

القاضي طرف جديد في العقد المدني*

ATMANI Bilal, M A "A",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité de la
Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

عثماني بلال، أستاذ مساعد"أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

تعتبر نظرية العقد من بين النظريات الأكثر تطورا في القانون المدني في القرن العشرين، حيث أوضحت المبادئ التقليدية التي كانت تقوم عليها هذه النظرية تتعرض للانتقاد من طرف الفقه، ولإعادة النظر من طرف القضاء.

لم يبق للمتعاقدين في ظل النظرية الحديثة للعقد، تلك السلطة الواسعة على المضمون العقدي، من خلال فرض رقابة قضائية على العقد عبر جميع مراحل انطلاقا من المفاوضات إلى غاية نهايته إما بالتنفيذ أو من دون ذلك.

تفاقت السلطة الممنوحة للقاضي على العقد، سواء عبر النصوص القانونية أو الاجتهاد القضائي الذي كان له الدور الكبير في إرساء مجموعة من المبادئ التي أوضحت اليوم أساسية في النظرية الحديثة للعقد، إلى درجة التساؤل: هل القاضي طرف ثالث في العقد؟

الكلمات المفتاحية:

عقد، القاضي، دور، مفاوضات، تنفيذ.

The judge new part of the civil contract

Abstract:

If there is a theory that has undergone a metamorphosis during the twentieth century in civil law, it is indeed that of contracts, which has seen its ancestral principles questioned both by doctrine and by jurisprudence.

The power of contractors concerning the contractual content has been restricted over time though, by a multiplicity of judicial intervention throughout the contractual process, from simple discussions until the termination of the contract by its execution or without.

On the contrary, the powers of the judge concerning the contract, have steadily gained amplitude, boosted by legislation and abundant jurisprudence in favor of an increased intervention by the judicial authority, to ask for : Is the judge a third part of the contract ?

Key words:

Contract, judge, role, negotiation, execution .

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/25 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2017/04/11 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/06/12.

Le juge nouvelle partie du contrat civil

Résumé :

S'il y a bien une théorie qui a connu une métamorphose durant le XX^{ème} siècle en droit civil, c'est bien celle des contrats, qui a vu une remise en cause de ses principes ancestraux, tant par la doctrine que par la jurisprudence.

Le pouvoir des contractants sur le contenu contractuel s'est restreint au fil du temps, par une multiplication de l'intervention judiciaire tout au long du processus contractuel, des simples pourparlers jusqu'à l'extinction du contrat par son exécution ou sans que celle-ci n'intervienne.

Au contraire, les pouvoirs du juge sur le contrat n'ont cessé de prendre de l'ampleur boostés par des textes de loi et une jurisprudence abondante en faveur d'une intervention accrue de l'organe judiciaire, à ce demander aujourd'hui si le juge ne constitue t'il pas une troisième partie dans un contrat ?

Mots clés :

Contrat, juge, rôle, pourparlers, exécution.

مقدمة

قال Charles Louis de Secondat (MONTESQUIEU) في كتابه "في روح القوانين" أن: "قضاة الأمة هم الأفواه التي تنطق بكلمات القانون، فهم أشخاص من دون روح لا يمكن لهم التخفيف من قوته ولا صرامته"⁽¹⁾، من خلال هذه المقولة للفيلسوف مونتسكيو، يظهر أنه يرى القاضي آلة لتطبيق القانون، حبيس نصوص، مهما تعددت، لن تقدّم كل الحلول للنزاعات المعروضة عليه.

سادت هذه النظرة كذلك على النظرية التقليدية للعقد، إذ وباعتبار هذا الأخير شريعة المتعاقدين، فلم يكن للقاضي مجال واسع للمناورة من أجل إيجاد الحل الأنسب للنزاع المعروض عليه، طالما يستحيل عليه إعادة النظر فيما اتفق عليه المتعاقدين باسم القوة الملزمة للعقد.

غير أن هذه الصرامة الرائدة في تطبيق المبادئ التقليدية لنظرية العقد، هدّدت كيانه في الحقيقة، لأنّ التفاوت في مراكز المتعاقدين جعلت من العقد يأخذ منحى خطير، إذ أصبح أداة لكسب الثروة قبل أن يكون أداة لتبادل المصالح بين الأفراد، ومن أجل إعادة العقد إلى السكّة، أصبح تدخل القاضي ضرورياً من أجل فرض المصلحة الاجتماعية للعقد كمبدأ يسمو على المصلحة الشخصية للمتعاقد.

تحولّ في الوقت الحاضر دور القاضي عند الفصل في المنازعات المرتبطة بالعقد من دور سلبي، باعتباره طرف خارجي عن العقد، إلى دور المتدخل في جميع مراحل، باعتباره الضامن لفعاليته الاجتماعية، إلا أنّ جانب من الفقه يرفض أن يكون للقاضي أيّ تدخل في العقد خشية إدخال هذا الأخير في دائرة عدم الاستقرار؛ فبين فقه معارض ومؤيد تبرز ضرورة التساؤل عن دور القاضي في العقد المدني؟

يظهر دور القاضي عبر جميع مراحل العقد سواء في المرحلة السابقة على التعاقد، على اعتبار أنّ هذه المرحلة مهمة جدا من أجل تحقيق الغرض من إبرام العقد، أو في المرحلة التي تلي إبرام العقد سواء عند تنفيذه أو عند زواله من أجل المحافظة على فعالية العقد وردع التعسف الذي قد يصدر من أحد المتعاقدين.

