساب غير المهنيّ أو المستهلك عدم توازنٍ واضح بين حقوق والتزامات طرفي الـعـقـد " [3].

وبـالـرّجـوع إلى المادّة: 5/03 من القانون: 02/04 السّالفة الذّكـر، فإنّه يظهر جليًّـا أنّ المشرِّع الجزائري إنّما اعـتـدّ أساسًا عند مُعالجته لهذا الشّرط بمعيار "الإخلال الظّاهر بتوازن العقد" لاعتباره تعسُّفيًّـا من خلال النّصِّ عليه بصفةٍ صريحةٍ في ذلـك.

ومـن خلالِ نفس المادّة يظهر أيضا أنّ هذا الشّرط الذي يُـخِـلّ بتوازن العقد لا يتمّ النّظر إليه بصفة مُنفردة، بـل يـتـمّ النّظر إليه وللشّروط الأخرى بصفةٍ شاملة، وتتمّ الموازنة بينها. ويـعـدّ هذا التوجّه منطقيّا وعادلا، لأنّه بالإمكان أن يوجد شرطٌ أو شروطٌ أخرى تُعيد التّوازن للعقد المُبرَم بين المهنيّ والمُستهلِك [4]، وفي حالة ما إذا كانت الشّروط من طبيعةٍ مُختلفة فإنّه يُـنظَـر إلى العقد برُمّته، ويـتـمّ الاعتداد بتوازنه العامّ لتقدير وجود اختلالٍ فيه من عدمه.

وعـلـى هذا، فإنّ هذا الإخلال الظّاهر للشّروط التّعسّفية بتوازن التّكاليف النّاجمة عن عقد الاستهلاك بين المهنيّ والمستهلك يستوجب حتمًا مُعالجته قصد تحقيق التّوازن بينهما.

---

1 – **Jacques GHESTIN**, Op. cit , P 686.

2 ـ التّوجيه الأوروبي رقم: 93-13، الصّادر في: 1993/04/09، الخاصّ بحماية المستهلك في مواجهة الشّروط التّعسّفية.

3 - "Qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou Consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et les obligations des parties au Contrat ".

3 ـ **محمد بودالي،** مرجع سابق، ص 96.

ثانيا: ـ معالجة الشّروط التّعسّفية لإعادة توازن التّكاليف النّاجمة عن عقد الاستهلاك

ـ نـظـرًا لِـمـا تُحدِثه الشّروط التّعسّفية من إخلالٍ ظاهرٍ بتوازن التّكاليف النّاجمة عن عقد الاستهلاك ـ كما سبق بيانُه ـ فإنّ المشرِّع قد سعى إلى إيجادِ حلولٍ لها من خلال بعض النّصوص القانونية، فـتـمّ إعـداد قائمةٍ لـهـذه الشّروط مُـتّـبِعًـا في ذلك نفسَ الطّريقة التي انتهجها المشرِّع الفرنسي في المادة: 132-1 من قانون الاستهلاك، وهي الطريقة ذاتها التي جاءت بها التّعليمة الأوروبية لسنة 1993 [1].

فـقـد ذكرت المادّة: 29 من القانون: 04-02 ثمانيةَ شروطٍ تُـعتبَـر تعسُّفية في العقود التي تُـبـرَم بين البائع والمستهلك، وهـذا خروجًا عن الحماية الشّاملة التي جاء بها هذا القانون التي سعت إلى توفير حماية حتّى للمحترفين [2]، ولا شـكّ أنّ القائمة البيانية التي أتـت بها هذه المادّة قـد جاءت على سبيل المثال فقط وليس الحصر، وهذا مـا يتّضح جليّا من خلال عبارة "لا سيما" الواردة فيها، وهذا ما يُـعـدّ توجّهًا سليمًـا من المشرِّع كذلك، من حيث كونه يُوفِّـر حمايةً أكبر للمستهلك إزاءها، أين يجد القاضي المجالَ مفتوحًـا أمامه للحُكم على شروطٍ لم تـرِد في هذه المادّة على أنّها تعسّفية.

وبـتـفـحُّـص هـذه الشّروط التي تُـعـتـبَـر تعسفيّة، فإنّ المادّة: 29 السّالفة الذّكـر قـد ذكرت العديد من أنواعها، فهناك شروطٌ مُتعلّقة بحقوق والتزامات طرفي العقد حيث يختلّ فيها التّوازن وتغيب عنها اعتبارات العدالة العقديّة بشكل جليّ، وأخرى يتمّ فيها فـرضُ التزاماتٍ فوريّةٍ ونهائيّةٍ على المُستهلِك في العقود في حين أنّ المهنيّ يتعاقد بشروطٍ يستطيع تحقيقها متى أراد هو ذلك، وكذا امتلاكه حقّ تعديل عناصر العقد الأساسية أو مُميّزات المنتوج

---

1 - **محمد بودالي**، مرجع سابق، ص 98.

أو الخدمة المُقدّمة دون موافقة المُستهلِك، وكذا شروطٌ تتعلّق بتغيير شروط العقد أو التّفرُّد في اتّخاذ قرار البتّ في مُطابقة السّلعة التّجارية للشّروط التّعاقديّة، وأيضا إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلتزم المهنيّ بذلك، ورفض حقّ المُستهلِك في فسخ العقد إذا أخلّ هو بالتزام أو عدّة التزامات في ذِمّته، وشروطٌ تتعلّق بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة، وأخيرا هناك شروطٌ من شأنها تهديد المُستهلِك بقطع العلاقة لمُجرّد رفضه الخضوع لشروطٍ تجاريّة جديدة غير مُتكافئة، كُلُّ ذلك طبقا للمادّة 29 من القانون 04-02 [1].

وعليه، فإنّه يظهر جليًّا من خلال هذا التّعداد للشّروط التّعسفيّة أنّها تؤدّي إلى الإخلال الظّاهر بتوازن التّكاليف النّاجمة عن العقد، وهذا ما يستلزم حتمًا التّدخّل القضائي لمعالجة هذا الاختلال، وحيث أنّ هذه الشّروط لم ترِد على سبيل الحصر ـ كما سبق بيانه ـ فإنّ للقاضي أن يعتمد على الشّروط التي وردت في هذه المادّة، كما له أن يسترشِد في ذلك أيضًا بتعريف الشّروط التّعسّفية الوارد في المادّة: 05/03 من نفس القانون، وهذا تحت رقابة المحكمة العليا لتطبيق قضاة الموضوع لذلك.

---

1 ـ ولقد أتى كذلك المرسوم التنفيذي رقم: 06-306، المؤرّخ في: 2006/09/10، المحدّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديّين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفيّة (ج.ر: ع 56)، والذي جاء حسب مادّته الاولى تطبيقا للمادة: 30 من القانون 02/04، فعدّدت المادّة: 05 من هذا المرسوم البنود التي تعتبر تعسّفيّة، والتي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يلي: ـ تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادّتين: 2 و3 في المرسوم، الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، عدم السّماح للمستهلك في حالة القوّة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض، التّخلّي عن مسؤوليّته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التّنفيذ الكلّي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصّحيح لواجباته، النصّ في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلّي هذا الأخير عن اللّجوء إلى أية وسيلة طعن ضدّه، فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد، الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحقّ في التّعويض في حالة ما إذا تخلّى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه، تحديد مبلغ التّعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدّد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، فرض واجبات إضافيّة غير مبرّرة على المستهلك، الاحتفاظ بحقّ إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقّة بغرض التّنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحقّ، يعفي نفسه من الواجبات المترتّبة عن ممارسة نشاطاته، يحمّل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

الفرع الثّاني: ـ فرض الالتزام بالضّمان لتجسيد التّوزيع العادل للتّكاليف النّاجمة عن عقد الاستهلاك

ـ إلـى جانب المعالجة "السّلبية" للمشرِّع للشّروطِ التّعسّفية في عقود الاستهلاك وذلك عن طريق حظرها لضمان التّوزيع العادل للتّكاليف النّاجمة عن هذه العقود، فإنّ المشرّع قد وضع التزاما "إيجابيّا" على عاتق المهنيّ تجاه المستهلك، يتمثّل في الالتزام بضمان السّلع والخدمات التي يقدّمها له. حيث جاءت هذه الضّرورة المُتميِّزة عن الضّمانات العلاجيّة المُكرَّسة بموجب أحكام القانون المدني نتيجة ظهور الالتزام العامّ بضمان السّلامة [1].

فانطلاقة المشرِّع من اللّامساواة بين طرفي عقد الاستهلاك ـ كما سبق بيانه ـ لتحقيق المساواة بينهما في آخر المطاف قد أدّى إلى فرض التزاماتٍ على المهنيّ لا تقابلها التزامات على عاتق المستهلك، وهذا لإيجاد نوع من التّوزيع العادل للتّكاليف المترتّبة عن العقد بين الطّرفين اللّذين يتمتّع أحدهما بالقوّة والهيمنة على حساب الطّرف الآخر.

وعلى هذا، فإنّني سأبحث في هذا الفرع عن مضمون الالتزام بالضّمان وما يجسّده من توزيع عادل للتّكاليف النّاجمة عن عقد الاستهلاك (أوّلا)، ثمّ آتي بعد ذلك على تبيان الآليات أو الطّرق التي اعتمدها المشرّع لتفعيل هذا الالتزام وتجسيده (ثانيا).

---

1 – **Paul CôFFARD**, Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle en droit commun, L.G.D.J, Paris, 2005, P 123.

أولا: ـ مضمون الالتزام بالضّمان المُجسِّد للتّوزيع العادل للتّكاليف

ـ حدّد المشرِّع مفهوم الضّمان بنوعيه: القانوني والاتّفاقي في المادة الثالثة من المرسوم التّنفيذي رقم: 13-327 المحدّد لشروط وكيفيّات وضع ضمان السّلع والخدمات حيّز التّنفيذ [1] كما يلي: "الضّمان المنصوص عليه في النّصوص التّشريعيّة والتّنظيمية المتعلّقة بالآثار القانونية المترتّبة على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع (كلّ بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف تكاليف أو كلّ وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التّشريع والتّنظيم المعمول بهما) وتغطّي العيوب الموجود أثناء اقتناء السّلعة أو تقديم الخدمة".

والعيب الذي يكون موضوع الضّمان: "هو ذلك الذي ينطوي على خطورةٍ في ذاتيّته أو في طبيعته، أو عند استعماله، بحيث تمسّ صِحّة وسلامة وأمن المستهلك في صحته وماله ومصالحه المادية، فيكون هذا المنتوج خالٍ من السّلامة المطلوبة ومن الضمان المفروض قانوناً ومن المطابقة اللّازمة ومن صلاحيّته للاستعمال المخصَّص لـه" [2].

هــذا، ولـقد ألقى المشرّع بموجب القانون: 09-03 على عاتق المهني التزامين يشملهما الضّمان: أحدهما أمن المنتجات الذي نصّت عليه المادّتان 09 و10 من القانون، حيث أنّه يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفّر على الأمن بالنّظر إلى الاستعمال المشروع والمنتظر منها، وألّا تلحق ضررا بصحّة المستهلك وأمنه ومصالحه وأن يراعي في ذلك شروط حفظه وعرضه، وأمّا النّوع الثّاني من الضّمانات فهو إلزامية مطابقة المنتوجات الذي نصّت عليه المادّتان: 11 و12 من نفس القانون، والذي يكون المنتوج بموجبه مُلبِّيا للرّغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته، وصُنعه، ومنشئه، وميزاته الأساسية، وتركيبته ونسبة مقوّماته اللّازمة، وهويّته، وكمّياته، وقابليّته للاستعمال، والأخطار النّاجمة عن استعماله، وغير ذلك من مميّزاته التّنظيميّة.

1ـ الجريدة الرسمية، العدد: 49، المؤرّخة في: 02 أكتوبر .2013

2 ـ خَلُصَ إلى هذا التّعريف: **علي حساني**، الإطار القانوني للالتزام بالضّمان في المنتوجات ـ دراسة مقارنة ـ، دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012، ص 126.

ثانيا: ـ تجسيد الالتزام بالضّمان لمبدأ التّوزيع العادل للتّكاليف

ـ حـدّد المشرّع بموجب المادّة 16 من ا المرسوم التّنفيذي رقم: 13- 327 مدّة الضّمان بـ 06 أشهر كأصل عامّ، تسري ابتداءًا من تاريخ تسليم السّلعة الجديدة أو تقديم الخدمة، كما حدّد مدّة 03 أشهر بالنّسبة للمنتجات المستعملة من خلال نصّ المادّة 17 من نفس المرسوم.

هـذا، وقد نصّت المادّة 05/13 من القانون ذاته على بطلان شرط عدم الضّمان الذي يضعه المهنيّ في تعاقده مع المستهلك، سواء بإسقاطه أو حتّى الإنقاص منه.

أمّا بالنّسبة للزّيادة في الضّمان، فقد أجازتها المادّة 18 من المرسوم التّنفيذي رقم 13-237 السّالف الذّكر إذا كانت أكثر امتيازا للمستهلك. وهذا بأن تكون أنفع له من الضّمان القانوني، وهذا كمدّ أجل دعوى تنفيذ الضّمان لأكثر من عام، أو مدّها لأكثر من 06 أشهر [1].

ويمكن القول أنّ وجود الضّمانين القانوني والاتفاقي جنبا إلى جنب، وحظر المشرع إسقاط الضمان الاتّفاقي أو إنقاصه، وإجازته لزيادة هذا الضّمان، قد أدّى إلى وجود تكامل بين الضّمانين، وذلك لأنّ الضّمان الاتّفاقي لا يمكنه أن يمنع بأيّ حال من الأحوال من تمسّك المستهلك بأحكام الضّمان القانوني [2].

---

1 - **علي حساني**، مرجع سابق، ص .130.

2 - **Philippe LE TOURNEAU**: Droit de la responsabilité et des contrats, L.G.D.J, 7em éd. 2008, P 134.

هـذا، ولا بـدّ من الإشارة إلى أنّ محكمة النّقض الفرنسية قد توصّلت مؤخّرا في قرارٍ حديثٍ لها سنة 1998 إلى التّصريح بالضّرورة القصوى لهذا الالتزام الملقى على عاتق المهنيّ بقولها: "إنّ الصّانع يكون ملزما بتسليم منتوج خال من كلّ قصور من شأنه تعريض الأشخاص والأموال للخطر، بمعنى منتوج تتهيّأ مع استخدامه السّلامة التي يمكن للكُـلّ أن يترقّبها" [1].

وأخيـرا فإنّه لا يمكن إنكار الصّعوبات العمليّة الكثيرة التي تواجه المستهلك، فالواقع العملي في الجزائر يثبت أن المستهلك العادي لا يعلم عادة بوجود الالتزام بضمان العيوب الخفية، ولا بالضمان القانوني ولا الضّمانات الاتفاقية المقررة لـه قانونا، وحتى إن علم بذلك فإنه يضطرّ إلى اللّجوء إلى القضاء بما يستتبِع ذلك من تكاليف ووقتٍ طويل، بل إنّ إثبات وجود العيب الخفي ذاته يشكّل عقبة كبيرة في مواجهة المستهلك الذي تلزمه القوانين إثبات وجود العيب وقت استلام المبيع [2].

---

1 ـ ذكرته: **زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج ـ دراسة مقارنة ـ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 123.

2 ـ **علي حساني**، مرجع سابق، ص 133.

المبحث الثّاني: ـ التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد.

ـ يُـرتِّـب العقد التبادلي التزامات وتكاليف في ذمّة طرفي العلاقة العقدية يجب عليهم الوفاء بها تحت طائلة التّنفيذ الجبري تجسيدا لمبدأ القوّة الملزمة للعقد التي تعتبر من سمات هذا الأخير، وللمتعاقدين الحرّية في تحديد التزاماتهما في العقد وما يتحمّلانه بموجبه، وممّا لا شكّ فيه أنّ كلّ متعاقد يسعى إلى الحصول على منافع من وراء العمليّة التّعاقديّة التي يباشرها.

وبالنّظر إلى التّفاوت الذي يمكن أن يلحق العمليّة التّعاقديّة فيما يخصّ المنافع التي يحصل عليها كلا المتعاقدين، فإنّ المشرّع قد سعى في هذا الصّدد أيضا إلى إيجاد وتفعيل بعض الآليّات التي من شأنها ضمان تحقيق توزيعها العادل بينهما في هذا الصّدد، ومن ثمّ التّوفيق بين مصالحهما.

وعلى غرار المنهجيّة التي اعتمدتها فيما سبق، فإنّني في هذا المبحث سأعالج هذه الفكرة بالتّطرّق أوّلا إلى التّوزيع العدل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا للقانون المدني (المطلب الأول)، ثمّ أعرّج على دراسة ذات الفكرة وفقا للقوانين الخاصّة المنظّمة لبعض مجالات العقود (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: ـ التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا للقانون المدني

ـ لم يهتمّ القانون المدني كثيرا بتعادل الأداءات بين طرفي العقد طالما نشأ العقد صحيحا، وعلى غرار ما سبق طرحه بخصوص التّوزيع العادل للتّكاليف المترتّبة عن العقد بشأن انصراف اهتمام المشرّع عن هذا بشكل بارز حتّى أنّه أباح عقود الغرر وغيرها من العقود التي يكون التّفاوت ظاهرا في التّكاليف والمنافع التي يحصل عليها المتعاقدان، لكنّه بالمُقابِل قد سعى في بعض النّصوص إلى إيجاد حلول استثنائيّة لهذا التّفاوت.

وعليه، فإنّني سأدرس في هذا المطلب وسائل تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا للقانون المدني من خلال نظرية الإستغلال في (فرع أوّل)، وكذا نظريّة الغبن (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: ـ تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا نظريّة الاستغلال

ـ نصَّ المشرّع على الاستغلال ـ كعيب من عيوب الرّضا ـ في المادّة 90 من القانون المدني [1]، وقد عرّفه الفقهاء بأنّه: "المقصود بالاستغلال: هو أن يستغلّ شخص طيشا بيّنا أو هوًى جامحًا في شخصٍ آخر لكي يُبرِم عقدا يؤدّي إلى غبنٍ فادح" [2].

ولقد أدّى التّفاوت بين فئات المجتمع إلى إقرار النّظريّات التي تسعى إلى حماية الطّرف الضّعيف في العلاقة العقديّة، ومن ثَمّ السّعي إلى تحقيق قدْر من التّوازن بين طرفي العقد، ومن بين هاته النّظريّات نجد "نظريّة الاستغلال" التي تمّ إقرارها حديثا [3] لتحقيق هذا الغرض.

---

1 ـ ورد عيب الاستغلال في العديد من التّشريعات المقارنة: المادة 21 من قانون الالتزامات السّويسري، وكذا في المادّة 129 من القانون المدني المصري، وقد رتّب عليه المشرّع الألماني بموجب المادّة 136 من القانون المدني البطلان المطلق للعقد.

2 ـ **محمد صبري السّعدي**، مرجع سابق، ص 203.

3 ـ **عسالي عرعارة**، نظرية الاستغلال، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1997، ص 06.

فعيب الاستغلال، ونظرا لِما ينجُم عنه من إخلال بيِّنٍ في التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد (أوّلا)، فإنّ المشرّع قد سعى بموجب نصّ المادّة: 90 من القانون المدني السّالفة الذّكر إلى إيجاد الحلول التي يهتدي بها القاضي قصد معالجة هذا الإخلال (ثانيا).

أوّلا: ـ إخلال عيب الاستغلال بالتّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد

ـ بإلقاء نظرة على نصّ المادّة: 90 من القانون المدني، فإنّه يتّضح لنا أنّ عيب الاستغلال يقوم على عنصرين هما: أحدهما نفسي والآخر مادّي، وهذا الأخير هو الذي من يظهر فيه هذا الإخلال بالتّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد. وذلك من خلال التّفاوت بين حظّ الرّبح الذي يحصل عليه المتعاقد والخسارة التي يتحمّلها (1)، أو في التّفاوت بين الالتزام الذي يبذله والعوض الذي يحصل عليه في العقد (2).

1 : ـ حصول تفاوت بين حظّ الرّبح والخسارة

ـ يُستَفاد من نصّ المادّة 90 من القانون المدني أنّ التّفاوت بين حظّ الرّبح والخسارة يؤدّي إلى إعمال نظريّة الاستغلال، حيث نصّت على أنّه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر..."، ويُمثِّل هذا التّفاوت أولى العناصر المادّية أو الموضوعيّة لإعمال نظريّة الاستغلال.

ومضمون هذا الشّرط كما يرى عبد الفتّاح عبد الباقي: "لا يعدو أن يكون مُجرّد وسيلة يلجأ إليها صاحب الاستغلال، وتستهدف تحميل ضحيّته بغُرمٍ مفرط، يتجاوز المدى والحدود، ويمثّل تفاوتا صارخًا بين أخْذِه وعطائه، وهذه الغاية هي مضمون هذا الشّرط لإعمال نظام الاستغلال" [1].

---

1 ـ **عبد الفتّاح عبد الباقي**، نظريّة العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، 1984، ص 174.

هـذا، ويُـعـتَـدُّ أيضًا بالتّفاوت المذكور آنفًـا في العقود الاحتمالية أيضا، وهنا لا يجب الخلط بين احتمال الرّبح والخسارة الذي يقوم عليه العقد الاحتمالي وبين استغلال ضعف المتعاقد . وعليه، فإنّ احتمالَ الرّبح والخسارة الذي يتحمّله المتعاقد يجب أن يكون على قدرٍ من التّكافؤ مع ما يتحمّله المتعاقد الثّاني من الرّبح والخسارة هو الآخر، أمّا إذا لم يحصل هذا التّكافؤ بفعل استغلال أحدِهما لضعف الآخـر فإنّه يتحقّق بينهما التّفاوت في ذلـك [1].

2 : ـ الـتّـفـاوت بـيـن الالـتـزام والـعـوض

ـ بـالإضـافـة إلى التّفاوت بين حظّ الرّبح والخسارة النّاجم عن الاستغلال، فإنّه يُمكِن أن ينجم عنه أيضًا بموجب المادّة: 90 من القانون المدني السّالفة الذّكر التّفاوت بين قيمة الأداء الذي يبذله المتعاقد المغبون وبين قيمة العوض الذي يتحصّل عليه في مقابل ذلك.

وهـذا التّفاوت قد أكّدته المحكمة العليا في قرارٍ صادرٍ عنها: " ... حيث أنّ بدون نزاع أنّ الاستغلال إن كان من عيوب الرّضا، فإنّه يُشتَرط لإثباته شرطان: الأوّل أن يوجد هناك تفاوتٌ صارخٌ بين ما يأخذ المتعاقد وبين ما يُعطيه ...." [2].

هـذا، ويـتـمُّ تحديد الاختلال في تّوازن التّعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد وفق معيارٍ مرِن، لا يُتَّخَذ برقم أو بحساب معيّن يُشترَط أن يصل إليه هذا التّفاوت، وإنّما يتمّ ذلك وِفقًـا للظّروف المُقترِنة بكُـلِّ حالةٍ من حالات التّعاقد التي يهتدى فيها القاضي إلى تقييم هذا

---

1 ـ **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 220.

2 ـ قرار الغرفة المدنيّة، المؤرّخ في: 1008/08/17، ملف رقم: 427599، م مع ، 2009، 1، 123.