أولا: دور القاضي في المرحلة السابقة على التعاقد

لم يول الفقه اهتماما كبيرا للمرحلة السابقة على التعاقد في ظل النظرية التقليدية للعقد، حيث عادة ما اعتُبرت هذه المرحلة ملك خاص للأطراف، وأنّ العقد لا يُرتب في الحقيقة آثاره إلا في الفترة اللاحقة عن إبرامه، غير أنّ الآونة الأخيرة عرفت تطورا في هذا الشأن، لما تيقن أنّ نجاعة العقد عند التنفيذ تتحدّد بالطريقة التي تمتّ فيها المفاوضات. أضحت المرحلة السابقة على التعاقد ذات أهمية من الناحية القضائية، فقد يتدخل القاضي بدور إنشائي (1)، أو من أجل مراقبة سلوك المتعاقدين (2).

1- التدخل الإنشائي للقاضي

يأخذ التدخل الإنشائي للقاضي في المرحلة السابقة على التعاقد صورتين أساسيتين، فتارة يتم اعتبار العقد منعقد بحكم قضائي، أو عن طريق فرض التزامات جديدة على الأطراف لم يتم الاتفاق عليها مسبقا.

أ- اعتبار العقد منعقد بحكم قضائي

من الصعب تقبّل عبارة "العقد القضائي" في ظل النظرية التقليدية للعقد، لأنّ سلطة القاضي لا يمكن لها أن تفرض نفسها على الأطراف، علما أنّ العقد هو شريعة المتعاقدين، إلا أنّه في ظل النظرية الحديثة، فقد منح المشرّع للقاضي دورا إنشائيا وهو اعتبار العقد منعقد بين الأطراف رغم عدم الاتفاق علي ذلك.

يجد هذا الطرح تكريسا في نص المادة 72 من التقنين المدني⁽²⁾ والمتعلّقة بالوعد بالتعاقد، والتي تجيز للقاضي بناء على طلب الموعد له، وبعد فحص مدى توافر شروط الوعد بالتعاقد إصدار حكم يقوم مقام العقد بين الواعد والموعد له⁽³⁾.

كما قد يُعتبر حكم القاضي سند ملكية، وأفضل مثال عن ذلك ما تنص عليه المادة 803 من التقنين المدني⁽⁴⁾ والمتعلّقة بالشفعة، حيث يُعتبر الحكم الفاصل نهائيا في قيام الشفعة كسند ملكية للشفع، والذي يلتزم بعد استصدار الصيغة التنفيذية للحكم أو القرار النهائي، باستكمال الإجراءات المتعلّقة بالشهر والتسجيل العقاري، ورغم أنّ المشرّع لم يعتبر هذا الحكم يقوم مقام العقد، إلا أنّ النتيجة النهائية هي نفسها، فالحكم الصادر في القضية هو سند ملكية الشفع مثلما عقد البيع هو سند ملكية المشتري في عقد البيع.

ففي كلتا الحالتين السابقتين، نجد بأن المشرع منح للحكم الفاصل في النزاع أثر وجود العقد، حيث يترتب عن صدور الحكم الأثر نفسه المترتب عن إبرام العقد، ورغم اعتبار غالبية الفقه أنّ الحكم الصادر بالنسبة للحالة الأولى والمتعلقة بالوعد بالتعاقد ليس مُنشئاً، بل هو كاشف لاتفاق سابق بين الطرفين⁽⁵⁾، إلا أنّ الأمر يختلف حسب اعتقادي في حالة الشفعة، حيث أنّ الحكم أو القرار القضائي التّهائي الذي يمنح للشّفيع الحق في الشّفعة، يُنشئ انتقال ملكية العقار من المالك الأصلي إلى الشّفيع.

ب- فرض التزامات جديدة على الأطراف

كان للالتزام بحسن النية الأثر الواضح في فرض العديد من الالتزامات قبل التعاقدية من طرف القضاء، ولعل أبرزها الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والأمثلة من القضاء الفرنسي متعدّدة في هذا الشأن.

بالنظر إلى التطوّرات التي حصلت في اجتهاد محكمة النقض الفرنسيّة، اعترف المشرع الفرنسي في تعديل 2016، بوجود التزام عام بحسن النية يشمل جميع فترات العقد بما في ذلك مرحلة المفاوضات⁽⁶⁾.

ب1- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

يعتبر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من بين أهم الالتزامات الناتجة عن الالتزام بحسن النية، حيث عادة ما تمّ ربط هذا الالتزام بالسكوت التّديسي في مرحلة أولى، إلا أنّه في الآونة الأخيرة، أكّد الفقه على اعتباره التزاماً قائماً بذاته⁽⁷⁾.

من الناحية القانونية، فقد ألزم المشرع المتدخل بهذا الالتزام تجاه المستهلك من خلال المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش⁽⁸⁾ والتي تنص على: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة".

أما من الناحية القضائية، فقد ألزمت محكمة النقض الفرنسية أطراف العقد بهذا الالتزام من خلال قرار لها سنة 2006، أين قضت بوجود التزام بالإعلام قبل التعاقد في نزاع بين وكالة سياحة وأسفار وأحد المسافرين، حيث أكّدت الغرفة المدنية الأولى أنّه على وكالة السّياحة والأسفار التي قامت ببيع تذكرة سفر لأحد المسافرين، أن تلتزم بإعلامه بشروط وإجراءات الدّخول إلى الدّولة التي يريد السّفر إليها⁽⁹⁾.

إلى جانب الالتزام بالإعلام، فقد فرض الاجتهاد القضائي الفرنسي التّزاماً بالتّزاهة بين المتعاقدين كالتّزام مبدئي بين أطراف العقد، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 2012، بأنّ الالتزام بالتّزاهة والصّدق في المرحلة السابقة على التعاقد واجب في العلاقة بين المتعاقدين، ولا يمكن مساءلة أيّ شخص على عدم تذكير المتعاقد بهذه الالتزامات⁽¹⁰⁾.

من الملاحظ في النزاع السابق، والذي أخفى فيه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر عيب في الشيء المبيع، أنّ محكمة النقض الفرنسيّة أقرت بوجود التزام المتعاقدين بالنزاهة والصدق في الفترة السابقة على التعاقد وهذا التزام مفترض، بالتالي لا يمكن أنّ يتحمّل محامي المتعاقد الذي أخفى العيب مسؤولية على عدم تذكير إلى موكله أنّ تصرفه سيحمله مسؤولية.

ب2- الالتزام بالتحذير

اعترف القضاء الفرنسي منذ مدّة بالالتزام بالتحذير من خلال العديد من القرارات أبرزها ذلك الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 أبريل 2009 حيث أكدت على ضرورة تنفيذ التزام البنك بالتحذير طالما أنّ المقترض غير مطلع (client non averti) ⁽¹¹⁾، وقد كرس المشرع الفرنسي تطور اجتهاد محكمة النقض عن طريق الأمر 351-2016 ⁽¹²⁾ باستحداث نص المادة 313-12 L. ⁽¹³⁾ من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تفرض على البنك التزام بالتحذير لمصلحة المقترض، وذلك من مخاطر الاستدانة.

2- دور القاضي في مراقبة سلوك المتعاقدين

أصبح الالتزام بحسن النية أداة أساسية لمراقبة سلوك المتعاقدين في المرحلة السابقة على التعاقد، بعدما تمّ فرضه على جميع مراحل العقد، إذ أصبح القاضي يراقب مدى مطابقتها لتصرفات المتعاقدين في المفاوضات لمقتضيات النزاهة والثقة الواجبة، وتوقيع الجزاء على أيّ انحراف في السلوك، سيم عند قيام أحد المتعاقدين بقطع المفاوضات.

أ- توقيع الجزاء في حالة الانحراف في السلوك

يجوز للقاضي التدخل من أجل توقيع الجزاء على الطرف الذي يخرج بسلوكه عن الثقة التي يضعها فيه الطرف الآخر، حيث استعمل معيار الثقة المشروعة لقياس مدى خروج المتعاقد بتصرفه عن النزاهة ⁽¹⁴⁾.

إعمالاً لما سبق، فلا يجوز للمتعاقد الدخول في مفاوضات أو الاستمرار فيها إذا لم تكن له نية فعلية في التعاقد ⁽¹⁵⁾، لما في ذلك من غدر للثقة التي وضعها فيه المتعاقد الآخر، وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الرأي في العديد من القرارات، مثل القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسيّة في قضية شركة Network management group ضد شركة Alizée، حيث قضت بمسؤولية شركة Network management group عن مواصلتها المفاوضات دون أن تكون لها نية فعلية لإبرام العقد ⁽¹⁶⁾.

في السياق نفسه، يعتبر سيء النية -خاصة في العقود بين الشركات التجارية-، الطرف الذي يبدأ المفاوضات أو يستمر فيها لغرض الحصول على معلومات سرّية حول سير وعمل الشركة الأخرى، أو تعطيلها عن إبرام صفقات مع متعاملين آخرين أو دخولها في مفاوضات مع متعاقدين آخرين، دون أن تكون له نية صادقة في الوصول إلى اتفاق مع المتعاقد الآخر ⁽¹⁷⁾.

كما يعتبر من قبيل التصرف غير النزيه- حسبما ذهب إليه بعض الباحثين- إجراء مفاوضات مع العديد من الأطراف دون علم هؤلاء، معتبرين ذلك نوع من عدم الاستقامة في التصرف نحو هؤلاء⁽¹⁸⁾، رغم معارضة هذه الفكرة من طرف جانب من الفقه، والذين يعتبرون أنّ التفاوض مع العديد من الأطراف لا يمكن أن يكون خروجاً عن مقتضيات حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد⁽¹⁹⁾.

في الواقع، المفاوضات تفرض على المتعاقدين ضرورة التعاون مثلما أشار إليه جانب من الفقه⁽²⁰⁾، هذه الفكرة في الواقع تفرض على كلا المتعاقدين في مرحلة المفاوضات، ببذل الجهد المناسب من أجل جعل كل الفرص قائمة لإبرام العقد، وبمفهوم المخالفة، الامتناع عن أيّ تصرف من شأنه عرقلة المفاوضات أو العمل على فشلها⁽²¹⁾، في هذه الحالة يمكن للقاضي الحكم بالتعويض على المتعاقد الذي خالف بسلوكه مقتضيات حسن النية⁽²²⁾.