التّفاوت الحاصل، ويكون في ذلك مجالٌ لتدخّله، وباعتبار أنّ هذه المسألة هي مسألة واقع، فإنّ القاضي لا يخضع فيها إلى رقابة المحكمة العليا [1].

وغنـيٌّ عن البيان أنّ المقصود بالتّفاوت هنا بين الالتزام والعوض الذي تقوم عليه نظريّة الاستغلال لا ينصبّ على التّفاوت البسيط الذي لا تكاد تخلو منه العقود عادة، وإنّما يقصد به التّفاوت الكبير النّسبة أو غير العادي الذي يخرج عن المألوف في المعاملات العقديّة.

3 : ـ انـــعـــدام الـــعـــوض

ـ بـالـرّغـم مـن أنّ أحـد المتعاقدين يلتزم دون مقابلٍ في عقود التبرّع، إلا أنّ المادّة 90 من القانون المدني لـم تستثنها من نطاق الحماية المقرّرة في عيب الاستغلال، وهذا ما يتّضح جليًّا من خلال الفقرة الثّالثة من هذه المادّة حين نصّت على أنّه: "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقّى الطّرف الآخر دعوى الإبطال إذا ..."، ويتّضح هذا أيضًا من خلال القرار الأخير المذكور آنـفـا الصّادر عن المحكمة العليا الذي أشارت فيه إلى إمكانيّة وجود عيب الاستغلال في عقود التبرّع، والذي يُفهَم ضمنًـا من عبارة: "... وغالبا ما يكون الاستغلال في عقود المعاوضة ..."، وهو ما يُـفـيـدُ حتمًا أنّ عقود التبرّع يمكن أن يتحقّق فيها عيب الاستغلال.

هـذا، ويـتـجـسّـد عيب الاستغلال في عقود التبرّع من خلال الغاية المعنويّة أو الأدبيّة التي يرجو المتعاقد المتبرّع الحصول عليها، ويتمثّل الاختلال هنا في الفرق بين الالتزامات التي يتحمّلها والغاية المعنويّة التي يسعى إلى تحصيلها [2].

---

1 – **Nadir MESLI**, La lésion en droit algérien, Mémoire D.E.S, faculté de droit, université d'Alger, 1977, P 54.

2 ـ **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 221.

ثانيا: ـ معالجة التّفاوت بين المنافع النّاجمة عن العقد جرّاء عيب الاستغلال

ـ نظرا للتّفاوت الذي يحصل بين المنافع النّاجمة عن العقد بين طرفيه جرّاءَ عيب الاستغلال، فإنّ المشرِّع قد سعى إلى إقرار بعض الحلول العلاجيّة لذلك بموجب نصّ المادّة: 90 من القانون المدني، وهي: ردّ هذا التّفاوت من خلال دعوى الإبطال (1)، أو عن طريق دعوى الإنقاص (2).

1 : ـ ردّ التّفاوت من خلال دعوى الإبطال

أ ـ ردّ التّفاوت عن طريق طلب إبطال العقد:

ـ منح المشرّع للطّرف المتعاقد الذي شاب رضاه عيب الاستغلال وأدّى ذلك إلى حصول تفاوت بينه وبين الطّرف المستغلّ جرّاء ذلك طلب إبطال العقد [1]، وهذا المتعاقد ضحيّة هذا العيب هو وحده من يستطيع طلب ذلك [2].

ب ـ توقّي دعوى الإبطال ردّا للتّفاوت:

ـ منحت الفقرة الثّالثة من المادّة 90 من القانون المدني إمكانيّة توقّي دعوى الإبطال، فنصّت على أنّه : "ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقّى الطّرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

---

1 ـ وهذا على خلاف المشرّعين الألماني والسّويسري اللّذان نصّا على البطلان المطلق للعقد نتيجة وجود عيب الإستغلال كما سبق الإشارة إليه.

2 ـ وهذا إعمالا لنصّ المادّة 99 من القانون المدني التي تنصّ على أنّه :"إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقّا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسّك بهذا الحقّ".

وتُـعـتـبَـر دعوى الإنقاص من أبرز وسائل تحقيق التّوازن في المنافع النّاجمة عن العقد، وقـد أقرّها المشرّع بغرض خفض التزامات الطّرف المغبون دون الزّيادة في التزامات الطّرف المستغِـلّ، ويتمّ هذا في عقود المعاوضة فحسب.

2 : ـ ردّ التّفاوت من خلال دعوى الإنقـاص

ـ أقـرّ الـمـشـرِّع بموجب المادّة: 90 السّالفة الذّكر طريقةً أخرى يُمكن من خلالها ردّ التّفاوت الحاصل بين المنافع النّاجمة عن العقد بين طرفيه والنّاجمة عن عيب الاستغلال، وهي إنقاص التزامات الطّرف المغبون في العقد، والتي يجب على القاضي أن يقضي بها إذا ثبت له حصولَ هذا العيب، ولا يجوز لـه أن يتجاوزها إلى إبطال العقد لمُخالفة ذلك لمبدأ التّقاضي المعروف الذي مفاده أنّه لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر ممّا يطلبه الخصم [1].

ويـتـمّ تحديد مقدار الإنقاص في إطار السّلطة التّقديريّة لقاضي الموضوع، فيحكم وِفـق ما يراه لازمًا بإنقاص التزامات الطّرف المغبون لردّ التّفاوت الحاصل نتيجة استغلاله [2]، ومن ثَـمّ تحقيق التّوازن بين المنافع التي يحصل عليها كِـلا المتعاقدين بموجب الـعـقـد.

---

1 ـ وقد نصّت على هذا المبدأ المادة 1/26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (وهو القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 2008/02/25، ج ر العدد 21، الصادرة بتاريخ: 2008/04/23، المعدل والمتمم) بصفة ضمنية: "لا يجوز للقاضي أن يؤسّس حكمه على وقائع لم تكن محلّ المناقشات والمرافعات"، كما نصّت عليه المادة 358 من نفس القانون بصفة صريحة: "لا يُبنى الطّعن بالنّقض إلّا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التّالية: ... 16 ـ الحكم بما لم يُطلب أو بأكثر ممّا طُلِب".

2 ـ **محمد بوكماش،** مرجع سابق، ص 100.

هذا، وبعد أن أقرّ المشرّع النّظريّة العامّة للاستغلال بموجب المادّة: 90 من القانون المدني، فإنّه قد نصّ في المادة: 91 التي تليها على أنّه: "يُراعى في تطبيق المادّة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصّة بالغبن في بعض العقود". ذلك أنّ المشرّع وإن كان قد اعتبر الاستغلال عيبًا يشوب الرّضا، فإنّه قد رأى أنّه لا بدّ من الأخذ بالغبن في بعض العقود باعتباره عيبًا في العقد ذاته بصرف النّظر عن وجود الاستغلال كعيب في رضاء المتعاقد من عدمه، وهذا كُلُّه في سبيل تحقيق توزيعٍ عادلٍ للمنافع النّاجمة عن العقد بموجب كلا النّظريّتين: نظريّة الاستغلال التي عالجتها في هذا الفرع، وكذا نظريّة الغبن التي سأتعرّض لها في الفرع الموالي.

الفرع الثّاني: ـ تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا لنظريّة الغبن

ـ عالج المشرِّع نظريّة الغبن المادّي في بعض النّصوص القانونيّة المُتفرّقة من القانون المدني (م 358 و 732 .. من: ق . م)، ولكنّه لم يأخذ بها كقاعدةٍ عامّة تشمل كُلَّ العقود ولصالح كلّ المتعاقدين، لكنّ مع ذلك فإنّ هذه النظريّة تكتسي أهميّةً بالغةً في مجال هذه الدّراسة نظرا لما تُحدِثه من آثارٍ هامّة تظهر في التّفاوت بين المنافع النّاجمة على العقد التي يحصل عليها طرفاه (أوّلا)، ومن ثَمّ فإنّه وجب مُعالجته لتحقيق التّوازن بينهما في ذلك (ثانيا).

أوّلا: ـ تباين توزيع المنافع النّاجمة عن العقد بسبب الغبن

ـ لم يتولّ المشرِّع تعريف الغبن [1] من خلال النّصوص القانونيّة التي أوردها بخصوصه فاسحًا المجال في ذلك لاجتهادات القضاء والفقه، هذا الأخير الذي انقسمت التّعريفات التي أوردها بشأنه بين اتّجاهين: أحدهما موضوعي يقيمه على أساس عدم التّعادل بين الالتزامات المتبادلة في العقود (1)، وثانيهما اتّجاه ذاتيّ يقيمه على أساس الضّرر الذي يلحق بالطّرف المغبون في هذا العقد (2)، وكلاهما يؤدّي ـ لا محالة ـ إلى اختلالٍ في التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد بينهما.

1 : ـ حصول تفاوت بين حظّ الرّبح والخسارة

ـ أقام العديد من الفقهاء الذين قدّموا تعريفات للغبن على أساس عدم التّعادل الحاصل بين قيمة الأداءات التي يبذلها كُلُّ طرفٍ في العقد، وعلى هذا فقد عرّفه الفقيه السّنهوري على أنّه: "عدم التّعادل بين ما يُعطيه المتعاقد وما يأخذه من العقد الذي أبرمه، فقد يكون مغبونًا إذا أعطى أكثر ممّا أخذ، وغابنًا إذا أخذ أكثر ممّا أعطى" [2]،

---

1 ـ على خلاف **المشرّع اللّبناني** مثلا الذي وضع له تعريفا محدّدا في المادّة 213 من قانون الموجبات والعقود بأنّه: "الغبن هو التّفاوت وانتفاء التّوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في عقود ذات العوض"، وكذا **المشرّع اليمني** الذي عرّفه بـ: "الغبن هو أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع العوض الآخر".

2 ـ **عبد الرزّاق أحمد السّنهوري**، الوسيط ...، مصادر الالتزام ...، مرجع سابق، ص 355.

أو هو: "عدم التّعادل بين ما يُعطيه المتعاقد وما يأخذه وقت إبرام العقد، محسوبًا على أساس قيمة الشّيء الماديّة طبقًا للقوانين الاقتصادية وأهمُّها قانون العرض والطّلب بغضِّ النّظر عن قيمته الشّخصية لدى المتعاقد" [1].

2 : ـ إلحاق ضررٍ بأحد المتعاقدين نتيجةَ الغبن

ـ يُؤدّي التّفاوت الحاصل بين المنافع النّاجمة عن العقد جرّاء الغبن إلى إلحاق ضررٍ بالطّرف المغبون، وهذا ما أدّى بالبعض من الفقهاء الذين أسّسوا تعريفهم له على جانبه الشّخصي إلى القول بأنّه: "الضّرر الذي يلحق أحد أطراف العقد نتيجة عدم التّعادل بين الأداءات المتبادلة"، وواضحٌ من خلال هذا التّعريف الذي أورده الفقيه عبد الحيّ حجّازي[2] إلى أنّ الغبن من شأنه إحداث ضرر بأحد طرفي العلاقة العقدية (الطّرف المغبون طبعًا)، وهذا من المنظور الذّاتي لفكرة الغبن، ولا شكَّ في أنّ هذا المنظور الأخير على غرار الموضوعي منه يُخِلّ بالتّوازنات العقدية نظرًا لمساسه بفكرة التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد كما سبق بيانه.

---

1 ـ **محمود عبد الرحمان محمد**، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التّوازن بين الأداءات العقدية، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 12.

2 ـ**عبد الحي حجازي**، مرجع سابق، ص 76.

ثانيا: ـ ردّ التّفاوت الحاصل بين المنافع النّاجمة عن العقد جرّاء الغبن

ـ رغبةً من المشرِّع في تحقيق توزيعٍ عادلٍ للمنافع النّاجمة عن العقد، ومن ثَمّ التّوفيق بين مصالح طرفيه، فإنّه قد سعى إلى إيجاد بعض الحلول في هذا الصّدد، ومن ذلك:

1 : ـ دعوى تكملة الثّمن في عقد بيع العقار

ـ عند توافر شروط قيام الغبن في عقد بيع العقار [1]، فإنّ للبائع الحقّ في أن يرفع دعوى تكملة الثّمن [2] خلال مدّة ثلاث (03) سنوات من يوم انعقاد البيع طبقا للمادّتين: 358 و359 من القانون المدني.