ب- المراقبة القضائية في حالة قطع المفاوضات

الأصل أنه من حق أيّ متعاقد قطع المفاوضات مع المتعاقد الآخر وبكل حرية، طالما لم يتوصّل إلى اتفاق⁽²³⁾، هذا الحق المكفول للمتعاقد والذي يجد تفسيره في الحرية التعاقدية، كان مطلقاً لمدة طويلة، غير أن حسن النية فرضت في الآونة الأخيرة ضرورة عدم التعسف في قطع المفاوضات تحت طائلة المسؤولية المدنية.

ب1- أساس عدم مشروعية قطع المفاوضات

يرى الأستاذ Jacques GHESTIN، أن أساس مسؤولية المتعاقد عن قطعه للمفاوضات هو فكرة التعسف في استعمال الحق⁽²⁴⁾، رغم تعرض هذه الفكرة للانتقاد⁽²⁵⁾، إلا أن الواضح هو ميل الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى اعتبار التعسف في استعمال الحق أساس قانوني لمسؤولية المتعاقد⁽²⁶⁾.

للقاضي عند مراقبة سلوك الأطراف في حالة قطع المفاوضات، سلطة كبيرة في تقدير مدى مشروعية هذا القطع، فيكون له مثلاً -أي القاضي- أن يحكم بمسؤولية المتعاقد الذي قطع المفاوضات بنية الإضرار بالطرف الآخر⁽²⁷⁾، أو المتعاقد الذي قام بقطع المفاوضات بصفة فجائية⁽²⁸⁾، أو من دون سبب جدّي⁽²⁹⁾، ولأسباب أخرى عديدة لا يمكن ذكرها على سبيل الحصر.

ب2- المسؤولية الناشئة في حالة عدم مشروعية قطع المفاوضات

من حيث طبيعة المسؤولية الناشئة عن عدم مشروعية قطع المفاوضات مع الطرف الآخر، فقد ذهب الفقه⁽³⁰⁾ والقضاء⁽³¹⁾ إلى اعتبار أنّها مسؤولية تقصيرية، رغم معارضة جانب قليل من الفقه لهذا التوجه⁽³²⁾.

إلى جانب طبيعة المسؤولية، يبقى السؤال مطروحا حول نطاق هذه الأخيرة، أي ما تشمله من تعويض. في هذا الصدد، يبدو القضاء الفرنسي جازما، إذ من حق المتضرر في الحصول على تعويض عن الضرر المحقق الوقوع، دون أن يشمل التعويض ما فاتته من كسب، لأن محكمة النقض الفرنسية لا تربط بأي علاقة سببية بين قطع المفاوضات من جهة والربح الذي كان للمتضرر أن يحققه لو تم إبرام العقد فعلا من جهة أخرى⁽³³⁾، رغم المعارضة الشديدة لجانب من الفقه الفرنسي لهذا التوجه القضائي⁽³⁴⁾.

ثانيا: تدخل القاضي في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد

بالإضافة إلى تدخل القاضي في المرحلة السابقة على التعاقد، فإنه يتدخل في العديد من الحالات في المرحلة التالية لإبرام العقد، سواء عند تنفيذه(1) أو عند إنهائه من جانب واحد (2).

1- تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

من الصعب تصوّر تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقد في ظل النظرية التقليدية، إذ يحول مبدأ القوّة الملزمة للعقد حصنا منيعا لأيّ تدخل قضائي، إلا أنّ النظرية الحديثة أرسّت إمكانية تدخل القاضي لضرورة تفتضحها المصلحة الاجتماعية للعقد.

بالرجوع إلى الدور الذي يلعبه القاضي في مرحلة تنفيذ العقد، نجد له دور إنشائي في العديد من الحالات، ولن أتطرق في هذا المقام إلى التدخل التقليدي للقاضي بإيعاز من المشرّع في التقنين المدني مثلما نجده مثلا في المادة 119-2⁽³⁵⁾ حول نظرة الميسرة، أو المادة 214⁽³⁶⁾ والمتعلقة بالالتزام بالتّخيري، بل اكتفي بالالتزامات التي تجد أصلها في الاجتهاد القضائي بإنشاء التزامات على عاتق الأطراف.

كما أنّ تدخل القاضي من أجل إعادة التوازن للعقد، يثير اهتمام الفقه الحديث، معتبرين ذلك اعتراف بسمو المصلحة الاجتماعية للعقد عن المصلحة الشخصية للمتعاقد.

أ- الدور الإنشائي للقاضي

من بين أهم صور الدور الإنشائي للقاضي في مرحلة تنفيذ العقد، تدخله من أجل فرض التزامات حديثة على المتعاقدين، فقد كان الفضل للاجتهاد القضائي الفرنسي في فرض العديد من الالتزامات منها على سبيل المثال لا الحصر الالتزام بالسلامة عند تنفيذ بعض العقود.

أول ما ظهر الالتزام بالسلامة كان في عقد النقل في قرار للغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، بقرار لسنة 1911 نقضا لقرار مجلس الجزائر، حين قضى بأحقية مسافرة تعرضت لإصابة في قدمها أثناء تنفيذ عقد النقل، معتبرة أنّ هذا الأخير—أي عقد النقل—يوقع على الناقل التزاما بالسلامة، حيث قضت محكمة النقض بأن:

« Attendu... Que l'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination, et que la

cour d'Alger constate elle-même que c'est au cours de cette exécution et dans des circonstances s'y rattachant, que Y... a été victime de l'accident dont il poursuit la réparation ; »⁽³⁷⁾

بالإضافة إلى الالتزام بالسلامة، فقد فرض القضاء باسم تنفيذ العقد بحسن نية مجموعة من الالتزامات، منها الالتزام بالإعلام والتّصحيح في المرحلة التّالية لإبرام العقد⁽³⁸⁾، وذلك في العديد من القرارات، اذكر على سبيل المثال ما قضت به محكمة النّقض الفرنسيّة في قضية، ألزمت فيه الغرفة التجارية منتج سقالة (échafaudage) حديدية بتعويض المشتري نتيجة لعدم إعلامه ونصحه حول كيفية استعمال السقالة وعن خطر تعرض هذه الأخيرة للصدى في بعض الحالات⁽³⁹⁾.