وللبائع في صدد هاته الدّعوى أن يطلب تكملة الثّمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل للعقار وقت البيع . فإذا حكم القاضي على المشتري بأن يدفع للطرّف البائع المغبون في هذا العقد، فإنّه يترتّب على ذلك التزام على الطّرف الأوّل بتكملة الثّمن، وبالمقابل حقّ البائع في ضمانات لاستيفاء حقّه في ذلك [3].

---

1 ـ يرى بعضٌ من الفقه أنّه كان من الأجدر ألّا تقتصر نظريّة الغبن على العقارات فقط دون المنقولات وخصوصا ذات الأهميّة البالغة منها، لأكثر تفصيل ينظر: **علي فيلالي**، مرجع سابق، ص 230، وتقول **فايزة دكّار** في هذا الخصوص: "... كان على المشرِّع عدم استبعاد المنقولات من دائرة الطّعن بالغبن، وذلك لارتفاع قيمتها في عصرنا الحالي نظرا للتّطوّرات الاقتصاديّة، ممّا يجعلها في بعض الأحيان تفوق قيمتها بكثير قيمة العقارات كالمحلّات التّجارية والأسهم والسّندات..."، مرجع سابق، ص .64

2 ـ على خلاف ذلك فإنّنا نجد أن المشرِّع الفرنسي قد قرّر حماية أخرى للبائع في هذا الصدد، وهي طلب إبطال العقد إذا لحقه غبن، وعلى هذا فقد نصّت المادّة 1674 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

¨Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzième dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente¨.

3 ـ **فايزة دكّار**، مرجع سابق، ص 80.

والملاحَظ أنّه وبخلاف مراجعة العقد للاستغلال الذي رأيناه حيث لم يتمّ تحديد نسبةٍ معيّنة يتمّ اشتراطها لذلك، فإنّه في حالة الغبن المادّي في بيع العقار يتمّ تحديد ذلك بنسبة معيّنة تُراوح الخُمس (5/1)، وفي هذا التّوجّه فيه دِقّة أكبر، وتقييد أكثر للسّلطة التّقديرية للقاضي . فهاته القواعد القانونيّة المحدَّدة تمنع هذا الأخير من إهدار القوّة الإلزاميّة للعقد بحجّة تحقيق العدالة العقديّة، وهذا ما من شأنه أن يؤثِّر سلبا على استقرار المعاملات [1].

2 : ـ دعوى نقض القسمة للغبن

ـ قرّر المشرِّع حمايةً أخرى في مجال الغبن، وهذا لصالح الطّرف الذي يلحقه غبنٌ جرّاء القسمة الحاصلة بالتّراضي، وعلى هذا فقد نصّت المادّة: 732 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنّه: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتّراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنّه لحقه غبن يزيد على الخمس (5/1)، على أن تكون العبرة في التّقدير بقيمة الشّيء وقتَ القسمة"، وهذا الحقّ ممنوحٌ للطّرف المغبون في القسمة سواءً أكان المال المتقاسَم عقارًا أم منقولًا.

هذا، وقد أتاح المشرِّع للمدّعَى عليه في هذه الدعوى إمكانيّة تفادي نقض القسمة من خلال تقديم قيمة ما نقص من حصّة المتقاسِم المغبون سواءً أكان ذلك عينًا أم نقدًا ما دام ذلك يحقِّق التّوزيع العادل للمال المتقاسَم بين الشُّركاء، فنصّت المادة: 732 في فقرتها الثانية على أنه: "... وللمدّعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدّعِي نقدًا أو عينًا من حِصّته".

---

1 ـ **سليمان محمدي**، من أجل الإبقاء على الغبن في بيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1، 2008، الجزائر، ص 202.

المطلب الثّاني: ـ التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا لبعض القوانين الخاصّة

ـ على الرّغمِ من المُعالجة السّالفة الذّكر التي جاء بها القانون المدني من أجل تحقيق أكبر قدرٍ من التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد بين طرفيه، إلّا أنّه بقي يكتنفه قصور إلى حدٍّ ما، وعليه فقد سعى المشرِّع في هذا الصّدد كذلك إلى تدعيم الآليّات التّقليدية لهاته الحماية ببعض القوانين الخاصّة مراعيا في ذلك كلّه التّحوّلات الكبرى المتتالية التي شهدتها العلاقات الاقتصادية والاجتماعية ... وغيرها.

هـذا، ولقد اعتمدت هاته القوانين على بعض الدّعائم التي انطلق المشرِّع فيها هي الأخرى من اللّامساواة الموجودة بين طرفي هذه العقود (خاصّةً فيما يتعلّق بعقود العمل)، وهذا من أجل تجسيد المساواة الحقيقية بينهما، ومن بين هاته الطّرق نجد الالتزامات الملقاة على ربّ العمل فيما يتعلّق ببعض الأحكام الخاصّة بالأجور والضّمان الاجتماعي، والتي من شأنها أن تؤدّي إلى تحقيق الغاية المنشودة في هذا الصّدد والمُتمثِّلة في التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد بينهما (الفرع الأوّل)، وكذا دعوى الغبن الممنوحة للمؤلِّف في عقد التّنازل عن الحقوق المادية المُتعلّقة بمصنّفه (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: ـ تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن عقد العمل من خلال الأحكام الخاصّة بالأجور والضّمان الاجتماعي

ـ نـظـرا للتّفاوت الفعلي بين طرفي عقد العمل: الطرف القويّ (ربّ العامل)، والطّرف الضّعيف فيه (العامل)، فإنّ المشرّع قد سعى في هذا الصّدد كذلك إلى إيجاد بعض الوسائل التي من شأنها تحقيق أكبر قدرٍ من التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن هذا النّوع من العقود، فأدّى ذلك إلى ازدياد تدخّل الدّولة فيها، من خلال العديد من الأحكام والقيود المقرّرة التي يلتزم بها ربّ العمل دون التزامات مُقابلة للعامل في ذلك، ولا سيما ما يتعلّق منها بالأجور التي يحصل (أوّلا)، وكذا الحقّ في التّمتّع بالحماية الاجتماعية التي يلتزم بتوفيرها ربّ العمل له (ثانيا)، وهذا كُلُّـه جرّاء ما يبذله العامل من جهودٍ لصالح مستخدمه في عقد العمل الذي يربطهما.

أوّلا: ـ تكريس حقّ العامل في الأجـر

ـ عـرف مـفـهـوم الأجـر تطوّرًا كبيرًا في العصر الحديث، حيث لم يـعـد ينظر إليه بنظرة مادّية بحتة كما في كان عليه الأمر سابقا حيث أصبحت التّشريعات تنطلق من أبعاد اجتماعية إزاءه [1]، وهذا من حيث تحديده من جهة (1)، وحمايته من جهة ثانية (2).

---

1 ـ **بشير هدفي**، مرجع سابق، ص 133.

1 : ـ الضّمانات القانونية المقرّرة للعامل في تحديد الأجـر

ـ يتكوّن الأجر الذي يحصل عليه العامل من عناصرَ ثابتةٍ وأخرى مُتغيّرة، فبالنّسبة للعناصر الثّابتة فإنّها تتمثّل في أجر المنصب المُطابق للعمل الذي يتولّى العامل مباشرته والقيام به، والذي لا يمكن بأيٍّ حالٍ من الأحوال أن يقلّ عن الحدّ الأدنى الوطني المضمون، ويعدّ هذا الأخير من النّظام العامّ الذي لا يجوز الاتّفاق على خلافه، وتُعتبر هاته الضّمانة الأخيرة من أهمّ الضّمانات الممنوحة للعامل في تحديد الأجر، وتعكس بجلاءٍ سعي المشرِّع إلى تحقيق أكبر قدرٍ من التّوفيق بين المنافع التي يحصل عليها طرفا عقد العمل بموجبه.

2 : ـ الحماية القانونية الخاصّة المقرّرة للأجر

ـ نظرًا للأهميّة البالغة التي يكتسيها عنصر الأجر في التّوفيق بين المنافع التي يحصل عليها طرفا عقد العمل، فإنّ المشرّع قد قرّر له حماية قانونية خاصّة تتجلّى في:

أ ـ بطلان التّنازل عن الأجر

ـ حظر المشرِّع الجزائري تمامًا الاتّفاق عن التّنازل عن الأجر نظرا لما يُحدِثه ذلك من آثارٍ وخيمة على توازن عقد العمل، ولما فيه من إخلالٍ كبيرٍ بالحقوق المُكرَّسة للعامل في مختلف التّشريعات، وعلى ذلك فقد نصّت المادّة 136 من قانون علاقات العمل على بطلان كلّ حكم في عقد العمل يرد مخالفا للأحكام التّشريعية والتّنظيمية السّارية باطلا وعديم الأثر، ومن بين هاته الأحكام نجد وجوب دفع الأجر بانتظام عند حلول أجله، عملا بنصّ المادّة: 88 من نفس القانون.

ب ـ مبدأ الدّفع النّقدي للأجر

ـ حمايةً للعامل من كُلِّ أشكال الابتزاز من طرف ربّ العمل فإنّ المادة: 85 من قانون علاقات العمل قد قضت بإلزام ربّ العمل بتقدير الأجر بعبارات نقديّة محضة ودفعه بوسائل نقديّة كذلك، سواء بكمّية من النّقود السّائلة أو الحسابات البريدية والبنكية، وهذا عن طرق تحويل الأجر إلى حسابه عند حلول أجل الدّفع، وهذا من أجل ضمان أكبر قدرٍ من الحماية للعامل لتحصيل أجره.

ثانيا: ـ التزام ربّ العمل بتوفير الضّمان الاجتماعي للعامل

ـ يُعرَف عن قانون العمل أنّه قانون اجتماعي بالدّرجة الأولى [1]، يُحظى فيه العامل بحمايةٍ اجتماعية كبيرة نظير الجُهد الذي يبذله لصالح الهيئة المُستخدِمة، وعلى هذا فقد ألزم المشرِّع كُلَّ صاحب عملٍ بأن يصرّح بالنّشاط الذي يباشره خلال العشرة (10) أيّام التّالية لبدئه، وهذا إلى هيئة الضّمان الاجتماعي المختصّة إقليميّا [2]، وكذلك الشّأن نفسه في حالة قيامه بتوظيف أيّ عامل لديه، وهذا بعضّ النّظر عن جنسيّته، أو طبيعة علاقة عمله، أو الأجر الذي يتقاضاه لديه [3].

وفي هذا الإطار فقد ألزم المشرّع المستخدم بأن يشارك في الضّمان الاجتماعي للعامل بنسبة 24 % من أساس الضّمان الاجتماعي يدفعها للصّندوق مقابل نسبة 05 % يتحمّلها العامل في ذلك [4].

هذا، وتضمن هذه التّأمينات الاجتماعية للعامل عدّة أخطار، منها ما لها علاقة بالمرض، العجز، الولادة، الوفاة، كما تشمل أيضا أحكام الحماية والضّمان الاجتماعي حوادث العمل، الأمراض المهنية، الوقاية الصّحيّة وطبّ العمل.

---

1 - **GRYNBAUM, L**. et **M . NICOD** (dir), Op Cit, P 75.

2 ـ وهذا طبقا لنصّ المادّة: 6 من القانون 83-14، المؤرّخ في: 02 يوليو 1983، المتعلّق بالتزامات المكلّفين في مجال الضّمان الاجتماعي (ج ر 28)، المعدّلة بالمادّة: 05 من القانون: 04- 17، المؤرّخ في: 10 نوفمبر 2004 (ج ر 72).

3 ـ وهذا طبقا لنصّ المادة: 10 من القانون السّاف الذّكر.

4 ـ وهذا طبقا لنصّ المادتين: 01 و02 من المرسوم رقم: 85-30، المؤرّخ في: 09 فبراير 1985، المحدّد لتوزيع نسب الضّمان الاجتماعي (ج ر 09).

الفرع الثّاني: ـ تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن عقد التّنازل عن الحقوق المادية للمؤلِّف

ـ لقد منح المشرِّع للمؤلِّف العديد من الوسائل والطرق القانونية لحماية العقود المتعلّقة بالاستغلال المادّي لإنتاجه الذّهني، وهذا لضمان تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقود التي يبرمها في هذا الصّدد، ولعلّ من أبرز مظاهر تلك الحماية الممنوحة له هي الحقّ في مباشرة دعوى الغبن (على غرار المشرّعِ الفرنسي الذي أقرّ له نفس الحماية) [1]، وهذا لمراجعة عقد استغلال مصنّفه (أوّلا)، والتي يضمن بها المؤلّف الحصولَ على مُكافأةٍ عادلةٍ في حالة تحقُّق هذا الغبن تُناسِب ما حصل عليه الطّرف الآخر جرّاء استغلاله لهذا المصنّف (ثانيا).

أوّلا: ـ حقّ المؤلِّف في مباشرة دعوى الغبن لمراجعة العقد

ـ نظرًا لوجود بعض الحالات التي لا يتمّ فيها التّقدير المُناسِب للمُكافأة الجزافيّة التي يحصل عليها المؤلّف على مصنّفه، فإنّ المشرّع قد منح له حقّ اللّجوء إلى القضاء لمراجعة العقد، وهذا تجنُّبًا للاختلالات التي قد تحصل عند تحديد المكافأة على هذا النّحو.

---

1 – Loi N° 92-527, du 1 er Juillet 1992, Portant code de la propriété intellectuelle, J.O.R.F, du 3 Juillet 1992, P 8801.

وهـذا الحقّ قـد قرّرته المادّة: 66 من الأمر: 03-05 [1] لفائدة المؤلّف للمطالبة بمراجعة العقد في حالة وجود غبن يضيّع عليه حقّه، وهذا في حالة عدم وجود اتّفاق أين يحقّ له رفع دعوى قضائيّة إذا تبيّن بوضوح أنّ المكافأة الجزافيّة المُتحصَّل عليها تـقـلّ عن المُكافأة العادلة قياسًا بالرّبح المكتسَب.

وعـلـيـه، فـلا تُقبَل دعوى مراجعة المكافأة المتحصّل عليها من طرف المؤلّف بالنّسبة للمكافأة التي تـمّ حسابها بطريقةٍ تناسبيّة، بل إنّه يمكن مُباشرتها فقط في الحالة التي يـتـمّ حسابها بطريقة جزافيّة، وهذا في أمـد 15 يوما ابتداء من تاريخ التّنازل عن المصنّف، ولا تقتصر هاته الدّعوى على المؤلّف فقط، بل إنّه يُمكن لورثته التّمسّك بها لمدّة 15 سنة من تاريخ وفاته وهذا طبقا لنصّ الفقرتين الثّانية والثالثة من نفس المادّة المذكورة آنفًا.

ويـتـمّ إلقاء عـبـء إثبات عدم التّعادل بين المكافأة المتّفق عليها، وبين الفائدة المتحصَّل عليها من استغلال المصنّف على عاتق المؤلّف [2].

هـذا، ولم يجعل المشرِّع مقدارًا مُعيّنًا للتّفاوت يتمّ اشتراطه لتحقّق الغبن لمباشرة هاته الدّعوى، وهذا خلافا للمشرّع الفرنسي الذي قدّرها بنسبة سبعة أجزاء من اثني عشر (12/7) التي ترجع إلى استغلال أو إلى توقّعٍ غير دقيق لعائدات الـمـصـنَّــف.

---

1 ـ الأمر رقم: 03-05 المؤرّخ في: 2033/07/19، المتعلّق بحقوق المؤلّف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية عدد 44، الصادرة بتاريخ: 23/07/ 2003.

2 - **Ali BENCHENEB**, Les contrats et le droit d'auteur, Revue Algérienne, N° 3, 1983, P 213.

3 - Art L 131-5 C. fr .propr .intell ; (En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzième dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat).

وفي هذا الصّدد، فإنّني أرى أنّه كان من الأحرى على المشرِّع الجزائري أن يتّبع نظيره الفرنسي في هذا المسلك، وهذا حتّى لا تكون الحقوق الماليّة للمؤلّف خاضعةً للسّلطة التّقديرية للقاضي من جهة أولى، ومن جهة ثانية حتّى تكون الأحكام القضائيّة الصّادرة بهذا الخصوص تحت رقابة المحكمة العليا.

ثانيا: ـ ضمان حصول المؤلِّف على مكافأة عادلة في حالة تحقّق الغبن

ـ في حالة تحقّق شروط دعوى الغبن، فإنّه يجب على القاضي النّاظر فيها أن يُراجع عقد استغلال المصنَّف، بإعادة النّظر في شروطه المالية، وجعلها متكافئة مع ما يسحقّه المؤلِّف في هذا العقد، وهذا قصد تجسيد التّوازن بين طرفيه من خلال التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عنه.

وأخيرا، فإنّه وبقصد تفعيل هذا المبدأ، فإنّ المشرّع قد تفطّن لإمكانيّة تضمين هذا النّوع من العقود لشرط يتمّ الاتّفاق بموجبه على عدم جواز المطالبة بمراجعة العقد لإعادة النّظر في المكافأة المتّفق عليها، فجعل من هذا الاتّفاق مخالفا للنّظام العامّ وقضى ببطلانه تماما.

خـاتـمــة الـفـصـل الـثّـانـي:

ـ لـقـد عالجتُ في هذا الفصل الثّاني من الرّسالة الجانب الموضوعي للتّكافل العقدي، المتمثّل في التّوفيق بين مصالح المتعاقدين، والذي تطرّقت فيه إلى مبدأين: مبدأ التّوزيع العادل للتّكاليف النّاشئة عن العقد، أين بيّنت تجلّياتِه في القانون المدني بصفةٍ أولى، وهذا من خلال معالجة كُلٍّ من نظريّة الظّروف الطّارئة، وكذا بيان الوسائل التي أقرّها المشرِّع لمكافحة الشّروط التّعسفية سعيا إلى تحقيق هذا التّوزيع العادل لتكاليف العقد بين طرفيه.

ثـمّ أتـيـت على إبراز نفس المبدأ (التّوزيع العادل للتّكاليف النّاجمة عن العقد) أيضًا في ظِـلِّ عقود الاستهلاك، وخاصّةً بالنّسبة إلى معالجة الشّروط التّعسّفية التي يمكن أن تنطوي عليها هي الأخرى، وكذا على بيان أهميّة الالتزام بالضّمان وما يلعبه من دور هـامٍّ جـدًّا في تكريس الغاية ذاتها.

وفـيـمـا يخصّ الشـقّ الثّاني لفكرة التّوفيق بين مصالح المتعاقدين والتي يُجسّدها مبدأ التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد حيث ظهر بشكل جليّ في نظريّتي الاستغلال والغبن اللّتان تولّى تنظيمهما القانون المدني، حيث بـرز لهما دورٌ هـامٌّ في تفعيل هذا المبدأ وتجسيده بصفةٍ حقيقيّة.

وعلى غرار الشّقّ الأوّل من هاته الفكرة، فقد لعبت العديد من النّصوص القانونيّة المنظّمة لبعض العقود الخاصّة هي الأخرى دورًا هامًّا بخصوص ذات المبدأ، ولا سيما ما تمّ معالجته في هذه الرّسالة بخصوص التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن عقد العمل بين طرفيه، وكذا وما تعلّق أيضا بالحماية المقرّرة للمؤلّف على مصنَّفه في حالة ما إذا لحقه غبن في العقد الذي يتنازل بموجبه عنه.

حيث إنّه وعلى ضوء ذلك فقد تجلّت لنا أهميّة هذا الجانب الموضوعي للتّكافل العقدي الذي كرّسته مختلف النّصوص القانونية، سواءً في ظلّ القواعد العامّة التي تضمّنها القانون المدني، وكذا في ظلّ القواعد الخاصّة التي احتوتها العديد من النّصوص المنظّمة لبعض مجالات العقود، والتي عالجت هاته الرّسالة بعضًا منها، إذ أنّها ـ كما رأينا ـ قد كفَلت إلى حدّ ما تحقيق التّوازن بين مصالح طرفي العقد، ومن ثَمّ ضمان العدالة التّوزيعيّة بينهما، وبالنّتيجة تجسيد مبدأ التّكافل العقدي بصفة حقيقيّة من جانبه الموضوعي بعدما بيّنت في الفصل الأوّل من هاته الرّسالة الجانب الذّاتيّ منه.

الـــخـــاتـــمـــة:

ـ أمــام الـتّـغـيُّـرات الكبيرة والجِذريّة التي عرفتها المجتمعات البشريّة قاطبةً في شتّى مجالات الحياة: الاقتصادية والاجتماعيّة ولا سِيما الفكرية منها، فإنّ العقد ـ وكما رأينا ـ لـم يـبـقَ حبيس النّظرة الذّاتيّة التي كانت سائدةً حوله، فكان تأثّره بكُـلّ ذلك حتمًـا لازمـًا لـه، حيث أدّى الإتّجاه الموضوعيّ المعاصِر للنّظريّة العامّة للعقد إلى تجاوز فكرة كونِه مسرحًـا لتضارُب المصالح الشّخصية وتنافرها، وعليه فـقـد بـرزت فكرة "التّكافل العقدي" وتـمّ السّعي إلى تجسيدها من جانبيها الذّاتي والموضوعيّ بموجب النّصوص القانونيّة التي تُنظّم مجال العقود سـواءً في ظِـلّ القانون المدني أو في ظِـلّ بعض القوانين الخاصّة كذلك.

فـبالنّسبة للجانب الذّاتيّ لفكرة "التّكافل العقدي" والمُتمثّلة في "التّكافل بين المُتعاقدين"، فإنّه فإنّ هذا المبدأ قـد تمّ تجسيده في مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه.

فالالتزام بمُقتضيات النّزاهة وحُسن النّية في تكوين العقد قـد ظـهر جلِيًّا في مرحلة المُفاوضات ذات الأهميّة البالغة جـدًّا في العقود المُعاصِرة ولا سِيما الكبرى منها، وهو مـا مـن شأنه أن يُؤدّي إلـى قيام عـقـدٍ مُـستقِـرٍّ ومُتوازِن، وخصوصًا إذا كان تنظيمها مُحكَمًا ودقيقًا أكثر، وهو ما أدعو المشرِّع إلى الاهتمام به وعدم الاكتفاء بالقواعد العامّة للمسؤولية المدنيّة في ذلك.

والشّأن نفسُه بالنّسبة لعنصري تطابق الإرادة (الإيجاب والقبول) اللّذان يتمتّع فيهما المُتعاقدان بحرّية البقاء على الإيجاب أو العدول عنه، وكذا في قبوله أو رفضه في من وُجِّـه إليه، لكن مع مُراعاة مبدأ حُـسـن النّية في ذلك كُـلّـه.