بالرجوع إلى الأمثلة السّابقة، نجد بأنّ القاضي قد يفرض على أحد أو كلا المتعاقدين التزامات لم يتم الاتفاق عليها عند إبرام العقد، وهذا يمثل وبوجه صريح تدخّل القاضي في شؤون المتعاقدين، خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة، والذي يضمن في الحقيقة مصلحة المتعاقدين إذا ما سلّمنا بأنّ إرادة المتعاقد هي الواقي الأوّل لمصالحه.

ب- تدخّل القاضي لمعالجة اختلال توازن العقد

من بين أهم السّلطات الممنوحة للقاضي عند تدخّله في مرحلة تنفيذ العقد، تلك التي تهدف إلى ضمان توازن للعقد، وبغض النّظر عن التّدخلات التّقليدية للقاضي والمنصوص عليها في التّقنين المدني كنص المادة 184 فقرة 2⁽⁴⁰⁾ المتعلقة بالشّروط الجزائي أو نص المادة 107 فقرة 3⁽⁴¹⁾ حول نظريّة الظّروف الطّارئة، فقد أصبح للقاضي سلطة التدخّل لمراقبة الشّروط التعسفيّة⁽⁴²⁾.

أورد المشرع الجزائري تعريفا للشروط التعسفية في القانون 02-04⁽⁴³⁾ الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية من خلال المادة 3 خامسا بالنص على:

" شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنها الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

تأخذ الشّروط التعسفيّة مظاهر عديدة، ترمي جلّها إلى خلق عدم توازن ظاهر بين التزامات المتعاقدين، ومن أهم هذه المظاهر أن يكون لأحد الأطراف سلطة أو حق غير مكفول للطرف الآخر⁽⁴⁴⁾، أو تعليق تحقّق الالتزام من عدمه على محض إرادة أحد الأطراف⁽⁴⁵⁾، وغيرها من الصور يمكن استنباطها من مضمون المادة 29 من القانون 02-04 السّالف الذّكر، أو المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306⁽⁴⁶⁾، والتي حدّدت البنود التي تعتبر تعسفيّة في العقد.

كما أصبح للقاضي اليوم دورا كبيرا فيم يعرف في الوقت الرّاهن بالتحديد الأحادي للثمن (La fixation unilatérale du prix)، والذي اعترف به المشرّع الفرنسي صراحة في بعض العقود من خلال نص المواد 1164⁽⁴⁷⁾، 1165⁽⁴⁸⁾ و 1223 فقرة 2⁽⁴⁹⁾ من التّقنين المدني الفرنسي،

حيث سمح المشرع في عقود الإطار أو عقود تقديم الخدمات، أو للدائن في حالة التنفيذ الجزئي، بتحديد الثمن بصفة انفرادية، ويبقى على المتعاقد الذي حدد الثمن بصفة انفرادية أن يبرر هذا الثمن، وللطرف الآخر في حالة التعسف الاستنجاذ بالقاضي من أجل التدخل وإعادة الثمن إلى الحد المعقول⁽⁵⁰⁾.

2- دور القاضي عند إنهاء العلاقة التعاقدية بصفة منفردة

أصبح من المتداول حديثا عبارة "فسخ العقد من جانب واحد"، وهو ما يتعارض مع القوة الملزمة للعقد، التي تعتبر العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين⁽⁵¹⁾، غير أن القضاء الفرنسي أجاز للمتعاقد أن ينهي العقد الذي يربطه بالمتعاقد الآخر بصفة منفردة دون أن يكون له أن يتعسف في ذلك، وللقاضي في حالة النزاع مراقبة مدى مشروعية ما قام به المتعاقد.

أ- حول مشروعية فسخ العقد من جانب واحد

تفرض القوة الملزمة للعقد على الأطراف تنفيذ العقد وفق لما تمّ الاتفاق عليه، دون أن يكون للمتعاقدين الحق في حل الرابطة العقدية من تلقاء نفسه، تطبيقا لقاعدة معروفة وهي *pacta sunt servanda*، والتي تعني احترام الكلمة الممنوحة للطرف الآخر⁽⁵²⁾، بالتالي فإن فسخ العقد لا تتحقق كأصل إلا في فرضيتين: إما اللجوء إلى القضاء (الفسخ القضائي) وإما التفاسخ (الفسخ الاتفاقي) أو ما يسمى *mutuus dissensus*⁽⁵³⁾.

رغم ما سبق ذكره، إلا أن المشرع أجاز في بعض العقود قيام أحد المتعاقدين بإنهاء العقد بإرادته المنفردة، كما هو الحال مثلا في عقد الوكالة من خلال نص المادة 587 من التقنين المدني⁽⁵⁴⁾، أو بالنسبة لعقد العمل سواء بالعزل أو الاستقالة من خلال نص المادة 66 من القانون 11-90⁽⁵⁵⁾.

إلا أنه حاليا، يتجه الفقه (استنادا بما استقرّ عليه الاجتهاد القضائي) إلى اعتبار فسخ العقد من جانب واحد جائز كقاعدة عامة في العقود غير محددة المدّة، طالما أن المتعاقد نفذ التزاماته خلال فترة معيّنة من الزمن، وأنه أخطر المتعاقد الآخر مسبقا بنيته في إنهاء العقد⁽⁵⁶⁾، على اعتبار أن المتعاقد لا يمكن أن يلتزم إلى الأبد، إلا أن سلطة المتعاقد في فسخ العقد بصفة منفردة امتدّت إلى العقود المحددة المدّة مثلما أشار إليه الفقه⁽⁵⁷⁾ والقضاء الفرنسيين، رغم أن القضاء لا يستعمل عبارة "فسخ العقد"، بل "إنهاء العلاقة التعاقدية"⁽⁵⁸⁾.

من هذا المنطلق، يتّضح أن الإرادة التي عبّرت عن رغبتها في إبرام العقد، يمكن لها أن تفكّ نفسها منه وبصفة منفردة، إذا كان تصرّف المتعاقد معه فيه من الخطورة ما يبرّر اللجوء إلى إنهاء العقد بصفة منفردة، ويقع على الطرف الذي أقدم على إنهاء العقد، عبء إثبات خطورة التصرف في حالة المنازعة القضائية، وهنا يظهر دور القاضي في مراقبة مشروعية هذا الإنهاء.

ب- الرقابة القضائية على إنهاء العلاقة التعاقدية بصفة منفردة

مثلما تم توضيحه سابقا، يجوز للمتعاقد إنهاء العلاقة التعاقدية مبدئيا في العقود غير محددة المدّة، وكاستثناء في حالة العقود المحددة المدّة، ويكون للقاضي دور في تقدير مدى مشروعية إنهاء العلاقة العقدية بصفة منفردة.

في الحقيقة، يرجع أصل هذه السّلطة الممنوحة للمتعاقد، إلى قرارات الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النّقض الفرنسية⁽⁵⁹⁾، إلا أنّ هذه السّلطة تبقى تحت رقابة القضاء، من أجل ردع أيّ تعسّف من طرف المتعاقد.

في هذا الصدد يشير القضاء بأنّ قيام المتعاقد بفك الرابطة العقدية بصفة منفردة، لا يكون إلا في حالة التصرف الخطير من المتعاقد الآخر، إذ يترك للمتعاقد حرية في تقدير هذه الخطورة تحت مسؤوليته⁽⁶⁰⁾، وهنا مربط الفرس بالنسبة للمتعاقد الذي قد يرى مسؤوليته قائمة في حالة ما إذا تبين أنّ التبرير الذي يقدمه غير كاف لجعل إنهائه للعقد مشروع.

يظهر دور القاضي عند إنهاء العقد بصفة منفردة، من خلال ردع تعسّف المتعاقد الذي أقدم على قطع العلاقة التعاقدية، وفي حالة اكتشاف القاضي أيّ انحراف في هذا الشأن، فيكون أمامه حلّين: إما القضاء بإلغاء قرار إنهاء العلاقة التعاقدية، وفي هذه الحالة نكون أمام ما يسمّى بالإبقاء الإلزامي للعقد (le maintien forcé du contrat)، وإما الحكم بالتعويض لمصلحة الطرف الآخر⁽⁶¹⁾.

ومثالا عن الحل المقترح أولا، ما قضت به الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النّقض الفرنسية، والتي أيدت قرار لقاضي الاستعجال، لما أمر عيادة خاصة بمواصلة تنفيذ عقد، مع طبيب أخصائي في التخضير، والذي أقدمت على فسخه بصفة منفردة، وقد برّرت محكمة النّقض قرارها بانعدام سبب جدّي لما أقدمت عليه العيادة⁽⁶²⁾.

أما عن الحل الوارد ثانيا وهو الحل الأكثر استعمالا من طرف محكمة النّقض الفرنسية⁽⁶³⁾، فقد قضت الغرفة التجارية أنّ فسخ العقد المحدد المدّة من طرف متعاقد قبل أجله، لا يمنح للمتعاقد الآخر الحق في الحصول على المبلغ المتفق عليه، بل على المحكمة التي عرض عليها النزاع تحديد المبلغ المستحق كتعويض عن الأضرار⁽⁶⁴⁾.

خاتمة

من خلال دراسة دور القاضي في العقد، يتضح أنّ هذا الأخير تحوّل من دور سلبي يتحمّل العقد، إلى دور ايجابي باعتباره عنصر لا يمكن تجاهله في المعادلة العقدية.

من الواضح أنّ دور القاضي تبلور في ظل النّظرية الحديثة للعقد خاصة في المرحلة السابقة على التعاقد، يقينا بأنّ هذه المرحلة محفوفة بالمخاطر، وأنّ نجاح العقد في مرحلة التنفيذ، يرتكز أولا على حسن سير المفاوضات، بالتالي أصبح للقاضي دور كبير من أجل جعل

هذه الأخيرة تسير في الطريق الصحيح، سواء عبر فرض التزامات على الأطراف ترمي إلى فرض التعاون بين المتعاقدين في هذه المرحلة، أو عن طريق مراقبة سلوك المتعاقدين، بمنع أيّ تصرف يخرج عن النزاهة والثقة الواجبة بين الطرفين.