أمّـا بالنّسبة لشروط صِحّة العقد وفيما يخصّ عيوب الإرادة، فـإنّـه وبالنّـظر إلى عيب الغلط وعيب التّدليس اللّذان تناولتهما هاته الدّراسة، فإنّ هذا الأخير إنّما تـمّ حظرُه أساسًا لكونه يتناقض تمامًـا مع مبدأ حُـسـن النّيـة عـنـد تكوين الـعـقـد، أمّـا بالنّسبة لعيب الغلط، فلقد كان من الأجدر أن يـتـمَّ إبـراز هـذا المبدأ فيه بصفة أكثر وضوحًـا، وعلى هذا فـقـد اقترحتُ أن يتمَّ تعديل المادّة 81 من القانون المدني على النّحو الذي يحول دون مُـفاجأةِ المُتعاقد الذي لم يشترِك في الغـلـط بطلب الإبطال بأن يكون على عـلـمٍ بالغلط الذي وقـع فيه الطّرف الآخر، أو كان ـ على الأقـلّ ـ من السّهل عليه أن يعلمَ بـــه.

وفـمـــا يـــخـــصّ القوانين الخاصّة فقـد تجسيـد الالتزام بمُقتضيات النّزاهـة فيها عـنـد تكوين العقد في الالتزام بالإعلام ما قبل التّعاقدي سواءً في ظِـلّ قانون حماية المُستهلِك نظرًا للقوّة التي يتمتّع بها المهنيّ تُـجاه الطّرف الضّعيف وهو المُستهلِك، وعليه فـقـد كان من الضّروريّ الحـدُّ من هذا التّفاوت الحاصل بينهما بفرض هذا الالتزام على الطّرف القويّ في الـعـقـد، كما تجلّى ذات المبدأ بوضوحٍ أكبر في عقود التّأمين التي يُعتبَر حُـسـن النّية سِـمـةً من سِماتهـا، وبهذا الخصوص فإنّي قـد نوّهـتُ إلى أنّه مـا دام عـقـد التّأمين كذلك، فمن المُفيد أن ينسحِب ذات المبدأ ـ أي مبدأ حُـسـن النّيـة ـ على كافّة العقود، وعلى أوسعِ نطاقٍ مـمـكـن.

وإلـــى جـانـب مرحلة تكوين العقد، فإنّه وباعتبار أنّ هذا الأخير ينطوي على مرحلةٍ تاليةٍ لذلك، وهي مرحلة التّنفيذ، فـإنّ مبدأ "التّكافل العقدي" يتجسّد من جانبه الذّاتي (التّكافل بين المتعاقدين) في ضرورة الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين في ذلك، وهـو ما تظافرت عليه نصوص قانونية عِـدة.

فالمبدأُ العامّ الذي جسّدته المادة: 2/107 من القانون المدني بوجوب أن يشمُل تنفيذ العقد ما هو من مُستلزَماته أيضًا، وهـو ما ورد في إطار النّظريّة العامّة للعـقـد، فإنّه من شأنه أن يوجِّـه المتعاقدين إلى تنفيذه على الوجـه الأكمل والأحسن، وهو ما لا يُمكِن أن يتحقّق إلّا ببذل التّعاون بينهما في ذلك.

وعـلـى هـذا فـقـد رأينا أنّ سـائـرَ العقود يقتضي تنفيذها الحَسن تفعيل هذا المبدأ فيها، ولا سِيما في بعض العقود الخاصّة التي نظّمها القانون المدني: كالعقود الزّمنية التي يؤدّي تراخيها إلى خـلـق روابِط قويّة بين المتعاقدين، حيث تُوجـب عليهما الالتزام بمبدأ التّعاون والتّآزر فيما بينهما، وكذا العقود الواردة على العمل كعقد المقاولة الفرعيّة وعـقـد الوكالة التي يُعتبَـر الالتزام بالتّعاون بين طرفيها حـتـمًا لازمًـا فـيـهـا.

وقـد خـلُـصتُ إلى أنّ مبدأ التّعاون بين المُتعاقدين في تنفيذ العقد لا بُـدّ وأن يُجسِّـد مبدأ "التّكافل العقدي" في جانبه الذّاتي ما دامت طبيعتُه تمنع المُتعاقد من صرف اهتمامه لمصالحه الشّخصية فحسب، بل إنّه سيُؤدِّي بـه ـ لا محالةَ ـ إلى مراعاة مصالح الطّرف الآخـر في العقد الذي يُباشر تنفيذه مـعـه، فيتحقّق بالتّالي التّكافل بين المُتعاقدين حـيـنـئـذٍ.

هــذا، ولا يُـمـكِـن أن يتجسَّـد مبدأُ "التّكافل العقدي" إلّا إذا تَـمّ التّوفيق بين مصالحِ المتعاقدين، وهو ما يُمثِّل جانبَه الموضوعيّ الذي تظافرت عليه ـ كذلك ـ العديدُ من نصوص القانون المدني وكذا القوانين الخاصّة قـصـدَ تفعيله ـ كما رأينا ـ.

فـبالنّـظـرِ لِـمـا يُـرتِّـبـه العـقـد من تكاليفَ وما ينجُم عنه من منافِع، فإنّ اعتبارات العدالة العقديّة تقتضي البحثَ عـن سُـبـلِ توزيعها على أكبـرِ قـدرٍ من المساواة بين المتعاقدين، وهذا للوصول إلى تجسيد مبدأ "العدالة التّوزيعية" بـيـنـهـمـا.

ذلــك أنّ بعض الظّروف التي تطرأ على الـعـقـد، وكذا بعضُ الشّـروط التّعسّفية التي من المُمكن أن يُضمِّنها الطّرف القويّ فيه وما تُسبّبه من إخلال فادحٍ بهذا التّوزيع، فإنّ المشرِّع قـد سعى لمُواجهةِ ذلك بإقرار بعض الحلول التي أتاح من خلالها للقاضي أن يتدخّل في العقد قـصـدَ مُعالجةِ ذلك، وهذا من خلال نـصّ الموادّ: 3/107، 110 و 2/112 من القانون المدني بـردِّ الالتزام المُرهِق إلـى الـحدِّ المعقول، وكذا مُكافحة الشّروط التّعسّفية في عقود الإذعان كونها تُؤدّي إلى إخلالٍ فادحٍ بهذا التّوزيع بين طـرفـيـهـا.

أمّـــا فـيـمـا يـخـصّ مبدأ التّوزيع العادل للتّكاليف المُترتّبة عـن العقد في ظلّ القوانين الخاصّة فـقـد تمّ تجسيده كذلك في قانون حماية المُستهلِك الذي انطلق فيه المشرِّع من اللّامساواة المهنيّ والمُستهلِك بـحـظـرِ طائفةٍ من الشّروط التي تُعتبَر تعسّفيةً، وكـذا إلقاء التزام إيجابيّ على الطّرف القويّ فيها يتمثّل في ضمان السّلع والخدمات لتجسيد ذات المبدأ.

وعـلـى غِـرار سـعـي المشرِّع إلى تحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف النّاجمة عـن الـعـقـد بين طرفيه، فإنّه قـد سـعـى أيضًا إلى تجسيد التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عـنـه بينهما، فـمـا دام أنّ كُـلَّ مُـتعاقدٍ يـسعـى إلى الحصول على منافعَ جـرّاء العمليّة التّعاقُديّة التي يُباشرها مـع الطّرف الآخر، وبالنّظر إلى التّفاوت الذي يُمكِـن أن يـقـعَ في ذلك، فإنّه قـد تمّ إقرار بعض الحلول التّشريعية بهذا الخصوص.

فـعـلـى الـرّغـم مـن عـدم اهتمام القانون المدني بتعادل الأداءات بين المُتعاقدين كأصل بين طرفي العقد الذي ينشأ صحيحًا، إلّا أنّه قـد سـعـى إلى إيجاد بعض الحلول الاستثنائيّة لمُعالجةِ هذا التّفاوت، فـعـيـب الاستغلال ونظرًا لِـمـا يُمكن أن ينجُم عنه ليه من اختلال في العـقـد، فإنّه قـد تـمّ منح الطّرف المغبون فيه حقّ رفع دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص بموجب المادّة: 90 من القانون المدني لمُعالجة ذلك التّفاوت الحاصل بينه وبين الطّرف المُستغِـلّ، وكذلك الشّأنُ نفسُه في حالة الغبن في بعض النّصوص المُتفرِّقة في القانون المدني، ولا سيما في حالتي بيع العقار بغبنٍ يزيد عن الخمس (5/1) طبقًا لنصّ المادّة: 358 منه، وكذلك نقضُ القسمة الحاصلة بالتّراضي إذا لـحِـق الطّرف المُتقاسِم غـبـنٌ يزيد عن الخمس (5/1) وهذا طبقًـا لـنـصّ المادّة: 732 من نفس القانون، وقـد رأينا في ذلك كُـلِّـه أهميّة نظريّة الغبن في تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عـن العقد بين طـرفـيـه.

وأخـيـرًا، فإنّ بعض النّصوص التّشريعية الخاصّة قـد سـعـت كذلك لتفعيل مبدأ التّوزيع العادل للتّكاليف النّاجمة عـن الـعـقـد، ولا سيما ما تضمّنه قانون العمل، وكذا قانون حماية المُؤلّف، وهذا على الرّغـم من بعض القصور الذي يشوبها في ذلك، في انتظار إيجاد لإعطاء أكثر تفصيل لهذا المبدأ فيها وتجسيده فِـعـلـيًّـا.

وبـالـنّـتـيـجـة، فإنّني أستطيع أن أخلُصَ إلـى أنّ شتّى الظّروف الاقتصاديّة والاجتماعية والفكرية التي تأثّر بـهـا القانون باعتباره ظاهرةً اجتماعيّة، وكذا العقود باعتبارها وسيلةً أساسيّة من وسائل التّبادُل الاقتصادي في المجتمع قد أدّت في مُجملها إلى بروز فكرة "التّكافل العقدي" وتجسيدها في النّظام القانوني الجزائري.

وعليه، فإنّني أستطيع الجزمَ على ضـوءِ مـا سـبـق أنّ هذه الفكرة **هي حقيقةٌ فعليّة** على الرّغم من تأخُّـر الفقه نوعًا مـا في التّصريح بها وإبرازها بصفة واضحة، وهـو مـا أدعـوه إليه بالنّظر إلى أهمّيتها البالغة وكذا الدّور الذي يمكِن أن تُؤدّيه في ذلك حتّى يرتقي العقد إلى أداء وظيفةٍ اجتماعيّة غايةٍ في الأهمّية، لا يكتفي فيها بالتّأثُّـر فقط بشتّى الظّروف، بل أن يكون مـؤثِّرًا فيها هو الآخر، فيصيرَ أداةَ تحديثٍ وحضارةٍ بما ينشُره من قِـيـم: النّزاهة، والتّعاوُن، والعدل، والمساواة، وكذا التّكافل بين المتعاقدين، فحتّى وإن كان يبدو في هاته القيم أنّها ذات طابعٍ أخلاقي أساسًا إلّا أنها تتقاطع تمامًـا مع روح القانون وجوهره، وعلى هذا فإنّني أرى أنّها جديرةٌ بأن تُجسِّـد في ظِـلِّ المذهب الاجتماعي الذي نعيشه الشّعارَ الذي نادى بـه أنصار المذهب الفردي والذي مفادُه أنّ: "العـقـد هـو الـعـدل" بـأسـمـى مـعـانـي ذلـك.

قـائـمـة الـمـراجـع

الـمـراجـع بـالـلـغـة الـعـربـيـة:

أولا: الـكـتـب الـعـامـة:

1 ـ أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1983.

2 ـ عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1988.

3 ـ عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والقانون المقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002.

4 ـ عبد الفتّاح عبد الباقي، نظريّة العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، 1984.

5 ـ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

6 ـ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

7 ـ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، العقود الواردة على العمل: المقاولة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المجلد الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2004.

8 ـ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنّشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013.

9 ـ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

10 ـمحمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، طبعة 1192-1993.

11 ـ محمد السعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.

12 ـ محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2010.

ثانيا: الكتب المتخصّصة:

13 ـ إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، الجزء الأول: الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

14 ـ العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010.

15 ـ الطيب بلوله، قانون الشركات، ترجمة محمد بن بوزه، بيرتي للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2013.

16 ـ أسعد دياب، القانون المدني: العقود المسماة: البيع، الإيجار، الوكالة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

17 ـ أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2003.

18 ـ بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل ـ علاقات العمل الفردية والجماعية ـ ، دار الريحانة للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 2003.

19 ـ جديدي معراج، محاضرات في عقد التأمين، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، الجزائر، 2008.

20 ـ حمدي أحمد سعد، الإفضاء بالالتزام بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 1999.

21 ـ فايز أحمد عبد الرحمان، الشروط التعسفية في وثائق التأمين: دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دارا لمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.

22 ـ عبد اللطيف عبد الحليم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.

23 ـ نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.

24 ـ سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 1، 2000.

25 ـ سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري (علاقة العمل الفردية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية الجزائر، 1994.

26 ـ سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة 1، 1990.

27 ـ رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.

28 - عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والقانون المقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، طبعة 2002.

29 - عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول: التأمينات البرية، مطبعة حيرد، الجزائر، 1998.

30 - عبد القادر عزّت، عقد المقاولة، دار الألفي، القاهرة، مصر، طبعة 2001.

31 - عبد السلام ذيب، قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2003.

32 – علي بن غانم، الوجيز في قانون التأمين(مقارنة بين القانونين الجزائرية والفرنسي)، الجزائر، بدون تاريخ.

33 - لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013.

34 - محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2010.

35 - محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

36 - مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، دار هومة، الجزائر، الطبعة 2، 2011.

37 - محمد الصغير بعلي، تشريع العمل في الجزائر، مطبعة ولاية قالمة، الجزائر، 1992.

38 - محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، المؤسّسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

39 - محمد بودالي، الشّروط التّعسّفية في العقود في القانون الجزائري - دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2010.

40 – محمود عبد الرحمان محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التّوازن بين الأداءات العقدية، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.

ثالثا: الأطروحات والرسائل الجامعية:

41 - آسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

42 - جميلة بولحية، نظرية الظّروف الطّارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983.

43 - بن عزوز درماش، التوازن العقدي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014.

44 - حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012.

45 - حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996.

46 ـ فاطمة نساخ ، الوظيفة الاجتماعية للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.

47 ـ ليلى حدوم، العقود النموذجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

48 ـ فريدة لبان، حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

49 ـ ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

50 ـ كريمة حدوش، الالتزام بالإعلام في ضوء القانون 09-03، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بومرداس، 2012.

51 ـ سليمان محمدي، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.

52 ـ صليحة برجم، المقاولة الفرعية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

53 ـ عليان عدة، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

54 ـ عبد الرحمان خليفاتي، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1988.

55 ـ علي حساني، الإطار القانوني للالتزام بالضّمان في المنتوجات ـ دراسة مقارنة ـ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012.

56 ـ زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج ـ دراسة مقارنة ـ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2006.

57 ـ عسالي عرعارة، نظرية الاستغلال، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1997.

58 ـ محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة فاس، المغرب، 2005-2006.

59 ـ مختار لبني، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1977.

60 ـ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2012.

61 ـ محمد أمين سي الطيّب، الشروط التّعسّفية في عقود الاستهلاك ـ دراسة مقارنة ـ ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2007-2008.

62 ـ هيفاء رشيدة تكاري، النّظام القانوني لعقد التأمين ـ دراسة في التّشريع الجزائري ـ ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012.

رابعا: الـمـقـالات:

63 - بوعزة ديدن، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الجزء 41، العدد 1، الجزائر، 2004، ص 128.

64- عبد السّلام سعيد، الإجبار القانوني على التّعاقد، مجلّة المحاماة، العددان الثالث والرابع، مارس وأبريل، السنة الثامنة والستون، مصر.

65 - محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الفقه والقانون، السنة السابعة والعشرون، المغرب، إبريل 2013.

66 - قادة شهيدة، التجربة الجزائرية في حماية المستهلك: بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، جامعة تلمسان، العدد الأول، 2014.

67 - سليمان محمدي، من أجل الإبقاء على الغبن في بيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1، 2008.

68 - فاطمة الزهراء بوفطة، شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 2004/3.

رابعا: الـقـرارات الـقـضـائـيـة:

69 - المحكمة العليا، غ.ت.ب،1999/07/13، ملف رقم 190797، م.ق، 2000، العدد1.

70 - المحكمة العليا: 2000/01/05، ملف رقم 350164، م.م.ع، 2006، العدد1.

71 - المحكمة العليا: 2001/06/20، ملف رقم 254727، م.ق، 2003، العدد2.

72 - المحكمة العليا: 2002/06/25، ملف رقم 286391، م.ق، العدد 1، 2003.

73 - المحكمة العليا،غ.م 1987/12/07، ملف رقم 45658، م.ق، العدد 4، 1990.

74 - المحكمة العليا: 1987/11/11، ملف رقم 51440، م. ق، 1992، العدد 1.

75 - المحكمة العليا،غ . ع، 1990/10/24، ملف رقم 191705، م.ق: 1999، عدد خاص.

76 - المحكمة العليا: غ م، المؤرّخ في: 1008/08/17، ملف رقم: 427599، م م ع ، 2009، العدد 1.

المراجع باللغة الفرنسية:

Les ouvrages généraux ;

77 – GHESTIN (J), Traité de droit civil, la formation du contrat, LGDJ, 3e Ed, 1996.

78 - Pierre CATALA, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de prescription, Ministère de la justice, La documentation française, 2006.

79 – **Ch. Larroumet,** Droit civil, T 3, Les obligations, Le contrat, 3 ème Ed, L.G.D.J, 1996.

Les ouvrages spéciaux ;

80- COURDIER-CUISINIER, A.-S, Le solidarisme contractuel, 1ere éd., Paris, Litec, 2006.

81 – De Juglart(M), L'obligation de renseignement dans les contrats, RTD Civ.

82 - Eric SAVAUX, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité, Paris, L.G.D.J ,1997.

83 - GRYNBAUM, L. et M. NICOD (dir), Le solidarisme contractuel**,** Paris, Economica, 2004.

84 – Jean – Fabian SPITZ, qui contractuel dit juste, quelque remarque sur une formule d'Alfred FOUILLE, RTDC, Avril/Juin 2007.

85 – Stephan DARMISIN dit ; Le contrat moral, L.G.D.J, 2000.

86 - PICOD (Y), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J, Paris, 1989.

87 – **Paul CôFFARD**, Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle en droit commun, L.G.D.J, Paris, 2005.

88 - **Philippe LE TOURNEAU**: Droit de la responsabilité et des contrats, L.G.D.J, 7 eme éd. 2008.

Thèses et mémoires ;

89 –Ghislan Tabi Tabi, Les Nouveaux instruments de gestion de processus contractuel, Thèse, Faculté de droit université Laval Québec, 2011.

90–Frédéric LECREC, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, Etude de conflit de lois, Thèse, Strasbourg,

91–Nadir MESLI, La lésion en droit algérien, Mémoire D.E.S, faculté de droit, université d'Alger, 1977.

Les articles ;

92-Ali BENCHENEB, Les contrats et le droit d'auteur, Revue Algérienne, N° 3, 1983.

93–EL-GHARBI (M), La justification de l'obligation de l'information ; Contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats, R.R.J, droit prospectif, 2004, 2.

94–PH. Dévésia, Négociation du contrat, Juris-classeur, N° 4, Fasc, 1860, éd, 1999, P 08.

95–EL-GHARBI (M), La justification de l'obligation de l'information ; Contribution à l'étude de la moralisation du droit des contrats, R.R.J, droit prospectif, 2004, 2.

96-PICOD (Y), Effet obligation des conventions, contrats et obligation, Art 1134 et 1135, Fasc 11, édition du juris-classeur 1999.

97– Jean – Fabian SPITZ, qui contractuel dit juste, quelque remarque sur une formule d'Alfred FOUILLE, RTDC, Avril/Juin 2007

La jurisprudence ;

98–Cass com, 09 Fev 1981, Cahier des droits d'entreprise, 1981, P 05.

99-Cass civ Ire, 12 April 1976, Bull civ 1122 ;Def 1976, 31434.5.389.

100-Cass , 1, civ, 22 Avril 1985 , bull . civ – 1985 , N° 125, D 1985 .p 558.

101-Cass civ.1, 15 Décembre 1999, Dossier juridique et technique de l'ARGUS, 31/03/2000.

102–Cass Civ, 1 ère, 11 Juillet 1982, Bull -1-1, N° 202.

103–Cass Com, 05 Juillet 1962, Bull -3-, N° 149.

104–Cass, Civ, 1 ere, 20 Juin 1995, Bull, Civ 1, N° 176, P 191.

الـمـوضـوع:.....الـصـفـحـة:

مـــقـدّمـــة:..... ص: :01.

الـفـصـل الأول:

ـ الـتّـكـافـل بـيـن الـمـتـعـاقـديـن: الـجـانـب الـذّاتـي لـلـتّـكـافـل الـعـقـدي ..... ص: 07.

المبحث الأول: ـ التزام المتعاقدين بمُقتضَيات النّزاهة عند تكوين العقد ..... ص: 08.

المطلب الأول: ـ الالتزام بمُقتضَيات النّزاهة بين المتعاقدين عند تكوين العقد وفقا للقانون المدني ..... ص: 09.

الفرع الأول: ـ الالتزام بمُقتضَيات النّزاهة بين المتعاقدين في مرحلة المفاوضات .....ص: 10.

أولا: ـ الالـتـزام بـالـتّـفـاوض بـنـيّـة الـتّـعـاقـد ..... ص: 11.

ثانيا:ـ التزام المتفاوضين بالاعتدال والسّـريـة.....ص: 12.

ثالثا:ـ عدم قطع المفاوضات دون سببٍ مشروع ..... ص: 13.

الفرع الثاني: ـالالتزام بمُقتضَيات النّزاهة بين المتعاقدين في الإيجاب والقبول.....: 15.

أولا: ـ الإيجاب والالتزام بمُقتضَيات النّزاهة .....ص: 15.

ثانيا: ـ القـبـول والالتزام بمُقتضَيات النّزاهة ..... ص: 17.

الفرع الثالث: ـ عـيـوب الإرادة والالتزام بالنّزاهة .....ص: 18.

أولا: ـ عيب الـغـلـط ومُـقـتـضَـيـات النّزاهة وحسن الـنّـيـة.....ص: 18.

1 ـ حـسـن النّيـة كـشـرط للتّمسُّك بـالـغـلـط .....ص: 18.

2- عـلاقـة المُـتـعـاقـد الثّـاني بـالـغـلـط .....ص: 20.

ثانيا: ـ حـظـرُ التّدليس لمُناقضته مُقتضَيات النّزاهة .....ص: 21.

المطلب الثّاني: ـ الالتزام بمُقتضَيات النّزاهة بين المتعاقدين عند تكوين العقد في القوانين الخاصّة.....ص: 23.

الفرع الأول: ـ الالتزام بالإعلام قبل التّعاقدي في عقود الاستهلاك .....ص: 23.

أولا:ـ الحاجة الماسّة للمُستهلِك للإعلام جرّاء ضـعـفـه .....ص: 24.

1 ـالـثّـقـة المشروعة للمُستهلِك تُـجـاهَ الـمـهـنـيّ .....ص: 24.

2 ـ ضمان حصول المُستهلِك على المعلومات من المهنيّ في كـلّ الأحوال .....ص: 25.

ثانيا: ـ قـوّة المهنيّ تُـجـاه المُستهلِك مَـدعاةٌ لوجوب إعلامه وتنوير بصيرته .....ص: 26.

1ـ التزام المهنيّ بالاستعلام لصالح المُستهلِك جـرّاء قُـوّته .....ص: 26.