أما عند مرحلة تنفيذ العقد، فإنّ التّظيرة الحديثة تمنح للقاضي سلطة واسعة من أجل المحافظة على المصلحة الاجتماعية للعقد، إما بفرض التزامات جديدة من أجل حماية فئة معينة من المتعاقدين، أو عن طريق التدخّل لإعادة توازن العقد، عن طرق جديدة غير الطرق التّقليدية، ولعل ظهور طرق جديدة لإبرام العقد، كان سببا في اتّساع دائرة تدخل القاضي في مرحلة التنفيذ.

كما يمتدّ دور القاضي إلى مراقبة الظروف التي يتم فيها إنهاء العقد من طرف واحد، عبر التأكيد من مشروعية المبرر الذي يرتكز عليه قرار المتعاقد في حل الرابطة العقدية، وردع أيّ تعسّف من شأنه الإضرار بالمتعاقد الآخر.

الهوامش:

(1) MONTESQUIEU , De l'esprit des lois, 2eme partie (livre IX a XIII), in http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_2/esprit_des_lois_Livre_2.pdf , p. 52. «... Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

(2) أمر رقم 58-75 صادر في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتّم.

(3) تنص المادة 72 من التّقنين المدني على: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثمّ نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلّق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

(4) تنص المادة 803 من التّقنين المدني على: " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا للملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

(5) ENGEL-CRÉACH Alice, Les contrats judiciairement formés, Economica, Paris, 2002, p. 72.

(6) Code Civil français, 116^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017. L'article 1104 stipule que : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. ».

(7) LAROUMET Christian et Sarah VROS, Traité de droit civil T 3 les obligations –Le contrat-, 8^{ème} éd., Economica, Paris, 2016, p. 327/ LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu, « Bonne foi », Répertoire de droit civil, 2009, p. 12 et s.

(8) قانون رقم 03-09، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج. عدد 15، مؤرخ في 08 مارس 2009.

(9) Cass. Civ. 1^{ère}, 07 février 2006, N°. 03-17642, Bull. Civ. N°. 2, 2006, p. 63.

(10) CassCiv. 1^{ère}, 31 octobre 2012, N°. 11-15529, Bull. Civ. N°. 8, 2012, p. 212.

(11) Cass. Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, N° 07-18334, Bull. Civ. N° 4, 2009, p. 70.

(12) ordonnance 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, JORF N° 73, du 26 mars 2016.

(13) L'article L.313-12 du code de consommation français stipule que : « Sans préjudice de l'examen de solvabilité mentionné à l'article L. 313-16, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit met en garde gratuitement l'emprunteur lorsque, compte tenu de sa situation financière, un contrat de crédit peut induire des risques spécifiques pour lui. »

(14) JOURDAIN Patrice, La bonne foi dans la formation du contrat (rapport français), travaux de l'association Henri CAPITANT sur la bonne foi (journées louisianaises), Litec, Paris, 1992, p. 28.

(15) EDEL Vincent, La confiance en droit des contrats, thèse de doctorat, faculté de droit, université de Montpellier I, 2006, p. 75.

(16) Cass. Com., 18 juin 2002, n° 99-16.488, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007462723&fastReqId=1232548707&fastPos=1>

(17) Patrice JOURDAIN, Op.cit., p. 128

(18) Idem, p. 128

(19) GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, La formation du contrat, T1, le contrat- le consentement-, 4^{ème} éd., LGDJ-lextensoédition, Paris, 2013, p. 514.

(20) MESTRE Jacques, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », Revue Trimestrielle de Droit Civil, N°. 1, 1986, p. 101.

(21) LEFEBVRE Brigitte, la bonne foi dans la formation du contrat, Édition Yvons BLAIS INC , Québec, 1988, p. 117.

(22) BERLIOZ-HOUIN Brigitte et BERLIOZ Georges, Le droit des contrats face a l'évolution économique, in études offertes a Roger HOUIN, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 7.

(23) MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Droit des obligation, 8^{ème} éd., L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2016, p. 268.

(24) GHESTIN Jacques, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », La semaine juridique édition générale, N°. 20-21, 16 mai 2007, p. 17.

(25) فمنهم من يرى بأنّ قطع المفاوضات ليس ممارسة لحق بل لحرية مكفولة للمتعاقد باسم سلطان الإرادة، بالتالي لا يمكن أن يكون التعسف في استعمال الحق أساساً لمسؤولية المتعاقد الذي يقطع المفاوضات مع المتعاقد الآخر. راجع في ذلك:

GHESTIN Jacques, Op.cit., p. 16.

(26) Cass Com., 22 février 1994, N°. 91-18842, Bull. Civ. N°. 2, 1991, p. 61.

(27) CassCiv., 12 avril 1976, N°. 74-11770, Bull. Civ. N°. 1, 1976, p. 98.

(28) Cass Com., 22 avril 1997, N°. 94-18953, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007333202&fastReqId=1880469230&fastPos=1>.

(29) Cass. Com., 07 janvier 1997, N°. 94-21561, recueil Dalloz, 1998, jurisprudence, p. 45.