2 ـ قرينة علم المهني بالمعلومات مَـدعاةٌ لوجوب تقديمها للمُستهلِك.....ص: 27.

الفرع الثاني: ـ الالتزام بالإعلام قبل التّعاقدي كآليّة لضمان الالتزام بالنّزاهة بين المتعاقدين في عقد التّأمين .....ص: 28.

أولا: ـ التزام المؤَمِّـن بإعلام المؤَمَّن لـه بشفافيّة تـامّــة.....ص: 28.

1 ـ ضمان إعلام المؤَمِّـن للمؤَمَّـن له من خلال اقتراح التّأمين .....ص: 29.

2 ـ تِـبيان المؤَمِّن للمـؤَمَّـن لـه كُـلّ المعلومات المُتعلِّـقة بشروط التّعاقـد.....ص: 30.

ثانيا: ـ التزام المؤَمَّن له بالإدلاء بالبيانات للمؤَمِّن تجسيدًا لمُقتضَيات النّزاهة.....ص: 32

1 ـ التزام المؤَمَّن لـه بتقديم البيانات المُتعلِّقة بالعقد لـلـمـؤَمِّـن ..... ص: 32.

2 ـ جزاءُ إخلال المؤَمَّـن لـه بالنّزاهة في تقديم البيانات للمُؤمِّـن ..... ص: 33.

الـمـبـحـث الـثـانـي: - الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد .....ص: 35.

المطلب الأول: - الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد وِفقًا للقانون المدني.....ص: 35.

الفرع الأول: -الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ العقود الزّمنية

(عقد الشّركة وعقد الإيجار نموذجًا).....ص: 36.

أولا: - الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ عقد الشّركـة .....ص: 36.

ثانيا: - الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ عقد الإيجار .....ص: 38.

1 - التزام المُؤجِّـر بالتّعاون مع المُستأجِر .....ص: 38.

2 - التزام المُستأجِر بالتّعاون مع المُؤجِّـر .....ص: 39.

الفرع الثاني: - الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين في تنفيذ العقود الواردة على العمل

(عقد المقاولة الفرعيّة و عقد الوكالة نموذجًا).....ص:41.

أولا: - الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ عقد المقاولة الفرعيّة .....ص: 41.

1 - التزام المقاول الأصليّ بالتّعاون مع المقاول الفرعيّ .....ص: 42.

2 - التزام المقاول الفرعيّ بالتّعاون مع المقاول الأصليّ .....ص: 43.

ثانيا: - الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ عقد الوكـالـة .....ص:45.

1 :- التزام المُوكِّـل بإعلام الوكيل وتوجيهه .....ص:45.

1 : - التزام الوكيل بالتّعاون مع مُوكِّلِه لتنفيذ عقد الوكالـة .....ص: 47.

المطلب الثاني: ـ الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين عند تنفيذ العقد وِفقًا للقوانين الخاصة ..ص 49.

الفرع الأول: ـ الالتزام بالتّحذير في عقود الاستهلاك .....ص: 49.

أولا: ـ الالتزام بالتّعاون بين المتعاقدين لتنفيذ العقد أساسُ الالتزام بالتّحذير.....ص: 49.

ثانيا: ـ مضمون الالتزام بالتّحذير ترجمةٌ لمُقتضَيات التّعاون بين المتعاقدين .....ص: 51.

الفرع الثاني: ـ الالتزام بالتّعاون لتنفيذ عقد التّأمين.....ص: 53.

أولا: ـ التزام المؤَمَّن لـه بإخطار المؤَمِّن بتفاقُم الـخـطـر .....ص: 53.

ثانيا: ـ التزام المؤَمَّن لـه باحترام الالتزامات وقواعد النّظافة والأمن .....ص: 54.

ثالثا: ـ التزام المؤَمَّن لـه بإخطار المؤَمِّن بتحقُّق الـخـطـر .....ص: 55.

الفرع الثالث: ـ الالتزام بالتّعاون بين العامل وربّ العمل لتنفيذ عقد العمل .....ص: 56.

أولا: ـ التزامات العامل المُجسِّدة لمُقتضَيات التّعاون في تنفيذ عقد العمل.....ص: 56.

1 ـ التزام العامل بطاعة أوامر ربّ الـعـمـل .....ص: 56.

2 ـ التزام العامل بالامتناع عن منافسة ربّ الـعـمـل .....ص: 57.

3 ـ التزام العامل بعدم إفشاء أسرار العمل .....ص: 59.

ثانيا: ـ التزامات ربّ العمل المُجسِّدة لمُقتضَيات التّعاون في تنفيذ عقد الـعـمـل .....ص: 60.

خـاتـمـة الـفـصـل الأول:.....ص: 61.

الـفـصـل الـثّـانـي:

ـ الـتّـوفـيـق بـيـن مـصـالـح الـمـتـعـاقـديـن:

الـجـانـب الـموضـوعـي لـلتّـكـافـل الـعـقـدي

.....: 62.

المبحث الأول: ـ التّوزيع العادل للتّكاليف النّاشئة عن العقد.....ص:64.

المطلب الأول: ـ التوزيع العادل للتّكاليف المترتّبة عن العقد في ظلّ القانون المدني .....ص:65.

الفرع الأول: ـ التّوزيع العادل للتّكاليف بين المتعاقدين في حالة الظّروف الطارئة .....ص: 66.

أولا: ـ منافاة وجود التزام مرهق في العقد للتّوزيع العادل للتّكاليف .....ص: 67.

1 ـ إرهاق المدين بالالتزام جرّاء الظّروف الطارئة: .....ص: 67.

2 ـ إخلال الظّروف الطّارئة بتوازن التّكاليف بين المتعاقدين: .....ص: 69.

ثانيا: ـ تدخّل القاضي لتحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف في حالة الظّروف الطّارئة.....ص:70.

1ـ مضمون تدخّل القاضي لتحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف: .....ص: 70.

2 ـ وسائل تحقيق القاضي للتّوزيع العادل للتّكاليف:.....ص:71.

أ ـ الإنقاص من التزام المدين .....ص:71.

ب ـ الزيادة في التزام الدّائن .....ص: 73.

الفرع الثّاني: ـ معالجة الشّروط التّعسّفية لتحقيق التّوزيع العادل للتكاليف بين المتعاقدين....ص:75.

أولا: ـ مناقضة الشّروط التّعسّفية للتّوزيع العادل للتّكاليف المترتّبة عن العقد .....ص:76.

1 - إرهـاق المدين بالالتزام جرّاء الشّروط التّعسفيّـة: .....ص: 76.

2 - إخلال الشّروط التّعسّفية بتوازن التّكاليـف بين المتعـاقـديـن: .....ص: 77.

أ - الشّروط التعسفية المُخِلّة بذاتها بتوازن الـتّـكالـيـف.....ص: 77.

ب - الشّروط التعسفية المخلّة بتوازن التّكاليف بحكم استعمالها.....ص: 78.

ثانيا: - تدخّل القاضي لتحقيق التّوزيع العادل للتّكاليف .....ص: 79.

1 -تعديل القاضي للشّروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها.....ص: 61.

أ -تعديل القاضي للشّروط التّعسّفية.....ص: 79.

ب -إعفاء القاضي للطّـرف المذعن من الشّروط التّعسّفية.....ص: 80.

2 -تأويل الشكّ في عقد الإذعان لصالح الطّرف الـمـذعـن.....ص: 81.

أ - الشـكّ يُـؤوَّل لصالح الطّرف المذعن في عقد الإذعان.....ص: 81.

ب -تبرير تأويل الشك لصالح الطرف المذعِن في عقد الإذعان .....ص: 82.

المطلب الثاني: - التّوزيع العادل للتّكاليف المترتّبة عن العقد في ظلّ القوانين الخاصّة ....ص:83.

الفرع الأول: - ضمان التّوزيع العادل للتكاليف بين المتعاقدين من خلال مكافحة الشّروط التّعسّفية في عقود الاستهلاك .....ص: 83.

أولا:- الإخلال الظّاهر بتوازن العقد مـعـيـار لتحديد الشّرط التّـعـسّـفـي .....ص: 84.

ثانيا:- معالجة الشّروط التّعسّفية لإعادة توازن التّكاليف النّاجمة عن عقد الاستهلاك .....ص:86.

الفرع الثّاني: - فرض الالتزام بالضّمان لتجسيد التّوزيع العادل للتّكاليف النّاجمة عـن عقد الاستهلاك .....ص: 88.

أولا:- مضمون الالتزام بالضّمان المُجسِّـد للتّوزيع العادل للتّكاليف .....ص: 89.

ثانيا:- تجسيد الالتزام بالضّمان لمبدأ التّوزيع العادل للتّكاليف النّاجمة عن العقد .....ص:90.

المبحث الثّاني: ـ التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد.....ص: 92.

المطلب الأوّل: ـ التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا للقانون المدني ....ص: 93.

الفرع الأوّل:ـ تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا نظريّة الاستغلال ....ص: 93.

أوّلا:ـ إخلال عيب الاستغلال بالتّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد .....ص: 94.

1 :ـ حصول تفاوت بين حظّ الرّبح والخسارة .....ص: 94.

2 :ـ التّفاوت بين الالتزام والعوض .....ص: 95.

3 : ـ انعدام العوض .....ص: 96.

ثانيا:ـ معالجة التّفاوت بين المنافع النّاجمة عن العقد جرّاء عيب الاستغلال .....ص: 97.

1 :ـ ردّ التّفاوت من خلال دعوى الإبطال .....ص: 97.

أ ـ ردّ التّفاوت عن طريق طلب إبطال العقد: .....ص: 97.

ب ـتوقّي دعوى الإبطال ردّا للتّفاوت: .....ص: 97.

1 :ـردّ التّفاوت من خلال دعوى الإنقاص .....ص: 98.

الفرع الثّاني:ـ تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا لنظريّة الغبن .....ص: 99.

أوّلا: ـ تباين توزيع المنافع النّاجمة عن العقد بسبب الغبن .....ص: 100.

1 : ـ حصول تفاوت بين حظّ الرّبح والخسارة .....ص: 100.

2 : ـ إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين نتيجة الغبن .....ص: 101.

ثانيا: ـ ردّ التّفاوت الحاصل بين المنافع النّاجمة عن العقد جرّاء الغبن .....ص: 102.

1 : ـ دعوى تكملة الثّمن في عقد بيع العقار .....ص: 102.

2 : ـ دعوى نقض القسمة للغبن .....ص: 103.

المطلب الثّاني:- التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن العقد وفقا لبعض القوانين الخاصّة .....ص: 104.

الفرع الأوّل:- تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن عقد العمل من خلال الأحكام الخاصّة بالأجور والضّمان الاجتماعي .....ص:105.

أوّلا:- تكريس حقّ العامل في الأجر .....ص:105.

1 :- الضّمانات القانونية المقرّرة للعامل في تحديد الأجر .....ص:106.

2 :- الحماية القانونية الخاصّة المقرّرة للأجر .....ص:107.

أ - بطلان التّنازل عن الأجر .....ص: 107.

ب - مبدأ الدّفع النّقدي للأجر .....ص: 107.

ثانيا:- التزام ربّ العمل بتوفير الضّمان الاجتماعي للعامل .....ص: 108.

الفرع الثّاني:- تحقيق التّوزيع العادل للمنافع النّاجمة عن عقد التّنازل عن الحقوق المادية للمؤلّف .....ص:109.

أوّلا:- حقّ المؤلّف في مباشرة دعوى الغبن لمراجعة العقد .....ص:109.

ثانيا:- ضمان حصول المؤلّف على مُكافأة عادلة في حالة تحقّق الغبن .....ص:111.

خاتمة الفصل الثّاني:.....ص: 112.

الخاتمة:.....ص:114.

قائمة المراجع: .....ص:119.

الفهرس: .....ص: 126.