(30) GHESTIN Jacques, Op.cit., p.15. / SCHMIDT-SZALEWSKI Joanna, « La période précontractuelle en droit français », R.I.D.C., N°2,1990, p. 547./ DURRY Georges, « Responsabilité civile », R.T.D.C., N°4, 1972, p.779./ FAGES Bertrand, Droit des obligations, 5eme édition, LGDJ Lextenso édition, Paris, 2015, p.57.

(31) Cass Com., 12 février 2002, N°. 98-13778, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007451152&fastReqId=491303112&fastPos=1>,

(32) VON JHERING R., œuvres choisies tome II, trad. O. DE MEULENAERE, Ainé chevalier-marescqédition, Paris, 1928, p.23 in <https://archive.org/details/uvreschoisistr00meulgoog> .

(33) Cass. Com., 18 Septembre 2012, n° 11-19629, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000026397554&fastReqId=93477674&fastPos=1>

(34) FAGES Bertrand, Op.cit., p.59.

(35) تنص المادة 119-2 من التقنين المدني على: "ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا للمدين حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

(36) تنص المادة 214 من التقنين المدني على انه: " إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيم بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام

(37) Cass. Civ., 21 novembre 1911, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006953018&fastReqId=1669865116&fastPos=1>

(38) LE TOURNEAU Philippe, POUMARÈDE Matthieu, Op.cit., p. 20.

(39) Cass Com., 21 novembre 2006, in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007621979&fastReqId=651198562&fastPos=1>.

(40) تنص المادة 184 فقرة 2 من التّقنين المدني على أنّه " ويجوز للقاضي أن يخفض من مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطاً...".

(41) تنص المادة 107 فقرة 3 من التّقنين المدني على: " غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدية، وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

(42) تم ذكر الشروط التعسفية في عقود الإذعان في التّقنين المدني، وتحديدًا في نص المادة 110 من التّقنين المدني، غير أنني سأقتصر على ما تم الإشارة إليه من خلال النصوص الخاصة والتي تعتبر اليوم حجر الزاوية في تدخل القاضي عند تنفيذ العقد.

(43) قانون رقم 02-04، مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ج.ر. عدد 41، مؤرخ في 27 جوان 2004، معدل ومتمم

(44) DOUCHE DOYETTE Nathalie, La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation, thèse de doctorat en droit, université de lorraine, 2012, p. 177

(45) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, La notion de clause abusive au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation, thèse de doctorat en droit privé, école doctorale de droit privé, université de Paris II Panthéon-Assas, 2013, p. 339.

(46) مرسوم تنفيذي 306-06، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدّد العناصر الأساسية لل عقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلك والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ج.ر. عدد 56، مؤرخ في 11 سبتمبر 2006.

(47) L'article 1164 du Code civil français stipule que : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. »

(48) L'article 1165 du Code civil français stipule que : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts. »

(49) L'article 1223 paragraphe 2 du Code civil français stipule que : « S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. »

(50) Cass Com., 04 novembre 2014, N°. 11-14026 in

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029745449&fastReqId=29489764&fastPos=1>. voir en commentaire de cet arrêt : STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », *Revue des contrats*, N°. 2, 2015, p. 233 / BENABENT Alain, *Droit des obligations*, 15 éd., LGDJ-Lextenso, Paris, 2016, p. 133.

(51) راجع نص المادة 106 من التّقنين المدني.

(52) LEFEBVRE Brigitte, Op.cit., p. 14

(53) AMRANI-MEKKI Soraya, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Les Petites Affiches*, N°. 160, 12/08/2002, p. 9./ Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 1- contrat et engagement unilatéral*, 4^{ème} éd., themis droit-puf, Paris, 2016, p. 652.

(54) تنص المادة 587 من التّقنين المدني على: " يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدتها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك..."

(55) قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 ابريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ج.ر. عدد 17، مؤرخ في 25 ابريل 1990 معدل ومتمم. تنص المادة 66 منه على: " تنتهي علاقة العمل في الحالات الآتية: - الاستقالة - العزل..."

(56) AMRANI-MEKKI Soraya, Op.cit., p. 10 et s.

(57) AMRANI-MEKKI Soraya, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Répertoire du notariat defrenois*, N°. 1, 2003, p. 369./ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit des obligations*, 7^{ème} éd., L.G.D.J.-Lextenso, Paris, 2015, p. 473.

(58) Cass. Civ. 1^{ème}, 20 février 2001, N°. 99-15170, Bull. Civ. N°. 2, 2001, p. 25.

- (59) AMRANI-MEKKI Soraya, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Répertoire du notariat defrenois, Op.cit., p. 380.
- (60) Cass. Civ. 1^{ere}, 13 octobre 1998, N°. 96-21485, Bull. Civ. N°. 1, p. 207.
- (61) MESTRE Jacques, « Rupture abusive et maintien du contrat », Revue des contrats, N°.1,2005, p. 100 et s.
- (62) Cass. Civ. 1^{ere}, 29 mai 2001, N°. 99-12478, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007438737&fastReqId=713948574&fastPos=2>. « Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Limoges, 10 décembre 1998) d'avoir ordonné sous astreinte la poursuite des relations contractuelles entre M. Y... et les sociétés, auxquelles il est fait défense d'entraver par quelque moyen que ce soit l'activité de M. Y... au sein de la Clinique ; »
- (63) MESTRE Jacques, Op.cit., p. 102.
- (64) Cass. Com., 22 octobre 1996, N°. 94-15410, Bull. Civ. N°. 2, 1996, p. 222.